ANAYASA YARGISI
36(1)

Altı Ayda Bir Yayımlanan Uluslararası Hakemli Dergidir

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200
ISBN 978-605-2378-30-4

Anayasa Yargısı - 36(1)

© 2019, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, derginin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazı ve tebliğlerde ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Sempozyumda sunulan tebliğler üzerinde yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

İletişim Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 73 00
Faks : (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr
e-posta : anayasayargisi@anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı
EPAMAT
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.
Telefon : (0312) 394 48 63
Faks : (0312) 394 48 65
www.epamat.com.tr

Basım Tarihi
Temmuz, 2019

ANAYASA YARGISI
Altı Ayda Bir Yayımlanan Uluslararası Hakemli Dergidir

◆

Sahibi
Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı

◆

Editörler
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

◆

Yardımcı Editör
Dr. Taylan BARIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi Koordinatörü

◆

Yayın Kurulu
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Dr. Taylan BARIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi Koordinatörü

Dr. Abdullah ÇELİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Volkan HAS
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Hasan Sayim VURAL
Anayasa Mahkemesi Raportörü

◆

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Dr. Osman ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Erdal ONAR
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi

Yayın Kuralları

1. 1984 yılından bu yana yayımlanan *Anayasa Yargısı*, 2019 yılı ve 36(1) sayısı itibarıyla hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atıf kurallarına uygun, özgün ve hukuk alanına katkı yapacak nitelikte olmalıdır.
4. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 250 kelimeden oluşan özeti ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.
5. Yazılar, .doc veya .docx formatında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı ve 1,5 satır aralıklı normal stil olmalıdır.
6. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN ve (bağlaçlar hariç) TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KALIN ve (bağlaçlar hariç) TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce, İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük

7. Dipnotlar sayfa altında, kaynakça makalenin sonunda gösterilmelidir ve metin içerisindeki dipnot numaraları noktalama işaretinden önce kullanılmalıdır.
8. Dipnotta kaynak verilirken yazar soyadı sadece baş harfi büyük olacak şekilde yazıldıktan sonra virgül konularak yazar adının baş harfi büyük harf olarak yer almalı, sonra parantez içinde yayın yılına yer verildikten sonra nokta konulmalıdır. Ardından kitap atıflarında eser adı *italik* yazılmalı, yayın yerini müteakip iki nokta üst üste konulduktan sonra yayınevine ve sayfa numarasına yer verilmelidir. Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, cilt numarası, sayı numarası ve sayfa sayısı sırası ile gösterilmelidir.

   Örnek: Turhan, M. (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. xx.

   Onar, E. (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. xx.

9. Arada başka bir esere atıf yapılmaksızın aynı esere atıf yapıldığında "a.g.e." yazıldıktan sonra sayfa numarası verilir ve nokta konulur. Aynı esere ikinci kez ve sonraki atıflarda yalnızca yazar soyadı, adının ilk harfi ve yayın yılı belirtildikten sonra sayfa numarasına yer verilir.

Örnek: a.g.e. s. xx.
Turhan, M. (2007). s. xx.
Onar, E. (2003). s. xx.

10. Mahkemenin bireysel başvuru kararlarına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilk atıflar tam, sonraki atıflar kısaltılarak aşağıdaki şekilde yapılır:

Örnek: (İlk atıf AYM) *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41.

(Sonraki atıf AYM) *Nilgün Halloran*, § 41.

(İlk atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, B. No: 8919/80, 23/11/1983, §§ 32-34.

(Sonraki atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, §§ 32-34.

11. Mahkemenin norm denetiminde verdiği kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

Örnek: AYM, E.2012/3, K.2013/25, 5/6/2013, (varsa) § 35.

12. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:
Örnek: Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin … tarihli ve … sayılı kararı.
Danıştay Beşinci Dairesinin … tarihli ve … sayılı kararı.

13. Yazıların kaynakça kısmında; yazarın tamamı büyük harfle soyadı ve yalnızca ilk harfi büyük olarak adı ardından yayın yılı şeklindeki düzene uyulmalı ve makale ve kitap bölümleri için sayfa aralıklarına yer verilmelidir.

Örnek: TURHAN, Mehmet (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.

ONAR, Erdal (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

14. Yazılar, *Anayasa Yargısı* Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.

15. Yazarların; güncel unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini yayınlanmasını istedikleri yazıyla birlikte **anayasayargisi@anayasa.gov.tr** e-posta adresine göndermeleri zorunludur.

16. Yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda yazarlara bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

17. Yazıları yayınlanan yazarlara "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik" çerçevesinde telif ücreti ödenir.

18. Anayasa Mahkemesi yayımlanması kabul edilen yazıların her türlü yayın haklarına sahip olur.

Takdim

Bilindiği üzere, üstün ve bağlayıcı kurallar bütünü olarak anayasaların iki temel işlevi vardır. Birincisi bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri güvenceye almak, ikincisi de bu amaçla iktidar haritasını, başka bir ifadeyle devlet otoritesinin sınırlarını çizmektir. Anayasaların temel hakları güvenceye alma ve bu amaçla devlet otoritesini sınırlama işlevi, anayasanın üstünlüğü ilkesi ile birleşerek anayasa yargısını ortaya çıkarmıştır.

Elinizdeki "dergi" anayasa yargısı alanındaki akademik tartışmalara zemin hazırlamak amacıyla çıkarılmaktadır. Doğrusu uzun süredir anayasa yargısı alanında hakemli bir dergi çıkarma düşüncesindeydik. Sonunda yeni bir dergi yerine otuzbeş yıldır düzenli olarak yayınlanan "Anayasa Yargısı"nı yılda iki sayı olarak çıkarmanın daha isabetli olacağına karar verdik.

Bu sayede bir yandan her yıl anayasa yargısı alanında düzenlenen sempozyumda sunulan bildirileri, diğer yandan da bildiriler dışında hakem incelemesinden geçen akademik yazıları yayınlama fırsatına sahip olacağız. Akademik camiada bazen "dergi" olarak anılan ve atıf yapılan, gerçekte ise bir bildiriler kitabı olan "Anayasa Yargısı" bu sayıdan itibaren hakemli bir dergi olarak yoluna devam edecektir.

"Anayasa Yargısı"nın bildiriler kitabı olarak bugüne kadar olduğu gibi "dergi" olarak bundan sonra da Anayasa Mahkemesi ile akademya arasındaki en önemli etkileşim aracı olacağına ve anayasa yargısının gelişimine çok önemli katkılar yapacağına inancım tamdır. Bu vesileyle derginin editörlerine, yayın kurulu ile danışma kurulu üyelerine, hakemlik yapan öğretim üyelerine ve emeği geçen herkese katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Hiç kuşkusuz bir dergiyi değerli kılan orada yayınlanan yazılardır. Bu nedenle hem kuruluş yıldönümünde sundukları bildirileriyle hem de gönderdikleri yazılarıyla dergimize katkı sağlayan tüm yazarlara şükranlarımı sunuyorum.

Anayasa Yargısı Dergisi (AYD)'nin yayın hayatında başarılı ve uzun ömürlü olması temennisiyle, sizleri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konusunu ele alan ilk sayıyla baş başa bırakıyorum.

İyi okumalar...

Zühtü Arslan
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Editörler'den

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile başta hükümet sistemi değişikliği olmak üzere Anayasa'da çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden anayasa yargısı bağlamında en dikkat çekeni kuşkusuz Kanun Hükmünde Kararname rejiminin kaldırılması ile Cumhurbaşkanı'na kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" çıkarabilme yetkisi verilmesidir. Bu değişiklikler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesin de yeni sisteme uygun hale getirilmiş, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır.

Anayasa hukukunda yaşanan güncel gelişmeleri yakından takip eden *Anayasa Yargısı Dergisi*, elinizdeki 36(1) sayısı için "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" konusunu dosya konusu yaparak yazı çağrısına çıkmış, konuya ilişkin çok değerli katkılarla yeni formatında yayın hayatına giriş yapmıştır.

Bu sayıya katkı yapan yazarlar Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin farklı boyutlarını ele almışlardır.

Bu bağlamda Abdurrahman EREN, Anayasa Mahkemesi'nin yıllar içerisinde geliştirdiği Kanun Hükmünde Kararname içtihadı çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini değerlendirmiştir.

Murat AZAKLI, Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunda (somut norm denetimi) olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin nasıl bir yöntem takip edilerek incelenebileceği hususu ile verilen kararların hukuki sonuçları üzerinde durmuştur.

Lokman ve Gülden YENİAY, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi değişikliği ile birlikte getirilen yeniliklerin en önemlilerinden birisi olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile yürütme organına tanınan asli düzenleme yapma yetkisinin sınırlarını ve yargısal denetimini tartışmaktadır.

Volkan ASLAN, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanunlara uygunluğunun denetimi ile kanunlarla belli hususların Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanına bırakılıp bırakılamayacağını incelemiştir.

Kasım OCAK, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesi ile idari vesayetin kanunla düzenlenmesi gerekliliğini incelemiş, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kurulan kamu tüzel kişilerinin merkezi idare ile arasındaki idari vesayet ilişkisinin nasıl düzenleneceğini Cumhurbaşkanlığı Ofisleri örneği üzerinden değerlendirmiştir.

Bu sayının son makalesinde ise Şeref İBA ve Yasin SÖYLER, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararı farkı üzerine yoğunlaşarak, iki farklı işlem arasındaki nitelik farkından kaynaklanan hukuki sonuçlara, düzenlenme ya da tesis edilme alanları ile yargısal denetimleri ve Resmî Gazetede yayımlanma zorunluluklarına ilişkin farklılıkları tartışmışlardır.

Dergimiz bu sayısında ayrıca 35 yıllık geleneğini devam ettirerek kuruluş yıldönümünde sunulan bildirilere hakemli makalelerin ardından yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunun 57. yıldönümü nedeniyle düzenlenen *"Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi"* konulu sempozyumda sunulan bildirileri de bu sayıda bulabilirsiniz.

Anayasa Yargısı Dergisi'nin bu sayısının Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini ele alan en kapsamlı eser olma özelliğini de taşıdığını belirtmek isteriz. Bu sebeple elinizdeki sayı aynı zamanda konuya ilişkin bir referans kitap niteliğindedir.

Derginin ilgililere faydalı olması temennisiyle…

Prof. Dr. Engin YILDIRIM — Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

İÇİNDEKİLER

Abdurrahman EREN

Anayasa Mahkemesi'nin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi 1

Murat AZAKLI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi 73

Lokman YENİAY - Gülden YENİAY

Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 105

Volkan ASLAN

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine 139

Kasım OCAK

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri.....163

Şeref İBA - Yasin SÖYLER

Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları 195

"Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi" Konulu Sempozyum Bildirileri 225

Sempozyum Programı 226

Anayasa Mahkemesı Başkanı Zühtü Arslan'ın 57. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması 229

I. OTURUM

Prof. Dr. Yavuz ATAR
Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi 241

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar 261

II. OTURUM

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı 293

Prof. Dr. Melikşah YASİN
Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri 315

III. OTURUM

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Anayasa Mahkemesi'nin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi 351

Doç. Dr. Abdullah SEZER
Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı] 353

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Engin Yıldırım'ın Kapanış Konuşması 421

Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), 1–72.

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 İÇTİHADI 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 farlılıklar, işlemin niteliği, normlar hiyerarşisindeki yeri, kapsamı ve denetimi bakımından önem taşımaktadır.

1. Hükümet Sistemi Değişikliğin 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 tanınmaktadır[1].

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 kavuşmaktadır[2].

---

[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", *Publıc Law And Legal Theory Workıng Paper No. 361,* The Law School The University of Chicago, s. 18.

[2] Bu tür bir ayrım için bkz: Shugart, M.S/ Carey, J.M. (1992). *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, s. 131.

Hükümet sistemleri bağlamında her iki uygulamanın da var olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, parlamenter sistemde yumak kuvvetler ayrılığı anlayışına bağlı olarak, yasamanın 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 değildir[3].

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 aldığında, bu tedbir kanuna dönüşmesi için Parlamentoya 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 oluşturmaktadır[5]. Türkiye'de 1961 Anayasası ile

---

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

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 gerekmemekte, Başkan sadece kararnameler hakkında rapor sunmaktadır[7]. 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].

Başkanlık sistemi olan Arjantin Anayasası'nın 75. maddesinde, 32 fıkrada yasama organının yetkileri tek tek sayıldıktan sonra, 76. maddede,

---

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).

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 kararnameleri 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 kararnamelerin 10 gün içinde Meclisin onayına sunulması gerekmektedir (f.3).

Venezuella Anayasası'nın 236. maddesinde, Başkana yetki kanununa dayalı kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Venezuella Anayasası'nda Başkanın çıkardığı kanun hükmünde kararnamelerin, 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 kararnameler* (*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 katılması 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 söylenebilir[10]. 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 düzenlemediği alanlarda devlet başkanına geniş bir alanda kararname yetkisi verilmektedir. Anayasa'nın 115. maddesine göre, *"Rusya*

---

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.

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 üste 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 sayılmıştır[12].

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. Kararnamelerin kanunlara aykırı olamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Anayasa'nın 130/III-2. Maddesine göre, *"Azerbaycan Cumhurbaşkanları*

---

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.

fermanlarının, Azerbaycan Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu kararlarının, merkezi yürütme organlarının normatif hukuki düzenlemelerinin Azerbaycan Cumhuriyeti kanunlarına uygunluğunu" denetleme görevi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir[14].

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 altta yer alması ve yasama işlevine sahip olduğundan denetimlerinin Anayasa Mahkemeleri tarafından yapılmasıdır. Ancak, bu ülkelerde başkanlık kararnamelerinin 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 kullanılmaktadır[15]. 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 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmekteydi. Maddeye göre, "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları,*

---

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.

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 geçilmiştir[16]. 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 düzenlenen kararname (kanun-u muvakkat); doğrudan Anayasadan kaynaklanan, olağanüstü durumlara özgü ve kanun hükmünde olan

[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).

kararname türüdür[17]. Bu dönemde çıkarılan "Nizamnameler" de Anayasa Mahkemesi tarafından kanun niteliğinde değerlendirilmiştir[18]. 1921 ve 1924 Anayasalarında yürütme organının üstünlüğü anlayışı geçerli olduğundan, kararname yetkisi yürütmeye verilmemiştir. 1924 Anayasası'nda düzenleyici işlem türü olarak tüzükler bulunur[19]. 1961 Anayasası'nın ilk halinde kanun gücünde kararnameler yer almamış, idarenin düzenleyici işlemleri olarak tüzük ve yönetmeliklere yer verilmiştir[20]. 1924 Anayasası'nda tüzükleri denetleme yetkisi TBMM'ye; 1961 Anayasası'nda bu yetki Danıştay'a verilmiştir.

Yetki kanununa dayalı "Kanun Hükmünde Kararname" uygulaması ilk kez 1961 Anayasası'nda 20.09.1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla

---

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 çağrılması 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 padişahı 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 şartıyle 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".

yapılan değişiklikle, kabul edilmiştir[21]. 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 çıkarılamayacağını 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 bulduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir (f.4)".

1982 Anayasası'nda, ilk kez Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine (OHAL KHK) yer verilmiştir. Anayasa'nın 91.

---

[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 Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmi 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).

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 kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte 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 kararnameleri-

nin 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 getirmez 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 İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından 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 açılamaz. (m.148/1-3).

- Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, 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 İçtüzüğün 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 ciddî 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 sistematiği gözetilmeden ve CBK'larn 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 edilir[22].

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 ettirilip 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" kullanılır[23]. 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 yapılış şekli esas alınır. Maddi özellikleri aynı olsa da, yasama organının yaptığı düzenleyici işlemler yasama işlemi, yürütme organının yaptığı

---

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 şeklî 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.

düzenleyici işlemler yürütme işlemi kabul edilir[24].

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 ayrıştırılmaktadır[25]. 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 yapamaz[26]. 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 veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında

---

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.

> tedbirler almasının güçlüğü karşısında **esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallûk 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 olamaz"[27].

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 Atîka Nizamnamesinin Anayasaya aykırılığını incelerken, yasama yetkisinin "asli", yürütme yetkisinin ise "türev" olduğu ölçütünden hareket etmiştir:

> "Asarı Atîka 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 Zabıtaî Saydiye Nizamnamenin hukuki niteliğini değerlendirirken, maddi kanun ve yasama yetkisinin asli olma özelliklerinden yararlanmıştır:

> "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. Zabıtaî Saydiye Nizamnamesi, daima bir kanun niteliği ile uygulanagelmiş; kimi hükümlerinin değiştirilmesi veya kaldırılması yahut yeni hükümler eklenmesi hep kanun çıkarılması yoluyla sağlanmıştır"[29].

Bu ilk kararlarda görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi "nizamnamelerin" hukuki niteliğini değerlendirirken maddi özellikleri yönüyle; "genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler

---

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.

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

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

> 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 budur"[31].

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 hâkimdir[32] .

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

---

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

32 Yüzbaşıoğlu, N. (1996). s. 22.

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 anlaşılsın, bu yetkinin kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak unsurlarını içerdiğinden şüphe yoktur. Dolayısıyla, yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirebilen ve kaldırabilen bir işlemin kanunla aynı güçte*

---

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.

olduğu ve bu tür işlemler yapabilme 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 Hükmünde Kararname (KHK) Kurumu, 22.9.1971 günlü ve 1488 sayılı Yasa ile 1961 Anayasası'nın 64. maddesinde yapılan değişiklik sonucu hukukumuza girmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde 'Parlamenter 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 meclislerince esasları bir kanunla tesbit olunan sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla hükümete KHK'ler çıkarma yetkisinin verilmesi ve bu yetkiyi düzenleyen hükmün T.B.M.M.nin genel olarak görev ve yetkilerini belirleyen 64. maddesine eklenmesi uygun görülmüştür.' denilmektedir. KHK'ler, temelde 1961 Anayasası'ndan çok farklı olmamakla birlikte 1982 Anayasası'nda kimi yeniliklerle ve

[36] Özbudun, E. (1986). "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", Ankara: Anayasa Yargısı, s. 169.

benzer gerekçelerle 91. maddede düzenlenmiştir. Böylece, hem yürütme organını güçlendirmek hem de değişen ekonomik ve sosyal konuların ortaya çıkardığı sorunlara ivedi çözümler bulmak amacına ulaşılmak istenilmiştir.

Olağan dönemlerde çıkarılan KHK'lerin mutlaka bir yetki yasasına dayanması zorunludur. Yetki Yasası'nın içeriği ve öğeleri 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" öğelerini içerdiği kuşkusuzdur. KHK, yürürlükteki yasa hükümlerini kaldırabilmekte ve değiştirebilmektedir.

Anayasa'da öngörüldüğü 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 yasama alanından çıkarılıp yürütme organının düzenleme alanına sokulması sonucunu doğurmadığından yasama yetkisinin devri olarak

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

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 çıkarılamayacağını 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 yetki kanununa dayalı olarak çıkarılması nedeniyle ilk el düzenleme yetkisi içerdiğini kabul etmezken; kanunları değiştirebildiği ve Anayasa

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

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

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" gerekmemektedir[40]. 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 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

---

[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 çıkarılamayacağını 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.

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 edilmelidir[41]. 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 Anayasan kaynaklanan düzenleme yetkisi verilmesi isteniyorsa, bunun mesela Fransa'da olduğu gibi açıkça yazılması gerekmektedir. 104.maddenin yeni hali, kanuni idare tartışmalarını sonlandırmaya yetmeyecektir"[42].

---

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.

42 Yıldırım, T. (2017). s.25-26.

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 altta 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 andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas lanır'. 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 "andlaşmaların kanun hükmünde" olduğu açıkça düzenlenmiştir. Tüm andlaşmalar kanun hükmünde kabul edildikten sonra insan hakları andlaşmaları için genel çatışma kurallarının uygulanmayacağına ilişkin

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

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 kabul edilmemiştir[45]. Mahfuz alan, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği

[44] Söyler, Y. (2018). s. 166.

[45] Gözler'e göre, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından yapılan ve sadece Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan bir düzenleyici işlemdir. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*,1.

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 kaldırabildikleri, dolayısıyla tamamen kanun gücünde oldukları halde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunun altında yer alan düzenleyici işlemlerdir"[46].

Gözler de, Özbudun gibi, kararnameler arasında bir ayrım 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 aldığını 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 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; CKB'lar ilk-el düzenleme yetkisi nedeniyle kanun koyma

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.

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 kararnameler, 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 kullanamaz[49]. Bu nedenle Anayasalarda, "münhasır alan" oluşturulurken genel uygulama, yetkinin konusu bakımından "tahdidi sayma" (numerus clausus) yoluna gidilmesidir[50]. Devlet organlarının birinin yetkisine giren

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

[49] Bu durum Mecelle'de "sıfat-ı arızada aslolan 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.

[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).

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 inhisarı 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 bir düzenleme yetkisinin olmadığı" görüşü hakimdir[52]. Bu nedenle

---

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

[52] Doktrinde Teziç mahfuz alan olmadığı görüşünü şu şekilde dile getirmiştir: "Anayasanın bütününden çıkan önemli bir nokta da, yürütmenin mahfuz bir düzenleme yetkisinin olmadığıdır. Gerekçede 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 şartıyle— yapabilecektir. 1924 sisteminde olduğu gibi, yasamanın düzenleme alanı

yürütmenin düzenleme fonksiyonu, türev/tamamlayıcı nitelikte görülmüştür. Yürütmenin düzenleme yapabilmesi için, "düzenleme başlangıcı niteliğinde de olsa kanuna ihtiyaç olduğu" ileri sürülmüştür[53]. 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, 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 sayılmaz"[55].

---

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.

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

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 münhasıran 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* ***münhasıran kanun konusu*** *olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir"*. Bu açıklamada, münhasıran 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 münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz".* Ancak, Anayasa'da münhasıran 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 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 çıkarılamayacağı 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 etmiştir[57]:

> "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 çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenebilir. Anayasa'nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ayrık kural olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılamaz. Yasa ile KHK'nın hukuksal yapıları, 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 çıkarılamayacağı 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 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.

---

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/ l, K.1990/21, 17/7/1990.

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

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 ayrım 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 hükmü 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 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 alnındadır. CBK'lar bakımından "emredici hükümler" KHK'larda olduğu gibi münhasır kanun alanını belirleyecektir.

---

[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.

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 oluşturmaktadır[60]. 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 çıkarılmak 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.

---

60 Bu konuda bkz. Gözler, K. (2918). 2. Baskı, s.879-885.

61 Atar, Y. (2018). s.279-280.

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 çıkarılamaz"* 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 benimsediği 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 farlılığı 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 işlemle 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

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

elden düzenleyici işlemle sınırlama yapamayacağına hükmetmiştir. Düzenlemeler bakımından ise, kanuni dayanağı olmak kaydıyla ikincil nitelikteki düzenlemelerin tüm temel haklar alanında yapılabileceği; sosyal ve ekonomik haklar alnında 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 yapılamayacaktır[63].

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 tabi 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 bırakılamayacağını 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 kanunla düzenleme öngören hükümler yine CBK karşısında münhasır kanun alanı kabul edilmelidir[65]. Soysal ve ekonomik haklar alanında

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.

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.

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 tümden kapalıyken; düzenlemeler yönünden sadece sosyal ve ekonomik haklar alanında ve kanunla düzenlenme 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 çıkmaktadır[66].

2. Münhasır Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Alanı

Anayasa'da CBK ile düzenlenecek konular tek bir maddede inhisari şekilde sayılmamıştır. CBK çıkarılamayacak 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.

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

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

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, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğim. 118/6) lafzı tek başına münhasır bir alan yaratma gücüne sahip değildir. Bu sayılanlar 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

[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".

alanında iki normun bulunması halinde ise kanunun uygulanacağı veya Cumhurbaşkanı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği hükümlerine yer verilmiştir"[68].

Doktrinde GÖZLER, bu düzenlemelerin yine lafzi yorumundan hareketle, "düzenlenir" ibaresini "kanunla düzenlenemez" şeklinde yorumlamaktadır[69]:

> "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].

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

---

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.

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 uygulanamaz[71].

[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 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

Genel kural, istisna tutulmamış bütün parçalara uygulanabilir[72]. Özel hüküm genel hükme üstün gelir (lex specialist deregat 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 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

---

incelendiğinde bunlarda belirtilen nitelikli çoğunluğun Cumhurbaşkanı 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.

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 ulaşılır[74]. Her sınırlamanın aynı zamanda bir düzenleme 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

[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.

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 parlamentoya 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 açıklamıştır[76]. 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 gerekir[77]. 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; devredenin 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:

> "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 ayrık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu yetki, yasama yetkisinin devri

---

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

76 Anayasa teorisinde, bu durum "Delegasyon teorisi" olarak adlandırılmaktadır. Delagasyon 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 Hükmünde 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.

> anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde yaygınlaştırılıp genelleştirilmemelidir[79]. 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 öğretideki 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 ayrım 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. 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

---

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.

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** öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim, Anayasa'nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden hükmü (m.8), gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten kuralı (m.124) bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanundan belirlemesi beklenen çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirebilecektir"[82].

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

[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.

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 kullanılamayacağı 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 işlemle 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 Kararnamelerde 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 işlemle 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 kararnamelerinin 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

bırakılmıştır[83]. 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 tanınmamıştır. Kanunun, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir konuda CBK ile düzenlemeye ilişkin yetki vermesi, doğrudan Anayasa'nın 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

[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.

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 kullanılabileceği 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, 15/7/1018 tarihli 7 sayılı "Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile "Savunma Sanayii Başkanlığı kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlenmektir" (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 görülemez[84].

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,

> "Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini

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

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 İçtüzüğünün **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 dışındadır[86].

---

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

86 Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, *"Danıştay 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.

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*" denilmektedir[87]. 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 açılamayacağı 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].

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

---

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.

uygunluğunun aranması gerektiğini şu argümana dayandırmıştır[89]:

> "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 verilmiştir[90]. 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 içtihadı 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 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***

---

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.

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 gelmektedir[92]. 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 değerlendirilmelidir[93].

Anayasa'nın 104/17. maddesindeki kurallardan bazıları emredici, bazıları yasaklayıcı bazıları ise yetki verici niteliktedir[94]. Maddenin 17-1. cümlesi, *"Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda 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

---

92 Doktrinde, Recai Seçkin "Anayasaya aykırılık kavramı ile Anayasaya uygunluk kavramı arasındaki ilişkiyi" şu şekilde açıklamaktadır: "Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmıştır 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 durumlarım 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.

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 gerçekleşir[95]. 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, 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

[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.

yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı 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 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

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

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 başvurabilir[97]. 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 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;

---

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.

"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 karşılaşıp 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 aykırılığından 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 söylenebilir. 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.

---

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.

maddesine aykırı kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır[100].

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 yüklemezler, ancak kendilerine belli hükümler uygulanacak şeyleri veya kişileri gösterirler[101]. Hükümsüzlük, "Yürürlükten çıkarılmış, **yürürlükten kaldırılmış**, geçersiz, hükmü kalmamış" anlamına gelmektedir[102]. 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 çıkarılamadığından, 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 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

---

100 Doktirinin 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.

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 giremez[103].

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 sonlandırmaz[104]. 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 dayanaklık 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 bağlamıştır[105].

Anayasa Mahkemesi'nin vereceği hükümsüzlük kararı "yokluk kararı" ve "iptal kararı"ndan farklı olacaktır. Yokluk (inexistence),

---

[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.

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 hükümsüzdür[106]. 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.

Yasama işlemleri ile yürütmenin düzenleyici işlemlerini birbirinde ayırmada temelde maddi ve şekli/organik kriter kullanılır. Ancak bu

---

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.

ayrım 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; CKB'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 içermesindendir. 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 ayrıştırması, 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 deregat 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 çıkaramaması 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 yasamanın 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 öngörülmeyen konularda daha geniş bir çerçevede idareye düzenleme alanı bırakılabileceği kabul edilmiştir.

CBK'lar, kanun koyma anlamında ilk el düzenleme yetkisi içerdiğinden yasama işlevine sahiptir. Münhasıran CBK ile düzenleneceği 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 devredilmezliği" 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 devredilmezliği 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 açılamayacağı 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 bakımdan 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*", Publıc Law And Legal Theory Workıng 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 Kararnameler", *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 Kararnameler", *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 Kararnameler", *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/ l, 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.

Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), 73–103.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN SOMUT NORM DENETİMİ YOLUYLA İNCELENMESİ

Murat AZAKLI*

ÖZET

16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanı'na, Anayasa'da belirtilen alanlarda ve sınırlamalara uygun olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiş, 10 Temmuz 2018 tarihinde ilk Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Resmî Gazete'de yayımlanarak hukuk sistemimize girmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddialarını inceleme yetkisi ve görevi ise Anayasa Mahkemesine verilmiş, bu doğrultuda bir mahkemenin somut norm denetimi yoluyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesine karşı Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı düzenlenmiştir. Bu makalede, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı Anayasa'nın 152. maddesine dayalı olarak somut norm denetimi yoluyla iptal isteminde bulunulması, Anayasa Mahkemesinin ilk inceleme ve esas incelemesi aşamasındaki değerlendirme yöntemi ile vereceği kararların hukuki neticeleri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, somut norm denetimi, on yıl yasağı, uygulanacak kural, hükümsüzlük.

* Anayasa Mahkemesi Komisyonlar Başraportörü.

CONCRETE JUDICIAL REVIEW of PRESIDENTIAL DECREES

ABSTRACT

With the constitutional amendment of 16 April 2017, the President has been granted the authority to issue Presidential Decrees in the areas specified in the Constitution and in accordance with the restrictions, the first Presidential Decree was published in the Official Gazette on 10 July 2018 and thereby entered into our legal system. The authority and duty to examine the alleged unconstitutionality of the Presidential Decrees is vested in the Constitutional Court. Accordingly, it has been regulated that any court shall have the right to apply to the Constitutional Court against the Presidential Decree, which is defined as concrete constitutionality review. In this article, the requests for annulment of the Presidential Decrees issued during the ordinary period, through concrete constitutionality review in accordance with Article 152 of the Constitution, the assessment method to be used by the Constitutional Court at the stages of initial examination and the examination as to the merits, as well as the legal consequences of the Constitutional Court's decisions will be discussed.

Keywords: Presidential Decree, concrete constitutionality review, ten-year ban, applicable rule, nullity

I. GİRİŞ

6771 sayılı Kanunla Anayasa'da yapılan değişikliklerle Parlamenter hükûmet sistemi yerine yeni bir sistem öngörülmüş ve Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi kabul edilmiştir.

Doktrinde, Anayasa değişikliğiyle getirilen sistemin başkanlık sisteminin tam tersi bir sistem olduğu hatta parlâmenter hükûmet sistemine benzediği yönünde eleştiriler de yapılmaktadır[1]. 1982 Anayasası'nın öngördüğü sistemin tam anlamıyla bir Parlamenter hükûmet sistemi olup olmadığı da tartışmaya değerdir.

Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi ile başbakanlık kaldırılmış, yürütmenin tek başlı olduğu ve başında da yalnızca Cumhurbaşkanı'nın bulunduğu bir sistem getirilmiştir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı'nın tek başına bazı düzenlemeler yapabilmesi öngörülmüş ve Anayasa'da yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) hayatımıza girmiştir.

Yürütme organını oluşturan Cumhurbaşkanı, kanuni bir dayanak olmaksızın, Anayasa'dan aldığı yetkiye dayalı olarak, sosyal ve ekonomik haklar ile idari teşkilat ve işleyişe ilişkin bazı düzenlemeler yapabilir[2].

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi;

a. Yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilirler.

b. Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler düzenlenebilir.

c. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılamaz.

d. Aynı konuda kanun çıkarılması durumunda hükümsüz hale gelir.

e. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır[3].

Yeni sistemde Bakanlar Kurulunun kaldırılmasının doğal sonucu olarak, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılması öngörülen kanun hükmünde kararnameler ve tüzük düzenlemeleri Anayasa'dan çıkarılmıştır[4].

---

1 Gözler, K. (2017). *Elveda Anayasa, 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, s. 15.

2 Ardıçoğlu, M.A. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, s. 26.

3 a.g.e. s. 34.

4 Ülgen, Ö. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, s. 23.

Doktrinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, genel anlamda Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan işlemleri ifade etmesinin bir terim sorununa dönüşebileceği ileri sürülmüştür. Adı karar/kararname olsa da kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Cumhurbaşkanı'na verdiği düzenleme yetkisi, hukuki olarak Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğine eşdeğer olarak nitelendirilecektir. Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan her kararnamenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır[5]. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanuni düzenleme alanlarında düzenleme yapamayacağı için bunların kanuna aykırılığı sorununun Danıştayca incelenmesi akla gelebilir. Ancak böyle bir aykırılık aynı zamanda Anayasa'ya da aykırılık teşkil edeceğine göre, denetimin Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilmesi daha güçlü bir ihtimal olarak görülmektedir[6].

Üst kademe kamu yöneticilerini atamak ve görevlerine son vermek Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu için bu konuda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir. Ancak

---

5 a.g.e. s. 13.

6 Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 386; Yıldırım'a göre ise "Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminde ayırım yapmaksızın Anayasa Mahkemesini görevli kılmıştır. 148. maddenin değişiklik sonrası hali şöyledir: '*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler.*' Bu durumda idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi de Anayasa Mahkemesi tarafından mı yapılacaktır? 148. maddenin ifadesinden hareketle, tüm Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, 148. madde Anayasa'ya uygunluk denetimini düzenlediği için, Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemlerin, Anayasa Mahkemesinin görev alanına girdiği de söylenebilir. Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluk denetiminin idari işlemleri içermediği dikkate alındığında, ikinci yorum daha isabetli gözükmektedir. Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na doğrudan düzenleme yetkisi tanıyan hükümleri gereğince çıkarılacak olan Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; kamu tüzelkişiliği, oluşturan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; Devlet Denetleme Kurulunu işleyişini üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerini düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemlerdir. Çünkü yasal dayanağa ihtiyaç duyulmadan Anayasa'dan kaynaklanan yetkiyle tesis edilebilecek olan bu kararnamelerin kanuna değil Anayasaya uygunluğunun denetiminden söz edilebilir." Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 2., s. 16-17.

bu konuda çıkarılacak bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesine taşınabilmesi konusunda ciddi güçlükler yaşanabilecektir. Üst kademe kamu yöneticilerini atamak ve görevlerine son vermek gibi idari nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari yargı yerlerinde denetimine ilişkin açık bir Anayasa hükmü bulunmamaktadır. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak karara bağlayacağı işlemler arasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın bu işlemlerine karşı da idari yargı denetimine başvurulamayacağı söylenebilir[7].

CBK, yeni bir normatif düzenleme şekli olarak Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde yerini almıştır. Anayasa'da, bazı alanlarda yalnızca CBK ile düzenleme yapılabilirken bazı alanlarda ise hiçbir şekilde CBK ile düzenleme yapılamayacağı kabul edilmiştir.

Cumhurbaşkanı'nın tek başına işlem yapabileceği "*mahfuz alan*" olarak nitelendirilebilecek alanlar bulunmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı üst kademe yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler. 106. maddenin onbirinci fıkrasına göre, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. 108. maddenin son fıkrasına göre, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. 118. maddenin son fıkrasına göre, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. Burada sayılan yetkilerin kanunla düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Mahfuz yetki olan bu dört maddede belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür[8]. Bu konuların kanunla da düzenlenmesi mümkün olsaydı, kullanılması gereken ifade "*düzenlenebilir*" olmalıydı[9]. Özbudun'a göre, 106.

---

7 Kahraman, M. ve Balkan, A. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi", İnternational of Academic Value Studies (Javstudies), Volume: 4, Issue: 19, s. 244, 245.

8 Taşdöğen, S. (2016). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: 65, Sayı: 3, s. 943.

9 Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 8887-888; Ülgen, Ö. (2018). s. 16, 19; Aksi görüşteki Ardıçoğlu'na göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurumunun, yürütme organına münhasır/ mahfuz bir düzenleme alanı yaratmadığı, asli düzenleme yetkisi ile sınırlı olduğu, yasama organının genel düzenleme yetkisinin korunduğunu belirtmektedir. Anayasa'da, "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda*

maddenin anılan fıkrası tereddüde yol açacak mahiyettedir. Bu hükümle, anılan konularda kanuni bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece asli değil aynı zamanda "*mahfuz*" bir düzenleme alanı bırakıldığı mı ifade edilmektedir? Bu yorum kabul edilirse Cumhuriyet anayasalarımızın temel ilkelerinden olan "*yasama yetkisinin genelliği*" ilkesinden sapılmış olacaktır. Anayasa metninde açık bir cevabı olmayan bu soru, bir uyuşmazlık doğduğunda Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanacaktır[10].

CBK'nın normlar hiyerarşisindeki yeri de tartışmalıdır[11]. Bir görüşe

kanun çıkarılamaz" gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm yer almadığı sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacaktır. Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 21, 44.

10 Özbudun, E. (2017). s. 251; Yıldırım'a göre ise, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bir kanunu değiştirmenin veya kaldırmanın mümkün olmadığı söylenebilir. Ancak Anayasa, bakanlık kurulması, Milli Güvenlik Kurulu ile Devlet Denetleme Kurulunun yapılanması ve üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisini açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakmıştır. Bu durumda yukarıda sayılan hususların Anayasa değişikliği yürürlüğe girdikten sonra Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gerekecektir. Nitekim Anayasa'ya 6771 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle eklenen Geçici 21. maddenin (B) bendine göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler, Cumhurbaşkanı'nın göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir. Geçici 21. madde dikkate alındığında ise şöyle bir sonuca ulaşmak mümkündür: Anayasa'nın Geçici 21. maddesi gereğince Cumhurbaşkanı'nın göreve başladığı tarihten itibaren, bakanlıkların kuruluş kanunları, Milli Güvenlik Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulunu düzenleyen kanunlar, altı ay içerisinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılmasıyla yürürlükte kalkarlar. Aynı durum üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin kanun hükümleri bakımından da geçerlidir. Anayasa'daki altı aylık geçiş süresi sonrasında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle mevcut kanunları yürürlükten kaldırmak veya değiştirmek mümkün olamayacaktır. Çünkü yürütmeye tanınan istisnai yetki, süre kısıtlamasına tabi tutulmuştur. Bu süreden sonra, yürütme yasama işlemini kaldırma veya değiştirme yetkisini kullanamaz. Aksi takdirde Yasama yetkisinin devri yasağı ihlal edilmiş olacaktır." Yıldırım, T. (2017). s. 27.

11 Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, kanundan daha alt düzeydeki bir kural-işlemdir, ama kanunlara aykırı hükümler taşıyıp taşımadığı sık sık ihtilaf konusu olabilir ve bu uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesince karar bağlanması gerekir. Özbudun, E. (2017). s. 251; Ardıçoğlu'na göre, Anayasa m. 119'un altıncı ve yedinci fıkralarında düzenlenmiş bulunan, olağanüstü hallerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine "*kanun hükmünde*" olma kuvveti tanınmıştır. Olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun düzeyinde değildirler, kanunlarda değişiklik yapamazlar ve uygulanma önceliği kanunlardadır. Kanun ile de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde değişiklik yapılması gibi bir durum söz konusu değildir. Zira kanunda farklı hükümler bulunması halinde

göre CBK'lar kanunların altında ancak yönetmeliklerin üstünden yer alırlar. Yargısal denetimleri de Anayasa Mahkemesine aittir[12]. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğuna dair Anayasa'nın 119. maddesi dışında, olağan dönemlerde özellikle mahfuz alanlarda çıkarılan CBK'lar da dikkate alınarak düzenlediği alanlara göre kanunun altında veya üstünde olabileceğine dair değerlendirme yapılabilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olağan dönem / olağanüstü hâl dönemi (Anayasa'nın 119. maddesine göre çıkarılan) CBK'ları olarak gruplandırılabilir[13]. Bu çalışmada, olağan dönem CBK'ların Anayasa'nın 152. maddesine dayalı olarak somut norm denetimi yoluyla incelenmesi ve sonuçları hususunda değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK

Somut norm denetimi, görülmekte olan bir davada uygulanacak bir veya daha çok kanun ya da CBK hükmünün, davayı gören mahkemece Anayasa'ya aykırı bulunması veya taraflardan birinin bu yoldaki iddiasının ciddi olduğu kanısına varılması üzerine, bu konuda verilecek karara kadar dava geri bırakılarak işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesiyle başlayan yargısal denetim sürecine denir.

Anayasa'nın 152. maddesi şöyledir:

"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.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme

kanun uygulanacağından (m. 104/17 beşinci cümle) veya sonradan Meclisin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale geleceğinden (m. 104/17 son cümle) böyle bir şeye gerek yoktur. Norm çatışması, genel/özel hüküm, önceki/sonraki hüküm belirlemesi veya normların birbirlerini değiştirme, kaldırma gücü eş düzeydeki normlar için geçerli olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine nazaran kanun üst norm olmaya devam ettiğinden burada bu tür olasılıklar gündeme gelmeyecektir. Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 49.

12 Gözler, K. (2018). s. 804-805, 896.

13 Ülgen, Ö. (2018). s. 15.

davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

Anılan hükümden anlaşıldığı üzere, somut norm denetimine ancak kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi konu olabilir. Bu şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetim görevi ve yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri birel işlem niteliğinde olsa dahi Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenecektir[14]. Kanunlar ile CBK'lar arasında ortaya çıkması muhtemel olan bazı uyuşmazlıklar düşünüldüğünde bu denetim daha anlamlı ve önemli bir hale gelmektedir[15].

6771 sayılı Kanunla Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılarak "*kanun hükmünde kararnamenin*" ibaresi yerine "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin*" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Zira kanun hükmünde kararnameler artık hukuk sistemimizden kaldırılmıştır.

Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa Mahkemesinin denetleyeceği işlemler arasında sayılmaktadır. Anayasa'nın 148., 150., 151., 152. ve 153. maddelerinde yer alan "*kanun hükmünde kararname*" ibareleri değiştirilerek yerine "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" ibaresi konulmuştur[16].

6771 sayılı Kanunla Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılmış ancak 152. maddenin diğer fıkralarında herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. 6771 sayılı Kanun incelendiğinde, Anayasa'da yer alan "*kanun hükmünde kararname*" ibarelerinin araştırılarak bu ibarelerin kaldırıldığı ve yerlerine "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" ibaresinin eklendiği görülmektedir. Bu durum, "*kanun*" ibaresinin geçtiği madde veya fıkraların değerlendirilmesinin unutulmuş olabileceği düşüncesini oluşturabilir. 6771 sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında, "Hükümet sistemine uyum sağlamak amacıyla anayasanın farklı maddelerinde bulunan bazı ibareler değiştirilmekte, bazı maddelere

---

14 Akyılmaz, C. (2019). "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: XXIII, Sa: 1, s. 199.

15 Gülener, S. ve Miş, N. (2017), "Cumhurbaşkanlığı Sistemi", *SETA-Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayını,* Sayı:190, s.12.

16 Yıldırım, T. (2017). s. 15.

yeni ibareler eklenmekte, bazı maddelerde de bir kısım ibareler madde metninden çıkarılmaktadır." şeklinde yazıldığı, dolayısıyla gerekçede de detaylı bir açıklamanın bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Burada, yürürlükteki maddeler ve fıkralar üzerinden değerlendirme yapılması doğru bir yöntem olacaktır. Ayrıca anayasa koyucunun Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yaparak "*kanun hükmünde kararnamenin*" ibaresi yerine "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin*" şeklinde düzenleme yapmasına rağmen aynı maddenin diğer fıkralarında herhangi bir değişiklik yapmamasının, "*kanun*" ibaresinin geçtiği diğer fıkralarına "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" ibaresini eklememesinin, maddenin diğer fıkralarının aynı şekilde yürürlükte kalmasını murad ettiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN SOMUT NORM DENETİMİNDE İNCELEME YÖNTEMİ

Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı itirazıyla bir mahkeme tarafından yapılan başvuruyu incelerken şu hususlara öncelikle dikkat etmektedir:

a) Bakılmakta olan bir dava olmalıdır,

b) Davaya bakmakta olan bir "mahkeme" olmalıdır,

c) Uygulanacak hüküm olmalıdır,

d)Mahkeme uygulanacak hükmü anayasaya aykırı görmeli veya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmalıdır.

Bütün bu şartlar[17] varsa Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Anılan şartların tamamı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında yapılan itiraz başvuruları için de geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından beş ay içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.

Anayasa Mahkemesi bu şekilde yapılan bir başvuruda öncelikle Anayasa'nın 152. maddesindeki şartların olup olmadığını denetler ve bu şartlar varsa incelemeye başlar.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacaktır.

---

[17] Esen, S. (1996). *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları:16, s. 69-104.

Bu on yıllık sınırlama süresi Anayasa Mahkemesinin işin *esasına* girerek verdiği ret kararları için geçerlidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ilk inceleme sonucunda verdiği ret kararlarından sonra on yıl geçmeksizin tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulabilir.

Bu on yıllık süre sınırı, soyut norm denetimi sonucunda verilen iptal kararlarını kapsamamakta, sadece somut norm denetimi sonucunda verilen ret kararlarını kapsamaktadır. Nitekim bir kanun veya CBK hükmünün soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelenerek esastan ret kararı verilmesi halinde aynı kanun veya CBK'nın iptali için somut norm denetimi yoluna başvurulmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır[18].

B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE YÖNELİK SOMUT NORM DENETİMİ

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi CBK'ları da somut norm denetimi yoluyla inceleme yetkisine sahiptir.

CBK'ların somut norm denetimi yoluyla iptali istemi iki temel sebebe dayanabilir:

1. Anayasa'nın 104. Maddesinin Onyedinci Fıkrasına Aykırılık İddiasıyla İptal Talebi,
2. Anayasa'nın Diğer Maddelerine Aykırılık İddiasıyla İptal Talebi.

Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası şöyledir: "*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***

[18] Özbudun, E. (2017). s. 412; Anayasa Mahkemesi, 26/4/1983 tarihli ve E.1983/1, K.1983/5 sayılı kararında, Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin, 1803 sayılı "Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun"un 18. maddesinin (A) bendinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi yoluyla yapılan iptal talebi üzerine, öncelikle aynı kanuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin, daha önce gelen bir itiraz dolayısıyla hükmü incelediğini dikkate almış ve ön inceleme olarak, 1982 Anayasası'nın 152. maddesinin son fıkrasında yer alan on yıllık sürenin, sözü edilen bu Anayasa hükümlerine göre itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine gelmiş ve işin esasına girilerek verilmiş bulunan ret kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra uygulanacağına karar vermiştir.

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."

Burada özellikle son üç cümleye dayalı olarak Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yoluyla yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesi nasıl bir inceleme yapacak ve esastan verdiği ret kararının sonuçları ne olacaktır?

1. Mevcut Uygulama

Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı konusunda somut norm denetimi yoluyla gelen başvurularda esastan inceleme yapmaya başladığı anda, ilgili mahkemenin iptali istenen maddenin Anayasa'nın hangi hükmüne aykırı olduğu talebinden tamamen bağımsız olarak Anayasa'nın tüm maddelerine göre değerlendirme yaparak iptal talebini sonuçlandırmaktadır. Yani bu konuda Anayasa Mahkemesi başvuruda belirtilen ve aykırılığı ileri sürülen Anayasa hükmüyle beraber Anayasa'nın diğer hükümleri açısından da inceleme yapılarak ileri sürülen maddeden tamamen farklı bir maddeye dayalı olarak da inceleme yapmaktadır[19]. Dolayısıyla bir kanun hükmünün somut norm denetimi yoluyla Anayasa'ya aykırılığı itirazında bulunulması halinde tüm Anayasa hükümleri açısından değerlendirme yapılarak iptal veya esastan ret kararı verilmektedir. Bu karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. Esastan verilen ret kararından sonra on yıl süreyle aynı madde için yeniden Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamayacağı kuralı da bu nedenle makul

[19] Anayasa Mahkemesi, 14/2/2018 tarihli ve E.2017/124, K.2018/9 sayılı kararında; somut norm denetimi yoluyla 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 97. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptal talebinde bulunulmasına rağmen, Mahkeme, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de inceleme yaparak ret kararı vermiştir. Yine 15/11/2017 tarihli ve E.2015/76, K.2017/153 sayılı kararında; somut norm denetimi yoluyla 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 22. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptal talebinde bulunulmuş, Mahkeme Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri yönünden de inceleme yaparak ve anılan maddelere dayalı olarak kısmen iptal kararı vermiştir. Yine 14/12/2016 tarihli ve E.2016/25, K.2016/186 sayılı kararda; somut norm denetimi yoluyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 39. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali talep edilmiş, Mahkeme Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri yönünden de inceleme yaparak ret kararı vermiştir

görülmektedir[20]. 6771 sayılı Kanunla Anayasa'nın 152. maddesinde yapılan değişiklik, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi yoluyla yapılan başvuruların inceleme yöntemi ve sonuçları anlamında bir değişiklik getirmemektedir. Anayasa Mahkemesi kanun hükmü yönünden mevcut uygulamasına devam edebilecektir. CBK'ların somut norm denetimi ise ikiye ayrılarak incelenebilir.

2. Anayasa'nın 104. Maddesinin Onyedinci Fıkrasına Aykırılık İddiasıyla İptal Talebi

Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ilgili kısmında "*…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.*"

Bir mahkeme, bir CBK hükmü ile aynı konuda kanun hükmü olduğunu ileri sürerek CBK hükmünün iptali talebinde bulunabilir mi? Başvuruda bulunması halinde nasıl bir inceleme yapılacaktır? Anayasa Mahkemesinin CBK ile kanunlarda aynı hüküm bulunup bulunmadığını resen incelemesi gerekir mi? Yani Anayasa Mahkemesi bir CBK veya kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı itirazında ilgili hükmü Anayasa'nın tümü açısından değerlendirerek itirazı sonuçlandırmakta ve bu konuda resen inceleme yapmakta iken bir CBK'nın kanunda açıkça düzenlenen bir konuda olup olmadığını incelerken tüm yasa maddelerini inceleyerek mi değerlendirme yapacaktır? Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi ilgili mahkemenin CBK ile aynı olduğunu ileri sürdüğü kanun hükmü ile birlikte binlerce maddeden oluşan yasal mevzuatı da inceleyerek mi karar verecektir?

[20] Gözler, K. (2018). s. 1079; 1982 Anayasası'nın hazırlanması sürecinde Danışma Meclisi 152. maddenin son fıkrasındaki on yıllık sürenin beş olmasını önermiştir. Danışma Meclisinin gerekçesine göre; Anayasa Mahkemesi, davanın dayandığı gerekçeyle bağlı olmaksızın Anayasa'ya aykırılığı her türlü neden yönünden araştırmak zorundadır. Bundan başka kanunların zamanla Anayasa'ya aykırı hale geldiği de düşünülebilir. Ancak bunun için makul bir sürenin geçmesi de şarttır. İşte bu süre beş olarak takdir olunmuştur. Bunların dışında, hukukun ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesi de göz önüne alınmış, reddedilen bir davanın beş yıl geçmedikçe yeniden açılamayacağı kabul edilmiştir. Danışma meclisinin bu gerekçesi ve önerisine rağmen Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından, Anayasa Mahkemesinin red kararlarının bazı hallerde usule ilişkin olduğu göz önünde tutularak bunlar hariç bırakılmak amacıyla işin "esasına girerek" ibaresi eklenmiş, uygulamada istikrar sağlamak amacıyla "beş" yıl olan süre "on" yıla çıkarılmıştır.

Öncelikle Anayasa Mahkemesi, yasallık denetimi gibi bir inceleme yöntemini benimseyemez[21] ve yalnızca Anayasa'ya aykırılık itirazında resen inceleme yapabilir. Bir CBK'nın, tüm kanun metinlerini inceleyerek aynı konuda hüküm bulunup bulunmadığını inceleyemez. Anayasa Mahkemesinin yetkisi burada, yalnızca ilgili mahkeme tarafından ileri sürülen kanun hükmünün CBK ile aynı konuda olup olmadığını incelemekle ve Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırılık oluşturup oluşturmadığını denetlemekle sınırlı olmalıdır. İlgili mahkemenin belirttiği kanun hükmü dışında diğer kanun metinlerini de tek tek inceleyerek aynı konuda olup olmadığını incelemek doğru ve pratik bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durum Anayasa Mahkemesinin resen inceleme yetkisini kısıtlayan bir durum olarak da kabul edilemez. Zira resen inceleme yetkisi anayasa hükümlerine aykırılık açısından söz konusu olabilir, yoksa CBK ile aynı konuda kanun hükmü bulunup bulunmadığını incelemek anlamında değerlendirilemez.

a. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kanunlarda Farklı Hükümler Bulunması Durumu

Burada belirtilen husus, bir CBK çıkarıldığı sırada aynı konuda bir kanun hükmünün bulunması durumudur.

Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasında "…*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır…*" denilmektedir. Burada derece mahkemelerinin, bir kanun hükmü ile aynı konuda CBK hükmü bulunması halinde ne yapabileceği açıkça düzenlenmiştir. Aslında *bir konuda kanunda açıkça bir düzenleme varsa o konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.* Ancak kanun hükmüne rağmen CBK çıkarılmışsa ne olacak? Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın ilgili hükmüne göre bir kanun ile CBK aynı konuda düzenleme yapması halinde ilgili kanun hükmü uygulanacaktır. CBK hükmü bu durumda uygulanamaz bir hüküm olarak kalacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine bu

[21] Bu konuda farklı değerlendirmeler de bulunmaktadır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri birer idarî işlemdir. Kanun hükmünde olmadıkları için Anayasa Mahkemesinin denetimine değil Danıştayın denetimine tabi olması daha uygun olurdu. CBK'ların Danıştay yerine Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olmasına yönelik bazı eleştiriler yapılabilir. Bunlardan birine göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminde ölçü norm sadece anayasa değil, kanunlardır. Zira CBK'lar kanunlara da aykırı olamaz. Bir işlemin kanuna uygunluğunun denetimi ise "yasallık denetimi"dir. Bu denetim görevi de idari yargının görevine girer. Anayasa yargısının görevi ise anayasallık denetimi yapmaktır. Gözler, K. (2018). s. 1033-1034.

doğrultuda itiraz yoluyla başvuru yapılmadan dahi sorun derece mahkemelerince çözülebilecektir. Ancak derece mahkemesinin, bir CBK ile aynı konuda kanun hükmü olduğunu ileri sürüp, Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına dayalı olarak CBK hükmünün iptali talebinde bulunmasına engel bir durum da söz konusu değildir.

Bir CBK ile aynı konuda kanun bulunduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yoluyla başvuru yapıldığı takdirde 152. maddenin birinci fıkrası nasıl uygulanacaktır? Yani 152. maddenin birinci fıkrasındaki iptali istenen CBK'nın "*uygulanacak hüküm olmalıdır*" şartı nasıl değerlendirilecektir? Bir kanun hükmü ile CBK aynı konuda ise artık ilgili kanun hükmü o davada uygulanacağına göre, ortada uygulanacak bir CBK'dan söz edilebilir mi? Uygulanacak bir CBK'dan söz edilemiyorsa ilk inceleme aşamasında başvuru reddedilebilir mi? Esas incelemesi aşamasına geçilmeden, ortada aynı konuda kanun hükmü bulunduğunun tespiti ile uygulanacak CBK olmadığı için itiraz başvurusu reddedilebilir mi?

Mahkemeler, aynı konuda CBK ile kanun hükmü bulunduğunu tespit etmeleri halinde kanun hükmünü uygulayacaklardır[22].

Doktrindeki bir görüşte, CBK ile aynı konuda kanun hükmü bulunması halinde somut norm denetimine gitmeksizin ilgili kanun hükmünün uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Mahkemelerin, CBK'nın kanunla çelişmesi halinde CBK'nın somut norm denetimi yoluyla iptalini talep etmeleri yerine ilgili kanun hükmünü uygulamaları, CBK'nın anayasaya aykırılığı halinde somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaları gerekir. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına göre böyle bir durumda zaten ilgili kanun hükmünü uygulamakla görevlidir. Bu ayrımın soyut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasını engellemediğini de belirtmek gerekir. Mahkemelerin bakmadıkları bir davanın çözümünde kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında farklılık olduğunu tespit etmeleri halinde doğrudan kanun hükümlerini uygulamaları gerektiği söylenebilir. Bu hususta karar verme yetkisi ilgili mahkemeye aittir[23].

Ardıçoğlu'na göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konuda farklı bir kanun hükmü olması halinde kanun hükmü uygulanır. Bu durumda üst norm olan kanunun uygulanma önceliği vardır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükte kalmaya

---

22 Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 46.

23 Söyler, Y. (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 100, 190.

devam eder, ancak uygulanma kabiliyetine kanuni düzenlemenin kaldırılması ile kavuşabilir. Bu durum uygulama mevkiinde olan yargı makamları ile idari makamların değerlendireceği bir sonuçtur[24].

Ülgen'e göre ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Bu düzenlemede, kanunun açık hükmü olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanabilir ya da yürütmenin fiili gücü nedeniyle uygulayıcılar kanuna rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesini uygulamayı tercih edebilir. Bu uygulamaların hukuka uygunluğu mahkemelerce denetlenecektir. Her mahkeme, Anayasa Mahkemesine başvuru yapmaksızın da uygulanacak kuralı Anayasa gereğince tespit edebilir. Bu aşamada itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulması durumunda ise iki olasılık vardır. Birincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunun açıkça düzenlediği konuda çıkarılmış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu durumu ilk inceleme aşamasında tespit edecek ve bu durumda artık Cumhurbaşkanlığı kararnamesi davada uygulanacak kural olma niteliği taşımadığı için mahkemenin yetkisizliği nedeniyle ret kararı verecektir. Anayasa Mahkemesinin yapacağı bu tespit bağlayıcıdır. İkincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanunun açıkça düzenlediği konuda olmayabilir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi işin esasına geçerek başkaca bir anayasaya aykırılık sorunu olup olmadığını inceleyecektir. Dolayısıyla, yetki unsuruna yönelik bir uyuşmazlık çıktığında, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği sorunu yaşanmayacaktır. Zira Anayasa gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla farklı hükümler içermesi durumunda başından itibaren kanunun uygulanacağı açıktır, kanunun uygulanması Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptal edilmesine bağlı değildir ve bu durumda Anayasa Mahkemesinin vereceği karar da durumun tespitinden ibarettir[25].

Öncelikle burada ikili bir ayrım yapılabilir. Aynı konuda kanunda ve CBK'da farklı hükümler bulunması mümkün olabileceği gibi, aynı konuda kanun ve CBK'da aynı hükümler de bulunabilir. Her iki durumda da Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına göre CBK hükmü ihmal edilerek ilgili kanun hükmü uygulanacaktır.

Kanaatimce yukarıda belirtilen görüşlerin aksine Mahkemelerin, CBK ile aynı konuda kanun bulunması halinde ilgili CBK hükmünün iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmalarını engelleyen

[24] Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 46.

[25] Ülgen, Ö. (2018). s. 33-34.

bir hüküm bulunmamaktadır. Aksi halde soyut norm denetimi yoluyla da başvuru yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira CBK ile aynı konuda kanun hükmü bulunması halinde kanun hükmü uygulanacağına göre soyut norm denetimi yoluyla yine Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına dayalı olarak iptal davası açılmasına da gerek kalmamaktadır. 104. maddenin onyedinci fıkrası gereği somut norm denetimi yoluna başvurulamayacağını belirterek aynı maddeye yönelik olarak soyut norm denetimi yoluna başvurulabileceğini kabul etmenin çelişki olduğunu belirtmek gerekir.

Bir mahkeme, aynı konuda hem CBK hem de kanun hükmü bulunması halinde CBK hükmünü ihmal ederek ilgili kanun hükmünü uygulayabilir. Ancak kanun ile aynı konuda olduğunu düşündüğü CBK hükmünün iptali amacıyla somut norm denetimi yoluna başvurmasına engel bir durum da bulunmamaktadır. CBK hükmü ile aynı konuda kanun hükmü olduğu ileri sürülerek ilgili CBK hükmünün iptali talebinde bulunulması hâlinde Anayasa Mahkemesi, iptali istenen CBK ile aynı konuda kanun hükmü olup olmadığını bu aşamada incelememesi gerekir. Zira bu durum esas incelemesi aşamasında yapılacak bir değerlendirmedir. Anayasa Mahkemesi burada yalnızca ilgili CBK'nın o davada uygulanacak/uygulanabilecek bir hüküm olup olmadığını incelemelidir. Bu incelemeyi yaparken aynı konuda kanun hükmü olup olmadığı değerlendirmesini yapmaması gerekir. Zira 104. maddenin onyedinci fıkrasının son cümlesindeki gibi ilgili CBK'nın hükümsüz kalma durumu da söz konusu değildir ve iptali istenen CBK hükmü yürürlüktedir.

Anayasa Mahkemesi iptali istenen CBK'nın o davada uygulanacak/uygulanabilecek bir kural olup olmadığını değerlendirdikten ve uygulanacak kural olduğuna karar verdikten sonra[26] esas incelemesi

[26] Anayasa Mahkemesi, 12/1/1971 tarihli ve E.1969/31, K.1971/3 sayılı kararında, bir kuralın o davada uygulanacak kural olup olmadığını belirlemede ilgili mahkemenin nitelendirmesinden ziyade Anayasa Mahkemesinin nitelendirme ve değerlendirmesinin esas olacağına karar vermiştir. Anılan karara göre; "Mahkemelerden gelen işlerde, mahkemece Anayasa'ya aykırılığının incelenmesi istenen yasa kuralının dâvada uygulanacak kural olup olmadığını, Anayasa Mahkemesinin inceleme görevi vardır; çünkü Anayasa'nın 151. maddesi bir dâvaya bakmakta olan mahkemenin o dâvada uygulanacak bir yasanın hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varması durumlarında aykırılık yönünün incelenmesini Anayasa Mahkemesinden isteyeceğini bildirmektedir. Ancak bu inceleme dâvada uygulama yeri bulunmayan bir kuralın Anayasa Mahkemesine getirilmesini önleme ereğine dayanmaktadır, yoksa Anayasa Mahkemesinin, kendisine iş gönderen mahkemelerin kararlarını denetlemekle

aşamasında iptali istenen CBK ile aynı konuda olduğu ileri sürülen kanun hükmünü karşılaştırarak ve değerlendirerek karar vermesi gerekir. Zira CBK ile aynı konuda olduğu ileri sürülen kanun hükmünün açık bir düzenleme içermesi mümkün olduğu gibi zımni olarak da CBK ile aynı konuda düzenleme içermesi mümkün olabilir. Açık veya zımni şekilde düzenlenen kanun hükmü olup olmadığı ancak esas incelemesi aşamasında değerlendirilebilir.

Bir konuda CBK ile kanun arasında aynı veya farklı bir hüküm olduğu her zaman açıkça anlaşılamayabilir. Zira kanun veya CBK'nın bazen net olmayan veya muğlak ifadeler içermesi mümkün olabilir. Ayrıca ilgili kanun veya CBK hükmünün yürürlüğe konulmasının amacı farklı olmasına rağmen lafzından kaynaklanan bazı problemler nedeniyle uygulayıcılar veya mahkemeler tarafından tamamen farklı değerlendirmeler de yapılabilir. Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasında "*…Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır…*" hükmü dikkate alındığında kanun veya CBK hükmünün ilk bakışta aynı konuda olup olmadığının çok net bir şekilde anlaşılabildiği durumda uygulama durumu oluşabilir. Ancak çoğu kez yukarıda belirtilen sebeplerle ilgili kanun veya CBK hükmünün aynı konuda olup olmadığı ancak bir inceleme ve karşılaştırma sonucu tespit edilebilir.

Sonuç olarak iptali istenen CBK'nın o davada uygulanacak/uygulanabilecek bir kural olup olmadığı değerlendirildikten ve uygulanacak kural olduğuna karar verildikten sonra esas incelemesi aşamasında iptali istenen CBK ile aynı konuda olduğu ileri sürülen kanun hükmünü karşılaştırarak ve değerlendirerek karar verilmesi gerekir. Uygulanacak/uygulanabilecek bir kural olup olmadığı değerlendirmesi aşamasında ilgili CBK'nın tek başına o davada uygulama kabiliyetinin olup olmadığının tespiti gerekir. Burada özellikle genişletici bir yorum yapılması uygun olacaktır[27]. İlgili mahkemede görülen davanın çözümüne doğrudan veya dolaylı olarak etkide bulunan her CBK için somut norm denetimi yoluna başvurulabileceği kabul edilmelidir. İlgili CBK hükmünün o davada uygulanması olasılığı hiç bulunmuyorsa uygulanacak kural olmadığı için ilk inceleme aşamasında ret kararı

görevli bir mahkeme olduğu anlamına gelmemektedir. Danıştay'da açılan dâvada mahkememizce incelenmesi istenen yasa kurallarının uygulama yeri bulunduğu, dâvanın bu yasaya dayanan bir dâva olmasından açıkça anlaşılmaktadır."

27 Tunç, H. (1992). *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 43.

verilebilir. Ancak ilgili CBK'nın o davada uygulanma olasılığı varsa o halde ilk inceleme aşamasında kabul edilerek esasa geçilmesine karar verilmeli ve esas inceleme aşamasında ilgili CBK'nın aynı konuda düzenleme içerdiği iddia edilen kanun hükmü ile karşılaştırması yapılarak karar verilmelidir.

Aksi görüş kabul edildiği takdirde, yani ilgili CBK ile kanunun aynı konuda düzenleme içermesi nedeniyle zaten kanun hükmü uygulanacağı ve iptali istenen CBK hükmünün uygulanması söz konusu olmayacağına göre ilk inceleme aşamasında talebin reddedilmesi halinde aynı konuda hem kanun hem CBK hükmü yürürlükte olmaya devam edecektir. Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olarak ilgili CBK yürürlükte kalacaktır. Bu durumun uygulamada ciddi problemlere neden olabileceğini belirtmek gerekir. Örneğin, şöyle bir kanun hükmü olduğunu düşünelim, "*Genel müdür olarak atanmak için en az üç yıl genel müdür yardımcılığı yapmak gerekir.*" Bu hüküm yürürlükte iken CBK hükmü ile "*Genel müdür olarak atanmak için genel müdür yardımcılığı yapmak gerekir.*" şeklinde bir düzenleme yapıldığını düşünelim. Bu durumda idare hangi maddedeki hükümleri dikkate alarak atama işlemini gerçekleştirecektir? Uygulamada bu durumda kanun hükmü yerine aynı konuda farklı bir düzenleme içeren CBK hükmünün uygulanma olasılığı bulunduğunu dikkate almak gerekir. Dolayısıyla kanun ile aynı konuda olan CBK hükmünün iptal edilmemesi halinde uygulamada ciddi sorunlar ve tartışmaların ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Açıkça 104. maddenin onyedinci fıkrasına aykırı hükmün iptal edilmemesi ve yürürlükte kalması hukuki bir yaklaşım olarak düşünülemez.

b. TBMM'nin Sonradan Aynı Konuda Kanun Çıkarması Durumu

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı konuda sonradan kanun çıkarılması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz kalacağı Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının son cümlesinde düzenlenmiştir.

Bu durumun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin "*yokluk*" ile malul olması sonucunu ortaya çıkaracağını savunan görüşler bulunmaktadır[28]. Karşıt yaklaşıma göre bu görüşün kabul edilmesi pek mümkün değildir. Bir kere "*yokluk*" müeyyidesinin mahiyeti itibarıyla "*iptal edilebilirlikten*" çok daha ağır bir müeyyide olduğunda kuşku yoktur. Çünkü iptal edilen bir hukuki işlem, ancak iptal kararından sonra hüküm ve sonuçlarını kaybedeceği halde, yok sayılan hukuki işlem hukuk âleminde hiç vücut

[28] Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 45, Dipnot no: 30.

bulmamış, dolayısıyla hiçbir hukuki hüküm ve sonuç doğurmamış bir işlemdir. Türk Anayasasında yokluk kararı ile ilgili hiçbir düzenleme olmadığı gibi, iptal kararlarının geriye yürümemesi ilkesi de anayasa koyucunun yokluk müeyyidesini amaçlamadığı yolunda bir kanıt olarak kabul edilebilir. Anayasa'nın açıkça tanımadığı bir yetkinin yorum yoluyla sahiplenilmesi mümkün değildir[29].

Anayasa Mahkemesine göre de yokluk bir normun var olup olmadığı ile ilgilidir. Yasalar bakımından parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanı'nın yayımlama iradesinin bulunmaması, resmî gazetede yayınlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece varlıktan söz etmek mümkün değildir. Ancak bunların dışındaki sakatlıklar denetime tabi oldukları için anayasal denetimin konusu olurlar. Anayasa'da denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesi mümkün değildir[30]. Anayasa Mahkemesinin bir normun Anayasa'ya aykırılığını tespit etmesi halinde iptal kararı vermesi dışında başka bir karar vermesi mümkün değildir[31]. CBK ile aynı konuda kanun çıkarılması üzerine CBK'nın yok hükmünde kabul edilmesi halinde, soyut norm ve somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasına da olanak bulunmamaktadır. Temel haklar ve hürriyetler bölümüne ilişkin olarak CBK çıkarılması halinde, yani açıkça Anayasa'ya aykırı olarak CBK çıkarılması halinde dahi ilgili CBK'nın yokluk ile malul olmasından söz edemezken ve iptal etme imkânı varken aynı konuda kanun çıkarılması halinde "*yokluk*" ile malul olma durumunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Yokluk yaptırımı için Anayasa'da açık bir düzenleme olması gerektiğini de belirtmek gerekir.

Ülgen'e göre, kanunun düzenlemediği bir alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yasama organı tarafından benimsenmediği takdirde, o konuda bir kanun çıkarılarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale getirilebilir. Kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin geçerliliğini ve etkisini yitirdiği açıktır. Bu andan itibaren, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanarak işlem yapılamaz. Ancak, kanun çıkmadan önce yapılan işlemlerin durumu net değildir. Hükümsüzlük bir geçersizlik ifadesi olsa da bu geçersizliğin sonradan ortaya çıkması kabul edilebilir. Başka bir ifadeyle şarta bağlı bir

29 Özbudun, E. (2017). s. 414.

30 AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007.

31 Özbudun, E. (2017). s. 425-426.

geçersizlik durumu olduğu düşünülebilir. Buna göre, kanun çıkması şartıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi geçerliliğini yitirecektir. Hükmünü yitiren Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasına da gerek yoktur. Başvuru yapıldığı takdirde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesi değil, karar verilmesine yer olmadığına hükmetmesi beklenir. Bunun tek istisnası, söz konusu düzenlemenin uygulanacak kural olma niteliğinin devam etmesidir. Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun çıkıncaya kadar geçerli, kanun çıktıktan sonra hükümsüz kabul edilmesi hukuki sonuç bakımından kanunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırmasıyla eşdeğerdir. Dolayısıyla burada "*yürürlükten kalkar*" ifadesi yerine "*hükümsüz hale gelir*" ifadesinin tercih edilmesinin bir anlamı olduğu düşünülebilir. Anayasa'nın 119. maddesine göre, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde görüşülüp karara bağlanmadığı takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Burada üç ay boyunca yapılan işlemlerin geçerliliğini koruyacağı, sadece yürürlükten kalktıktan sonra uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Oysa olağan dönemde, kanun yapıldığında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kalkacağı değil, hükümsüz hale geleceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hükmün geçmişe etkili bir geçersizlik hali olarak yorumlanması da mümkündür. Ancak, bu yorumun hukuk düzeninde ciddi olumsuz sonuçları olacağı açıktır. Belirsiz bir tarihte kanun koyucunun aynı konuda düzenleme yapması nedeniyle, aslında yapıldığı tarihte hukuka uygun olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin başından itibaren geçersiz sayılması hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, "*hükümsüz hale gelme*" ifadesinin kanun yapıldıktan sonraki geçersizlik olarak yorumlanması hukuk devleti ilkesi ile daha uyumlu olacaktır[32].

Ardıçoğlu'na göre, 104. maddenin onyedinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*" hükmü bir iptal nedeni değildir, ancak Anayasa Mahkemesi bu durumda yokluğun tespiti kararı vermelidir. Aslında bu bir yokluk tespiti olduğu için adli ve idari yargı organlarının da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın kendilerinin verebileceği bir karardır[33]. Sonradan çıkarılan kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuya ilişkin ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükten kalkar.

---

32 Ülgen, Ö. (2018). s. 35.

33 Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 45, Dipnot no:30.

Bu husus, uygulama aşamasında yargı makamları ile idari makamların değerlendireceği bir durumdur[34].

104. maddenin onyedinci fıkrasındaki "…*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*" hükmünde belirtildiği gibi Meclis tarafından CBK'dan sonra aynı konuda kanun çıkarılması halinde CBK'nın kendiliğinden hükümsüz kalması dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi ilgili CBK'nın hükümsüz kaldığının tespitine mi karar verecektir? Doktrinde bir görüşe göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş bir konuda kanun çıkarılması halinde mahkemeler tarafından CBK'nın hükümsüz kaldığı tespit edilerek ve ilgili kanun hükmü uygulanarak karar verilebilir. Uygulayıcılar açısından ortaya çıkacak belirsizliklerin giderilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından hükümsüz hale gelen CBK hükmünün yürürlükten kaldırılması beklenir[35]. CBK'nın hükümsüz kalması için açık bir yasal düzenleme yapılabileceği gibi zımni olarak da bu düzenleme yapılabilir. Zımni olarak yapılan düzenlemelerin, CBK ile aynı konuda olup olmadığı tartışmalarını da ortaya çıkaracağını belirtmek gerekir. Ancak ister zımni isterse açık bir düzenleme ile yapılsın, CBK ile aynı konuda bir düzenleme yapıldığı anda CBK hükümsüz hale gelecektir[36].

Burada şu tartışma ortaya çıkabilir: yasama organı CBK ile aynı konuda olan kanun hükmünü yürürlükten kaldırırsa CBK tekrar geçerlilik kazanabilir mi? Doktrinde bu hükümsüz kılmanın geçici olduğu, ilgili kanun hükmünün yürürlükten kaldırılması halinde hükümsüz hale gelen CBK'nın yeniden hukuki geçerlik kazanacağı da savunulmaktadır[37].

Bütün bu görüşler dikkate alındığında, bir CBK ile aynı konuda sonradan kanun çıkarılması halinde CBK'nın hükümsüz kalacağı hususu uygulamacılara yönelik bir düzenlemedir. CBK hükmü ile aynı konuda sonradan bir kanun çıkarıldığı takdirde CBK'nın hükümsüz kalması, uygulamadaki tereddütleri gidermeye yönelik olarak düzenlenmiştir. Yoksa Anayasa Mahkemesinin ilgili CBK'nın hükümsüz kaldığının tespitine yönelik bir karar vermesi amacıyla yapılan bir düzenleme değildir.

---

34 a.g.e. s. 46.

35 Söyler, Y. (2018). s. 101.

36 Söyler, Y. (2018). s. 101.

37 Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 46.

Bir CBK hükmünü hükümsüz kılan kanun hükmü açık bir düzenleme şeklinde olabileceği gibi zımni bir düzenleme şeklinde de yapılmış olabilir. Yani ilgili kanun hükmü daha önce çıkarılan CBK ile lafzî olarak aynı hükümleri içerebileceği gibi, farklı bir lafızda olmakla beraber zımni olarak yani üstü kapalı bir şekilde de aynı sonucu doğuracak hükümler içerebilir. Bu durumda uygulayıcılar nasıl bir karşılaştırma ve değerlendirme yaparak sonuca ulaşacaklardır?

Mahkemeler böyle bir durumda ilgili CBK hükümsüz hale geldiği için kanun hükmünü uygulayarak karar verebilecekleri gibi CBK hükmünün iptali amacıyla somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine de başvurabilirler. Bu konuda mahkemelerin Anayasa Mahkemesine iptal talebiyle başvurmasını engelleyen bir hükümden de söz edilemez.

Öte yandan CBK hükümsüz kaldığı için Anayasa Mahkemesine başvurulamaması başka problemleri ortaya çıkaracaktır. CBK'yı hükümsüz hale getiren kanun hükmü yasama organı tarafından kaldırıldığı veya Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edildiği takdirde kanun yürürlüğe girdiği zaman hükümsüz hale gelen CBK hükmünün tekrar geçerli hale geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Hükümsüz hale gelen CBK ile aynı konuda yeni bir CBK veya kanun çıkarılarak hukuki boşluk giderilebilir. Anayasa Mahkemesinin ilgili kanun hükmünü iptal etmesi halinde hükümsüz hale gelen CBK'nın tekrar geçerli hale geleceği yaklaşımı kabul edilirse Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası gereği iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmesine karar verilebileceğine ilişkin düzenlemeye de gerek kalmayacaktır. Zira ortada hukuki bir boşluktan da söz edilemeyecektir.

Sonuç olarak bir CBK ile aynı konuda sonradan kanun çıkarılması halinde ilgili mahkemeler, CBK'nın hükümsüz kaldığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yoluyla başvurabilecekleri gibi, hükümsüz hale geldiğini düşündükleri CBK hükmünü ihmal ederek ilgili kanun hükmünü de uygulayabilirler. Bu konuda Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yoluyla başvuru üzerine verilecek karar uygulamadaki tereddütleri de ortadan kaldıracaktır.

Uygulamada idarelerin veya mahkemelerin bir CBK ile aynı konuda sonradan çıkan kanun olmasına rağmen kanun hükmü yerine hükümsüz kalan CBK hükmünü uygulayarak karar vermeleri halinde, bu durumun temel hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru da yapılabilir. Hükümsüz kaldığı ileri sürülen CBK hükmünün somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınamamasının bireysel başvuruya iş yükü anlamında

da ciddi bir etkisinin olacağı yadsınamaz. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararında, ilgili CBK hükmünün hükümsüz kalıp kalmadığı tespitini yapması gerekecektir. Somut norm denetimi yoluna başvurulamayacağı şeklindeki yaklaşımın ortaya çıkaracağı problemlerin bu şekilde de aşılabileceği düşünülebilir.

Anayasa Mahkemesi, CBK'nın hükümsüz kaldığı gerekçesiyle somut norm denetimi yoluna başvurulması halinde Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasındaki "*uygulanacak*" hükmü nasıl değerlendirecektir? Aslında bu konuda yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Bir mahkeme, CBK ile aynı konuda sonradan kanun çıktığını ileri sürerek CBK hükmünün iptali amacıyla somut norm denetimi yoluna başvurduğu takdirde Anayasa Mahkemesi, iptali istenen CBK ile sonradan çıkarılan kanun hükmünün aynı olup olmadığını bu aşamada incelememesi gerekir. Zira bu durum esas incelemesi aşamasında yapılacak bir değerlendirmedir. Anayasa Mahkemesi burada yalnızca ilgili CBK'nın o davada uygulanacak/uygulanabilecek bir hüküm olup olmadığını incelemelidir. Bu incelemeyi yaparken aynı konuda sonradan çıkarılan kanun hükmü olup olmadığı değerlendirmesini yapmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi iptali istenen CBK'nın o davada uygulanacak/uygulanabilecek bir kural olup olmadığını değerlendirdikten ve uygulanacak kural olduğuna karar verdikten sonra esas incelemesi aşamasında iptali istenen CBK ile aynı konuda olduğu ileri sürülen ve sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünü karşılaştırarak ve değerlendirerek karar vermesi gerekir. Zira yukarıda da belirttiğim gibi ilgili kanun hükmü daha önce çıkarılan CBK ile lafzî olarak aynı hükümleri içerebileceği gibi, lafzen farklı olmakla beraber zımni olarak da aynı sonucu doğuracak hükümler içerebilir. CBK ile aynı konuda, açık veya zımni şekilde düzenlenen kanun hükmü olup olmadığı ancak esas incelemesi aşamasında değerlendirilebilir. Sonradan çıkan kanun hükmünün CBK hükmü ile aynı konuda olup olmadığı ilk bakışta anlaşılamayabilir. Aksi görüş kabul edildiği takdirde, yani ilgili CBK ile kanunun aynı konuda düzenleme içermesi nedeniyle zaten kanun hükmü uygulanacağı ve iptali istenen CBK hükümsüz kalacağı için uygulanması söz konusu olmayacağına göre ilk inceleme aşamasında talebin reddedilmesi halinde aynı konuda hem kanun hem CBK hükmü yürürlükte olmaya devam edecektir. Zira mahkemeler yalnızca önlerindeki olaya ilişkin olarak ilgili CBK'nın hükümsüz olduğunu kabul ederek kanun hükmünü uygulayacaklardır. Hâlbuki benzer durumda başka bir mahkeme halen mevzuatta yürürlükte görülen CBK

hükmünü dikkate alarak karar verebilecektir. Bu durumun uygulamada ciddi problemlere neden olabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Açıkça 104. maddenin onyedinci fıkrasının son cümlesine aykırı hükmün iptal edilmemesi ve yürürlükte kalması hukuki bir yaklaşım olarak düşünülemez.

Öte yandan bir CBK ile aynı konuda sonradan bir kanun hükmü çıkarılması halinde bu CBK hükmüne dayalı olarak soyut norm denetimi yoluna başvurulmasına engel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Kanun hükmünün çıkarılması nedeniyle hükümsüz hale gelen CBK hükmünün soyut norm denetimi yoluyla Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına dayalı olarak iptal talebinde bulunulması mümkündür. Aynı konuda kanun çıktığı için CBK'nın "*hükümsüz*" kalması nedeniyle somut norm denetimi yoluna başvurulamayacağını kabul ederek aynı konuda hükümsüz hale gelen CBK aleyhine soyut norm denetimi yoluyla iptal talebinde bulunulması yolunun açık olduğunu kabul etmenin çelişki olduğunu da belirtmek gerekir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bir CBK veya kanun hükmünün iptali talebiyle yapılan başvurularda verebileceği kararlar iptal veya ret kararlarıdır. Hükümsüzlüğün tespitine yönelik bir karar çeşidinden söz edilemez. Anayasa'da böyle bir karar çeşidinden söz edilmediği gibi Mahkemenin Anayasa ile verilmeyen bir yetkiyi kullanarak bu şekilde karar vermesi kabul edilemez. Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi yoluyla gelen bir başvuruda verebileceği kararlar ret ve iptal kararlarıdır. İlk inceleme aşamasında ilgili CBK hükmünün "*hükümsüz*" hale gelmesi nedeniyle Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasına göre "*uygulanacak*" bir hüküm olmadığı kanaatine varır ve ilk incelemeden verdiği ret kararının gerekçesinde "*CBK hükmünün hükümsüz hale gelmesi nedeniyle uygulanacak hüküm olmadığını belirterek*" ret kararı vermesi düşünülebilir. Ancak bu durum uygulamadaki tereddütleri gidermeye elverişli bir yol değildir. Bir kere ilk inceleme sonunda verilen ret kararları Resmî Gazete'de yayımlanmamaktadır. İkinci olarak da bu karar sadece başvuru yapan ilgili mahkemenin dava dosyasındaki sorunu çözebilir. CBK hükmü yürürlükte olacağından başka mahkemeler ve uygulayıcılar için tereddütler ve tartışmalar devam edecektir. Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasındaki CBK'nın hükümsüz hale gelmesi kuralı Anayasa Mahkemesinin vereceği karara yönelik değildir. Burada Anayasa Mahkemesinin ilgili "*CBK'nın hükümsüz hale gelmesi nedeniyle iptaline*" karar vermesi beklenebilir. Bu şekilde uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler giderilmiş ve ilgili CBK'nın iptali ile mevzuattan kaldırılması da sağlanmış olacaktır.

Öte yandan bir CBK hükmünün Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası dışındaki bir sebebe dayalı olarak somut norm denetimi yoluyla iptali talebinde bulunulduğu düşünülecek olursa, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın diğer hükümleri açısından Anayasa'ya aykırılık görmediği ancak CBK ile aynı konuda sonradan bir kanun hükmü çıkarıldığını tesadüfen tespit ettiği takdirde, bunu değerlendirmeyecek midir? Yani CBK ile aynı konuda sonradan çıkarılan kanun hükmü bulunması durumunda zaten CBK hükümsüz kaldığı için hiçbir değerlendirme yapmayacak mıdır? Kanaatimce Anayasa Mahkemesi bu durumda, önündeki CBK ile aynı konuda kanun hükmü olduğunu tespit ettiği takdirde bunu görmezden gelmemeli ve Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası gereği CBK hükümsüz hale geldiği için karar vermekten imtina etmemeli, bilakis "*CBK'nın hükümsüz hale gelmesi nedeniyle iptaline*" karar vermelidir.

3. Anayasa'nın Diğer Maddelerine Aykırılık İddiasıyla İptal Talebi

Bir CBK hükmünün Anayasa'ya aykırılığı itirazıyla yapılan başvurularda, yani Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına dayalı olarak yapılmayan başvurularda Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı itirazıyla yapılan başvurulardaki incelemesini yapacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak bir konuda düzenleme yapılması halinde bu konuda belirlemeyi iptal davası veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi yapacaktır[38]. Yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alanda ve yürütme yetkisine ilişkin bir konuda çıkarılmış olmakla beraber anayasal ilke ve kurallara uygunluğu tartışmalı kararnamelerin denetimi, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesince yapılacaktır[39]. Burada Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasındaki şartların bulunup bulunmadığı incelenecektir. Ön inceleme olarak;

a) Bakılmakta olan bir dava olmalıdır,

b) Davaya bakmakta olan bir "mahkeme" olmalıdır,

c) İptali istenen CBK uygulanacak hüküm olmalıdır,

d)Mahkeme uygulanacak CBK hükmünü anayasaya aykırı görmeli veya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmalıdır.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde Anayasa Mahkemesi ilk inceleme aşamasından esas incelemesi aşamasına geçebilecektir.

---

38 a.g.e. s. 45.

39 a.g.e. s. 46.

Esas incelemesi sırasında Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı itirazını incelerken yapmış olduğu incelemeyi yapacaktır. Yani CBK'nın hangi Anayasa hükmüne aykırı olduğu iddiasından tamamen bağımsız olarak tüm Anayasa hükümleri açısından inceleme yaparak karar vermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, bir CBK hükmünün Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası dışındaki bir sebebe dayalı olarak somut norm denetimi yoluyla iptali talebinde bulunulması durumunda Anayasa'nın diğer hükümleri açısından Anayasa'ya aykırılık görmeyebilir. Ancak iptali istenen CBK ile aynı konuda kanun hükmü olduğunu tespit ettiği takdirde Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası gereği CBK hükümsüz hale geldiği için "*CBK'nın hükümsüz hale gelmesi nedeniyle iptaline*" karar vermelidir. Burada farklı olan husus, Anayasa Mahkemesi CBK hükmünün Anayasa'ya aykırılığı itirazıyla yapılan başvurularda aynı konuda kanun hükmü olup olmadığı yönünden resen bir araştırma yapmamalıdır.

4. Somut Norm Denetiminin Beş Ay İçinde Sonuçlandırılamaması Durumu

Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrasına göre "*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.*"

Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırılık iddiasıyla yapılan somut norm denetimi yoluyla iptal talepleri üzerine, Anayasa Mahkemesi beş ay içinde başvuruyu sonuçlandıramazsa ilgili mahkeme hangi hükmü uygulayacaktır? Burada aynı konuda bir kanun hükmü bulunduğu veya sonradan aynı konuda çıkarılan bir kanun bulunduğu için Mahkeme 152. maddenin üçüncü fıkrasına göre 5 ay içinde Anayasa Mahkemesi iptal talebini sonuçlandıramadığı takdirde yürürlükteki "*kanun*" hükmüne göre davayı sonuçlandıracaktır. Anayasa Mahkemesi, 104. maddenin onyedinci fıkrasına aykırılık iddiasıyla yapılan iptal talepleri üzerine, ilgili CBK ile aynı konuda olduğu ileri sürülen kanun hükmünü karşılaştırarak değerlendirme yapması halinde 5 ay içinde iptal talebinin sonuçlandırılması mümkün olacaktır. Aksi durumda, yani Anayasa Mahkemesinin 104. maddenin onyedinci fıkrasına aykırılık iddiasıyla yapılan iptal talepleri üzerine sadece aynı olduğu iddia edilen kanun hükmünden ziyade tüm kanun mevzuatını inceleyerek

ve karşılaştırma yaparak değerlendirme yaptığı takdirde 5 ay içinde başvurunun sonuçlandırılması mümkün olmayabilir.

Anayasa Mahkemesi, bir CBK'nın Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi yoluyla yapılan başvuruyu beş ay içinde sonuçlandıramazsa ilgili mahkeme hangi hükmü uygulayacaktır? Zira yukarıda belirtildiği gibi 152. maddenin üçüncü fıkrası, mahkemenin yürürlükteki kanun hükmüne göre davayı sonuçlandıracağını düzenlemiştir. Yürürlükteki CBK hükmünden bahsetmemiştir. Ancak burada yürürlükte olan bir kanun hükmü söz konusu olmadığına ve yürürlükteki bir CBK'nın Anayasa'ya aykırılığı iddiasında bulunulduğuna göre, Anayasa Mahkemesi beş ay içinde başvuruyu sonuçlandıramazsa yürürlükteki mevzuata göre yani yürürlükte bulunan CBK hükmüne göre davanın sonuçlandırılması beklenir. Aksi hâlde ortada bir kanun hükmü olmadığı için davayı sonuçlandıracak bir hüküm olmadığı şeklinde bir durum ortaya çıkacaktır ki bunun da hukuki açıdan kabul edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki CBK hükmü yürürlükte olduğuna göre ve Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği gibi *"yürürlükteki kanun hükmü"* bulunmadığına göre mahkemenin davayı yürürlükteki bulunan mevzuata yani ilgili CBK hükmüne göre sonuçlandırması gerekir.

5. Esastan Ret Kararı Verilmesinin Hukuki Neticesi

Anayasa Mahkemesi bir CBK'nın Anayasa'ya aykırılığı itirazını esastan inceleyerek reddederse aynı CBK için on yıl içinde tekrar Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulabilir mi?

Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasına göre: *"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."*

Bu fıkradan anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacaktır. Anılan fıkrada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden söz edilmemektedir.

Anayasa koyucu, 152. maddenin birinci fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin somut norm denetimi yoluyla Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebileceğini düzenlemişken, on yıl yasağının düzenlendiği 152. maddenin son fıkrasında CBK'lar için böyle bir yasak öngörmemiştir. Pozitif düzenleme açısından CBK'lar için inceleme yetkisi verildiği ve esastan verilen ret kararından sonra on yıl içinde aynı CBK için yeniden

başvuruda bulunulamayacağı şeklinde bir yasak söz konusu olmadığına göre, aynı CBK'ya ilişkin olarak esastan verilen ret kararından sonra yeni bir başvuru gelirse bu CBK'nın yeniden incelenmesi gerekir. Yasakların istisna olduğu ve muhakkak yasal veya anayasal bir düzenleme ile yasak konulabileceğine göre, yorum yoluyla *"kanun hükümleri"* yanında *"CBK'lar"* için de on yıl yasağının bulunduğunu iddia etmenin hukuk devleti ilkesi açısından mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

Bir CBK ile aynı konuda kanun hükmü olduğu iddiasıyla yapılan başvuruda esastan inceleme yapılarak ret kararı verildiğinde aynı CBK aleyhine yeniden başvuru yapılabilir mi?

On yıllık süre yasağı CBK'lar için geçerli değildir[40]. Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasındaki *"kanun"* ibaresinin genişletici bir yoruma tabi tutularak CBK'ların da on yıllık süre yasağına tabi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Maddede geçen *"kanun"* ibaresi dar yorumlanmalıdır[41].

Yukarıda belirttiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi CBK'nın, bir kanun hükmüyle aynı konuda olduğu iddiasıyla yapılan başvuruyu yalnızca ileri sürülen kanun metni ile ilgili CBK hükmünü karşılaştırarak karar vereceği için esastan verdiği ret kararı halinde on yıl yasağı olmadan aynı CBK hükmüne ilişkin yeniden başvuru yapılabilmelidir. Anayasa Mahkemesinin bir CBK'nın bir kanun hükmüyle aynı konuda olduğu iddiasıyla yapılan başvuruyu incelerken tüm kanunları inceleyerek karşılaştırma yapmasına da gerek olmayacaktır.

Gerçekten bu usul uygulanması oldukça zor bir usuldür. Ayrıca tüm bu denetimlere rağmen aynı konuda olan bir kanun gözden kaçabilir. Böyle bir durumda esastan ret kararı verildiğinde on yıl aynı CBK için başvuru yapılamayacağını kabul etmenin adil ve hakkaniyetli sonuçlar doğurmayacağı ortadadır. Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı kuralının somut norm denetimi yoluyla incelenen *"kanun"*un iptali isteminin esastan reddedilmesi halinde uygulanabileceği, CBK ile ilgili olarak on yıl yasağı kuralının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

---

40 Gözler, K. (2018). s. 1079; Ardıçoğlu, M.A. (2017). s. 35.

41 Gözler, K. (2018). s. 1079.

III. SONUÇ

Anayasacılığın temel hedefi; bir yandan etkin bir yönetim sistemi kurarken diğer yandan temel hak ve özgürlüklerin korunması olarak tanımlanabilir[42].

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yepyeni bir kurum olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır. Uzun süre değerlendirilecek ve tartışılacak bir konu olduğunu belirtmek gerekir. CBK'ların somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine iptali için başvurulması iki yolla mümkün olabilir:

a. Anayasa'nın 104. Maddesinin Onyedinci Fıkrasına Aykırılık İddiasıyla İptal Talebi,

b. Anayasa'nın Diğer Maddelerine Aykırılık İddiasıyla İptal Talebi.

Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırılık iddiasıyla yapılan iptal taleplerinin incelenmesinde, ilgili CBK'nın uygulanacak kural olup olmadığı yalnızca ilgili CBK hükmü dikkate alınarak değerlendirilmeli, aynı konuda bir kanun hükmü olup olmadığı ilk inceleme aşamasında dikkate alınmamalıdır. Bu değerlendirme ve karşılaştırma esas incelemesi aşamasında yapılmalı ve Anayasa Mahkemesi burada resen tüm yasa maddelerini kontrol ederek CBK ile aynı konuda olup olmadığını incelememeli yalnızca ileri sürülen kanun hükmü ile CBK'nın aynı konuda olup olmadığını inceleyerek karar vermelidir.

CBK'nın, Anayasa'nın diğer maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali taleplerinin incelenmesi ise bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı itirazıyla yapılan başvurunun incelenmesiyle benzer şekilde yapılabilir. Burada Anayasa'nın 152. maddenin birinci fıkrasında aranan şartların hepsi uygulanacaktır. Anayasa Mahkemesi de iptal talebinin gerekçesiyle ve ilgili Anayasa hükmüyle bağlı olmaksızın tüm Anayasa hükümleri açısından değerlendirme yaparak başvuruyu sonuçlandıracaktır.

Anayasa koyucunun 152. maddenin birinci fıkrasında değişiklik yapmasına rağmen diğer fıkralarında değişiklik yapmama iradesi dikkate alındığında CBK'lara ilişkin olarak somut norm denetimi yoluyla yapılan iptal istemlerinde Anayasa Mahkemesinin esastan ret kararı vermesi halinde bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl boyunca aynı konuda başvuru yapılamayacağı şeklinde bir yasak bulunmamaktadır.

---

42 Gönenç, L. (2017). "2017 Anayasa Değişikliği Sürecine Dair Notlar", *Birikim Dergisi*, Sayı:335, s. 9.

Sonuç olarak, Cumhurbaşkanlığı sistemi ile hukuk sistemimize giren Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde Anayasa Mahkemesi görevli ve yetkilidir. Bu denetim yine Anayasa'ya uygun olarak ve yalnızca anayasal yönden yapılacaktır. Anayasa'nın 152. maddesinin getirdiği temel ve en önemli değişiklik olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin somut norm denetimi yoluyla incelenmesinden sonra esastan ret kararı verilmesi halinde on yıl boyunca aynı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için somut norm denetimi yoluyla başvuru yapılamayacağı kuralının bulunmamasının hukuk sistemi adına büyük bir kazanım olduğunu vurgulamak gerekir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Cemre (2019). 2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: XXIII, Sa: 1, ss. 191-207.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, ss. 20-51.

ESEN, Selin (1996). *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları:16.

GÖNENÇ, Levent (Mart 2017). 2017 Anayasa Değişikliği Sürecine Dair Notlar, *Birikim Dergisi*, Sayı: 335, ss. 7-11.

GÖZLER, Kemal (2017). *Elveda Anayasa, 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.

GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

GÜLENER, Serdar ve MİŞ, Nebi (Şubat 2017). Cumhurbaşkanlığı Sistemi, *SETA-Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayını*, Sayı: 190.

KAHRAMAN, Mehmet ve BALKAN, Ali (2018). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi, *İnternational of Academic Value Studies (Javstudies),* Volume: 4, Issue: 19, ss. 239-246.

ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

SÖYLER, Yasin (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Ankara: Seçkin Yayınları.

TAŞDÖĞEN, Salih (2016). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 3, ss.937-966.

TUNÇ, Hasan (1992). *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

ÜLGEN, Özen (2018). Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, *Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, ss. 3-39.

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

Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), 105–138.

TÜRK HUKUKUNDA YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEME YETKİSİ ve CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Lokman YENİAY*
Gülden YENİAY**

ÖZET

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandum ile onaylanan ve 9 Temmuz 2018 tarihinde bütünü ile yürürlüğe giren 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile parlamenter sistem yerini Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne bırakmıştır. Hükümet sistemi değişikliği ile birlikte getirilen yeniliklerin en önemlilerinden birisi, yürütme organının başında bulunan Cumhurbaşkanı'na Anayasada belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin tanınmasıdır. Cumhurbaşkanı'na tanınan kararname çıkarma yetkisi ile birlikte yürütme organının Parlamenter sistemde sahip olduğu düzenleme yetkisi yürütme organı lehine güçlendirilmiş, parlamenter sistemde idarenin istisnai olarak sahip olduğu kabul edilen asli düzenleme yetkisi artık olağan bir yetki haline gelmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda, öncesinde yasama organı tarafından kanuni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duymaksızın, doğrudan Anayasa'dan almış olduğu yetkiye dayanarak düzenleyici işlem yapabilecek, yani Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilecektir. Parlamenter sistemin uygulandığı yürütme organının bir konuya ilişkin düzenleyici işlem yapabilmesi için, öncesinde o konuya ilişkin mutlaka kanuni bir düzenlemenin olması gerekmekteydi. Meseleye bu açıdan bakıldığında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürütme organına tanınan asli düzenleme yapma yetkisinin Türk İdare Hukuku açısından devrim niteliğinde olduğu söylenebilir. Bu öneminden dolayı çalışmamızda yürütme organının düzenleme yetkisine ilişkin bu köklü değişiklik incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, İdarenin Düzenleme Yetkisi, Hukuk Devleti, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Münhasır Düzenleme Yetkisi.

* Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı lokmanyeniay@gmail.com

** Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı guldenozdem79@gmail.com

REGULATORY AUTHORITY OF THE EXECUTIVE BRANCH AND PRESIDENTIAL DECREE IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Fundamental changes took place in Turkish law with the Constitution Amendment Act numbered 6771 and dated January 21, 2017 which was accepted by referendum held on April 16, 2017 and enacted on July 9, 2018. The parliamentary system has then left its place to the presidential system after this amendment. One of vital novelties in the new system is that henceforth the president as a head of the executive branch will have the right to introduce presidential decree. This change has strengthened the regulatory authority of executive branch compared to the previous system, and primary authority to regulate that was an exception of the administration in parliamentary system has become a usual now. Accordingly, the president based on the authority directly taken from the constitution will be able to make Presidential Decree without a prior permission of the parliament. It was accepted that the executive branch in principle did not have the primary regulative power on the subject in which the legislature did not make a legal arrangement in the period when the parliamentary system was applied. From this point of view, primary regulative power given to the executive branch by Presidential Decree to be a revolution in terms of Turkish Administrative Law. Considering the importance of the matter, this radical change in the regulatory authority of the executive branch will be examined in this study.

Keywords: The presidential system, the authority to regulate of administration, constitutional state, presidential decree, exclusive regulatory authority.

GİRİŞ

Düzenleme yetkisi; devletin bir konuya ilişkin genel, soyut, objektif nitelikte "*kural koyma*" yetkisi anlamına gelmektedir[1]. Kural koyma yetkisi ile devlet, bireylerin neleri yapıp yapamayacağını, yapılmamasını emrettiği bir şeyin yapılması durumunda bunun müeyyidesinin ne olacağını, yani bireylerin özgürlüklerinin sınırlarını belirlemektedir. Bireysel özgürlüklerle olan bu ilişkisinden dolayı, düzenleme yetkisini kullanan devlet organlarının yetkilerinin kaynağının ve sınırının ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Günümüz modern hukuk devletlerinde, kural koyma yetkisinin asıl sahibinin yasama organı olduğu kabul edilmektedir. Kuvvetler ayrılığı teorisi ve demokrasi ilkelerinin benimsenmesinin bir sonucu olan bu kabule göre, yönetilenler adına kural koyma yetkisi ancak yönetilenleri temsil eden kişiler tarafından kullanılmalıdır. Kural koyma yetkisinin teorik olarak sadece yasama organı tarafından kullanılması gerektiği düşünülse de uygulamada, pratik ihtiyaçlardan kaynaklanan sebeplerden dolayı[2] yürütme organı da bu yetkiyi kullanmaktadır. Kural koyma yetkisinin bu şekilde iki farklı devlet organı tarafından kullanılması, bu organların yetkilerinin hukuki niteliğinin ve sınırlarının ne olduğu tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.

Konuya biraz daha yakından bakıldığında, düzenleme yetkisine ilişkin tartışmaların esas itibariyle "*yürütme organının düzenleme yetkisi*" üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Zira yürütme organı tarafından kullanılan düzenleme yetkisini, yasama organı tarafından kullanılan yetkinin aksine demokrasi ilkesi ile meşrulaştırmak mümkün değildir. Bundan dolayı düzenleme yetkisinin kullanımına ilişkin tartışmalar, yürütme organı tarafından kullanılan düzenleme yetkisinin kaynağının, hukuki niteliğinin ve sınırlarının tespit edilmesi noktasında yoğunlaşmıştır.

Anayasa hukukunu da yakından ilgilendiren yürütme organının düzenleme yetkisi meselesi, idare hukukunun en tartışmalı konularından birisi olarak kabul edilmektedir[3]. 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde doktrinde birçok yazar tarafından incelenen bu konu[4], 16 Nisan 2017

---

1 Özay, İ. H. (2004). *Günışığında Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.426.

2 Öztürk, K. B. (2009). *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s.31.

3 Gözübüyük, Ş. Tan, T. (2010). *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, s.111.

4 Yürütme organının düzenleme yetkisinin incelendiği çalışmalara örnek olarak şu eserler gösterilebilir: Güneş, T. (1965). *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının*

tarihinde yapılan Anayasa değişikliği referandumunda kabul edilen değişikliklerin 9 Temmuz 2018 tarihinde bütünüyle yürürlüğe girmesi ile birlikte çok farklı bir boyut kazanmıştır. Zira bu hükümlerin yürürlüğe girmesi ile birlikte Parlamenter Hükümet Sistemi terk edilerek Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçilmiş ve yürütme organının yasama organından kaynaklanan bir devlet organı olma özelliğine son verilmiştir[5]. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde yürütme organının göreve başlayabilmesi için yasama organının onayına ihtiyaç duyulmamaktadır. Yeni hükümet sisteminde yürütme organı Cumhurbaşkanı'ndan oluşmakta ve yürütme yetkisini kullanan Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Yürütme organının, yasama organının onayı olmadan göreve başlayabilmesi, yürütme yetkisinin de yasama yetkisi gibi "*asli*" bir yetki olduğunu kabul etmeyi gerektirmektedir.

Hükümet sisteminde bu şekilde bir değişiklik yapılarak yürütme organının yeniden dizayn edilmesinin sebebi ise, yürütme organını yasama organı karşısında daha güçlü bir konuma getirme isteğidir. Hukukumuzda eskiden beri kendisine yer bulan "*güçlü yürütme organı*" tartışması[6], anayasa değişikliği ile birlikte tam anlamıyla hayata geçirilmiştir. Hükümet sisteminde, yürütme organını yasama organı karşısında daha güçlü konuma getirmeye yönelik yapılan bu değişikliklere paralel olarak yürütme organının düzenleme yetkisine ilişkin Türk kamu hukukunda kabul edilen esaslarda da "*çok ciddi ve köklü değişiklikler*"[7] yapılmıştır.

Anayasa değişikliğinden önce, 1982 Anayasası'nın "*kanuni idare ilkesi*"ni benimsediği ve bu ilkenin benimsenmesinin bir sonucu olarak hem yürütme yetkisinin kendisinin hem de yürütme yetkisinin bir sonucu olduğu kabul edilen yürütme organının düzenleme yetkisinin; kanundan kaynaklanan, türevsel nitelikte bir yetki olduğu kabul

---

Düzenleyici İşlemleri, Ankara: AÜSBF Yayını; Duran, L. (1983). "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.4., S.1-3., s.33-42; Tan, T. (1986). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, C.3., s.203-216.

5 Ardıçoğlu, A. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2017/3., s.23.

6 Bu konu ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz: Tan, T. (1984). "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)", *Anayasa Yargısı*, C. 1., s. 31-47.

7 Ulusoy, A. (2017). "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", *www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017)*, s.6. (Erişim Tarihi: 06.10.2018).

edilmekteydi[8]. Buna göre, yürütme organının bir konuya ilişkin düzenleme yapabilmesi için, o konunun yasama organı tarafından daha önce çıkarılmış bir kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmekte ve yasama organı tarafından çıkarılan bir kanun olmaksızın, yürütme organının bir konuyu ilk elden düzenlemesinin mümkün olmadığı kabul edilmekteydi. İşte Cumhurbaşkanı'na tanınan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) çıkarma yetkisi, yürütme organının düzenleme yetkisine ilişkin Türk hukukunda kabul edilen bu esasta köklü bir değişikliğe sebep olmuştur. Cumhurbaşkanı'na tanınan bu yetki ile birlikte yürütme organı, hukukumuzda ilk defa asli düzenleme yetkisine kavuşmuştur. Hukukumuzda meydana getirdiği bu önemli değişiklikten dolayı biz de çalışmamızda CBK kurumunu incelemeyi uygun gördük[9].

Bu bağlamda çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, yürütme organına tanınan asli düzenleme yetkisinin, yasama yetkisi üzerinde ne gibi etkileri olduğu incelenecektir. Bu bölümde özellikle yürütme organına münhasır düzenleme yetkisi tanınıp tanınmadığı, yasama yetkisinin genelliği bağlamında tartışılacaktır. İkinci bölümde, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla CBK'lar arasındaki ilişki incelenerek CBK'ların hukuki nitelikleri ve normlar hiyerarşisindeki yerleri tespit edilmeye çalışılacaktır. Üçüncü bölümde Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisinin sınırları, son bölümde ise CBK'lar için Anayasada öngörülen yargısal denetim mekanizması incelenecektir.

I. YÜRÜTME ORGANINA TANINAN ASLİ DÜZENLEME YETKİSİNİN YASAMA YETKİSİNE ETKİSİ

Yukarıda, Cumhurbaşkanı'na tanınan CBK çıkarma yetkisi ile birlikte yürütme organının Türk hukukunda ilk defa asli düzenleme yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştik. Bu noktada incelenmesi gereken ilk konu, yürütme organına tanınan asli düzenleme yetkisinin yasama yetkisi üzerinde ne gibi etkileri olduğudur. Bilindiği üzere, yasama organı tarafından kullanılan yasama yetkisi asli ve genel bir yetkidir. Yürütme organının asli düzenleme yetkisine sahip olması, acaba yasama yetkisinin bu niteliklerinde bir değişikliğe sebep olmuş mudur? Bu sorunun,

8 Kanuni idare ilkesi ve bu ilkenin yürütme organının düzenleme yetkisine olan etkisi ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz: Akbulut, E. (2013). *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul: Beta, s.57 vd.

9 Çalışmanın konusunu sadece olağan dönemde çıkarılan CBK'lar oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nın 119'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasında düzenlenen olağanüstü hâl kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çalışmamızda incelenmeyecektir.

yasama yetkisinin "*asliliği*" ve "*genelliği*" ilkeleri bakımından ayrı ayrı cevaplanması gerekmektedir.

Yasama yetkisinin asliliği, yasama organının bir konuya ilişkin **doğrudan doğruya**, araya başka bir işlem girmesine gerek duymaksızın kanun çıkarabilmesi anlamına gelmektedir[10]. Yasama organının bir konuya ilişkin kanun çıkarabilmesi için, o konunun Anayasada veya bir başka yerde düzenlenmesine gerek yoktur. Yasama organı, Anayasada hiçbir şekilde düzenlenmeyen bir alanı ilkelden düzenleyebilir[11]. Yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunun Anayasaya dayanması zorunlu olmayıp aykırı olmaması yeterlidir[12].

Yasama yetkisinin genelliği ise, yasama organının kanunla düzenleme yapabileceği alanların konu itibariyle sınırlandırılmamış olması anlamına gelmektedir[13]. Bu ilkeye göre yasama organı, **istediği her konuda** kanun çıkarabilme yetkisine sahiptir. Zira yasama yetkisinin mahiyeti gereği, yasama organı tarafından kanunla düzenlenemeyecek bir alan yoktur[14]. Yasama yetkisinin genelliği aynı zamanda, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına da gelmektedir[15]. Buna göre yasama organı bir konuyu, yürütme organına hiçbir takdir yetkisi bırakmayacak şekilde en ince ayrıntısına kadar düzenleyebileceği gibi genel hatlarıyla düzenleyip yürütme organına takdir yetkisini kullanabileceği geniş bir alan da bırakabilmektedir.

Acaba yürütme organına asli düzenleme yetkisinin tanınması, yasama organının yukarıda bahsettiğimiz asli düzenleme yetkisini ortadan kaldırmış mıdır? Anayasal düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, yürütme organına asli düzenleme yetkisi tanınmasının yasama yetkisinin asliliğine bir etkisinin olmadığı görülmektedir. Yürütme organına tanınan asli düzenleme yetkisi, yasama yetkisinin asliliğini ortadan kaldırmamıştır. Anayasa değişikliği ile birlikte, artık hem yasama organı hem de yürütme organı asli düzenleme yetkisini **birlikte** kullanacaklardır.

Yürütme organının asli düzenleme yetkisine sahip olmasının yasama yetkisinin asliliğine bir etkisi olmamasına rağmen Anayasa değişikliği ile getirilen hükümler, yasama yetkisinin genelliğini tartışmalı hale

---

10 Özbudun, E. (2014). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s.213.

11 Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin, s.613.

12 Özbudun, E. (2014). S.214.

13 a.g.e. s.213.

14 Gözler, K. (2018). s.607.

15 Özbudun, E. (2014). s.213.

getirmiştir. Yasama yetkisinin genel olmaması, yasama organı tarafından düzenleme yapılamayacak alanların olduğu anlamına geldiğinden; Anayasa değişikliği ile getirilen sistem karşısında, yasama yetkisinin konu itibariyle sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının tespit edilmesi son derece önemlidir.

Cumhurbaşkanı'na tanınan CBK çıkarma yetkisinin yasama yetkisinin genelliğine bir etkisinin olup olmadığını tespit edebilmemiz için Anayasada münhasıran CBK ile düzenleneceği ifade edilen konuların olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü yasama yetkisinin genelliği aynı zamanda, yürütme organına bırakılmış "*mahfuz*" bir düzenleme yetkisinin bulunmadığı anlamına da gelmektedir[16]. Buna göre eğer Anayasa, Cumhurbaşkanı'na belirli konulara ilişkin münhasır düzenleme yetkisi tanımışsa, bu durum yasama organının o konularda kanun çıkaramayacağı anlamına gelmektedir. Bundan dolayı yürütme organına asli düzenleme yetkisinin ötesinde, sadece Cumhurbaşkanı tarafından düzenleme yapılabilecek münhasır bir alan tanınıp tanınmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Kanımızca, Anayasa değişikliğinden sonraki dönemde, CBK'lara ilişkin en önemli tartışmalar, yürütme organının münhasır düzenleme yetkisine sahip olup olmadığı noktasında yaşanacaktır. Çünkü konuya ilişkin anayasal düzenlemeler son derece tartışmalıdır. Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki, Anayasanın hiçbir hükmünde bir konunun "*münhasıran*" yürütme organı tarafından düzenleneceği açıkça ifade edilmemektedir. Bununla birlikte Anayasanın bazı hükümleri, bu hükümlerde yer alan konuların sadece yürütme organı tarafından düzenlenebileceği şeklinde yorumlanmaya da müsaittir. Yürütme organının münhasır düzenleme yetkisinin olup olmadığına yönelik tartışmalar da Anayasanın bu hükümlerinden kaynaklanmaktadır.

Anayasa'nın CBK'ların genel hukuki rejimini düzenleyen 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasına[17] baktığımızda, Cumhurbaşkanı'nın

---

16 a.g.e. s.213.

17 1982 Anayasası'nın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrası şu şekildedir: "*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.*"

münhasır düzenleme yetkisine sahip olduğu sonucunu çıkarabileceğimiz bir hükümle karşılaşmamaktayız. Aksine bu maddede, kanunlarla CBK'lar arasında kanunlar lehine hiyerarşik bir ilişki tesis edilmekte ve kanunla düzenlenen bir alanın CBK ile düzenlenemeyeceği açıkça ifade edilmektedir. Anayasanın bu hükmüne göre CBK'lar, hiyerarşik olarak yasama organı tarafından çıkarılan kanunların altında olacağından, bu madde kapsamında çıkarılan CBK'ların yürütme organına münhasır bir düzenleme yetkisi tanıması mümkün değildir.

Bununla birlikte Anayasanın çeşitli hükümlerinde, bazı konuların CBK ile düzenleneceği ifade edilmektedir. Anayasada CBK ile düzenleneceği ifade edilen konular şunlardır: **1-** Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenleneceğini öngören 104'üncü maddenin 9'uncu fıkrası; **2-** Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulmasının CBK ile düzenleneceğini öngören 106'ncı maddenin 11'inci fıkrası; **3-** Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin CBK ile düzenleneceğini öngören 108'inci maddenin son fıkrası; **4-** Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK ile düzenleneceğini öngören 118'inci maddenin 6'ncı fıkrası. İşte Anayasa değişikliği ile birlikte yürütme organının münhasır düzenleme yetkisine sahip olup olmadığına ilişkin tartışmalar, 1982 Anayasası'nın bu hükümlerinden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda zikredilen Anayasa'nın dört maddesinde, bu konuların CBK ile düzenleneceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu noktada cevaplanması gereken soru şudur: Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen bu konular, sadece Cumhurbaşkanı tarafından mı düzenlenecektir yoksa yasama organı da bu konulara ilişkin kanun çıkarabilecek midir? Yani başka bir ifadeyle, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu dört alan, yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturur mu? Bu soruya evet cevabı verilmesi, yasama organının bu konularda kanun çıkaramayacağı anlamına gelmektedir. Evet cevabı verilmesi aynı zamanda, yürütme organının münhasır düzenleme yetkisine giren konularda çıkarılan CBK'lar ile Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrası hükümlerine istinaden çıkarılan CBK'ların hukuki niteliklerinin farklı olduğu anlamına da gelmektedir.

Kanımızca, üç sebepten dolayı Anayasada CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu dört konunun, yürütme organının münhasır düzenleme alanını

oluşturduğu ve yasama organının bu konularda kanun çıkaramayacağı iddia edilebilir.

Öncelikle CBK ile düzenleneceği belirtilen konuları düzenleyen maddelerin ifade tarzına baktığımızda, bu konuların CBK dışında başka bir işlemle düzenlenemeyeceği iddia edilebilir. Çünkü ilgili maddelerde belirtilen konuların CBK ile "*düzenlenebileceği*" değil "*düzenleneceği*" ifade edilmektedir. Bu ifadenin mefhum-u muhalifinden, bu konuların CBK dışında başka bir işlemle düzenlenemeyeceği anlamı çıkar[18]. Bu noktada 1982 Anayasası, CBK ile düzenleneceği ifade edilen konularda Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarıp çıkarmama konusunda bir takdir yetkisi tanımamıştır. Cumhurbaşkanı, bu maddelerde belirtilen konuları CBK ile düzenlemek zorundadır. Bundan dolayı kanımızca, bu dört konunun CBK dışında, yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunla düzenlenmesi mümkün değildir.

İkinci olarak Anayasakoyucu, bu konuların kanunlarla da düzenlenebileceğini açık bir şekilde ifade edebilirdi. Nitekim kamu tüzel kişiliğini düzenleyen 123'üncü maddenin üçüncü fıkrasında Anayasa, kamu tüzel kişiliklerinin kanunlarla ve CBK ile kurulacağını açıkça düzenlemiştir. Bu maddede kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı açıkça düzenlenmesine rağmen, yukarıda zikredilen dört konuda Anayasada böyle bir kullanım tercih edilmemiştir. Kamu tüzel kişiliklerinin kanunlarla ve CBK ile kurulabileceğini düzenleyen Anayasa, acaba neden bu dört konunun CBK ile düzenleneceğini ifade edip kanunla da düzenlenebileceğini açıkça zikretmemiştir? Kanımızca Anayasakoyucunun tercihini bu yönde kullanması, CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu dört konunun yasama organı tarafından düzenlenmesini istemediği şeklinde yorumlanmalıdır.

Üçüncü olarak; CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu konuların, yürütme organının münhasır düzenleme yetkisini oluşturmadığını ve yasama organının da bu konulara ilişkin kanun çıkarabileceğini kabul ettiğimiz takdirde, bu durumda Anayasakoyucunun abesle iştigal ettiğini de kabul etmemiz gerekir. Zira üçüncü bölümde inceleyeceğimiz üzere, CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu dört konu zaten CBK çıkarılabilecek konular arasında yer almaktadır. Anayasa'nın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında, CBK'ların yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Yukarıda ifade edilen dört konunun da yürütme yetkisine ilişkin olduğu söylenebilir. Cumhurbaşkanı; bu konuların CBK ile düzenleneceğini ifade eden

[18] Gözler, K. (2018). s.733.

hükümler olmasa bile, 104'üncü maddeden aldığı yetkiyle bu konularda CBK çıkarabilecektir. Yasama organının bu dört konuda kanunla düzenleme yapabileceğini kabul ettiğimiz takdirde, Anayasanın neden bu konuların CBK ile düzenleneceğini ayriyeten ifade ettiğini açıklamak mümkün olmayacaktır. Bundan dolayı kanaatimizce, yasama organının bu konularda kanun çıkarabileceğini kabul etmek, Anayasakoyucunun bu konuların CBK ile düzenleneceğini ifade ederek abesle iştigal ettiği anlamına gelmektedir. Anayasakoyucunun abesle iştigal ettiğini iddia edemeyeceğimize göre, yasama organının, CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu konularda kanun çıkaramayacağını kabul etmemiz gerekmektedir.

İşte bu üç sebepten dolayı, kanaatimizce, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu dört konu, yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturmaktadır ve yasama organının bu konularda kanun çıkarması mümkün değildir. Yine aynı şekilde, yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturan bu dört konuda çıkarılan CBK'lar ile 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasından kaynaklanan yetkiye dayanılarak çıkarılan CBK'lar, hukuki nitelikleri itibariyle birbirlerinden farklıdır[19].

Bu noktada yasama organının her konuda kanun çıkarma yetkisinin devam ettiğine, yürütme organının münhasır düzenleme yetkisinin olmadığına ilişkin olarak, Anayasa'nın 123'üncü maddesinde idarenin kanuniliği ilkesinin kabul edildiği, dolayısıyla kanunla düzenlenemeyecek alanların olmadığı iddia edilebilir. Gerçekten de Anayasa değişikliği ile birlikte yürütme yetkisinin asli bir yetki olarak düzenlenmesi ve yürütme organına asli düzenleme yetkisi tanınmış olmasına rağmen, Anayasanın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği hükmü değiştirilmemiştir[20]. Anayasanın bu hükmü karşısında, yürütme organının münhasır düzenleme alanının olabilip olamayacağının da tespit edilmesi gerekmektedir.

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki 1982 Anayasası'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği hükmü karşısında, CBK ile düzenleneceği ifade edilen

---

19 YILDIRIM da Anayasanın çeşitli maddelerinde CBK'ların farklı hukuki niteliklerde düzenlendiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.23., S.2., s.14.

20 ULUSOY; yürütme organına tanınan asli düzenleme yetkisinin, kanuni idare ilkesinde bir "*yumuşamaya*" sebep olduğunu ifade etmektedir. Ulusoy, A. (2017). s.6.

konuların yürütme organına münhasır bir düzenleme yetkisi tanıyıp tanımadığı sorunu bir yorum sorunudur ve meselenin yorum kuralları dikkate alınarak çözümlenmesi gerekmektedir. Aynı konuya ilişkin birden çok hukuk kuralının varlığı durumunda, bu hukuk kuralları arasında bir çatışmanın çıkması her zaman imkân dahilindedir. Bu gibi durumlarda hukuk kuralları arasında meydana gelen çatışmaları çözmeye yönelik olarak üç temel yorum ilkesinin olduğu söylenebilir. Bu ilkeler; "*Lex superior*", "*Lex posterior*" ve "*Lex spacialis*" ilkeleridir[21]. İşte idarenin kanuniliği ilkesini düzenleyen 123'üncü madde ile "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*" hükmünün yer aldığı maddeler arasında çıkan çatışmanın bu yorum ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan hukuk kuralının alttaki hukuk kuralını ilga edeceğini öngören yorum ilkesine "*Lex superior*" ilkesi denilmektedir[22]. Çalışmamızda incelediğimiz çatışma, hiyerarşik bakımından aynı seviyedeki hukuk kuralları arasında meydana geldiğinden, *Lex superior* ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Hiyerarşik bakımdan aynı seviyede yer alan hukuk kuralları arasında meydana gelen çatışma, yukarıda bahsettiğimiz diğer yorum ilkeleri kullanılarak çözülmektedir.

Kanaatimizce hem sonraki tarihte yürürlüğe giren hukuk kuralının daha önceki tarihte yürürlüğe giren hukuk kuralını ilga edeceğini ön gören *Lex posterior* ilkesi[23] hem de bir konuya ilişkin özel hukuk kuralının aynı konuya ilişkin genel hukuk kuralını ilga edeceğini ön gören *Lex spacialis* ilkesi[24]; 123'üncü maddede yer alan ve idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören hukuk kuralının, yürütme organının münhasır düzenleme yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmasına imkân vermemektedir.

Öncelikli olarak *Lex spacialis* ilkesi açısından yasama organının her konuda kanun çıkarabileceği iddiasının kabul edilemeyeceği ifade edilebilir. Zira Anayasa'nın 123'üncü maddesi; "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*" ifadesinin yer aldığı maddelere nazaran genel hukuk kuralı niteliğindedir. Bu, şu anlama gelmektedir: Anayasa'da belirtilen istisnalar dışında idarenin kuruluşu ve görevleri, yasama

---

21 Gözler, K. (2013), "Yorum İlkeleri", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.97.

22 a.g.e. s.97 vd.

23 a.g.e. s.100.

24 a.g.e. s.100 vd.

organı tarafından çıkarılan kanunlarla düzenlenmek zorundadır. Bununla birlikte Anayasa, idarenin kanunla düzenleneceğine ilişkin bu genel hükme her zaman istisna getirebilir.

İfade etmek gerekir ki, Anayasa değişikliğinden önceki dönemde de kanuni idare ilkesinin mutlak bir ilke olmadığı ve bu ilkenin istisnasının olduğu kabul edilmekteydi. Anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılmadan önce Anayasa'nın 107'nci maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş ve görevlerinin CBK ile düzenleneceği ifade edilmekteydi ve Anayasa'nın bu maddesi, yasama yetkisinin genelliğinin ve kanuni idare ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilmekteydi[25]. Yürürlükte olduğu dönemde 107'nci maddenin, 123'üncü maddede düzenlenen kanuni idare ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilmesinin sebebi, 123'üncü maddeye nazaran özel hüküm niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde Anayasa değişikliğinden sonra CBK ile düzenleneceği belirtilen bu dört konunun da kanuni idare ilkesini düzenleyen 123'üncü maddeye göre özel hukuk kuralı olduğunu ve kanuni idare ilkesinin istisnaları olarak yorumlanması gerektiğini kabul etmek gerekir[26]. Yani Anayasanın 123'üncü maddesinde idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğinin ifade edilmesi, yürütme organına Anayasa ile münhasır düzenleme yetkisi tanınamayacağı anlamına gelmediği gibi yürütme organına münhasır düzenleme yetkisinin tanınması, tek başına kanuni idare ilkesinin ortadan kaldırıldığı anlamına da gelmemektedir.

İkinci olarak, *Lex posterior* ilkesi açısından da yasama organının her konuda kanun çıkarma yetkisinin devam ettiği görüşüne eleştiriler getirilebilir. Zira bu konuların CBK ile düzenleneceğini ifade eden maddeler, kanuni idare ilkesinin düzenlendiği 123'üncü maddeden daha sonraki bir tarihte kabul edilmiştir. Buna göre aynı konuya ilişkin olan ve birbiri ile çatışan bu hükümlerden sonraki tarihte yürürlüğe giren hükmün uygulanması gerekmektedir. Yani bu yorum ilkesine göre de CBK ile düzenlenecek konuları belirleyen maddelerin, 123'üncü madde karşısında, yürütme organına münhasır düzenleme yetkisi tanımadığını iddia etmek mümkün değildir.

Bu noktada kanunlarla CBK'lar arasında kanunlar lehine hiyerarşik bir ilişki öngören Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasındaki hükümler de yürütme organının münhasır düzenleme alanının

---

25 Akbulut, E. (2013). s.374; Gözler, K. (2018). s.611.

26 Ülgen, Ö. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, s.20.

olmadığını göstermez. Kanaatimizce bu fıkra, Cumhurbaşkanı'nın münhasır düzenleme alanının dışında kalan konularda çıkarılan CBK'lar ile kanunlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bundan dolayı bu maddedeki hükümlerin, Cumhurbaşkanı'nın münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkardığı CBK'lara uygulanması mümkün değildir. İkinci bölümde ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, kanaatimizce, Cumhurbaşkanı'nın münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkardığı CBK'lar ile 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasından kaynaklanan yetkisini kullanarak çıkardığı CBK'lar, kanunlarla olan ilişkileri bakımından farklı hukuki niteliktedirler.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar çerçevesinde; Anayasada CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu dört konunun yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturduğunun[27] ve yasama organının bu konulara ilişkin kanun çıkaramayacağının kabul edilmesi gerekir[28].

Yürütme organının münhasır düzenleme yetkisinin olduğunun kabul edilmesi durumunda, şu sorunun da cevaplandırılması gerekmektedir: Anayasa'da yürütme organına belirli konularda münhasır düzenleme yetkisinin tanınmış olması, acaba yasama organının genel düzenleme yetkisini ortadan kaldırır mı? Kanaatimizce, yukarıda zikrettiğimiz dört konunun yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturduğunu kabul ettiğimizde bile yasama yetkisinin genelliği devam etmektedir. Zira yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturduğu kabul edilen konular, yasama yetkisinin genelliğinin istisnasını oluşturmakta ancak yasama yetkisinin genelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Yasama yetkisinin genel olmadığından söz edebilmemiz için, Anayasada yasama organının kanun çıkarabileceği alanların konu itibariyle belirlenmiş olması ve bu konular dışında kalan bütün konularda düzenleme yapma yetkisinin yürütme organına verilmesi gerekmektedir[29]. Örneğin 1958 Fransız Anayasası, düzenleme yetkisine ilişkin böyle bir yöntem kabul

---

27 Aksi görüş için bkz: Ardıçoğlu, A. (2017). s.44.

28 Yürütme organına münhasır bir düzenleme yetkisinin tanınmış olması şüphesiz, yürütme organını yasama organı karşısında oldukça güçlü bir konuma getirmektedir. Bu durumun bireysel özgürlükler bakımından tehlikeli bir sonuç doğuracağı, dolayısı ile yasama organı tarafından düzenlenmesi mümkün olmayan konuların olmaması gerektiği savunulabilir. Ancak "*Anayasada yürütme organına münhasır bir düzenleme yetkisi tanınıp tanınmadığı*" hususu ile "*Anayasada yürütme organına münhasır bir düzenleme yetkisi tanınması gerekip gerekmediği*" konuları farklı tartışma alanlarıdır. Kabul etmek gerekir ki, pozitif hukuk kurallarının bu temennileri gerçekleştirecek şekilde yorumlanması, bilimsel bir yöntem olmaktan ziyade ideolojik bir yorum olacaktır.

29 Özbudun, E. (2014). s.213.

etmiştir. Fransız Anayasası'nın 34'üncü maddesinde genel ilkeleri ya da kuralları yasama organı tarafından çıkarılacak kanunla belirlenmesi gereken konular sayılmış, 37'nci maddesinde de bu konular dışında kalan bütün konularda düzenleme yetkisi yürütme organına verilmiştir. Bundan dolayı Fransa'da genel düzenleme yetkisi yasama organı tarafından değil yürütme organı tarafından kullanılmaktadır[30]. Ancak 1982 Anayasası'nda, yasama organının kanun çıkarabileceği konuların 1958 Fransız Anayasası'nda olduğu gibi tek tek sayılarak belirlenmesi yöntemi kabul edilmemiştir. Bundan dolayı, Anayasada yürütme organının münhasır düzenleme yetkisine giren konuların olduğu kabul edilse bile, bu durum tek başına yasama yetkisinin genelliğinin ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE KANUNLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

Devlet organları tarafından gerçekleştirilen işlemler, işlemi yapan organa göre genel olarak yasama işlemi, yürütme işlemi ve yargı işlemi olmak üzere üçe ayrılmaktadır. CBK çıkarma yetkisi de yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan bir yetki olduğu için, bu işlemlerin "*organik*" açıdan idari işlem niteliğinde olduğunda şüphe yoktur. Bununla birlikte CBK'ların, yürütme organının klasik düzenleyici işlemlerinden oldukça farklı özelliklerinin olduğunu da ifade etmek gerekir.

CBK'ların organik açıdan idari nitelikte bir düzenleyici işlem olduğunda şüphe olmamakla birlikte kanımızca organik kriter bu işlemlerin hukuki niteliğini tespit etmekte tek başına yetersiz kalmaktadır. CBK'ların hukuki niteliği tespit edilirken organik kriterin yanında kanunlarla olan ilişkilerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki, yürütme organının münhasır düzenleme yetkisinin olduğunun kabul edilmesi durumunda, CBK'lar ile kanunlar arasındaki ilişki incelenirken ikili bir ayrım yapılması gerektiğinin de kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıntısına aşağıda gireceğimiz bu ayrımda dikkat edilmesi gereken husus; yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturan konularda çıkarılan CBK'lar ile 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasından kaynaklanan yetkiye dayanılarak çıkarılan CBK'ların aynı hiyerarşik güce sahip olmadıklarıdır. Bu tespitin yapılması, kanımızca CBK'ların hukuki niteliğinin tespit edilmesi bakımından son derece önemlidir. Zira bu tespit yapılmaksızın, bütün CBK'ların aynı hukuki niteliğe sahip

[30] Öztürk, K. (2009). s.112-113.

olduğunu kabul etmek, CBK'ların hukuki rejimine ilişkin doğru olmayan tespitlerin yapılması sonucunu doğuracaktır.

CBK'ların genel hukuki rejimi, Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddede, CBK'lar ile kanunlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen üç önemli hüküm bulunmaktadır. Buna göre; **1-**Kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. **2-** CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. **3-** Yasama organının aynı konuda kanun çıkarması durumunda, CBK hükümsüz hale gelir.

Anayasada yer alan bu hükümler, açık bir şekilde CBK'lar ile kanunlar arasında hiyerarşik bir ilişki düzenlemekte ve kanunların hiyerarşik güç olarak CBK'lardan daha üstün olduğunu ifade etmektedir[31]. Anayasada yer alan bu hükümlere göre; bu madde kapsamında çıkarılan bir CBK'nın kanun gücünde olması mümkün değildir.

Anayasanın bu hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasına dayanılarak çıkarılan CBK'ların "*idari işlem*" niteliğinin daha ağır bastığını söyleyebiliriz. Nitekim yürütme organı tarafından çıkarılan diğer düzenleyici işlemler de kanunlarla olan ilişkileri bakımından aynı özelliklere sahiptirler. Ancak kanunlarla olan ilişkileri bakımından, CBK'lar ile yürütme organı tarafından çıkarılan diğer düzenleyici işlemler arasındaki bu benzerliğe rağmen, CBK'ların tipik idari nitelikte bir düzenleyici işlem olduğunu da söyleyemeyiz. Zira CBK'lar, hiyerarşik olarak kanunların altında yer almasına rağmen, asli düzenleme yetkisine dayanılarak çıkarılmaktadır. Bu özellik CBK'ları idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden ayırmaktadır. Örneğin, 104'üncü maddenin 18'inci fıkrasında, kanunların uygulanması amacıyla ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, Cumhurbaşkanı'nın "*yönetmelik*" çıkarabileceği düzenlenmiştir. Yine Cumhurbaşkanı'nın CBK ve yönetmelik dışında adsız düzenleyici işlemler çıkarabileceği de açıktır. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan bu düzenleyici işlemler tipik bir idari işlem niteliğindedir. Cumhurbaşkanı'nın kanunla düzenlenmeyen bir konuda yönetmelik veya adsız düzenleyici işlem çıkarması mümkün değildir. Bundan dolayı Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi asli bir yetki olmasına karşılık yönetmelik ve adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisi kanundan kaynaklanan, türevsel nitelikte bir yetkidir.

104'üncü maddenin 17'nci fıkrasından kaynaklanan yetkiye dayanılarak çıkarılan CBK'lar hiyerarşik olarak kanunların altında yer almakla birlikte, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren

[31] Aksi görüş için bkz: Ergül, O. (2018). "Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S.173., s. 31-32.

konularda çıkarılan CBK'ların kanunlarla olan ilişkileri, yukarıda ifade ettiğimizden daha farklı bir özellik taşımaktadır. Zira yasama organı, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda kanun çıkaramayacağı[32] için, bu konularda çıkarılan CBK'lar ile kanunlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin tesis edilmesi de mümkün olamayacaktır. Yasama organı bu konulara ilişkin kanun çıkaramayacağına göre, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkarılan CBK'lar ile Anayasa arasına başka bir normun girmesi mümkün değildir ve bundan dolayı bu kararnamelerin kanunlara aykırılığı da ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkarılan CBK'lar ile kanunlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin olduğu söylenemez.

Cumhurbaşkanı'nın, münhasır düzenleme alanına giren konulara ilişkin çıkaracağı CBK'ların hiyerarşik olarak kanunlarla aynı seviyede olduğu söylenebilir. Zira bu CBK'ların kanunlara aykırı olması veya kanunlarla çatışması mümkün değildir. Bundan dolayı, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konulara ilişkin çıkarılan CBK'ların sadece Anayasaya aykırılığı iddia edilebilir. Ancak ifade etmek gerekir ki hiyerarşik olarak kanunlarla aynı seviyede olması, bu CBK'lar ile kanunlarda değişiklik yapılabileceği anlamına da gelmemektedir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, yasama organının bu konulara ilişkin kanun çıkarması teorik olarak mümkün değildir. Yasama organının, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda kanun çıkarması durumunda, bunun "*yetki gaspı*" olarak yorumlanması[33] ve Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi mümkündür.

Burada, üzerinde durulması gereken nokta, münhasır düzenleme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan CBK'lar ile Anayasa arasına başka bir normun girmesinin mümkün olmadığıdır. İşte bundan dolayı, bu konulara ilişkin çıkarılan CBK'ların hukuki niteliği, 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasına dayanılarak çıkarılan CBK'lardan farklıdır. 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasında, bu madde kapsamında çıkarılan CBK'ların kanunlara aykırı olamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanunlarla olan bu ilişkisinden dolayı bu kararnamelerin idarilik niteliğinin daha ağır bastığını ifade etmiştik. Ancak yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkarılacak olan CBK'lar ile kanunlar arasında böyle bir hiyerarşik ilişki olmadığı için bu kararnamelerin

---

32 Ülgen, Ö. (2018). s. 20.

33 Taşdöğen, S. (2016). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* S.65, s.941.

hiyerarşik olarak kanun gücünde olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim Fransa'da da yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkarılan düzenleyici işlemlerin yürütme organının diğer işlemlerinden farklı olması ve kanunlara yaklaşması gerektiği ifade edilmektedir[34].

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar çerçevesinde, kanunlarla olan ilişkilerini de göz önünde bulundurarak, hukuki nitelikleri itibariyle iki farklı CBK türü olduğunu; yürütme organının münhasır düzenleme yetkisine giren konularda çıkarılan CBK'ların kanun gücünde olduğunu; Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında dayanılarak çıkarılan CBK'ların ise idari niteliklerinin daha ön planda olduğunu; ancak bu durumda bile bu CBK'ların, yürütme organının klasik düzenleyici işlemlerinden oldukça farklı özellikleri olan, nevi şahsına münhasır bir düzenleyici işlem türü olduğunu söyleyebiliriz.

Bu noktada, CBK'ların hukuki niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, Kanun Hükmünde Kararnamelerle (KHK) kıyaslanması yerinde olacaktır. KHK'lar hukukumuza, 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişiklikle girmiştir. Anayasada yapılan bu değişiklikle birlikte yürütme organı, "*kanun gücünde*" düzenleyici işlem yapma yetkisine kavuşmuştur. KHK'larla CBK'lar arasındaki ilk önemli fark bu noktada karşımıza çıkmaktadır. KHK'ların kanun hükmünde olmasına rağmen, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkarılanlar hariç, CBK'lar hiyerarşik olarak kanunların altında yer almaktadır. KHK'ların bu gücü dolayısı ile yürütme organı, çıkaracağı bir KHK ile kanun hükümlerinde değişiklik yapabilmekteydi. Ancak CBK ile kanunlarda değişiklik yapılması hiçbir şekilde mümkün değildir.

Yürütme organına kanunlarda değişiklik yapma yetkisi vermesine rağmen, KHK çıkarma yetkisi, ancak öncesinde yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunun varlığı durumunda kullanılabilen bir yetki olarak düzenlenmişti. Buna göre yürütme organının bir konuya ilişkin KHK çıkarabilmesi için, öncesinde yasama organı tarafından bir "*yetki kanunu*"nun çıkarılması gerekmekteydi. Bundan dolayı KHK'lar, yasama organının iradesinden kaynaklanan, "*türevsel*" nitelikte bir yetki idi. Buna karşılık CBK çıkarma yetkisi, yürütme organına "*asli*" bir düzenleme yetkisi tanımaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisini kullanabilmesi için, yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunun varlığı gerekmemektedir. Bu durum, KHK ile CBK arasındaki ikinci önemli farkı oluşturmaktadır. Yani sonuç

[34] Öztürk, K. (2009). s.141.

olarak, KHK çıkarma yetkisinin, kanun gücünde bir yetki olmasına rağmen yasama organından kaynaklanan türevsel bir yetki; CBK çıkarma yetkisinin ise asli bir yetki olmakla birlikte, yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkarılanlar hariç, hiyerarşik olarak kanun altı güce sahip bir yetki olduğunu söyleyebiliriz.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ ÇIKARMA YETKİSİNİN SINIRLARI

CBK'ların hukuki niteliğine ilişkin bu açıklamalardan sonra incelenmesi gereken bir diğer önemli nokta da CBK çıkarma yetkisinin sınırlarıdır. 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisini konu itibariyle sınırlandırmıştır. Bundan dolayı Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisinin sınırlarının tespit edilmesi gerekmektedir.

Cumhurbaşkanı'nın hangi konularda CBK çıkarıp hangi konularda çıkaramayacağı, Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasaya göre Cumhurbaşkanı, "*yürütme yetkisine ilişkin konularda*" CBK çıkarabilecektir. Anayasada, CBK çıkarma yetkisine ilişkin en önemli hüküm bu düzenlemedir. Bu hükme göre Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilecek, yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda ise CBK çıkaramayacaktır. Öyle ise CBK çıkarma yetkisinin sınırının tespit edilebilmesi için, "*yürütme yetkisine ilişkin*" konuların ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Anayasa, CBK'ların yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceğini ifade ettikten sonra, hangi konularda CBK çıkarılamayacağını düzenlemiştir. Anayasada CBK çıkarma yetkisini konu itibariyle sınırlandıran iki önemli yasağın olduğu görülmektedir: **1-** Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler. **2-** Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular. Anayasaya göre, yukarıda belirtilen iki konuda CBK çıkarılamaz.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, CBK çıkarma yetkisinin sınırları incelenirken üçlü bir ayrım yapmak, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır[35]: **1-** Sadece CBK ile düzenlenebilecek konular. **2-** CBK ile düzenlenmesi yasak konular. **3-** CBK ile düzenlenmesi Cumhurbaşkanı'nın takdirinde olan konular.

[35] Gözler, K. (2018). s.878.

Çalışmanın birinci bölümünde, yürütme organının münhasır düzenleme alanına girdiğini ifade ettiğimiz konular CBK çıkarma yetkisine ilişkin ilk sınırı oluşturmaktadır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere bu konular, sadece CBK ile düzenlenebilecektir. Yasama organının bu konulara ilişkin bir kanun çıkarması mümkün olmadığı gibi Cumhurbaşkanı'nın bu konularda CBK çıkarıp çıkarmama noktasında bir takdir yetkisi de yoktur. Cumhurbaşkanı, Anayasada CBK ile düzenleneceği ifade edilen konuları CBK ile düzenlemek zorundadır.

CBK çıkarma yetkisinin ikinci sınırını, Anayasada CBK ile düzenlenemeyeceği belirtilen konular oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'na göre; "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler*" ile "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*"da CBK çıkarılması mümkün değildir. Anayasada yer alan hükümlere göre; Cumhurbaşkanı'nın "*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*" dışında kalan haklara ilişkin CBK ile düzenleme yapması mümkün değildir.

Anayasada, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda da CBK çıkarılamayacağı ifade edilmektedir. Burada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular üzerinde durmak gerekmektedir. Zira, 1982 Anayasası'nın hiçbir hükmünde bir konunun "*münhasıran kanunla*" düzenleneceği ifade edilmemiştir. Bundan dolayı doktrinde, Türk hukukunda münhasır kanun alanının olmadığını savunan yazarlar vardır[36]. Bu görüşe göre, bir konunun Anayasada kanunla düzenleneceğinin ifade edilmesi, o konunun münhasır kanun alanını oluşturduğu anlamına gelmemektedir. 1982 Anayasası'nda münhasır kanun alanına ilişkin bir hüküm olmadığı için de münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağını ifade eden Anayasa hükmünün uygulanması mümkün değildir[37].

Anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konular olmamakla birlikte, pek çok hükümde kanunla düzenleneceği ifade edilen konular yer almaktadır. Burada cevaplanması gereken soru, Anayasada kanunla düzenleneceği ifade edilen konuların münhasır kanun alanı oluşturup oluşturmayacağıdır. Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konuların münhasır kanun alanı oluşturup oluşturmadığı konusu doktrinde de tartışılmıştır[38]. Münhasır kanun alanının olup

[36] Gözler, K. (2018). s.882 vd.; Ülgen, Ö. (2018). s. 29.

[37] Gözler, K. (2018). s. 884.

[38] Ülgen, Ö. (2018). s. 28.

olmadığına ilişkin yürütülen tartışmalarda konumuz açısından önemli olan nokta, münhasır kanun alanına giren konularda yürütme organı tarafından da düzenleme yapılıp yapılamayacağıdır. Acaba Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konulara ilişkin bütün düzenlemeler sadece yasama organı tarafından mı yapılacaktır, yoksa yürütme organı da bu konulara ilişkin düzenleyici işlem yapabilecek midir? Türk hukukunda münhasır kanun alanına ilişkin tartışmalar daha çok bu sorun çerçevesinde tartışılmıştır[39].

Konuya ilişkin kararlarına baktığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konuların münhasır kanun alanını oluşturduğunu kabul ettiğini görmekteyiz. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen ve münhasır kanun alanına giren konularda yürütme organı da düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Mahkemeye göre; "*Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz*"[40].

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına baktığımızda; mahkemenin yürütme organına düzenleme yetkisi veren kanunları ikili bir ayrıma tabi tuttuğunu ve Anayasada kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade **edilmeyen** konularda yürütme organına genel düzenleme yetkisi tanıyan bir kanunun varlığının yeterli olduğunu, ancak Anayasada kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade **edilen** konularda yürütme organının düzenleme yetkisine ilişkin temel esasların, ilkelerin ve çerçevenin kanunla belirlenmesi gerektiğini görmekteyiz. Ancak bu durumda bile Anayasa Mahkemesi, Anayasada kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilen konuların en ince ayrıntısına kadar kanunla düzenlenmesi

---

39 Ülgen, Ö. (2018). s. 28.

40 AYM, E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016. (RG.03/01/2017-29937). Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz: Akbulut, E. (2013). s.72 vd.

gerektiği, yürütme organının bu konulara ilişkin herhangi bir düzenleme yapma yetkisinin olmadığı görüşüne katılmamaktadır.

İfade etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı, yürütme organının "*türevsel*" nitelikte olan düzenleme yetkisine ilişkindir. Acaba Anayasa Mahkemesi'nin münhasır kanun alanına giren konularda yürütme organının da düzenleyici işlem yapabileceğine ilişkin içtihadının, asli düzenleme yetkisine dayanılarak çıkarılan CBK'lar açısından da geçerli olacağı iddia edilebilir mi? Kanımızca Anayasada kanunla düzenleneceği ifade edilen konuların münhasır kanun alanı oluşturduğunun kabul edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanı'nın bu konularda CBK çıkaramayacağını kabul etmek gerekmektedir[41]. Çünkü CBK çıkarılabilecek diğer konulardan farklı olarak, Anayasada kanunla düzenleneceği ifade edilen konuların ilk elden, yasama organı tarafından çıkarılacak bir kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Yasama organı, çıkaracağı bir kanunla, bu konularla düzenleme yapma yetkisini yürütme organına her zaman verebilir, ancak böyle bir kanun olmaksızın Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konuların ilk elden CBK ile düzenlenmesinin, Anayasanın "*anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*" hükmü karşısında mümkün olmadığını kabul etmek gerekir.

Yukarıda incelediğimiz konular, CBK çıkarma yetkisinin "*anayasal*" sınırlarını oluşturmaktadır. Ancak Anayasa, CBK çıkarma yetkisini sadece bu hükümlerle sınırlamakla yetinmemiş, yasama organına da CBK çıkarma yetkisinin sınırlarını tespit etme imkânı vermiştir. Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasına göre; "*(...)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.*" Anayasada yer alan bu hükümlerin, CBK çıkarma yetkisinin "*yasal*" sınırlarını oluşturduğunu söyleyebiliriz[42]. Anayasanın bu hükümlerine göre yasama organı, CBK ile düzenlenmesini istemediği konularda kanun çıkarabilecek ve böylece Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisini her zaman sınırlayabilecektir.

Bu noktada, üzerinde durulması gereken hususlardan birisi, Anayasanın "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*" hükmüdür.

---

41 Aksi görüş için bkz: Ergül, O. (2018). s.31.

42 Ülgen, Ö. (2018). s.27.

Anayasanın bu hükmüne göre, CBK ile düzenlenen bir konunun yasama organı tarafından benimsenmemesi durumunda, yasama organı o konuya ilişkin bir kanun çıkararak CBK'yı "*hükümsüz*" hâle getirebilecektir. Ancak, bu noktada şu sorunun cevaplanması gerekmektedir: CBK ile yasama organı tarafından çıkarılan kanunun "*aynı konuyu*" düzenlediği nasıl tespit edilecektir? CBK ile kanunun aynı konuyu düzenleyip düzenlemediğinin tespit edilmesi bir yorum meselesidir ve yorumlayan kişiden kişiye değişkenlik gösterir. Bu noktada, CBK ile kanunun aynı konuyu düzenleyip düzenlemediğinin nasıl tespit edileceğinden öte bu tespiti kimin yapacağı sorusu da gündeme gelmektedir. Anayasada bu soruların bir cevabı yoktur. 1982 Anayasası sadece, CBK ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumunda CBK'nın hükümsüz hâle geleceğini ifade etmekte, ancak bu tespitin nasıl ve hangi organ tarafından yapılacağına ilişkin bir açıklama getirmemektedir.

CBK çıkarma yetkisine ilişkin anayasal ve yasal sınırları bu şekilde inceledikten sonra, son olarak CBK çıkarma yetkisine ilişkin en önemli Anayasal hükmün incelenmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanı'nın sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceğini ifade etmektedir. Bundan dolayı hangi konuların "*yürütme yetkisine ilişkin*" olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki, yürütme organına asli düzenleme yetkisi gibi son derece önemli bir egemenlik yetkisi veren bir Anayasa hükmünde, bu yetkinin kullanılabileceği alanı ifade etmek için "*yürütme yetkisi*" kavramının kullanılması oldukça isabetsiz bir tercih olmuştur. Çünkü yürütme yetkisi kavramının ne anlama geldiği, bu kavramın sınırlarının ne olduğu ve bu kavramın yasama ve yargı yetkisinden nasıl ayrılması gerektiği konuları son derece tartışmalıdır[43]. 1982 Anayasası'nın yürütme yetkisini düzenleyen 8'inci maddesi, bu yetkinin kanunlara uygun bir şekilde Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacağını ifade etmekte ancak bu yetkinin ne anlama geldiği noktasında bir açıklama yapmamaktadır. 1982 Anayasası, yasama ve yürütme alanlarını herhangi bir şekilde birbirinden ayırt etmiş, yasama ve yürütme yetkileri arasında **konu bakımından** bir yetki bölüşümü öngörmüş değildir[44]. Hukuk sistemimizde, yürütme yetkisinin, yasama organı tarafından çıkarılan kanunların uygulanması yetkisi olduğu kabul edilmektedir.

---

43 Gözler, K. (2018). s. 879.

44 Duran, L. (1983). s. 35.

Yürütme yetkisinin anlamına ilişkin kabul edilen bu görüşe göre, yürütme yetkisinin konu itibariyle sınırının çizilmesi oldukça zordur. Çünkü, bu kabule göre yürütme yetkisi, uygulanabileceği konularla irtibatlandırılarak değil, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla irtibatlandırılarak tanımlanmaktadır. Anayasalarımızın benimsemiş olduğu sistem, yasama ve yürütme yetkileri arasında hiyerarşik bir ilişki yaratmaktadır[45]. Anayasada benimsenen bu sisteme göre, aralarında hiyerarşik bir ilişki olmak şartı ile yürütme yetkisinin, yasama yetkisinin kullanıldığı her alanda kullanılabileceğini kabul etmek gerekir. 1982 Anayasası'nda yasama yetkisi ile yürütme yetkisini konu itibariyle birbirinden ayıran, yasama yetkisinden bağımsız bir yürütme yetkisinin varlığını ifade eden bir hüküm yoktur. Bu durumda, yasama yetkisinin alanına giren her konunun yürütme yetkisi alanına da girdiği kabul edilmelidir. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisinin sınırları oldukça belirsiz hale gelecektir. Anayasa Mahkemesi'nin "*yürütme yetkisi*" kavramına yükleyeceği anlama bağlı olarak Cumhurbaşkanı'na tanınan bu yetki çok geniş bir şekilde kullanılabileceği gibi tamamen işlevsiz hale de gelebilecektir[46].

Cumhurbaşkanı'na tanınan CBK çıkarma yetkisi, yürütme organına asli düzenleme yetkisi vermektedir. Cumhurbaşkanı'na tanınan bu yetki, yürütme organının düzenleme yetkisinin kanundan kaynaklanan bir yetki olduğu kabulüne çok önemli bir istisna getirmektedir. Kullanılabilmesi için yasama organı tarafından çıkarılacak bir kanunun varlığına ihtiyaç duyulmayan bir yetkinin sınırlarının yasama organı tarafından çıkarılan kanunlara yapılan atıfla tanımlanan bir kavramla çizilmesi, kendi içerisinde tutarlı olması mümkün olmayan bir durumdur. Anayasadaki bu düzenlemeden, Cumhurbaşkanı'na asli düzenleme yetkisi veren CBK'ların, ancak yasama organı tarafından çıkarılan kanunların uygulanmasına yönelik konularda çıkarılabileceği sonucu çıkmaktadır ki bu durumda da bu yetkinin asli bir yetki olduğu iddia edilemez[47]. Bundan dolayı hem

[45] Güneş, T. (1965). s. 47. GÜNEŞ'in 1961 Anayasası'ndaki yasama ve yürütmeye ilişkin düzenlemelere ilişkin yapmış olduğu bu açıklamanın 1982 Anayasası bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte yasama organı ile yürütme organı arasında, bu şekilde bir hiyerarşik ilişkinin olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

[46] Gözler, K. (2018). s. 880.

[47] YILDIRIM; yürütme yetkisinin kanunların uygulanmasına yönelik, kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetki olduğu gerekçesi ile bu yetkiye ilişkin çıkarılan CBK'ların kanun gücünde olamayacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasının yürütme organına asli düzenleme yetkisi verdiğini de kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldırım, T. (2017). s.23 vd.

yürütme organına asli bir yetki verip hem de bu yetkinin kullanılabileceği alanı kanunlara atıf yapılarak tanımlanan bir kavramla belirlemek, kendi içinde tutarlı olmayan bir tercihtir.

Bu noktada, yürütme "*yetkisine*" ilişkin konular kavramının yürütme "*organına*" ilişkin konular şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusu akla gelebilir. Ancak kanımızca bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Çünkü hukuk sistemimizde yürütme kavramının organik ve fonksiyonel olmak üzere iki anlama geldiği kabul edilmektedir. Organik anlamda yürütme kavramı ile yürütme organı ifade edilmektedir. Ancak Anayasa, açık bir şekilde yürütme yetkisi kavramını kullanarak fonksiyonel anlamda yürütmeyi tercih etmiştir. Anayasadaki bu açık tercih karşısında CBK'ların sadece yürütme organına ilişkin konularda çıkarılabileceğini ifade etmek de mümkün değildir. Yürütme yetkisi kavramı, yürütme organı kavramından çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Çünkü bu yetkinin yürütme organı dışında yasama organı ve yargı organı tarafından da kullanılabileceği kabul edilmektedir[48]. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görev yapan bir idari personelin özlük hakları ile alakalı yapılan işlem yasama değil

[48] 1982 Anayasası, yürütme yetkisi dışında yasama ve yargı yetkilerinin de ne anlama geldiğine ilişkin bir açıklama yapmamaktadır. Bununla birlikte 1982 Anayasası, yasama yetkisinin TBMM, yargı yetkisinin ise bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağını ifade etmektedir. Anayasanın bu hükümlerine göre yasama yetkisinin TBMM ve yargı yetkisinin bağımsız mahkemeler dışında başka bir devlet organı tarafından kullanılabilmesi mümkün değildir. Ancak Anayasadaki bu düzenlemeler, yasama organı tarafından gerçekleştirilen her faaliyetin yasama yetkisi, bağımsız mahkemeler tarafından gerçekleştirilen her faaliyetin yargı yetkisinin kullanımı olduğu anlamına da gelmemektedir. Yasama organının yasama yetkisi dışında kalan faaliyetleri ile bağımsız mahkemelerin yargı yetkisi dışında kalan faaliyetleri de yürütme yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu açıdan bakıldığında yürütme yetkisinin, devlet yetkileri içerisinde genel egemenlik yetkisi olduğunun kabul edilmesi ve yasama yetkisi ile yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmeyen bütün egemenlik yetkilerinin, hangi organ tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın, yürütme yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yürütme yetkisinin (idari işlevin) devlet yetkileri içerisindeki yeri ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz: Erkut, C. (2015). *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Yayınları, s.75-113. "*(...)Bu geniş kapsamlı hareket alanı nedeniyle, idare işlevinin ancak olumsuz bir tanımı verilebilir. Buna göre (...)* ***yasama ve yargı fonksiyonları ile hükümet etme faaliyeti dışında kalan tüm kamusal işler, idare işlevini meydana getirir.***" (a.g.e. s.79). Bu tanıma göre; yasama organının yasama yetkisi kullanımı anlamına gelmeyen faaliyetleri ile yargı organının yargı yetkisi kullanımı anlamına gelmeyen faaliyetleri yürütme yetkisi kapsamında olacağı için, Cumhurbaşkanı'nın bu konulara ilişkin de CBK çıkarabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

yürütme yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir[49]. Aynı şekilde yargı organı tarafından kullanılmakla beraber yürütme yetkisi kapsamında değerlendirilen işlemler de vardır. Bununla birlikte, yürütme organı tarafından kullanılmakla birlikte yargı yetkisine yönelik faaliyetler de olabilmektedir. Örneğin bir mahkemenin kaç daireden, dairelerin kaçar hâkimden oluşacağı gibi mahkemelerin kuruluşu ve yapısına ilişkin konular yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmemektedir[50]. Bütün bu konuların yürütme yetkisine ilişkin olduğunun kabul edilmesi durumunda, Anayasal düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanı'nın bu konulara ilişkin de CBK çıkarabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, CBK çıkarma yetkisinin sınırlarını belirlemek için yürütme yetkisi kavramının kullanılmasının, uygulamada birçok tartışmanın ortaya çıkmasına sebep olabilme potansiyeline sahip olduğun kabul edilmesi gerekmektedir. Özellikle yasama yetkisi ile yürütme yetkisine ilişkin konuların neler olduğu noktasında bu çatışmanın çıkmasının kaçınılmaz olduğu ifade edilebilir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Türk hukukunda yasama yetkisi ile yürütme yetkisini **konu itibariyle** birbirinden ayırmak mümkün değildir. Dolayısıyla CBK ile düzenlenen her konunun, istisnasız bir şekilde yasama yetkisine ilişkin bir konu olduğu iddia edilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin yürütme yetkisi kavramını bu şekilde yorumlaması durumunda, Cumhurbaşkanı'nın kendisine tanınan bu yetkiyi kullanması mümkün olamayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin yürütme yetkisi kavramını geniş yorumlaması durumunda ise Cumhurbaşkanı'na tanınan asli düzenleme yetkisinin kapsamının çok geniş olacağını ve bu durumun yürütme organını çok güçlü bir hale getireceğini de kabul etmek gerekmektedir.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar çerçevesinde, Anayasanın hem yasama organına hem de yürütme organına **aynı konulara ilişkin** asli düzenleme yapma yetkisi tanıdığını kabul etmek gerekir. Farklı devlet organlarının aynı konulara ilişkin asli düzenleme yetkisine sahip olması, uygulamada bu yetkinin kullanımından kaynaklanan birçok çatışmanın çıkmasına sebep olma potansiyelini bünyesinde taşımaktadır. 1982 Anayasası, yasama organı ile yürütme organı arasında çıkması muhtemel bu çatışmayı önlemek amacıyla 104'üncü maddenin 17'nci

[49] Yücel, B. (2004). "Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama-İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri", *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2004/1, s.9.

[50] Gözler, K. (2018). s. 879.

fıkrasında, kanunlarla CBK'lar arasında hiyerarşik bir ilişki tesis etmiştir. Ancak kanaatimizce tesis edilen bu hiyerarşik ilişki de söz konusu çatışmanın çıkmasını engellemek için yeterli değildir. Çünkü kanunlar ile CBK'lar arasında hiyerarşik bir ilişki öngören Anayasal hükümlerin bizatihi kendisi oldukça tartışmalıdır. Anayasada, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı ifade edilmektedir. Bu noktada öncelikli olarak, bir konunun kanunda "*açıkça*" düzenlenip düzenlenmediğinin nasıl tespit edilebileceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Kanunda "*kapalı*" bir şekilde düzenlenen bir konuda CBK çıkarılabilecek midir? Bu soruların kesin bir şekilde cevaplanması mümkün değildir. Yine aynı şekilde Anayasa, TBMM'nin aynı konuda bir kanun çıkarması durumunda, CBK'nın hükümsüz hale geleceğinden bahsetmektedir. Kanunla bir CBK'nın "*aynı konuda*" olduğunu kim, nasıl tespit edecektir? Kanunla CBK'nın aynı konuda olduğunun tespit edilmesi durumunda, CBK kendiliğinden mi hükümsüz hale gelecektir, yoksa buna mahkemeler mi karar verecektir? 1982 Anayasası'nda bu soruların hiçbirinin cevabı yoktur. Bundan dolayı, kanunlarla CBK'lar arasında hiyerarşik bir ilişki tesis etmeye yönelik bu hükümlerin; yasama ve yürütme organının aynı konulara ilişkin asli düzenleme yetkisine sahip olmalarından kaynaklanabilecek çatışmaları engelleme noktasında yetersiz kalacağını, hatta bu hükümlerin bizatihi kendilerinin tartışmalara sebep olabileceğini kabul etmek gerekir.

Kanımızca, asli düzenleme yetkisinin iki farklı devlet organı tarafından kullanılmasından kaynaklanacak çatışmaları en aza indirmek için, bu yetkiler arasında hiyerarşik bir ilişki tesis etmek yerine hangi organın hangi konularda düzenleme yapacağının Anayasada açık bir şekilde düzenlenmesi daha isabetli bir tercih olacaktır. Nitekim 1958 Fransız Anayasası'nda böyle bir yöntem benimsenerek, yasama organının hangi konularda kanun çıkarabileceği tek tek sayılmış ve bu konular dışında kalan bütün konularda asli düzenleme yapma yetkisi yürütme organına verilmiştir[51]. 1982 Anayasası'nda ise böyle bir yöntem benimsenmek yerine kanunlar ile CBK'lar arasında hiyerarşik bir ilişki tercih edilmiştir.

IV. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

CBK'lara ilişkin incelenmesi gereken önemli konulardan birisi de bu düzenlemelerin yargısal denetiminin nasıl olacağıdır. İfade etmek gerekir ki 1982 Anayasası'nın konuya ilişkin hükümleri, uygulamada birçok problemin ortaya çıkmasına sebep olacak niteliktedir. CBK'ların yargısal

[51] Öztürk, K. (2009). s.112-113.

denetimine ilişkin ilk sorun, yargısal denetimi yapacak olan organda ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 148'inci maddesine göre CBK'ların yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Şüphesiz Anayasa, önemine binaen, tıpkı KHK'larda olduğu gibi, CBK'ların yargısal denetiminin de Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasını tercih etmiştir. Ancak burada KHK'ların tabi olduğu yargısal denetimden çok farklı bir durum söz konusudur. Zira yukarıda da izah ettiğimiz üzere, KHK'lar her ne kadar yürütme organı tarafından çıkarılsalar da hiyerarşik olarak kanunlarla aynı seviyede kabul edilmekteydiler. Dolayısı ile KHK'ların yargısal denetimi de tıpkı kanunların yargısal denetimi gibi "*anayasallık*" denetimi şeklinde gerçekleşmekteydi. CBK'lar ise, yürütme organının münhasır düzenleme alanına ilişkin olanlar hariç, hiyerarşik olarak kanunların altında yer almaktadır. Bundan dolayı CBK'ların yargısal denetimi sadece anayasallık denetimi ile sınırlı değildir. CBK'lar anayasallık denetimi yanında "*yasallık*" denetimine de tabi olmak zorundadır. İşte sorun da burada ortaya çıkmaktadır. Anayasada, CBK'ların anayasallık denetiminin hangi organ tarafından yapılacağı belirtilmekle birlikte yasallık denetiminin nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Anayasanın 148'inci maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin sadece Anayasaya uygunluk denetimi yapacağını ifade etmekte ancak yasallık denetiminin nasıl yapılacağına ilişkin bir açıklama getirmemektedir.

1982 Anayasası'nda yer alan bu hükümlere göre; Anayasa Mahkemesi'nin, CBK'ların kanunlara uygun olup olmadığını denetleme yetkisinin olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, Anayasaya uygun fakat kanuna aykırı bir CBK'nın hangi mahkeme tarafından iptal edileceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Anayasanın hiçbir hükmü hiçbir yargı organına, CBK'ları kanunlara aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etme yetkisi vermemektedir. Anayasada yer alan düzenlemelere göre, Anayasaya uygun fakat kanuna aykırı olan bir CBK'nın herhangi bir yargı mercii tarafından yasallık denetiminin yapılması ve iptal edilmesi mümkün değildir.

Bununla beraber doktrinde, Anayasa Mahkemesi'nin CBK'lar üzerinde sadece anayasallık denetimi değil aynı zamanda yasallık denetimi yapacağını savunan görüşler de vardır[52]. Ancak kanımızca anayasal hükümler karşısında bu görüşü savunmak zordur. Zira 148'inci madde açık bir şekilde Anayasa Mahkemesi'nin "*anayasaya uygunluk*" denetimi

[52] Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 251; Gözler, K. (2018), s. 1033-1036.

yapacağını ifade etmektedir. 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesi'ne, CBK'ların kanunlara uygun olup olmadığını denetleme yetkisi vermemiştir. Anayasa Mahkemesi, kendisine Anayasa veya kanunla verilmeyen bir yetkiyi kullanamayacağına göre, Anayasa Mahkemesi'nin CBK'ların kanunlara uygun olup olmadığını denetlemesinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekmektedir.

Bu noktada, Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında yer alan "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*" hükmünün sorunu çözeceği iddia edilebilir. Ancak kanımızca bu hüküm de CBK'ların yasallık denetimi sorununu ortadan kaldırmamaktadır. Zira bu Anayasa hükmü, bir somut uyuşmazlığa uygulanması gereken kurallardan kanunlarla CBK'ların çatışması durumunda, mahkemelerin izlemesi gereken yolu göstermektedir. Anayasanın bu hükmüne göre, bir uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralını tespit ederken, CBK ile bir kanun hükmünün çatışması durumunda, CBK hükmünü "*ihmal*" ederek kanun hükmünü uygulamak durumundadır. Bu hüküm, uyuşmazlığı çözmekle görevli olan her mahkemeye CBK'ların kanunlara uygun olup olmadığını tespit etme yetkisi vermektedir. Ancak, bir CBK hükmünün bir kanun hükmüne aykırı olduğuna karar veren mahkeme, hiçbir şekilde CBK hükmünü "*iptal*" edemeyecek, yani kanuna aykırı CBK'nın hukuk alemindeki varlığına son veremeyecektir. CBK ile kanun hükmünün çatıştığını tespit eden mahkemenin tek yetkisi, önündeki somut uyuşmazlıkta CBK hükmünü ihmal ederek kanun hükmünü uygulamaktan ibarettir. Böyle bir durumda, kanunla çelişen CBK hükmü her ne kadar o somut uyuşmazlığa uygulanmamış olsa bile, hukuk aleminde varlığını devam ettireceği için bir başka somut uyuşmazlıkta uygulanması her zaman imkân dahilinde olacaktır. Bu şekliyle CBK'ların yasallık denetiminin, Amerikan modeli anayasa yargısında benimsenen yönteme benzediği ifade edilebilir. Zira bu anayasa yargısı modelinde bütün mahkemeler kanunların anayasaya aykırılığını tespit etme yetkisine sahip olmakla birlikte anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiği kanun hükmünü "*iptal*" etmemekte, sadece önlerindeki somut olaya uygulamayıp "*ihmal*" etmektedir.

Bu noktada, "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*" hükmünün muhataplarının kimler olduğu sorusunun da cevaplanması gerekmektedir. CBK ile kanunlar arasında farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerini sadece mahkemeler mi uygulayacaktır, yoksa kamu hizmetlerini

yürütmekle görevli kamu görevlileri de CBK'da yer alan hükümleri ihmal edip kanun hükümlerini uygulayabilecek midir? İlgili hükümde bu konuya ilişkin bir açıklama yapılmayıp sadece kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanımızca bu hükmün mahkemeler ve kamu hizmetinin yürütülmesinde görevli kamu görevlileri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanunlar ile CBK'ların aynı konuya ilişkin farklı hükümler barındırması halinde, dava konusu uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin CBK'da yer alan hükmü ihmal ederek kanun hükümlerini uygulaması gerektiğinde şüphe yoktur. Ancak aynı durumun kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlileri bakımından da geçerli olduğunu, yani kamu görevlilerinin de CBK'da yer alan hükmü ihmal ederek kanun hükümlerini uygulayabileceğini iddia etmek mümkün değildir. Zira kamu hizmetlerini gerçekleştirmeye yönelik bir olaya hangi hukuk kuralının uygulanması gerektiği tespit edilirken, normlar hiyerarşisinde o konuya ilişkin en az soyut olan (yani en somut olan) hukuk kuralından başlanmaktadır[53]. Örneğin bir kamu görevlisi, bir konuya ilişkin hem yönetmelik hem kanun hükümlerinin olması halinde yönetmelik hükümlerini ihmal edip kanun hükümlerini uygulayamayacaktır[54]. Çünkü yönetmelikler, normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer almaktadır ve bundan dolayı da kanunlara nazaran daha somuttur. Aynı şekilde bir kamu görevlisi, işlem yapacağı konuya ilişkin hem kanun hem de CBK hükümlerinin olması durumunda, CBK hükümlerinin kanun hükümlerine aykırı olduğunu iddia ederek CBK hükümlerini ihmal edip kanun hükümlerini uygulayamayacaktır. Çünkü CBK'lar normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer almaktadır. Kamu görevlilerinin, hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği hukuk kuralını ihmal ederek normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan hukuk kuralını uygulama yetkisi bulunmamaktadır[55]. Kamu görevlilerinin böyle bir yetkisi olduğunun kabul edilmesi durumunda, kamu hizmetlerinin hayata geçirilmesi noktasında ciddi problemlerin yaşanacağı muhakkaktır. Öyle ise CBK ile kanunlarda farklı hükümlerin bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin Anayasa hükmünün sadece mahkemeler bakımından geçerli olduğunu; kamu hizmetini yürütmekle görevli kamu görevlilerinin her halükârda normlar hiyerarşisinde en altta yer alan hukuk kuralını uygulamakla yükümlü olduğunu ve bundan dolayı da bir CBK hükmünü ihmal ederek kanun hükmünü uygulama yetkisinin olmadığını kabul etmek gerekmektedir.

---

53 Akyılmaz, B.; Sezginer, M.; Kaya, C. (2018). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 23.

54 a.g.e. s. 24.

55 a.g.e. s. 24.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, Anayasaya uygun fakat kanuna aykırı bir CBK hükmünün, "*yasallık*" denetimi yapılarak iptal edilmesi ve kanuna aykırı bu CBK'nın hukuk alemindeki varlığına son vermenin mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bu noktada TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, CBK'nın hükümsüz hale geleceğini ifade eden Anayasa hükmünün sorunu çözeceği iddia edilebilir. Ancak kanımızca bu hüküm de sorunu çözmek için yeterli değildir. 1982 Anayasası her ne kadar aynı konuda kanun çıkarılması durumunda CBK'nın hükümsüz hale geleceğini ifade etmişse de bu CBK'nın hükümsüz hale geldiğinin hangi organ tarafından tespit edileceğine ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi, CBK'lar üzerinde bir "*yasallık*" denetimi yapamayacağına göre; kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle bir CBK'nın hükümsüz olduğunu da tespit edemeyecektir. Bu noktada, diğer mahkemelerin aynı konuda bir kanun çıkarıldığı gerekçesiyle bir CBK'nın hükümsüz olduğunu tespit etme yetkisinin olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Kanımızca ne Anayasa Mahkemesi'nin ne de diğer mahkemelerin, aynı konuda kanun çıkarıldığı gerekçesiyle bir CBK'nın hükümsüz olduğunu tespit etme yetkisi olduğu söylenemez. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi'nin tek yetkisi, CBK'ların anayasallık denetimini yapmak ve Anayasaya aykırı bulduğu CBK'yı iptal etmekten ibarettir. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi, bir kanunla CBK'nın aynı konuya ilişkin olup olmadığını tespit etme yetkisine sahip değildir. Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer mahkemelerin yetkisi ise sadece kanunla bir CBK'nın çelişmesi durumunda, CBK hükmünü ihmal edip kanun hükmünü uygulamaktan ibarettir. Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer mahkemelerin, kanunlara aykırı olduğu gerekçesiyle bir CBK'yı ne iptal etmesi ne de hükümsüz olduğunu tespit etmesi mümkün değildir. Bu açıklamalarımız ışığında, aynı konuda kanun çıkarılması durumunda CBK'nın hükümsüz hale geleceğini öngören Anayasa hükmünün bu hali ile eksik bir düzenleme olduğunu, CBK'nın hükümsüz olduğunu tespit etme yetkisinin hangi organa ait olduğunun da ilgili hükümde belirtilmesi gerektiğini ifade etmemiz gerekmektedir. Bu tespiti yapacak olan organın Anayasada belirtilmemiş olması, kanımızca yasama organı ile yürütme organı arasında her zaman bir devlet krizinin yaşanmasına sebep olabilecek niteliktedir. Özellikle de yasama organının kanun yapma çoğunluğu ile yürütme organının farklı siyasi partilerden oluşması durumunda, bu krizin yaşanması kaçınılmaz görünmektedir.

CBK'ların yargısal denetiminde karşılaşılabilecek bir diğer önemli

sorun da bu kararnamelerle bireysel nitelikte işlemler yapılabilip yapılamayacağı ve yapılabileceğinin kabul edilmesi durumunda yargısal denetiminin hangi organ tarafından gerçekleştirileceğidir. CBK'lar ile bireysel idari işlemler de yapılabileceğinin kabul edilmesi durumunda bu idari işlemlerle bireysel nitelikteki diğer Cumhurbaşkanlığı kararlarının birbirinden ayrılması gerekmektedir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı'nın CBK dışındaki düzenleyici işlemleri ile Cumhurbaşkanlığı kararlarının yargısal denetimi Danıştay tarafından gerçekleştirilmektedir. Her ne kadar Cumhurbaşkanı'nın CBK adı altında bireysel nitelikte bir işlem yapamayacağı iddia edilebilse de Anayasada bunu yasaklayan bir hüküm olmadığı için bu iddianın kabul edilmesi mümkün görünmemektedir[56]. Örneğin, Cumhurbaşkanı'nın CBK ile bir kamu görevlisinin görevine son vermesi mümkündür. Böyle bir durumda, bireysel nitelikteki bu CBK'nın yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından mı yoksa Danıştay tarafından mı yapılacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktada Danıştay'ın maddi bir denetim yaparak işlemin içeriğini inceledikten sonra uyuşmazlığın kendi görev alanına girip girmediğini tespit edebileceği, eğer işlemin içeriği bireysel nitelikte ise CBK adı ile yapılmış olsa bile kendi görev alanında değerlendirebileceği iddia edilebilir. Ancak hukuk sistemimizde, bir işlemin tabi olduğu denetim rejimi, maddi kritere göre değil şekli kritere göre belirlenmektedir. Yani bir işlemin ne tür bir denetime tabi olduğu belirlenirken, işlemin "*şekline*" ve onu yapan organa bakılarak karar verilmektedir[57]. Bundan dolayı Cumhurbaşkanı tarafından CBK şeklinde yapılan bir işlemin, bireysel nitelikte olduğu gerekçesi ile yargısal denetiminin Danıştay tarafından yapılması gerektiğini iddia etmek mümkün değildir. Kanımızca, Anayasadaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanı'nın bireysel nitelikte de CBK çıkarabileceğinin ve ister bireysel ister düzenleyici nitelikte olsun, bütün CBK'ların yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir[58].

Kanımızca CBK'ların yargısal denetimine ilişkin düzenlemelerde ikili bir ayrım yapılarak; yürütme organının münhasır düzenleme alanına giren konularda çıkarılan CBK'ların yargısal denetiminin Anayasa

---

56 Gözler, K. (2018). s. 875 vd.

57 a.g.e. s.895.

58 YILDIRIM; bireysel nitelikte CBK çıkarılabileceğini kabul etmekle birlikte, bunların yargısal denetimin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılamayacağını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldırım, T. (2017). s.17.

Mahkemesi tarafından yapılacağı, diğer CBK'ların yargısal denetiminin ise, idari işlem özelliğinin ağır bastığından dolayı, Danıştay tarafından yapılması gerektiği düzenlenmeliydi. Ancak 1982 Anayasası ayrım yapılmaksızın bütün CBK'ların yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağını hüküm altına almıştır. Hukuki nitelikleri birbirlerinden farklı olan CBK'ların bu farklılıkları dikkate alınmaksızın yapılan bu düzenlemenin, CBK'ların yargısal denetimini güçleştireceği şüphesizdir.

SONUÇ

CBK çıkarma yetkisi ile birlikte yürütme organı asli düzenleme yetkisine kavuşmuştur. Bu yetki ile birlikte yürütme organının yasama organı karşısında daha güçlü bir konuma geldiği açıktır. 1982 Anayasası'nda yer alan ilgili hükümler incelendiğinde, yürütme organına asli düzenleme yetkisi tanınmasının ötesinde, sadece Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenebilecek münhasır bir düzenleme alanı tanındığının ve CBK'ların, kanunlarla olan ilişkileri bakımından, farklı hukuki niteliklere sahip olduğunun kabul edilmesi de gerekmektedir. CBK çıkarma yetkisine ilişkin en tartışmalı konulardan birisi, bu yetkinin sınırlarına ilişkindir. 1982 Anayasası, CBK'ların "*yürütme yetkisine ilişkin konularda*" çıkarılabileceğini ifade etmektedir. Ancak yürütme yetkisine ilişkin konuların neler olduğunun tespit edilmesinin zorluğu, CBK çıkarma yetkisinin sınırlarını belirsiz hale getirmektedir. CBK'ların yargısal denetimi noktasında, Anayasa Mahkemesi'nin "*anayasallık*" denetimi yapacağının düzenlenmesine karşılık "*yasallık*" denetiminin nasıl yapılacağına ilişkin 1982 Anayasası'nda açık bir düzenlemenin olmaması, uygulamada birçok problemin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Emre (2013). *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul: Beta.

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil (2018). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.

ARDIÇOĞLU, Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi,* 2017/3, ss.21-51.

DURAN, Lütfi (1983). "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.4., S.1-3., ss.33-42.

-ERGÜL, Ozan (2018). "Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S.173, ss.30-32.

ERKUT, Celal (2015). *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin.

GÖZLER, Kemal (2013). "Yorum İlkeleri", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması,* Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 15-119.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; TAN, Turgut (2010). *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi.

GÜNEŞ, Turan (1965). *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara: AÜSBF Yayını.

ÖZAY, İl Han (2004). *Günışığında Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

ÖZBUDUN, Ergun (2014). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZTÜK, K. Burak (2009). *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

TAN, Turgut (1984). "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)" *Anayasa Yargısı*, C.1, ss.31-47.

TAN, Turgut (1986). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, C.3., ss.203-216.

TAŞDÖĞEN, Salih (2016). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* S.65., ss. 937-966.

ULUSOY, Ali (2017). "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", *www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017)*.

ÜLGEN, Özen (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, ss. 3-39.

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

YÜCEL, Bülent (2004). "Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama-İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri", *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2004/1, ss. 1-18.

Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), 139–161.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN KANUNLARA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ VE ÇEŞİTLİ HUSUSLARIN KARARNAME İLE DÜZENLENECEĞİNİN KANUNLARDA BELİRTİLMESİ ÜZERİNE

Volkan ASLAN*

ÖZET

2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (Kararname), kanun ve diğer düzenleyici işlemler arasındaki ilişkiyi alt üst etmiştir. Bu çerçevede, kararnamelerin yarattığı karmaşadan öğreti de nasibini almış gözükmektedir. Kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri, yürütme lehine mahfuz bir düzenleme alanı yaratılıp yaratılmadığı, kararnamelerin şekil ve esas bakımından denetimi ile hükümsüzlüğü başta olmak üzere, birçok konuda yoğun tartışmalar gerçekleştirilmektedir. Söz konusu tartışmalı noktalardan bazılarına değinilecek olmakla birlikte, çalışmada esas olarak incelenecek olan, kararnamelerin kanunlara uygunluğunun denetiminin ve belli hususların kararname ile düzenleneceğinin kanunlarda belirtilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Çalışmada ulaşılan sonuç her iki hususun mümkün olmadığı yolundadır. Bu sonuca ulaşılmasında belli başlı adımlar izlenmiştir. Öncelikle düzenlenme biçiminden yola çıkılarak, karşılaştırmalı hukuktaki modeller karşısında kararnamelerin konumu belirlenmiştir. Sonrasında ise kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanunlarla ilişkisi ele alınmıştır. Ardından, 104. maddedeki çatışma kuralları değerlendirilmek suretiyle, devlet başkanları tarafından çıkarılan kararnamelerin kanunlara uygunluğunun denetlenemeyeceği belirlenmiş; kanunlarda belli hususların kararname ile düzenleneceğinin belirtilmesinin 1982 Anayasası'na aykırı olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar kelimeler: Kararname türleri, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisi, kararnamelerin hükümsüzlüğü, kararnamelerin denetimi.

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, volkan.aslan@istanbul.edu.tr. Bu çalışmada, TÜBİTAK'ın sağladığı 2214/A kodlu yurtdışı doktora sırası araştırma bursu ile desteklenen araştırma çerçevesinde elde edilen verilerden yararlanılmıştır. Yazar değerli yorumlarıyla çalışmaya katkıda bulunan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'ndaki hocalarına ve kürsü arkadaşlarına bu vesileyle şükranlarını sunar.

The COMPLIANCE of PRESIDENTIAL DECREES WITH STATUTES And The CONSTITUTIONALITY of STATUTORY PROVISIONS CONCERNING The SUBJECT AREA of The DECREES

ABSTRACT

One of the most controversial innovations of recent constitutional amendments in Turkey, namely decree authority of the President has the potential to mess up traditional relationship between statutes and other regulations. Concerning such legal complexity, legal academia has already taken the lion's share. In this context, "new" hierarchy of norms in Turkish law, possibility of reserved regulatory area for executive, supervision and invalidity of decrees attract attention in particular. While some of these controversial points are addressed in the study, main effort concentrates on the scope of the supervision of decrees and constitutionality of statutes which aim to shape decree authority of the president.

Keywords: Types of executive decrees, presidential decrees in Turkey, hierarchy of norms, invalidity of presidential decrees, supervision of presidential decrees.

I. KARARNAME KAVRAMI VE 1982 ANAYASASI'NDA DÜZENLENEN KARARNAME TÜRLERİ

Karşılaştırmalı anayasa hukukunda sıkça rastlanan, yürütme organının düzenleyici idari işlemler dışında düzenleme yapabilme yetkisi, başkanlık sisteminin uygulandığı devletlerde sistem gereği başkanlara verilmekte; parlamenter sistemin uygulandığı devletlerde ise çoğunlukla yürütmenin sorumlu kanadı olan hükümete tanınmaktadır. Bu çerçevede devlet başkanlarına tanınan kararname yetkisi, *anayasaların açıkça verdiği yetkiye dayalı olarak yahut açıkça yasaklamadığı alanlarda, başkanın tek başına ya da oluşumunda aktif olarak yer almak suretiyle diğer aktörlerle, kanun hükmünde yahut kanun hükmünde olduğu açıkça belirtilmese dahi normlar hiyerarşisinde düzenleyici idari işlemlerin üstünde yer alan ve var olan kanunların uygulanmasını sağlamaktan ziyade, kanunlarla düzenlenmeyen alanları düzenleme amacı güden soyut, genel nitelikte düzenlemeler yapılabilmesini* ifade etmektedir[1]. Tanım kapsamına giren devlet başkanı kararnameleri kanun hükmünde oldukları belirtilsin veya belirtilmesin, düzenleyici idari işlemlerin dışında kalmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, kararname yetkisinin açık anayasal dayanak olmaksızın kullanıldığı örnekler bir tarafa bırakıldığında, devlet başkanlarının kararname çıkarma yetkisinin asli düzenleme yetkisi olarak anayasalarda doğrudan tanınmasının yanı sıra, yetki kanunu ile devlet başkanlarına kararname çıkarma yetkisi verilebileceğini belirten anayasalar da bulunmaktadır[2]. Bu çerçevede çoğunlukla benimsenen yöntem, hızlı hareket edilmesini gerektiren acil bir ihtiyaç sebebiyle kararname yetkisinin devlet başkanına tanınması yoluna gidilmesidir[3]. Genellikle kanun hükmünde olacağı belirtilen bu

---

1 Kararname ile ilgili benzer tanımlar için bkz. Shugart, M.S., Carey, J.M. (1992). *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 143; Carey, J.M., Shugart, M.S. (1998). "Calling Out the Tanks or Filling Out the Forms", *Executive Decree Aurhority*, New York: Cambridge University Press, s. 9-10.

2 Kararname yetkisinin asli düzenleme yetkisi olarak anayasalarda doğrudan tanındığı örnekler için bkz. Arjantin Anayasası, m. 99; Avusturya Anayasası, m. 18; Beyaz Rusya Anayasası, m. 101; Hindistan Anayasası, m. 123; İzlanda Anayasası, m. 28; Katar Anayasası, m. 70. Yetki kanunu ile devlet başkanına kararname yetkisinin tanınabileceğine dair anayasa maddelerinden örnekler için bkz. Arjantin Anayasası, m. 76; Madagaskar Anayasası, m. 104; Peru Anayasası, m. 104; Şili Anayasası, m. 64. Çalışmada değinilen anayasaların içeriklerine https://www.constituteproject.org/ sitesi üzerinden ulaşılmış ve anayasaların İngilizce çevirilerinden yararlanılmıştır. Son erişim tarihi: 18 Mayıs 2019.

3 Örneğin bkz. Bahreyn Anayasası, m. 38; Belize Anayasası, m. 18; Burundi Anayasası, m. 115; Danimarka Anayasası, m. 23; Estonya Anayasası, m. 109; Fransa

tarz kararnamelerin belli bir süre içerisinde parlamentolara sunulacağı da düzenlenebilmektedir[4]. Hem olağan hem de olağanüstü durumlar için öngörülebilen söz konusu kararnameleri klasik kararnameler olarak nitelendirebiliriz. Ancak anayasalara karşılaştırmalı olarak bakıldığında, bu tarz kararnamelerin dışında nadiren de olsa devlet başkanları tarafından çıkarılması öngörülen, farklı kararname türlerine de rastlanılmaktadır. Olağandışı kararnameler olarak nitelendirebileceğimiz bu kararnameleri üç gruba ayırabiliriz: merkez kararnameleri, tamamlayıcı kararnameler ve organizasyon kararnameleri.

Merkez kararnameleri, devlet başkanlarının belirli sebeplerden ötürü federe birimlerin yerine düzenleme yetkisini kullanmalarına imkân tanıyan kararnameleri ifade etmektedir[5]. Tamamlayıcı kararnameler ise kanunları değiştirememekle birlikte, kanunların düzenlemediği alanlarda çıkarılan kararnameleri ifade etmektedir. 1993 tarihli Rusya Anayasası ile eskiden Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin parçası olan devletlerin anayasalarında görülen bu kararname türü ile kanunlarla düzenlenmeyen bakiye alanların devlet başkanı tarafından kararnameyle düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Örneğin 1993 tarihli Rusya Anayasası'nın 90. maddesinde, başkanın anayasa ve federal kanunlara aykırı olmamak şartıyla federasyonun tamamında uygulanması gereken kararname ve direktifler çıkarabileceği belirtilmektedir[6]. Yeltsin başta olmak üzere, 1993'ten sonra göreve gelen devlet başkanları tarafından piyasa ekonomisine geçilmesine yönelik reformların hayata geçirilmesi için yoğun şekilde kullanılan bu kararnameler, Rusya devlet başkanlarının parlamentonun karşı çıkmasına rağmen istedikleri düzenlemeleri yapabilmelerini sağlayan oldukça güçlü bir araç olarak da işlev görmüşlerdir[7]. Devlet başkanına kararname yetkisi

Anayasası, m. 16; Gabon Anayasası, m. 26; Güney Kore Anayasası, m. 76; İzlanda Anayasası, m. 28; Kamerun Anayasası, m. 9; Kolombiya Anayasası, m. 212-215; Macaristan Anayasası, m. 50; Madagaskar Anayasası, m. 61; Nepal Anayasası, m. 273; Pakistan Anayasası, m. 89; Slovenya Anayasası, m. 108; Tunus Anayasası, m. 80.

4 Örneğin bkz. Angola Anayasası, m. 126; Arjantin Anayasası, m. 99; Bangladeş Anayasası, m. 93; Beyaz Rusya Anayasası, m. 101; Brezilya Anayasası, m. 62; Hırvatistan Anayasası, m. 101; Mısır Anayasası, m. 156; Papua Yeni Gine Anayasası, m. 231; Polonya Anayasası, m. 234; Yunanistan Anayasası, m. 44;

5 Örneğin bkz. Hindistan Anayasası, m. 357; Pakistan Anayasası, m. 234.

6 Ayrıca bkz. Özbekistan Anayasası, m. 94; Türkmenistan Anayasası, m. 54.

7 Bu sonucun gerçekleşmesinde Rusya devlet başkanının 2/3 çoğunluk ile aşılabilecek güçlü veto yetkisi ile, Rusya Anayasa Mahkemesi'nin kararnameleri etkisiz kılmak için parlamentonun kanun çıkarmak zorunda olduğuna dair kararının da etkisi olmuştur. Bkz. Rusya Anayasası, m. 107; Remington, T.F. (2014).

tanınmasında bir diğer yöntem ise belli kurum ve kuruluşların devlet başkanı tarafından kararnameyle düzenleneceğinin anayasalarda belirtilmesidir. Karşılaştırmalı anayasalarda nadiren rastlanan bu tarz düzenlemelere Ekvator ve Özbekistan anayasalarında yer alan hükümler örnek olarak gösterilebilir[8]. Bu gibi düzenlemelere dayanılarak çıkarılan kararnameler de organizasyon kararnameleri olarak nitelendirilebilir. Bu sınıflandırma göz önüne alındığında, 2017 değişiklikleri ile birlikte başkanlık sisteminin benimsendiği 1982 Anayasası'nda, hem klasik hem de olağandışı kararnamelerin düzenlendiği belirtilebilir: Aynı zamanda kararnamelere ilişkin genel hüküm olan AY, m. 104/17'deki tamamlayıcı kararname çıkarma yetkisi; AY, m. 104, 106, 108, 118 ve 123'te düzenlenen organizasyon kararnameleri çıkarma yetkisi ve son olarak AY, m. 119'da düzenlenen ve klasik kararname türüne giren olağanüstü hal kararnamesi çıkarma yetkisi.

1982 Anayasası'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca, "*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.*" Söz konusu düzenleme Rusya Anayasası'nın 90. maddesine benzer şekilde, kanun ile düzenlenmeyen alanların kararname ile düzenlenebilmesine yönelik Cumhurbaşkanına imkân vermekte, ancak bu yetkinin belli alanlarda hiçbir şekilde kullanılamayacağını belirtmektedir. Maddede düzenlenen yetkinin "tamamlayıcı" olarak nitelendirilmesinin sebebi, sınırlamalara uyulması suretiyle kanun ile düzenlenmeyen tüm alanların kararname ile düzenlenmesine imkân tanıması, bir diğer deyişle yasanın düzenlemediği konuların düzenlenmesi bakımından tamamlayıcı bir işlev görmesidir. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların (AY, m. 104); bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının

Presidential Decrees in Russia: A Comparative Perspective, New York: Cambridge University Press, s. 79.

8 Ekvator Anayasası'nın 151. maddesi, bakanlıkların sayısı, adı ve yetkilerinin Başkanlık Ofisi tarafından çıkarılacak kararname ile düzenleneceğini belirtmektedir. Benzer bir düzenleme için bkz. Özbekistan Anayasası, m. 93/8.

kurulmasının (AY, m. 106); Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin (AY, m. 108); Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin (AY, m. 118) kararnameyle düzenleneceğini belirten hükümler ise Cumhurbaşkanının organizasyon kararnameleri çıkarabilmesine yönelik düzenlemelerdir. Kanunla düzenlenmemesi durumunda, AY, m. 104/17'nin verdiği imkanla tamamlayıcı kararnamelerle de düzenlenebilecek bu konuların kararname ile düzenleneceğinin ayrıca belirtilmesi, Cumhurbaşkanına mahfuz düzenleme yetkisi kullanabileceği bir alan yaratmaya yöneliktir[9]. Zira anayasa koyucunun böyle bir amacı olmasaydı, normalde AY, m. 104/17 uyarınca düzenlenebilecek bu konuların farklı maddelerde ayrıca düzenlenmesi yoluna gidilmezdi[10]. Bir başka organizasyon kararnamesi ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kararnameyle kurulacağını belirten 123. maddede karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu maddenin diğer organizasyon kararnamelerinden farkı, Cumhurbaşkanı lehine mahfuz bir düzenleme yetkisi yaratılmamış olmasıdır[11]. Cumhurbaşkanlığı

---

9 Son anayasa değişikliklerinin ardından kararnameler için mahfuz bir düzenleme alanı yaratılıp yaratılmadığı öğretide oldukça tartışmalıdır. Kararnameler için mahfuz düzenleme alanı yaratıldığı görüşü için bkz. Atar, Y. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 190, 196-197, 273; Boztepe, M. (2018). "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5., S. 1., s. 12; Eren, A. (2018). *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 563-564; Gözler, K. (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 867-868; Göztepe, E. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", *Güncel Hukuk*, Mart 2017, s. 50; Kanadoğlu, K., Duygun, A.M., Bilgehan, D. (2018). "Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, s. 26; Karatepe, Ş. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 295; Tahmazoğlu Üzeltürk, S. (2017). "Anayasa Değişikliğinde Cumhurbaşkanı", *Güncel Hukuk*, Şubat 2017, s. 12-13; Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 223-224; Ülgen, Ö. (2018A). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1., s. 17; Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 2., s. 16. Aksi görüş için bkz. Ardıçoğlu, M.A. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 37-38; Şirin, T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha, s. 207-212; Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 438. Ayrıca bkz. Alkan, H. (2018). *Kurumsalcı Yaklaşım Işığında Yeni Siyasetin Analizi: Cumhurbaşkanlığı Sistemi*, Ankara: Liberte Yayınları, s. 45.Özbudun, E. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 249.

10 Nitekim tamamlayıcı kararname yetkisinin tanındığı bir diğer anayasa olan Rusya Anayasası'nda durum böyledir.

11 Esasında 123. maddede kamu tüzel kişiliğinin "kanunla veya kararnameyle"

kararnameleri ile ilgili yaptığımız bu sınıflandırmanın ardından bu işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin tartışmalara geçebiliriz.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ VE NORMLAR HİYERARŞİSİ

2017 değişiklikleri öncesinde Türk hukukunda normlar hiyerarşisinin en tepesinde Anayasa, Anayasanın altında kanun, kanunun altında tüzük ve tüzüğün altında yönetmeliğin bulunduğu hususu izaha gerek duymamaktadır. Anayasa değişikliklerinin ardından Anayasa>kanun>yönetmelik sıralaması geçerliliğini sürdürecek olmakla birlikte, kararnamenin bu sıralamada nerede olacağı tartışmaya açık bir konudur. Olağanüstü dönemlerde çıkarılacak kararnamelerin "kanun hükmünde" olduğunun belirtildiği 1982 Anayasası'nda, olağan dönemlerde çıkarılacak kararnamelerin "ne hükmünde" olduğu belirtilmemiş, çatışma kuralı konulmakla yetinilmiştir: "*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.*" Yönetmeliklerin ise kararnamelerin altında olacağı, Anayasanın 124. maddesinden anlaşılmaktadır. Yönetmeliklere ilişkin bu maddede, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve kararnamelerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceği düzenlenmektedir.[12] Tüm bu veriler ışığında, olağan

kurulabileceği belirtilmesine rağmen 104, 106, 108 ve 118. maddelerde belirli konuların "kararnameyle" düzenlenebileceğinin belirtilmesi de m. 123 dışındaki organizasyon kararnameleri bakımından Cumhurbaşkanına mahfuz düzenleme yetkisi tanıma amacı bulunduğunu göstermektedir. Aynı yönde: Atar, Y. (2018). s. 197; Gözler, K. (2018). s. 888.

12 Kararnamelerin değişiklikten önce Anayasada yer alan tüzüklerin yerini aldıkları savunulabilir. Gerçekten de değişiklikle beraber (örneğin 124 ve 137. maddelerde), tüzük ibaresinin yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibaresi getirilmektedir. Ancak değişiklik öncesinde kanunla düzenlenmesi öngörülen birçok hususun da kararname ile düzenlenebileceğinin öngörülmesi karşısında, bu yorumun yerinde olmadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede kararnamelerle hala yürürlükte olan tüzükler arasındaki ilişkinin de belirsiz olduğu söylenebilir. Gözler'e göre, kararnameler ile önceden çıkarılmış olan tüzükler normlar hiyerarşisinde aynı düzeydedir. Sonradan çıkan kararnameler ile halihazırda yürürlükte olan tüzükler arasında çatışma çıkması halinde, daha yeni tarihli olacakları için kararnameler esas alınmalıdır. Dolayısıyla önceden çıkarılmış olan tüzükler, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer aldıkları kararnameler ve daha üstte yer alan kanunlar ile yürürlükten kaldırılabilirler. Bkz. Gözler, K. (2018). s. 899. Çalışmada kararname ve kanun arasındaki hiyerarşi ilişkisi önem

kararnamelerin konumu ile ilgili olarak çeşitli görüşler savunulabilir: Kararnameler normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyededir. Kararnameler normlar hiyerarşisinde kanunun altında, yönetmeliğin üstünde özgün bir konuma sahiptir. Kararnameler Anayasanın altında, düzenleyici idari işlemlerin üstünde olmakla birlikte kanunlarla bir hiyerarşi ilişkisi içinde olamaz. Bu hususta öğretide ileri sürülen görüşlere kısaca değinilmesinde yarar görülmektedir.

Öğretide savunulan bir görüş, kararnamelerin kanun gücünde olamayacağını, Anayasada "yürütme yetkisine ilişkin konular" ifadesinin konulmasının kararnamelerin kanun gücünde olmasını imkansızlaştırdığını savunmaktadır[13]. Ayrıca kanunla kararnamenin çatışması durumuna yönelik olarak getirilen anayasal düzenlemelerin de kararnamelerin kanun gücünde olmadığına bir başka delil olduğu belirtilmektedir[14]. Öte yandan, olağanüstü hal kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu düzenlenmişken, olağan kararnameler için bu yönde bir ibarenin kullanılmamış olmasının da olağan kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer almalarını sağlama amacına yönelik olduğu ifade edilmektedir[15].

Kararnamelerin çıkarılabilmesi için parlamento tarafından bir kanunla yetki verilmesine ihtiyaç duyulmaması[16], kararnamelerin kanun hükmünde kararnamelerin (KHK) yerine ikame olması[17], düzenleyici idari işlemlerin aksine kanunlara benzer şekilde tüm kararnamelerin Resmi Gazetede yayımlanma zorunluluğunun olması[18] ve kararnamelerin

arz ettiğinden, kararnamelerle tüzüklerin arasındaki hiyerarşi ilişkisine dair daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

13 Yıldırım, T. (2017). s. 23.

14 Fendoğlu, H.T. (2018). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 594-595; Fendoğlu, H.T. (2017). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin, s. 118-119; Yıldırım, T. (2017). s. 23. Ayrıca bkz. Gülgeç, Y.B., (2018). *Normlar Hiyerarşisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 197; Karatepe Ş. (2018). s. 294.

15 Günday, M. (2017). İdare Hukuku, Ankara: İmaj Kitabevi, s. 659. Kararnamelerin kanun gücünde olmayıp yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin olduğuna dair bir diğer dayanak olarak, 124. ve 137. maddelerde tüzük yerine kararname ibarelerinin getirilmesi gösterilmektedir. Bkz. Yıldırım, T. (2017). s. 23. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, değişiklik öncesinde kanunla düzenleneceği öngörülen belirli hususların da bundan böyle kararname ile düzenlenmesi söz konusudur.

16 Atar, Y. (2018). s. 276.

17 Kanadoğlu, K. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., s. 640-641.

18 Söyler, Y. (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin, s. 252.

Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olması[19] gibi özellikler ise kararnamelerin kanun gücünde olduğu görüşü çerçevesinde ileri sürülen görüşlerdir. Kararnamelerle kanunların normlar hiyerarşisinde aynı kademede olduğunu savunan görüşün bir diğer dayanağı, kararnamelerin kanunlara uygun olup olmadığının denetlenemeyecek olmasıdır[20]. Zira kararnamelerin yalnızca anayasaya uygunluğunun denetimi söz konusu olabilir. Bu görüş uyarınca, AY, m. 104'te bulunan çatışma kuralları, normlar hiyerarşisinde kanunların kararnamelerden üstün olduklarını göstermemektedir. Ergül'e göre, kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarılamaması, kararname ile kanunlarda aynı hüküm bulunduğu takdirde kanun hükümlerinin uygulanacağının belirtilmesi ve aynı konuda kanun çıkarılması durumunda kararnamenin hükümsüz hale geleceğinin düzenlenmesi, kararname ile kanun arasında hiyerarşi yaratmak amacıyla değil, "*normlar hiyerarşisinde statüsü birbirine denk iki düzenleyici işlemin kuralları arasında çatışma olması halinde*" bu çatışmanın nasıl çözülmesi gerektiğini belirlemeye yöneliktir[21]. Bu bakımdan yazar, benzer bir çatışma kuralının 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde de yer aldığını belirtmektedir[22]. "*Hiyerarşinin varlığı, norm çatışma kuralından çıkartılamaz; çünkü norm çatışması zaten ancak iki denk statüdeki norm için söz konusu olur*[23]." Görüldüğü üzere yazar, normalde kararnameler ve kanunların denk olduğu lehine kullanılabilecek AY, m. 104'teki kuralların, karşı görüşe sahip yazarlar tarafından iki norm türü arasında hiyerarşinin varlığına delil olarak kullanıldığını ifade etmektedir[24]. Benzer şekilde Atar'a göre, kararnameler kanunların altında yer alıyor olsaydı, anayasa koyucunun çatışma halinde kanun hükümlerinin

---

19 Anayasa Mahkemesi son anayasa değişikliklerine kadar verdiği kararlarda denetim şeklinden yola çıkarak KHK'ların yasama işlevine sahip olduklarını sürekli olarak tekrarlamıştır: "*Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen KHK'lar, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir.*" Bkz. AYM, E.2017/175, K.2017/175, 28/12/2017; AYM, E.2017/141, K.2017/123, 26/7/2017; AYM, E.2017/104, K.2017/89, 12/4/2017; AYM, E.2017/52, K.2017/32, 1/3/2017. Ayrıca bkz. Eren, A. (2018). s. 560; Kanadoğlu, K. (2018). s. 640-642; Ülgen, Ö. (2018B). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., s. 634.

20 Atar, Y. (2018). s. 280.

21 Ergül, O. (2018). "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, s. 31.

22 a.g.e. s. 32.

23 a.g.e. s. 31-32.

24 a.g.e. s. 32.

uygulanacağını belirtme yoluna gitmesi gerekmezdi[25]. Bu çerçevede yazar, Ergül'ün de ifade ettiği gibi, benzer bir düzenlemenin Anayasanın 90. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bakımından bulunduğunu belirtmektedir[26]. Dolayısıyla, kararname ve kanunda farklı hüküm bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağının belirtilmesi, bir "aykırılık sorunu" değil, bir "çatışma sorunudur[27]." Kararnameler arasında bir sınıflandırma yaparak bunların normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyen Tunç ise, dört özel maddede (AY, m. 104, 106, 108, 118) yer alan konular ile kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin kararnamelerin kanunlarla aynı, yürütme yetkisine ilişkin genel konularda çıkarılan kararnamelerin ise kanunların altında, önceden çıkarılmış bulunan tüzüklerin ve yönetmeliklerin üstünde olacağını belirtmektedir[28].

Öğretide konu ile ilgili yazılan diğer eserlere bakıldığında, net bir yargıdan kaçınan ve kendi içinde çelişkiler barındıran görüşlere de rastlanmaktadır. Örneğin kararname yetkisinin Cumhurbaşkanına kanun düzeyinde kural koyma yetkisi verdiğini belirten İba[29], kanunlarla kararnamelerin "*çatışması halinde en azından teorik açıdan kanunlar üstün olacağı için cumhurbaşkanlığı kararnameleri "kanun-altı" bir yürütme işlemi konumunda yer alacaktır.*" demektedir[30]. Benzer şekilde Söyler, kararnamenin kanun gücünde olduğunu ancak normlar hiyerarşisinde Anayasanın ve kanunun altında olduğunu ifade etmektedir[31]. Bu bakımdan yazar kanunla çatışma halinde olmaması durumunda kararnamelerin, "kanunun içerisinde bulunduğu hiyerarşiden" çıkıp ayrı bir hiyerarşide, Anayasanın hemen altında yer alacağı ve bu hiyerarşide kararnamenin kanunun yerini alacağını belirtmektedir[32]. Diğer taraftan Anayasada yürütme organına mahfuz düzenleme yetkisi tanınmadığını savunan yazar, yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisi olduğunun kabul

---

25 Atar, Y. (2018). s. 276.

26 a.g.e. s. 276-277.

27 a.g.e. s. 277. Ancak bu noktada, usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların kanun hükmünde olduğunun 104. maddenin aksine 90. maddede açıkça düzenlendiğini belirtmek gerekmektedir.

28 Tunç, H. (2018). s. 234.

29 İba, Ş. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 245.

30 a.g.e. s. 245. Yazar başka bir yerde de "*Kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesi maddeleri arasında çatışma halinde kanun hükümlerinin üstünlüğü öngörüldüğü için normlar hiyerarşisi bakımından cumhurbaşkanlığı kararnamesi, "kanun-altı" bir düzenleyici işlemdir.*" demektedir. Bkz. a.g.e. s. 247.

31 Söyler, Y. (2018). s. 61.

32 a.g.e. s. 165.

edilmesi halinde, bu alanda çıkarılacak kararnamelerin hiyerarşide farklı bir kategori oluşturacağını savunmaktadır[33]. Yazara göre bu durumda, mahfuz alanda kalan kararnamelerde kanunla değişiklik yapılamayacağı için bu kararnameler kanunlarla aynı seviyede olacaklardır[34]. "*Bu durumda normlar hiyerarşisi çizgisinin dikey tek bir çizgi üzerinde değil, kanun ve beş farklı alana ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi başlıkları altında iki ayrı normlar hiyerarşisi çizgisi üzerinde inşasından bahsedilebilir*[35]." Yine de yazar, tek bir piramitle şemalaştırdığı normlar hiyerarşisinde kararnameleri kanunların altında göstermektedir[36]. Son olarak Şirin, kararnamelerin normlar hiyerarşisini muğlaklaştırıp ortadan kaldırabilecek nitelikte olduğunu ifade etmektedir[37].

Sorunun çözümü için öncelikle, kanun hükmünde olmanın ne ifade ettiği üzerinde düşünmek gerekmektedir. Kanun hükmünde kararnameleri incelediği eserinde Gözler, bu kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı düzeyde yer almasının iki anlama geldiğini ifade etmektedir: Daha önceden kanunla düzenlenmemiş bir alanda kanun gücünde kurallar konulabilmesi ve kanunla düzenlenmiş alanlarda yürürlükteki kanunların değiştirilip yürürlükten kaldırılabilmesi[38]. Teziç de kanun hükmünde kararname deyiminden anlaşılması gerekenin, yürütme organının bir işlemi ile yürürlükteki kanunları değiştirebilmesi olduğunu ifade etmektedir[39]. Bu bakımdan olağanüstü hal kararnameleri ile her iki işlem gerçekleştirilebilirken, olağan kararnameler ile sadece daha önceden kanunla düzenlenmemiş alanların düzenlenmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak salt bu özellik

---

33 a.g.e. s. 166.

34 a.g.e. s. 166. Yazar, belli alanlarda yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisine sahip olduğunun kabulü ile bu alanlarda parlamentonun yetkisinin bulunmadığının kabulünün, kararnamelerin "*kanun gücünde bir etki*" göstermesini sağlayacağını ifade etmektedir. Bkz. a.g.e. s. 141. Benzer bir durumun, yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisine girmeyen ancak parlamento tarafından kanunla düzenlenmemiş alanlarda çıkarılan tamamlayıcı kararnameler için de geçerli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla mahfuz düzenleme yetkisi çerçevesinde çıkarılıp çıkarılmaması, kararnamenin yaratacağı etki bakımından pek bir farklılık yaratmamaktadır. Mahfuz düzenleme yetkisi bakımından önemli olan, bu alanda parlamentonun kanun çıkarıp çıkaramayacağıdır.

35 a.g.e. s. 166.

36 a.g.e. s. 167.

37 Şirin, T. (2019). s. 165. Ancak yazar yine de bir hiyerarşinin geçerli olduğunun varsayılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. a.g.e. s. 165-167.

38 Gözler, K. (2000). *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 3-4.

39 Teziç, E. (1972). "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 5., S. 1., s. 8.

dahi olağan kararnamelerin kanun gibi etkide bulunmaları sonucunu doğurabilir. Özbudun'un belirttiği üzere, hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan alanda asli, doğrudan düzenleme yapan bir düzenleyici işlemin kanuna eşdeğerde veya kanun gücünde sayılması mümkündür[40]. Yüzbaşıoğlu da yasama işleminin, işlevsel açıdan bir konunun ilk defa, "ilk-el" düzenlenmesini, yasama yetkisinin de anayasa çerçevesinde bir alanın ilk defa düzenlenmesini ifade ettiğini belirtmektedir[41]. Gerçekten de kanunların uygulanmasına yönelik olmayıp, düzenlenmemiş bir alanı ilk elden düzenleyen işlemlerin adlarına bakılmaksızın kanun niteliğinde sayılması Anayasa Mahkemesi kararlarında da söz konusu olmuştur[42].

Kanun-kararname ilişkisini belirleyebilmek bakımından tamamlayıcı kararname yetkisi ile organizasyon kararnamesi çıkarma yetkisi arasındaki farklılık işlevsel olabilir. Yukarıda belirtildiği üzere, yürütmeye mahfuz düzenleme yetkisi tanınan alanlarda "ilk-el" düzenleme kararnameler ile yapılacağından ve bu alanlarda çıkarılan kanunlar anayasaya aykırı olacağından organizasyon kararnamelerinin kanun gibi etkide bulunması söz konusu olacaktır. Ancak aynı konuda kanuni düzenleme bulunmaması koşuluyla ortak yetki alanında çıkarılacak tamamlayıcı kararnameler de o alanda ilk el düzenleme yapacağından organizasyon kararnameleri ile aynı etkiyi doğuracaktır. Bu durumda mahfuz düzenleme yetkisi çerçevesinde çıkarılan kararnameler ile AY, m. 104/17'deki genel yetkiye dayanılarak çıkarılacak kararnamelerin doğuracakları etki bakımından farklı şekilde sınıflandırılmaları bir anlam ifade etmeyecektir. Öte yandan, bir normun yarattığı etki ile normun hiyerarşideki yeri farklı hususlardır. Örneğin, Anayasanın 18 yaşını dolduranların milletvekili seçilebileceğini belirten 76. maddesi ile Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18 yaşını dolduran her Türk vatandaşının milletvekili seçilebileceğini belirten 10. maddesinin doğurduğu etki aynıdır. Hiyerarşinin yarattığı sonuç ise Anayasada var olan bu kurala rağmen kanunda seçilme yaşının farklı şekilde öngörülememesi, öngörülse dahi iptal edilme yaptırımı ile karşı karşıya bulunmasıdır. Bu bakımdan kararnamelerin kanunlarla aynı etkiyi doğurmaları, başlı başına kararnamelerin kanunlarla aynı güçte olduğu anlamına gelmemektedir.

---

40 Özbudun, E. (2018). s. 211. Ayrıca bkz. Ülgen, Ö. (2018A). s. 7.

41 Yüzbaşıoğlu, N. (1996). *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 56.

42 Bkz. AYM, E.1965/16, K.1965/41, 6/7/1965. Arıkan'ın belirttiği üzere, Mahkeme bu kararında bir konuyu doğrudan doğruya düzenleyebilme özelliğini kanunun bir niteliği olarak kabul etmiştir. Bkz. Arıkan, C. (2011). *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 37.

Normlar hiyerarşisinde olağan kararnamelerin Anayasanın altında, düzenleyici idari işlemlerin üstünde yer aldığı söylenebilir. Ancak kararname-yönetmelik arasındaki ilişki ile kararname-kanun arasındaki ilişki aynı değildir. Nitekim yönetmelik ve diğer düzenleyici idari işlemler kanun ve kararnamelerin uygulanması için çıkarılan ve dayanaklarını bunlardan alan işlemlerdir. Oysa kararnameler dayanaklarını doğrudan Anayasadan almaktadır. Ayrıca kanunların uygulanmasına yönelik olan yönetmeliklerin aksine kararnameler, kanunların uygulanması amacıyla çıkarılmamakta, kanunların düzenlemediği konularda düzenlemeler getirmektedir[43]. Bu bakımdan, kanun-Anayasa arasındaki ilişki, idari işlem-kanun arasındaki ilişkiden nasıl farklı nitelikte ise[44]; kararname ile Anayasa arasındaki ilişki de kararname-idari işlem arasındaki ilişkiden farklıdır. Kelsen'in belirttiği üzere, "*(…) anayasa ile yasama ilişkisi, esas itibariyle yasa ile hüküm verme veya idari kararlar arasındaki ilişkinin aynısıdır; tek fark üst düzey normların alt düzey normları usuli açıdan belirlemeleriyle maddi açıdan belirlemeleri arasındaki oransal farklılıktır. İlk durumda yasamayı düzenleyen anayasa söz konusu olduğunda, usuli unsur maddi unsura ağır basar, ikinci durumda yargı veya idari kararları düzenleyen yasa söz konusu olduğunda ise bu unsurlar denge durumundadır*[45]." 1982 Anayasası'nın hem kanunları hem de kararnameleri usuli ve maddi açıdan belirlemesi hususunda bir sıkıntı bulunmamaktadır. Üstelik kararnamelere konu bakımından getirilen sınırlamalara bakıldığında, kanunlara kıyasla Anayasanın kararnameleri maddi açıdan belirlemesinin çok daha yoğun olduğu tespiti yapılabilir.

Kelsen'in normlar hiyerarşisinde her norm, "*yüksek bir normun somutlaşması olarak*" görülmektedir[46]. Bu bakımdan, "*Norm yaratmayı*

---

43 Örneğin bkz. Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname Numarası: 9, RG: 15/07/2018; Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname Numarası: 10, RG: 15/07/2018.

44 Arıkan, C. (2011). s. 37. Arıkan'ın belirttiği üzere idari işlemler kanuna dayanıp kanunun uygulanmasını sağlarken kanunlar anayasanın uygulanmasını sağlayan bir araç olmaktan ibaret değildirler. Bu bakımdan kanunların anayasaya dayanmaları değil aykırı olmamaları esastır. Ayrıca parlamentolar anayasanın hedefleri doğrultusunda kanun çıkarma bakımından hukuki bir yükümlülükle karşı karşıya değilken yürütme bakımından bir kanunun uygulanması hukuki bir yükümlülüğe karşılık gelmektedir. Bkz. a.g.e. s. 37-38. Yazarın ileri sürdüğü kanun/idari işlemler arasındaki farklılıkların bundan böyle kararname ile idari işlemler arasında da var olduğu söylenebilir.

45 Kelsen, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çeviri: Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap, s. 81.

46 Troper, M. (2003). *Hukuk Felsefesi*, Çeviri: Işık Ergüden, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, s. 118.

belirleyen norm üst düzey, bu belirlemeye uygun biçimde yaratılan norm ise alt-düzey normdur[47]." Yine bu hiyerarşide hukuk kuralları, geçerliliklerini üstte bulunan başka hukuk kuralından almaktadır[48]. Oysa kararnameler kanunların somutlaşması niteliğinde olmadıkları gibi geçerliliklerini de kanunlardan almazlar. Bu bakımdan Kelsen'in kurguladığı normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunla ilişkisi, bilinmeyen bir evrenden gelen yabancı bir element gibidir. Kelsen'den yapılan alıntı ışığında konuya yaklaşırsak, hem kanunlar hem de kararnameler, "usuli" açıdan ağırlıklı olarak Anayasa tarafından düzenlenmekle birlikte, kanun ve kararname arasında böyle bir ilişki bulunmamaktadır. Kanunlar, kararnamelerin içeriğini ne usuli ne de maddi açıdan belirleyemezler. Her ne kadar tamamlayıcı kararname yetkisinin kanunla düzenlenmeyen alanda kullanılacak olması karşısında, kanunların AY, m. 104/17 çerçevesinde çıkarılacak kararnameleri maddi açıdan belirlediği savunulabilirse de hiyerarşinin varlığı için gereken maddi belirleme, normun içeriğine ilişkin ve doğrudan olmalıdır. Oysa bir konuda çıkarılan kanun aynı konuda çıkarılacak kararnamenin içeriğini belirlememekte, o konuda kararname çıkarılamaması sonucunu doğurmaktadır. Bu kabuller ise bizi birbirleriyle bağlantılı iki sonuca götürmektedir: Kanunlar kararnamelerin içeriğini belirleyemeyeceğine göre, kararnamelerin kanunlara uygunluğu denetlenemez ve kanunlarda belirli hususların kararname ile düzenleneceği belirtilemez.

III. KARARNAMELERİN KANUNLARA UYGUNLUĞU DENETLENEMEZ

Kararnameler, doğrudan Anayasada tanınan yetkiye dayanılarak çıkarılan asli nitelikte işlemler oldukları için, bunların kanunlara uygunluğu denetlenemez. Ancak kararnamelerin kanunlarla çatışması, 1982 Anayasası'nın 104. maddesindeki yasaklara aykırılık taşıyorsa, söz konusu aykırılık ayrıca anayasaya aykırılık anlamına da gelecektir. Bu durumda 104. maddede öngörülen koşullara aykırı olan kararnameler içerdikleri hükümlerin kanunlara aykırı olması sebebiyle değil, 104. maddede öngörülen koşulları taşımamaları sebebiyle iptal edileceklerdir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin KHK'ların yetki

---

47 Kelsen, H. (2016). s. 79. Ancak bu durum yukarıda belirtildiği gibi, üst normun alttaki normu içeriksel olarak belirlemesine engel teşkil etmez. Bu bakımdan anayasalar "genel hukuk yaratan organları" düzenlemenin yanı sıra, diğer hukuk kurallarının içeriğini de belirler. Bunu ise alt düzeydeki normların belli bir içeriğe sahip olmasını veya olmamasını şart koşmak yoluyla gerçekleştirirler. Bkz. a.g.e. s. 79-80.

48 Uygun, O. (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 109.

kanunlarına uygunluğunun aynı zamanda anayasaya uygunluk kapsamında değerlendirileceğine dair kararlarına[49] benzer şekilde, değişiklik sonrasında da kararnamelerin kanunlara uygunluğunun denetlenebileceğinin savunulması[50] yerinde değildir. Daha da netleştirilecek olursa, bir kararname, kanunda açıkça düzenlenen konularda düzenleme içeriyorsa, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevleri düzenliyorsa veya Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ise, Anayasanın açık hükmüne aykırı olacağından iptal edilecektir. Ancak bir kararname bu koşullara uygun olmasına rağmen, kanun ile çatışan düzenlemeler içeriyorsa, söz konusu düzenlemeler anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal edilmeyecek, hükümsüz hale gelecektir. Tüm bu nedenlerle, mahkemelerin kanunlarla çatışan kararname hükümlerinin uygulanmayacağına ve kanunların uygulanacağına dair kararları kararnamelerin anayasaya uygunluğu veya aykırılığı bakımından herhangi bir sonuç doğurmayacaktır[51]. Ancak bu tarz kararların özellikle yüksek mahkemeler tarafından verilmesi durumunda kanunlarla çatışan kararname hükümlerinin uygulanmasının önemli ölçüde azalacağını belirtmek mümkündür[52]. Gayet tabii, mahkemelerin önlerine gelen olayda uygulanacak kararname hükümlerinin yukarıda belirtilen kıstaslara göre anayasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşmaları halinde, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaları gerekecektir[53].

---

49 Değişiklik öncesinde KHK'ların dayanakları olan yetki kanununa aykırı olmaları halinde aynı zamanda anayasaya aykırı kabul edilecekleri Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmekteydi: "*(…) Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde KHK'lerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle KHK'nin yetki kanununa uygunluğunun denetimi girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde KHK çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK'yi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.*" Bkz. AYM, E.2017/141, K.2017/123, 26/7/2017; AYM, E.2016/15, K.2016/14, 16/3/2016; AYM, E. 2015/65, K.2015/120, 23/12/2015; AYM, E.2015/101, K.2015/111, 3/12/2015. Aynı yönde daha eski tarihli kararlar için bkz. AYM, E.1993/32, K.1993/32, 6/10/1993; AYM, E.1993/33, K.1993/40-2, 21/10/1993.

50 Söyler, Y. (2018). s. 188.

51 a.g.e. s. 192.

52 a.g.e. s. 192.

53 Aynı yönde: a.g.e. s. 190.

Gerçekten de kanunlara aykırılık sebebiyle kararnamelerin iptal edilebileceğini kabul etmek, anayasaya uygun olan bir işlemin anayasa değişikliği veya işlemin kendisinde bir değişiklik olmaksızın anayasaya aykırı hale gelmesi gibi garip bir sonucu doğuracaktır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, kanunlarda açıkça düzenlenmiş konulardaki kararname hükümlerinin aynı zamanda anayasaya aykırı olmaları söz konusu ise iptal edilmeleri de gerekecektir. Bu iddia şu şekilde örneklendirilebilir: Cumhurbaşkanının Resmi Gazete ile ilgili çıkardığı kararnamedeki hükümler, aynı konuda açık kanuni düzenleme olmadığı ve 104. maddedeki diğer koşullara uygun oldukları için 1982 Anayasası'na uygundur. Kararnamenin düzenlediği konularda kanun çıkarılması durumunda, kanunun aynı konuyu açıkça düzenlediği kararname hükümleri hükümsüz kalacak ve kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu ihtimalde, Resmi Gazeteye ilişkin kararname hükümlerinin anayasaya aykırı hale gelmesi gibi bir şey söz konusu değildir. Ancak Resmi Gazete ile ilgili bir kanun olsaydı ve Cumhurbaşkanı kanunun açıkça düzenlediği konularda sonradan bir kararname çıkarsaydı, bu durum "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmüne aykırı olacağından kararnamedeki düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekecekti. Ancak bu ihtimalde dahi çatışmaya ilişkin kuralların bir işlevi olacak, kararnamenin kanunla açıkça çatışan hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar uygulayıcılar ve mahkemeler tarafından uygulanmayacaktı.

IV. ÇEŞİTLİ HUSUSLARIN KARARNAME İLE DÜZENLENECEĞİ KANUNLARDA BELİRTİLEMEZ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kararnameler düzenleyici idari işlem olmayıp Anayasanın doğrudan tanıdığı yetkiye dayanılarak mahfuz alanlarda ve yürütmeye mahfuz düzenleme yetkisi tanınmamakla birlikte, kanunların düzenlemediği alanlarda çıkarılması öngörülen düzenlemeleri ifade etmektedir. Dolayısıyla kararname yetkisinin dayanağı doğrudan Anayasada bulunmaktadır. İstisnai olarak tanınmış sınırlı bir yetki olması, tamamlayıcı veya organizasyon kararnamesi olması önem arz etmeksizin kanunların olmadığı alanları ilk elden düzenleme amacı olması, kararnamelerin kanunlara uygunluğunun denetiminin yapılmayacak olması ve kararnamelerin denetiminin Anayasa Mahkemesine bırakılması gibi hususlar karşısında, kararnamelerin "esas itibariyle" kanunların uygulanması amacıyla

çıkarılacakları yolundaki görüşe[54] katılmak mümkün değildir. Hatta kararnamelerin kanunların uygulanmasına yönelik çıkarılmaları halinde bu durum Anayasaya aykırı olacaktır[55]. Zira kanunların -ve kararnamelerin- uygulanmasını gösterme, yönetmelik ve diğer idari işlemlerin konusudur. Kanunlarda Cumhurbaşkanının bir hususu düzenleyeceği belirtilecekse bu kapsamda yapılacak işlemlerin, asli nitelikteki kararnamelerin altında olan düzenleyici idari işlemlerle yapılacağı belirtilmeli ve bunların denetimi idari yargıda yapılmalıdır[56].

Kanunların uygulanmasına yönelik kararnamelerin çıkarılamayacağına ilişkin bu iddianın ardından ikinci olarak tartışılması gereken, kanunlarda belli hususların kararnamelerle düzenleneceğine dair belirlemelerin yapılıp yapılamayacağıdır. Bu bakımdan söylenmesi gereken ilk şey, Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konularda parlamentonun kararname çıkarılabileceğine dair bir kanun çıkarmasının mümkün olmadığıdır[57]. Peki, Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmeyen ve yürütme yetkisine ilişkin olma koşuluyla kararname ile düzenlenebilecek alanlarda çıkarılan kanunlarda, belli konuların kararname ile düzenleneceğine dair düzenlemeler getirilebilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Zira belli hususların yürütme tarafından düzenleneceğinin kanunlarda belirtilmesi, o konularda düzenleyici idari işlemler çıkarılabilmesine yönelik olmaktadır. Oysa çalışmanın başından beri belirtildiği üzere, kararnameler doğrudan Anayasa tarafından verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan asli düzenleyici işlemlerdir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının kararname "çıkarabileceğinden" bahsedilmekte ve Cumhurbaşkanına bu yetkiyi kullanmak bakımından bir takdir yetkisi verilmektedir. Oysa kanunlarda belli hususlarda kararname çıkarılacağının belirtilmesi durumunda, ortada takdir yetkisine

54 Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). s. 437.

55 Tunç, H. (2018). s. 234-235.

56 Ülgen, Ö. (2018A). s. 14.

57 Söyler, anayasada kanunla düzenlenmesi belirtilen konularda parlamentonun o konuyu hiç düzenlemeden kararnamenin düzenleme alanına bırakamayacağını belirtmektedir. Bkz. Söyler, Y. (2018). s. 95. Belirtmek gerekir ki, parlamento kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları düzenlese dahi yine o konularda kararname çıkarılabileceğine dair düzenlemeler yapamaz. Ancak kanunun düzenlemediği alanlar 104. maddedeki sınırlamalar çerçevesinde kararnamelere konu olabilir. Kanunla düzenlenen alanda yürütmenin düzenleme yetkisiyle ilgili yapılabilecek şey ise, ayrıntıların düzenleyici idari işlemlerle yapılabileceğine dair bir belirleme olmalıdır.

dayanılarak kullanılacak bir yetki söz konusu olamaz[58]. Dolayısıyla, bir kanunda Cumhurbaşkanının kanunla ilgili yapacağı işlemlerden bahsedilecekse bunlar düzenleyici idari işlem veya bireysel idari işlem olmalıdır. Ancak yeni sisteme uyum amacıyla çıkarılan KHK'ların getirdiği düzenlemelere bakıldığında, bazı hususların kararname ile düzenleneceğine yönelik ifadeler bulunmaktadır ve bu durum birçok soruna yol açabilecek niteliktedir.

Kanunlarda bir hususun kararname ile düzenleneceğinin belirtilmesinin yol açacağı ilk sorun, parlamentonun sonradan aynı konuyu düzenlemesi halinde, hukuki karmaşanın doğabilme riskinin olmasıdır. Örneğin 703 sayılı KHK'nın 80. maddesi ile Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde değişiklik yapılarak yönetim kurulunun görevleri arasında "Teşkilat Kararnamesinde" belirtilen diğer görevleri yapmak da sayılmaktadır. Bu konu yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisi altında kalmadığından ve ileride aynı konuda kanun çıkarılması halinde teşkilat kararnamesindeki ilgili hükümler hükümsüz kalacağından, TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarmak dışında, Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde de değişiklik yapması gerekecektir. Oysa bu örnekte, yönetim kurulunun "kanunlar ve ilgili/diğer mevzuatta verilen görevleri" yapacağının belirtilmesi aynı işlevi görecek ve karmaşaya yol açmayacak niteliktedir[59]. Bu ve benzer düzenlemelerin tamamında kararname ile düzenlemeden ziyade, genel olarak mevzuata atıf yapılmasıyla yetinilmelidir[60]. Nitekim anayasadaki yasaklara

---

58 1982 Anayasası'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında "çıkarabilmekten" bahsedilmişken; 106, 108 ve 118. maddeler ile 104. maddenin dokuzuncu fıkrasında ilgili konuların Cumhurbaşkanı tarafından "düzenleneceğinin" belirtilmesi aynı yönde düşünülebilir. Mahfuz düzenleme yetkisi tanınan bu alanlarda anayasa Cumhurbaşkanına düzenleme yapması bakımından bir takdir yetkisi tanımamakta, bilakis emir vermektedir.

59 Benzer bir hüküm için bkz. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, m. 52. Görev ve yetkilerin dışında başka hususların da benzer ifadelerle kaleme alındığı görülmektedir. Bu çerçevede 703 sayılı KHK'nın 96. maddesi ile 132 sayılı Türk Standardları Enstitüsü Kuruluş Kanunu'nun 11. maddesinde yapılan değişiklik örnek olarak gösterilebilir. Nitekim değişikliğin ardından kanunun 11. maddesinde Türk Standartları Enstitüsü'nün gelirleri arasında enstitünün teşkilatına ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde belirtilen diğer gelirler sayılmaktadır. Oysa böyle bir belirleme yerine "diğer mevzuatta" ibaresi kullanılabilir.

60 Esasında yeni düzene uyum amacıyla yapılan düzenlemelerde diğer/ilgili mevzuat ibarelerinin kullanıldığı da görülmektedir. Ancak nedense bu tarz ibarelerin kullanıldığı düzenlemelerde dahi kararnamelerin ayrıca belirtildiği de gözlemlenmektedir. Örneğin 703 sayılı KHK'nın 138. maddesiyle İl İdaresi Kanunu'nun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "kanun, tüzük,

aykırı olmadıkça ve kanunla düzenlenmedikçe bir konu kararname ile düzenlenebilir. Böyle bir imkân söz konusu iken kanunlarda kararname ile düzenleme yapılacağına ilişkin gereksiz ibarelerin konulması, hem karmaşa yaratacak hem de aynı konuda kanun çıkaracak TBMM'nin iş yükünü arttıracaktır. Ayrıca TBMM'nin yapacağı kanunların da çok daha fazla "torba" nitelikte olması söz konusu olacaktır[61].

yönetmelik ve Hükümet kararlariyle" ibaresi "kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatta" şeklinde; ikinci fıkrasında yer alan, "kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararlarının" ibaresi "kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatın" şeklinde; 22 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "kanun, tüzük, yönetmelik, Hükümet kararları ve emirlerini" ibaresi "kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuat ile Cumhurbaşkanınca alınmış bulunan karar ve tedbirleri" şeklinde değiştirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu ve benzer düzenlemelerde kararnamelerin ayrıca zikredilmesine gerek yoktur. Kanun ve diğer mevzuat şeklinde bir belirleme yeterli olacaktır. Öte yandan uyum amacıyla yapılan düzenlemelerde kararname ibaresi eklenmeksizin bu tarz düzenlemeler yapıldığı da görülmektedir. Örneğin 703 sayılı KHK'nın 213. maddesiyle Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Kanunu'nun 30. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "kanun, tüzük, yönetmelik ve kararnamelerle" ibaresi "kanun ve diğer mevzuatla" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu tercihin arkasında muhtemelen Cumhurbaşkanının yetkisine ilişkin bir düzenleme olması bulunmaktadır: "*Cumhurbaşkanı, merkezî yönetim bütçe kanununun uygulamasına ilişkin olarak; harcamalarda tasarrufu sağlamak, tutarlı, dengeli ve etkili bir bütçe politikası yürütmek için gelir ve giderlere ilişkin kanun ve diğer mevzuatla belirlenmiş konularda uygulamaları düzenlemek üzere gerekli önlemleri almaya, standartları belirlemeye, sınırlamalar koymaya, kamu istihdam politikasının belirlenmesine ve uygulanmasına yön vermeye, bütçe harcama ve gerçekleşmelerini izlemeye, ödeneklerin dağıtım ve kullanımını belirli esaslara bağlamaya ve bu hususlarda kamu idareleri için uyulması zorunlu düzenlemeleri yapmaya yetkilidir.*" Ancak KHK'larla getirilen başka düzenlemelere bakıldığında, Cumhurbaşkanının görev ve yetkisinden bahsetmemekle birlikte kanun ve diğer/ilgili mevzuata atıf yapan ve kararnamelerden bahsetmeyen düzenlemelere de rastlanılmaktadır. Örneğin 700 sayılı KHK'nın 81. maddesiyle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan değişiklikle maddede yer alan, "Kanun, kararname, tüzük ve yönetmeliklere aykırı olarak düzenlenmiş banka teminat mektupları kabul edilmez." düzenlemesindeki "kararname, tüzük ve yönetmeliklere" ibaresi "ve diğer mevzuata" şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme kaleme alınırken banka teminat mektuplarının 1982 Anayasası'nın 104. maddesindeki sınırlama gereği kararnamelere konu olamayacağı düşünülmüş olmalıdır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, böyle olmasaydı dahi kanun ve diğer/ilgili mevzuat ibaresi öngörülen amacı gerçekleştirmek bakımından yeterli olacaktı. Ayrıca bkz. 700 sayılı KHK, m. 126.

61 703 sayılı KHK'nın 93. maddesi ile Tarım Ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Hizmetleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinde yapılan değişiklik bu konudaki bir başka örnek olarak gösterilebilir. Değişiklik sonrasında 15. maddenin 6. fıkrası uyarınca, "*Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu, bu Kanunun ve kuruluşuna ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmasıyla ilgili iş ve işlemlerde her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.*" Olur da bu kurumun kuruluşu ile ilgili bir kanun çıkarılırsa, TBMM bu maddeyi ve benzer maddeleri de değiştirmek durumunda

Belirli konuların kararname ile düzenleneceğini belirten kanun hükümlerinden bazıları, bu konuların kararname dışında başka bir işlemle düzenlenmesinin mümkün olmadığı yolunda -yanlış bir- izlenim de uyandırmaktadır. Örneğin 703 sayılı KHK'nın 231. maddesinde, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun'un yürürlükten kaldırıldığı belirtilirken, aynı KHK'da yer alan geçici madde 15'te kararname ile yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar 1322 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiştir. Resmi Gazeteye ilişkin kurallar yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisi altında kalmadığına göre bu konuya ilişkin kararname çıkarılıncaya kadar kanunun uygulanacağının uyum KHK'sında öngörülmesi yerinde değildir. Zira yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisi alanında kalmadığından, ilgili konunun parlamento tarafından çıkarılacak bir kanunla düzenlenmesi de mümkündür. Ancak 703 sayılı KHK sanki bu konuda yalnızca kararname çıkarılabilecekmiş gibi bir izlenim yaratmaktadır. Üstelik yukarıda belirtildiği üzere, bu tarz hükümler AY, m. 104/17'nin kararname çıkarabilmeye ilişkin olarak Cumhurbaşkanına tanıdığı takdir yetkisini de ortadan kaldırmaktadır.

V. SONUÇ

Çalışma kapsamında ulaşılan ilk sonuç, 1982 Anayasası'nda düzenlenen olağan kararnamelere ilişkin hükümlerin karşılaştırmalı anayasa hukuku bakımından genellikle tercih edilen modele uymadığıdır. 119. maddedeki olağanüstü hal kararnamelerine ilişkin hükme benzer düzenlemelere diğer devletlerin anayasalarında çok daha fazla rastlanıldığı belirtilebilir. İkinci olarak söylenmesi gereken, olağan kararnamelerin kanunlarla ilişkisinin normlar hiyerarşisine dair klasikleşmiş kurallar ile değerlendirilmesinin pek de mümkün olmadığıdır. Michel Troper'in de belirttiği üzere, "*Bir normun yüksekliği -yani hiyerarşide işgal ettiği mertebe- en azından iki biçimde düşünülebilir. Kelsen gibi, bu mertebenin normun bir niteliği olduğu, bunun da üst mertebe tarafından belirlendiği kabul edilebilir. (…) Ama aynı zamanda, gerçekçi bir bakış açısından, bir normun bir başkası üzerindeki üstünlüğünün, çelişki durumunda, ikincisinin bir mahkeme tarafından geçerlilikten yoksun bırakılabileceği anlamına gelmesidir*[62]." Kanun ve kararname arasındaki ilişki, burada belirtilen iki hususa da yabancı olduğundan, çalışmada

kalacaktır. Oysa maddede kararname yerine "kuruluşa ilişkin mevzuat" denilse düzenlemeden öngörülen aynı sonuç yine alınacak; üstelik ileride kuruluşa ilişkin kanun çıkarılması durumunda bu kanun hükmünde değişiklik yapılması da gerekmeyecektir.

62 Troper, M. (2003). s. 80-81.

kanun ve kararname arasında klasik anlamda bir hiyerarşi ilişkisi olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Buradan yola çıkılarak birbiriyle bağlantılı iki sonuca daha ulaşılmaktadır:

İlk olarak söylenmesi gereken, kararnamelerin kanunlara uygunluğunun denetlenemeyeceğidir. Bu çerçevede kararnamelerin yalnızca anayasaya uygunluğu denetlenebilir. Olur da kanun-kararname çatışması AY, m. 104. hükümleri sebebiyle aynı zamanda anayasaya aykırılık anlamına gelirse, iptal gerekçesi kararnamenin kanuna değil, anayasaya aykırı olması olacaktır. İkinci olarak, TBMM yapacağı kanunlarda belirli hususların kararname ile düzenleneceğine dair hükümlere yer vermekten kaçınmalıdır. Aksi yönde bir hareket tarzı, 1982 Anayasası'nın olağan kararnamelerle ilgili öngördüğü sistemin özüne aykırı olacak, kararname çıkarmak bakımından Cumhurbaşkanına tanınmış olan takdir yetkisini ortadan kaldıracaktır. Kanunlarda belli hususlarda yürütmeye düzenleme yetkisi tanınacaksa da bu yetki çerçevesinde çıkarılacak düzenlemelerin yönetmelik veya diğer düzenleyici idari işlemler olacağı belirtilmelidir. Aksi tutum kanunların uygulanmasına yönelik çıkarılacak düzenleyici işlemlerin, anayasanın asli olarak tanıdığı yetkiye dayanılarak çıkarılacak işlemlerle aynı niteliğe sahip olması sonucunu doğuracak ve normalde düzenleyici idari işlemle yapılması gereken düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gibi anormal bir sonuç doğuracaktır.

VI. KAYNAKÇA

ALKAN Haluk (2018). *Kurumsalcı Yaklaşım Işığında Yeni Siyasetin Analizi: Cumhurbaşkanlığı Sistemi*, Ankara: Liberte Yayınları.

ARDIÇOĞLU, Mehmet Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 19-51.

ARIKAN, Cengiz (2011). *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ATAR, Yavuz (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.

BOZTEPE, Mehmet (2018). "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5., S. 1., ss. 5-30.

CAREY, John Michael, SHUGART, Matthew Soberg (1998). "Calling Out the Tanks or Filling Out the Forms", *Executive Decree Aurhority*, New York: Cambridge University Press, ss. 1-29.

ÇEVRİMİÇİ, https://www.constituteproject.org/, son erişim tarihi: 18 Mayıs 2019.

EREN, Abdurrahman (2018). *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

ERGÜL, Ozan (2018). "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, ss. 30-32.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2018). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2017). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2000). *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.

GÖZTEPE, Ece (2017). "Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", *Güncel Hukuk*, Mart 2017, ss. 46-51.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol (2018). *Normlar Hiyerarşisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

GÜNDAY, Metin (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Kitabevi.

İBA, Şeref (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

KANADOĞLU, K. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., ss. 637-650.

KANADOĞLU, Korkut, DUYGUN, Ahmet Mert, BİLGEHAN, Deniz (2018). "Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, ss. 24-29.

KARATEPE, Şükrü (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.

KELSEN, Hans (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çeviri: Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap.

ÖZBUDUN, Ergun (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

REMINGTON, Thomas Frederick (2014). *Presidential Decrees in Russia: A Comparative Perspective*, New York: Cambridge University Press.

SHUGART, Matthew Soberg, CAREY, John Michael (1992). *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge: Cambridge University Press.

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

ŞİRİN, Tolga (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan (2017). "Anayasa Değişikliğinde Cumhurbaşkanı", *Güncel Hukuk*, Şubat 2017, ss. 12-14.

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

TEZİÇ, Erdoğan (1972). "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 5., S. 1., ss. 3-14.

TROPER, Michel (2003). *Hukuk Felsefesi*, Çeviri: Işık Ergüden, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.

TUNÇ, Hasan (2018). *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara: Gazi Kitabevi.

UYGUN, Oktay (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

ÜLGEN, Özen (2018A). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1., ss. 3-39.

ÜLGEN, Özen (2018B). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., ss. 619-636.

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

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

Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), 163–193.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE İDARİ VESAYET YETKİSİ DÜZENLENMESİNİN BİR ÖRNEĞİ OLARAK CUMHURBAŞKANLIĞI OFİSLERİ*

Kasım OCAK**

ÖZET

6771 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda esaslı değişiklikler yapılmıştır. 24 Haziran 2018 tarihinde birlikte yapılan TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçiminin ardından Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla bu değişikliklerin tamamı yürürlüğe girmiştir. Yeni bir hükümet sistemine geçişi de sağlayan Anayasa değişikliğinin getirdiği en önemli yeniliklerden biri Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. Anayasa'nın 123. maddesinde yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kamu tüzel kişiliği kurulması mümkün hale gelmiştir. Ancak Anayasa'nın idari vesayetin kanunla düzenlenmesi gerektiğini öngören 127. maddesinde bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kurulan kamu tüzel kişilerinin merkezi idare ile arasındaki idari vesayet ilişkisinin nasıl düzenleneceği cevaplanması gereken bir soru olmaktadır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan Cumhurbaşkanlığı Ofisleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu için Anayasa değişikliği sonrası ortaya çıkan durumun ele alınması açısından örnek teşkil etmektedir. Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı içinde yer alması, Ofisler hakkında Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin idari vesayet kapsamında olup olmadığı ve son olarak bu yetkilerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesinin Anayasa'ya uygunluğu önemli tartışma konularıdır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı Ofisleri, idari vesayet, hiyerarşi, kamu tüzel kişiliği.

---

* Bu makale, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında Doç. Dr. Çağla Tansuğ tarafından yürütülen "Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatında Değişim" dersinde hazırlanan çalışmanın geliştirilmesiyle hazırlanmıştır. Sayın Çağla Tansuğ'a katkılarından dolayı teşekkür ederim.

** Arş. Gör., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

PRESIDENTIAL OFFICES AS AN EXAMPLE OF REGULATION OF ADMINISTRATIVE TRUSTEESHIP POWER BY PRESIDENTIAL DECREES

ABSTRACT

Significant changes in the Constitution of the Republic of Turkey was made by Law No. 6771.Following the election of the Turkish Grand National Assembly and the Presidency on 24 June 2018, all of these amendments came into force upon the inauguration of the President. One of the most important innovations brought by the Constitutional amendment, which also allows the transition to a new government system, is the Presidential Decree. With the amendment made in the article 123 of the Constitution, it was possible to establish a public legal entity with the Presidential Decree. However, no amendment has been made to the Article 127 of the Constitution, which stipulates that administrative tutelage should be regulated by law. In this case, how to regulate the administrative tutelage relationship between the central administration and the public legal entities established by the Presidential Decree is a question to be answered. The Presidency Offices, established under the Presidential Decree No. 1, serve as a model for addressing the situation that emerged after the constitutional amendment as it has a public legal entity. In the Presidential Decree No. 1, inclusion of Presidential Offices in the Presidency Organization, whether the powers conferred on the President of the Republic are within the scope of administrative tutelage and finally, the compliance of these powers with the Presidential Decree are important topics of discussion.

Keywords: Presidential Decrees, Presidential Offices, administrative trusteeship, hierarchy, public entity.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda 6771 sayılı Kanun[1] ile yapılan esaslı değişiklikler 24 Haziran 2018 tarihinde birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) ve Cumhurbaşkanlığı seçimi[2] sonrasında Cumhurbaşkanı'nın göreve başlamasıyla tüm hükümleri ile yürürlüğe girmiştir. [3]

6771 sayılı Kanun 18 maddeden oluşmakla birlikte Anayasa'nın yetmişe yakın maddesinde değişiklik yapmış ve Türkiye'nin hükümet sistemini esaslı şekilde yeniden yapılandırmıştır.[4] Bu değişiklik ile parlamenter sistem terk edilmiş ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak adlandırılan yeni hükümet sistemine geçilmiştir. Yeni hükümet sistemi bu şekilde adlandırılmakla birlikte anayasa literatüründe böyle bir sistem olmadığı[5] ve bu sistemin parlamento ile başkan arasındaki dengenin başkan lehine bozulduğu bir başkanlık sistemi olduğu doktrinde ifade edilmiştir.[6]

Yürürlüğe giren sistem ile önceki sistem arasındaki en temel fark, meclisten çıkan ve meclise karşı sorumlu olan Bakanlar Kurulu'nun kaldırılması ve yürütme erkinin doğrudan Cumhurbaşkanında

---

1 6771 sayılı Kanun, R.G. T. 11/02/2017, S. 29976.

2 24 Haziran 2018 tarihli Cumhurbaşkanı seçim sonuçlarına dair 04/07/2018 tarih ve 952 sayılı Yüksek Seçim Kurulu kararı için bkz. R.G. T. 04/07/2018, S. 30468.

3 6771 sayılı Kanunun 18. maddesine göre bu kanun ile Anayasa'da yapılan değişikliklerin bazıları kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, bazıları bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte yürürlüğe girmişken, kalan hükümlerin yürürlüğe giriş tarihi ise birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin sonuçlarına göre seçilen Cumhurbaşkanı'nın göreve başlama tarihi olarak belirlenmiştir.

4 Ardıçoğlu, M. A. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 23.

5 Abdurrahman Eren'e göre getirilen sistem "Türk Tipi" başkanlık sistemidir. Bkz. Eren, A. (2017). "Başkanlık Sistemi-1: Genel Değerlendirme", http://www.kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/37-baskanlik-sistemi-1-genel-degerlendirme, E.T. 06/01/2019; Kemal Gözler de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi şeklinde adlandırılan bir sistem olamayacağını, hükümet sisteminin belirlenmesinde esas olanının yürütmenin başının monist ya da düalist yapıda olması olduğunu, bu bakımdan getirilen sisteme 'X sistemi' demek ile 'Cumhurbaşkanlığı Sistemi' demek arasında bir fark bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. Gözler, K. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi,Yoksa Neverland Sistemi mi?", http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm, E. T. 06/01/2019.

6 Aksoylu, Ö. (2018) "Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk Hukukundaki Yeri", *4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu*, Alanya, s. 137.

toplanmasıdır.[7] Gerçekten de eski sistemde hükümetin ve tarafsız devlet başkanı olarak Cumhurbaşkanının sahip olduğu tüm yetkiler yeni sistemde Cumhurbaşkanına verilmiştir.[8] Bu değişiklikten hareketle yeni sistemde Cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkilerin genişliği, Cumhurbaşkanını TBMM ve yargı karşısında ölçüsüz şekilde güçlendirmesi sebebiyle eleştirilmiştir.[9]

6771 sayılı Kanun ile Anayasada yapılan değişiklik, hükümet sistemi ve TBMM ile yürütme arasındaki denge açısından ele alındığı gibi yürütmenin düzenleyici işlemleri konusunda meydana getirdiği değişiklikler açısından da tartışmalara neden olmuştur.[10] Anayasanın önceki halinde de yer alan ancak 6771 sayılı Kanun sonrası farklı bir niteliğe kavuşan "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" şeklinde isimlendirilen işlem türü bu tartışmaların merkezinde yer almıştır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin niteliği[11], kararname çıkarma

---

7 Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 24; Çolak Ç. D. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, S. 3, Özel Sayı, s. 55; Boztepe, M. (2018). "2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 5 (1), s. 27. Anayasa'nın 8. maddesi şu şekildedir: "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*"

8 Kaboğlu, İ. (2016). "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2016/4, s. 42.

9 Esen, S. (2016). "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2016/4, s. 71.

10 Aksoylu, Ö. (2018).; Ardıçoğlu, M. A. (2017).; Ülgen, Ö. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2018/1; Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2; Çolak, Ç. D. (2017).; Söyler, Y (2018). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi; Eren, A. (2017). "Başkanlık Sistemi-4: Yürütme Alanında Yapılan Değişiklikler", http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/40-baskanlik-sistemi-4-yurutme-alaninda-yapilan-degisiklikler, E.T. 06/01/2019; Tamer, G. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu", http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf, E.T. 06/01/2019; Boztepe, M. (2018).; Ulusoy, A. D. (2017). "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf, E.T. 06/01/2019; Can, O. (2017). "Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme", https://www.sosyalbilimler.org/osman-can-kaleme-aldi-anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme/, E.T. 06/01/2019; Kahraman, M./Balkan, A. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi", *International Journal of Academic Value Studies*, C. 4, S. 19.

11 Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanun gücünde olmadığı kabul edilmekle birlikte Ülgen'e göre "*Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun hükmünde olmamakla birlikte, asli yetki kullanımı olmaları açısından kanuna eşdeğer işlem niteliğinde kabul edilebilir*." bkz. Ülgen, Ö. (2018). s. 7.

yetkisinin asli düzenleme yetkisi olup olmadığı[12], Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tesis edilecek işlemlerin konusu ve içeriği[13], bu kararnamelerin denetimi[14] ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasama organı karşısında konu bakımından mahfuz bir alana sahip olup olmadığı[15] gibi konular bu tartışmaların ana başlıklarını oluşturmuştur. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikler içinde Türk kamu hukuku açısından en önemli yenilik olarak görülmüştür.[16] Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine çok geniş bir alan bırakıldığı[17], kararnamelerin geçersiz kılınması ancak meclisin aynı konuda kanun çıkartmasıyla mümkün olduğu için Cumhurbaşkanı kendi partisi ve meclis çoğunluğunu kontrol ettiği sürece kararnamelerin düzenlediği alanlarda yasamanın kanun çıkarmayacağı ve yalnızca Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle ülkenin yönetilme riski bulunduğu yönünde eleştiriler dile getirilmiştir.[18]

6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler Türk idari teşkilatında

---

12 Doktrinde genel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin idareye asli düzenleme yetkisi tanıdığı yönündeyken Turan Yıldırım "*104. maddeden hareketle, yürütmeye yasal dayanak olmaksızın doğrudan, genel ve asli bir düzenleme yetkisi verildiği söyleneme[yeceğini]*" belirtmiştir. Bkz. Yıldırım, T. (2017). s. 25.

13 Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bireysel işlem tesis edilmesi durumunda hakkında bireysel işlem tesis edilenlerin adil yargılanma haklarının sürekli şekilde ihlal edilmiş olacağı ve Anayasa maddelerinin sistematik bir şekilde yorumlanabilmesi için Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bireysel işlem tesis edilememesinin zorunlu bir kabul olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Aksoylu, Ö. (2018). s. 142. Buna karşın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle bireysel idari işlem tesis edilebileceğini öne süren görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Kahraman, M./Balkan, A. (2018). s. 240.

14 Anayasa'nın 148. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına girmektedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bireysel işlem tesis edilmesi durumunda denetimi konusunda sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bkz. Kahraman, M./Balkan, A. (2018). s. 240. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bireysel işlem tesis edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'nin görev red kararı vermesi gerektiği ve davanın esasının idari yargıda görülmesi gerektiğine dair bkz. Aksoylu, Ö. (2018). s. 144.

15 Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri düzenleneceği öngörülen bazı konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin mahfuz alanını oluşturduğu iddia edilmiştir. Bkz. Aksoylu Ö. (2018). s. 144-151, Ülgen, Ö. (2018). s. 17; Gözler, K./Kaplan, G. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 392. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasama karşısında mahfuz bir alana sahip olmadığı hakkında bkz. Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 38.

16 Ulusoy, A. D. (2017). s. 6.

17 Esen, S. (2016). s. 56.

18 Can, O. (2017).

da esaslı değişimler meydana getirmiştir.[19] Gerçekten de Bakanlar Kurulu'nun kaldırılması ve yürütmenin Cumhurbaşkanında toplanmasının ardından 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı düzenlenmiştir.[20] Söz konusu kararname; Cumhurbaşkanlığı Makamı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Cumhurbaşkanına vekalet, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar, bakanlıklar ve Cumhurbaşkanlığı Ofisleri olmak üzere yedi kısımdan oluşmaktadır. Bu kararname ile bakanlıkların sayısı azaltılmış ve bakanlıkların adları ve teşkilatları yeniden belirlenmiştir. 4 sayılı CBK'da ise bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kurumlarının teşkilatları hakkında düzenlemeler yer almaktadır.[21] Bakanlıklarda yapılan bu değişikliklerin[22] yanı sıra 1 sayılı CBK'nın Türk idari teşkilatına getirdiği iki yeni kuruluş bulunmaktadır. Bunlar Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Cumhurbaşkanlığı Ofisleridir. "Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmek, geliştirilen politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak ve küresel rekabetin getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri geliştirmek" gibi görevleri bulunan Politika Kurulları, 1 sayılı CBK'da dokuz adet olmak üzere belirlenmiştir.[23] Bu kurulların önceki idari teşkilat yapısında bulunan Milli Eğitim Şurası, Sağlık Şurası, Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu ve Yüksek Planlama Kurulu gibi kurulların yerine kurulduğu, politika kurullarının birer yardımcı kuruluş veya danışma organı niteliğinde olduğu ve kararlarının istişari

---

19 Kartal, N./Demirhan, Y. (2017) , "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi ve Yeni Sistemin Kamu Yönetimine Yansımaları", *Uluslararası Ekonomi, Siyaset ve Yönetim Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Ed. Demirhan, Y./Aslan, S./Koçal, A. V., Ankara: Ekin Yayınevi, s. 578-581.

20 Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname No. 1, R.G. T. 10/07/2018, S. 30474. Gözler'e göre Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenecek konular arasına öncelikle Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kendisi eklenmeliydi. Bkz. Gözler, K./Kaplan, G. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, s. 392.

21 Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname No. 4, R.G. T. 15/07/2018, S. 30479.

22 1 ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bakanlıklarda meydana gelen değişiklikler hakkında detaylı bilgi için bkz. Turan, A. M. (2018). "Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", *Social Sciences Research Journal*, C. 7, S. 3, s. 65 vd.

23 Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, 1 sayılı CBK'nın 20-36. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

nitelikte olduğu ifade edilmiştir.[24] Cumhurbaşkanlığı Ofisleri ise kamu tüzel kişilikleri olması bakımından politika kurullarından ayrışmakta ve Türk idari teşkilatında özgün bir konum elde etmektedirler.[25] Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip olan Cumhurbaşkanlığı Ofisleri; Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi olmak üzere dört adet kurulmuştur. Kararnamede verilen görevler dikkate alındığında Ofislerin, Cumhurbaşkanına politika üretme ve idareyi denetleme görevlerinde yardımcı olacağı[26] ve bakanlıkların mutfağı gibi çalışarak bakanlık icraatlarının da takibini yapacağı ileri sürülmektedir.[27]

Yeni sistemde önemli görevler verilen ve kamu tüzel kişiliğinin olmasıyla da Cumhurbaşkanlığı teşkilatında ayrıksı bir konum elde eden Ofisler hakkında Cumhurbaşkanına bazı yetkiler verilmiştir. Ofislerin kamu tüzel kişiliği sahibi olması nedeniyle Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkilerin idari vesayet bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir (I). Bu değerlendirmenin yanı sıra 1 sayılı CBK'da öngörülen bu yetkilerin, diğer bir ifade ile Cumhurbaşkanına farklı bir kamu tüzel kişiliği üzerinde tanınan yetkilerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile verilmesinin hukuka uygun olup olmadığı da önemli bir tartışma konusudur (II).

I. CUMHURBAŞKANINA OFİSLER ÜZERİNDE TANINAN YETKİLERİN İDARİ VESAYET İLE İLİŞKİSİ

1 sayılı CBK'nın 527. maddesinde her bir Ofisin görevleri sayılmıştır. Bu görevler incelendiğinde Ofislere çeşitli konularda proje geliştirme, raporlama yapma, var olan projelerin takibini yapma ve bazı konularda öncülük edip girişimde bulunma ekseninde görevlerin verildiği görülmektedir. Ofislerin sorumluluk ve koordinasyonları, personel istihdamı, bütçe denetimi ve düzenleme yetkisi gibi konular da yine 1 sayılı CBK'da yer alan hükümler arasındadır.

Bu düzenlemeler arasında Ofislerin "*görev alanlarıyla ilgili araştırma ve inceleme ve diğer çalışmaları yapabilmek için gerekli olan bilgi ve belgeyi kamu kurum ve kuruluşlarından isteyebil[eceği]*" ve yurtdışı teşkilatı kurabileceğine dair yetkiler bulunması, yeni sistemde Ofislere önemli görevler verildiğini göstermektedir.

---

24 Gözler, K. (2018), *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 111.

25 Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, 1 sayılı CBK'nın 525-536. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

26 Yıldırım, T. Yasin, M. Kaman, N. Özdemir, H. E. Üstün, G. Tekinsoy, Ö. O. (2018). *İdare Hukuku*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, s. 55.

27 Atay, E. E. (2018). *İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 171.

Ayrıca 1 sayılı CBK'nın Ofisleri düzenleyen çeşitli maddelerinde Cumhurbaşkanına Ofislere görev vermek ve Ofislerin bütçe ve personeline ilişkin konularda yönetmelik çıkartmak gibi yetkiler verilmiştir. Bunun yanı sıra Ofis başkan ve yöneticilerinin Cumhurbaşkanına karşı sorumlulukları da belirlenmiştir. Ofislerin ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu 1 sayılı CBK'da açıkça hüküm altında alındığı için Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkilerin idari vesayet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir (A). Ofislerin 1 sayılı CBK'da düzenlenmesi ve Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde gösterilmesine rağmen Türk idari teşkilatında konumuna ilişkin farklı görüşler ve bu konumun Cumhurbaşkanına daha geniş bir idari vesayet yetkisi tanınmasına etkisi, Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin idari vesayet bağlamında incelenmesinin diğer boyutunu oluşturmaktadır (B).

A. CUMHURBAŞKANI'NA VERİLEN YETKİLERİN NİTELİĞİ

Anayasa'nın idarenin teşkilatlanmasına ilişkin temel kuralları olan 123., 126. ve 127. maddeleri, merkezi idare dışında hem yer hem de hizmet bakımından yerinden yönetim idarelerinin olmasına ve merkezi idare dışında kamu tüzel kişilerinin kurulmasına imkan tanımaktadır.[28] Bu kamu tüzel kişiliklerinin, idareye karşı belli ölçüde özerklik[29] ve bağımsızlık taşıdıkları kabul edilmektedir.[30] Merkezi idarenin dışında yer alan farklı kamu tüzel kişileri kamu hizmetinin uyumlu işlemesini engelleyebilir ya da devletin bütünlüğüne tehdit oluşturabilir.[31] Bu nedenle merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlüğü sağlamaya yönelik bir araç[32] olarak tanımlanan[33] idari vesayet ilkesi, yerinden yönetimin sakıncalarını giderme ve Anayasa'nın

---

28 Tansuğ, Ç. (2016). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında İdari Vesayet", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 159, s. 1218.

29 Osmanlı Devleti'nin muhtelif yerel idarelerin başındaki kişilere geniş yetkiler vererek tevsii mezuniyet tanıması "*derebeyliğe ve anarşiye kadar vararak ortaya fiili bir adem-i merkeziyet çık[artmıştır.]*" Bkz. Onar, S. S. (1944). *İdare Hukuku*, C. I, İstanbul: Arkadaş Matbaası, s. 657. Bu durum yerel yönetimlerinin özerkliğinin zaman zaman idarenin bütünlüğünü tehlikeye düşürebileceğine bir örnek oluşturmaktadır.

30 Günday, M. (2015). *İdare Hukuku,* Ankara: İmaj Yayınevi, s. 73.

31 a.g.e. s. 76.

32 İdarenin bütünlüğünün sağlanmasında en önemli araçlar hiyerarşi ve vesayet olarak kabul edilirken Anayasa Mahkemesi'ne göre bu bütünlüğün sağlanmasında üçüncü araç ise yetki genişliği ilkesidir. Bkz. AYM, E. 2005/32, K. 2007/3, T. 18/01/2007, R.G. T. 29/12/2007, S. 26741.

33 Günday, M. (2015). s. 84.

123. maddesinde belirtilen idarenin bütünlüğünü sağlama amacı taşımaktadır.[34] Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de idarenin bütünlüğü ilkesiyle "*idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür.*"[35]

İdari vesayet ilkesi hukuki dayanağını Anayasa'nın 127. maddesinde bulmaktadır. Bu maddeye göre "*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.*" Söz konusu hükümde merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmekle birlikte hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları hakkında bir belirleme yer almamaktadır.[36] Ancak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına göre daha özerk olan mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisi tanınması, Anayasa'da açıkça yer verilmemiş olsa da merkezi idarenin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olduğunun kabulünü gerektirmektedir.[37] Merkezi idarenin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisine sahip olduğuna bir başka dayanak ise Anayasa'nın idarenin bütünlüğünü düzenleyen 123. maddesi olabilir.[38] Nitekim Anayasa Mahkemesi de benzer gerekçelerle merkezi idarenin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir.[39] Buna karşın her

---

34 Sancakdar, O. Us, E. Kasapoğlu Turhan, M. Önüt, L. B. Seyhan, S. (2018). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 105; Okay Tekinsoy, Ö. (2011). "Yerel Yönetimlerin Kararları Üzerindeki İdari Vesayet Denetiminin Kapsamına İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", *Zabunoğlu Armağanı*, C. I, s. 517.

35 AYM, E. 2008/87, K. 2011/95, T. 09/06/2011, R.G. T. 28.12.2011, S. 28156; AYM, E. 2011/126, K. 2012/110, T. 18/07/2012, R.G. T. 25.05.2013, S. 28657; AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, T. 22/11/2012, R.G. T. 04.12.2013, S. 28841; AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, T. 29/11/2012, R.G. T. 22.02.2013, S. 28567.

36 Gözler, K. (2018). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, s. 74

37 Günday, M. (2015). s. 85. İdarenin dayanağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacağı ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği gerekçesiyle merkezi idarenin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olmadığına ilişkin görüş için bkz. Bayındır, M. S. (2008). *İdari Denetim Olarak İdari Vesayet*, Ankara: Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 49.

38 a.g.e.

39 AYM, E. 2011/142, K. 2013/52, T. 03/04/2013, R.G. T. 29/05/2014, S. 29014.

ne kadar doktrinde farklı görüşler bulunsa[40] da Anayasa Mahkemesi'ne göre merkezi idare dışındaki iki kamu tüzel kişisi arasında kurulan ilişki idari vesayet olarak adlandırılamaz.[41] Söz konusu ilişki için doktrinde "dış idari denetim" ve "iç idari vesayet" ve "yerel idari vesayet" gibi adlandırmalar öne sürülmüştür.[42]

Doktrinde idari vesayetin uygulanma biçimlerine yönelik yapılan ayrım çeşitlilik arz etmektedir. Bazı yazarlar yerinden yönetim kuruluşlarının organları ve işlemleri üzerinde olmak üzere ikili bir ayrıma giderken[43] bazıları ise kişiler üzerinde de vesayet yetkisi kullanılabildiğini belirterek bu ayrımı üçlü şekilde yapmıştır.[44] İstisnaen dörtlü bir ayrıma giden yazarlar da olmuştur.[45]

İdari vesayetin kullanılma biçimlerine yönelik bazı ayrımlar yapılsa da idari vesayet yetkisi bağlamında kullanılabilecek yetkilerin kesin bir biçimde sayılması mümkün değildir. Zira üzerinde vesayet kullanılan idarenin özerklik derecesine göre kanunla şu ana kadar kullanılan yetkilerden farklı bir yetki de öngörülebilecektir.[46] Ancak kanunlarda ve uygulamada sık karşılaşılan vesayet yetkilerine şu örnekler verilebilir: Vesayete tabi makamın kararını kaldırma yetkisi, onama yetkisi, kararı

---

40 Tansuğ, Ç. (2016). s. 1226.

41 AYM, E. 2004/79, K. 2007/6, T. 25.01.2007, R.G. T. 17/01/2008, S. 26759.

42 Alıcı, O. V. (2012). "Büyükşehir Belediyesinin İlçe Belediyeleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kavramsal Açıdan Değerlendirilmesi", *Yerel Politikalar*, S. Mayıs-Ağustos, s. 45 vd.

43 Günday, M. (2015). s. 87; Tan, T. (2016). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 100; Sancakdar, O./Us, E./Kasapoğlu Turhan, M./Önüt, L. B./Seyhan, S. (2018). s. 105.

44 Çağlayan, R. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 126; Akyılmaz, B./Sezginer, M./Kaya, C. (2018). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 174. Anayasa Mahkemesi de "*kanun koyucu tarafından, idari vesayet kapsamında merkezî idareye, kanunla açık bir şekilde düzenlenmiş olması koşuluyla, vesayet denetimine tabi kurumların karar organlarını oluşturan kişileri göreve getirme ve görevden alma konusunda ilgili kurumun özerklik derecesine bağlı olmak üzere yetki verilebil[diğini]*" belirtmiştir. Bkz. AYM, E. 2011/63, K. 2013/28, T. 14/02/2013, R.G. T. 31/12/2013, S. 28868.

45 Koç, F. (2015). Türkiye'de Yerel Yönetimlerde Yerel Özerklik ve İdari Vesayet, Malatya: Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 163. Yazara göre idari vesayet; işlemler, eylemler, organlar ve personel üzerinde olmak üzere dört biçimde uygulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında benzer bir ayrıma gitmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre "idari vesayet makamlarının yerinden yönetim idareleri üzerindeki denetimi bu teşkilat birimlerinin eylem ve işlemleri yanında yerine göre organ ve ajanları hakkında da yürütülebilir." Bkz. AYM, E. 1984/12, K. 1985/6, T. 01/03/1985, R.G. T. 17/05/1985, S. 18757.

46 Gözler, K./Kaplan, G. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, s. 123.

iade yetkisi, vesayete tabi makamın kararına karşı dava açma yetkisi, vesayete tabi makamın bazı hallerde işlemden önce vesayet makamından izin alması, mahalli idari organlarının ve meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının geçici olarak görevden uzaklaştırılma yetkisi.[47]

1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına Ofisler üzerinde tanınan yetkiler de Ofislerin ayrı kamu tüzel kişilikleri bulunduğu için idari vesayet ilkesi çerçevesinde değerlendirilmek durumundadır. Bu bağlamda Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin idari vesayet niteliğinde olup olmadığı; Ofislere görev verebilmesi, Ofis başkanı ve yöneticilerine emir ve talimat verebilmesi (1) ile Ofisin personel ve bütçesine ilişkin düzenleyici işlemler yapma yetkisi (2) yönünden ayrı ayrı ele alınmalıdır.

1. Emir, Talimat ve Görev Vermek

Vesayet yetkisinin kullanımı farklı kamu tüzel kişileri arasında gerçekleştiği için bu yetkinin kapsamında aynı tüzel kişilik içinde kullanılan hiyerarşi yetkisinde olduğu gibi bir işlemin nasıl yapılacağı konusunda emir ve talimat verme yetkisi bulunmamaktadır.[48] Gerçekten de vesayet yetkisinin, vesayet makamının emir ve talimat vermesi şeklinde uygulanamayacağı ve bu bağlamda yerinden yönetim kuruluşlarının özerkliğini ortadan kaldıran düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olacağı vurgulanmıştır.[49] Gerek yer yönünden gerek hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri merkezi idare dışında ayrı tüzelkişilikler olarak teşkilatlandırılarak, idari özerkliğe sahip kılınmışlardır. Bu bakımdan idari vesayet ile özerklik arasında bir zıtlık ilişkisi olduğu için birinin artırılması diğerinin aleyhine dengeyi bozmuş olacaktır.[50]

İdari vesayet ile hiyerarşi arasındaki en önemli farklardan birisi, idari vesayet farklı kamu tüzel kişilikleri arasında uygulanırken hiyerarşi yetkisi için tek bir kamu tüzel kişinin bulunmasının gerekmesidir.[51] Devlet dışında kamu tüzel kişilikleri kurulmasının anlamı, bu tüzel kişilerin de kendi başlarına karar alabilmeleri, hukuki işlemler yapabilmeleri, hak ve borç altına girebilmeleri, mal varlığına sahip olabilmeleri ve personel çalıştırabilmeleridir.[52] Nitekim Danıştay da devlet tüzel kişiliği dışında

---

47 a.g.e.; Çağlayan, R. (2018). s. 126,127.

48 Tan, T. (2016). s. 101.

49 Atay, E. E. (2018). s. 114.

50 Gündüz, E. (2015). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20,

51 Sancakdar, O./Us, E./Kasapoğlu Turhan, M./Önüt, L. B./Seyhan, S. (2018). s. 105.

52 Gözler, K. (2003). *İdare Hukuku*, C. I, Bursa: Ekin Kitabevi, s. 137.

kamu tüzel kişileri kurulmasında kanun koyucunun hareket saikini bu şekilde yorumlamış ve kamu tüzel kişiliğini hak süjesi olmak ve ehliyetle ilişkilendirmiştir.[53] Danıştay'a göre "*kamu tüzel kişisi, idari vesayet ilişkisi dışında, genel idareden bağımsızdır.*" Görülmektedir ki kamu tüzel kişiliği kurmanın amacı, tüzel kişilik sahibi olan idareye yasayla belirlemiş çerçevede hareket serbesti sağlamaktır.[54]

Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin düzenlendiği 1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına Ofislere görev verebilme yetkisi tanınmıştır.[55] Bunun yanı sıra aynı CBK'da Ofis başkanlarının Ofisin yönetim ve temsilinden Cumhurbaşkanına karşı sorumlu oldukları ve Ofisleri Cumhurbaşkanının belirlediği amaç, politika ve stratejilere uygun olarak yönetecekleri de düzenlenmiştir.[56] Ayrıca 1 sayılı CBK'nın 'yöneticilerin sorumlulukları' başlıklı 533. maddesine göre "*Ofiste görev yapan her kademedeki yöneticiler yapmakla yükümlü bulundukları hizmet veya görevleri, Cumhurbaşkanı tarafından verilecek emir ve direktifler ile sıralı yöneticiler tarafından verilecek emir ve talimatları yönünde mevzuata uygun olarak düzenlemek ve yürütmekten bir üst kademeye karşı sorumludur.*"

Söz konusu hükümler bir arada değerlendirildiğinde Cumhurbaşkanına gerek Ofislere CBK'da yazılı olanlar dışında görev verebilmek, gerek Ofis başkanı ve yöneticilerine emir ve talimat verebilmek gibi hiyerarşi yetkisi kapsamında değerlendirilen yetkiler verildiği görülmektedir. Ayrıca Ofis başkanının Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olacağına ilişkin düzenleme de yine aynı kamu tüzel kişiliği veya idari birim içinde uygulanan hiyerarşi ilişkisine işaret etmektedir.

1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkilerin benzerleri 3046 sayılı Kanunun mülga 34. maddesinde[57] de yer almaktaydı.[58]

---

53 Danıştay Onuncu Dairesinin 29.01.2008 tarih ve E. 2007/2534 sayılı yürütmeyi durdurma kararı. Bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

54 İsbir, K. B. (2017). *Kamu Tüzel Kişiliği*, Ankara: Doktora Tezi, s. 234.

55 1 sayılı CBK, m. 527/5.

56 1 sayılı CBK, m. 528/1 ve m. 528/2.

57 Söz konusu kanunun 34. maddesi 09.07.2018 tarih ve 30473 sayılı (3. Mükerrer) Resmi Gazete'de yayınlanan 02/07/2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nın 41. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

58 Mülga 34. maddenin karşılığı 4 sayılı CBK'nın 793. maddesinde yer almıştır. İlgili madde şu şekildedir: "*Bağlı, ilgili, ilişkili ve diğer kurum ve kuruluşların her kademedeki yöneticileri, görevlerini mevzuata, stratejik plan ve programlara, performans ölçütlerine ve hizmet kalite standartlarına uygun olarak yürütmekten üst kademelere karşı sorumludur.*" CBK'da yer alan düzenlemede 3046 sayılı Kanunun mülga 34. maddesinde yer alan "bakanlık emir ve direktifleri" ibaresi yer almamıştır.

İlgili düzenlemeye göre bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının her kademedeki yöneticileri *"yapmakla yükümlü bulundukları hizmet veya görevleri, bakanlık emir ve direktifleri yönünde (…) düzenlemek ve yürütmekten bir üst kademeye karşı sorumlu"* kılınmışlardı. Bu hükümde yer alan bakanlığın emir ve direktif verebileceğine ilişkin ibare ile bağlı ve ilgili kuruluş statüsünde olan hizmet yerinden yönetim idareleri üzerinde hiyerarşi ilişkisinde bulunan emir ve direktif denetimi kurulmuştur.[59] Bu denli geniş ve sınırları belirlenmemiş bir yetkinin yerinden yönetim ilkesi ve Anayasa Mahkemesi'nin idari vesayete ilişkin kararlarıyla bağdaşmasının hukuken mümkün olmadığı belirtilmiştir. [60]

1 sayılı CBK'nın 533. maddesi ile Cumhurbaşkanına tanınan Ofis başkan ve yöneticilerine emir ve direktif verme yetkisi de açık bir hiyerarşi yetkisi olup doktrinde eleştirilmiştir. Zira emir ve direktif vermek, hiyerarşinin en önemli özelliklerinden biri olmakla birlikte Cumhurbaşkanının ayrı bir kamu tüzel kişiliği olan Ofisler üzerinde böyle bir yetki kullanması mümkün değildir.[61] Hiyerarşi yetkisi ile ayrı kamu tüzel kişiliği bir arada bulunamayacağı için; Ofislerin kamu tüzel kişiliği korunarak hiyerarşi yetkilerinin kaldırılması ya da hiyerarşi yetkileri korunarak Ofislerinin kamu tüzel kişiliğine son verilmesi ihtimallerinden biri seçilmelidir.[62]

1 sayılı CBK'nın 527. maddesinin 5. fıkrasında Ofislerin Cumhurbaşkanı tarafından verilen *diğer görevleri* de yapacağı düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanına verilen bu yetkinin de idari vesayeti aştığı görülmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre idari vesayet yetkisi sınırsız ve takdire bağlı bir yetki değildir.[63] Ayrıca Yüksek Mahkeme, idari vesayetin en belirgin özelliklerini istisnailik ve kanunilik olarak belirlemiş ve bu yetkinin kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içinde kullanılması gereken bir yetki olduğunu da vurgulamıştır.[64] Mahkeme bu kararlarıyla tutarlı şekilde 3360 sayılı kanunda yer alan "İl Özel idarelerinin görevli olduğu mahallî ve müşterek ihtiyaçların kapsamı ve sınırı Bakanlar Kurulunca tespit olunur" şeklindeki hükmü Anayasa'ya

59 Yıldırım, T. Yasin, M. Kaman, N. Özdemir, H. E. Üstün, G. Tekinsoy, Ö. O. (2018). s. 36.

60 a.g.e. s. 37.

61 Gözler, K. (2018). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, s. 112.

62 a.g.e.

63 AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22/06/1988, R.G. T. 26/11/1988, S. 20001.

64 AYM, E. 2011/11, K. 2011/151, T. 03/11/2011, R.G. T. 07/02/2012, S. 28197; AYM, E. 2011/141, K. 2013/10, T. 28/12/2013, R.G. T. 28/12/2013, S. 28865; AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12/09/2013, RG. T. 18/9/2014, S. 29123

aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre bu maddeyle "*Bakanlar Kuruluna, genel, sınırsız, takdire bağlı, zaman içinde sık sık değişebilen, hiyerarşi benzeri, ölçütleri belirsiz bir yetki tanımakta*", bu nedenle "*idarî vesayet yetkisini de aşan bu hüküm Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasına aykırı[dır.]*"[65] Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihatları dikkate alındığında Ofislerin Cumhurbaşkanı tarafından verilen diğer görevleri yapmakla yükümlü tutulması; idari vesayetin istisnai bir yetki olması, sınırlarının ve ölçütlerinin belirli olmasının gerekmesi, vesayet makamına takdire bağlı hiyerarşi benzeri bir yetki tanımaması gibi özelliklerine aykırı olduğu ortadadır.[66]

Yapılan değerlendirmeler ışığında 1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına tanınan Ofislere görev vermek ile Ofis başkan ve yöneticilerine emir ve direktif vermek yetkilerinin açık birer hiyerarşi yetkileri olduğu ve idari vesayet kapsamında değerlendirmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Şu halde bahsi geçen yetkiler, Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin kamu tüzel kişiliğini haiz olmaları nedeniyle hukuka aykırı kabul edilmelidir.

Cumhurbaşkanına Ofisler üzerinde tanınan bu yetkilerin dışında bütçe ve personele ilişkin konularda düzenleyici işlem yapma yetkisi de verilmiştir.

2. Personel ve Bütçeye İlişkin Düzenleme Yapmak

1 sayılı CBK'nın 529. maddesinde Ofis personelinin istihdamı, çalıştırılması ve görevlendirilmesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Ofislerde "*ilgisine göre 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde*

---

65 AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22/06/1988, R.G. 26/11/1988, S. 20001.

66 1 sayılı CBK ile Ofislerin Cumhurbaşkanı tarafından verilen diğer görevleri yapmakla yükümlü kılınmasına benzer şekilde 10 sayılı CBK'nın (R.G. T. 15/07/2018, S. 30479) 6. maddesinde yer alan düzenleme de idari vesayet yetkisinin kapsamının belirsiz olması bakımından eleştirilmiştir. Söz konusu maddeye göre "*Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlere ilişkin taslaklar Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluğu yönünden incelenir. Üniversiteler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemler ise Anayasa ve diğer mevzuata uygunluğu yönünden incelenir.*" Bu maddede Bakanlıkların düzenleyici işlemleri üzerinde öngörülen denetim yetkisi hiyerarşi ilişkisi açısından hukuka uygun görülebilir. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarının düzenleyici işlemleri üzerinde öngörülen yetki vesayet yetkisi olarak değerlendirilmekle birlikte tüm kamu kurumlarının bütün düzenleyici işlemleri üzerinde tanınan yetkinin vesayet yetkisinin genel değil istisnai bir yetki olmasıyla ve Anayasa'nın 124. maddesiyle çeliştiğine dair görüş için bkz. Gözler, K./Kaplan, G. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, s. 129.

Kararnamenin ek 25 inci ve ek 26 ncı maddesine göre geçici veya sözleşmeli olarak personel istihdam edilebilir." Bu şekilde çalıştırılan personelin "*sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemeleri Cumhurbaşkanınca tespit edilir.*" Cumhurbaşkanına Ofisler hakkında verilen bir diğer düzenleme yapma yetkisi de 1 sayılı CBK'nın 530. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. İlgili maddeye göre "*Ofislerin bütçelerinin gelir, gider ve muhasebesine ve denetimine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*"

Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanına farklı bir kamu tüzel kişiliği olan Ofislerin bütçelerinin gelir, gider, muhasebe ve denetimine ilişkin usul ve esaslar ile geçici ve sözleşmeli olarak istihdam edilen personelin sözleşme usul ve esasları hakkında düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Bu yetkilerin idari vesayet bakımında değerlendirilebilmesi için merkezi idarenin farklı bir kamu tüzel kişiliği üzerinde düzenleyici işlemle vesayet yetkisi kullanmasının mümkün olup olmadığı ve mümkünse bunun sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Doktrinde gerek yerel yönetimlerin[67] gerek kamu kurumlarının[68] mali özerkliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Ancak elbette bu özerklik sınırsız değildir. Kamu kurumlarının vesayet bağı ile bağlı oldukları merkezi idareden ayrı bir bütçeleri olsa da bu bütçe üzerinde tasarrufları sınırlıdır.[69]Gerçekten de kamu kurumlarının kendi başlarına gelir elde edip harcama yapabildikleri ancak genellikle mali konularda özellikle de bütçe konusunda vesayet makamları ile daha sıkı bir vesayet ilişkisi içinde oldukları ifade edilmektedir.[70] Kamu hukuku tüzel kişilerinin harcamalarını belirleyen bütçeleri 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Kanunu[71] veya başka bir kanuna göre hazırlamaları ve mali yönden iç ve dış denetime tabi tutulmaları bu tüzel kişilerin kamusal özellikler taşıdığının bir göstergesi kabul edilmiştir.[72] Bazı hallerde kamu tüzel kişiliğinin bütçesinin bakanlık tarafından onaylanacağı öngörülebilirken bu yetkinin idari vesayet kapsamında olup olmadığına yönelik farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş bu yetkiyi idari

---

67 Koç, F (2015). s. 137.

68 Günday, M. (2015). s. 534.

69 a.g.e.

70 Laubadere, A./Venezia J. C./Gaudemet Y. (1997). *Traite de droit administratif*, C. I, Paris: L.G.D.J, s. 321,322'den aktaran Gözler, K./Kaplan, G. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, s. 226.

71 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Kanunu, R.G. T. 24/12/2003, S. 25326.

72 İsbir, B. K. (2017). s. 382.

vesayet kapsamında değerlendirirken[73] diğer görüş ise bu yetkinin hiyerarşik denetimi anımsattığını öne sürmüştür.[74] Ayrıca kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın doğal sonucu olarak yerinden yönetim idareleri personel bakımından bağımsızdır ve kendi adlarına personel istihdam edebilirler.[75]

Bütçe ve personel bakımından belirli ölçüde özerkliğe sahip olan yerinden yönetim idarelerinin bu hususlarda çeşitli biçimlerde vesayet denetimine tabi tutulmaları mümkündür. Ancak 1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına düzenleyici işlem yapma yetkisi verildiği için vesayet yetkisinin düzenleyici işlemle kullanılıp kullanılmayacağı Cumhurbaşkanına verilen bu yetkinin değerlendirilmesi bakımından işlevseldir.

Merkezi idarenin idari vesayet yetkisini düzenleyici işlemlerle de kullanabileceği ifade edilmiştir.[76] Örneğin Belediye Kanunu'nun 65. maddesine göre "*Belediye bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usûller Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*"[77] Anayasa Mahkemesi, il özel idareleri üzerinde merkezi idareye tanınan benzer bir yetkiye ilişkin kararında "*İl özel idaresi bütçesinin hazırlanması, il daimî encümenince incelenmesi, il genel meclisinde görüşülmesi ve kabulüne dair usul, esas ve süreler İçişleri Bakanlığınca çıkartılacak bir yönetmelikle düzenlenir*" şeklindeki hükmü incelemiştir.[78] Yüksek Mahkeme'ye göre "*İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen konular, bütçenin hazırlanmasından kabulüne kadar geçen evrede, sadece biçim ve süre koşulları gibi yönteme ve bütçe tekniğine ilişkin hususları içerdiğinden, ülke düzeyinde uygulama birliğini ve uyumunu da sağlar.*" Anayasa Mahkemesi'ne göre bu yetki salt bir vesayet yetkisi olmamakla birlikte "*idarî vesayet kurumuna ilişkin Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasındaki "...mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde*

---

73 Bayındır, M. S. (2008). s. 66.

74 İsbir, K. B. (2017). s. 705.

75 Gözler, K. (2003). s. 157.

76 Bayındır, M. S. (2008). s. 63. Merkezi idarenin Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların çalışma usul ve esaslarına dair yönetmelik çıkartmasından hareketle, "*merkezi idarenin düzenleyici işlemler yapmak ya da yürürlüğe koymak yoluyla kullanabileceği bu yetki[nin], idari vesayet denetimi olarak değerlendirilme[diğine]*" dair görüş için bkz. Çırakoğlu, M. (2016). "Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Denetlenme Şekillerinin İdari Vesayet Bakımından Değerlendirilmesi", *YBHD*, S. 2016/2, s. 102.

77 5393 sayılı Belediye Kanunu, R.G. T. 13/07/2005, S. 25874.

78 AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22/06/1988, R.G. T. 26/11/1988, S. 20001.

birliğin sağlanması ..." kuralıyla da uyum halindedir. Vesayet makamlarının denetimini kolaylaştırmaktadır ve yasa koyucunun takdir alanına girmektedir." Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi merkezi idareye mahalli idareler üzerinde tanınan bütçenin hazırlanması, incelenmesi, görüşülmesi ve kabulüne dair düzenleme yapma yetkisini, vesayet yetkisini aşmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya uygun bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı bazı yönlerden eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriye göre Anayasa Mahkemesi dava konusu hükmü ikiye ayırarak incelemelidir. Bakanlığın il özel idaresinin bütçesinin hazırlanması ve kabulüne dair usul, esas ve süreleri düzenlemesi hukuka uygun olmakla birlikte bütçenin il daimi encümeni tarafından incelenmesi ve il genel meclisi tarafından görüşülmesini öngören bir yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olması Anayasa'ya aykırıdır. Zira *"İçişleri Bakanlığı böyle bir yönetmelikle, mahalli nitelikteki bir görevin yürütülmesini üstlenmiş olmaktadır."*[79] Bu nedenle Bakanlık için hukuka aykırı olan kısım hakkındaki yönetmelik bir kamu tüzel kişiliği olarak yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olan il özel idaresi tarafından çıkarılmalıdır.

Merkezi idare düzenleyici işlem yoluyla vesayet yetkisini zaman zaman kamu tüzel kişilerinin personeli üzerinde de kullanmaktadır. Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 'Norm kadro ve personel istihdamı' başlıklı 49. maddesine göre *"Norm kadro ilke ve standartları Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir. Belediyenin ve bağlı kuruluşlarının norm kadroları, bu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirlenir."* Bu hükmün merkezi idarenin düzenleyici işlemler aracılığıyla idari vesayet yetkisinin ülke genelinde eşit ve hukuka uygun kullanılmasının sağlaması amacına hizmet ettiği ifade edilmiştir.[80] Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların çalışanlarının özlük işlemlerine dair merkezi idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmesi de vesayet yetkisi kapsamında değerlendirilmiştir.[81] Zira merkezi idarenin yerinden yönetimler üzerindeki vesayet yetkisinin bu idarelerinin personelinin özlük haklarını da kapsayabileceği belirtilmiştir.[82]

---

79 Bayındır, M. S. (2008). s. 100.

80 a.g.e. s. 66.

81 Çırakoğlu, M. (2016). s. 115. Düzenleyici Denetleyici Kurullarının hepsi üzerinde böyle bir yetki öngörülmemiştir. Örneğin BDDK, BTK, EPDK, RTÜK ve SPK'nın personel kadrolarına ilişkin düzenleme yetkileri, bu kuruluşların kendi karar organlarına tanınmıştır.

82 Koç, F. (2015). s. 165.

Merkezi idare tarafından yerel yönetimlerin personeli hakkında çıkarılan bir Genelge hakkındaki davada Danıştay da benzer şekilde karar vermiştir. Belediyeler, il özel idareleri veya bunlara ait birlik veya iktisadi işletmelerce taşeron aracılığı ile işçi, geçici işçi, hizmetli, sözleşmeli personel veya diğer statülerde personel alınmamasına ilişkin Başbakanlık Genelgesinin iptali için açılan davada "*mahalli idareler üzerinde vesayet yetkisine sahip bulunan merkezi idare tarafından idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca dava konusu genelgelerde ortaya konan hususlarla, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar dâhilinde gereksiz harcamaların önlenerek harcamaların belli bir disipline bağlanması ve ekonomik kaynakların bu koşullara uygun kullanılmasının amaçlandığı, bu durumda, dava konusu genelgelerde kamu hizmeti gereklerine, kamu yararına ve hukuka aykırılık bulunmadığı*" gerekçesiyle Yüksek Mahkeme dava konusu Başbakanlık Genelgesini hukuka uygun bulmuştur.[83] Davanın görüldüğü tarihte yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Kanunu ve 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, Danıştay'a göre "*merkezi idarenin, idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca mahalli hizmetler üzerinde belediye bütçelerinin hazırlanması, memur ve işçi kadrolarının oluşturulması, onanması gibi aşamalarda yönlendirme, kısıtlama getirme yetkisinin bulunduğu, bir başka anlatımla, merkezi idare için öngörülen tedbirlerin mahalli idarelere de uygulanabileceğini kabul etmenin gerektiği*" açıktır[84]

Bütçe ve personel üzerinde merkezi idarenin düzenleyici işlem yoluyla kullandığı vesayet yetkisine ilişkin içtihat ve görüşler birlikte değerlendirildiğinde 1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına tanınmış olan Ofis personelinin "*sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemeleri[ni] tespit e[tmek]*" ve "*Ofislerin bütçelerinin gelir, gider ve muhasebesine ve denetimine ilişkin usul ve esaslar[ı] yönetmelikle düzenle[mek]*" yetkilerinin idari vesayet kapsamında değerlendirilebileceği görülmektedir. Daha önce de merkezi idareye bütçe ve personel üzerinde 1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına tanınan yetkilere benzer yetkiler verilmiş, bu yetkiler idari vesayet yetkisinin kapsamını aşmamak

---

83 Danıştay Sekizinci Dairesinin 21/01/2002 tarihli ve E. 2000/4442, K. 2002/299 sayılı kararı. Bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

84 Danıştay Sekizinci Dairesinin 21/01/2002 tarihli ve E. 2000/4442, K. 2002/299 sayılı kararı. Bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

kaydıyla[85] gerek Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, gerek doktrin tarafından idari vesayet yetkisi sınırları kapsamında görülmüştür.

Bir kamu tüzel kişisi üzerinde öngörülen idari vesayet yetkisinin içeriğinin söz konusu kurumun özelliklerine bağlı olarak değişebileceği göz önüne alındığında Ofislerin idari teşkilattaki yerinin de 1 sayılı CBK'da öngörülen yetkilere etkisi incelenmelidir.

B. OFİSLERİN TÜRK İDARİ TEŞKİLATINDAKİ YERİ ve İDARİ VESAYETE ETKİSİ

Anayasa Mahkemesi'ne göre idari vesayet yetkisinin düzenlenmesinde yerinden yönetim idarelerinin özerkliği ile idari vesayet arasında bir denge kurulması gerekmektedir.[86] Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararında da altı çizildiği gibi "*yasakoyucu bu yetkiyi belirlerken hem Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen ilkeleri hem de mahallî idarelerin özerkliğini gözetmek ve dengelemek zorundadır. (...) kullanılacak idarî vesayet yöntemini ve yoğunluğunu belirleme yetkisi yasama organının takdirindedir.*"[87] İdari vesayet ilişkisinin iki farklı kamu tüzel kişisi arasında kurulması ve kamu tüzel kişiliğinin nihai amacının idareye daha fazla hareket serbesti sağlamak olması[88] da Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını destekler niteliktedir. İdari vesayet yetkisinin yoğunluğu ve bu yoğunluğun Anayasa'ya uygunluğu, üzerinde idari vesayet uygulanan idarenin özerkliğine ve Anayasa'da yer alıp almamasına göre farklılık arz edebilmektedir.[89]

Bu nedenle ilk olarak Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin idari teşkilattaki yerleri belirlenmeli ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları ışığında bu yerin idari vesayet bakımından etkisi incelenmelidir.

---

85 Mahalli idarelerin yapacakları yatırım harcamalarının çıkarılan bir genelge ile İçişleri Bakanlığının iznine tabi tutularak, uygulamasının da bakanlığa bırakılmasını, Danıştay "*merkezi idarenin belediyelerin hizmetlerini yerine getirmek amacıyla yapacakları yatırım harcamaları üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunmakta ise de, dava konusu genelgelerle, belirtilen harcamalar konusunda İçişleri Bakanlığının izninin aranması ve uygulamanın Bakanlığa bırakılması, idarenin gözetim ve denetimine yönelik vesayet yetkisi sınırlarını aşıp belediyelerin görevlerini yerine getirme aşamasına müdahale anlamını taşıdığı*" gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 27/05/2004 tarihli ve E. 2002/486, K. 2004/599 sayılı kararı. Bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

86 Tansuğ, Ç. (2016). s. 1232.

87 AYM, E. 2011/11, K. 2011/151, T. 03/11/2011, R.G. T. 07/02/2012, S. 28197

88 İsbir, K. B. (2017). s. 234.

89 Tansuğ, Ç. (2017). s. 1261.

Ofislerin kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları 1 sayılı CBK'nın açık hükmüdür. Bu nedenle Ofisler, tek bir tüzel kişilik olan merkezi idarenin dışında yer almalıdır. Merkezi idarenin dışında yer alan yerinden yönetim idareleri de mahalli idareler ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mahalli idareler Anayasa'da il özel idaresi, belediye ve köy olarak belirlendiği[90] için Ofislerin hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri arasında olması gerekmektedir. Meslek mensuplarının oluşturduğu ve onlar üzerinde kamu hukukundan doğan birtakım yetkiler kullanan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmadıkları[91] da açık olduğundan Ofislerin 'kamu kurumu' olarak nitelenmesi gerekmektedir. [92] Bu nedenle Ofislerin 1 sayılı CBK'da ve Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı içinde düzenlenmesi eleştirilmiştir.[93]

Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin kamu kurumu olduğunun tespit edilmesinin ardından Anayasa Mahkemesi'nin idari vesayet konusundaki kararlarının kamu kurumları konusunda bir farklılık arz edip etmediği üzerinde durulmalıdır.

İlk olarak üzerinde idari vesayet uygulanacak kamu kurumunun özerklik derecesinin Anayasa Mahkemesi için önemli bir kriter olduğu ve Yüksek Mahkeme'nin kararlarında sıklıkla bu hususa değindiği tespit edilmiştir.[94] Anayasa Mahkemesi'nin kamu kurumları ve idari vesayet ilişkisini incelerken gözettiği diğer bir husus ise bu kurumların Anayasa'da düzenlenip düzenlenmediğidir.[95] Yüksek Mahkeme'ye göre bir kamu kurumunun statüsü Anayasa'da değil kanun veya kanun hükmünde kararnamede düzenlenmiş ise ilgili kamu kurumunun teşkilatının düzenlenmesi bağlamında kanun koyucuyu sınırlandıran anayasal bir kural bulunmamaktadır.[96] Bu nedenle idari vesayet konusu

---

90 Anayasa'nın 127. maddesi şu şekildedir: "*Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.*"

91 Tan, T. (2016). s.

92 Gözler, K. (2018). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, s. 111. Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, Ofislerin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer aldığını ifade etmiştir. Bkz. Sancakdar, O./Us, E./Kasapoğlu Turhan, M./Önüt, L. B./Seyhan, S. (2018). s. 117.

93 Gözler, K. (2018). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, s. 112.

94 Tansuğ, Ç. (2016). s. 1244.

95 a.g.e.

96 AYM, E. 2011/115, K. 2012/177, T. 08/11/2012, R.G. T. 26/07/2013, S. 28719.

kamu kurumunun "*özerkliğinin hangi unsurları içereceği, vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı, (…) üyelerinin sayısı ile hangi yaşa kadar görevde kalacakları gibi hususların belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır*".

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'nun (TÜBİTAK) en üst karar organına üye seçimi ve Başkanının atanması konusunda Başbakana tanınan yetkileri incelediği bir kararında TÜBİTAK'ın bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olduğu ve statüsünün Anayasa'da değil 278 sayılı Kanunda[97] düzenlendiğini vurgulamış, "*TÜBİTAK'ın statüsünün düzenlenmesi bağlamında ne 123. maddede ne de diğer bir maddede yasa koyucuyu sınırlandıran Anayasal bir kural bulunma[dığına]*" değinerek "*TÜBİTAK'ın özerkliğinin hangi unsurları içereceği, Tübitak Bilim Kurulu üyelerinin ve Başkanının hangi yöntemle göreve getirileceği ve bu süreçlerde vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususlarında yasa koyucunun takdir yetkisinin bulunduğunun kabulü gerek[tiğine]*" karar vermiştir.[98] Yüksek Mahkeme benzer birçok kararında kamu kurumlarıyla ilgili aynı sonuçlara varmıştır.[99]

Anayasa Mahkemesi'nin kamu kurumları üzerinde uygulanacak idari vesayet yetkisinin kapsamına ilişkin içtihatları ve Ofislerin de birer kamu kurumu olduğu dikkate alındığında Ofisler üzerinde Cumhurbaşkanının daha yoğun bir vesayet yetkisine sahip olacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca Ofislerin statüsü Anayasa'da değil Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanını, Ofislerin teşkilatlanması bağlamında sınırlayan bir Anayasal hüküm bulunmadığı da vurgulanmalıdır. Bunun yanı sıra Cumhurbaşkanına bağlı olmaları ve görevlerinin Cumhurbaşkanına yardımcı olmak niteliğinde olması sebebiyle Ofisler özerkliğine özellikle dikkat edilmesi gereken kamu kurumları değildir.

Bu belirlemeler ışığında 1 sayılı CBK ile Cumhurbaşkanına Ofisler üzerinde verilen yetkiler yeniden ele alındığında; emir,

---

97 2/7/2018 tarihli 703 sayılı KHK'nin 98. maddesiyle, bu Kanunun adı "Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun" iken metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir. TÜBİTAK, 15.07.2018 tarih ve 30479 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4 sayılı CBK'nın kırkbirinci bölümünde, 582-597. maddeler arasında düzenlenmiştir.

98 AYM, E. 2008/88, K. 2011/85, T. 02/06/2011, R.G. T. 21/10/2011, S. 28091.

99 AYM, E. 2011/142, K. 2013/52, T. 03/04/2013, R.G. T. 29/05/2014, S. 29014; AYM, E. 2011/143, K. 2013/18, T. 17/01/2013, R.G. T. 12/07/2013, S. 28705; AYM, E. 2011/145, K. 2013/24, T. 31/01/2013, R.G. T. 13/01/2015, S. 29235.

talimat ve görev verme yetkilerinin birer hiyerarşi yetkisi olarak değerlendirilmeleri nedeniyle Ofislerin kamu kurumu olmasına rağmen idari vesayet yetkisinin sınırları dışında kaldıkları ve bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, bütçe ve personel hakkında düzenleme yapma yetkisinin ise daha önce belirtildiği gibi idari vesayet kapsamında değerlendirilebileceği, özellikle Ofislerin teşkilatlanması kapsamında Cumhurbaşkanının bu yetkileri kullanmasının Ofislerin birer kamu kurumu olduğu da göz önüne alınırsa hukuka uygun olduğu sonucuna varılmaktadır.

Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkilerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile verilmesinin Anayasa'ya uygun olup olmadığı tartışması Cumhurbaşkanı ile Ofisler arasındaki ilişki hakkında idari vesayet açısından yapılacak incelemenin diğer boyutunu oluşturmaktadır.

II. CUMHURBAŞKANINA OFİSLER ÜZERİNDE TANINAN YETKİLERİN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE VERİLMESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikler arasında Anayasa'nın 123. maddesi de bulunmaktadır. İlgili maddenin önceki halinde kamu tüzel kişiliğinin "ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak" kurulabileceği belirtilmişken, değişiklik sonrası kamu tüzel kişiliğinin "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle" kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Kamu tüzel kişiliği kurma yetkisinin verilmesinden sonra Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bazı kamu tüzel kişileri kurulmuştur.[100] Öte yandan Anayasa'nın 127. maddesinde yer alan "merkezi idare[nin], mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, (…) amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip" olduğu düzenlemesinde bir değişiklik yapılmamış, idari vesayetin kanunla verilmesi zorunluluğu devam ettirilmiştir. Bu zorunluluk devam ederken (A) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kamu tüzel kişisi kurulması ve bu tüzel kişisi üzerinde vesayet ilişkisinin düzenlenmesi şeklinde oluşan yeni durumun (B) Anayasa'ya uygun olup olmadığı tartışılmalıdır.

[100] Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin yanı sıra kamu tüzel kişiliğini haiz olmak üzere örneğin 4 sayılı CBK'nın 120. maddesiyle Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, 174. maddesiyle Helal Akreditasyon Kurumu, 210. maddesiyle Karayolları Genel Müdürlüğü, 239. maddesiyle Mesleki Yeterlilik Kurumu, 315. maddesiyle Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı ve 642. maddesiyle Türkiye Atom Enerjisi Kurumu kurulmuştur.

A. İDARİ VESAYETİN KANUNLA VERİLMESİ MECBURİYETİ

İdari vesayetin kanuniliği Anayasa'nın 127. maddesinin açık hükmüdür. Anayasa bu maddede yalnızca idari vesayetin hangi amaçlarla kullanacağını belirlememiş aynı zamanda idari vesayetin ilke ve esaslarının da kanunla belirlenmesi şartını aramıştır.[101] Bu hükümden hareketle kanuna dayanmayan ya da kanunda öngörülenin ötesinde bir idari vesayet yetkisinin olması mümkün değildir.[102] Diğer bir deyişle merkezi idarenin yerinden yönetimler üzerinde vesayet yetkisi kullanabilmesi için bu yetkinin kendisine kanun metniyle açıkça verilmesi gerekmektedir.[103] Vesayet yetkisinin bir düzenleyici işlemle örneğin yönetmelikle düzenlenmesi mümkün değildir.[104] Vesayet yetkisinin mutlaka kanun niteliğinde bir metin ile düzenlenmesinin gerekmesi vesayet ile hiyerarşi arasındaki en önemli farkı oluşturmaktadır.[105] Gerçekten de idari vesayet kanunda sayılan sınırlı bir yetki iken hiyerarşi kanunla düzenlenmesi gerekmeyen genel bir yetkidir.[106]

İdari vesayetin bir başka özelliği olan istisnai bir yetki olması, idari vesayetin kanunla düzenlenmesi gerekliliği ile yakın bir ilişki içindedir. Zira yerinden yönetim idarelerinin özerkliği asıl, denetime tabi tutulmaları ise istisnaidir.[107] Anayasa Mahkemesi'ne göre de "*Anayasa'nın idari vesayet yetkisinin usul ve esaslarının kanunla yapılması gerektiğini buyurmasının temel nedeninin idarenin keyfi müdahaleler yoluyla mahallî idarelerin özerkliğinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi fikri olduğu açıktır.*"[108]

Danıştay'a göre de "*merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki vesayet yetkisinin hangi hususları kapsayacağının kanunlarda açıkça belirtilmesi gerektiği İdare Hukukunun genel ilkelerindedir.*"[109] Bu kapsamda idari vesayet yetkisi ancak kanunla kendisinde tanınan merkezi idare tarafından kullanılabilecek ve bu yetki devredilemeyecektir.[110]

---

101 Yıldırım, T. Yasin, M. Kaman, N. Özdemir, H. E. Üstün, G. Tekinsoy, Ö. O. (2018). s. 32.

102 Atay, E. E. (2018). s. 114.

103 Gözler, K. (2003). s. 175.

104 Gözler, K. (2018). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, s. 76.

105 Atay, E. E. (2018). s. 114.

106 Sancakdar, O. Us, E. Kasapoğlu Turhan, M. Önüt, L. B. Seyhan, S. (2018). s. 108.

107 Çağlayan, R. (2018). s. 125.

108 AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12/09/2013, RG. T. 18/9/2014, S. 29123.

109 Danıştay Üçüncü Dairesinin 17.7.1979 tarihli ve E. 1979/354, K. 1979/409 sayılı kararı. Bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

110 Yıldırım, T./Yasin, M./Kaman, N./Özdemir, H. E./Üstün, G./Tekinsoy, Ö. O. (2018). s. 174.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında "*idarî vesayet yetkisi[nin], hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnaî bir yetki*" olduğunu, "*istisnaîlik ve kanunîli[ğin], idarî vesayetin en belirgin iki temel özelliği*" olduğunu ve "*Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi[nin] kanun koyucuya ait*" olduğunu vurgulamıştır.[111]

Danıştay da kanunda tanımlayan bir vesayet yetkisinin düzenleyici işlemle verilmesini hukuka aykırı bulmaktadır. Örneğin, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün "*il özel idareleri, büyükşehir belediyeleri ve diğer belediyeler ile bunların kurdukları birlikler tarafından veya bu kuruluşların sermayesine ortak olduğu şirketlerin, sermaye iştiraki ile kurulacak, ortak olunacak veya bedelsiz şirket ediniminde Bakanlar Kurulundan izin alınması gerek[tiği]*" yönündeki Genelgesinin iptali istemiyle açılan bir davada Danıştay, 4046 sayılı Kanunun[112] 26. maddesi uyarınca, merkezi idareye tanınan izin yetkisinin, sadece şirket kurulması ve kurulmuş ya da kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunması hallerinde söz konusu olduğunu, serbest piyasa koşullarında ve Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösterecek olan bu şirketlerin, sermayeye iştirak etmek, ortak olmak veya bedelsiz şirket edinmek gibi hallerde İçişleri Bakanlığı kanalıyla Bakanlar Kurulundan izin almaları gibi bir gerekliliğin anılan yasa maddesinde öngörülmediğini tespit etmiştir.[113] Bu tespitten hareketle kanunda yer almayan bir durumu Bakanlar Kurulu iznine tabi tutan Genelgede hukuka uyarlık bulunmadığına karar verilmiştir.

Anayasa'nın idari vesayetin kanunla düzenleneceğini öngören 127. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın istikrar kazanmış içtihatları ve doktrinin görüşleri dikkate alınırsa 1 sayılı CBK ile Cumhurbaşkanına Ofisler üzerinde tanınan idari vesayet niteliğindeki yetkilerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılması gerekmektedir.

---

111 AYM, E. 2011/11, K. 2011/151, T. 03/11/2011, R.G. T. 07/02/2012, S. 28197; AYM, E. 2011/141, K. 2013/10, T. 28/12/2013, R.G. T. 28/12/2013, S. 28865; AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12/09/2013, RG. T. 18/9/2014, S. 29123; AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, T. 29/11/2012, R.G. T. 22/02/2013, S. 28567.

112 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, R.G. T. 27/11/1994, S. 22124.

113 Danıştay Sekizinci Dairesinin 05.03.2010 tarihli ve E. 2008/4976, K. 2010/1108 sayılı kararı. Bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

Ancak 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikler doğrultusunda bu kabulün tekrar sorgulanması gerekmektedir.

B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE İDARİ VESAYET YETKİSİ VERİLMESİ

6771 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 123. maddesinde değişiklik yapılmış ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurmak mümkün hale gelmiştir. Bu değişikliğin ardından Ofisler başta olmak üzere birçok kamu tüzel kişiliği de CBK ile kurulmuş durumdadır. Söz konusu kamu tüzel kişiliklerini kuran CBK'larda bu kurumların vesayet ilişkisi içinde oldukları kurumlar ve vesayet ilişkisinin kapsamı da belirlenmektedir. Şu halde Anayasa değişikliği sonrası oluşan yeni durumun, CBK ile idari vesayet yetkisi tanınıp tanınamayacağı yönünden incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle Anayasa koyucunun CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulmasına imkan tanımakla birlikte Anayasa'nın idari vesayetin kanunla öngörülmesi gerektiğini açıkça düzenleyen 127. maddesinde herhangi bir değişikliğe gitmemesinin idari vesayetin halen kanunla öngörülmesi gerektiğine dair yorumları güçlendirdiği söylenebilir. Ancak bu kabulün hukuken doğurduğu birtakım çelişkiler bulunmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulmasına açıkça imkan tanınmışken CBK ile idari vesayet yetkisinin verilemeyeceğine ilişkin lafzi yorum, kurulan bu kamu tüzel kişiliğinin idari vesayet bakımından ilişkide olduğu merkezi idare biriminin ve hangi konularda ne tür bir idari vesayet denetimine tabi olacağının düzenlenememesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda devlet tüzel kişiliği dışında bir kamu tüzel kişisi olan ancak merkezi idareyle bağı olmayan bir kamu kurumu ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu durumun ise Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesi ile çeliştiği ortadadır.

Gerçekten de Anayasa'nın CBK ile ilgili hükümlerinin Anayasa'nın diğer hükümleriyle tutarlı bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesi hukuken mümkün olduğu için Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen idarenin bütünlüğünün sağlanabilmesi amacıyla uyumlu şekilde, kurulan bu kamu tüzel kişiliğinin idari vesayet ilişkilerinin düzenlenmesinin de mümkün olması gerekmektedir. Aksi durumda merkezi idareyle bağı olmayan, Türk idari teşkilatından bağımsız bir kamu tüzel kişisi ortaya çıkacaktır. CBK ile kurulan kamu tüzel kişisinin idari vesayet ilişkilerinin Meclis tarafından

kanun ile düzenlenebileceği ihtimali öne sürüldüğünde dahi TBMM'de kanun yapılmasının gerektirdiği süre ve süreç dikkate alındığında CBK ile kurulan kamu tüzel kişisinin bu süre içinde merkezi idare ile ilişkisiz kalacağı ve bu durumun Anayasa'nın 123. maddesiyle çelişeceği sonucu değişmeyecektir. Şu halde Anayasa maddelerinin birbiriyle tutarlı ve bütünsel bir şekilde yorumlanması gerektiği, bu nedenle kurulan kamu tüzel kişisinin idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde idari vesayet ilişkilerinin de CBK ile düzenlenebileceği düşünülmektedir.

Ayrıca Anayasa'nın 127. maddesinde yalnızca mahalli idarelerin idari vesayete tabi kılınacağı düzenlenmişken gerek doktrin gerek Anayasa Mahkemesi içtihatları, özellikle Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen idarenin bütünlüğünün sağlanması açısından mahalli idarelerin yanı sıra hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri üzerinde de idari vesayetin olması gerektiğini kabul etmiştir. İdarenin bütünlüğü ilkesini sağlamaya dönük bu yorum, CBK ile kurulan kamu tüzel kişilerinin de merkezi idare ile bağının kurulması zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu zorunluluk sebebiyle CBK ile idari vesayet yetkisinin tanınmasının mümkün olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle yapılabilecek diğer bir yorum ise idari vesayetin bir kamu tüzel kişiliğinin teşkilatlanması ile olan ilişkisine yöneliktir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'da dayanağı olmayan kamu kurumlarına ilişkin kararlarında kurum üzerinde tanınan idari vesayetin Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirirken, ilgili kurumun "*teşkilatının düzenlenmesi bağlamında kanun koyucuyu sınırlandıran anayasal bir kural bulunma[dığını]*" bu nedenle ilgili kurumun "*özerkliğinin hangi unsurları içereceği, vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı (…) gibi hususların belirlenmesi[nin] kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında*" olduğunu vurguladığı görülmektedir.[114] Bu tespitten Yüksek Mahkeme'nin idari vesayeti bir kurumun teşkilatının düzenlenmesiyle doğrudan ilişkili ve bunun doğal sonucu olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulurken bu kamu tüzel kişisinin teşkilatlanması kapsamında idari vesayet ilişkilerinin de düzenlenebilmesi gerekmektedir.

Özetle, idari vesayetin yalnızca kanunla düzenlenmesi gerektiği kabulünün 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonrasında yeniden değerlendirilmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesi'nin idari vesayeti bir kamu tüzel kişisinin teşkilatlanmasını ile ilişkili değerlendirdiği, CBK ile kurulan kamu tüzel kişiliğinin merkezi idare

[114] AYM, E. 2011/115, K. 2012/177, T. 08/11/2012, R.G. T. 26/07/2013, S. 28719.

ile bağının kurulmasının Anayasa'nın 123. maddesindeki idarenin bütünlüğü ilkesinin zorunlu bir gereği olduğu, Anayasa maddelerinin sistematik yorumu gereğince Cumhurbaşkanına verilen CBK ile kamu tüzel kişisi kurma yetkisinin idari vesayet yetkisi düzenlemeyi de kapsaması gerektiği, aksi kabulün CBK ile kurulan kamu tüzel kişiliğinin Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olarak merkezi idare ile ilişkisi olmayan bir şekilde ortaya çıkması sonucu doğuracağı düşünülmektedir. Nitekim Gözler de Anayasa'nın 104/17. maddesindeki[115] koşullara uyulması koşuluyla CBK ile idari vesayet yetkisinin verilebileceğini ifade etmiştir.[116]

SONUÇ

6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da esaslı değişiklikler yapılmıştır. Yeni bir hükümet sistemine geçişi sağlayan bu değişiklikler ile Cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisi niteliğinde olduğu ifade edilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 123. maddesinde yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişisi kurulması mümkün hale gelmiştir.

Bu yetkinin kullanılmasının ilk örneklerinden birini 1 sayılı CBK ile kurulan Cumhurbaşkanlığı Ofisleri oluşturmuştur. Tercih edilen yeni sistemde bazı projelerin takibinin yapılması, raporlama faaliyetleri gibi belirli konularda Cumhurbaşkanına yardımcı olması öngörülen Ofislerin kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları 1 sayılı CBK'da açıkça düzenlenmiştir.

Bu durum karşısında Ofislerin ayrı bir kamu tüzel kişiliği olması nedeniyle 1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin idari vesayet bakımından değerlendirilmesi ve CBK ile idari vesayet yetkisi verilmesinin Anayasa'ya uygunluğunun tartışılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Yapılan değerlendirmeler sonucunda 1 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanına idari vesayetin kapsamını aşan, açık şekilde hiyerarşi yetkisi olarak değerlendirilen bazı yetkilerin verildiği görülmüştür.

---

115 Anayasa'nın 104/17. maddesi şu şekildedir: "*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.*"

116 Gözler, K. (2018). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, s. 76; Gözler, K. Kaplan, G. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, s. 122.

Bu durum Ofislerin kamu tüzel kişiliği sahibi olması ve Anayasa Mahkemesi'nin idari vesayete ilişkin içtihatları ile çelişmekte ve hukuka aykırı bir durum oluşturmaktadır.

CBK ile idari vesayet tanınması konusu da oldukça tartışmalıdır. 6771 sayılı Kanun sonrası CBK ile kamu tüzel kişiliği kurmak mümkün hale gelmiş ancak Anayasa'nın 127. maddesinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu durumda idari vesayetin halen kanunla düzenlenmesi gerektiği veya CBK ile de idari vesayet yetkisi verilebileceği iddialarının her ikisi de savunulabilir hale gelmiştir. Ancak Anayasa maddelerinin sistematik yorumu ve idarenin bütünlüğü ilkesinin bir sonucu olarak CBK ile idari vesayet yetkisinin tanınabileceği düşünülmektedir.

Uygulamada CBK ile idari vesayet yetkisi tanınmakla birlikte bunun Anayasa'ya uygunluğu konusunda nihai kararı CBK'ların yargısal denetimi konusunda görevli mahkeme olan Anayasa Mahkemesi verecektir. Ortaya çıkan belirsizliği gidermenin bir diğer yolu ise Anayasa'nın 127. maddesinde bir değişiklik yapılarak idari vesayet yetkisinin kanun ve CBK ile verilebileceğinin açıkça düzenlenmesidir.

CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulmasının yanı sıra yeni hükümet sistemi ve yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanında toplanması ile birlikte idari vesayet ve hiyerarşi kavramlarının içeriklerinde bazı değişiklikler olabileceği, CBK ile kurulan ve Cumhurbaşkanına bağlı olan kamu kurumlarında idari vesayetin kapsamının hiyerarşiye varacak şekilde genişleyebileceği düşünülmekle birlikte bu makalenin kapsamını aşan bu konu ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecektir.

KAYNAKÇA

ALICI, Orhan Veli (2012). "Büyükşehir Belediyesinin İlçe Belediyeleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kavramsal Açıdan Değerlendirilmesi", *Yerel Politikalar*, Mayıs-Ağustos, ss. 38-52.

AKSOYLU, Özge (2018). "Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk Hukukundaki Yeri", *4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu*, Alanya, ss. 137-160.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil (2018). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, ss. 19-51.

ATAY, Ender Ethem (2018). *İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

BAYINDIR, Muhammed Savaş (2008). *İdari Denetim Olarak İdari Vesayet*, Ankara: Yayımlanmamış Doktora Tezi.

BOZTEPE, Mehmet (2018). "2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 5 (1), ss. 5-30.

CAN, Osman (2017). "Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme", https://www.sosyalbilimler.org/osman-can-kaleme-aldi-anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme/, E.T. 06.01.2019.

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi.

ÇIRAKOĞLU, Melikşah (2016). "Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Denetlenme Şekillerinin İdari Vesayet Bakımından Değerlendirilmesi", *YBHD*, S. 2016/2, ss. 89-119.

ÇOLAK, Çağrı D. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, S. 3, Özel Sayı, ss. 51-65.

EREN, Abdurrahman (2017). "Başkanlık Sistemi-1: Genel Değerlendirme", http://www.kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/37-baskanlik-sistemi-1-genel-degerlendirme, E.T. 06.01.2018

EREN, Abdurrahman (2017). "Başkanlık Sistemi-4: Yürütme Alanında Yapılan Değişiklikler", http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/40-baskanlik-sistemi-4-yurutme-alaninda-yapilan-degisiklikler, E.T. 06.01.2019.

ESEN, Selin (2016). "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2016/4, ss. 45-73.

GÖZLER, Kemal (2003). *İdare Hukuku*, C. I, Bursa: Ekin Kitabevi.

GÖZLER, Kemal (2017). "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi,Yoksa Neverland Sistemi mi?", http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm, E. T. 06.01.2018.

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel (2018). *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÖZLER, Kemal (2018). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÜNDAY, Metin (2015). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi.

GÜNDÜZ, Ebru (2015). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 33, ss. 63-89.

İSBİR, K. Begüm (2017). Kamu Tüzel Kişiliği, Ankara: Doktora Tezi.

KABOĞLU, İbrahim (2016). "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2016/4, ss. 37-44.

KAHRAMAN, Mehmet/BALKAN, Ali (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi", *International Journal of Academic Value Studies*, C. 4, S. 19, ss. 239-246.

KARTAL, Nazım/DEMİRHAN, Yılmaz (2017). "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi ve Yeni Sistemin Kamu Yönetimine Yansımaları", *Uluslararası Ekonomi, Siyaset ve Yönetim Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Ed. DEMİRHAN Yılmaz/ASLAN Seyfettin/KOÇAL Ahmet Vedal, Ankara: Ekin Yayınevi, ss. 573-589.

KOÇ Firdevs, Türkiye'de Yerel Yönetimlerde Yerel Özerklik ve İdari Vesayet, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Malatya, 2015.

LAUBADERE, Andre de/ VENEZIA, Jean Claude/ GAUDEMET, Yves (1997). *Traite de droit administratif*, C. I, Paris: L.G.D.J.

OKAY TEKİNSOY, Özge (2011). "Yerel Yönetimlerin Kararları Üzerindeki İdari Vesayet Denetiminin Kapsamına İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", *Zabunoğlu Armağanı*, C. I, ss. 515-543.

ONAR, S. Sami (1944). *İdare Hukuku*, C. I, İstanbul: Arkadaş Matbaası.

SANCAKDAR, Oğuz/US, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/ÖNÜT, Lale Burcu/SEYHAN, Serkan (2018). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

SÖYLER, Yasin (2018). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

TAN, Turgut (2016). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

TANSUĞ, Çağla (2016). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında İdari Vesayet", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 159, ss. 1217-1263.

TAMER, Giray (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu", http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf, E.T. 06.01.2019.

TURAN, A. Menaf (2018). "Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", *Social Sciences Research Journal*, C. 7, S. 3, ss. 42-91.

ULUSOY, Ali D. (2017). "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf, E.T. 06.01.2019.

ÜLGEN, Özen (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2018/1, ss. 3-39.

YILDIRIM, Turan (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, ss. 13-28.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge (2018). *İdare Hukuku*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık.

Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), 195–223.

YENİ HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE CUMHURBAŞKANI KARARININ NİTELİK FARKI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Şeref İBA*
Yasin SÖYLER**

ÖZET

Yeni hükümet sistemi ile birlikte niteliği ve kapsam alanı itibarıyla önemli bir hukuki düzenleme aracı haline gelen *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*nin, yine Cumhurbaşkanı tarafından tesis edilen *Cumhurbaşkanı kararı*ndan ayırt edilmesi, hem teori hem de uygulama yönünden önemli bir konu haline gelmiştir. Söz konusu iki farklı karar türü arasında nitelik farkından kaynaklanan hukuki sonuçların ne yönde seyrettiği, Makalemizin ortaya koymaya çalıştığı başlıca tartışma alanlarıdır. Yapılan analizler çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesini Cumhurbaşkanı kararından ayırt eden temel unsurlardan birinin, anılan işlemlerin asliliktalilik özelliğinden kaynaklandığı değerlendirilmiştir. Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aslilik niteliği taşıdığı, Cumhurbaşkanı kararlarının ise kanunlara dayanılarak ve kanunlar çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek düzenlemeler olduğu için talilik özelliğine sahip olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesini, birel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararından içerik bakımından ayırt edici ana unsur ise, bu kararnamelerin genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen normatif düzenlemeler şeklinde çıkarılmasıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki nitelik farkından kaynaklı olarak, her iki karar türünün düzenlenme ya da tesis edilme alanları ile yargısal denetimleri ve Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluklarına ilişkin farklılıklar, Makalemizin odaklandığı diğer önemli tartışma başlıkları arasında yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı kararı, asli düzenleme yetkisi, birel idari işlem, düzenleyici işlem.

* Doç. Dr., Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (k.z.) ve TBMM Müşaviri, serefiba@hotmail.com

** Dr., Raportör, Cumhurbaşkanlığı, ya.soyler@hotmail.com

THE QUALIFICATION DIFFERENCE OF EXECUTIVE ORDER AND PRESIDENTIAL DECREE AND ITS LEGAL RESULTS

IN THE NEW SYSTEM OF GOVERNMENT

SUMMARY

With the transition to the new government system, executive order has become an important instrument of legal regulation in terms of its nature and scope. The distinction between executive order and presidential decree, also issued by the President, appears to be an essential topic both in theory and in practice. In this article it was mainly put forth whether there is quality difference between abovementioned decrees or not, to where their boundaries of the regulation or establishment areas extend and to which direction the legal consequences resulting from this typical difference move.

Within the framework of the literature review was revealed that one of the most important aspects which differentiated the executive order from the presidential decree is stemming from being primary or secondary. That is, while executive order is originated directly from the Constitution, on the other hand presidential decree can be put into force only based on and scope of laws. Moreover, another aspect of executive order that distinguishes it from presidential decree was pointed out as general or singular characteristics of the action. Contrary to singular character of presidential decree, executive order was put in the Constitution as general, abstract and objective regulations.

After revealing this typical difference between executive order and presidential decree as above; their regulation or establishment areas, judicial reviews and obligation to publish in the Official Journal were the other important issues addressed in our article.

Key Words: Executive order, presidential decree, primary power to regulate, individual administrative action, administrative regulations.

GİRİŞ

Ülkemizde hükümet sistemi, son Anayasa değişiklikleri ile köklü bir değişime tabi tutulmuş, *Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi* olarak adlandırılan yeni bir hükümet sistemine geçilmiştir. Başkanlık sistemine benzerliği ile dikkat çeken yeni hükümet sisteminin ayırt edici özelliklerinden bazıları; kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak yürütmenin yasamadan ayrı bir erk olarak düzenlenmesi, tek başlı hale getirilmesi ve güçlendirilmesi eğilimidir. Bu eğilimin doğal bir sonucu olarak yeni sistemde, Cumhurbaşkanının sahip olduğu görev ve yetki alanı yeniden düzenlenmiş, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilme yetkisinin kapsam alanı genişletilmiş, önceki sistemde Bakanlar Kurulu'na ait olan görev ve yetkilerin büyük kısmı Cumhurbaşkanına verilmiştir.

Cumhurbaşkanının görev ve yetki alanının genişlemesi, bu görev ve yetkilerin kullanılmasını sağlayan Cumhurbaşkanı işlemlerinin tür, nitelik, kapsam ve yargısal denetimlerine ilişkin değerlendirmelerin önem kazanmasına neden olmuştur. Gerçi önceki sistemde de Cumhurbaşkanının sahip olduğu görev ve yetkiler, klasik bir parlamenter sisteme göre, olması gerekenin fazlasıyla üzerindeydi ve bu anlamda doktrinde, Cumhurbaşkanı işlemleri önemli bir konu olarak değerlendirmeye alınmaktaydı. Yeni sistemde Bakanlar Kurulu'nun kaldırılması ve sahip olduğu yetkilerin Cumhurbaşkanına devredilmesi, Cumhurbaşkanı işlemlerinin önemini artırmıştır. Ayrıca, Cumhurbaşkanına, daha geniş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin verilmesi bu durumu pekiştirmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin gereği olarak Anayasamızda Cumhurbaşkanına verilen görev ve yetkilerin kullanılmasında, esasen üç farklı işlem türü karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri ve Cumhurbaşkanı kararlarıdır. Cumhurbaşkanı, Anayasa gereği kendisine verilen görev ve yetkileri, kural olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ya da Cumhurbaşkanı kararı şeklinde kullanabilir. Uygulamada Cumhurbaşkanına, adsız düzenleyici idari işlem yürürlüğe koyma yetkisi veren kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de bulunmakta ve bu tür kanun ya da kararname hükümlerinin Anayasa ile uyumlu olduğu kabul edilmektedir.

Bu noktada Makalemizin konusunu, *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi* ile *Cumhurbaşkanı kararı* arasındaki nitelik farkının belirlenmesi ve bu nitelik farkından ortaya çıkan hukuki sonuçların ortaya konulması,

oluşturmaktadır. Böyle bir çaba, söz konusu işlemler arasında Anayasamızda öngörülmüş olan tür, nitelik ve düzenleme ya da tesis edilme alanları farklılığının daha net bir şekilde anlaşılmasını sağlayacağı gibi, bu işlemlerin yargısal denetimlerinin hangi yargı mercileri tarafından yapılacağı konusuna da açıklık getirecektir.

Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri, Anayasada ayrı bir düzenleme türü olarak öngörülmesine rağmen, bu yönetmeliklerin de Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlüğe konulmaları ve düzenleyici idari işlem niteliğindeki diğer Cumhurbaşkanı kararları ile benzerlik göstermeleri nedeniyle, burada yapılan değerlendirmelere Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerini de dâhil etmek mümkündür. Nitekim Makalemizde Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri de bu kapsamda değerlendirmeye alınmıştır. Fakat Anayasada özel olarak düzenlenmesi ve Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği olarak nitelendirilmelerinden dolayı, bu düzenleme türünün bu anlamda ayırt edici bir özelliğinin bulunduğu da unutulmamalıdır.

I. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE CUMHURBAŞKANI KARARI ARASINDAKİ NİTELİK FARKI

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki nitelik farkının ortaya konulması, teorik bir değerlendirme boyutu içerdiği gibi uygulamaya yönelik bir boyutu da bünyesinde taşımaktadır. Uygulama açısından özellikle söz konusu işlemlerin yargısal denetiminin hangi yargı mercileri tarafından yapılacağının belirlenmesinde, bu ayrım oldukça önemlidir[1]. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi, idari işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi ise Danıştay tarafından yapılmaktadır. Yine nitelik farkının net olarak ortaya konulması, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluğuna tabi olup olmadıkları açısından da önem taşımaktadır. Anayasanın 104. maddesinin on dokuzuncu fıkrası ve 151. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Resmî Gazete'de yayımlanmak zorundadır. Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluğuna ilişkin genel bir hükme ise Anayasada yer verilmemiş, 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinin birinci fıkrasında, bazı Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmasının zorunlu olduğu belirtilmekle birlikte diğer bazı Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanıp

[1] Ardıçoğlu, M. A. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 3, s. 29.

yayımlanmayacağı konusunda karar verme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir (md. 4/1, ç).

A. ANAYASADA ÖNGÖRÜLEN SİSTEM

Anayasanın öngörmüş olduğu sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki fark oldukça belirgindir. Bu farkın anlaşılabilmesi için anayasal düzenlemeler çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı ayrımında iki esaslı konu üzerinde durmak gerekir. Bunlardan ilki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin birel idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanı kararlarından ayırt edilmesi, ikincisi ise düzenleyici idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanı kararlarından farkının ortaya konulmasıdır.

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Birel Nitelikte Cumhurbaşkanı Kararları

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararları arasındaki nitelik farkının ortaya konulmasında, her şeyden önce bu kararnameler ile birel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararları arasındaki nitelik farkının tespit edilmesi gerekir. Doktrinde, Anayasamızda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile birel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararları arasında net bir ayrımın ortaya konulmadığına yönelik görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşte, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici nitelikte olacaklarına dair Anayasada hiçbir açıklayıcı hükme yer verilmediği ileri sürülmekte, bu kararnamelerin düzenleyici niteliklerinin gösterilebilmesi açısından *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi* şeklinde yapılan isimlendirme yerine "Cumhurbaşkanı nizamnamesi", "Cumhurbaşkanlığı tüzüğü" ya da "Cumhurbaşkanının düzenleyici kararnameleri" şeklinde bir isimlendirme yapılmasının daha doğru olacağı savunulmaktadır[2]. Bir diğer görüş, Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici ya da birel nitelikte olabileceklerine yönelik bir ayrım yapılmadığından, birel nitelikteki işlemlerin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabileceğini ifade etmektedir[3].

---

[2] Gözler, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 23. Baskı, s. 365-366.

[3] Bu kapsamda ele alınabilecek bir görüş şu şekildedir:
"*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanların ve üst kademe kamu görevlilerinin atanması işlemi tipik birel işlem olarak dikkat çekmektedir. Zira ilgili müesseselerin kuruluşu, teşkilatı ve atanmalarına ilişkin usul ve esası düzenleyecek olan Cumhurbaşkanı, ayrı bir kararname ile ilgili soyut düzenlemeleri belirli kişiler açısından somutlaştıracaktır. Anayasa'da bu tür kararnameler ile yukarda bahsedilen kararnameler (*Düzenleyici

Aşağıda belirtilen gerekçelerle, bu görüşlere katılmak mümkün görünmemektedir.

Kanımızca, Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile birel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararları arasında açık bir ayrım yapıldığına yönelik çıkarım yapmak mümkündür[4]. Bu ayrım Anayasada lafzi olarak açıkça belirtilmemiştir. Fakat Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanı kararı ile düzenleme yapılabileceği ya da işlemler tesis edilebileceğinin belirtildiği Anayasa hükümlerinden, böyle bir ayrımın ortaya konulmuş olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu ayrıma ilişkin anayasal hükümler şu şekilde ortaya konulabilir: İlk olarak Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin alanı belirlenirken, 104/17 hükmünde bu kararnamelerin *çıkarılması* ya da *düzenlenmesi*nden, 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 hükümlerinde *düzenlenmesi*nden, 123/3 hükümünde ise kamu tüzel kişiliğinin *kurulması*ndan bahsedilmiştir. İşlem teorisi bakımından *çıkarılma* kavramının birel nitelikteki kararların alınmasından ziyade, düzenleyici nitelikteki idari işlemlerin yapılmasına hitap eden bir yönü vardır[5]. Birel nitelikteki kararların genellikle *tesis edilmesi*, *alınması* ya da *verilmesi*nden bahsedilir[6]. Ayrıca çıkarılma kavramı sadece 104/7 hükmünde iki kez kullanılmış, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin diğer Anayasa hükümlerinin tamamında ise bu kararnamelerin düzenlenmesinden bahsedilmiştir. Düzenlenme ibaresinin, doğrudan düzenleyici nitelikteki işlemlere hitap eden bir yönünün bulunduğu şüphesizdir. Kamu tüzel kişiliğinin kurulması da benzer şekilde ancak düzenleyici nitelikteki işlemlerle gerçekleştirilebilir. Çünkü kamu tüzel

nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kastediliyor*) arasında hukuki bir ayrım yapılmadığı görülmektedir.*"
Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 229. Aynı yönde bkz. Tanör, B. / Yüzbaşıoğlu, N. (2019). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta, Tıpkı 18. Bası, s. 437.

4 Aynı yönde bkz. Şirin, T. (2018). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, s. 171.

5 Nitekim Anayasamızın olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenlendiği 119/6 hükmünde, olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanının, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda 104/17 hükmünün ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi *çıkarabilmes*inden bahsedilmiştir. Yani kanun hükmünde olan olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından da Anayasada kullanılmış olan deyim, *çıkarma* deyimidir. Kanun hükmünde olan olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen nitelikte düzenleyici idari işlemler olduğu şüphesizdir.

6 Örneğin Anayasanın 104/15 hükmünde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinden biri olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nin kullanılmasına *karar verilmesi*nden bahsedilmiştir.

kişiliğinin kurulması, zorunlu olarak beraberinde bu tüzel kişiliğin kuruluşu ile görev ve yetkilerine ilişkin hususların düzenlenmesini getirir. Şu halde Anayasamızda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılacağı ya da düzenleneceği alanların belirtildiği hükümlerin lafzının, bu kararnamelerin düzenleyici idari işlem niteliğinde olma yönüne ilişkin bir yönünün bulunduğu söylenebilir[7].

İkinci olarak 104/17 hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılabilecek alanlar belirlenirken, bu kararnamelerle kanunlar arasındaki ilişki boyutuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu husus da aslında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen nitelikte, yani düzenleyici idari işlem niteliğinde hukuki düzenlemeler olduğunun bir göstergesidir. Çünkü kanunlar kural olarak bu nitelikleri haiz olmak zorundadırlar. Bu nitelikleri haiz kanunlarda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılamaması, ancak düzenleyici nitelikteki bir işlemle gerçekleştirilebilecek bir husustur. Aynı şekilde kanunlardaki hükümlerle çatışan nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin kural, kanun karşısında yine düzenleyici nitelikte bir kuralın bulunmasını zorunlu kılar. Buradan hareketle özetle, Anayasanın 104/17 hükmünde kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki ilişkinin düzenleniş şeklinden, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici nitelikte işlemler olması gerektiğine yönelik bir sonuç ortaya çıkar.

Üçüncü olarak Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer verilmiş olan "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*" hükmü, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin birel nitelikte idari işlemler olarak tesis edilmelerine engel oluşturur[8]. Örneğin, Anayasanın 104/16 hükmüne göre Cumhurbaşkanı, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisine sahiptir. Cumhurbaşkanının bu yetkisini Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kullanmış olduğunu varsaydığımızda, 104/17 fıkrasında yer verilmiş olan mezkûr hüküm karşısında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle

---

7 Aynı yönde bkz. Şirin, T. (2018). s. 171. Ülgen, Ö. / Şirin, T. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanı Kararnamesi", *Güncel Hukuk*, 2, s. 31. Ülgen, Ö. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, s. 7.

8 Söyler, Y. (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 160.

alınmış böyle bir kararın TBMM tarafından hükümsüz hale getirilmesi durumu ile karşılaşılabilecektir. TBMM'nin böyle bir kanun çıkarması ise Anayasa ile Cumhurbaşkanına verilmiş olan sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisinin gaspı anlamına gelecektir. Anayasa koyucunun böylesine bir tezatlık içerisine girebileceğini kabul etmenin imkânı yoktur.

Son olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmış olması, bu kararnamelerin düzenleyici nitelikte olmalarını zorunlu kılmaktadır. Anayasa mahkemelerinin kuruluş amacı, kanun ve kanun düzeyindeki hukuk normlarının Anayasaya uygunluğunun denetlenmesidir. Birel nitelikteki idari işlemlerin denetimi ise, idari rejimi benimsemiş ülkelerde idari yargı mercilerinin görev alanına giren bir konu olarak kabul edilir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin birel nitelikte olması halinde, Anayasa Mahkemesi'nde soyut norm denetimi yoluyla dava açabilecek olanlar sınırlı bir şekilde belirlendiğinden, anılan işlemlerden menfaati ihlal edilen kişilerin bu işlemlere karşı doğrudan dava açamamaları gibi bir durumun ortaya çıkması söz konusu olacaktır[9]. Hak arama özgürlüğünü güvence altına almış bir Anayasa koyucunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi bakımından böyle bir sonucu öngörmüş olması mümkün değildir. Şu halde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi görevinin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmış olması da, bu kararnamelerin düzenleyici idari işlem niteliğinde olmasını zorunlu kılmaktadır[10].

Bu açıklamalardan şu şekilde bir sonuç ortaya çıkarılabilir: Anayasamızın getirmiş olduğu son düzenlemeler gereği, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiçbir şekilde birel nitelikte idari işlem vasfında olamaz. Birel nitelikteki idari işlemler ancak *Cumhurbaşkanı kararı* olarak nitelendirilen işlem türü ile gerçekleştirilebilir[11]. Bu kapsamda kamulaştırma kararları[12], atama ve seçme kararları[13], bağımsız spor

9 a.g.e. s. 158.

10 Benzer yönde bkz. Şirin, T. (2018). s. 172-173. Ülgen, Ö. / Şirin, T. (2018). s. 32.

11 Aynı yönde bkz. Şirin, T. (2018). s. 178. Atay, E. E. (2018). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Bası, s. 75. Ülgen, Ö. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, s. 623.

12 Örneğin bkz. 154 kV Sapanca TM İrtibatları Projesi Kapsamında Bazı Taşınmazların Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 775), RG: 22.02.2019, 30694.

13 Anayasanın 104/son hükmüne göre Cumhurbaşkanı, bu hükümde belirtilen görev ve yetkilerinin yanı sıra Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.

federasyonunun kuruluşuna ilişkin kararlar[14], uluslararası andlaşmaların yürürlüğe giriş tarihini tespit eden kararlar[15], fakülte, enstitü ve yüksekokul kurulmasına ilişkin kararlar[16] ile benzeri nitelikteki kararlar, *Cumhurbaşkanı kararı* olarak yürürlüğe konulabilecek kararlardır[17]. Nitekim uygulama da bu yönde gelişmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise, kanun ve diğer düzenleyici idari işlemler gibi genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen nitelikte düzenleme türleridir[18].

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Düzenleyici İdari İşlem Niteliğindeki Cumhurbaşkanı Kararları

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanı kararları arasındaki ayrım da aslında Anayasada açık bir şekilde ortaya konulmuştur[19]. Anayasadaki bu ayrımın özünü, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli nitelikli, Cumhurbaşkanı kararlarının ise kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek düzenlemeler olarak öngörülmüş olması oluşturur[20]. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli niteliği, yani

---

14 Örneğin bkz. Özel Hukuk Hükümlerine Tabi, Tüzel Kişiliğe Sahip ve Bağımsız Statüde Türkiye Geleneksel Türk Okçuluk Federasyonu Kurulmasına Dair Karar (Karar Sayısı: 769), RG: 21.02.2019, 30693.

15 Örneğin bkz. Bazı Anlaşmaların Yürürlüğe Girdiği Tarihlerin Tespit Edilmesi Hakkında Karar (Karar Sayısı: 766), RG: 15.02.2019, 30687.

16 Örneğin bkz. Bazı Enstitü ve Yüksekokulların Kurulması ile Bazı Enstitü ve Yüksekokulların Kapatılması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 755), RG: 14.02.2019, 30686.

17 Aynı yönde ve daha açıklayıcı bilgi için bkz. Gözler, K. (2019). s. 333.

18 Yıldırım, R. / Çınarlı, S. (2019). *Türk İdâre Hukuku Dersleri*, Ankara: Astana Yayınları, Cilt II, s. 37. Aynı görüşü tarihsel yorum açısından destekleyici nitelikte bir değerlendirme için bkz. Şirin, T. (2018). s. 171-172. Ülgen Ö. / Şirin, T. (2018). s. 31-32.

19 Bu ayrımın Anayasada açıkça ortaya konulmamış olduğu, 2018 yılında yürürlüğe konulan 703 sayılı KHK ile Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde yapılan düzenleme çerçevesinde, Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılacak davaların Danıştay'da görüleceğine ilişkin hükümle bu hususa bir açıklık getirilmiş olduğu hakkında bkz. Şirin, T. (2018). s. 168-169.

20 Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli nitelikte olduğu hakkında bkz. Atay, E. E. (2018). s. 71. Özbudun, E. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 18. Basım, s. 249. Ulusoy, A. (2019). "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?" *http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf*, s. 6, (14.03.2019). Söyler, Y. (2018). s. 196. Gözler, K. (2019). s. 360-362. Karatepe, Ş. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Savaş Kitabevi, 2. Baskı, s. 265-266. Tunç, H. (2018). s. 234. Fendoğlu, H. T. (2018). *Anayasa Yargısı*, Ankara:

doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulabilecek olmaları, bu kararname ile düzenleme yapılabileceği belirtilen Anayasa hükümlerinde, bunların kanunlar çerçevesinde yürürlüğe konulabileceklerine ilişkin kayıtlara yer verilmeksizin, örneğin "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*" şeklindeki düzenlemelerle belirtilmiştir. Ayrıca Anayasanın 104/17 hükmünde, "*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.*" şeklinde düzenlemelere yer verilerek, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna bağımlı veya kanundan kaynaklanan bir düzenleme türü olmadığı açıkça ortaya konulmuştur. Bu tür düzenlemeler, Anayasanın 8. maddesinde yer alan, "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*" hükmü ve 123/1 hükmünde yer alan, "*İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmü ile getirilmiş *idarenin kanuniliği ilkesi*nin istisnası niteliğindeki düzenlemelerdir. Benzer yöndeki düzenlemelere Anayasanın 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 ve 123/3 hükümlerinde de yer verildiği için, bu hükümlerde belirtilen alanlara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini

Yetkin Yayınları, İkinci Baskı, s. 133. Şirin, T. (2018). s. 212. Kanadoğlu, K. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, s. 644. Ülgen, Ö. (2018/2). s. 623. Ülgen, Ö. (2018/1). s. 6. Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 25, 50. Okşar, M. (2019). *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 107-108. Doktrindeki hâkim görüş bu yönde olmakla birlikte aksi yönde bir görüş olarak, Anayasanın 104/17 hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin *yürütme yetkisine ilişkin konular*da çıkarılabileceğinin belirtilmiş olması, 7. ve 8. maddelerinde ise yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğu ve yürütme yetki ve görevinin kanunlar çerçevesinde kullanılabileceğine ilişkin hükümlerin mevcut durumlarını korumuş olmasından hareketle, Anayasanın 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 hükümlerine ilişkin kararnameler hariç olmak üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli nitelik taşıyamayacağını, kanuna dayanılarak ve kanunlar çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek düzenlemeler olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır. Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, s. 17, 23, 27. Bu görüşün savunulabilir nitelikte olduğu, fakat doktrindeki hâkim görüşün bu yönde olmadığı ve uygulamanın bu yönde gelişmediğinin tespiti hakkında bkz. Şirin, T. (2018). s. 180-181. Bu konuda son olarak, anılan son görüşle benzerlik göstermekle birlikte, Anayasanın 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 hükümlerinde belirtilmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de aslilik niteliği taşıyamayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin diğer düzenleyici idari işlemler gibi ancak kanuna dayanılarak ve kanun çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek düzenlemeler olduğunu ileri süren bir görüş daha vardır. Bkz. Tanör, B. / Yüzbaşıoğlu, N. (2019). s. 437-438.

de aynı kapsamda değerlendirmek gerekir. Öte yandan Anayasada bu tür açık düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda ise Anayasanın 8. ve 123/1 hükümleri gereğince, idarenin düzenleyici nitelikte bir işlem tesis edebilmesi için mutlaka kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerine dayanması gerekecektir. Nitekim Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri açısından bu hususta Anayasada açık düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasanın 104/18 hükmünde, Cumhurbaşkanının, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği, benzer şekilde 124/1 hükmünde, Cumhurbaşkanının kendi görev alanını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği ifade edilmiştir.

Öte yandan Anayasanın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen, "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Cumhurbaşkanına verilir.*" hükmü ile 167. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen "*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.*" hükmü çerçevesinde Cumhurbaşkanının düzenleme yapacağı mevzuat türünün, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi mi yoksa Cumhurbaşkanı kararı mı olacağı tartışmalı olabilir. Aslında söz konusu her iki hükümde de, Cumhurbaşkanının düzenleme yapabilmesi için yasal bir yetkilendirmenin bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu anlamda mezkûr hükümler çerçevesinde yürürlüğe konulacak Cumhurbaşkanı işlemlerinin, mutlaka kanuna dayanması ve kanun çerçevesinde çıkarılması gerektiği şüphesizdir. Yukarıdaki paragrafta ortaya konulan fikirler ekseninde bu maddelere ilişkin Cumhurbaşkanı işlemlerinin, Cumhurbaşkanı kararı şeklinde olması gerektiği söylenebilir. Fakat anılan maddelerde, kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilmesinden bahsedilirken, bu yetki çerçevesinde Cumhurbaşkanının yapacağı işlemlerin ne tür mevzuat türü ile yapılacağına ilişkin açıklayıcı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yani maddelerde, açıkça söz konusu işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ya da Cumhurbaşkanı kararı ile yapılabileceği belirtilmemiştir. Söz konusu maddelerde kanun çerçevesinde düzenleme yapılabilecek hususlar hakkında açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılabilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, bu maddeler kapsamında

yapılacak Cumhurbaşkanı işlemlerinin Cumhurbaşkanı kararı şeklinde olması gerekir. Aksi durum Anayasanın diğer maddelerinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılabileceğinin belirtilmesiyle ortaya konulmuştur. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aslilik niteliği, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla Anayasanın 73/4 ve 167/2 hükümlerinden hareketle, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aslilik niteliğine bir istisna getirildiğini ileri sürmek olanaklı görünmemektedir[21].

Bu noktada Anayasanın 161. maddesinin yedinci fıkrasında yer verilen "*Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.*" hükmü, Anayasa tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aslilik niteliğine getirilmiş bir istisna olarak değerlendirilebilir mi? Çünkü bu hükümde, harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamamasından bahsedilerek, sanki bütçe kanunu ile harcanabilecek tutarın aşılması konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılabilme gibi bir olguya işaret edilmiştir[22]. Böyle bir durumun gerçekleşmesine imkân tanınması halinde, haliyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi asli niteliğini kaybedecek, kanundan kaynaklanan bir norma dönüşecekti. Kanaatimizce bu hükümden böyle bir sonuca ulaşılamaz. Bu hükümde sadece bütçe kanunu ile getirilmek istenen düzenlemeler bakımından, yasaklayıcı bir norma yer verilmiştir[23].

Bütün bu tespitler ötesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun niteliği veya hükmünde ya da düzenleyici idari işlem niteliğinde olup olmadığına ilişkin tartışmalar[24], daha çok teorik bir boyut içermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliği bakımından aslolan, bu kararnamelerin doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulabilen, yani aslilik niteliği taşıyan kararnameler olmalarıdır. Bu özellikleri bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun gücünde

---

21 Söyler, Y. (2018). s. 148.

22 Ülgen, Ö. (2018/1). s. 12.

23 a.g.e. s. 12-13.

24 Örneğin, 2017 öncesi KHK veya kanunla düzenlenen bazı konularda daha hızlı şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yolu kullanılacağı için TBMM'nin yasama istatistiklerinde çıkarılan kanun sayısında kayda değer bir azalma beklenebileceği yönündeki görüş için bkz. İba, Ş. (2017). *Anayasa Hukuku-Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı, s. 260.

ya da kanuna eş değer nitelikte düzenleyici idari işlemler olarak nitelendirilebilecekleri gibi[25], kanunda açıkça düzenlenen konularda

[25] Söyler, Y. (2018). s. 156. Ülgen, Ö. (2018/2). s. 634-635. Ülgen, Ö. (2018/1). s. 7. Tunç, H. (2018). s. 229. Tabi bu görüş, aynı konuya ilişkin kanun hükümlerinin bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin Anayasanın 104/17 hükmünü göz ardı etmemekte, böyle bir durumda söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün kanun gücünde olma niteliğini kaybedeceğini belirtmektedir. Fakat bu aşamaya kadar Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin asli nitelik taşımasından dolayı, bu kararnameleri diğer düzenleyici idari işlemler kategorisinde değerlendirmek mümkün değildir. Diğer düzenleyici idari işlemlerden hiçbiri, kanun dayanak alınmaksızın ilk elden, yani asli olarak yürürlüğe konulabilecek düzenlemeler değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bu özelliği, aynı konuya ilişkin bir kanun hükmü yürürlüğe konuluncaya dek bu kararnamelere kanun gücünde olma niteliği kazandırmaktadır. Bu tartışmanın, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli niteliklerinin yanı sıra Anayasada özel olarak belirtilen bazı konular açısından özerk nitelik taşıyıp taşımadıkları boyutuna taşınması halinde, çok daha farklı sonuçlar karşımıza çıkmaktadır. Eğer Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bazı alanlar açısından özerkliği kabul edilirse, bu kapsamda yürürlüğe konulan kararnamelerin kanun gücünde olduğu daha kolay söylenebilir hale gelecektir. Çünkü böyle bir kabul halinde, kanunla düzenleme yapılabilmesi mümkün olmayan bir alan oluşturulacağından, bu alana ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aynen kanunlar gibi üzerinde başka bir kurumun düzenlemede bulunamayacağı bir niteliğe kavuşacaktır. Şu halde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aslilik niteliğinin yanı sıra hele bir de özerk niteliğe sahip olduğunun savunulması halinde, bu kapsamda yürürlüğe konulabilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun gücünde olmadığını ileri sürmek çelişkili bir durum ortaya çıkaracaktır. Aynı yöndeki bir tespit için bkz. Kanadoğlu, K. (2018). s. 644. Bizim görüşümüz, bu kararnamelerin asli nitelik taşıdıkları yönünde olduğundan, dolayısıyla kanun gücüne de sahip bulundukları yönündedir. Bununla birlikte doktrinde, aslilik ve özerklik niteliğine vurgu yaparak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun gücünde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kararnamelerle kanunlarda da değişiklikler yapılabileceğini ve bu kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanun altı bir düzeyde bulunmadığını, eleştirel bir şekilde ileri süren görüş de vardır. Bkz. Kanadoğlu, K. (2018). s. 640, 644 vd. Anayasanın 104/17 hükmünde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısında kanunlara açık bir üstünlük tanınması nedeniyle bu görüşe katılmanın olanağı bulunmamaktadır. Bizimle aynı görüşte bkz. Gül, C. (2018). "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu", *ERÜHFD*, C. XIII, S. 2, s. 254. Öte yandan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin, bu düzenlemelerin normlar hiyerarşisinde nerede yer aldığı konusundaki tartışmalarla birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu iki husus birbiri ile bağlantılıdır. Bu noktada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanundan kaynaklanmamaları nedeniyle aynı konuya ilişkin yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda hemen Anayasanın altında, kanuni düzenlemenin bulunduğu durumlarda ise kanunun alt düzeyinde yer alacaktır. Doktrinde bu konuya ilişkin oldukça farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu konu doğrudan inceleme alanımız dışında kaldığından burada sadece dikkat çekici olması hasebiyle bir eserde ortaya konulan ve nispeten bizim görüşlerimizi de destekleyici nitelikteki bir görüşe yer vermek faydalı olacaktır:

çıkarılamamaları, kanunla çatışan hükümleri bünyelerinde taşımaları halinde kanun hükümlerinin geçerli olması ve TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda hükümsüz hale gelmeleri nedeniyle kanun gücüne sahip olmayan nitelikte düzenleyici idari işlemler olarak da nitelendirilebilirler[26]. Cumhurbaşkanı kararları ise tartışmasız kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanılarak ve bunlar kapsamında yürürlüğe konulabilecek düzenleme türleridir. Cumhurbaşkanı kararları aslilik niteliği taşımazlar. Bu ayrımdan hareketle de asli nitelik taşıyan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi'nce, tali nitelikteki Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi ise Danıştay tarafından yapılır. Anılan yüksek mahkemelerin yargısal görev alanlarının saptanmasında, aslilik-talilik şeklindeki bu nitelik ayrımı belirleyicidir.

B. UYGULAMANIN GELİŞİMİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasında Anayasamızda öngörülmüş olan ayrımın uygulamaya yansıması, süreç içerisinde detaylı incelenmesi gereken bir noktadır. Gerçekten de, hukuk normunun uygulamada aldığı şekil, normun öngörülüş amacına uygun olabileceği gibi öngörülüş amacından farklı yönlerde de seyredebilmektedir.

Yürürlüğe konulan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarına bakıldığı zaman, genel itibarıyla Anayasada öngörülmüş olan sistemle uyumlu bir uygulamanın gelişmekte olduğu söylenebilir[27]. Şöyle ki Cumhurbaşkanı, birel nitelikteki işlemlerini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapmamış, bu nitelikteki işlemler Anayasa ile uyumlu bir şekilde Cumhurbaşkanı kararları ile yapılmıştır.

"*Yeni 104. maddede geçen 'Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir' düzenlemeleri kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında hiyerarşi yaratmak için değil, normlar hiyerarşisinde statüsü birbirine denk iki düzenleyici işlemin kuralları arasında çatışma olması halinde, söz konusu çatışmanın nasıl çözüleceğini belirlemek için konmuştur.*"
Bu görüş için bkz. Ergül, O. (2018). "Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, 6, s. 31-32. Bu son görüşün aksi yönünde bir görüş için bkz. Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 49.

26 Atay, E. E. (2018). s. 75, 457. Ulusoy, A. (2019). s. 6-7. Günday, M. (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 11. Baskı, s. 659. İba, Ş. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 245, 247. Özbudun, E. (2018). s. 248.

27 Aynı yöndeki bir tespit için bkz. Ülgen, Ö. (2018/2). s. 620.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen norm niteliğinde düzenlemeler olarak yürürlüğe konulmuştur. Bu açıdan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sistemi henüz yürürlüğe girmeden önce doktrinde, birel nitelikteki Cumhurbaşkanı işlemlerinin de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılabileceğine ilişkin görüşler, uygulama bakımından karşılık bulmamıştır. Böylece, birel nitelikteki Cumhurbaşkanı işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılması durumunda ortaya çıkabilecek mahsurlar ve hak arama ihlalleri, daha başlangıçtan önlenmiştir[28].

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasada öngörülmüş olan aslilik niteliğine de genel itibarıyla uyumlu kararnameler yürürlüğe konulmuş, Cumhurbaşkanı kararları bakımından, kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanılarak ve bunların uygulanması amacıyla yürürlüğe konulma kıstası gözetilmiştir. Cumhurbaşkanı kararlarının yürürlüğe konulmasında talilik özelliğinin gözetildiği dikkat çekmektedir. Ancak, bu kararların, kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine uygun olmadığı ya da bunlardan dayanak almadığından dolayı hukuka aykırılıkları ayrı bir tartışma başlığıdır.

Bu genel gelişimin yanı sıra, uygulamada yürürlüğe konulan bazı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin aslilik özelliği taşıyıp taşımadıkları sorgulanabilir görünmektedir. Bu sorgulamaya başlamadan hemen önce, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanundan kaynaklanması hususu ile kanundan kaynaklanmamasına rağmen kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin hükümler içermesi hususu arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Birinci halde yürürlüğe konulmuş Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bir kanuna dayanması durumu söz konusu iken, ikinci halde kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında böyle bir ilişki kurulmaksızın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin hükümleri bünyesinde taşıması durumu söz konusudur. İlk halde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri bir kanuna dayandığı için aslilik özelliğini kaybetmekte, ikinci halde ise böyle bir durum söz konusu olmamakta, sadece kanun ile çatışan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin uygulanmaması konusu gündeme gelmektedir.

[28] Birel nitelikteki işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle değil de Cumhurbaşkanı kararları ile tesis edilmiş olmasının uygulamada karışıklığı önlediği hakkında bkz. Fendoğlu, H. T. (2018). s. 141.

Böyle bir ayrımın ortaya konulması halinde çözülmesi gereken bir sorun daha ortaya çıkmaktadır. Bu sorun, hangi hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bir kanuna dayandığı, hangi hallerde ise böyle bir durumun söz konusu olmadığının belirlenmesidir. Kanunlarda açıkça, söz konusu kanun hükümlerinin uygulanmasına yönelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğine ilişkin hükümlerin yer alması halinde, böyle bir dayanak ilişkisinin bulunduğu kolayca tespit edilebilir. Kanunlarda her zaman bu yönde açık hükümlere yer verilmemekte, fakat buna rağmen kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aynı konuya ilişkin düzenlemeleri bünyelerinde barındırdığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu tür durumlarda kanaatimizce gözetilmesi gereken kıstas, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ortak düzenleme konusunu oluşturmuş olan hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konu olup olmadığının tespiti olmalıdır. O konu Anayasa gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek bir konu ise, aynı konunun kanunla düzenlenmesi halinde dahi, dayanak ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılamaz. Aksine Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecek bir konu, buna rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmişse ve aynı konuya ilişkin kanunda da bir düzenlemeye yer verilmişse, burada ancak söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna dayanılarak yürürlüğe konulması durumu söz konusu olabilir. O takdirde, söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi aslilik niteliğini kaybettiği için, Cumhurbaşkanı kararı olarak nitelendirilip idari yargının görev alanına bırakılması durumu söz konusu olabilir.

Bu konuyu yürürlüğe konulmuş bazı kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinden hareketle şu şekilde detaylandırmak mümkündür. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 71. maddesinin birinci fıkrasında,

> *"Memurların eşit dereceler arasında veya derece yükselmesi suretiyle sınıf değiştirmeleri caizdir. Bu şekilde sınıf değiştireceklerin geçecekleri sınıf ve görev için bu Kanunda, kuruluş kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen niteliklere sahip olmaları şarttır. Bu durumda sınıfları değişenlerin eski sınıflarının derecesinde elde ettikleri kademelerde geçirdikleri süreler yeni sınıflardaki derecelerinde dikkate alınır."*

şeklinde bir hükme yer verilmiştir. 71. maddede bu şekilde bir hükme yer verilmemiş olsaydı, Anayasanın 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin hususların kanunla düzenleneceğine yönelik hüküm gereğince, sınıf değiştireceklerin geçecekleri sınıf ve görev için

sahip olmaları gereken niteliklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilmesi mümkün olamayacaktı. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bu yönde hükümlerin yer alabilmesi, Devlet Memurları Kanunu'nun 71. madde hükmü gereğince mümkün olmuştur. 71. madde hükmü, bu kapsamda yürürlüğe konulacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanak oluşturmuştur[29].

Öte yandan yine örneğin aynı Kanunun 68. maddesinin (B) fıkrasının son paragrafında, "*Cumhurbaşkanı onayıyla yapılan atamalarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde öngörülen hizmet süresi şartları aranır.*" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Anayasanın 104/9 hükmünde, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtildiğinden, Cumhurbaşkanı onayıyla yapılacak atamalarda -ki bu nitelikteki atamalar 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle üst kademe yönetici atamaları olarak kabul edilmiştir- gerekli olan hizmet süresi şartlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi zaten Anayasa gereğince mümkün olan bir husustur. Bu konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapmak açısından yasal bir dayanağa gerek bulunmamaktadır. Bu noktada Cumhurbaşkanı onayıyla yapılacak atamalarda gerekli olan hizmet süresi şartlarını belirleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin, kanundan kaynaklandığını ve aslilik niteliğini kaybettiğini ileri sürmek mümkün değildir.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ ve CUMHURBAŞKANI KARARININ YARGISAL DENETİMİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimlerinin hangi yargı mercileri tarafından yapılacağına ilişkin hükümler, Anayasamızda ve Danıştay Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler belirli bir düzeyde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimleri bakımından açıklık içermekle birlikte, teoride ve uygulama açısından belirlilik kazandırılması gereken bazı hususların

[29] Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanundan kaynaklanması halinde, hukuk sistemimiz açısından ortaya çıkabilecek mahsurlar bir eserde şu şekilde dile getirilmiştir:
"*Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmasının Anayasa'ya uygun olduğunu kabul etmek, bu alanda ucu belirsiz bir yetki tanımak anlamına gelir. Cumhurbaşkanı'nın kanuna dayanarak yapacağı türev nitelikteki işlemleri Danıştay denetimine tabidir. Bunlardan bazılarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi biçiminde yapılabilmesi ve bu şekilde yapılanların Anayasa'nın öngördüğü sınırlara tabi olmaması Anayasa'ya uygun bulunursa, normatif düzen ciddi yara alacaktır.*"
Bkz. Ülgen, Ö. (2018/2). s. 632.

bulunduğu da belirtilmelidir. Anayasa ve Danıştay Kanunu'nda, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimleri bakımından getirilmiş olan sistem şu şekildedir:

Anayasanın 148. ve 152. maddeleri gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini yapma görevi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. 148. madde ile, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına[30], TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyeye verilmiştir. 152. maddede ise, bir davaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünü Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varması halinde, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakması ve Anayasa Mahkemesi'nce verilen karara göre davayı sonuca bağlamasına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Ayrıca Anayasanın 104/17 hükmünde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, genel mahkemelere de bakmakta oldukları davalara ilişkin kanunla çatışan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini uygulamama gibi bir sorumluluk yüklenmiştir. Bütün bu düzenlemelerden anlaşılan, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya aykırılıklarından dolayı yargısal denetim görevinin Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğu, genel mahkemelerin ise sadece kanunla çatışan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini uygulamama görevine sahip olduklarıdır. Bu hükümler ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari yargı denetimine tabi olmasının önünü kapatmıştır.

Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi bakımından ise Anayasanın 125. maddesinde yer alan "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" hükmünün gereği olarak Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak; Cumhurbaşkanı kararları ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılan davalara bakacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükümde, Anayasa ile uyumlu bir şekilde Danıştay'ın, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini yapamayacağı açıkça belirtilmiş

[30] Cumhurbaşkanına, yürürlüğe koymuş olduğu kararnamelere karşı dava açma yetkisi verilmesinin bir mantığı bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı eğer yürürlüğe koymuş olduğu kararnamenin hukuki varlığına son vermek istiyorsa, bunu söz konusu kararnameyi yürürlükten kaldırarak pekâlâ yapabilir.

ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan bu kararnameler dışındaki düzenleyici idari işlemlere karşı açılan davalar ile Cumhurbaşkanı kararlarına karşı açılan davaların Danıştay'da görüleceği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hükümde dikkat çeken bir diğer husus, birel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararları ile düzenleyici idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanı kararları arasında bir ayrım yapılmış olmasıdır. Fakat her iki halde de yargısal denetim görevi Danıştay'a verilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimleri bakımından Anayasa ile getirilmiş olan sistem bu şekilde oldukça açık görünmekle birlikte, bazı alanlarda belirlilik kazandırılması gereken konular vardır. Bu konuların başında, yargı mercileri tarafından yapılacak yargısal denetimde, *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi* ya da *Cumhurbaşkanı kararı* olarak yapılan adlandırmalara göre mi, yoksa bu işlemlerin maddi açıdan yapılacak nitelik değerlendirmelerine göre mi bir yargısal denetim faaliyeti yürütülmesinin belirlenmesi hususu gelir. Bu kapsamda özellikle birel nitelikteki idari işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılması –yukarıda belirtildiği üzere uygulamada böyle bir yönteme başvurulmamıştır- ve kanuna dayanılarak ve bu nedenle aslilik özelliği taşımayan nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması durumlarında, bu kararnamelerin yargısal denetimlerinin Anayasa Mahkemesi mi yoksa Danıştay tarafından mı yapılacağı konusu tartışılabilir görünmektedir.

Bu konuda doktrinde üç esaslı görüş gelişmiştir. Birinci görüş, *şekli kriteri* esas alarak Anayasa ve Danıştay Kanunu'nun lafzından hareketle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla yürürlüğe konulmuş her türlü düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olduğunu savunmakta, bunun dışında başka bir değerlendirme yapma gereği duymamaktadır. İkinci görüş, kısmi bir maddi nitelik değerlendirmesiyle, birel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetim görevinin Danıştay'da olması gerektiğini ileri sürmektedir[31]. Son görüş ise *maddi kriteri* tam olarak esas almakta, Anayasanın öngörmüş olduğu *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi* ve *Cumhurbaşkanı kararı* ayrımına yönelik nitelik farkını esas alarak, bu nitelik farkına göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin değerlendirilmesi gerektiğini, bu çerçevede aslilik özelliği taşıyan düzenleyici idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi görevinin Anayasa Mahkemesi'ne, birel nitelik taşıyan Cumhurbaşkanlığı

[31] Atay, E. E. (2018). s. 73-74. Tunç, H. (2018). s. 231-232. Boztepe, M. (2018). "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi" *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), s. 26.

kararnameleri ile bir kanun dayanak alınarak yürürlüğe konulmuş Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetim görevinin ise Danıştay'a ait olduğunu belirtmektedir[32].

Anayasa Mahkemesi'nin, hukuki düzenleme türlerinin adlarından bağımsız olarak taşıdıkları niteliğe ve hukuk düzeninde doğurduğu etkilere göre değerlendirilmesi gerektiğine yönelik bazı kararlarının bulunduğu göz önüne alınabilir[33]. Anılan Mahkeme, Asarı Atîka Nizamnamesini, doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulmuş bir hukuki düzenleme olmasından dolayı kanun niteliğinde kabul etmiş ve yargısal denetime tabi tutmuştur[34]. Benzer şekilde 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "Örtülü Ödenek" başlıklı 24. maddesine eklenen "*Cumhurbaşkanlığı bütçesindeki ödenekler bakımından ikinci ve üçüncü fıkralar kapsamında yer alan hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenir ve uygulanır.*" hükmünde yer alan "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ibaresini Anayasa Mahkemesi, Anayasanın mülga 107. maddesi kapsamında asli nitelikli bir kararname olarak değil, kanuna bağlı ve kanundan kaynaklanan tali nitelikli bir düzenleme türü olarak değerlendirmiştir[35]. Anayasa Mahkemesi'nin

---

32 Ülgen, Ö. (2018/1). s. 6, 12-13. Şirin, T. (2018). s. 169-170, 172. Benzer yönde bkz. Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 43, 48. Fendoğlu'na göre, *"Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenen alan, daha önce kanun ile düzenlenmişse, idari yargı yetkili olabilir."* Fendoğlu, H. T. (2018). s. 141.

33 Bu hususun bir içtihat oluşturduğu hakkında bkz. Ülgen, Ö. (2018/1). s. 11-12.

34 Anayasa Mahkemesi'ne göre,
"*…Asarı Atîka 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… bu Nizamnamenin kanun niteliğinde olduğunun kabulü… gerekir.*"
AYM, E. 1965/16, K. 1965/41, 06.07.1965. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, Asarı Atîka Nizamnamesi'ni kanun niteliğinde addederken, bu Nizamnamenin, yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldırma özelliğini de bir kriter olarak ele almıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, böyle bir özelliğe sahip değildir. Yani Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun hükümleri yürürlükten kaldırılamaz. Bu açıdan söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında yapılacak değerlendirmelere ışık tutabilecek nitelikte bir karar olmadığı ileri sürülebilir. Fakat kanaatimizce anılan kararda Asarı Atîka Nizamnamesi'nin kanun niteliğinde addedilmesinde, bu nizamnamenin asli nitelikte oluşuna da bir kriter olarak yer verilmesi, bu kriterin kanun niteliğindeki düzenlemeler açısından taşıdığı değeri göstermesi bakımından önemlidir. Aynı yöndeki bir değerlendirme için bkz. Şirin, T. (2018). s. 360.

35 AYM, E. 2015/42, K. 2017/8, 18.1.2017. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından değerlendirildiği bir çalışma için bkz.

bazı parlamento kararlarını, Meclisin iç çalışmalarına ilişkin olmadığı ve kişi hak ve özgürlükleri üzerinde etki doğurduğu gerekçesiyle kanun niteliğinde addederek ya da bazı parlamento kararlarını *eylemli içtüzük değişikliği* olarak değerlendirip yargısal denetime tabi tutması da bu anlamda maddi nitelik değerlendirmesine ilişkin bir yaklaşımı içermektedir[36].

Fakat Anayasa Mahkemesi'nin aksi yönde kararları da vardır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hallerde çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini önceki yıllarda, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılıp çıkarılmadığına bakarak, yani bir nitelik değerlendirmesi yaparak olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığına karar vermekteydi[37]. 2016 yılında verdiği karar ile Anayasa Mahkemesi, şekli kriteri esas alarak olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin hiçbir şekilde yargı denetimine tabi tutulamayacağı sonucuna varmıştır[38]. Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimine ilişkin bu kararını, anılan Mahkemenin hukuk normlarının denetiminde düzenlemenin adı ile kendini bağlı görmeme ve kendi nitelendirmesine göre denetim faaliyeti yürütme yönündeki içtihadında değişim oluşturan genel düzeyde bir karar yerine, daha çok salt olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimine özgü bir karar olarak değerlendirmek mümkündür. Fakat böyle bir değerlendirme, konuyla ilişkili olarak ele alınabilecek Anayasa Mahkemesi kararlarının tutarlılığına yönelik eleştirileri de beraberinde getirebilir.

Son Anayasa değişikliklerinin getirmiş olduğu sistem, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aslilik niteliği kazandırmış, bu niteliği itibarıyla anılan kararnameleri kanun çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek tali nitelikteki Cumhurbaşkanı kararlarından ayırmış, ayrıca genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyecek nitelikte hukuki düzenlemeler olarak yürürlüğe konulmalarını öngörmüştür. Dolayısıyla ancak bu nitelikleri haiz hukuki düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak nitelendirilebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimleri bakımından,

Ülgen, Ö. (2018/1). s. 13-14.

36 İba, Ş. (2017). *Parlamento Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, Güncellenmiş 6. Baskı, s. 40.

37 Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadını destekleyici nitelikte bkz. Gözler, K. (2019). s. 388-389, 403. Tunç, H. (2018). s. 242.

38 AYM, E. 2016/171, K. 2016/164, 2.11.2016. Aynı yöndeki bir tespit için bkz. Şirin, T. (2018). s. 152-153.

bu çerçevede maddi kriter ekseninde bir değerlendirme yapmak, Anayasa koyucunun iradesi ile daha uyumlu görünmektedir.

Açıklık kazandırılması gereken diğer bir husus, Cumhurbaşkanı kararlarının tamamının yargısal denetim kapsamında olup olmadığı konusundaki belirsizliktir. Bu belirsizliğin giderilmesi için, bu kararlar arasında bir ayrım ortaya koymak gerekir. Cumhurbaşkanı kararlarından bazılarının idari fonksiyon dışında kalması[39], Cumhurbaşkanı tarafından devletin başı olması sıfatıyla alınması ya da devletin yüksek menfaatlerine ilişkin olması nedeniyle, diğer Cumhurbaşkanı kararlarından farklılık arz ettiği ve idari yargı denetiminin kapsamı dışında kalması gerektiği şüphesizdir. Burada önemli olan konu, Cumhurbaşkanının hangi tür kararlarının idari fonksiyon kapsamında bulunmadığı, Cumhurbaşkanı tarafından Devletin başı olma sıfatıyla alındığı ya da devletin yüksek menfaatlerine ilişkin olduğunun belirlenmesi ile ilgilidir.

Önceki anayasal sistemimizde, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimine tabi tutulamayacağına ilişkin bir Anayasa hükmüne yer verilmişti. Dolayısıyla bu konu, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kapsamında bir belirliliğe kavuşturulmuş, fakat Cumhurbaşkanının hangi tür işlemleri tek başına, hangilerini ise diğer makam ya da mercilerce birlikte yapacağına ilişkin bir açıklığa Anayasada yer verilmemişti. Doktrinde bu konu oldukça tartışmaya açılmış, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin belirlenmesine ilişkin oldukça gayretli çabalar gösterilmiştir.

Yeni sistem yürürlüğe konulurken, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı dava açılamayacağına ilişkin Anayasa hükmü yürürlükten kaldırıldığından, bu konudaki tartışmaların seyri değişmiştir. Cumhurbaşkanının hangi işlemlerine karşı dava açılamayacağının belirlenmesinde artık *Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler* kıstası uygulanma kabiliyetini yitirmiştir. Yeni sistemde kıstas, Cumhurbaşkanının idari fonksiyona dâhil olan veya olmayan işlemlerinin belirlenmesi veya devletin başı olarak tesis ettiği ya da devletin yüksek menfaatine ilişkin olarak tesis ettiği işlemler ile diğer işlemlerin ayırt edilmesine dönüşmüştür. Bu kıstaslar dâhilinde doktrinde Cumhurbaşkanı kararlarından hangilerinin idari yargı denetimine tabi tutulabileceği, hangilerinin ise tutulamayacağına ilişkin farklı görüşler dile getirildiği görülmektedir.

[39] Gözler, K. (2019). s. 333. Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 29-31. Ülgen, Ö. (2018/1). s. 7, dipnot no 6.

III. RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMA ZORUNLULUĞU

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasanın 104/19 hükmü ve 151. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Resmî Gazete'de yayımlanmak zorundadır[40]. 104/19 hükmünde yer alan düzenleme şu şekildedir: "*Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.*" Görüldüğü üzere konuya ilişkin Anayasa hükmü tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde oldukça açıktır. Aynı açıklık 151. madde hükmünde de kendisini göstermektedir. 151. maddeye göre, "*Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya içtüzüğün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.*" Bu hükümde de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma hakkına ilişkin süre sınırı düzenlenirken, dolaylı bir anlatımla söz konusu kararnamelerin Resmî Gazete'de yayımlanması zorunluluğuna işaret edilmiştir. Nitekim 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, Anayasada yer alan söz konusu hükümlerle uyumlu olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazete'de yayımlanmaları zorunluluğu belirtilmiştir. (md. 4/1, ç)

Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluğuna ilişkin genel bir hükme ise Anayasada yer verilmemiştir. Özel olarak Anayasanın bazı hükümlerinde, Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlüğe konulabilecek işlemlerin Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluğuna işaret edilmiştir. Olağanüstü hâl ilanı kararının, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanacağı ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulacağı (md. 119/2), Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunların, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanacağı (md. 175/4) ve Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmeliklerden hangilerinin Resmî Gazete'de yayımlanacağının kanunda belirtileceği, bu kapsamda Anayasamızda özel olarak yer almış hükümlerdir. Anayasamızda yer alan bu hükümler dışında, bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanıp yayımlanmayacağı hususu, 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenmiştir.

---

40 Olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de Resmî Gazete'de yayımlanmak zorundadır. Anayasaya göre, "*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur*". (md. 119/6)

10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde ise bir taraftan Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlüğe konulabilecek bazı düzenlemeler ve birel nitelikte tesis edilebilecek işlemlerin Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluklarına yönelik açık hükümlere yer verilirken, diğer taraftan bu kapsamda yer almayan Cumhurbaşkanı kararlarını Resmî Gazete'de yayımlayıp yayımlamama konusunda Cumhurbaşkanına takdir yetkisi verilmiştir. Anılan Kararnameye göre Resmî Gazete'de yayımlanması zorunlu olan Cumhurbaşkanı kararları şunlardır: Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerinin Resmî Gazete'de yayımlanmaları açısından 3011 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun'a atıf yapılmış olduğundan bu Kanun kapsamına giren Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri, Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakan atanması, görevine son verilmesi veya istifasına dair işlemler, Cumhurbaşkanına vekâlet etme işlemleri, bağlı, ilgili veya ilişkili olunan kurum değişikliklerine dair kararlar, Cumhurbaşkanınca yapılan seçme ve atamalar ile göreve son vermeler, sınır tespit kararları, idari bağlılık değişikliğine dair kararlar, belediye kurulmasına dair kararlar ve yer adlarının değiştirilmesine dair kararlar ile özel kanunlarında Resmi Gazete'de yayımlanması belirtilen diğer işlemler (md. 4/1). Bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanmaları açısından Cumhurbaşkanına verilmiş olan yetki, *bağlı yetki* niteliğinde olduğundan söz konusu kararların her hâlükârda Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Bu hususta Cumhurbaşkanının *takdir yetkisi* bulunmamaktadır. Öte yandan 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi ile ikinci fıkrasında, Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete'de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgeler ile burada belirtilmiş olan kararlar dışında Resmi Gazete'de yayımlanmasına lüzum görülen diğer hususların Cumhurbaşkanlığınca belirleneceği belirtildiğinden, bu kapsamda yer alan Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanıp yayımlanmaması konusunda karar verme yetkisi Cumhurbaşkanının takdir yetkisinde kalmaktadır.

Bu noktada başlangıçta ortaya koymuş olduğumuz Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki nitelik farkının, söz konusu düzenleme ya da kararların Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluklarına bir etkide bulunup bulunamayacağı hususu üzerinde bir değerlendirme yapmak gerekebilir. Bu çerçevede öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile birel nitelikte tesis edilen Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmaları konusunda bir tartışma ortaya çıkmaması gerektiği ifade edilmelidir. Çünkü hangi tür birel nitelikli Cumhurbaşkanı

kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanacağı 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde açıkça düzenlenmiş, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazete'de yayımlanmak zorunda oldukları hususu ise anayasal olarak güvence altına alınmıştır.

Burada asıl tartışma konusu olabilecek nokta, Cumhurbaşkanı kararnamelerinin kanuna dayanılarak ya da düzenleyici nitelikteki bazı Cumhurbaşkanı kararlarının doğrudan Anayasadan kaynaklanarak yürürlüğe konulması durumunda nasıl bir çözümün ortaya konulması gerektiğidir. Kanımızca, Anayasamız bu tür düzenlemelere imkân tanımamaktadır. Uygulamada bu tür düzenlemelerin gerçekleşmesi halinde, ne tür bir çözüme gidilmesi gerektiği bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. Bu noktada öncelikle şunu belirtmek gerekir ki bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle anayasal olarak üzerinde düzenleme yapılabilecek konularda hangi ayrıntıda düzenleme yapılması gerektiği farklı bir konudur. Bu tartışmanın odağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararının nitelik değerlendirmesine ilişkindir. Bu kapsamda, bir nitelik değerlendirmesine göre mi yoksa kararname ya da kararların yapılan isimlendirmelerine göre mi bir sonuca ulaşılmalıdır?

Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki nitelik farkının anlaşılır bir şekilde ortaya konulması, söz konusu kararname ve kararların Resmî Gazete'de yayımlanıp yayımlanmamaları hususuna dahi etki edebilmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki nitelik farkının belirlenmesinde *maddi kriter*in esas alınması, bu kapsamda ortaya çıkması muhtemel sorunların çözümüne katkı sağlayan isabetli bir yorum olarak değerlendirilebilir.

SONUÇ

Son Anayasa değişiklikleri ile getirilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bir gereği olarak kuvvetler ayrılığı ilkesi, bu sistemin esaslı bir unsurunu oluşturmuş, yürütme organı bünyesindeki iki başlılık ortadan kaldırılmış ve Cumhurbaşkanı, yeni bazı görev ve yetkilerle donatılmıştır. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının sahip olduğu bu görev ve yetkilerin kullanılması, Cumhurbaşkanı tarafından bazı kamu hukuku işlemlerinin gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır. *Cumhurbaşkanlığı kararnameleri* ve *Cumhurbaşkanı kararları*, bu anlamda Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilecek kamu hukuku işlemlerinden en önemli olanlarıdır.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarının, yeni anayasal sistemimizde çok önemli görev ve yetkilerin kullanılmasına

olanak sağlaması nedeniyle, bu işlemlerin hukuki açıdan ne anlam ifade ettiği, ne tür bir niteliğe sahip olduğu ve aralarında bulunan farklılıkların ortaya konulması, önemli bir konu haline gelmiştir. Konuya ilişkin henüz yargısal içtihatların oluşmamış olmasının da etkisiyle doktrinde, söz konusu işlemlerin nitelikleri ile yargısal denetimlerinin ne şekilde gerçekleştirilebileceğine ilişkin oldukça farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlere makale boyunca yer verilmiş ve gerekli değerlendirmeler yapılmıştır.

Bizim ulaşmış olduğumuz sonuç, Anayasamızda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararları arasında oldukça açık bir nitelik farkının oluşturulmuş olduğudur. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeme özelliklerine sahip, doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulabilen, bu anlamda aslilik niteliğine sahip olan bir düzenleyici idari işlem türüdür. Bu özellikleri itibarıyla birel nitelikteki idari işlemler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle tesis edilemeyeceği gibi, bu kararnamelerin bir kanundan kaynaklanarak da yürürlüğe konulamaması gerekir. Bu noktada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanundan kaynaklanması durumu ile kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması durumu arasındaki farka dikkat edilmelidir. Bu farkın belirlenmesinde özellikle, o konunun Anayasa gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenip düzenlenemeyecek bir konu olmasına göre analiz yapılabilir. Bu değerlendirme neticesinde o konunun Anayasa gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek bir konu olduğu kanaatine varılırsa, ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanundan kaynaklanmadığı, doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulmuş olduğu sonucuna ulaşılabilir. Aksi yönde bir kanaate varılması halinde ise ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek bir işlem olduğu sonucuna ulaşılır.

Cumhurbaşkanı kararları ise nitelik itibarıyla iki türlüdür. Bu kararların ilk türünü, birel işlemlerin gerçekleştirildiği Cumhurbaşkanı kararları oluşturur. Örneğin, Cumhurbaşkanının atama ve seçme kararları, bu nitelikteki Cumhurbaşkanı kararlarındandır. Birel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararlarından bir kısmı, idari fonksiyon içerisinde yer almadığından ve Cumhurbaşkanının Devlet Başkanı sıfatıyla tesis ettiği işlemler olduğundan, yargısal denetim kapsamı dışındadır. İdari fonksiyon içerisinde tesis edilen Cumhurbaşkanı kararları ise ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın yargısal denetimine tabidir.

İkinci tür Cumhurbaşkanı kararları, bir kanuna dayanılarak yürürlüğe konulabilecek, talilik özelliği gösteren düzenleyici idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanı kararlarıdır. Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri, bu anlamda tipik bir düzenleyici idari işlem niteliğinde Cumhurbaşkanı kararı olarak gösterilebilir.

Anayasa ve Danıştay Kanunu'nda, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararları arasında oluşturulmuş olan, burada belirtilen nitelik farkından hareketle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi'ne, Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi ise Danıştay'a bırakılmıştır. Uygulamada birel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı işlemleri, Anayasamıza uygun bir şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile değil Cumhurbaşkanı kararları ile gerçekleştirilmiş ve böylece bu konuda ortaya çıkması olası yargı yolu tartışmaları önlenmiştir. Yine Anayasada öngörülen aslilik niteliğine uygun olarak, yürürlüğe konulmuş Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin büyük çoğunluğu, doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulmuş, fakat bazı kararnamelerin kanundan kaynaklanma durumu söz konusu olmuştur. Bu şekilde kanundan kaynaklanan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi mi yoksa Danıştay tarafından mı yapılması gerektiği tartışmaya açıktır. Konunun çözümüne ilişkin olarak doktrinde, *şekli* ve *maddi kriter* ekseninde iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Şekli görüş taraftarları, yargı mercilerini, yürürlüğe konulmuş Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin isimlendirilmesi ile bağlı kılmakta iken, maddi kriter taraftarları Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasada belirtilmiş olan niteliğine göre bir değerlendirilme yapılması gerektiğini, bu niteliği taşıyan kararnamelerin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'nde, taşımayanların yargısal denetiminin ise Danıştay'da yapılması gerektiğini ileri sürmektedirler. *Maddi kriter*in Anayasa koyucunun iradesi ile daha uyumlu olduğu, bizim ulaşmış olduğumuz ana sonuçlardan birisidir.

KAYNAKÇA

ARDIÇOĞLU, M. Artuk. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 3, s. 21-51.

ATAY, Ender Ethem. (2018). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Bası.

BOZTEPE, Mehmet. (2018). "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi" *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), s. 5-30.

ERGÜL, Ozan. (2018). "Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, 6, s. 30-32.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin. (2018). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, İkinci Baskı.

GÖZLER, Kemal. (2019). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 23. Baskı.

GÜL, Cengiz. (2018). "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu", *ERÜHFD*, C. XIII, S. 2, s. 235-262.

GÜNDAY, Metin. (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 11. Baskı.

İBA, Şeref .(2017). *Anayasa Hukuku-Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı.

İBA, Şeref. (2017). *Parlamento Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, (güncellenmiş) 6. Baskı.

İBA, Şeref. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

KANADOĞLU, Korkut. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, s. 637-650.

KARATEPE, Şükrü. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Savaş Kitabevi, 2. Baskı.

OKŞAR, Mustafa. (2019). *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 18. Basım.

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

ŞİRİN, Tolga. (2018). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: Onikilevha Yayınları.

TANÖR, Bülent. / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. (2019). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta, Tıpkı 18. Bası.

TUNÇ, Hasan. (2018). *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara: Gazi Kitabevi.

ULUSOY, Ali. (2019). "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?" *http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf*, s. 1-9, (14.03.2019).

ÜLGEN, Özen. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, s. 3-39.

ÜLGEN, Özen. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, s. 619-636.

ÜLGEN, Özgen. / ŞİRİN, Tolga. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi "Cumhurbaşkanı Kararnamesi", *Güncel Hukuk*, 2, s. 30-32.

YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan. (2019). *Türk İdâre Hukuku Dersleri*, Ankara: Astana Yayınları, Cilt II.

YILDIRIM, Turan. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, s. 13-28.

Anayasa Mahkemesinin
57. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen
"Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi
ve Anayasallık Denetimi"
Konulu Sempozyumda Sunulan Bildiriler

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİNİN
57. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ SEMPOZYUM PROGRAMI

"Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi"

25 NİSAN 2019 PERŞEMBE **1. GÜN**

14.00-15.30 : **Birinci Oturum**

Oturum Başkanı : **Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN**, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"Kanun ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi"

Konuşmacılar : **Prof. Dr. Yavuz ATAR**, Cumhurbaşkanı Başdanışmanı, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"Kanun - Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar"

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru – Cevap

15.30-16.00 : Ara

16.00-17.30 : **İkinci Oturum**

Oturum Başkanı : **Prof. Dr. Mehmet TURHAN**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı"

Konuşmacılar : **Prof. Dr. Turan YILDIRIM**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri"

Prof. Dr. Melikşah YASİN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru – Cevap

26 NİSAN 2019 CUMA **2. GÜN**

10.00-11.30 **Üçüncü Oturum**

Oturum Başkanı: **Prof. Dr. Erdal ONAR**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"Anayasa Mahkemesinin KHK İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi"

Konuşmacılar : **Prof. Dr. Abdurrahman EREN**, Haliç Üniversitesi Rektörü

"Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]"

Doç. Dr. Abdullah SEZER, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru – Cevap

11.30-11.45 : **Kapanış Konuşması**
Prof. Dr. Engin YILDIRIM,
Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

ANAYASA MAHKEMESI BAŞKANI ZÜHTÜ ARSLAN'IN 57. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ AÇIŞ KONUŞMASI

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 57. yıldönümü nedeniyle düzenlediğimiz törene hoşgeldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere Türkiye'de anayasa yargısı fikri Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan çok daha geriye gider. Ziya Gökalp, henüz Cumhuriyet kurulmadan kaleme aldığı "Yüce Mahkeme" başlıklı yazısında anayasa yargısına olan ihtiyaçtan bahsetmiştir. Gökalp'e göre bir memlekette en büyük hürmet ve itaat kanunların en mukaddesi olan Anayasa'ya gösterilmelidir. Bu hürmet, ancak bütün kanunların Kanunu Esasiye uygun olmasıyla tezahür edecektir.

Gökalp, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir yargı mercii olmaksızın bunun uygulamada mümkün olmayacağını biliyor, bu nedenle de mutlaka bu amaçla bir "Yüce Mahkeme"nin, aslında bir Anayasa Mahkemesinin kurulması gerektiğini savunuyordu. Benzer düşünceler sonraki süreçte zaman zaman dile getirilmişse de Anayasa Mahkemesinin kurulması Gökalp'in yazısından kırk yıl sonra gerçekleşmiştir.

Kurulduğu yıldan itibaren Anayasa Mahkemesinin görev alanı bakımından üç önemli evreden bahsedilebilir. 2012 yılına kadar olan birinci evrede Anayasa Mahkemesi esas itibariyle kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir yüksek yargı organı olarak faaliyet göstermiştir.

2012 yılından itibaren Türk anayasa yargısının ikinci evresi başlamıştır. 2010 Anayasa değişikliği, Anayasa Mahkemesinin yapısı ve üye sayısını da değiştirecek şekilde bireysel başvuru yolunu hukuk sistemine kazandırmıştır. Böylece Anayasa Mahkemesinin görev alanı bireysel başvuruyu da içine alarak genişlemiştir.

Esasen bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesinin sadece görev alanını genişletmemiş, onun yargısal paradigmasını da değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruyla birlikte bireyi ve onun temel hak ve hürriyetlerini esas alan bir yüksek yargı organına dönüşmüştür. Bu paradigma değişimi Anayasa Mahkemesinin diğer görev alanlarındaki yaklaşımını da etkilemiştir. Gerçekten de Mahkeme bireysel başvuruda geliştirdiği hak eksenli yaklaşımını norm denetimine de yansıtmıştır.

Bu etkileşimin en iyi örneklerinden biri 27 Aralık 2018 tarihli iptal kararında görülebilir. Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286. maddesinin, istinaf mahkemeleri tarafından ilk defa verilen mahkûmiyet kararlarına karşı temyiz yolunu kapatan ilgili hükmünü Anayasa'nın hak arama hürriyetini güvenceye alan 36. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Böylece daha önceki kararlarında hükmün denetlenmesini talep etme hakkına temkinli yaklaşan Mahkeme, bireyin muhtemel yargısal hatalar nedeniyle mağdur edilmesini önlemeye yönelik, hak eksenli paradigmaya uygun önemli bir adım atmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararla attığı adım, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aynı hakla ilgili sağladığı asgari güvencenin ötesine geçmiş, bireylere ondan çok daha yüksek bir koruma standardı sağlamıştır. Öte yandan iptal kararının Resmî Gazete'de yayınlanmasından çok kısa bir süre sonra kanun koyucunun Anayasa'ya aykırılığı gidermek için gerekli kanun değişikliğini yapmış olması da memnuniyet vericidir.

Türk anayasa yargısında üçüncü evrenin, 2017 anayasa değişikliğinden başladığını söyleyebiliriz. 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimi yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin görev alanı, yasama işlemlerinin yanında, yürütmenin ilk elden düzenleyici işlemi mahiyetinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini de içine alacak şekilde genişletilmiştir.

2017 anayasa değişikliği ile benimsenen yeni sistemin en önemli kurumu, tabir yerindeyse "alamet-i farikası" Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimi, yeni sistemin üzerine dayanması gereken denetleme ve dengeleme mekanizması bakımından hayati derecede önemlidir.

Esasen anayasa değişiklikleri gerçekleştiği andan itibaren Mahkememiz konuyla ilgili hazırlıklara başlamış, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında düşünen ve yazan akademisyenlerin de katkılarıyla yoğun bir çalışma temposu içine girmiştir.

Bu kapsamda bu yıl düzenlenen sempozyumun konusunu da "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimi ve anayasallık denetimi" olarak belirledik. Bu vesileyle öğleden sonra başlayacak olan sempozyuma bildirileriyle ve katılımlarıyla katkı sunacak olan tüm hocalarımıza ve katılımcılara şimdiden teşekkür ederim.

Hiç kuşkusuz anayasal sistemimizde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yeni bir kurumdur. Anayasa bu kararnamelere ilişkin temel esasları, ilkeleri, sınırları ve bunların kanunla ilişkisini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesinin görevi ise söz konusu anayasal hükümleri uygulamak suretiyle önündeki iptali talep edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini gerçekleştirmektir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararları sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimini açıklığa kavuşturma anlamına gelmeyecek, aynı zamanda yeni hükümet sisteminde yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki ilişkilerin mahiyetine de önemli ölçüde ışık tutacaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türk anayasa yargısının yukarıda ifade edilen üç evresi, aynı zamanda Osmanlı'dan bugüne devam eden anayasacılık hareketlerinin de bir parçasıdır. Sened-i İttifakla başlayan ve iki asrı aşan anayasacılık tarihimiz dikkate alındığında anayasa kimliğimizde belirli bir sürekliliğin olduğunu söyleyebiliriz. Hiç kuşkusuz hükümet sistemi ve yönetim tekniğine ilişkin bazı değişiklikler, anayasal kimliği belli ölçüde etkilemiştir. Ancak, bu durum söz konusu kimliğin temel esaslarını değiştirmemiştir.

Anayasa kimliğimizin en iyi ifade edildiği yer Anayasa'nın 2. maddesidir. Buna göre insan hakları, demokrasi, laiklik, sosyal devlet ve hukuk devleti Türk anayasa kimliğinin temel unsurlarını teşkil etmektedir. Diğer yandan 1876 tarihli Kanunu Esasi'den bu yana devletin bölünmez bütünlüğü de anayasa kimliğinin süreklilik arzeden bir parçası olmuştur. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlar üzerinden anayasa koyucunun

belirlediği bu ilkelerin yorumlanması, kapsamlarının belirlenmesi ve uygulanması görevini yerine getirmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti anayasal kimliği bir bütün olarak belirleyen en temel ilkedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devletini Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması gereken bir ilke olarak nitelendirmiştir. Gerçekten de genelde anayasacılığın özelde de anayasa yargısının amacı, bireyin temel hak ve hürriyetlerini teminat altına almak için devletin hukuka tâbi olmasını sağlamaktır.

Demokrasiyi özgürlükler rejimi kılan ilkelerden biri de hiç kuşkusuz kuvvetler ayrılığıdır. Kuvvetler ayrılığı, gücün temerküzünü engelleyerek, denge ve denetleme sistemiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkı yapan en önemli ilkelerden biridir.

Kuvvetler ayrılığı fikri, bizde Osmanlı Devletinin son döneminden itibaren savunulmuştur. İlk anayasa hukukçularımızdan olan Babanzâde İsmail Hakkı, 1913 yılında yayınlanan *Hukuk-ı Esasiye* adlı kitabında kuvvetler ayrılığının aslında insanın doğasında bulunduğunu, hür olan insanın kanun koyma, bunu uygulama ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları yargısal olarak çözme kuvvetlerinin olduğunu anlatmıştır. Aynı şekilde 1924 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarına da katılmış olan Ahmet Ağaoğlu'na göre "hür ve demokratik bir devlet makinesi kurulurken" yapılması gereken, milli egemenliğin tezahürü olan üç erki (yasama, yürütme ve yargı) birbirinden ayırmak ve bunlar arasındaki ilişkileri ahenkli şekilde düzenlemektir.

Bugün de Türk anayasal sisteminin önemli bir unsuru olan kuvvetler ayrılığı, Anayasa'nın Başlangıç kısmında "belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda "işbölümü"nün her bir devlet organının anayasal yetkilerini kullanarak kendilerine verilen görevleri yerine getirmek anlamına geldiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında kuvvetler ayrılığı uyarınca "her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalması ve diğer erkin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması" gerektiği vurgulanmıştır.

Devlet organlarının Türkiye Cumhuriyetini "çağdaş medeniyet düzeyi"nin ötesine taşıma ortak hedefine yönelik olarak birlikte çalışması ise "işbirliği"ni ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre kuvvetler ayrılığı ilkesi erklerin birbirleriyle bağlantısız bir şekilde çalışmalarını değil aksine, kendi anayasal yetkilerini kullanarak işbirliği içinde çalışmalarını gerektirmektedir. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı, hiçbir şekilde kuvvetler çatışması değildir.

Anayasal kimliğimizin temel unsurlarından olan hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı, yargının yasama ve yürütmeden bağımsız olmasını gerektirmektedir. Bu anlamda yargı bağımsızlığı demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz gereklerindendir. Esasen bu durum tüm hukuk sistemleri için ve her dönemde geçerlidir.

Diğer yandan son yıllarda yaşadığımız tecrübeler, yargının sadece yasama ve yürütmeye karşı değil aynı zamanda her türlü paralel yapı ve oluşuma karşı da bağımsız olması gerektiğini göstermiştir. Hâkim hiçbir şart ve ahval altında aklını ve vicdanını başkasına emanet edemez.

Tam da bu nedenle Anayasa uyarınca görevlerinde bağımsız ve tarafsız olan hâkimler Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Bu anayasal hüküm aynı zamanda yargı etiğinin evrensel kurallarından birini teşkil etmektedir. Nitekim Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından kısa süre önce Resmî Gazete'de yayınlanan Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin 2. maddesi de Anayasa'nın 138. maddesiyle uyumlu olarak yargı bağımsızlığını düzenlemiştir. Buna göre hâkim ve savcılar "bağımsızlıklarına doğrudan ya da dolaylı olarak etki edebilecek baskı ve tesiri kayıtsız şartsız reddederler".

Son olarak belirtmek gerekir ki, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve yargısal denetim gibi kavram ve kurumların varlığı, bireyin temel hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınması bakımından gerekli, ancak yeterli değildir. Bu noktada, Türkiye'de anayasa yargısının öncülerinden olan ve daha 1948 yılında bir Anayasa Mahkemesinin kurulması gerektiğini söyleyen merhum Ord. Prof. Dr. Ali Fuad Başgil'e kulak vermek gerekir. Başgil temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik asıl teminatın eğitimle kazanılabilecek olan "hürriyet ve demokrasi terbiyesi"nden geçtiğini belirtmiştir.

Başgil'e göre "Anayasaların en iyisi, en iyi ve en kolay tatbik edilenidir". Bu bağlamda Ali Fuad Başgil anayasanın uygulanması ve ona uyulmasının esas olduğunu belirterek anayasal kurumların ve sistemin tek başına bir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamıştır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Anayasa Mahkemesinin görev alanının genişlemesi, doğal olarak iş yükünü de artırmıştır. Gerek bireysel başvuruda gerekse de norm denetiminde her geçen gün artan bir işyüküyle karşı karşıyayız.

Bireysel başvuruda bugün itibariyle derdest başvuru sayısı 42 bin civarındadır. Derdest başvuruların % 95'lik kısmı 2017 yılı ve sonrasına aittir.

Norm denetiminde ise 76'sı iptal davası, 28'i de itiraz başvurusu olmak üzere toplam 104 derdest dosya bulunmaktadır. İptal davalarının norm denetimi içerisindeki oranı yaklaşık yüzde 73, itiraz başvurularının oranı ise yaklaşık yüzde 27'dir. Bir önceki yılın istatistiği dikkate alındığında da gelen işin yarısından fazlası iptal davalarıdır. Buna karşılık 2017 yılında iptal davalarının norm denetiminde gelen işe oranı yüzde 11, itiraz başvurusunun ise yüzde 89'dur. Önceki yıllarda da itiraz başvurularının iptal davalarına göre oranının genel olarak hep daha yüksek olduğu görülmüştür. Şu halde, son iki yıldır norm denetiminde iptal davalarının sayısı çok hızlı bir yükseliş göstermiştir.

Öte yandan iptal davalarının yaklaşık yüzde 70'i kanunlaşan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden oluşmaktadır. Şu anda Mahkeme'nin önünde anayasallık denetimi yapılacak olan 21 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bulunmaktadır.

Bu istatistiklerin de ortaya koyduğu üzere önümüzdeki dönemde norm denetiminde verilecek kararların ağırlığını kanunlaşan OHAL KHK'ları ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri oluşturacaktır. Belirtmek gerekir ki, itiraz başvurularının aksine, iptal davasına konu olan kanun ya da kararnameler çok sayıda kuralı içerdiğinden bu davaların hazırlık ve karar süreci çok daha uzun olmaktadır.

Konuşmama son vermeden önce, yoğun iş yüküyle mücadele ederek, nitelikli kararlar vermek için fedakârca çalışan tüm mensuplarımıza katkılarından dolayı teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu vesileyle Mahkememizden emekli olan üyelerimiz ve personelimizden vefat edenlere de Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

Öğleden sonra başlayacak olan sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Değerli sunumlarıyla sempozyuma katkı sunacak olan saygıdeğer hocalarımıza ve tüm katılımcılara şimdiden bir kez daha teşekkür ediyorum.

Törenimizi teşriflerinizden ve beni sabırla dinlediğinizden dolayı şükranlarımı sunuyor, güzel ve sağlıklı günler diliyorum.

Birinci Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

İstanbul Şehir Üniversitesi

Konuşmacılar

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Cumhurbaşkanlığı

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

Galatasaray Üniversitesi

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
İstanbul Şehir Üniversitesi

Sayın Başkan, değerli konuklar her şeyden önce Sayın Başkanımız, değerli dostum ve meslektaşım Prof. Dr. Zühtü ARSLAN'a bu nazik davetinden dolayı teşekkür ederim.

Anayasa Mahkemesi'nin sempozyumları artık gelenekselleşmiştir ve Anayasa Hukukumuzun gelişmesine de büyük katkıda bulunmuştur. Bu sempozyumların ana teması olarak her seferinde en güncel ve tartışmalı konuların seçilmesine itina gösterilmiştir. Bu sefer de yapılan "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri" konusunun seçimini gayet isabetli görüyorum.

Bilindiği üzere Cumhurbaşkanlığı kararnameleri 2017 Anayasa değişikliği ile mevzuatımıza girmiş tamamen yeni bir müessese. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri anayasa değişikliği ile ilga edilmiş olan kanun hükmünde kararnamelere benzemekle birlikte önemli farkları da barındırıyor. Dolayısıyla bu yeni yöntemin kapsamı, niteliği, kanun ile olan ilişkisi vs. ilginç sorunlar ortaya koyuyor ve bu konuda gene hepinizin bildiği gibi akademik dünyada birtakım tartışmalar cereyan ediyor. Dolayısıyla bu bir buçuk günlük sempozyumun bu konudaki tartışmalara katkıda bulunacak, önümüzdeki dönemde Anayasa Mahkemesi huzuruna gelmesi kuvvetle muhtemel ihtilaflara da ışık tutacaktır. Mahkemeye de yardımcı olmak bakımından bu sempozyumun önem taşıdığını, konu seçiminin de çok isabetli olduğunu düşünüyorum.

Ben sözü fazla uzatmadan katılımcılarımızı takdim ediyorum. Prof. Dr. Yavuz ATAR eski bir dost, kendisi Cumhurbaşkanı başdanışmanı ve İbn-i Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi, ayrıca da Venedik Komisyonu yani Avrupa Komisyonu Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonunun üyesi. Bu sıfatı beni daha da çok ilgilendiriyor çünkü bende naçizane yirmidörtyıl 2014 yılına kadar o komisyonun üyeliğini yaptım. İkinci konuşmamız, Sayın Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Konu başlıklarına baktığımızda her iki konuşmacının da gene saydığım kritik konulardan biri olan Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki ilişki üzerinde duracakları anlaşılıyor. Ben oturum başkanı olarak sözü fazla uzatmadan daha genel olarak konuyu ele alacağını düşündüğüm Sayın Yavuz ATAR'a söz veriyorum.

Buyrun Yavuz Bey.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ VE ANAYASALLIK DENETİMİ

Prof. Dr. Yavuz ATAR
Cumhurbaşkanlığı

1. Genel olarak yürütmenin düzenleyici işlemler yapma yetkisi

Parlamenter hükümet sistemlerinde genellikle kabul edildiği üzere, 1982 Anayasasının ilk düzenlemesinde de, Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi bulunmaktaydı. Cumhurbaşkanlığı Sistemine geçişi sağlayan 2017 Anayasa değişikliğiyle yürütme organının kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmış, buna karşılık Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması kabul edilmiştir.

Söz konusu Anayasa değişikliğiyle, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin yanı sıra, daha önce Anayasada yer alan "tüzük çıkarma" uygulaması da kaldırılmıştır. Anayasanın mülga 115'inci maddesine göre, *"Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak… şartıyla tüzükler"* çıkarabilmekteydi.

Tüzüğün yönetmelikten önemli bir farkı, tüzüğün Bakanlar Kurulunca *herhangi bir kanun hakkında*, buna karşılık yönetmeliğin ise kamu tüzel kişilerince *sadece kendi görev alanlarıyla ilgili kanunlar hakkında* çıkarılabilmesidir. Türk hukuk sisteminde eskiden Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanlığı Sistemine geçildikten sonra ise Cumhurbaşkanı bütün kanunları uygulamakla yetkili ve görevli olduğundan, Cumhurbaşkanı, herhangi bir kanunla ilgili olarak tüzük yerine yönetmelik çıkarabilir. Bu bakımdan tüzük ve yönetmelik ayrımı yürütme organı (Cumhurbaşkanı) açısından anlamsız olduğundan, tüzük uygulamasının sonlandırılmış olması yerindedir.

Anayasaya göre (geçici m.21/F), *önceki dönemde çıkarılmış bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler* yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir.

Yeni sistemde yürütme organının düzenleyici işlemleri Anayasada, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler şeklinde düzenlenmiş olmakla birlikte, yürütme organının başka düzenleyici işlemler yapması da mümkündür. Örneğin, Cumhurbaşkanı, kanun veya kararnamelere dayanmak suretiyle, parlamenter sistemde Bakanlar Kurulu ve Başbakanlığın çıkardığı mahiyette karar, genelge, tebliğ gibi adlar altında genel, soyut ve objektif kurallar içeren düzenlemeler yapabilir. Aynı şekilde bakanlıklar da kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin verdiği izinle bu düzenleyici işlemleri yapabilirler.

Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (m.104/17) ve olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (m.119/6) olmak üzere iki kategori hâlinde düzenlenmiştir.

2. Olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

a. Tanımı, niteliği ve Türk hukuku bakımından normlar hiyerarşisindeki yeri

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunlarla düzenlenmemiş ve Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olmak kaydıyla yürütme yetkisine ilişkin konularda ve ayrıca Anayasada belirtilen münhasır alanlarda, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak çıkardığı düzenleyici işlemlerdir.

Anayasaya göre (m.104/17), "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 kararnamesi ile 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."

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farkı, kanuna dayanmak zorunda olmamasıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kural olarak kanunlara eşdeğer

normlar olup, yürütme ve yargı bakımından uyulması zorunlu düzenlemelerdir. İdare işlem yaparken, mahkemeler de karar verirken ilgili kanunlara ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanmak zorundadır. Ancak idare işlem yaparken, mahkemeler de karar verirken, aynı konuda hem kanunda hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde hüküm bulunması durumunda kanundaki hükümleri uygulayacaklardır.

Anayasaya göre, yürürlükteki kanunlarda açıkça düzenlenmiş bulunan konularda kararname ile düzenleme yapılamaz. Belli bir konuyu düzenleyen kanunda birtakım hususlar eksik bırakılmış ise, tamamlayıcı nitelikte olmak üzere kararname ile düzenleme yapılmasına engel bulunmamaktadır. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda henüz bir kanun çıkarılmamış olması veya kanun çıkarılmış olmakla birlikte Anayasada belirtilen hususların tamamının o kanunda düzenlenmemiş olması hallerinde ise tamamlayıcı nitelikte kararname çıkarılamaz. Çünkü Anayasada bu hallerde kanunla düzenleme şartı bulunmaktadır. Öte yandan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlarda değişiklik yapılması mümkün değildir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Türk pozitif hukukunda "normlar hiyerarşisi" bakımından kanun-altı düzenlemeler olmayıp, uygulama bakımından kanunlarla aynı etki ve değerde olan düzenlemelerdir. Bunun gerekçelerini şu şekilde sıralayabiliriz:

1. 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. Nitekim Anayasada "kanunlar ile yönetmelik hükümlerinin çelişmesi halinde arasında çelişki olması halinde kanun hükümleri uygulanır" şeklinde bir hüküm bulunmamaktadır.
2. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi sadece Anayasaya uygunluk açısından yapılır ve bu denetimi Anayasa Mahkemesi yapar (m.148/1). Kararnamelerin kanunlara uygunluğunun denetlenmesi söz konusu olamaz.
3. Anayasada, kanunlarda olduğu gibi kararnameler bakımından da yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür (m.124/1).

4. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütmenin diğer düzenleyici işlemleri gibi kanuna dayalı (bağlı) işlemlerden değildir.

O halde kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki ilişki, kesinlikle kanun-yönetmelik ilişkisi niteliğinde değildir. Herhangi bir kanunda belli bir hususun veya ayrıntıların kararname ile düzenleneceği belirtilmişse bu açık bir yasama hatası olarak anlaşılmalı ve o kanun hükmü uygulama kabiliyeti olmadığından ihmal edilmelidir. Bu tür kanun hataları yasama organı tarafından düzeltilmelidir.

Buna karşılık gerekli hallerde bir kanunda kararname hükümlerine, kararnamede de kanun hükümlerine atıf (gönderme) yapılabilir. Bu tür atıflar çeşitli kanunlarda görülen atıflar gibi anlaşılmalıdır.

Kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin karşılaştırılması:

Her ikisi de yürütmenin düzenleyici işlemlerinden olan kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki *benzerlikler* şunlardır: (1) Normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşdeğerdedirler. (2) Temel hak ve hürriyetleri düzenleyemezler. (3) Yargısal denetimleri Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır.

Kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki *farklılıklar* ise şöyle sıralanabilir: (1) Kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılabilmesi için Meclisin bir yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna izin vermesi gerekmekteyken, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yetki kanununa gerek olmadan doğrudan Anayasaya dayanılarak çıkarılır. (2) Kanun hükmünde kararnamelerle kanunlarda değişiklik yapılabilirken, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlar değiştirilemez. (3) Kanun hükmünde kararnameler Meclisin onayına sunulmaktayken, olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için böyle bir kural bulunmamaktadır. (4) Kanun hükmünde kararnameler bakımından mahfuz düzenleme alanı bulunmazken, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde mahfuz düzenleme alanı vardır. Nitekim belli konuların sadece kararnamelerle düzenlenmesi öngörülmüştür ve bu konular kanunla düzenlenemez. (5) Kanun hükmünde kararnameler ile kanunlar arasındaki norm çatışması "genel normlar çatışması çözüm kurallarına" tâbi iken, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında norm çatışması ortaya çıkması durumunda Anayasaya göre kanundaki hükümler uygulanır, yani genel normlar çatışması çözüm kuralları uygulanmaz.

b. Kanun ve kararname çatışmasının (normlar ihtilafı) çözümü ve çözüm kuralının uygulanması sorunu

Kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında bir "norm çatışması", sorunu ortaya çıktığında, bu norm çatışmasının nasıl halledileceği "kanun hükümleri uygulanır" denilerek doğrudan Anayasa ile belirlenmiş bulunmaktadır. Anayasamızda benzer bir düzenleme temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar bakımından 90'ıncı maddede yer almaktadır. Anayasanın bu düzenlemesine göre, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu nedenle, normların çatışması halinde uygulanan, *genel hüküm-özel hüküm çatışmasında özel hükmün, eski hüküm-yeni hüküm çatışmasında ise yeni hükmün uygulanacağına* ilişkin genel çözüm prensipleri burada geçerli olmayacaktır.

Anayasadaki "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır" cümlesinde yer alan "*farklı hükümler*" deyiminin ne anlama geldiği ve "normlar ihtilafı" sorununu gidermeye hangi mercilerin yetkili olduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu çerçevede *Anayasa m.104 ile getirilen hükmün uygulanma şartları* olarak şu hususlar belirlenebilir:

(1) Yürürlükte bulunan bir kanun ile bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde aynı konuyu düzenleyen farklı hükümlerin bulunması gerekir. "*Farklı hüküm*" deyimi, kararname hükmünün kanuna aykırılığı şeklinde değil, kanun hükümleriyle çatışması biçiminde anlaşılmalıdır. Çünkü Anayasa hükmü, kararnamenin kanuna aykırılığı değil, düzenlemelerin aynı konuda farklı hükümler içermesi sorununun çözümüne yöneliktir. Başka bir ifadeyle, bu düzenleme, hukuk kurallarının uygulanmasında ortaya çıkan *"aykırılık sorunu"* ile değil, "*çatışma (çelişme) sorunu*" ile ilgilidir. Örneğin, kanunda belli bir kurula üye seçme işleminin Meclis tarafından, kararnamede ise Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağı yazılı ise, işlem Meclis tarafından yapılacaktır. Kanun hükmünün çok genel, kararname hükmünün ise ayrıntılı ve somut olması durumunda kuralların çatışması söz

konusu olmayabilir. Bu durumda mümkünse kanun ve kararname hükmü birbirini tamamlayan hükümler olarak birlikte uygulanmalıdır. Örneğin, kanunda bir işlemin "ilgili bakanlık", kararnamede ise "içişleri bakanlığı" tarafından yapılacağı yazılıysa, bir çelişkinin olmadığı ve hükümlerin birbirini tamamladığı, dolayısıyla söz konusu işlemin içişleri bakanlığınca yapılacağı düşünülebilir. Öte yandan, kanun bir konuda genel bir prensip koymakta, kararname hükmü de bu prensiple çelişen daha ayrıntılı bir düzenleme yapmaktaysa, bu durumda da kararname hükmü uygulanamaz.

(2) Kanun ve kararname hükümlerinin *somut bir olayda uygulanması* gerekir. Somut bir uygulama sorunu ortada yokken, herhangi bir merciin bu konuda tespit edici bir karar alması söz konusu olamaz.

(3) Norm çatışmasının varlığı halinde kanun hükmünü uygulayacak olan merci, somut işlemi yapmaya yetkili *idare organı* ya da olayın yargıya intikal etmiş olması durumunda görevli *yargı organı*dır.

Anayasada yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir" şeklindeki düzenleme, her zaman bir kararnamenin tümünün geçersiz hale gelmesi olarak anlaşılmamalıdır. Meclisin bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırması veya kararnamede değişiklik yapması söz konusu olamaz. Çünkü Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, önceki dönemdeki kanun hükmünde kararnameler gibi Meclisin iznine ve onayına tâbi olmayıp, doğrudan Anayasaya dayanılarak çıkarılan düzenlemelerdir. Eğer kanun, bir kararnameyle daha önce düzenlenmiş bulunan bütün konularla ilgili olarak uygulanabilir yeni hükümler getirmişse, kararnamenin tümü, bir kısım konularla ilgili yeni hükümler getirmişse bu hususlar bakımından kararname hükümleri geçersiz, yani uygulanamaz hale gelir. Bu geçersizliği tespit ederek uygulayacak olan merciler, duruma göre, ilgili konularda işlem yapacak ya da karar verecek olan idare ve yargı organlarıdır.

Anayasada münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen konularda Meclisin kanun çıkarması mümkün değildir. Örneğin, Anayasaya göre bakanlıkların kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkileri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinden, bu konuda kanun çıkarılamaz, çıkarılırsa açıkça Anayasaya aykırı olur. Bu hükme rağmen Meclisin bu konuda kanunla düzenleme

yapması halinde hangi hükümlerin uygulanacağı tartışması ortaya çıkacaktır. Anayasada kanunlarla kararnameler arasında farklı hüküm bulunması halinde kanun hükmünün uygulanacağı şeklindeki kurala bir istisna getirilmemiştir. Esasen bu düzenleme yapılırken, münhasır Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilgili bir istisnaya yer verilmesi yerinde olurdu. Bu nedenle Meclisin münhasıran kararnamelerle düzenlenen bir konuda yapacağı kanuni düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar uygulanacaktır.

c. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusu

Genel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Dolayısıyla yürütme yetkisi ile ilgili olmayan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasayla yürütme organına bireysel işlemlerin yanı sıra, düzenleyici işlem yapma yetkisinin de verilmiş olması nedeniyle, yürütmenin yetkisinin sadece kanunları uygulamaktan ibaret olduğu söylenemez. Dolayısıyla "yürütme yetkisine ilişkin konuların" kapsayıcı bir tanımını yapmak veya sınırlarını net bir şekilde belirlemek hemen hemen imkânsızdır. Bu nedenle kural olarak yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkileri gibi hususlar dışındaki konuların yürütmeyle ilgili olduğu kabul edilebilir.

Anayasada yer alan bu genel kararname yetkisinin dışında, belli konuların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu konular yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir ve "mahfuz yetki" olarak adlandırılabilecek bu hususlarda Meclis kanun çıkaramaz. Bu konular şunlardır:

(1) Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (m. 106/11).

(2) Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m.108).

(3) Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m.118/6),

(4) Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (m.104/9).

Anayasanın 123'üncü maddesine göre (f.3), "kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur." Bu hükümle,

kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi hem Meclise hem de Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Meclisin kanunla, Cumhurbaşkanının da kararnameyle kuracağı iktisadi kamu teşebbüsleri gibi bazı kuruluşlar kamu tüzel kişisi olarak varlık kazanacaktır.

1982 Anayasasının ilk düzenlemesindeki (mülga m.107) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin Kuruluşu hakkında Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisi de bu anlamda bir "mahfuz yetki" niteliğindeydi. O dönemde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri hakkında Meclisin bir kanun çıkarması mümkün değildi.

Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Şu hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (m.104/17):

(1) Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler.

Görüldüğü üzere sosyal haklarla ilgili olarak bir kısıtlama öngörülmemiştir. Bu nedenle Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde düzenlenen sosyal ve ekonomik haklar, önceden bir kanunla düzenlenmemiş olmak ve Anayasanın ilgili maddelerinde kanunla düzenleme şartı bulunmamak kaydıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir. Buna karşılık bu haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlanamaz. Zira Anayasaya göre, temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir (m.13). Kanunla öngörülmeyen yeni bir sınırlama getirmemek şartıyla, temel hak ve hürriyetler alanında hakların kullanılmasını kolaylaştıran veya sınırlamaları somutlaştıran düzenlemeler kararname ile yapılabilir.

(2) Anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan konular.

Meclis Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda bugüne kadar yüzlerce kanun çıkarmış bulunmaktadır ve bunlar yürürlüktedir. Anayasanın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülmüş konularda Meclis henüz bir kanuni düzenleme yapmamış olsa bile, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Keza kanun çıkarılmış olmakla birlikte Anayasada belirtilen hususlarda eksik düzenleme olsa bile bu hususlarda tamamlayıcı kararname çıkarılamaz. Anayasa 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. (Tespitlerimize göre Anayasanın çeşitli maddelerinde 183 konuda kanunla düzenleme şartı bulunmaktadır. Bu sayı Anayasadaki kanunla düzenlenecek konuların kapsamıyla ilgili yorum farklılıklarına göre değişiklik gösterebilir.)

(3) Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olmakla birlikte, kanunlarla önceden açıkça düzenlenmiş bulunan konular.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca yasama organı (münhasıran Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenecek mahfuz alan hariç) herhangi bir konuda kanun çıkarabilir. Nitekim mevzuatımızda bu şekilde çıkarılmış çok sayıda kanun mevcuttur. Anayasada kanunla düzenleme şartı bulunmayan ve daha önce hakkında bir kanun çıkarılmamış olan yürütme yetkisine ilişkin hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir. Örneğin, Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmesinin ardından, Resmi Gazete, Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri, Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar, Genel Kadro ve Usulü hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bu kapsamda çıkarılmış bulunmaktadır.

d. Usulü ve şeklî

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini çıkarmaya yetkili organ Cumhurbaşkanı'dır. Kararnameler kanunlara eşit normlar içermekle birlikte yürütme işlemi olduğundan, idari usullere göre hazırlanır ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmakla kabul edilmiş olur. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Resmî Gazetede yayımlanır ve yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir (m.104/19). Kararnameler, Meclisin çıkaracağı bir yetki kanununa gerek olmaksızın doğrudan Anayasaya dayanılarak çıkarılır ve TBMM'nin onayına da sunulmazlar.

e. Yargısal Denetimi

Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (m.148, 150, 151, 152). Bir yürütme işlemi olmakla birlikte, Anayasada açıkça belirtildiği için Cumhurbaşkanlığı kararnameleri anayasa yargısı alanına dâhildir ve bunlar hakkında hiçbir şekilde idari yargı denetimi yapılamaz.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmekle birlikte, kararnamelerin kanunlara uygun olup olmadığını denetleyemez. Çünkü kanunlarla kararnameler normlar hiyerarşisi bakımından eşit düzeydedir. Kanunlarla kararnameler arasında norm çatışması olması durumunda ise, yukarıda açıkladığımız şekilde kanun hükümleri uygulanır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak daha önce yapılan işlemler geçerliliğini sürdürür. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümez.

İptal davası ve itiraz yoluyla denetim

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunlarda olduğu gibi iptal davası veya itiraz yoluyla yargı denetimine tâbi tutulabilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin veya bazı hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmaya yetkili kişi ve organlar *Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ile TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri* olarak sayılmıştır (m.150).

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle veya bunların belli madde ve hükümlerinin esas ve şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma yetkisi, bunların Resmî Gazetede yayımlanmalarından başlayarak ***altmış gün*** sonra düşer (m.151).

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanuna göre (m.36, f.4), "Şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez." Bu durumda, sadece Anayasa değişiklikleri ve kanunlar değil, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından da şekil bozukluğuna dayalı Anayasaya aykırılık iddiası itiraz (def'i) yoluyla ileri sürülemeyecektir.

Anayasanın "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlığını taşıyan 152'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, "bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi 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."

Davaya bakmakta olan mahkemeler, tarafların talebi üzerine veya re'sen Anayasaya aykırı olduğu düşünülen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla götürebilirler. Bir davaya bakan mahkeme, davada uygulanacak hükmün "kanun hükmü" olduğunu belirlemişse, bu durumda zaten kararname hükmü "o davada uygulanacak kural" olmadığından itiraz başvurusuna konu edilmesi söz konusu olmayacaktır.

Aynı konuda hem kanun hem de kararnamede hüküm bulunması halinde kanun hükmünün uygulanması gerektiğine ilişkin Anayasa (m.104/17) emrinin muhatabı davaya bakan mahkemedir. Mahkeme önündeki davada uygulanacak hükmün kanun değil de kararname hükmü olduğuna karar verdiğinde Anayasa Mahkemesinin uygulanacak normun kanun hükmü olduğunu belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi başvuruyu "davada uygulanacak kural" şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle ön incelemede reddetme yoluna gitmemelidir Dava mahkemesinin çatışan kanun ve kararname hükmü karşısında kanun yerine kararname hükmünü uygulamaya karar vererek hata yapması ancak kanun yolu denetiminde temyiz mercii tarafından dikkate alınabilir ve bozma kararı verilebilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin dava mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık gerekçesiyle kendisine itiraz yoluyla gönderilen kararname hükmünü Anayasadaki "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" kuralına aykırılık bakımından denetlemesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Anayasanın 152'nci maddesinin son fıkrasına göre, "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra **on yıl** geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz." Anayasanın bu hükmüyle öngörülen on yıllık süre sınırlaması sadece kanunları kapsamaktadır, kararnamelerin denetlenmesi bakımından on yıllık süre dikkate alınmaz.

Anayasallık denetiminin kapsamı

Normların Anayasaya uygunluğunun denetiminde, Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetim, esas ve şekil bakımından olmak üzere iki açıdan yapılır.

Esas bakımından denetim

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin e*sas denetiminde* kanunların denetiminde olduğu gibi normun içeriği, yani sebebi, amacı ve konusu bakımından Anayasa hükümleri ile çatışıp çatışmadığı araştırılır.

Kanunlardan (mahfuz kararname alanı hariç) farklı olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu bakımından sınırlandırılmıştır. Anayasada izin verilen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılabilir. Bu düzenlemelerin muhtevasının Anayasa hükümlerine uygun olması gerekir. Kararname muhtevasının anayasallık denetimi kanunların denetimindeki esaslara tâbidir.

Meclisin, Anayasada *münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen konularda* kanun, Cumhurbaşkanının ise Anayasa ile kanun alanında bırakılan konular ve kararnameyle düzenlenmesi yasaklanan konularda kararname çıkarması halinde, bunlar da konu yönünden, yani esas bakımından Anayasaya aykırı olur. Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebilecek ve düzenlenemeyecek konular yukarıda ele alınmıştır.

Şekil bakımından denetim

Şekil bakımından denetim, kanunların (normların) Anayasada belirtilmiş usûl, şekil ve yetki kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadıklarının araştırılmasından ibarettir. Anayasamızda ve TBMM İçtüzüğünde kanunların kabul edilmesine ilişkin olarak birçok şekil ve usûl kuralı vardır. Bu nedenle şekil denetiminin kapsamı aslında çok geniş olmakla birlikte, Anayasa şekil denetimini belli noktalarla sınırlamıştır.

Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil bakımından denetimi konusunda ise herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından şekil denetiminde bakılacak husus yetkili merci (Cumhurbaşkanı) tarafından çıkarılıp çıkarılmadığı ile sınırlı kalacaktır. Esasen Cumhurbaşkanı dışında bir merci tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla bir düzenleme çıkarılması halinde bu bir yetki gasbı oluşturur ve yok hükmündedir. Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda yokluğu tespit edecektir.

Kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin *geçerliliğini*, yani TBMM veya Cumhurbaşkanının kabul ettiği metinle Resmî Gazetede yayımlanmış metin arasında fark olup olmadığını araştırma yetkisi ise bütün mahkemelere aittir. Çünkü usûlüne uygun olarak yayımlanmamış bir kural yürürlüğe girmiş sayılamayacağından mahkemeler böyle bir kuralı uygulayamazlar.

Anayasaya Uygunluk Denetiminde Ölçü Normlar

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken, kanunların denetiminde uygunluk ölçüsü olarak esas aldığı ilke ve kuralları esas alacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlara uygunluğunun denetimi söz konusu olamaz. Anayasa Mahkemesi, norm denetimi yaparken Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükteki kanunlarla çelişip çelişmediğine bakamaz. Daha önce açıklandığı üzere, böyle bir çelişki anayasallık denetiminin konusunu oluşturmaz. Kanun-kararname çatışmasında uygulanacak normun tespitini yapacak olan, somut bir davada karar vermeye yetkili mahkeme veya işlem yapmaya yetkili idari mercidir.

3. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

a. Çıkarma yetkisi, usulü ve şekli

Anayasaya göre (m.119), olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini çıkarma yetkisi, Cumhurbaşkanına aittir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılmasına ilişkin usul ve şekil kuralları, esas itibarıyla olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile aynıdır. Ancak olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanınca çıkarıldıktan sonra TBMM onayına sunulmazken, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Meclis onayına sunulmaları zorunludur (m.119/6). Bu kararnameler de Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler.

b. Sebepleri

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesi için Anayasada öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, bir olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesinin ön şartı, daha önce Cumhurbaşkanı tarafından Anayasada belirtilen usule göre ilan edilmiş bir olağanüstü hâlin bulunmasıdır.

c. Konusu

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ancak, "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda", düzenleme yapılabilir. Kanun hükmünde olan bu kararnamelerle temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler de düzenlenebilir (m.119/6). Olağanüstü halin gerektirmediği konularda bu kararnamelerle düzenleme yapılamaz ve olağanüstü hal ile ilgisi bulunmayan kanun hükümlerinde değişiklik yapılamaz.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek ve durumun gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir (m.15/1). *Ancak bu hâllerde dahi*, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (m.15/2).

Anayasada olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu Anayasada belirtilmemiş olmakla birlikte, "farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır" hükmünden hareketle bunların da kanuna eşit değerde olduğunu yukarıda açıklamıştık. Olağanüstü hal kararnameleri bakımından ise "farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır" kuralına yer verilmediğinden, Anayasada bu kararnamelerin kanun hükmünde olduklarının belirtilmesi yerindedir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağan kararnamelerle ilgili kısıtlamalara tâbi olmadığından bunlarla kanunlarda değişiklik yapılabilir, kanun hükümleri yürürlükten kaldırılabilir. Bu kararnameler, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları da düzenleyebilir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların çatışması halinde, ikisini bağdaştıracak bir yorumun yapılması imkânı yoksa iç hukukta iki kanun arasındaki çatışmanın çözümünde uygulanan kuralların uygulanması gerekir. Yani, önceki düzenleme-sonraki düzenleme veya genel düzenleme-özel düzenleme kriterleri uygulanmalıdır. Olağanüstü hal kararnameleri, olağanüstü halin gerektirdiği konuları düzenleyeceğinden, kural olarak "özel hüküm" niteliğine sahip olacaktır ve çatışma halinde kanunlara nazaran öncelikle uygulanacaktır.

d. Yargısal denetimi

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımlarından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz (m.148/1).

Ancak, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Meclisin onayından sonra kanuna dönüşeceğinden, bu safhada birer kanun olarak

Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tâbi olacaklardır. Çünkü yargısal denetim yasağı Meclis onayından önceki safha için geçerlidir.

e. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından görüşülmesi ve sonuçları

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur (m.119/6). Türkiye Büyük Millet Meclisi, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kabul edebilir, değiştirebilir ya da reddedebilir.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hâl 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). Anayasanın bu hükmünün amacı, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sadece Meclis tarafından denetlenebilmesi sebebiyle, bunların süratli bir usulle görüşülüp karara bağlanmasını sağlamaktır. Böylece TBMM, bunları siyasi açıdan kısa bir sürede denetlemiş olacak ve onaylandığında kanuna dönüşünce de Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimi mümkün olacaktır.

4. Yürütmenin Kanuniliği İlkesi Karşısında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Durumu

Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir (m.8). 1982 Anayasasının yürütme organını güçlendirmek amacıyla 1961 Anayasasından farklı olarak yürütmeyi sadece bir görev değil, *görev ve yetki* olarak nitelendirmesi, idarenin kanuniliği ilkesini ve yürütmenin aynı zamanda görev olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla kanuni düzenlemelerin mevcut olduğu hallerde, idare bu kanunu uygulamak zorundadır ve bu anlamda yürütmenin yasamaya *bağımlılığı* devam etmektedir. Buna karşılık, Anayasanın yürütmeyi aynı zamanda bir yetki olarak kabul etmesinin önemi ve anlamı, yürütme organının doğrudan Anayasadan kaynaklanan ve kullanılması için daha önce bir kanun çıkarılmasına gerek olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından kendini göstermektedir. 1982 Anayasasının ilk düzenlemesindeki (m.107) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin

Kuruluşu hakkında kararname çıkarma yetkisi de bu nitelikteydi. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütme organının ilk elden düzenleme yapabilmesi mümkündür. Hatta bazı konular (örneğin üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar, bakanlıkların kurulması ve kaldırılması gibi) yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir, bu konularda kanun yapılamaz. Bu durum Anayasadan kaynaklanan istisnai bir yetkidir. Başka bir ifade ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasanın 8'incimaddesiyle düzenlenen yürütmenin yasamaya bağımlılığı/idarenin kanuniliği ilkesine, yine Anayasadan kaynaklanan bir istisna oluşturmaktadır.

Yürütmenin, doğrudan Anayasadan kaynaklanan düzenleyici işlemlerinden biri de olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Bu kararnameler kanun hükmündedir ve yalnızca olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilir. Ancak bu kararnameler, Meclis onayına sunulduktan sonra üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülüp karara bağlanmazlarsa, kendiliğinden yürürlükten kalkar (m.119/6-7).

5. Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Yasama organının kanun yapma yetkisi konu bakımından sınırlı değildir. Başka bir ifadeyle Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla dilediği konuda, ana hatlarıyla ya da ayrıntılı olarak kanun yapma yetkisine sahiptir. Buna *yasama yetkisinin genelliği ilkesi* adı verilir. Yasama organının, bir konunun genel ilkelerini kanunla düzenleyip, uzmanlığa ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütme organına bırakması yararlı olabilir ancak bu konudaki takdir yetkisi tamamen yasama organına aittir. Dolayısıyla, yasama organı, ayrıntıların düzenlenmesini yürütmeye bırakabileceği gibi, bütün hususları kendisi düzenleyip o konuda yürütmenin, yönetmelik veya diğer tür bir düzenleyici işlem yapmasına izin vermeyebilir. O hâlde, yasama yetkisinin genelliği nedeniyle yürütme organının, Anayasada münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği öngörülen konular dışında *mahfuz* (sadece yürütmeye ait) bir düzenleme yetkisi de bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 104'üncü maddesinde, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği belirtilmiştir. Bunun dışında bazı konuların ise "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

ile düzenleneceği" özel olarak belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle bu konular "münhasıran" (yalnızca) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir. Bu özel hükümlere göre, "bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması" (m. 106/11), "Devlet Denetleme Kurulu" (m.108), "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri" (m.118/6), "üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar" (m.104/9) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir. Bu durumda Anayasanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini belirttiği bu konularda kanun çıkarılıp çıkarılamayacağı hususu gündeme gelmektedir. Anayasada bu konuların özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği belirtildiği için bu konularda *Meclisin kanun çıkarması mümkün değildir.* Anayasanın, kamu tüzelkişiliğinin hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceğini özel olarak vurgulamış olması (m.123/3) da bu durumu pekiştirmektedir. Zira Anayasa koyucu, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği özel olarak belirtilen belli konuların kanun ile de düzenlenebilmesini amaçlamış olsaydı, Anayasanın "kamu tüzel kişiliği kurulmasına" ilişkin 123/3'üncü maddesinde "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur" şeklinde bir hüküm koymaya gerek duymazdı ya da bu maddedekine benzer düzenlemeyi söz konusu kararnameler bakımından da yapardı. Bu hükme rağmen Meclis bu konularda kanunla düzenleme yaparsa, bu kanuni düzenlemeler Anayasaya aykırı olacaktır. Ancak Anayasada "kanunlarla kararnameler arasında farklı hüküm bulunması halinde, kanun hükmünün uygulanacağı" şeklindeki kurala "münhasır kararnameler" bakımından bir istisna getirilmediği için, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar kanuni düzenlemeler uygulanır.

6. Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasaya göre (m.7), "yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki *devredilemez*."

Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin 2017 değişikliklerinden önce Anayasa ile öngörülmüş olan istisnası mülga 91'inci maddeye göre Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilmesiydi. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise doğrudan Anayasaya dayanılarak çıkartıldığından

bunlar bakımından da yetki devri söz konusu değildir. Aynı şekilde olağanüstü hallerde, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde de bir yetki devri söz konusu değildir. Zira yürütme organının bu tür kararnameleri çıkarma yetkisi doğrudan Anayasadan (m.104/17, m.119) kaynaklanmaktadır. Bunlar için yetki kanunu gerekli değildir.

Sonuç

Cumhurbaşkanlığı Sistemine geçişi sağlayan 2017 Anayasa değişikliğiyle yürütme organının kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmış, buna karşılık Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması kabul edilmiştir. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türk pozitif hukukunda "normlar hiyerarşisi" bakımından kanun-altı düzenlemeler olmayıp, uygulama bakımından kanunlarla aynı etki ve değerde düzenlemelerdir.

Kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında bir "norm çatışması" sorunu ortaya çıktığında, bu norm çatışmasının nasıl halledileceği "kanun hükümleri uygulanır" denilerek doğrudan Anayasa ile belirlenmiş bulunmaktadır. Norm çatışmasının varlığı halinde kanun hükmünü uygulayacak olan merci, somut işlemi yapmaya yetkili idare organı ya da olayın yargıya intikal etmiş olması durumunda görevli yargı organıdır.

Genel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Anayasada yer alan bu genel kararname yetkisinin dışında, belli konuların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Mahfuz yetki olarak adlandırılabilecek bu hususlarda Meclisin kanun çıkarması mümkün değildir. Örneğin, Anayasaya göre bakanlıkların kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkileri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinden, bu konuda kanun çıkarılamaz, çıkarılırsa açıkça Anayasaya aykırı olacaktır.

Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bu kararnameler kanunlarda olduğu gibi iptal davası veya itiraz yoluyla yargı denetimine tâbi tutulabilir. Olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimi, esas bakımından kanunların denetimindeki ilkelere tâbidir. Bu itibarla Meclisin, Anayasada *münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen*

konularda kanun, Cumhurbaşkanının ise Anayasa ile kanun alanında bırakılan konular ve kararnameyle düzenlenmesi yasaklanan konularda kararname çıkarması halinde, bunlar da konu yönünden, yani esas bakımından Anayasaya aykırı olur. Şekil denetimi bakımından ise Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından bakılacak husus yetkili merci (Cumhurbaşkanı) tarafından çıkarılıp çıkarılmadığı ile sınırlı kalacaktır.

Anayasaya göre, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini çıkarma yetkisi, Cumhurbaşkanına aittir. Olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aksine, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Meclis onayına sunulmaları zorunludur. Olağanüstü hâl 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. Olağanüstü hal kararnameleri, olağanüstü halin gerektirdiği konuları düzenleyeceğinden, kural olarak "özel hüküm" niteliğine sahip olacaktır ve çatışma halinde kanunlara nazaran öncelikle uygulanacaktır.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımlarından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılamaması nedeniyle bu kararnameler ancak Meclisin onayından sonra birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tâbi olacaklardır.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasanın 8'inci maddesiyle düzenlenen yürütmenin yasamaya bağımlılığı/idarenin kanuniliği ilkesine, yine Anayasadan kaynaklanan bir istisna oluşturmaktadır.

Öte yandan, yasama yetkisinin genelliği ilkesi nedeniyle yürütme organının, Anayasada münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği öngörülen konular dışında mahfuz bir düzenleme yetkisi bulunmamaktadır.

Hem olağan ve hem de olağanüstü Cumhurbaşkanlığı kararnameleri doğrudan Anayasaya dayanılarak çıkartıldığından bunlar bakımından bir yetki devrinden söz etmek de mümkün değildir.

KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLİŞKİSİNİN YARGISAL DENETİMİNE YÖNELİK SORUNLAR

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

9 Temmuz 2018 tarihinde tüm hükümleriyle yürürlüğe giren Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yönelik hükümlerinin açık, tutarlı ve bütüncül bir çalışmanın sonucu olmadığı açıktır. Anayasa değişikliği yapım sürecinde gerek kamuoyunda gerekse Genel Kurul'da konunun tüm yönleriyle tartışılmaması bugün belirlilikten yoksun bir hukuk düzeniyle karşı karşıya kalınmasına neden olmuştur. Öğretide hemen her cümle bakımından birbirine zıt görüşler ileri sürülmektedir. Hiç şüphesiz, bu kadar karmaşık bir durumda, tek bir yorumun doğru olduğunu iddia etmek hukuk bilimine uygun değildir.[1] Ancak, yapılan yorumun belirli bir tutarlılık göstermesinin, farklı yorum yöntemleri yönünden sınanmasının önemli olduğu kanısındayız.[2]

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümleri, kanunla ilişkileri dikkate alındığında dört ayrı grupta ele alınabilir. Bunlardan biri olan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olmadığı için konumuzun dışında kalmaktadır. Anayasa, bunların kanun hükmünde olduğunu açıkça belirtmiş olmakla birlikte, olağanüstü hâl süresince geçerli olması gereken düzenlemelerin kalıcı bir şekilde hukuk düzenine girmesi eleştiriye açıktır. Türk hukukunda, Anayasa Mahkemesinin son içtihadının ardından, hukuk düzeninin korunması için, olağanüstü hâl rejimine ilişkin normatif yapının yeniden ele alınmasının bir gereklilik olduğu tespit edilebilir. Olağan dönemde ise, Anayasanın 104/17. maddesindeki genel düzenleme ile Anayasanın 104/9, 106/11, !08/son, 118/son ve 123.maddelerindeki düzenlemeler ayrı değerlendirilecektir.

---

1 ODER Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, İstanbul, 2010, s.8.

2 Bu yönde önceki çalışmalarımızda daha detaylı ele alınan hususlar, bildiri metni çerçevesinde öz olarak tekrar edilecektir. bkz. ÜLGEN Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018-1, ss.3-39 ile ÜLGEN Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018-2, ss.619-636.

1) Anayasa'nın 104/17. maddesi Uyarınca Çıkarılabilecek Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Yönelik Sorunlar

Anayasanın 104/17.maddesi, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapma olanağı tanımakta, ardından bu yetkinin sınırlarını belirlemektedir. Maddenin düzenlenme biçimi, bu hükmün Anayasa'nın eski halindeki kanun hükmünde kararname rejimi dikkate alınarak yapıldığını düşündürmektedir. Nitekim, ilk anayasal sınır, eski kanun hükmünde kararname rejimine paralel bir şekilde Anayasa'nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümlerinde yer alan hak ve ödevlere yönelik düzenleme yasağıdır. Bu düzenleme, eski kanun hükmünde kararname rejiminde olduğu gibi, Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar bakımından bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır.[3]Öğretide ağırlıklı olarak, bu bölümde yer alan haklar bakımından düzenleme yapılmasının mümkün olduğu, ancak hakların sınırlanması bakımından Anayasa'nın 13.maddesi uyarınca kanunla düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.[4] Ancak, Anayasa Mahkemesi öğretinin bu haklı ayrımına itibar etmemiş görünmektedir. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkına müdahale edildiği tespit edilmiş, bu sınırlamanın kanun hükmünde kararnameyle yapılmış olması tek başına anayasaya aykırılık gerekçesi olarak görülmemiştir.[5] Anayasa Mahkemesi bu kararında konuya ilişkin açık bir değerlendirmede bulunmamış, sınırlamanın kanun hükmünde kararnameyle yapılmış olmasını göz ardı etmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından bu hususa açıklık getirilmesi gerekir. Bu konunun, Mahkemenin hak temelli yaklaşım iddiasının sınanmasında önemli bir ölçüt olacağı anlaşılmaktadır.

---

[3] Anayasa'nın ikinci kısmının, üçüncü bölümünde bazı hak ve özgürlükler bakımından kanunla düzenleme ilkesinin benimsenmesi, bunların ikinci anayasal sınır nedeniyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesine ayrıca engel olacaktır. (Bkz. aşağıda Tablo 1, 2. sütun) Ancak, burada kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlar bakımından değerlendirme yapılması gerekir.

[4] SAĞLAM Fazıl, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984, ss.268-269. UYGUN Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı, İstanbul, 1992, s.114.

[5] E.2017/27, K.2017/117, Kt.12.07.2017. Karara dikkat çeken KANADOĞLU Korkut, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/2, s.641, dipnot 14.

Genel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için ikinci anayasal sınır Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda düzenleme yasağı getirilmesidir. Bu yasak, Anayasa Mahkemesinin kanun hükmünde kararnamelere yönelik içtihadının aksi yöndedir.[6] Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen konularda düzenleme yasağı getirildiğinde, ilk akla gelen soru Türk hukukunda münhasır bir kanun alanı olup olmadığıdır. Türk hukukunda, yasama yetkisinin asli ve genel olduğu, yasama organının, herhangi bir sahayı Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla düzenleyebileceği kabul edilmektedir. Buna rağmen Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini ayrıca/özellikle belirttiği hükümlere ise özel bir anlam verilmemiştir. Gerçekten de bu hükümlerin hepsinin aynı amaca yönelik, bütüncül bir yaklaşımla konulmadığı görülmektedir.[7] Bazıları kanunilik güvencesi olarak Anayasa'da yer alırken, bazılarının basit yasa kaydı olduğu tespit edilse de bunların tutarlı ve sistematik olmadığı açıktır. Öğretide, bu hükümlerin yasa koyucu için asgari yasama yetkisini kullanma mecburiyetini ifade ettiği ileri sürülmüştü.[8] Anayasa Mahkemesinin kanun hükmünde kararname içtihadı da kanunla düzenleme öngören bu hükümlerin münhasır bir sahaya işaret etmediği yönündeydi.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi 2013 yılında yasama yetkisinin devredilmezliğine yönelik içtihadında bir değişikliğe gitmiş ve bu çerçevede Anayasa'nın (münhasıran) kanunla düzenlenmesini öngördüğü hususlar ile diğer konular arasında bir ayrım yaratmıştır.[9] O tarihten beri devam eden içtihadında Mahkemenin, "münhasıran"

---

6 Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren 91.maddenin, Anayasa'nın "özellikle" kanunla düzenleme yapılmasını öngören hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğunu ve bu nedenle Anayasa'nın "özellikle" kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda da kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılabileceğini kabul ediyordu. Bkz. E.1989/4, K.1989/23, Kt.16.05.1989, RG.08.10.1989-20306; E.1990/1, K.1990/21, Kt.17.07.1990, RG.16.07.1991-20931.

7 UYGUN, 1992, s.111.

8 TEZİÇ Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s.81. Türk hukukunda konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1965, ss.100-117; DURAN Lûtfi, "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", İÜHFM, C.30, S.3-4, 1964, s.472.

9 Bu ayrım, ilk olarak bir kararın karşı oyunda yer almıştır: E.2012/76, K.2013/44, Kt.20.03.2013, RG.07.11.2013-28814, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Hicabi Dursun Karşı oyu. Yasama yetkisinin devredilmezliği içtihadının değiştiği karar: E.2011/42, K.2013/60, Kt.09.05.2013, RG.25.07.2014-29071. Sonraki tarihli bir örnek: E.2016/139, K.2016/188, Kt.14.12.2016, RG.03.01.2017-29937.

kelimesini "özellikle" anlamında kullandığı ve Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen tüm konuları bu kapsamda kabul ettiği görülmektedir. Böylece yasama yetkisinin genelliğine rağmen, Anayasa'da yer alan özel kanunla düzenleme hükümlerine bir anlam verilmiştir. Bu değerlendirmenin uygun olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu yapılabilir. Ancak, Mahkemenin Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin bir yorumu olduğu yadsınamaz.

Genetik yorum bakımından Anayasa Komisyonu Tutanakları incelendiğinde gerek Adalet ve Kalkınma Partisi gerekse Milliyetçi Hareket Partisi milletvekilleri tarafından, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuların Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü bütün konuları kapsadığı birçok kez tekrarlanmıştır. Tutanaklarda yaklaşık 82 maddede bu yönde hüküm olduğu dile getirilmiş, bu sayının "kanunla düzenlenir" ifadesinin aranmasıyla elde edildiği belirtilmiştir.[10]

Hâl böyle iken, anayasa değişikliği sonrasında münhasıran kelimesine verilen anlam üzerindeki tartışmalar devam etmektedir. Sözel yorum bakımından münhasıran kelimesinin "sadece, ancak, yalnız" anlamında olduğu ileri sürülebileceği gibi, "özellikle" anlamına geldiği de kabul edilebilir.[11] Birinci anlamda, münhasır kanun alanı Anayasa'nın "ancak kanunla" düzenleneceğini öngördüğü alanlarla sınırlıyken, ikinci anlam kabul edildiğinde Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü

---

[10] 26.Dönem, 2.Yasama Yılı, 22.12.2016 tarihli TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, C.1, s.37, Erkan Akçay, MHP Manisa milletvekili: *"Aynı zamanda bu yetki, (…) Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları kapsamamaktadır. Bildiğimiz kadarıyla Anayasada 80 civarında maddede, 82 maddede kanunen yapılacak düzenlemeler öngörülmektedir. Cumhurbaşkanı sınırsız bir yetkiye sahip olmayacaktır."* 28.12.2016 tarihli TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, C.1, s.23, Bekir Bozdağ, Adalet Bakanı ve Yozgat milletvekili: "Bakın, Anayasa'da *"Kanunla düzenlenmiş, düzenlenecek." denen hiçbir konuda cumhurbaşkanı kararname çıkaramayacak, kanun olan bir konuda kararname çıkaramayacak; temel haklar konusunda, siyasi haklar konusunda, yargıyla ilgili konuda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramayacak. Tam 82 tane maddede "Kanunla düzenlenir, bütün her şey kanunla düzenlenir*." diyor. Dolayısıyla, Meclisin yasama yetkisinin cumhurbaşkanına devri diye bir şey kesinlikle söz konusu değil." 26.Dönem, 2.Yasama Yılı, 24.12.2016 tarihli TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, C.1, s.28, Mehmet Parsak, MHP Afyonkarahisar milletvekili: "*Hepimizin önünde bir tablet, bir bilgisayar, cep telefonu var, oradan Anayasayı indirip "ctrl-bul" ya da "control-find" yapıp kanunla yazdığımız zaman bu 82 madde çıkıyor zaten. Yani bu özel de bir çalışma değil. Özellikle de basın mensuplarının bilgisine sunmak kabilinden bunu da söylüyorum. Yani burada yazan 82 maddede bir defa sadece o ibareden dolayı kararname çıkaramazsınız."*

[11] Münhasıran kelimesine özellikle anlamı verilmesi yönünde bkz. TUĞLACI Pars, Okyanıs Ansiklopedik Sözlük, C.4 (2.basım), Cem Yayınevi, 1978, s.2055. Keza, Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr (münhasıran)

tüm konular asgari kanun alanı kapsamında kabul edilmelidir. Bu tür bir belirsizlikte, diğer yorum yöntemleriyle desteklenen yoruma öncelik verilmesi ve ikinci anlamın kabul edilmesi gerekir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılması mümkün olmayan asgari kanun alanı belirlenirken, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümünde yer alan haklar bakımından düzenleme yapılması ayrıca yasaklanmış olduğuna göre, bunun dışında kalan maddelerle sınırlı bir inceleme yapılması yeterlidir. Nitekim bu çerçevede, kalan 123 maddenin 52'sinde yer alan 94 husus olduğu tespit edilmiştir. (Bkz. Tablo 1) TBMM İçtüzüğü ya da Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile düzenlenmesi öngörülen konuların da hem Anayasa'nın açık hükmü hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme yetkisine ilişkin olması nedeniyle kapsam dışı olduğu açıktır. Anayasal sınırlara riayet edilmeksizin yapılacak tüm Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Tablo 1: Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme öngören maddeler[12]

1.KISIM	2.KISIM 3.BÖLÜM	3.KISIM			4.KISIM
		1.BÖLÜM	2.BÖLÜM	3.BÖLÜM	
m.3	m.42 (3) m.43 m.44 (2) m.46 (2) m.47 (3) m.50 m.51 (2) m.53 (2) m.54 (3) m.56 m.61 m.63	m.79 m.82 m.86	m.101 m.119 m.123 m.124 m.125 m.126 m.127 (6) m.128 (2) m.129 (3) m.130 (4) m.131 (2) m.132 m.133 (3) m.134 m.135 (5) m.136 m.137	m.139 m.140 (3) m.141 m.144 m.147 m.148 m.149 m.154 (3) m.155 (5) m.158 m.159 (4) m.160 (2)	m.161 m.165 m.166 (2) m.167 m.168 (2) m.169 m.170

12 Anayasa 7 Kısımdan oluşmaktadır. Ancak, 5., 6. ve 7. kısımda kanunla düzenleme öngören herhangi bir husus bulunmamaktadır. Anayasa'nın 2. kısmının 1., 2. ve 4. bölümleri ise tamamen yasak olduğu için ayrıca değerlendirme yapılması gerekli görülmemiştir.

Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için doğrudan bir yasak alan belirlemenin yanı sıra, yasama organının takdir yetkisine bırakılan sınırlara da yer vermiştir. Bir konuda kanunda açıkça düzenleme bulunması halinde, o konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması yasaklanmıştır. Burada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna uygunluğu değil, kanunun düzenlediği alanda düzenleme yapma yasağı söz konusudur. Anayasa'dan kaynaklanan bu yasak nedeniyle, kanunun düzenlediği konuda yapılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı olacaktır. Burada, iki normun çatışıp çatışmaması önemli değildir. Anayasa açıkça bir düzenleme yasağı getirmiştir. Buna göre, kanunla aynı düzenlemeyi içerse dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptali gerekir. Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girme sürecinde özellikle 700-703 sayılı kanun hükmünde kararnameler ile çok sayıda kanun yürürlükten kaldırılmış ve böylece bu hüküm kapsamında oldukça geniş bir alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebilir hale gelmiştir.[13] Bunların bir kısmının 7142 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamı dışında olduğu tespit edilip iptal edilse bile, söz konusu kanunlar veya kanun hükmünde kararname hükümleri yeniden yürürlüğe girmeyecektir. Elbette, yasama organı bu alanda yeni yasal düzenlemeler yapmak suretiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini sınırlandırabilir.

Kanunda açık düzenleme olduğu halde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri iptal davasına konu edilebilir. Ancak, bu Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından yapılacak itiraz yolu başvuruları ilk inceleme aşamasında reddedilmelidir. Zira bu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin herhangi bir davada uygulanacak kural olması mümkün değildir. Anayasa açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.

Bu konuda, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vererek, Anayasa'ya aykırı normun hukuk düzeninden ayıklanmasını sağlamasının tereddütleri gidermek bakımından daha uygun olacağı düşünülebilir. Ancak, olası bir iptal kararının geriye etkili olmadığı dikkate

---

[13] 700 sayılı Anayasada Yapılan Değişiklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG.07.07.2018-30471, 2.mükerrer. 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG.09.07.2018, 3.mükerrer.

alındığında iptal kararının etkileri yönünden farklı tartışmalara yol açılması mümkündür. Oysa, işlem yapıldığı andan itibaren sakattır. Anayasa gereğince, herkes tarafından kanunun uygulanması gerekir. Uygulamada belirsizlik olduğu takdirde, en geç Anayasa Mahkemesinin durumu tespit ederek ilk inceleme aşamasında verdiği ret kararı üzerine Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu ve Adalet Bakanlığının girişimleriyle söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kaldırılmasının sağlanması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik bakımından isabetli olacaktır.

Son olarak, Anayasa'da belirlenen yasak alanın dışında ve daha önce kanunla düzenlenmemiş bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarıldıktan sonra, yasama organının yasayla düzenleme yapmak suretiyle bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz hale getirmesi mümkündür. Bu durumda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi başından itibaren değil, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hükümsüz hale gelmektedir.[14] Kanun yapılması şartına bağlı bir geçersizlik durumu söz konusudur ve bu durum yine herkes tarafından tespit edilebilir. Bu tür bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesine karşı iptal davası açılması, iptal davasının süreye bağlı olduğu dikkate alındığında yüksek bir ihtimal değildir. Yine de başka gerekçeyle açılmış iptal davasının Anayasa Mahkemesi tarafından henüz görüşülmediği bir aşamada kanunla bu alanda düzenleme yapılması mümkündür. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale gelmesi nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına hükmetmesi düşünülebilir. Sonradan hükümsüz hale gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi halinde, Mahkeme öncelikle ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin davada uygulanacak kural olma niteliğinin devam edip etmediğini araştıracaktır. Bilindiği gibi, işlemin yapıldığı ya da olayın gerçekleştiği tarih itibarıyla yürürlükte olan normun davada uygulanacak kural olma niteliği devam ediyor olabilir. Eğer normun davada uygulanacak kural olma niteliği devam ediyorsa, diğer anayasaya aykırılık nedenleri bakımından inceleme yapılacaktır. Eğer normun davada uygulanacak kural olma niteliği devam etmiyorsa, başvuru bu gerekçeyle ilk

[14] Yapıldığı sırada hukuka uygun olan ve aradan ne kadar süre geçtikten sonra hükümsüz hale getirileceği belli olmayan bir normun başından itibaren hükümsüz sayılması, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde, sonradan çıkarılan kanunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırmış sayılması, olağanüstü hâl döneminde ise süresinde görüşülmeyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz sayılması daha isabetli bir tercih olurdu.

inceleme aşamasında reddedilecektir. Böyle bir durumda, iptal kararı verilmesinin tercih edilmesi, yine iptal kararlarının etkisi bakımından sorunlu olacaktır. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale geldiği halde, iptal kararının geriye yürümezliği üzerinden uygun olmayan bir tartışma ortaya çıkabilir.

Kanunla Kanunda Değişiklik Yapan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarma Yetkisi Verilmesi Sorunu

Bu alanda, Anayasa'da öngörülmeyen ama uygulamada karşımıza çıkan bir diğer önemli sorun kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmasıdır. Anayasa'nın Cumhurbaşkanının asli nitelikteki düzenleyici işlemi olarak belirlediği bir alanda, anayasal sınırları aşmak için, kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilebileceğini kabul etmek hem türev nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi bir türün ortaya çıkmasına neden olacak hem de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasa'da yer alan sınırların yasama işlemiyle etkisiz hale getirilebileceğini kabul etmek anlamına gelecektir. Yasama yetkisi, Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla genel bir yetkidir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ancak kanunun olmadığı alanda çıkarılabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlarda değişiklik yapılması Anayasa'ya uygun olmadığı gibi, kanunla bu değişikliğin yapılması için yetki verilmesi de Anayasa'ya uygun değildir. Ancak, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 215.maddesiyle 5018 sayılı Kamu Mali Denetimi ve Kontrol Kanunu'na eklenen Ek 5.maddeye göre, "*Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan idarelerin bu Kanuna ekli cetvellerden hangisinde yer alacağı ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde belirtilir*." Bu hükme dayanarak, 4, 19, 23 ve 34 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, söz konusu Kanun'un ekli cetvellerine doğrudan "ilave" yapılmıştır.[15] Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacak kurum ve kuruluşların

[15] Örnek olarak: 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 761.maddesi: "10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelin 'B)ÖZEL BÜTÇELİ DİĞER İDARELER" bölümünün sonuna sıra numarası eklenerek 'Nadir Toprak Elementleri Araştırma Enstitüsü' ilave edilmiştir." 783.maddesi: "10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelin 'B)ÖZEL BÜTÇELİ DİĞER İDARELER" bölümünün sonuna sıra numarası eklenerek "Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü" ilave edilmiştir."RG.15.07.2018-30479. 19 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ise sadece 5018 sayılı Kanun'a ilave yapmaktadır. Ek 1 sayılı Cetvele, 57) Devlet Arşivleri Başkanlığı, 58) İletişim Başkanlığı, 59) Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı, 60) Strateji ve Bütçe Başkanlığı eklenmiştir. RG. 11.10.2018-30562.

kamu mali denetimi sistemine dahil edilmesi bir gereklilik olarak kabul edilebilir. Ancak, bu gereklilik, Anayasaya aykırı olarak, türev nitelikte olduğu halde, kanunlarda değişiklik yapabilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri türü yaratılmasını haklı kılmamaktadır. Cumhurbaşkanı'nın kanuna dayanarak yapacağı türev nitelikteki düzenleyici işlemleri Danıştay denetimine tabidir.

Öte yandan, bu hususta Anayasa Mahkemesinin karar verebilmesi kendisine başvuru yapılmasına bağlıdır. Söz konusu 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 215.maddesi aleyhine iptal davası açılmadığı görülmektedir. Kanunda değişiklik yapan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dava açıldığı takdirde, bu Anayasa'ya aykırılık meselesi ortaya konabilir. Sorun Anayasa Mahkemesi önüne taşınmasa da yasama ve yürütme iş birliği ile mevcut durumun hukuka uygun hale getirilmesi beklenir.

2) Anayasa'da Özel Olarak Düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Yönelik Sorunlar

Anayasa'nın 123.maddesinde kamu tüzelkişiliği kurulmasının kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle olabileceği belirtilmiştir. Elbette Anayasa'nın diğer hükümlerinde açıkça kanunla kurulması öngörülen kamu tüzelkişilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması genel hüküm/özel hüküm ilişkisi çerçevesinde Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu çerçevede, Anayasa'nın 130.maddesinde devlet üniversiteleri, 134.maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları örnek gösterilebilir. Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bir diğerini yürürlükten kaldırması yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince uygun olmayacaktır. Bu hükmün idare hukukuna yönelik çok sayıda sonucu ve sorunu olmakla birlikte, Anayasa'ya uygunluk denetimine yönelik temel sorunlar bu şekilde belirtilebilir.

Kanun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisi ve bunun denetimine yönelik en tartışmalı konu ise Anayasa'nın 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son maddelerinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yöneliktir. Bu hükümlerin münhasır/mahfız bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi alanına işaret edip etmediği, ediyorsa bu alanın kapsamı ve denetimi sorunları ele alınmalıdır. Bu hükümler, Anayasa'nın 104/17.maddesinden farklı olarak, 1982 Anayasası'nın ilk halindeki 107. maddede yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle benzerlik göstermektedir. Bu hüküm, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin

kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngörüyordu. Öğretide, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin tek istisnası olarak bu hüküm gösteriliyor ve bu maddede belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği, kanunla düzenlenemeyeceği belirtiliyordu.[16] Nitekim Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu'nun 1.maddesinde, bu kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenlediğini açıkça belirtilmişti.[17] Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konunun genel olarak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği olmadığı, bu kuruma ilişkin bazı konularla sınırlı bir yetki verildiği görülmektedir. Konunun bu sınırlı yetki alanı dışında kalan hususları yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanunla düzenlenmiştir.

Benzer bir ilişkinin Anayasa değişikliği sonrasında bu dört maddede yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından da geçerli olacağı düşünülebilir. Örneğin, Devlet Denetleme Kuruluna ilişkin bazı hususlar Anayasa ile düzenlenmiştir. Kurulun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu durumda, Kurulun üye sayısı, başka kurum ve kuruluşlardan personel ve yardım istenmesi, diğer kişi ve kuruluşlardan belge talebine ve bu talebin karşılanmasına yönelik düzenlemeler ancak kanunla düzenleme yapılmadığı takdirde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilir. Anayasanın 104/17. maddesi ve yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince bu alanlar öncelikle kanun alanıdır. Aynı şekilde, sadece Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüş, Milli Güvenlik Kuruluna ilişkin diğer düzenlemeler öncelikli olarak kanun alanına bırakılmıştır. Bu iki maddenin sınırları, Anayasa'nın eski halindeki Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine benzer bir belirlilik içermektedir.

Öte yandan, Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına

---

16 TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 21.bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.19; ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.246; DURAN Lûtfi, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C.4, S.1-3, 1983, s.34-35.

17 17.08.1983 tarih ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu, RG.19.08.1983-18140.

ilişkin düzenleme yetkisinin sınırları bu iki madde kadar açık değildir. Anayasa'nın bütününe bakıldığında, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin korunduğu ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısında yasamaya üstünlük verildiği tespit edilebilir. Bu dört maddede verilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yetkisi istisna hükmü niteliğindedir ve dolayısıyla dar yorumlanmalıdır. Dar yorumlanması gereken bir istisna hükmünün, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin temel kanunilik ilkesini değiştirmesi mümkün müdür?

Bu soruya iki şekilde yanıt verilebilir. Birinci ihtimalde, bu hükümlerin Anayasa'nın 13.maddesine göre özel hüküm olduğu ve kanunilik ilkesini değiştirdiği ileri sürülebilir. Bu yorum kabul edildiğinde, kanunlarda Bakanlıklara verilen tüm yetki ve görevlerin konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak, Cumhurbaşkanına kanunların bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürme yetkisi tanınmamıştır. Zira konu bakımından yetki unsuru, şekil denetimi/esas denetimi ayrımı bakımından şekil denetimi kapsamında kalmaktadır. Aynı içerikteki düzenlemenin yetkili olan kişi/organ tarafından yeniden kabul edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Sorun yapılan işlemin içeriğine değil, o içeriği yapan kişi/organın yetkisine yöneliktir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelere yönelik içtihatlarında konu bakımından yetki unsurunun çerçevesini çizmiş ve konu bakımından yetki unsurunu şekil denetimi çerçevesinde değerlendirmiştir.

Mahkemenin konuya ilişkin ilk değerlendirmesi, 6216 sayılı Kanun'un 36.maddenin 1.fıkrasında kanun hükmünde kararnamelerin şekil denetiminin *"…yetki kanununda öngörülen süre içinde çıkarılıp çıkarılmadığı ile Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu üyelerinin imzalarının bulunup bulunmadığı…"* hususlarıyla sınırlandırılması üzerine yapılmıştır. Mahkeme, Anayasa'nın kanun hükmünde kararnamelerin konusuna yönelik sınırlamalarını saydıktan sonra, bu hususların şekil denetimi dışında bırakılmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur.[18] Ardından, yine kanun hükmünde kararnamelerin denetimine ilişkin kararlarında, Anayasa'nın 91.maddesi yönünden yapılan incelemenin, konunun esasına girilmeksizin yasak alan içerisinde kalıp kalmadığı yönünden yapıldığı belirtilmiştir. Yasak alan yönünden yapılan değerlendirmede, kuralın temel hakları ihlal edip etmediği değil, temel

[18] E.2011/59, K.2012/34, Kt.01.03.2012, RG.02.04.2013(M).

haklara ilişkin olup olmadığı belirlenmektedir. Bu çerçevede yapılan incelemede, kuralın içeriğine girilmeksizin şekli bakımdan yapılan bir incelemedir.[19]

Dolayısıyla kanunların konu bakımından yetki unsuruna yönelik inceleme şekil denetimi kapsamında ele alınması gereken bir husustur. Bu noktada, kanunların şekil denetiminin son oylamada öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususuyla sınırlı olduğuna dikkat çekmek gerekiyor. Cumhurbaşkanının iptal davası yoluyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (varsa) mahfuz düzenleme alanını koruması Anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesi içtihadı çerçevesinde olanaklı değildir.

Uygulamada Cumhurbaşkanlığının bu alanı mahfuz/münhasır yetki alanı olarak görmediği de tespit edilebilir. Öncelikle, uyum sürecinde yapılan kanun hükmünde kararnamelerde, bakanlıkların bazı görev ve yetkilerinin kanun ya da kanun hükmünde kararnamelerde bırakıldığı, yüzlerce kanun ya da kanun hükmünde kararnamede yer alan bakanlık yetki ve görevlerinin yürürlükten kaldırılmadığı görülmektedir. Ardından, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, Milli Savunma Bakanlığı hariç tüm bakanlıkların görev ve yetkilerine ilişkin maddelerin son bendinde "kanunlarla (…) verilen diğer görevleri yapmak" ifadesine yer verilmiştir.[20] Başka bir ifadeyle, kanunlarda bakanlıkların görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler bulunduğu ve bulunacağı konuya ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de teyit edilmiştir.

Birinci yorumun kabul edilmesi halinde, Milli Eğitim Temel Kanunu, İskân Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, İl İdaresi Kanunu, İmar Kanunu, Yapı Denetimi Kanunu gibi birçok kanunda yer alan yüzlerce maddenin Anayasa'ya aykırı hale gelmesi söz konusudur. Aslında, yasamanın yürütmeye ve uzantısı olan idareye somut görev ve yetki vermeksizin düzenleme yapmasını beklemek anlamlı da değildir. Bütün bu veriler bir arada değerlendirildiğinde, birinci yorumun kabul edilmesinin hukuk düzenini temelinden değiştireceği ve Anayasa'nın dar yorumlanması gereken bir istisna hükmüyle bu sonucun gerçekleşmesinin sistematik yorumla bağdaşmadığı sonucuna ulaşılabilir.

---

19 E.2013/116, K.2014/135, Kt.11.09.2014, RG.24.06.2015-29396.

20 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m.38/j, m.65/ü, m.97/p, m.128/n, m.166/h, m.184/i, m.217/k, m.254/h, m.277/g, m.301/ı, m.352/g, m.385/i, m.410/g, m.441/ü, m.474/h. RG.10.07.2018-30474. Millî Savunma Bakanlığı hariç kalan 15 bakanlığın tamamında bu düzenlemeye yer verilmiştir.

İkinci olasılıkta, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükmün istisnaya izin verecek şekilde yorumlanamayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağı yorumu yapılabilir. Uygulamada olduğu gibi, bir kere kanunla düzenleme yapılması ihtimali kabul edildiğinde, temel hak ve özgürlüklerin sadece/ancak kanunla sınırlanması gerektiği açıktır. Bu görüşe karşı, kanunla düzenleme yetkisinin kabulü nedeniyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanının korunmadığı gerekçesiyle eleştiri yapılabilir. Ancak, geniş anlamda doğru olabilecek bu eleştiri, bu dört maddeye verilen anlam farkından kaynaklanmaktadır. Maddenin dar yorumlanması durumunda, hem Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan mahfuz yetkinin korunması hem de temel hak ve özgürlüklerinin yasama organınca sınırlanması mümkündür. Dar yorum ilkesi benimsendiğinde, Anayasa'nın 106/son maddesi, bakanlıkların sayısı ile kendi aralarındaki görev ve yetki paylaşımı olarak yorumlanabilir. Bu çerçevede, yasama organı yeni bir bakanlık kuramazsa da mevcut bakanlıklara yeni görev ve yetkiler verebilecektir. Örneğin, Çevre Bakanlığı ile Şehircilik Bakanlığının ayrı ya da birleşik şekilde teşkilatlanmasına Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle karar verilirken, bu bakanlığın temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak görev ve yetkilerine İmar Kanunu, İskân Kanunu, Yapı Denetimi Kanunu gibi farklı kanunlarda yer verilebilecektir. Daha doğru bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan yetki ve görevler temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının dayanağı olamayacağı için, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına yol açacak tüm hususların kanunla düzenlenmesi bir zorunluluk olacaktır.

Bu yorum, kanun hükmünde kararnameler dönemi uygulaması ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarıyla da desteklenebilir. 2011 yılında çıkarılan 6223 sayılı Yeki Kanunu, Bakanlar Kuruluna, yeni bakanlıklar kurulması, mevcut bakanlıkların birleştirilmesi ya da kaldırılması, mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki ve teşkilatlarının düzenlenmesi ile taşrada teşkilatlanma esaslarını düzenlemek üzere yetki vermiştir. Anayasa'nın 106/son maddesinden daha geniş bir yetki alanının yürütmeye bırakıldığı bu Kanun, tartışmalı da olsa, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuştur.[21] Anayasa Mahkemesi, bu yetkilendirmenin kendiliğinden Anayasa'nın ikinci kısmının

[21] E.2011/60, K.2011/147, KT.27.10.2011, RG.15.12.2011-28143.

birinci, ikinci ve dördüncü kısmında yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını içerecek biçimde yorumlanmasını reddetmiştir. Aksi durumda, bu yetkilendirmeyi Anayasa'ya aykırı bulması gerekirdi. Zira 1982 Anayasası'nın ilk halinde, kanun hükmünde kararnameler ile bu alanda düzenleme yapılması açıkça yasaklanmıştı. Yasak alanda düzenleme yapmak üzere yetki verilmesi de kendiliğinden Anayasa'ya aykırılık oluştururdu.

Aynı şekilde, bu Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerde yer alan bakanlıkların görev ve yetkisine ilişkin hükümlerin kural olarak anayasal yasak alanda olmadığına karar verilmiştir.[22] Ancak, bu görev ve yetkilere dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kabul edilmemiştir. Örneğin, *Halime Sare Aysal* kararında, Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin, halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Sağlık Bakanlığına, Bakanlık teşkilatı içinde de Halk Sağlığı Kurumuna veren hükümlerinin, Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olmayacağını açıkça belirtmiştir.[23] Benzer bir ilişki önümüzdeki dönemde, konuya ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında kurulabilir.

Öğretide, bu dört maddenin mahfuz bir düzenleme yetkisi içerdiği görüşünü tamamen reddedenler de bulunmaktadır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi ya da Anayasa'nın 104/17.maddesinin tüm Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Tutarsız, özensiz bir çalışmanın sonucu olması nedeniyle Anayasa değişikliğinin bu tür yorumlara açık olduğu görülmektedir. Bu dört maddenin, Anayasa'nın 104/17.maddesinden farklı olarak takdiri bir yetki alanı değil, bir düzenleme mecburiyeti ifade ettiği ve Anayasa'nın Geçici 21/B maddesinde altı ay içinde

---

22 Örnek olarak 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin olarak bkz. E.2011/150, K.2013/30, Kt.14.02.2013, RG.25.06.2013-28688. Halime Sare Aysal Başvurusu bu kanun hükmünde kararname ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, bu dönem çıkarılan kanun hükmünde kararnameler bakımından oldukça sınırlı iptal kararları vermiştir.

23 Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru no: 2013/1789, Kt.11.11.2015, RG.24.12.2015-29572, §73.

düzenlenmesi öngörülen konuların da bu dört maddede yer alan konular olduğu kanısında olduğumuz için, bu dört maddeye herhangi bir anlam verilmemesine yol açan yorumlara katılmıyoruz. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği gibi, *"Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak mümkün değildir."*[24] Bu hükümlerin, Anayasa'nın ilk halindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi, yasama yetkisinin anayasal istisnası olarak yorumlanması halinde, Anayasa'nın tüm hükümlerine etki tanınması sağlanmaktadır.

Elbette bu yorum, olası tüm sorunların çözümü için yeterli değildir. Üst kademe yöneticilerin atanması usulünün belirlenmesi ile bir temel hak olan kamu hizmetine girme hakkının nasıl bağdaştırılacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu madde bakımından, asgari eşik olarak Anayasa'nın özel nitelikteki diğer hükümlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilebilir. Örneğin, Anayasa'nın 130.maddesine göre, üst kademe yöneticilerinden biri olan rektörlerin kanunun belirlediği usul ve esaslara göre atanması gerekir. Bu durumda, rektör atanması usulünün Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı olmaktadır. Öte yandan, özellikle Danıştay içtihadında kamu hizmetine girme hakkına çizilen çerçeve dikkate alındığında, bu hakka sınırlama getirmeksizin üst kademe yöneticilerinin atanma usulünün nasıl düzenlenebileceği belirsizdir.

Sonuç

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yönelik düzenlemelerin belirsizliği, bu belirlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Mahkeme, hukuk düzeni bakımından bir tercihte bulunacaktır. Cumhurbaşkanlığı makamı ile TBMM çoğunluğu arasında uyumlu bir ilişkinin olduğu bu dönemde karar verilmesi, kararın siyasi yönünü azaltacaktır. Mahkeme, olası iptal kararlarının yürürlüğünü ertelemek suretiyle, yetkili olan diğer organın bu süre içerisinde yeni bir düzenleme yapmasını teşvik ederek, sürecin hukuk boşluğu doğmadan işlemesini sağlayabilir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi bugün hangi yorumu benimserse benimsesin, ileride değişik bir kompozisyon söz konusu olduğunda, farklı bir yorumun benimsenmesi ihtimali yüksektir. Bu belirsizliğin önüne geçilmesi, Anayasa değişikliği yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu değişiklikte,

[24] Örnek olarak bkz. E.2017/167, K.2017/172, Kt.13.12.2017, RG.02.02.2018-30320, §16.

yasama ve yürütmenin düzenleme alanlarına yönelik belirli sınırlar konulması hedeflendiği takdirde, buna uygun ayrı bir yargısal denetim mekanizması oluşturulması hususunun da dikkate alınması isabetli olacaktır. Yeni bir Anayasa değişikliği gündeme geldiğinde, yasama ve yürütmenin düzenleme alanına belirli sınırlar getiren 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın, Anayasa Konseyi ve *Conseil d'Etat* (Danıştay) kararları sonrasında çok farklı bir şekilde uygulandığı gözden kaçırılmamalıdır. Yasama ve yürütmenin düzenleme alanlarını ayırmanın her zaman uygulanabilir, başarılı sonuçlar vermediği, normatif düzeni daha belirsiz hale getirdiği, yargının hukuki yorumda yeterinde güçlü olmaması durumunda bu belirsizliğin artacağı tespit edildiğinde, her durumda yasama üstünlüğüne dayalı bir hukuk düzenini tercih etmenin sürdürülebilirlik bakımından avantajlı yönlerinin açıkça görüleceğini umuyorum.

KAYNAKLAR

DURAN Lûtfi, "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", İÜHFM, C.30, S.3-4, 1964, ss.466-492.

DURAN Lûtfi, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 4, S.1-3, 1983, ss.33-42.

GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1965.

KANADOĞLU Korkut, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/2, ss.637-650.

ODER Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, İstanbul, 2010.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

SAĞLAM Fazıl, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, ss.261-271.

TEZİÇ Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 21.bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017,

TUĞLACI Pars, Okyanus Ansiklopedik Sözlük, Cilt 4, (2.basım), Cem Yayınevi, 1978.

UYGUN Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı, İstanbul, 1992.

ÜLGEN Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri" GSÜHFD, 2018-1, ss.3-39.

ÜLGEN Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", GSÜHFD, 2018-2, ss.619-636.

BİRİNCİ OTURUM: Soru-Cevap

Soru: (Hamit Yelken - Genel Kurul Başraportörü) Yavuz hocama bir soru yöneltmek istiyorum. Sizin sunumunuzdan anladığımız kadarıyla Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki hüküm ile mahfuz dört alandaki mahfuz düzenlemeler arasında bir genel hüküm - özel hüküm ilişkisi kurmadınız. Çünkü buradaki genel kuralların mahfuz alanındaki CBK'lar için de geçerli olacağını ifade ettiniz.

Malumunuz Anayasa'nın 123. maddesinde idare kanunla düzenlenir diyor. Oysa mahfuz alana bırakılan 106. maddede bakanlıkların kuruluşunun görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği ifade ediliyor.

Eğer bunlar arasında 104/17'yi bir genel hüküm bunu da bir özel hüküm kabul etmediğimizde, tabiri caizse anayasa içinde bir kargaşa ortaya çıkıyor.

Oysa bunun özel hüküm olarak kabul ettiğimizde artık yeni sistemde özellikle bakanlıkların kuruluş görev ve yetkileri ki bu idarenin çok büyük bir kısmını oluşturur, anayasanın anılan hükmüne rağmen özel düzenleme olduğu için 123. maddenin değil, bunun daha özel düzenlemesi olan 106. maddenin dikkate alınarak bunun CBK ile yapıldığında anayasaya uygun olması gerekmez mi?

Bu sorunun devamı olarak malumunuz yine 104/17 de kanunla düzenlenen alanda hiçbir şekilde CBK çıkarılamayacağı söyleniyor. Biz bu genel-özel ilişkiyi kurmadığımızda mahfuz alanda da daha önce kanunlarla vaat edilmiş bir sürü kural olabileceği için yine burada sorun çıkıyor. Dolayısıyla sistematik bir yoruma izin vermesi açısından bu genel kural, özel kural ilişkisi kurulması gerekmez mi? Teşekkür ederim.

Cevap: (Prof. Dr. Yavuz Atar - Cumhurbaşkanlığı) Ben şunu söyledim, kanunda bir hüküm varsa, kararnamede de aynı konuda hüküm varsa çözüm kuralını anayasa gösterdiği için kanunlar ihtilafındaki o prensip uygulanmaz dedim. Siz de kararnamelerde ve kanunlardaki hükümlerin bir kısmının genel, bir kısmının özel olacağını söylediniz. O kısmı tam anlayamadım.

Hamit Yelken: Ben şunu söylüyorum. 104. maddenin 17. fıkrasındaki kuralların esas itibarıyla genel CBK'lar için geçerli olabilecek bir kural olduğunu, mahfuz alandaki dört alanla ilgili anayasanın kendisi bir özel düzenleme yaptığı için 104/17 de ki kuralların mahfuz alanda da aynen geçerli olduğunu söyleyeceğimiz sırada problemler oluşacağını anayasa içi bir kaos oluşacağını düşünüyorum.

Prof. Dr. Yavuz Atar: Yani diyorsunuz ki mahfuz alandaki kararnameler de bunların uygulanması gerekir onu söylüyorsunuz.

Hamit Yelken: Hayır mahfuz alandaki kararnamelerde 104/17 birçok kuralının uygulanmamasının bir sistematik yorum yaptığınız da uygulanmaması gereğinin ortaya çıktığı anlaşılıyor.

Prof. Dr. Yavuz Atar: Bunun bir problem olduğunu söyledim, anayasal düzenleme problemli. Şimdi mahfuz alan belirliyorsanız o zaman siz bu konuda ona da bunların öncelikle uygulanacağına dair bir kural koymanız gerekirdi.

Ben orda yani 17. fıkradaki aynı konuda kanunda ve kararnamede farklı hüküm varsa kanun uygulanır prensibinin mahfuz alandaki kararnameler için de geçerli olduğunu düşünüyorum.

Çünkü o belirtilmemiş, yani orada bir ayrım yok diyor ki kararnamelerde kanunlar arasında mahfuz alandaki kararname de bir kararname. 104/17 de kararname ile kanun demek suretiyle bir hüküm koymuş orada ben mahfuz alan için bunların öncelikle uygulanacağı gibi bir şey çıkaramıyorum. Ya anayasa için bir genel hüküm, bir özel hüküm ilişkisi bana mantıklı gelmiyor. Belirtilmesi gerekirdi bir boşluk var mevcut hükmü uygulamak zorundayız yani kanunlarda birçok düzenleme var yani bu ihmal edildi bundan sonra da olabilir.

Dolayısıyla mahfuz alanda bile olsa kanunlarda da siz bakanlıkların görevi ile ilgili bir sürü hüküm hala var. Bunları uygulamak zorundayız. Çünkü mahfuz alan için bu kararnameler öncelikle uygulanır diye bir hüküm yazılmadı. Boşluk var yazılması gerekirdi yazılmayınca da anayasanın emredici hükmünü uygulanmak durumundayız diye düşünüyorum.

Şimdi bu anayasa değişikliği yapılırken bir yandan 104 de siz kararname yetkisini veriyorsunuz yürütme alanın da öbür taraftan da idare kanunla düzenlenen kısmını muhafaza ediyorsunuz.

O dönemde ben bunun teknik bir yanlış olduğunu söyledim ancak tabii anayasa koyucu bunu böyle yaptı, bize düşen şimdi bunu nasıl yorumlayacağız.

Hamit Yelken: O bakımdan şöyle bir yorum yapamaz mıyız? Önceki dönemde de Cumhurbaşkanlığı genel sekreterliği….

Prof. Dr. Yavuz Atar: Ama bir şey söyleyeyim atlamayın devam edin. Şimdi buradaki o idare kanunla düzenlenir diyen 126. maddedekini gerçekten genel kararname yetkisiyle karşılaştırdığımızda çok ciddi sorunlarla karşı karşıyayız. Yani Anayasa Mahkemesi'ne 126 var 17'de yürütme alanında kararname çıkarılabilir ama 126 kanun öngörüyor. Çok ciddi bir sorun bu, belki şöyle bir içtihat geliştirebilir mi mahkememizi zor bir şey bekliyor. Yani idareden ne anlıyoruz, yürütme alanında düzenlemeden ne anlıyoruz da yeni bir içtihada belki ihtiyacımız var.

Ne olabilir yani belki şeyle ilişkilendirmek bunu mümkün. Hani anayasa hukukunda yürütme organı diyor, bir de idari teşkilat diyoruz ya acaba diyorum yani yürütme dediğimizde Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar gibi biraz daha siyasal organlar anlamak öbür taraftan da çok mahfuz alan hariç olmak kaydıyla 126 da ki idari teşkilatı da o manada bir ayırmak, idari hukukçularının öyle bir ayrımı vardır. Yürütme organı dediğimizde bir siyasal yürütme bir de idari teşkilat çok.

Zorlama bir yorum ama anayasa hükmü problemli, dolayısıyla da Allah Anayasa Mahkememizin yardımcısı olsun. Arkadaşlar şimdi bu anayasal, şimdi böyle anayasanın bazı maddelerini silerek, yerine bir şey ekleyerek bu şekilde yapıldığı zaman birçok tabi teknik kusur ortaya çıkıyor. Ben vaktiyle bir gazete de küçük bir yazı yazdım.

Bu değişikliğin esasında benimsediğimi ancak teknik kusurlarla dolu olduğunu söyledim hatta bazıları nedir bu teknik kusurlar, işte bakın bunlar işin içine hukukçular girdiği zaman ortaya çıkıyor Anayasa Mahkememiz bunların üstesinden gelir diye düşünüyorum.

Soru (Prof. Dr. Doğan Soyaslan) : Şimdi kararname ile kanun alanı tartışılıyor, yeni sisteme göre Sayın Cumhurbaşkanı aynı zamanda parti lideri dolayısıyla parlamento kendisine bağlı. Dolayısıyla kararname alanı uygulamada güçlü olacaktır. Bundan bilmiyorum tereddüttünüz var mı?

Ergun hocama bir sorum var Türkiye yeni bir sisteme girdi sayın hocam Anayasanın 16 Nisan'da değişiklikler yapıldı olağanüstü ilk 3 maddeye aykırı mı? Ben sizi büyük bir Anayasa Hukukçusu olarak görüyorum. Biraz geniş kamu hukukunu ilgilendiriyor. Yavuz hocam aklıma başka şeyler de geliyor bir ülke eski bir hukuk düzenine de

dönebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri İslam hukukundaki Tazir hakkı ile bir benzerliği var mı tamamen samimi soruyorum.

Cevap: (Prof. Dr. Ergun Özbudun – İstanbul Şehir Üniversitesi) Hiç bir fikrim yok gerçekten bilmiyorum yani. Şimdi bu sempozyumda hukuki konuları irdeliyoruz. Çok teknik, ama yok kararname Tazir hiç alakası olmadığını düşünüyorum. Orada görüşüm bu.

Soru: Benim sorum Yavuz Atar hocama olacak. Normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunların altında yer almadığını kanun etkisine sahip olduğunu ifade ettiniz. Peki, bu görüş çerçevesinde devamında da sosyal ve ekonomik hakların CBK ile düzenlenebileceğini ancak sadece genişletme yapılabileceğini, 13. madde çerçevesinde herhangi bir sınırlamaya gidilemeyeceğini ifade ettiniz.

Ben açıkçası bu iki görüşü çok bağdaşır göremedim, bir yandan kanun hükmüne haizdir, kanun etkisine sahiptir görüşünü kabul ettiğimiz zaman, o zaman 13. madde çerçevesinde de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında da problem kalmıyor gibi gözüküyor. Her ne kadar malumunuz kanun hükmünde kararnamelerde kanun değildi ancak kanun gücüne haiz olduğu için Anayasa mahkemesi KHK ile birtakım sınırlandırmaların yapabileceğini kabul etmişti. Bu çerçevede o zaman aynı görüşü buraya da teşmil etme gibi bir ihtimal doğmaz mı? Bu konuda ne dersiniz.

Cevap: (Prof. Dr. Yavuz Atar - Cumhurbaşkanlığı) Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelerle sosyal ve ekonomik hakların sınırlanabileceği görüşüne ben katılmıyorum. Bunun yanlış bir içtihat olduğu görüşündeyim.

Çünkü 13. madde çok açıkça bağlayıcı, orada bir ayrım yok temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Sosyal haklar olsa bile KHK ile sınırlandırılamaz, dolayısıyla kararnamelerle zaten sınırlandırılamaz. Burada benim kastettiğim kanundur demiyorum, dikkat edin kanun etkisine sahiptir, kanun altı bir düzenleme değildir.

Bazı kitaplarda şunu gördüm ben şaşırdım doğrusu normlar hiyerarşisi diye bir şema yapmışlar kanunlar, altında kararnameler yani onu yönetmelik mesafesine indiriyor. O manada ben kanun etkisinde olduğunu, kanun gibi uygulanabileceğini söylüyorum. Yoksa burada benim görüşlerimde bir çelişki yok mahkemenin içtihadının doğru olmadığı kanaatindeyim.

Soru: (Taylan Barın - Anayasa Mahkemesi Raportörü) Öncelikle sunumlarınız için teşekkür ederim. Ben her iki konuşmacıya da kısa birer soru yöneltmek istiyorum.

Öncelikle Yavuz Hocama sormak isterim. Söylediğiniz gibi anayasada bu anlamda bir düzenleme eksikliği var gibi görünüyor. Çünkü burada parlamento ile Cumhurbaşkanlığının farklı siyasi çoğunluklarca temsil edildiği durumda, aslında mahfuz alan düzenlemesi ile yapılmak istenenin olası krizleri aşmada bir anahtar olarak kullanılabilmesi umuluyordu.

Oysa 104/17'nin genel olarak uygulanması durumunda bunun pek gerçekleşmeyeceğini düşünüyorum ben de sizin gibi, bir örnekle karikatürize ederek de söylemek isterim.

Mesela bir kanun çıktığını varsayalım. İşte Türkiye Cumhuriyeti bakanlıkları şu iki bakanlıktan ibarettir İçişleri ve Dışişleri denildiğinde şimdi hem diğer bakanlıklarla lağvedilmiş olacak hem de Anayasa Mahkemesi iptal edene kadar tekrar bir bakanlık kurulamayacak. Çünkü konu kanun ile açıkça düzenlendiği için, böylelikle farklı çoğunlukların siyaseten temsil edildiği bir noktada hükümet sistemi bu manada krize girebilecek endişesini taşıyorum. Buna ilişkin bir çözüm öneriniz var mıdır?

Özen hocama sorum da hükümsüzlüğe ilişkin olacak. Hükümsüz bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi normunu mevzuattan kaldırılabilecek bir öneriniz var mı? Yani bir kanun çıktı ve ilgili Cumhurbaşkanlığı aynı konuda düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünü hükümsüz hale getirdi. Fakat ikisi de mevzuatta yer almaya devam ediyor. Sizin de işaret ettiğiniz üzere iptal davası açılamıyor, itiraz yolu ile gelmesi mümkün değil, davada uygulanacak kural belli değil, fakat mevzuatta kalmaya devam ediyor bu sorun nasıl aşılabilir? Çok teşekkür ederim.

Cevap: (Prof. Dr. Yavuz Atar - Cumhurbaşkanlığı) Şimdi orada zaten çözümü söyledim, anayasada boşluk var orada keşke mahfuz alanla ilgili dört konu yazılırken ki, en önemlisi zaten bakanlıklarla ilgili kısımdır. Diğerleri çok pratik bir sorun değil. Orada mutlaka bir öncelikle uygulama prensibi tıpkı o 104/17 de olduğu gibi yazılmalıydı. Ama ben meclisle yürütme savaşa girerse ancak herhalde bakanlıkları kapatalım iki bakanlık kuralım böyle bir şey çok da olası değil.

Olursa da Anayasa mahkemesi var hızlıca bir iptal davasını Cumhurbaşkanı açar veya başka bir yetkili olan açar anayasa

mahkememiz de zaten yürütmeyi yürürlüğü durdurma kararı da verebiliyor.

Sonra da Cumhurbaşkanı hemen kararnamesini çıkarır çok uzayacağını sanmıyorum Taylan, 2-3 haftada yeni bakanlıklar kurulur.

Anayasa mahkememiz yürürlüğü durdurma kararı veriyor. Prensip olarak veriyor ama çok yaygın kullanmıyor, ben bunu da doğru buluyorum. Eskiden bizim anayasa mahkememiz böyle her şeyde yürürlüğü durdurma veriyordu. Gerekli, gereksiz şu an mahkememiz ihtiyaç olan yerde daha dikkatli kullanıyor. Bunun doğru bir aslında anayasal dayanağı problemli ama bir içtihat alanı mahkememiz bunu kapatmadı. Ama çok daha dikkatli kullanıyor. Ben bunun doğru olduğu kanaatindeyim öyle bir durumda işte tam da yürürlüğü durdurma verilmesi gereken durumdur. Bakanlıkları meclis kanunla kapatır başka bakanlık kurarsa Anayasa Mahkemesi yürürlüğü durdurur CBK çıkarılır vs.

İptal de eder zaten kısa sürede çünkü çok uzun bir incelemeyi gerektirecek bir şey değil mahfuz alana girmiş dava açıldığında bir haftada iptali mümkün diye düşünüyorum ama çözüm anayasaya bununla ilgili bir hüküm koymaktır. Elimizi anayasaya sürersek daha çok yapılacak iş de var aslında.

Taylan Barın: Çok özür diliyorum hocam. Tam burada işte iptal kararları geriye yürümez hükmü 153. madde onu nasıl yorumlamamız icap eder acaba?

Prof. Dr. Yavuz Atar - Cumhurbaşkanlığı: Hayır, hayır kararname çıkaracak Cumhurbaşkanı. Şimdi kanun çıktı, bakanlıkları kapattı tamam eyvallah. İçişleri, Dışişleri yani ülke batmaz yönetilir. O arada Anayasa Mahkemesi iptal verdiği anda CBK çıkar, CBK çıkarmak hazırdır zaten eski bakanlıklarla ilgili onu alır yürürlüğe koyar olur biter yani.

Cevap: (Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ - Galatasaray Üniversitesi) Hükümsüz hale gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bence bir gece de aynı şekilde yürürlükten kaldırılması son derece kolay. Cumhurbaşkanlığı hukuk Ofisi aslında bu konuyla doğrudan ilgilenebilir. Bence hukuki çözüm o. Anayasa Mahkemesi'nin iptal etmesi zaten iptal kararının etkisi ne olacak hükümsüz hale gelmiş olanlar bakımından. Kanun çıktığı andan itibaren geçersiz olması gereken bir işlem Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından itibaren mi yürürlükten kalkmış olacak bu zaten mantık dışı bir şeydir.

Burada Anayasa Mahkemesi ilk incelemede tespiti yapsa bile oraya kadar gelmiş olsa bile hemen Cumhurbaşkanlığı hukuk ofisinin gerekli öneriyi yapıp bir gecede onların yürürlükten kaldırılarak niçin gerekli bu hukuki güvenlik için gerekli, öngörülebilirlik için gerekli böyle bir idarenin ve diğer yargı organlarının sürekli bir çatışma ve çelişme yaşamaması için bu Cumhurbaşkanlığına düşen bir görev olacaktır.

Soru (Sertaç Serter): Teşekkürler öncelikle sunumlar için, Sertaç Serter Anadolu Üniversitesi ikinizde cevaplarsanız sevinirim hocalarım.

104. maddede üst derece kamu yöneticilerin özellikle esaslarının belirlenmesi konusunda 70. madde de belirtilen kamu hizmetine girme hakkının sınırlanması olarak yorumlanabileceğini düşünüyorum. Bu da siyasal haklar bağlamında aslında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile dokunulamayacak bir alan. Kaldı ki 13. madde de temel haklar olduğu için kanunla düzenlenmesi gereken bir alan olarak acaba yorumlanabilir mi?

Bir sorum bu ve bir sorun yaratır mı acaba veya bunu iki maddenin de bir istisnası olarak mı düşüneceğiz?

Bir diğeri de ben de bakanlıklarla ilgili farklı bir bakış açısı acaba şöyle okunabilir mi? Bir kere ben bakanlıkların kurulması ve kaldırılması noktasında hem yasa koyucunun hem cumhurbaşkanının en azından Anayasada ismen sayılmış bakanlıkların mevcudiyeti ile bağlı olduklarını düşünüyorum. Yani orada örneğin Adalet Bakanlığı yazan bir Anayasada Adalet Bakanlığının her iki kurum tarafından da kaldırılmaması lazım. Ama onun dışında acaba bu bakanlıkların özellikle görevlerinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi hususu Cumhurbaşkanına bir kamu hizmeti kurma hakkı mı veriyor ki biz bunu hep daha önce hep kanunla kurulur diyorduk. Bu en başta birçok temel hak ve özgürlüğü kısıtlaması bakımından 13. maddeye aykırılık teşkil edebilir.

Ama bir yandan da özel girişim özgürlüğü 48. maddeye de bir terslik oluşturulabilir ama belki de 48. madde sosyal ve ekonomik haklar bağlamında olduğu için Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile müdahale edilebilecek bir alan denilebilir ama yine 13. madde engeli var bu iki konuda ne düşünüyorsunuz merak ediyorum.

Çok teşekkür ederim.

Cevap: (Prof. Dr. Yavuz Atar - Cumhurbaşkanlığı) Bu üst kademe yöneticiler ile ilgili kararname de anayasada üst kademe yöneticilerinin

atanmasına ilişkin usul ve esaslar şimdi o kararnameyi oradaki hükümlerin bir kısmı mahfuz yetki ile ilgilidir, bir kısmı ise 104'teki genel kararname yetkisine dayanarak aslında bunu da anlatmak istiyorum görüşüm olarak.

Bir kararname içinde mahfuz yetki ile ilgili konular olabileceği gibi genel yetki ile ilgili düzenlemelerde olabiliyor. Dolayısıyla o üst kademe yöneticiler ile ilgili kararnamelerde iki ayrı maddeye dayanarak düzenleme yapılmıştır. Ama elbette orada anayasanın temel haklarla çelişen, temel haklara aykırı düşen veya kanunlarla düzenlenmesi gereken alana girilmiş olma durumlarında elbette Anayasa Mahkemesi orada denetimini yapacaktır.

Şimdi bu üst kademe yöneticileri onu ben öyle yorumla o bir kamu hizmetine girme değildir. Bir Genel Müdür, Vali hatta Bakan yardımcısı bunların atandığında kamu hizmetine girme değil. Kamu hizmetine girme kariyer ile ilgili bir şeydir ve DMK Anayasa da zaten 128'le bunların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Dolayısıyla da bu kararname kamu hizmetine girişi düzenleyemez, düzenlememiştir ve üst kademe yöneticileri ile alakalı bir usul esaslar ve atama sistemi getiriyor. Kimlerin üst kademe olduğunu belirliyor, dolayısıyla bir kişiyi vali olarak atadığınızda siz onu 70. maddedeki gibi kamu hizmetine girişi ile alakalı yorum yapmak bence doğru değildir burada. Çünkü o alıp da siz onu memur yapıp da kamu hizmetine Vali atanınca veya işte genel müdür dışarıdan da atanabilir. Elbette o esnada Genel Müdürlük görevini ifa ederken bir kamu hizmeti yapıyor ama o atamayı siz 70. madde kapsamına giren bir kamu hizmetine giriş olarak yorumlamamız gerekir. O nedir vatandaşlara kamu hizmetine girişle ilgili bir hak verilmiştir, bunların esasları da DMK'da vardır veya bazı özel personel kanunlarında orada hükümleri anlamak gerekir diye düşünüyorum, şahsen benim bu konudaki görüşüm budur.

Cevap: (Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ - Galatasaray Üniversitesi) Kamu hizmetine girme hakkı bizim anayasa literatüründe çok fazla üzerinde durulmuş bir hak değil. Kapsamı konusunda ben de Danıştay kararlarına baktığım zaman önce öyle düşünmüştüm hocam. Burada bir girme yok üstelik kamu hizmetinde kalmıyorlar. Sonrasında süreli bir görev, geçici bir görev ama Danıştay kararlarına bakıldığı zaman o yükselmeyi de kapsayan biçimde o kamu hizmetine girmeyi değerlendirdiğini gördüm. Tabi kamu hizmetine girmek sadece giriş anlamında değil ama orada belirli mevkilere yükselmeyi de liyakat esasına göre geçirecek.

Soru: (Dr. Öğretim Üyesi Zeynep Burcu Akbaba - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Teşekkür ediyorum öncelikle, ben aslında Yavuz hocaya soracağım ama Özen hocanın da cevabını merak ediyorum.

Özellikle de normlar eğrisindeki ast üst ilişkisine yönelik benim sorum.

Şimdi yasama organının olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulüne ilişkin bir düzenleme yapıp yapamayacağına mı düşünüyorsunuz ki yasama organı bir kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içeriğine değil, çünkü içerik anayasada açıkça belirtilmiş zaten ama nasıl usulle yapılacağına yönelik sadece Cumhurbaşkanı tarafından ve resmi gazetede yayımlanması şartlarını getiriyor.

Bunun dışında kanunlar bu şartlara mesela eski anayasa döneminde olduğu gibi tüzükler için Danıştay'ın görüşünü alma şartı gibi bir şart getirilirse ki önünde bir engel görünmüyor bu açıkçası normlar hiyerarşisi sorununu çözmez mi? Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki. Teşekkür ediyorum çok sağolun.

Cevap: (Prof. Dr. Yavuz Atar - Cumhurbaşkanlığı) Şimdi burada yasayla kararnamelerle ilgili bu tür hükümler getirilemeyeceği kanaatindeyim. Çünkü doğrudan anayasaya dayanılarak yapılan bir işlemdir. Getiremeyeceği için de bunun normlar hiyerarşisine bir etkisi olmaz. Dolayısıyla da yani o konudaki görüşümde ısrarcıyım.

Yasa ile getirilemez, anayasa kararnamenin nasıl çıkarılacağını, hangi alanda nasıl çıkarılacağını kanunla ilişkisini söylemiş bize başkaca benim gerekçelerle de bunların kanun etkisiyle olduğunu söyledim. Doğrudan anayasaya dayanarak anayasa ne diyor, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılır şu konularda veya genel yetki ile.

Bu bir kanun, bu bir yönetmelik değil, bu bir tüzük değil ki yasama organı kalksın bunun esaslarını belirlesin yaptığı takdirde doğrudan anayasanın, Anayasaya aykırı olacağı kanaatindeyim.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Anayasaya aykırı olmayan bir usul getirebilir. İşte Danıştay görüşü gibi, hem de biraz da hukuk devleti bakımından, süreci şeffaflatmak bakımından da bir şey olur.

Prof. Dr. Ergun Özbudun: Evet, ne mani var.

Prof. Dr. Yavuz Atar: Ben yapamayacağı kanaatindeyim, çünkü Anayasa'dan kaynaklı bir yetki bu.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Tabi hocam ama kanunda anayasaya aykırı olmamak şartıyla.

Prof. Dr. Yavuz Atar: İlla Anayasa'da somut bir hüküm bulmaya gerek yok, Anayasadan kaynaklı bir yetkiyi kullanıyorsun ve yasama organı kalkıyor bunun usul esasları böyle bir şey yapamaz yasa koyucu. Orada doğal olarak eşyanın tabiatı gereği kararname yetkisi anayasadan kaynaklanıyor. Yetki oradan kaynaklandığına göre efendim bunun usul esasını yasama belirlesin, böyle bir yorum yapamayız diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı: (Prof. Dr. Ergun Özbudun - İstanbul Şehir Üniversitesi) Şimdi öyle görünüyor ki önümüzdeki yıllar bu tartışmalarla geçecek.

Bitmek bilmeyen bir tartışma. Bir oturum başkanının görevi tartışmaya bizzat müdahil olmak değildir, konuşmacıları takdim etmektir, soruları yönlendirmektir.

Ama şu kadarını söyleyeyim toplantımız bitti. Bu dört alanın mahfuz yetki alanı olduğunu nereden anlıyoruz, Allah aşkınıza bu maddelerin metnine bakalım münhasıran veya ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir diye bir ibare var mı? Hayır, ne münhasıran var ne de ancak var, neyse ben artık müsaadenizi rica ediyorum siz artık bunu düşüne durun.

İkinci Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Çankaya Üniversitesi

Konuşmacılar

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Çankaya Üniversitesi

Öncelikle beni davet eden çok sevgili dostum Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü ARSLAN'a çok teşekkür ediyorum.

Sayın Başkanvekilleri, Sayın Üyeler, Sayın katılımcılar, bu günün son oturumu olacak bu oturum, iki konuşmacıdan oluşuyor. Bunlardan bir tanesi Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Turan YILDIRIM. İdare Hukuku ile ilgili idarenin kanuniliği ilkesi bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerin Anayasal Sınırına ilişkin bir sunum yapacak.

İkinci konuşmacımız da yine İstanbul'dan. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Melikşah YASİN Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna etkilerine dair bir sunum yapacak. 1971 yılında kanun hükmünde kararnameler yürütme gücünü güçlendirmek için 1961 Anayasasında değişikliği ile girmişti. O gün, o tarihlerde de hukukçular tarafından incelendi. Makaleler yazıldı, şu yapıldı, bu yapıldı yani birtakım şeyler yapıldı. 1982 Anayasası da bu kanun hükmünde kararnameleri de devam ettirdi. Bu son 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte gelen Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri yine Anayasa hukukçuları için ve idare hukukçuları için önemli bir konu, önemli bir malzeme. Bir benzerlik de var, özellikle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olağanüstü hallerde çıkan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında birebir ilişki var. Ama tam da değil, arasında çok büyük farklılıklar da var. Tabi bunlar idare hukuku açısında da incelenmesi gereken konular, yeni konular, heyecan veren konular. Bu konuda da çeşitli yayınlar yapılmaya başlanıyor. Ben bu konuda çok fazla konuşmayım, konuşmacılarıma söz vereyim.

Öncelikle buradaki sıraya göre devam edeceğim. Sayın Prof. Dr. Turan YILDIRIM size tebliğini sunacak. Şimdi şöyle bir ilke kararı alalım Ergun Hocanın yaptığı gibi 20-25 dakika konuşma herhalde yeter. Yarım saatte sunum sonrası tartışmalara yer verelim. Buyurunuz Sayın Turan YILDIRIM.

İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ANAYASAL SINIRI

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

GİRİŞ

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

KANUNİ İDARE İLKESİ

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

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

---

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

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNE İLİŞKİN ANAYASAL ESASLAR

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

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

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

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİYLE KURULABİLECEK İDARİ BİRİMLER

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

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

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

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

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

KANUNLA KURULMASI GEREKEN İDARİ BİRİMLER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[4] Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

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

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

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

KANUN-KARARNAME ÇATIŞMASI

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

---

5 Arduçoğlu,M.A., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi",s.42. www.ankarabarosu.org.tr, E.T.28.03.2019

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

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

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

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

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

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

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

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

---

8 Ardıçoğlu, s.45; Yıldırım, s.27.

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

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

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

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

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

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

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

[10] E.2014/92

[11] Ardıçoğlu, s.38.Boyar,O., Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve "Executive Orders" : KarşılaştırmalıGözlemler

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

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

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

---

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

[13] Özbudun,s.268.; Gözler,s.237.

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

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

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

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİYLE DÜZENLENEMEYECEK ALANLAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[17] E:2011/107

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

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

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

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

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

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

MÜNHASIR KANUN ALANI

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

"Ancak kanunla düzenlenir" vurgusunun bulunduğu maddelere bakıldığında[18] da münhasır kanun alanı düzenlemesi anlamı çıkmamaktadır. Örneğin, yükseköğretim elemanlarının siyasi parti üyeliği "ancak" kanunla düzenlenirken; mahkemelerin kuruluşu kanunladır.[19] Dolayısıyla, Anayasanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngördüğü istisnalar dışında kalan her konunun münhasır kanun alanı olduğu söylenebilir.

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

---

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

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

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

1982 Anayasasında yürütmenin aynı zamanda yetki olduğunun[21] hükme bağlanmasıyla, yürütmenin asli düzenleme yetkisi sorunu tekrar tartışılmış; 1961 Anayasası dönemindeki yorumun değişmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştı.[22] Yürütmenin düzenleme yetkisini, yasama yetkisinin devri yasağı kapsamında da ele alan Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası dönemindeki içtihadı benimsemiştir. Örneğin bir kararda şöyle denilmektedir: *"…Anayasa'nın 7. maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir…"*[23]

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

---

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

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

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

23 E.2013/47

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

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

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

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

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

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

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

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

[26] E.2013/72

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

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

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

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

YÜRÜTMEYE YETKİSİNE İLİŞKİN KONULARDA ÇIKARILACAK KARARNAMELER

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

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

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

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

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

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

---

[27] Yayla,Y.,ag.e.,s.145. Hocamız bu görüşünü şöyle desteklemektedir: "R.SARICA, 'icra mefhumu tanzim salahiyetini de tazammun eder…Tanzim salahiyeti icra salahiyeti içinde mündemiçtir…Tanzim, icra salahiyetinin tabii ve zaruri bir neticesidir.' (Türkiye'de İcra Uzvunun Tanzim Salahiyeti İstanbul 1943 s.29.) sonucuna varmıştır. S.S.ONAR da, '…Anayasada sarih bir hüküm olmasa da idare gene kendine düşen fonksiyonu ifa edebilmek için bir tanzim salahiyetine sahip olmak mecburiyetindedir, çünkü idare, ifa edeceği amme hizmetinin işlemesi, hatta kuruluşu, fertlerin bundan istifade tarzları hakkında umumi kaideler koymak mecburiyetindedir…' diyor. Dipnot 339.
Gözler-Kaplan, idarenin düzenleme yetkisinin "eşyanın tabiatından" kaynaklandığını belirtmektedirler. "İdarenin düzenleme yetkisi Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Ancak idare bunların dışında, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahiptir. Eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisinin altında idarenin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması gibi ihtiyaç ve gereklilikler bulunmaktadır." a.g.e.,s.421.

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

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

BAKANLIKLARIN GÖREVLERİNİN DÜZENLENMESİ SORUNU

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

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

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

[28] Yayla, Y.,A.g.e.,s.145.

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

hürriyetlerine dair Anayasal esaslarla bağlı kalmaksızın, bakanlık görevi düzenlenebilir.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

[33] Çağa,s.374-375.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN TÜRK İDARİ TEŞKİLAT HUKUKUNA ETKİLERİ

Prof. Dr. Melikşah YASİN
İstanbul Üniversitesi

GİRİŞ

1982 Anayasasında, 21.01.2017 tarih ve 6771 Sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla" yapılan değişiklikler, 16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişiklikle kabul edilen cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin en açık ve keskin etkilerinin yürütmenin uzantısı niteliğinde olan idari teşkilat üzerinde gerçekleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Anayasada idari teşkilat hukukuna ilişkin olarak Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin niteliği ve diğer anayasal düzenlemelerle ilişkisi ve şimdiden işaretleri görülmeye başlanan hukuki sorunlar üzerinde tartışmalar yaşanmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine yönelik olumlu veya olumsuz görüşler bu çalışmanın konusu dışındadır. Ancak aşağıda aktarılacağı üzere, kendine özgü bir sistemi bulunan mevcut anayasal düzen bütüncül olarak ele alınmadan, anayasanın bir biri ile ilişkili hükümleri arasında sağlam bir uyum tesis edilmeden hükümet sistemi değişikliği gibi son derece temel ve radikal bir değişiklik yapılması beraberinde aşılması hiç de kolay olmayan sorunlar getirmiştir.

Bu değişiklikler, biz hukukçular için yeni bir günden yaratmış olmakla beraber maalesef bugüne kadar yazılanlara bakıldığında, ikna edici hukuki çözümler bulmak konusunda bir zorluk yaşandığını da söyleyebiliriz.

Anayasa değişikliği sürecinde fikri ve siyasi olarak, sadece mevcut parlamenter sistemin yarattığı anayasal güçlükleri aşma çabasına yoğunlaşılması, mevcut sisteme alternatif olarak önerilen değişikliklerin hukukî sonuçlarının ve etkilerinin yeterince sorgulanmasını ve tartışılmasını engellemiş ve maalesef bu çalışmada üzerinde duracağımız hukuki sorunları ortaya çıkarmıştır.

Çalışmada, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin anayasal düzenlemelerin yarattığı Türk İdari Teşkilat Hukukuna özgü bazı sorunlar üzerinde durulacaktır.

1. CUMHURBAŞKANININ İDARİ TEŞKİLATA İLİŞKİN YETKİLERİNİN NİTELİĞİ

1.1. MAHFUZ YETKİ MESELESİ

Anayasa değişikliği ile idari teşkilat hukukuna ilişkin temel değişiklikler dört maddede düzenlenmiştir.

Bu maddeler;

Madde 106/son : *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."*

Madde 108/son : *"Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."*

Madde 118/son : *"Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."*

Madde 123/3 : *"Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."*

Bu hükümler ile Türk İdari teşkilat hukukuna hakim olan "kanuni idare" ilkesine kapsamlı bir istisna veya bir başka ifadeye göre "yumuşama[1]" getirilmiştir. Cumhurbaşkanına tanınan tek başına merkezi idareyi tamamen yeniden düzenleyebilme ve kamu tüzel kişisi kurma yetkisinin sakıncaları, bu çalışmanın kapsamını aşmakla beraber, bu değişikliklerle Türk İdari teşkilatının ihtiyaca ve zamana göre tecrübelerle oluşma ve gelişmesi anlayışı terkedildiğini ve idarenin yapısal devamlılığı konusunda anayasal güvencenin zayıflatıldığını ifade etmekle yetineceğiz.

Bu kapsamda cevaplandırılması gereken ilk sorun; cumhurbaşkanının yukardaki maddelerde ifade edilen yetkilerinin niteliğidir. Diğer bir ifade ile bu hükümler ile cumhurbaşkanına mahfuz bir düzenleme alanı tanınmakta mıdır yoksa bu hükümler Anayasanın 104/17maddesi ile birlikte mi yorumlamak mı gerekmektedir?

---

[1] ULUSOY Ali; "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor", http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf, erişim tarihi, 10.04.2019, ; s.6.

Zira Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddenin 17.fıkrasına göre;

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

Bu hükümle cumhurbaşkanının tanınan *"yürütme yetkisine ilişkin"* kararname çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin üstünlüğü esas alınarak düzenlenmiştir. Zira hükme göre;

- Münhasıran kanunla düzenlenen konularda cumhurbaşkanı kararnamesi çıkarılamaz,
- Kanunla düzenlenen konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi *(bu çalışmada CK olarak ifade edilecektir.)* çıkarılamaz,
- Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır.

Doktrinde bu hükümler (106/son madde, 108/son madde, 118/son ve 104/17.madde[2]) birlikte değerlendirilmek suretiyle iki farklı görüş ileri sürülmektedir:

Birinci görüş; 106/son madde, 108/son ve 118/son madde ile cumhurbaşkanına tanınan yetki mahfuz bir yetkidir[3] ve bu alanlar kanunla düzenlenemez, zira bu hükümleri 104/17.maddeye göre özel hükümlerdir[4]ve 104/17. maddedeki esaslar bu kararnameler bakımından

[2] Mahfuz yetki tartışması Anayasanın 104/9.maddesinde yer alan "Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler." Hükmü içinde yapılmaktadır ancak çalışmamız idari teşkilat hukuku ile sınırlı olduğu için bu madde dahil edilmemiştir.

[3] ÜLGEN Özen; "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", GSÜHFD, 2018/1, s.17., GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, 20.Baskı, Ekin Yay., Bursa 2018, s.385.

[4] ÜLGEN; s.20.

geçerli olmaz. Bu görüşe göre; mahfuz alana ilişkin konular kanunla düzenlenemez[5], eğer mahfuz alanı düzenleyen kanunlarla kararnameler arasında çatışma çıkarsa kararnameler uygulanır[6]. YILDIRIM da; değişiklikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasada sayılan birimlerin ve bakanlıkların düzenlenmesinde başvurulabilecek tek enstrüman haline geldiğini ifade etmektedir. [7]

İkinci görüş ise; "Her şeyden önce Anayasa değişiklikleri ile kanun koyucuya kapatılmış ve yürütmeye münhasır olarak verilmiş bir düzenleme yetkisinden bahsedebileceğimiz bir anayasa normu yoktur. Bilakis m.104/17 hükmünde kanuna münhasır alanlar tanınmıştır ve ayrıca aynı konuda meclis tarafından kanun çıkarılması durumunda cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği düzenlemesine yer verilmiştir[8]." ULUSOY, bakanlıkların yapı ve görevleri konusunda CK'ne özel yetki tanınmış olduğu kabul etmekle birlikte, bu durumun dahi Yasamanın kanun çıkarmasına hukuken engel bulunmadığı kanaatindedir[9].

Cumhurbaşkanının "*yürütme alanında ilişkin konularda çıkaracağı kararnamelere ilişkin hususlar*" 104/17.maddesinde düzenlenmiştir. İdari teşkilata ilişkin kararnamelerin; "yürütme yetkisine" ilişkin olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Ancak; Anayasa değişikliği ile bakanlıkların kurulması, Devlet Denetleme Kurumunun ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kurulmasına ilişkin yetkiler, Anayasada ayrıca ve takdire mahal bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle; 104/17.madde hükmü kararnamelere ilişkin genel hüküm niteliğinde olup, Anayasa koyucunun bahsedilen konulara ilişkin hususların CK ile düzenleneceğini ayrıca ve özel olarak düzenlemiş olması karşısında, bu yetkinin "mahfuz bir yetki" olduğu kanaatindeyiz.

Anayasanın 123/3.maddesi ile kamu tüzel kişiliğinin "kanunla veya CK" ile kurulabileceği ifade edilerek kamu tüzel kişiliği konusunda cumhurbaşkanına mahfuz olmadığı konusunda tereddüt ve tartışma bulunmayan bir yetki tanınmıştır. Kaldı ki; Anayasa değişikliğinden önce de, Anayasanın 107.maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel

---

5 GÖZLER, KAPLAN; s.392.

6 GÖZLER, KAPLAN; s.393.

7 Turan YILDIRIM; "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", MÜHF- HAD, C.23 S.2, 2017, s.16.

8 ARDIÇOĞLU Artuk; "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, s.2017/3, , S.37.

9 ULUSOY ; s.7.

Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları , personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülerek, cumhurbaşkanına doğrudan düzenleme yetkisi tanınmıştı.

Bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir ki; Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü idari teşkilat, cumhurbaşkanının kararname yetkisinin kapsamı dışındadır. Bu bağlamda; merkezi idarenin taşra teşkilatının görev ve yetkileri *(AY Madde 126/3)*, mahalli idarelerin kuruluş, görev ve yetkileri *(AY Madde 127/2)*, üniversitelerin kurulması *(AY Madde 130)*, Radyo Televizyon Üst Kurulunun kuruşu görev ve yetkileri *(AY Madde 133)*, Atatürk Dil, Tarih ve Tarih Yüksek Kurumunun kuruluşu, *(AY Madde 134)*, Diyanet İşleri Başkanlığının görev ve yetkileri *(AY madde 136)*, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluş, görev ve yetkileri *(AY Madde 135)* kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

1.2. CUHURBAŞKANINA TANINAN KAMU TÜZEL KİŞİSİ KURMA YETKİSİNE İLİŞKİN MESELELER

Anayasa yukarıda ifade edildiği üzere, Cumhurbaşkanına kamu tüzel kişisi kurma konusunda "mahfuz olmayan" bir yetki tanımış olmakla beraber, bu yetki de aşağıda işaret edilecek bazı tereddütleri beraberinde getirmektedir.

Bu noktada ise şu sorunların cevaplandırılması gerekmektedir:

1.2.1. Kanunla kurulmuş mevcut bir kamu tüzel kişiliğine, mevcut kanun korunmakla beraber, CK ile ilave görev ve yetkiler verilebilir mi, teşkilat yapısına ilişkin ilave düzenlemeler yapılabilir mi?

Bu hususta; CK ile yasama organının iradesine hiç bir şekilde müdahale edilemeyeceği, kanun ile belirlenen görev ve yetkiler ve idari teşkilat yapısı dışında ilave düzenlemeler yapılamayacağı zira kanun koyucunun iradesinin bu şekilde tecelli ettiği, ilave düzenlemeler yapılması gerekir ise bu hususun da yine kanun ile yapılması gerektiği söylenebilir. Anayasa yasama organın kamu tüzelkişiliği kurma yetkisini ortadan kaldırmadığına göre, CK ile kamu tüzelkişiliği kurulmasına ilişkin kanunlarda değişiklik yapılması veya bu kanunları kaldırmak mümkün değildir[10]. Aksi bir yaklaşım, bir kamu tüzel kişiliğinin görev, yetki ve idari yapısının hem Kanun hem de CK ile düzenlenmesi gibi hukuken kabul edileme bir duruma yol açabilir.

[10] YILDIRIM Turan; "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.28.

1.2.2. CK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğine ilişkin olarak (tüzel kişiliğin görev yetki ve ya idari yapısını ilgilendiren) bir kanun çıkarılabilir mi veya CK kararnamesi ile kurulmuş bir kamu tüzel kişisi kanunla ilga edilebilir *mi?*

Her ne kadar Anayasanın 123.maddesinde *"kanunla veya CK"* ifadesi ile kamu tüzel kişiliği kurma konusunda yasama organı ve cumhurbaşkanının hukuken eşdeğer yetkilere sahip olduğu izlenimine yol açacak bir ifadeye yer verilmiş ise de, bu hükmün yasama yetkisinin asliliği ilkesi kapsamında değerlendirmek gerekir. Cumhurbaşkanı, bu hükme göre, bir kanuni dayanağa ihtiyaç duymadan doğrudan kamu tüzel kişisi kurabilir ise de eğer kanun koyucu o konuda farkı bir irade ortaya koyar ise artık kanun hükümler geçerli olur. Bu durumda; kanunda aksine bir hüküm yok ise, CK'nin sadece kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam edilebileceği kanaatindeyim. Kanun koyucu; CK ile kurulmuş kamu tüzel kişisini kanun ile yeniden düzenleyebileceği gibi, mevcut CK hükümlerini kendi iradesine uygun hale getirerek kanunlaştırabilir.

1.2.3. Kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğinin varlığına CK ile son verilebilir mi veya aynı alanda faaliyette bulunan bir başka kamu tüzel kişiliği kurulabilir mi?

Yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkeleri bu sorunun cevabında esas alınmalıdır. Kanun koyucu; CK ile kurulan bir kamu tüzel kişisinin varlığına son verebilir ve fakat CK ile kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişisinin varlığına son verilemez. Kural olarak; bir kamusal faaliyetin bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülmesi gerekir. Ancak; bazı kamusal faaliyetler konusunda birden fazla idarenin yetkili kılındığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin; belediyeler ile il özel idarelerin ortak görevleri olabildiği gibi devlet tüzel kişiliği ile diğer kamu idareleri ve kamu tüzel kişilerinin aynı konuda görevli ve yetkili olabildikleri örnekler de bulunmaktadır. Bu nedenle; birden fazla tüzel kişinin görev ve yetkileri arasında benzerlikler ve aynı konuda görevlendirilme/ yetkilendirilme olabilir. Ancak; tek bir kamusal faaliyet için aynı anda iki farklı kamu tüzel kişi kurulması mümkün olmamalıdır. Aksi bir yaklaşım; kamu tüzel kişileri arasında yetki yarışması ve karışmasına ve hatta aynı kamusal faaliyetin farklı usul ve esaslara göre yürütülmesi gibi idari bir kaosa da neden olabilecektir.

1.2.4. Cumhurbaşkanına tanınan "kamu tüzel kişiliği kurma" yetkisinin aynı zamanda özel hukuk tüzel kişisi kurma yetkisini de içermekte midir?

Bilindiği üzere "kamu tüzel kişiliği" kavramı gerek idare hukuku doktrininde gerekse yargı kararlarında netliğe kavuşturulamamıştır[11]. Günümüzde özel hukuk hükümlerine tabi veya özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan idari yapıların sayısı artmaktadır. Bu hibrid yapılan niteliğine ilişkin tartışmalar nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın, neticede günümüzde kanun koyucunun Maarif Vakfı, Yunus Emre Vakfı, Türkiye Varlık Fonu Yönetim A.Ş. örneklerinde olduğu gibi bazı idari faaliyetleri bu tür yapılar eliyle yürütmeyi veya bazı kamu tüzel kişilerini özel hukuk hükümlerine tabi kılmayı tercih ettiği bir geçektedir.

Anayasanın 123.maddesi cumhurbaşkanına verdiği *"kamu tüzel kişisi kurma yetkisi"* nin bu tür özel hukuk kişilerini de kapsadığı kanaatindeyim. Öncelikle; anayasada bir kamu tüzel kişiliği tanımı bulunmamaktadır ve kamu tüzel kişiliğinin nitelikleri veya ölçütlerine ilişkin anayasal ilkeler/ sınırlamalar yoktur. İkincisi; bir tüzel kişinin özel hukuk hükümlerine tabi olması veya vakıf, şirket gibi özel hukuk tüzel kişisi formunda kurulması, onun kamu kesiminde yer aldığı ve bir kamusal bir faaliyet üstlendiği / kamusal faaliyete katıldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla; Anayasada "kanunla" kurulması öngörülen "kamu tüzel kişisinin" kanun koyucu bazen özel hukuk tüzel kişisi olarak kurabildiği/ özel hukuk hükümlerine tabi kılınabildiği gibi cumhurbaşkanının da kuracağı kamu tüzel kişilerini özel hukuk hükümlerine tabi kılabileceği veya bir kamusal faaliyeti ifa etmek üzere özel hukuk tüzel kişisi kurabileceği kanaatindeyim. Nitekim 4. Sayılı ***Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum Ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*** kurulan bazı tüzel kişilerin; kamu tüzel kişiliği niteliği açıkça ifade edilmiştir[12]. Aynı kararname ile şirket statüsünde tüzel kişi[13] veya özel hukuk hükümlerine tabi tüzel

[11] Bu konudaki görüşler ve yargı kararları için bkz. İŞBİR Begüm; Kamu Tüzel Kişiliği, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

[12] Örneğin; 4. Sayılı Kararnamenin 120.maddesi ile düzenlenen Devlet Su İşleri Müdürlüğü, 174.maddesi ile düzenlenen Helal Akreditasyon Kurumu, 210. maddesi ile düzenlenen Karayolları Genel Müdürlüğü, 239.madde ile düzenlenen Mesleki Yeterlilik Kurumu, 315.madde ile düzenlenen Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığının "kamu tüzel kişiliğine" sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir.

[13] 4 No'lu kararnamenin 384.maddesi ile özel hukuk hükümlerine tabi Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi kurulmuştur.

kişiler[14] de kurulmuştur. Ayrıca, bazı *"tüzel kişilerin"* ise kararnamede düzenlenen hususular haricinde *"özel hukuk hükümlerine"* tabi oldukları ifade edilmiştir[15]. Dolayısıyla; cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi sonrasında CK ile kurulan tüzel kişilere ilişkin düzenlemeler, kamu tüzel kişiliği kavramına ilişkin belirsizlik ve tartışmaları sona erdirmediği gibi, farklı tercihlere göre hukuki statüleri belirlenen tüzel kişilerin yeni hükümet sisteminde de varlığını sürdüreceğini göstermektedir.

1.2.5. Anayasa değişikliği sonrasında, kanunla Cumhurbaşkanına "kamu tüzel kişisi kurma yetkisi verilebilir mi?

Bilindiği üzere, 123.maddenin değişiklikten önceki halinde "kamu tüzelkişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur" ifadesi bulunmaktaydı idari işlemle kamu tüzel kişisi kurulması mümkündü. 123.maddenin yeni halinde kamu tüzel kişiliğinin "ancak" kanunla veya cumhurbaşkanı kararnamesi ile kurulabileceği ifadesinin idari işlemle kamu tüzel kişisi kurulmasını imkansız hale getirdiği ve idari işlemle kamu tüzelkişiliği kurulmasına imkan veren kanun hükümlerinin artık Anayasaya aykırı hale geldiği ifade edilmektedir[16].

Ancak uygulamada, idari işlemle kamu tüzel kişisi kurulmasına imkan veren yasalarda cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uyum kapsamında değişiklikler yapılarak idari işlemle kamu tüzel kişisi kurulmasına ilişkin kanuni düzenlemeler güncellenmiştir. Örneğin; 233 Sayılı KHK 3.maddesinde "teşebbüsler bakanlar kurulu tarafından kurulur" hükmündeki bakanlar kurulu ibaresi 703 Sayılı KHK ile cumhurbaşkanı olarak değiştirilmiştir.

Anayasa metninin lafzi yorumu ile yukarıdaki kanaate ulaşmak elbette ki mümkündür. Ancak; anayasa değişikliği ile yürütmeye daha önce olmayan asli/ilk elden kamu tüzel kişisi kurma yetkisi verilmiştir.

---

14 Örneğin; 4. No'lu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 224.maddesi ile düzenlenen Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığının, 549.maddesi ile düzenlenen Türkiye Standartları Enstitüsü, 615.maddesi ile düzenlenen Türkiye İş Kurumu, 630.maddesi ile kurulan Türk Akreditasyon Kurumunun özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir.

15 Örneğin; 4 No'lu kararnamenin 66.maddesi ile düzenlenen Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığının, 184.maddesi ile düzenlenen Kalkınma Ajanslarının, 358.maddesi ile düzenlenen Türk Patent ve Marka Kurumu kararname ile düzenlenmeyen konularda özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir.

16 GÖZLER, KAPLAN; s.99.

Dolayısıyla; esasen yürütmenin kamu tüzel kişisi kurma yetkisi daha önce kanuna dayanmak zorunda iken 123.maddede de yapılan değişiklikle doğrudan kullanabileceği bir yetki olarak düzenlenmiştir. Anayasa koyucu; idarenin kamu tüzel kişisi kurma alanını bir anlamda genişletmiştir. Öyle ise, doğrudan kamu tüzel kişisi kurma yetkisine sahip olan yürütmenin, kanunla bu konuda yetkilendirilemeyeceğini düşünmek, anayasa değişikliğinin anlam ve amacı ile örtüşmediği kanaatindeyim. Bu nedenle; kanunla esas ve usulleri belirlenerek yürütmeye kamu tüzel kişisi kurma yetkisi tanınması Anayasaya aykırı olmadığı gibi bu yetkiyi düzenleyen mevcut kanunların da anayasaya aykırı hale gelmediği söyleyebiliriz. Ancak; kanuna dayalı olarak kamu tüzel kişisi kurulmasına ilişkin CK, idari işlem niteliğinde olup, bunların yargısal denetimlerinin de Anayasa Mahkemesinin değil idari yargının görev alanına girdiği kanaatindeyim.

2. CUMHURBAŞKANI KARARNAMELERİ İLE BAKANLIKLAR VE KAMU TÜZEL KİŞİLERİNE TANINAN YETKİLERİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ SINIRLANDIRMASI MESELESİ

Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasında *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."* Hükmüne yer verilmiş olup, bu hükmün yürütmenin mahfuz alanını teşkil ettiğine ilişkin tartışmaları ve kanaatimizi yukarıda ifade etmiştik.

Ancak; bu bakanlıkların kurulması, görev ve yetkilerinin belirlenmesine ilişkin bu yetkinin mahfuz bir yetki olduğunu söylemek maalesef bu hükme bağlı olarak ortaya çıkan diğer sorunları çözmemektedir. Aynı sorunlar; mahfuz bir yetki olmadığı açık olan "kamu tüzel kişisi kurma yetkisi" bakımından da geçerlidir.

Burada üzerinde duracağımız temel sorun; bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin görev ve yetkileri düzenlenirken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesidir. Bakanlık kurma yetkisinin, kamu tüzel kişisi kurma yetkisi gibi mahfuz bir yetki olmadığı kabul edildiğinde, bu alanda çıkarılacak kararnamelerin Anayasanın 104/17. maddesine uygun olarak *"Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler"*i düzenlememesi gerekir. Mahfuz yetki olduğu kabul edilerek 104/17.madde kapsamında olmadığı kabul edilse, bu defa CK ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasanın

13.maddesi ile düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun olması gerekecektir. Zira, mahfuz alanda yapılacak düzenlemeler Anayasnaın13.maddesine aykırı olamaz[17].

Bilhassa idareye kamu düzeninin koruma görevi kapsamında tanınan yetkilerin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucu doğuracağı açıktır. Zira, kamu düzeninin korunması amaçlı işlemlerin kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlemeyi gerektirmektedir[18].

Nitekim; sistemin yürürlüğe girmesiyle çıkarılan 1 No'lu **Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle** bakanlıkların görev ve yetkileri düzenlenirken, bakanlıklara temel hak ve özgürlüklere müdahale ve sınırlandırma sonucu doğuracak yetkilerin tanındığı görülmektedir.

Örneğin; kararnamenin İçişleri Bakanlığının görev ve yetkilerini düzenleyen 254.maddesi ile Bakanlığa tanınan; Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak, Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak, Karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemek, Suç işlenmesini önlemek, suçluları takip etmek ve yakalamak, Her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek gibi görev ve yetkilerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.

Benzer şekilde; Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görevlerini düzenleyen 97.maddede de; Bakanlığa tanınan Yerleşmeye, çevreye ve yapılaşmaya dair imar, çevre, yapı ve yapım mevzuatını hazırlamak, uygulamaları izlemek ve denetlemek, Bakanlığın görev alanı ile ilgili mesleki hizmetlerin norm ve standartlarını hazırlamak, geliştirmek, uygulanmasını sağlamak ve ilgililerin kayıtlarını tutmak, faaliyetleri sonucu alıcı ortamlara katı, sıvı ve gaz halde atık bırakarak kirlilik oluşturan veya oluşturması muhtemel her türlü tesis ve faaliyetin, çevresel etkilerini değerlendirmek; alıcı ortamlar ile ilgili ölçüm ve izleme çalışmalarını yapmak; bahse konu tesis ve faaliyetleri izlemek, izin vermek, denetlemek ve gürültünün kontrol edilmesini sağlamak" gibi yetkilerin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı etkilerinin olması kaçınılmazdır.

Bu durumda; izahı pek kolay olmayan bir durum ortaya çıkmaktadır:

---

17 ÜLGEN; s.22.

18 YILDIRIM Turan vd; İdare Hukuku, Onikilevha Yay., 7.Baskı, İstanbul 2018, s.11.

Bir taraftan mahfuz bir yetki olarak "bakanlıkların kuruluş, görev ve yetkilerinin" CK ile düzenlenmesine imkan verilmekte, ancak bilhassa Bakanlıklara kamu düzeninin korunmasını sağlamak üzere temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucu doğuracak yetkiler verilmesi de mümkün olmamaktadır. Bakanlıkların görev alanlarında kamu düzeninin kurmak ve korumak gibi görev ve yetkisinin olmaması düşünülemez. Ancak bu görev ve yetki, temel hak ve özgülüklere sınırlama getirecek ise kanunla düzenlenmelidir. Önerimiz; bakanlıkların kamu düzeninin korunmasına ilişkin yetkilerinin kapsamı, esas ve usulleri belirleyecek bir çerçeve kanun çıkarılmasıdır. Böylece; CK ile teşkilat yapısı belirlenen bakanlıkların kamu düzenini koruma amaçlı görev ve yetkileri kapsamında temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar kanunî bir dayanağa kavuşturulabilir.

Konuya son vermeden; Bakanlıklar için ifade edilen bu hususların, kamu tüzel kişilerine kamu düzeninin kurma ve koruma konusunda tanınacak yetkiler bakımından geçerli olacağını ifade etmek isteriz.

3. İDARELER ARASI İLİŞKİLERİN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ İLE DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN MESELELER

3.1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle Belirlenen Bakanlıkların Görev ve Yetkileri Kanunla Kurulan Bir Kamu Tüzel Kişisine Devredilebilir Mi?

Devlet tüzel kişiliği bir kamusal faaliyeti bizzat ifa edebileceği gibi bu alanda kuracağı bir tüzel kişisi tarafından görülmesini de düzenleyebilir.

Bakanlıkların kurulması, görev ve yetkilerinin belirlenmesi yürütmeye mahfuz bir yetki olarak tanındıktan ve CK ile bunların görev ve yetkileri belirlendikten sonra, kural olarak kanun koyucunun, bakanlığın görev ve yetkilerini bertaraf edecek mahiyette, kanunla bakanlıkların görev alanına giren faaliyetleri yürütmek üzere bir kamu tüzel kişisi kurmasının mümkün olmadığı söylenebilir.

Ancak; anayasa değişikliğinden önce de örnekleri görüldüğü üzere, aynı idari faaliyetin birden çok idare tarafından ifa edilmesi de mümkündür. Bununla beraber, uygulamada yetki sorunlarının çıkmaması, aynı faaliyetin farklı hukuki esaslara göre yürütülmesi problemlerinin yaşanmaması için, sonradan kanunla kurulacak kamu tüzel kişisinin görev alanı ve yetkileri tespit edilirken CK ile bakanlığa verilen görev ve yetkilerin bertaraf edilmemesi, bu görev ve yetkilerle

uyumun sağlanması gerekir. Örneğin; bir konuda bakanlığa ruhsat verme yetkisi verildikten sonra, kurulacak bir kamu tüzel kişisine aynı konuda ruhsat verme yetkisinin verilmesi, hem kamusal faaliyetlerde uyum ve birliği bozacak hem de yetkinin karışması/yarışması sorunlarına yol açacaktır.

3.2. İdarenin Bütünlüğü İlkesine İlişkin Meseleler

Bilindiği üzere, Anayasamızın 126.maddesinde yer alan *"idare kuruluş ve görevleri ile bir bütündür"* hükmü ile idarenin bütünlüğü ilkesini kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bir kararında idarenin bütünlüğü ilkesini amacını şu şekilde açıklamaktadır:

> *"İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kullanılmaktadır. Bunlardan hiyerarşi, merkezî yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki, idari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamakta, ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir*[19].

Merkezi idarede yetki ve sorumluluğun bütünlüğü; *"makam ve memurların aşağıdan yukarıya doğru birbirleri ile basamak ve derece derece bağlanarak baştaki yetkiliye veya yetkililere her bakımdan tabi olmasını*[20]*"* ifade eden "hiyerarşi" ile sağlanır. Hiyerarşi ilişkisi sadece merkezi idareye özgü bir ilişki olmayıp, alt üst ilişkisinin, idare işlevinin sağlıklı yürütülebilmesi için her idari birimde hiyerarşi ilişkisinin kurulması zorunludur[21].

3.2.1. Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Arasındaki İlişki

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, hiyerarşi ilişkisi bakımından yeni veya özgün olan durum; cumhurbaşkanı ile bakanlar ve cumhurbaşkanlığı ofisleri arasındaki ilişkidir. Parlamenter sistemde, bakan ile başbakan arasındaki ilişki; bakanların nispeten bir "özerk alanın" varlığı dikkate alınarak hiyerarşiye yaklaştığı ifade edilse bile "kendine özgü" bir ilişki bulunmaktaydı ve tam bir hiyerarşi ilişkisi

---

19 AYMK, E.2005/32, K.2007/3 , T.18.1.2007.

20 DURAN Lûtfi; İdare Hukuku Ders Notları; Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.56.

21 YILDIRIM; İdare Hukuku, s.25.

olarak kabul edilmemekteydi[22]. Cumhurbaşkanlığı sistemi ile bu özgün ilişki ortadan kaldırılmış ve bakanlık; cumhurbaşkanı tarafından atanılan ve görevden alınabilen, cumhurbaşkanına karşı sorumlu ve cumhurbaşkanın hiyerarşik denetimine tabi bir statü haline gelmiştir[23].

3.3.2. Merkezi İdare İle Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler

Merkezi yönetim ve yerinden yönetim esaslarında dayanan idari teşkilatımızda idarenin bütünlüğünü sağlayan idari vesayet yetkisi ile; yerinden yönetim teşkilatı içinde yer alan kamu kurumları ve mahalli idareler, "şu yada bu biçimde ve yoğunlukta Devletin idari gözetim ve denetimine tabi[24]"kılınmaktadır[25]. Merkezden yönetim ile yerel

---

22 GÖZLER Kemal; İdare Hukuku, Ekin Yay., Bursa 2009, c.1, s.265.

23 ARDIÇOĞLU; s.27.

24 DURAN; s.60.

25 Anayasa Mahkemesi; idari vesayet kavramını sadece merkezi idare ile yerel idareler arasında ilişki olarak nitelemekte, merkezi idare ile diğer kamu tüzelkişileri arasında idari vesayetten ayrılan farklı olduğuna işaret eden kararları bulunmakla birlikte, her hâlükârda Yüksek Mahkeme iki farklı kamu tüzelkişisi arasında idari bir denetim ilişkisi kurulabileceğini kabul etmektedir.
"Dava dilekçesinde *'yerinden yönetim ilkesi'*, *'idari vesayet'* ve *'özerklik'* kavramlarının açıklanmasında Anayasanın 127. maddesine ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadına atıflar yapılmıştır. Oysa, Anayasa'nın 127. maddesi münhasıran '*mahalli idareler*'le ilgilidir. TÜBİTAK ise bir mahalli idare birimi değil, bir hizmet yerinden yönetim kuruluşudur. Bu itibarla, organlarının göreve geliş biçimi, görev süreleri, görevlerinin niteliği, özerklik dereceleri vs. bakımından birbirinden farklı iki kategoriyi oluşturan *mahalli idareler* ile *hizmet yerinden yönetim kuruluşları*nın aynı kapsamda değerlendirilmesi isabetli değildir. (...) Özerk kamu kurumlarının statüsü yasalarda gösterilmektedir. Kamu kurumlarının kuruluş ve işleyişlerinin düzenlenmesi ve gerektiğinde bu kurumların varlığına son verilmesi hususunda da yasa koyucunun yetki sahibi olduğu gerçeği yadsınamaz. Bu nedenle TÜBİTAK'ın organlarının nasıl oluşturulacağı, bu kurumun özerkliğinin hangi unsurları içereceği ve vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususları da bu çerçevede ele alınmak durumundadır. **AYMK, E.2008/88**, **K.2011/85**, T. **2.6.2011."**
"Genel olarak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki devlet denetiminin bir vesayet yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında uygulanması gereken vesayet, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen vesayet yetkisinden farklıdır. Bu maddede vesayet yetkisinin hangi koşullarda kullanılabileceği açıklanmakta olup, bu koşullar, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması olarak sayılmaktadır. Buna karşın, Anayasa'nın 135. maddesinin beşinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde devletin "*idari ve mali denetiminden*" söz edilmektedir. Dolayısıyla, merkezî idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki denetimi idari ve mali denetimin ötesine geçmemelidir. **AYMK;**

idareler arasında İdari vesayet ilişkisi; Anayasanın 127.maddesinde düzenlenmiştir. 127/2 ve 3.maddesine göre;

"Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik kurmaları, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri kanunla düzenlenir."

Ancak idari vesayet ilişkisi; sadece merkezden idare ile mahalli idareler arasında değil; "her biri kendi alanlarında özerk olan yani yürütülebilir idari işlemler yapıp bunları uygulama durumunda olan iki tüzel kişilikten kanun ile "merkez" kabul edilen ile diğer arasında da kurulabileceği kabul edilmektedir[26] [27].

Merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki vesayet ilişkisinin ancak kanunla düzenlenebileceği Anayasanın 127.maddesinde açıkça düzenlendiğinden[28]; bu yetkinin CK kararnamesi ile düzenlenmesine imkan olmadığı kanaatindeyim.

Bakanlıkların kurulması, görev ve yetkilerinin belirlenmesi hususunda, cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin "mahfuz" yetki olduğu kabul edildiğinde yine cevaplandırılması kolay olmayan bir sorunla karşılaşılması kaçınılmazdır. Şöyle ki; bakanlıklar "sadece" CK ile kurulabileceğine göre, mahalli idareler ve kanunla kurulan

E.2015/106, K.2016/128, T.22.06.2016."

26 ÖZAY İlhan; Günışığında Yönetim; Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.165.

27 "İdarî vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnaî bir yetkidir. İstisnaîlik ve kanunîlik, idarî vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Söz konusu yetki kapsamında, Yüksek Kurum Başkanı, Türk Dil Kurumu Başkanlığı, Türk Tarih Kurumu Başkanlığı ve Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığının görevleri belirlenirken, idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde Başbakanlığa bağlı olan Yüksek Kurum ile Yüksek Kurum bünyesinde yer alan Kurumların başkanlıklarına Başbakan veya ilgili Bakan tarafından bu kurumların yürütmekle yükümlü oldukları hizmet alanına ilişkin görev verilmesine olanak sağlayan düzenlemede Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır. AYMK, E.2011/141, K.2013/10, T.10.1.2013"

28 İdari vesayet yetkisinin kanunla düzenlenebileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER Kemal; Mahalli İdareler Hukuku, Ekin Yay., Bursa 2019, s.218 vd.

diğer kamu tüzel kişileri arasında "idarenin bütünlüğünü" sağlayacak hukuki ilişki nasıl kurulacaktır? Zira CK ile Anayasanın 126.maddesine kapsamında "idarenin bütünlüğü" ilkesine uygun bir idari vesayet ilişkisinin kurulması zorunluluğu bulunmakta[29], diğer taraftan AY'nın 127.maddesine göre de bu ilişkinin Kanunla yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Anayasa değişikliğinde; Anayasa hükümleri arasındaki bütünlüğün ve uyumun gözetilmediği bu örnekten de çok açık görülmektedir. Anayasanın 127.maddesi mahalli idarelere ilişkin özel bir hüküm olduğu için, cumhurbaşkanına tanınan yetkisinin mahfuz bir yetki olduğu kabul edilse bile bu yetkinin 127.maddedeki anayasal gereklilikleri bertaraf etmez. **Bu nedenle önerimiz; Bakanlıklar ile mahalli idareler arasındaki hukuki ilişkinin esas ve usullerini belirleyecek bir çerçeve kanunun çıkarılmasıdır**

Bugüne kadar çıkarılan CK ile, yukarıda ifade edilen Anayasal esaslara aykırı olduğunu düşündüğümüz düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin; mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisi içeren düzenlemeler CK ile yapılmıştır:

Örneğin;

1. No'lu Kararnamenin 97.maddesi ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığına;

"Mekânsal strateji planlarını ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak suretiyle hazırlamak ve mahalli idarelerin plan kararlarının bu stratejilere uygunluğunu denetlemek" yetkisi verilmiş,

260.maddesinde İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığına; Bakanın emri veya onayı üzerine *"Bakanlığın merkez birimlerinin, bağlı kuruluşların, il ve ilçelerin ve mahalli idarelerle, bunlara bağlı ve bunların kurdukları veya özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulmuş birlik, işletme,*

[29] Hatta Anayasa Mahkemesi isabetli olarak, merkezi idare ile mahalli idareler arasında idari vesayet ilişkisi kurulmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir: "Anayasa'nın 127. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hükme göre idari vesayet; merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde sahip olduğu yetkidir. Anılan fıkrada, merkezi yönetim yerel yönetimler üzerinde idari vesayet *" ... yetkisine sahiptir."* denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı kanun koyucunun takdirine bırakılmamış, bu zorunlu kılınmıştır. Ayrıca anılan fıkrada, idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini içerir şekilde düzenlenebileceği de öngörülmüştür. **AYMK, E.2005/32, K.2007/3** , T.**18.1.2007"**

müessese ve teşebbüslerin işlem ve hesaplarını teftiş etmek ve denetlemek, inceleme ve soruşturma yapmak" yetkisi,

485.maddesi ile Ulaştırma Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğüne; *Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, gerçek ve tüzel kişilerce yaptırılacak (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapılarının proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak, Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idarelerinin teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirmek ve uygun olanlarını Cumhurbaşkanının iznine sunmak, Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idareleri tarafından yaptırılacak teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak"* yetkileri tanınmıştır.

İdari vesayet yetkisi niteliğinde olduğu tartışmasız olan bu düzenlemelerin; yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 127. maddesine aykırı olduğu kanaatindeyim.

3.2.3. Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin Hukuki Statüsü ve Cumhurbaşkanlığı İle İlişkileri

Cumhurbaşkanlığı ofisleri ise 1 No'lu kararname ile düzenlenmiştir. Kararnamenin **525.maddesine göre;** "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bu kısmında; verilen görevleri yerine getirmek üzere ***Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip***, Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi kurulmuştur."

Kararnamenin 528.maddesine göre ise; *"Başkan, ofisin en üst amiri olup ofisin genel yönetim ve temsilinden Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Başkan, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun olarak yönetir."*

Yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen 533.maddeye göre de; **"***Ofiste görev yapan her kademedeki yöneticiler yapmakla yükümlü bulundukları hizmet veya görevleri, Cumhurbaşkanı tarafından verilecek emir ve direktifler ile sıralı yöneticiler tarafından verilecek emir ve talimatları yönünde mevzuata uygun olarak düzenlemek ve yürütmekten bir üst kademeye karşı sorumludur."*

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; kamu tüzelkişiliği tanınan ofislerin hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu (kamu kurumu) oldukları anlaşılmaktadır. Bu kurumlar ile cumhurbaşkanlığı (merkezi idare) arasında hukuki bir bağ kurulması idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği olup, iki ayrı tüzel kişi arasında ancak bir idari vesayet ilişkisi

kurulabileceği yukarıda ifade edilmişti. Ancak, yukarıda aktarılan CK 533.maddesine bakıldığında; cumhurbaşkanının bu kurumlara "emir ve direktif verme" yetkisinin tanındığı görülmektedir. Emir ve talimat verme yetkisi bir hiyerarşi yetkisi olup bu yetkinin iki farklı tüzel kişi arasında tesisi mümkün değildir. Her ne kadar kamu kurumları üzerindeki denetim yetkisinin "hiyerarşi gücüne kadar varabileceği[30]", kamu kurumlarının özerkliğinin, bu kurumların işleyişine merkezi idarenin müdahalesini engellemediği, bu kurumlar üzerindeki idari vesayet denetimi konusunda anayasal bir düzenleme bulunmadığından, bu kamu kurumları üzerindeki idari vesayet denetiminin derecesinin kurumlara göre değiştiği kabul edilmekte ise de[31], her konuda "emir ve direktif verme yetkisini" kapsayan bir hiyerarşi ilişkisini içermeyeceğini söylemek gerekir[32]. Aksi halde bu kurumlara tanınan "idari ve mali özerkliğin" hiç bir anlamı kalmayacaktır[33].

3.3.4. Merkezi İdare İle Kamu Kurumları Arasındaki İlişikler

Kural olarak; kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği üzerinde, CK ile idari vesayet denetimi kurulamaz. Böyle bir ilişki kurulacak ise bunun da kurucu irade olan yasama organı tarafından kurulması gerekir. Aksi halde; kanun ile kurulmuş bir kamu tüzelkişisi üzerinde, kanun koyucunun iradesinin aksine, CK ile idari vesayet ilişkisi kurularak, bu kurumların kanun ile belirlenen özerkliklerine müdahale edilebilir.

Ancak ikisi de CK ile kurulmuş kamu tüzel kişileri arasında; CK ile idari vesayet ilişkisi kurulmasına bir engel yoktur. Zira, her iki tüzel kişiyi kuran irade aynı olduğu için, bu irade, iki tüzelkişi arasında uygun gördüğü vesayet ilişkisini kurabilir.

---

30 DURAN; s.192.

31 YILDIRIM; ders kitabı, s.108.

32 Aynı kanaat için bkz. GÖZLER; s.224.

33 Cumhurbaşkanlığı ile ofisler arasındaki ilişkinin "yabancı bir durum olmadığı" ifade edilerek bu ilişkiyi YÖK ve üniversiteler, büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri arasındaki ilişki ile aynı mahiyette kabul eden bir görüş var ise de bu görüş hatalıdır. (ÜSTÜN Gül; "Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri" Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme, Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, s.34) . Zira, YÖK'ün üniversitelere veya Büyükşehir Belediyelerinin ilçe belediyelerine emir ve talimat verme yetkisi bulunmamakta bu kuruma sadece kanunla belirlenen konularda idari vesayet yetkisi tanınmıştır Yazar, mülga 3046 sayılı Kanunda bulunan Bakanın taşra teşkilatına emir ve talimat verme yetkisini de örnek olarak göstermektedir ama merkezi idarenin başkent teşkilatı ile taşra teşkilatı arasında zaten hiyerarşi ilişkisi olduğu gerçeğini göz ardı etmektedir.

3.3.5. 10 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Değerlendirme

Cumhurbaşkanlığı 10. No'lu kararnamesi ile dolaylı olarak neredeyse tüm idari teşkilat üzerinde cumhurbaşkanlığına denetim yetkisi tanıyan bir düzenleme yapılmıştır. "Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazete'sinin içeriği ile yayımlanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek" amacıyla çıkarılan 10 No'lu CK nin 6.maddesine göre;

> *" (1) Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlere ilişkin taslaklar Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluğu yönünden incelenir. Üniversiteler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemler ise Anayasa ve diğer mevzuata uygunluğu yönünden incelenir.*
>
> *(2) Birinci fıkra kapsamında yapılan inceleme sonucunda uygun bulunmayan veya hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslaklar kurumuna iade edilir."*

Bu düzenleme şu gerekçelerle hukuka aykırıdır:

Birincisi; resmi gazetede yayın, idari işlemin yürürlüğe girme ve geçerlilik şartıdır[34]. Bu nedenle yetkili idarenin usulüne tesis ettiği idari işlemin yürürlüğe girmesi bakımından yayınlanması gerekmektedir. Dolayısıyla; yayınlama görevi, resmi gazetede yayınlanmak üzere gönderilen idari işlemler üzerinde hukukilik ve yerindelik denetimi yapma yetkisini içermemektedir. Aksi bir yaklaşım, kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan düzenleme yetkisine, merkezi idarenin müdahalesine imkan tanımak anlamına gelir. Bu görev en fazla, gönderilen işlemlerin, maddi veya şekli hatalar gibi bazı hususların kontrolünü kapsayabilir. Bu kontrol, işlemin esasına/içerğine yönelik olmayıp, madde numaralarının ardışık olmaması, madde başlıklarının hatalı yazılması gibi tamamen maddi ve şekli hatalarına yönelik olabilir.

İkincisi; cumhurbaşkanlığı veya merkezi idare yukarıda açıklandığı üzere, mahalli idareler ve kamu kurumları üzerinde idari denetim yetkisine sahip olabilir ve bu yetki işlemlerin onanmasını da kapsayabilir. Ancak; bu "istisnai" yetkinin "kanunla" veya "CK" ile koşul ve kapsamının açıkça düzenlenmesi gerektiğinden, bu hükümde olduğu

[34] TAN Turgut; İdare Hukuku, 7.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s.266-268, GÖZLER; s.352.

gibi tüm düzenlemelerin hem hukuka uygunluk hem de yerindelik bakımından denetim yetkisi veren Anayasaya açıkça aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere; her en kadar kamu kurumları üzerindeki idari vesayet denetiminin sınırına ilişkin anayasal bir düzenleme bulunmamakta ise de, ayrı bir tüzel kişi olarak kurulan ve kendisine idari ve mali özerklik tanınan bir kamu tüzel kişisi üzerinde, sınırları ve kapsamı belirsiz, düzenleme yetkisini cumhurbaşkanlığının onayına tabi tutacak kadar geniş bir denetim yetkisi tanınması yaklaşımı, özerkliği anlamsız hale getirir. Eğer kamu kurum ve kuruluşları üzerinde bu kadar geniş bir denetim yetkisi tanınacak ise, haklı olarak bu kurumların neden devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı bir tüzel kişi olarak yapılandırıldığı ve kendilerine idari ve mali özerklik tanındığı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

SONUÇ

Anayasalar değişmez metinler olmadığı gibi Anayasa ile öngörülen idari teşkilat yapısı ve buna ilişkin esaslar da elbette ki değiştirilemez düzenlemeler değildir. Devletler, zaman ve ihtiyaca uygun şekilde idari teşkilatlarını düzenleyebilir, değişiklikler yapabilir, zamanla ortaya çıkan aksaklıkları giderecek hukuki tedbirleri alabilir.

Ancak, bu değişimin bir felsefesinin olması gerekir. Her biri, kendi içinde idari sisteme ilişkin bir yaklaşım tarzını gösteren, bugüne kadar uygulama ve yargı kararları ile de tecrübe edilerek olumlu ve olumsuz tarafları test edilmiş Anayasal düzenlemelerde yapılacak değişikliklerin; bu yaklaşımdan ayrılmayı gerekli kılan bir mantığının, kendi içinde tutarlılığının, Anayasanın diğer hükümleri ile uyumunun olması gerekir.

Bütün içinde bir parçaya, bütüne olan etkisi ve bütünle uyumu düşünülmeden müdahale edilmesi; bütün bakımından da krize yol açabilir. Organ naklinde olduğu gibi, sağlıklı bir organ uygun olmayan donörden nakledilirse, hem organ zayi edilmiş olur hem hastanın hayatı tehlikeye atılmış olur.

Eğer cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişe ilişkin anayasa değişikliği, bahsettiğimiz bakış açısı ile gerçekleştirilmeye gayret edilmiş olsaydı, yukarıda tartışılan pek çok sorun gündeme gelmeyecekti. Ancak, zamanı geriye alma veya Anayasayı değiştirme imkan ve yetkimiz olmadığına göre, hukuki sorunların Anayasa değişikliği ile getirilen cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin amacını göz ardı etmeden ve fakat Anayasanın temel sistemine uygun şekilde yorumlanarak çözümlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İKİNCİ OTURUM: Soru-Cevap

Soru: (Hamit Yelken - Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Başraportörü) Efendim tekrar saygılar sunuyorum, ben hem Turan Yıldırım hocamıza hem de Melikşah Yasin hocamıza çok teşekkür ediyorum. Çok da faydalandığımı ifade etmek isterim. Burada Turan hocamıza bir soru sormak istiyorum malumunuz Anayasanın mülga 107. maddesinde Cumhurbaşkanlığı genel sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir diyordu.

Doktrinde istisnalar ayrı tutarsak ağırlık görüşün bunun yasama yetkisinin genelliğinin bir istisnası olduğu kabulü şeklindeydi.

Nitekim kanun koyucunun da bu düşünceyi teyit ettiğini şuradan anlıyoruz. Cumhurbaşkanlığı genel sekreterliği teşkilat kanununu düzenlerken 1. maddesinde kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı genel sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları, personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenlediğini yazıyordu.

Tam da anayasadaki hükümler ile uyumlu olarak yapılıyordu. Bütün bunlar anayasanın 8. maddesinde yürütme yetkisinin yürütmenin sadece bir görev olduğu dönem de dahi böyle yorumlanmıştı.

Şimdi anayasada bir değişiklik yapıldı, Melikşah hocamızın ifade ettiği gibi ve yürütmenin aynı zamanda bir yetki olduğu açıkça ifade edildi. Öte yandan bir önceki oturumda Yavuz hocamızın ifade ettiği gibi anayasa belirli konularda Cumhurbaşkanına doğrudan herhangi bir kanuna dayanmaksızın bir yetki vermek suretiyle zaten asli bir düzenleme yetkisini tanımış oluyor. Öte yandan anayasanın geçici 21. maddesinin b fıkrasında şöyle bir hüküm var bu kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi bu kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği meclis iç tüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir diyor.

Anayasa koyucunun da bizzat Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılacak hususlar ile diğer şeyleri ayırdığını açıkça görüyoruz. Öte yandan az önce okuduğum 107. madde ile tamamıyla aynı üslupla yazılarak bunların ilgili 4 madde de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir denilmek suretiyle açık bir iradenin ortaya konulduğu anlaşılmıyor mu?

Bütün bu hususları dikkate aldığımızda Anayasa Mahkemesi'nin yasama yetkisinin genelliği ile ilgili söylediği içtihadının bu yeni anayasa değişiklikleri karşısında bir değişikliğe uğramasının beklenmesi söz konusu olmayacak mıdır?

Dolayısıyla sizin bu değişiklikleri de gözettiğimizde anayasanın yasama yetkisinin genelliği veya yürütme yetkisinin asli olmaması ile ilgili düşüncelerinizle yaptığınız yorumların bu bahsettiğim hükümlerle birlikte nasıl değerlendiriyorsunuz bunu öğrenmek isterim.

Cevap: (Prof. Dr. Turan Yıldırım - Marmara Üniversitesi) Şimdi burada bu anayasa değişikliğinden sonra ilk makalelerin birisini yazdım ben o zaman çok ciddi iddiada bulunmuştum ama ciddiye alan olmadı.

Bu değişiklikle ilgili madde gereğince Cumhurbaşkanının mevcut kanunları da değiştirerek bakanlıklar düzenleyebileceğini söyledim. Gerekçem de bu 21. Maddenin artık o kanunları ilga ettiği idi.

Ama ona gerek kalmadı hocamızın söylediğini temizlik demek gibi olmasın dediği lafı ben mıntıka temizliği diyorum. Cumhurbaşkanlığının bu sistemi getirenler kendileri de mevcut kanunların bu kararnamelerle değiştirilemeyeceği kanaatinde olmuşlar ki mıntıka temizliği yaptılar.

Bütün kanun hükmünde kararnamelerle, bütün kuruluş kararnamelerini kaldırdılar yani dolayısıyla şimdi ben yine aynı şeyi söylüyorum, yürütmenin yasama alanına girmemesi gerektiğini savunuyorsak, yasamanın da yürütme alanına girmemesi gerektiğini savunmalıyız diyorum.

Fakat hocamın da söylediği gibi aynı şeyi söylemek istemedim. Şu laflara ne gerek var Cumhurbaşkanlığı yok efendim aynı konuda bir şey çıkartılamaz, yok hükümsüz kalır gibi laflara şimdi bunlar da burada duruyor. Bunlar burada durunca da ister istemez gözümüz oraya takılıyor. Haklısınız ama sadece şunu temenni edebiliyoruz, sadece kanun koyucu diyecek ki biz bir anayasa yaptık bu anayasada bu hüküm var, ben yetkimi burada tutuyorum diyecek.

Anayasa Mahkemesi yürütme yetkisi olma meselesi yeni değil 1982 Anayasası'nda ilk andan beri var, yeni gelmedi. O yüzden eski 107. madde biraz daha kolaydır onu söylemek, tekrar olacak ama o zaman çünkü Cumhurbaşkanı kararnamesi diyordu ne olduğunu bilmiyorduk, ama şimdi Cumhurbaşkanlığı kararnamesini teferruatlı olarak düzenlemişler, sınırlarını düzenlemişler sonra da bu kararname ile düzenlenir diye başka bir hüküm koymuşlar.

O zaman biz diyoruz ki bu artık yasa koyucunun yasama yetkisinin asliliğini, genelliğini tartıştırmayız. Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda söylüyorum, kişisel kanaatim başka.

Ama burada yürütmeye de ayrıca bir imkân verilmiş. Kanun olmadan, kanuni dayanak olmadan da bakanlık kurabilir, efendim kamu tüzel kişiliği kurabilir. İşte üst yöneticiler atayabilir bu şekilde kaldı bu yani 104. maddenin 17. fıkrası burada durduğu sürece bu laflar düşünemiyorum. Yorumunuz haklı olabilir Anayasa Mahkemesi aksi yönde karar verdiğinde evet diyebilir, fakat benim kanaatim bu.

Hamit Yelken: Hocam çok özür dileyerek bir şey eklemek istiyorum, hocam orada düzenlenebilir dediği için seçenekli olan 104/17 de ki kuralların seçenekli "-ebilir" denilen konulara yönelik genel hüküm olduğu, diğer yerde kat'î bir şekilde ifade edilenin ise bir özel hüküm niteliğinde olduğu düşünülerek birçok meselenin orada bir tek sorun gündeme gelebilir bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile temel haklar sınırlanacak mıdır? Hayır, orada da Anayasanın 13. maddesi duruyor. Dolayısıyla hem temel haklar sınırlanmadan, hem de bu sistemin işlerliği de sağlanacak şekilde bir yorum yapılamaz mı?

Cevap: (Prof. Dr. Turan Yıldırım Marmara Üniversitesi) Yapılabilir.

Soru: (Taylan Barın – Anayasa Mahkemesi Raportörü) Her iki konuşmacı ya da ufuk açıcı sunumlarından dolayı tekrar teşekkürlerimi sunuyorum. Benim sorum Sayın Melikşah Yasin Hocama olacak. Hocam, tüzel kişiliklere ilişkin bir konunun veya görev ve yetkinin kanunla düzenlenmiş olması halinde, CBK ile düzenlenemeyeceğini çünkü kanun koyucunun böyle takdir etmiş olduğunu söylediniz. Bunu söylerken kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz hükmünden dolayı öyle bir kanaate vardığınızı zannediyorum.

Burada şunu sormak istiyorum. Mesela tahdidi veya tadadi bir saymanın kanunda arasında bir fark var mıdır? Yani kanunda

düzenlenen yerine kanunda açıkça düzenlenen ibaresinin tercihi acaba bu konuda bir tercihi de yansıtıyor olabilie mi? Yani, şunlar şunlar bunlara dâhildir demesiyle kanun koyucunun şunlarla sınırlıdır demesi arasında acaba CBK'ya bir düzenleme alanı da bıraktığı sonucuna ulaşmak mümkün olabilir mi? Teşekkür ederim.

Cevap: (Prof. Dr. Melikşah YASİN - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Ben şöyle cevap vermeye çalışayım. Burada kanun koyucunun çıkarılan kanundaki hükümleri çok önemli yani kendisi bir kamu tüzel kişisi kurup mesela şu konularda da Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenebilir gibi bir hüküm varsa, bir boşluk bir düzenleme alanı bırakıyorsa, elbette ki bunu yapabilir.

Ama benim söylemek istediğim şey şu bir kanunla bir Kamu tüzel kişisi kurulmuş yasa koyucu o tüzel kişiyi o şekilde olmasını istemiş. Dolayısıyla artık biz burada yasa koyucunun iradesinin ötesine geçip ilave görevler, ilave teşkilat yapısında değişiklikler yapamaması gerekir diye düşünüyorum Cumhurbaşkanı. Çünkü irade o şekilde şekillenmiş buna müdahale etmek bir şekilde yasaya müdahale etmek anlamına gelir, değiştirmek anlamına gelir. Bu olumlu bir şey de olabilir, mutlaka olumsuz olacak anlamında söylemiyorum. Biraz zaman içerisinde ortaya çıkacak bir ihtiyaç da olabilir ama bu ihtiyacı görecek olan bu müdahaleyi yapacak olan da yine yasa koyucu olması gerekir diye düşünüyorum.

Soru: (Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Çok teşekkür ederim her iki konuşmacıya da sorum olacak aslında geçen oturumda da aynı sorulara değinmek istiyordum. Burada hep yürütmeden ve yürütmenin genişleyen yetkilerinden bahsediyoruz ama galiba yasama organının işlevine ve tarihsel gelişimine tekrar dönmeye ihtiyacımız var. Yani yasama organının asliliği ve genelliği ilkesinin neden kaynaklandığını ve ne anlama geldiğine tekrar bakmamız gerekiyor.

Bu anlamda mahfuz alan, Cumhurbaşkanının genişleyen yetkisi, yasama organının düzenleme yapamayacağı alanların yasama teorisine tamamen aykırı olduğu kanaatindeyim.

Çünkü biz yasama işlevinin asliliğini ve genelliğini kastederken anladığımız şey yasama organının kaynağını doğrudan anayasadan almayan her türden genel düzenleme yetkisi olduğunu kabul ediyoruz. Oysaki Cumhurbaşkanlığının mevcut siyasal sistemde de genişleyen

bütün yetkilerine rağmen anayasadan kaynaklanan yetkileri vardır ama asli yetkileri yoktur.

Çünkü Cumhurbaşkanı anayasada açıkça kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanamaz. Bu anlamda hala yasama organına daha üstün bir düzenleme yetkisi tanındığını ve 7. maddenin de bu sebeple hala eski halinde durduğunu tespit etmemiz gerekiyor.

Anayasanın 8. maddesindeki görev yürütmenin yetki ve görev olması burada anayasadan kaynaklanan doğrudan anayasadan kaynaklanan yetkilere ilişkin yani görev dememememizin sebebi doğrudan anayasadan kaynaklanan yetkilerin olması, ama hala 8. maddede Cumhurbaşkanı nezdinde yasa koyucu tarafından Cumhurbaşkanına verilebilecek görevler olduğunu da anlıyoruz.

Geçen oturumda Cumhurbaşkanına kanun koyucu görev veremez dendi. O zaman 8. maddede sadece yürütme yetkisinden bahsedilmesi gerekiyor. Oysa ki, yürütme hala hem Cumhurbaşkanlığı nezdinde hem de idari teşkilat nezdinde bir görev, dolayısıyla burada bence yürütmeye çok fazla atıf yapılıyor ama yasamanın asliliği ve genelliği ilkesine tekrar özüne dönülmesi işlevinin göz önünde tutulması gerekiyor ki bu anlamda mahfuz alan teorisine ve özellikle de bu üç, dört maddede Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi dışında bir düzenleme yapılamayacağı görüşüne kesinlikle katılamıyorum.

Çünkü şöyle bir şey düşünün cumhurbaşkanı eğer bu dört alanda düzenleme yapmasaydı ve bakanlık teşkilatı hakkında kanun yürürlükten kaldırıldıktan sonra bakanlıklar mı kalmayacaktı, bakanlık mı kurulamayacaktı. Diyelim ki Cumhurbaşkanı dedi ki kapasitem şu an da uygun değil ve bu konuda düzenleyici işlem yapamıyorum o zaman yasama organı da mı bakanlık kuramayacak diyecektik.

Oradaki yasama organı bu konuda herhangi bir konu ve yetki bakımından herhangi bir sınırlamaya hala tabi değil ve 1789'dan beri de zaten yasama organının temel işlevinin bu olduğu konusunda modern anayasal devletlerde bir konsensus olduğunu söyleyebiliriz teşekkürler.

Cevap: (Prof. Dr. Turan Yıldırım Marmara Üniversitesi) Vallahi ben de Nasrettin Hoca gibi siz de haklısınız diyeceğim başka bir şey diyemiyorum.

Cevap: (Prof. Dr. Melikşah Yasin - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Olaya tersinden baktığınız zaman mesela Anayasa

mahkemesi kanun iptal ediyor 6 ay süre veriyor yasama organına kanun yapmıyor, yani yapmadı diye kanun koyucuya ya ne diyoruz sen görevini kullanmadın başka bir organ kullanır demiyoruz elbette ki.

Dolayısıyla bu başka bir mesele yani yürütmenin o yetkisini kullanmaması, Cumhurbaşkanı yetkisini kullanarak kararname çıkarmaması elbette ki bir krize yol açabilir.

Ama aynı kriz işte iptal kararları yasama organının yetkisini kullanmaması durumunda da çıkabilir. Bu söylediğiniz şeyler teorik olarak yasama yetkisinin asliliği vs. elbette ki önemli şeyler, bizim değer verdiğimiz ama konuşmamızın başında da söyledim.

Biz Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini tartışıyor olsaydık bu söylediğiniz şeyler elbette ki konuşulabilirdi, üzerinde tekrar müzakere edilebilirdi ama bir de anayasanın pozitif hükümleri var onu nereye koyacağız yani bu hükümleri bu yapılan değişikliğin gerekçelerini hiç göz önünde bulundurmadan tarihsel ve yasama organının işlevi üzerinden de bir yorum yaparsak pozitif hukuku da ihmal etmiş olmaz mıyız diye bir soruyla bitirmek istiyorum.

Soru: (Rıdvan Değirmenci - Kamu Denetçiliği Uzmanı) Melikşah Hocama bir sorum olacaktı. Hocam uygulamaya ilişkin bir soru soracağım. Şimdi 104. maddede Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kanunlar farklı hükümler içerirse kanun hükmü uygulanır diye bir hüküm var.

Bu hükmü ele aldığımızda 137. madde de kanunsuz emrin dahi yani konusu suç teşkil etmeyecekse, bir emir dahi idari makamlarca idari organlarca idarenin ajanlarınca uygulanması gerektiğinden bahisle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin de yürütmenin en üstündeki otorite tarafından düzenlendiğini ele aldığımızda bir idari görevlinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihmal edilerek kanunu direk uygulamasını bekleyebilir miyiz? Bu hususta idare hukukunda bir problem teşkil etmez mi teşekkür ederim.

Cevap: (Prof. Dr. Melikşah Yasin - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Kanunsuz emre ilişkin hüküm açık yani siz bunun Anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsunuz, hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsanız yazılı olarak tekrarını istersiniz yazılı olarak tekrarlandığında bu emri ifa ederek sorumluluktan kurtulursunuz. Bu bence Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından da geçerli suç teşkil ediyorsa elbette ki sorumluluktan kurtarmaz diye düşünüyorum.

Soru: (Volkan Has - Anayasa Mahkemesi Raportörü) Öncelikle iki hocama da teşekkür ediyorum değerli sunumları için.

Benim sorum Sayın Melikşah Hocama olacak, iki çok kısa sorum olacak, birincisi çok net bir şekilde yönetmelik konusu olabilecek hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilir mi?

Hani bunda da iki gerekçe aklıma geliyor birincisi, çoğun içinde az vardır evleviyetlik kuralı çerçevesinde tabi ki asli düzenleme yetkisi çerçevesinde yapılabilen bir husus tabi ki CBK ile düzenlenebilir ama diğer yandan CBK yasama asli düzenleme yetkisinin bir görünümüdür.

Görevin daha doğrusu kullanımı noktasında artık orada yönetmelik kullanılması gerekir. Zira anayasanın 124. maddesinde kanunların uygulanmasını göstermek üzere yasa yönetmeliklerin çıkarılacağını göstermekte, öncelikli olarak bu husustaki fikrinizi merak ediyorum.

İkinci sorum ise konuşmanızda eğer ben net anlayabildiysem ikili bir ayrıma gittiniz. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda eğer asli düzenleme niteliğindeyse Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal denetime tabi tutulacak ancak kanunun vermiş olduğu bir yetkinin kullanımı niteliğindeyse türevsel nitelikte ise bu takdirde Danıştay'ın denetimine tabi olacak.

Bunu acaba doğru anladım mı? 148. Madde de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri noktasında herhangi bir ikili ayrım yapılmamışken bunu savunmak ne kadar mümkün bu konudaki görüşünüzü merak ediyorum. Teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

Cevap: (Prof. Dr. Melikşah Yasin - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Öncelikle Danıştay'ın da kararları var düzenleyici işlemin nasıl isimlendirildiğine değil işlevine ve konusuna bakıyor. Dolayısıyla da burada Cumhurbaşkanının kararname veya karar olarak nitelendirilmesinden ziyade benim âcizane kanaatim burada fonksiyonuna bakmak lazım. Eğer gerçekten anayasanın işte iki oturumdur konuştuğumuz şekilde kararname niteliğinde ve mahiyetinde ise elbette ki bunlar Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olacak.

Dolayısıyla da bir kanunun uygulanmasını göstermek üzere yönetmelik değil de kararname adı altında ve kararnamenin dayanağı olarak şu kanun şu maddesi falan diye yazıyorsa artık bu Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasanın işte 123. ve saymış

olduğumuz diğer maddelerindeki düzenleme yetkisi kapsamında çıkarmış olduğu kararnameler değil, bunlar idari işlem diye düşünüyorum.

Aksi halde işte bütün Cumhurbaşkanlığının kararname diye isimlendirdiği bütün idari işlemleri, hatta atama işlemlerine bile bazen atama kararnamesi diyor. Buna biz eğer dersek anayasa idari işlem niteliğindeki işlemleri de Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi tutmuş olur.

Burada tabii bir şey yargısal denetim gündeme gelmişken müsaadenizle değerlendirmenize arz edeyim. Burada kararnamelerin denetlenmesi meselesine de aslında Yavuz hocam üzerinde durdu Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir denetim yapacağı meselesi de çok ilginç.

Çünkü bu kararnamelerin her halükarda işte kanun etkisinde olduğunu kabul etsek bile bir idari işlem. Anayasa, eğer sadece yasaların anayasal denetimi boyutuyla bir denetim yapılırsa bu defa biz idari işlem teorisi bakımından, idari işlemin beş unsuru bakamından bir denetleme yapıyoruz.

İşte sebep unsuru, konu unsuru falan diye bu unsurlar yönünden denetleme yapmazsa da tam bir hukuka uygun uygunluk denetimi yapar mı?

O konuya ilişkin de belki kararname denetimine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir bakış açısı ortaya koymasına ihtiyaç olduğunu düşünüyorum, yani bir kanuna denetlerken kullandığı ölçü normlar ile bir kararnamenin denetlenmesinde kullandığı ölçü normal bakımından da bir farklılık olması gerektiğini düşünüyorum.

Soru: (Doç. Dr. Engin Saygın - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ben de öncelikle her iki hocama çok teşekkür ediyorum, çok istifade ettiğimiz sunumlar oldu.

Benim sorum aslında Turan Hocama olacak. İdarenin kanuniliği ilkesi ben ilintili görüyorum ama pek ilintili midir emin değilim. Son dönemde Anayasa Mahkemesi'nin kararları var özellikle disiplin suç ve cezalar kanunilik ilkesini yorumlarken idarenin düzenleyici işlemleri ile disiplin suçları oluşturulamayacağı bunların ancak kanunda düzenleneceğini söylüyor. Pek çok kanunda bu şekilde ilgili maddelerini, örneğin yükseköğretim kanunundakini iptal etti.

Benim sorum size şu olacak; Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı bir Kamu tüzel kişiliği ihdas ediyor burada. Çalışan kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarını yeni bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleyebilir mi?

Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin bana kalırsa parlamenter hükümet sisteminden gelen yaklaşımıyla düzenleyememiş olması gerekir. Ama bu Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı kararnamesi ile kurulan kamu tüzel kişilerinde çalışan personel hakkında disiplin suç ve cezalara ilişkin yine bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir mi? Teşekkür ediyorum.

Cevap: (Prof. Dr. Turan YILDIRIM - Marmara Üniversitesi) O zaman sanıyorum sınıra girecek 38. maddeye ilişkin olduğu için suç ve cezalara ilişkin esaslar. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği şey şu, suçlar düzenleyici işlemlerle belirlenebilir.

Hatta kabahatler kanununda buna benzer bir hüküm var bunu biliyoruz zaten. Cezalara ilişkin hükümlerde daha sert Anayasa Mahkemesi. Muhakkak kanunda olması gerektiğini söylüyor ama kanunla yetki verilmesi halleri için tartışılan şeyler doğrudan doğruya yapmaya kalktığında eğer Cumhurbaşkanlığı kararnamesi disiplin suç ve cezasına ilişkin hüküm olursa zaten o yasak alana girilmiş olacak kanaatindeyim, yani yapmaması lazım.

Soru: (Murat AZAKLI - Komisyonlar Başraportörü) Teşekkür ederim, ayrıca sunumlar için de teşekkür ederim.

Önce Melikşah hocamın bir sorusu vardı. 10 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin başvuru var mı diye? Başvuru var, ilk incelemeye geçti esas inceleme aşamasında mahkeme değerlendirecektir bunu.

Ben bir yorum almak istiyorum sadece. Şimdi gelinen nokta itibariyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aslında kanun hükmünde olmadığı sonucuna ben ulaştım. Çünkü 119. madde zaten OHAL döneminde çıkan CBK'ların kanun hükmünde olduğunu açıkça söylemiş. Dolayısıyla o da kanun hükmünde olduğuna göre olağan dönemde çıkan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesindeyim. Dolayısıyla 13. maddede belirtilen kanunla sınırlama şartının da uygulanacağı kanaatindeyim.

104/17'de temel hak ve hürriyetler ile işte sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak da kanunla düzenlenmesi öngörülen hükümlerde herhangi bir düzenleme yapılamayacağı belirtilmiş. Şimdi düzenleme deyince tabi her şey içine giriyor. Merak ettiğim sadece şu, daha önce Anayasa mahkemesi bunları yaşadığı için özellikle sormak istiyorum. Temel hak ve hürriyetleri genişleten bir CBK hükmü olduğu takdirde ya da sosyal ve ekonomik haklarda ki bir hüküm açıkça kanunla düzenleme şartını öngörmesine rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilgili hakkı genişletiyorsa, yeni haklar bahşediyorsa bu yeni 104/17'ye aykırı olarak düşünülebilir mi? Siz değerli hocalarımın düşüncesini merak ediyorum çünkü orada düzenlenemez hükmü var ama bunun sınırını nedir belli değil teşekkür ederim.

Cevap: (Prof. Dr. Turan Yıldırım - Marmara Üniversitesi) Şimdi sosyal ekonomik haklar sanki şeyin dışında yalnız ben yanlış mı anladım. Dolayısıyla düzenlenebilir, sadece şunu söyledik sanatçıyı korur diye bir hüküm var kanun demiyor zaten orada devlet sanatçıyı korur bu alanda bir kararname çıktığında yasak alanda da değil zaten. Koruyacak bir teşvik, sanatın sevilmesini yayacak verdiğim örnek oydu. Dolayısıyla bir hukuki bir sorun çıkacağını sanmıyorum. Yasak alanda olursa onu yapamayacağını söyledik. Aynı şeyi bir daha tekrarlamanın bir gereği yok artık.

Cevap: (Prof. Dr. Melikşah Yasin - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Hocama katılıyorum

Soru: (Oğuzhan Güzel - Araştırma Görevlisi) Hocam en son 10 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Resmi Gazete ile ilgili düzenlemesi tam konuşmanızın sonuna için geldiği için biraz kısa tuttuğunuzu düşünüyorum, ben o çerçevede bir şeyler sormak istiyorum.

Bu düzenlemede yani geçmişteki sıkıntılara bakarsak mesela en son Türkiye Barolar Birliği'nin sınav düzenlemesine ilişkin o zaman Başbakanlık Mevzuat Genel Müdürlüğü'nün bunun hukuka aykırı olması sebebiyle bunun yayınlanmamasına ilişkin karar idare Mahkemesi tarafından bu kararın yürütmesi durdurulmuştu.

Şimdi bu çerçevede burada özellikle yönetmelik çıkarma yetkisi açısından anayasanın 124. maddesine aykırı olup olmadığını dile getirebilir miyiz? Bunu soracağım.

Bir de buradaki düzenleme mahalli idarelerde kapsıyor mu? Sizce

idari vesayetin kanunla düzenlenebileceği hükmüne aykırılık sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme olasılığı hakkında ne düşünüyorsunuz teşekkür ederim.

Cevap: (Prof. Dr. Melikşah Yasin - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Şimdi öncelikle 124. madde ile bir irtibatı yok yani 124. madde yönetmelik çıkarabileceğine ilişkin yetki zaten bu yetkiye bir müdahale olduğunu ifade etmeye çalıştım.

İkinci soru mahalli idareleri kapsayıp kapsamadığına ilişkin mesele aslında burada kamu kurum kuruluşları ifadesi belirsiz, yalnız bizde bir kanun var resmi gazetede yayınlanacak yönetmelikleri ilişkin kanun orada yanlış hatırlamıyorsam mahalli idarelerin çıkaracakları yönetmelikler kendi şehirleri içerisinde ilan edilir diyor.

Dolayısıyla bu kararname kapsamında değil, ama eğer ki ileride bu kanun değişir ve onların da düzenleyici işlemleri resmi gazetede yayınlanma zorunluluğu getirilirse o zaman elbette ki burada resmi gazetede yayınlanacaklar arasına gireceği için bu kararname kapsamına girer. O da zaten anlatmaya çalıştığım idari vesayet yetkisinin düzenlenen 127. maddeye aykırı olacağı kanaatindeyim.

Üçüncü Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Erdal ONAR

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Konuşmacılar

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Haliç Üniversitesi

Doç. Dr. Abdullah SEZER

Marmara Üniversitesi

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Erdal ONAR
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Sayın Başkan, Sayın Başkanvekili, Yüksek Mahkemelerin değerli üyeleri ve seçkin konuklar. Anayasa Mahkemesinin artık alıştığımız ve çok katkı sağladığına yürekten inandığım bu kuruluş yıldönümlerinde düzenlenen sempozyumun bu yılki son oturumuna hepiniz hoşgeldiniz.

İki tebliğ sunacak değerli öğretim üyesi şuan burada bunlardan birisi Sayın Prof. Dr. Abdurrahman EREN, diğeri de Sayın Doç. Dr. Abdullah SEZER.

Konu dünden beri devam ettiği üzere yeni bir işlem türü olarak 6771 Sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliğinden sonra sistemimize girmiş bulunan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri. Haliyle yeni olduğu için üzerinde çok da tartışma olan bir konu Anayasa Mahkemesi'nin bu konuyu eksene almış olmasını da ayrıca çok değerli bir katkı olarak görüyorum ve bunu da teşekkürlerle karşılıyorum.

Zamanımız epeyce var çünkü iki konuşmacımız olduğuna göre soru ve cevaplara da biraz yer ayırabilmek bağlamında her bir konuşmacıya 35 dakika verilmesinin uygun olacağını düşünmekteyim. Bu doğrultuda ilk sözü Sayın Abdurrahman Eren'e vermek istiyorum. Konu Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararname içtihadı doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin değerlendirilmesi şeklinde belirlenmiştir. Söz sizin sayın hocam, buyurunuz efendim,

ANAYASA MAHKEMESİNİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERE İLİŞKİN İÇTİHADI DOĞRULTUSUNDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Abdurrahman EREN*

* Yazar sunumunu makale olarak dergimize göndermiş olup, sunum hakemli makaleler kısmında ss.1-72 arasında yayınlanmıştır.

NORMLAR HİYERARŞİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ [ÇOK BOYUTLU NORMLAR PİRAMİDİ YAKLAŞIMI]*

Abdullah SEZER**

Hukukçularla başlayalım... Bunlar, Sisyphos gibi, kan ter içinde dağın tepesine çıkardıkları kaya aşağı yuvarlandıkça, tekrar yukarı çıkarırlar... Binlerce yasayı yorumlarken, sanırsın bunların mesleği dünyanın en zor sanatı. Kendilerine hayranlıkları, hiçbir ölümlüde görülmez.

[Erasmus: 129]

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (CBK[1]) normlar hiyerarşisindeki (NH) konumu, CBK-kanun ilişkisinden etkilenirken, CBK'ların denetimini de etkileyecektir.

Error communis facit ius... Yaygın hatalar, zamanla yerleşiyor... Amaç, çok farklı ölçütlerle tartışılan NH kavramını doğru ölçütle analiz ederek, çok boyutlu bir bakış açısı sunmaktır.

GENEL PLÂN

§ I. Giriş: Çok Boyutlu Normlar Piramidi
§ II. Konunun İki Bileşeni: NH ve CBK
§ III. Olağan CBK ve Hiyerarşideki Yeri
§ IV. OHAL CBK ve Hiyerarşideki Yeri
§ V. Sonuçlar & Öneriler

§ I. GİRİŞ: ÇOK BOYUTLU NORMLAR PİRAMİDİ

Rechstaat ve Kelsen dönemi hukuk devleti artık yok[2]. "Normlar enflasyonu" karmaşasını anlamak, hukuk devletinin sacayağından birini geliştiren Kelsen'i doğru okumakla başlar.

---

* AYM'nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu'na davetleri için, AYM Başkanı sn. Zühtü Arslan ve AYM üyelerine, özellikle Raportör sn. Taylan Barın'a teşekkürler...

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Kısaltmalar listesi, kaynakçadan sonra eklenmiştir.

2 Milacic: 569.

A) Kelsen hakkında ön gözlemler

1) Kelsen, NH kavramını "sıfırdan" mı yarattı?

Kelsen, NH kavramını sistematize etmiştir, ancak sıfırdan icat etmiş değildir. Önceki birikimlerden yararlanması gayet doğaldır. Öteden beri kanonik hukuk ve İslâm hukukunda kutsal kitap temelli hiyerarşik kalıplar mevcuttu. 1803'te ABD Federal Yüksek Mahkemesi *Marbury v. Madison* kararı ile anayasaya aykırı kanunun geçersizliği ve ihmaline değindiğinde[3], Kelsen'in doğumuna 78, eserinin ilk baskısına 131 yıl vardı[4]. Üstelik Kelsen, "hukukun kademeli yapılanması" kavramını (*stufenbaulehre*), öğrencisi Adolf Julius Merkl'den alıp geliştirmiştir[5].

2) "Normlar hiyerarşisi" "norm"lardan mı oluşur?

Kelsen, yazılı kuralların ötesinde örf, yargısal işlem[6] ve özel hukuk işlemlerini de eklediği için, *"hukukî işlemler hiyerarşisi"* denebilir. Bu bağlamda Kelsen, hapis cezasının infazı örneğinde en alt ve en somut işlemden yukarı doğru geçerliliği ayrı ayrı test ederek, tüm işlemlerin *"izini temel norma kadar sürmek"*tedir[7].

3) Kelsen, tabiî hukukçuların eleştirdiği pozitivist mi?

Kelsen, ilâhî ve tabiî hukuku reddetse de, aslında ikincisinin etkisinden kurtulamaz: Anayasa, tüm sistemin değil, sadece pozitif hukukun en üst düzeyidir. Onun da üstünde, pozitif hukukla açıklanamayan *grundnorm* (temel norm) vardır. İçeriğini[8] aslî kurucu iktidarın belirlediği kavramı, *"yerleşik sistemin yazısız genetik kodları"* olarak niteliyoruz[9].

4) Kelsen, "saf hukuk teorisi" kurmayı başardı mı?

Kelsen, hukuk-ötesi unsurlardan arınmış sistem kurabilirse, yorum farklarının giderilebileceği, hukuk pratiğinde kesinlik elde edilebileceği

---

3 ABD'de benzer görüşler 1793'ten beri azınlık oylarında savunulsa da, mahkeme kararı niteliğine erişememişti. Kararın gerekçesini yazan Marshall'ın bu kararlara ve *The Federalist Papers* vb. birikimlere atıf yapmaması eleştirilir. **Onar** 2003: 96, dp. 228.

4 Kelsen, normlar hiyerarşisine 1928'deki bildirisinde de değinir. Kelsen 2015: 866.

5 Paulson: 30; Tunç 1997: 119.

6 Ancak, yargı kararları ile sınırlı şu tanım eksiktir: *"Yargı normlarının, en üstte anayasanın bulunduğu bir piramit şeklinde düzenlenmesi"*. **Renoux**: 142.

7 Kelsen 2016: 69-70.

8 Ancak bir yazara göre, grundnorm'un "hiçbir içeriği yoktur". Wacks: 163.

9 Kavramı *"Anayasaya egemen olan felsefe"* olarak niteleyen bir yazara göre, Türkiye'nin "temel norm"unun unsurlarından birkaçı şunlardır: "Türk toplumunun yaşadığı batılılaşma süreci", "sentetik kültür yapısı", "İslâm dini", vs. **Sağlam**: 47.

ve hukukun bilim hâline gelebileceğini düşündü. Ancak, geçerliliğini başka normdan almayan *grundnorm* hukuk-ötesi değerlere referanssız açıklanamayacağı için, girişimi eksik kaldı[10]. Özetle, eserine Saf Hukuk Kuramı adını verse de, hukuku saflaştırmada başarısız oldu.

B) Normlar piramidine "çok boyutlu" bir yaklaşım

1) 3 aşamalı inşa sürecinde başlıca hata veya tartışmalar

- **Hiyerarşik ilişki**: Piramidin tuğlası, geçerlilik ölçütüdür. 2 norm arası üst-alt[11] ilişkisinin kurulması ile norm çiftleri oluşur.

- Yanlış ölçütlerin kullanılması: Örneğin geçerlilik yerine denetim yasağı, normlar arasında yanlış hiyerarşik ilişki kurmaya yol açar.
- Geçerlilik ölçütlerinin alternatif veya kümülatif uygulama belirsizliği.
- Doğru ölçütün yanlış yorumlanması: Örneğin geçerlilik ölçütü *lex specialis* ilkesini kapsayacak biçimde yorumlanarak üstünlük çıkarımı yapılır.
- Ölçüt ve uygulama arasında tutarsızlık bulunması[12].
- Ölçütün başka bir normla kıyas yoluyla uygulanması.
- Aynı normdan zıt sonuçlar çıkarılması: Örneğin norm çatışmasından, bazıları eş düzey norm, bazıları üstünlük çıkarımı yapar.

- **Hiyerarşik düzey**: Alt ve üst normla çift yönlü dikey ilişki kurulan norm, hiyerarşide bir düzeye yerleşir.

- İki norm arasında kurulan hiyerarşik ilişkinin diğer düzeyle test edilmemesi: Çift yönlü (üst ve alt normla) ilişki kurulmamasıdır[13].
- Hiyerarşik düzeyler arasında gri bölgelerin kabûlü: Norm için

[10] **Uygun**: 308-309.

[11] Bazen üst-alt yerine, *"üst-ast"* kullanılır. **Ürger**: 147; **Gözler** 2000-I: 33; **Gülgeç**: 195, vs. Sözcüğe, birçok kontrolden geçen resmî sınavlarda da rastlanır (2014 KPSS Lisans, Genel Kültür, soru 46). Üst-ast (eski dilde mafevk-madun) normları değil, makamları niteler ve idarî hiyerarşiye özgüdür. **Altay**: 184; **Türk Hukuk Lügatı**: 229.

[12] Bir eserde, önce şu ölçüt belirlenir: *"Alt sırada yer alan bir hukuk kuralının, kendisinden üst sırada olan hukuk kuralına aykırı olmaması gerekir"*. Alt satırda, "Türk hukukunda normlar hiyerarşisi" başlığında şu sıralama yapılır: Anayasa; haklarla ilgili anlaşmalar; kanun ve KHK; diğer anlaşmalar; tüzük; yönetmelik ve genelge. **Gül** & **Karan**: 27. Saptama, ayrıca tanıma dönüştürülür (s. 57). Ölçüt üst norma uygunluk ise, kanunun anlaşmaya uygunluğunu öngören anayasal norm hangisidir?

[13] 2014 KPSS Lisans Sınavı soru 46'da istenen sıralama şudur: KHK-tüzük-yönetmelik (Genel Kültür Testi Kitapçığı: 25). Oysa, ilk 2'si arasında üst-alt ilişkisi tartışmalıdır.

"nispeten üstün", "2 norm arasında bir yerlerde", "bir dereceye kadar üstün" vb. deyimler kullanılır. Bunlara doktrinde[14] ve AYM kararlarında[15] da rastlanır. Oysa, hiyerarşide ara basamak, *"sisli bir bölge"* yoktur[16].

- **Hiyerarşik sistem**: Hiyerarşik düzeylerin uyumlu ilişkisi ve üst üste yapılanmasıyla, hiyerarşik sistem tamamlanır.

- Ulusal-üstü normlara yer verilmesi: Geçerlilik ilişkisi yoksa iç hiyerarşide yer almaz. Ancak, iç hukuka aktaran işlem için hiyerarşi tartışılabilir. "Ayrılabilir işlem" olan ilgili kanun denetlenebilir.
- Eş düzey normların ayrı ayrı test edilmemesi: Eş düzey normlardan biri için oluşan 2 yönlü ilişki diğeri ile kurulamıyorsa, saptama hatalıdır.
- Her işleme sistemde yer bulma çabası: Sistemi asıl amacından uzaklaştırmaktadır. Kurulan çok katlı piramitler, geçerlilik zincirinin bazı katmanlarda ispatını da güçleştirmektedir.

Çözüm nedir? Tek yönlü hiyerarşik ilişkileri ve çatışma ilkelerini 2. ve 3. boyutlara kaydırarak, iki yönlü hiyerarşik ilişkilerden örülü ana şemayı karmaşadan arındırmak (*saflaştırma*). Böylece, çok katlı piramitler inşa etmeye de gerek kalmayacaktır.

2) 3 boyutlu mimari: Üçgen değil, piramit

Sistem, tek boyutlu ve 3 kenarlı **şekil** değil, üç boyutlu geometrik bir **nesne**dir. Piramidin her boyutu farklı işlev görür. İlk 2 boyut, iki yönlü hiyerarşi ve tek yönlü hiyerarşik ilişkileri içermekte olup, *lex superior* konusudur. 3. boyut, söz konusu ilkenin ve dolayısıyla hiyerarşinin dışında kalan normlar alanıdır:

- **Ana/birincil boyut** (iki yönlü dikey ilişki): Hem üst, hem alt düzey normla geçerlilik ilişkisi olanlar, hiyerarşide bir düzey işgal eder. Bu normlar, hukuk âleminde bağımsız çiftler hâlinde varlıklarını sürdürmemekte, aksine hukukun bütünlüğünün parçası olarak geçerli kalabilmektedirler. 3 boyuttaki normların

---

14 Anlaşma denetlenemediği için kanundan *"bir dereceye kadar"* üstündür. **Şahin**: 67. OHAL KHK'nın denetlenmemesi, kanundan *"nispî bir üstünlük"* yaratır. **Yüzbaşıoğlu**: 202-203.

15 Anlaşma-kanun arasında *"bir tür hiyerarşi"* vardır. Bkz. AYM 1. Bölüm, Sevim Akat Eşki anayasa şikâyeti başvurusu, T. 19.12.2013, para. 41.

16 **Gözler** 2000-II: 4.

toplamı ise, çok boyutlu/uzaysal (*spatial figure*) yapıdadır[17].

- **Yan/ikincil boyut** (tek yönlü dikey ilişki): Sadece üst veya alt geçerlilik bağı olan, ancak diğer düzeydeki işlemle hiyerarşi eksik veya kısmî olan işlemler, bir kademe/düzey işgal etmeyip, bu boyutta yer alır.
- **Hiyerarşi dışı işlemler boyutu / çatışma çözüm hattı** (yatay ilişki): Normlar arasında ne çift, ne de tek yönlü hiyerarşinin kurulabildiği durumlar 3. boyutta yer alır. Örneğin kanun-CBK çatışmasında CBK'nın, kanun-özgürlükle ilgili anlaşma çatışmasında kanunun ihmalini öngören çatışma çözme normları, üst-alt ilişkisi yaratmadığı için son boyuttadır[18].

Özetle; işlemin düzeyi açısından birçok olasılık vardır: İşlem ya "tek tip" olup, bu sütunda sabit bir düzey işgal eder; ya alt türleri itibariyle değişken karakterli olup, farklı düzeylerde yer alır; ya tek taraflı ilişki boyutundadır; ya çatışma çözme ilişkisinin tarafı olup 3. boyuttadır; ya da tüm boyutların tamamen dışındadır.

§ II. KONUNUN İKİ BİLEŞENİ: NH VE CBK

A) Normlar hiyerarşisine ilişkin genel saptamalar

1) Anlamı ve işlevi

Hiyerarşi olgusuna birçok alanda rastlanır: Anayasa Hukukunda (NH), İdare Hukukunda (üst-ast, âmir-memur), askerlikte (subay-asker, emir-komuta), silâhlı kuvvetlerde[19], ulusal-üstünde[20], dinde[21], dünya siyasetinde[22], psikolojide[23]...

---

17 **Barın**: passim (tebliğ özetini paylaştığı için teşekkür ederiz).

18 Anlaşma-kanun ilişkisinde benzer bir yorum için bkz. **Dönmez** & **Barın**: 195-198.

19 TSK yönergesi'nde iç düzen normları hiyerarşisi: Genel mevzuat, yönerge, prensip emri, devamlı emir, devamlı talimat, diğer işlemler (özel emir, günlük emir, vs).

20 Örneğin AB açısından bkz. **Arsava**: 1-24; **Oder**: 167 vd.

21 İslâm hukuku şeması şudur: Kur'an, Sünnet, İcmâ'-yı ümmet, Kıyas-ı fukahâ. **Sağlam**: 198. Bazen açıkça "hiyerarşi" sözcüğü kullanılır. **Akbulut**: 169; **TDVİA**-26: 122.

22 Güç hiyerarşisi teorisi, *"devletler, nispî güçlerine göre merdivenin hangi basamağında duracağını bilirse barış korunur"* tezine dayanır. **Roskin** & **Berry**: 30. BM'de devletlerin iradesini tek başına bloke eden 5'li, küresel iktidar piramidinin *A takımı*dır.

23 A. Maslow'un "İhtiyaçlar Hiyerarşisi Teorisi" için bkz. **Maslow**: passim.

Dilimizde farklı adlarla anılan kavram[24], Anayasa'da dolaylı biçimde geçer[25]. Doğrudan geçtiği örnek, İspanya Anayasası'dır[26].

Kavramın 2 bileşeninden (norm[27] ve hiyerarşi[28]), şu tanıma ulaşabiliriz: Normlar arası biçimsel ve içeriksel geçerlilik ilişkisi ile yapılandırılan, üst norma aykırı alt normun yargısal denetim mekanizmalarınca ayıklanmasıyla iç uyumu korunan sistem.

Hukuk devleti, 3 unsurdan oluşur[29]: NH ile yapılanan normlar, erkler ayrılığı ile yapılanan erkler, yargı bağımsızlığı ile yapılanan denetim mekanizması. Anayasa yargısının 3 şartı (kodifiye anayasa, sert anayasa, norm denetimi) dikkate alınınca, anayasanın üstünlüğünü hayata geçirmede kavramın işlevi anlaşılır.

Hukuk kuralları kademeli biçimde yapılanmaz ve soyuttan somuta inilmezse, hukuk normları karmaşası doğar. NH, normların üst norma uygun olduğu inancını ve hukukî meşruiyeti besler.

Hukuk devletinin unsurları arası ilişkiye gelince; normu yapan-uygulayan-denetleyen organ ayrışması, erkler ayrılığını zorunlu kılar. Erkler ayrılığının özü olan fren & denge ise, norm denetimi ile iç uyumu korunan bir hukuk düzeninin inşasını gerektirir. Nihayet anayasa yargısı, hem özgürlüğün (*bekçilik*), hem yatay ve dikey erkler ayrılığının koruyucusudur (*hakemlik*).

2) NH sisteminin ilkeleri

Sistemin unsurlarından[30] (kaynakların çoğulculuğu, yapım-uygulama-denetleme farklılaşması, denetim) şu ilkeler türetilebilir:

---

24 *"Kurallar kademelenmesi"* (**Teziç**: 85); *"kurallar dizgesi"* (**Sav** & **Sav**: 404); *"devlet muameleleri hiyerarşisi"* (**Başgil**: 203). *"hukuk kaideleri iyerarşisi"* (**Özyörük**: 17, 128 vd. Sözcükte basım hatası yoktur); *"mevzualar arasındaki hiyerarşi"* (**Başgil**: 137); *"hiyerarşik kademe"* (AYM, K. 2010/87, N. Necipoğlu karşı oy); *"hukuk düzeni piramidi"* (**Gözler** 2018: 217); *"hukuk kurallarında derecelenme"* (**Yayla**, Y: 13); *"Kurallar silsilesi"* (AYM, K. 1998/62, başvuru).

25 M. 137'de normlar sıralanır: *"yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa"*. M. 138/1 de benzer şema verir: *"Anayasaya, kanuna ve hukuka"*. İlgili başka normlar da vardır: Any. m. 11, 87, 124, 137, 148 (ayrıca eski 91, eski 115), vs.

26 M. 9/3: *"Anayasa, ... normlar hiyerarşisini, ... güvence altına alır"*. **Kaboğlu** 2016: 86. Bir başka çeviride, *"kanuni hükümlerin hiyerarşisi"* geçer. **Adalet Bakanlığı**: 540.

27 Norm: *"ölçü, kural, düstur, kaide"*. **Altay**: 341.

28 Hiyerarşi: *"1. Aşama sırası, mertebeler silsilesi. 2. Teşkilâttaki mertebeler düzeni. 3. Sivil ve askeri amir ve memur, üst ve ast düzeni"*. **Altay**: 184. Eski dildeki *"silsile-i merâtip"* normlar değil, makamlar hiyerarşisidir. **Türk Hukuk Lügatı**: 229, 300.

29 **Sezer** & **Kırıt** & **Boyar**: 21-41.

30 **Kaboğlu** 2016: 13.

- Normların iki yönlü dizilimi: Normlar, dağınık hâlde ve rast gele değil, sistematik biçimde yapılanır. Aynı kademedeki (eş düzey) normlar yan yana[31], norm kademeleri ise üst üste hiyerarşik biçimde dizilir.
- En üst düzeyde normun tekliği ilkesi (piramidin ucu kesik değil, keskindir): Sistemde en üst düzey hariç, daha alt düzeylerde birden çok norm yan yana olabilir[32]. Karşıt görüş (anayasal değerde normlar tezi), anayasanın başka normlarla birlikte yan yana bir blok oluşturmasıdır. Bu görüş, daha üst norm olmadığı varsayımında, başlıca 2 sorun yaratır: Bloktaki normlar arası uyum, alt normun bu normlardan hangisine uygun olması gerektiği.
- Kelsen'de en üst normun anayasa olmaması: Anayasa'nın üstüne grundnorm'u yerleştiren Kelsen, uluslararası hukuku da *"tüm iç hukuk düzenlerinin üstünde"*[33] görür. "Anayasal düzeyde" normlar tartışmasından farklı olarak, "anayasa-üstü"lük (*supra constitutionem*) olgusudur. Kanımızca iç hukukta en üst norm, kodifiye edilmiş[34] anayasa olmalıdır.
- Şeklî anayasa anlayışında metin içi hiyerarşinin reddi: Örneğin değiştirilemez anayasa normu, anayasa içi hiyerarşi yaratmaz.
- En üst norm, hukuk sisteminin birliğini sağlar: Geçerlilik zinciri izlenirse, normların birliğini sağlayan en üst norma ulaşılır[35].
- Anayasa sembolik değil, normatiftir: Anayasa üstün ve bağlayıcıdır. Anayasanın üstünlüğü, şeklî-maddî üstünlük ayrımına tâbidir.
- Başta en üst norm olmak üzere, her üst norm alt normun ihdas veya içeriğini belirlediğinden *"üretim ve denetim zinciri"* oluşur.
- Normların ve normları üreten organların çokluğu/çoğulculuğu: Böylece, normu yapan-uygulayan-denetleyen organlar ayrışır. Normlar farklı düzeyde yer aldıkları için, normların sahibi de farklılaşır.

---

31 Eş düzey normların maddeleri arasında da üst-alt ilişkisi olduğu savunulur. **Kuluçlu**: 9.

32 Örn. Gözler'in piramidinde 9 basamaktaki 16 işlemin nedeni budur. **Gözler** 2018: 218.

33 **Kelsen** 2015: 861.

34 *"Tek metin anayasa"* anlamındadır. *"Yazılı anayasa"* deyimini önermiyoruz.

35 **Kelsen** 2016: 79.

- Sistemde alta indikçe normlar somutlaşır; norm sayısı, ayrıntı, uygunluk aranan (üst) norm sayısı artar; bağlayıcılık azalır. Üste çıktıkça genellik, üstünlük ve bağlayıcılık artar; değiştirme ihtiyacı azalır.
- Üst norma aykırı alt normun denetimi: İptal vb. yaptırımlar öngörülür.

3) Doktrinde kullanılan ölçüt ve gerekçeler

Geçerlilik ölçütü yerine veya ondan türetilerek kullanılan ölçütler, her zaman doğru sonuca götürmeyebilir[36]:

- *Üç erkin işlemleri arasında hiyerarşi olduğu*: Örneğin şeklî anlamda yasama işlemi, yürütme işleminden üstündür[37].
- *Düzenleyici işlemin her zaman bireysel işlemden üstün olduğu:* Bu ilke, işlem hangi makama ait olursa olsun değişmez[38].
- *Denetim merciinin kararının denetlediği normdan üstünlüğü*: AYM kararı, geçerliliğine son verebileceği İçtüzükten üstündür[39].
- *Bir normu hükümsüz kılma*: Kanunla CBK'yı hükümsüz kılma, CBK'nın *"kanun altı statüde yer aldığı"*nı kanıtlar[40].
- *Norm denetimi yasağı*: Örneğin, uluslararası anlaşma denetlenemediği için, kanundan *"bir dereceye kadar"* üstündür[41].
- *Bir normu değiştirebilme veya yürürlükten kaldırılabilme*: Eski sistemde KHK'nın *"kanun düzeyinde"* olma gerekçelerinden biri, kanunu değiştirebilmesi veya yürürlükten kaldırabilmedir[42].
- *Bir normun ihdasını düzenleyebilme olanağı*: Yasama yetkisinin genelliği gereği kanunla CBK'nın ihdası düzenlenebileceği, buna karşın CBK ile kanunun ihdası düzenlenemeyeceği için, kanunun üst norm olduğu savunulur[43].

---

36 Örnek yazarların bir kısmı, bazı analizlerinde geçerlilik ölçütünü de kullanırlar.

37 **Şahin**: 63.

38 Yazarın *"patere legem"* olarak nitelediği ilke hakkında bkz. **Gözler** 2018: 218-221.

39 **Gülgeç**: 155. Mülga m. 107'deki CBK için de benzer ölçüt kullanılır. **Taşdöğen**: 963.

40 **Karatepe** & **Alkan** & **Atar vd**: 85.

41 **Şahin**: 67.

42 **Gözler** 2000-II: 4.

43 **Şirin**: 297-298; **Gülgeç**: 198, 213.

- *Bir norma uyum sağlama çabası*: Kaboğlu, İHAS-iç hukuk ilişkisinde bu ölçütle "üstünlük" belirlemesi yapar[44].
- *"Kanun hükmünde" nitelemesini "kanun düzeyinde" olarak değerlendirme*: Haklarla ilgili anlaşma "kanun hükmünde" nitelenip iç hukuka kanunla aktarıldığı için, kanunla eş düzeydir[45].
- *Norm çatışmasında uygulama-ihmal ilişkisi*: CBK-kanun çatışmasında CBK'nın ihmali, kanunun üstünlüğünü doğurur[46].
- *Normun münhasır düzenleme alanı*: Uçum'a göre, kanunun CBK'dan üstünlüğünün bir gerekçesi, kanunla düzenlenecek olan 82 konuda CBK çıkaramamadır[47].
- *Bir normla açıkça düzenlenen konunun düzenlenememesi*: Özbudun'a göre, kanunun CBK'dan üstünlüğünün bir gerekçesi, kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkaramamadır[48].
- *Normun kabûl çoğunluğu*: Gözler, anayasa-kanun ve anlaşma-kanun ilişkisinde kabûl çoğunluğunu ölçüt alır[49].
- *İşlemin yapım usûlü ve önem derecesi ilişkisi*: TBMM'de özel usûlle çıkarılan "temel kanun", genellikle anayasal önemde olmayan, ancak kanundan daha önemli düzenlemeleri içerdiği için, anayasa-olağan kanun arasındadır[50].
- *Hukukîlik-yerindelik ilişkisi ve hiyerarşiye etkisi*: CBK'da geçen[51]

---

44 İHAS sisteminde kalındığı sürece, *"mevzuatı (Anayasa dahil) buna uygun hale getirme gereği bulunduğuna göre, üstünlüğü de kabul edilmiş oluyor"*. **Kaboğlu** 2016: 400.

45 **Ergül** 2014: 85. Niteleme, normatif değerle ilgilidir. Düzeyinde, derecesinde veya kademesinde değil; gücünde, etkisinde biçiminde anlıyoruz.

46 **Ulusoy**: 6; **Açıl**: 747.

47 *Hürriyet*, 25.01.2017.

48 **Özbudun** 2017: 250.

49 Kanunu TBMM koyar ve adî çoğunlukla değiştirir, oysa Anayasayı aslî kurucu iktidar koyar ve TBMM 2/3 çoğunlukla değiştirir. Ayrıca, anlaşma ve kanun TBMM'de adî çoğunlukla kabûl edilir. Anlaşmaya kanun üstü (anayasal) değer tanınacaksa, 2/3'le kabûl edilmelidir. **Gözler** 2004: passim.

50 **Bakırcı**: 12.

51 10 no.lu CBK, m. 6: Bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşunun hazırlayıp RG'de yayım için gönderdiği yönetmelik, tebliğ vb. düzenleyici idari işlemlerin taslakları, şu işlemlere *"uygunluğu yönünden incelenir"*: Anayasa, kanun, CBK, genel hukuk kuralları, CB programı ve kalkınma plan-programı. Üniversiteler ve meslek kuruluşlarının benzer *işlemleri* ise, *"Anayasa ve diğer mevzuat"*a yine *"uygunluğu yönünden incelenir"* (f. 1). İlk f. kapsamında inceleme sonucu *"uygun bulunmayan veya hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslaklar"*, ilgili kuruma *"iade edilir"* (f. 2).

"uygun bulunmayan" ibâresi, Bakanlık işleminin CB tarafından yerindelik denetimine tâbi tutulmasıdır. Hiyerarşi, hukuka uygunluk yanında yerindelik denetimini kapsar[52].

- *Aynı normu üreten farklı organların hiyerarşik konumu*: Gözler'e göre, yönetmeliğin hiyerarşideki yeri, yönetmeliği yapan organın makamlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır [53].
- *Dolaylı hiyerarşi tezi*: AYM kararı, AYM İçtüzüğü ve TBMM İçtüzüğü ile OCBK arasında "dolaylı hiyerarşi" vardır[54].
- *Diğer normların aykırı hükümlerinin uygulanamayacağı*: CBK'larda da yer alan[55] bu tür normlar da ölçüt alınabilmektedir.
- *Biçimsel ve içeriksel geçerlilik*: Doğru ölçüt, az sayıda yazar tarafından kullanılır. Bu ölçütlere tekrar dönülecektir.

4) Hangi ölçüt(ler) kullanılmalı? (olması gereken)

a) Ön sorun: Hangi tür hiyerarşi? Hukukî mi, siyasî mi?

Esas aldığımız hukukî hiyerarşi, normun önemi ve moral değerinden çıkarılan ahlâkî/siyasî hiyerarşiden ayrılır[56].

İç-dış hiyerarşi ayrımından da söz edilebilir. Norm denetimi organı, öncelikle normun iç hukuk sistemindeki konumuna ve dolayısıyla *"iç normlar hiyerarşisi"*ne[57] odaklanır.

b) Hiyerarşik ilişkinin ön koşulu: Ayrı metinde yer alma

İki norm arasında hiyerarşi kurulabilmesi için, ayrı metinlerde yer almaları gerekir. Metin içi hiyerarşiyi reddettiğimiz için[58], aynı

---

52 **Çakır**: 53. Kanımızca, hukuksal denetimden ziyade siyasal denetime benzer. İncelenen metnin tekemmül etmiş işlem değil, taslaktır. Yetki, iade sonrası tekrar hazırlamayı engellerse, bloke edici işlev görür. "Diğer mevzuat" ibâresinin genişliği ve CB programının ölçü olması da tartışmaya değer.

53 **Gözler** 2018: 215; **Söyler**: 166; **Gençay**: 399.

54 Bu normlar doğrudan OCBK'ya geçerlilik sağlamasa ve geçerliliğini etkilemese de, OCBK ile *"hiyerarşik olarak aynı seviyede olan kanunların geçerliliğini belirleyip etkileyebildiği"* için *"hiyerarşik üst konumundadır"*. **Gülgeç**: 213.

55 3 no.lu CBK m. 12: *"Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu* [CBK] *ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu* [CBK'ya] *aykırı hükümleri uygulanmaz"*.

56 Anayasa ile geçerlilik ilişkisi bulunmayan İHAS örnek verilir. **Gözler** 2000-I: 33-34.

57 Ulusal hiyerarşi anlamındadır. Uluslararası örgütler için de kullanılır. **Sur**: 161.

58 Anayasa normları arasında hiyerarşi kurulacak olsa, değişikliklerle değişikliğin usûlî normu arasında olurdu. Bu bağlamda, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun anayasanın değiştirilemez normlarına aykırılığı denetiminde esas

metindeki normlar arasında *lex superior* değil, *lex posteror* veya *lex specialis* ilkesi uygulanabilir[59].

c) "Üst norm"dan kasıt: Öncelikle bir üst düzeydeki norm

Hiyerarşinin kilit kavramı, geçerliliktir. Kelsen, üst-alt norm ayrımında, geçerlilik ilişkisini ölçüt alır. Alt norm üst norma göre yaratılır ve onun uygulanmasını sağlar. Normlar arasında oluşan *"geçerlilik koşulları, üretim koşullarından başkası değildir"*[60]. Norm, üst normdan yürürlüğünü[61] değil, geçerliliğini alır.

Normun öncelikle uygun olması gereken norm, geçerliliğini aldığı normdur, bu ise üst normdan başkası değildir:

> *"Alttaki hukuk kuralının üsttekine mi veya doğrudan anayasaya mı aykırı olmamasının aranacağı şeklinde iki ihtimal düşünülebilir. Fakat ... bir üsttekine aykırı olmayacağı hüküm altına alın"*ır[62].

Normun üstünlüğü, yapan organa üstünlük sağlamaz. Üstünlük organda değil, yaptığı işlemdedir. Alt normun bir üstteki norma uygun olma gereği, kendisinden 2 veya 3 düzey üsteki norma da uygunluğu gerektirir[63]. Anayasa tüm normların geçerlilik kaynağı (*"normatif pınar"*[64]) olduğuna göre, geçerlilik zinciri tüm normları *"şemsiye norm"*a uygun kılar. Böylelikle en üst norm (Kelsen'de grundnorm, bizde Anayasa), diğer normları belli ana ilkelerde birleştirici rol oynayarak, NH sisteminin iç uyumunu korur.

Alt normun üst norma uygunluğu koşulundan şu sonuçlar çıkarılabilir[65]:

---

denetim yasağını aşmak için, ***"kesinleşmiş Anayasa normları"*** deyimi önerilir. Süreci tamamlanmamış anayasa değişikliği, henüz kanun düzeyindedir. **Sezer** 2006: 119, 515 vd.

59 Ancak, özel-genel, sonraki-önceki, esas-geçici norm ilişkisini "normlar hiyerarşisinin değişik görünüm şekilleri" başlığında inceleyenler de vardır. **Kuluçlu**: 7-11.

60 **Kaboğlu** 2016: 45.

61 Danıştay'a göre, *"alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur"*. 2. Daire, K. 2013/1481; *Danıştay Dergisi*, S. 133, 2013: 150.

62 **Derdiman**: 9-10.

63 **Gözler** 2018: 224.

64 **Duchacek**:142.

65 Sonuçlar tek yönlüdür. Örn. üst norm alt normu değiştirebilir. **Gözler** 2018: 224-225.

- Üst normda belirtilenden başkası yapamaz (biçimsel geçerlilik-yetki).
- Üst norma aykırı şekilde ihdas edilemez (biçimsel geçerlilik-usûl).
- Üst normda *numerus clausus* saptanan konuları aşamaz.
- Üst norma aykırı içerikte kural koyamaz (içeriksel geçerlilik).
- Üst norma istisna getiremez.
- Üst normu değiştiremez.
- Üst normu ilga edemez.
- Üst normu ihmal ettirici sonuç çıkarılamaz.
- Üst norma aykırılığı savunulabilir, ama ona aykırı yorumlanamaz.
- Üst norma aykırılığa rağmen uygulanamaz. Ama iptale dek geçerlidir.
- Üst normla ilişkisinde *lex posterior* ve *lex specialis* uygulanamaz.
- Üst norma aykırı ise, ayıklanır (biçimsel ve içeriksel denetim).

Üst normun alt norma üstünlüğü, bir bakıma normun ***norma*** egemen olmasıdır. Aksi çıkarım, NH piramidinin ters yüz edilmesidir. 3 boyutlu nesne sivri ucu üzerinde sabit duramayıp devrilir[66]. "Üstünlük"ten farklı olarak "bağlayıcılık" ise, normun ***kişiye*** (gerçek ve tüzel) egemen olmasıdır. Her ikisi, aslında normun üstünlüğü ilkesinin birbirini tamamlayan 2 boyutudur.

d) Geçerlilik ölçütünün 2 boyutu: Biçim ve içerik

Hukukî geçerlilik farklı açılardan tanımlanmakta olup, hukuk düzenine aidiyetten yola çıkan anlayışı esas alıyoruz[67].

Ön sorun: "İç geçerlilik" mi, "dış geçerlilik" mi[68]? Gözler, normun iç ve uluslararası geçerliliğini ayırt ettikten sonra, İHAS-Anayasa arasında hiyerarşiyi tartışır. İHAM, İHAS'a aykırı gördüğü iç hukuk normunu

---

66 Aslolan, alt normun üst normun izin verdiği ve ona aykırı olmadığı sürece geçerli olmasıdır. Tersine, üst irade (norm), geçerliliğini alt iradeden almaz. **Can**: 1126.

67 Türkçe en kapsamlı monografi sahibi Gözler, geçerlilikte 3 ön (maddî varlık, hukukîlik, anayasallık), 1 asıl (biçimsel geçerlilik) ve 2 ek koşul (global hukuk düzeninin etkililiği, normun minimum etkililiği) sayar. Hukukî geçerlilik 3 ölçütle tanımlanır: Âdillik/aksiyolojik geçerlilik (tabiî hukuk), etkililik/maddî geçerlilik (hukukî realizm), aidiyet/biçimsel geçerlilik (hukukî pozitivizm). **Gözler** 1999: 28-112.

68 Dış geçerliliği, ulusal-ulusal-üstü ayrımı bağlamında kullanıyoruz. Diğer anlamı, norm denetiminde dışsal/metin dışı (biçimsel) geçerlilik denetimidir. **Crozat**: 415-435.

iptal etmedikçe, iç geçerliliği ile Avrupa Konseyi bağlamında geçerliliği farklıdır. İHAM, veya AYM, İHAS'a aykırı gördüğü iç hukuk normunu iptal etmedikçe, İHAS Anayasa üstünde sayılamaz[69]. Anlaşmanın iç hukukta geçerliliği iç hukuk işlemine dayanır. AYM, iç geçerliliği denetler.

- *Biçimsel geçerlilik mi? İçeriksel geçerlilik mi?* Şeklî-maddî ölçütlerle, geçerliliğin 2 boyutundan söz edilebilir:

- **Biçimsel geçerlilik**: NH sisteminde aslolan, normun doğumundaki geçerliliktir. Normların hiyerarşideki yeri, *"içeriklerine göre değil, biçimlerine göre belirlenir"*[70]. Normu yapan organ ihdas yetkisini, yaptığı norm da biçimsel geçerliliğini aynı normdan alır. Üst normda belirlenen ihdas usûlüne aykırı üretilen norm, içeriği üst norma uygun olsa dahi geçersizdir. Zira, içeriksel uygunluk, normun biçimsel geçerliliğini mutlak şekilde garantilemez. Örneğin kanun Anayasa'ya uygun içerikle üretilse bile, son oylamadaki oy yetersizse iptal edilir. Ancak iptale dek geçerlidir.
- **İçeriksel geçerlilik**: Alt normun içeriğinin, üst normun içerik ve ilkelerine uygun olma zorunluluğudur. Normun içeriği üst norma aykırı ise, usûle uyulmuş olsa da, geçersizdir. Şeklî açıdan geçerli norm içeriği aykırı olsa da, iptale dek geçerlidir, uygulanır. TBMM'nin kanun başlığı ile yürürlüğe koyduğu norm, mutlak hak olan masumiyet karinesini zedelese de, şeklî açıdan geçerli olduğu için, iptale dek uygulanır. Norm, iptal edilmediği sürece Anayasa'ya uygun addedilir (*"anayasaya uygunluk karinesi"*[71]), somut olaya uygulanır ya da ihmal edilebilir. İçeriksel geçerlilik, biçimsel geçerlilikten sonraki sorundur. Kaldı ki, *"usûl esasa mukaddemdir"*. Anayasa yargısında da öncelik şeklî denetimdedir (Any. m. 149/4).

Normun geçerliliği, normun üretiminin geçerliliğinin temeli olan, yani normun ihdasına ilişkin işlemin geçerli olacağını öngören norma dayanır. İşte bu norm, geçerliliğini belirlediği normun üst normudur. Geçerlilik ve üst-alt ilişkilerinin alt alta birikmesiyle, kademelenme ve NH sistemi oluşur. Nitekim Kelsen, üst-alt norm ayrımında, normlar arası geçerlilik ilişkisini ölçüt alır:

---

69 **Gözler** 2000-I: 34, 38.

70 **Gözler** 2004: passim.

71 Karine, birey bakımından geçerli *"masumiyet karinesi"*nin mantığını çağrıştırır.

> *"Hukukun dinamik karakteri uyarınca, bir norm belli bir şekilde, yani başka bir normun belirlediği biçimde yaratıldığı için ve böyle yaratıldığı müddetçe geçerlidir; ve bu diğer norm, ilk normun geçerliliğinin temelini teşkil eder. ... Norm yaratmayı belirleyen norm üst düzey, bu belirlemeye uygun biçimde yaratılan norm ise alt-düzey normdur"*[72].

Kelsen, hukuk sisteminin total geçerliliğini ise hukuk sisteminin etkililiğine, "grundnorm"la uyumlu olmasına, *insanların fiili davranışlarının hukuk sistemine tekabül etmesine"*[73] dayandırır.

e) Ölçütlerin uygulanması: Alternatif mi, kümülatif mi?

Kelsen'e göre normun geçerliliğinin temeli, onun ihdasına yol açan olgu değil, ihdas fiilini öngören normdur. Sistemdeki her norm, geçerli olabilmek için, bu geçerliliği teyit edecek bir üst norma ihtiyaç duyar. Her norm, geçerliliğini bir üst normdan ve tüm normlar nihayetinde anayasadan alır.

Bir normun üst norm olabilmesi için, ihdas usûlünü belirlemesi yeterli midir, yoksa içeriğini de sınırlamalı mıdır? Kelsen, ölçütün iki boyutunu, bazen "ve", bazen "yahut" bağlacıyla ilişkilendirir:

> *"Hukuk normu başka hukuk normunun yaratılması sürecini ve -farklı bir ölçüde de- yaratılacak normun içeriğini düzenler"*[74]. *"Alt düzey normun (yaratılması açısından yahut içeriği açısından) onu düzenleyen üst norma uymaması durumunda..."*[75].

Üst norm, 2 işlevi de (ihdas usûlü veya içeriği belirleme) karşılayabilir. Ancak, üst norm olması için sadece biri yeterlidir[76]. Normun ihdas şeklini dinamik olarak ve/veya içeriğini statik olarak belirleyen norm hangisi ise, üstün norm da odur. Temel ilke, yetkili merci tarafından aksi kanıtlanmadıkça normun geçerliliği ve uygunluğudur (*alt normun üst norma uygunluğu karinesi*). Sistem, sadece anayasaya uygun kanunun değil, anayasaya aykırı kanunun da geçerliliğini korur[77].

---

72 **Kelsen** 2016: 78-79.

73 **Kelsen** 2016: 74. *"Tekabül etme"*yi, "karşılık gelme"den ziyade, *"uygun olma"* biçiminde anlamak daha isabetli olur. Ayrıca, tabiî hukuk kaynaklı *grundnorm* yerine, pozitif hukuk normu olan Anayasa'yı konumlandırmak gerekir.

74 **Kelsen** 2016: 78.

75 **Kelsen** 2016: 89.

76 Yazarlar, ölçütler arasında "veya", "yahut" bağlacı kullanır. **Gülgeç**: 23; **Şirin**: 297.

77 *"Anayasa yasaların belli bir usûl çerçevesinde **ve** belli bir içeriğe sahip olmak (veya olmamak) üzere yaratılacağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda bir yasanın belirlenmiş*

Böylece her norm, önce geçerliliğini bir başka normdan alır, ancak bundan sonradır ki üst normun içeriği ile bağlı ve sınırlı olur:

> *"Uygunluk, geçerlilikten farklıdır. Bir normun geçerliliği, üretimini düzenleyen koşullara saygının sonucudur. Yani, normun doğuşu ve yürürlüğe konma aşamalarına ilişkindir. Uygunluk sorununun ortaya çıkması için, geçerlilik sorununun önceden çözülmesi gerekir. Sadece geçerli bir norm uygun olabilir veya olmayabilir"*[78].

f) Hiyerarşik ilişkide örnek test: Anayasa-kanun

- Yetki: *"Kanun koyma, değiştirme, kaldırma"* TBMM'dedir (87/1).
- Usûl: Any. m. 96 ve TBMM İçtüzüğü'ne göre yapar.
- İçeriksel uygunluk gereği: Kanun *"Anayasaya aykırı olamaz"* (11/2).
- Denetim yetkisi: AYM, kanunun *"Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler"* (148/1, c. 1).
- Denetim ölçütleri: Şekil denetiminde *"son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıl"*ma şartına, esas denetim Anayasal ilkelere uygunluk aranır (148/2).

Sonuç: Anayasa, kanunun üst normudur. Test, yalnızca Anayasa-kanun arası hiyerarşik ilişkiyi ispatlar. 2 işlem arasında hiyerarşik ilişki, hiyerarşide bir düzeyde yer almanın gerek (ilk) şartıdır, ama yeter şartı değildir. İki yönlü testle, başka bir işlemin üst normu olduğunun ispatına ihtiyaç vardır. Aynı test uygulandığında, kanun ve yönetmelik arasında da bir üst-alt ilişkisi kurulur. Sonuç olarak, iki yönlü dikey ilişki tamamlanır, kanun artık hiyerarşide bir düzeye (Anayasa-yönetmelik arası) yerleşir.

g) Geçerlilik-uygunluk ölçütlerinin yaptırımı

aa) Amaç: Aykırı normu hukuk düzeninden ayıklama

Üst norm alt normun geçerlilik kaynağı, alt norm ise üst normun uygulama aracıdır. Üst norma aykırı alt norm ayıklanmazsa, iç uyumu bozulan sistem çöker. Ayıklama, kanserli hücre taşıyan hasta bünyeyi toptan çöpe atmak yerine, sadece zararlı hücreleri temizlemeye benzer.

---

*usûlden **yahut** içerikten farklı bir şekilde yaratılması durumunda geçersiz yahut yok hükmünde kabul edilmeyerek yine anayasanın belirlediği usûl çerçevesinde ve anayasa ile yaratılmış bir otorite -mesela anayasa mahkemesi- tarafından geçerliliği ortadan kaldırılıncaya dek geçerli olmasını da öngörür"*. **Kelsen** 2016: 90 (b.k.v.t.a).

78 **Kaboğlu** 2016: 45.

Böylelikle, yalnızca 2. düzey normların değil, daha alt düzeydeki normların da geçerlilik ve uygunluğu güvencelenir ve sistem içi uyum bütünsel biçimde sağlanır. Kelsen'e göre;

> *"Alt düzey normun (yaratılması açısından yahut içeriği açısından (onu düzenleyen üst norma uymaması durumunda, ... hiyerarşik olarak inşa edilmiş hukuk sisteminin birliği tartışmalı hale gelir"*[79].

bb) Yaptırım gerekli midir?

Üst-alt ilişkisi için, üst norma aykırı norm yapma yasağı yetmez. Örneğin, alt norm x, üst norm y olsun. Buna göre, *"x, y'ye aykırı olamaz"* ve/veya *"y, x'ten üstündür"* formülü, denetim mercii kurulmadıkça, temenniden öteye geçemez. Tipik örnek, 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu ve 1961 Anayasası farkıdır[80].

İptal edilme, üst norm olmanın gereği değildir. Normun üst olması için, alt normun yapım usûlü veya içeriğini belirlemesi yeterlidir. Aykırı alt normun iptali koşulu aranmaz[81]. İptal edilme geçerliliği etkiler, ama geçerliliğin unsuru değildir ve fakat geçerliliğin sonucu olarak yaptırıma bağlanabilir. Norm denetiminin hiyerarşik sistemin iç uyumunun korunmasında *sine qua non* unsur olduğu ise pekâlâ savunulabilir.

cc) Yaptırımın türü: Hangi yöntemle?

Sorun, birbirini izleyen iki açıdan incelenebilir.

- *Siyasal denetim mi, yargısal denetim mi?* Norm denetimi yoksa, *"piramit"* kâğıt üzerinde figür olarak kalır. Siyasal denetimin etkisi sınırlıdır, asıl ve etkili denetim ikincisidir:

> *"Normlar hiyerarşisi, hukuki olarak yaptırım altına alındığı takdirde etkilidir; temel haklar, ancak onları koruyacak bir yargıç bulunduğu zaman güvence altına alınmış olur"*[82].

- *Yargısal denetim, ama hangi yöntemle?* Birçok yöntem sayılır: İptal, zımnî ilga, ihmal ve anayasayı doğrudan uygulama, anayasaya uygun yorum, yürürlüğü durdurma[83].

---

79 **Kelsen** 2016: 89.

80 1924'te hem teşrîî tefsir yetkisi tanınır, hem *"hiçbir kanun Teşkilât-ı Esasiye kanununa münâfi* [aykırı] *olamaz"* denir (m. 103). Oysa denetim 1961'de AYM kurulunca başlar.

81 **Gülgeç**: 23, dp. 87.

82 **Boyar** 2008: 26. Ayrıca bkz. **Sağlam**: 9.

83 **Tanör** & **Yüzbaşıoğlu**: 516-528.

İptal yaptırımı daha güvenceli ve kesin sonuç doğurur. Zira norm sistem dışına atıldığı için[84], artık hiçbir merci o normu uygulayamaz. Oysa ihmal yaptırımında norm hâlen varlığını sürdürdüğü için, ilgili merciin inisiyatifi belirleyici olabilir[85].

Nitekim Venedik Komisyonu'na göre, kanunla çatışan CBK'nın ihmali *"makûl"* görünse de, *"hukukî belirsizlik"* yaratır:

> *"*[AYM] *... kararını beklerken devlet idaresinin doğal olarak Reislerinin*[86]*, yani Cumhurbaşkanının kararlarını uygulama meylinde olacaklarını nazari itibara almamaktadır"* (para. 80)[87].

Ne var ki, bu görüş ısrarla savunulursa, ihmale dayanan ABD modelini açıklamak zorlaşır. Zira Avrupa modelinde norm denetimi özel mahkemelere ait olup, genel mahkemeler sorunu sadece itiraz yoluyla AYM'ye taşırken (merkezî denetim), diğer modelde tüm mahkemeler ihmal yetkisine sahiptir (yaygın denetim). Bu yüzden, esnek bir yaklaşımla, benzer sonucu doğuran yaptırımlar da dâhil edilebilir[88]. Avrupa modelinde ise, norm üzerinde iptal tehdidi olmaksızın yapılan hiyerarşi tartışmasının eksik olacağı yönündeki kanaatimizi koruyoruz[89].

B) CBK'lar hakkında birkaç saptama

Başkanlık rejiminin prototipi olan ABD'de *executive order*'lar, Anayasa'da tanınmasa da m. 2'den yorumla çıkarılır[90].

---

84 Kelsen, *"diskalifiye edilme"* deyimini kullanır. **Kelsen** 2016: 91.

85 İlkin, 1924 Any. m. 103'e karşın, dönemin Akşehir yargıcı Refik Gür'ün anayasallık denetimi girişiminin Yargıtay'ca engellendiğini hatırlayalım. Daha yakın örnek, kadının soyadı sorunudur. Daha önce normun Anayasa'ya aykırılığı savını reddeden AYM, Sevim Akat Eşki'nin anayasa şikâyetinde, tartışmalı *"zımnî ilga"* kavramı ile, çözümü yerel mahkemelere bıraktı. AYM 1. Bölüm, T. 19.12.2013, para. 44. Oysa sorun, çok daha önce verilecek bir iptal kararıyla tamamen giderilebilirdi.

86 "Reis" sözcüğü ilginç olup, başka çeviride de geçer (*Ank.BD*, C. 75, S. 3, 2017: 567).

87 **AHYDK**: 19-20. Önlem, yasama-yürütme dengesinde işlevsizdir. **AHYDK**: 25.

88 Üst-alt norm çatışırsa, üst norm tercih edilir. Alt norm ise *"ya ihmal ya da iptal edilir"*. **Gözler** 2000-I: 33. Alt norm üst norma aykırı ise ve iptali istenmişse, mahkeme iptal eder; iptali istenmemişse, üst normu uygular, alt normu ihmal eder. **Gözler** 2018: 223.

89 Anayasa yargısı, "norm denetimi" için gerek şarttır, ama yeter şart değildir. Sadece kanunun anayasallık denetimi (AYM) yetmez. Ayrıca kanun-altı düzenlemelerin denetimine de (örn. Danıştay'ın yönetmelik denetimi) ihtiyaç vardır.

90 İlkini G. Washington 08.06.1798'de yayımlamıştır. **Genovese**: 182. Güncel listede sayı 13856'dır. Bkz. http://tiny.cc/lue26y (e.t: 21.05.2019. Linkler kısaltılmıştır).

Yasama-yürütme denkleminde *check* & *balance*'ın bozulması, *"delegasyoncu"* başkanlığın 2 özelliğini yaratır: Siyasetin aşırı ölçüde kişiselleşmesi (*personalismo*), başkanın parlamentoyu by-pass ederek kararnamelerle yönetmesi (*decretismo*)[91]. Kararnamelerin anayasal sınırları zorlaması ölçüsünde, *"parlamentosuz kanun"*[92]dan söz edilir.

ABD rejiminden sapma gösteren ve bazı tıkanıklıkları devre dışı bırakan Türkiye modeli ise, atipik olarak nitelenebilir[93].

Anayasa'da olağan ve OHAL[94] CBK ayrımı yapılır. Olağan CBK için bazen kullanılan *"Cumhurbaşkanı kararnamesi"* tercihi, işlemi makama değil, makamın tek kişi olmasına özgüler[95].

Kanunlarda ise, karar-kararname ayrımı yapılır. İlki bireysel, ikincisi düzenleyicidir[96]. Anayasa değişikliği sonrası kanunlardaki değişikliklerde ve Resmî mevzuat sitesinde[97] yayımlanan işlemlerde, açık ayrım esas alınır[98]. Aslında Anayasa'da açık olmasa da, zımnî ayrıma gidildiği çıkarımı yapılabilir. Zira seçme ve atamada CBK geçmez. Atama usûlü ve atama işleminin birlikte geçtiği m. 104/9'da da atamada CBK zikredilmez. Ancak, ayrımın Anayasa'da açıkça yer alması isabetli olur.

---

91 **Özbudun** 2005: 109; **Sartori**: 212-213. Bu tür rejimler süper başkanlık olarak nitelenir. **Onar** 2001: 367. Bu durumda, yasama *"süper noter"* hâline gelir. **Kalaycıoğlu**: 18. Ancak, etkisiz parlamentonun parlamenter rejimin ürünü olduğunu da savunulur. **Kuzu**: 149-150.

92 Deyim (*laws without legislation*), bir makale başlığından alınmıştır. **Neil**: passim.

93 Bu bağlamda, *"neverland sistemi"* denir. **Gözler** 2017: passim. ABD'den farklılaşan modeller *"presidential-style"* olarak nitelenir. **Maddex**: 5, 9, vs. Biz ise *"quasi-presidential"* (başkanlık benzeri) deyimini kullanıyoruz.

94 Esasen olağanüstü hâl, seferberlik ve savaş gibi, olağandışı/istisnaî anayasal hâllerdendir. Ancak, yaygın kullanıma uyarak, OHAL kavramını kullanacağız.

95 CB yönetmeliği için de, RG'deki başlıkta *"Cumhurbaşkanı"*, mevzuat.gov.tr sekmesinde *"Cumhurbaşkanlığı"* geçer. Gözler, ilkini önerir. **Gözler** 2019: 845.

96 Ancak, sırf başlıktaki "karar"a bakarak bireysel, "-name" son ekine bakarak düzenleyici işlem olduğu savunulamaz. **Gözler** 2019: 854. Örneğin 52 no.lu CB kararı başlığında *"karar"* sözcüğü geçer, ancak düzenleyicidir. **Gözler** & **Kaplan**: 411.

97 Hâlihazırda kategoriler ve kayıtlar: CB Kararnamesi (21), CB Kararı (289), CB Yönetmeliği (25), CB Genelgesi (21), CB Tebliği (1) [e.t: 10.04.2019, saat: 07:18].

98 Kanunlardaki ayrımda, CB kararında *"Cumhurbaşkanı"*, CBK'da *"Cumhurbaşkanlığı"* tercih edilir (Danıştay Kn. m. 24; İYUK m. 2/2, 7/2, 20/A).

§ III. OLAĞAN CBK VE HİYERARŞİDEKİ YERİ

A) Niteliği ve hukukî rejimi

1) Konu

CBK yetkisi kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için, aslî (ilk-el)[99] düzenleme yetkisidir. Bu nedenle, yürütme işleminin türevselliğinin istisnasıdır.

Bu bağlamda, şeklî (organik) açıdan yürütme, maddî (işlevsel) açıdan yasama işlemidir. Bir düzenleyici işlem kanunu değiştirmese ve kaldırmasa bile, kanunla düzenlenmeyen alanı doğrudan düzenliyorsa, kanun niteliğinde sayılmalıdır[100].

CBK genel olarak kurumsal anayasa hukuku alanına yoğunlaşır (yürütme yetkisi, DDK vb.). Ancak, kısmen özgürlükler anayasa hukukunu da düzenler (sosyal hakları düzenleme).

Genel çerçeve m. 104'tedir: *"Yürütme yetkisine ilişkin konular"*. Diğer maddelerde sayılan konular ise bunu somutlaştırır.

"Yürütme yetkisi"nden *a contrario* yasama ve yargı[101] alanında CBK çıkarılamayacağı sonucuna varılabilir. Yasamanın genelliği korunur. CBK yetkisi aslîdir, ama genel değildir. Buna karşın, yasama yetkisinin devredildiği[102] veya Cumhurbaşkanının yasama yetkisine *"ortak olduğu"*[103] da savunulur.

---

99 *"İlk-el yetki"* yerine kullanılan *"ilkel yetki"* aynı anlamı vermez. Erol: 71.

100 **Özbudun** 2017: 213.

101 Hâkim ve savcılar hakkında araştırma, inceleme, soruşturmada *"kanun ve diğer mevzuata"* uygunluk aranacağı (Any. m. 159/9) ve *"diğer mevzuat"* ibâresine CBK dâhil olduğuna göre, hâkim ve savcıların görevini etkileyebilir. **Yokuş**: 26.

102 *"Yasama yetkisi bütünüyle Cumhurbaşkanına devrediliyor. ... temel hak ve özgürlükler, siyasal haklar ve ödevler ve temel haklar konuları dışındaki her konuda, ama aklınıza gelebilecek günlük yaşamdaki her konuda tek başına kararname çıkaracak, yani kanun koyacak"*. **Balkız**: 27. Yazar, aynı yorumu OCBK için de yapar (s. 31). İddia, TBB'nin karşılaştırmalı analizinde de vardır. **TBB** 2017-II: passim.

103 **CHP**: 6.

a) Yürütme

CBK, *"yürütme yetkisine ilişkin konularda"* çıkarılabilir. İbâre muğlak olup, *"sınırları belirsiz, çok geniş"* alanı kapsar[104].

CBK ile düzenlenebilecek konular, Anayasa'da sayılır[105]:

- Üst kademe kamu yöneticisi[106] atama usûlü (104/9).
- Bakanlık kurma/kaldırma, merkez-taşra teşkilâtı kurma (106/son).
- DDK'nın işleyişi, üye görev süresi ve diğer özlük işleri (108/son).
- MGK Genel Sekreterliği teşkilât ve görevleri (118/son).
- Kamu tüzel kişiliği kurma (kanunla birlikte) (123/son).

Sayılanlardan ilk 4'ü CBK, sonuncusu CBK-kanun ortak alanındadır. Bu sayma, "yürütme yetkisi" muğlaklığını bir bakıma giderme işlevi görür. Ama m. 104'te CBK detaylı düzenlenmişken, ayrıca 4 maddeye yer verilmesi *"tereddüde yol açacak nitelikte"*[107] olup, münhasır alan tartışması yaratır.

*"Yürütme yetkisine ilişkin konular"*da CBK çıkarılabilse de, bu genel hükümdür. Yürütmede münhasır kanun alanına (Örn. Kamu Denetçiliği Kurumu, RTÜK) ve kanunî idare alanına girilemez. Bu İstisnalar, hâlihazırda kanunla düzenlenmiş olsun ya da olmasın, her hâlükârda kanunla düzenlenmek zorundadır.

b) Hak ve özgürlükler

CBK ile haklara müdahale edilebileceği veya hiç müdahale edilemeyeceği genellemeleri yanlıştır:

---

104 **Özbudun** 2017: 251. Venedik Komisyonu benzer görüştedir: *"Cumhurbaşkanının yasamayla ilgili inisiyatif yetkisi bulunmamaktadır. Ancak ... 'yürütme yetkisine ilişkin konularda* [CBK] *çıkarabilir'.* ***Yürütme yetkisine bir şekilde 'ilişkin' olmayan neredeyse hiç konu olmadığından bu nispeten muğlak bir ifadedir"*** (para. 77). **AHYDK**: 19. CB'nin bazı yeni yetkileri de *"muğlak ifadelerle yazılmış"* olup, *"yoruma ve takdire açık"*tır (para. 59). **AHYDK**: 15.

105 Genelkurmay başkanının da CBK ile atanacağı belirtilir. **Alkan**: 142. Zira, aslî yetkidir. **Kılıç**: passim. Oysa, Any. m. 104/son kapsamına giren bireysel CB işlemidir.

106 "Üst kademe kamu yöneticisi" kavramı 2 açıdan eleştirilir: Kavramdaki muğlaklık, kural koyan ve yürütenin aynı kişi olması (para. 68). **AHYDK**: 17.

107 **Özbudun** 2017: 251.

- CBK ile **yalnızca sosyal haklar, yalnızca düzenlenebilir**. Bu genel normdur. Bazı sosyal haklar ise ancak kanunla düzenlenir. Genel norm özel norm karşısında geri çekilir, uygulanmaz, ihmal edilir.
- İki konuya, -istisnalar hariç- *"ancak kanunla"* müdahale edilir: Kişisel ve siyasal hakkı **düzenleme** (m. 104/17); hakkı **sınırlama** (m. 13).

2) Düzenleme alanının sınır ve yasakları

Konu sınırlamalarından hareketle, Anayasa-kanun-olağan CBK ilişkisindeki sorunların çözümünü sıralayabiliriz:

- **Yasama ve yargıyı düzenleme**: Yürütme dışı konulara giremez (104).
- **Hakları sınırlama, sosyal haklar hariç düzenleme**: *"Temel haklar"*[108], kişi hakları ve siyasi haklar düzenlenemez (m. 104).
- **Münhasır kanun alanındaki konular**: *"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konu"*da CBK çıkarılamaz (104)[109].
- **Hâlihazırda kanunda açıkça düzenlenmiş konular**: *"Kanunda açıkça*[110] *düzenlenen konular"*da CBK çıkarılamaz (104).

---

108 "Temel haklar" tüm hakların başlığıdır. Aynı hata, m. 91'in eski metninde de vardı. Doğrusu, hakların *"genel hükümleri"* olmalıdır.. **Sezer** 2004: 232-233, dp. 36.

109 4 spesifik konuda kanun çıkarılabilir mi? Yanıt, 2 olasılıkta değişir: CBK için münhasır alan tezinde, asla çıkarılamaz. Öncelikli düzenleme alanı tezinde, CBK kanunla aşılabilir; CBK yoksa, öncelikli yetki CBK'da olduğu için, kanun çıkarılamaz. Zira CBK için öncelikli (ilk kez) düzenleme yetkisi, kanun için öncelikli düzenleme yasağıdır. Burada CBK-kanun çatışma normu da uygulanamaz, zira çatışma aynı anda CBK ve kanunun varlığını gerektirir, olmayan kanun ise CBK ile çatışamaz.

110 Bir görüşte, "açıkça" kaydı belirsiz ve CBK'yı *"fiilen etkisiz kılacak şekilde gereğinden fazla geniş"*tir. **Gözler** 2019: 930. CBK ile kanunun düzenlemediği konuyu düzenleme ve yasal boşluğu doldurmanın mümkün hale geldiği savunulsa da (**Esen**: 55-56), her zaman mümkün değildir: 1) Açık düzenleme: Kanun varsa ve açıksa, CBK çıkarılamaz. 2) İhmal ve kanun boşluğu: Münhasır kanun alanındaki konu kanunla henüz düzenlenmemişse, CBK çıkarılamaz. Konu CBK öncelikli alanında ise, CBK çıkarılabilir. 3) Eksik düzenleme: Münhasır kanun alanındaki konuda kanun varsa, ama her yönüyle düzenlememişse, CBK ile düzenlenemez. Konu CBK öncelikli alanında ise, eksik kısım düzenlenebilir. 4) Belirsizlik: Kanun varsa, her boyutu düzenlemişse, ama "açık" değilse, 3. duruma benzer yorum yapılabilir. Benzer ayırım: **Yayla**, A: 58.

- **CBK-kanun çatışması bulunan alanlar**: CBK ve kanunda *"farklı hükümler bulunması halinde"*, kanun *"uygulanır"* (m. 104)[111; 112; 113].
- **CBK'dan sonra kanunla düzenlenen konular**: TBMM'nin *"aynı konuda kanun"* çıkarırsa, CBK *"hükümsüz hale gelir"* (104)[114].
- **Ödenek sınırını aşma yasağı**: Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Bu tutarın CBK ile *"aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konamaz"* (161/7).
- **Doktrinde eklenen**: Kanunu uygulama amaçlı CBK çıkarılamaz[115].

111 "Kanunda açıkça düzenlenen konu"da CBK çıkarma yasağında, sonraki işlem CBK'dır. Oysa CBK ile "aynı konu"da kanun çıkarılarak CBK'nın hükümsüz kılınmasında, CBK vardır ve sonraki işlem kanundur. CBK yoksa, çıkarılan kanun için "aynı konuda" ibâresi anlamsız olur. Çatışmada kanunun uygulanması, olağan CBK'nın "kanun hükmünde" olmaması, ama kanun düzeyinde olması ile de çelişmez. Zira farklı düzeyde olsalar, *lex superior* uygulanacağı için, çatışma kuralına gerek kalmazdı.

112 Bu durum, aynı anda CBK ve kanunun varlığı hâlinde mümkündür. CBK hükümsüz hâle gelmiş, değiştirilmiş veya iptal edilmişse, zaten çatışma normu uygulanamaz. Çatışmada CBK yürürlükte kalmaya devam eder, ama uygulanmaz, ihmal edilir. Zira, NH sisteminde çelişen 2 norm aynı anda uygulanamaz. Bu çözüm, çatışma çözmenin genel ilkeleri (*superior*, *posterior*, *specialis*) dışında kalan diğer yöntemdir. Oysa bir görüşte, kanunun uygulanma önceliği vardır, uygulanan kanun *"üst norm"*dur. Kanun kaldırılırsa, zaten yürürlükte olan CBK uygulanma kabiliyeti kazanır. **Ardıçoğlu**: 46. *"Uygulanma önceliği"* deyimi eleştirilebilir. Diğer norm uygulanamayacağı için, öncelik-sonralıktan bahsedilemez. Ayrıca, çatışmada diğerini ihmal ettiren norm için "üst" veya "üstün" nitelemesini teknik açıdan yanlış bulduğumuzu da yineleyelim.

113 Varsayımsal bir sorunu şimdiden not edelim: CBK birey lehine ise, CBK'nın değil de, onun ihmalini emreden m. 104/17'nin ihmali gerekmez mi? Any. m. 90/son gereği anlaşmayı uygulamanın istisnası olan "asgari standart" ilkesi, burada geçerli midir?

114 Hükümdeki 2 ibârenin anlamı belirlenmelidir: A) "Aynı konu" açısından, 2 sorun öne çıkar: 1) Anlamı: Kanun-CBK ortak alanıyla ilgili olduğu belirtilir. **Erol**: 78, 81. Bizce, *CBK'nın düzenlediği konuyla aynı konu*dur. 2) Önceki cümle ile bağı: CBK-kanunun çatışması ile *"aynı konu"* mu kastedilir? Kanımızca, önceki cümlede kanun uygulanıp CBK ihmal edileceği için, buna gerek de yoktur. B) "Hükümsüz hâle gelme" açısından: 1) İbârenin anlamı. 2) Saptayacak merci. Ayrıca, kanunla CBK'yı hükümsüz kılmaya benzer biçimde, CBK sonrası çıkan kanunu AYM iptal ederse, CBK kendiliğinden canlanır mı? Gözler'e göre, ilga eden kanunu ilga etmek, mülga kanunu canlandırmaz. **Gözler** 2019: 184, 1189. Kanımızca, bir adım daha eklenebilir: İçeriksel iptalden farklı olarak biçimsel aykırılıkta ve özellikle yoklukta kanunun iradesinin biçimsel geçerliliği bulunmadığından hareketle, ilk normun (CBK) canlanacağı savunulabilir.

115 CB yönetmeliği, CB genelgesi vb. düzenleyici işlemle mümkündür. **Söyler**: 165-166.

- **Yasak alana girmediği hâlde Any'ya aykırı ise**: Denetlenir (148/1).

Sayılanlar, sonuncusu hariç, konu bakımından yetki çerçevesidir. Ancak çözüm ilkeleri uygulanırken, hangilerinin CBK ve kanunun aynı anda varlığını öngördüğüne dikkat edilmelidir[116].

3) Hiyerarşi tartışmasını yönlendiren etken: Alan sorunu

a) CBK-kanun alanlarındaki belirsizliğin nedenleri

Tartışmanın asıl kaynağı, Anayasa hükümleridir. Lâfzî yorumdan sonuca varılamamaktadır. Bu bağlamda, genetik yorumdan da yararlanılamaz. Zira, ilkin, madde gerekçelerinde bu konuda hiçbir ip ucu yoktur. İkinci olarak, müzakerelerde de konuya ilişkin hiçbir tartışma yapılmamıştır.

Tarihî yorum açısından; 1961'de istisnası olmayan yasamanın genelliği ilkesinden ilk sapma 1982'dedir. Ne var ki, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği (CGS) ile sınırlı CBK, 2017'de öngörülen CBK ile tam anlamıyla örtüşmez. Ancak, mülga m. 107'nin pratiğinden bazı argümanlar elde edilebilir.

CBK-kanun alanlarını nitelemedeki tartışmanın asıl kaynağı, Anayasa'daki belirsizlik ve çözümün AYM'ye bırakılmasıdır[117]. Zira bu belirsizlik gramatik ve amaçsal yorumla çözülemez. Genetik yorumla da, ne müzakerelerden, ne de Anayasa değişikliğinin genel ve madde gerekçelerinden sonuca varılamaz.

Yeni sistem, hukukî belirliliğin 3 alt ilkesi açısından *"erişilebilir"* olsa da, *"bilinebilir"* ve *"öngörülebilir"* değildir. Bu aksaklık, ancak yeni bir Anayasa değişikliği ile giderilebilir. Bu yönde adım atılana dek (ya da atılmasa da), yüksek yargı, aksaklıkları giderici *"yargısal refleks"* geliştirebilir[118].

---

[116] 2 hâlde, CBK ve kanun vardır: CBK-kanun çatışması, CBK ile aynı konuda kanun çıkarma. Kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkarma yasağında, kanun vardır ve CBK çıkarılamaz. Var olmayan kanun, "açık" da olamaz. Münhasır kanun alanında CBK çıkarma yasağında ise, kanun gerekmez. Kanun olmasa da, CBK çıkarılamaz.

[117] *"Acaba ... bu konularda kanunî bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece aslî değil, aynı zamanda 'mahfuz' bir düzenleme alanı bırakıldığı mı ifade edilmektedir? ... Anayasa metninde açık bir cevabı olmayan bu soru, bir uyuşmazlık doğduğunda* [AYM'ce] *karara bağlanacaktır"*. **Özbudun** 2017: 251.

[118] **Yayla**, A: 64.

b) Doktrinde farklı tezler

CBK'nın 4 spesifik[119] konusunu münhasır alan kabûl edenler olduğu gibi[120], aksini savunanlar da vardır[121]. Ancak, her iki görüşü savunanlar da kendi içinde ayrışabilmektedir.

Venedik Komisyonu ilk teze atıf yapar[122]. Ayrıca kanunla CBK'yı aşma kuralının CBK *"mündemiç* (saklı, münhasır) alanlarında geçerli olacağından kuşkuludur[123].

c) Görüşümüz: CBK için "**öncelikli düzenleme alanı**" tezi

Organlar arası konu paylaşımında birçok olasılık vardır[124]. Kanun ve CBK'nın genel yetki normları (Any. m. 7, 87, 104, 119), diğer anayasal normlarla birlikte yorumlanmalıdır.

Burada en kritik sorun, *özel-genel norm ilişkisi*dir: *Lex specialis* ilkesi pozitif hukuk normu değil, hukukun genel ilkesidir. Uygulanması mutlak olmayıp, açık veya zımnî referans aranır. Genel normun ihmali için, özel normu kapsamalı ve uygulama alanını daraltmalıdır[125]. 4 konu ve m. 104/17 arasında açık örtüşmeyi belirlemek zordur. Lâfzî yorum bağlamında, bu yönde açıklık yoktur. Türev kurucu iktidarın iradesi de belirsizdir. Madde gerekçeleri ve TBMM müzakerelerinde konu

---

119 Ancak bir yazar CBK münhasır alanında 6 konu belirler, kanun-CBK ortak alanındaki kamu tüzel kişiliği kurmayı da CBK münhasır alanına dâhil eder. **Alkan**: 142.

120 Örn. **Gözler** 2019: 922; **Erol**: 77; **Ülgen**: 5; **Eren**: passim; **Alkan**: 142.

121 Örn. **Tanör** & **Yüzbaşıoğlu**: 438; **Ardıçoğlu**: 50; **Söyler**: 121. Yorum konusunda yetkin isimlerden Boyar ise, diğer yazarlardan farklı olarak, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun yorumu da katarak, daha bütünsel bir analiz yapar. **Boyar** 2019: 25-27.

122 *"Yalnızca kararnamelerle düzenlenecek -son derece mühim- alanlarda TBMM'nin kanun koyması mümkün olmayacak ..."* (para. 79). **AHYDK**: 19.

123 AYM'nin "[CBK'nın] *anayasa uygunluğunu ancak ... yayınlandıktan sonra altmış gün içinde inceleme yetkisi olup* [inceleme değil, başvuru süresidir!] *... bu esnada sonraki bir yasayla ilgili bir ihtilaf da doğabilir. Türk resmi makamları, ... TBMM'nin aynı konu hakkında kanun çıkarabileceğini ve ... kararnameden üstün sayılacağını ileri sürmektedir. Venedik Komisyonu'nun, bu ihtimalin* [CBK'larda] *mündemiç alanlarda geçerli olabileceği konusunda kuşkuları vardır"* (para. 80). **AHYDK**: 19-20.

124 1) Münhasır (tekel, mahfuz, saklı, rezerv, mündemiç, özerk): Bir organa bırakılan alan. 2) Kapalı (yasak): Bir organın düzenleyemeyeceği alan. 3) Ortak (paylaşımlı, yarışmacı, ihtiyarî, serbest): 2 organın da düzenleyebileceği alan. 4) Öncelikli (ilk kez) düzenleme alanı: Bir organın ilk düzenlemeyi yapabileceği, ancak diğerinin aşabileceği alan. 5) İkincil: Diğer organ düzenlemediği takdirde, düzenlenebilecek alan.

125 **Çağa**: 373-375. *Cf.* **Gözler** 2018: 376-381.

tartışılmadığı için, genetik yorumdan yararlanma olanağı da yoktur[126].

Özel düzenleme alanı, diğer 2 görüşten ayrılmaktadır:

- CBK öncesi açısından: CBK münhasır alanını reddedenler, 4 konunun CBK'dan önce kanunla düzenlenebileceğini savunur. CBK'lardaki "düzenlenir" ibâresi gereği bunun mümkün olmadığı kanısındayız. Kaldı ki, Any. geçici madde 21(B) gereği hemen düzenlenmiştir[127, 128].
- CBK sonrası açısından: CBK münhasır alanını savunanlara göre, CBK'yı kanunla aşma yetkisi veren m. 104, spesifik 4 konu karşısında genel normdur. Oysa, yasama yetkisinin genelliği ilkesi yanı sıra, CBK'yı aşma konusunda yasak yoktur. M. 104/17 ve diğer 4 madde arasında genel-özel norm ilişkisi bulunduğu görüşüne katılamıyoruz.

Özetle, 4 konuda CBK öncesinde kanun çıkarılamayacağı, CBK sonrasında ise kanun çıkarılabileceğini savunuyoruz.

Hangi görüş kabûl edilirse edilsin, özellikle spesifik 4 CBK konusu yasamanın genelliğini aşındırmıştır. Ancak, CBK alanı ne denli genişlerse genişlesin, kanun alanı sayma yoluyla (*numerus clausus*) sınırlanmadığı için, genel yetki hâlen TBMM'dedir:

---

126 2017 değişikliğinde benzer sorun, sonrası CB yönetmeliği açısından ortaya çıkan m. 104-124 çelişkisidir. Bu durum, değişikliğe yeterince özen gösterilmediğini kanıtlar. Yönetmeliği 3 irade çıkarır: CB, bakanlık, kamu tüzel kişisi. M. 104/18 sadece CB yönetmeliğini, m. 124/1 üçünü de düzenler. Son ikisi açısından çelişki olmasa da, CB açısından 2 fark vardır: 1) 104'te *"kanunlar"*, 124'te *"kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar"*; 2) 104'te *"kanunların"*, 124'te *"kanunların ve CBK'ların" "uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak üzere"* çıkarılır. İlk bakışta 104 özel norm gibi görünse de, CB için124 uygulanmalıdır. M. 104/18'in gereksizliği de savunulabilir.

127 Ancak, normun "geçici" niteliği gereği, yetki bir defaya mahsus olup, sonrasında CBK ile kanunu kaldırmak veya değiştirmek mümkün değildir. Zira yürütmeye tanınan bu istisnai yetki, 6 aylık süre kısıtlamasına tâbidir. Aksi hâlde yasama yetkisinin devri yasağı ihlâl edilmiş olur. **Yıldırım**: 28. *Cf.* **Ardıçoğlu**: 45.

128 Bu bağlamda, önemli bir noktaya değinelim: Her ne kadar geçici madde 21(B) uyarınca 6 ay içinde birçok konu CBK ile düzenlenmiş olsa da, 4 spesifik konunun kapsamına giren bazı konularda hâlihazırda yürürlükte olan kanunlar da mevcuttur. Dolayısıyla bu konuları CBK ile aşmak mümkün değildir. Ancak bu durum, öncelikli düzenleme alanı tezi ile çelişmez. Zira bu tezde Any. m. 104/17, spesifik 4 konuya göre genel norm kabul edilmediği ve tüm CBKlara uygulanma kabiliyetini haiz olduğu için, kanunla düzenlenmiş konuların CBK ile aşılamayacağını zaten belirtiyoruz.

- Spesifik 4 konuda **sadece CBK değil, önce CBK** çıkarılabilir. Ortak alanda ise CBK ve kanun çıkarılabilir. Kanunla CBK aşılabilirken, CBK ile kanun aşılamaz. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen kamu tüzel kişiliği açısından genel norm ihmal edilir. Zira m. 123, CBK bakımından özel norm olsa da, belirli kamu tüzel kişileri için kanunu emreden diğer anayasa maddelerine (örn. üniversite kurma) göre genel normdur[129]. Haklar açısından ise, kanunda açıkça düzenlenen veya kanunla düzenlenmesi öngörülüp de henüz düzenlenmemiş sosyal hak CBK ile düzenlenemez. Diğer hakların düzenlenmesi ve tüm hakların sınırlanması ise, CBK için yasak alandır. Bu alanlarda ihtiyaç doğarsa, ne kadar âcil olursa olsun, CBK çıkarılamaz.
- Diğer tüm konular (kanunla düzenleneceği belirtilen, kanunla düzenlenmesi yasaklanmayan, CBK öncelikli alanına bırakılmayan, Anayasa'da geçtiği hâlde kanunla düzenleneceği belirtilmeyen, Anayasa'da hiç geçmeyen), Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla ve sadece kanunla düzenlenebilir.

[129] Örn. mahallî idare (127), üniversite kurma (m. 130/1), vs. Aynı görüş: **Ülgen**: 17.

TABLO I: OLAĞAN CBK - KANUN DÜZENLEME ALANLARI[130] ["ÖNCELİKLİ DÜZENLEME ALANI" ESAS ALINIRSA]					
ÖNCELİKLİ DÜZENLEME ALANI (SPESİFİK CBK'LAR)	**YASAK ALAN**				**DİĞER DÜZENLEME ALANLARI**
	CBK'ya dolaylı yasak alanlar (istisna alanlar)		Münhasır kanun alanı	CBK'ya açıkça yasak alan	
	Yürütme yetkisi istisnaları ve idare	Sosyal hak düzenlemede	Kanunla düzenleme		
CBK yoksa kanunla düzenlenemez	↓	↓	↓	↓	**Kanun veya CBK ile düzenlenir**
	Ancak kanunla düzenlenir				
• Üst kademe kamu yöneticisi atama usûlü (104/9) • Bakanlık kurma, ... merkez ve taşra örgütü kurma (106/son) • DDK işleyiş ... (108/son) • MGK Genel Sekreterliği teşkilât (118/son)	• Örn. Üst kademe kamu yöneticisi yetiştirme usûlü (128/son) • Ayrıca bkz. 74/son, 101/son, 119/5, 123/1, 124/son, 126/son, 127/2, 128/2, 129/son, 130/1, 131/son, 133/1, 133/2, 134/son, 135/1, 136, 166/son	• Örn. Öğrenim hakkı (42/2) • Ayrıca bkz. 42/6, 43/2, 44, 46, 47/2, 47/3, 50/son, 51/4, 53/2, 53/son, 54/1, 56/son, 61/3	• "Ancak kanunla" Örn. hakkı sınırlama (13) • "Kanunla": Örn. yabancı için hak sınırlama (16)	• Yasama ve yargı (104/17-1) • Kişisel ve siyasal hak düzenleme (104/17-2) • Hak sınırlama (104/17-2) • Münhasır kanun (104/17-3) • Açık kanun (104/17-4) • Ödenek sınırı (161/7)	• **Ortak alan**: Kamu tüzelkişiliği kurma (123/son) • **İkincil düzenleme alanı**: Sosyal hak düzenleme • **İstisnaî düzenleme alanı** (Bir kez): (GM 21B) • **Bağımlı yetki**[131]: 73, 167.

4) Denetim

a) Siyasal denetim yokluğu, yeni kanun yapma olanağı

Yasama-yürütme dengesinde 2 husus CB lehinedir: Yetki kanunu gerektirmez (eski KHK ile fark), "kanun hükmünde" olmasa da, TBMM'ye sunulmaz[132] (yeni OCBK ile fark).

Siyasal denetim yokluğu yasama konularının TBMM-CB arasında paylaşılmasının mantığı ile uyumlu olup, geriye 2 yol kalır: Vekiller CBK'nın iptali için AYM'ye başvurabilir (Any. m. 150), TBMM "aynı konuda" kanun çıkarırsa, CBK hükümsüz olur (104/17-son). Yeni kanuna karşılık CB de 2 seçeneğe sahiptir[133].

130 Tablodaki parantez içi no.lar, ilgili Anayasa maddelerini gösterir.

131 **Alkan**: 142.

132 OCBK ise "kanun hükmünde" olsa da, TBMM'ye sunulur.

133 1) İptali için AYM'ye başvurabilir. 2) Veto edebilir. Vetoda eli daha güçlüdür. Zira, TBMM önüne konan veto bariyeri, tekrar kabûlü zorlaştırır. İlkinde minimum

AYM, KHK döneminde *"münhasır alan"* savına karşın *"yasak yokluğu"*na dayanarak, kanunla düzenlenecek konuların, -Anayasa'ya uygun olmak şartıyla- KHK ile de düzenlenebileceğine karar vermişti. Yeni sistemde münhasır kanun alanında CBK çıkarılamayacağı için, AYM'nin eski KHK için geliştirdiği içtihadın CBK'ya uygulanma kabiliyetinin kalmadığı savunulur[134].

b) Yargısal denetim: AYM

Any. m. 148/2'de kanun ve anayasa değişikliğinin şeklî denetim ölçütleri belirlenmiş ve sınırlanmış olmasına karşın, aynı belirleme CBK için yapılmaz. Kaldı ki, kanun için aranan, *"son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı"* ölçütü, şeklî açıdan yasama işlemi olmayan CBK için uygulanamaz.

CB, imzaladığı CBK'nın iptali için AYM'ye gidebilir[135]. Anayasal normlar çatışsa da, *lex specialis* ilkesinden çıkan sonuç budur[136]. Pratikte gidip gitmeyeceği ise ayrı konudur[137].

B) Doktrinde olağan CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Hiyerarşide kanundan önce güce sahiptir

Bu yoruma katılmak güçtür[138]. Zira, kanunun geçerlilik normu CBK değildir. Aslında *"güç"* sözcüğünden yola çıkarak, NH kavramı geçse de, CBK'nın hiyerarşik düzeyinin değil, siyasî hiyerarşi veya gücünün

151, veto sonrasında 301 oy gerekir. Anayasa değişikliği için içtihatla reddedilen güçleştirici veto (AYM K. 2007/68), 2017 değişikliği ile kanun için öngörülmüştür.

134 **Kahraman** & **Balkan**: 242; **Ardıçoğlu**: 50.

135 Kolektif imzalı eski KHK'da bu başvuru anlamlıdır, oysa CBK'yı tek başına imzalar.

136 M. 104'te başvurmaya yetkili olanlar arasında CB sayılmazken, m. 150'de sayılır. Aynı tarihte aynı metne konulan iki norm arasında, ancak *lex specialis* ilişkisi kurulabilir. Ne var ki, bu yolla sorunu çözmek güç olduğu için, yetki konusundaki tereddüdü tamamen gidermek için, Any. m. 104/son'a başvurulabilir: CB, Anayasa ve kanunlarda verilen *"diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır"*. Aslında m. 150 varken, m. 104/7'nin gereksiz olduğu da savunulabilir. Ancak, m. 104'te CB yetkileri sayılmak durumunda olduğu için, böyle bir farklılık doğmuştur.

137 Hüküm, diğer 3 olasılıkta önem kazanır: Makamın boşalmasında yeni CB seçilene dek vekâlet, hastalık vb. hâllerde geçici vekâlet, olağan CB seçimi. İlk 2 durumda, CBK'yı yapandan farklı kişi CB yardımcılığına atama ile gelmiş olduğu için, (60 günlük süreye örtüşmede) AYM'ye başvurması meşruiyet krizi yaratabilir. Son durum ise farklıdır.

138 TBB ve İstanbul Barosu'nun 2017 Anayasa değişikliği paneli sonrası yayınladığı sonuç bildirgesine göre, CB, *"normlar hiyerarşisinde Anayasa'dan sonra, fakat kanunlardan önce bir güce sahip yasa koyma yetkisine sahip olmaktadır"*. **TBB** 2017-I: passim.

kastedildiği biçiminde yorumlanabilir. Bu takdirde ise, hiyerarşi sözcüğü kullanılamaz.

2) Kanunla eş düzeydir

Bazı yazarlar, farklı gerekçelerle, CBK'nın kanunla aynı düzeyde yer aldığını savunur[139].

3) Kanunun altındadır

Bu görüşü savunanların başlıca dayanağı, Any. m. 104/17'deki çatışma çözme ilkeleridir. Böylece, konunun "yasamayı önde tutacak" şekilde düzenlendiğini savunanlar olduğu gibi[140], kanunun üstünlüğünün *"açıkça vurgulandığı"*nı[141] belirtenler de vardır.

Cumhur İttifakı bileşeni partiler[142] ve siyasîler[143] benzer görüştedir. Avrupa Komisyonu, CBK alanının sınırı ve münhasır kanun alanına girme yasağı gerekçeleriyle aynı sonuca varır[144].

Şirin ise, sırasıyla her normla ilişkiyi test eder: Anayasa'nın üstünlüğü gereği, CBK'nın Anayasa altı olduğu tartışmasızdır. Ancak, olağan CBK kanun hükmünde nitelenmediği gibi, yürütme yetkisine ilişkin CBK'nın kanunla eş düzey olduğunu belirten norm da yoktur. CBK-kanun ilişkisini belirleyen anayasal normlara (m. 104/17, 119/7, 161/7) bakınca, kanun öncedir. Sonuç olarak, CBK ya kanunla eş düzey veya altındadır, ancak her hâlükârda kanundan üstün değildir. Yazar, ihdas açısından aynı sonuca varır: CBK'nın ihdasını kanunla düzenlemeye engel olmadığı için, münhasır alan tartışmasına girmeye gerek olmaksızın, kanun üst normdur[145].

Çoğu yazar, CBK'nın kanunun altında hangi düzeyde olduğunu tartışmaz. Ancak, tüzükle[146] eş düzey olduğu sonucuna ulaşanlar vardır. Eski tüzük, kanuna dayanma ve geçerlilik ölçütünün kanun olması açısından CBK'dan farklıdır.

---

139 **Ülgen**: 7; **Ürger**: 145; **Atar**: 276-77; **Söyler**: 156; **Erol**: 72; **Ergül** 2018: 31-32.

140 **Karatepe** & **Alkan** & **Atar vd**: 83.

141 **Ulusoy**: 6.

142 **Ak Parti**: 16; **MHP**: 59.

143 CB Erdoğan (*Sabah*, 08.02.2017), CB Başdanışmanı Uçum (*Hürriyet*, 25.01.2017), Adalet Bakanı Gül (**Gül**: 23), Adalet eski Bakanı Bekir Bozdağ (**Bozdağ**: passim).

144 **Avrupa Komisyonu**: 12.

145 **Şirin**: 298, 343.

146 **Kaboğlu** 2018: 11; **Gözler** 2019: 947; **Yüksel**: 269; **Ulusoy**: 6-7.

4) Klâsik NH şemasında yer almaz

Sorunu doğru ölçütle tartışan Barın'a göre, kanun-CBK arası geçerlilik ilişkisi kurulamadığı için, diğer boyuttadır:

> *"Anayasa, ... Cumhurbaşkanı'na asli düzenleme yetkisi vermektedir. Anayasa'da ... (CBK) olarak adlandırılan bu düzenleyici işlemlerin, kanunlarla çatışması ihtimali ve düzenleme alanlarına ilişkin yapılan sınırlamalar, doktrinde kanunların normlar hiyerarşisinde CBK'ların üzerinde yer aldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa ... Kelsen'in ortaya attığı bağlamda CBK'lar ile kanunlar arasında herhangi bir derece ilişkisi olmadığı gibi bu iki düzenleme, birinin diğerine geçerlilik sağlayabilme kapasitesinden de mahrumdur. /*[147] *... CBK, normlar hiyerarşisinde kanunların ne üstünde ne de altında yer almaktadır. Üç boyutlu olarak düşünülebilecek bir piramidin bir yüzeyinde Anayasa'nın altında kanun yer alırken diğer yüzeyinde Anayasa'nın altında CBK yer almaktadır. ...* ***Her iki düzenlemenin de Anayasanın hemen altında ve birbirleriyle herhangi bir hiyerarşi ilişkisi olmaksızın geçerliliklerini sürdürdükleri*** *..."*[148].

5) CBK türlerine göre hiyerarşi farklılaşması

Tunç, *konu açısından* farklılaşmayı dikkate alır: Yürütmeye ilişkin CBK, *"kanunların altında, yönetmeliklerin (ve önceki sistemdeki tüzüklerin) üzerinde"*dir. 4 konu ve ortak konudaki (kamu tüzel kişiliği kurma) CBK, *"kanun ile aynı seviyede"*dir[149].

Söyler ise, *CBK-kanun ilişkileri açısından* farklılaşmayı dikkate alır: CBK-kanun çatışırsa, çatışmada kanunun uygulanması veya aynı konudaki kanunun CBK'yı hükümsüz kılması, kanunun üstünlüğünü kanıtlar[150]. CBK-kanun çatışmazsa, CBK doğrudan Anayasa'dan güç aldığı için, kanun gibi uygulanır. Bu durumda, kanunun içinde bulunduğu hiyerarşiden çıkar, ayrı hiyerarşi içerisinde Anayasa'nın hemen altında tek başına kanunun yerini alır. CBK kanunu değiştiremeyeceği[151] için *"aynı düzeyde"*dir[152].

---

147 Alıntılarda eklediğimiz "/" simgesi, paragraf ayrımını gösterir.

148 **Barın**: passim (tebliğ özetini paylaştığı için teşekkür ederiz).

149 Bakan ve üst düzey kamu yöneticisi atama işleminin ise *"aksi Anayasa'da belirtilmediğinden"* AYM'de denetleneceğini belirtir. **Tunç** 2018: 234.

150 Kanımızca, hiyerarşik ilişki yaratmadığı için, çatışma çözme ilkeleri boyutundadır.

151 Münhasır alan, işlemi değiştirmeyi değil, o alanı düzenlemeyi engeller. Kanunla olağan CBK, olağan CBK ile kanun metni zaten değiştirilemez. Yazarın kastı, aynı konuda kendi işlemiyle farklı norm koymaktır. Böylece norm çatışması oluşur, teknik dille değiştirme (*tâdil*) değil. Any. m. 104/17'deki hüküm de CBK metnini değiştirme değil, kanun çıkararak CBK'yı hükümsüz kılmaktır.

152 **Söyler**: 164-166.

C) Görüşümüz: Olağan CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Hiyerarşik düzeyi saptama güçlüğünün nedenleri

Değişiklikle, (KHK, OKHK, tüzük, eski CBK, Bakanlar Kurulu kararnamesi ve kararı, üçlü kararname, Başbakanlık kararı, vs.) birçok hukukî işlemi yapma[153] yetkisinin kaldırılmasıyla oluşan boşluk, tek işlemle doldurulmuştur. Hiyerarşi analizlerindeki çok farklı görüşün, hatta aynı normdan zıt sonuçlara varılmasının bir nedeni, bu hususun gözden kaçırılmasıdır.

Eski sistemde birbirinden farklı düzeylerdeki işlemlerin yerini, tek işlem almıştır. Nitekim Şirin, yeni norm yapılanmasındaki karmaşayı *"normlar heterarşisi"* olarak niteler[154].

CBK'yı önceki işlemlerden herhangi birine odaklı okumak, hatalı yorumlara neden olur. CBK eski sistemdeki birçok işlemin yerini alan bir tür ***"çatı işlem"*** olmanın yanı sıra, farklı ve yeni bir işlemdir. 2017 öncesi 2. düzeyde yer alan OKHK'ya da, 3. düzeyde yer alan tüzüğe de karşılık gelen yeni işlem türü aynıdır. CBK'lar konu ve nitelik açısından kendi içinde de farklı türdedir.

Tüm bunlara karşın, NH sistemindeki sıralamayı yansıtan m. 137/1 değiştirilirken, kanun-CBK konu paylaşımı hesaba katılmadan, 3. düzeye *"tek tip"* bir CBK yerleştirilmiştir:

- İlk şekliyle sıralama: Anayasa → kanun → tüzük →yönetmelik.
- 2017 sonrası: Anayasa → kanun → CBK → yönetmelik.
- Kanaatimiz: Anayasa → kanun/CBK → yönetmelik →diğer...

Bazı siyasîlerin görüşleri aksine[155], CBK için "acil durum" gerekçe olamaz. *"Aciliyet"*, eski OHAL KHK'ya benzeyen OHAL CBK için elverişli olabilir. M. 104'ün gerekçesinde de *"acil ihtiyaç"* değil, yalnızca "ihtiyaç" geçer[156].

Analizi etkileyen ve iç içe geçmiş ayrımların (konu, nitelik, kapsam, yaptırım, vs.) göz ardı edilmesi de, yanlış yorum doğurur. Bunlar,

---

153 Bazen hata eseri, bu işlemlerin kaldırıldığı yazılır. Oysa yenileri yapılamayacak olsa da, daha önce yapılanlar geçerlidir (Any. geçici madde 21-F).

154 CBK, *"hiyerarşiyi muğlaklaştırabilecek ve 'normlar hiyerarşisi' sistemini, en azından ulusal düzeyde 'normlar heterarşisi' kılabilecek bir normdur"*. **Şirin**: 296.

155 Örn. CB Erdoğan (*Sabah*, 08.02.2017), Adalet eski Bakanı Bozdağ (**Bozdağ**: passim).

156 CB, *"genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda"* CBK çıkarabilir. Bkz. Teklif, m. 9 gerekçesi. **TBMM** 2017: 13.

ihdas-uygunluk biçiminde belirlediğimiz 2 ölçüte yenilerini ekleme anlamına gelmez. Aksine, bu ölçütleri uygulayacağımız CBK'ların tek tip olmadığı gerçeğini kanıtlar.

2) Doktrindeki çelişkiler ve "kanuna aykırılık" tezi

a) Başlıca çelişkiler

- *Aynı normdan hiyerarşide zıt sonuçlar çıkarma*: Tipik örnek olarak, CBK-kanun çatışma hükmü verilebilir. Hükmü eş düzey normlar arası çatışmanın çözümü olarak değerlendirenler olduğu gibi[157], kanunun üstünlüğünün dayanağı olarak görenler de vardır[158]. Bu durum, geçerlilik dışındaki ölçütlerin ne denli farklı sonuçlar doğurabileceğini açıkça kanıtlar niteliktedir.

- *Münhasır alanı üstünlük ölçütü olarak kullanma*: Yasama konularının kanun ve CBK arasında paylaştırılmış olmasına karşın, m. 104'te kanuna öncelik verilmesi, kanunun üstünlüğünü kanıtlamaz. Olsa olsa, eş düzey 2 normun birbirinin alanına müdahalesini önler. Münhasır alan üstünlük yaratıyorsa, CBK için münhasır alan tezi kabûl edildiği takdirde, bu kez kanundan üstünlüğü mü savunulacaktır? Ya da, doğru ölçüt bu mudur? Münhasırlık kanun için üstünlük ölçütü ise, CBK için de uygulanabilir mi? Değilse neden uygulanamaz? Her ikisi için de ölçüt ise, kanun ve CBK için karşılıklı münhasır alanın kabûlünde, yasama yetkisinin genelliği ilkesi TBMM-CB denkleminde ilkinin lehine olmasına rağmen, bu açmazdan nasıl çıkılacağı belirsizdir.

- *CBK'nın aslî niteliği ve kanunun altında olduğu görüşü*: Hem CBK'nın aslî ve özerk niteliğini, hem kanun altı olduğunu savunmak çelişki yaratır[159]. CBK-kanun alanının tamamen ayrıştığını, kanun alanından koparılmış 4 konuda düzenleme yetkisinin sadece CBK ile düzenlenebileceğini savunan bazı yazarlar, aynı zamanda CBK'yı hiyerarşide kanun altı düzeye yerleştirir. Oysa, münhasır alan tezi, m. 104/17'nin 4 konuya uygulanmasını reddetmeyi gerektirir. Üstelik çoğu, CBK'ların konu açısından farklı türlerde olduğunu dikkate almaz. M. 104'ün mevzubahis 4 konu karşısında genel norm olduğu ve kanunla CBK'nın eş düzey olduğu görüşleri daha tutarlıdır.

---

157 **Atar**: 276-77.

158 **Ulusoy**: 6.

159 **Kanadoğlu**: 644.

b) CBK'nın "kanuna aykırı olamayacağı" çıkarımı

aa) Anayasa'da açık norm yoktur

Yürütme işlevinin 2 özelliği, kanundan kaynaklanma (*secundum legem*) ve kanuna uygunluktur (*intra legem*). İlkine türevsellik/ikincillik de denir. Oysa CBK yetkisi, kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için aslîdir.

CBK'nın kanun altında olduğu, *"kanuna aykırı olamayacağı"*[160], bu çerçevede CBK'nın *"kanunîlik denetimine tâbi"*[161] kılındığı belirtilir. Hatta Ulusoy, kanunun üstünlüğünün *"açıkça vurgulandığı"*[162] görüşündedir. Bu, geçerlilik ölçütünün gereği olarak, üst norma uygunluğun da açık olması anlamına gelir. Oysa yazarı bu sonuca götüren, Any. m. 104/17'deki hükümlerdir. Bazı yazarların benzer iddiayı hangi normdan çıkardığını anlamak ise güçtür. Anayasa'da açık norm olmadığına göre, bu tür görüş sahipleri bu sonucu bir normdan çıkarmakta, ancak esas aldıkları normu belirtmemektedirler.

Özbudun'un yorumu ise nüanslıdır: CBK *"kanundan daha alt düzeydeki bir kural-işlem"* olsa da, kanuna aykırılığı ihtilâf yaratabilir ve AYM'de karara bağlanması gerekebilir[163].

Oysa kanuna aykırılık yasağı CBK için değil, yönetmelik için geçer. Ne Anayasa değişikliği teklifinde (m. 9), ne Anayasa Komisyonu'nun kabûl ettiği metinde (m. 8), ne de kabûl sonrası RG'de yayımlanan metinde, bu tür bir ibâreye rastlayamadık. CBK için kanuna uygunluk koşulu konmamasının asıl nedeni, CBK-kanun düzenleme alanlarının paylaşılması, aralarında geçerlilik ilişkisi olmaması ve aslî düzenleme yetkisi içeren her iki işlemin geçerlilik normunun aynı norm (Anayasa) olmasıdır. Bu zorunluluk CBK'yı kapsıyor olsa, Anayasa'ya konurdu. Özetle, kanuna aykırılık yasağı vardır, ama CBK için değil...

Varsayalım ki, adı geçen yazarların iddia ettiği gibi, "**CBK kanuna aykırı olamaz**". Yine varsayalım ki, CBK-çatışmasında kanunun uygulanması, CBK'nın kanuna uygun olması gereğinin bir şartıdır ve bu yüzden "**kanun CBK'dan üstündür**" iddiasının gerekçesi olsun. Şu hâlde, **CBK, hangi kanuna uygun olmalıdır?** O konuda kanun yoksa, bu argüman nasıl savunulacaktır?

---

160 **Gözler** 2019: 751, 840; **Gözler** & **Kaplan**: 386; **Kaboğlu** (*Cumhuriyet*, 24.09.2018); **Kaboğlu** 2018: 11; **Yıldırım**: 23, 26; **Gül**: 23.

161 **Boyar** 2019: 23.

162 **Ulusoy**: 6.

163 **Özbudun** 2017: 251.

Hatta bazı görüşlerde, bir adım daha atılarak, bu aykırılığın denetleneceği[164] de belirtilir. Oysa, kanuna aykırılık denetimi Anayasa'da geçmediği gibi, bu konuda AYM'ye tanınmış bir yetki de yoktur. Aslında Anayasa CBK-kanun arası çatışma olasılığını görmezden gelmez, çözüm yöntemini de gösterir. Ne var ki aykırılık, eş düzey norm uyumsuzluğu değil, üst-alt norm uyumsuzluğudur. CBK-kanun çatışması için çatışma, çelişme kullanılmalıdır. İlgili norm CBK'nın ihmalini öngörmesine karşın, *"uygunluğu denetlenebilecek bir norm"* ifadesi AYM denetimi ve iptal yetkisini içerir. Zira ihmal emredici anayasa normundan kaynaklanır, oysa denetim bir yetki konusudur.

Bir diğer nokta şudur: CBK'nın Anayasa'ya aykırı olamayacağı açıktır. Zira, gerek biçimsel, gerek içeriksel geçerlilik açısından üst normu budur. Bunun üzerine bir de, doktrinde iddia edildiği üzere "kanuna aykırı olmama" şartı eklenirse, haklı olarak şu soru akla gelecektir: Bu varsayımsal durumda, her ikisine birden uygunluğa tâbi ise, hangisine "daha çok uygun" veya "daha az aykırı" olmalıdır? Örneğin, daha üstte olana mı? Eğer öyle ise, iddiadaki norma (kanun) aykırı olmamanın ne anlamı kalır? Görüldüğü üzere, türetilen soru NH sisteminin mantığı açısından yeni sorunlar yaratabilir, sebebi ise soruyu doğuran iddianın bizzat kendisidir. Zira norm, geçerliliğini kaynağına borçludur ve uygunluk gereğinin hesabını da onun üzerinden verir, yani ona uygunluk bakımından denetlenir. Bu norm ise, daha önemli olan norm değil, doğrudan ve öncelikle geçerliliğini aldığı normdur.

bb) CBK'da "kanuna uygunluk": Yorumla mümkün mü?

Kanun-CBK alanlarının ayrıldığı konular açısından, sorun "kanuna uygunluk" değil, sadece "Anayasa'ya uygunluk"tur.

CBK-kanun çatışmasında kanunu uygulama ve aykırılık yasağı ayrı konulardır. İlkinde çatışmada kanunun uygulanması emredilirken; aykırılık yasağında iptal yaptırımı getirilir. Aksi hâlde, etkisiz norm olur. İlki, çatışma ilkeleri (*superior*, *posterior*, *specialis*) dışında özel olarak konulan (istisnaî) çatışma kuralıdır. İkincisinde ise *lex superior* ilkesi geçerlidir. İşlemin düzeyi geçerlilik ölçütüyle belirlendiğine göre, ikincisiyle ilişkilidir.

Anayasa'da CBK'nın kanuna aykırı olamayacağı yönünde açık norm olmadığı için, *"Anayasanın bütünlüğü"* ilkesinden yola çıkılabilir. CB, yürütme yetkisi ve görevini, m. 8 gereği sadece *"Anayasaya"* değil,

[164] TBMM Başkanı Şentop, TBMM-AK Başkanı iken şöyle der: "[CBK] *kanuna uygunluğu denetlenebilecek bir normdur*". *Milliyet*, 23.12.2016.

aynı zamanda *"kanun"*a da uygun kullanmak ve yerine getirmek zorundadır. Bu hüküm hem emredici, hem genel anayasa normudur. "Genel hükümler" kısmında (Any. m. 1-11) olmasının sonucu şudur: Eğer başkaca (ayrık/istisnaî) norm yoksa, Anayasa'nın tüm normlarının yorumunda yönlendiricidir. Bilhassa özel norm yoksa, genel norma ve anayasa bütününden çıkacak ilkelere aykırı yorum yapılamaz. Bu durum, *"anayasanın bütünsel yorumu"*na uyulması ve *"iç tutarlılığı"*nın zedelenmemesi için zorunludur. Aksi yorum ise şu sorunun yanıtına bağlıdır: CBK'ya ayrılan düzenleme alanları, m. 8'in istisnası mıdır? Öte yandan, şu soru da sorulabilir: Any. m. 104/17, münhasır CBK alanı tezinde savunulduğu üzere 4 konu karşısında genel norm ise, yani 4 konuya uygulanmayacaksa, yürütme yetkisi genel ibâresine, haklar kısmına ve ortak alana uygulanacaktır.

Gerek m. 104'te sınırlı sayma (*numerus clausus*) yoluyla belirlenen, gerekse m. 104/son'da yollama yapılan görev ve yetkiler, *"Anayasaya ve kanunlara uygun"*luk kaydıyla kullanılır (Any. m. 8). Ama yalnızca kanun değil, Anayasa da geçer, üstelik kanundan önce. Ayrıca m. 8 sistematik açıdan Anayasa'nın "genel esaslar"ını içeren ana bölümdedir. Acaba, *lex specialis* ilkesi gereği genel normun ihmali mi, yoksa özel normu genel norma aykırı yorumlama yasağı mı öne çıkmalıdır? Any. m. 8'de yürütme yetkisi için "kanuna uygunluk" kaydı açıkça geçmesine karşın, CBK için m. 104'te tekrar edilmez. Ancak, burada asıl sorun kanuna uygunluk değildir. Zira, her iki normun alanı ayrışmış olup, dahası CBK'nın kanun alanına girmesi hâlinde kanuna aykırılık zannedilen bu durum, teknik açıdan aslında anayasaya aykırılık sorunudur. Zira kanun alanına girişi yasaklayan norm Anayasa'dadır.

3) Geçerlilik ölçütünün 2 ayrı boyutu açısından analiz

a) Biçimsel geçerlilik (üretim/ihdas ilişkisi)

aa) İhdası belirleyen norm: Kanun değil, Anayasa

Biçimsel geçerlilik çok boyutludur: Genel yetkiyi tanıma, yetkinin konu kapsamı ve sınırları, yapım prosedürü, yayım ve yürürlük süreci, vs. İşlem, bu açılardan farklı normlara dayanabilir.

CBK'nın ihdas normu hangisidir? Anayasa'daki yetki normudur, ancak usûlü eksiktir. Kimin tarafından üretileceği (m. 104/17, c. 1) ve yayımına (m. 104/19) ilişkin genel normlar Anayasa'dadır. Ayrıca, 4 spesifik ve 1 ortak konuda yetki tanınır.

Görüldüğü üzere, usûlden ziyade, ihdas yetkisi ve yayım düzenlenir. CBK yapım usûlü ise Anayasa'da ayrıntılı belirlenmez. Zira, örneğin TBMM çok sayıda iradeden oluştuğu için, toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısı, oylama türleri vs. konular, kanun veya karar çıkarma usûlünün detaylı düzenlenmesini zorunlu kılar. Oysa CBK ihdasının detaylı düzenlenmemesinin en önemli nedeni, Cumhurbaşkanlığının tek kişilik makam olup, iradenin beyanında hemen hiçbir güçlüğün olmamasıdır. Ancak kimin yapacağı, nasıl yayımlanacağı, TBMM'de nasıl görüşüleceği, hangi konularda yapılacağı, diğer normlarla çatışmanın nasıl çözüleceği ve nasıl denetleneceği belirlenir. Şu hâlde, CBK'nın biçimsel geçerliliğinin temeli, üretiminin normatif kaynağı, yani üst normu Anayasa'dır.

Anayasa ihdası detaylı düzenlemediği gibi, münhasır kanun alanına bırakmaz, CBK ile düzenleneceğini de belirtmez.

Anayasa'nın CBK ihdas usûlünü münhasır kanun alanında zikretmemesi, kanunla düzenlenemeyeceği anlamına gelmez. Zira, Any. m. 8 ve 87'deki *"yasama yetkisinin genelliği"* gereği, bir konunun kanunla düzenlenmesi yasaklanmamış veya münhasıran başka organın alanına dâhil edilmemişse, kanunla düzenlenebilir.

İhdas usûlü Anayasa'da genel çerçevede düzenlenseydi, bu konuda kanunla daha detaylı düzenleme yapılabilir miydi? Soruya, Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla, olumlu yanıt verilebilir[165].

Anayasa CBK ihdas usûlünü CBK alanına bırakmadığı hâlde yasaklamadığına göre, CBK ile düzenlenebilir mi?[166] CBK yetkisi yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnasıdır. Kaldı ki, yetkide yasak yokluğu değil, açık kural gereğine dayanılır.

TBMM, CBK'nın ihdas usûlünü kanunla düzenlerse, usûlün daha detaylı veya kanunda açıkça düzenlenmeyen yönleri, CBK ile düzenlenebilir mi? İlk bakışta, Anayasa'nın bu yolu kapatmadığı zannedilebilir. Zira, Anayasa'nın yasakladığı husus, kanunda düzenlenen konuda değil, kanunda "açıkça" düzenlenen konuda CBK

---

165 Hatta, bu konuda "kanunla düzenlenir" kaydını aramaya da gerek yoktu, zira bu durumda münhasır kanun alanına girerdi. "CBK ile düzenlenir" denilse, 2 olasılık doğardı: CBK münhasır alanı tezinin kabûlünde, kanun çıkarılamazdı; oysa öncelikli düzenleme alanı tezinin kabûlünde CBK ile düzenlenir, ama kanunla aşılabilirdi. Anayasa bu konuda hiçbir hüküm içermediği için, yasamanın genelliği gereği bu konu yasama tarafından düzenlenebilir.

166 Buna karşın, CBK ile kanunun ihdası düzenlenemez. Zira kanunun ihdas normu Anayasa'dır, detayları ise İçtüzük'tedir.

çıkarmaktır. Ancak, gözden kaçırılmaması gereken kritik nokta şudur: Bu konu, CBK alanında sayılan konulardan değildir. CBK ile hiçbir olasılıkta düzenlenemez. Aksi hâlde iptal edilir.

CBK'nın ihdas usûlü, Anayasa değişikliği ile CBK'nın düzenleme alanına dâhil edilebilir mi? Bunun mümkün olduğunu düşünüyoruz. Ancak bu takdirde CBK çıkarılmazsa, düzenleme yetkisinde öncelik CBK'da olduğu için, TBMM kanunla öncelikli olarak düzenleyemez. CBK düzenlerse, öncelikli düzenleme tezi gereği kanunla aşılabilir. Ancak burada kanun, CBK'nın varlığına bağlı ve ikincil düzenleme yetkisidir.

Belirli alanları CBK ile düzenleme yetkisinin tanınmış olması, CBK'nın ihdas usûlünü aynı işlemle düzenleme yetkisi verir mi? Yasama yetkisinin genelliği ışığında, yetkide açıklık ve kuralsız yetki olmaz ilkeleri gereği, mümkün değildir. Türev kurucu iktidar istese, bu konuyu CBK alanına dâhil ederdi. Kaldı ki, kural olarak hiçbir işlem kendi ihdas usûlünü belirlememelidir. Nitekim, kanunu TBMM yapsa da, yapım usûlünün detaylarını yine TBMM, ama farklı bir işlem olan İçtüzük'le belirler.

İhdas usûlü eksik de olsa, üst norm Anayasa'dır. Yetkiyi -kapsamı genişletmeksizin- alt düzey bir normun aynen tekrar etmesi, o normu biçimsel geçerlilik açısından üst norm yapmaz.

İhdasın Anayasa veya kanunla düzenlenebilme olanağı karşısında kişisel önerimiz, gerçekten ihtiyaç varsa, Anayasa ile düzenlenmesidir. Bu takdirde değiştirilmesi daha güç norm düzeyinde yer alabilir. Ancak daha önemlisi, kanunla düzenleme tercihi, CBK-kanun arasındaki konu paylaşımı ve içeriksel denetim gereksizliğine karşın, başka bir tartışmayı da başlatacaktır.

Sonuç olarak, kanun-CBK arasında biçimsel geçerlilik ilişkisi bulunmamakta olup, her ikisi de geçerliliğini Anayasa'dan alır.

bb) İhdası kanunla belirleyebilme, kanunu üst norm yapmaz

CBK ihdas usûlünün kanunla belirlenmesi hâlinde, kanunun biçimsel açıdan üst norm olacağını belirtmiştik. Ancak, hukuken bu tür bir kanunun çıkarılabilme olasılığı kanunu üst norm yapar mı?

Bazı yazarlara göre CBK'nın ihdası kanunla düzenlenebileceği için, kanun üst normdur[167]. CBK'nın ihdas usûlünün kanunla

[167] **Şirin**: 298. Benzer görüş için bkz. **Gülgeç**: 198, 213.

düzenlenebileceği kanaatini paylaşmakla birlikte, bu olanaktan hiyerarşik bir üstünlük çıkarılabileceği görüşüne katılamıyoruz. Zira, biçimsel geçerlilik ilişkisinin tanımı ile tam bir örtüşme için, bir hususu açıklığa kavuşturmaya gerek duyuyoruz: CBK'nın ihdasının kanunla düzenlenebilmesi mümkündür. Ancak, bu konu kanunla bizzat ve açıkça düzenlenmedikçe, sırf düzenlenme olanağından hareketle, CBK'nın geçerlilik normunun kanun olduğu savunulamaz. Düzenleyebilme imkânı gerekir, ama yetmez. Norm başka bir normun ihdasını "düzenleyebileceği" değil, "düzenlediği" takdirde üst normdur. Geçerlilik, varsayımsal normdan değil, ancak pozitif hukuk düzeninde "var olan" bir normdan kaynaklanabilir.

cc) Hiyerarşik düzeyi netleştirme

Olağan CBK'nın anayasanın altında olduğu konusunda herhangi bir kuşkuya yer yoktur. Ancak, asıl sorun bundan sonra başlar: Kanunla geçerlilik ve üst-alt norm ilişkisi var mıdır?

Öncelikle, CBK kanunun üstünde değildir. Zira kanun geçerliliğini CBK'dan değil, Anayasa'dan alır. Olağan KHK için öngörülen yetki kanunu bağı 2017'de olağan CBK için koptuğu için, bu açıdan geçerlilik ilişkisi ve denetim gereği de yoktur.

CBK'nın Anayasa'nın altında olması, kanunun da altında olmasını engellemez. Ancak bunun için, CBK'nın geçerliliğinin kanuna dayandığının ispatı zorunludur. Ne var ki, bu konuda açık bir norm yoktur. CBK geçerliliğini kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan aldığı için, kanuna değil, Anayasa'ya uygun olmalıdır. Kanun-CBK çatışmasında kanunun uygulanması CBK'nın kanun altı düzeyini ispatlamaz. Öyle olsa, bu hükme gerek olmazdı.

Aslında çelişkili görünen bu durum, 2 soruyu doğurur: CBK ve kanun arasında açık normla kurulan geçerlilik ilişkisi bulunmamasına karşın, neden CBK-kanun çatışmasında kanun tercih edilir? Ayrıca, kanunun uygulanması yönündeki emredici Anayasa normu, üst-alt ilişkisi yaratmaz mı? Bir konuda aynı anda hem kanun, hem CBK bulunamaz. Buna rağmen, CBK-kanun çatışmasında kanunu uygulamanın nedeni, CBK ve kanunun aynı konuda olmayan, ancak somut olaya uygulanmaları hâlinde farklı hukukî sonuçlar doğurabilecek hükümler içermesi hâlinde, uygulanacak normu tâyin etmektir. Üstelik çatışma normu, ancak eş düzey düzenlemeler arasında öngörülebilecek nitelikte olduğundan, CBK-kanun arasında esasa ilişkin

uygunluğu kapsayan hiyerarşi ilişkisi bulunmadığını da teyit eder[168]. Eş düzey normlar arası hiyerarşi olmadığı için, çatışma *lex superior* değil, *lex posterior* (zaman) veya *lex specialis* (konu) göre çözülür. Bu çatışmadan *"sonraki norm, öncekinden üstündür"* çıkarımı yapılamaz. *"Üstün"*lük, üst-alt norm ilişkisinin sonucudur.

dd) CBK herhangi bir normun üst normu mudur?

Yönetmeliğin genel yetkisi Anayasa'dadır. Ancak bir CBK normu ile, CB yönetmeliği düzenlenmesi öngörülürse, yetki açısından geçerlilik bağı kurulur. Bu durumda, Any. m. 104/18 ve 124/1 gereği yönetmelik ilgili CBK'ya uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla bu yönetmelik açısından CBK üst normudur.

M. 104 ve 124'teki farklı düzenlemelere bakınca, CB yönetmeliği açısından şu soru anlam kazanır: Hangi kanunların uygulanmasını sağlamak ve aykırı olmamak durumundadır? M. 104/18'de "kanunlar", m. 124/1'de ise "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar" geçer. Danıştay denetiminde yönetmeliklerin üst normu, duruma göre ilgili olduğu kanun veya CBK olabilecektir. Benzer şekilde, CBK ile adsız düzenleyici işleme ihdas yetkisi verilirse üst norm niteliği kazanır[169].

Sonuç olarak, genel anlamda CBK, Anayasa'nın altında, yönetmeliğin üstündedir. Kanunun ilgili üst norm olduğu durumda, CBK silikleşir, bu düzeyden kaybolur ve yerini kanuna bırakır.

b) İçeriksel geçerlilik

aa) CBK, içeriksel açıdan hangi normlara uygun olmalıdır?

Sorunun yanıtı, bir başka soruyla bağlantılıdır: CBK'ların konu ve içerik sınırını belirleyen norm nedir? Anayasa. M. 104/17'de genel çerçeveyi "yürütme yetkisi" olarak çizmenin ötesinde, 4 konuda öncelikli düzenleme alanı, 1 konuda ortak ve 1 konuda ikincil düzenleme alanı yaratarak çerçeveyi somutlaştırır. Ayrıca, hangi konularda çıkarılamayacağını m. 104/17'de sıralar: Münhasır kanunu alanı, kanunda açık düzenleme, vb. CBK'nın içeriksel sınırlarını belirleyen özellikle sonuncu hüküm, CBK'nın içeriksel geçerliliği açısından üst normun Anayasa olduğu sonucuna ulaştırır. Ancak, daha önce değindiğimiz üzere, söz konusu yasakların biçimsel denetimle ilgili olduğunu ve konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle iptale konu olduğu savunulur.

---

168 **Ürger**: 147, dp. 21.

169 Örneğin, 2018/2 no.lu CB Genelgesi'nde, mülga Kn. 3046 m. 19/A'ya dayanılır.

Anayasa gereği, üstünlük *"ancak Anayasa ve kanunlarda"*dır (Başlangıç, para. 4). CB, yürütme yetki ve görevini *"Anayasaya ve kanunlara uygun olarak"* kullanır ve yerine getirir (m. 8). Oysa hiçbir yerde CBK için *"kanuna aykırı olamaz"* kuralı olmadığına göre, yorum yoluyla mı çıkarılmaktadır? Bu yorumu m. 104'ten çıkarmak zordur. M. 8 yürütme yetkisiyle ilişkilidir, CBK ise yetkinin spesifik bir aracıdır. Yürütme yetkisinin kullanılmasında kanuna uygunluk aranırken, CBK için aynı şart aranmaz. CBK, m. 8'e göre özel normdur. Aksi olsa, yönetmelik için kanun veya CBK'ya uygunluk kaydını öngören türev kurucu iktidar, CBK için de öngörürdü. Oysa m. 104'le kanuna uygunluk değil, "içerik bakımından çatışma" ile sınırlı çözüm ilkesi getirilir. Bu ise, kanunu üst norm yapmaz. Zira kanunu uygulama zorunluluğu, hiyerarşide üstün olmasından değil, Anayasa'nın emredici normundan kaynaklanır. CBK'nın kanunla hükümsüz kılınması da kanunun üstünlüğünü değil, *lex posterior* benzeri sonuç doğurur.

Doktrinde kullanılan ölçütlerde değindiğimiz üzere, denetim merciinin denetlediği normdan üstünlüğü de savunulmaktaydı. Oysa norm, geçerliliğini, onu yapan, uygulayan veya denetleyen merciden değil, yetkinin dayandığı üst normdan alır[170].

bb) AYM, CBK'nın hangi normlara uygunluğunu denetler?

CBK, yalnızca Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçer. AYM, işlemin Anayasa'ya yalnızca *"şekil"* değil, aynı zamanda *"esas"* bakımından da uygunluğunu denetler (Any. m. 148/1).

Ancak, CBK-kanun çatışmasında yargısal merciler, bazı hukukî sorunları (hükümsüzlük, aynı konu, çatışma, vb.) çözerken, CBK ile kanunu kıyaslamak ve her iki normu da yorumlamak durumunda kalabilir. Ancak bu, *"norm denetimi"*nden gerek yöntem, gerek hukukî sonuç itibariyle farklılaşmaktadır.

Sorun AYM önüne hangi bağlamda gelirse gelsin ve AYM hangi tezi kabûl ederse etsin, CBK'nın denetiminde yasallık değil, anayasallık

[170] Üst-alt ilişkisi kurulacaksa, üst norm denetleyen merci değil, denetim ölçütlerini belirleyen normdur. Örn. kanunu denetleyen AYM kararı bağlayıcıdır. Ama bunu sağlayan, kanunun üst normunun (anayasa) üstünlüğüdür. Ayrıca üst norm, alt normun geçerliliğini sağlar. İptal kararı veren merci ise, aksine geçerliliği ortadan kaldırır (*olumsuz yasayıcı*). Bunun geçerlilik ölçütü kullanılması ilk anda mantıklı gelebilir. Ama bu hâlde dahi üst norm, geçersizliğe karar veren merciin kararı değil, referans aldığı normun kendisidir. CBK'dan üstün olan bir şey varsa, denetim mercii veya kararı değil, denetimde kullandığı normdur. Üstün olan AYM değil, Anayasa'dır. AYM, bu üstünlüğü güvenceleyen mekanizmadan ibârettir. NH sisteminin özü de budur.

söz konusu olacaktır. Tabiî ki bu görüş, mevcut anayasal normlar aynen kaldığı ve bir anayasa değişikliği ile kanuna uygunluk denetimi konulmadığı sürece geçerlidir. Örneğin, m. 104/17'deki yasaklara aykırı CBK'yı, kanuna aykırı olduğu için değil, Anayasa'ya aykırı olduğu için iptal edecektir. İptalin nedeninin, konu bakımından yetkisizlik olduğu da savunulur[171].

Anayasanın "kanunla" (öğrenim hakkı) veya "ancak kanunla" (hakları sınırlama) vs. biçiminde kanunla düzenlenmesini emrettiği, CBK ve başka işlemle düzenlenmesini öngörmeyip kanunla düzenlenmesine (m. 8 ve 87'deki genel yetki gereği) zımnen izin verdiği veya CBK ile düzenlenmesini açıkça yasakladığı (kanunla açıkça düzenlenen konu) durumlarda, CBK çıkarılamaz.[172].

CBK-kanun ilişkisinden doğacak birçok tartışmanın temelinde, iddia edildiği gibi kanuna aykırılık değil[173], belirlenen kanun alanlarına girme yasağı öngören Anayasa normuna aykırılık sorunu yatar. Örneğin, CBK alanında CBK bulunmadığı hâlde kanun çıkarılırsa, CBK'ya aykırı olduğu için değil, Anayasa'nın yasakladığı alanda çıkarıldığı için iptal edilir. Anayasa'daki içerik sınırlaması, Kelsen'in ölçütünün ikinci boyutu ve Anayasa'nın üst norm olduğunun kanıtıdır. Nasıl ki diğer durumda kanun CBK'nın üst normu değilse, bu hâlde de CBK kanunun üst normu değildir.

CBK'nın kanun alanı ile çatışmadan uygulanabilmesi Anayasa güvencesindedir. CBK-kanun arasında esas bakımından uygunluğa dayalı hiyerarşi ilişkisi de yoktur. Ancak, CBK'nın kanunla üst-alt ilişkisi

---

171 Benzer görüş için bkz. **Ülgen**: 20-21. Any. mülga m. 107 için bkz. **Taşdöğen**: 941.

172 Biraz daha somutlaştıralım: Bu tür hâllerde, o konuyla ilgili kanun olabileceği gibi, örneğin basit veya nitelikli yasa kaydı geçen bir hakkı sınırlayan kanun olmayabilir. Bu konu CBK'nın öncelikli düzenleme alanına dâhil olmamaktan öte, açıkça CBK alanına yasaklanmıştır da. Varsayalım ki, CBK ile 4 temel konudan biri düzenlenirken, CBK'ya yasak alana giren bu konuya da dokunulmuş olsun. Ve varsayalım ki, bu konu bir şekilde AYM'ye iptal için götürülmüş olsun. AYM bu CBK'yı denetlerken de, yine Anayasa'da sınırları çizilen konu dışına çıkıldığı, teknik dille konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle iptal kararı verebilir. Bu bağlamda, şu soru sorulabilir: CBK ve kanun arasında üst-alt ilişkisi olsa ve CBK denetiminde yasaya uygunluk denetimi yapılsaydı, bu durumda hangi kanuna uygunluk denetimi yapılacaktı? Olmayan kanunun nesine uygunluk aranacaktı? AYM'nin CBK'yı denetlerken, konuya ilişkin kanun olması ve olmaması arasındaki fark, yapacağı denetimde Anayasa'ya uygunluğu arayacağı gerçeğini değiştirmez. Kanunun varlığı hâlinde, AYM kanun ve CBK konularını kıyaslasa dahi, CBK'yı kanuna uygunluk açısından denetleyemez. Her iki olasılıkta da, yalnızca Anayasa'ya uygunluk denetimi yapar.

173 *"*[CBK'ların] *kanuna aykırılığı hali ... belirli durumlara göre anayasa*[ya] *aykırılık, uygulanamama veya hükümsüzlük sonuçlarını doğuracaktır"*. **Ardıçoğlu**: 50.

olmaması, hiyerarşi dışı kalmasını gerektirmez. Zira iki norm, konuya göre hiyerarşide birbirinin yerine geçer.

cc) CBK'nın ihdas usûlü kanunla belirlenirse, içeriksel denetimde üst norm olur mu?

Yukarıda, CBK'nın ihdas usûlünün özellikle yapım süreci bakımından Anayasa'da ayrıntılı belirlenmediğini, ancak kanunla belirlenmesinin önünde engel olmadığını belirtmiştik. Eğer bu gerçekleşirse, CBK'nın içeriksel denetimi açısından Any. m. 104/17'deki konu sınırları ve başta değişmez normlar olmak üzere diğer maddelerdeki içeriksel sınırlara ek olarak, kanunlar da üst norm olur mu? Bunu birkaç açıdan yanıtlamak mümkündür.

İlkin, bu tür bir kanun her şeyden önce ihdas usûlünü düzenleyecek olup, içeriksel sınır getirmediği için, yalnızca biçimsel geçerlilik açısından üst norm olur, içeriksel geçerlilik açısından üst norm hâlen Anayasa'dır. Kanun, Anayasa'daki içeriksel sınırları tekrar etse dahi, bu açıdan üst norm olamaz. Bu yorumun doğrudan sonucu ise şudur: Bu durumda CBK, ihdas usûlüne uygunluk açısından Anayasa yanında kanuna aykırılık denetiminden de geçecektir. Ancak, bu durumda biçimsel denetimde kanunun referans norm olmasından hareketle, içeriksel denetimde de kullanılması düşünülemez.

İkinci olarak, bu tür bir olasılığın gerçekleşmesi durumunda, diğer kanunlarla CBK arasında üst-alt norm ilişkisi oluşmaz. Dolayısıyla, yapılacak biçimsel denetimde (başta Any. m. 148'i dikkate almak kaydıyla) diğer kanunlar ölçü norm olamaz.

Kanunla, CBK çıkarma yetkisine Anayasa'da sayılmayan yeni bir konu veya yeni bir yasak eklenirse, içeriksel açıdan üst norm olur mu? İlk bakışta buna olumlu yanıt verilebilir, ancak bu mümkün değildir. Zira bir düzeydeki kuralın istisnası, aynı düzeydeki normla (örnekte en üst norm olduğu için, yalnızca Anayasa) ile mümkündür. Kaldı ki, bu tür kanun, yasama yetkisinin de devri anlamına gelebilir.

Tüm bu analizlerden ulaştığımız 3 sonuç şudur: CBK Anayasa'nın alt normudur, konusuna göre yerine geçtiği kanunla eş düzey normdur, ilgili yönetmeliğin ise üst normudur.

4) CBK denetiminde aşamalı bir test önerisi

AYM, denetimde aşağıdakine benzer bir test uygulayabilir. Testi geçen CBK Anayasa'nın sınırları içindedir:

- *Biçimsel denetim testi*: CB tarafından ve zaman, yer, konu sınırına uyularak çıkarılmış mı (yetki)?[174]; prosedüre uygun çıkarılmış mı (usûl)?
- *İçeriksel denetim testi*[175] (sonuncusu hariç diğerlerinin, konu bakımından yetkisizlik konusu olup, biçimsel denetime dâhil olduğu da savunulabilir): CB kararına dâhil konu düzenlenmiş mi? CB'nin diğer düzenleyici işlemlerine dâhil konu düzenlenmiş mi? Yürütme dışı konular düzenlenmiş mi? Sosyal haklar hariç hak düzenlenmiş mi? Bir hak sınırlanmış mı? Münhasır kanun alanı düzenlenmiş mi? Kanunda açıkça düzenlenen konu düzenlenmiş mi? Ödenek sınırını aşma yasağına uyulmuş mu? Kanunu uygulama amaçlı mı?[176] Yasak alanlara girmese de Anayasa'ya aykırı mı?

5) Konusuna göre CBK'lar farklı düzeylerde midir?

a) Yürütme yetkisi ve 4 spesifik CBK alanı

aa) 1983 pratiği: Mülga m. 107

Anayasa'da CBK tek konu ile sınırlıydı: Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği (CGS). Ancak düzenleme yetkisi, her yönü kapsamaz: *"kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama"*.

- Önce darbe rejimi kanunu ile[177] şu hüküm kondu: *"Bu Kanun;* [CBK] *ile düzenlenen*[178] [CGS'nin] *kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri* ***dışında kalan konuları*** *düzenler"*. CBK münhasır alanındaki[179] konulara girilmedi. Fazla mesai yönetmeliğe bırakıldı (m. 5).
- CBK ise, Kanun'dan 1 gün sonra çıkarıldı[180]. "Amaç" maddesinde, Anayasa'daki konular sayıldı (m. 1). Konuların detayı ve diğer konular (özlük, bütçe, vs.) CGS'nin çıkaracağı yönergeye bırakıldı (m. 18).

1983 pratiğinden şu çıkarımlar yapılabilir: CBK'ya bırakılan konu istisnaî ve tektir. Önce kanun çıkarılmasına karşın, CBK alanına

---

174 Olağan CBK'da ilk 2 açıdan sınır yoktur. Ancak, konu bakımından sınırlar vardır.

175 Benzer bir test önerisi için bkz. **Şirin**: 327.

176 Doktrinde eklenen yasaktır. Bkz. **Söyler**: 165-166.

177 K.n. 2789, T. 17.08.1983; RG. 19.08.1983, S. 18140.

178 CBK henüz çıkarılmadığı hâlde, "düzenlenen" ifadesi tercih edilir.

179 **Taşdöğen**: 941.

180 CBK no. 1, T. 18.08.1983; RG, T. 20.08.1983, S. 18141.

girilmemiştir. CGS konu başlığı ortak olmasına karşın, Any. m. 107 aralarındaki çizgiyi belirlediği için, düzenleme konuları çatışmaz ve buna yönelik norm da konmaz. Ayrıca, her işlem türünün konusu açıkça belirlenir[181]. Buna göre, örn. personel görevlendirmede Anayasa'nın altında kanun vardır. Oysa çalışma esasları konusu kanunla değil de CBK ile düzenlendiği için, aynı düzeyde kanun yerine CBK geçer. Kanun ve CBK alanları ayrışmış olup, hiyerarşide 2. düzeyde ya kanun, ya CBK vardır. Bu iki norm, konuya göre birbirlerinin yerine ikame olunurlar.

bb) 2017: M. 104 ve 4 spesifik CBK alanı

En kritik sorun, CBK'nın doktrinde çoğunlukla kanun altı düzeyde görülmesine karşın herhangi bir kanunla geçerlilik ilişkisi bulunmaması, CBK'nın ihdas usûlünün detayının kanunla düzenlenmemesi, kanuna aykırılıktan dolayı iptal kararı verilememesidir. Doktrinde ağırlıkla referans yapılan CBK-kanun çatışma ilkeleri ise bu ölçütlerle örtüşmez. Türev kurucu iktidarın Anayasa değişikliğindeki mantık, aynı konuda kanun ve CBK normunun uygulanmasını engellemek ve çatışma hâlinde hangisinin uygulanacağını tâyin etmektir. Bu yüzden, kanun ve CBK'nın düzenleme alanları -tek konu ile sınırlı ortak alan hariç- ayrıştırılır. CBK kural olarak herhangi bir kanuna aykırılık denetiminden geçmez. CBK-kanun çatışmasının tespiti, kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK yasağı ve kanunla CBK'nın hükümsüz kılınmasında AYM, kanuna aykırılık denetimi yetkisini, ne bu çatışma kurallarından, ne de genel norm olan Any. m. 8'den çıkarabilir. Denetimde ölçü norm ise kanun değil, Anayasa'dır.

CBK, duruma göre hiyerarşide kanunla yer değiştirir. Any. m. 108/son gereği, DDK'nın "işleyişi", "üyelerinin görev süresi" ve "diğer özlük işleri", CBK ile düzenlenir. Ancak, DDK'da söz edilen CBK ile düzenleme, DDK'ya ilişkin tüm konuları düzenleme yetkisi vermez. Yasama yetkisinin genelliği uyarınca, CBK alanına tahsis edilmeyen diğer konular (m. 108/son'da sayılan 3 konu dışındaki tüm konular), kanunla düzenlenir. Bu, münhasır CBK alanı ve öncelikli düzenleme alanı tezlerinin ortak sonucudur. Böylelikle, DDK örneğinde Kanun ve CBK alanları ayrışmış olup, her konu açısından hiyerarşide 2. düzeyde ya kanun, ya CBK normu vardır. 3 konuda (işleyiş, görev süresi, diğer özlük işleri) CBK normu olacağı için, 2. düzeyde CBK yer alır, oysa

[181] Örneğin CGS çalışma esasları CBK ile (Any. m. 107), kalan konulardan personel görevlendirme kanunla (Kanun, m. 4), fazla mesai yönetmelikle (Kanun, m. 5), saymanlık CGS yönergesi ile (1 no.lu CBK, m. 18) düzenlenecektir.

diğer konularda kanunla düzenleme yapılırsa (veya varsa), hiyerarşide CBK yer almaz, yerine kanun geçer.

Görüşümüzü ayrıca, CBK'ya ayrılan 4 konudan biri olan "üst kademe kamu yöneticisi" örneğinde somutlaştıralım:

TABLO II:				
KANUN-CBK ALANINA ÖRNEK: "ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİSİ"				
Yetkinin türü	**Yetki**	**İşlem türü**	**Dayanak**	**Hiyerarşik konum**
Atama ve azletme	CB	CB kararı	Any. 104/8	Kanun altı
Atama usûl-esasları	CB	CBK	Any. 104/9	Anayasa-altı
Yetiştirme usûl-esasları	TBMM	Kanun	Any. 128/son[182]	Anayasa-altı

b) Ortak alana ilişkin CBK: Kamu tüzel kişiliği kurma

Burada münhasır alan tartışması yersizdir. Zira, yetki ne hakkı sınırlamada olduğu gibi yalnızca kanuna (örn. m. 13), ne DDK'da olduğu gibi yalnızca CBK'ya (m. 104) aittir[183].

Aynı anda aynı kamu tüzel kişiliğini düzenleyen kanun ve CBK olabileceği varsayılmasa da, varlığı hâlinde aralarında hiyerarşi kurulamaz. CBK ya kanunla hükümsüzlüğe uğratılır, ya ihmal edilir veya Anayasa'daki ilkelere aykırılık gerekçesiyle iptal edilir. Ancak, bu tür bir CBK'nın üst normu kanun değildir. Ne bir kanuna göre ihdas edilir (geçerlilik), ne de AYM'ce kanuna aykırılığı incelenir (denetim). Hükümsüzlüğü saptamada dahi, CBK kanuna aykırı olduğu için değil, Anayasa normu gereğince *lex posterior* ilkesi çerçevesinde yaptırımla karşılaşır. Hangi organ kamu tüzel kişiliği kurarsa kursun diğeri değiştiremez. Her organ, ayrı kamu tüzel kişisi kurabilir. Her kamu tüzel kişisi kanun veya CBK'ya dayanacağı için, hangisinin alanına giriyorsa, duruma göre Anayasa altı düzeyde kanun veya CBK yer alır.

c) Haklar konusunda CBK: Sosyal haklar

Sosyal hakları "düzenleme"[184] amaçlı CBK çıkarma yetkisini ikincil

182 *"Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları,* ***kanunla özel olarak düzenlenir****"*. M. 128/son'un 104'ten farkı, "üst kademe kamu yöneticisi" yerine, "üst kademe yöneticisi" ibâresidir. Ancak, m. 128 ve 129'u kapsayan üst başlıktaki *"kamu hizmeti görevlileri"*nin özel sektör yöneticilerini kapsamadığı açıktır.

183 Bu bağlamda, isabetle belirtildiği üzere *"sui generis"* CBK türüdür**. Ülgen**: 36.

184 Düzenleme-sınırlama kavramları bazen karıştırılır. Any. m. 13 ve 104'ün çeliştiği, Anayasa'yı değiştirenlerin Any. 2. kısım 1. bölümden *"haberdar olmadıkları"* savunulur. **Köker**: passim. CHP'li Kayışoğlu ise, TBMM'de şöyle der: *"Vatandaş*

olarak nitelememizin nedeni, kanun yoksa CBK çıkarılabilmesidir. Ancak, münhasır kanun alanındaki sosyal hakkı (kanun çıkarılmış olsun/olmasın) CBK ile "düzenleme" mümkün değildir (örn. öğrenim). Sınırlamada mutlaka kanun gerekir (m. 13). Durdurma ise, OHAL'de mümkündür (m. 15, 119).

Sonuç olarak, konusu farklı CBK'lar, hiyerarşide farklı düzeyde yer almaz. CBK ve kanun eş düzey olup, konuya göre birbirinin yerini alır. Yoksa, konu değiştikçe düzeyi değişmez, birbirinin üst normu olmaz. Aynı anda yan yana bulundukları varsayımında, örneğin "aynı konuda farklı hüküm"de dahi, kanunun uygulanması ve CBK'nın ihmali hiyerarşi ilişkisi ve üstünlük yaratmaz.

§ IV. OHAL CBK VE HİYERARŞİDEKİ YERİ

A) Niteliği ve hukukî rejimi

1) Genel olarak: Konu ve sınırlar

OCBK organik açıdan "kanun hükmünde" yürütme işlemi, maddî açıdan yasama işlemidir. TBMM'de kanuna dönüştürüldüğünde ise, şeklî açıdan da yasama işlemi olur.

AYM, eski OKHK'nın konu sınırına süre ve yer bakımından sınırlılığı eklemiştir. İçtihadın devam edip etmeyeceği bilinmez. Venedik Komisyonu raporuna göre, parlamenter rejime ilişkin içtihadın yeni rejime *"uyarlanması"* zaman alacaktır (para. 81)[185].

2) Denetim

a) TBMM ve 2 boyutlu siyasal denetim: İlân ve kararname

İlk boyut, ilânın denetimidir. İlân kararı *"verildiği gün"* yayımlanır, eski sistemdeki *"hemen"* sözcüğündeki belirsizlikten farklı olarak, *"aynı gün"* TBMM'ye sunulur.

İkinci boyut, kararnamenin denetimidir[186]. *"OHAL'in gerekli kıldığı konularda"* çıkarılır, yayımlanır, "aynı gün" sunulur[187].

---

yarın sabah kalkınca nasıl bir kararnameyle karşı karşıya kalacağını hiçbir zaman bilemeyecek. Mülkiyet hakkı sınırlandırılabilecek". **TBMMTD**, D. 26, YY. 2, B. 58, T. 14.01.2017: 76. Oysa mülkiyet, 1961'den sosyal hak iken, 1982'de kişi hakları kısmına alındı. Gerçi sosyal hak olarak kalsa, yine "kanun"la sınırlanacaktı (m. 13, 35/2).

185 **AHYDK**: 20.

186 CBK sadece *siyasal* (TBMM), OCBK sadece *yargısal* denetimden (AYM) geçer.

187 TBMM'nin bir yayınında, yayım günü sunulmama hâlinde bu tarihte yürürlükten

OCBK, savaş ve mücbir sebeple toplanamama hariç, 3 ayda sonuçlandırılamazsa, *"kendiliğinden yürürlükten kalkar"*[188]. Yaptırım, CBK-kanun çatışmasındaki yaptırımlardan (ihmal, hükümsüzlük) farklıdır. Başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın re'sen (*ex officio*) sonuç doğuran önlem, Venedik Komisyonu'na göre olağan CBK'dan *"çok daha net bir ifade"*dir (para. 83)[189]. Eski OHAL KHK'daki 30 günlük sürenin işlevsizliğine kıyasla, denetimde *"ucu açık"* sürece son verilerek süreç takvime bağlanır[190]. Değişiklik, "hukukî belirlilik" açısından olumludur.

Denetimin parlâmento kararı ile yapılması önerilir. Kaldı ki, Any. m. 119/7'de, kararname için "kanunlaştırılır" değil, görüşülerek *"karara bağlanır"* denilir. Buradaki "karar"ın şeklî veya maddî açıdan ne anlama geldiği ayrı mevzudur. 683 no.lu OHAL KHK için AYM'ye başvuru gerekçesinde de vurgulandığı üzere, kanunla kabûl, geçici düzenlemeyi kalıcı hâle getirir. Bu durum, *"anayasal normlar hiyerarşisini ve hukuk düzeninin tutarlı normlardan oluşması ilkesini altüst eder"*[191]. TBMM CBK'yı değiştirerek kabûl ederse, CB *"güçleştirici veto"*ya başvurabilir.

b) Yargısal denetim yasağı

Any. m. 148/1 uyarınca OHAL ve savaşta çıkarılan işlem denetlenemez. Denetim yasağı ile Anayasa'yı değiştirme yetkisinin devredildiği iddiası ise[192], teknik açıdan yanlıştır.

Yargı kısıntısı, bir görüşte Anayasa'nın *"askıya alınması"*dır[193]. *"Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabil"*mesine izin veren, Anayasa'nın kendisidir (Any. m. 15/1). Tedbirler, *"istisnaî Anayasa"*ya aykırı olamaz. Olağan dönemden sapma (*derogation*) Anayasa'da öngörüldüğüne göre, Anayasa'ya uymak şartıyla, bu dönemin işlemleri anayasa-dışı (*extra constitutionem*) veya anayasaya aykırı (*contra constitutionem*) değil, anayasa içi (*intra constitutionem*) işlemlerdir. Ancak, yazarın belirttiği üzere, OHAL sınırları asla aşılamaz.

---

kalkacağı belirtilse de (**TBMM** 2018: 83), dayanağını belirleyemedik.

188 Bu süre, teklifte (m. 13) *"bir ay"* olarak belirlenmişti (**TBMM** 2017: 14).

189 **AHYDK**: 20.

190 *"Meclisin ucu açık onay süreci ortadan kalkacak"*. **Ak Parti**: 19. CB Başdanışmanları Yaşar (*Habertürk*, 14.04.2017) ve Uçum (*Hürriyet*, 25.01.2017) benzer görüştedir.

191 AYM, K. 2018/70 (başvuru gerekçesi).

192 **TBMMTD**, D. 26, YY. 2, B. 53, T. 09.01.2017: 60 (Deniz Baykal - CHP).

193 **Esen**: 68.

B) Doktrinde OCBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Kanunla aynı düzeydedir

Yaygın görüş, kanunla aynı düzeyde olduğu yönündedir. Başlıca gerekçe, "kanun hükmünde" nitelemesidir[194].

2) Olağan CBK'dan doğrudan veya dolaylı üstündür

Bir görüşte, olağan CBK'dan *"daha üst düzeyde"*dir[195]. Gülgeç ise, "dolaylı hiyerarşi" tezini tartışır: Any. m. 104/17'de "kanun" şeklî anlamda kullanılır ve kanun gücündeki diğer işlemleri kapsamaz. Kanunla olağan CBK aşılabileceği ve olağan CBK'nın ihdası belirlenebileceği için, OCBK'nın olağan CBK'dan doğrudan üstünlüğü savunulabilir. Ancak OHAL'in gerekli kıldığı konularda çıkarılma zorunluluğu, bu görüşe temkinli yaklaşmayı gerektirir. Olağan CBK'nın ihdas usûlünün OHAL'le ilgili olup olamayacağı sorusuna verilecek yanıt olumlu ise olağan CBK'dan doğrudan, aksi takdirde dolaylı üstündür[196]. Bu teze katılamıyoruz. Dahası, olağan CBK'nın ihdasını kanunla belirleyebilme, esasen eleştiriye en açık yönüdür. Zira, varsayımsal norm üzerinden hiyerarşi kurulabileceği görüşünü kabûl etmiyoruz. Kaldı ki yazar, OCBK'nın ihdasının -varsa- kanunla düzenlenmesinin önündeki engeli açıklamamıştır.

C) Görüşümüz: OHAL CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) OCBK'nın hiyerarşik düzeyi

a) Biçimsel geçerlilik ölçütü açısından

Yetkiyi veren norm, Any. m. 119/6'dır. Ancak, ön şartla çıkarılır: OHAL veya savaş ilânı. Niteliği, yayımı, TBMM'ye sunulması ve yürürlükten kalkması da düzenlenir (119/6-7). Usûlü düzenleyen norm, üst normdur. Özetle, biçimsel geçerlilik açısından üst normun Anayasa olduğu konusunda kuşku yoktur.

Bu hususu kanun düzenlese, geçerlilik normu olurdu. Bu tür bir düzenleme olmadığı için, kanunla hiyerarşi kurulamaz.

b) İçeriksel geçerlilik ölçütü açısından

Anayasa'daki içeriksel sınırları sıralayabiliriz: Genel olarak, *"OHAL'in gerekli kıldığı konular"*la sınırlıdır. Madde gerekçesinde de,

194 **Gözler** 2019: 947; **Söyler**: 165; **Açıl**: 749.

195 **Boztepe**: 28.

196 **Gülgeç**: 213-214.

"OHAL ilanı şartlarının gerekli kıldığı konular" deyimiyle, ilân-kararname arasında *"gereklilik"* ilişkisi aranır[197]. CBK için öngörülen ödenek sınırı, OCBK için de geçerlidir[198]. Olağan CBK'daki "yürütme yetkisi" sınırlaması burada olmasa da, münhasır kanun alanına ilişkin konular düzenlenemez. Olağan CBK için haklar alanındaki konu sınırlaması ise geçerli değildir (Any. m. 119/6). Any. m. 15/2'ye göre, *"Anayasada öngörülen güvenceler"* aşılabilir. Ancak, mutlak haklara dokunulamaz. Kaldı ki, en vahim hâllerde dahi aşılmaz duvar olan m. 15, yalnızca OCBK için değil, OHAL mevzuatının ve en başta OHAL Kanununun sınırı olarak da m. 119/5'te açıkça geçer. Venedik Komisyonu raporu[199] ve doktrinde[200] m. 15'teki mutlak haklara da (*sert çekirdekli temel hak*) dokunulabileceği belirtilse de, mümkün değildir. Zira her yerde, her zaman, her kişi için, her şartta ve herkese karşı mutlak koruma (*"sıfır"* tolerans) esastır.

Olağan CBK'da olduğu gibi, OCBK da kanunla aşılabilir mi? Any. m. 119'da Any. m. 104/17'ye atıfla, 2. cümledeki sınırlamanın geçersiz olacağı hükmü, diğerlerinin geçerliliğinin zımnî kabûlü anlamında yorumlanabilir mi? Bu konu da tartışılmaya değer[201].

---

197 Teklif, m. 13 gerekçesi. **TBMM** 2017: 14.

198 **Ülgen**: 12-13.

199 *"İnsan hakları dâhil olmak üzere her türlü konuyla ilgili olabilir. 15'inci Maddede teminat altına alınanlar da buna dâhil olabilmektedir"* (para. 83). **AHYDK**: 20.

200 *"Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, adil yargılanma hakkı, haberleşme hürriyeti gibi birçok temel hak ve özgürlük OHAL döneminde Cumhurbaşkanının üzerinde sınırlama yapabileceği bir duruma getiriliyor"*. **Tecim** & **Aydın**: 14. Oysa yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü mutlak hak olup, OHAL'de dahi asla müdahale edilemez.

201 Doktrin, m. 104/17'nin tüm CBK'lar için değil, 4 konuya ilişkin spesifik olağan CBK'lar için genel norm olup olmadığı sorusuna odaklanmış, bu yönü ise pek tartışmamıştır. M. 119/6'da m. 104/17, c. 2'ye referans yapılırken, diğer cümleler ve özellikle c. 3'teki münhasır kanun alanına ilişkin hükme referans yapılmaz. CBK alanı haklar açısından genişlese de, diğer konularda sınırlıdır. OHAL Kanunu ve her tür müdahale ise, m. 15'teki *"ilkeler doğrultusunda"* olmalıdır. Farklı bir yorum da yapılabilir: CBK'yı kanunla aşma, m. 119'da değil, m. 104'tedir. Sistematik yorumla, m. 104 olağan CBK ile ilgilidir. Eğer böyle ise, m. 119'da neden 104'e atıf yapılır? Ayrıca, m. 104'e atıfla istisna normu öngörülürken, kanunla CBK'yı aşma kapsam dışı bırakılır. Yetkide açık norm aranır. Ancak, öncelikli düzenleme tezinde, -CBK öncelikli düzenleme alanları hariç- düzenleme olmayan her konu kanunla düzenlenebilir. Bu durum, OCBK'yı "karar"a veya "kanun"a dönüştürme işleminden faklıdır. Zira, bahsettiğimiz husus OCBK'dan ayrı ve bağımsız bir işlem olan kanun çıkararak OCBK'yı aşma, son 2 alternatif ise OCBK'yı dönüştürmedir. İlk olasılıkta *"**yeni kanun**"*, diğerinde *"dönüştürme kanunu"* vardır. Kaldı ki, TBMM -olağan CBK'dan farklı olarak- OCBK'yı kanuna dönüştürebileceği için, ayrıca kanunla aşma konusunu düzenlemeye gerek kalmadığı da savunulabilir.

Any. m. 8 ve 119 arasında *lex specialis* ilişkisi varsa, OCBK'nın m. 8'in istisnası olup olmadığı tartışılabilir. Hem OCBK "kanun hükmünde"dir, kanunu değiştirebilir (m. 119); hem de yürütme yetkisi kanuna uygun olmalıdır (m. 8). Durum şöyle izah edilebilir: OCBK, Any. m. 8 gereği, tüm kanunlara değil, ilgili kanuna (OHAL Kanunu) ve Any. m. 15 ve 119'a uygun olmak kaydıyla, diğer kanunları değiştirebilir. Kastedilen, geri kalan tüm kanunlar değil, OHAL'in gerektirdiği konularla ilgili kanunlardır.

OHAL ve savaşta çıkarılan CBK, şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'ye taşınamaz (Any. m. 148/1). Ancak, bir normun yargısal denetim yasağından, normun hiyerarşik düzeyine ilişkin çıkarım yapılamaz. Özellikle, denetlenemeyeceği normun üzerinde konumlanacağı görüşüne katılamıyoruz. Herhangi bir kanunla arasında denetim ilişkisi yoktur.

AYM'nin 2015 öncesindeki gibi bir içtihatla bu işlemleri denetleme olasılığını da göz ardı edemeyiz. Anayasal yasak içtihatla aşılırsa, Anayasa'nın OCBK'nın üst normu olduğu denetim ölçütü açısından da teyit edilmiş olur. CBK'nın en başta OHAL Kanunu ve ilgili diğer mevzuata uygunluk açısından herhangi bir denetim gereği kanıtlanabilir ve/veya Anayasa'ya bu yönde norm konursa, tartışma başka yöne evrilebilir.

Any. m. 119'da kanunla durdurma atfı dikkate alınınca, ideal uygunluk zinciri şudur: Anayasa, OHAL Kanunu, OCBK, ilgili yönetmelik, diğer düzenleyici işlemler. Ancak, "kanun hükmünde" nitelemesi bu iddiayı etkiler.

Sonuç olarak, OCBK'nın denetimi kapatılsa da, Anayasa ile içeriksel sınırların belirlendiğinden hareketle, üst normun Anayasa olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Denetim yasağı ile, üst-alt ilişkisi güvencesiz kalacaktır. OCBK ile -OHAL Kanunu tartışması hariç- diğer kanunlar arasında hiyerarşik ilişki kurulamaz. Bu Kanun'la ilişki ise, biçimsel geçerlilik (ihdas) değil, hakları sınırlama ve durdurma ile sınırlıdır. OCBK ile sadece Anayasa ile -ki, bu da istisnaî anayasa kısmı ile sınırlı- ilişki doğar. OCBK ile alt işlemler arasında ilişki kurulamazsa, NH sisteminde 2. boyutta yer alır.

Re'sen yürürlükten kalkma yaptırımının hiyerarşi yaratıp yaratmadığı da tartışılabilir. TBMM'de 3 ay içinde sonuç alınamazsa OCBK kendiliğinden yürürlükten kalkacağı için, geçerliliği etkilenecektir. Ancak bu, biçimsel veya içeriksel geçerlilik açısından

kanuna aykırılık değil, Anayasa normunun usûlî şarta bağladığı sonuç olup, kanunla üst-alt ilişkisi içermez. Kanuna veya karara dönüştür(e)memeden kaynaklı "ihmal nedeniyle geçersizlik", "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık" olarak düşünülse dahi, kanunla hiyerarşi doğurmaz. Geçerlilik ilişkisi kurulacaksa, geçersizlik şartını öngören Anayasa ile kurulabilir, şeklî anlamda tekemmül etmeyen "kanun"la değil.

2) Ek sorun: OCBK'yı kabûl kanununun hiyerarşik düzeyi

a) Biçimsel geçerlilik (ihdas) açısından

TBMM, OCBK'yı görüşerek karara bağlar (Any. m. 119/7). "Karara bağlamak"tan söz edilse de, pratikte TBMM, şeklî açıdan yürütme işlemi olan OCBK'yı, yasama işlemi olan kanuna dönüştürür. Kanunun ihdas normu, başta Anayasa olmak üzere, İçtüzük'teki detaylı normlardır. Şeklî açıdan birer yürütme işlemi olan OHAL ilânı ve OCBK'da usûlü belirleyen norm yalnızca Anayasa iken, kanunda İçtüzük de eklenir. Anayasa kanun için iptal sebeplerini sınırlamış olsa da, İçtüzük kanunun ihdası açısından biçimsel açıdan üst normudur.

b) İçeriksel geçerlilik açısından

OCBK kanunlaşırsa, yeni işlem denetim yasağı kapsamından çıkar. Zira, istisna ve yasak dar yorumlanır. Anayasal normda *ratio legis* OCBK ile sınırlı olduğu için, yeni kanunun şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı denetlenebilir. Bu ise, kanunun yalnızca ihdas değil, içeriksel açıdan da Anayasa'nın altında olmasıdır. Ölçü norm -OHAL Kanunu tartışması hariç- kanun değil, Anayasa'nın olağan dışı rejimi, yani "istisnaî Anayasa"dır.

§ V. SONUÇLAR & ÖNERİLER

Ulaştığımız sonuçlar ve önerilerle çalışmayı noktalıyoruz.

A) ULAŞILAN SONUÇLAR

- CBK'nın hiyerarşik konumunu belirleme güçlüğünün başlıca nedeni de, Anayasa normlarının yazımındaki özensizlikten kaynaklanan belirsizliktir. Doktrindeki farklı ölçütler de sorunu derinleştirmektedir.
- Özensizliklere diğer örnek, tekrar maddelerdir. M. 150 varken m. 104/7'nin, m. 124 varken m. 104/18'in tekrar ve gereksiz olduğu savunulabilir.

- Sonuçların birbirinden bu denli farklılaşmasının, hatta aynı Anayasa normundan taban tabana zıt hükümler çıkarılmasının başlıca nedeni ise, türev kurucu iktidarın CBK'yı "tek tip" işlem olarak tasarlamadığı ve düzenleme konularını ayrıştırdığı gerçeğinin göz ardı edilmesidir.
- Hiyerarşi konusundaki tartışmanın doktrindeki değerini yadsımamakla birlikte, önemi ikincil plânda kalır. Zira, asıl sorunla teoriden ziyade pratikte karşılaşılacaktır. Ancak, özellikle Any. m. 104/17'nin yarattığı karmaşadan dolayı, gerek doktrinde ve gerekse AYM içtihadında tutarlı bir çerçeve inşa etmek oldukça güçtür.
- Doktrinde hiyerarşi analizlerinde kullanılan gerekçeler, AYM ve Danıştay'ın CBK ve diğer CB işlemleri üzerinde yapacağı denetime hiç kuşkusuz yön verecektir. Ancak, tartışmaya iç içe geçmiş birçok ayrımın yön vermesi, doktrinde hukuk mantığı ile açıklanması zor yorumlar yaratmıştır. Bu karmaşanın, AYM jürisprüdansını benzer çelişkilere itmesi kaçınılmazdır.
- Aslında Anayasa, normların çatışma olasılıklarını kısmen tüketmiştir. Ancak, başta AYM yargıç ve raportörleri olmak üzere, yargısal mercileri önemli tartışmaların beklediğini tahmin etmek kehanet sayılmamalıdır. Özellikle CBK-kanun ayrışmasındaki belirsizlik, ortak alanda (kamu tüzel kişiliği) düzenleme yetkisi, alan tartışmasının yanı sıra, birçok kavramı içtihadî yorumla açıklığa kavuşturma (tavzîh) gereksinimi...

B) SOMUT ÖNERİLER

- CBK'ların denetiminde, çok boyutlu yaklaşım ekseninde, farklı alan nitelemelerinde kullanılan argümanlar dikkate alınmalıdır.
- Normun hiyerarşik konumunu saptamada, doktrinde öteden beri yerleşmiş çok farklı ölçütler yerine, geçerlilik ölçütü kullanılmalıdır.
- CBK'ların ihdas usûlünün kanunla düzenlenmesinde teorik ve normatif açıdan engel bulunmadığı görüşünden hareketle, pratikte sürecin rasyonel, şeffaf ve dolayısıyla istikrarlı zemine oturması için, Anayasa veya kanunla düzenlenebilir. Bu ve diğer belirsizlikleri normlarla gidermek yerine, sorunu "anayasal gelenekler"e terk etme tercihi gelecekte başkaca sorunlar üretme potansiyelini de barındırmaktadır. Özellikle farklı siyasal parti

veya blokların yasama ve yürütmeye egemen olması (*cohabitation*) durumunda, sorun derinleşebilir.

- Anayasa'daki belirsizlikler, özenle hazırlanacak ve TBMM'de politik çekişmelerden uzak biçimde tartışılacak Anayasa değişikliği teklifi ile giderilmelidir. CBK-kanun alan tartışmasının açıklığa kavuşturulması, karar-kararname ayrımına Anayasa'da açıkça yer verilmesi vb. sorunlar, mevzubahis anayasa değişikliğinde değerlendirilmelidir. Bu tercih, doktrindeki birçok tartışmayı sonlandırmanın yanı sıra, AYM üzerindeki yükü hafifletme açısından da katkı sağlayacaktır.

Ve son söz... Erasmus'la başladık, O'nunla bitirelim. Oldukça özensiz kaleme alınan, yetersiz tartışma ile kabûl edilen Anayasa değişikliğindeki belirsizlikleri giderme işlevi tamamen AYM'ye yüklenmiş durumda. Belki bir kez daha, AYM yargıcı sırtladığı kocaman kayayı yukarı taşımayı başaracak, ama nereye kadar? Hayır Erasmus, Hukukçuluk dünyanın en zor sanatı...

KAYNAKÇA

AÇIL, Murat, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *İÜHFM*, C. 76, S. 2, 2018: 725-756.

Adalet Bakanlığı, *AB Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, Ankara, 2011.

AHYDK (Venedik Komisyonu), *Türkiye Görüşü: Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında*, 13.03.2017. http://tiny.cc/tanc6y

Ak Parti, *Halk Oylamasına Doğru Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Kararımız Evet*, Ak Parti Siyasî ve Hukukî İşler Başkanlığı Yay., 2017.

AKBULUT, İlhan, "İslâm Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *AÜHFD*, C. 52, S. 1, 2003: 167-181.

ALKAN, Haluk, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri, *TİAD*, S. 30, 2018: 139-153.

ALTAY, Şakir, *Açıklamalı Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Bilgi Yay., Ankara, 1983.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ank.BD*, Y. 75, S. 3, 2017: 20-51.

ARSAVA, Füsun, "Avrupa Anayasallaşma Sürecinde Primer Hukukta Normlar Hiyerarşisi", *Uluslararası İlişkiler*, C. 1, S. 2, Yaz 2004: 1-24.

ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bs., Seçkin Yay., Ankara, 2018.

Avrupa Komisyonu, *AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi Ekindeki 2018 Türkiye Raporu*, Strazburg, 17.04.2018.

BAKIRCI, Fahri, Yasama Sürecinin Hızlandırılması - Yasama Yetkisinin Devri ve Nedenleri Üzerine", *KHP 6. Toplantısı'na Sunulan Bildiri* (Nihai metne ulaşılamamıştır), 29-30 Nisan 2017: 1-49. http://tiny.cc/zp5u6y

BALKIZ, Neval Oğan, "Anayasa Değişikliği Ne Getiriyor? Ne Götürüyor?", *TMHD*, Y. 62, S. 493, 2017: 22-35.

BARIN, Taylan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *Kamu Hukukçuları Platformu Bildiri özeti*.

BAŞGİL, Ali Fuad, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri: Konferanslar: Siyasi ve Sivil Hukuk Üzerine Etütler*, Yağmur Yay., İstanbul, 2008.

BOYAR, Oya, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve 'Executive Orders' : Karşılaştırmalı Gözlemler", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, Marmara Üniversitesi Yay., İstanbul, 2019: 15-28.

BOYAR, Oya, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008.

BOZDAĞ, Bekir, "Türkiye◎nin Geleceği Cumhurbaşkanlığı Sisteminde", (Söyleşi: **ÖZKIR**, Yusuf), *Kriter*, Y. 1, S. 12, 2017. http://tiny.cc/e8223y

BOZTEPE, Mehmet, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İMÜHFD*, C. 5, S. 1, Bahar 2018: 5-30.

CAN, Osman, "Anayasa Yargısında Yokluk", *55 Yıl 55 Ma*kale, AYM Yay., Ankara, 2017: 1097-1135.

CHP, *Anayasa Değişikliği Ne Getiriyor? 30 Soru-30 Cevap*, (Genel Başkan Yardımcısı Bülent Tezcan yazmıştır), 2017. http://tiny.cc/9f9a5y

CROZAT, Charles, "Yasaların Şekil veya Dış Kontrolü", *İÜHFM*, (Çev. **ARSAL**, Orhan), C. 1, S. 4, Aralık 1935: 415-435.

ÇAĞA, Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf eder mi?", *TBBD*, S. 3, 1991: 366-375.

ÇAKIR, Hüseyin Melih, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, 2019: 35-55.

DERDİMAN, Ramazan Cengiz, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, Aktüel Yay., İstanbul, 2006.

DÖNMEZ, Ünsal & **BARIN**, Taylan, "Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", *TAAD*, Y. 9, S. 35, temmuz 2018: 175-210.

DUCHACEK, Ivo D., "Constitution/Constitutionalism", *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, (Ed. **BOGDANOR**, Vernon), Blackwell, 1987.

ERASMUS, Desiderius, *Deliliğe Övgü*, (Çev. **İLHAN**, Hasan), Alter Yay., Ankara, 2008.

EREN, Abdurrahman, "Başkanlık Sistemi - 4: Yürütme Alanında Yapılan Değişiklikler", 10.03.2017. http://tiny.cc/4p494y

ERGÜL, Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", *Yıldırım Uler'e Armağan*, YDÜHF Yay., Lefkoşa, 2014: 65-86.

ERGÜL, Ozan, "Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S. 6, 2018: 30-32.

EROL, Ömer Faruk, "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, İstanbul, 2019: 65-87.

ESEN, Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ank.BD*, Y. 74, S. 4, 2016: 45-73.

GENÇAY, Fatma Didem Sevgili, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *AÜHFD*, C. 63, S. 2, 2014: 397-417.

GENOVESE, Michael A., *Encyclopedia of the American Presidency*, Revised Ed., Facts on File, New York, 2010.

GÖZLER, Kemal & **KAPLAN**, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi?", 24.02.2017: 1-26. http://tiny.cc/ft294y

GÖZLER, Kemal, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE, Ankara, 2000: 25-46 [2000-I].

GÖZLER, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", 2004. http://tiny.cc/h3294y [e.t: 03.05.2019].

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yay., Bursa, 1999.

GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 15. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Ekin Yay., Bursa, 2000 [2000-II].

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2019.

GÜL, Abdulhamit, "Milletin Özne Olduğu Sistem: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", *Yeni Türkiye*, S. 94, 2017: 1-31.

GÜL, İdil Işıl & **KARAN**, Ulaş, "Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi", (Ed: **AYATA**, G. & **YEŞİLADALI**, B.), Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi*, 2. Bs., 12 Levha Yay., İstanbul, 2018.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, 11. Bs., İmge Yay., Ankara, 2016.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Kural Koyan Organ Olarak Yasamanın Özerkliği*, CHP Grubu'na Sunulan Metin, Ankara, 2018. http://tiny.cc/my3o6y

KAHRAMAN, Mehmet & **BALKAN**, Ali, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi", *IJAVS*, Vol. 4, Issue: 19, pp. 239-246.

KALAYCIOĞLU, Ersin, "Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınavı", *Başkanlık Sistemi*, TBB Yay., Ankara, 2005: 13-29.

KANADOĞLU, Korkut, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *GSÜHFD*, S. 2, 2018: 637-650.

KARATEPE, Şükrü & **ALKAN**, Haluk & **ATAR**, Yavuz & **BİNGÖL**, Yılmaz & **DURSUN**, Gonca Bayraktar, *Sorularla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*, Memur-Sen Yay., Ankara, 2017.

KELSEN, Hans, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (Çev. **SÖNMEZ**, Yasin), *AÜHFD*, C. 64, S. 3, 2015: 857-913.

KELSEN, Hans, "Yorum Teorisi Üzerine", (Çev. **AYDIN**, M. B. & **UZUN,** Ertuğrul), *Hukuk Kuramı*, C. 1, S. 5, 2014: 45-51.

KELSEN, Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (Çev. **UZUN**, Ertuğrul), Nora Yay., İstanbul, 2016.

KILIÇ, Muharrem, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Türkiye*, 16.03.2017.

KÖKER, Levent, "Anayasa Değişiklik Teklifinde Yer Alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bâzı Tespitler ve Eleştiriler". http://tiny.cc/jd394y

KULUÇLU, Erdal, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, S. 71, 2008: 3-22.

KUZU, Burhan, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi*, 2. Bs., BKY Yay., İstanbul, 2012.

MADDEX, Robert, *Constitutions of the World*, 3rd ed., Washington, 2008.

MASLOW, Abraham, *İnsan Olmanın Psikolojisi*, (Çev. **GÜNDÜZ**, Okhan), Kuraldışı Yay., İstanbul, 2001.

MHP, *Cumhur İttifakı, Millet Aklı*, MHP 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi Beyannamesi, MHP Yay., 2018.

MILACIC, "Bütünleşme, Evrensel Değerler ve Milli Egemenlik", (Çev. **BULUT**, Belgin), *UAHK*, TBB Yay., Ankara, 2001: 550-569.

NEIL, Benjamin A., "Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation", *JCSR*: 1-10. http://tiny.cc/97494y

ODER, Bertil Emrah, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yay., İstanbul, 2004.

ONAR, Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", *UAHK*, TBB Yay., Ankara, 2001: 362-391.

ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara, 2003.

ÖZBUDUN, Ergun, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Başkanlık Sistemi*, TBB Yay., Ankara, 2005: 105-111.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bs., Yetkin Yay., Ankara, 2017.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, *Hukuka Giriş*, Ege Matb., Ankara, 1959.

PAULSON, Stanley L, "How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law", *Revus*, No. 21, 2013: 29-45.

RENOUX, Catherine Meyson, *Lexique Droit Constitutionnel / Anayasa Hukuku Sözlüğü*, (Çev. **YILMAZ**, Didem), Özel Matb., İstanbul, 2005.

ROSKIN, Michael G. & **BERRY**, Nicholas O., *Uluslararası İlişkiler*, (Çev. **ŞİMŞEK**, Özlem), Adres Yay., Ankara, 2014.

SAĞLAM, Fazıl, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., Lefkoşa, 2013.

SARTORI, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev. **ÖZBUDUN**, E.), Yetkin Yay., Ankara, 1997.

SAV, Atilâ & **SAV**, N. Özden, "Usûlüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Antlaşmaların Özü ve Kapsamı Hakkında", *TBBD*, S. 109, 2013: 401-408.

SEZER, Abdullah & **KIRIT**, Emrah & **BOYAR**, Oya, *Hukuk Devleti*, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı Yay., İstanbul, 2003.

SEZER, Abdullah, *1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi*, (Doktora Tezi), İstanbul, 2006.

SEZER, Abdullah, *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, Beta Yay., İstanbul, 2004.

SÖYLER, Yasin, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2018.

SUR, Melda, *Uluslararası Hukukun Kaynakları*, Beta Yay., İstanbul, 2013.

ŞAHİN, Metin, *Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması*, (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2014.

ŞİRİN, Tolga, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı': Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *AHD*, C. 7, S. 14, 2018: 289-356.

TANÖR, Bülent & **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2018.

TAŞDÖĞEN, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *AÜHFD*, C. 65, S. 3, 2016: 937-966.

TBB, "Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu Tarafından 'Anayasa Değişikliğinin Çevre Hukukuna Etkileri' Konulu Panel Düzenlendi", 23.03.2017. http://tiny.cc/9x223y [2017-I].

TBB, *Anayasa Değişikliği Teklifi'nin Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Metni*, 2017. http://tiny.cc/cfoc6y [2017-II].

TBMM, *2017 Anayasa Değişikliği Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu*, T. 04.01.2017, Esas no: 2/1504, SS. 447, TBMM Yay., Ankara, 2017.

TBMM, *Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı*, TBMM Yay., Ankara, 2018.

TECİM, Derya & **AYDIN**, Arif Nazif, "Yeni Anayasa", *Hukuk Gündemi*, 2017, S. 1: 10-14.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2008.

TUNÇ, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Yetkin Yay., Ankara, 1997.

TUNÇ, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.

Türk Hukuk Lügatı, (Haz: Türk Hukuk Kurumu) 3. Bs., Başbakanlık Yay., Ankara, 1991.

ULUSOY, Ali, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?": 1-9. http://tiny.cc/03394y

UYGUN, Oktay, "[yorum"], *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, TBB Yay. Ankara, 2013: 308-309.

ÜLGEN, Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *GSÜHFD*, S. 1, 2018: 3-39.

WACKS, Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (Çev. **SÜZGÜN**, Fatma & **ÜNVER**, Şahin & **ÜNVER**, Sedat), Astana Yay., Ankara, 2016.

YAYLA, Ahmet, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, İstanbul, 2019: 56-64.

YAYLA, Yıldızhan, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, MÜHF Yay., İstanbul, 1985.

YILDIRIM, Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, 2017: 13-28.

YOKUŞ, Sevtap, *Türkiye'de Siyasal Süreçlerin Anayasal Düzleme Yansımaları*, Democratic Progress Institute, 2018. http://tiny.cc/1d594y

YÜKSEL, İsmail, "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi", *HÜHFD*, C. 7, S. 2, 2017: 251-274.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yay., İstanbul, 1996.

Gazeteler: *Milliyet*, 23.12.2016; *Hürriyet*, 25.01.2017; *Sabah*, 08.02.2017; *Habertürk*, 14.04.2017; *Cumhuriyet*, 24.09.2018.

Diğer kaynaklar: Resmî Gazete, TBMM Tutanak Dergisi, AYM Kararlar Dergisi, Danıştay Dergisi, Sayıştay Dergisi.

KISALTMALAR

AHYDK: Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu); **AHD**: Anayasa Hukuku Dergisi; **ANHTHKİ**: Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Sempozyumu; **Ank.BD**: Ankara Barosu Dergisi; **Any**: Anayasa(sı); **AÜHFD**: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **AYM**: Anayasa Mahkemesi; **B**: birleşim; **bkz**: bakınız; **b.k.v.t.a**: bold karakterli vurgular tarafımıza aittir; **C**: cilt; **bs**: baskı, **CBK**: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; **ÇÜHFD**: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **D**: yasama dönemi; **dp**: dipnot; **e.t**: (internet kaynağına) erişim tarihi; **f**: fıkra; **GSÜHFD**: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **HÜHFD**: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **İHAM**: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi;

İHSDU: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli; **IJAVS**: International Journal of Academic Value Studies, **İMÜHFD**: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **İÜHFM**: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; **İYUK**: İdarî Yargılama Usûlü Kanunu; **JCSR**: Journal of Criminal Justice Research; **K**: karar no (mahkeme kararı); **KHP**: Kamu Hukukçuları Platformu; **Kn**: kanun(u); **LDD**: Liberal Düşünce Dergisi; **m**: madde; **MÜHF-HAD**: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi; **OCBK**: OHAL CBK; **OKHK**: OHAL KHK; **örn**: örneğin; **para**: paragraf; **RG**: Resmî Gazete; **s(s)**: sayfa(lar); **S**: sayı; **T**: tarih; **UAHK**: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı; **TBMM-AK**: TBMM Anayasa Komisyonu; **TBMMTD**: TBMM Tutanak Dergisi; **TDVİA**: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi; **TİAD**: Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi; **TMHD:** *Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi,* **vb**: ve benzeri; **Y**: yıl; **yay**: yayını; **YY**: yasama yılı; etc.

ÜÇÜNCÜ OTURUM: Soru-Cevap

Soru: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesinde öğretim elemanıyım, öncelikle sunumları için çok teşekkür ederim değerli hocalarımıza. Ben Abdurrahman hocamıza iki soru yöneltmek istiyorum iznine sığınarak.

Abdurrahman hocam sunumunda genel yerleşik kanının aksine şöyle bir cümle sarf etti. Şimdi bizim iki gündür tartışmalarımız da olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kişi ve siyasi hakların düzenlenmeyeceği ancak sosyal ve ekonomik hakların düzenleneceği noktasında temel itibariyle bir konsensüs vardı. Fakat hocam sunumunda düzenlemenin içinde sınırlama da vardır. Dolayısıyla ne anayasa koyucunun lafzi olarak bunu belirtmemiş olması sosyal ve ekonomik haklarını düzenleyebileceği anlamına gelmiyor gibisinden en azından benim anladığım şekilde bir görüşün de bulunduğu bunu birazcık açmasını rica edecektim kendisinden.

İkinci bir soru olarak da çok kısaca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi noktasında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini hem şekil hem esas açısından 60 gün içerisinde Cumhurbaşkanı, birinci ve ikinci siyasi parti grubu ve 120 milletvekili dava açabiliyor. Hocam sunumunda Cumhurbaşkanı kendi çıkarttığı kararnameye neden dava açsın bu birazcık KHK'ların doğrudan doğruya yeni sisteme direkman bir anlamda yapıştırılması gibi bir anlamda cümle sarf etti. Acaba hocam şu ihtimal göz önünde bulundurularak hüküm konulmuş olabilir mi? 1982 Anayasasına göre Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde yeni cumhurbaşkanlığının 45 gün içinde seçimini yapıp göreve başlaması gerekiyor. Acaba o kalan sürede yeni gelen Cumhurbaşkanının bir önceki Cumhurbaşkanın çıkarttığı kararnameye dava açabilme olasılığı göz önünde bulundurularak bu hüküm konmuş olabilir mi? Çok teşekkür ederim.

Cevap: **(Prof. Dr. Abdurrahman Eren - Haliç Üniversitesi)** Düzenlemelerin güzelliği burada her türlü zihin açıcı fikre imkân tanıyor. Tabi sondan başlarsam gerek yok zaten yeni Cumhurbaşkanı kendi kararnamesini bir hükümle geri alır. Anayasa Mahkemesi'ne niye

götürsün, akşam yazar sabah resmi gazeteye gönderir ve iptal ettim der. Anayasa Mahkemesi niye öyle strese girsin boşu boşuna o yüzden oradan o ihtiyaç değil bence tamamen o kes yapıştır mantığından kaynaklanıyor.

İlk soruya girersek oarda ben kendim iyi anlatamadım. Ben, sosyal ve ekonomik haklar ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırlama yapacağını söylemedim ben münhasır alandaki hak, hürriyet alanında dedim. Münhasır alanda bakanlıklarla ilgili Milli Güvenlik Kurulu, Devlet Denetleme Kurulu bu alanlardaki düzenlemelerin içinde sınırlandırmalar da olacak, kanunilik şartı aranmaması lazım yoksa bir karmaşa olabilir.

Bu sonuçta sınırlı alandır idare ile ilgili bir düzenleme alır. Elbette ki temel hak ve hürriyetleri Cumhurbaşkanı gözetecek.

Bunu Cumhurbaşkanı yapıyor diye hak ve özgürlükleri yıkayacağım, yakacağım değil zaten şunu da unutmayalım yani kanunla sınırlama alanına Cumhurbaşkanı düzenleme yapmayacak diye bir şey yok. İkincil düzenlemeleri zaten yapabilir. Bugün yönetmeliklere bakın, bence kanundan daha çok sınırlama var ama o sınırlamalar bir kanuna dayandırdığımız için görmüyoruz. Yani bugün bir herhangi bir üniversitenin yönetmeliğine bakın dolayısıyla bu olayı bu şekilde şey yapmaya gerek yok. Sonuçta bir şeyin anayasaya ve kanuna uygunluğu ile dava edilebilirliği ayrı bir konu.

Prof. Dr. Turan Yıldırım: Özel hüküm – genel hüküm dediğiniz şeyde iki ayrı kanunlar ihtilafında söz konusu olur. Kanunlar ihtilafı yok burada, anayasa alelade bir metin değil. Şimdi bir normda bir kanunda bir hüküm getirilir, esas getirilir onun istisnaları da aynı metin içerisinde yer alır. Anayasamızın genel ilkeleri var yasama yetkisinin asliliği konusunda, yasama yetkisi devredilmez diye bir hüküm var. 123. madde de idarenin kuruluşunu ve görevlerinin kanunla yapılacağı şeklinde asli bir ilke var bunun istisnaları var.

Diyor ki anayasa bakanlık kurar diyor, kamu tüzel kişisi kurar diyor. Bunun dışında bütün hak ve hürriyetleri ihlal edecek şekilde ya da bütün alanlara girecek şekilde düzenleme yapma yetkisi vermiyor bunu bir daha düşünün.

Prof. Dr. Abdurrahman EREN: Daha çok düşüneceğiz hocam evet. Tabi ki dediğim gibi ben kendi görüşümü paylaştım bu da tabi

dediğim gibi ben de bunu sistemin temelinde sorun olup olmadığına girmiyorum. Bu düzenlemelerin genel anayasal sorunlarına hiç girmiyorum ama sonuçta karşımızda bir düzenleme var. Uygulamada yaptığımız yorumların tutarlı olması lazım, uygulanabilir yorumlar yapmak lazım, yani söylediğiniz şeyi sadece hukuki fantezi olsun diye söyleyerek de işin içinden çıkılmaz.

Ben burada tamamen bunu makale olarak vereceğim, görüşümden dönme şansım da yok bu saatten sonra makale olarak o yüzden yani söylediğim her argümanı otomatikman yazdığım için de ben o konumdayım.

Ama bunu şöyle düşünün Cumhurbaşkanlığı bu yetkiyi kötüye kullanacağı argümanından gidiliyor. Ama bunu nasıl araştıracaksınız? Yani öyle bir şey diyorsunuz ki sınırlamaları bir kanunda göreceğiz düzenlemeyi, o zaman ikisini yan yana koyacağız kanunda disiplinlerle ilgili… Yani bu pratik olacak bir şey değil, yoksa idare olarak Anayasada böyle olmaması gerekir.

Zaten ben diyorum, o başka bir konu oraya hiç girmiyorum ben burada bu yorumlara tutarlı ve mantıklı yoruma bağlama anlamında kendimle de dedim ya zaten zorlayarak diyorum ya başka çare yok.

Soru: (Taylan Barın - Anayasa Mahkemesi Raportörü) Öncelikle sunumlar için her iki konuşmacıya da teşekkür ediyorum. Benim de sorum Abdurrahman Hocama olacak. Bir kere münhasır alan kabulünde bile sınırlamanın CBK ile yapılması fikrine katılmadığımı ifade ediyorum. Düzenleme ile sınırlamanın arasındaki farkın doğrusu çok iyi anlaşılabildiğini düşünmüyorum.

Örneğin CBK ile ancak 4 yıllık fakülte mezunları genel müdür olabilir dediğimizde, bu bir düzenleme ama lise mezunları için de bir sınırlama olacaktır. Burada kesişen noktada, CBK ile kanunun kesiştiği noktada, düzenleme ile sınırlamayı bu ikisinin hangi ölçütü kullanarak nasıl ayırabiliriz? Teşekkürler.

Cevap: (Prof. Dr. Abdurrahman Eren - Haliç Üniversitesi) Şimdi zaten düzenleme ile sınırlama ayrımı yeni keşfedilmiş bir şey değil. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında yıllardan beri düzenleme ile sınırlama ayırarak KHK ile sınırlama yapılamayacağını, düzenleme yapılacağını söyleyerek oluşturduğu içtihatlar var.

Dolayısıyla eğer bir normun alanı bir düzenleme ile daraltılıyorsa yasaklamalar getiriliyorsa bu bir sınırlamadır. Yok, normun uygulamayı genişletici yol gösterici ise düzenleme olarak zaten bu dediğim gibi içtihatlarla belli bir alt yapısı var.

Ama ben neden bu alanda peki diyorum ki sosyal ve ekonomik haklar da sınırlama kanunla iddiasını devam ettiriyorum. Çünkü burada ikisiyle de düzenleme ile yapılma imkânı var o zaman sınırlamalar kanun olacak ama bu alanda zaten kanun giremediğine göre giremediği bir alanda siz diyorsunuz ki sınırlamaları dışarıda tut. Öyle bir düzenleme olmaz. Bu pratikte yapılabilse keşke ama çok aklıma yatmıyor açıkçası. Zaten şuan bakarsanız çıkan KHK'lara içinde sınırlamalar dolu. O zaman ne yapacağız onlar Anayasaya aykırı deyip iptal edip bir kanunla mı bunları yazacağız.

Soru: (Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ - Galatasaray Üniversitesi) Hocam münhasır alan kabul ettikten sonra sınırlamaların kanunla değil CBK ile yapılabilmesinin tutarlı olduğu görüşlerinize katılıyorum.

Ancak siz dediniz ki diğer mevzuatın aykırı hükümleri uygulanmaz CBK'lar da yer alan o yüzden münhasır alan kabul etmiştir. CBK'ları Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde diğer mevzuatın uygulanamayacağına ilişkin hükmü dikkate aldığınız mahfuz alan olduğu için.

Prof. Dr. Abdurrahman EREN: Ben dedim ki zaten münhasır alan görüşü çıkan CBK'larca da benimsenmiş bu hüküm asıl onu gösteriyor.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Ben de tam onun tersini söyleyeceğim size. Bakanlıkların hepsinin görevlerinin en son bendinde kanunlarla bakanlıklara verilecek yetki ve görevlerden bahsediyor. Münhasır dediğimiz takdirde bütün o kanunlarda yer alan görev ve yetkileri iptal etmemiz gerekmiyor mu? Onların hepsi Anayasaya aykırı hale gelmiyorlar mı? Şimdi bakanlıkların görev ve yetkileri anayasaya göre münhasır alanda diyorsunuz bu durumda kanunla bakanlıkların görev ve yetkisi düzenlenemez.

Prof. Dr. Abdurrahman EREN: Görev ve yetki düzenlenebilir.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Nasıl olacak şimdi.

Prof. Dr. Abdurrahman Eren: Bir dakika tam olarak yani şöyle söylüyorum kanunlar kararnameye atıf yapabilir, zaten atıf yapıyor.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Atıf değil doğrudan İçişleri Bakanlığı'na yetki veren kanunlarımız var veya Çevre ve Şehircilik Bakanlığında görev ve yetki veren kanunlarımız var yapı denetim kanunu var, toplantı gösteri yürüyüşleri kanunu var.

Prof. Dr. Abdurrahman Eren: Eğer çatışıyorsa CBK uygulanacak.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Çatışma yok.

Prof. Dr. Abdurrahman Eren: Çatışma yoksa ikisi beraber olabilir tabi, sonuçta münhasır alanlara girilmemiş demektir. Eğer iddia eden varsa bu kanunun alanına giriyor, CBK alanına girmiyor Anayasa mahkemesi karar verecek.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Şimdi hocam anayasada bakanlıkların görev ve yetkilerini münhasır alan olarak kabul ettik, kanunla düzenlenen düzenlenemez dedikten sonra o düzenlemenin çatışıp çatışmasından bağımsız olarak düzenleyemez.

Prof. Dr. Abdurrahman Eren: Ama şimdi mahfuz alanının gerçek anlamda karşılığı zaman ve uygulamayla netleşecek bir şeydir. Dolayısıyla siz teorik olarak bu benim alanım diye yazarsınız kanunun da derki hayır, bu alan zaten Anayasa Mahkemesi'nin yine ihtilaf çözücü işlevi ortaya çıkmış oluyor. Anayasa Mahkemesi bu hangi normun alanına girdiğini pratikte zamanla ayrıştıracak.

Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ: Ama kanuna da bir kere izin verdikten sonra kanunla da o münhasır alanda düzenleme yapılabileceğini bu durumda kabul etmez mi?

Prof. Dr. Abdurrahman EREN: Hayır, ben kabul etmiyorum. Eğer giriyorsa yapamaz. Girip girmediği dava konusu olabilir. Cumhurbaşkanı diyebilir ki, hayır bu benim alanıma girdi bu düzenleme zaten CBK'lar da hükümler diyorsak uygulanamaz diyor zaten. Uygulayıcı neye bakacak KHK'daki bu hükme bakacak, diğer mevzuat hükümleri uygulanamaz diyor. Ya bu anayasaya aykırıdır diye iptal edilmesi lazım ya da uygulayıcı o hükme bakar kanun o hükmü uygulamaz çatışıyorsa. Çatışmıyorsa sorun yok bence, çünkü alanlar çakışmıyor demektir. İkisi kendi alanda düzenleme yapmış demektir.

Soru: (Hamit Yelken - Genel Kurul Başraportörü) Ben de her iki konuşmacımıza teşekkür ediyorum.

Benim sorun Abdurrahman Hocama. Acaba Cumhurbaşkanı kararnamesi ile bireysel işlem yapılabilir mi, atama gibi işlemler yapılabilir mi, anayasada bunu engelleyen bir husus var mı? Bunun Anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsanız bunu nasıl temellendirirsiniz. Yine aykırı olduğu varsayımını kabul ettiğimizde Anayasa Mahkemesi bunun esasına geçip böyle bir düzenleme yapamazsınız deyip iptal mi etmelidir. Yoksa bu tür düzenlemeleri yapma görevi bu bir bireysel işlem olduğu için Danıştay bakması gerekirdi benim yetkim de değil deyip ilk inceleme aşamasında ret kararı mı vermelidir?

Son sorum da şu yarışan alanda genel bir CBK ile kanunun düzenlediği bir konu aynı ise aykırı değil aynı ise CBK kuralının iptali gerekecek midir?

Cevap: (Prof. Dr. Abdurrahman EREN - Haliç Üniversitesi) Her soru aslında normları gözünüze getirip bir şey üretmek zor bir şey. Çünkü o kadar normlar birbirine şey yapıyor ki şimdi şöyle söyleyeyim bireysel işlemle ilgili konu olarak bence bunun kanundan bir farkı yok kanun nasıl ki bireysel işlem yapamıyor. Anayasa Mahkemesi iptal ediyorsa CBK'da bireysel işlem yaparsa Anayasa Mahkemesi iptal etmesi lazım bu yetki anayasaya verilmiş onun düzenli işlem olmadığını CBK'nın asli yetki içerdiğini, bireysel işlem yapılmayacağını diyecek iptal edecek.

İkinci soruya gelecek olursak ortak alanda çatışmıyorsa tamamlayıcı olur birbirini. Önemli olan burada çatışıp çatışmadığı, eğer ikisi farklı hükümse o farklı hüküm çıkartılamaz alanda sonradan CBK çıkmışsa iptal konusu olacak, iptal edilmesi gerekir. Anayasanın açıkça hükmüne aykırı.

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Erdal ONAR İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi: Evet ne yazık ki süremiz tamamlandı. Söz isteyenler var ama maalesef zamanı haliyle dikkatli kullanmak durumundayız, anlaşılan bu konunun tartışmaları daha uzun sürecek yeni bir sistem, yeni bir işlem türü haliyle yerleşmesi de zaman alacak. Ben bu son oturumu kapatıyorum hepinize katkılarınızdan dolayı teşekkür ederim. Bir son söz söylemek istiyor Sayın Sezer buyurun lütfen.

Doç. Dr. Abdullah SEZER-Marmara Üniversitesi: Usulü bozduğum için özür diliyorum unuttuğum bir husus önemli olduğunu tahmin ettiğim bir husus.

Diğer hocalarımla da tartışırken de aynı hususa değinmiştik. CBK'ların kanuna uygunluk denetiminin anayasa tarafından verilmediğini ifade etmiştim. Eğer CBK-Kanun çatışmasında veya aynı konuda daha sonra kanun çıkarılırsa veya diğer birtakım hususlarda Anayasa Mahkemesi bir CBK'yı bu anlamda değerlendirirse, hangi konu olursa olsun bir çok ihtimal var. CBK'nın içeriğini değerlendirirken Anayasa Mahkemesi verilen hükümler gereği denetim yapsa bile çatışma vs. diğer hususlarda yapacağı denetim anayasallık denetimi olacaktır.

Asla kanun ile içerik çatışmasına sokup bu kanuna aykırıdır kararı veremez burada yapılan denetim kanunlarla CBK'nın alanını tartsa, müdahaleyi dikkate alsa bile yapılan denetim mutlaka anayasallık denetimi olur. Bu konuya özellikle çok dikkat çekmek istiyorum çünkü yanlış anlaşılıyor. Teşekkür ederim.

KAPANIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

Bir cenazeye katılmak durumunda olduğum için dün öğleden sonraki oturumu dinleyemedim. Ama arkadaşların bana söylediği çok tartışmalı geçtiği şeklindeydi.

Şimdi insan hayatında 57 yıl belli bir olgunluğa, belli bir tecrübeye, bir bilgeliğe denk geliyor. Her insan için bu böyle olmayabilir ama öyle olduğu varsayılır. Zannedersem örgütlerin, kurumların hayatında da 57 yıl belli bir olgunluk, belli bir deneyim anlamına geliyor. Benim bildiğim şuan faaliyette olan en eski örgüt Roma Katolik kilisesi yaklaşık 1000 küsür yıldır faaliyette. Nice savaşlar, depremler, felaketler, soykırımlar, iç çatışmalar atlatmış ama buna rağmen iyi veya kötü hala faaliyetlerini devam ettirmekte.

Ümit ediyorum Anayasa Mahkememiz de nice yüzyıllara, sadece elli yıllara değil bu salonda veya başka salonlarda da varlığını sürdürür. Bu ülke için, bu toplum için, bu millet için ve insanlık için yapmaya çalıştığı hak ve özgürlükleri koruma faaliyetini en iyi şekilde devam ettirir.

Açılış konuşmasında dün sayın başkanımız Zühtü ARSLAN AYM'nin geçirdiği üç evreden bahsetti. Ben, 2010 yılından beri tüm sempozyumlara katılmaktayım. Bu yıla kadar ki ana konu tabiri caizse yatıp kalktığımız konu bireysel başvuruydu. Şimdi bakıyorum, 7. yılında bireysel başvuru belli bir tekâmüle belli bir düzeye gelmiş, yeni bir konu ortaya çıkmış. Cumhurbaşkanı kararnameleri bunun tartışmaya açılması gayet doğal. Biraz önce Abdullah hocamızdı zannedersem benim kafam karıştı dedi. Benim kafa zaten hepten karışık, bu konuda yazılmış üç akademik makaleye denk geldim onları okudum ve kafam hala karışıyor. Ama kafa karışıklığı bence iyi bir şey, kafa karışıklığı kötü bir şey değil. Umberto Eco'dan bir alıntı yapayım *"aydınlatan sorudur, cevap değil"*. Burada güzel sorular soruldu, güzel konular gündeme getirildi.

Sorun biraz da şuradan kaynaklanıyor zannedersem, akademik çalışma demek veri demek, ham veri demek hukuk alanında ham veri mahkeme kararlarıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin vereceği kararlardan sonra zannedersem bu konuda kafa karışıklığı biraz daha azalmış olacak. Belki tamamen ortadan kalkmayacak. Ama akademisyenin bir entelektüel olarak bir bürokrat veya bir memur olarak değil, kafasının karışık olması bence sorunlu bir şey değil, iyiye işarettir. Akademisyenliğin insan topluma yol gösterme yönü var, bunu inkâr edemem ama aynı zamanda soru sorma kafasının karışıklığını toplumla paylaşmak görevini ifa eden bir boyutu da var. Üniversitede iken de böyle düşünürdüm. Bu düşüncemi hala muhafaza ediyorum.

Dolayısıyla akademisyenlerin ve uygulayıcıların kafalarının karışık olması çok sorunlu bir durum değil bence. Konu benim anladığım kadarıyla muamma ile dolu, bir tür karadelik. Geçen biliyorsunuz karadeliğin uzun uğraşlar sonucunda resmini çektiler. Mahkeme kararları, akademisyen arkadaşlarımızın, hocalarımızın yazıları ve tebliğleri ile bu karadeliğin de fotoğrafını inşallah çekeceğiz.

Son olarak mahkememiz bünyesinde bir organizasyon olarak bir takım değişiklikler oluyor. Örneğin, Mahkememizde bir Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi kuruldu. Bilmiyorum bundan haberi olmayabilir çoğu arkadaşımızın. Dünyada bildiğim kadarıyla bazı mahkemelerin, Anayasa mahkemelerinin kendi bünyelerinde araştırma merkezleri var. Bu hem mahkemenin önündeki somut sorunlar ile ilgili hem de olası sorunlar ile ilgili bir tür mutfak çalışması yapan, yapması amaçlanan bir yer.

Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezimizin de siz değerli akademisyenlerin katkılarına çok ihtiyacı var. Böyle bir merkez var. Her türlü işbirliğine, projeye ve teklife de açık. Bu bağlamda biliyorsunuz bu sempozyumda sunulan bildiriler Anayasa Yargısı adı altında bir dergide yayımlanmaktaydı. Bu, yayımlanmaya devam edecek. Ancak bu dergimiz akademik hayatın gereklerine de cevap vermek amacıyla hakemli hale gelmiştir. Yılda iki sayı çıkacak buraya da yazılarınızı, katkılarınızı mahkememiz adına beklemekteyiz.

Son olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına bu sempozyuma tebliğ sunan hocalarımız başta olmak üzere herkese teşekkürü bir borç bilir esenlikler dilerim.