

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, 108/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 ayırımına 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 kararnameleleri için ikinci anayasal sınır Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda düzenleme yasağı getirilmesidir. Bu yasağın, 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 ayırım 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; DÜRAN Lütfi, "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", İÜHFİM, C.30, S.3-4, 1964, s.472.

⁹ Bu ayırım, 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 kabildinden 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, Okyanus 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 maddeler¹²

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 Kısmıdan 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 sağlamanın 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 Mali 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 Mali 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 bakımından 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 temelden değiştireceği ve Anayasa'nın dar yorumlanması gereken bir istisna hükmüyle bu sonucun gerçekleşmesinin sistematik yorumla bağdaşmadığı sonucuna ulaşılabılır.

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 sınırlandırılması 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 sınırlandırılması 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 işlemlerini 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", İÜHFİM, 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.