



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 kararnamesinin*, yine Cumhurbaşkanı tarafından tesis edilen *Cumhurbaşkanı kararından* 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 aslilik-talilik 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 öngörölmüş 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 öngörölmesine rağmen, bu yönetmeliklerin de Cumhurbaşkanını kararı ile yürürlüğe konulmaları ve düzenleyici idari işlem niteliğindeki diğer Cumhurbaşkanını 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 Cumhurbaşkanını 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 yapılacağı belirlenmesinde, bu ayırım oldukça önemlidir¹. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi, idari işlem niteliğindeki olan Cumhurbaşkanını kararlarının yargısal denetimi ise Danıştay tarafından yapılmaktadır. Yine nitelik farkının net olarak ortaya konulması, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanını 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. Cumhurbaşkanını 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 Cumhurbaşkanını kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasının zorunlu olduğu belirtilmekle birlikte diğer bazı Cumhurbaşkanını 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 ayırımında 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 ayırımın 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 savunulmaktadır². Bir diğer görüş, Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici ya da birel nitelikte olabileceklerine yönelik bir ayırım yapılmadığından, birel nitelikteki işlemlerin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabileceğini ifade etmektedir³.

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 yukarıda bahsedilen kararnameler (Düzenleyici

Aşağıda belirtilen gerekçelerle, bu görüşlere katılmak mümkün görünmemektedir.

Kanımızca, Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile birel nitelikteki Cumhurbaşkanını kararları arasında açık bir ayırım yapıldığına yönelik çıkarım yapmak mümkündür⁴. Bu ayırım Anayasada lafzi olarak açıkça belirtilmemiştir. Fakat Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanını kararı ile düzenleme yapılabileceği ya da işlemler tesis edilebileceğinin belirtildiği Anayasa hükümlerinden, böyle bir ayırımın ortaya konulmuş olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu ayırma ilişkin anayasal hükümler şu şekilde ortaya konulabilir: İlk olarak Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin alanı belirlenirken, 104/17 hükmünde bu kararnamelerin *çıkartılması* ya da *düzenlenmesinden*, 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 hükümlerinde *düzenlenmesinden*, 123/3 hükmünde ise kamu tüzel kişiliğinin *kurulmasından* bahsedilmiştir. İşlem teorisi bakımından *çıkartılma* kavramının birel nitelikteki kararların alınmasından ziyade, düzenleyici nitelikteki idari işlemlerin yapılmasına hitap eden bir yönü vardır⁵. Birel nitelikteki kararların genellikle *tesis edilmesi*, *alınması* ya da *verilmesinden* bahsedilir⁶. Ayrıca *çıkartılma* 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 ayırım 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 *çıkartabilmesinden* bahsedilmiştir. Yani kanun hükmünde olan olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından da Anayasada kullanılmış olan deyim, *çıkartma* 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 verilmesinden* 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 söylenebilir⁷.

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 oluşturur⁸. 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 içerisinde 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 olacaktır⁹. 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 kılmaktadır¹⁰.

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 gerçekleştirilebilir¹¹. Bu kapsamda kamulaştırma kararları¹², atama ve seçme kararları¹³, 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 kararlar¹⁴, uluslararası andlaşmaların yürürlüğe giriş tarihini tespit eden kararlar¹⁵, fakülte, enstitü ve yüksekokul kurulmasına ilişkin kararlar¹⁶ ile benzeri nitelikteki kararlar, *Cumhurbaşkanı kararı* olarak yürürlüğe konulabilecek kararlardır¹⁷. 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 türleridir¹⁸.

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Düzenleyici İdari İşlem Niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı Kararları

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararları arasındaki ayırım da aslında Anayasada açık bir şekilde ortaya konulmuştur¹⁹. Anayasadaki bu ayırımın özünü, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli nitelikli, Cumhurbaşkanlığı kararlarının ise kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek düzenlemeler olarak öngörülmüş olması oluşturur²⁰. 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 İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Astana Yayınları, Cilt II, s. 37. Aynı görüşü tarihsel yorum açısından destekleyici nitelikte bir değerlendirmeye için bkz. Şirin, T. (2018). s. 171-172. Ülgen Ö. / Şirin, T. (2018). s. 31-32.

¹⁹ Bu ayırımın 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 hükümlerle 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/lulusoy-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, Cumhurbaşkanu 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 ilkesinin 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. Oksar, 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 konularda 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 asililik 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 Cumhurbaşkanını işlemlerinin Cumhurbaşkanını kararı şeklinde olması gerekir. Aksi durum Anayasanın diğere maddelerinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılabileceğinin belirtilmesiyle ortaya konulmuştur. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aslilik niteliğı, 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 görünmemektedir²¹.

Bu noktada Anayasanın 161. maddesinin yedinci fıkrasında yer verilen “Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabilceğine 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 aşılabilceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamamasından bahsedilerek, sanki bütçe kanunu ile harcanabilecek tutarın aşılması konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılabilmek gibi bir olguya işaret edilmiştir²². 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 verilmiştir²³.

Bütün bu tespitler ötesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun niteliğı veya hükmünde ya da düzenleyici idari işlem niteliğinde olup olmadığına ilişkin tartışmalar²⁴, daha çok teorik bir boyut içermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliğı bakımından aslolan, bu kararnamelerin doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulabilen, yani aslilik niteliğı 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 Örneğın, 2017 öncesi KHK veya kanunla düzenlenen bazı konularda daha hızlı şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yolu kullanılacağı için TBMM'nin yasama istatistiklerinde çıkarılan kanun sayısında kayda değere bir azalma beklenebileceğı 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 gibi²⁵, 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 buldukları 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:

çıkartılmamaları, 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 nitelendirilebilirler²⁶. Cumhurbaşkanı kararları ise tartışmasız kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanılarak ve bunlar kapsamında yürürlüğe konulabilecek düzenleme türleridir. Cumhurbaşkanı kararları aslilik niteliği taşımazlar. Bu ayırmadan 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 ayırımı belirleyicidir.

B. UYGULAMANIN GELİŞİMİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasında Anayasamızda öngörölmüş olan ayırımın uygulamaya yansması, süreç içerisinde detaylı incelenmesi gereken bir noktadır. Gerçekten de, hukuk normunun uygulamada aldığı şekil, normun öngörölüş amacına uygun olabileceği gibi öngörölüş amacından farklı yönlerde de seyredebilmektedir.

Yürürlüğe konulan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarına bakıldığı zaman, genel itibarıyla Anayasada öngörölmüş olan sistemle uyumlu bir uygulamanın gelişmekte olduğu söylenebilir²⁷. 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 çıkartılmaz. 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. Ardiçoğlu, 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 Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılabileceğine ilişkin görüşler, uygulama bakımından karşılık bulmamıştır. Böylece, birel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılması durumunda ortaya çıkabilecek mahsurlar ve hak arama ihlalleri, daha başlangıçtan önlenmiştir²⁸.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasada öngörölmüş olan aslilik niteliğine de genel itibarıyla uyumlu kararnameler yürürlüğe konulmuş, Cumhurbaşkanlığı kararları bakımından, kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanılarak ve bunların uygulanması amacıyla yürürlüğe konulma kıstası gözetilmiştir. Cumhurbaşkanlığı 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 Cumhurbaşkanlığı kararları ile tesis edilmiş olmasının uygulamada karışıklığı önlediği hakkında bkz. Fendoğlu, H. T. (2018). s. 141.

Böyle bir ayırımın 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 olmadığını 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 olmadığını 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 olmayacaktı. 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 oluşturmuştur²⁹.

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'nun 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 Cumhurbaşkanını 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, Cumhurbaşkanına³⁰, 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 anlaşılın, 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.

Cumhurbaşkanını 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; Cumhurbaşkanını 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. Cumhurbaşkanını 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 Cumhurbaşkanını kararlarına karşı açılan davaların Danıştay'da görüleceği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hükümde dikkat çeken bir diğer husus, birel nitelikteki Cumhurbaşkanını kararları ile düzenleyici idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanını kararları arasında bir ayırım yapılmış olmasıdır. Fakat her iki halde de yargısal denetim görevi Danıştay'a verilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanını 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 *Cumhurbaşkanını 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 yöntemle 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 sürmektedir³¹. Son görüş ise *maddi kriteri* tam olarak esas almakta, Anayasanın öngörmüş olduğu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanını kararı ayırımına 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 belirtmektedir³².

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 alınabilir³³. Anılan Mahkeme, Asarı Atıka Nizamnamesini, doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulmuş bir hukuki düzenleme olmasından dolayı kanun niteliğinde kabul etmiş ve yargısal denetime tabi tutmuştur³⁴. 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 değerlendirmiştir³⁵. Anayasa Mahkemesi'nin

³² Ülgen, Ö. (2018/1). s. 6, 12-13. Şirin, T. (2018). s. 169-170, 172. Benzer yönde bkz. Ardiçoğlu, 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 Atıka Nizamnamesi bir kanunu uygulama maksadıyla düzenlenmiş olmayıp konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koymakta ve bu niteliği bakımından Anayasa'nın 107'nci maddesinde sözü edilen ve kanunun uygulama şeklini belirten veya kanunun emrettiği işleri açıklayan tüzüklerden ayrı bir durum göstermekte ve yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldırmaktadır... bu Nizamnamenin kanun niteliğinde olduğunun kabulü... gerekir."

AYM, E. 1965/16, K. 1965/41, 06.07.1965. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, Asarı Atıka 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 Atıka 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 içermektedir³⁶.

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 vermekteydi³⁷. 2016 yılında verdiği karar ile Anayasa Mahkemesi, şekli kriteri esas alarak olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin hiçbir şekilde yargı denetimine tabi tutulamayacağı sonucuna varmıştır³⁸. 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 ayırım ortaya koymak gerekir. Cumhurbaşkanı kararlarından bazılarının idari fonksiyon dışında kalması³⁹, 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 açılmayacağına ilişkin Anayasa hükmü yürürlükten kaldırıldığından, bu konudaki tartışmaların seyri değişmiştir. Cumhurbaşkanının hangi işlemlerine karşı dava açılmayacağına 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. Ardiçoğlu, 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 zorundadır⁴⁰. 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 yayımlanacağını 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 Cumhurbaşkanını kararı ile yürürlüğe konulabilecek bazı düzenlemeler ve birel nitelikte tesis edilebilecek işlemlerin Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluklarına yönelik açık hükümlere yer verilirken, diğere taraftan bu kapsamda yer almayan Cumhurbaşkanını kararlarını Resmî Gazete'de yayımlayıp yayımlamama konusunda Cumhurbaşkanınına takdir yetkisi verilmiştir. Anılan Kararnameye göre Resmî Gazete'de yayımlanması zorunlu olan Cumhurbaşkanını 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, Cumhurbaşkanını yardımcısı ile bakan atanması, görevine son verilmesi veya istifasına dair işlemler, Cumhurbaşkanınına vekâlet etme işlemleri, bağılı, ilgili veya ilişkili olunan kurum değışikliklerine dair kararlar, Cumhurbaşkanınıca yapılan seçme ve atamalar ile göreve son vermeler, sınır tespit kararları, idari bağılılık değışikliğine dair kararlar, belediye kurulmasına dair kararlar ve yer adlarının değıştirilmesine dair kararlar ile özel kanunlarında Resmi Gazete'de yayımlanması belirtilen diğere işlemler (md. 4/1). Bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanmaları açısından Cumhurbaşkanınına verilmiş olan yetki, *bağılı yetki* niteliğinde olduğundan söz konusu kararların her hâlükârda Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Bu hususta Cumhurbaşkanınının *takdir yetkisi* bulunmamaktadır. Öte yandan 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi ile ikinci fıkrasında, Cumhurbaşkanınığınca Resmi Gazete'de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgeler ile burada belirtilmiş olan kararlar dışında Resmi Gazete'de yayımlanmasına lüzum görülen diğere hususların Cumhurbaşkanınığınca belirleneceğı belirtildiğinden, bu kapsamda yer alan Cumhurbaşkanını kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanıp yayımlanmaması konusunda karar verme yetkisi Cumhurbaşkanınının takdir yetkisinde kalmaktadır.

Bu noktada başlangıçta ortaya koymuş olduğumuz Cumhurbaşkanınığınca kararnamesi ile Cumhurbaşkanını kararı arasındaki nitelik farkının, söz konusu düzenleme ya da kararların Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluklarına bir etkide bulunup bulunamayacağı hususu üzerinde bir değıerlendirme yapmak gerekebilir. Bu çerçevede öncelikle Cumhurbaşkanınığınca kararnameleri ile birel nitelikte tesis edilen Cumhurbaşkanını kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmaları konusunda bir tartışma ortaya çıkmaması gerektiğı ifade edilmelidir. Çünkü hangi tür birel nitelikli Cumhurbaşkanını

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 Cumhurbaşkanlığı 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 kriterin* 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 Cumhurbaşkanu 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.

Cumhurbaşkanu kararları ise nitelik itibarıyla iki türdür. Bu kararların ilk türünü, birel işlemlerin gerçekleştirildiği Cumhurbaşkanu kararları oluşturur. Örneğin, Cumhurbaşkanının atama ve seçme kararları, bu nitelikteki Cumhurbaşkanu kararlarındandır. Birel nitelikteki Cumhurbaşkanu 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 Cumhurbaşkanu kararları ise ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın yargısal denetimine tabidir.

İkinci tür Cumhurbaşkanlığı kararları, bir kanuna dayanılarak yürürlüğe konulabilecek, talilik özelliği gösteren düzenleyici idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararlarıdır. Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri, bu anlamda tipik bir düzenleyici idari işlem niteliğinde Cumhurbaşkanlığı kararı olarak gösterilebilir.

Anayasa ve Danıştay Kanunu'nda, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığı kararları arasında oluşturulmuş olan, burada belirtilen nitelik farkından hareketle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi'ne, Cumhurbaşkanlığı kararlarının yargısal denetimi ise Danıştay'a bırakılmıştır. Uygulamada birel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı işlemleri, Anayasamıza uygun bir şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile değil Cumhurbaşkanlığı 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 kriterin* Anayasa koyucunun iradesi ile daha uyumlu olduğu, bizim ulaştığımız 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.