



CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ ANAYASA MAHKEMESİ YAKLAŞIMI

*The Legal Regime of Presidential Decrees and the
Constitutional Court's Approach*

Prof. Dr. Osman CAN*

ÖZET

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan ve Türkiye'ye başkanlık hükümet modelini getiren Anayasa değişiklikleri, Türkiye'nin yüz yılı aşan parlamenter hükümet modeli uygulamasında radikal kırılmalara yol açmıştır. Ne var ki bu kırılma yeni bir anayasal düzene geçiş suretiyle gerçekleşmemiş; mevcut anayasal düzenin üzerinde başkanlık sistemini işler hâle getirmekle sınırlı değişiklikler ve eklentiler ile kendini göstermiştir. Türkiye, parlamenter hükümet modeline sahip bir anayasal düzeni terk etmeden başkanlık hükümet modelini sisteme entegre etmiştir. Zaten sorunlu bir işleyişe sahip anayasal düzen, bu nedenle daha çok sorun üretmeye başlamıştır. Bu sorunların başında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi gelmektedir.

Anayasa değişikliklerine giden süreçte siyasal aktörlerin açıklamaları, değişiklik metninin gerekçeleri, değişikliklerin TBMM'de görüşülmesi sırasındaki açıklamalar, yapılan değişikliklere göre girilen yasal uyum çalışmalarının seyri, doktrindeki yaklaşım ve nihayet değişiklik metninin semantiği birbiriyle çelişik olduğundan bu durum genelde yeni hükümet modeline dair anayasal kurgunun, özelde ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin rasyonel analizini ciddi bir şekilde zorlaştırmıştır. Anayasa Mahkemesi, 22 ve 23 Ocak 2020 tarihlerinde verdiği üç karar ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dair anayasal çerçeveyi tayin etmeye ve bu kararları Anayasa'nın yetki ve iktidar haritasına rasyonel bir şekilde oturtmaya çalışmıştır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, osman.can@marmara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1045-9136

Bu makalede önce Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi analitik bir yöntemle ortaya konmaya çalışılmış; ardından Anayasa Mahkemesinin kararları analiz edilerek bu kararlardaki hukuki argümantasyon, yöntem ve ulaşılan sonuçların değerlendirmesi yapılmıştır. Sonuç olarak ise kararların rasyonelleştirme çabasının başarılı olup olmadığı ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: başkanlık sistemi, kararname, yasamanın genelliği ilkesi, Türk Anayasa Mahkemesi, normlar hiyerarşisi

ABSTRACT

The constitutional amendments that were held on April 16th 2017 and brought Turkey the presidential government model have led to a radical break in Turkey's practice of parliamentary government exceeding a hundred years. However, this break did not happen through transition to a new constitutional order; but instead, occurred with changes and extensions which were limited to making the presidential system function on the surface of the current one. Turkey has integrated presidential government to her already existing model without abandoning the constitutional order which involved the model of parliamentary government. The constitutional order which already had had a problematic functioning, has therefore started to generate further problems. The legal regime of Presidential decrees lies at the top of the list.

In general, the constitutional construction related to the new government model and in particular, a rational analysis of the presidential decrees have become more difficult due to the conflict between the statements of the political actors throughout the process leading to the constitutional amendments, the reason within the amending text, the speeches made during parliamentary negotiations, the ongoing flow of the legislative harmonisation with the amendments, the approach in the doctrine and finally the semantics of the amending text. The Constitutional Court, with the three judgments made on January 22nd and 23rd 2020, tried to determine the constitutional framework regarding the Presidential decrees and to rationally locate these decrees in Constitution's map of duties and authorities.

In this paper, firstly, the legal regime of Presidential decrees is tried to be presented by an analytical method; and then, by analysing the judgments of the Constitutional Court, an assessment of the legal argumentations, methods and the conclusions reached in these judgments is put forth. In conclusion, it is tried to be exhibited whether the rationalization effort of the decisions has been successful or not.

Keywords: presidential government system, decrees, the generality principle of legislation, Turkish Constitutional Court, hierarchy of norms.

GİRİŞ

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; en azından kavram olarak Anayasa'nın ilk hâlinde de mevcuttu ancak bu kavram, 2017 Anayasa değişikliği ile esaslı bir nitelik dönüşümüne uğramıştır. Parlamenter hükümet sistemi içinde ağırlığı olmayan ve Anayasa'da sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş ve teşkilatı ile sınırlı bir düzenleme alanına sahip Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹, başkanlık sistemine geçilmesiyle birlikte yürütmenin birincil düzenleme aracı olarak yeniden tasarlanmıştır. Başkanlık sistemi, eski sistemin aşına olunan kavramları kullanılmak suretiyle “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” olarak isimlendirilirken başkanlık kararnameleri (presidential orders, executive orders) de “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” olarak isimlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, uzun erimli sistem dönüşümünün en çarpıcı ve etkili araçlarından biri olan 2017 değişiklikleriyle Anayasa'ya girmiştir.

2017 Anayasa değişikliği, kendisinden önceki anayasal gelişmelerin bir uzantısı mahiyetinde olup anayasal düzende radikal kırılmalara yol açmıştır. 1970'lerle başlayan yürütmenin güçlendirilmesi serüveni, 1982 Anayasası'nın *güçlendirilmiş Cumhurbaşkanlığı* tercihi ile devam etmiştir. Bu sistemde Cumhurbaşkanlığı bir vesayet kurumu olarak nitelendirilebilse de anayasal mekanizma içinde, yasama ve yürütme arasında -biraz da parlamenter sistemin Türkiye'de yetersiz, katılımcılığı dışlayan, hiyerarşik parti yapılanmalarının oyun alanı olarak tasarlanan doğası gereği- işleme güç denge ve denetim ihtiyacının ikame edildiği bir merci görevi üstlenmiştir. Seçim barajları sayesinde ortaya çıkabilecek orantısız temsilin sağladığı iktidar yoğunlaşmasına karşı güçlü fren ve blokaj yetkileriyle Cumhurbaşkanı, 1961 Anayasası tasarımından farklılaştırılmış; sistemin merkezi bir kurumu hâline getirilmiştir. Parti politikalarının dışında, onlardan bağımsız ve tarafsız bir merci olarak konumlandırılması da bu tasarımın önemli bileşenlerinden biridir.

¹ Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenen önceki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi doktrinde normlar hiyerarşisinde ihmal edilebilir içe dönük bir düzenleme biçimi olarak ele alınmıştır, bkz. Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 438. Yine bu alanın yasayla düzenlenemeyecek mahfuz bir yürütme alanı olduğu kabul edilmişti, bkz. Teziç, E. (2017). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 19.

2007 yılında bu seyir beklenmedik bir siyasal krizle derinlik kazanmıştır. Hatırlanacağı üzere cumhuriyet tarihinin gördüğü bu en dramatik ve hukuken en tartışmalı Anayasa krizi, “Meclisin Cumhurbaşkanı seçmesi için en az 367 Milletvekilinin Genel Kurulda bulunması zorunludur.” iddiasının ortaya atılmasıyla başlamıştır². 27 Nisan 2007’de Genelkurmay Başkanlığı’nın darbe tehdidi gölgesinde bu iddia, kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmek zorunda kalmıştır³. Mahkemenin kararı⁴ üzerine kilitlenen cumhurbaşkanlığı seçimi, TBMM tarafından cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönünde, hızlı ve acele bir Anayasa değişikliği yapılmak suretiyle çözülmüştür⁵. Ne var ki bu da başka bir sorunun kapısını aralamıştır⁶.

Doğrudan halk tarafından seçilecek bir cumhurbaşkanının sahip olacağı demokratik meşruiyetin ivmesiyle de olabilirlik menziline giren başkanlık sistemi, ilk defa 2012 Yeni Anayasa çalışmalarında Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonuna sunulmakla somutlaşmış⁷ ancak diğer tüm partiler tarafından reddedilen başkanlık sistemi önerisinde ısrar, yeni Anayasa çalışmalarının 2013 yılında tıkanmasına ve askıya alınmasına yol açmıştır. Başkanlık sistemi, 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin sağladığı olağanüstü şartların da yardımıyla mümkün hâle gelmiştir. Başlangıç kısmından başlayarak parlamenter hükümet modeli paradigmasının geçerli olduğu 1982 Anayasası, bu paradigma bütünüyle terk edilmeden başkanlık sisteminin temel özelliklerini barındıran bir hükümet modeli montajına uğramıştır. Karşıtlarınca “siyasal ucube” (*monstre politique*), taraftarlarınca da “Türk tipi

² Bkz. Emekli Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu’nun 19 ve 26 Aralık 2006 tarihli Cumhuriyet Gazetesinde yayınlanan yazıları.

³ Göztepe, E. (2008). Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi’nin 367 Kararı İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, içinde *Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt II, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 339-363; Eroğul, C. (2007), “2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, *Yavuz Sabuncu’ya Armağan*, AÜSBFD, C. 62, S. 3, s. 167-181; Can, O. (2010). “Cumhurbaşkanlığı Seçimi”, *Gülyüzlü Frankoculuğun Dramı*, s. 236-243.

⁴ AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007. Kanaatimizce Mahkemenin kararındaki hukuki gerekçe bulma çabası ve başarısızlığı tehdidin izdüşümü olarak okunabilir.

⁵ Değişikliklerin tutarsızlıklarını gidermek için referanduma sunulan ve sınır kapılarında oy verme işlemine başlanılan değişiklik metninde tekrar değişiklik yapıldı. İptal davasına konu bu değişiklik için bkz. AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.

⁶ Bu değişikliklerin yol açacağı riskler için bkz. Uluşahin, N. (2011). “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, s. 29-38.

⁷ Anayasa Uzlaşma Komisyonu’na sunulan metinler için bkz. https://anayasa.tbmm.gov.tr/calismalara_iliskin_belgeler.aspx (Erişim tarihi: 16/6/2020).

başkanlık sistemi” olarak etiketlenen yapı; erkler ayrılığı, demokratik denge ve denetim mekanizmaları, hukukun üstünlüğü, parlamenter denetim ve gözetim gerekleri yönünden sicili çok parlak olmayan cumhuriyet tarihi anayasacılığında yeni ve dramatik bir *dip* durumuna işaret ederken aynı zamanda kendi içinde özensizlikten kaynaklı⁸ pek çok teknik çelişkiyi ve sorunu da barındırmaktadır.

Sorunların başında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi gelmektedir. ABD Başkanlık Sistemindeki “*executive order*” kurumuna benzediği ileri sürülen⁹ Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi üzerindeki tartışmalar ve kafa karışıklıkları, değişiklik teklifinin hazırlanmasına katkı sağlayan ve destekleyen akademisyenlerce¹⁰ de giderilememiştir. Bu konudaki tartışmalar geniş bir yelpazeye yayılmakta, siyasal pozisyonlara göre değişiklikler göstermektedir.

Yapılan Anayasa değişikliğinin politik mahiyeti veya arkasındaki siyasal aktörlerin politik hedefleri ne olursa olsun, bir pozitif hukuk metninin anlamlandırılması hukuk metodolojisi içinde işlenecek bir hukuk dogmatığı, dolayısıyla bir pozitif hukuk sorunudur. Anlamlandırma politik veya duygusal değil ancak hukuksal metodolojiyle yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli üç kararında¹¹ Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi eksenindeki tartışmaları hukuki bir metodoloji ile gidermeye, bu kararnameleri belirli bir hukuki zemine oturtmaya çalışmıştır. Eldeki çalışma, kararnamelerin hukuki rejimine dair ulaştığımız sonuçların yardımıyla bu kararların analizini konu edinmektedir. Bu çalışma karar analizine odaklandığından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri konusunda tüketici bir literatür

⁸ Ülgen, Ö. (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, S. 1, s. 6 vd. Gözler, bu durumu, “21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanun Teklifini hazırlayan kişilerin ehliyetsizliği” ile ilgili görmektedir. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 889.

⁹ Bu iddianın geçerliliğine ilişkin değerlendirme ve eleştiri için bkz. Boyar, O. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Executive Orders: Karşılaştırmalı Gözlemler” *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, İstanbul, s. 15-28.

¹⁰ Bkz. Atar, Y. (2017), “Neden Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, <https://www.star.com.tr/acik-gorus/neden-cumhurbaskanligi-sistemi-haber-1178668/>; Atar, Y. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasalık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39, S. 1, s. 241-259 Karşıt görüş için bkz., Can, O. (2017). Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme” <http://mecliste.org/bakis-acisi/anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme>.

¹¹ AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

taramasından ve kararnamelere ilişkin her hukuki sorunun incelenmesinden sarfınazar edilmiştir. Ayrıca kararların sonuçlarının değerlendirilmesi, kararnemelerin anayasal statülerinin belirlenmesi doğrultusunda işlevsel bulunmadığından içeriksel bir değerlendirme de yapılmamıştır.

I. ANAYASAL ÇERÇEVE

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; parlamenter hükümet sisteminde Bakanlar Kurulunun sahip olduğu kanun hükmünde kararname ve tüzük çıkarma yetkisini başkanlık sisteminin mantığına uygun olarak ikame etmekte, bu kurumların kaldırılması ile doğan genel düzenleyici işlem ihtiyacını karşılama amacı taşımaktadır¹².

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; kanun hükmünde kararname rejiminden farklı olarak ayrı bir maddede düzenlenmemiş, aksine Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesine eklenen on yedinci fıkrada genel olarak, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu, 106. maddesinin on birinci, 108. maddesinin dördüncü, 118. maddesinin altıncı ve son olarak 123. maddenin üçüncü fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimini belirleyen 104. maddenin on yedinci fıkrasına göre,

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

¹² Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini KHK ve Tüzük kurumlarının ikamesi olarak görmek, kurumun özgünlüğünü ve özerk bir nitelendirme gerekliliğini engellediği gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak hükümet modeli yeni bir anayasal paradigma üzerine inşa edilmediği ve mevcut anayasal paradigmaya eklenmediği için bu eleştiri çok güçlü görünmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de aşağıda görüleceği üzere, doktrindeki yaklaşıma paralel olarak ikame yaklaşımından hareket etmiştir.

Anayasa, -mülga kanun hükmünde kararname (KHK) kurumundan farklı olarak- cumhurbaşkanına, yetki yasasına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya kararname çıkarma yetkisi vermektedir. KHK çıkarmak için yetki yasasına ihtiyaç duyulduğu hâlde burada bir yetkilendirme veya izne gerek görülmemesi, kararname çıkarma yetkisinin doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetki olduğu anlamına gelmektedir. O hâlde kararname çıkarma yetkisinin asli yani ilk elden kullanılabilir bir yetki olduğunun kabulü gerekir. 2017 öncesinde sadece olağanüstü yönetim (olağanüstü hâl ve sıkıyönetim) biçimlerinde geçerli olan ilk elden düzenleyici işlem yetkisi, 2017 sonrasında olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir¹³. Böylece yasama gibi asli bir yetki hâline gelen kararname çıkarma yetkisinin aynı zamanda genel bir yetki olup olmadığı, diğer bir ifadeyle yasamanın herhangi bir yaşam alanını dilediği soyutlukta veya somutlukta düzenlemesi anlamında¹⁴ bir *genellik* özelliğinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de geçerli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda değerlendirmelere geçmeden önce kavramsal bir not düşmekte yarar vardır: Yasamanın genelliği ilkesinin evrensel ve pozitif hukuksal bir tanımı yoktur. Bu ilke Anayasa metinlerinin doktrin ve içtihat yoluyla yorumlanıp anlamlandırılması ve sistematize edilmesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. O hâlde yasamanın genelliği ilkesini sonraki değişiklikler için yasama yetkisiyle bağlantılı köklü Anayasa değişikliklerinin ardından değişmez bir kural gibi görüp ölçü olarak kullanmak sorunlu olabilir. Kanaatimizce doktriner veya içtihadi yolla elde edilmiş teorik tanımlar, tanıma vücut veren anayasal normların değişmesiyle birlikte, diğer bir ifadeyle anayasal mühendislikteki değişime paralel bir şekilde, değişmek durumundadır¹⁵. Bu bağlamda yasamanın

¹³ Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları 17. Bası, s. 251.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi bu konudaki yaklaşımını kuruldugu ilk yıl verdiği kararlarla oluşturmuştur, bkz. AYM, E.1962/198, K.1962/111, 10/12/1962: "Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz."

¹⁵ Anayasa Mahkemesi de Anayasa değişikliklerine dair bir kararında "1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur" ifadesiyle benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur. AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007.

genelliği ilkesini, “*yasamanın yaşamın her alanını dilediği soyutlukta veya somutlukta düzenleyebilme otoritesi ve yetkisi*” olarak görmek, 2017 Anayasa değişikliklerinden önceki anayasal mühendislik açısından doğru iken sonrasında bu değerlendirme değişebilir. Örneğin yasamanın her alanı düzenleme yetkisini muhafaza ederken bazı alanlarda derinlemesine düzenleme yapamayacak olması ve çerçeveyi belirledikten sonra o çerçeve içinde doğrudan uygulanır mahiyette normların ilk elden yürütme organı tarafından düzenlemesi yasamanın genelliği ilkesiyle çatışmayabilecek; aksine bu durum yasamanın genelliği ilkesinin yeniden tanımlanmasının meşru bir gerekçesi olarak kabul edilebilecektir.

Benzer bir değerlendirmeyi idarenin yasallığı ve türevselliği ilkeleri için de yapmak mümkündür. Bu sorulara cevap vermek için önce Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin pozitif hukuksal çerçeveyi ortaya koymak, ardından bunun Anayasa Mahkemesi kararlarıyla dogmatik hukuksal olarak belirlenen çerçeve ile ne oranda örtüştüğünü irdelemek, diğer bir ifadeyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasal sınırlarını netleştirmek gerekir.

A. KONU İTİBARIYLA SINIRLAR

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ancak konu itibariyle sınırlı bir alanda çıkarılabileceğini göstermektedir.

1. Yürütme Yetkisine İlişkin Konularda Çıkarılabilir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Bunun dışındaki bir alanda kararname çıkarılması mümkün değildir. Yürütme yetkisinin konusu ise *yürütme fonksiyonu*, diğer bir ifadeyle geleneksel olarak ve *maddi boyutu* itibariyle yasaların ve hukukun yürütülmesi/*icrası* olduğundan yetki, icra edilen hukuka yani Anayasa'nın 8. maddesi gereğince Anayasaya ve yasalara uygun olarak yerine getirilir.

Anayasa'nın 8. maddesi Devlete ve Cumhuriyete ilişkin “*Genel Esaslar*” kısmında yer almaktadır. Dolayısıyla yürütme yetkisinin Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılması zorunluluğu, devletin ve cumhuriyetin genel esaslarından biridir. Yine devletin ve cumhuriyetin genel esaslarından birini düzenleyen 7. maddede yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğu ifade edilerek yasama fonksiyonunun TBMM'ye

özgülediği ve bu yetkinin devredilemeyeceği vurgulanmıştır. 2017 Anayasa değişikliğiyle hükümet sistemi değiştirilirken bu hususlarda bir değişiklik yapılmadığına göre yürütme yetkisi kapsamındaki kararname yetkisini “Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanma ve yerine getirme” gereği dışında konumlandırmak, bu yetkiyi Anayasa’nın 7 ve 8. maddelerinin *ilişkisiz ve bağımsız bir istisnası* olarak ele almak mümkün değildir. Bu maddeler, diğer somut maddeler ile dışlayıcı bir *kural-istisna-ilişkisi* içinde ele alınamaz. Bu iki kural, devletin genel esaslarını düzenleyen “Birinci Kısım” içinde yer almakla yasama ve yürütmeye dair temel anayasal çerçeveyi ortaya koymakla birlikte aynı kısımda yer alan *cumhuriyetin nitelikleri* gibi uygulanırlık kazanmak için Anayasa’nın diğer maddelerinde somutlaşma zorunluluğu bulunan ilkeler kadar soyut değildir. Bu iki madde bir yandan yetki ve görev tanımı/tahsisi yaparken aynı zamanda kesin direktifler içermektedir. Bu nedenle yasama yetkisini yorumlarken bunu diğer somut maddelerin lafızıyla sınırlı olarak kabul etmek ve Anayasa koyucunun maddi anlamda bir fonksiyon olarak yasama yetkisinin TBMM’de olması gerektiğine dair iradesini göz ardı etmek mümkün değildir. Yine çeşitli zorunluluklar nedeniyle yürütmenin düzenleyici işlem yapabilmesine imkân tanıyan kararname ve yönetmelik gibi soyut, genel, objektif ve kişiye özgü olmayan norm ihdas etme yetkisine bakarak yürütmenin böyle bir yetkiye sahip olmasını doğal kabul etmek de zorunlu değildir. Yürütmeye zorunluluklar nedeniyle tanınan bu yetkinin 7 ve 8. maddelerdeki fonksiyon özgüleme amacı ışığında yorumlanması ve *yasama yetkisi devredilemez ile yürütme yetkisi... Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılır* şeklindeki kesin anayasal çerçevenin sınırları içinde geçerli kılınması, Anayasa’nın objektif amacına ve sistematik yorumuna daha uygun düşmektedir. Aksi yaklaşımın yaratacağı otoriterleşme sorunları da dikkate alındığında bu yorumun demokratik devlet ilkesi nedeniyle de tercih edilmesi gerektiği söylenebilir¹⁶.

Öte yandan *yürütme erkine ilişkin konu ile yürütme yetkisine ilişkin konular* birbirinden farklıdır. Yürütme erki Anayasa ve yasa ile düzenlenir, yaratılır ve yetkilendirilir. Yetkinin kullanımı ise Anayasaya ve yasaya uygun olmak zorundadır. Yürütmenin olağan fonksiyonunun ötesine taşan “düzenleme” yetkisi istisnaidir ve yürütme bu yetkiyi ancak Anayasa’da açıkça yetkilendirildiğinde kullanabilir.

¹⁶ Sorunlu örnekler ve yansımaları için bkz., Şirin, T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, s. 164.

Ayrıca “yürütme yetkisi/görevi Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılır” önermesi, yasama yetkisi için geçerli olan “yasalar Anayasaya aykırı olamaz” önermesine göre daha bağlayıcı, kuşatıcı ve takdir alanını daha fazla daraltıcı bir anlam taşır. Anayasaya aykırı olmama bir dışsal izin limitine -diğer bir ifadeyle çerçevenin sınırına kadar geçerli bir özerklik alanına ve özerklik karinesine- işaret ederken uygun olma her yönüyle uyum içinde olmayı anlatır¹⁷. Bu farklılık, yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde yasamanın takdir alanına; yürütme yetkisinin ise türevselliği gereği yasayla bağlılığına ve daraltılmış takdir yetkisine işaret eder. Bu nedenle yürütme yetkisi yasalara ve Anayasa’ya uygun bir şekilde kullanılırken yasalar Anayasa’ya aykırı olamaz. Anayasa’nın bu kurgusu Anayasa değişikliklerinden sonra da değişmemiştir.

O hâlde Anayasa’nın 104. maddesinde cumhurbaşkanına tanınan kararname çıkarma yetkisinin asli ve ilk elden bir yetki olduğu açıktır ancak Anayasa’nın yanında yasaya da uygun olarak kullanılması zorunlu olduğuna göre yasayla eş değer değildir. Eş değer olmadığına göre yasama yetkisine istisna olarak kabul edilemez. Yasama yetkisinin devredilmesinin istisnası olarak da yorumlanamaz. Yürütme yetkisi/görevinin yasaya uygun olarak kullanılma olgusu ise Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası ve 123. maddeleriyle birlikte yorumlanıp somutlaştırılmalıdır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri yönünden yasaya uygun kullanılmayı, maddi ve içeriksel olarak yürürlükteki tüm yasalara uygunluk olarak değil daha çok konu bakımından sınırlamalara riayet biçiminde somutlaştırmak gerekecektir. Bu da kararnameleri niteliksel olarak yasalardan ayırttığı gibi yönetmeliklerden de ayırtmaktadır.

Bu sonuç, kanaatimizce Anayasa’nın 7 ve 8. maddeleriyle 104. maddenin on yedinci fıkrasının Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi ışığında birlikte yorumlanmasında doğan, maddelerin birbiriyle olan ilişkisini koparmadan her ikisine de geçerlilik kazandıran bir sonuç olduğundan daha isabetlidir. Netice itibariyle Anayasa’nın 8. maddesinde yer alan yasaya uygunluk kavramını, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi söz konusu olduğunda yönetmeliklerden farklı olarak, konu itibariyle yetki sınırları içinde kalma zorunluluğu olarak anlamak gerekir.

¹⁷ Aksi görüş için bkz. Eren, A. (2019). “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S.1, s. 57.

2. Temel Hakları, Kişi Haklarını ve Siyasal Hakları Düzenleyemez.

Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar (m. 12-16), kişi hakları ve ödevleri ile (m. 17-40) siyasi hak ve ödevler (m. 66-74) kararnamelerle düzenlenemez. Bu maddeler hem yürütme yetkisiyle ilgili değildir hem de Anayasa'nın negatif statü hakkı olarak kabul ettiği ve bu alana müdahaleyi ancak zorunlu şartlarda TBMM'nin çıkaracağı şekli anlamda bir yasaya bırakma amacıyla da uyumludur. Devletin Anayasa'nın 65. maddesine göre "*mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde*" yerine getirebileceği sosyal ve ekonomik hak ve ödevler (m. 41-65) ise kararname ile düzenlenebilir¹⁸. Ne var ki bu alanlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi *düzenleme* yetkisiyle sınırlı olup *sınırlama* yetkisi içeremez. 104. maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde kararnameler için getirilen yasak alan sadece 17. maddeyle başlayan somut kişi hakları ve ödevleriyle 66. maddeyle başlayan siyasal haklar ve ödevler değildir. Yasak alan, Anayasa'nın 12. maddesiyle başlayan *temel hakların niteliği, sınırlandırılması, durdurulması, haklar ve yetkilerin kötüye kullanılması ve yabancıların durumu* ile ilgili konuları da kapsamaktadır. Bu nedenle *sınırlama* kavramı ancak şekli anlamda bir yasa konusu olabilir¹⁹. Yürütmenin sosyoekonomik politikalarla doğrudan ilişkili olmasından dolayı sosyal ve ekonomik haklar alanının kararnamelerle düzenlenmesi de anlaşılabilir. Nitekim ilga edilen kanun hükmünde kararnameler için de aynı rejim benimsenmişti.

Hemen belirtelim ki bu alanlarda da *yasayla* düzenleneceği öngörülen hususlar, Anayasa'nın lafzında belirtilen ve emredici niteliği bulunan *güvenceler* veya *yasaklar* kararnameyle düzenleme konusu olamaz. Sadece yürütme yetkisinin kullanımına ilişkin olabilecek hususlar kararnameyle düzenlenebilir²⁰. Örneğin Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi üzerinden açıklarsak;

¹⁸ Bu noktada sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kısmında yer almakla birlikte negatif statü niteliği ağır basan, çalışma, sözleşme, sendikal faaliyet, eğitim gibi hakların düzenlenemeyeceği görüşü de dile getirilebilir. Bkz. Şirin, T. (2019). s. 199 vd. Bu görüşe, söz konusu hakların bir kısmı devletin edimi gerektirmese de kullanılması için düzenleme zorunluluğu içermesi ve bu düzenlemelerin kararnameler ile yapılacağı istisnasıyla, kısmen katılmak mümkündür. Kuşkusuz bu hakların bir kısmında da yasayla düzenleme şartı aranıyorsa, yine kararname ile düzenleme yapılamaz.

¹⁹ Aynı yönde Gözler, K. (2020). s. 882.

²⁰ Bu durum haklı olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mülga kanun hükmünde kararnameler göre daha dar bir düzenleme alanına sahip olduğunu göstermektedir.

- Birinci fıkradaki “Kimse eğitim ve öğretim haklarından yoksun bırakılamaz.” güvencesi kararnamenin düzenleme alanı dışındadır.
- İkinci fıkrada öğrenim hakkının kapsamı yasayla tespit edilir ve düzenlenir ifadesi yer alır. Tespit ve düzenleme kararname konusu olamaz.
- Üçüncü fıkradaki devletin gözetim ve denetimi hususu kararnameye konu olabilir; zira bu, esas itibarı ile yürütme yetkisi ile ilgilidir.
- Dördüncü fıkradaki Anayasa’ya sadakat borcunun kapsamı kararnameye konu olamaz.
- Beşinci fıkradaki ilk öğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu ve devlet okullarında parasız oluşu güvencesine dokunulamaz.
- Altıncı fıkrada özel okulların tabi olacağı esaslar yasayla düzenlenebilir denmektedir ve bu husus kararname konusu olamaz.
- Yedinci fıkradaki burslar, yardımlar ve tedbirler konusu kararnameyle düzenlenebilir alana işaret eder.
- Sekizinci fıkradaki eğitim ve öğretim kurumlarının faaliyet alanı, ikinci fıkrayla ilişkili olup kararnameyle düzenlenemez.
- Dokuzuncu fıkradaki güvenceler ve yasaklar doğaları gereği, öğretilecek yabancı diller ile yabancı dilde eğitim meselesi de yasayla düzenleneceği belirtildiğinden kararnameyle düzenlenemez.

Görüleceği üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kısmında mülga kanun hükmünde kararnamelerle aynı metin bütünlüğü içine yerleştirilmiş olsa da kanun hükmünde kararnamelere göre daha dar bir düzenleme alanına sahiptir²¹. Sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerde dahi hak güvencelerine dokunan veya sınırlama sonucunu doğuracak bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz²².

3. Münhasır Yasa Alanında Çıkarılamaz

Anayasa’da münhasıran yasayla düzenleneceği öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. *Münhasıran* sözcüğü

²¹ Eren, A. (2019). s. 66; Yılmaz, H. (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 1, s. 251.

²² Yasin, M. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 325.

doktrinde tartışma konusu olmuştur²³. Sözcüğün anlamlandırılması için hem sözcüğün kendisine hem de kararnameler konusunda Anayasa Mahkemesinin yorum seyrine bakmak gerekir. Münhasıran sözcüğü “*ancak*”, “*açıkça*” ve “*özgü*” biçiminde dar bir kullanım alanına yorumlandığında kişi ve siyasi hak ve ödevler hariç olmak üzere, Anayasa’da açıkça *ancak* yasayla sınırlanacağı vurgulanan alanlar dışındaki tüm alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenmesi mümkün hâle gelir. Bu da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini mülga kanun hükmünde kararnamelerle eş değer kılar.

Buna karşın Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre Anayasa’nın mülga 91. maddesinde belirtildiği üzere temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler gibi sadece yasayla düzenleneceği söylenen birkaç alan dışında tüm alanlar KHK ile düzenlenebilecektir²⁴; ki bu alanların da zaten KHK ile düzenlenemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu anlamlıdır, zira kararnameler yasama organının çıkardığı yetki yasasına dayanılarak çıkarılmakta, yürürlükteki yasa hükümlerini kaldırabilmekte ve değiştirebilmekte; başka bir anlatımla yasamanın kendisi belirli şartlarda ve sınırlı bir alanda *yasa yapma, değiştirme ve kaldırma* yetkisini vermekte, Anayasa da bu kararnamelerin yasa gücünde olduğunu açıkça söylemekte idi²⁵. Oysa Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri hakkında böyle bir değerlendirme yapmak için gerekli hukuki veri bulunmamaktadır. O hâlde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından Anayasa’da kararnameler ile düzenlenemeyeceği söylenen temel haklar, kişinin hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler ile merkezi yönetim bütçesinin harcama sınırının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle aşamayacağına dair Anayasa’nın 161. maddesinin yedinci fıkrası hükümleri dışında tüm alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle yasayla düzenleneceği öngörülen her alan münhasır yasa alanına ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için yasak alana dönüşmektedir²⁶. Zira Anayasa’nın yasayla düzenlemeden kastı, artık KHK kurumu yürürlükten kaldırıldığına göre sadece TBMM

²³ bkz., Gözler, K. (2020). s. 882 vd., Şirin, T. (2019). s. 197; Ardiçoğlu, M. A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 38; Söyler, Y. (2018). s. 91; Eren, A. (2019). s. 34 vd. Sezer, münhasır alan tartışmasını yersiz bulmaktadır, bkz. Sezer, A. (2019). s. 397.

²⁴ AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989.

²⁵ AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5/2/1992.

²⁶ Aynı yönde Söyler, Y. (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 93.

tarafından çıkarılan *şekli anlamda* yasa olabilir. Bu sonuç Anayasa Mahkemesinin “‘*yasa-yönetmelik ilişkisi*’ bakımından yasaya atıf yapan her hükmü münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alan olarak nitelendirme yaklaşımına²⁷ da uygundur. Diğer bir ifadeyle münhasıran yasa ile düzenlenme alanı, Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre yönetmelikle düzenlemenin meşru başlangıç noktasına kadar geçerli alanı kapsar ve bu alanda yürütmenin düzenleyici işlemlerdeki takdir alanı ancak yönetmelikle düzenlenebilecek alanlarla sınırlıdır. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ancak yasayla düzenleneceğine dair anayasal bir direktifin bulunmadığı alanlarda ilk elden/asli bir düzenleme olarak çıkarılabileceği, bu hususun kararnamelerin konu bakımından sınırını oluşturduğu anlaşılmaktadır²⁸.

Bu çerçevedeyaptığımız çıkarıma göre Anayasa’da yasayla düzenleneceği belirtilen alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacaktır. Yasa koyucunun yasa çıkarmamak veya çerçeve yasa çıkarmak suretiyle bu alanı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanı olarak sunması da mümkün değildir. Yine bu alanda yürütmenin düzenleyici işlemler konusundaki takdir alanı ancak yönetmelik düzenlemek için öngörülen alan kadardır.

4. Yasada Açıkça Düzenlenen Konularda Çıkarılamaz.

Anayasa’da yasayla düzenleneceğine dair bir kayıt olmasa dahi, bir alan yasayla *açıkça* düzenlenmişse bu alanda da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Dolayısıyla yasayla açıkça düzenlenmiş alanlar da kararnamelerin konu bakımından diğer bir sınırını oluşturmaktadır. Hâlihazırda yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler de yasa olarak değerlendirilmelidir²⁹. Burada *münhasıran* sözcüğünde gördüğümüz soruna benzer şekilde, *açıkça düzenleme* ibaresinin nasıl anlaşılması gerektiği hususu açık değildir.

Bu konuda farklı ihtimaller düşünülebilir.

a. Açıkça düzenlemeden söz edebilmek için yasanın uygulanması amacıyla somutlaştırıcı mahiyette düzenleyici işlemlere ihtiyaç

²⁷ Eren, A. (2019). s. 36.

²⁸ Yasaların uygulanmasını göstermek üzere yönetmelik çıkarmak yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışması da bu bağlamda önemini kaybetmektedir. Zira burada kanımızca esas olan yasama-yürütme ilişkisinin düzenlenmesi ve yasanın alanının korunmasıdır.

²⁹ Gözler, K. (2020). s. 887; AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, §§34 vd.

duyulmamak gerekir. Diğer bir ifadeyle yasanın doğrudan uygulanır (*self-executing*) nitelikte olması gerekir³⁰. Dolayısıyla münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir alana ilişkin olmadığından konu bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanına girse bile bu alanı düzenleyen ve herhangi bir aracı işleme gerek kalmaksızın uygulanabilecek mahiyette yasa varsa³¹ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Yasa mevcut olsa bile uygulanabilmesi için bir düzenleyici işleme ihtiyaç duyuluyorsa bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilir³². Bu ihtimalde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilecek alanlar genişler. Zira yasama yetkisinin genelliğinin de bir ifadesi olarak tüm yasalar doğrudan uygulanır mahiyette olmayabilir; ayrıca yasa, açıkça yönetmelik çıkarılmasına dair yetki kuralı da içermeyebilir. Bu durumlarda Anayasa'nın 8. maddesindeki genel görev ve yetki kuralına (yürütme yetkisi) uygun olarak yasanın uygulanmasını göstermek üzere ilk elden Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilir. Bu ihtimalde doğrudan uygulanır olmayan yasalar bakımından "*çerçeve yasa-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" ilişkisinden söz etmek mümkündür; aynı alanda iki düzenleme olmakla birlikte,

³⁰ Daha çok uluslararası hukukun iç hukukta geçerliliği ve uygulanırılığı bağlamında kullanılan bu kavram ulusal hukukta normlar hiyerarşisinde üstte bulunan hukuk normlarının uygulanırılığının belirlenmesinde de kullanılabilir mahiyettedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de içtihadında yasa karşısında doğrudan uygulanır mahiyette farklı anayasa kurallarının *lex-posterior* kuralı gereği (Any. m. 11) doğrudan uygulanabileceğini dile getirilmektedir: "*Devletin temel hukuk düzeninin kaynağı ve belirleyicisi olan Anayasa'daki bu açıklık karşısında, Siyasi Partiler Yasasının farklı bir düzenleme getiren 89. maddesine geçerlik tanımak, Anayasa kuralının uygulama dışı bırakılması anlamına gelir. Oysa söz konusu Anayasa kuralı, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasından sonra 23.7.1995'te yapılan Anayasa değişikliği ile getirilmiştir. Yasa koyucunun bu değişikliğe koşut olarak zaman geçirmeden Siyasi Partiler Yasasındaki uyumsuzlukları gidermesi gerekirken, bunu gerçekleştirmemiş olması, aynı konuda ayrıntılı düzenleme getiren ve Yasaya göre üst hukuk normu niteliğinde olan Anayasa kuralının, uygulanmaması sonucunu doğuramaz.*" bkz. AYM, E.1996/3 (SPK-DBHP), K.1997/3, 22/5/1997. Mahkeme sonraki kararlarında teorik tartışmaya girişmeksizin doğrudan Anayasa hükümlerini uygulamaya devam etmiştir, bkz. AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003. Başka bir kararında kapatma nedenlerin anayasada sınırlı bir şekilde sayıldığını ve siyasi partiler yasanındaki hükümlerin ancak bu hükümlerle örtüştüğü ölçüde uygulanabileceği vurgulanmıştır, bkz. AYM, E.2002/1 (SPK-HAKPAR), K.2008/1, 29/1/2008, "Ön Sorunlar Yönünden" kısmı.

³¹ Doğrudan uygulanır örneklerine Anayasa yargısı ve idari yargıda da rastlamak mümkündür. Örnekler için bkz. Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 115.

³² *Söyler*, bu alana ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin *yasayla düzelleme koşulunun* gereğini yerine getirmediğinden, *hukuki belirlilik ilkesine* aykırılık gerekçesiyle iptal edebileceği mahiyette yasalar söz konusu olduğunda bu belirliliğin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle doldurulabileceğini ifade ederken, benzer bir ölçüt ima eder görünmektedir. Bkz. *Söyler*, Y. (2018). s. 99.

biri ötekinin somutlaşmasını veya uygulanma kabiliyeti kazanmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla düzenleme alanları kesişmekle birlikte *açıkça düzenleme* kavramı, düzenlemelerin derinliğine ilişkin bir kriter olarak işlev görmektedir. Bu ihtimalde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Anayasa'ya aykırı kabul edilebilmesi için aynı konuda bir yasanın varlığı yeterli olmayıp bu yasanın doğrudan uygulanır mahiyette olmasını da aramak gerekir. Yasa koyucu yönetmelik biçiminde bir somutlaşma iradesine sahipse yönetmelik çıkarmak için yetki verir, değilse cumhurbaşkanlığı doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiyle somutlaştırmak için kararname çıkarır. Yasama ve yürütme fonksiyonlarının doğasına daha uygun düşebilecek bu ihtimalin temel sorunu hangi yasanın doğrudan uygulanır mahiyette olup olmadığının tespitindeki zorluktur.

b. *İkinci ihtimalde* açıkça düzenlemeden bahsedebilmek için bu alanda yasal bir düzenlemenin varlığı yeterlidir. Bu ihtimalde araştırılacak olan husus, mevcut düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aynı alana ilişkin olup olmadığı, diğer bir ifadeyle aralarında bir kesişme olup olmadığıdır. Kesişme varsa Anayasa'ya aykırılıktan söz etmek gerekecektir. Kriter düzenlemenin derinliği değil düzenlemenin norm alanıdır. Bu ihtimalde "açıkça" vurgusu etkisini kaybetmektedir³³. Bu kriter uygulanma kabiliyeti oldukça yüksek olmakla birlikte, günümüzün modern hukuk düzenlerini dikkate aldığımızda yasa ile düzenlenmemiş bir alanın neredeyse bulunmadığı gerçeği karşısında, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanlarını esaslı bir şekilde daraltmakta,³⁴ neredeyse teknoloji ve bilişim alanındaki gelişmelerin yeni düzenleme alanları ortaya çıkarması ihtimaline indirgemektedir.

Kanaatimiz birinci ihtimalin Anayasa'nın amacına daha uygun olduğu yönündedir. Yasada bir alanın soyut ve genel mahiyette düzenlenmiş olması, bu yasal düzenlemenin niteliğinden kaynaklı olabileceği gibi yasa koyucunun belirli bir hukuki çerçeve içinde kalmak şartıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için özellikle alan yaratma amacıyla

³³ Bu yaklaşım için bkz. Gözler, K. (2020). s. 885 vd.

³⁴ a.g.e., s. 886. Aynı endişe Mahkemenin kararlarına ilişkin karşı oylarda dile getirilmektedir. Bkz. AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, *Topal, Özkaya, Güleç, Akyel, Seferinoğlu ve Menteş* karşı oyları, §18.

da olabilir. Böyle bir durumda çıkarılacak kararname, yasa ile aynı soyutluk düzleminde geçerli olabilecek hükümler barındıramayacak; yasanın uygulanması mahiyetinde olmasa da somutlaşması niteliğini aşamayacaktır³⁵.

Dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin olmak, temel hak ve özgürlük alanındaki sınırlamalara riayet etmek ve münhasıran yasayla düzenlenmesi öngörülen bir alana ilişkin olmamak kaydıyla, yasayla düzenlenebilecek tüm alanlarda yasa koyucu yasamanın genelliği ilkesi kapsamında belirli bir alanı soyut, genel ve çerçeve mahiyetinde düzenleyebilir; somutlaştırmayı ve doğrudan uygulanırlığı/icra edilebilirliği Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine bırakabilir. Bu yasa koyucunun takdir alanı içinde değerlendirilebilir.

5. Tartışmalı Alan: Mahfuz Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Alanı Var Mı?

Anayasa'da bazı alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörülmesi karşısında bu alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için münhasır bir alan anlamına gelip gelmediği, bununla bağlı olarak da yasayla bu alanların düzenlenip düzenlenemeyeceği hususu esaslı bir tartışma konusudur.

Bu alanları şöyle sıralayabiliriz:

- Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası: *"üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenir."*
- 106. maddesinin on birinci fıkrası: *"bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir"*
- 108. maddesinin dördüncü fıkrası: *"Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir"*
- 118. maddesinin altıncı fıkrası: *"Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."*

³⁵ Alman Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği *Wesentlichkeitstheorie* (esaslılık teorisinin) çözüm yollarından biri olduğu düşünülse de Alman anayasa hukukunda yasamanın genelliği ilkesi, yasama ve yürütme ilişkilerinin dizaynındaki derin farklılıklar nedeniyle işlevsel olmayabilir. Öneri için bkz. Şirin, T. (2019). s. 186 vd.

Bu alanlarda Anayasa “düzenlenir” ifadesini kullanırken Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasında “Kamu tüzelkişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.” şeklinde, cumhurbaşkanına şartlı bir yetki tanınmıştır. Yasayla düzenlenmesi gereken bu alanda yasa koyucu düzenleme yapmayıp cumhurbaşkanına düzenleme alanı açabilir. Bu alan genelde doktrinde *yarışan/ortak/alternatif yetki* olarak kavramsallaştırılmıştır³⁶.

Yukarıdaki dört alan doktrinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz bir düzenleme alanı olduğu ve bu alanın yasayla düzenlenmesinin Anayasa’ya aykırı olacağı şeklinde yorumlanmıştır³⁷. Bazı yazarlar da Anayasa’da “*yasayla düzenlenemez*” şeklinde bir hüküm bulunmadığı sürece bu alanların yürütmenin mahfuz alanı olarak değerlendirilemeyeceğini dile getirmiştir³⁸.

Gerçekten de “düzenlenir” ifadesi norm tekniğinde daha çok *emrediciliğe* işaret eder. Anayasa’nın Geçici 21/B maddesiyle birlikte dört alana ilişkin normların lafzına bakarak yorum yapıldığında bu dört alanın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz düzenleme alanı olarak görüldüğü savunulabilir³⁹. Bununla birlikte 2017 Anayasa değişikliğiyle getirilen sistemin mevcut parlamenter sistem paradigması terk edilmeden, sisteme uyumlu olmayan, teknik yönden sorumlu ve özensiz bir ekleme mahiyetinde olduğu ve bu nedenle sadece lafzın anayasal iradeyi yansıtmayacağı da söylenebilir. Zira her bir norm içinde bulunduğu sistemle bir anlam bütünlüğü içinde yorumlanmak zorundadır. Nitekim;

³⁶ Eren, A. (2019). s. 46; Ülgen, Ö. (2018). s. 16. Ülgen haklı olarak Anayasa’da yasayla düzenleneceği öngörülen (üniversite, Kamu Kurumu Niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları) kamu tüzelkişilerinin bu madde hükmüne göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceğini belirtmektedir, s. 17; Yılmaz, H. (2020). s. 258.

³⁷ Atar, Y. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, s. 279; Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 234.; Ülgen, Ö. (2018). s. 17 vd.; Eren, A. (2019). s. 43. Gözler, K. (2020). s. 888, yazar yine de on yedinci fıkrasının son cümleleriyle mahfuz alan iddiasının bağdaştırılmasının güç olduğu, bunun da anayasa değişikliği teklifini hazırlayanların ehliyetsizliğinden kaynaklandığını ifade etmektedir, s. 889.

³⁸ Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 438; Şirin, T. (2019). s. 204 vd., 212.; Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 37 vd.; İba, Ş. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Yayınevi, s. 245 vd.

³⁹ Bu doğrultuda bkz. Ülgen, Ö. (2018). s. 19; Kanadoğlu, K. (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *GSÜHFD*, S. 2, s. 645 vd.; Gözler, K. (2020). s. 887 vd.; Yıldırım, T. (2019). “İdarenin Kanuniliği Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 300 (yazar yine de düzenleme yapılabilmesinin Anayasa’ya daha uygun olacağını da not etmektedir, bkz. s. 301); Atar, Y. (2019). s. 246 ve 247; Yasin, M. (2019). s. 318; Yılmaz, H. (2020). s. 238 vd. *Sezer* ise bu düzenlemelerin kararname çıkarılmadan yasa çıkarılmayacağı anlamına geleceği, ancak sonra çıkarılabileceği görüşünü savunmaktadır, bkz. Sezer A. (2019). “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri-Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 377.

- a. Anayasa'nın başlangıç kısmında erkler arasındaki ilişki değişiklikten sonra bile başkanlık sisteminde olduğu gibi katı bir ayrılık değil, aksine erkler arasında belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasyla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği şeklinde ifade edilmekte, üstünlüğün ise Anayasa ve yasalarda bulunduğu vurgulanmaktadır. 2017 değişikliği sırasında Anayasa'nın parlamenter hükümet modelinin özelliğini anlatan bu ifadelere dokunulmamıştır.
- b. Anayasa'nın 8. maddesinde sistem değişikliği nedeniyle yürütme yetkisinin cumhurbaşkanına ait olduğu düzeltilmesi yapılırken yürütme yetkisinin Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği hususuna dokunulmamıştır; örneğin Fransa'daki gibi yasama ile yürütmenin düzenleme alanları tüketici bir şekilde belirlenip düzenlenmemiştir. Oysa anayasal işleyişe ilişkin temel esaslar değiştirilmeksizin yeni bir hükümet modelinin revizyon suretiyle bir Anayasa'ya eklenmesi durumunda, genelden sapmanın açık ve belirgin bir şekilde ortaya konması gerekirdi.
- c. Anayasa'nın yeni 104. maddesinin on yedinci fıkrasında kararnamelerin yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği genel kural olarak tespit edilmiştir. Yürütme yetkisinin ise yasaların icrası ve politikaların uygulanması olduğu dikkate alındığında kararnamelerin yasalara alternatif olarak ve yasaların düzenleyemeyeceği bir alanda çıkarılabileceği düşüncesi zayıftır.
- d. Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin yasayla düzenleneceği genel kuralına dokunulmamış, cumhurbaşkanına sadece kamu tüzel kişiliği oluşturma imkânı getirilmiştir.
- e. Sadece lafza bakılarak değerlendirme yapılması yeterli görülürse, Anayasa'nın 161. maddesinin yedinci fıkrasını da aynı şekilde kabul etmek gerekir. Zira bu hükmün lafzında yer alan "harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aşılabilmesine dair bütçeye hüküm konamaz" ifadesinin pür lafızla sınırlı olarak ele alınması, aksiyle kanıt yöntemiyle, yasalarla cumhurbaşkanlığına yetki vermenin, daha açık bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin yasaya bağlanması girişiminin Anayasal iradeye aykırı olmayacağı sonucuna da elverişlidir.

Oysaki bu yaklaşım mantıklı olmazdı⁴⁰.

Bu nedenle Anayasa kurallarının özensiz değişiklikler neticesinde kendi aralarında bir sonuç çıkarmayı güçleştirdiği, tutarsızlık ve çelişki içinde kaldığı durumlarda, daha genel ilkelere giderek çelişkili yorumları ortadan kaldırma arayışına gitmek gerekir. Bunu yaparak devletin genel esasları ile cumhuriyetin temel niteliklerinin ışığında sistematik yorum öncelenir;

- a. Yasama asli norm otoritesi olarak, yürütme de Anayasa'ya ve yasaya uygun olarak icra edilecek bir görev ve yetki olarak korunur;
- b. Cumhuriyet de insan haklarına saygılı, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olarak işler kılacak bir yorumu öne çıkarılmış olur.

Kanaatimizce bu yorum Anayasa'nın objektif amacına daha uygun düşer.

Bu yorum bizi, *idarenin yasallığı* ve *yasamanın genelliği* ilkeleri ile kamu hukukunda *yetki istisna*, *yetkisizlik asıl* ilkelerinde bir değişim olmadığı kabulüne götürür⁴¹. Kuşkusuz bu yorumun sonuçlarından biri, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz bir alanın bulunmadığı sonucu olacaktır.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin yasalar ile kanun hükmünde kararnameler arasında kurduğu ilişki buraya taşındığında, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları ile ilgili Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulmasıyla ilgili 106. maddenin on birinci fıkrası, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleriyle ilgili 108. maddenin son fıkrası ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleriyle ilgili 118. maddenin son fıkrasında, "*ancak/ sadece Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebilir*" veya "*yasayla düzenlenemez*" şeklinde bir ifade yer almadığı için mahfuz bir alan olmayacağı söylenebilir⁴². Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın mülga

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Ülgen, Ö. (2018). s. 12; aksi yönde Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.2, s. 17-26.

⁴¹ Sezer, yasa alanları tüketici bir şekilde sayılmadıkça, yasamanın genelliği ilkesi geçerliliğini devam eder görüşündedir. Katıldığımız bu görüş için bkz., Sezer, A. (2019). s. 377.

⁴² Ardiçoğlu, M. A. (2017). s. 37 vd., 44, 50 vd.; Günday, M. (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi s. 659.

91 ve 163. maddelerdeki “düzenlenemez” ve “değişiklik yapma yetkisi verilemez” ifadelerindeki açık hükümler nedeniyle o alanların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğine hükmetmiştir⁴³. Yeni hükümet sistemine geçişten sonra, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği söylenen hükümlerde bu şekilde açık bir yasaklayıcı ifade yer almadığı sürece, devletin temel esaslarına dair hükümler ışığında bu alanların yasayla düzenlenebileceğini söylemek de aynı muhakeme uyarınca mümkündür. Bu yaklaşım benimsendiğinde yasamanın genelliği ilkesi korunmuş olur. Bunun yanında yasama ve yürütme yetki ve görevlerinin yerine getirilmesinde kamu düzeni açısından bir sorun doğmaz; hukuki boşluk da ortaya çıkmaz.

Yine de burada bir bağdaştırma sorunu olduğu da göz ardı edilemez. Zira “düzenlenir” ifadesiyle cumhurbaşkanına tanınmış yetkiyi geçersiz kılacak bir yorum benimsenmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu alanlarda da yasama organı düzenleme yaptığında cumhurbaşkanlığı için bu alanlar Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki hükümler karşısında pratikte “düzenlenemez” alanlar hâline gelir ve bu da sorunlu bir yoruma dönüşebilir. Bunun Anayasa koyucunun amacı olduğunu söylemek güçtür. En azından dışlayıcı olmayan yorumlar tercih edilebilir.

Kanaatimizce bu alanda da yasa koyucunun yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasa çıkarma yetkisini dışlamadan iki yetkiye bir arada geçerlilik kazandırabilecek bir yol bulunabilir⁴⁴. Tartışma konusu dört alanda yasa koyucu çerçeve yasama faaliyetinde bulunabilir, genel bir çerçeve ortaya koymak suretiyle geri kalan alanın düzenlenmesini cumhurbaşkanlığına bırakabilir⁴⁵. Buradaki “genellik-özellik” ilişkisi yasa ile yönetmelik arasındaki gibi algılanamaz. Zira yasa-yönetmelik ilişkisinde yasa koyucu yönetmeliğe ihtiyaç bırakmayacak şekilde ayrıntılı hükümler koyabileceği

⁴³ AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/05/1989; AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.

⁴⁴ Bu yaklaşımın tipik bir uygulamasını Anayasa’nın 83. maddesinin 1. fıkrasında mutlak kürsü dokunulmazlığı ile, 84. maddesinin 2010 yılında kaldırılan ve “söz ve beyanlarıyla partisinin kapatılmasına sebep olan milletvekilinin” vekilliğinin düşeceğini öngören son fıkrası ilişkisinde gözlemlenmiştir. AYM, E.2008/1 (SPK-AKP), K.2008/2, 30/7/2008. Usule İlişkin Değerlendirmeler kısmı “c” bendi.

⁴⁵ Bununla birlikte yasaların kararnamelerin içeriğini ne usuli ne de maddi açıdan belirleyemeyeceği görüşü de ileri sürülmektedir, bkz. Aslan, V. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 152, 155; aynı gerekçeyle Atar, Y. (2019). s. 287.

gibi, düzenlemenin derinliğini yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırı olmamak şartıyla kendi takdir yetkisine dayalı olarak belirleyebilir. Buna karşın “düzenler” ifadesi karşısında yasa ile kararnamenin bir aradalığını yasa koyucunun düzenleme derinliğindeki takdir yetkisinin sınırlanması biçiminde algılamak, diğer bir ifadeyle yasa koyucunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması ihtiyacı bırakmayacak -yahut Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılsa bile- yönetmelik dururken neden kararname çıkarması gerektiği sorusunu anlamsız kılacak derinlikte yasa çıkarmayacağı şeklinde anlamak gerekebilir. Bu yaklaşımda belirtilen alanların “**ya yasayla ya da kararnameyle**” düzenlenmesi şeklinde bir seçim zorunluluğu yerine, birlikte ve *bir arada düzenlenmesi imkânı* söz konusudur. Bu şekilde dört alanın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının istisnası olduğu yönündeki tartışmalı argümana sığınmak yerine, yasamanın genelliği ilkesini ortadan kaldırmadan, diğer bir ifadeyle yasa koyucu için bir yasak alan üretmeden 123. maddenin birinci fıkrasındaki idarenin yasallığı ilkesine, dolayısıyla da münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alana bir istisna olduğu yaklaşımıyla sınırlı kalınır⁴⁶.

Buradaki ayırım kriteri *alan* olmayıp *derinliktir*. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için bir *mahfuz* alandan söz edilecekse *norm alanı* olarak değil ancak *norm derinliği* olarak algılanabilir. Federal sistemlerde *federasyonun çerçeve yasama işlemi* ile *içini dolduracak eyalet yasama işlemi* ilişkisine benzetilebilir⁴⁷. Buna göre yasa doğrudan uygulanabilir (*self-executing*) nitelikte hükümler içeremez; yasanın uygulanabilmesi için mutlaka bir kararname çıkarılması zorunludur. Kuşkusuz bu yorum benimsendiğinde sınırını da Anayasa Mahkemesi içtihatları belirleyecektir.

Öte yandan kararname ile düzenleneceği öngörülen dört alanda çıkarılabilecek yasalar soyut ve çerçeve mahiyetinde kalacağı için bu alanlarda *açıkça* bir düzenleme de içermeyecektir. Dolayısıyla bu alanlarda yasalar bakımından *açıkça düzenleme yasağının* bulunduğu kabulü gerekir.

⁴⁶ Benzer görüş 36 sayılı CBK hakkında açılan iptal davası dilekçesinde de dile getirilmiştir (s. 4).

⁴⁷ Federal Almanya anayasasında 2006 yılı Anayasa değişikliğine kadar geçerli olan 75. maddenin 1. fıkrasında çerçeve yasaların detaylı ve bireyler için bağlayıcı hükümler içermeyeceği öngörülmekteydi. bkz. Kloepfer, M. (2011). *Verfassungsrecht* Bd I, München, s 723. Bu anayasa değişikliğinden sonra Anayasa’nın değişik hükümleri yorumlanmak suretiyle federasyonun ilkesel yasama yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Örneğin Federal Anayasa’nın 109. maddesinin 4. fıkrasına göre federal bir yasa federasyon ve tüm eyaletler için bütçe konusunda bağlayıcı ilkeler belirleyebilir.

Norm derinliği ölçütü Anayasa Mahkemesi içtihatlarına yabancı değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yasayla düzenleneceği öngörülen konularda *genel ifadelerle* yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilebileceğini söylerken “*münhasıran yasayla düzenleneceği öngörülen*” konularda yasanın “*temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş*” olmasını aramıştır⁴⁸. Mahkeme “*Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise yasanın çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür*”⁴⁹ demek suretiyle, kanaatimizce yasayla düzenleme konusunda bir derinlik ölçütüne işaret etmiştir. Mahkeme yürütmenin Anayasa’nın 124. maddesinden kaynaklanan yetkisini yok etmeksizin yasama alanını korumak için getirdiği bu kriteri, bu defa yeni hükûmet modelinde yasamanın alanını yok etmeksizin Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son hükümlerindeki kararname çıkarma yetkisini korumak için uygulayabilir. Bu şekilde belirli bir soyutluk düzeyini aşır doğrudan uygulanabilir hükümler içeren yasama tasarrufunu Anayasa’ya aykırı görmek suretiyle, somut düzlemi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin mahfuz alanı olarak görebilir. Bu derinlik kuşkusuz yönetmelikler için yasanın bıraktığı alandan daha fazla olacaktır.

Bu yaklaşımın sonucu olarak,

- Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası bu dört alan bakımından da genel kuraldır⁵⁰. Yani bu dört alanda çıkarılacak kararnamelerle temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaz, sadece sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerde niteliği elverdiği ölçüde düzenleme yapılabilir⁵¹.
- Sadece yürütme yetkisinin kullanımına ilişkin hususlar içerebilir. Bunun dışında idarenin kuruluş ve görevleri (Any. m. 123/1), kamu görevlileri (Any. m. 128/2) üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları (Any. m. 128/3) kararname alanıyla çakışsa da yürütme yetkisinin kullanımına ilişkin olmadığından ve yasayla düzenleneceği belirtildiğinden kararnameyle düzenlenemez.

⁴⁸ AYM, E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9.

⁴⁹ AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31/10/2013.

⁵⁰ Gözler, K. (2020). s. 880.

⁵¹ Benzer yönde bkz. Yıldırım, T. (2017). s. 310, Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 41; Yılmaz, H. (2020). s. 244. Aksi yönde görüş için bkz. Eren, A. (2019). s. 45; Söyler, Y. (2019). s. 89 vd.

- Anayasa'da yasayla düzenleneceği ifade edilen diğer konuları kapsayamaz⁵².

Diğer taraftan,

- Yasa koyucu “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.” denilen alanlarda sadece soyut, genel ve çerçeve mahiyetinde yasa çıkarılabilir. Yasa bu alanda açıkça düzenleme yapamaz, kararname çıkarılmasını gerektirmeyecek derinlikte düzenleme yapamaz.
- Sonradan çıkarılacak bir yasa dahi ancak çerçeve mahiyetinde olabilir ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ni yürürlükten kaldıramaz. Bu alanda yetki çatışması, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin yasama yetkisinin genelliğini ortadan kaldıracak soyutlukta ve ilkesellikte düzenlemesi durumunda söz konusu olabilir. Yasama organı yasa çıkarmadığı sürece sorun yoktur. Ancak çerçeve bir yasa çıkardığında soyut ve çerçeve düzleminde yaşanacak bir çatışma 104. maddenin on yedinci fıkrası gereği kararnamenin iptaliyle sonuçlanacaktır.
- Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bu alanda da asli nitelikte bir yetki kullanımı mahiyetindedir. Bu yetkiyi geçersiz kılacak bir yasama tasarrufunun mümkün olmaması gerekir.

Hemen belirtelim ki bu yorum her iki anayasal pozisyona da geçerlilik tanımakla birlikte, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin ilk elden/asli bir yetki olduğu yorumuyla da uyumludur. Diğer yandan kararnameler için mahfuz alan görüşünün kabulü ile aynı zamanda bu alanlarda çıkarılacak kararnamelerin pratikte yasa gücünde düzenleme olup olmadığı tartışmalarının⁵³ da önü alınmış olur.

B. ARA SONUÇLAR

Yürütme yetkisine ilişkin olmak, açıkça yasayla düzenlenen bir konuda olmamak ve temel hak ve özgürlükler konusundaki sınırlara

⁵² Hemen belirtelim ki özellikle 106. maddenin son fıkrası ile 104. maddenin 9. Fıkrasındaki düzenleme alanının bir yandan temel hak ve özgürlüklerle, diğer yandan yasayla düzenlenmesi gereken alanlarla ilişkili olması nedeniyle sınır tayininde sorunlar yaşanabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak Anayasa’nın açık hükmü karşısında bu alanda kararname yetkisinin dar yorumlanması ve sadece bu alanlar dışında kalan hususları içerir şekilde anlaşılması gerekir.

⁵³ Yılmaz, H., (2020). s. 240. Tunç, bu alanlarda çıkarılan kararnamelerin kanun gücünde olduğu görüşündedir, bkz. Tunç, H. (2018). s. 234.

uymak *kaydıyla* Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleriyle düzenleme imkânı bakımından şunları söyleyebiliriz:

1. Münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alanda,

- Yürütmenin düzenleme yetkisi, Anayasa Mahkemesinin yönetmeliklerle düzenlenmesine izin verdiği alanla sınırlıdır. Bu sınırları aşan düzenlemeler yasamanın devredilmezliği ilkesine aykırı olacaktır. Bu alanda yasayla yarışacak veya yasayı ikame edecek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Ancak yönetmelik sınırlarını aşmamak ve sadece yasanın uygulanmasını göstermekle sınırlı bir işleve sahip Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması mümkündür. Cumhurbaşkanlığı yönetmelik çıkarılabilecek sınırlı alanda düzenleme yetkisini Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kullandığında bunun Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek kanaatimizce isabetli olmaz. Böyle bir durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yasa ile ilişkisi, yönetmelik ile ilişkisinden farklı değildir.
- Bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yetkisi ilk elden kullanılsa bile idarenin yasallığı ilkesine tabidir.

2. Münhasıran yasayla düzenlenmesi zorunlu olmayan alanlarda

- Çıkarılan yasa,
 - o Detaylı ise: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi için münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alana ilişkin çıkarımlar geçerlidir. Yani Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yasayla yarışamaz veya yasayı ikame edemez, sadece yönetmelikler için meşru alanda çıkarılabilir.
 - o Çerçeve mahiyetinde ise: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yasayı somutlaştırmak veya uygulanmasını mümkün kılmakla yetinir. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi somutlaşmanın yanında teknik detayları da düzenleyebilir veya bu alanı yönetmeliklere bırakabilir. Bu durumda *çerçeve yasa-CBK-yönetmelik zinciri* geçerli olur.
- Yasa çıkarılmamışsa,
 - o Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bu alanda yasamanın genelliği ilkesine benzer bir genellikten yararlanır; teknik detayları yönetmeliğe bırakabilir veya kendisi düzenleyebilir.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği öngörülen alanlarda

- Yasa çıkarılmamışsa Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu alan tüketici/kapsayıcı bir şekilde düzenlenebilir.
- Yasa çıkarılmışsa⁵⁴
 - o Yasa genel çerçeve düzenlemesiyle sınırlı kalmak zorundadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bu alanda ilk elden düzenleme yetkisini geçersiz kılamaz.
 - o Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yasal çerçeveyi değiştiren veya onu ikame eden bir soyutlukta çıkarılamaz.
 - o Bu alanda *çerçeve yasa-CBK-yönetmelik zinciri* takdiri değil anayasal bir zorunluluktur.

C. HUKUKİ STATÜSÜ

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki statüsünü değerlendirmeden önce normlar hiyerarşisi teorisin ilişkin bir yöntem sorununu ele almak gerekir.

Normlar hiyerarşisi bir Anayasa kuralı olmaktan çok, mevcut bir hukuk düzeninde normların geçerliliklerini ve hukuki meşruiyetlerini açıklama modelidir. Bu nedenle de piramit olarak resmedilen normlar hiyerarşisi ülkeden ülkeye farklılık göstermekte, yine hiyerarşiye aykırılığa farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Doğaldır; zira model somutlaştırılırken yürürlükteki hukuk normları dikkate alınır. 2017 Anayasa değişikliklerinden önce yürürlükte olan Anayasa kuralları ışığında "*Anayasa-Yasa/UAS/KHK-Tüzük-Yönetmelik*" biçiminde kurulan normlar hiyerarşisi modelinde, KHK ve tüzükler kaldırılıp yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri getirildiğinden açıklama modellerinde değişikliklerin olması da kaçınılmazdır. Bu nedenle 2017'den önce yürürlükte olan anayasal normların yorumlanmasından türetilen bir hiyerarşi modeli 2017 değişikliklerinden sonra Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki statüsünü açıklamak için yeterli olmayabilir.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin inceleme konusu kararlarından ayrıştığımız temel noktalardan biri budur. Aşağıda da görüleceği üzere, Mahkeme bir ayırım yapmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen alanlarda da açıkça düzenlenen bir yasa varsa, kararname çıkarılmayacağına hükmetmiştir.

Bir yasada değişiklik yapamayan veya yasayı, eş değer normlar arasında geçerli çatışma kurallarından *lex posterior ilkesi* gereği ilga edemeyen, aksine her türlü çatışma ihtimalinde geçersizlik yaptırımıyla karşılaşan bir normun yasayla aynı hukuki statüye sahip olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası hükmünde yasayla düzenleneceği belirtilen hususlarda kararname çıkarılamayacağı, yasayla çatıştığı her durumda yasanın geçerli olacağı ve sonradan çıkarılacak bir yasanın kararnameyi hükümsüz kılacağı açıkça belirtildiğine göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasaların altında yer aldığını kabul etmek gerekir⁵⁵.

Bununla birlikte bazı görüşler Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasa gücünde olduğunu savunmaktadır⁵⁶. Gerekçe olarak da kararnamelerin denetiminin Anayasaya Mahkemesi'ne bırakılmış olması, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen çatışma kuralının mantık gereği eş geçerlilik düzeyindeki normlar arasında olabileceği veya yasayla düzenlenemeyecek mahfuz alana sahip olmanın yasa gücü olarak yorumlanması gerektiği hususları dile getirilmiştir.

Bir kuralın Anayasa Mahkemesince denetlenebiliyor olması, kuralların normlar hiyerarşisindeki sıralamasını belirlemek için yeterli değildir. Yine işlemin ilk elden olması da kanaatimizce normun hiyerarşik sıralamadaki yerini tek başına belirleyemez. Anayasa değişikliklerinin denetlenebiliyor olması, onu yasalarla eş değer kılmaz ve normlar hiyerarşisindeki konumunu etkilemez. TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa Mahkemesince denetlenmesi de onu yasalarla eş değer hâle getirmez⁵⁷. TBMM İçtüzüğü (İçtüzük) dış dünyada doğrudan etki doğurmayan bir TBMM iç işleyiş normudur. Asli/ilk elden olması da İçtüzük'e yasa niteliği kazandırmamaktadır. Benzer değerlendirme 2017 öncesi Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de geçerlidir. Bunların denetlenmesinin yolu kapalı olduğu gibi, normlar hiyerarşisinde bir yerde de konumlandırılmamıştır. Esasen normlar hiyerarşisi, yürürlüğe

⁵⁵ Aynı yönde Gözler, K. (2020). s. 896.

⁵⁶ Ergül, O. (2018). Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *Güncel Hukuk*, S. 173, s. 30 vd.; Atar, Y. (2019). s. 293 vd.; Söyler, Y. (2018). s. 252; Kanadoğlu, K. (2018). s. 640 vd., 643; Barın, T. (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayınları, s. 33 vd.

⁵⁷ Aynı yönde Yılmaz, H. (2020). s. 234.

girdikleri andan itibaren herkes için (*erga omnes*) genel geçerlilik iddiası bulunan normların çelişkisiz geçerliliğini ve etkinliğini, diğer yandan normlar yoluyla siyasal ve hukuksal koordinasyonu sağlamaktadır⁵⁸. Dolayısıyla da bu niteliği bulunmayan normlar bakımından normlar hiyerarşisi tartışması yapmak çok anlamlı değildir. TBMM İctüzüğü'nün ve 2017 öncesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin böyle bir niteliği olmadığından, ilk elden/asli nitelikte işlemler olsa da normlar hiyerarşisi içinde konumlandırılmalarına da bu nedenle bir *hiyerarşi krizinden* söz etmeye de gerek yoktu.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasa gücünde olduğuna dair gerekçelerden biri, çatışma kurallarının eş değerde ve eş geçerlilik gücüne sahip normlar arasında geçerli olduğu ve Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinin bir çatışma kuralı getirdiği hususudur. Ne var ki bu görüşe de katılmak güçtür. Zira ilk olarak *lex superior derogat legi inferiori* kuralı da bir çatışma kuralıdır⁵⁹ ve eş değer olmayan iki farklı norm arasındaki çatışmayı, alt normun geçersizliği yoluyla çözümler. 104. maddenin on yedinci fıkrası *lex posterior* veya *lex specialis* ilkelerine gitme ihtimalini ortadan kaldıracak şekilde geçersizlik ve hükümsüzlük mekanizması öngörmek suretiyle bizatihi eş-değerlik tartışmalarının önünü kesmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yasada farklı hükümlerin bulunması durumunda yasa hükümlerinin uygulanacağı hükmü sistemin bütünü içinde anlamlandırılmalıdır. Sistemin bütününde, yasaya aykırı kararnamelere hukuken geçerlilik tanınmadığı görülmektedir. Buradaki ilişkiyi özel nitelikli bir *lex superior* ilişkisi olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Kararnamelerin yasaya aykırı bir geçerlilik iddiası olamayacağı için olağan ama böyle bir aykırılığın denetimi ancak konu yönünden yapılabileceği için diğer bir ifadeyle yasaya uygunluk denetimi yapılamayacağı için de olağandışı sayılabilecek bir *lex-superior* ilişkisinden söz etmek daha doğrudur.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesi her iki yaklaşıma da örnek oluşturmaz çünkü bu fıkrada öngörülen "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" şeklindeki çatışma kuralını 90. maddenin bütünü içinde anlamlandırmak gerekir. Aynı fıkranın

⁵⁸ Zippelius, R. (2003). *Allgemeine Staatslehre*, 14. Aufl., München, s. 54 vd.

⁵⁹ Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin, s. 266 vd.

ilk cümlesinde yer alan “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*” hükmü meselenin eş düzey normlar arasında istisnai bir çatışma kuralı getirildiğini göstermektedir. Dolayısıyla 104. maddenin on yedinci fıkrası hükmü bir konuya uygulanacak iki farklı hüküm arasında bir çatışma kuralı getirirken bu çatışma kuralı maddenin anlam bütünü içinde ortaya çıkan *lex superior* kuralını pekiştirmektedir. Kararnameler aleyhine Anayasa Mahkemesine açılan bir iptal davasında yasayla yarışacak farklı bir hüküm içerdiği tespit edildiğinde kararname hükmünün iptal edileceği tabiidir. Oysa *antlaşma-kanun* ilişkisinde iptal söz konusu olamaz. 104. maddenin on yedinci fıkrasının öngörülen çatışma kuralı ise *anayasa-yasa* veya *yasa-yönetmelik* arasındaki çatışma kuralına benzerlik göstermektedir. Bu, çok gereksiz değildir zira yürütme yetkisini tek başına uhdesinde toplamış ve tüm devlet idaresi bakımından amir statüsünde bulunan cumhurbaşkanının genel düzenleyici işlem şeklindeki iradesiyle yasalar arasında bir uyuşmazlık çıktığında herhangi bir kuşkuya yer bırakmaksızın yasalar bakımından *lex superior* kuralını ortaya koymak hem anlamlı hem gerekli hem de tutarlıdır.

Bir düzenlemenin yasayla eş değer, diğer bir ifadeyle yasa gücünde olması için yasama organının yasa şeklindeki işlemlerinin etki gücüne sahip olması gerekir. Sadece maddi anlamda yasa gibi objektif, soyut, genel mahiyette bir işlem olması yetmez, şekli anlamda yasa gibi bağlayıcı olması, Anayasa’nın 87. maddesinde ifade edildiği gibi yasayı değiştirebilmesi, yasaya ekleme yapabilmesi⁶⁰ veya yasayı yürürlükten kaldırabilmesi gerekir. Bunun sonucu olarak da yasa ile *lex posterior derogat legi priori* (sonraki yasa, önceki yasayı ilga eder) ilişkisi içinde olması gerekir⁶¹. Oysa 104. maddenin on yedinci fıkrası yasanın geçerlilik iddiasında bulunduğu her durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin geçerli olamayacağını

⁶⁰ Bu bağlamda kararname ile yasa metnine ek yapılması, açık bir anayasaya aykırılık anlamına gelir. Yılmaz’ın da tespit ettiği gibi, 5018 sayılı Kamu Yönetimi ve Denetimi Kanununun Ek Madde 5’indeki “*Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan idarelerin, (ki bunlar Anayasa 123. maddesinin 3. Fıkrası uyarınca ancak kamu tüzel kişisi olabilir-OC) bu Kanuna ekli cetvellerden hangisinde yer alacağı ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde belirtilir*” hüküm uyarınca yapılacak işlem yasaya ekleme işlemi olamaz. Ancak 23 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 11. maddesinin 4. Fıkrasıyla “...bölümüne ‘50) Türkiye Uzay Ajansı’ satırı ilave edilmiştir” cümlesi ilave edilmek suretiyle Anayasa açıkça ihlal edilmiştir. Bkz., Yılmaz, H. (2020). s. 252 vd. Bu yol yaratacağı teknik sıkıntıların yanında demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkeleri bakımından da oldukça sakıncalıdır. Zira yasanın üstünlüğü ilkesini, hukuk düzeninin çelişkisizliğini bozduğu gibi, yasa koyucuyu ikame etme tehlikesi de barındırmaktadır. Kanaatimizce yetki gaspı anlamına geldiğinden, Anayasa Mahkemesi tarafından yokluğu dahi saptanabilir.

⁶¹ Benzer yönde Yıldırım, T. (2017). s. 294 vd.; Yılmaz, H. (2020). s. 234.

öngörmektedir. Biraz da bu kabulden olsa gerek, 2018 Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimlerinden hemen sonra ve Bakanlar Kurulunun hukuken tarihe karışmasından hemen önce 9/7/2018 tarihinde çıkarılan 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenecek konulara ilişkin yasalar ve kanun hükmünde kararnameler kaldırılmış⁶²; ardından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlemeler yapılmıştır. Bu şekilde kararnameler ile aynı konuda uygulanacak açık yasa (veya KHK) hükmü bulunmamasına dikkat edilmiştir.

Anayasa'nın 119. maddesinde olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasa gücünde olacağı açıkça belirtilirken, olağan dönem kararnameleri bakımından bu ifadeden sarfınazar edilmiş olması, 2017 Anayasa koyucusunun açık iradesini göstermektedir. Ayrıca Anayasa'nın 137. maddesinde idari emrin aykırılığına ilişkin hiyerarşik sıralamada "yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırılık" seyrini takip etmesini de Anayasal irade bakımından veri olarak kabul edebiliriz⁶³.

İster genel nitelikte ister Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen dört konuda olsun, *kanun hükmünde kararnamelerin aksine, hiçbir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin TBMM'ye sunulma zorunluluğu getirilmemiştir.* Anayasa'nın 90. maddesinde yasa gücünde veya Türkiye Cumhuriyeti yasalarında değişiklik getiren her türlü uluslararası antlaşmaları ile yine yasa gücünde olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin TBMM'ye sunulma zorunluluğunu da dikkate aldığımızda başka bir sonuca ulaşmak kolay olmayacaktır.

Bu değerlendirmemiz, Anayasada *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen dört konuda (md. 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6) çıkarılacak kararnameler için de geçerlidir.* Bu kararnameler ile diğerleri arasında hukuki geçerlilik ve etkinlik bakımından bir fark yaratılmamıştır.

⁶² Bu KHK ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen dört alana dair pek çok kurum ve bakanlığa dair yasa ve teşkilat KHK'ları kaldırılırken, bazılarında yasayla düzenlenmesi gereken hususlar yürürlükten kaldırılmamıştır. Örneğin KHK'nın 42. maddesiyle Devlet Denetleme Kurulu hakkında 2443 sayılı Yasanın tüm maddeleri kaldırılırken, Anayasa'nın 128. Maddesi kapsamına girebilecek tazminat ve harcıraha ilişkin 8. maddesinin iki fıkrası ile yürürlük ve yürütme maddeleri yürürlükte bırakılmıştır. Bu da esasen "münhasıran" kelimesinin Anayasa değişikliğini gerçekleştiren siyasal irade tarafından da yasayla düzenleme olarak anlaşıldığını göstermektedir.

⁶³ Yılmaz, H. (2020). s. 236.

Bu dört alanın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından *mahfuz alan* olarak kabul edilmesi durumunda meselenin tartışmalı⁶⁴, ancak bir o kadar da çözümsüz hâle geleceğini söyleyebiliriz. Zira bu durumda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki çatışma kuralları anlamını yitirebilecektir⁶⁵. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, Anayasa'nın dört alanda konu yönünden bir mahfuz alan tanımadığı, ancak yasama organına, çerçeve düzenlemesini aşmamak şartıyla yasa çıkardıktan sonra ayrıntıyı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine bırakması zorunluluğu öngörmüş olduğu, kısaca mahfuz alanın düzenlemenin konusuyla değil, düzenlemenin derinliğiyle ilgili olduğu düşüncesini savunduğumuzdan, kararnamelerin hiyerarşik olarak yasanın altında yer aldığı sonucuna ulaşmaktayız⁶⁶.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI BİLANÇOSU

İlk Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa'nın Geçici Madde 21/A uyarınca Başkanlık sistemine 9/7/2018 tarihinde geçilmesinin hemen ardından 10/7/2018 tarihinde yayımlanan 1 Sayılı *Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*'dir. 03/07/2020 itibariyle Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi sayısı 63 olup bunlardan yalnızca 22'si belirli bir alanı düzenlemeye özgülenmiştir. Diğer 41 kararname ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde değişiklik yapan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir⁶⁷.

Bu süreçte "genel kadro ve usulü" (2 sayılı CBK), "üst kademe yöneticileri ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usulleri" (3 sayılı CBK), "Bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşların teşkilatı" (4 sayılı CBK), "Devlet Denetleme Kurulu" (5 sayılı CBK), "Millî Güvenlik Genel Sekreterliği" (6 sayılı CBK), "Savunma Sanayii Başkanlığı" (7 sayılı CBK), "Yüksek Askeri Şura" (8 sayılı CBK), "Milletlerarası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin usul ve esaslar" (9 sayılı CBK), "Resmî Gazete" (10 sayılı CBK), "Türkiye Adalet Akademisi" (34 sayılı CBK) alanları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenen başlıca alanlardır.

⁶⁴ Söyler, Y. (2018). s. 116.

⁶⁵ Aynı yönde Gözler, K. (2020). s. 896 vd.

⁶⁶ Sezer bu konuda çok boyutlu normlar piramidi yaklaşımını ortaya koymaktadır, bkz., Sezer, A. (2019). s. 353 vd., özellikle 383 vd.

⁶⁷ Bununla ilgili bilanço çalışması ve değerlendirme için bkz. Gözler, K. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri, Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço", <http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilancio.htm>, (Erişim tarihi: 21/6/2020).

Bu kararnamelerden bazılarının Anayasa'da özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği öngörölen alanlara ilişkin olduğu, diğerlerinin ise daha çok, biraz da 703 sayılı KHK ile yapılan alan temizliğiyle boşalan, diğer bir ifadeyle yasada açıkça düzenlenmemiş hâle getirilen alanlara ilişkin olduğu gözlemlenmektedir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dair ilk⁶⁸ anayasallık denetimi kararlarını 13/5/2020 tarihinde 31126 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan üç kararıyla vermiştir. Kararlardan sadece 8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi belirli bir alanı bütüncül olarak düzenleyen bir kararnamenin denetimiyle ilgili iken 28 ve 36 sayılı Kararnamelere ilişkin denetim ise 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde değişiklik yapan kararnameleri konu edinmektedir.

A. E. 2018/125: 8 SAYILI CBK

İlk kararda⁶⁹ 15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (8) numaralı Yüksek Askeri Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesindeki "*Yüksek Askeri Şûranın sekretarya hizmetlerini Cumhurbaşkanınca belirlenecek merci yürütür.*" kuralının "*...belirlenecek merci...*" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürölerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir.

Dava dilekçesinde özetle, ilk olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasal çerçevesinin ne olması gerektiği açıklanmıştır. Bu bağlamda cumhurbaşkanına ilk elden düzenleme yetkisi verilmiş olsa da bu yetkinin kararnameyle yasalarda değişiklik yapmayı kapsamadığı,

⁶⁸ Hemen belirtelim ki, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimine dair ilk bu kararlar verildiyse de bu kararların yayımlanmasından önce yayınlanan başka bir kararın gerekçesinde esasa etkili olmasa da (obiter dictum) yasamanın asliliği ve idarenin yasallığı ilkelerine ilişkin genel açıklamalar kısmında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "*Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörölmeven konularda da yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hâricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır.*" AYM E. 2018/91, K. 2020/10, Kt. 19/2/2020, §110. Kararın gerekçesi diğer üç karardan (13/5/2020) 15 gün önce 30/4/2020 tarihinde yayınlanmış olsa da tarihi bu kararlardan 20 gün sonrasına denk gelmektedir. Bu nedenle ilk kararlardan biri olarak ele almamayı tercih ettik.

⁶⁹ AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.

bu nedenle öncelikle kararnameler çıkarılırken yetki bakımından 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlara uyulup uyulmadığının denetiminin yapılması gerektiği, yasamanın genelliği ilkesinin geçerli olduğu ifadeleriyle yetinilmiştir. Ancak anayasal çerçeve çizilmeye çalışılırken aktarılan teorik bilgilerin iptal talebini güçlendirmesi çabası gözlemlenmemektedir. Anayasaya aykırılık iddiası, daha çok içeriksel/maddi yönden değerlendirmelerle sınırlı tutulmuştur. Buna karşılık kararnamedeki hükmün Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası hükümleriyle ilişkisine, diğer bir anlatımla konu bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme söz konusu değildir. Bu bağlamda "belirlenecek merci"nin hangi birim olduğunun düzenlemede yer almamasının hukuk devleti ilkesi kapsamında hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri yönünden sorunlu olduğu, hukuk normlarının öngörülebilir olmasının hukuk devletinin gereği olduğu, Yüksek Askerî Şûranın (YAŞ) sekreteryaya hizmetlerinin yürütülmesine yönelik temel ilkeler belirlenmeden anılan hizmetleri yürütecek merciin belirlenmesi konusunda cumhurbaşkanının yetkili kılınmasının belirtilen hizmetlerin yürütülmesinin tahmin edilebilir ve öngörülebilir olma imkânını ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§14).

Anayasa Mahkemesi kararname hükmünü hem konu hem de içerik yönünden incelemiş ve Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

B. E. 2019/31: 28 SAYILI CBK

İkinci kararda⁷⁰ 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin

(a) 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın,

(b) 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

⁷⁰ AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020.

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2, 7, 8, 104, 128 ve 161. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir.

Dava dilekçesinde özetle, idareye yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının tamamına kadar *bütçe dışı avans* olarak ön ödeme yapabilme yetkisi veren ve bu ödemeye ilişkin usul ve esasların da idarenin çıkaracağı bir yönetmelikle düzenlenebilmesine imkân sağlayan dava konusu kuralın Anayasa'nın 161. maddesine göre bütçenin uygulanması kapsamında olması nedeniyle münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği, sınırları yasalarla çizilmiş bir alanda yasaların ötesine geçerek yeni bir düzenleme yaptığı, dolayısıyla dava konusu kuralla yürütme yetkisinin Anayasa ve yasaların üstünlüğüne aykırı olarak kullanıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2, 7, 8, 104 ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§14).

Öte yandan 3. madde ile eklenen hükmün öngördüğü "koordinatör" başhekimliğin hiyerarşik bir ilişki içerdiği, bu nedenle Danıştayca (5.D. E. 2008/679) yasal temelinin bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı görüldüğü, bunun ikinci bir görev olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında münhasıran yasayla düzenlenmesinin zorunlu olması ve 657 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olması nedeniyle de açıkça kanunla düzenlenen bir alanda çıkarılmış olması nedeniyle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin iptal dava dilekçesinden farklı olarak bu dilekçede yasayla düzenlenmesi gereken bir alanın kararname ile düzenlenmiş olmasının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirlenen konu sınırlarını aştığı ve bu nedenle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yönünden de Anayasa'ya aykırı olduğundan iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi; iptal başvurusuna konu olan ilk düzenlemeyi konu yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş, ikinci düzenlemeyi ise konu ve içerik yönünden Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

C. E. 2019/78: 36 SAYILI CBK

Son kararda⁷¹ ise 14/5/2019 tarihli ve (36) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne eklenen 4/A maddesinin ikinci cümlesi ile üçüncü cümlesinin "...Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir." bölümünün Anayasa'nın 2, 8, 104 ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir.

Dava dilekçesinde özetle, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu (Kurul) üyelerinin niteliklerine, sayısına ve uzmanlıklarına ilişkin bir belirliliğin bulunmadığı, yürütme organının istisnai olarak sahip olduğu asli düzenleme yetkisinin Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen sınırlara aykırı olarak kullanıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2, 8 ve 104. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Mahkeme bu düzenlemeyi de Anayasaya aykırı görmemiştir.

IV. KARARLARIN ANALİZİ

A. YÖNTEM

Her üç kararda Mahkeme önce Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimini ortaya koymuştur. Ardından önce kararnamelerin bu rejim içinde kalıp kalmadığını, -diğer bir ifadeyle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan konu bakımından yetki yönünden sınırları ihlal edip etmediğini- son olarak da iptali istenen kararname kuralının maddi anlamda/içeriksel olarak Anayasa'ya uygun olup olmadığını incelemiştir⁷². Anayasa Mahkemesinin bu metodolojik yaklaşımı kanun hükmünde kararname içtihadından yararlanarak oluşturduğunu söylemek mümkündür. Sözü geçen içtihatlarda da önce kanun hükmünde kararnamelerin anayasal rejimi ortaya konmuş,

⁷¹ AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

⁷² Benzer bir metodolojinin 28 ve 36 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aleyhine açılan iptal dava dilekçelerinde de (K. 2020/5 ve K. 2020/6 sayılı karar metinlerinin dilekçe kısmı) takip edildiğini söylemek mümkündür. Ancak K. 2020/4 sayılı kararda genel bir anayasal çerçeve tayininin ardından, 8 sayılı CBK'deki düzenlemenin konu yönünden öngörülen anayasal sınırlara uygun olup olmadığı irdelenmeksizin doğrudan içeriksel aykırılık gerekçeleri açıklanmıştır.

ardından yetki yasası ve Anayasa'nın 91. maddesinde öngörülen konu bakımından kapsam sınırlamaları içinde kalıp kalmadığı incelendikten sonra son olarak düzenlemenin içeriksel/maddi olarak Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenmişti⁷³.

Kararlarda "II. Esasın İncelenmesi" ana başlığı altında önce "A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi" konusu teorik ve dogmatik yönden ortaya konmuştur. "C. Anayasaya Aykırılık Sorunu" kısmında ise önce kural/kurallar konu bakımından yetki yönünden ele alınmıştır. Bu aşamada Anayasa'ya aykırılık saptanmadığında son aşama olarak içerik yönünden incelemeye geçilmiştir. Anayasa Mahkemesi, konu yönünden Anayasaya aykırı bulup iptal ettiği bir kuralı ayrıca içerik yönünden incelemeye gerek görmemiştir (K. 2020/5, §22).

İçerik incelemesinde Anayasa Mahkemesi yasaya uygunluk denetimi yapmamış, denetimi maddi yönden anayasallık denetimiyle sınırlandırmıştır.

B. ANAYASAL ÇERÇEVE VE YARGISAL DENETİM

1. Söylem Analizi

Mahkemenin karar gerekçesinde 2017 Anayasa değişiklikleriyle *yeni bir hükümet sistemine geçilmiş* olduğu kabul edilmiştir. Bu tespit yapıldıktan sonra değişime rağmen devamlılıkların da bulunduğu izlenimi uyandırılmaktadır. Örneğin "Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin yeniden düzenlendiği" belirtilmiştir. Bir bakıma alt-metinde Cumhurbaşkanı bakımından *devamlılık*; görev ve yetkileri bakımından ise *yenilik* veya *genişleme* yapıldığının kabulü söz konusudur. Sonraki cümlede "... yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir" (abç) ifadesi alt-metin kabulünü daha da netleştirmektedir (§3). Bu ifadelerden *yeni* bir hükümet modeli varsayılırken modelin *mevcut* bir Cumhurbaşkanlığı kurumuna göre yeniden dizayn suretiyle oluşturulduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Kavram seçimi retorik olarak yorumlanabilir veya bilinçli bir kabule işaret edebilir ya da Anayasa değişikliğinin genel gerekçesindeki açıklamalarla⁷⁴ uyum içinde bir hukuki yorum, dolayısıyla

⁷³ En son AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013; AYM, E.2011/147, K.2012/152, 11/10/2012.

⁷⁴ Gerçekten de Genel Gerekçe kısmının 5. paragrafında Cumhurbaşkanlığı makamı 1961

Anayasa Mahkemesinin hukuki bir tespiti olarak da okunabilir. Her hâlikârda buradaki retorik/tespit/yorum sonraki cumhurbaşkanı ve TBMM seçimlerinde görevdeki cumhurbaşkanının tekrar adaylığını koymasının hukuken mümkün olup olmayacağı tartışmasında göz ardı edilemeyecektir.

Aynı paragrafta yürütmenin artık tek elde toplandığı ifade edilmek suretiyle Mahkeme, başkanlık sisteminin ayırt edici özelliklerinden birinin varlığını tayin etmekte ve doktrindeki görüş birliğine katılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin olarak CBK kısaltmasını kullanmıştır. Ancak Resmî Gazete’de yayımlanan metinlerde CK kısaltması tercih edilmiştir.

Yine Mahkeme kararnameler için “(x) numaralı” Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ifadesini tercih etmiştir. Resmî Gazete’de “numaralı” sözcüğünü tercih etmesine rağmen Mevzuat Bilgi Sisteminde “sayı” sözcüğü kullanılmıştır.

2. Esas Analizi

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’yle yürütmenin asli/ilk elden düzenleme yetkisine sahip kıldığını tespit etmiştir. Buna göre yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak cumhurbaşkanı, Anayasa’da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir *yasaya dayanmadan* ya da *yasama organının onayı olmadan* Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla düzenleme yapabilecektir (§4).

Mahkemeye göre bu yetki yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla *genel bir yetkidir*. Bu sonuç Anayasa’nın 104. maddesinin gerekçesiyle desteklenmektedir. Mahkemenin aktarımına bakılırsa, bu sonuç gerekçedeki *“yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanının genel*

Anayasası tercihiyle birlikte ele alınmakta, bu makamın 1982 Anayasası’nda yetkilerinin artırıldığı, 2007 değişiklikleriyle birlikte de “bürokratik” cumhurbaşkanından “siyasetçi” cumhurbaşkanı profiline geçiş yaşandığı ifade edilmekte, profil değişikliği nedeniyle yaşanan sistem karmaşasının çözümlenmesi ve yürütmenin rasyonelleştirilmesi bu değişikliğin yapılmasının ana gerekçesi olarak sunulmaktadır. Sonuçta değişikliğin istikrar sağlayacağı vurgusunun yanında, “Türkiye’nin sistem tecrübesi” de gözetilerek geliştirilmiş rasyonel bir model olduğu söylenmektedir. Bu ifadelerin hükümet modeli bakımından bir yenilik, en azından 2007 ve sonrası için, Cumhurbaşkanlığı bakımından bir devamlılık olarak yorumlanması mümkündür. Ancak kesin bir sonuç çıkarmak için lafzi ve tarihsel yorum analizinin diğer yorum yöntemleriyle de desteklenmesi gerekir ki, bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Teklif metni ve gerekçeler için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf> (Erişim Tarihi: 23/6/2020).

siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak” ifadelerinden çıkarılmıştır (§5).

Bu tespitle bağlantılı olarak Mahkeme genel yetkinin yanında, Anayasa’nun diğer bazı maddelerinde kimi konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği tespitine de yer vermiştir. Bu alanlar (1) üst düzey kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları (104/9), (2) bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (106/11), (3) Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (108/4) ve (4) Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (108/6) şeklinde sıralanmıştır. Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin yasayla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulacağı belirtilmiştir (§6).

Mahkeme bu yetkinin sınırsız olmadığını, yasalardan farklı olarak konu bakımından yetki yönünden Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde bu sınırların belirlendiğini tespit etmiştir (§8). Buna göre;

1. Kararname çıkarma yetkisi *yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlı* olup bu konular dışında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılması *“mümkün değildir”* (§9).
2. Temel hakların niteliği, sınırlandırılması, durdurulması, kötüye kullanılması ve yabancıların durumu gibi temel hakların genel rejimine ilişkin konular, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler kararname ile düzenlenemez. Mahkemenin açık ifadesiyle *“bu alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz”* (§10).
3. *Münhasıran* yasayla düzenlenmesi öngörülen alanlarda kararname çıkarılamaz. Mahkeme son yıllardaki içtihadına yaslanarak yasayla düzenlenmesi öngörülen *her* alanın münhasır yasama yetkisi içinde olduğunu tespit etmiştir. Bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi bulunmamaktadır (§11).
4. Son olarak yürütme yetkisine ilişkin bir konuda kararname çıkarılabilmesi için o alanın *yasada açıkça düzenlenmemiş olması* gerekir (§12). Ancak *“açıkça düzenleme”* kavramına dair bir somutlaşma denetim aşamalarında yapılmaktadır.

Mahkeme, bu anayasal sınırları tespit ettikten sonra Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin içeriği itibariyle Anayasa'ya aykırı olmasa bile bu anayasal sınırların dışına taşttıklarında Anayasa'ya aykırı olacağını kabul etmiştir (§13).

Mahkemenin çizdiği genel çerçeve ile ilgili olarak şu saptamaları yapmak mümkündür:

- Bu tespitler her üç karar için de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle kararlarda anayasal çerçeve ve yargısal denetim başlığındaki metin ortak şablon olarak kullanılmıştır.
- Anayasal çerçeve bakımından hayati konulardan biri kararnamelerin hukuki statüsüdür. Ancak Mahkeme bu konuda açık bir ifade kullanmamış, konuyu genel çerçeve ve kuralların konu bakımından yetki yönünden incelendiği metinlerin ortak yorumundan çıkarılmasını beklemiştir. İzlenimimiz, Mahkemenin -adını koymamakla birlikte- kararnamelerin yasaların altında olduğu görüşünden hareket ettiği yönündedir.⁷⁵
- Mahkeme, kararnamelerin yasalara uygunluğunun denetlenmesi sorusunda da benzer belirsizliği sürdürmüştür.
- Mahkeme bu kısımda, 104. maddenin on yedinci fıkrasını *genel yetki kuralı* olarak değerlendirirken diğer dört düzenlemeyi özel hüküm gördüğüne dair bir ipucu vermemektedir. Bu düzenleme için "*Anayasanın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konular*" ifadesini tercih etmektedir.

C. ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU: KONU BAKIMINDAN YETKİ YÖNÜNDEN İNCELEME

1. E. 2018/125: 8 Sayılı CBK

İncelenen kural Yüksek Askerî Şûra (YAŞ) sekreteryaya hizmetlerinin cumhurbaşkanınca belirlenecek merci tarafından yürütüleceğine dair 8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesidir. Mahkeme, kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından sınırlar kapsamında kalıp kalmadığını, dolayısıyla bu alanda cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisinin olup olmadığını tespit etmek için *ilk aşamada* konunun, ardından somut düzenlemenin anlam ve kapsamını tayin etmeye çalışmıştır (§ 16-21).

⁷⁵ Yıldırım karşı oyunda bu görüşü açıkça savunmaktadır (§ 7).

İkinci aşamada YAŞ'ın Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği "özel"⁷⁶ olarak öngörülen diğer konular kapsamında olup olmadığını incelemiş ve olmadığını tespit etmiştir. İlişki ihtimali nedeniyle YAŞ'ın herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına dahil olmadığını özellikle belirtmiştir (§21). Bu aşamada kural bu dört alan kapsamında ise incelemenin seyri farklı olacaktır. Bu aşamadaki tespit, aynı zamanda kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalıp kalmadığına yönelik tespit bakımından da önemlidir.

Üçüncü aşamada düzenlemenin temel hakların genel rejimine, kişi hakları ve ödevleri ile siyasal hak ve ödevlere ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olup olmadığı incelenmiştir. Bu aşamadaki denetim çok tartışmalı olmamıştır, zira Mahkemenin de tespit ettiği üzere "YAŞ bünyesinde yürütülecek sekreteryaya hizmetleri; toplantıların organize edilmesi, ilgili birimler arasındaki koordinasyonun sağlanması gibi Kurulun düzenli bir şekilde çalışmasına yardımcı olmak amacıyla gerçekleştirilen faaliyetler" (§ 22) mahiyetinde olup temel hak alanına ilişkin değildir.

Dördüncü aşamada düzenlemenin münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olup olmadığı incelenmiştir. Mahkeme, kuralın cumhurbaşkanına "mevcut idari yapılanma içinde faaliyet gösteren bir birimi YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütmek amacıyla görevlendirme" yetkisini tanımamasını Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmü kapsamında görmemiştir. Bunun yanında bir yetkilendirme işleminin idarenin kuruluşu ile olmasa bile neden görevleri ile ilişkili görülmediği hususu gerekçelendirilmemiştir. Oysaki karşı oy gerekçelerinde⁷⁷ ifade edildiği gibi YAŞ merkezi idare içinde yer alan, tüzel kişiliği bulunmayan nevi şahsına münhasır bir kuruldur ve Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da ifade edildiği gibi "İdarenin yasallığı ilkesi, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir."⁷⁸ Mahkemenin bu konuda ikna edici bir gerekçe ortaya koyduğunu söylemek zor görünmektedir.

Mahkeme, içerik yönünden yaptığı incelemede de hukuk devletinin temel ilkelerinin kararnameler için de geçerli olduğu vurgulamıştır (§ 28).

⁷⁶ "Özel" sözcüğünün gerekçenin anayasal çerçeveye dair genel ilkeler kısmında kullanılmadığını belirtelim.

⁷⁷ Zühtü Arslan § 6-7; Hasan Tahsin Gökcan § 3-4; Engin Yıldırım § 9.

⁷⁸ AYM, E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013.

Dolayısıyla yasalar için söz konusu olan esasa dair kriterlerin kararnameler için de geçerli olduğunu söylemek gerekir.

2. E. 2019/31: 28 Sayılı CBK

İncelenen kurallar Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı ile ilgilidir. 17/1/2019 tarihli ve 28 sayılı Kararname'nin 2. maddesi ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen "(2) Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilir. Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağı ayrıca belirtilir. Ön ödemeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir" fıkrası ve anılan Kararname'nin 3. maddesiyle 372. maddesine eklenen ikinci fıkrasındaki "Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir. Koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabilir. Hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetleri koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile iş birliği içerisinde yürütülür" kısmının Anayasa'ya uygunluğu incelenmiştir.

a) 2. Maddenin İncelenmesi

Bu kararda denetimin **ilk aşaması** olan anlam ve kapsam incelemesi önce bir paragrafta genel mahiyette yapılmıştır. **İkinci aşamada** doğrudan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüyle ilişki kurulmuştur (§ 17). Diğer konu yönünden yetki sınırlamalarına dair bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir (§ 22). Düzenleme iptal edildiği için de böyle bir yol izlendiği söylenebilir. Zira Anayasa'ya aykırı bulunmayan bir düzenleme ile ilgili gerekçede uygunluk nedenleri belirlenirken, aykırı bulunan bir düzenlemeyle ilgili gerekçede Anayasa'ya uygunluk karinesini bozacak tek aykırılık tespitinin ortaya konmasıyla yetinilmesi doğaldır.

Anayasa Mahkemesi anayasal çerçeve ve yargısal denetime dair üzerinde görüş birliğinin bulunduğu kısımda yapmadığı "*yasada açıkça düzenleme*" kriterini somutlaştırmayı bu kısımda yapmıştır. Mahkemeye göre açıkça bir düzenlemeden söz etmek için,

- Öncelikle denetimde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir yasa olup olmadığının,
- Ardından incelenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kuralının yasanın açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediğinin belirlenmesi gerekir.

Bu değerlendirme yapılırken de,

- Önce ilgili yasanın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi,
- Son olarak da yasadaki düzenlemenin açık olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Mahkeme için “CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan yasa hükmünün somut olaya uygulanacak olması”, çatışmanın varlığına dair bir gösterge olacaktır (§ 17). Mahkeme burada çatışma için aynı alanda yapılan iki farklı düzenlemenin varlığını değil bu düzenlemelerin somut olayı, diğerinin katkısı olmadan çözüme yeteneğini aramıştır.

Mahkeme incelemesinde iptali istenen kararname kuralı ile 10.12.2003 günlü ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun “Ön ödeme” başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir” hükmü arasında çatışma tespit etmiştir. Mahkemeye göre Yasanın bu hükmü, bakanlıklar da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını açıkça düzenlemekte, iptali istenen kuralın öngördüğü Türkiye’nin tanıtımına yönelik yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında belirli şartlarda yüklenilen tutarın tamamı kadar bütçe dışı avans ödemesi yapılacağı ve bunun için teminat alınmayabileceği hükmüyle çatışmaktadır (§ 19).

5018 sayılı Kanun’daki hüküm kararnamenin düzenleme iddiasında bulunduğu alanı açıkça düzenlediğinden bu alanda kararname çıkarmanın Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır (§ 20).

Anayasa Mahkemesi ilginç bir şekilde 5018 sayılı Kanun’un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır” hükmünün, tespit edilen Anayasa’ya aykırılığı,

Anayasa'ya uygun hâle getirmeyeceğini vurgulamıştır. Mahkemenin gerekçesi oldukça iddialıdır: Açıkça yasayla düzenlenen bir alanda kararname çıkarma yetkisi yoktur. Kararname çıkarma yetkisinin olmadığı bir alanda yasayla yetkilendirme de yapılamaz, dolayısıyla yasa koyucu bu yaklaşımın aksine davranarak yasak alanda cumhurbaşkanına yetki tanıyamaz (§ 21).

Çoğunluk görüşü⁷⁹, Anayasa'nın yasayla açıkça düzenleme yapılmış bir alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı hükmünü, yasayla açıkça düzenlenmiş bir alanda yasa koyucunun ayrıca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile istisna getirmesine izin verilemeyeceği şeklinde yorumlamıştır. Bu maddeye ilişkin en tartışmalı nokta bu yorumdur. Karşı oylar da bu noktaya yoğunlaşmakta, ikinci cümlelerin Anayasa'ya aykırılığı ortadan kaldırdığı görüşünü ileri sürmektedir⁸⁰. Önemli bir nokta da 104. maddenin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki *yasada açıkça düzenlenen* kavramının heyetin görüşleri karara esas olan yarısı tarafından geniş yorumlanmış olmasına karşın, muhalefette kalan diğer yarısının geniş yorumlamanın Anayasa koyucunun amacı olamayacağı itirazıdır.

⁷⁹ Karar 8-8 alınmıştır. Ancak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca oyların eşitliği nedeniyle başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiştir.

⁸⁰ *Özgüldür ve Üstün* ikinci cümledeki hükümler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenme alanı saklı tutulduğundan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasa ile aynı konuda düzenleme getirmiş olmadığı görüşündedir (§2). *Topal, Özkaya, Güleç, Akyel, Seferinoğlu ve Menteş*'in karşı oylarında ise daha farklı bir gerekçe ortaya çıkmaktadır. Altı üyenin karşı oyuna göre Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinin amacı kararname ile yasa arasında olası bir çatışmanın önlenmesidir. Aksi takdirde "konu" geniş bir kavram olduğundan ve bu alanların az veya çok yasalar tarafından düzenlendiği, yasaların sayı ve kapsamına bakıldığında düzenleme yapılmayan bir konunun tespitinin neredeyse imkânsız olduğu ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile hiçbir şekilde düzenleme yapılamayacağı sonucuna ulaşılır ki, Anayasa koyucunun amacı bu olamaz. Anayasa koyucunun amacı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yasanın düzenleme alanına girerek onun hüküm ve sonuçlarından farklı bir düzenleme getirmesidir. 5018 sayılı Kanunun 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesiyle getirilen kural yasayla düzenlenen konular dışındaki alanlarda hüküm ve sonuç doğuracağı için saklı tutulan konularda (104/17 kastedilmektedir) düzenlenmiş bir kural olarak nitelendirilemez. Altı kişinin bu kısımdaki karşı oylarının kanaatimce en önemli tarafı, 104/17 dördüncü cümledeki "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmünün geniş yorumlamasının Anayasa koyucunun amacı olamayacağına dair amaçsal yorum ve "çatışma kuralı" sonucudur. Bu önemli bir eleştiridir ve eleştirinin gücü biraz da aralarında yetkin vergi hukuku ve hesap uzmanlığı arka planına sahip üyelerin katkısından gelmektedir. Bununla birlikte bu çatışma kuralının dikey (lex-superior) bir etkisinin olup olmayacağı, olmayacaksa beşinci cümleyle farkı hususunun irdelenmediğinden de not etmek gerekir.

Dolayısıyla heyet içi tartışma düzenlemenin derinliğinden çok, düzenlemenin sathı/yüzeyi ekseninde cereyan etmiş görünmektedir. Mahkemenin yasada açıkça düzenlenen konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin çıkarılamayacağı, çıkarılması için yetki de verilemeyeceği yaklaşımı, derinlik kriterini bütünüyle dışlayıcı mahiyette değildir. Zira Mahkemenin "CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan yasa hükmünün somut olaya uygulanacak olması" (§ 17) testi, bir derinlik kriterinin işareti olarak okunmaya müsait görünmektedir. Yine de bu konuda kesin bir yaklaşımdan söz etmek için Mahkemenin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin sonraki kararlarını beklemek gerekmektedir.

Son olarak Mahkeme konu yönünden yetki bakımından aykırılık tespit edip iptal kararı verdiğinden, içerik yönünden bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir (§ 22).

b) 3. Maddenin İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi bu maddeyi incelediği kısımda *ilk aşamada*, bir önceki maddede dile getirmediği bazı tespitlere yer vermiştir. İlk kararda ve bu karardaki ilk maddenin incelenmesinde örtülü olarak geçirilen 104. maddenin on yedinci fıkrası ile Anayasa'da kararname ile düzenleneceği belirtilen diğer dört kural arasındaki ilişki bu kısımda çok net bir şekilde ortaya konmuştur. Netliği bu başlıkta kararın on bir üyenin desteğine sahip olması ve sadece beş üyenin farklı gerekçe ortaya koymasında da görebiliriz⁸¹.

Mahkemeye göre "Anayasada olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin **on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir.**" (§ 25)⁸². Bununla birlikte Mahkeme, bu geçerliliği Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne ilişkin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanması gerektiğini belirterek yani sistematik yorumun alt unsuru olan Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi ışığında, düzenlemenin niteliğine

⁸¹ Özkaya, Güleç, Akyel, Seferinoğlu ve Menteş'in farklı gerekçeleri.

⁸² Bu ifadeden hareketle, ilk kararda geçen "özel" ifadesinin -ki, karar gerekçesini kaleme alan raportörün de katkısıyla olması ihtimal dahilindedir- metodolojik yönden "özel-genel" ilişkisine işaret etmediğini söyleyebiliriz. Bunda ilk kararda muhalif kalan grubun ikinci kararda kararın ana eksenini oluşturması da etkili olmuş olabilir.

göre yorumun yumuşatılabileceği izlenimini vermektedir. Bunun nasıl anlaşılması gerektiğine ise sonraki paragraflarda değinmiştir.

İkinci aşamada, iptali istenen kararname hükmünün anlam ve kapsamını irdelemiş; kuralın bakanlıkların (Sağlık Bakanlığının) teşkilatıyla ilgili bir düzenleme olduğunu ve aynı şekilde “yürütme yetkisine ilişkin bir konu”yu düzenlediğini tespit etmiştir (Ş 26-27, 32). Ş 27’de esasen yapılan işlem, kanaatimizce özel olarak kararname ile düzenleneceği belirtilen alanda çıkarıldığını tespit ettiği hükme dair ilk test işlemidir ve Mahkeme kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında öngörülen ilk sınırlamaya uygun yani kuralın yürütme yetkisine ilişkin olduğunu tespit etmiştir.

Üçüncü aşamada, 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalardan ikinci cümle yönünden denetime devam etmiş ve ilk önce iptali istenen kararname kuralının Anayasa’nın ikinci kısım birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin bir düzenleme olmadığını tespit etmiştir (Ş 28).

Karar gerekçesinin kilit noktası 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalardan üçüncü cümle yönünden yani “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” hükmüne göre yaptığı denetimdir. Mahkeme şöyle bir sıralama takip etmiştir:

- **Birinci önerme:** 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre Anayasa’da münhasıran yasayla düzenleneceği belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Anayasa’nın 123. maddesi idarenin bir bütün olduğu ve yasayla düzenleneceğini öngörmektedir.
- **İkinci önerme:** 106. maddenin on birinci fıkrası “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması” yönünden, bu konularla sınırlı olmak şartıyla (Ş 31), Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme yapılmasına **açıkça izin** vermiştir (Ş 30)⁸³.

⁸³ “Açıkça izin” vermenin yasamanın genelliği ilkesini güçlendiren anlamda kullanıldığını belirtelim. Zira Mahkemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi alanını sınırlama gerekçelerini tayin ettiği metinde bu ifade, “ancak açıkça” izin verilmesi şartıyla idarenin yasallığı ilkesine istisna kabul edilebilir anlamı çıkmaktadır. Ş32’de yer alan ancak hizmet birimlerinin

- *Üçüncü önerme:* İptali istenen kural Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı içinde yer alan hastanelerin aynı yerleşke içinde birden fazla olması durumunda hizmetin örgütlenmesine ilişkin olduğu için kural izin verilen alana aittir ve yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ait olmadığı için Anayasa'ya aykırı değildir.

Bu sıralamadaki en önemli tespitlerden birinin de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği belirtilen alanların oldukça dar yorumlanması gereğine dair Mahkemenin eğilimidir. Mahkeme Anayasa'nın bütünlüğünden hareketle *ilk adımda* özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenen alanların "idarenin yasallığı ilkesi" ile "münhasıran yasayla düzenleme ilkesi" bakımından istisna oluşturduğunu kabul etmiş, ancak bu istisnayı da gerek "*bu konularla sınırlı olmak şartıyla*" (§ 31) ifadesiyle, gerekse § 32-33'teki daraltıcı yorum ameliyesiyle, yani özel olarak kararname ile düzenleneceği söylenen alanlara ilişkin olsa bile, Anayasa'nın 123 ve 128. maddelerle sınırlı bir şekilde anlaşılması gerektiği görüşüyle tekrardan sınırlamıştır.

Mahkeme iptali istenen "koordinatör başhekim görevlendirilir" kuralını Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmü yönünden de incelemiştir (§33). Bununla birlikte, kuralın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenmesine izin verilen bir alana ilişkin olup olmadığı değerlendirmesi yapmamış; düzenlemenin doğrudan doğruya "*kamu görevlilerinin atanmaları*"na, dolayısıyla münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olup olmadığına bakmıştır. Sonuçta koordinatör başhekim görevlendirmenin atama düzenlemesi olmadığı, görevlendirmeye dair usul ve esaslarla da ilgili olmadığı tespitiyle Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir.

Dördüncü aşamada ise § 25'te belirtilen "*Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir*" önermesinin etkinleştirildiğini görüyoruz (§ 34). Buradaki denetimin can alıcı noktası, Anayasa'da özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği söylenen alanda dahi kararnamenin Anayasa'ya uygun kabul edilebilmesi

örgütlenmesiyle ilişkili olması nedeniyle kararname kuralının Anayasa'ya aykırı olmadığı tespiti bu sonucu pekiştirmektedir.

için bu alanda açık bir yasal düzenlemenin bulunmaması gerektiğinin tayin edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenecek alan dahi olsa Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi testine tabi tutulması gerekir.

Burada dikkat çeken bir nokta da §34'ta "*kanunda açıkça düzenlenen*" ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği hususunu yukarıda Kararname'nin 2. maddesinin incelendiği ve sekiz üyenin muhalif kaldığı gerekçeye atıfla açıklamış olmasıdır. Bu kısımda sadece beş üyenin muhalefet şerhi koymuş olması, 2. maddeye dair karara muhalefetin, 3. madde gerekçesindeki metodolojinin tamamına yönelik olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla Mahkemenin çizdiği *104. maddenin on yedinci fıkrasındaki konu yönünden sınırlamaların özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen dört konu için de geçerli olduğu, dört alanın yalnızca idarenin yasallığı ve münhasıran yasayla düzenleme ilkelerinin dar yorumlanması gereken istisnası olduğu* şeklindeki anayasal çerçevenin de genel çerçeveyi tamamladığı ve istikrarlı bir yaklaşım olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Mahkemenin bu yaklaşımı kanaatimizce doktrinde üç yıl boyunca tartışılan "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki statüsü*" ve "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin mahfuz alanı*" sorularına cevap vermiş durumdadır: **(1) Kararnameler yasayla eş değer değildir ve (2) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz bir düzenleme alanı bulunmamaktadır.**

3. E. 2019/78: 36 Sayılı CBK

Son kararda incelenen kural Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyeleriyle onlara yapılacak ödemelerin cumhurbaşkanınca belirleneceğine dair 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne 36 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle eklenen 4/A maddesidir.

Anayasa Mahkemesi kuralın "*üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir*" şeklindeki 2. cümlesiyle "*Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir*" şeklindeki üçüncü cümlesinin ikinci kısmını ayrı ayrı incelemiştir.

Bu bağlamda önce Yüksek İstişare Kurulu'nun cumhurbaşkanlığı makamı altında tüzel kişiliği bulunmayan istişari bir birim olduğunu tespit etmiştir (§ 16, 18).

Birinci cümleye ilişkin olarak sırasıyla kuralın yürütme yetkisine ilişkin olduğunu (§16) ve temel haklar yönünden getirilen sınırlamalara aykırı olmadığını (§17) tespit ettikten sonra esas incelemesini münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olup olmadığı hususunda yapmıştır (§ 19-20).

Münhasıran yasa alanı incelemesinde Anayasa'nın 128. maddesi ile ilişki kurulmuş, Kurul üyelerinin Anayasa'nın bu maddesinde ifade edilen diğer *kamu görevlilerinden* olup olmadığı hususunu belirlemek için de kamu görevliliğine ilişkin genel idare esasları ortaya konmuştur. Mahkeme, yaptığı incelemede Kurulun cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde cumhurbaşkanına bağlı icrai bir karar alma ve bunu uygulatma yetkisi olmayan tamamıyla istişari nitelikte bir birim olarak düzenlendiğini, kurul hâlinde çalıştıklarını, tek başlarına bir hizmet yapmadıklarını, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıklarını, görevin ifası sırasında devletin emredici gücünü kullanmadıklarını, üyeleri için bir kadro ve pozisyonun belirlenmediğini, merkezi idare ile aralarında tam bir statüer ilişkinin kurulmadığını ve üyelerin üyelik dışında başka meslek ve uğraşlarına devam edebildiklerini, bu nedenle genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir işlevlerinin bulunmaması nedeniyle münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir konu olmadığını tespit etmiştir (§ 20).

Düzenlemenin bu boyutu pek tartışmalı görülmediğinden kural, tek bir üyenin muhalefet şerhiyle Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Anayasaya uygunluk gerekçelerinin bir önceki karardaki iddialı vurgulara sahip olmamasında muhalif oyların karara katılması etkili olmuş olabilir.

Bununla birlikte üçüncü cümlelerin ikinci kısmının, yani Kurul üyelerine yapılabilecek ödemelerin cumhurbaşkanlığınca belirleneceği kuralının incelendiği başlıkta bir önceki karara metodolojik ağırlıklarını koyan üyelerin muhalefet şerhi yazdıkları görülmektedir.

Bu kuralın incelenmesinde *üç aşamada* sırayla, yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kaldığı (§30), temel haklara ilişkin sınırlamalara aykırı olmadığı (§31) ve ikinci cümlelerin incelendiği başlıktaki açıklamalara atfen (§18-20) münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Hemen belirtelim ki karardaki esas itirazlardan birisi, *ödemelerin* mülkiyet hakkı kapsamında olması nedeniyle temel haklara ilişkin olduğu

ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu itirazıdır⁸⁴. Ödeme olgusunun TBMM'nin bütçe hakkıyla ilişkisi nedeniyle yasayla düzenlenmesi zorunlu bir alan olduğu itirazı da dikkati çekmektedir⁸⁵.

Gerçekten de karşı oylarda ortaya konulduğu gibi⁸⁶, mülkiyet hakkı Mahkemenin de yerleşik içtihatları uyarınca "ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını" kapsamaktadır. Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılabilecek ödemelerin neden bu kapsamda değerlendirilmediğine dair kararda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu ödemenin kurul üyeliği fonksiyonunun bir karşılığı olarak sabit olmadığı, ödeme zorunluluğunun bulunmadığı (düzenlemede "yapılabilecek" ödemelerden söz edilmektedir) dolayısıyla cumhurbaşkanının inisiyatifinde olduğu, bu nedenle bu ödemelerin meşru bir beklentiye bağlı bir talep hakkı doğurmadığı şeklinde gerekçe oluşturulabilir veya bu yönden bir inceleme yapılabilirdi⁸⁷. Yine bu ödemelerin cumhurbaşkanınca artırılıp azaltılabiliyor olması bir sınırlama olmasa da düzenleme niteliğinde olması boyutuyla⁸⁸ da tartışma konusu olabilir, en azından karar gerekçesinde bu itirazlar karşılanabilirdi.

Mahkeme, yasayla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağına dair 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine uygunlukla ilgili dördüncü aşama denetiminde önemli bir metodolojik tespitte bulunmaktadır (§ 34 vd.). Mahkeme yürürlükten kaldırılmış kanun hükmünde kararnamelerin (KHK) niteliği, getiriliş amacı⁸⁹, Anayasa Mahkemesinin KHK'ler ile ilgili içtihadı ve uygulama⁹⁰ dikkate alındığında KHK'lerin 104. maddenin

⁸⁴ Arslan, Kömürcü, Hakyemez mülkiyet hakkıyla ilişkili olarak, Yıldırım ise mülkiyet hakkı ve kamu görevlilerine verilecek mali hakların Anayasa'nın 128. maddesi gereği münhasıran yasayla düzenlenmesi gereğiyle ilişkili olarak karşı oy yazmıştır.

⁸⁵ Kuz karşı oyunda bütçe hakkı ve 128. madde ilişkisinde münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana işaret etmektedir.

⁸⁶ Arslan karşı oy § 7, Kömürcü ve Hakyemez karşı oy § 5, Yıldırım karşı oy § 9.

⁸⁷ Nitekim Mahkeme meşru bir beklentiden söz etmek için "Mülkiyete konu olabilecek bir değeri elde etme konusundaki bir beklentinin "meşru bir beklenti" olarak kabul edilebilmesi için bu beklentinin temelsiz bir hak kazanma beklentisi değil; somut nitelikte, örneğin, belirli bir kanun hükmüne ya da istikrarlı bir içtihadı dayanan bir yargı kararı gibi sağlam ve yeterli bir hukuki temeli bulunan bir beklenti olması" gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. Murat İslamoğlu, B. No: 2013/614, 25/6/2014, § 33.

⁸⁸ Kömürcü ve Hakyemez karşı oy § 5.

⁸⁹ Getiriliş amacını tespitte Mahkemenin 1971 Anayasa değişikliklerinin gerekçesine müracaat ederek pür genetik bir yorumu tercih ettiği gözlemlenmektedir.

⁹⁰ Burada KHK'lar ile yasalarda değişiklik yapıldığı, yine yasalar ile KHK'larda değişiklik yapıldığı bilgisine referans vermektedir bkz. § 38.

on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi anlamında yasa olduğu ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu bakımından sınırlarını tayinde yürürlükte bulunan KHK'lere da bakılması gerektiğini vurgulamıştır (§39). Buradan hareketle denetimde 375 sayılı KHK'nin ek 30. maddesiyle karşılaştırma yapmış, bu kuralın bir kadro ve pozisyona bağlı olmayan Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler bakımından uygulanabilecek kural niteliğinde olmadığını tespit ederek kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

V. TESPİTLER, DEĞERLENDİRMELER VE ELEŞTİRİLER

Yukarıdaki kararların analizi sonucunda Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine yaklaşımını şu şekilde somutlaştırabiliriz.

A. BELİRLİLİK SAĞLANAN HUSUSLAR

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme şekli, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (mülga OHAL KHK) bakımından 1982 Anayasası'nın ilk hâlinde bu yana kabul edilen yürütmenin ilk elden/asli olarak düzenleme yetkisinin olağan dönemlerde de geçerli olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla TBMM'den yetki alma zorunluluğu bulunmamaktadır.
2. Bu yetki 104. maddenin on yedinci fıkrası çerçevesinde kalmak koşuluyla genellik gösterir ve yürütmenin bu alanda takdir yetkisi vardır.
3. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için genel sınırlamalar içermekte olup, bu sınırlamalar kural olarak Anayasa'nın diğer maddelerinde düzenlenen kararnameler için de geçerlidir.
4. Mahkeme 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaları sırayla denetimde kullanmaktadır. Buna göre bir düzenlemenin öncelikle yürütme yetkisine ilişkin olması gerekir. Bu testi geçen düzenleme temel haklar testine tabi tutulur. Bu testten de geçen düzenleme münhasıran yasayla düzenlenen bir alana ilişkin olup olmadığı yönünden incelenir. Anayasa'da özel maddelerde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği belirtilen dört konu bu testin dar yorumlanması gereken istisnasını oluşturmaktadır. Kararname

düzenlemesi bu alanda çıkarılmışsa, içeriği itibariyle bu alanla sınırlı olup olmadığı yönünden incelenir. Bu test geçildikten sonra tüm kararnameler yasada açıkça düzenlenmiş bir alanda çıkarılıp çıkarılmadığı yönünden son bir teste tabi tutulmaktadır. Bu test ile birlikte konu yönünden yetki bakımından anayasallık denetimi tamamlanmaktadır.

5. İdarenin yasallığı ilkesi kural olarak aynı şekilde geçerlidir. Anayasa'nın diğer maddelerinde özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen dört konu, "*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kararname çıkarılmaz*" hükmünün, dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesinde öngörülen idarenin yasallığı ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır ancak bu alanlar dahi yasamanın genelliği ilkesinin istisnası olarak kabul edilmemiştir.
6. Bu nedenle cumhurbaşkanlığı için mahfuz bir düzenleme alanı yoktur ve yasamanın genelliği ilkesi bakımından bir değişiklik söz konusu değildir. Sadece yasayla düzenlenmediği sürece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği belirtilen dört alan ilk elden kararnameyle düzenlendiğinde, sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı olmayacaktır. Bu yönüyle bakıldığında esasen 2017 öncesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin sahip olduğu özerk alanın dahi ortadan kalktığı söylenebilir. Oysa bu alanlarda yasamanın genelliği ilkesini *çerçeve yasamayla* sınırlı kabul etmek ve cumhurbaşkanlığının ilk elden düzenleme yetkisini korumak, bu şekilde hem siyasal işleyişin rasyonelliğini sağlamak hem de yargısal aktivizm eleştirilerini karşılamak mümkündür.
7. Münhasıran yasayla düzenleme kavramı geniş yorumlanmıştır. 2017 öncesinde KHK'lara ilişkin içtihadta *KHK ile düzenlenemez* şeklinde açık hüküm bulunmadığı sürece (Any. 91 ve 163. madde dışında) her alanın KHK ile de düzenlenebileceğine dair yaklaşım bu nedenle değişmiş ve yasayla düzenlemenin öngörüldüğü hiçbir alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenemez yaklaşımına dönüşmüştür. Bu alanda yasa koyucu dahi cumhurbaşkanına kararname çıkarma imkânı ve yetkisi tanıyamaz. KHK'ler ile sosyal ve ekonomik haklar kısmında *yasayla* düzenleneceği öngörülen konular da düzenlenebilirken Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle

düzenlenemeyecektir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin düzenleme alanı, KHK alanına kıyasen dramatik bir şekilde daralmıştır. Anayasal açıdan sağlam bir gerekçeye dayanan bu sonucun değişikliği gerçekleştiren siyasi otoritelerin beklentilerine uygun olmadığını söylemek mümkündür.

8. Açıkça ifade edilmemiş olsa da kararnamelerin yasalarla eş değer olmadığı, normlar hiyerarşisinde yasaların altında yer aldığı hususu netlik kazanmıştır. Ancak kararnamelerin denetiminde içeriksel olarak anayasallık denetimiyle sınırlı kalmış olması ve yasallık denetimi yapılmamış olması, kararnameleri hiyerarşik olarak yasaların altında konumlandırmakla birlikte, denetim kriteri yönünden diğer düzenleyici işlemlerden ayırmaktadır. Bu nedenle yasa-kararname ilişkisinde geleneksel hiyerarşi kavramında bir farklılaşma bulunduğu anlaşılmaktadır.
9. Bu değerlendirmeye paralel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için bir yetki yasanına ihtiyaç duyulmamasının yol açacağı ciddi sorunlar, kararnamelerin hareket alanını esaslı bir şekilde daraltan, belki de zaten yetki yasası alınmasını gerektirmeyecek bir hareket alanı ve derinliğiyle sınırlandıran yorumuyla, en azından Anayasa dogmatığı bakımından önemli ölçüde aşılmış görünmektedir.

B. BELİRSİZ KALAN HUSUSLAR

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarmak için bir yetki yasasına ihtiyaç olmamakla birlikte, yasamanın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için genel bir usul yasası çıkarıp çıkarmayacağı veya yasayla düzenlenmesi zorunlu olmayan alanlarda yetki yasası çıkarmak ya da çerçeve yasa çıkarmak suretiyle alt düzenlemeleri yürütmenin kararnameyle düzenleme yetkisine bırakıp bırakamayacağı soruları cevap bulamamıştır.
2. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yönünden tartışmalar devam edecek görünmektedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği söylenen dört konuda yasamanın genelliği ilkesi sınırlandırılmamış olmakla beraber, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin alışılmış yorumu değişmek zorunda olabilir. Zira bu iki ilke de birbiriyle ilişkili olarak yasama otoritesinin ayırt edici özellikleri olduğu için yaşamın

her alanının öncelikle yasayla veya kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi gerekiyordu. Bu alanlarda yürütmenin diğer düzenleyici işlemleriyle ilk elden düzenleme yapılması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülmekteydi. Ancak şimdi yasayla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmayan alanlarda yasa koyucu harekete geçmediği sürece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle ilk elden/asli düzenleme yapılabilecektir. Bu da yasama yetkisinin devredilmezliği eksenindeki tartışmaların derinleşmesine yol açacaktır.

3. Mahkeme 104. maddenin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinde yer alan *"Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır"* ifadesi yönünden bir değerlendirme yapmamıştır. Ancak yasada açıkça düzenleme bulunduğu her durumda Anayasa aykırılık sonucuna ulaşıldığı için bu cümle yönünden bir değerlendirme yapılması da güçtür. Altıncı cümle yönünden bir inceleme yapmak için Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle aynı konuda sonradan bir yasanın çıkarılmasıyla bu kararnamenin hükümsüzlüğüne dair bir ihtilafın çıkmasını beklemek gerekecektir.
4. Bu yaklaşım bir yandan somut çözüm sunarken diğer yandan on yedinci fıkranın dördüncü cümlesinde yer alan *"kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz"* hükmü ile beşinci cümlesindeki *"Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır."* hükmünü özdeşleştirebilir. Diğer bir ifadeyle dördüncü cümle yasanın önceki tarihli olması durumunda uygulanacak ve sonuçta çatışan kararname kuralının iptalini sağlayacak bir çatışma kuralına indirgenebilir. Eğer iptal edilebilirlik yasanın önce veya sonraki tarihli olmasına bakılmaksızın söz konusu olacaksa bu durumda beşinci cümleyi de Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmeyen yasa-kararname çatışmalarında geçerli bir çatışma kuralı biçiminde anlamamız gerekir ki bunun sonucunda inisiyatif bütünüyle derece mahkemelerine geçer. İptal davasına konu olmayan kararnameler somut norm denetiminde, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca hâkimin resen veya tarafların Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulması durumunda Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilir ve bu konu tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Diğer bir ifadeyle hâkim dilerse beşinci cümle uyarınca çatışan kararname kuralının uygulanacak kural olmadığına karar verebilir, dilerse yasada açıkça düzenlenen bir alana ilişkin olduğu gerekçesiyle normu Anayasa Mahkemesine gönderebilir. Bu belirsizlik sonraki dönemlerde çözüm bekleyen konulardan biri olacaktır.

5. Yine iptal veya hükümsüzlük durumunda kararların geriye yürütmesi yasağı nedeniyle yasama fonksiyonuna göre daha hızlı işleyecek bir kararname düzenleme politikası pek çok sorunu beraberinde getirecektir. Bu nedenle özellikle hükümsüzlük kavramına daha farklı hukuki sonuçlar bağlama hususu gündeme gelebilecektir.
6. Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasında öngörülen “*kamu tüzel kişileri kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” kuralının maddenin birinci fıkrası ve 104. maddenin on yedinci fıkrası karşısındaki durumu irdelenmeyi beklemektedir. Bu içtihat karşısında bu hükmün önemini yitirdiği de söylenebilir.
7. Son olarak 104. maddenin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesinde öngörülen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bulunduğu bir alanda TBMM'nin yasa çıkarması durumunda kararnamenin hükümsüz olacağı ifadesi, özellikle hükümsüzlük bakımından belirsizliğini korumaktadır. Mahkemenin bu konuda karar vermek için bu içerikte bir uyuşmazlığın Mahkemeye intikal etmesini beklemek gerekir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi inceleme konusu üç kararıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle ilgili temel noktaların önemli kısmını aydınlığa kavuşturmuştur. 2017 Anayasa değişikliklerinin hazırlanması, tartışılması ve kabul edilmesindeki sorunlar, metnin semantik yönden sahip olduğu teknik sorunlar ve nihayet parlamenter hükümet modeline göre kurgulanmış bir anayasal sistematığe bütünüyle yabancı bir hükümet modelinin uyarlanmasının yol açması kaçınılmaz ontolojik sorunlar kümesi karşısında Anayasa Mahkemesini bekleyen meydan okumanın *Sisyphos lanetine* dönüşebilmesi ihtimali bulunmaktaydı. Ancak Mahkemenin bu meydan okumada, pek çok sorunun hâlâ çözüm beklediği gerçeği göz

ardı edilmeden Anayasa'nın bütünlüğü ve genel esaslara dair kurallar ışığında güçlü bir metodolojik çalışmaya imza atmış olduğu, bu yolla hukuk devletini ve sınırlı iktidar ilkesini güçlendiren bir yorumla dikkate değer bir performans gösterdiği inkâr edilemez.

Tarihsel gelişimde gittikçe güçlenen ve 2017 Anayasa değişikliğiyle denetimsiz bir güce kavuşan yürütme organı gerçeği, Anayasa Mahkemesi 2010 değişikliklerinden sonra özellikle norm denetimi işlevinde uyguladığı katı *judicial self-restraint*⁹¹ tutumunu -bu kararlar örneğinde- değiştirmesine yönlendirmiş görünmektedir.

Gerçekten de Mahkeme, norm ihdasında yaygın ve özerk yetki olarak dizayn edilmesi arzulanan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini, düzenlemelerin lafzının verdiği imkânlardan da yararlanarak, hukuk metodolojisinin ilke ve yöntemleri yardımıyla esaslı bir şekilde kayıtlamıştır. Esasen TBMM'nin Anayasa değişikliği teklifi görüşülüp oylanırken siyasal işleyişi demokratik ve hukuki yönden meşrulaştıran tek organ olarak sahip olduğu yasama otoritesi ve yürütmeyi denetleme otoritesini koruması beklenirdi. Ancak TBMM'nin otoritesi ve saygınlığı, TBMM'ye rağmen Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla korunmaya çalışılmıştır ki bunun da altının çizilmesi gerekir.

Genelgeçer söylemlerin aksine, anayasa mahkemelerinin yasama organında konjonktürel ya da kültürel/kimliksel çoğunlukları, hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları ilkeleriyle sınırlamak suretiyle öncelikle yasama iradesini koruduğu gerçeğini bir yere not etmek gerekir. Ancak bu üç ilkeyi korumanın sadece Anayasa Mahkemesinin çabasıyla mümkün olmayacağı, yatay ve dikey erkler ayrılığı, denge ve denetim mekanizmaları ve katılımcılığın işlemediği bir yerde, anayasa mahkemelerinin etkisinin sınırlı olacağı da hatırdâ tutulmalıdır.

Mahkemenin kuruluş yıldönümü sempozyumlarında kapanış konuşmalarında çokça ifade edildiği gibi, cenazeyi yine Anayasa Mahkemesi kaldırmış ve anayasallık denetimini günümüzün konjonktüründe beklenenin ötesinde etkili bir şekilde yapmış görünmektedir. Bununla birlikte cenazenin kaldırılmasında hâlâ açığta

91 *Judicial self-restraint* (yargısal öz-sınırlama), *judicial activism* (yargısal aktivizm) karşıtı olarak kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi 2010 öncesinde yargısal aktivizm yaptığı gerekçesiyle eleştirilmişti. Ancak 2010 sonrasında norm denetiminde tersinde bir eğilimin baş gösterdiği ve özellikle olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin denetiminde çok belirginleştiği söylenebilir.

kalan hususların bulunduğu inkâr edilemez. Sonraki kararlarda bu soruların da cevabını bulacağını ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejiminde ince ayarların yapılacağını söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 21-51.
- ASLAN, Volkan (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 139-161.
- ATAR, Yavuz (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ATAR, Yavuz (2019). "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39, S. 1, s. 241-259.
- BARIN, Taylan (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayınları.
- BOYAR, Oya (2019). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Executive Orders: Karşılaştırmalı Gözlemler, içinde *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi.
- CAN, Osman (2010). Cumhurbaşkanlığı Seçimi, içinde *Güleriüzülü Frankoculuğun Dramı*, İstanbul: Agora Kitaplığı.
- EREN, Abdurrahman (2019). "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, S.1, s. 1-72.
- ERGÜL, Ozan (2018). "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S. 173, s. 30-32.
- EROĞUL, Cem (2007), "2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler", *Yavuz Sabuncu'ya Armağan- AÜSBFD*, s. 167-181.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2020). "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri, Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço", <http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm>, (Erişim tarihi: 21/6/2020).
- GÖZTEPE, Ece (2008). Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesinin 367 Kararı İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, içinde *Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜNDAY, Metin (2017). *İdare Hukuku*, 11. Bası, Ankara: İmaj Yayınevi.
- KANADOĞLU, Korkut (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *GSÜHFD*, S. 2, 637-650

- KLOEPFER, Michael (2011). *Verfassungsrecht* Bd I., München: C.H. Beck Vlg.
- LARENZ, Karl (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin: Springer Vlg.
- ODER, B. Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- SEZER, Abdullah (2019). “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri-Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 353-412.
- SÖYLER, Yasin (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞİRİN, Tolga (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2. Bası, Ankara: On İki Levha Yayınevi.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- TEZİÇ, Erdoğan (2017). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- TUNÇ, Hasan (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- ULUŞAHİN, Nur (2011). “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, s. 29-38.
- ÜLGEN, Özen (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, S. 1, s. 3-40.
- YASİN, Melikşah (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 315-350.
- YILDIRIM, Turan (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.2, s. 13-28.
- YILDIRIM, Turan (2019). “İdarenin Kanuniliği Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 293-314.
- YILMAZ, Halit (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 1, s. 225-263.
- ZIPPELIUS, Reinhold (2003). *Allgemeine Staatslehre*, 14. Aufl., München: C.H. Beck Vlg.

Köşe Yazıları

- ATAR, Yavuz (2017). “Neden Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, <https://www.star.com.tr/acik-gorus/neden-cumhurbaskanligi-sistemi-haber-1178668/>
- CAN, Osman (2017). Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme”, <http://mecliste.org/bakis-acisi/anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme>
- KANADOĞLU, Sabih (2006). 19 Aralık 2006 ve 26 Aralık 2006 tarihli Cumhuriyet gazetesi yazıları.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1962/198, K.1962/111, 10/12/1962.
- AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989.
- AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.
- AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5/2/1992.
- AYM, E.1996/3, K.1997/3, 22/5/1997.
- AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003.
- AYM, E.2007/45, K.2007/54, 1/5/2007.
- AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007.
- AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.
- AYM, E.2008/1, K.2008/2, 30/7/2008.
- AYM, E.2002/1, K.2008/1, 29/1/2008.
- AYM, E.2011/147, K.2012/152, 11/10/2012.
- AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013.
- AYM, E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013.
- AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31/10/2013.
- AYM, E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016.
- AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.
- AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020.
- AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.
- *Murat İslamoğlu*, B. No: 2013/614, 25/6/2014