



T.C.
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KANUNİ İDARE İLKESİ BAĞLAMINDA
CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Betül Merve YILMAZ

BURSA-2020



T.C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KANUNİ İDARE İLKESİ BAĞLAMINDA
CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Betül Merve YILMAZ

Danışman:

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

BURSA-2020

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda 701680013 numaralı Betül Merve YILMAZ'ın hazırladığı "Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" konulu Yüksek Lisans Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, **21.02/** 2020 günü **14:00 - 16:00**...saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının **BAŞARILI**..... (başarılı / ~~başarısız~~) olduğuna **ÖYBİRLİĞİ**..... (oybirliği / ~~oy çokluğu~~) ile karar verilmiştir.



Üye

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Dr. Öğr. Üyesi F. Didem SEVGİLİ GENÇAY

Uludağ Üniversitesi


Üye
Doç. Dr. Gülşen GEDİK
Uludağ Üniversitesi


Üye
Doç. Dr. Mutlu KAÇIRICI OĞLU
Altınbaş Üniversitesi

21.02/2020

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “**Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

23.01.2020

Tarih ve İmza



Adı Soyadı : Betül Merve YILMAZ
Öğrenci No : 701680013
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Programı : Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı
Statüsü : Yüksek Lisans



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 23/01/2020

Tez Başlığı / Konusu: Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 196 sayfalık kısmına ilişkin, 23/01/2020 tarihinde şahsım tarafından Turnitin..... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 19 'dur.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

23.01.2020

Betül Merve YILMAZ

Adı Soyadı: Betül Merve YILMAZ

Öğrenci No: 701680013

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Programı:

Statüsü: Y.Lisans Doktora

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Betül Merve YILMAZ
Üniversite : Bursa Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Tezin Niteliği : Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı : xi+182
Mezuniyet Tarihi : / / 20.....
Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

KANUNİ İDARE İLKESİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

“Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” başlıklı tez çalışmasında, Anayasa’ya yeni bir hukuki işlem türü olarak dahil edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasal kapsamı, hukuki niteliği ve normlar hiyerarşisindeki yeri öğretilerdeki farklı görüşler çerçevesinde açıklanmıştır. 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu, hükümet sistemi değişikliğinin ötesinde Anayasa’nın yürütme bölümünde radikal bir değişim ve dönüşüm gerçekleştirmiştir. Bu değişimin önemli sonuçlarından biri de kanunilik güvencesi kapsamında bulunan idari birimlerin teşkilatlanma yetkisinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanına bırakılmış olmasıdır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanuni idare ilkesinin unsurlarından olan “kanun” ve “idarenin kurulması” kavramları kapsamında incelenmiştir. Son olarak, yasama ve yürütme fonksiyonlarına ilişkin temel prensiplerin kanuni idare ilkesi ile keşiştiği zemin üzerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yönelik tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Sözcükler:

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kanunilik, Kanun, İdare, Yürütme Yetkisi, Yasama Yetkisi

ABSTRACT

Name and Surname : Betül Merve YILMAZ
University : Bursa Uludağ University
Institution : Social Science Institution
Field : Public Law
Degree Awarded : Master
Page Number : xi+182
Degree Date : / / 20.....
Supervisor : Asst. Prof. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

PRESIDENTIAL DECREE IN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN ADMINISTRATIVE LAW

This dissertation entitled “Presidential Decree in the context of the Principle of Legality in Administrative Law” discusses the constitutional scope and legal nature of a Presidential Decree, as included in the Constitution as a new form of legal enactment, as well as its place in the hierarchy of norms, by taking into consideration different perspectives on the doctrine. Law No. 6771 on the Amendment of the Constitution has not only brought about a change in the system of government, but has also led to a radical shift and transformation of the executive power of the Constitution. As one of the major consequences of this change, certain administrative bodies under legality assurance can now only become organized subject to the regulative power of Presidential Decrees. To this end, Presidential Decrees have been analyzed with reference to the concepts of “law” and the “establishment of administration”, which are among the elements under the principle of legality in administrative law. The study concludes with a number of observations and remarks regarding Presidential Decrees, against the backdrop of the fundamental principles relative to the legislative and executive functions where they intersect with the principle of legality in administrative law.

Keywords:

Presidential Decree, Legality, Law, Administration, Executive Power, Legislative Power

ÖNSÖZ

“Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” başlıklı bu tez çalışmasının tamamlanabilmesinde büyük özveri ve emeği olan tez danışmanım, değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi F. Didem SEVGİLİ GENÇAY’a öncelikle çok teşekkür ederim. Çok kısa bir zamanda tezimi okuyarak ve eleştiriler getirerek sağladığı katkı için kendisine minnettarım.

Bu çalışmanın hazırlık sürecinde işlerimin sorumluluğunu üstlenen, meslek hayatımın her aşamasında maddi ve manevi desteğini benden esirgemeyen üstadım, değerli amcam Av. Hasan Ali YILMAZ’a anlayışı için müteşekkirim. Son olarak, tez yazım sürecinde yaptığımız karşılıklı tartışmalarla ufkumu açan, bugüne dek ışığıyla yolumu her daim aydınlatan kıymetli babama ve ayakları yere basan güçlü bir kadın olmam için özveride bulunan, varlığı ve cesaretiyle bana güç veren kıymetli anneme ömrümün her anı için teşekkür ederim.

Betül Merve YILMAZ

Bursa, Ocak 2020

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

I. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN ANAYASAL KAPSAMI	4
A. ANAYASAL DAYANAĞI	4
B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN KONU BAKIMINDAN YETKİ SINIRLARI	8
1. Genel Kural: Yürütme Yetkisine İlişkin Konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılabilmesi.....	8
2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenmesi Yasak Alan	10
a. Temel Haklar, Kişi Hak ve Ödevleri ile Siyasi Hak ve Ödevler	10
b. Anayasada Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konular	13
c. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular.....	15
C. ANAYASA'DA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE DÜZENLENECEĞİ ÖNGÖRÜLEN KONULAR.....	17
1. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmalarına İlişkin Usul ve Esaslar.....	17
a. Üst Kademe Yöneticilerin Atanma Usul ve Esaslarının Düzenlenmesine İlişkin Tarihsel Süreç.....	18
b. Üst Kademe Yöneticisinin Kimliği	20
c. Düzenlemenin Sınırı: Anayasa'nın 128. Maddesi	23
2. Bakanlıkların Kurulması, Kaldırılması, Görevleri ve Yetkileri, Teşkilat Yapısı ile Merkez ve Taşra Teşkilatlarının Kurulması	26
a. Bakanların Hukuki Statüsü	27
b. Bakanlıkların Kurulması ve Kaldırılmasının Anayasal Sınırları.....	30

3. Devlet Denetleme Kurulu'nun İşleyişi, Üyelerinin Görev Süresi ve Diğer Özlük İşleri.....	31
4. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Teşkilatı ve Görevleri.....	34
5. Kamu Tüzel Kişiliği Kurulması.....	36
II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	38
A. HUKUKİ İŞLEMLERİN TASNİFİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLER DOĞRULTUSUNDA DEĞERLENDİRME.....	38
B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERE İLİŞKİN İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME.....	42
1. Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Niteliğine İlişkin Tarihsel Süreç.....	42
2. Anayasa Mahkemesi İctihatları Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Hukuki Niteliğinin Tespiti.....	47
a. İlk-el Düzenleme Yetkisi.....	48
b. Kanunları Değişirme ve Yürürlükten Kaldırma Yetkisi.....	49
c. Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Denetimi.....	50
III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ.....	52
IV. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN YARGISAL DENETİMİ.....	59
A. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YARGISAL DENETİMİ.....	59
1. Anayasal Dayanağı.....	59
2. Anayasa Mahkemesi ve "Yasallık Denetimi".....	62
B. YARGISAL DENETİMİN KAPSAMINI BELİRLEMeye YÖNELİK ANAYASAL DÜZENLEMELER.....	64
1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kanunlarda Farklı Hükümler Bulunması Hâlinde, Kanun Hükümlerinin Uygulanması.....	64
2. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Aynı Konuda Kanun Çıkarması Durumunda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Hükümsüz Hâle Gelmesi.....	67
a. "Hükümsüz Hâle Gelme"nin Anlamı.....	67
b. Hükümsüzlüğün Tespiti.....	68

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNİ İDARE İLKESİNİN UNSURLARI ÇERÇEVESİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN İNCELENMESİ

I. KANUNİ İDARE İLKESİNİN TANIMI VE ANAYASAL DAYANAĞI.....	72
A. KANUNİ İDARE İLKESİNİN TANIMI VE KAPSAMI.....	72
B. ANAYASAL DAYANAĞI	77
1. Anayasa'nın 8. Maddesi	79
2. Anayasa'nın 123. Maddesi	80
C. KANUNİ İDARE İLKESİNİN İSTİSNASI: CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ.....	82
II. KANUNİ İDARE İLKESİNİN UNSURLARI BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ	85
A. KANUN KAVRAMI VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ	85
1. Kanun Kavramı.....	85
a. Maddi Anlamda Kanun.....	86
b. Şekli Anlamda Kanun.....	88
c. Kanuni İdare İlkesi Bakımından Geçerli Kanun Anlayışı	90
2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kanunilik Blokundaki Yeri.....	91
3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kanun Karşısındaki Hiyerarşik Konumu	95
a. Kanun-altı Seviyeye Konumlandırılan Görüş.....	95
b. Kanunla Aynı Seviyede Olduğunu Savunan Görüş.....	97
c. Mahfuz Alan Yaklaşımının Hiyerarşik İlişkiye Etkisi.....	100
d. Öğretideki Görüşler Kapsamında Değerlendirme	102
4. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Münhasır Kanun Alanı İlişkisi	103
a. Anayasa Mahkemesi İçtihatlarında “Münhasır Kanun Alanı” Kavramı	105
b. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasal Yetki Sınırı Olarak Münhasır Kanun Alanı.....	110
c. Münhasır Kanun Alanı ve Kanunilik Güvencesi	113
B. İDARENİN KURULUŞUNUN KANUNA DAYANMASI PRENSİBİ KARŞISINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ	115
1. Bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kurulması	116
a. Bakanlık Teşkilat Birimlerinin Kurulması.....	116
b. Bakanlıkların Görev ve Yetkilerinin Düzenlenmesi.....	120

c. Bakanlık Teşkilatında İstihdam Edilen Kamu Personeli	126
2. Kamu Tüzel Kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kurulması	131
a. Kamu Tüzel Kişiliği Kurma Yetkisi	132
b. “Kamu Tüzel Kişiliği Kurulması” Kavramının Anlamı ve Kapsamı	133
c. Kamu Tüzel Kişiliği Kurulmasında Yetki Paylaşımı: Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi	135
d. Kamu Tüzel Kişiliğinin Cumhurbaşkanı Kararı ile Kurul(ama)ması	139
e. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Yönelik Bir İnceleme	142

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNİ İDARE İLKESİNİN DEVLETİN HUKUKİ FONKSİYONLARINA İLİŞKİN UNSURLARI VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

I. YASAMA YETKİSİNE İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ	145
A. YASAMA YETKİSİNİN ASLİLİĞİ İLKESİ	146
B. YASAMA YETKİSİNİN GENELLİĞİ İLKESİ	147
C. YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ İLKESİ	149
II. YÜRÜTME YETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ	153
A. YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ	153
1. Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Türev Niteliği	153
2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Niteliğine Olan Etkisi	157
B. MAHFUZ DÜZENLEME ALANI TARTIŞMALARI ÇERÇEVESİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ	161
1. Yürütme Lehine Mahfuz Düzenleme Alanının Varlığını Kabul Eden Görüş	162
2. Mahfuz Düzenleme Alanının Varlığını Reddeden Görüş	165
SONUÇ	170
KAYNAKÇA	175

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
a.yer.	aynı yer
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	baskı
bkz.	bakınız
C.	Cilt
çev.	çeviri
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KHP	Kamu Hukukçuları Platformu
K.T.	Karar Tarihi
m.	madde
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	sayfa
ss.	sayfadan sayfaya
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd.	ve devamı

GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihinde zorunlu halkoylamasıyla kabul edilen 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ile gerçekleştirilen hükümet sistemi değişikliği, Türk kamu hukuku kavram ve kurumları bakımından önemli bir değişim ve dönüşümü de beraberinde getirmiştir. Yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminin bir sonucu olan ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak adlandırılan yeni sistemde, Bakanlar Kurulu kaldırılmış; 1982 Anayasası'nda geçerli olan "iki başlı" yürütme yapısı sona erdirilmiştir. Yürütme yetkisinin yalnızca Cumhurbaşkanına ait olduğu bu sistemde, "tek başlı" yürütme yapısının benimsendiği ve parlamenter sistemin terk edildiği görülmektedir.

Yürütmenin yapısında yaşanan bu dönüşüm, yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin hukuki rejimde de bir değişime neden olmuştur. Bu kapsamda, Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmasının olağan bir sonucu olarak, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararname ve tüzüklerin anayasal varlığına son verilmiştir. Söz konusu düzenleyici işlemlerin yürürlükten kaldırılmasıyla oluşan boşluk, yeni bir hukuki işlem türü ile doldurulmuş; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde yürütmenin başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanına, yürütme yetkisine ilişkin konularda "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" çıkarma yetkisi tanınmıştır.

Anayasa değişikliğinin en radikal sonuçlarından biri olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, ilga edilen kanun hükmünde kararnamelerin yeni sistemdeki ikamesi gibi görünse de, bütünüyle farklı ve yeni bir hukuki işlem türüdür. 1982 Anayasası'nın 104. maddesinde genel çerçevesi çizilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak *kanuna dayanmaksızın*, Anayasa'nın doğrudan doğruya verdiği yetkiyle çıkarılan ve bu yönüyle ilk-el düzenleme yetkisi içeren düzenleyici işlem niteliği taşımaktadır. Yasama yetkisinin her daim genel ve asli, buna karşın yürütme yetkisinin ise türev ve sınırlı bir yetki olarak nitelendirildiği Türk hukukunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan ilk-el düzenleme yetkisi, yürütme

¹ Resmi Gazete, 11.02.2017, S. 29976.

yetkisinin niteliğine olan etkisi bakımından da önemli bir değişiklik olarak kabul edilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütmeye tanınan ilk-el düzenleme yetkisi, Anayasal düzeyde korunan ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kanuni idare ilkesi bakımından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmünün, idarenin hem kuruluşu hem de görev ve yetkilerinin düzenlenmesi bakımından temin ettiği kanunilik güvencesinde, 6771 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile birlikte bir *yumuşama*² yaşanmıştır. Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin belirtilmesinin yanı sıra, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında da kamu tüzel kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeler paralelinde, idari teşkilatlanmaya ilişkin olarak 1982 Anayasası'nda esaslı bir değişim gerçekleştiği; bu bağlamda idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesinin dayanağı olan kanuni idare ilkesinin, Türk pozitif hukukundaki ekseninde ciddi bir kayma yaşandığı söylenebilir.

Bu çalışmada, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin anayasal çerçevenin belirlenmesi ve bu anayasal çerçevenin kanuni idare ilkesinin unsurları bağlamında değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, genel itibariyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hukuki rejimi incelenmiştir. İlk olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasal dayanağı ve konu bakımından yetki sınırları ele alınmış; ardından Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki işlem niteliği, Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararname rejimine ilişkin içtihatları ve öğretilerde yer alan görüşler çerçevesinde tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bölümde son olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin değişen normlar hiyerarşisindeki konumu ve Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetiminin kapsam ve niteliği üzerinde durulmuştur.

² Ali Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>, (Erişim Tarihi:18.10.2019), s. 6.

Çalışmanın ikinci bölümünde; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanuni idare ilkesinin unsurları bağlamında değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda ilk olarak kanuni idare ilkesinin anlam ve kapsamı açıklanmış, ilkenin pozitif hukuktaki dayanakları belirtilmiştir. Akabinde kanuni idare ilkesinin unsurlarından olan “kanun” ve “idarenin kurulması” kavramları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi perspektifinde incelenmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasal çerçevesi belirlenirken, kanunun referans norm olarak kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla *kanun* kavramı, hem kanuni idare ilkesinin bir unsuru olarak hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kapsamı bakımından özel önem arz etmekte; bu önem kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisinin tüm yönleriyle incelenmesi gerektirmektedir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, münhasır kanun alanı kavramıyla olan ilişkisi ve kanun karşısındaki hiyerarşik konumu öğretide yer alan görüşler çerçevesinde ele alınmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanuni idare ilkesi nezdindeki özellikli durumu, *idarenin kurulması* kavramı bakımından da kendisini göstermektedir. Zira kanuni idare ilkesinin temin ettiği kanunilik güvencesinde yaşanan yumuşamanın esas nedeni, Anayasa’nın bakanlıkların ve kamu tüzel kişiliğinin kurulması hususunda Cumhurbaşkanına tanıdığı düzenleme yetkisidir. Söz konusu düzenleme yetkisi, *idarenin kurulması kavramının* anlamı ve uygulamada çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri referans alınmak suretiyle kapsamlı bir şekilde incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde; kanuni idare ilkesinin, devletin hukuki fonksiyonlarına ilişkin unsurlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olan ilgi ve irtibatı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda yasama ve yürütme yetkilerinin nitelikleri incelenmiş; Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan ilk-el düzenleme yetkisinin, yürütmenin düzenleme yetkisinin niteliğine olan etkisi üzerinde durulmuştur. Son olarak, Anayasa değişikliğinin esaslı tartışma konularından biri olan mahfuz düzenleme alanı meselesine değinilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından geçerli bir mahfuz düzenleme alanı bulunup bulunmadığı konusu, 1982 Anayasası temelinde ve öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde ele alınmış ve sonuca yönelik bir tahlilde bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin, 1982 Anayasası bakımından getirdiği en önemli değişikliklerden biri hiç kuşkusuz Cumhurbaşkanına tanınan *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi* çıkarma yetkisidir. Hükümet sistemi değişikliğinin bir sonucu olarak Türk Anayasa Hukukuna dahil olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, hukuki niteliği ve düzenleme alanı itibarıyla yeni bir hukuki işlem türüdür. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanuni idare ilkesi zemininde incelenmeden önce, çalışmanın birinci bölümünde *yabancı* olunan bu işlem türünün anayasal kapsamı, hukuki niteliği, normlar hiyerarşisindeki yeri ve yargısal denetimine ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır. Çalışmanın bütününde “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” kavramıyla kast edilen olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olup, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN ANAYASAL KAPSAMI

A. ANAYASAL DAYANAĞI

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile keşfedilen yeni bir tabir değildir³. 1982 Anayasası’nın mülga 107. maddesinde⁴, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve

³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. b., Bursa: Ekin, 2019, s. 917.

⁴ Anayasa Mülga 107. Madde: “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.” Anayasa’nın mülga 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. Salih Taşdöğen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *AÜHFD*, C. 65, S. 3 (2016), ss. 937-966.

personel atama işlemlerine ilişkin olarak çıkarılan ve *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi* adını taşıyan bir hukuki işlem türü düzenlenmekteydi. 6771 sayılı Kanun ile ilga edilen bu hukuki işlem türü, adını Anayasa'nın 104. maddesinde düzenlenen "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi"ne bırakmıştır.

1982 Anayasası'nın "Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri" başlıklı 104. maddesinin 17. fıkrasında yer verilen düzenleme Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasal dayanağını oluşturmaktadır: "*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.*"

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki rejimine ilişkin genel kuralların yer aldığı bu düzenlemede, kararnamelerin genel düzenleme alanı, konu bakımından yetki sınırları ve kanun karşısındaki hiyerarşik konumu gibi hususları tespit etmeye yönelik hükümlere yer verilmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan bu kural hükümler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki rejimi yönünden genel düzenleme niteliği taşımaktadır.

Bahsi geçen kural hükümlerden hareketle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin bir tanım yapılması mümkündür: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı tarafından kanunlarda açıkça düzenlenmemiş ve Anayasa'da kanunla düzenleneceği öngörülmemiş yürütme yetkisine ilişkin konularda, doğrudan doğruya Anayasa'nın verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemdir⁵. Cumhurbaşkanı, sahip olduğu yürütme gücünü, yürütme yetkisine ilişkin konularda *kanuni yetkilendirmeye ihtiyaç duymaksızın*, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile

⁵ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 279.

düzenleme yapmak suretiyle kullanabilecektir⁶. Kanuna dayanmaksızın çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, bu yönüyle, idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden ayrılmakta ve kanuni idare ilkesi açısından önemli bir sapma özelliği göstermektedir.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğine ilişkin genel düzenlemeye yer verildikten sonra, Anayasa'nın münferit bazı maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı ayrı ve özel olarak belirtilmiştir⁷:

Madde 104/9: "Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler."

Madde 106/11: "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."

Madde 108/4: "Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."

Madde 118/6: "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."

Madde 123/3: "Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."

Bu hükümlerin dışında Anayasa'nın yine bazı maddelerinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır:

Madde 119/6-7: "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı

⁶ Eda Bektaş, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", *Yasama Dergisi*, S. 39 (2019), s. 208.

⁷ Bu hükümlere ilişkin değerlendirmeler, çalışmanın devamında kapsamlı şekilde yapılacağından bütünlüğü bozmamak adına, bu kısımda yalnızca ilgili maddeleri saymakla yetinilmiştir.

kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

Madde 124/1: “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”

Madde 148/1: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

Madde 161/7: “Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.”

Görüldüğü üzere, Anayasa değişikliğiyle beraber Bakanlar Kurulu ve dolayısıyla kanun hükmünde kararname ve tüzük adlı düzenleyici işlemlerin yürürlükten kaldırılmasının bir sonucu olarak, Anayasa hükümlerinde yer alan *kanun hükmünde kararname* ve *tüzük* ibareleri, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ile değiştirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlendiği Anayasa hükümleri incelendiğinde; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun hükmünde kararname rejimi ile benzerlik gösteren özelliklere sahip olduğu görülmektedir. Nitekim Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi’ne verilmiş olması ve yine olağanüstü hâllerde *kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı*

kararnamesi çıkarılabileceğinin öngörülmesi bu durumun göstergesidir. Ancak belirtmek gerekir ki; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 6771 sayılı Kanunla ilga edilen hukuki işlemler olan kanun hükmünde kararname ve tüzükler ile Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden bütünüyle farklı, bahsi geçen üç türün belirli özelliklerini haiz *kendine özgü* hukuki bir işlem türüdür.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesini doğru *okuyabilmek* adına, aşağıda bu hukuki işlem türüne ilişkin Anayasa hükümleri tüm yönleriyle kapsamlı bir şekilde incelenecektir.

B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN KONU BAKIMINDAN YETKİ SINIRLARI

1. Genel Kural: Yürütme Yetkisine İlişkin Konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılabilmesi

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında, Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda ilk-el düzenleme yapma yetkisi tanınmış; fıkranın devamında getirilen kural hükümlerle, bu düzenleme yetkisinin sınırları çizilmiştir⁸. Esasen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından ilk ve en geniş sınırını, Cumhurbaşkanının, *yürütme yetkisine ilişkin konularda* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğini belirten düzenleme oluşturmaktadır. Bu düzenleme uyarınca, Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramayacaktır⁹. Dolayısıyla bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 104. maddede yer alan diğer tüm kural normlara uygun olarak çıkarılmış olsa bile, yürütme yetkisine ilişkin bir konuda düzenlenmediği takdirde Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.

⁸ Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *GÜHFD*, S.1 (2018), s.27.

⁹ Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 1. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 84; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 923; Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", s. 27.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği hükmü, kararnamelere yönelik genel bir konu sınırlaması niteliği taşımakla birlikte, öğretide bu sınırın belirsizliğine de dikkat çekilmiştir¹⁰. Zira madde metninde yer alan *yürütme yetkisine ilişkin konular* ifadesinin tanımı ve kapsamı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Gözler, yürütme yetkisi kavramına ilişkin bu belirsizliğin bir sonucu olarak, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan istisnasız her Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, yürütme yetkisi kapsamına girmediği iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi önüne götürülebileceğini belirtmektedir¹¹.

Her ne kadar yürütme yetkisine ilişkin konular ifadesinde bir belirsizlik mevcut olsa da, Anayasa'nın bazı maddelerinde yürütme yetkisinin kapsamını belirlemeye yönelik düzenlemelerin yer aldığı ileri sürülmüştür¹². Örneğin; Anayasa'nın 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanına ait somutlaştırılmış görev ve yetkiler, *yürütme yetkisine ilişkin konular* kapsamında değerlendirilebilir¹³. Yine Anayasa'nın 161. maddesinde, bütçe kanununa, merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödeneğin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aşılabileceğine dair hüküm konulamayacağı öngörüldüğünden, bu konunun yürütme yetkisi kapsamı dışında bırakıldığı söylenebilir¹⁴.

Yürütme yetkisine ilişkin konular ifadesinin sınırlarını net bir şekilde belirlemenin neredeyse imkansız olduğu; bu nedenle de yasama ve yargı organlarının görev ve yetkileri dışında kalan konuların, yürütme yetkisi kapsamında bulunduğu

¹⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 251; Ozan Ergül, "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S. 173, (Eylül-Ekim 2018), s. 31; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 84; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 923.

¹¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 924. "Yürütme yetkisine ilişkin konu" kavramı, Anayasa'da bu hususa yönelik herhangi bir açık hüküm bulunmadığı için, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde şekillenecektir.

¹² Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 85.

¹³ a.g.e., s. 86: "Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milleti'nin birliğini temsil etmek, Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etmek, yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyeti'nin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyeti'ne gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayınlamak, milli güvenlik politikalarını belirlemek ve gerekli tedbirleri almak, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek...yetkileri bu kapsamda yürütme yetkisinin alanı içerisinde kalmaktadır."

¹⁴ a.yer.

kabul edilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir¹⁵. Elbette yürütme yetkisinin kapsamı belirlenirken, Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi yasaklanan konuların da dikkate alınması ve çerçevenin bu doğrultuda belirlenmesi gerekir.

Son olarak; Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında *yürütme yetkisine* ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği düzenlenirken, Anayasa’nın 8. maddesinden¹⁶ farklı olarak “görev” kavramına yer verilmemiş olması da dikkat çekicidir¹⁷. Ardıçoğlu’na göre bu durum, “*basit bir ihmâl olmayıp, esaslı bir zihniyet değişiminin tezahürüdür*”¹⁸. Anayasa’nın 104. maddesinde yürütmenin sadece *yetki* olarak düzenlenmesinin, yürütmenin güçlendirilmesi amacını gerçekleştirmeye yönelik bilinçli bir tercih olduğu düşünülmektedir¹⁹.

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenmesi Yasak Alan

a. Temel Haklar, Kişi Hak ve Ödevleri ile Siyasi Hak ve Ödevler

Anayasa koyucu, Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılacağına yönelik genel bir kural getirdikten sonra; Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğini belirtmiştir²⁰. Cumhurbaşkanlığı kararnamesini konu bakımından sınırlayan bu düzenleme, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile yürürlükten kaldırılan kanun

¹⁵ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 284; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s.84.

¹⁶ Anayasa Madde 8: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”

¹⁷ Ahmet Yayla, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., (2019), s. 1613.

¹⁸ M. Artuk Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, (2017), s.47.

¹⁹ Özge Aksoylu Ürger, “Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri”, *4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, Alanya, 3-4-5 Mayıs 2018, s.148.

²⁰ Anayasa Madde 104/17: “...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...”

hükmünde kararnamelere ilişkin konu sınırlamalarıyla²¹ paralellik göstermektedir. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, Anayasa'nın ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan konuların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebiliyor olması, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlama yapılıp yapılamayacağı tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Öğretide ağır basan görüşe göre; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesi²² emredici nitelikte olup, istisnasız tüm temel hak ve özgürlükler *ancak* kanunla sınırlandırılabilir²³. Bu görüşün savunucuları, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğini; ancak bu hak ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlama konusu yapılamayacağını vurgulamaktadırlar²⁴. Dolayısıyla, Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan tüm sosyal ve ekonomik hak ve ödevler, ancak kanunla sınırlandırılabilirken;

²¹ Anayasa Mülga Madde 91: "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez."

²² Anayasa Madde 13: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

²³ Fazıl Sağlam, sosyal ve ekonomik hakların kanun hükmünde kararnamelerle sınırlandırılmayacağını savunmuştur: "Anayasada yer alan hiçbir temel hak ve özgürlük KHK'lerle sınırlandırılmaz. Bu Anayasanın 3. bölümünde yer alan haklar açısından da mutlak bir kuraldır. Çünkü Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, Anayasada yer alan belli sebeplerle ve Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrasına egemen olan düşünce, 13. madde ile birlikte ele alındığında başka bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir." Fazıl Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararnama Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.1, (1984), s. 269.

²⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.926; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s.285; Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), s.39; Ardıçoğlu, a.g.m., s.41; Ardıçoğlu, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kuralların Anayasa'nın bütünlüğüne uygun şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna eş değer normlar olmaması yanında, "sınırlama" ve "düzenleme" ifadeleri arasındaki kavramsal farklılığa da dikkat çeken yazar, Anayasa'da özellikle kanunla düzenleneceği öngörülmemen sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceğine; buna karşın sınırlandırılmayacağına işaret etmektedir.

sınırlandırma niteliğinde olmayan düzenlemeler, Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile gerçekleştirilebilir.

Öğretide, “sınırlama” ve “düzenleme” kavramları arasındaki anlamsal farklılık üzerinde özellikle durulmuş; “düzenleme”, “sınırlama”dan daha geniş ve farklı bir kavram olarak nitelendirilmiştir²⁵. Anayasa koyucu bu iki kavram arasındaki farklılığa ilişkin bilincini, Anayasa'nın 104. maddesinde “düzenleme” ifadesini kullanmayı tercih ederek ortaya koymaktadır²⁶. Her düzenlemenin, özünde sınırlandırıcı bir yönü olduğunu²⁷, bu nedenle de *düzenleme* ve *sınırlandırma* kavramları arasında bir ayırım yapmanın uygulamada belirsizliğe neden olacağını vurgulayan Söyler; Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan hükmün, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılacağını öngören kurala getirilmiş bir istisna olduğunu ileri sürmektedir²⁸. Yazara göre; 104. maddede yer alan düzenleme,

²⁵ Sağlam, a.g.m, s.268; Yeliz Şanlı Atay, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, 1.b., Ankara: TODAİE, 2011, s. 68: “...’sınırlama’ ve ‘düzenleme’ kavramları, herhangi bir konuya ilişkin kural koyma faaliyetini ve konulan kuralları ifade etmekle birlikte, içerikleri bakımından farklıdır. Her sınırlama, bir düzenleme olduğu halde, her düzenleme bir sınırlama anlamına gelmeyebilir ya da gelmemelidir.”

²⁶ Nitekim Anayasa'nın 13. maddesinde *kanunla düzenleme* değil, özellikle *kanunla sınırlama* ifadesine yer verilmiştir.

²⁷ “Her ne kadar ‘düzenleme’ ile ‘sınırlama’ mefhumlarının birbirinden farklı olduğu söylenebilir ve dolayısıyla Anayasanın tanzimi tasarruflarla temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesini menetmediği ileri sürülebilirse de; hakikatı halde İcra ve İdarenin bu mevzularda koyacağı her düzenleyici kaidei bizzat yeni bir kayıtlama getireceğinden; bütün mesele, idari kaide-tasarrufların hürriyet ve ödevler sahasında hangi noktalara kadar uzanabileceğini tâyin edecek kıstasın ve kıstasların bulunmasına müncer olmaktadır.” Lütfi Duran, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları”, *İÜHFİM*, C.30, S.3-4 (1964), s. 473.

²⁸ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s.89. Söyler, aynı eserinde bu görüşüyle çeliştiği düşünülen şu açıklamalara yer vermiştir: “Anayasa koyucunun bazı konuların kanunla düzenlenmesini belirtmesi, o konunun mutlaka yasal bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiği anlamına gelir. Çünkü Anayasa koyucunun iradesi o yönde teşekkül etmiştir. Anayasada bir konunun kanunla düzenlenmesinin belirtilmesi özel bir amaç taşır. Örneğin Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğinin düzenlenmesi, kişilere idare karşısında güvence sağlama gibi özel bir amaca hizmet eder. Bu nedenle Anayasada kanunla düzenlenmesi belirtilen konularda yasa koyucu, o konuyu hiç düzenlemeden Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanına bırakamaz.” a.g.e. s. 95. “Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı açıkça belirtilen beş alanda Cumhurbaşkanının bu yetkisi ister özerk düzenleme kapsamında değerlendirilsin isterse de bu kapsamda değerlendirilmesin, bu beş alana ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacak düzenlemelerde temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlandırma getirilememesi gerekir. Çünkü Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir.” a.g.e. , s.136. Türk; sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesini, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan genel kuralla çelişen bir istisna olarak nitelendirmiştir. Hikmet Sami Türk, *Anayasa'ya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 28.

Anayasa'nın 13. maddesine kıyasla *yeni tarihli* bir hüküm olması nedeniyle, sosyal ve ekonomik haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlandırılabilir²⁹.

Kanımızca, Anayasa normları arasında bir hiyerarşiden bahsedilemeyeceği³⁰ gibi; öncelik-sonralık ilişkisi üzerine kurulu bir derece farklılığı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan düzenlemenin, Anayasa'nın 13. maddesine kıyasla yeni tarihli olması nedeniyle öncelikle uygulanacağını söylemek ve bu kapsamda “sonraki kanun, önceki kanunları ilga eder”³¹ ilkesini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Böyle bir yaklaşımın kabulü, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerinden olan hukuk devleti anlayışı ve bu anlayışın sonucu olarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Diğer taraftan, Anayasa'nın 104. maddesinde, sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlandırılabilirliğine ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından, istisnaların dar yorumlanması ve söz konusu düzenlemenin kapsamının genişletilmemesi gerekir³². Sonuç olarak, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler, Anayasa'da yer alan kural hükümlere uymak kaydıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek; ancak sınırlandırılmayacaktır.

b. Anayasada Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konular

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki sınırını oluşturan bir diğer düzenleme, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına ilişkin hükümdür. Madde metninde yer alan “münhasıran kanunla düzenlenme” ifadesiyle ne kast edildiğinin açık olmaması eleştirilmekle birlikte; öğretilerde ağırlıklı görüş, Anayasa'da özellikle *kanunla düzenleneceği* belirtilen konuların, münhasır kanun alanı kapsamında yer aldığını kabul

²⁹ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s.90; Aynı yönde bkz. Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 2.b. , Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 306.

³⁰ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 13.b. ,Bursa: Ekin, 2016, s. 186.

³¹ “Lex posterior derogat legi priori”. Yorum ilkeleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, ss.283-324.

³² Aynı yönde bkz. Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), s. 311.

etmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, münhasır kanun alanı ile olan ilişkisi kapsamlı bir şekilde incelendiğinden bu kısımda “münhasır kanun alanı” kavramına ilişkin detaylı değerlendirme yapılmayacaktır.

Bununla birlikte, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenip düzenlenemeyeceği hususuna değinmek yerinde olacaktır. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kuralın mefhum-u muhalifinden, sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği anlamına ulaşıldığı yukarıda belirtilmişti. Peki Anayasa'nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı bölümünde kanunla düzenleneceği *ayrıca* belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecek midir?

Anayasa'da özellikle kanunla düzenleneceği öngörülen konuları münhasır kanun alanı kapsamında değerlendiren yazarların büyük çoğunluğu, kanunla düzenlenmesi öngörülen sosyal ve ekonomik hakları münhasır kanun alanı içerisinde değerlendirerek, bahsi geçen konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği görüşünü benimsemiştir³³. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'nın verdiği ilk-el düzenleme yetkisine dayanarak çıkarıldığından, kanun hükmünde kararname rejiminden farklı bir zeminde değerlendirme yapmak gerekir Zira kanun hükmünde kararnameler, adı üstünde kanun niteliği taşıdığından, Anayasa'da kanunla düzenleneceği öngörülen konuların kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi mümkündür. Buna karşın sosyal ve ekonomik haklar alanında kanunla düzenleneceği öngörülen konular, “kanun hükmünde” olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından münhasır kanun alanı niteliğindedir³⁴. Öte yandan, Anayasa'da kanunla düzenleneceği öngörülen konular dışında kalan sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin, kanunda “açıkça” düzenlenen konular kapsamına

³³ Ardiçoğlu, a.g.m., s.41; Eren, a.g.m., s.39; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 285. Aksi yönde bkz. “Bizim görüşümüz bu yönde değildir. Tam aksine 104. maddenin on yedinci fıkrasında sosyal ve ekonomik hak ve ödevler konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabileceğine yönelik hükme yer verilerek, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen Anayasa hükümleri karşısında özel bir durum oluşturmuştur.” Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 90.

³⁴ Eren, a.g.m., s. 39.

girmemesi şartıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

c. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında, “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” hükmüne yer verilerek kanunla düzenleme yapılmış konularda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması yasaklanmıştır. Bu kapsamda, kanunla düzenlenmiş bir konuda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı olacaktır³⁵. Anayasa değişikliğinin beraberinde getirdiği muğlak kavramlardan biri olan “kanunda açıkça düzenleme” ifadesi, içerdiği belirsizlik nedeniyle öğretide eleştirilmektedir³⁶. Kanunda “açıkça düzenleme” ifadesine mutlak bir çerçeve çizmek ve bu ifadenin anlamını belirlemek, yürürlükteki Anayasa hükümleri doğrultusunda mümkün gözükmemektedir. Kanunun bir konunun genel kurallarını belirlemeye yönelik düzenlemeleri, açıkça düzenleme kapsamında değerlendirilebilir mi? Yoksa konuya ilişkin tüm ayrıntılar kanunda düzenlendiğinde mi açıkça düzenlemeden bahsedilecektir? Öğretide bu soruları açıklamaya yönelik net bir görüş benimsendiği söylenemez.

Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına ilişkin kuralın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurumunu etkisiz kılacak nitelikte geniş bir sınırlama içerdiğine ve günümüzde kanunla düzenlenmemiş bir konu bulmanın neredeyse imkansız olduğuna işaret edilmektedir³⁷. Bu hüküm Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapabileceği alanı büyük ölçüde daraltmaktadır. Belirtmek gerekir ki; kanunda açıkça düzenleme ifadesiyle kastedilen, konu ile “ilişkili” bir kanunun varlığı ise, içinde bulunulan çağda bilimsel ve teknolojik gelişmeler paralelinde ortaya çıkacak konular dışındaki her

³⁵ Özen Ülgen Adadağ, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S.1 (2019), s. 266.

³⁶ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s.97; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 930; Yayla, “Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, s.1618.

³⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 930.

konuyla *ilişkili* bir kanun bulunması mümkündür³⁸. Cumhurbaşkanlığı kararnamesini konu bakımından sınırlayan bu hüküm, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmasını keyfi bir şekilde yasaklamakta ve Anayasa değişikliğinin esas gayesi olan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemini fiilen işlemez hâle getirmektedir³⁹.

Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına göre, hükmün mefhum-u muhalifinden, Cumhurbaşkanına *kanunda açıkça düzenlenmeyen* konularda herhangi bir kanun hükmüne dayanmaksızın ilk-el düzenleme yapma yetkisi verildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla kanunda, konunun yalnızca temel ilke ve esaslarının belirlenmesi hâlinde, açıklığa kavuşturulmamış konuların, kanunda *açıkça düzenleme* yapılmadığından bahisle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi mümkündür. Elbette bu yaklaşım, “açıklık” kavramına yüklenecek anlama göre değişiklik gösterecektir. Ancak *açıkça düzenlemeden* anlaşılan temel ilke ve esasların belirlenmesi ise; kanunda yer alan düzenlemelerin *açık olmadığı* hallerde, norm somutlaştırılması amacıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği ileri sürülmektedir⁴⁰. Ne var ki bu görüşe, kanunları somutlaştırmak amacıyla çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kanuna uygunluk denetiminin yapılamaması nedeniyle temkinli yaklaşılmalıdır⁴¹.

Öğretide, kanunda konuyla ilgili temel ilke ve esasların belirlenmesi durumunda, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların yönetmelikle düzenlenmesi gerektiği görüşü egemendir. Bu görüş doğrultusunda, konuya ilişkin genel kuralların belirlenmesi hâlinde *kanunla açıkça düzenleme* yapılmış sayılacağından, aynı konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması söz konusu olmayacaktır⁴². Kanunda

³⁸ Yayla, “Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, s. 1618; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.930.

³⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.931.

⁴⁰ Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin Ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 176.

⁴¹ Taylan Barın, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 2019, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Taylan_Barin_.pdf (Erişim Tarihi: 25.11.2019).

⁴² Eren, a.g.m., s. 40; Fatma Didem Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi: Türkiye-Fransa Karşılaştırmalı Çalışma”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 2019, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili_1.pdf (Erişim Tarihi: 27.10.2019).

düzenlenen genel ilke ve esasların ayrıntılarına ilişkin hususlar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile değil; Anayasa'nın 104. maddesinin 18. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği veya 124. madde uyarınca genel yönetmeliklerle tamamlanmalıdır⁴³.

Anayasa değişikliğinin Türk Anayasa hukuku terminolojisinde yarattığı açmazlardan biri olan, “kanunda açıkça düzenleme” ifadesinin anlamı ve kapsamı, benimsenen farklı yaklaşımlar çerçevesinde değişiklik göstermektedir. Açıkça düzenleme ifadesinden, konuyla *ilişkili* bir kanun anlamı çıkarılması hâlinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması oldukça sınırlı bir alanda söz konusu olacak, bu durum da Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile bağdaşmayacaktır. Bu ifadenin, konunun genel esaslarının düzenlenmesi anlamına geldiği kabul edildiği takdirde ise, Cumhurbaşkanı sınırları belirsiz bir alanda ilk-el düzenleme yapma yetkisine sahip olacak ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ilişkin tartışmaları beraberinde getirecektir⁴⁴. Sonuç olarak; uygulayıcıların farklı yorumları doğrultusunda ortaya çıkması muhtemel kavramsal belirsizlikler, hukuki istikrarı büyük ölçüde zedeleyecektir. Kanunda “açıkça düzenleme” ifadesine ilişkin bu muğlaklık, Anayasa Mahkemesi içtihatlarının getireceği rasyonel ölçütler çerçevesinde giderilebilirse de, kanaatimizce hukuk devletinde *olması gereken*, yeni bir Anayasa değişikliği ile tüm tartışmalı kavramların düzeltilmesidir.

C. ANAYASA'DA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE DÜZENLENECEĞİ ÖNGÖRÜLEN KONULAR

1. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmalarına İlişkin Usul ve Esaslar

Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrasında, üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevlerine son verme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiş; üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

⁴³ Barın, a.g.m., s. 8.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. Yayla, “Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, ss.1618-1620.

ile düzenleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda, Türk hukukunda “üst kademe kamu yöneticisi” kavramı ve bu kavrama ilişkin anayasal düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

a. Üst Kademe Yöneticilerin Atanma Usul ve Esaslarının Düzenlenmesine İlişkin Tarihsel Süreç

6771 sayılı Kanunla değişik Anayasa'nın 104. maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Anayasa değişikliği öncesinde, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının düzenlenmesine yönelik anayasal bir hüküm bulunmamaktaydı. Buna karşın, bir kavram olarak üst kademe yöneticisi, 1982 Anayasası'nın ilk hâlinde 128. maddenin 3. fıkrasında yer aldığından, Türk hukukuna yabancı olmayan bir ifadedir.

1982 Anayasası'nın hazırlık sürecinde Danışma Meclisi tarafından kurulan Anayasa Komisyonu'nda, yeni anayasanın hazırlanmasına yönelik uzun ve kapsamlı tartışma ve çalışmalar gerçekleştirilmiştir⁴⁵. Bu kapsamda Anayasa'nın 128. maddesine ilişkin yapılan görüşmelerde maddenin son fıkrası, “*Üst kademe yöneticisi kamu görevlilerinin nitelikleri, atanma usul ve esasları kanunla özel olarak düzenlenir.*” şeklinde değerlendirmeye sunulmuştur⁴⁶. Söz konusu fıkraya ilişkin ileri sürülen değişiklik önerileri ve eleştiriler doğrultusunda⁴⁷, “nitelikleri” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve fıkra, “*Üst kademe yöneticisi kamu görevlilerinin, atanma ve görevden alınma usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.*” şeklindeki son hâliyle,

⁴⁵ Ö.Faruk Günay, “Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi İle İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni”, *TBB Dergisi*, S. 62 (2006), s. 158.

⁴⁶ a.yer.

⁴⁷ Günay, “Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi İle İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni”, ss. 158-160: Anayasa Komisyonu görüşmelerinde bazı öneri ve eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda Recep Meriç, “*Üst kademe yöneticisinin sınırı belli değildir. Bu, müsteşardan ilçe şube başkanına kadar gider. Bunların hiçbirinin de vasfını kanunla tespit etmek imkanı yoktur. Bu, artık idarenin insiyatifine kalan husustur, öyle yürütülmektedir. Burada, bunu Anayasa maddesi olarak belirtmeye de ne maddeten ne de bilgimiz itibarıyla, ne de tatbikat yönüyle imkan göremiyorum.*” demek suretiyle eleştirmiştir. Muammer Yazar, üst kademe memurlarının siyasal iktidar tarafından değiştirilmesinde bir sorun olmadığını, buna karşın üst kademe yöneticilerinin altında çalışan tarafsız bir memur statüsünün tesis edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Tevfik Fikret Alpaslan ise, üst kademe yöneticilerinin siyasal iktidar tarafından atanmasına ihtiyaç bulunduğunu, hükümetin *TRT Genel Müdürünü değiştiremez duruma* getirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir.

Anayasa Komisyonu'nda yapılan oylama sonucu kabul edilerek Danışma Meclisi'nde görüşülmeye başlanmıştır⁴⁸. Danışma Meclisi'nde yapılan görüşmelerde, üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarına ilişkin herhangi bir tartışma yapılmamış; fıkra atanma ve görevden alınmayı düzenleyen madde niteliğini muhafaza ederek, değiştirilmeksizin aynen kabul edilmiştir.

Kabul edilen maddeye ilişkin Danışma Meclisi'nde yapılan ikinci görüşmede, düzenleme hakkında yeni bir önerge⁴⁹ sunulmuş; bahsi geçen önergede, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesi ve geliştirilmesi konusunun, 128. maddenin son fıkrasına eklenmesi önerilmiştir. Maddenin hazırlık sürecinde üzerinde hiçbir tartışma ve görüşme yapılmayan üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmeleri ve geliştirilmeleri konusu, ilk kez gündeme gelmiş ve yine üzerinde hiçbir tartışma yapılmadan⁵⁰, “*Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.*” şeklinde Milli Güvenlik Konseyi tarafından Anayasa'nın 128. maddesinin 3. fıkrası olarak kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere, atamalarda siyasal kayırmacılık ve keyfiliklerin önlenmesi amacıyla⁵¹, üst kademe yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esaslarının düzenlenmesine yönelik olarak başlayan Anayasa Komisyonu ve Danışma Meclisi görüşmeleri sürecinin nihai sonucunda, “atanma ve görevden alınma usul ve esasları” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve söz konusu fıkra, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmelerine yönelik bir madde hâline dönüştürülmüştür. Üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esasları ise, farklı kanunlarda birbirinden bağımsız şekilde düzenlenmiş, üst kademe yönetici sınıfı yasal olarak tasnif edilmemiştir⁵².

⁴⁸ Günay, “Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi İle İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni”, ss.160-161.

⁴⁹ a.g.m., s.166:“Yüksek Başkanlığa, 136 ncı maddenin son fıkrasında ‘Üst kademe yöneticisi kamu hizmeti görevlilerinin’ ibaresinden sonra ‘yetiştirilme ve geliştirilmesi’ sözcüklerinin eklenmesini arz ve teklif ederiz. Saygılarımızla.”

⁵⁰ a.g.m., s. 167.

⁵¹ a.g.m., s. 168.

⁵² Mehmet Zahid Sobacı, Özer Köseoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler*, 1.b., İstanbul: SETA Yayınları, 2018, s. 36.

b. Üst Kademe Yöneticisinin Kimliği

Üst kademe yöneticileri, kurumların en üst düzeyinde bulunan kişiler olarak gösterildiği gibi, siyasetçileri etkileme potansiyeline sahip bakandan sonra gelen yöneticiler olarak da tanımlanmakta; diğer bazı tanımlarda ise kadro unvanlarından hareket edilerek üst kademe yöneticileri belirlenmektedir⁵³. Tüm tanım denemelerinin eksik bir yönünün bulunması sebebiyle, kadro ve pozisyonların sayma yoluyla üst kademe yöneticilerinin belirlenmesinin daha doğru bir yaklaşım olduğu savunulmaktadır⁵⁴.

Anayasa’da düzenlenen “üst kademe yöneticisi” kavramı, yukarıda belirtildiği üzere 1982 Anayasası’nın ilk hâlinde de yer almaktaydı⁵⁵. “*Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.*” demek suretiyle Anayasa’nın 128. maddesinin 3. fıkrasında üst kademe yöneticisinden bahsedilmiş, devlet memuru statüsünden ayrılan yeni bir üst kademe yöneticisi statüsü oluşturulmuştur⁵⁶. Bu hüküm uyarınca, üst kademe yöneticilerinin yurt içi ve yurt dışında yetiştirilme usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla 10 Ocak 1985 tarih 3149 sayılı “Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun”⁵⁷ kabul edilmiştir.

3149 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, üst kademe yöneticilerine ilişkin bir tanım yapılmamakla birlikte, sayma yoluyla kimlerin üst kademe yöneticisi olduğu belirlenmiş; Kanun’un, kamu kurum ve kuruluşlarında Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, Başkan, Kurul Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı, Büyükelçi, Vali, Kaymakam, Bölge Müdürü olarak atanabilecek kamu görevlileri ile Devlet Personel Başkanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilecek diğer üst kademe yöneticilerini kapsadığı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Kanun’da üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarına ilişkin *herhangi bir ilke belirlenmediğini ve hiçbir esas tespit edilmediğini*

⁵³ Namık Kemal Öztürk, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C.33, S.4 (2019), ss. 1280-1281.

⁵⁴ a.g.m., s. 1282.

⁵⁵ Sobacı, Köseoğlu, a.g.e, s. 35; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 820.

⁵⁶ Mehmet Rauf Karşlı, “Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme”, <https://www.academia.edu/40959964/>, (Erişim Tarihi: 10.12.2019), s. 1.

⁵⁷ Resmi Gazete, 19.01.1985, S. 18640.

gerekçe göstererek, ilgili hükmün Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasına ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini düzenleyen 7. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptal kararı vermiştir⁵⁸. Anayasa Mahkemesi iptal edilen maddelerden sonra diğer hükümlerinin uygulama olanağı kalmadığını gerekçe göstererek, 3149 sayılı Kanun'u tümüyle iptal etmiştir⁵⁹. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından bir daha bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında da belirttiği üzere; Anayasa'da ve yürürlükteki kanunlarda üst kademe yöneticilerine ilişkin bir tanıma yer verilmemiş⁶⁰; kimlerin üst kademe yöneticisi olduğu açıkça düzenlenmemiştir⁶¹. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin, üst kademe yöneticilerin atama işlemlerine ilişkin verdiği kararlarda⁶², “...*kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan,*

⁵⁸ “...Yasa Koyucu, üst kademe yöneticisinin tanımını yapmaktaki güçlüğü dikkate alarak bunları bir bir saymak yolunu tercih etmiştir. Esasen, bir tanım yapılsaydı dahi, tam anlamıyla bir tanım olmayacak ve takdire yine de elverişli bulunacaktı. Kanunun, ilke olarak kimleri kapsadığı tek tek sayılmıştır. Bunların yanında, ilerde doğacak ihtiyaçlara ve kurulacak eğitim kurumlarının olanaklarının gelişmesine bağlı olarak, Devlet Personel Başkanlığının önerisi ve Bakanlar Kurulu kararıyla kimi yönetici sınıflarının da kanun kapsamına alınabilmesi, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesi usul ve esaslarıyla doğrudan ilgili değildir. Fıkranın bu bölümüyle eğitimin usul ve esaslarına ilişkin bir kural getirilmeyip, eğitilecek olanlarla ilgili ayrıntı niteliğinde bir kural öngörülmüştür. Burada Bakanlar Kuruluna tanınan yetki, koşullar gerektirdiğinde maddede sayılanlar dışında kalan yöneticilerin de kanun kapsamına alınmasından ibarettir. Yukarıda da değinildiği gibi, üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu, ne öğretilen ne de yasalarda kesin bir biçimde açıklığa kavuşturulmuş değildir...” Anayasa Mahkemesi, E.1985/3, K.1985/8, K.T. 18.06.1985, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr. (Erişim Tarihi: 01.09.2019).

⁵⁹ Ö. Faruk Günay, “Türkiye’de Kamu Yöneticisi Yetiştiriminin Gerekliliği ve Anayasamızdaki Yeri”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 40, S.2 (2007), s. 75; Mehmet Sağlam, “Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi’nin Uygulaması”, *Danıştay Dergisi*, S. 109 (2005), s. 5.

⁶⁰ Öğretide, üst kademe yöneticilerine ilişkin bir tanım ortaya konmuştur: “...biz, yüksek yönetici deyince, kamu kuruluş ve kurumlarının üst düzeylerinde görev yapan ve ana politikaların formüle edilmesiyle uğraşan, en üst düzeylerde politika konularında danışmanlık yapan, yönetsel politikaya ilişkin kararlar verme sorumluluğuna sahip olan ve bakanlar ya da yönetim kurullarınca alınan temel politikaları işlemsel politikalar ve program kararları haline dönüştüren kişileri anlıyoruz. Türkiye açısından bu tanıma uygun bir adlandırma yapmak gerekirse yüksek yöneticiler kamu kuruluş ve kurumlarında müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, genel müdür yardımcısı, kurul başkanı, daire başkanı, bölge müdürü ve benzeri unvanlardaki görevleri yapan büyükelçi, vali ve kaymakamlar olmaktadır.” Turgay Ergun, “Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 16, S. 2 (1983), s. 24.

⁶¹ Sobacı, Köseoğlu, a.g.e., s. 34.

⁶² Anayasa Mahkemesi E.2005/66, K.2009/102, K.T. 02.07.2009; E.2005/143, K.2005/99, K.T. 19.12.2005; E.2011/45, K.2013/24, K.T. 31.01.2013: “Kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamaları müşterek kararname ile yapılmaktadır. Kanun'a göre ÖSYM Başkanı, Başkanlık hizmetlerini mevzuata, Yönetim Kurulu kararlarına, Başkanlığın amaç ve politikalarına, stratejik planına, performans ölçütlerine ve hizmet kalite standartlarına uygun olarak düzenleyen, yürüten ve

kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması Anayasal zorunluluktur.” demek suretiyle üst kademe yöneticilerine yönelik bir belirleme yaptığı söylenebilir.

Anayasa değişikliği sonrasında, Anayasa'nın 104. maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüş ise de, bu kapsamda çıkarılan 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde⁶³ de *üst kademe kamu yöneticisi* tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle öğretilde, Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrasıyla üst kademe kamu yöneticilerinin tespit ve tasnifi konusunda Cumhurbaşkanına oldukça geniş bir yetki tanındığı ifade edilmektedir⁶⁴.

3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı tarafından üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğu ve hangi şartlar altında, hangi usuller ile atanacakları düzenlenmiştir⁶⁵. Kararname'de ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde üst kademe kamu yöneticileri sayma yoluyla belirlenmiş olmakla birlikte, bu cetvellerde yer alan birçok kadro ve pozisyonun üst kademe olsa da yönetici niteliğinde olmadığı, yine bazı kadro ve pozisyonların ise üst kademe değil, orta kademe yöneticileri ifade ettiği görülmektedir⁶⁶. Sonuç olarak, her ne kadar adında üst kademe kamu yöneticileri ibaresi yer almış, amacında da üst kademe kamu yöneticileri ile ilgili usul ve esasların

hizmet birimleri arasındaki koordinasyonu sağlayan, en üst amirdir. Bu nedenle, üst düzey yönetici konumunda bulunan ÖSYM Başkanının ataması da bu çerçevede değerlendirilmelidir.” Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 07.12.2019).

⁶³ Resmi Gazete, 10.07.2018, S. 30474.

⁶⁴ Selin Esen, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, (2016), s. 62; Söyler, a.g.e., s. 124; Karşlı, a.g.m., s.16.

⁶⁵ 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ekinde iki ayrı cetvel yer almaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 820-821.

⁶⁶ Namık Kemal Öztürk, a.g.m., s. 1283.

belirleneceği öngörülmüşse de, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde üst kademe yöneticilerine yönelik özel bir vurgu veya ifadeye yer verilmemiştir⁶⁷.

Üst kademe kamu yöneticiliği, hükümetin üst düzey plan ve politikaları doğrultusunda belirlenen hedefleri yerine getirme sorumluluğunu da beraberinde getirdiğinden, öğretide siyasi bir pozisyon olarak değerlendirilmektedir⁶⁸. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin Cumhurbaşkanına verilmesi, üst kademe yöneticiliğinin siyasi bir pozisyon olarak görülmesinin sonucudur. Aynı anlayışın benimsendiğini gösteren bir diğer düzenleme, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinde yer verilen, “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alanların görev süresi, atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresini geçemez. Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde, bunların görevi de sona erer.*” hükmüdür. Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile uyumlu bir şekilde işleyen ve görev süreleri tamamen Cumhurbaşkanının görev süresine bağlı bir üst kademe kamu yöneticiliği kurumu geliştirilmiştir. Yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının, birlikte çalışacağı üst kademe kamu yöneticilerini seçme hakkının olması, yeni hükümet sisteminin olağan bir sonucu olarak kabul edilmektedir⁶⁹.

c. Düzenlemenin Sınırı: Anayasa'nın 128. Maddesi

Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin düzenleme yetkisi, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarıyla sınırlıdır. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrasında *yalnızca* üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına

⁶⁷ Namık Kemal Öztürk, a.g.m., s. 1284.

⁶⁸ Sobacı, Köseoğlu, a.g.e., s. 12; Namık Kemal Öztürk, a.g.m., s. 1284.

⁶⁹ Namık Kemal Öztürk, a.g.m., s. 1284. Anayasa'da üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin arka planında; üst kademe yöneticilerin, idare tarafından görevden alınması işlemlerine karşı açılan davalarda, idarenin takdir yetkisini sınırlandırmaya yönelik benimsenen yaklaşımın yer aldığı ileri sürülmüştür: “Son Anayasa değişiklikleri ile üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenmesine yönelik bir düzenleme getirilmesinin arka planında, geçmiş dönemde üst kademe yöneticilerin idare tarafından görevden almaya ilişkin bu tür işlemlere karşı açılan davalarda, idari yargı mercilerinin gözettiği tutucu ve idarenin takdir yetkisini sınırlandırıcı yaklaşımın etkisinin bulunduğu unutulmamalıdır.” Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 126, dipnot 211.

ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar dışında kalan diğer hususların, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir⁷⁰. Bu kapsamda Anayasa'nın 128. maddesinin, üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin düzenlemeleri içeren Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrasının, anayasal sınırı olduğunu söylemek mümkündür.

Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Kamu görevlilerine ilişkin bahsi geçen hususların, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası bağlamında münhasır kanun alanı kapsamında olduğu ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği açıktır. Bununla birlikte, üst kademe kamu yöneticilerinin, kamu görevlisi niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmadığı düşünüldüğünde⁷¹, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar dışında kalan nitelikleri, görev ve yetkileri ve diğer sair hususların Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur.

Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında, üst kademe kamu yöneticilerinin *yetiştirilme usul ve esaslarının* kanunla düzenleneceğine ilişkin hüküm aynen muhafaza edilmiştir. Bu fıkroda, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarından bahsedilmekte olup, atanmalarına ilişkin herhangi bir ifade veya ibareye yer verilmemiştir. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin *atanmaları* ile *yetiştirilmelerine* ilişkin usul ve esaslar arasında ayırım yapılarak⁷², söz konusu

⁷⁰ Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", s. 24; Karşlı, a.g.m., s. 3.

⁷¹ Karşlı, a.g.m., s. 8: "Anayasa Mahkemesine göre üst kademe yöneticilerin kamu görevlisi olduğuna ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır.". Dikkat çekilen karar için bkz. Anayasa Mahkemesi E. 2013/88, K. 2014/101, K.T. 04.06.2014, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.12.2019).

⁷² Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 124. Öğretide Cumhurbaşkanı ile Meclis arasında "yasalar savaşı" olarak adlandırılan durumların yaşanacağına dikkat çekilmiş, söz konusu durum üst kademe yöneticileri örneği üzerinden somutlaştırılmıştır: "Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasına göre, 'Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.' Aynı maddenin ikinci fıkrası gereği üst kademe yöneticilerinin statülerine ilişkin esaslar da yasa konusudur. 2017 anayasa değişikliğine göre ise, üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar CBK ile düzenlenecektir (m.104/9). Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde şu söylenebilir: Cumhurbaşkanı üst kademe yöneticilerinin nasıl ve ne şekilde atanacağını belirleyebilecek ancak bu yöneticilerin yetiştirilme usul ve esasları ile statülerine ilişkin düzenleme

düzenleme yetkisi yasama ve yürütme organları arasında paylaştırılmıştır. Öğretide de üst kademe kamu yöneticisi olmak için gerekli koşulların, bu yönde yapılacak eğitimlerin, eğitimde uygulanacak programlar gibi hususların esaslı noktalarının kanunla belirlenmesi gerektiği; buna karşın üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği ileri sürülmektedir⁷³.

Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslardan söz edilmiş, görevden alınmalarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde üst kademe kamu yöneticilerinin görevden alınmalarına ilişkin düzenlemeler yapıldığı görülmektedir⁷⁴. Öğretide atamaya ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin, doğal olarak görevden almaya ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini de beraberinde getirdiği, bu iki hususun birbirinden ayrı değerlendirilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır⁷⁵. Kanımızca Anayasa'nın 128. maddesinin sağladığı kanunilik güvencesi karşısında, kamu görevlilerine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacak konular istisnai nitelik taşımakta; bahsi geçen konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi arzu ediliyor ise, bu hususun Anayasa'da açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin görevden alınmalarına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesi gerekirken, bu konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Nitekim yukarıda da bahsedildiği üzere; 1982 Anayasası'nın hazırlık sürecinde 128. maddeye ilişkin yapılan görüşmelerde, maddenin son fıkrası “Üst

yapamayacaktır. Daha da önemlisi, TBMM daha sonra üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları belirleyen bir yasa çıkarırsa CBK hükümsüz kalacaktır.” Levent Gönenç, Ali Ersoy Kontacı, “2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri”, *TBB Dergisi*, S.145(2019), s.75.

⁷³ Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kamun Kavramı*, 2.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss. 193-194. Benzer yönde bkz. Sobacı, Köseoğlu, a.g.e., s. 44; Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s. 24; Ardıçoğlu, a.g.m., s. 44.

⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Başkanı'nın görevden alınmasında yaşanan kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çatışması hakkında değerlendirmeler için bkz. Taylan Barın, “TCMB Başkanı'nın Görevden Alınması Kararının Hukuki Tahlihi”, <https://blog.lexpera.com.tr/tcmb-baskani-murat-cetinkayanin-gorevden-alinmasi-kararinin-hukuki-tahlili/>, (Erişim Tarihi: 06.12.2019)

⁷⁵ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 126.

kademe yöneticisi kamu görevlilerinin, atanma ve görevden alınma usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” şeklinde kabul edilerek Milli Güvenlik Konseyi önüne götürülmüştür. Her ne kadar fıkranın son hali bambaşka bir düzenlemeye evrilerak kabul edilmiş ise de, anayasa koyucu iradenin, üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin *atanma ve görevden alınma* ifadelerini birlikte zikretmesi tesadüf değildir.

Anayasa değişikliği kapsamında tartışılan konulardan birini üst kademe kamu yöneticilerinin atama işlemlerinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapıp yapılamayacağı meselesi oluşturmaktaydı. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin fiilen uygulanmaya başlanmasıyla birlikte, bahsi geçen tartışma da son bulmuştur. Zira uygulamada Cumhurbaşkanı, atama ve görevden alma işlemlerini “Cumhurbaşkanı Kararı” adı altında gerçekleştirmektedir. Sonuç olarak Cumhurbaşkanı birel işlem niteliğindeki atama ve görevden alma işlemlerini *karar*, düzenleyici işlem niteliğinde olan atanma usul ve esaslarının düzenlenmesini ise *kararname* adı altında tesis etmektedir.

2. Bakanlıkların Kurulması, Kaldırılması, Görevleri ve Yetkileri, Teşkilat Yapısı ile Merkez ve Taşra Teşkilatlarının Kurulması

Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması ve özellikle görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 123. maddesi ve dolayısıyla kanuni idare ilkesi bakımından radikal bir değişiklik niteliği taşımaktadır. Yine Anayasa'nın 127. maddesinde mahallî idarelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin; 128. maddesinde kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğini öngören hükümler, bakanlık teşkilatlanmasıyla yakın ilişki içerisindedir. Bahsi geçen hususların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olan ilgi ve irtibatı, çalışmanın ikinci bölümünde idarenin kuruluşunun kanuna dayanması prensibi çerçevesinde tüm yönleriyle incelenecektir.

Bununla birlikte Anayasa değişikliğinin bakanların statüsünde yarattığı değişim ile bakanlıkların kurulması ve kaldırılmasına ilişkin anayasal sınırların bu başlık altında kısaca değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

a. Bakanların Hukuki Statüsü

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu kapsamında gerçekleştirilen hükümet sistemi değişikliğinin önemli sonuçlarından biri, Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmasıdır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte monist bir yapı benimsenmiş⁷⁶ ve yürütme yetkisi yalnızca Cumhurbaşkanınca kullanılan bir yetki hâlini almıştır. Bakanlar Kurulu'nun kaldırılması, bakanların hukuki statüsünü de büyük ölçüde etkilemiştir. Yeni hükümet sisteminde bakanlar, eski sistemdeki bakanlardan statü olarak oldukça farklılaşmıştır⁷⁷.

Bakan, belli bir kamu hizmetinde icrai karar alma ve kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan en yüksek makamdır⁷⁸. Anayasa değişikliği öncesinde Başbakan, bakanların hiyerarşik amiri olmamakla birlikte, Bakanlar Kurulu içerisinde “eşitler arası birinci” olarak adlandırılan bir konumda görülmekteydi⁷⁹. Oysa yeni sistemde bakanlar idari kimlikleri ağır basan, Cumhurbaşkanı ile aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunan üst düzey bürokrat konumundadırlar⁸⁰. 1982 Anayasası'nın son halinde “bakan” olarak adlandırılan görevliler, statü olarak başkanlık sistemindeki Başkana bağlı “sekreterlere” benzemektedir⁸¹.

⁷⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 321.

⁷⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 876.

⁷⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 7.b., Ankara: Seçkin, 2016, s. 259.

⁷⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1990, s. 307.

⁸⁰ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 182. Bakanların, Devlet tüzel kişiliğini temsil eden organlar değil, idare içinde yer alan bir yönetim kademesi niteliği taşıyan makamlar haline gelmesi hakkında bkz. Hüseyin Melih Çakır, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı-Bakan İlişkisi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, ss.44-47.

⁸¹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 365: Başkanlık sistemlerinde “bakan” yerine, Başkana bağlı “sekreter”ler vardır. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 877: Gözler, bakan yerine *sekreter*, *katip*, *vekilharç* gibi isimlerin kullanılmasını önermektedir.

Anayasa değişikliği sonrasında bakanların Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı siyasal olarak sorumlulukları sona ermiş⁸² ve doğrudan Cumhurbaşkanına karşı sorumlu hâle gelmişlerdir⁸³. Hem siyasi hem de idari yönden Cumhurbaşkanına bağlı ve sorumlu olan bakanlar⁸⁴, Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanı kararı ile atanmakta ve görevden alınmaktadırlar⁸⁵. Bakanların Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olmaları ve yine Cumhurbaşkanı tarafından atanmaları ve görevden alınmaları, Cumhurbaşkanı ile bakanlar arasında hiyerarşik bir ilişki ihdas edildiğinin ve Cumhurbaşkanının bakanların hiyerarşik üstü olduğunun göstergesidir⁸⁶.

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununu ile 1982 Anayasası'nın 113. maddesi⁸⁷ ilga edilmiş; Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluşunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda da 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁸⁸ çıkarılmıştır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatı⁸⁹

⁸² Bakanların, parlamentoya karşı siyasal sorumlulukları söz konusu olmadığı için parlamenter sisteme özgü denetim mekanizmalarından olan gensoru Anayasa'dan kaldırılmıştır. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 181. Aynı yönde bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 322; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 304.

⁸³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 321; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 877; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 304. Anayasa Madde 106/5: "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur."

⁸⁴ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 304; Ardıçoğlu, a.g.m., s. 26: "Bakanların Cumhurbaşkanına karşı sorumlulukları siyasal bir bağlılıktan öte idari bir bağlılık olarak değerlendirilmelidir."

⁸⁵ Anayasa Madde 106/4: "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır."

⁸⁶ Çakır, a.g.m., s. 48. Aynı yönde bkz. Ardıçoğlu, a.g.m., s.27.

⁸⁷ Anayasa Mülga Madde 113: "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir."

⁸⁸ Resmi Gazete, 10.07.2018, S. 30474.

⁸⁹ 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini düzenleyen Anayasa'nın 107. maddesini ilga etmesine karşın, yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin herhangi bir hükme yer vermemiştir. Gözler; Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası kapsamında yürütme yetkisine ilişkin konulardan olan Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya kanunla düzenlenebileceğini, ancak bu düzenlemelerde Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan çatışma kurallarına da uygun hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 936. Nitekim uygulamada da Cumhurbaşkanlığı teşkilatı, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuştur. Çalışmanın bütününde kanuni idare ilkesinin katı yorumlanmasına yönelik bir yaklaşım benimsendiğinden, Cumhurbaşkanlığı teşkilatının Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla kurulması gerektiği, uygulamanın bu haliyle kanuni idare ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülebilirse de bu yorum, hükümet sistemi değişikliği amacına hizmet eden Anayasa Değişikliği Kanunu'nun ruhuna uygun düşmeyecektir. Bu nedenle yapılacak

kapsamında Cumhurbaşkanlığı Makamı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığı'na bağlı kurum ve kuruluşlar, bakanlıklar ve son olarak da Cumhurbaşkanlığı ofisleri düzenlenmiştir. Tüm bakanlıkların kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, hizmet birimlerinin, merkez ve taşra teşkilatlarının farklı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde değil, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenmesi, bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı teşkilatını oluşturan idari birim niteliğinde olduğunu göstermektedir⁹⁰.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan bakanlıkların görev ve yetkileri, hizmet birimleri, personele ilişkin düzenlemeler, merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatları Kararname'nin ilgili bölümlerinde kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin yanı sıra, ortak hükümlerin düzenlendiği Kararname'nin 503. maddesinde; *“Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup, bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir. Bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanımı amacıyla, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle, bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanına karşı sorumludur.”* hükmüne yer verilmiştir. Bakanların görev ve yetkilerine ilişkin ortak hüküm niteliğinde olan bu düzenleme, bakanların Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğuna işaret etmektedir.

bir Anayasa değişikliğiyle, bu “ihmal”in düzeltilmesi ve Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatının anayasal dayanağa kavuşturulması gerekmektedir.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.877: “...1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de bakanları kendi başlarına bir varlık olarak değil, Cumhurbaşkanının bir nevi yardımcıları olarak düzenlemiştir. Bakanların başında olduğu tüm bakanlıklar, aslında adı geçen kararnamenin adının da gösterdiği gibi Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı'nın idari birimleridir.”

b. Bakanlıkların Kurulması ve Kaldırılmasının Anayasal Sınırları

1961 Anayasası'nın 106. maddesinde yer alan “*Bakanlıklar, kanunun koyduğu esaslara göre kurulur.*” hükmünün hukuka aykırı uygulamalara dayanak olarak kullanılmasına tepki olarak⁹¹, 1982 Anayasası'nın 113. maddesinde “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir.*” hükmüne yer verilmiş; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilatına ilişkin düzenlemeler bakımından kanunilik kaydı getirilmiştir. 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa'nın 113. maddesi ilga edilmiş; 1982 Anayasası'nın son hâlinde bakanlıkların kurulması ve kaldırılmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Cumhurbaşkanı, kamu hizmetleri arasındaki iş bölümü uyarınca konularına göre uzmanlaşmış idari birimler⁹² kurabileceği gibi, aynı ve benzer hizmetlerin tek bir bakanlık tarafından yürütülmesinin kaynak israfını önleyeceği⁹³ saikiyle mevcut bakanlıkları kaldırabilir. Cumhurbaşkanının, bakanlıkların kurulması, bölünmesi, birleştirilmesi ve son olarak kaldırılması hususunda takdir yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanının bakanlıklar arasındaki koordinasyon ve işbölümünü sağlamak amacıyla yeni bakanlık kurabilmesi ve mevcut bakanlıkları kaldırılabilmesi yürütme yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki; bazı bakanlıklar bizzat Anayasa'da ismen sayılmış olup, söz konusu bakanlıkların kaldırılması hususunda Cumhurbaşkanının takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda, Anayasa'nın 118. maddesinde Adalet, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanı ibarelerine yer verilmiş; 130. maddede Milli Eğitim Bakanlığı, 140, 144 ve 159. maddelerde de Adalet Bakanlığının varlığı açıkça

⁹¹ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, C.1, 2.b., Konya: Sayram Yayınları, 2016, s. 106.

⁹² Metin Günay, *İdare Hukuku*, 10.b., Ankara: İmaj Yayınevi, 2011, s. 391.

⁹³ 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3046 sayılı Kanun'un ilga edilen 3. maddesinde, bakanlıkların teşkilatlanmasına ilişkin temel esaslar düzenlenmişti: “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, mevcut bakanlıkların bölünmesi veya birleştirilmesi, bakanlıkların görevleri, yetkileri ve teşkilatı bu Kanun esaslarına göre düzenlenir. Bu düzenlemede uyulması zorunlu esaslar şunlardır: a) İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. Teşkilatlanmada görev ve yetkilerin tespitinde bu bütünlük bozulamaz. b) Bakanlıkların kuruluş ve teşkilatlanmalarında etkili bir idare, iş bölümü, kontrol ve koordinasyonun sağlanması esastır. c) Aynı ve benzer hizmet veya görevlerin tek bir bakanlık tarafından veya sorumluluğunda yürütülmesi, atıl kapasite ve kaynak israfının önlenmesi esastır.”

belirtmiştir. Dolayısıyla Adalet, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri ve Milli Eğitim Bakanlıklarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kaldırılması söz konusu olmayacak, aksi yönde bir düzenleme Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil edecektir⁹⁴. Nitekim Anayasa'da isimleri sayılan bakanlıkların kuruluş ve teşkilat yapılarının, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlendiği görülmektedir⁹⁵.

3. Devlet Denetleme Kurulu'nun İşleyişi, Üyelerinin Görev Süresi ve Diğer Özlük İşleri

Anayasa'nın 108. maddesine göre Devlet Denetleme Kurulu; idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığı'na bağlı olarak kurulan ve Cumhurbaşkanının isteği üzerine, 108. maddenin birinci fıkrasında sayılan kurum ve kuruluşların⁹⁶ her türlü idari soruşturma⁹⁷, inceleme, araştırma ve denetlemelerini yapan anayasal bir kuruldur.

Cumhurbaşkanının artan güçlü konumu ve yetkileri, beraberinde bu yetkileri kullanma ve uygulama araçlarını getirmiş olup; Devlet Denetleme Kurulu bu durumun tipik bir örneğidir⁹⁸. Devlet Denetleme Kurulu'nun, Anayasa'da düzenlendiği yer, Cumhurbaşkanına bağlı oluşu, Cumhurbaşkanının istemi ile harekete geçmesi ve

⁹⁴ Aynı yönde bkz. Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", s.23.

⁹⁵ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde; Adalet Bakanlığı, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Gençlik ve Spor Bakanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı olmak üzere toplam 16 bakanlık kurulmuştur.

⁹⁶ Anayasa Madde 108/1: "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluştaki, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar." Devlet Denetleme Kurulu'nun idare dışında bazı özel hukuk kişilerini denetleme yetkisine sahip olması, Kurul'un kuruluş amacını aştığı ve demokrasi ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Günay, a.g.e., s. 415.

⁹⁷ İdari soruşturma, Devlet Denetleme Kurulu'na 2017 Anayasa değişikliği kapsamında verilmiş bir yetkidir.

⁹⁸ Selçuk Soybay, "Devlet Denetleme Kurulu'nun Konumu ve İşleyişi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.5, S. 1-3 (1984), s. 108.

Kurul'un diğer karakteristik özellikleri dikkate alındığında, Devlet Denetleme Kurulu'nun Cumhurbaşkanının Anayasa'da düzenlenen yetkilerini kullanmaya yardımcı bir devlet örgütü olduğu kabul edilmektedir⁹⁹. Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olan Devlet Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından, Cumhurbaşkanı kararı ile atanmaktadırlar.

Anayasa değişikliği öncesi dönemde, Devlet Denetleme Kurulu'nun bakanlıklar üzerinde sahip olduğu denetim yetkisi, parlamenter demokrasi ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülerek eleştirilmekteydi¹⁰⁰. Bu eleştirinin dayanağı, Cumhurbaşkanının, kendisine bağlı Devlet Denetleme Kurulu aracılığıyla, aralarında hiyerarşi ilişkisi bulunmayan bakanlıklar üzerinde denetim yapmasının *idarenin bütünlüğü prensibine* uygun düşmemesidir¹⁰¹. Zira hiyerarşi yetkisinin kapsamında yer alan denetleme yetkisinin ön koşulu, denetleyen makam ile denetlenen makam arasında hiyerarşik bir ilişkinin varlıđıdır¹⁰². Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesiyle birlikte, bakanlar üzerinde hiyerarşi ve dolayısıyla denetim yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanının, Devlet Denetleme Kurulu aracılığıyla bu yetkiyi kullanmasının idarenin bütünlüğü ilkesine uygun olduğu belirtilmektedir¹⁰³. Buna karşın Devlet Denetleme Kurulu'nun kurulmasındaki temel amacın siyasi etkilerin dışında, tarafsız ve etkin bir denetim fonksiyonunu yerine getirmek olduđu¹⁰⁴ dikkate alındığında, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesiyle birlikte, Cumhurbaşkanının siyasi tarafsızlığından söz edilemeyeceği için, Devlet Denetleme Kurulu'nun da siyasi etkilerden uzak etkin bir denetim gerçekleştireceğinden bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

1982 Anayasası'nın ilk hâlinde Türk Silahlı Kuvvetleri, Devlet Denetleme Kurulu'nun görev alanı dışında bırakılmış iken, 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, Anayasa'nın 108. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Silahlı Kuvvetler" ibaresi

⁹⁹ Soybay, a.g.m., s. 109.

¹⁰⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 895.

¹⁰¹ Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, 1.b., Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2001, s. 91.

¹⁰² a.yer.

¹⁰³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 894-895.

¹⁰⁴ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19.b., İstanbul: Beta, 2019, s. 381.

madde metninden çıkarılmıştır. Anayasa'nın son halinde yalnızca yargı organları Devlet Denetleme Kurulu'nun görev alanı dışında kalmaktadır. Yargı organlarının denetim kapsamına alınmamasını doğal karşılayan Ulusoy; Devlet Denetleme Kurulu'nun askeri makamlar üzerinde denetim yetkisine sahip olmamasının ise makul bir gerekçesi bulunmadığını, bu doğrultuda da Türk Silahlı Kuvvetleri'nin denetim yetkisi kapsamına alınmasının isabetli olduğunu belirtmektedir¹⁰⁵. Anayasa değişikliğiyle birlikte; Devlet Denetleme Kurulu'nun yetkilerinin genişletildiği, yargı organları dışında tüm devlet kurum ve kuruluşlarının Cumhurbaşkanının denetimine tabi kılındığı görülmektedir.

Anayasa'nın 108. maddesinin son fıkrasına göre, Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süreleri ve diğer özlük işleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir¹⁰⁶. Bu kapsamda, 5 Sayılı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹⁰⁷ çıkarılmıştır. Kurul'un işleyişinin, üyelerinin görev sürelerinin ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş olmasının, Cumhurbaşkanının, Devlet Denetleme Kurulu üzerindeki yetkisini daha da arttırdığı ileri sürülmektedir¹⁰⁸. Devlet Denetleme Kurulu'nun bütünüyle Cumhurbaşkanlığına bağlı bir kurul olması ve yine Cumhurbaşkanının isteği üzerine denetim yapmasının *olağan bir sonucu olarak*, Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişinin, üyelerinin görev sürelerinin ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörüldüğü söylenebilir¹⁰⁹.

Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği hüküm altına alınmış olmakla birlikte; Kurul'un üyesi sayısı, başka kurum ve kuruluşlardan yardım istemesi, diğer kurum ve kuruluşlardan belge talebine ve bu talebin karşılanmasına yönelik düzenlemelerin kanun alanına dahil olduğu, bu konuların ancak kanunla düzenleme yapılmamış olması hâlinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği ifade edilmektedir¹¹⁰. Dolayısıyla, her ne kadar Kurul'un işleyişinin, üyelerinin görev

¹⁰⁵ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 174.

¹⁰⁶ 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik öncesinde, Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmekteydi.

¹⁰⁷ Resmi Gazete, 15.07.2018, S. 30479.

¹⁰⁸ Esen, a.g.m., s. 62.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 135.

¹¹⁰ Ülgen Adadağ, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi", s. 270.

süresinin ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüş ise de, Devlet Denetleme Kurulu'na ilişkin diğer hususlar bakımından kanunla düzenlenme prensibi devam etmektedir.

4. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Teşkilatı ve Görevleri

İlk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenmiş, doğrudan Cumhurbaşkanlığına bağlı anayasal bir kurul¹¹¹ olan Milli Güvenlik Kurulu, 1982 Anayasası'nın 118. maddesinde anayasal varlığını sürdürmüştür:

“Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava kuvvetleri komutanlarından kurulur. Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağrılıp görüşleri alınabilir. Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanıya bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir. Milli Güvenlik Kurulunun gündemi; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir. Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Milli Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanır. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa'nın 118. Maddesi kapsamında da birçok değişiklik yapılmıştır. Öncelikle Anayasa değişikliğiyle Bakanlar Kurulu kaldırıldığından, birinci fıkrada yer alan *Başbakan* ve *Başbakan yardımcıları* ibareleri, *Cumhurbaşkanı yardımcıları* ile değiştirilmiştir. Birinci fıkraya ilişkin bir diğer değişiklik ise “Jandarma Genel Komutanı” ibaresinin madde metninden çıkarılmasıdır. Bu değişiklikler, Milli Güvenlik Kurulu'nda askeri ağırlığın azaltılmaya çalışıldığını göstermektedir. Sonuç olarak Milli Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Cumhurbaşkanı yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri,

¹¹¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 314; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 896.

Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava kuvvetleri komutanlarından oluşmaktadır.

Anayasa uyarınca Milli Güvenlik Kurulu; devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurul, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda görüş bildirmekle de görevlendirilmiştir¹¹². Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, 1982 Anayasası'nda Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenlik siyaseti bakımından yardımcı bir kuruluş olarak değil; devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili kararların alınmasında etkin bir kuruluş olarak düzenlenmiştir¹¹³.

Milli Güvenlik Kurulu'nun, sekreteryaya faaliyetlerini yürütmek üzere, Cumhurbaşkanına bağlı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği teşkilatı bulunmaktadır. Anayasa'nın 118. maddesinin son fıkrasında, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilat yapısı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda 6 sayılı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹¹⁴ çıkarılmıştır.

6 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; *"Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin amacı; Cumhurbaşkanına bağlı Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilat, görev, yetki, çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir."* ifadesi yer almaktadır. Anayasa'nın 118. maddesinde yalnızca Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüş; Milli Güvenlik Kurulu'na ilişkin diğer tüm konular, kanunun düzenleme alanına bırakılmıştır¹¹⁵. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Milli Güvenlik Kurulu'na ilişkin düzenleme alanı, Genel Sekreterliğin *teşkilat yapısı ve görevleri* ile sınırlıdır.

¹¹² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 898.

¹¹³ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 326.

¹¹⁴ Resmi Gazete, 15.07.2018, S. 30479.

¹¹⁵ Ülgen Adadağ, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi", s. 270.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca *Cumhurbaşkanı kararı* ile atanır. Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olan Genel Sekreter, görevlerini, Cumhurbaşkanının emir ve yönlendirmeleri doğrultusunda mevzuat hükümlerine ve devletin milli güvenlik siyasetine uygun olarak yürütmekle görevlidir.

5. Kamu Tüzel Kişiliği Kurulması

Kamu hukuku kurallarına göre kurulan ve kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıklı yetkiler kullanabilen kişi ya da mal toplulukları kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶. Kamu tüzel kişiliği, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilir. Anayasa değişikliği öncesinde kamu tüzel kişiliği, kanun veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idari işlem ile kurulabilmekteydi.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabileceğini düzenleyen Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası, yukarıda açıklanan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen diğer dört konudan farklılık arz etmektedir. Zira kamu tüzel kişiliği kurulması hususunda Anayasa koyucu, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında “yarışan bir alan”¹¹⁷ tesis etmiştir. Kamu tüzel kişiliğinin, Cumhurbaşkanının sahip olduğu ilk-el düzenleme yetkisi ile kanuna dayanmaksızın kurulabilmesi eleştirilmekte; kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan ve kamu adına kararlar alabilen kamu tüzel kişiliğinin, bahsi geçen bu yetkileri yalnızca yasama organından almasının daha meşru ve demokratik bir yaklaşım olduğu savunulmaktadır¹¹⁸. Gerçekten de yasama ve yürütme erklerinin, aynı konuda aynı kuvvette yetkilendirilmesi, uygulamada yetki karmaşasına neden olacak ve idari istikrarı olumsuz etkileyecektir.

¹¹⁶ Ramazan Çağlayan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7 (2016), s. 377; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 133.

¹¹⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 935.

¹¹⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 135: “O halde, gerektiğinde bireylere hukuksal yükümlülükler yükleyebilecek ve kamu kaynaklarından harcama yapabilecek bir ‘hukuki varlık’ oluşturmanın siyasi sorumluluğunun da yasama organı tarafından üstlenilmesi çok daha demokratik bir yaklaşımdır.”

Anayasa değişikliği öncesinde yasama organı, kamu tüzel kişiliğini kanunla bizzat kendisi kurabilir veya kanunda açıkça idareyi kamu tüzel kişiliği kurma konusunda yetkilendirebilirdi. Kamu tüzel kişiliği kurulması bakımından *kanunun tekelciliği anlayışının* terk edildięi¹¹⁹, Cumhurbaşkanının kanunla yetkilendirilmeksizin doğrudan Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasından aldığı yetkiyle kamu tüzel kişiliği kurulmasının mümkün hâle geldiği görülmektedir. Her ne kadar Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabilir ise de, Anayasa'da özellikle kanunla kurulacağı öngörülen kamu tüzel kişiliklerinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması mümkün deęildir¹²⁰. Bu kapsamda, Anayasa'nın 127. maddesinde mahallî idareler, 130. maddesinde üniversiteler, 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi¹²¹ kanunla kurulacakları Anayasa'da özel olarak belirtilen kamu tüzel kişilikleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulamazlar.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesi, tartışmalı birçok konuyu beraberinde getirmekle birlikte, bu çalışma bakımından önem teşkil eden husus, kamu tüzel kişiliği kurulmasına ilişkin Anayasa'da gerçekleştirilen değişikliğin, kanuni idare ilkesi zemininde nasıl konumlandırılacağıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanuni idare ilkesinin unsurları bağlamında incelendiği ikinci bölümde "Kamu Tüzel Kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kurulabilmesi" başlığı altında kapsamlı değerlendirmeler yapıldığından, burada konuya ilişkin genel bilgiler vermekle yetinilmiştir.

¹¹⁹ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 135; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 135.

¹²⁰ Melikşah Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), s. 319; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 135.

¹²¹ Anayasa *Madde 133*: "Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir."; "Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir." *Madde 134*: "Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun; kuruluşu, organları, çalışma usulleri ve özlük işleri ile kuruluşuna dahil kurumlar üzerindeki yetkileri kanunla düzenlenir." *Madde 136*: "Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir."

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. HUKUKİ İŞLEMLERİN TASNİFİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLER DOĞRULTUSUNDA DEĞERLENDİRME

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak, devletin hukuki fonksiyonları yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu üç devlet fonksiyonunun tasnifinde, Fransız kamu hukuku kaynaklı, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenen maddi ölçüt ve şekli (organik) ölçüt olarak adlandırılan iki kriter kullanılmaktadır¹²². Devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifinde kullanılan bu iki ölçüt, hukuki işlemlerin niteliklerinin belirlenmesinde de referans alındığından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliği belirlenirken öncelikle maddi ve şekli ölçüt ayırımına göre değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

Fransız hukukçu Léon Duguit tarafından savunulan maddi ölçüte göre; hukuki işlemler maddi mahiyetleri dikkate alınarak kural-işlem, sübjektif işlem ve yargı işlemi şeklinde üçe ayrılır¹²³. Maddi ölçüt, hukuki işlemleri meydana getiren organı dikkate almaksızın, hukuki işlemin içeriğine göre bir sınıflandırma yapmaktadır. Bu doğrultuda kural-işlem; genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı işlem yapmak anlamına gelmekte; bu niteliğe sahip bir hukuki işlem, hangi organ tarafından yapılırsa yapılsın yasama işlemi olarak nitelendirilmektedir¹²⁴. Maddi ölçüt doğrultusunda sübjektif işlem, sübjektif bir durum doğuran veya bir objektif hukuki durumun şartını meydana getiren irade açıklamasıdır ve devletin yürütme fonksiyonuna karşılık gelir¹²⁵. Son olarak yargı

¹²² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.193; Eren, a.g.m. , s.17.

¹²³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.194. Léon Duguit hukuki işlemlerin her birinin üç devlet fonksiyonuna karşılık geldiğini belirtmektedir: “Devlet, yasama fonksiyonu ile objektif hukuku formüle eder ve uygulamaya koyar. İdarî fonksiyonuyla devlet, sübjektif bir hukukî durum yaratır veya bireysel bir işlemle yasal bir durumun doğması için gerekli şartı belirler. Yargı fonksiyonuyla devlet, ihlâl veya uyuşmazlık hâlinde, bir hukuk kuralının veya hukukî durumun varlığını ve kapsamını belirtir ve buna uyulmasını sağlayacak tedbirlere karar verir.” Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4.b., Paris: Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 1923, s.88’den aktaran Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.616.

¹²⁴ Eren, a.g.m., s. 17; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 616.

¹²⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 194.

işlemi ise, bir hukuki uyuşmazlığı çözen ve karara bağlayan yargı fonksiyonunun ifasıyla meydana gelen hukuki işlemdir¹²⁶.

Maddi ölçüt savunucuları, yasama ve yürütme işlemleri arasında açık ve kesin bir fark olduğunu; yasama işlemlerinin daima genel ve soyut, buna karşın yürütme işlemlerinin daima bireysel ve somut olduğunu ileri sürseler de pratikte yasama ve yürütme işlemlerinin birbirinden ayırt edilmesi sanıldığı kadar kolay değildir¹²⁷. Genel, soyut, objektif ve kişilik dışı nitelikte olan yürütmenin düzenleyici işlemlerini, yasama işlemi olan kanunlardan *içerikleri* itibariyle ayırt etmek mümkün gözükmemektedir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içerdiği kuralların niteliği dikkate alındığında, kararnamelerin kanunlardan ayrılan bir yönünün bulunmadığı ve genel, soyut, objektif, kişilik dışı düzenlemeler içeren Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, maddi ölçüt esasına göre *yasama işlemi* niteliğinde olduğu söylenebilir.

Bir diğer Fransız hukukçu Raymond Carré de Malberg tarafından savunulan şekli ve organik ölçüte göre ise; devletin hukuki fonksiyonları ve bu fonksiyonları ifa aracı olan hukuki işlemleri, işlemleri ifa eden organa ve yapılış şekillerine göre tasnif edilmektedir¹²⁸. Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan organik ölçüte göre; devletin üç ayrı organı tarafından, bu organların kendilerine özgü usulleri doğrultusunda yerine getirilen işlemler, hangi organ tarafından gerçekleştirildiyse o organa ait hukuki bir işlem olarak kabul edilir¹²⁹. Organik ölçüt doğrultusunda; hukuki içeriklerine bakılmaksızın yasama organı tarafından yapılan işlemler yasama işlemi, yürütme organı tarafından yapılan işlemler yürütme işlemi ve son olarak yargı organı tarafından yapılan işlemler de yargı işlemi oluşturmaktadır¹³⁰. Bu doğrultuda yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, şekli ve organik ölçüte göre *yürütme işlemi* niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Devletin hukuki fonksiyonlarının ve bu fonksiyonların meydana getirdiği hukuki işlemlerin tasnifinde kullanılan maddi ve organik ölçütlerin, hukuki işlemlerin

¹²⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 617.

¹²⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.194.

¹²⁸ a.g.e., s.196.

¹²⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 618.

¹³⁰ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 3.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 416.

tasnifinde yetersiz olduğu; özellikle yasama ve yürütme organlarının düzenleyici işlemlerinin ayrılmasında, bu iki ölçüt dışında yasama yetkisinin niteliğine ilişkin özelliklerin referans alınması gerektiği savunulmuştur¹³¹. Yüzbaşıoğlu'na göre; bir işlem genellik ve aslilik unsurları ile ilk-el bir işlem ise, bu işlem yasama organının düzenleme alanına girer ve yasama işlemi olarak kabul edilir. Diğer taraftan, bir işlem *genellik* ve özellikle *asililik* unsurları bakımından ilk-el değil, türev bir işlem niteliği taşıyor ise yürütme organının düzenleme alanına dahil olup, yürütmenin düzenleyici işlemi olarak nitelendirilmektedir¹³².

Anayasa değişikliği öncesinde tutarlı sonuçlar verebilecek bu yaklaşım, 6771 sayılı Kanunla Anayasa'ya dahil edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin tespitinde aynı etkiyi göstermeyecektir. Zira artık yasama ve yürütme fonksiyonlarının, *ilk-el düzenleme yetkisi* referans alınarak birbirlerinden ayırt edilmesi sanıldığı kadar kolay değildir. 1982 Anayasası'nın 104. maddesinde yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi aracılığıyla ilk-el düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla ilk-el düzenleme yetkisi kıstası, Anayasa değişikliği sonrasında yasama ve yürütme organlarının düzenleyici işlemlerini ayırt etmekte yetersiz kalmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanının, herhangi bir kanuna dayanmaksızın, doğrudan doğruya Anayasa'dan kaynaklanan ilk-el düzenleme yetkisiyle çıkardığı hukuki bir işlem türüdür. Bu kapsamda, yürütme organının doğrudan Anayasa'nın verdiği yetkiyle çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlardan *ilk-el düzenleme yetkisi kıstasıyla* ayrılmamakta; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bu yönüyle yasama işlemi olarak nitelendirilebilmektedir. Nitekim öğretilde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilk-el düzenleme yetkisi içermesinden bahisle, yasama işlemi niteliğinde olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır¹³³.

¹³¹ Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükümünde Kararnameler Rejimi*, 1.b., İstanbul: Beta, 1996, s. 6.

¹³² a.g.e., s.8.

¹³³ Eren, a.g.m., s. 27.

1982 Anayasası'nın 8. maddesinde yürütme, hem yetki hem de görev olarak düzenlenmiş; yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceği vurgulanmıştır. Yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak yerine getirilecek olması, yasama organının yürütme karşısındaki hiyerarşik üstünlüğüne ve idarenin kanuna tabi olması anlayışına dayanmaktadır¹³⁴. Bu anlayışı temel alan bir tasnif yapıldığında; yasama yetkisi ilk-el düzenleme yetkisi kapsamında kanun koyma, değiştirme ve kaldırma faaliyeti kabul edilirken; yürütme yetkisi kanuna dayanan, ikincil nitelikte bir düzenleme ve kanunları uygulama faaliyeti olarak nitelendirilecektir¹³⁵. Yürütme organının doğrudan doğruya Anayasa'dan aldığı yetki ile çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yasama ve yürütme fonksiyonlarının ayrılmasında kullanılan *kanunların uygulanmasını sağlamak* kıstasının da dışında kalmaktadır¹³⁶. Yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna dayanma zorunluluğunun bulunmaması, bu kararnamelerin türev nitelikte bir düzenleme ve kanunları uygulama faaliyeti olarak nitelendirilmesinde tereddüde neden olur. Dolayısıyla, yasama ve yürütme fonksiyonlarının özellikleri de, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin tespitinde tutarlı bir sonuç vermemektedir.

Öğretide devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifinde maddi ölçütün değil, şekli ve organik ölçütün kullanılmasının daha doğru ve tutarlı sonuçlar vereceği savunulmaktadır¹³⁷. Nitekim 1982 Anayasası'nda devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifine ilişkin düzenlemelerin, hukuki işlemi yapan organ ve yapılış usulünü esas alan şekli ve organik ölçüt doğrultusunda şekillendiği görülmektedir. Bu doğrultuda, 1982 Anayasası'na hakim olan şekli ve organik ölçüte göre; yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi içerdiği genel, soyut, objektif ve kişilik-dışı kurallar ile yürütmenin düzenleyici işlemi olarak nitelendirilecektir.

¹³⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 197.

¹³⁵ Eren, a.g.m., s. 18.

¹³⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 205.

¹³⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.620. Aynı yönde bkz. Cengiz Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s.27.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERE İLİŞKİN İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun hükmünde kararnamelerden farklı ve kendine özgü bir hukuki işlem türü olsa da, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin düzenlemelerin yorumunda kanun hükmünde kararnameler rejimine ait görüş ve içtihatlardan yararlanılmaktadır. Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmasıyla Anayasal varlığı sona eren kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğine ilişkin görüş ayrılıkları, Türk Anayasa hukuku öğretisini uzunca bir süre meşgul etmiştir. Öğretinin ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının, kanun hükmünde kararnamelere ilişkin yıllara dayanan birikiminin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin tespitinde aydınlatıcı olacağı düşünülmektedir. Bu nedenle, öncelikle 1961 ve 1982 Anayasaları doğrultusunda kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğine yönelik öğretilerde yer alan görüşlere ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına yer verilecek; ardından bu görüş ve içtihatlardan yararlanılarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Niteliğine İlişkin Tarihsel Süreç

Kanun hükmünde kararnameler, 1961 Anayasası'nın 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla¹³⁸ değiştirilen 64. maddesinde yer almış ve güçlü yürütme taleplerine cevap olarak Türk pozitif Anayasa hukukuna girmiştir¹³⁹. 1982 Anayasası'nın 91.

¹³⁸ 22.09.1971 tarih ve 13964 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinin değiştirilmesi ve geçici maddeler eklenmesi hakkında Anayasa Değişikliği Kanunu".

¹³⁹ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e. s.395; Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 7.b., Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 1998, s. 247; Mümtaz Soysal, "Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.1 (1984), s.16; Onur Karahanoğulları'nın kanun hükmünde kararnamelerin "manifestosu" olarak nitelendirdiği 1971 yılı Anayasa değişikliğinin gerekçesi, öğretilerdeki görüşlerin özeti niteliğinde kabul edilmektedir: "Parlamentar rejimlerde, kanun yapmanın belli usullere uyulmak sebebiyle, bir zaman aldığı ve gecikmeler meydana getirdiği bir gerçektir. Değişen iktisadi ve sosyal şartların bir gereği olarak, bazı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konabilmesi çağdaş Devlet anlayışının tabii bir sonucu olarak karşımıza

maddesinde yer alan hükümler doğrultusunda, yeni Anayasa döneminde de kanun hükmünde kararname kurumunun anayasal varlığı sürdürülmüştür. Anayasa'nın mülga 91. maddesinin 1.fikrasında; “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez...” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeden de görüldüğü üzere, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, yürütme organının hükümet kanadını oluşturan Bakanlar Kurulu'na yetki kanunu ile kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilmektedir. Ancak mülga 91. maddenin 2. fıkrasına göre, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacının, kapsamının, ilkelerinin, kullanma süresinin ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını yetki kanununda gösterilmesi gerekir.

Kanun hükmünde kararnamelerin hukuki rejimi bakımından önem teşkil eden unsurun, *yetki kanunu* olduğu açıktır. Zira yetki kanunu, kanun hükmünde kararnameleri yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden ayırmakta; bu kararnameleri fonksiyonel açıdan yasama işlemine yaklaştırmaktadır. Nitekim kanun hükmünde kararname tabiri içinde geçen “*kanun*” terimi, bu işlemlerin kanun gücünde olduğunu ve yürürlükteki şekli kanunları değiştirebilme yetkisini ifade ederken; “*kararname*” terimi ise, yürütme organına ait bir işlem olduğunun göstergesi olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰.

Kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası dönemlerinde kanun hükmünde kararnamelerin, organik açıdan yürütme işlemi olduğu konusunda neredeyse görüş birliği bulunmaktadır¹⁴¹. Öğretilerdeki görüş ayrılığı, kanun

çıkarmaktadır.” Onur Karahanoğulları, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, (Bir Öneri: Birlikte Yasama)”, *Amme İdare Dergisi*, C.31, S.2 (1998), s.43.

¹⁴⁰ Erdoğan Teziç, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Amme İdare Dergisi*, C.5, S.1 (1972), s.8; Ender Türk, *1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 33.

¹⁴¹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 12.b., İstanbul: Beta, 2007, s.30; Lütfi Duran, “Kanun Hükmünde Kararname” *Amme İdaresi Dergisi*, C.8, S.2 (1975), s.4; Yüzbaşıoğlu, *Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, s. 55.

hükümünde kararnamelerin fonksiyonel açıdan yürütme işlemi mi yoksa yasama işlemi mi olduğuna ilişkindir. Bu görüş ayrılığının, 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası'nda yer alan kanun hükümünde kararnamelere ilişkin düzenlemeler arasındaki farklılıktan kaynaklandığı söylenebilir¹⁴².

1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinde, kanun hükümünde kararnamelere ilişkin hükümlerin, 1961 Anayasası'nda yer alan düzenlemelerden farklılaştığı görülmüştür. Bu iki anayasal düzenleme arasındaki en dikkat çekici fark, “yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi” ibaresinin madde metninden çıkarılmış olmasıdır. Söz konusu değişiklik yetki kanununda, kanun hükümünde kararnamelerle hangi kanunlarda değişiklik yapılacağı ve hangi kanunların yürürlükten kaldırılacağına ilişkin bir kısıtlama yapılması gerekmediği anlamına gelmektedir¹⁴³. Bakanlar Kurulu'nun, kanun hükümünde kararname ile istediği kanunu değiştirebileceği veya yürürlükten kaldırabileceği anlamına gelen bu değişikliğin, kanun hükümünde kararnamelerin hukuki niteliği konusunda öğretide görüş değişikliğine neden olduğu görülmektedir.

1961 Anayasası döneminde kanun hükümünde kararnamelerin hukuki niteliğinin fonksiyonel açıdan düzenleyici idari işlem olduğunu savunan Teziç'e göre; Bakanlar Kurulu, kanun hükümünde kararnameyle, yürürlükteki kanun hükümlerinden *ancak yetki kanununda belirtilen kanun hükümlerini* değiştirebilir ve bu durum yasama faaliyeti değil, olsa olsa düzenleme faaliyeti olarak nitelendirilir¹⁴⁴. 1982 Anayasası döneminde ise, Bakanlar Kurulu yetki kanununa dayanarak yürürlükteki kanunlardan dilediğini değiştirebilir, kaldırabilir ve yetki kanununda belirtilen sınırlarda daha önce yasama organı tarafından düzenlenmemiş konuları düzenleyebilir. Teziç, 1982 Anayasası ile birlikte kanun hükümünde kararnamelerin, yasama işlevini yerine getirdiğine; bu nedenle de fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduğuna işaret etmiştir¹⁴⁵. 1982

¹⁴² 1961 Anayasası'nın “TBMM'nin Görev ve Yetkileri” başlıklı 64. maddesi: “Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla, belli konularda, Bakanlar Kuruluna kanun hükümünde kararnameler çıkarmak yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükümünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lâzımdır.”

¹⁴³ Yüzbaşıoğlu, *Kanun Hükümünde Kararnameler Rejimi*, s.50.

¹⁴⁴ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 30.

¹⁴⁵ a.g.e., s.30. Benzer yönde bkz. Lütfi Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.4, S.1-3 (1983), s. 41.

Anayasası'nda yaşanan değişimin, kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğinde değişikliğe neden olduğunu savunan Sağlam; kanun hükmünde kararnamelerin organik açıdan idari bir işlem gibi gözükmelerine karşın, fonksiyonel açıdan kaynağını Anayasa'dan alan *sui generis bir yasama işlemi* olduğunu savunmuştur¹⁴⁶.

Kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliği konusunda 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası dönemlerine ilişkin bir ayırım yapmayan Özbudun, kanun hükmünde kararnamelerin her iki dönemde de fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduğunu savunmaktadır¹⁴⁷. Yazar, 1982 Anayasası'nda getirilen yeniliklerin kanun hükmünde kararnamelerin yasama işlemi niteliğinde olduğu görüşünü kuvvetlendirdiğine, hatta bu konuda herhangi bir şüpheye yer bırakmadığına dikkat çekmektedir¹⁴⁸. Yasama yetkisinin kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak unsurlarını içerdiğini ve bu nitelikte bir işlemin kanun gücünde olduğunu belirten Özbudun; kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, yasama yetkisi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir¹⁴⁹.

Yüzbaşıoğlu, kanun hükmünde kararnamelerin fonksiyonel açıdan yürütmenin düzenleyici işlemlerine benzemediğini, aksine yasama işlemi özelliği gösterdiğini ileri sürmektedir¹⁵⁰. Yazar bu görüşünü, 1982 Anayasası'nın kanun hükmünde kararnamelerin hukuki rejimine yönelik getirdiği değişikliklere dayandırmaktadır. 1961 Anayasası'nda yürütme organı, yalnızca yetki kanununda belirtilen kanun hükümlerini değiştirmek ve yine yetki kanununda yer alan konu sınırlaması doğrultusunda düzenleme yapmak zorunda olduğundan, 1961 Anayasası döneminde kanun hükmünde kararnameler, *yürütmenin düzenleme yetkisinin kapsamının genişletilmesinin* bir sonucu olarak nitelendirilmiştir¹⁵¹. 1982 Anayasası ile birlikte, yürütme organı yetki kanununun sınırları içerisinde kalarak, dilediği kanunlarda değişiklik yapma yetkisine sahip

¹⁴⁶ Fazıl Sağlam, a.g.m., s.266. Kanun hükmünde kararnamelerin, hem organik hem de fonksiyonel açıdan idari işlem olduğunu savunan Kuzu ise, kararnameler için *sui generis bir idari işlem* tabirini kullanmıştır. Burhan Kuzu, "Kanun Hükmünde Kararnamelerin(KHK) Hukuki Niteliği Tabi Olacakları Rejim ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri (Tasdik Öncesi-Tasdik Sonrası)", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.4 , S.1-3 (1983), s. 87.

¹⁴⁷ Ergun Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.2, (1985), s.229.

¹⁴⁸ a.yer.

¹⁴⁹ a.yer.

¹⁵⁰ Yüzbaşıoğlu, *Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, s.57.

¹⁵¹ a.g.e., s. 57.

kılınmıştır. Yüzbaşıoğlu, kanun hükmünde kararnamelerin yasama organının yetki kanunu ile izin verdiği sınırlar içerisinde, kanunlara bağılı olmadan ilk-el düzenleme yapabildiği; bu nedenle de kanun hükmünde kararnamelerin 1982 Anayasası'nın öngördüğü hukuki rejimde fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduğu görüşündedir¹⁵².

Kanun hükmünde kararnamelerin organik ölçüte göre yürütme organının idari bir işlemi olduğunu belirten Karahanoğulları, kararnamelerin sahip olduğu *kanunları değiştirebilme gücünün*, kanunla arasındaki derece farkını kaldırdığını, bu nedenle de kanun hükmünde kararnamelerin yürütme organının düzenleyici idari işlemi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür¹⁵³. Bu kapsamda yazar, kanun hükmünde kararnameleri yasama işlemi niteliğinde kabul etmiş; 1982 Anayasası'nda yürütme organının, yasama işlevine ortak olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁴.

Kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerde Anayasa Mahkemesi içtihatları da belirleyici olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğine ilişkin neredeyse tüm kararlarında aynı belirlemeye¹⁵⁵ yer verilmiştir:

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

¹⁵² Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.58: Yüzbaşıoğlu, yasama organının izniyle, onun denetiminde ve belirli süre için kullanılabilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini, yasama yetkisinin özel bir kullanım biçimi olarak tanımlamıştır.

¹⁵³ Karahanoğulları, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği”, 52.

¹⁵⁴ Eserlerinde “organik ölçüt” ifadesi yerine “biçimsel ölçüt” tabirini kullanan Karahanoğulları; kanun hükmünde kararnamelerin, kanun hükmünde olma niteliğini yürürlükteki kanunları değiştirebilme gücünden aldığını belirtmektedir: “Biçimsel ölçütün, yalnızca işlemi yapan organı esas aldığı kabul edilirse kanun hükmünde kararname idari işleve aittir ve bir düzenleyici işlem olarak kabul edilebilir. Ancak, biçimsel ölçüte göre de yürütme işleminin niteliği kanun çerçevesinde tanımlanır. Kanun hükmünde kararnamenin, yasa ile arasında bir derece farkı mevcut değildir. KHK'ye kanun hükmünde olma niteliğini veren de yürürlükteki yasaları değiştirebilme gücüdür.” Karahanoğulları, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği”, 56.

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1990/22, K.1992/6, K.T.05.12.1992; E.1991/33, K.1992/32, K.T.05.05.1992; E.1992/24, K.1992/33, K.T.05.05.1992; E.1997/24, K.1997/35, K.T.11.03.1997. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.06.2019).

KHK, yürürlükteki yasa hükümlerini kaldırabilmekte ve değiştirebilmektedir.

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

Bu yerleşik içtihat doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerin, kanun hükümlerini değiştirme ve kaldırma gücünü yasama yetkisi kapsamında değerlendirmiş; bu bağlamda, kanunları değiştirebilen ve kaldırabilen kanun hükmünde kararnameleri, *fonksiyonel açıdan yasama işlemi* niteliğinde kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi aynı kararında¹⁵⁶, kanun hükmünde kararnamenin fonksiyonel açıdan yasama işlemi olduğunu, bu nedenle de yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakıldığını da belirtmiştir.

2. Anayasa Mahkemesi İçtihatları Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Hukuki Niteliğinin Tespiti

Abdurrahman Eren; Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğini belirlemeye yönelik verdiği kararlarda üç ölçüt üzerinden değerlendirme yaptığını; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin de bu ölçütler çerçevesinde tespit edilebileceğini ileri sürmüştür. Eren'in Anayasa Mahkemesi içtihatları kapsamında üzerinde durduğu söz konusu üç ölçüt; kararnamelerin *ilk-el düzenleme yetkisi* içerip içermediği, *kanunları değiştirme ve*

¹⁵⁶ “Anayasa'da, KHK'lerin siyasal denetimi yanında yargısal denetimi de öngörülmüştür. KHK'ler, işlevsel (fonksiyonel) yönden yasama işlemi niteliğinde olduklarından bunların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Anayasa'nın 148., 150., 151., 152. ve 153. maddeleri hükümlerine göre, KHK'lerin Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunu Anayasa Mahkemesi denetler.” Anayasa Mahkemesi, E.1990/22, K.1992/6, K.T.05.12.1992, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.06.2019).

kaldırma gücüne sahip olup olmadığı ve son olarak da *Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine* tabi tutulup tutulmadığıdır¹⁵⁷. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğine ilişkin inceleme ve değerlendirmelerin, bu üç ölçüt üzerinden yapılması isabetli olacağından, hukuki niteliğin tespitinde Eren'in oluşturduğu sistem takip edilecektir.

a. İlk-el Düzenleme Yetkisi

Fonksiyonel açıdan yasama işlemi, Anayasa hükümleri doğrultusunda bir alana ilişkin ilk-el düzenleme olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁸. Bu tanım doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, herhangi bir kanuna dayanmaksızın çıkarıldığından ilk-el düzenleme yetkisi içerdiği; dolayısıyla fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁹. Burada cevaplanması gereken soru; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilk-el düzenleme yetkisine sahip olması, tek başına kararnamenin yasama işlemi niteliğini haiz olduğunu söylemeye yetecek midir?

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak çıkarılmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından, kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi bir yetki kanunundan bahsetmek mümkün değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetki kanuna dayanmaksızın çıkarılması, ilk bakışta bu kararnamelerin *kanunlar gibi* ilk-el düzenleme yetkisine sahip olduğunu düşündürmektedir. Dolayısıyla söz konusu ilk-el düzenleme yetkisinin kapsamı, hukuki niteliğin tespitinde önem teşkil etmektedir. Anayasa ile Cumhurbaşkanına tanınan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi, kanımızca *kapsamı genişletilmiş bir türev düzenleme yetkisidir*. Her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunla düzenlenmemiş bir alanda ilk-el düzenleme yapılabilmesi mümkün ise de, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan

¹⁵⁷ Eren, a.g.m., s.26.

¹⁵⁸ Yüzbaşıoğlu, *Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, s. 56. Aynı yönde bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 213: "...bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanunî düzenleme bulunmayan bir alanda aslî, yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de, yukarıda açıklanan idarenin türevselliği ilkesi gereğince, kanun niteliğinde sayılması gerekir."

¹⁵⁹ Eren, a.g.m., s.26.

konu bakımından yetki sınırları, aslında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sanıldığı kadar geniş bir düzenleme alanına sahip olmadığını göstermektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, ancak yürütme yetkisine ilişkin ve kanunla daha önce düzenlenmemiş konularda çıkarılabilmektedir. Yine temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlere ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkün olmadığı gibi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılan bir konuda daha sonra kanunla düzenleme yapılması hâlinde, kararname hükümsüz hâle gelmektedir. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; Cumhurbaşkanına tanınan ilk-el düzenleme yetkisinin, yasama yetkisinin niteliğine uygun düşen bir genel düzenleme yetkisi olmadığı, bu kapsamda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama işlemi niteliği taşımadığı söylenebilecektir.

b. Kanunları Değiştirme ve Yürürlükten Kaldırma Yetkisi

Öğretide kanun hükmünde kararnamelerin, kanunları değiştirme ve yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olduğu, bahsi geçen bu yetkiden dolayı da kanun gücünde kabul edildiği ve en nihayetinde yasama işlemi niteliği taşıdığı ileri sürülmekteydi¹⁶⁰. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunları değiştirme ve kaldırma yetkisi bulunmasa da, içerdiği ilk-el düzenleme yetkisiyle “kanun koyma” işlevine sahip olduğu ve fonksiyonel anlamda yasama işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶¹. Benzer bir görüş olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda değişiklik yapılamasa bile, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiği; zira kanunla düzenlenmemiş konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, aynı konuda kanunla düzenleme yapılınca kadar “kanun gibi” hüküm ihtiva ettiği belirtilmiştir¹⁶².

Daha önce de belirtildiği üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanunları değiştirme ve kaldırma gücü bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kanun

¹⁶⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s.29; Yüzbaşıoğlu, *Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, s.46.

¹⁶¹ “Nasıl daha önce, KHK’lar ilk-el düzenleme yetkisi içermediği halde, ‘kanunları değiştirme ve kaldırma’ yönüyle yasama işlemi sayılmışsa CBK’lar da ilk-el düzenleme yönüyle yasama işlemi sayılmalıdır.” Eren, a.g.m., s.27.

¹⁶² Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s.156.

hükmünde kararnamelere ilişkin içtihatlarında da kanun hükmünde kararnamenin, kanunları değiştirme ve kaldırma gücünü *yetki kanunundan aldığına* işaret edilmiştir. Kanımızca, kanun hükmünde kararnamenin, yasama işlemi niteliğinde kabul edilmesinin tek nedeni, kanunları değiştirme ve yürürlükten kaldırma gücüne sahip olmasıdır¹⁶³. Dolayısıyla kanuni yetkilendirme olmaksızın çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanunları değiştirme ve kaldırma gücü bulunmadığı; bu nedenle de yasama işlemi niteliğinde olmadığı kolaylıkla söylenebilecektir.

c. Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Denetimi

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmış olması, öğretide kararnamelerin hukuki niteliğinin tespitine yönelik yapılan değerlendirmelerde bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Eren'e göre; kanun gücünde olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesinin nedeni, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilk-el düzenleme yetkisi kapsamında fonksiyonel anlamda yasama işlemi olmasıdır¹⁶⁴. Yazar bu görüşünü, Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimine ilişkin kararlarında¹⁶⁵ yer alan "*Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen KHK'lar, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir.*" belirlemeleri ile desteklemektedir.

Benzer bir yaklaşım benimseyen Söyler; yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi görevinin Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğunu, bu kapsamda yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmış bir hukuki işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, yasama işlemi niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁶. Öte yandan yazar, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetiminin, bir

¹⁶³ Özbudun'un da vurguladığı gibi, bir hukuki işlem, ancak en az kendisiyle aynı hukuki güce sahip bir işlemle değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilir: "Eğer bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlemin kanun niteliğinde ve gücünde olduğuna kuşku yoktur. Çünkü bir hukuki işlem, ancak en az kendisine eşdeğerli olan bir işlemle değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir." Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 213.

¹⁶⁴ Eren, a.g.m., s.31.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2017/175, K.2017/175, K.T.28.12.2017; E.2015/149, K.2015/46, K.T.13.05.2015. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasagov.tr. (Erişim Tarihi:25.10.2019).

¹⁶⁶ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 154.

işlemin hukuki niteliğinin tespitinde *tek başına* yeterli bir ölçüt olamayacağına da dikkat çekmiştir¹⁶⁷. Ulusoy ise; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama işlemi niteliğinde olmadığını, Cumhurbaşkanına tanınan ilk-el düzenleme yetkisi kapsamında yer aldığını ve bu yetkinin kanunlarla düzenlenmemiş alanlar bakımından genişletilmiş bir düzenleme yetkisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnameleri fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde kabul etmesinin nedeni, yukarıda da bahsedildiği üzere kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanuna dayanarak çıkarılmasıdır. Yani kanun hükmünde kararnameler, *yasama işlemi niteliğini* kanunları değiştirme ve kaldırma gücünden almaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimi tek başına Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin tespitine yönelik bir ölçüt olarak kabul edilemez¹⁶⁹.

Diğer taraftan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa'nın verdiği yetkiyle ilk-elden düzenlenebiliyor olsa da, Anayasa'nın verdiği bu ilk-el düzenleme yetkisinin sınırlı ve istisnai bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Zira 1982 Anayasası'nda yasama organına yasaklanmış bir düzenleme alanı olmadığından, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği prensipleri muhafaza edilmekte; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütmenin düzenleme yetkisinin türev olma özelliğine getirilmiş bir istisna olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁰.

Yine Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *yürütme yetkisine ilişkin konularda* çıkarılacağını öngören düzenleme, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürütme fonksiyonunu yerine getirmek üzere yine yürütme organı tarafından çıkarılan hukuki bir işlem olduğunu ve dolayısıyla fonksiyonel açıdan yasama işlemi olarak kabul edilemeyeceğini gösteren anayasal bir düzenlemedir. Sonuç olarak, tüm bu sayılanlar birlikte değerlendirildiğinde; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama işlemi niteliğinde olmadığı, aksine yürütme

¹⁶⁷ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 154.

¹⁶⁸ Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi", ss. 6-7.

¹⁶⁹ Aynı yönde bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s.300.

¹⁷⁰ Sevgili Gençay, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", ss. 1-20.

organının başı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan düzenleyici idari işlem olduğu söylenebilecektir.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Kanun hükmünde kararname ve tüzüklerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, normlar hiyerarşisindeki derecelendirmede de bir değişim yaşanmıştır. Bu değişim, yalnızca ilga edilen kurum ve işlemlerle ilgili olmayıp, Türk hukukuna yeni bir işlem türü olarak dahil edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesini de kapsamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesini düzenleyen hükümlerin uygulayıcılar tarafından doğru yorumlanabilmesi, kararnamenin diğer normlar karşısında doğru konumlandırılabilmesine bağlıdır¹⁷¹. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin¹⁷², değişen normlar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Normlar hiyerarşisinde temel norm Anayasa'dır. Öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa ile arasındaki hiyerarşik ilişki belirlenmelidir. Normlar arasında hiyerarşik bir ilişkiden bahsedilebilmesi için üst normun, ya bir diğer normun ihdas usulünü ya da o normun içeriğini belirlemesi gerekir¹⁷³. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulüne ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa da, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan konu bakımından yetki sınırlamaları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içeriğine yönelik bir belirleme niteliği taşımaktadır. Alt normun üst norma aykırılığının yaptırıma bağlanmış olması, normlar

¹⁷¹ Aynı yönde bkz. Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 164: "Bir hukuki uyumsuzluğun çözümüne veya idari faaliyet yürütmekte olan bir kamu görevlisinin yürütmekte olduğu faaliyet hakkında, uygulanması mümkün birçok farklı hukuksal düzenleme bulunabilir. Bunlardan bazıları kanun, bazıları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ya da yönetmeliği, bazıları ise kurum yönetmeliği olabilir. Somut olayın çözümüne hangisi uygulanmalıdır? Bu sorunun cevabına, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yeri doğru bir şekilde belirlenerek ulaşılabilir."

¹⁷² Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, çalışmanın kapsamı dışında bırakıldığından, bu başlık altında yalnızca olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki konumuna ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Ancak konu bütünlüğünün sağlanması adına; olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Anayasa'nın 119. maddesinin 6. fıkrasında "kanun hükmünde" oldukları açıkça düzenlendiğinden, bu kararnamelerin normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında, ancak kanunlarla aynı seviyede bulduklarını belirtmek yerinde olacaktır.

¹⁷³ Gülgeç, a.g.e., s. 232; Şirin, a.g.e., s.166.

arasındaki hiyerarşik ilişkinin bir diğer göstergesidir¹⁷⁴. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içeriğinin Anayasa’da belirlendiği ve yine Anayasa Mahkemesi’nin yargısal denetimine tabi olduğu dikkate alındığında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde Anayasa’nın altında yer aldığı kolaylıkla söylenecektir¹⁷⁵.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, normlar hiyerarşisindeki yeri belirlenirken kullanılan referans norm, kanundur. Bu nedenle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasındaki hiyerarşik ilişkinin niteliğinin belirlenmesi özel önem arz etmektedir. Ancak çalışmanın ikinci bölümünde yer alan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kanun Karşısındaki Hiyerarşik Konumu” başlığı altında, daha kapsamlı ve gerekçeli bir değerlendirme yapıldığından, bu kısımda yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasındaki hiyerarşiye ilişkin temel argümanlara yer verilecektir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin görüş ayrılıklarının yaşandığı Türk hukuk öğretisinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yeri, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan “...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.” düzenlemeleri çerçevesinde belirlenmektedir. Söz konusu çatışma kurallarının, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında hiyerarşi ihdas ettiği savına dayanarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanun-altı seviyede yer aldığını savunan görüşler olduğu gibi; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içerdiği ilk-el düzenleme yetkisinin, onu kanunlarla aynı seviyeye yerleştirdiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin görüş farklılıkları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini düzenleyen Anayasal hükümlerin

¹⁷⁴ Gülgeç, a.g.e., s. 193.

¹⁷⁵ a.yer. Aynı yönde bkz. Barın, a.g.m., s.5; Şirin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde Anayasa’nın altında yer almasını, Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi ile açıklamaktadır. Şirin, a.g.e., s. 165.

özensizliğinden kaynaklanmaktadır. Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin bir ihdas usulü belirlenmemesi, Anayasa’nın 104. maddesinde yer alan düzenlemede tercih edilen kavramların muğlaklığı ve yine Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen konuların kapsamı gibi hususlar, bu özensizliğin göstergeleri olarak sıralanabilir. Normlar hiyerarşisine ilişkin görüş farklılığına neden olan esas düzenlemenin, Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan çatışma kuralları olduğu düşünüldüğünde, bahsi geçen çatışma kurallarının hukuki niteliğine yönelik benimsenen farklı yaklaşımlar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde değişen konumunu da belirleyecektir¹⁷⁶.

Kelsen tarafından sistemli hâle getirilen normlar hiyerarşisinin¹⁷⁷, aslında bir “organlar hiyerarşisi”¹⁷⁸ olduğunu ileri süren Gözler; normlar hiyerarşisinde bir normun yer aldığı basamağın, o normu çıkaran organın bulunduğu basamağa bağlı olarak belirlendiğini ifade etmektedir¹⁷⁹. Organlar hiyerarşisi olarak isimlendirilen bu derecelendirme sistemine göre; yasama organı, yürütme organının hiyerarşik üstü olduğundan; yürütme organı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yasama organının ürünü olan kanunların altında yer alacaktır.

Normlar hiyerarşisine ilişkin olarak bugüne dek benimsenen yaklaşımın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasındaki hiyerarşik ilişkiyi açıklamakta yetersiz kalması, öğretilde Taylan Barın tarafından üç boyutlu bir piramit tasviri ile aşılmaya çalışılmıştır¹⁸⁰. Barın’a göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında herhangi bir derece ilişkisi bulunmamakta, dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi normlar hiyerarşisinde kanunların ne üstünde ne de altında yer almaktadır¹⁸¹. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında derece ilişkisinin

¹⁷⁶ Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun karşısındaki hiyerarşik konumu, öğretilde yer alan görüşler çerçevesinde çalışmanın ikinci bölümünde incelenmiştir.

¹⁷⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s.180; Abdullah Sezer, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri(Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), s. 354.

¹⁷⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, s.184: “Bir normun gücü, o normu koyan organın, organlar hiyerarşisindeki gücüne bağlıdır.”

¹⁷⁹ Gözler, organlar hiyerarşisini yukarıdan aşağıya, kurucu iktidar, yasama organı ve yürütme organı olarak sıralamıştır. Gözler, *Hukuka Giriş*, s.181.

¹⁸⁰ Barın, a.g.m., s. 17.

¹⁸¹ a.yer.

kurulamamasının sonucu ise, bu iki işlemin ayrı ayrı Anayasa'nın altında, ancak normlar piramidinin farklı boyutlarında konumlandırılmalarıdır¹⁸².

Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların, normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı seviyede olduğu Türk iç hukuk sisteminde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uluslararası antlaşmalar karşısındaki hiyerarşik konumundan da kısaca bahsetmek isabetli olacaktır. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında¹⁸³, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların *kanun hükmünde* olduğu bizzat Anayasa'da düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kanun ile uluslararası antlaşmalar arasında hiyerarşi söz konusu olmadığından, bu iki norm, normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer almaktadır. En nihayetinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanuna göre belirlenecek olan konumu, uluslararası antlaşmalar bakımından da geçerli olacaktır¹⁸⁴.

Kanun hükmünde kararnamelerin düzenlendiği Anayasa'nın 91. maddesi, 6771 sayılı Kanun ile ilga edilmiş olsa da, aynı Kanunla Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddenin (F) fıkrası¹⁸⁵ uyarınca, yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliklerini sürdürecektir. Nitekim geçerli bir şekilde ihdas edilen bir norm, geçerlilik kriterlerini içeren üst norm ilga edilse bile, geçerli bir hukuk normu olarak varlığını sürdürür¹⁸⁶. Bu nedenle, hâlen yürürlükte olan kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki hiyerarşik ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın mülga 91. maddesinde “kanun

¹⁸² Taylan Barın, üç boyutlu piramit yaklaşımına gelebilecek eleştirileri öngörerek, tasvir ettiği üç boyutlu piramidin iki yüzeyini birleştirmek suretiyle Kelsen'in normlar hiyerarşisi sistemine uyumlu bir derecelendirme yapmıştır. Bu derecelendirmeye göre: Anayasa>Kanun/Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi/Uluslararası Antlaşma>Yönetmelik. Barın, a.g.m., s. 17. Aynı görüş için bkz. Sezer, a.g.m., s. 383.

¹⁸³ Anayasa Madde 90/5:“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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.”

¹⁸⁴ Söyler, uluslararası antlaşma hükümleri ile çatışmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin, kanunlarla da çatışmaması şartıyla doğrudan uygulanabilme özelliğine sahip olduğunu ileri sürmektedir. Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 165.

¹⁸⁵ Anayasa Geçici Madde 21/F: “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür.”

¹⁸⁶ Gülgeç, a.g.e., s. 231.

hükümünde” olduğu vurgusu yapılan olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile yine Anayasa’nın mülga 121. ve 122. maddelerinde düzenlenen olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede yer almaktadır. Dolayısıyla kanunla aynı seviyede yer alan kanun hükmünde kararnamelerin, normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hiyerarşik üstü olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁸⁷.

6771 sayılı Kanunla, yalnızca kanun hükmünde kararnameler değil; idarenin düzenleyici işlemlerinden biri olan tüzüklere ilişkin hükümler de yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa’nın mülga 115. maddesinde¹⁸⁸ düzenlenen tüzük, kanunların uygulanmasını sağlamak ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarıldığından, normlar hiyerarşisinde kanun-altı bir seviyede yer almaktadır. Normlar hiyerarşisinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi gibi kanunların altında yer alan tüzüklerin, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısındaki hiyerarşik konumunu belirlemeye yönelik olarak öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Gözler; tüzük ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında hiyerarşik ilişki ihdas etmenin güç olduğunu, ancak yine de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüzüklerin normlar hiyerarşisinde aynı seviyede kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁸⁹. Bu görüşe eleştiri getiren Gülgeç ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüzük arasında dolaylı bir hiyerarşi ihdasının mümkün olduğunu savunmaktadır¹⁹⁰. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi; tüzüklerin denetiminin ise Danıştay tarafından gerçekleştirilmesi, bu iki norm arasında hiyerarşi ihdas etmek için yeterli bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁷ Gözler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükmünde kararnameler arasındaki çatışmanın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi-kanun çatışması ile aynı şekilde çözümleneceğini belirtmektedir: “...Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükmünde kararnamelerde farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükmünde kararname hükümleri uygulanır.” Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.947. Aynı yönde bkz. Gülgeç, a.g.e., s.235.

¹⁸⁸ Anayasa Mülga 115. Madde: “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.”

¹⁸⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 947:Gözler; bahsi geçen iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkiyi, organlar hiyerarşisine göre tesis etme gayretinde bulunmuş; yeni sistemde Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulunun halefi olduğunu belirterek organlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alan bu iki makam arasında hiyerarşi ihdas etmenin imkansız olduğuna işaret etmiştir.

¹⁹⁰ Gülgeç, a.g.e., s. 278.

¹⁹¹ a.yer.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, idari yargı kararlarının hiyerarşik üstü konumunda bulunduğunu, bu nedenle de tüzük ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aynı seviyeye yerleştirilmesinin mümkün olmadığını belirten Gülgeç, tüzüklerin normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin altında yer aldığı sonucuna ulaşmıştır¹⁹².

Tüzük ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki hiyerarşik ilişkinin tesisinin pratikte problem yaratacak bir yönü bulunmamaktadır. Zira tüzüklerin yürürlükten kaldırıldığı dikkate alındığında, yeni bir tüzük çıkarılması mümkün değildir. O hâlde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, normlar hiyerarşisinde tüzükler ile aynı seviyede yer aldığı kabul edilse dahi, sonraki tarihli Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, *lex posterior ilkesi* uyarınca önceki tarihli tüzüğü ilga edecektir¹⁹³.

İdarenin en geniş uygulama alanına sahip idari işlemi olan yönetmelik, Anayasa'nın 124. maddesinde¹⁹⁴ düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre; Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri, kendi görev alanlarıyla ilgili olarak kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla ve bu normlara aykırı olmamak kaydıyla yönetmelik çıkarabileceklerdir. Öncelikle, yönetmeliklerin *intra legem* niteliği gereği, normlar hiyerarşisinde kanunların ve kanunla aynı düzeyde bulunan normların altında yer aldığının kabulü gerekmektedir¹⁹⁵. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yönetmelikler arasındaki hiyerarşik ilişkinin tespitinde de, Anayasa'nın 124. maddesi referans norm niteliğindedir¹⁹⁶. Yönetmeliklerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı

¹⁹² Gülgeç, a.g.e., s. 279:Yazar; idarenin yargısal denetiminde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bağlı olan yargı organlarının verdiği kararlar sonucunda tüzüğün hukuki geçerliliğini yitirmesi mümkün olduğundan; tüzüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı seviyeye yerleştirilmesinin hukuken mümkün olmadığını savunmaktadır.

¹⁹³ Fatma Didem Sevgili Gençay, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *AÜHFĐ*, C. 63, S. 2 (2014), s. 399.

¹⁹⁴ Anayasa Madde 124:"Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."

¹⁹⁵ Gülgeç, a.g.e., s. 299.

¹⁹⁶ Yönetmeliklere ilişkin Anayasa'nın 104. maddesinin 18. fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir." hükmü ile Anayasa'nın yönetmeliklere ilişkin genel hüküm ihtiva eden 124. maddesinde düzenlenen "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." hükmü birlikte okunduğunda akla şu

olamayacağını belirten bu hüküm, yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altında konumlandırılmasının anayasal dayanağını oluşturur¹⁹⁷.

Son olarak; yönetmeliklerden ayrı bir kategori oluşturan ve yönetmelikle aralarında hiyerarşik ilişki bulunan adsız düzenleyici işlemler, normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında konumlandırıldığından¹⁹⁸, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde adsız düzenleyici işlemlerin hiyerarşik üstü olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁹⁹.

oru gelmektedir: Anayasa'nın 104. maddesinin 18. fıkrası doğrultusunda; Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarmayacak mıdır? Soruya dayanak olan hükümler, öğretide Gülgeç'in dikkatini çekmiş; yazar iki hüküm arasındaki düzenleme farklılığını çatışma kuralları ile çözümlenmeyi tercih etmiştir. Bu doğrultuda; Anayasa'nın 104. maddesinin 18. fıkrası ile Anayasa'nın 124. maddesinde yer alan hükümler arasında çatışma olduğunu; bu çatışmanın *lex specialis ilkesi* uyarınca özel hüküm olan 104. madde lehine çözümlenmesi gerektiğini savunmuş; Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarmayacağı sonucuna varmıştır. Gülgeç, a.g.e., ss.292-293. Her ne kadar, bahsi geçen Anayasa hükümleri arasında lafzi bir tutarsızlık söz konusu olsa da, Gülgeç'in görüşüne itiraz edilebilir. Anayasa değişikliğinin aceleye gelmiş olması, değişikliğe konu birçok hükümde tartışmaya açık konularla karşı karşıya kalınmasına neden olmuştur. Buna karşın, Anayasa hükümlerini yorumlarken, sistematik yorum yöntemini kullanmak gerekmektedir. Anayasa'nın 124. maddesi, Anayasa değişikliği öncesinde de yürürlükte olan ve yönetmeliklere ilişkin genel hüküm niteliği ihtiva eden bir düzenlemedir. 6771 sayılı Kanunla 124. maddede yer alan Bakanlar Kurulu ibaresi Cumhurbaşkanı ile, tüzük ibaresi de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile değiştirilmiştir. Dolayısıyla, madde metninde ilga edilen kurumların yerini, Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibareleri almıştır. Diğer taraftan, Anayasa'nın 104. maddesinin 17.fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verildikten sonra, devam eden fıkroda Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikler düzenlenmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin 18. fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği, *Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanmasını sağlamak* üzere getirilmiş olup, bu nedenle 124. maddenin varlığına rağmen Anayasa'da ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Aksi hâlde, hâli hazırda Anayasa'nın 124. maddesinde Cumhurbaşkanıya tanınmış bir yetkinin, ayrı bir düzenleme yapılarak Cumhurbaşkanının yetki alanından çıkarılması, Anayasa değişikliğinin mantığı ile örtüşmeyecektir. Cumhurbaşkanının iradesinin ürünü olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasına yönelik çıkarılan yönetmeliğin, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmayacağını kabul etmek tutarlı gözükmemektedir. Sonuç olarak, söz konusu düzenlemeler, Anayasa hükümleri arasında çelişkilerin olduğu düşüncesi uyandırır da, Anayasa hükümleri yorumlanırken Anayasa'nın bütünlüğüne uygun sistematik yorum yapılması gerekir.

¹⁹⁷ Aynı yönde bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 946; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s.166; Gülgeç, a.g.e., s. 299.

¹⁹⁸ Sevgili Gençay, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", s. 413.

¹⁹⁹ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*,s.166: Söyler, yeni hükümet sisteminde bakanların Cumhurbaşkanı karşısında ikincil konumda bulunduğunu; bu nedenle de bakanlık yönetmeliklerinin normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerinin altında yer aldığını ileri sürmektedir. Yazara göre, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan bir genelge, Cumhurbaşkanıya bağlı bakanlık iradesinden üstün olduğu için, bakanlık yönetmelikleri normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanı genelgesinin altında yer alacaktır. Buna karşın Sevgili, iki makam arasındaki hiyerarşik ilişkinin, bu makamlardan çıkan düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşiden bağımsız olarak değerlendirilmesi

IV. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN YARGISAL DENETİMİ

A. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YARGISAL DENETİMİ

1. Anayasal Dayanağı

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetimi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisindedir. Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı düzenlenmiştir: *“Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”* Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmış olması, kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimine ilişkin hükümler ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Nitekim Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan *“kanun hükmünde kararnameler”* ifadesinin, *“Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin”* şeklinde değiştirilmesi bu yaklaşımın göstergesidir²⁰⁰.

Anayasa'nın 148. maddesinde bahsi geçen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasa'nın 104. maddesi 17. fıkrası uyarınca *olağan dönemde* çıkarılan kararnameleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Zira 148. maddenin devamında belirtildiği üzere, *olağanüstü hâllerde ve savaş hâllerinde* çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yargı

gerektiğini ifade etmiştir. Sevgili Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, ss. 410-411. Bu doğrultuda bakanlık yönetmeliğinin, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği altında yer aldığı kabul edilebilirse de; adsız düzenleyici işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı genelgesinin, bakanlık yönetmeliklerinin hiyerarşik üstü olduğunun kabulü mümkün gözükmemektedir.

²⁰⁰ 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“sıkıyönetim”* ibaresi madde metninden çıkarılmış; *“kanun hükmünde kararnamelerin”* ibareleri *“Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin”* şeklinde değiştirilmiştir. Yargısal denetime ilişkin bu bilinçli tercihin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun hükmünde kararnamelerin yerini doldurmak üzere getirildiği düşüncesine dayandığı söylenebilir.

denetimi dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkün değildir. Olağanüstü hâllerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimi dışında bırakılması, tıpkı Anayasa değişikliği öncesinde olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinde olduğu gibi, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁰¹.

Öğretinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılması konusuna yaklaşımı; kararnamelerin hukuki niteliğine ilişkin benimsenen görüşler paralelinde farklılık arz etmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *idari işlem* niteliğinde olduğunu savunan Gözler, kararnamelerin yargısal denetiminin Danıştay tarafından yapılması gerektiğini savunmaktadır²⁰². Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesinde, kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimine ilişkin düzenlemelerin referans alındığını, ancak bu noktada kanun hükmünde kararnamelerin, “kanun hükmünde” olduğunun göz ardı edildiğini belirten Gözler; *kanun hükmünde olmayan* Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi tutulmasını eleştirmektedir²⁰³.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama işlemi niteliğinde olduğunu savunan yazarlar ile kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede yer aldığını ileri süren yazarlar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmasını olağan karşılamaktadırlar. Eren; *kanun hükmünde kabul etmediği* Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduğunu, bu nedenle yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne verildiğini ifade etmiştir²⁰⁴. Atar'a göre ise; *düzenleyici idari işlem niteliğinde* olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede yer

²⁰¹ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.440; Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s.15.

²⁰² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1102.

²⁰³ a.g.e., s.1102. Gözler, kanun hükmünde kararnamelerin yürürlükteki kanunları değiştirebilme gücüne sahip olduğunu, bu nedenle yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi verilmesinde bir tutarsızlık bulunmadığını belirtmektedir. a.g.e., s. 942.

²⁰⁴ Eren, a.g.m., s.54.

aldığından Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabidir²⁰⁵. Kendi içlerinde çelişkiler barındıran bu görüşler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılması hususunda da tutarlı bir yaklaşım öngörmemektedir. Bu nedenle kanun hükmünde olmayan ve yasama işlemi niteliği de taşımayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, idari yargı denetimine tabi olmasının daha yerinde bir tercih olacağı ve bu tercihin Anayasa'nın bütünlüğüne daha uygun düşeceği söylenebilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya *iptal davası* açabilme hakkı, Anayasa'nın 150. maddesinde düzenlenmiş; bu hak Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere tanınmıştır²⁰⁶. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetimi bakımından öngörülen bir diğer düzenleme ise, somut norm denetimi olarak da adlandırılan *itiraz yoludur*. Anayasa'nın 152. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir davaya bakmakta olan mahkeme, somut davaya uygulanacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanaatine varır ise, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakacaktır. Sonuç olarak; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa Mahkemesi'nin iptal davası yoluyla soyut norm denetimine, itiraz yoluyla da somut norm denetimine tabi olduğu görülmektedir.

Son olarak; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmış olmakla birlikte, Cumhurbaşkanının iradesine dayanan her hukuki işlem Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminde Anayasa Mahkemesi görevli iken; 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca, *Cumhurbaşkanı kararları ile Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici*

²⁰⁵ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s.286.

²⁰⁶ 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 16.maddesi ile Anayasa'nın 150. maddesinde yer alan "kanun hükmündeki kararnamelerin" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin" şeklinde; "iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi" ibaresi "Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve" şeklinde değiştirilmiştir.

işlemlere karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay görevli olacaktır²⁰⁷.

2. Anayasa Mahkemesi ve “Yasallık Denetimi”

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olması, farklı sorun ve tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bunlardan biri de, Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya aykırılığını incelerken anayasaya uygunluk denetiminin yanı sıra “yasallık denetimi” de yapıp yapamayacağı hususudur. Anayasa'nın 148. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'ya uygunluğunun şekil ve esas bakımından denetleneceği belirtilmekle birlikte, Anayasa'da *kanunlara uygunluk denetimi* başka bir ifadeyle *yasallık denetimi* yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Buna karşın öğretide, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin yalnızca Anayasaya uygunluk denetimi ile sınırlı olmadığı, yasallık denetimini de kapsamına aldığı ileri sürülmektedir²⁰⁸. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunlara uygunluğunun da denetlenebileceği sonucuna ulaşılrken, Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimine ilişkin kararları referans gösterilmiştir. Anayasa'da kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetiminde sadece Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılacağı öngörülmesine rağmen; Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda²⁰⁹, kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanununa

²⁰⁷ 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 183. maddesiyle değişik 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi Anayasa değişikliği doğrultusunda “...Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a)Cumhurbaşkanı kararlarına, b)Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere...karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.” şeklinde revize edilmiştir.

²⁰⁸ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 189.

²⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2017/141, K.2017/121, K.T. 26.07.2017. Karara dikkat çeken Eren, a.g.m. s.56, dipnot 89. Aynı yönde kararlar için bkz. E.2017/175, K.2017/175, K.T.28.12.2017; E.2016/34, K.2016/30; K.T.05.05.2016. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.09.2019).

dayanarak çıkarıldığını ve kararnamenin *yetki kanununa uygunluğunun* denetlenmesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında yer aldığını belirtmiştir²¹⁰:

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

Eren, Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduğuna, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunlara uygunluğunun denetlenmesinden bahsedilmese de, bu kararnamelerin Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisini düzenleyen kurallara uygunluğunun incelenmesi gerektiğine işaret etmektedir²¹¹.

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki sınırlarına uygunluğuna ilişkin yapacağı inceleme, *gerçek anlamda* yasallık denetimi olarak nitelendirilemez. Zira Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca yapacağı denetim, olsa olsa Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa'da kanunun düzenleme alanına ilişkin öngörülen kurallara uygunluğunun incelenmesidir. *Kanunun düzenleme alanına ilişkin kurallara uygunluğu* ile kast edilen ise, kanunda açıkça düzenlenen bir konuda, münhasır kanun alanında veyahut kararnamelere açıkça yasaklanmış bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılıp çıkarılmadığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesidir. En nihayetinde bu nitelikte bir denetim, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamı

²¹⁰ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 188; Eren, a.g.m., ss.55-56.

²¹¹ Eren, a.g.m., s. 56.

içerisinde kalmaktadır²¹². Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nin kanunlara uygunluk denetimi yapmasının anayasal dayanağı bulunmadığı gibi, Mahkeme'nin kanunlara uygunluk denetimi yapacağını kabul etmek, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş amacı ile de bağdaşmamaktadır²¹³.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kurallar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yetki sınırına ilişkin bir çerçeve niteliği taşımakta ve bu çerçevenin dışına çıkan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir²¹⁴. Bu kapsamda, yürütme yetkisine ilişkin olmayan, kanunda açıkça düzenlenen veya münhasır kanun alanına giren konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından incelenecektir. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürütme yetkisi kapsamında olmadığını ya da kanunda açıkça düzenlenmiş veya münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda çıkarıldığını tespit etmesi hâlinde, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı verecektir²¹⁵. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptali sonucunu doğuran durumlarda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanuna değil, Anayasa'ya aykırı olduğu için iptal edilecektir.

B. YARGISAL DENETİMİN KAPSAMINI BELİRLEMeye YÖNELİK ANAYASAL DÜZENLEMELER

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kanunlarda Farklı Hükümler Bulunması Hâlinde, Kanun Hükümlerinin Uygulanması

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde, kanun hükümlerinin uygulanacağına

²¹² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 380.

²¹³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 1102-1103. Gözler 1982 Anayasası'nın, Anayasa Mahkemesi'nin denetlediği bir normun, Anayasa dışında başka bir hukuk normuna uygunluğunu araştırma ve inceleme yetkisi vermediğini belirtmektedir. a.g.e., s. 1112.

²¹⁴ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 187.

²¹⁵ Aynı yönde bkz. Eren, a.g.m., s.59; Ülgen Adadağ, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi", s. 266.

ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi karşısında kanunlara üstünlük tanıyan bu hüküm, iki hukuki işlem türü arasında hiyerarşi ihdas etmekte ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun karşısındaki ikincil konumunu vurgulamaktadır. Söz konusu düzenleme, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunun aynı konuda aynı anda yürürlükte bulunması hâlinde gündeme gelecektir. Öğretide, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunların birlikte yürürlükte bulunduğu hâllerin, Anayasa'ya aykırı veya Anayasa uygun olarak gerçekleşebileceğine işaret edilmektedir²¹⁶. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, ilgili kanunla birlikte Anayasa'ya uygun bir şekilde yürürlükte olması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki kuralların tamamına uygun olacak şekilde çıkarılması hâlinde mümkündür. Her ne kadar böyle bir durumun gerçekleşme ihtimali zayıf olsa da; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, konunun kanunda düzenlenmeyen hususlarına ilişkin olarak Anayasa'ya uygun şekilde çıkarılması ve yürürlükte olan diğer kanunlardan farklı hükümler içermesi hâlinde, kanun hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinin, Anayasa uygun olarak gerçekleşme ihtimali oldukça düşüktür²¹⁷. Kanunda açıkça düzenlenen bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması hâlinde, Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” hükmü uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya aykırılığında bahsedilecektir. Buna karşın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükteyken, aynı konuda kanun çıkarılması hâlinde ise “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” hükmü doğrultusunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden hükümsüz hâle gelecektir.

Anayasa'nın 104. maddesinde yer verilen, “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*” düzenlemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunun aynı anda yürürlükte olduğu

²¹⁶ Ahmet Yayla, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, s. 60.

²¹⁷ a.yer.

süreçte, uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı organlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesini ihmal ederek kanunu uygulamalarını emreder²¹⁸. Dolayısıyla bu düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimini elverişli kılan bir yönü bulunmadığı söylenebilir. Sonuç olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde, görevli mahkemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesini iptal etme yetkisi bulunmadığından, somut uyuşmazlığa kanun hükümleri uygulanacak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de yürürlükte kalmaya devam edecektir²¹⁹. Öte yandan somut uyuşmazlığa uygulanacak kuralın, kanun hükmü olduğunu tespit eden görevli mahkeme, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi uyuşmazlığa uygulanacak kural niteliğinde olmadığından, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne de başvuramayacaktır²²⁰.

²¹⁸ Lokman Yeniay, Gülden Yeniay, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), s. 132.

²¹⁹ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 46; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 191.

²²⁰ Eren, a.g.m., s.60; Ülgen Adadağ, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi”, s. 266. Yazarlar, hukuki belirliliğin sağlanması adına konuya ilişkin farklı çözüm önerilerinde bulunmuşlardır: “Aynı konuda hem kanun hem de kararnamede hüküm bulunması halinde kanun hükmünün uygulanması gerektiğine ilişkin Anayasa (m.104/17) emrinin muhatabı davaya bakan mahkemedir. Mahkeme önündeki davada uygulanacak hükmün kanun değil de kararname hükmü olduğuna karar verdiğinde Anayasa Mahkemesinin uygulanacak normun kanun hükmü olduğunu belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi başvuruyu ‘davada uygulanacak kural’ şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle ön incelemede reddetme yoluna gitmemelidir Dava mahkemesinin çatışan kanun ve kararname hükmü karşısında kanun yerine kararname hükmünü uygulamaya karar vererek hata yapması ancak kanun yolu denetiminde temyiz mercii tarafından dikkate alınabilir ve bozma kararı verilebilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin dava mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık gerekçesiyle kendisine itiraz yoluyla gönderilen kararname hükmünü Anayasadaki ‘Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz’ kuralına aykırılık bakımından denetlemesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.” Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), s.251; “Bu konuda, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vererek, Anayasa’ya aykırı normun hukuk düzeninden ayıklanmasını sağlamasının tereddütleri gidermek bakımından daha uygun olacağı düşünülebilir. Ancak, olası bir iptal kararının geriye etkili olmadığı dikkate alındığında iptal kararının etkileri yönünden farklı tartışmalara yol açılması mümkündür. Oysa, işlem yapıldığı andan itibaren sakattır. Anayasa gereğince, herkes tarafından kanunun uygulanması gerekir. Uygulamada belirsizlik olduğu takdirde, en geç Anayasa Mahkemesinin durumu tespit ederek ilk inceleme aşamasında verdiği ret kararı üzerine Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu ve Adalet Bakanlığının girişimleriyle söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kaldırılmasının sağlanması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik bakımından isabetli olacaktır.” Ülgen Adadağ, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi”, ss. 266-267.

2. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Aynı Konuda Kanun Çıkarması Durumunda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Hükümsüz Hâle Gelmesi

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” kuralına yer verilmiştir. Bu hükümle, asli düzenleme yetkisinin yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde olduğu vurgulanmış; kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi karşısındaki hiyerarşik üstünlüğü kabul edilmiştir²²¹. Asli ve genel düzenleme yetkisine sahip olan yasama organının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen konulara ilişkin kanun çıkarmasında anayasal bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin aynı konuda kanun çıkarmasıyla, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hâle gelmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hâle gelmesi, hükümsüzlük yaptırımının niteliği ve kim tarafından tespit edileceği hususları bakımından Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimi ile yakın ilişki içerisindedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin kapsamının belirlenmesi açısından bahsi geçen hususların incelenmesi gerekmektedir.

a. “Hükümsüz Hâle Gelme”nin Anlamı

Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aynı konuda çıkarıldığına ilişkin tespit kim tarafından yapılacağı ve *hükümsüz hâle gelmek* ifadesi ile ne kastedildiği soruları öğretilde cevaplanmaya çalışılmıştır²²². “Hükümsüzlük” ifadesini, kelime

²²¹ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 103.

²²² Şirin, a.g.e., s.213: “Aktarılan düzenlemede yer alan hükümsüzlük ifadesi, ‘hâle gelmek’ sözcüğü ile birlikte ifade edildiği için, büyük olasılıkla Almandaca *nullität/nichtigkeit*, Fransızcadaki *nullité* olarak ifade edilen sözcük değildir. Zira bu kavramlar Türkçe kamu hukukunda sıklıkla ‘yokluk’ şeklinde tercüme edilmektedir. Buradaki kullanım, Almandaca *hinfalligkeit*, Fransızcadaki *caducité* olarak ifade edilen, anayasa hukukunda da bazen ‘kadüklük’ olarak tercüme edilen kavrama denk gibi görünmektedir. Çünkü bir normun yok ‘hâle gelme’sinden ziyade kadük ‘hâle gelme’sinden bahsedilir. Sözcüğün bu anlamıyla hükümsüzlük, Fransız idare hukuku kaynaklıdır. İdari işlemlerin belli bir koşulun gerçekleşmesinden ötürü kendiliğinden ortadan kalkmasını anlatmaktadır.”

anlamıyla açıklamaya çalışan Eren *hükümsüzlüğün* yürürlükten kaldırılmış, geçersiz, hükmü kalmamış anlamına geldiğine²²³ işaret etmiştir²²⁴.

Anayasa'nın 119. maddesinde olağanüstü hâl döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üç ay içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından görüşülüp karara bağlanmaması hâlinde *kendiliğinden yürürlükten kalkacağı* öngörülmüştür. Buna karşın, aynı konuda kanun çıkarılması hâlinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kendiliğinden yürürlükten kalkacağına değil, hükümsüz hâle geleceğinin ifade edilmesinin bir anlamı olduğu; hükümsüzlüğün, *kendiliğinden yürürlükten kalkmadan* farklı bir hukuki duruma işaret ettiği ileri sürülmektedir²²⁵.

Öğretide bir görüş hükümsüzlüğün, “yokluk” anlamına geldiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte; ancak Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin getirilmiş hükümsüzlük yaptırımını *özel bir yokluk hâli* olarak nitelendirmektedir²²⁶. Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi baştan beri değil, aynı konuda kanunun çıkarıldığı andan itibaren yok hükmündedir ve yine bu andan itibaren hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır²²⁷. Dolayısıyla özel bir yokluk hâli olarak isimlendirilen bu durumun, *şarta bağlı yokluk* yaptırımını niteliğinde olduğu söylenebilir. Benzer bir görüş; çıkarıldığı tarihte hukuka uygun olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, daha sonra aynı konuda kanun çıkarılmasıyla başından itibaren geçersiz sayılmasının hukuki güvenlik ilkesini zedeleyeceğini; “hükümsüz hâle gelme” ifadesinin kanun yapıldıktan sonraki geçersizlik olarak yorumlanmasının, hukuk devleti ilkesi ile daha uyumlu olacağını ifade etmiştir²²⁸.

b. Hükümsüzlüğün Tespiti

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının son cümlesinde yer alan “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı*

²²³ Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:24.11.2019).

²²⁴ Eren, a.g.m., s. 62.

²²⁵ Aksoylu Ürger, a.g.m., s.155; Ülgen,“Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s.35.

²²⁶ Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 156.

²²⁷ a.yer.

²²⁸ Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s. 35.

kararnamesi hükümsüz hale gelir.” hükmü, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *hükümsüzlüğün tespiti* için Anayasa Mahkemesi önüne getirilip getirilemeyeceği tartışmalarına neden olmuştur. Bahsi geçen düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi’nin yargısal denetimi ile olan ilişkisi, “Hükümsüzlüğün tespiti kim tarafından yapılacaktır?” sorusu kapsamında tartışılacaktır.

Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, aynı konuda kanun çıkarılmasıyla hükümsüz hâle geleceğinden bahsedilmiş ise de, ilgili hükümde “aynı konu” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmadığı gibi, *aynı konunun* ve dolayısıyla *hükümsüzlüğün* kim tarafından tespit edileceği de düzenlenmemiştir. Öğretide hükümsüzlüğün, tüm uygulayıcılar tarafından tespit edilebileceğine işaret edilmiştir²²⁹. Öte yandan çıkarılacak kanunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilebileceğini ifade edenler de bulunmaktadır²³⁰.

Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş bir konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hâle geldiğini kimin tespit edeceği, öğretide farklı bakış açılarıyla ele alınmıştır. Ardıçoğlu; yasama organı tarafından aynı konuda kanun çıkarılması hâlinde, Anayasa Mahkemesi’nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptali kararı değil, *yokluğun tespiti kararı* vermesi gerektiğini; üstelik bahsi geçen “yokluğun tespiti kararı”nın adli ve idari yargı organları tarafından, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmaksızın verilebileceğini ileri sürmüştür²³¹. Ardıçoğlu’nun bu görüşüne karşı çıkan Erol; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminde görevli ve yetkili tek organın Anayasa Mahkemesi olduğunu, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hâle geldiğine ilişkin tespit kararının, *ancak ve ancak* Anayasa Mahkemesi tarafından, soyut ya da somut norm denetimi yoluyla verilebileceğini savunmaktadır²³².

²²⁹ Aksoylu Ürger, a.g.m., s.155; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 101.

²³⁰ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 102. Karşı görüş için bkz. Barın, a.g.m., ss.1-21.

²³¹ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 45. Benzer yönde bkz. Ülgen Adadağ, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi”, s. 267.

²³² Ömer Faruk Erol, “Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, s. 82: Yazar,

Gülgeç; Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin sahip olduğu yetkinin, Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptal kararı vermekle sınırlı olduğunu; bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hâle geldiğini tespit etme yetkisi bulunmadığını belirtmektedir²³³. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüzlüğünün, bu konuda karar vermeye yetkili tek bir mahkeme belirlenene kadar, bütün yargı organları tarafından tespit edilebileceğini vurgulayan Gülgeç'e göre; çıkarılacak bir kanun aracılığıyla hükümsüzlüğün tespiti kararı verecek bir mahkeme belirlenmesi, sorunun çözümüne ilişkin kesin bir yöntem olacaktır²³⁴.

Anayasa'da, Anayasa Mahkemesi'ne hükümsüzlüğün tespiti kararı verme yetkisi tanınmadığı iddiasına karşı çıkan Eren; geçerli bir normu iptal etme yetkisinin, söz konusu normun geçerliliğini tespit etme yetkisini de içinde barındırdığını, bu kapsamda Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş olsa da Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüzlüğünün tespitine karar verebileceğini ileri sürmektedir²³⁵. Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüzlüğünün tespitine ilişkin verdiği kararı ile birlikte, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz sayılmalıdır²³⁶. Hükümsüzlük anının, kanunun "çıkarıldığı" an olduğunu ve bir kanunun çıkarılmasının, kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edildiği zamana tekabül ettiğini savunan Gülgeç; Resmi Gazete'de yayımlanmanın kanun için geçerlilik şartı olmadığını ileri sürmektedir²³⁷. Kanımızca, Resmi Gazete'de yayımlanmayan bir kanun, yürürlük şartını sağlamadığından ve uygulanabilirlik niteliği de bulunmadığından, söz konusu kanunun yürürlükte olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz hâle

hükümsüzlüğün tespitinin farklı yargı mercüleri tarafından yapılmasının, farklı mahkemelerin aynı konuda farklı kararlar verebilme ihtimaline dikkat çekmekte, bu durumun uygulamada karışıklığa neden olacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi dışında kalan yargı organları tarafından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz olduğunun tespitine yönelik karar verilemeyeceğini; hükümsüzlüğün tespiti kararının hangi makam tarafından verileceğinin Anayasa'da açıkça düzenlenmesi gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Lokman Yeniay, Gülten Yeniay, a.g.m., s. 134.

²³³ Gülgeç, a.g.e., s. 187.

²³⁴ a.g.e., ss. 188-189: Gülgeç, hükümsüzlük tespiti için en uygun mahkemenin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay olduğuna işaret etmiştir.

²³⁵ Eren, a.g.m., s. 64.

²³⁶ a.yer. Eren, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği hükümsüzlük kararının, nitelik itibarıyla "yokluk kararı" ve "iptal kararı"ndan farklı olacağını ifade etmiştir.

²³⁷ Gülgeç, a.g.e., s.190.

getireceğini kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren hükümsüz sayılmalıdır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı konuda düzenleme içeren kanunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *kanunun yürürlük tarihi itibariyle hükümsüz hâle geleceğine* ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi, söz konusu belirsizliği ortadan kaldırmaya yönelik bir çözüm olarak önerilebilir. Böylece, kanun çıkarılana kadar uygulanan Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak gerçekleştirilen hukuki işlemlerin geçerlilikleri açısından problem yaşanmayacak, geçmişe etkili geçersizlik söz konusu olmayacağı için de hukuki güvenlik ilkesi güvence altına alınmış olacaktır. Üstelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüzlüğü, kanun maddesiyle tespit edildiğinden; kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı konuda düzenleme içermediği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkün olacaktır. Şayet bahsi geçen kanun, Anayasa'ya aykırı düzenleme içeriyor ise Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki; bahsi geçen düzenleme, hükümsüzlüğün tespiti niteliğinde olup; kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırdığı anlamına geldiği şekilde anlaşılmalıdır²³⁸.

²³⁸ Benzer yönde bkz. Şirin, a.g.e., s. 214.

İKİNCİ BÖLÜM

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN KANUNİ İDARE İLKESİNİN UNSURLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

I. KANUNİ İDARE İLKESİNİN TANIMI VE ANAYASAL DAYANAĞI

A. KANUNİ İDARE İLKESİNİN TANIMI VE KAPSAMI

İdare hukukunun doğuşunun ve varlığının dayanaklarından biri olan kanunilik ilkesi²³⁹, idare hukuku ile arasındaki sıkı bağ nedeniyle hukukun diğer alanlarından farklı olarak idare hukuku terminolojisinde “*kanuni idare ilkesi*” diye anılmaktadır²⁴⁰. İdarenin kanuniliği ilkesi²⁴¹ veya yasal yönetim ilkesi²⁴² olarak da adlandırılan kanuni idare ilkesi²⁴³, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir²⁴⁴. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması²⁴⁵, yürütmenin yargısal denetimi²⁴⁶, yargı bağımsızlığı²⁴⁷, yasama işlemlerinin yargısal denetimi²⁴⁸, adil yargılanma hakkı²⁴⁹, idarenin mali sorumluluğu²⁵⁰ hukuk devleti ilkesinin diğer gereklerini oluşturmaktadır. Hukuk devletinin gereklerinden biri olan ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini

²³⁹ Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, 3b., İstanbul: Der Yayınları, 2016, s. 175.

²⁴⁰ Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, 1.b., İstanbul: Beta, 2013, s.10.

²⁴¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3.b., Bursa: Ekin, 2019, s.151; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 4.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 89; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 146.

²⁴² Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 5.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 28.

²⁴³ Kanuni idare ilkesi, öğretide “Türkiye’nin İdaresinin Kanuniliği İlkesi” olarak da adlandırılmaktadır. İsmet Giritli ve diğerleri, *İdare Hukuku*, 6.b., İstanbul: Der Yayınları, 2013, s. 87.

²⁴⁴ Günday, a.g.e., ss.42-45; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 89; Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 4.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, s. 51; Onur Sır, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 13.

²⁴⁵ Kalabalık, a.g.e., s. 26; Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 70; Günday, a.g.e., s.40.

²⁴⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.124; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 217.

²⁴⁷ Günday, a.g.e., ss.48-52; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 133; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.116.

²⁴⁸ Günday, a.g.e., s.40; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 133.

²⁴⁹ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 116.

²⁵⁰ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 51; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 221.

yönetenlere karşı güvence altına alan kuvvetler ayrılığı prensibi de, kanuni idare ilkesinin teminatı olarak kabul edilir²⁵¹.

Hukuk devleti, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda güvence veren, devletin faaliyetlerinde hukuka bağlı olduğu bir düzeni ifade etmektedir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, demokratik devlet olmanın bir gereğidir²⁵². Devletin kamu kudretinin meşru ve dengeli organlara verilmesi anlayışının bir ürünü²⁵³ olan hukuk devleti, devletin hukuk kurallarıyla bağlı olmadığı polis devleti anlayışının karşıtı olarak kullanılmaktadır²⁵⁴. Hukuk devleti kavramı, polis devleti gibi önce Almanya'da ortaya çıkmış, ancak kavramsal gelişimi Fransa'da tamamlanmıştır²⁵⁵. Kavramın Fransa'da, Almanya'ya nazaran geç gelişmesinin nedeni, Fransa'daki genel irade kavramına yüklenen anlam ve genel iradenin yanılmazlığı anlayışıdır²⁵⁶. Ancak tarihsel gelişimi içerisinde farklı süreçlerden geçse de hukuk devleti en genel tanımıyla, devlet erklerinin hukuka saygı temeli üzerine inşa edildiği ve sınırlarının hukukla belirlendiği, temel hak ve özgürlüklerin üstün bir güvenceden yararlandığı devlettir²⁵⁷.

İdarenin hukukla kavranması ve hukuk kurallarının içinde tutulması için geliştirilen kavram ve kurumlar, hukuk devletinin temel araçları olup; kanunilik ilkesi, hukuk güvenliğinin temininde kullanılan en etkili araçtır²⁵⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda hukuk devleti ilkesini tanımlarken, hukuk kurallarına bağlılığa ve hukuka uygunluğa vurgu yapmaktadır. Hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında²⁵⁹, "...Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen

²⁵¹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 5.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 152.

²⁵² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.124; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 116.

²⁵³ Atay, a.g.e., s.100.

²⁵⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.124; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.116; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 209; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 49. Polis devleti kavramında geçen "polis" tabiri, kamu düzeni ve güvenliğini sağlamaya yönelik devlet faaliyetleri anlamında kullanılmaktadır. Tanör, Yüzbaşıoğlu a.g.e., s. 116. Polis devleti anlayışı ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Atay, a.g.e., s.106 vd.

²⁵⁵ Şirin, a.g.e., s.80; Kalabalık, a.g.e., s.22; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.115.

²⁵⁶ Atay, a.g.e., s.100.

²⁵⁷ a.yer.

²⁵⁸ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 59.

²⁵⁹ Anayasa Mahkemesi E.2017/16, K.2019/64, K.T.24.07.2019. Aynı yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi E.2015/5, K.2015/82, K.T.10.09.2015; E.2012/104, K.2013/87, K.T.10.07.2013, E.2016/49, K.2016/200, K.T.28.12.2016. Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir...” şeklinde tanımlanmıştır²⁶⁰.

İdarenin kanuna uygun olma veya kanuna aykırı olmama şeklinde isimlendirilen yükümlülüğü, polis devletinden hukuk devletine geçişte ilk basamak olarak nitelendirilmektedir²⁶¹. Hukuk devleti ilkesi uyarınca idare, kanunlara uygun hareket etme yükümlülüğü altındadır. Akbulut, kanuni idare ilkesi bakımından da geçerli olan bu yükümlülüğün, kanuni idare ilkesinin kapsamının belirlenmesi noktasında tek başına yetersiz olduğu görüşünü taşımaktadır. Yazara göre, kanuni idare ilkesi idarenin kanunlara uygun hareket etme yükümlülüğünün yanı sıra idarenin kanuna dayanma zorunluluğunu da içermektedir²⁶². Dolayısıyla kanuni idare ilkesi, hukuk devleti ilkesinden türemiş olmakla birlikte, kanuna dayanma yükümlülüğü ile ondan ayrılmakta ve hukuk devleti ilkesine göre temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda daha güçlü bir güvence sağlamaktadır.

²⁶⁰ Anayasa Mahkemesi'nin benzer hukuk devleti tanımları için bkz. “Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.” Anayasa Mahkemesi E.1999/5, K.1999/8, K.T.13.04.1999. “Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylemleri ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren; insan haklarını koruyan, güçlendiren, geliştiren; Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan; hukuku tüm organlarına egemen kılan; yargı denetimine açık olan; temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın yasalara üstünlüğünü kabul eden devlettir.” Anayasa Mahkemesi E.1999/14, K.1999/6, K.T.26.03.1999. “Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ve Cumhuriyetin temel niteliklerinden birisi olarak sayılan "hukuk devleti"; tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasını gerekli kılar. Hukukun üstünlüğünü, toplumsal barışı ve ulusal dayanışmayı amaçlamayan, Anayasa'nın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurullarla uyum sağlamayan devletin hukuk devleti olduğundan söz edilemez.” Anayasa Mahkemesi E.1996/43, K.1998/13, K.T.05.05.1998. “Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan toplum yaşamında adalet ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.” Anayasa Mahkemesi E.2002/61, K.2002/43, K.T.17.04.2002. Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

²⁶¹ Halil Altındağ, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Bloğunun Genişlemesi*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.34.

²⁶² Akbulut, a.g.e., s. 12.

Kanuni idare ilkesi, içerdği farklı anlamlar üzerinden öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Günday, kanuni idare ilkesinin üç boyutu bulunduğunu belirtmektedir²⁶³: “...İdarenin üstlendiği görevleri yerine getirirken yürürlükteki kanunlara ve kanunlara eşit hukuk kaynaklarına uygun davranma zorunluluğu; idarenin kuruluş ve teşkilatlanmasında asli yetkinin yasama organına ait olması; idarenin belli konularda faaliyette bulunabilmesi için kanuni bir yetkiye sahip olması gerekmektedir...” Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk kanuni idare ilkesinden bahsedilebilmesi için dört koşulun bir arada bulunmasını aramaktadır²⁶⁴: “Kanuni idare ilkesinin gerçekleştirilmesi için; kanunların genel, soyut, nesnel ve bireysel olmayan hükümler içermesi; temel hak ve özgürlüklere, insan onuruna saygı gösterilmesi; temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması; kanunlar çerçevesinde idare anlayışının benimsenmesi (ancak kanunun bulunduğu yerde ve derecede idare vardır anlayışı) koşullarının bir arada bulunması gerekir.” Kanunu, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem şartı hem de sınırı olarak nitelendiren Gözler, kanuni idare ilkesinin iki anlamı bulunduğunu vurgulamıştır²⁶⁵: “İdarenin eylem ve işlemleri hem kanuna dayanmalı, hem de bu eylem ve işlemler kanuna aykırı olmamalıdır.” İdarelerin her birinin varlıklarını ve yetkilerini Anayasa’dan almak zorunda olduğunu belirten Atay ise kanuni idare ilkesini; “...İdarenin kanuniliği, idarenin işlem ve eylemlerinin kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması anlamına gelir.” şeklinde tanımlamıştır²⁶⁶. Yaşar, kanuni idare ilkesinin dört somut işlevi bulunduğunu ileri sürmektedir²⁶⁷: “Kanunilik ilkesi, idari faaliyetlerin öngörülebilirliği yoluyla hukuk güvenliğini; hukuki olan ile hukuk dışı olan arasında ayırım yapılması yoluyla idari işlevin meşruiyetini; idarenin müdahalelerine karşı temel hak ve özgürlüklerin korunmasını; idari işlevin demokratik meşruiyetini sağlar.” Hukuk devletini, kanun devletine indirgemenin doğru olmadığını belirten Memiş; kanuni idare ilkesini hukukun genel ilkelerini de kapsayacak şekilde tanımlamıştır²⁶⁸: “İdarenin yasallığı, onun davranışlarına kanunun ve kanuna eşit hukuk kurallarının, bu bağlamda hukukun genel

²⁶³ Günday, a.g.e., ss.42-43.

²⁶⁴ Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 91.

²⁶⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 152.

²⁶⁶ Atay, a.g.e., s. 172.

²⁶⁷ Yaşar, a.g.e., s. 180.

²⁶⁸ Emin Memiş, *Anayasa Hukuku Notları: Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011)*, 6.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 241.

ilkelerinin egemen olmasıdır. Bu yetmez, onun yasalara da saygılı olması, yönetilenlerin idarenin keyfi eylem ve işlemlerinden korunması anlamını da içermelidir.” Son olarak Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy kanuni idare ilkesinin iki boyut içerdiğini belirtmektedir²⁶⁹: “*Kanuni idare ilkesi iki boyut içermektedir. Birincisi, idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi, ikincisi ise idarenin görevlerinin kanunlarda gösterilmesidir.”*

Görüldüğü üzere, öğretide tek bir kanuni idare ilkesi tanımı bulunmamaktadır. Kanuni idare ilkesinin iki boyutu veya iki anlamı bulunduğu söyleyenler olduğu gibi, alt ilkelere ayırarak üç boyutlu bir yaklaşım benimseyenler de olmuştur. Yine de bir tanım yapmak gerekirse, kanuni idare ilkesi en geniş anlamıyla idareye ve faaliyetlerine kanunun egemen olması şeklinde ifade edilebilir²⁷⁰.

Kanuni idare ilkesinin, kapsamı ve içeriği göz önüne alındığında birden fazla unsuru içinde barındırdığı ve idare hukukunun temel ilkelerinden biri olduğu kolaylıkla söylenebilir. Öğretide benimsenen görüşler incelendiğinde, kanuni idare ilkesinin iki anlam üzerine inşa edildiği görülmektedir. Günday’ın kanuna saygı ilkesi²⁷¹ olarak ifade ettiği idarenin faaliyetlerinde kanuna uygun davranması, kanuna aykırı hareket etmemesi kanuni idare ilkesinin ilk anlamıdır. Kanuni idare ilkesinin diğer anlamı ise, idarenin faaliyetlerinin kanuna dayanması olarak ifade edilen kanuni dayanak ilkesidir²⁷². İdare kuruluş ve işleyişiyle kanuna dayanmak zorundadır. Hukuk devletlerinde idare, tüm düzenleyici işlemlerinin temelini kanuna dayandırmak zorunda olup, kanuni idare ilkesi de bu anlayışın bir sonucudur²⁷³. İdarenin kanuna dayanma yükümlülüğünün en radikal sonucu ise, kanunun olmadığı yerde idarenin bulunmadığını söylemektir²⁷⁴.

²⁶⁹ Turan Yıldırım ve diğerleri., *İdare Hukuku*, 7.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.3.

²⁷⁰ Günday, a.g.e., s.42.

²⁷¹ a.g.e., s. 43.

²⁷² a.yer.

²⁷³ Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 79.

²⁷⁴ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s.55: Karahanoğulları; kanuni dayanağı, idarenin faaliyetlerini demokratik temsile bağlayan zayıf da olsa tek bağ olarak nitelendirmiştir.

B. ANAYASAL DAYANAĞI

Kanuni idare ilkesinin tanımı ve kapsamı hususunda yapılan açıklamaların ardından, ilkenin pozitif hukuktaki karşılığını tespit etmek yerinde olacaktır. İdarenin, düzenleyici işlemlerinin temelini kanunlara dayandırma yükümlülüğü, bütün çağdaş ve liberal anayasa metinlerinde yer almaktadır²⁷⁵. Türk hukukunda da kanuni idare ilkesinin pozitif temeli, 1982 Anayasası'nın birçok hükmünde karşılık bulmuştur.

Anayasa'nın 6. maddesinde “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” hükmü yer almakta; idarenin kullandığı devlet yetkilerinin Anayasa'dan kaynaklanmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır²⁷⁶. Anayasa'nın yürütme yetkisi ve görevi başlıklı 8. maddesi de kanuni idare ilkesinin anayasal dayanaklarından birini oluşturmaktadır: “*Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” Kanuni idare ilkesi bakımından temel düzenleme kabul edilen Anayasa'nın 123. maddesinde ise, “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” hükmüne yer verilmiştir. İdarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören bu hüküm, kanuni idare ilkesinin anayasal bir ilke olarak Türk hukukunda yer aldığı açık göstergesidir.

Anayasa'nın bazı maddelerinde kanunilik ilkesi ayrıca vurgulanmış; bu maddelerde düzenlenen konular, *kanunilik güvencesi* altına alınmıştır. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” hükmü ile 38. maddesinde yer alan “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” düzenlemelerinde “*ancak kanunla*” ibaresine yer verilerek kanunilik ilkesine vurgu yapılmıştır²⁷⁷. Yine Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir*

²⁷⁵ Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 79.

²⁷⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 154; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 90.

²⁷⁷ Günday, a.g.e., s. 43; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri*, 12.b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, ss.33-34.

veya kaldırılır.” hükmüyle kanuni idare ilkesi vergi hukuku alanında da sağlam bir güvenceye kavuşturulmuştur²⁷⁸.

Akbulut, Anayasa’da düzenlenen bazı hükümler²⁷⁹ ile kanuni idare ilkesinin felsefi ve hukuki alt yapısının oluşturulduğunu; Anayasa’nın diğer bazı hükümleri²⁸⁰ ile de kanuni idare ilkesinin anlamının ve işlevinin pekiştirildiğini belirtmektedir²⁸¹. Yazar, kanuni idare ilkesinin yalnızca 123. madde çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini,

²⁷⁸ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 20.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 40. Aynı yönde bkz. Günday, a.g.e., s. 43; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 155; Gülşen Gedik, “Döviz Kazandırıcı Faaliyetlere İlişkin İşlemlerde Damga Vergisi İstisnası: Yasallık İlkesinin Yok Sayılması Bireysel Başvuru ile Sonuçlanabilir mi?” *MÜHF-HAD*, C.22, S.3 (2016), s. 3264: “Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasa da yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır.”

²⁷⁹ Anayasa *Madde 2*: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”; *Madde 6*: “...Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”; *Madde 7*: “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.”; *Madde 8*: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”

²⁸⁰ Anayasa *Madde 13*: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”; *Madde 38*: “...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...”; *Madde 73*: “...Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır...”; *Madde 126*: “...Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.”; *Madde 127*: “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir...”; *Madde 128*: “...Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir... Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.”; *Madde 130*: “Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur...”; *Madde 131*: “...Kurulun teşkilatı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esasları kanunla düzenlenir.”; *Madde 135*: “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir...”

²⁸¹ Akbulut, a.g.e., s. 151.

ilkenin kanunilik vurgusu yapılan diğerk Anayasa hükümleri ile birlikte yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür²⁸².

Anayasa'nın birçok maddesinde kanunilik ilkesinin yansımaları bulunmakla birlikte, çalışmanın özünden uzaklaşmamak adına, bu başlık altında sadece öğretide kanuni idare ilkesinin anayasal dayanağı olarak kabul edilen Anayasa'nın 8. ve 123. maddeleri üzerinde durulacak; çalışmanın devamında yeri geldikçe Anayasa'nın kanunilik vurgusu yapılan diğerk hükümleri de incelenecektir.

1. Anayasa'nın 8. Maddesi

Kanuni idare ilkesinin anlamına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, idarenin kanuna dayanma ve kanuna aykırı olmama olarak iki anlama sahip olduğu söylenebilir. İdarenin tüm yetki ve görevlerinin kanuna aykırı olmaması veyahut başka bir ifadeyle kanuna uygun olarak kullanılması kuralının anayasal tezahürü, Anayasası'nın 8. maddesidir. Yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceğini öngören bu hükümde, idarenin eylem ve işlemlerinde kanunlara uygun hareket etme yükümlülüğü anayasal bir emir olarak düzenlenmiştir²⁸³.

Anayasa'nın 8.maddesinde yer alan idarenin eylem ve işlemlerinde kanunlara uygun olma ve kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalma özelliği, “idarenin *intra legem* niteliği” olarak isimlendirilmektedir²⁸⁴. Kanuni idare ilkesinin kapsamı açıklanırken idarenin hukukla bağlı olmasının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu belirtilmişti. Dolayısıyla Anayasa'nın 8. maddesinde düzenlenen yürütmenin kanuna uygun olma yükümlülüğü, hukuk devleti ilkesinin pozitif hukuktaki yansımasıdır. *İdarenin kanuna bağlılığı ilkesi* veya *kanuna saygı ilkesi* olarak adlandırılan bu yükümlülük, idarenin sahip olduğu yetkileri kullanırken ve görevleri yerine getirirken kanunlara uygun

²⁸² Akbulut, a.g.e., s. 18.

²⁸³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 146.

²⁸⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 164. Gözler, “*intra legem*” ifadesinin “kanun içi” anlamına geldiğini belirtmiştir.

davranmak zorunda olduğu anlamına gelmektedir²⁸⁵. İdarenin kanuna saygılı olması ile kast edilen yalnızca kendi kanununa değil; ayrıca genel tüm kanunlar, Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmeliklere saygılı ve bağılı olması gerekliliğidir²⁸⁶.

2. Anayasa'nın 123. Maddesi

Kanuni idare ilkesine ilişkin pozitif hukukta yer alan temel düzenleme, Anayasa'nın 123. maddesidir. "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği" başlıklı 123. maddede, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu belirtilerek idarenin bütünlüğü ilkesi, hükmün devamında ise "*kanunla düzenlenir*" ifadesine yer verilerek kanuni idare ilkesi düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 123. maddesinde idare kavramı, hem teşkilat hem de idari faaliyet anlamında kullanılmaktadır²⁸⁷. Dolayısıyla, kanun idare ilkesinin "idare" unsuru, organik anlamda idarenin yanı sıra fonksiyonel anlamda idareyi de kapsayan bir anlama sahiptir²⁸⁸. Kanuni dayanak ilkesi uyarınca, idarenin kuruluşu yani organik anlamda idare ile idarenin görevlerine ilişkin olan fonksiyonel anlamda idare kanunla düzenlenecektir.

Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" Hükmü, idarenin kuruluşu ile görev ve yetkilerinin kanuna dayanması zorunluluğunu ifade etmektedir. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, idareyi kurma ve idarenin görev ve yetkilerini belirleme yetkisi yasama organına aittir²⁸⁹. Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kanuna dayanma ilkesi, idarenin faaliyette bulunabilmesi için mutlaka kanuni bir yetkiye ihtiyaç

²⁸⁵ Günday, a.g.e., s.43; Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 19.b., Bursa: Ekin, 2017, s.63; Akbulut, a.g.e., s.101: Kanuni idare ilkesi ile klasik kuvvetler ayrılığı kuramı arasında paralellik bulunmakta olup; idarenin kanunlara uyma zorunluluğu hem kuvvetler ayrılığı kuramı hem de kanuni idare ilkesinin bir gereğidir.

²⁸⁶ Yaşar, a.g.e., s. 175; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 165.

²⁸⁷ Çağlayan *İdare Hukuku Dersleri*, s. 51; Kalabalık, a.g.e., s.1; Atay, a.g.e., s.16; Tan, a.g.e., s.16; Ramazan Yıldırım, a.g.e., s. 3; Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 3; Yaşar, a.g.e., s.27.

²⁸⁸ Akbulut, a.g.e., s. 56; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 156; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 146.

²⁸⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 154.

duyduğu anlamına gelmektedir²⁹⁰. Gözler; idarenin yalnızca kanuna değil, kanuna eş değer hukuk normları olan uluslararası anlaşmalara ve olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanması haâlinde de kanuni idare ilkesinin kanuna dayanma şartının gerçekleşeceğini kabul etmektedir²⁹¹.

İdarenin kuruluşunun yanında görevlerinin de kanunla düzenleneceği, Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüştür. Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin yalnızca görevlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş olmasına rağmen, idarenin görev veya yetkileri ile ilgili bir kuralın, diğerinden ayrı düşünülmesi mümkün olmadığından; Anayasa'nın 123. maddesini, *idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi* şeklinde okumak gerektiği savunulmaktadır²⁹². Yetki, görevde içkin bir kavram olup; idarenin kanunla kendisine verilen görevleri ifa edebilmesi için kullanacağı yetkinin kapsamının da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında²⁹³ da, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Çalışmanın bütününde Cumhurbaşkanlığı kararnamesine kanuni idare ilkesi penceresinden bakma gayreti içinde olduğundan, ilkenin *idarenin kanunla kurulması* boyutu aşağıda “Kanuni İdare İlkesinin Unsurları Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” başlığı altında daha kapsamlı şekilde incelenecektir. Öte yandan idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi ilkesinin uygulanması sorunu²⁹⁴; bu ilkeye ilişkin genel geçer kurallar belirlenmesi de olanaksız²⁹⁵ görüldüğünden, kanuni idare ilkesinin *idarenin görev ve yetkileri boyutuna*, çalışmanın devamında yeri geldikçe özel olarak değinilecektir.

²⁹⁰ Kalabalık, a.g.e., s. 31.

²⁹¹ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 155.

²⁹² Akbulut, a.g.e., ss. 221-223.

²⁹³ Anayasa Mahkemesi, E.2013/24, K.2013/133, K.T. 14.11.2013 : “Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.’ hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.” Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 17.11.2019).

²⁹⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 157.

²⁹⁵ Akbulut, a.g.e., s. 225.

C. KANUNİ İDARE İLKESİNİN İSTİSNASI: CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Kanuni idare ilkesi, Anayasa'nın 123. maddesi ile anayasal güvence altına alınmış olmakla birlikte, yine Anayasa'nın bazı hükümlerinde kanuni idare ilkesinden uzaklaşıldığı görülmektedir. 6771 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği öncesinde, kanuni idare ilkesinin iki istisnası olduğu kabul edilmekteydi. Bu istisnalardan ilki, Anayasa'nın 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş ve esaslarının düzenlendiği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi²⁹⁶; diğer düzenleme ise, Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinde düzenlenen olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesidir²⁹⁷.

Kanuni idare ilkesinin istisnası olarak kabul edilen bu iki düzenleme, 6771 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bağlamda, hem mülga 107. maddede düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hem de mülga 121. ve 122. maddelerde yer alan olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleriyle benzer yönleri bulunan ve Anayasa'nın 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanuni idare ilkesine istisna teşkil edip etmediği değerlendirilecektir.

Öncelikle kanuni idare ilkesinin kanuna uygunluk olarak isimlendirilen ilk anlamı üzerinden incelendiğinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna saygı ilkesi bakımından sorun teşkil etmediği rahatlıkla söylenebilir. Zira Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı tarafından *kanunlara uygun olarak* yerine getirileceği düzenlemesi herhangi bir değişiklik olmaksızın muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 104. maddesi doğrultusunda, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde kanunlara uygun olarak hareket etme yükümlülüğü altındadır. Nitekim Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kural hükümlerin de, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna uygun olması anlayışına hizmet ettiği görülmektedir.

²⁹⁶ Akbulut, a.g.e., s.374; Gözler, Kaplan, a.g.e., s. 71; Kalabalık, a.g.e., s.31.

²⁹⁷ Gözler, Kaplan, a.g.e., s. 71.

Diğer taraftan, kanuni idare ilkesinin kanuna dayanma prensibi için aynı sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Kanuni dayanak prensibi, idarenin daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanda eylem ve işlem tesis edemeyeceği anlamına gelmekte; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna dayanma şartı bulunmadığından, hem olağan dönem hem de olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanuni idare ilkesinin istisnası olarak değerlendirilmektedir²⁹⁸. Öğretide Anayasa değişikliği ile birlikte, kanuni idare ilkesi uygulamasının daha esnek bir hâl alacağı; hatta Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile genel kural koymanın daha pratik olması yüzünden *kanuni idare* yerine “kararname idaresi” sürecine geçilebileceği ifade edilmiştir²⁹⁹.

Anayasa değişikliği öncesinde, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin, kanuni idare ilkesine istisna teşkil edip etmediğine yönelik değerlendirmeler yapılmıştır³⁰⁰. Olağanüstü hâl ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasa’nın mülga 121. ve 122. maddeleri uyarınca, kanuna dayanma zorunluluğu bulunmadığından; öğretide, bu kararnamelerin, kanuni idare ilkesine istisna teşkil ettiği görüşü ağırlık kazanmıştır³⁰¹.

Öğretideki ağırlıklı görüşün aksine Akbulut, kanuna eş değer kabul edilen normlar olan olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ve uluslararası anlaşmalar ile kanun gücünde oldukları bizzat Anayasa’da belirtilen olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin, kanuni idare ilkesinin “kanun” unsuruna dahil olduğunu belirtmiş; bu nedenle olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerini kanuni idare ilkesinin istisnası olarak kabul etmemiştir³⁰². Olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde olmasının, kararnamelere bizzat Anayasa tarafından “kanun hükmünde

²⁹⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 155.

²⁹⁹ Şeref İba, *Türk Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, s. 257.

³⁰⁰ Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri, yasama organı tarafından çıkarılan yetki kanununa dayanarak düzenlendiğinden, kanuna dayanma şartını yerine getirmekte; bu nedenle de kanuni idare ilkesi kapsamında kabul edilmekteydi.

³⁰¹ Gözler, Kaplan, a.g.e., s. 71; Giritli ve diğerleri., a.g.e., s. 89; Kalabalık, a.g.e., s. 31; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 90.

³⁰² Akbulut, a.g.e., s. 372.

olma” niteliği verilmesinin bir sonucu olduğu savunulmaktadır³⁰³. Bahsi geçen bu yaklaşımın da olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, *kanun gücü niteliği gereği*, kanuni idare ilkesine istisna olamayacağı argümanını desteklediği düşünülebilir.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, çalışma kapsamı dışında bırakılmakla birlikte, bu kararname türünün kanuni idare ilkesine istisna teşkil edip etmediği, Akbulut’un kanun hükmünde kararnamelere ilişkin görüşü doğrultusunda değerlendirilmelidir. Anayasa’nın 119. maddesinde olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin “kanun hükmünde” olduğu açıkça düzenlenmiştir. Akbulut’un görüşü benimsendiği takdirde, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *kanun hükmünde* olması nedeniyle, kanuni idare ilkesine istisna teşkil etmediği ve kanuni idare ilkesi kapsamında yer aldığı söylenebilecektir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuni idare ilkesine istisna teşkil edip etmemesi hukuki nitelendirmeye ilişkin olup, bunun pratikte anlamlı bir sonucu bulunmamakla birlikte; kanuni idare ilkesinin bu denli esnek yorumlanması, ilkenin temin etmeye çalıştığı kanunilik güvencesini zedeleyecektir.

Kanuni idare ilkesi, idarenin keyfi eylem ve işlemlerini önlemek amacıyla getirilmiş anayasal bir ilkedir. Bu ilkenin varlık sebebi göz önünde tutulduğunda, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesini “kanun” kabul ederek peşinen kanuni idare ilkesi kapsamına almak, kanuni idare ilkesinin içini kavramsal olarak boşaltmak anlamına gelecektir. Bu nedenle, hem olağan dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hem de olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı tarafından *kanuni dayanak olmaksızın*, Anayasa’nın verdiği ilk-el düzenleme yetkisine dayanarak çıkarıldığından, kanuni idare ilkesine Anayasa ile getirilmiş bir istisna olarak kabul edilmelidir. Nitekim öğretide de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanuna

³⁰³ Gülgeç, a.g.e., s. 262; Yüzbaşıoğlu, *Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, 202: Yüzbaşıoğlu, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılamamasından bahisle, kanunlardan nispi bir üstünlüğe sahip olduğunu söylemekte ise de, Anayasal dayanağı bulunmayan bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir.

dayanma şartı bulunmadığından bahisle, kanuni idare ilkesinin istisnası olduğu kabul edilmektedir³⁰⁴.

II. KANUNİ İDARE İLKESİNİN UNSURLARI BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

A. KANUN KAVRAMI VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Kanun, hem kanuni idare ilkesinin bir unsuru olması hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hukuki rejiminde referans norm olarak kullanılması sebebiyle üzerinde durulması gereken önemli bir kavramdır. Bu nedenle, kanun kavramının anlamı ve kanuni idare ilkesinin benimsediği kanun anlayışı açıklanacak, akabinde kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisi kapsamlı bir şekilde incelenecektir.

1. Kanun Kavramı

Kanuni idare ilkesinin en önemli unsuru, hiç kuşkusuz “kanun” kavramıdır. Zira “kanun”a yüklenen anlam, kanuni idare ilkesinin kapsamını ve sınırlarını belirlemektedir. Bu bağlamda öncelikle kanun kavramı ve öğretide benimsenen kanun anlayışları üzerinde durulacak; ardından kanuni idare ilkesi bakımından geçerli kanun anlayışı açıklanacaktır.

1982 Anayasası’nın birçok maddesinde kanun koymak, kanunları değiştirmek ve yayımlamak ifadeleri yer alsa da, Anayasa’da kanun kavramı tanımlanmamakta; kanun tabiri ile ne kast edildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır³⁰⁵. Kanun, Türk hukukunda yasama organının Anayasa’da öngörülen usuller çerçevesinde çıkardığı soyut, genel ve sürekli nitelikteki yazılı hukuk kuralları anlamında kullanıldığı gibi;

³⁰⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 155.

³⁰⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 207; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 660.

yürürlükte olan tüm yazılı hukuk kurallarını kapsayacak anlamda da kullanılmaktadır³⁰⁶. Kanun kavramı tanımlanırken, öğretide maddi anlamda kanun ile şekli ve organik anlamda kanun adı altında ikili bir ayırım yapılmakta³⁰⁷; bu ayırımın, devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifinde kullanılan maddi ve şekli ölçütleri referans aldığı görülmektedir.

a. Maddi Anlamda Kanun

Maddi anlamda kanun tanımı, devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifinde kullanılan ve Léon Duguit tarafından savunulan maddi ölçüt temelinde yapılmaktadır³⁰⁸. Hukuki işlemi yapan organ dikkate alınmaksızın, işlemin genel, soyut ve kişilik dışı kurallar içermesi durumunda maddi anlamda kanunun varlığından bahsedilecektir³⁰⁹. Dar anlamda maddi kanun ve geniş anlamda maddi kanun olarak ikili bir sınıflandırma yapan Atar; kaynağı ne olursa olsun genel, soyut, kişilik dışı kurallar içeren hukuki işlemleri geniş anlamda maddi kanun; yasama organı tarafından, belirli usuller çerçevesinde çıkarılan genel, soyut, sürekli kuralları da dar anlamda maddi kanun olarak nitelendirmektedir³¹⁰.

Maddi anlamda kanunun, işlemi tesis eden organ ve kişiden bağımsız olduğu göz önüne alındığında; genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli nitelikli olan her düzenleme kaynağına bakılmaksızın, maddi anlamda kanun olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla yürütme organı, bir konuyu yasama organına bağlı olmadan genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli nitelikte düzenlemiş ise, bu düzenleme maddi anlamda kanun niteliği

³⁰⁶ Altındağ, a.g.e., s. 6.

³⁰⁷ Léon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 83: "...Fakat kanun nedir? Söylemiş olduğum gibi, ilk önce şekli bakımdan, sonra da maddî bakımdan ele alınmalıdır. Şekli bakımdan, kanun ele alınan memleketin anayasasına göre yasama yetkisi alan organın bütün kararlarıdır. Maddî bakımdan kanun, hangi organ tarafından çıkarılmış olursa olsun, ister parlâmento, ister hükümet, isterse idarî bir otorite tarafından çıkarılsın, genel hükümler taşıyan bir karardır. Eğer karar, bir genel hüküm mahiyetinde ise bir kanundur..."

³⁰⁸ a.g.e., s. 81: "...Devlet tasarruflarını maddî bakımdan incelemek ve vasıflandırmak demek bu tasarrufların, hangi organ veya ajandan sudur etmiş bulunduğunu tamamiyle bir tarafa bırakarak, öz hukukî mahiyetlerini ele almak demektir. Devletten sudur eden ve bir kural ihtiva eden her tasarruf, maddî bakımdan, yasama karakterini taşır. Maddî bakımdan yasama tasarrufları: kamusal otorite tarafından isdar edilen ve bir davranış kuralı ihtiva eden hükümler diye tarif edilebilir. Yasama görevi, harekete geçen organ ne olursa olsun, genel mahiyette hükümler isdar etmek görevidir..."

³⁰⁹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 14; Günay, a.g.e., s. 93.

³¹⁰ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 203.

taşımaktadır³¹¹. İdarenin düzenleyici işlemlerinin maddi anlamda kanun niteliğinde kabul edildiği³¹²; bu kapsamda genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli kurallar içeren Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin de maddi anlamda kanun olarak nitelendirileceği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemlerinde verdiği kararlarda, kanunu maddi anlamıyla tanımladığı görülmektedir³¹³. Her ne kadar 1982 Anayasası maddi kanun anlayışını benimsememiş olsa da; hem Anayasa Mahkemesi içtihatlarında hem de öğretide maddi kanun ve şekli kanun olarak ikili bir tasnif yapılması, maddi kanun kavramının da Türk pozitif kamu hukuku yönünden bir değeri olduğu izlenimini uyandırmaktadır³¹⁴. Özbudun *bu değeri*, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda, *maddi kanun anlayışını benimseme gerekçesi* ile açıklamaktadır³¹⁵:

“...1982 Anayasası döneminde de şekli kanunlar kuşkusuz var olmaya devam ettiğine göre, Anayasa Mahkemesinin bu maddi kanun anlayışının pratik önemi nedir? Bizce bu önem, aşağıda görüleceği gibi, TBMM'nin kanun değil karar adı altında yaptığı işlemlerin maddi içerikleri bakımından kanun sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla Mahkemenin anayasaya uygunluk denetiminin kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi açısından kendini göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, bir hukuki işlemin onu yapan organ tarafından nitelendiriliş şekli ile kendisini bağlı saymamakta, işlemin niteliğini bizzat inceleyerek eğer o işlem, denetime tabi işlemlerle aynı nitelik ve etkinlikte ise, onun Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini kendisinde görmektedir.

³¹¹ Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1949, s. 479'dan aktaran Ömer Anayurt, *1958 Fransız Anayasasında Kanun Anlayışı: Kanunun Genelliğinden “Sınırlı-Tahsisli Kanun”a Geçiş*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 66: “...yürütme organı bir kanuna dayanmaksızın ya da böyle bir zorunluluğu olmaksızın karayolları trafik düzenine ilişkin bir düzenleme getirmişse bu düzenleme kanuna bağımlı olmamanın ve içeriğinin genel ve kişilik dışı oluşu nedeniyle maddi anlamda kanundur. Oysa parlamento tarafından yapılmadığından şekli anlamda bir kanun değildir. Aynı şekilde parlamento tek bir kişiye bir madalya veya bir pansiyon verilmesine yönelik bir düzenleme getirmişse bu düzenleme şekli anlamda kanun olmasına karşın genel, objektif ve süreklilik niteliklerine sahip olmadığından maddi anlamda kanun değildir.”

³¹² Kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleri genel, soyut, kişilik-dışı ve sürekli nitelikte kurallar içermelerinden hareketle maddi anlamda kanun olarak kabul edilmektedir. Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 297; Erdoğan Teziç, *1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, 1.b., İstanbul: İÜHF Yayınları, 1972, s. 33.

³¹³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 208-210.

³¹⁴ Burak Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 83.

³¹⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 209-210.

Dolayısıyla eğer TBMM'nin karar adı altında yaptığı bir işlem, hukuki niteliği bakımından bir kural-işlem ise, onun kanun sayılarak Anayasa Mahkemesince denetlenmesi mümkün olacaktır...”

Anayasa Mahkemesi, yasama organının Mahkeme'nin yargısal denetiminden kaçınmak için yapabileceği nitelendirme ve usul saptırmalarını önlemek amacıyla³¹⁶, kendisini bir hukuki işlemi tesis eden organ tarafından nitelendiriliş şekli ile bağlı saymamıştır. Maddi kanun anlayışının, Anayasa Mahkemesi tarafından, kanun ve parlamento kararlarını ayırt etmek için bir ölçüt olarak kullanıldığı görülmektedir³¹⁷.

Siyasal yapıda yaşanan dönüşüm ve devletin rolünün artması, maddi kanun anlayışının kuramsal düzeyde kalmasına neden olmuştur³¹⁸. Bu doğrultuda, Anayasal düzenlemelerde yasama yetkisinin maddi kanun anlayışı çerçevesinde kullanılacağı yönünde düzenlemelere yer verilmemiş; kanunun içeriğine odaklanan kanun anlayışı yerini kanunu yapan organı referans alan şekli kanun anlayışına bırakmıştır³¹⁹.

b. Şekli Anlamda Kanun

Şekli anlamda kanun, Anayasa'nın öngördüğü yetkili organ tarafından, Anayasa'da belirtilen usul ve kurallara uyulmak suretiyle çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır³²⁰. Demokrasi ilkesinin bir uzantısı olarak görülen şekli kanun anlayışında³²¹, kanunun içeriği ve kapsamının önemi bulunmamakta; kanun, onu yapan organa göre nitelendirilmektedir³²².

Şekli kanun anlayışı, devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifinde kullanılan ölçütlerden olan ve Raymond Carré de Malberg tarafından savunulan şekli ölçütü referans almaktadır. Şekli ölçüt; hukuki işlemleri, bu işlemleri ifa eden organa ve yapılış

³¹⁶ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 303.

³¹⁷ Sezgin Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 67.

³¹⁸ Altındağ, a.g.e., s. 50.

³¹⁹ a.g.e., ss. 50-51.

³²⁰ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 202; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 13; Günay, a.g.e., s. 93.

³²¹ Şirin, a.g.e., s. 298.

³²² Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 13; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 202; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 110.

şekillerine göre tasnif etmektedir³²³. Dolayısıyla şekli kanun anlayışında, kanunun genel, sürekli, objektif ve kişilik dışı nitelikte olması aranmamakta; yasama organı tarafından kanun yapma usullerine uygun olarak çıkarılıp yürürlüğe giren ve “kanun” ismini taşıyan her işlem kanun olarak kabul edilmektedir³²⁴.

Türk pozitif hukuku yönünden maddi kanun-şekli kanun ayrımının yapay olduğu, hatta var olmadığı³²⁵; 1982 Anayasası’nda kanunun içeriğine yönelik herhangi bir kural hüküm bulunmadığı³²⁶, bu nedenle de yalnızca Anayasa’da belirtilen organ tarafından ve yine Anayasa’da belirtilen usullere uygun olarak yapılan işlemlerin *kanun* olarak kabul edildiği ifade edilmektedir³²⁷. Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” hükmüyle³²⁸, yasama yani kanun yapma yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne verilmiştir. Yine Anayasa’nın 87. maddesinde *kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak* Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla Türk pozitif hukukunda genel nitelikli bir düzenlemenin kanun olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikle Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin iradesinden çıkmış olması gerekir³²⁹. Bununla birlikte, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılan bu düzenlemelerin, Anayasa’nın 88. ve 89. maddelerinde yer alan kanun yapma usullerine de uygun olma zorunluluğu bulunmaktadır.

³²³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 196.

³²⁴ a.g.e., s. 210; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 661; Şirin, a.g.e., ss. 276-277: Şekli kanun anlayışına göre, yasama organı tarafından usulüne uygun olarak çıkarılan tüm yasama işlemleri kanun adını alırken, yürütme organının genel, soyut, sürekli nitelikte kabul edilen işlemleri ise kanun olarak kabul edilmemektedir. Bu yaklaşıma göre; bütçe kanunu yasama organı tarafından kanun yapma usullerine uygun olarak çıkarıldığı için şekli anlamda kanun kabul edilirken, kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemediği için maddi anlamda kanun kabul edilmemiştir. Buna karşın yürütmenin düzenleyici işlemleri kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen genel kurallar ihtiva ettiklerinden maddi anlamda kanundur, ancak yasama organı tarafından çıkarılmadığından şekli anlamda kanun niteliğinde değildir. Schmitt, kanun kavramının “kanun” etiketine indirgenmesi halinde, hukuk devleti ile olan bağından ödün verileceğini işaret etmiştir. Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, çev. Mehmet Cemil Ozansü, 2.b., İstanbul: İthaki Yayınları, 2018, s. 24.

³²⁵ Burak Öztürk, a.g.e., s.84.

³²⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 210: “Pozitif anayasa hukukumuzda kanunun, genel, objektif, kişilik-dışı ve geleceği düzenleyici bir işlem olması gerektiğini belirten hiçbir kural yoktur.”; Özkan Tikveş, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*, İzmir: Acargil Matbaası, 1982, s. 51.

³²⁷ Burak Öztürk, a.g.e., s. 84.

³²⁸ Teziç, Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan düzenlemenin, kanunun hem maddi hem de şekli anlamını kapsadığını ileri sürmüştür. Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 14. Aynı yönde bkz. Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 204.

³²⁹ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 4.b., Ankara: Orion Yayınevi, 2007, s. 258.

Görüldüğü üzere; 1982 Anayasası, kanun yapma konusunda yetkili organ olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni belirlemiş; kanun yapma usullerini de sıkı şekil şartlarına bağlamak suretiyle, şekli anlamda kanun anlayışını benimsemiştir³³⁰. Nitekim Türk Anayasa hukuku öğretisinde, kanunun şekli anlamı ile tanımlanmasının daha yerinde olduğunu savunan görüş ağır basmaktadır³³¹.

c. Kanuni İdare İlkesi Bakımından Geçerli Kanun Anlayışı

Kanun kavramını açıklamaya yönelik ileri sürülen kanun anlayışlarının, kanuni idare ilkesine yansımalarını da açıklamak gerekir. Maddi kanun anlayışının, yürütme organının genel, soyut ve kişilik-dışı işlemlerini kanun niteliğinde değerlendirmesi, kanuni idare ilkesinin varlık nedenini ve ayırt edici vasfını ortadan kaldırdığından; öğretilerde kanuni idare ilkesinin esas aldığı kanun anlayışının, *şekli kanun anlayışı* olduğu kabul edilmektedir³³². Kanuni idare ilkesinin unsurlarından olan kanun kavramının, Anayasa'nın benimsediği kanun anlayışı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği savunulmakta; Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen kanuni idare ilkesinin, anayasal bir ilke olmasından hareketle, benimsediği kanun anlayışının da Anayasa'da pozitif dayanak bulan şekli kanun anlayışı olduğu ifade edilmektedir³³³.

Kanuni idare ilkesinin yürütmenin keyfi eylem ve işlemlerine karşı Anayasa ile getirilmiş bir güvence olduğu dikkate alındığında, ilkenin unsurlarından biri olan "kanun" kavramını, şekli kanun anlayışı ile özümsemek yerinde olacaktır. Zira kanuni idare ilkesi, yasama organının idare karşısındaki üstünlüğünün ilkesel ifadesi olup, idare ile kanun arasında hiyerarşik bir ilişki kurmaktadır³³⁴. Kanun ile idari işlemi birbirinden ayıran da, bu iki hukuki işlemin içerikleri değil, aralarındaki söz konusu hiyerarşi farkıdır³³⁵. Kanun kavramı, idareden ve idarenin kural-işlemlerinden ayrı ve onlardan

³³⁰ Akbulut, a.g.e., s. 24; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 14.

³³¹ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri*, Ankara:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1965, s. 35; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 210; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 14; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 620; Atar *Türk Anayasa Hukuku*, s. 204; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, 2.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 175.

³³² Altındağ, a.g.e., s. 7.

³³³ Akbulut, a.g.e., s. 24.

³³⁴ Altındağ, a.g.e., s. 32.

³³⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 210.

üstün bir kanun anlayışı üzerine inşa edilmiştir³³⁶. Bu üstün kanun anlayışı, idareyi kanuna tabi hâle getiren ve idareye eylem ve işlemlerinde kanuna uygun olma yükümlülüğü yükleyen kanuni idare ilkesinin esasını oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, kanuni idare ilkesinin özünü muhafaza edebilmek adına, kanuni idare ilkesinin kanun unsurunun, yasama organı tarafından, Anayasa’da belirtilen kanun yapma usullerine uygun ve “kanun” adı altında çıkarılan hukuki işlemler olarak yorumlanması gerekmektedir³³⁷. Benimsenen bu yaklaşım, “*kanunun tekelciliği*”³³⁸ gibi değerlendirilip eleştirilebilirse de, yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminin ağırlık kazandığı, yasama ile yürütme erklerinin düzenleme yetkilerini ayıran sınırların şeffaflaştığı bu dönemde Türk Anayasa hukukunda yaşanan belirsizlikler, kanun kavramını katı yorumlamayı zorunlu kılmaktadır.

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kanunilik Blokundaki Yeri

Fransız idare hukuku kaynaklı “*Kanunilik/Yasallık bloku*” kavramı, Türk idare hukuku öğretisinde de kendisine yer bulmuştur. Karahanoğulları, yasallığın hukukiliğe genişlemesi olarak adlandırdığı “*Yasallık bloku*” kavramını, idarenin uymakla yükümlü olduğu kurallar kümesi anlamına gelecek şekilde kullanmaktadır³³⁹. “*Kanunilik bloku*”, Altındağ tarafından ise kanuni idare ilkesinin referans normlarını anlatan bir kavram olarak kullanılmıştır³⁴⁰. Kanuni idare ilkesinin ölçü normlarını bir bütünlük içinde kapsayan bu kavram kullanılmak suretiyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunilik blokuna dahil olup olmadığı açıklanmaya çalışılacaktır.

³³⁶ Altındağ, a.g.e., s. 7.

³³⁷ Şirin, kanun kavramının dar bir şekilcilikle yorumlanmasının sorunlu olacağını, kanunun anlamına ilişkin “ya şekli ya maddi” anlayışından ziyade, “kural olarak şekli, ama bazen maddi” yaklaşımının benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir: “Kuşkusuz, kanun kavramına şekli yaklaşımla yaklaşılması, demokrasi ilkesinin bir gereğidir. Ancak demokrasi ilkesi, hukuk devletinden vazgeçilmesini gerektirmez. İki ilkenin bir arada varlığını savunmak mümkündür.” Şirin, a.g.e.,ss. 295-296.

³³⁸ Kanunun tekelciliği ilkesi, ceza hukukunda suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir sonucu olarak benimsenmiş; söz konusu ilkeyle kanun dışındaki diğer yazılı kaynakları, dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemlerini de ceza hukuku kaynaklarının dışında bırakılması amaçlanmaktadır. Ekrem Çetintürk, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç Ve Ceza Konulamaz İlkesi”, *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, S. 9 (2017), s. 52.

³³⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 111.

³⁴⁰ Altındağ, a.g.e., s. 1.

Kanunilik ilkesi, kanun kavramının ilkesel düzlemdeki karşılığını oluşturmakta; kanunilik teriminin, hukukun farklı alanlarında farklı mahiyetlerle tezahür ettiği görülmektedir. İdare hukukunda kanuni idare ilkesi veya idarenin kanuniliği ilkesi; ceza hukukunda suç ve cezaların kanuniliği ilkesi; vergi hukukunda ise vergilerin kanuniliği ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, kamu hukukunun temel prensiplerinden birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla Anayasa’da bir kanunilik mekanizması oluşturulduğu görülmektedir³⁴¹. İdare hukukunda kanunilik terimi, yasama organının idare karşısındaki üstünlüğünü ifade etmek için kullanılmakta; kanuni idare ilkesiyle kanun ve idare arasında hiyerarşik bir ilişki kurulmaktadır³⁴².

Kanuni idare ilkesinin bir unsuru olan “kanun” kavramı, *maddi anlamda kanun* ve *şekli anlamda kanun* ayrımı yapılarak yukarıda “Kanun Kavramı” başlığı altında tanımlanmış; 1982 Anayasası’nın benimsediği kanun anlayışından hareketle “kanun”un kavramsal boyutu açıklanmıştır. Dolayısıyla burada tekrar bir kanun tanımı yapmaktan ziyade, kanunilik ilkesinin şekli kanun anlayışı üzerine temellendirildiği söylemekle yetinilecektir.

Kanun kavramı, Fransız Devrimi’nden sonra geçen zaman içerisinde bir dönüşüme uğramış; devletin birçok alanda kanun çıkarmak suretiyle düzenleme yapması, kanun sayılarının kontrolsüz bir şekilde artmasına ve acelece hazırlanmış özensiz metinlerin kanun adı altında yürürlüğe konmasına sebebiyet vermiştir³⁴³. Devletin temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla devlet siyasetinin gereklerini yerine getirmek amacıyla çıkardığı kanun, kanuni idare ilkesinin özünü muhafaza etmekten uzaklaşmıştır. Bu süreçte şekli kanun anlayışının kendisinden beklenen güvenceyi sunmakta yetersiz kalması da, kanunilik blokunun genişlemesine ve hukukun genel ilkelerinin de kanunilik blokuna dahil edilmesine neden olmuştur³⁴⁴.

Yalnızca hukukun genel ilkeleri değil, Anayasa ve uluslararası sözleşmeler de kanunilik bloku kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kanuni idare ilkesinin “kanunilik blokunun” yalnızca kanundan oluşmadığı; kanun üstü normlar olan Anayasa,

³⁴¹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 60.

³⁴² Altındağ, a.g.e., s. 32.

³⁴³ a.g.e., s. 47.

³⁴⁴ a.g.e., s. 84.

uluslararası sözleşmeler ve hukukun genel ilkeleri de dahil edilerek daha geniş ve kapsamlı bir içerik kabul edilmek suretiyle kanuni idare ilkesinin işlerliğinin kuvvetlendirildiği belirtilmektedir³⁴⁵. Öte yandan kanunilik bloğunun Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve hukukun genel ilkelerini de içine alacak şekilde dikey bir genişleme yapmasının yanı sıra, kanuna eş değer norm olarak kabul edilen kanun hükmünde kararname ile de yatay olarak genişlediği ifade edilmiştir³⁴⁶.

Fransız hukukunda kanunilik bloku, idarenin tüm hukuk kaynaklarını kapsamına alacak şekilde genişletilmiş; kanun-altı düzenlemeler olan yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler de kanunilik bloku kapsamına alınmıştır³⁴⁷. Bu bağlamda kanunilik bloğunun idarenin kendi koyduğu kuralları da kapsadığı; Anayasa altında ve kanun düzeyinde yer alan tüm hukuk kaynaklarının³⁴⁸ yanı sıra Anayasa ve kanunlara uygun olarak tesis edilen düzenleyici ve bireysel işlemlerin de kanunilik bloku kapsamında yer aldığı belirtilmektedir³⁴⁹.

Bu görüşe karşı argüman olarak; kanuni idare ilkesinin idare hukukuna özgü bir misyonu olduğu ve temel hak ve özgürlüklere yönelik idari faaliyetlerin hukuk sınırları içerisinde tutulmasının amaçlandığı, bu nedenle de kanuni idare ilkesinin kendine özgü anlamının korunması için kanunilik blokuna yalnızca kanun ve kanun üstü normların dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁵⁰. Kanunilik blokunda yaşanan genişlemelerin, kanuni idare ilkesinin özünün kaybolmasına ve hukuk devleti ilkesi ile eş değer hale gelmesine yol açacağına da işaret edilmiştir³⁵¹.

Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanunilik blokunda yatay bir genişleme yapıp yapmayacağı, kanuni idare ilkesinin esaslı unsuru olan kanunilik şartını sağlayıp sağlamayacağı soruları akla gelmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun hükmünde kararnamelerden farklı bir hukuki işlem türü olmakla birlikte; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki rejimi

³⁴⁵ Altındağ, a.g.e., ss. 47-48.

³⁴⁶ Akbulut, a.g.e., s. 25; Altındağ, a.g.e., s. 69.

³⁴⁷ Altındağ, a.g.e., s. 70.

³⁴⁸ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 111.

³⁴⁹ Yaşar, a.g.e., s. 177.

³⁵⁰ Altındağ, a.g.e., s. 70.

³⁵¹ Charles Eisenmann, "Le Droit Administratif et le Principe de Legalité", *Etudes et Documents*, 1957, s.27'den aktaran Altındağ, a.g.e., s. 70.

belirlenirken kanun hükmünde kararnamelere ilişkin düzenlemelerden yararlanıldığı görülmektedir. Kanun hükmünde kararnamelerin kanunilik blokunda yarattığı yatay genişleme, etkisini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından da gösterecek midir?

Kanun hükmünde kararname, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin verdiği sınırlı yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan, yasama organının denetimine tabi olan ve normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alan düzenleyici işlemdir³⁵². Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise, Cumhurbaşkanı tarafından yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan, normlar hiyerarşisinde kanun altı düzeyde yer alan düzenleyici idari işlem niteliğindedir. Görüldüğü üzere, yasama organı tarafından çıkarılan *yetki kanunu*, kanun hükmünde kararname ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki önemli farklardan birini oluşturmaktadır. Yetki kanunu, kanun hükmünde kararnameye “kanun gücü” niteliği veren ve normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı seviyede yer almasını sağlayan esaslı bir unsurdur. Buna karşın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesi için Cumhurbaşkanının kanunla yetkilendirilmesi gerekmediği gibi; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama organı nezdinde bir onay süreci de bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kanuna eş değer hukuki normlar olmadığı ve bu nedenle kanun-altı bir seviyede yer aldıkları göz önünde tutulduğunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunilik blokunda yatay bir genişleme yaratmadığı düşünülebilir. Kanuni idare ilkesinin idarenin keyfiyetini önlemeye yönelik varlık sebebi ve ilkenin dayandığı şekli kanun anlayışı da bu görüşü destekleyecektir.

Ancak kanun kavramında yaşanan dönüşümün etkisiyle, kanun altı normların idarenin yargısal denetiminde ölçü norm olarak kabul edilmesi, *kanunilik bloku* kavramının da *hukukilik bloku* veya *hukuka uygunluk bloku* olarak adlandırılması gerekliliğini beraberinde getirmiştir³⁵³. Bu kapsamda idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminde, kanunun yanı sıra yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler gibi idarenin kendi koyduğu kuralların dahi ölçü norm olarak kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin idarenin yargısal denetiminde

³⁵² Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, 1.b., Bursa: Ekin, 2000, s. 37.

³⁵³ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 112: “İdarenin hukuk sistemi içindeki varoluş koşulu yasallıktan hukukiliğe dönüşür.”

“kanunilik bloku” kapsamında yer alacağı söylenebilecektir. Kanuni idare ilkesinin, idarenin işlemlerinin kanun dışındaki normlara aykırı olabileceği anlamına gelmediğini belirten Gözler, idari yargı denetiminde sadece kanuna aykırı işlemlerin değil; aynı zamanda Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmeliğe aykırı işlemlerin de hukuka aykırı bulunarak iptal edilebileceğine işaret etmektedir³⁵⁴.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kanun Karşısındaki Hiyerarşik Konumu

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanuni idare ilkesinin unsurlarından biri olan kanun karşısındaki hiyerarşik konumu önem arz etmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etme gayreti de, esasen bu hiyerarşik ilişkiyi belirlemenin önemi ile açıklanabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa, kanun, yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemlerin yer aldığı normlar piramidindeki yeri yukarıda incelendiğinden, bu başlık altında sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve kanun arasındaki hiyerarşik ilişki üzerinden değerlendirmeler yapılacak, öğretilerdeki görüşlere yer verilerek bir tahlilde bulunulmaya çalışılacaktır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin yapılan açıklamalarda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini kanunla aynı seviyede kabul eden görüşler olduğu gibi; kararnameleri, kanun-altı bir seviyeye yerleştiren görüşlerin de bulunduğu kısaca belirtilmişti. Bu kapsamda, bahsi geçen görüşler ve bu görüşleri savunan yazarların gerekçeleri detaylı bir şekilde incelenecektir.

a. Kanun-altı Seviyeye Konumlandırılan Görüş

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, hiyerarşik ilişkide kanunların altında yer aldığını savunan görüş, öğretilerde ağırlık kazanmıştır³⁵⁵. Bu görüşe dayanak gösterilen

³⁵⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 165.

³⁵⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 250; Ardiçoğlu, a.g.m., s. 48; Turan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *MÜHF-HAD*, C. 23, S.2 (2017), s. 23; Gözler, *Türk Anayasa*

hususlardan ilki, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunları değiştirme ve kaldırma gücünün bulunmamasıdır. Zira kanunları değiştirme ve kaldırma gücü ancak kanuna eş değer normlar bakımından geçerlidir³⁵⁶. Yıldırım; Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesini konu bakımından sınırlayan “yürütme yetkisine ilişkin konular” ifadesini de, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun gücünde olmadığının göstergesi olarak deęerlendirmiştir³⁵⁷. Kanunlara uygun olarak kullanılması gereken yürütme yetkisinin türev niteliği de, yazarın argümanını haklılaştırmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanunla aynı seviyede olmadığını savunan yazarların bir diğer gerekçesi, Anayasa'nın herhangi bir hükmünde olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin “kanun gücünde” veya “kanun hükmünde” olduğuna ilişkin bir ifade yer almamasıdır³⁵⁸. Bu gerekçenin en önemli dayanağı ise olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “kanun hükmünde” olduğunun Anayasa'nın 119. maddesinde açıkça belirtilmesidir. Anayasa koyucu, Anayasa'nın 104. maddesinde düzenlenen olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için “kanun hükmünde” nitelendirmesi yapmayarak, onları bilinçli bir şekilde kanunların altında konumlandırmaktadır³⁵⁹.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanun-altı seviyede yer aldığını savunan görüşün dayandığı temel argüman, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen çatışma kurallarıdır: “...Kanunda açıkça düzenlenen

Hukuku, s. 944; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 299; Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20; Şirin, a.g.e., s. 165.

³⁵⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 213; Ardıçoğlu, a.g.e., s. 48. Aynı yönde bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 299: “Zira bir normun diğer bir normla normlar hiyerarşisi yönünden eşdeğer olup olmadığının somut göstergesi, her iki normun birbirini değiştirip değiştiremeyeceği veya birbirini yürürlükten kaldırıp kaldıramayacağı ile ve ayrıca, her iki norm arasında (“özel kanun-genel kanun” ve “önceki kanun-sonraki kanun” ilişkisi dışında) birbirine aykırı olmama ilişkisinin kurulamamasıdır.”

³⁵⁷ Turan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s. 23.

³⁵⁸ Eren, a.g.m., s. 38; Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20; Şirin, a.g.e., s. 165; M. Ayhan Tekinsoy, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 2019. http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan_Tekinsoy.pdf (Erişim Tarihi: 25.11.2019): “Anayasa hangi Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun hükmünde olduğunu belirlediğinden, diğerlerinin kanun hükmünde/gücünde olmadığı da açıktır.”

³⁵⁹ Nitekim 6771 sayılı Kanunla ilga edilen kanun hükmünde kararnameler, kanun gücünü bizzat Anayasa'da “kanun hükmünde” nitelemesi yapılmasından almaktadır.

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.”

Anayasa koyucunun bu kurallarla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında hiyerarşik bir ilişki ihdas ettiği, kanuna da bu ilişki içerisinde üstünlük tanıdığı görülmektedir. Nitekim Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde kanun hükümlerine üstünlük tanınması ve yine sonradan çıkarılan kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz hâle getirmesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer aldığını göstermektedir³⁶⁰. Özbudun, Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan çatışma kurallarını dayanak göstermek ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunların değiştirilemeyeceğini vurgulamak suretiyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunların altında yer alan düzenleyici işlem olduklarına işaret etmektedir³⁶¹.

Ergül, çatışma kurallarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında hiyerarşik bir ilişki ihdas etmek için değil, normlar hiyerarşisinde birbirine denk olan iki hukuki işlem arasında çıkması muhtemel çatışmanın nasıl çözümleneceğini belirlemek için getirildiğini savunmakta; denk statü bakımından delil olabilecek çatışma kurallarının, öğretide hiyerarşinin varlığını açıklamak için referans alınmasını da eleştirmektedir³⁶².

b. Kanunla Aynı Seviyede Olduğunu Savunan Görüş

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede olduğunu savunan yazarlar, iddialarını farklı gerekçelerle

³⁶⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 944; Eren, a.g.m., s. 29.

³⁶¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 250. Özbudun aynı eserinde şu ifadelerle yer vermiştir: “Eğer bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlemin kanun niteliğinde ve gücünde olduğunda kuşku yoktur. Çünkü bir hukuki işlem, ancak en az kendisine eşdeğerli olan bir işlemle değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir. İkincisi, bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli, yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de, yukarıda açıklanan idarenin türevselliği ilkesi gereğince, kanun niteliğinde sayılması gerekir.” a.g.e., s. 213.

³⁶² Ergül, a.g.m., s. 31.

temellendirmektedirler. Karahanoğulları, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kuralların hiyerarşi kuralı değil, çatışma kuralı niteliğinde olduğuna işaret etmekte; kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alan eş normlar olduğunu ileri sürmektedir³⁶³. Karahanoğulları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında hiyerarşik bir ilişkinin varlığı kabul edilmiş olsaydı, Anayasa'nın 104. maddesinde “farklı hüküm” ifadesi yerine “aykırılık” kavramının kullanılacağına dikkat çekmiştir³⁶⁴.

Atar; Ergül'ün yukarıda da yer verilen görüşüne³⁶⁵ benzer şekilde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun gücünde olduğu görüşünü Anayasa'nın 104. Maddesine düzenlenen çatışma kurallarıyla gerekçelendirmiştir³⁶⁶:

“Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunların altında yer alıyor olsaydı, Anayasa koyucu, ‘Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır.’ şeklinde bir düzenleme yapmaya gerek duymazdı. Nitekim Anayasada ‘kanunlar ile yönetmelik hükümlerinin çelişmesi halinde arasında çelişki olması halinde kanun hükümleri uygulanır’ şeklinde bir hüküm bulunmamaktadır.”

Atar, kanun ve yönetmelik arasındaki hiyerarşik ilişkiyi referans alarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun seviyesinde olduğunu savunmakta ise de, bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Yönetmelik, Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılır. Hâl böyle iken, Anayasa'da “*kanunlar ile yönetmelik hükümlerinin çelişmesi hâlinde arasında kanun hükümleri uygulanır*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi mümkün olmayacağı gibi; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için benzetme yoluyla aynı

³⁶³ Onur Karahanoğulları, “Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü”, s. 3, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf> (Erişim Tarihi: 25.10.2019)

³⁶⁴ a.yer.

³⁶⁵ Ergül, a.g.m., s. 31: “Hiyerarşinin varlığı, norm çatışma kuralından çıkartılamaz; çünkü norm çatışması zaten ancak iki denk statüdeki norm için söz konusu olur.”

³⁶⁶ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s.280: Atar, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmasını, kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı değer ve düzeyde olduğu görüşünü destekleyen bir argümana olarak ileri sürmektedir. Kanımızca, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi tutulması, tek başına kararnamelerin kanuna eş değer olduğunu gösterir bir düzenleme değildir. Kaldı ki öğretilerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılması, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş amacına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 942-943.

çıkarmasının yapılması da tutarlı olmayacaktır. Zira yönetmelikler ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, hem hukuki nitelikleri hem de ihdas usulleri bakımından birbirlerinden farklı hukuki işlemlerdir. Kanımızca Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan çatışma kurallarının getiriliş nedeni, kanuni dayanağı olmaksızın ilk-el düzenleme yetkisine dayanarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun karşısındaki ikincil konumunu Anayasa hükümleriyle netleştirmek ve uygulamada yargı organları nezdinde yaşanabilecek muhtemel karışıklıkların önüne geçmektir³⁶⁷.

Ülgen, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini, kanun hükmünde olmasa da, içerdiği ilk-el düzenleme yetkisi nedeniyle kanuna eş değer hukuki bir işlem olarak değerlendirmektedir³⁶⁸. Bu argümana karşı çıkan Ulusoy, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sahip olduğu ilk-el düzenleme yetkisinin tek başına kararnamenin kanuna eş değer bir norm olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmekte ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer aldığını kabul etmektedir³⁶⁹. Sevgili aynı gerekçelerle; kanuni dayanak olmaksızın doğrudan Anayasa'nın verdiği yetkiyle ilk-elden düzenleme yapılabilmesinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine kanun gücü niteliği vermeyeceğini; yine bahsi geçen ilk-el düzenleme yetkisinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini *kendiliğinden* kanunla aynı hiyerarşik seviyeye taşımayacağını savunmaktadır³⁷⁰.

İba ve Söyler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sahip olduğu ilk-el düzenleme yetkisini referans göstererek, kararnamelerin kanun gücünde olduğu

³⁶⁷ Benzer yönde bkz. Eren, a.g.m., s.29: "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin çatışma kurallarına yer verilmesinin sebebi, işlemin normlar hiyerarşisinde kanunlara denk olmasından değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ilk-el düzenleme yetkisi içermesi nedeniyle yasama fonksiyonuna sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yasama fonksiyonu içerseler de, normlar hiyerarşisinde kanunlardan alta yer almakta ve farklı hükümler içermesi halinde kanunlar uygulanmaktadır."

³⁶⁸ Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", s. 7.

³⁶⁹ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 299: Ulusoy, 6771 sayılı Kanunla ilga edilen Anayasa'nın 107. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş ve görevlerini düzenleme yetkisinin, asli düzenleme yetkisi niteliğinde olduğunu; kanuni dayanak olmaksızın çıkarılan bahsi geçen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin de öğretilde kanuna eşdeğer görülmediğini vurgulamıştır. Yazar, Anayasa değişikliğinin yürütmeye tanıdığı asli düzenleme yetkisinin, önceki sistemde var olan istisnai düzenleme yetkisinin daha genel ve kapsamlı hale gelmesinden ibaret olduğuna işaret etmektedir.

³⁷⁰ Sevgili Gençay, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", ss. 1-20.

iddiasındadırlar³⁷¹. Bununla birlikte bu kanun gücü iddiasını; Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan çatışma kuralları ile birlikte yorumlamakta ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aynı konuda çıkarılmış kanuni bir düzenlemenin varlığı hâlinde kararnamenin, kanunların altında; aynı konuda herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmaması hâlinde ise doğrudan Anayasa'nın altında yer aldığı ileri sürmektedirler³⁷². İlk bakışta oldukça çelişkili³⁷³ görünen bu yaklaşım, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik konumunu farklı değişkenler üzerinden tahlil etmekte ve oldukça karmaşık bir düzen üzerine oturtmaktadır. Nitekim Söyler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında herhangi bir çatışmanın olmaması hâlinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin gücünü doğrudan Anayasa'dan aldığı, bu nedenle de kanunun içerisinde bulunduğu hiyerarşiden çıkıp, ayrı bir hiyerarşi içerisinde yerleştiğini söyleyerek, iki ayrı hiyerarşi düzeni inşa etmektedir³⁷⁴.

c. Mahfuz Alan Yaklaşımının Hiyerarşik İlişkiye Etkisi

Öğretide bazı yazarlar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun karşısındaki hiyerarşik konumunu belirlemeden önce, kararnameleri ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından geçerli bir mahfuz alanın varlığını savunan bu yazarlar; Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği ayrıca belirtilen konularda³⁷⁵ çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, normlar

³⁷¹ Şeref İba, Yasin Söyler, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı Ve Hukuki Sonuçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C: 36, S. 1, (2019), s.207, dipnot: 25: “Bizim görüşümüz, bu kararnamelerin asli nitelik taşıdıkları yönünde olduğundan, dolayısıyla kanun gücüne de sahip buldukları yönündedir.”

³⁷² İba, Söyler, a.g.e., s. 207, dipnot:25. İba başka bir eserinde şu ifadelere yer vermiştir: “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi maddeleri arasında çatışma halinde kanun hükümlerinin üstünlüğü öngörüldüğü için normlar hiyerarşisi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, ‘kanun-altı’ bir düzenleyici işlemdir.” İba, *Türk Anayasa Hukuku*, s.247.

³⁷³ *Kanun gücünde* olduğu savunulan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, aynı konuda kanuni bir düzenleme bulunması halinde *kanun-altı bir seviyede* yer alacağını belirtilmesi, tutarlı bir sonuca ulaşılmasını engellemektedir.

³⁷⁴ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 165. Benzer yönde bkz. Barın, a.g.m., ss. 1-21.

³⁷⁵ Anayasa *Madde 104/9*: “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”; *Madde 106/son*: “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”; *Madde 108/son*: “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”; *Madde 118/son*: “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

hiyerarşisinde kanunlar ile aynı seviyede yer aldığını kabul etmektedirler. Abdullah Sezer tarafından “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi türlerine göre hiyerarşi farklılaşması*”³⁷⁶ olarak isimlendirilen bu yaklaşım, mahfuz alan savı üzerinden şekillenmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz düzenleme alanı olarak kabul edilen dört konuda ve yarışan ortak alanda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kanunlarla aynı seviyede olduğu kabul edilmektedir³⁷⁷. Bahsi geçen mahfuz alan dışında kalan ve Anayasa’nın 104. maddesinde yer alan genel hükme dayanarak çıkarılan kararnamelerin ise kanun-altı seviyede olduğu ifade edilmektedir³⁷⁸.

Bu yaklaşıma karşı çıkan Eren, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin iki farklı hukuki rejim oluşturmanın, uygulamada daha fazla karmaşaya neden olacağını savunmakta; Anayasa’nın açıkça kanun hükmünde saymadığı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, mahfuz alan yaklaşımı ile kanun seviyesine yerleştirilmesini eleştirmektedir³⁷⁹. Yazara göre mahfuz alan, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ile ilişkili bir kavram olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yeri mahfuz alan üzerinden belirlenemez³⁸⁰.

Gözler’e göre ise, mahfuz alanın varlığının kabul edilmesi hâlinde, o alanda kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında çıkacak çatışmanın *konu bakımından yetki* kuralları doğrultusunda çözümlenmesi gerekir³⁸¹. Ancak yazar geliştirdiği bu görüşün benimsenmesi hâlinde, Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan çatışma kurallarının bir anlamı kalmayacağını belirterek kendi getirdiği çözümü eleştirmektedir³⁸². Anayasa hükümlerinin bütünsel bir tutarlılık içermesi gerektiği ve bu nedenle de 104. maddede düzenlenen çatışma kurallarının Anayasa’da yer almasının bir anlamı olduğu düşünüldüğünde, Gözler’in getirdiği eleştirel yaklaşımın isabetli olduğu

³⁷⁶ Sezer, a.g.m., s. 382.

³⁷⁷ Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Gazi Kitabevi, 2018, s. 234.

³⁷⁸ a.g.e., s. 234.

³⁷⁹ Eren, a.g.m., s. 30.

³⁸⁰ a.g.m., s. 30.

³⁸¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 945: “Düzenlenen konu...Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz alanında bulunuyor ise, o konuda kanun değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin dediği olur. Yani çatışmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi galip çıkar.”

³⁸² a.g.e., s. 945: “Eğer mahfuz alanda çatışmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri galip çıkacak ise, Anayasa, m.104/17’deki bu hükümlerin ne anlamı kalacaktır?”

ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun karşısındaki konumunun belirlenmesinde mahfuz alan yaklaşımının referans alınmaması gerektiği söylenebilir.

d. Öğretideki Görüşler Kapsamında Değerlendirme

Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasındaki hiyerarşiye ilişkin öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır. Hem Anayasa’da yer alan hükümlerin belirsiz kavramlar içermesi hem de uygulamanın yöneticilerin tercihleriyle her siyasi iktidar döneminde değişebilecek nitelikte olması, zannımızca öğretinin uzun bir süre daha bu konuda görüş birliğine varamayacağını göstermektedir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hiyerarşik konumuna ilişkin tercih edilecek yaklaşım, çalışmanın bütününde benimsenen hukuk devleti ilkesi temelinde şekillenecektir.

Kanaatimizce, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiyerarşik olarak kanun-altı konumda olup; ne mahfuz alan savı ne de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sahip olduğu ilk-el düzenleme yetkisi bu konumu değiştirmeyecektir. Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan çatışma kurallarının, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında hiyerarşi ihdas ettiği görüşü benimsenmekle birlikte, bahsi geçen çatışma kuralları Anayasa’da düzenlenmemiş olsaydı dahi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanunların altında yer alacağı söylenebilecektir. Bu düşüncenin temeli, yürütme yetkisinin türev niteliğine ve hâliyle Anayasa’nın 8. maddesine dayanmaktadır. 1982 Anayasası’nın 8. maddesine göre; yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa’ya ve *kanunlara uygun* olarak kullanılır ve yerine getirilir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, Anayasa’nın 104. maddesi uyarınca yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde, kanunlara uygun hareket etme yükümlülüğü altındadır.

Öte yandan mahfuz alan yaklaşımı üzerinden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunun birbirinden bağımsız iki ayrı hiyerarşi düzeni içerisinde yer aldığı ileri sürülmektedir. Böyle bir söylemde bulunulabilmesi için kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanlarının, Anayasa’da açık hükümlerle birbirlerinden ayrılmış olmaları gerekir. Aksi hâlde, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin

düzenleme alanlarının sınırı neye göre belirlenecektir? 1982 Anayasası'nda, yürütme organına tanınmış mahfuz bir düzenleme alanı olmadığı gibi, yasama yetkisinin genelliği ilkesi de hâlen geçerliliğini korumaktadır. Bu nedenle, Anayasa'da açık bir düzenleme yok iken, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine mahfuz bir alan yaratmak ve yine Anayasa'da "kanun hükmünde" sayılmamasına rağmen bu kararnameleri hiyerarşik ilişkide kanun gücünde değerlendirmek, 1982 Anayasası'nın temel ilkelerinden olan yasama yetkisinin genelliği ilkesini yok saymak anlamına gelecektir.

Anayasa'da, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından kanuna dayanma şartı getirilmemiş olması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürütme yetkisi kapsamında çıkarılan ve kanunlara uygun olma zorunluluğu bulunan idari işlem niteliğini değiştirmemekte ve kararnamenin normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Kaldı ki, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin "kanun hükmünde" olduğuna ilişkin açık bir hüküm de yer almamaktadır. Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun karşısındaki hiyerarşik konumunu belirlenirken ileri sürülen ilk-el düzenleme yetkisi, mahfuz alan savı, Anayasa Mahkemesi denetimi gibi gerekçelerin hiçbirini, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede konumlandırmaya yetmez. Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanunlara uygun olmak zorundadır ve bu zorunluluk kararnameleri her zaman kanun-altı konuma yerleştirir.

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Münhasır Kanun Alanı İlişkisi

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında, "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüne yer verilmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanını sınırlamaya yönelik getirilen bu düzenleme, Türk Anayasa hukuku öğretisinde yeni tartışma konularını da beraberinde getirmiştir. "Münhasıran kanunla düzenlenme" ne anlama gelmektedir? 1982 Anayasası'nda münhasır kanun alanı var mıdır? Bu sorular, öğretilerde ileri sürülen görüşler ve Anayasa Mahkemesi'nin yargısal içtihatları çerçevesinde cevaplanmaya çalışılacaktır.

“Münhasır” kelimesi, sıfat olarak *bir kimse veya bir şey için ayrılmış, mahsus, sınırlanmış, sınırlı* anlamlarına sahip iken, zarf olarak kullanılan “münhasıran” kelimesi *yalnız, özellikle* anlamlarına gelmektedir³⁸³. Anayasa değişikliği öncesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından içtihat yoluyla geliştirilmiş “münhasır kanun alanı” kavramı, Anayasa koyucu tarafından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin bir konu sınırı olarak Anayasa metnine dahil edilmiştir³⁸⁴. Bu kavram, 1982 Anayasası’nın önceki hâlinde Anayasa metninde yer almamış olsa da, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında kullanılmış olması nedeniyle öğretinin yabancı olmadığı bir kavramdır.

Anayasa’nın 104. maddesinde “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte, Anayasa’nın hiçbir hükmünde münhasıran kanunla düzenlenecek bir konu belirlenmesi yapılmadığı gibi³⁸⁵; *münhasıran kanunla düzenlenme* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Anayasa değişikliğinin beraberinde getirdiği muğlak kavramlardan biri olan “münhasıran” kelimesinin anlamına ilişkin öğretilerde görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Öğretilerde savunulan ağırlıklı görüş, Anayasa’nın “*kanunla düzenlenir*” dediği her konunun, münhasır kanun alanı kapsamına girdiğini kabul etmektedir. Buna karşı çıkan azınlık görüş ise, Anayasa’da kanunla düzenleme yapılacağını *açıkça emreden hükümlerde* yer alan konuların, münhasır kanun alanı teşkil ettiğini ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğini; bunlar dışında kalan konular bakımından ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabileceğini savunmaktadır.

Bu kapsamda, öncelikle Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yer alan “münhasır kanun alanı” ifadesi açıklanacak, ardından Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin bir konu sınırı olarak düzenlenen münhasır kanun alanı kavramı ve bu kavramın sağladığı kanunilik güvencesi üzerinde durulacaktır.

³⁸³ Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:24.07.2019).

³⁸⁴ Eren, a.g.m., s. 34; Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 153.

³⁸⁵ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 403; Ardıçoğlu, a.g.m., s. 38; Eren, a.g.m., s.34.

a. Anayasa Mahkemesi İçtihatlarında “Münhasır Kanun Alanı” Kavramı

Anayasa değişikliğinin ardından münhasır kanun alanı kavramını açıklama gayreti içerisinde olan pek çok yazar tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları referans alınmış; “münhasıran” ifadesi yorumlanırken, Anayasa Mahkemesi'nin önceki dönem kararlarında yer alan değerlendirmelerin dikkate alınması gerektiği savunulmuştur³⁸⁶. Bu nedenle; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasal sınırlarından birini oluşturan münhasır kanun alanı kavramı yorumlanırken, Anayasa Mahkemesi içtihatlarının incelenmesi isabetli olacaktır.

Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnameler rejimi döneminde verdiği kararlarda, Anayasa'da “kanunla düzenlenir” ifadesinin yer aldığı konuların, kanun hükmünde kararnameler bakımından münhasır kanun alanı yaratmadığını vurgulamıştır³⁸⁷:

“Anayasa'nın ‘idarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği’ başlıklı 123. maddesinin birinci fıkrasında, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idarenin, ‘kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler’inden; ‘Genel ilkeler’ başlıklı 128. maddesinin ikinci fıkrasında da, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleriyle aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği öngörülmüştür. Memur-kamu görevlisi niteliği tartışmasız bulunan KİT genel müdürlerinin atanmalarına ilişkin konunun yasayla düzenleneceğini açıkça öngören Anayasa'nın ‘Kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisi verme’ başlıklı 91. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesi de ‘Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez’ hükmünü içermektedir. Bu kurala göre, sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında, Anayasa'nın 12-40. maddeleriyle 66-74.

³⁸⁶ Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s. 31; Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 153; Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi”, s. 308.

³⁸⁷ Anayasa Mahkemesi E.1984/4, K.1989/23, K.T.16.05.1989. Aynı yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1990/1, K.1990/21, K.T.17.07.1990, Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.09.2019): “Anayasa'nın “İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği” başlıklı 123. maddesinin birinci fıkrasında, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idarenin, yasayla düzenleneceği, üçüncü fıkrasında ise, kamu; tüzelkişiliğinin ancak yasayla ya da yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı görülmüştür. Anayasa'nın bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu KHK ile ilgili özel hüküm olan 91. maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça, ya da 163. maddede olduğu gibi kanun hükmünde kararnama çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe, KHK ile düzenlenebilir. Anayasa'nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ayırık kural olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılamaz.”

maddelerindeki konular KHK ile değil, ancak yasayla düzenlenebilir. Daha açık bir anlatımla, ancak belirtilen maddelere ilişkin yasaklar dışında kalan bir konu KHK ile düzenlenebilecek; sıkıyönetim ve olağanüstü durumlarda ise her konuda KHK çıkartılabilecektir.

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

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi ilk dönem kararlarında, Anayasa'nın açıkça kanun hükmünde kararnameye yasakladığı alan dışında kalan konuların, kanunla düzenlenmesini bir zorunluluk olarak görmemiş; bu konularda kanun hükmünde kararname çıkarılabileceğine karar vermiştir. Bu kapsamda, Anayasa'da “kanunla düzenlenir” kaydının bulunduğu konuların, münhasır kanun alanı olarak kabul edilmediği açıktır³⁸⁸. Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelerin, *kanun gücünde olmalarından* dolayı bu yaklaşımı benimsediği düşünülmektedir³⁸⁹.

Türk hukukunda “münhasır kanun alanı” olmadığı iddiasında olan Gözler, Anayasa'da “münhasıran kanunla düzenlenir” ifadesinin yer alması veya “sadece”, “yalnızca”, “ancak” gibi inhisarî nitelikli ibarelerin kullanılması hâllerinde münhasır kanun alanından bahsedilebileceğini belirtmekte; aksi hâllerde “münhasır kanun alanı” çıkarımının yapılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir³⁹⁰. Nitekim Gözler, kanun hükmünde kararnameler rejiminin geçerli olduğu dönemde de, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konuların münhasır kanun alanı oluşturmadığını ve

³⁸⁸ Eren, a.g.m., s.35; Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 104; Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s. 29.

³⁸⁹ Eren, a.g.m., s. 36.

³⁹⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 927.

bahsi geçen konuların kanun hükmünde kararnameyle düzenlenebileceğini savunmuştur³⁹¹:

“Acaba, Anayasada böyle ‘kanunla düzenlenir’ denen konular kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir mi? Örneğin, idarenin kuruluş ve görevleri *kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir mi?* Keza, mahallî idareler *kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir mi?* Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri *kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir mi?*”

Bu sorulara olumlu yanıt vermek gerekir. Bu alanlar, Anayasanın 91’inci maddesinin ilk fıkrasındaki sınırlamanın kapsamı dışında kalıyorlarsa ve 13’üncü maddedeki yasağa da girmiyorlarsa, kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilirler. Çünkü bunun aksinin kabul edilmesi, yani bu alanların kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğinin söylenmesi, o alanların ‘münhasır kanun alanı’ olduğu anlamına gelir ki, Türk hukukunda ‘münhasır kanun alanı’ çok dardır.”

Gözler, münhasır kanun alanının iki istisnai hâlde söz konusu olabileceğini belirtmiştir. İlk hâli yetkinin kendine özgü niteliğiyle açıklayan yazar, münhasır kanun alanı sayılabilecek ikinci hâlin ise, Anayasa’nın ilgili maddesinin yazılış tarzından kaynaklanabileceğini ifade etmiştir³⁹². Gözler, münhasır kanun alanı kapsamında kabul ettiği konular dışında, Anayasa’da “kanunla düzenlenir” ibaresinin yer aldığı konuların, kanun hükmünde kararnameyle düzenlenebileceği görüşünü benimsemiş ve bu görüşünü Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda yer verilen içtihadıyla desteklemiştir³⁹³.

Anayasa Mahkemesi’nin münhasır kanun alanına yaklaşımı, kanun hükmünde kararnamelere ilişkin kararları ile sınırlı kalmamıştır. Uzunca bir süre kanunla çerçevesi çizilmeyen bir alanın, idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmasını yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini incelediği son dönem kararlarında³⁹⁴ *münhasır kanun alanını* farklı yorumlamıştır:

³⁹¹ Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, ss.102-103; Güneş, a.g.e., s. 116.

³⁹² Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 103.

³⁹³ a.g.e., s. 104; Anayasa Mahkemesi E.1984/4, K.1989/23, K.T.16.05.1989, Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.09.2019).

³⁹⁴ Anayasa Mahkemesi E.2011/42, K.2013/60, K.T.09.05.2013. Kararın devamında, “Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme

“Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s.(m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır.”

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, Anayasa’da *kanunla düzenleneceği* öngörülen konuların, *münhasıran kanunla düzenlenmesi* gerektiğini belirtmiş; bu konularda yürütmeye doğrudan düzenleme yapma yetkisi verilmesini, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, münhasır kanun alanını belirlerken Anayasa’nın 13, 163 ve 128. maddelerini örnek göstermeyi tercih etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu bilinçli tercihinin gerekçe gösteren öğretide birçok yazar, Anayasa hükümlerinin lafzında yer alan “ancak” veya “sadece” gibi ifadelerin, münhasır kanun alanını belirlemede tek kıstas olmadığına işaret etmektedirler³⁹⁵.

Nitekim Anayasa’nın 73. ve 128. maddelerinde “ancak kanunla düzenlenir” ibaresi yer almamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi bu konuları da münhasır kanun alanı olarak kabul etmiş ve verdiği kararlarda bu hususu özellikle belirtmiştir. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi’nin “ancak”, “sadece”, “yalnızca” gibi ifadelerin varlığını aramaksızın, Anayasa’da kanunla düzenleneceği öngörülen tüm konuları,

yapılması öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim Anayasa’nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden hükmü (m.8), gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten kuralı (m.124) bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanundan belirlemesi beklenen çerçeve, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa’ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa’da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirebilecektir.” ifadelerine yer verilmiştir. Aynı yönde kararlar için bkz. E.2013/72, K. 2013/126, K.T.31.10.2013. Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.09.2019).

³⁹⁵ Eren, a.g.m., s. 36; Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, *GÜHFD*, S. 2 (2018), s.633; Yayla, “Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, s.1616.

münhasır kanun alanı kapsamına aldığı söylemek mümkündür. Anayasa’da “kanunla düzenlenir” ifadesinin bulunduğu her konunun, münhasır kanun alanı olarak kabul edilemeyeceğini savunan Ergül dahi, yasama organının münhasır düzenleme yetkisinin tespitinin, “ancak kanunla düzenlenir” ibaresinin varlığına indirgenemeyeceğini belirtmektedir³⁹⁶.

Münhasır kanun alanının, Anayasa’da “ancak” ibaresinin kullanıldığı maddelerle sınırlı olamayacağı, bizzat Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan düzenlemelerden de anlaşılmaktadır. Anayasa koyucu münhasır kanun alanının, “ancak kanunla düzenlenir” ifadesinin yer aldığı Anayasa hükümlerinden oluştuğunu düşünseydi, zaten Anayasa’nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümlerinde yer alan bu konuların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğini ayrıca belirtmeye gerek duymazdı³⁹⁷. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin geçerli olduğu 1982 Anayasası’nın bazı hükümlerinde ayrıca ve özellikle “kanunla düzenleme” yapılacağı belirtilmesinin, idarenin düzenleyici işlemleri bakımından münhasır kanun alanına işaret ettiği açıktır³⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin “münhasır kanun alanının” varlığına işaret ettiği kararı, yerleşik bir içtihat hâlini almış; Mahkeme’nin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ilişkin neredeyse tüm kararlarında da bu yaklaşım benimsenmiştir. Anayasa’da açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları, münhasır kanun alanı kapsamına alan Anayasa Mahkemesi, bu konularda genel ifadelerle yürütmeye düzenleme yapma yetkisi verilmesini, Anayasa’ya aykırı bulduğunu vurgulamıştır³⁹⁹:

“Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına

³⁹⁶ Ergül, a.g.m., s. 31.

³⁹⁷ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 93. Söyler, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen konulardan ayrı bir münhasır kanun alanı yaratmanın yerinde bir yaklaşım olmadığını vurgulamaktadır. a.g.e., s. 94.

³⁹⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 297.

³⁹⁹ Anayasa Mahkemesi E.2016/180, K.2018/4, K.T.18.01.2018; Aynı yönde kararlar için bkz. E.2016/179, K.2017/176, K.T.28.12.2018; E.2017/143, K.2018/40, K.T.02.05.2018; E.2016/139, K.2016/188, K.T.14.12.2016; E.2013/50, K.2015/38, K.T.01.04.2015; E.2014/177, K.2015/49, K.T.14.05.2015. Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 15.09.2019).

düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.”

Anayasa Mahkemesi, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olup olmadığını incelediği bu kararında; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konulması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi bazı konuların, münhasıran kanunla düzenleneceğini öngörmüştür. Bahsi geçen münhasır alanda kanunun, konunun temel esaslarını, ilkeleri ve genel çerçevesini belirlemiş olması aranmaktadır. Kanunun temel ilke ve esasları belirlemesinin ardından, münhasır alanda yer alan konuların uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin detayları yürütme tarafından düzenlenebilecektir. Dolayısıyla içtihatı yer alan “münhasır” ifadesi, tüm detayların kanun tarafından düzenleneceği ve yürütmeye düzenleme alanı bırakılmayacağı anlamına gelmemektedir⁴⁰⁰. Öte yandan, Anayasa’da “kanunla düzenlenir” kaydı bulunmayan konular bakımından ise, kanuni idare ilkesi gereğince dayanak bir çerçeve kanunun varlığı yeterli görülmüştür. Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa değişikliği öncesinde verdiği kararlarda benimsediği bu yaklaşımın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından da devam edeceği ve Anayasa’nın 104. maddesinde yer alan “münhasıran kanunla düzenlenme” ifadesinin bu içtihat doğrultusunda yorumlanacağı görüşü öğretide ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁴⁰¹.

b. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasal Yetki Sınırı Olarak Münhasır Kanun Alanı

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, münhasır kanun alanındaki sınırları belirlenirken öncelikle, Anayasa Mahkemesi’nin kanun hükmünde kararnamelere ilişkin

⁴⁰⁰ Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s. 30.

⁴⁰¹ a.g.m., s.31; Aynı yönde bkz. Eren, a.g.m., s.37; Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 153; Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi”, s. 308; Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20.

içtihadının Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yansımından bahsetmek gerekir. Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında hiyerarşik bir ilişkinin varlığı kabul edildiğinde; kanunun, *kanun hükmünde olmayan* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi karşısında münhasır bir kanun alanına sahip olduğu açıktır. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi içtihadının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki rejimi bakımından uygulanabilir olduğundan bahsedilemeyecektir⁴⁰².

Nitekim öğretide de *kanuna eş değer* olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa'da “kanunla düzenlenir” ifadesinin yer aldığı konularda düzenlenmesi hâlinde, Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği vurgulanmaktadır⁴⁰³. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında hiyerarşik bir ilişki olduğunun kabul edilmesini hatalı bir yaklaşım olarak değerlendiren Ergül; bu kabulün bir sonucu olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelere ilişkin içtihadının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından uygulanabilir olmadığı yönündeki görüşleri eleştirmektedir⁴⁰⁴.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesi içtihadı çerçevesinde yorumlanmasının ilk sonucu, “münhasıran” kelimesinin *yalnızca, sadece* anlamında değil, *özellikle* anlamında kullanılacak olmasıdır. Bu kapsamda, münhasıran kelimesi, *özellikle kanunla düzenlenecek konular* olarak okunmalı ve Anayasa'da “kanunla düzenlenir” ifadesinin yer aldığı tüm konular münhasır kanun alanı kapsamında kabul edilmelidir⁴⁰⁵. Böyle bir kabul, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanına ilişkin daha tutarlı bir sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır⁴⁰⁶. Anayasa'nın 104. maddesinde “münhasıran” ifadesinin hatalı kullanıldığı; Anayasa koyucunun bu

⁴⁰² Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 154.

⁴⁰³ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 297; Ardıçoğlu, a.g.m., s. 39; Eren, a.g.m., s. 37; Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 154; Şirin, a.g.e., s. 198; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 285: “Anayasanın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen konularda, Meclis henüz bir kanuni düzenleme yapmamış olsa bile, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Keza kanun çıkarılmış olsa bile bu hususlarda tamamlayıcı kararname çıkarılamaz.”. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanuna eş değer hukuki işlemler olduğunu savunan Atar'ın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tamamlayıcı nitelikli bir düzenleme yapılmasını dahi reddetmesi tutarlı bulunmamaktadır. Aynı yönde eleştiri için bkz. Eren, a.g.m., s. 37.

⁴⁰⁴ Ergül, a.g.m., s. 31. Ergül, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında hiyerarşik bir ilişki ihdas edilmesini eleştirmekte; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna eş değer hukuki bir norm olduğunu savunmaktadır.

⁴⁰⁵ Ülgen, “İlk Gözlemler”, s. 633.

⁴⁰⁶ Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 153.

ifadeyle, “özel ve somut olarak kanunla” düzenleneceği öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağını anlatmak istediği ileri sürülmektedir⁴⁰⁷.

Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı doğrultusunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa’da özellikle kanunla düzenleneceği öngörülen konularda çıkarılmayacağı açıktır. Dolayısıyla münhasır kanun alanında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilk-el düzenleme yapılamayacaktır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi içtihadına uygun bir şekilde; kanunla, konunun temel esasları, ilkeleri ve genel çerçevesi belirlendiği takdirde, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek midir? Hâli hazırda kanunla düzenlenmiş bir konu mevcut iken, Anayasa’nın 104. maddesinde yer alan “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmaz.*” hükmüne atıfla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı söylenebilir mi?

Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, temel ilke ve esasların kanunla düzenlenmiş olması hâlinde, Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca *kanunla düzenlenme hâli* söz konusu olacağından, aynı konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı; ayrıntıların yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemlerle tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰⁸. “Kanunda açıkça düzenlenme” ifadesine yüklenecek anlama göre değişecek olmakla birlikte; kavramın konunun temel ilke ve esaslarının kanunla düzenlenmesi anlamına gelecek şekilde esnek yorumlanması hâlinde, eğer kanun, konunun tüm genel kural ve prensiplerini ayrıntılı şekilde düzenlemediyse, o konularda tamamlayıcı nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının mümkün olduğu düşünülebilir⁴⁰⁹. Ancak genel çerçevesi kanunla çizilmiş münhasır kanun alanına giren bir konunun, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin detaylarının Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ile düzenlenmesi, yürütme fonksiyonunun genel niteliğine ve bugüne dek uygulanan Anayasa pratiğine daha uygun

⁴⁰⁷ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 298: “Zira Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen hiçbir hükümde lafi olarak “münhasıran” veya “sadece” gibi bir terimin geçmemesi de bu savımızı desteklemektedir.”

⁴⁰⁸ Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20.

⁴⁰⁹ Gülgeç, kanunun düzenlenmesinin açık olmadığı hallerde, norm somutlaştırma amacıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğini kabul etmektedir. Gülgeç, a.g.e., s. 176.

düŖecektir. Üstelik Cumhurbaşkanının kanunla düzenlenmiş bir konuda yaptığı düzenlemenin ilk-el niteliğinden bahsedilemeyeceği için, konunun ayrıntılarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin de bir mantığı bulunmamaktadır.

Bu noktada, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğinin yargısal denetimlerinin farklı olması akla Ŗu soruyu getirmektedir: Cumhurbaşkanı, kanunlara uygunluk denetimi içeren idari yargı organlarının denetiminden kaçınmak için, aynı düzenlemeleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında gerçekleştirebilir mi? Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne verildiği ve Anayasa Mahkemesi'nin kanunlara uygunluk denetimi yapamadığı dikkate alındığında, Cumhurbaşkanının münhasır kanun alanında, kanunun genel kural ve ilkeleri belirlemesi hâlinde dahi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramayacağını kabul etmek, kavramsal belirsizliklerin⁴¹⁰ yaşandığı Türk Anayasa hukuku açısından daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

c. Münhasır Kanun Alanı ve Kanunilik Güvencesi

İdarenin düzenlendiğı Anayasa'nın 123 ve devamı maddelerinin birçoğunda “kanunla düzenlenme” koşuluna yer verilmiştir. Anayasa'nın 123. maddesinde “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.”; 126. maddesinde “Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.”; 127. maddesinde “Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.”; 128. maddesinde “Memurların ve diğerk kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğerk özlük işleri kanunla düzenlenir....Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir” hükümleri gibi birçok maddede, özellikle kanunla düzenleme yapılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bahsi geçen konular, münhasır kanun alanına girdiğinden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemezler.

⁴¹⁰ Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin Anayasal düzenlemelerde “Kanunda açıkça düzenlenme”, “münhasıran kanunla düzenlenme”, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması” gibi ifadelerin kullanılması kavramsal ve hukuki belirsizliğe yol açmaktadır.

Kanuni idare ilkesinin anayasal dayanağı olan Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olan idarenin kuruluş ve görevleri, kural olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Ancak Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*" ve yine Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" demek suretiyle, Anayasa koyucu tarafından bu kurala istisna getirilmiştir. Söz konusu istisna hükümlerin varlığına rağmen, münhasır kanun alanı kavramı, mevcut hâliyle kanunilik güvencesi sağlanması amacına hizmet edecek olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanuni idare ilkesini zedeleyecek nitelikte düzenlemeler yapılmasını engelleyecektir.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı kuralına yer verilmesi, yürütmenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanacağı ilk-el düzenleme yetkisine karşı getirilen anayasal bir güvencedir. Her ne kadar bu düzenlemenin kanunilik güvencesi sağlayacağı düşünülse de, münhasır kanun alanına ilişkin kavramsal belirsizlik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanının sınırlarının açık ve net bir şekilde belirlenmesini zorlaştırmakta⁴¹¹; öte yandan bu kavramsal belirsizliği yorum yoluyla gidermeye çalışmak da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'da yer alan bazı düzenlemelerin, özellikle kanunla düzenleneceğinin belirtilmesinin nedeni, bu konuların idarenin düzenleyici işlemleriyle doğrudan düzenlenmesinin engellenmek istenmesidir⁴¹². Anayasa koyucu, bahsi geçen konuların kanun ve kanuna eş değer hukuki işlemlerle düzenlenmesinin daha güvenceli olacağını öngörmüştür⁴¹³. Bu kapsamda, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda*

⁴¹¹ Yayla, "Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi", s. 1617.

⁴¹² Sevgili Gençay, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", ss. 1-20.

⁴¹³ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 297.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” hükmüyle, tesis edilmeye çalışılan kanunilik güvencesi pekiştirilmiştir. Sonuç olarak, hem kanunilik güvencesi sağlamak hem de hukuki belirlilik ilkesini korumak amacıyla, Anayasa’da “kanunla düzenlenir” ifadesinin yer aldığı tüm konuların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi karşısında münhasır kanun alanı olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁴¹⁴.

B. İDARENİN KURULUŞUNUN KANUNA DAYANMASI PRENSİBİ KARŞISINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

İdarenin kuruluşunun kanuna dayanması prensibi, kanuni idare ilkesinin alt ilkelerinden birini oluşturmakta ve idarenin “kanunla” kurulması zorunluluğuna işaret etmektedir⁴¹⁵. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanuni idare ilkesine Anayasa ile getirilmiş bir istisna olduğu düşünüldüğünde, idari teşkilatın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulacağını öngören hükümler nasıl değerlendirilecektir? Bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile gerçekleştirilebilecek olması, kanuni idare ilkesinin içeriğini kavramsal olarak boşaltır mı? Yine bu hükümlerin, Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrasında anayasal güvence altına alınan kanuni idare ilkesine istisna olarak kabul edilmesi, ilkenin özünden tümüyle uzaklaşıldığı anlamına mı gelmektedir? Son olarak, yürütmenin güçlendirilmesine yönelik bu bilinçli düzenlemeler, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan kanuni idare ilkesine tercih mi edilmiştir? Tüm bu sorular, öğretideki görüşler ile 1 sayılı “Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”⁴¹⁶ ve 4 sayılı “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında

⁴¹⁴ Benzer yönde bkz. Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 403: “Hangi konuların ‘münhasıran kanunla düzenleneceği’ne dair Anayasada açık bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesi birkaç kararında münhasıran kanunla düzenlemeden söz etmişse de, şimdilik açıklık kazanmış bir içtihadı bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, Anayasanın kanunla düzenlenmesini öngördüğü tüm konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılmaması gerekmektedir.”

⁴¹⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 156.

⁴¹⁶ Resmi Gazete, 10.07.2018, S. 30474

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”⁴¹⁷nde yer alan düzenlemeler çerçevesinde cevaplanmaya çalışılacaktır.

1. Bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kurulması

Merkezi idare teşkilatında yer alan bakanlıklar, organik idare kapsamında bulunduğundan, Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kuruluş ve görevlerinin *kural olarak* kanunla düzenlenmesi gerekir. Anayasa değişikliği sonucunda kanuni idare ilkesinde yaşanan yumuşama⁴¹⁸, etkisini en çok bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi hususunda göstermektedir. Anayasal bir ilke olarak varlığını muhafaza eden kanuni idare ilkesine, Anayasa’nın 106. maddesinin son fıkrasıyla önemli bir istisna getirilmiştir⁴¹⁹. Ancak bu istisna, kamu tüzel kişiliğinde olduğu gibi yalnızca kuruluşa ilişkin olmayıp, bakanlıkların görev ve yetkilerini de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme yetkisi kapsamına almaktadır. Bakanlıkların görev ve yetkilerinin; temel hak ve özgürlükler, mahallî idarelerin görev ve yetkileri ve son olarak kamu görevlilerinin hukuki statüsüyle olan girift ilişkisi, kanuni idare ilkesinin Türk pozitif Anayasa hukukundaki eksenini ciddi ölçüde kaydırmıştır. Bu bağlamda, bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması, kanuni idare ilkesinin kapsamı çerçevesinde incelenecektir.

a. Bakanlık Teşkilat Birimlerinin Kurulması

Anayasa’nın 106. maddesinin son fıkrasında; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının yanı sıra, bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulacağı düzenlenmiştir. Düzenlemede merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluşunun ayrıca belirtilmiş olması dikkat çekici bulunmuş, öğretilerde bu husus farklı yaklaşımlar çerçevesinde ele alınmıştır. Söyler, madde metninde “teşkilat yapısı” ibaresinin yanı sıra “merkez ve taşra teşkilatı”

⁴¹⁷ Resmi Gazete, 15.07.2018, S. 30479.

⁴¹⁸ Ulusoy, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi”, s. 6.

⁴¹⁹ Aynı yönde bkz. Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi”, s. 314; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 127.

ibaresine ayrıca yer verilmesini, teşkilat yapısına ilişkin “vurgulayıcı” bir unsur olarak değerlendirmektedir⁴²⁰. Yazara göre; madde metninde yer alan *teşkilat yapısı* ifadesi, merkez teşkilat ile taşra teşkilatını da kavram olarak içinde barındırmaktadır⁴²¹. Bu doğrultuda, Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulacağı açıkça belirtilmeyen yurtdışı teşkilatının da *teşkilat yapısı kavramı* kapsamında yer aldığı ve dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği ifade edilmiştir⁴²². Buna karşın Anayasa’nın 106. maddesinde yalnızca bakanlıklar ile bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarından bahsedildiği ve 106. maddede Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan yetkinin istisnai nitelik taşıdığı da dikkate alındığında, söz konusu düzenlemenin dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁴²³. Uygulamada ise bakanlıkların merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatlarının 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde; bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların ise 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde düzenlendiği görülmektedir.

Bakanlık teşkilatı, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra ve yurtdışı teşkilatlarından oluşur⁴²⁴. Bununla birlikte, görevlerinin özelliği ve önemi dolayısıyla bazı bakanlıkların kimi ana hizmet birimleri, özel bir kanunla kurulan özel bütçeli veya genel bütçe içerisinde ayrı bütçeli kuruluşlar tarafından yürütülmekte; söz konusu bu kuruluşlar bakanlık *bağlı kuruluşları* olarak isimlendirilmektedir⁴²⁵. Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan bağlı kuruluşlar ile bakanlık arasındaki ilişki *hiyerarşi* ilişkisi iken, tüzel kişiliği bulunan bağlı kuruluşlarla bakanlık arasındaki ilişki ise *idari vesayet* ilişkisidir⁴²⁶. Yine tüzel kişiliğe sahip bağlı kuruluşlar dışında kalan diğer hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları *ilgili kuruluş* olarak

⁴²⁰ Söylar, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 128.

⁴²¹ a.yer.

⁴²² a.yer. Aynı yönde bkz. Ardıçoğlu, a.g.m., s. 42: Ardıçoğlu, bakanlığın merkez, taşra ve bağlı kuruluşlarının idari yapılanmasına ilişkin düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir.

⁴²³ Dilşad Çiğdem Sever, “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da ‘Parthenogenesis’ Olmak”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 2019,ss.1-16. http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Dilsad_Cigdem_Sever.pdf (Erişim Tarihi: 30.10.2019).

⁴²⁴ Günday, a.g.e., s. 395.

⁴²⁵ a.g.e., s. 398.

⁴²⁶ a.g.e., s. 399.

adlandırılmakta ve bu kuruluşlarla bakanlıklar arasında idari vesayet ilişkisi bulunmaktadır⁴²⁷.

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bakanlıkların asli görev alanlarında spesifik bir konuda *özerk* faaliyet göstermek amacıyla özel olarak kuruldukları düşünüldüğünde⁴²⁸, bu kurum ve kuruluşların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğini kabul etmek, bahsi geçen kuruluşların varlık amacıyla örtüşmeyecektir. Sever; Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasının, bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları içerecek şekilde *geniş yorumlanması* hâlinde, Anayasa'da kanunla kurulacağı öngörülenler dışında neredeyse tüm kurum ve kuruluşların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğine dikkat çekmektedir⁴²⁹.

Öğretide bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların Anayasa'nın 106. maddesi kapsamında olup olmadığı hususu, bahsi geçen kuruluşların kamu tüzel kişiliğiyle olan bağı üzerinden değerlendirilmiştir. Kamu tüzel kişiliğine sahip bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların, kuruluş ve işleyişine ilişkin tüm hususların Anayasa'nın 106. maddesi referans alınmaksızın, 123. maddenin 3. fıkrası uyarınca doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği açıktır⁴³⁰. Öte yandan kamu tüzel kişiliği bulunmayan bağlı kuruluşların da Anayasa'nın 106. maddesi uyarınca bakanlık teşkilatı kapsamında kabul edilebileceği ifade edilmiştir⁴³¹. Her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabilirse de, bu yetki *yalnızca kuruluş* ilişkindir. Dolayısıyla teşkilatlanmaya ilişkin istisna geniş yorumlandığı takdirde, söz konusu kuruluşlar Anayasa'nın 106. maddesi kapsamına alınacak ve böylece Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasından farklı olarak, görev ve yetkilerinin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesinin yolu açılacaktır⁴³².

Bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlarının, kuruluşu ile görev ve yetkileri 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin

⁴²⁷ Günday, a.g.e., s. 399.

⁴²⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 185.

⁴²⁹ Sever, a.g.m., ss.1-16.

⁴³⁰ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s.132. Kanımızca, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yetkisi kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu ile sınırlıdır, görev ve yetkiler düzenleme yetkisi kapsamında değildir.

⁴³¹ a.g.e., s. 132.

⁴³² Sever, a.g.m., ss. 1-16.

dayanağını, 3046 sayılı Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 19/A maddesinde yer alan, “Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar...Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Söz konusu kuruluşların özel kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir.” hükmünden aldığı söylenebilir. 3046 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanına, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları, Cumhurbaşkanlığı ve bakanlıklarla ilgilendirme yetkisi tanınmış; Cumhurbaşkanı, bu yetkisini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yaparak kullanmıştır. 3046 sayılı Kanun'un, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ilga edilen 5. maddesinde, “Bakanlıklar, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra ve yurt dışı teşkilatından ve bağlı ve ilgili kuruluşlardan meydana gelir.” düzenlemesi yer almaktaydı. Dolayısıyla bağlı ve ilgili kuruluşların, bakanlık teşkilatı kapsamında olduğuna ilişkin uygulama geleneği devam ettirildiği söylenebilir.

Konuya hukuk devleti ilkesinin teminatı olan kanuni idare ilkesi penceresinden bakıldığında ise, gerçekten de merkezi idare teşkilatının neredeyse tamamının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulduğu, görev ve yetkilerinin de yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlendiği görülmektedir. Bu noktada kanuni idare ilkesinin “etkililiği”nden bahsetmek oldukça zordur. Üstelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin düzenlemelere istisna niteliği atfetmek ve bu kapsamda dar yorum yapmak dahi, kanuni idare ilkesinden beklenen asgari güvenceyi temin etmeye yetmemektedir. Anayasa değişikliği sonrasında, idarenin kuruluşunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin esas, kanunla düzenlenmesinin ise istisna bir hâl aldığı kolaylıkla söylenebilecektir. Zira yeni sistemde Anayasa'da kanunla düzenleneceği açıkça öngörülen idari birimler dışında⁴³³, tüm devlet teşkilatının

⁴³³ Anayasa'da idare bölümünde yer alan ve kanunla düzenlenmesi öngörülen idari teşkilata ilişkin maddeler şunlardır: “Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.” (m.126/3); “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.” (m.127/1-2); “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dizayn edilebilmesi mümkündür⁴³⁴. Şirin, teşkilat hukukunda kanuniliğin esas, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlemenin ise istisna olduğuna ve dar yorumlanması gerektiğine; aksi bir yaklaşımın “idarenin kanuniliği” ilkesinin yerini “idarenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiliği” gibi Türk hukukunda olmayan bir ilkeye bırakması anlamına geleceğine dikkat çekmektedir⁴³⁵.

b. Bakanlıkların Görev ve Yetkilerinin Düzenlenmesi

Anayasa'nın 106. maddesinde bakanlıkların görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasa ile tanınan bu düzenleme yetkisinin, temel hak ve özgürlüklerle olan yakın ilişkisi önem teşkil etmektedir. Bakanlıkların görev ve yetkilerinin, temel hak ve özgürlükler alanına duyarlı olduğu, bu nedenle de bakanlıkların görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi hususunun dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴³⁶. Ülgen; bakanlıkların görev ve yetkilerinin düzenlenmesinden anlaşılması gerekenin, bakanlıkların kendi aralarındaki görev ve yetki paylaşımının

usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” (m.128/2-3); “Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur.” (m.130/1); “Kurulun teşkilatı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esasları kanunla düzenlenir.” (m.131/3); “Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir... Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.” (m.133/1-2); “Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun; kuruluşu, organları, çalışma usulleri ve özlük işleri ile kuruluşuna dahil kurumlar üzerindeki yetkileri kanunla düzenlenir.” (m.134/3); “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.... Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurullar kanunla düzenlenir.” (m.135/1-5); “Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.” (m.136).

⁴³⁴ Sever, a.g.m., ss.1-16.

⁴³⁵ Şirin, a.g.e., s. 185.

⁴³⁶ Ülgen, “İlk Gözlemler”, s.627; Sever, a.g.m., ss.1-16; Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20.

belirlenmesi olduğunu ifade etmiştir⁴³⁷. Benzer bir yaklaşım sergileyen Sever ise; Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan düzenleme yetkisinin, salt idari teşkilatlanmaya ilişkin olarak, hangi birimin ne tür konularda görevli olduğunun belirlenmesi şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir⁴³⁸. Bakanlıkların organik yapılanmalarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olabileceği, ancak bakanlıkların görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴³⁹. Sevgili; bakanlıkların görevlerinin düzenlenmesiyle kast edilenin, bakanlıkların kanunda düzenlenen görevlerinin, bakanlık teşkilatı içerisindeki görev dağılımının yapılması olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁴⁰.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sahip olduğu teşkilatlanma yetkisinin, dar anlamda teşkilatlanma⁴⁴¹ niteliğinde olduğu ve istisnai nitelikteki bu yetkinin dar yorumlanması gerektiği; bunun dışında bir yorumun, temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlandırılabilmesi sonucuna yol açacağı ifade edilmektedir⁴⁴². Her şeyden önce Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğine ilişkin kural, bakanlıkların görev ve yetkilerinin düzenlenmesi bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler de dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "kanunla sınırlama" prensibinin geçerli olduğunu da belirtmek gerekir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanlıklara temel

⁴³⁷ Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", s. 26. "Örneğin, Çevre Bakanlığı ile Şehircilik Bakanlığının ayrı ya da birleşik şekilde teşkilatlanmasına Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle karar verilirken, bu bakanlığın temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak görev ve yetkilerine İmar Kanunu, İskân Kanunu, Yapı Denetimi Kanunu gibi farklı kanunlarda yer verilebilecektir. Daha doğru bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan yetki ve görevler temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının dayanağı olamayacağı için, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yol açacak tüm hususların kanunla düzenlenmesi bir zorunluluk olacaktır." Ülgen Adadağ, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi", s. 273.

⁴³⁸ Sever, a.g.m., ss.1-16.

⁴³⁹ Sevgili Gençay, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", ss. 1-20.

⁴⁴⁰ a.yer.

⁴⁴¹ Sever, a.g.m., s.1-16:"Dar anlamda teşkilatlanma; idari birimlerin oluşturulması ve bunlar arasındaki işbölümü ile iç düzenin düzenlenmesi, üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyecek şekilde çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi ile hak ve özgürlükleri güvence altına alan bazı görevlerin tanımlanmasını ifade eder."

⁴⁴² a.yer. Aynı yönde bkz. Ardiçoğlu, a.g.m., s. 41.

hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelikte yetkiler verilemez⁴⁴³. Ancak bakanlıklara tanınan yetkilerin, çoğu zaman temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğurduğu görülmektedir.

Bakanlıkların görev ve yetkilerini düzenleyen 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına gelecek düzenlemelere yer verildiği söylenebilir⁴⁴⁴. Öğretide, özellikle İçişleri Bakanlığı'na tanınan görev ve yetkilerin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracak nitelikte olduğuna işaret edilmektedir⁴⁴⁵. 1 sayılı Kararname'nin 254. maddesinde İçişleri Bakanlığı'nın görev ve yetkileri⁴⁴⁶ arasında sayılan *yurdun iç güvenliğinin ve asayişinin ile kamu düzeninin ve genel ahlakın korunması*, kolluk faaliyeti kapsamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucu doğuracak yetkileri de içermektedir⁴⁴⁷.

Temel hak ve özgürlükler alanına müdahale niteliği taşıyan benzer yetkiler, diğer bakanlık teşkilatlarına ilişkin düzenlemeler bakımından da dikkat çekmektedir. 1 sayılı Kararname'nin Dışişleri Bakanlığı'na ilişkin 164. maddesinde yer alan, *“Bakanlık, kendi yapacağı yarışma sınavları ile alacağı memurlar başta olmak üzere, yurtiçi ve yurtdışı teşkilatında istihdam edeceği personel ve eşleri için güvenlik soruşturması yaptırabilir. Güvenlikle bağlantılı gerekçelerle, Bakanlık memurları evlenmeden önce Bakanlığın iznini almakla yükümlüdür.”* düzenlemesiyle Dışişleri Bakanlığı'na, istihdam edeceği personel ve eşleri için güvenlik soruşturması yapma

⁴⁴³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 934; Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi”, ss. 310-314: “...Anayasa'nın 106. maddesinin özel hüküm olduğu gerekçesiyle, Anayasa'nın ilgili maddeleri ile 13. maddesi ve 104/17. maddesiyle bağlı olmaksızın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verdiği şeklinde bir yorum yapılamaz.”

⁴⁴⁴ Yasin, a.g.m., s. 324.

⁴⁴⁵ Ardıçoğlu, a.g.m., s.42; Yasin, a.g.m., s. 324; Sever, a.g.m., ss.1-16.

⁴⁴⁶ “İçişleri Bakanlığının görev ve yetkileri şunlardır: a) Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak, b) Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak, c) Karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemek, ç) Suç işlenmesini önlemek, suçluları takip etmek ve yakalamak, d) Her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek...” Kararnamede sayılan bu görev ve yetkilerin kolluk faaliyeti ve dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerle yakın ilişki içerisinde olduğu görülmektedir.

⁴⁴⁷ Yasin, a.g.m., s. 324; Ardıçoğlu, a.g.m., s. 42:“Somutlaştırmak gerekir ise, Anayasa hükümleri uyarınca, İçişleri Bakanlığının merkez, taşra ve bağlı kuruluşlarının idari yapılanmasına ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabilecek, ancak bu idari birimlerin tesis edeceği idari işlemlerin başta sebep ve konu ögesi gibi unsurları 04.07.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun konusu olmasına devam edecektir.”

yetkisi verilmiştir. Bu yetki Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile doğrudan ilişkilidir.

Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. Bu kapsamda Dışişleri Bakanlığı'na verilen bu yetki, öncelikle kişi hak ve ödevlerine ilişkin bir konu olmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlendiği için Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırıdır. Kararname'de düzenlenen bu yetki, kişisel verilerin korunması diğer bir ifadeyle özel hayatın gizliliğini güvence altına alan Anayasa'nın 20. maddesine, ayrıca temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. 164. maddenin devamında Bakanlık memurlarının güvenlik gerekçesiyle evlenmeden önce Bakanlığın iznini almakla yükümlendirilmesi, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" hükmüne aykırı olduğu gibi; ailenin korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 41. maddesine de aykırıdır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda devlet memurluğuna atanmada esas alınacak kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına ve işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesini Anayasanın 13., 20. ve 128. maddelerine aykırı bulmuştur: "Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; üçüncü fıkrasında da '*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*' denilerek kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur. Anayasa'nın 13. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında '*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır*' hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin kuralların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, insan onurunun korunması ve bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık

Dışışleri Bakanlığı personeli ile ilgili getirilen bu düzenlemeler, Dışışleri Bakanlığı'nın faaliyetlerin niteliği ve dolayısıyla Bakanlık personelinin özel durumu nedeniyle, Anayasa değişikliği öncesinde de mevcut olup, 6004 sayılı Kanun'da düzenlenmekteydi⁴⁴⁹. Ancak Anayasa değişikliği sonrası bahsi geçen konuların, 6004 sayılı Kanun'da muhafaza edilmesi gerekirken, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenmesi, hükümet sistemi değişikliğinin *olağan bir sonucu* olarak kabul edilebilecek nitelikte değildir. Zira Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlükler alanına müdahale niteliği taşıyan bu konunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği açıktır. En nihayetinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yönünden yürütme yetkisinin kapsamı aşılarak, yasama yetkisinin sınırlarına girilmesi ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı düzenleme yapılması söz konusudur⁴⁵⁰.

İdari teşkilat içerisinde öyle bazı bakanlıklar var ki, sahip oldukları görev ve yetkiler hem temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucu doğurmakta hem de Anayasa'da özellikle kanunla düzenleneceği öngörülen konuların yetki alanına müdahale niteliği taşımaktadır. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı⁴⁵¹ ile Ulaşım ve Altyapı

rızasıyla işlenebilir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin açık, anlaşılabilir ve söz konusu hakkın kullanılabilmesine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmî makamların keyfî müdahalelerine karşı korunması mümkün hâle gelebilir. Bu bağlamda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen veriler kişisel veri niteliğindedir. Kuralla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kamu mercileri tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması da dâhil olmak üzere bir bireyin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınması, kaydedilmesi ve kullanılması özel hayata saygı hakkına sınırlama niteliğindedir.” Anayasa Mahkemesi E.2018/73; K.2019/65; K.T.24.07.2019. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.12.2019).

⁴⁴⁹ 6004 sayılı Kanun'un Mülga 20. maddesi: “Bakanlık, kendi yapacağı yarışma sınavları ile alacağı memurlar başta olmak üzere, yurtiçi ve yurtdışı teşkilatında istihdam edeceği personel ve eşleri için güvenlik soruşturması yaptırabilir. Güvenlikle bağlantılı gerekçelerle, Bakanlık memurları evlenmeden önce Bakanlığın iznini almakla yükümlüdür. İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır.”

⁴⁵⁰ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 42.

⁴⁵¹ Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görev ve yetkilerini düzenleyen 1 sayılı Kararname'nin 97. maddesinde yer verilen bazı yetkilerin, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı etkileri olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda; “*yerleşmeye, çevreye ve yapılaşmaya dair imar, çevre, yapı ve yapım mevzuatını hazırlamak, uygulamaları izlemek ve denetlemek, Bakanlığın görev alanı ile ilgili mesleki hizmetlerin norm ve standartlarını hazırlamak, geliştirmek, uygulanmasını sağlamak ve ilgililerin kayıtlarını tutmak*”; “*faaliyetleri sonucu alıcı ortamlara katı, sıvı ve gaz halde atık bırakarak kirlilik oluşturan veya oluşturması muhtemel her türlü tesis ve faaliyetin, çevresel etkilerini değerlendirmek; alıcı ortamlar ile ilgili ölçüm ve izleme çalışmalarını yapmak; bahse konu tesis ve faaliyetleri izlemek, izin vermek, denetlemek ve gürültünün kontrol edilmesini sağlamak*”; “*Depreme karşı*

Bakanlığı bu duruma örnek gösterilen bakanlıklardandır⁴⁵². Anayasa'nın 127. maddesinde mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. Anayasa koyucu, mahallî idareleri tanımladığı 127. maddenin 1. fıkrasında⁴⁵³ kanunilik ilkesini, mahallî idarelerin kurucu unsuru hâline getirmiştir⁴⁵⁴. Bu doğrultuda, Anayasa'nın 127. maddesinin münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olduğu ve mahallî idarelerin, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği açıktır. Ancak uygulamada 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bazı hükümlerinin, mahallî idarelerin yetki alanına müdahale niteliği taşıdığı söylenebilecektir. Örneğin; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın görev ve yetkilerine ilişkin Kararname'nin 97. maddesinde düzenlenen “mahalli idareleri ve bunların merkezi idare ile olan alaka ve münasebetlerini düzenlemek” yetkisiyle Bakanlığa, mahallî idareleri düzenleme yetkisi verilmiştir⁴⁵⁵. Bahsi geçen “mahallî idareleri düzenleme” yetkisinin kapsamı ve sınırları konusunda belirsizlik mevcuttur ve söz konusu hüküm bu hâliyle kanuni idare ilkesinin katı bir şekilde

dayanaksız yapılar ile imar mevzuatına, plan, proje ve eklerine aykırı yapıların ve bunların bulunduğu alanların dönüşüm projelerini ve uygulamalarını yapmak veya yaptırmak” gibi yetkiler örnek olarak verilmiştir. Yasin, a.g.m., s. 324.

⁴⁵² Sever, a.g.m. ss.1-16. Benzer yönde bkz. Yasin, a.g.m., 324.

⁴⁵³ Anayasa Madde 127/1: “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.”

⁴⁵⁴ Akbulut, a.g.e., s. 134.

⁴⁵⁵ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin mahallî idarenin yetki alanına müdahale niteliğinde değerlendirilebilecek hükümlere ilişkin örnekler çoğaltılabilir: Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na ilişkin 97. maddede; “Gecekondu, kıyı alanları ve tesisleri ile niteliğinin bozulması nedeniyle orman ve mera dışına çıkarılan alanlar dâhil kentsel ve kırsal alan ve yerleşmelerde yapılacak iyileştirme, yenileme ve dönüşüm uygulamalarında idarelerce uyulacak usul ve esasları belirlemek; Bakanlıkça belirlenen finans ve ticaret merkezleri, fuar ve sergi alanları, eğlence merkezleri, şehirlerin ana giriş düzenlemeleri gibi şehirlerin marka değerini artırmaya ve şehrin gelişmesine katkı sağlayacak özel proje alanlarına dair her tür ve ölçekte etüt, harita, plan, parselasyon planı ve yapı projelerini yapmak, yaptırmak, onaylamak, kamulaştırma, ruhsat ve yapım işlerinin gerçekleştirilmesini sağlamak, yapı kullanma izinlerini vermek ve bu alanlarda kat mülkiyeti kurulmasını temin etme”; “Mekânsal strateji planlarını ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak suretiyle hazırlamak ve mahalli idarelerin plan kararlarının bu stratejilere uygunluğunu denetlemek” düzenlemelerine yer verilmiştir. Aynı doğrultuda Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na ilişkin 485. maddede; “Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, gerçek ve tüzel kişilerce yaptırılacak (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapılarının proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak”; “Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idareleri tarafından yaptırılacak teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak” yetkileri düzenlenmiştir. Sayılan yetkilerden bazılarının mahallî idareler üzerinde idari vesayet yetkisi niteliğinde olması ve bu durumun Anayasa'nın 127. maddesine aykırılığı hakkında bkz. Yasin, a.g.m., ss. 328-330.

düzenlendiği Anayasa'nın 127. maddesine aykırılık teşkil eder. Yine 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü'nü düzenleyen 100. maddesinde yer verilen “mahalli idarelerin teşkilat, araç ve kadro standartlarını tespit etmek” yetkisinin de geniş yorumlandığı takdirde Anayasa'nın 127. maddesiyle uyumsuz olacağı düşünülmektedir.

Merkezi idare teşkilatı içerisinde yer alan bakanlıklar, görev alanlarına giren kamu hizmetlerini, devlet tüzel kişiliği adına yürütmektedir⁴⁵⁶. Bakanlıkların kendi görev alanlarında kamu hizmetini yürütebilmeleri ve toplumsal kamu düzenini sağlayabilmeleri için birtakım hak ve yetkilerle donatılmaları gerekmektedir. Ancak bakanlıklara tanınan bu yetkiler, bakanlıkların kuruluş ve teşkilatlanmalarından farklı olarak temel hak ve özgürlüklerle yakından ilişki içerisinde olmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen *mutlak yasallık kaydına*⁴⁵⁷ dikkat çeken Yasin, bakanlıkların kamu düzeninin korunmasına ilişkin yetkilerinin kapsamı, esas ve usullerini belirleyecek çerçeve bir kanun çıkarılmasını önermekte; böylece temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların kanuni dayanağa kavuşturulacağını ifade etmektedir⁴⁵⁸.

c. Bakanlık Teşkilatında İstihdam Edilen Kamu Personeli

Bakanlık teşkilatlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması bakımından önem teşkil eden hususlardan biri de Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca, bakanlıklarda istihdam edilen kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Aksi yönde bir düzenleme, hem Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” hükmüne hem de Anayasa'nın

⁴⁵⁶ Günday, a.g.e., s. 391.

⁴⁵⁷ Akbulut, a.g.e., s. 256.

⁴⁵⁸ Yasin, a.g.m., s. 325.

128. maddesine aykırı olacaktır. Zira Anayasa'nın 128. maddesinde düzenlenen kamu görevlilerinin hukuki rejimi, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan birini oluşturmaktadır. Bu kapsamda bakanlık teşkilatlarının düzenlenmesi konusunda Cumhurbaşkanına yetki verilmiş ise de, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasının Cumhurbaşkanının sahip olduğu düzenleme yapma yetkisini sınırlandırdığı söylenebilir⁴⁵⁹.

İdare, yürüttüğü faaliyetleri fiilen yerine getirecek gerçek kişilere ihtiyaç duymakta; bu ihtiyacını da “kamu personeli” çatısı altında bulunan kişiler aracılığıyla karşılamaktadır⁴⁶⁰. Öğretide “personel” kavramı, *idareyi temsil konumunda bulunan yöneticilerden yardımcı hizmetleri gerçekleştiren kimselere kadar idarede her türlü isim ve unvan altında çalışan kişiler* olarak tanımlanmıştır⁴⁶¹. Bu tanım, geniş anlamda kamu görevlisi kavramına karşılık gelmekle birlikte, idare hukuku bakımından önem teşkil eden, Anayasa'nın 128. maddesinde düzenlenen dar anlamda kamu görevlileridir⁴⁶². Anayasa'nın 128. maddesinde idare hukuku kurallarına göre istihdam edilen⁴⁶³ “kamu görevlileri”ne ayrı bir hukuki statü tanındığı görülmektedir. Bu kapsamda Anayasa'nın 128. maddesinde “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” hükmünde kamu görevlisi tanımına yer verilmiş; aynı maddenin 2. fıkrasıyla kamu görevlileri bakımından ayrı bir kanunilik vurgusu yapılmıştır⁴⁶⁴.

İdarenin kanunla kurulması; idarenin personelinin niteliğinin, haklarının, ödevlerinin ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesini de kapsamına almaktadır⁴⁶⁵. İdarenin kuruluşu kapsamında kamu personeli ile ilgili konular, doğrudan

⁴⁵⁹ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 129.

⁴⁶⁰ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 573; Akbulut, a.g.e., s. 203.

⁴⁶¹ Akbulut, a.g.e., s. 203.

⁴⁶² Günay, a.g.e., s. 580: “*Geniş anlamda kamu görevlisi*, hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın, kamu kesiminde ve de Devletin bütün organlarında görev yapan herkesi ifade etmektedir. Bu anlamda, Cumhurbaşkanından kamuya ait bir fabrikada çalışan işçiye kadar herkes kamu görevlisidir. *Dar anlamda kamu görevlisi ise*, devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmektedir.”

⁴⁶³ a.g.e., s. 581.

⁴⁶⁴ Akbulut, a.g.e., s. 205.

⁴⁶⁵ a.g.e., s. 203.

düzenlenebileceği gibi, personel rejimini düzenleyen bir başka kanuna atıf yapılarak da belirlenebilir⁴⁶⁶. Her iki durumda da idarenin personeline ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi şartının gerçekleştirildiği söylenmektedir⁴⁶⁷. Dolayısıyla idarenin faaliyetlerini yerine getiren personelin tümünün nitelikleri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile özlük hakları bakımından, Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenleme zorunluluğundan bahsedilebilir. Buna karşın, memurlar ve diğer kamu görevlileri için kanunla düzenleme kaydı Anayasa'nın 128. maddesinde ayrıca öngörüldüğünden, kamu görevlisi statüsündeki personel bakımından kanunla düzenleme şartı, Anayasa'nın hem 123. maddesi hem de 128. maddesinden kaynaklanmaktadır⁴⁶⁸.

Kamu personeline ilişkin ilke ve kuralların, idarenin kanunla kurulması kuralı kapsamında yer alması, Anayasa değişikliği sonrasında bakanlık teşkilatında görevli olan personele ilişkin hukuki rejimin tespit ve tayini bakımından da önem arz etmektedir. Bu doğrultuda mevzuatta yapılan değişiklikler kapsamında, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kimi bakanlıkların teşkilat kanunları tümüyle yürürlükten kaldırılırken, kimilerinin ise temel hak ve özgürlükler ile kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin bazı düzenlemeler dışında kalan hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁶⁹. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi yasak konular ise ilgili kanun hükümlerini değiştirmek veya mevcut hükümlere ek düzenlemeler getirmek suretiyle kanunda muhafaza edilmiştir.

⁴⁶⁶ Akbulut, a.g.e., s. 204:“657 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir idareyi kurarken personelini ‘memur’ olarak isimlendiren ya da 657 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan bir idareyi kurarken personel konusunda 657 sayılı Kanun’a atıf yapan bir yasa, personel konusunda kanunla kurulmanın gereklerini yerine getirmiş olacaktır. Yine idarelerde görev yapan personele ilişkin temel hususların, istihdam konusunda bir başka genel yasa olan 4857 sayılı İş Kanunu’na atfen düzenlenebilmesi mümkündür.”

⁴⁶⁷ a.yer.

⁴⁶⁸ Akbulut, a.g.e. , s. 205. Akbulut, kamu görevlisi olan personel bakımından Anayasa'nın 123 ve 128. maddelerinden kaynaklanan kanunla düzenleme koşulunun, kamu görevlisi statüsünde bulunmayan idare personeli açısından sadece Anayasa'nın 123. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğuna dikkat çekmiş; Anayasa Mahkemesi'nin kamu görevlisi statüsünde bulunmayan personele ilişkin temel hususların kanunla belirlenmemesini Anayasa'ya aykırı bulmadığını ayrıca belirtmiştir. Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Akbulut, a.g.e., ss. 203-209.

⁴⁶⁹ Sever, a.g.m., ss.1-16. Örneğin, Milli Eğitim Bakanlığı personeli olan öğretmenlerin atanma usul ve esasları, 652 sayılı Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de korunmuş, bakanlığın teşkilatlanmasına ilişkin düzenlemeler ise yürürlükten kaldırılmıştır.

Örneğin; 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Dışişleri Bakanlığı'nın kuruluş ve görevlerini düzenleyen 6004 sayılı Kanun'un⁴⁷⁰ bakanlığın kuruluş, teşkilat ve personeline ilişkin düzenlemeler içeren birçok hükmü ilga edilmiştir. Buna karşın, bakanlık personeli kapsamında yer alan meslek memurlarının mesleğe kabul şartları ile aylık ve ödeneklerine ilişkin mali hükümler 6004 sayılı Kanun'da muhafaza edilmiştir. Benzer şekilde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın teşkilat ve görevlerini düzenleyen 3146 sayılı Kanun'un⁴⁷¹, bakanlık personelinin aylık ve ödeneklerine ilişkin düzenleme niteliği taşıyan Ek 3. maddesi dışında neredeyse tüm hükümleri ilga edilmiştir. Görüldüğü üzere, özellikle Anayasa'nın 128. maddesinde düzenlenen kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerine ilişkin mali hükümler ile Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen ve siyasi haklardan olan *kamu hizmetine girme hakkı* bakımından Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki temel kurallara riayet edilmiştir⁴⁷².

Öte yandan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan Dışişleri Bakanlığı'nda görevli personeli düzenleyen hükümler incelendiğinde, 160. madde ve devamında *meslek memurlarının* görevleri ile merkez ve yurtdışı teşkilatlarında görevli memurların görev, yetki, unvan, görev süresi ve kadrolarına ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Dışişleri Bakanlığı bünyesinde görevlendirilen meslek memurlarına ilişkin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer alan düzenlemelerin, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

⁴⁷⁰ 6004 sayılı Kanun'un adı, "Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun" iken, 2 Temmuz 2018 tarih 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesiyle "Dışişleri Bakanlığı Personeline İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir.

⁴⁷¹ 3146 sayılı Kanun'un adı, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" iken, 2 Temmuz 2018 tarih 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesiyle "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Alanında Bazı Mali Hükümler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir.

⁴⁷² 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan bakanlık teşkilatlarında görevli personelleri düzenleyen hükümlerde; uzman istihdamına ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na; geçici personel, müfettiş, denetçi gibi personeller ile sözleşmeli personel istihdamına ilişkin olarak ise 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye yollama yapıldığı görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yeni istihdam türleri oluşturulduğu ve yeni personel rejiminde 657 sayılı Kanun uygulamasının ikincil düzeye çekildiği hakkında bkz. Muhammed Göçgün, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yeni İstihdam Türleri" *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, ss. 95-110.

Son olarak değinilmesi gereken konu, kamu kurum ve kuruluşlarında kamu personeli kadrolarının ihdas ve iptalinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenip düzenlenemeyeceğidir⁴⁷³. Anayasa Mahkemesi geçmiş dönem kararlarında⁴⁷⁴, kadroların ihdas ve iptaline ilişkin temel düzenlemelerin Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında yer aldığına ve ancak kanunla düzenlenebileceğine karar vermiştir:

“ İdarenin kanuniliği ilkesi, bakanlık birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir. Kadrolar, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşuludur. Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro unvanı ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte, idarede istihdam edilecek ve genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa edecek personelin niteliklerinin kanun ile belirlenmesi aynı zamanda Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir. Buna göre bakan yardımcılığı kurumu da Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan, bunların kadrolarına ve bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin temel kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.”

Bu doğrultuda, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında yer alan ve kanunla düzenlenmesi gereken kadro ihdas ve iptallerinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile gerçekleştirilmesinin Anayasa'ya aykırılığından söz edilmesi mümkündür. Öğretide, bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliklerini kurma yetkisini haiz Cumhurbaşkanının, söz konusu idari birimlerle sınırlı olmak kaydıyla kadro ihdas yetkisine de sahip olduğunun kabul edilebileceği; ancak bu kapsamda yer almayan kamu kurumları kadrolarının ihdas yetkisinin, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca yasama organına ait olduğu ileri sürülmektedir⁴⁷⁵. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararında⁴⁷⁶ da belirttiği

⁴⁷³ Uygulamada 10 Temmuz 2018 tarih ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmıştır.

⁴⁷⁴ Anayasa Mahkemesi E. 2011/89, K. 2013/29, K.T. 14.02.2013. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr. (Erişim Tarihi:01.12.2019). Karara dikkat çeken bkz. Yasin Söyler, “Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenebilir mi?”, *Yasama Dergisi*, S.39 (2019), s. 67.

⁴⁷⁵ Söyler, “Kariyer Uzmanlık Statüsü”, s. 69.

⁴⁷⁶ Anayasa Mahkemesi aynı yönde verdiği bir diğer kararında kamu görevlilerinin statülerinin ve bu statüleri ile yakından ilgili olan kadroların ihdası ve kaldırılması konularının kanunla düzenlenmesi gerektiğini içtihat etmiştir: “Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.' hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve

üzere; kadro unvanı ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri arasında bulunan sıkı bağ, kadro ihdas yetkisinin Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası uyarınca münhasır kanun alanı kapsamında olduğunu göstermektedir. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası doğrultusunda, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı da göz önüne alındığında, kadro ihdas ve iptallerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi mevcut Anayasal düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla uyum göstermemektedir.

2. Kamu Tüzel Kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kurulması

Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, “*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*” hükmü, idarenin kuruluşunun kanuna dayanması zorunluluğunun ilkesel ifadesi olan kanuni idare ilkesine getirilmiş bir istisna olarak değerlendirilmektedir⁴⁷⁷. Anayasa değişikliği öncesinde, kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanarak idari bir işlem ile

organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında ise 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.' hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının kapsamına giren kişilerin statülerine ve özlük haklarına ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılması gerektiği, bu konuların düzenlenmesinin idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olacağı hususu vurgulanmıştır. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin yasayla düzenlenmesini de içerir. Kadrolar, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşuludur. Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro unvanı ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte, ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinde istihdam edilecek personelin niteliklerinin Yasa ile belirlenmesi gerekir. EPDK'nun da içinde yer aldığı düzenleyici ve denetleyici kurumlar, yasayla kurulmuş olan kamu tüzel kişileridir ve bunlar Anayasanın 123. maddesinde ifade edildiği üzere, idarenin bütünlüğü içinde yer alırlar ve yasayla düzenlenmeleri gerekir. İdarenin yasallığı ilkesi ise, idarenin organlarının/hizmet birimlerinin de yasayla düzenlenmesini gerektirir. Keza, düzenleyici ve denetleyici kurumlarca gerçekleştirilen ve genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden kamu görevlilerinin statüleri, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yasayla düzenlenmek durumundadır. Aynı şekilde, idarenin sahip olacağı kadroların ihdası ve kaldırılması konuları da kamu görevlilerinin statüsü ile yakından ilgili olduğundan bu alanın da yasayla düzenlenmesi gerekmektedir.” Anayasa Mahkemesi E. 2009/90, K.2011/47, K.T. 10.03.2011, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi:01.12.2019)

⁴⁷⁷ Yasin, a.g.m., s. 316.

kurulabilen kamu tüzel kişiliği, artık kanun veya doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilmektedir. Kanuna dayanmaksızın çıkarılan idari bir işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulması, kanuni idare ilkesi anlamında ciddi tartışmalar ile muhtemel sorunları gündeme getirmiştir. Bu nedenle, kamu tüzel kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilmesi aşağıda kapsamlı bir şekilde değerlendirilecektir.

a. Kamu Tüzel Kişiliği Kurma Yetkisi

Kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna ilişkin yeni düzenleme doğrultusunda; kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi, Anayasa tarafından yasama ve yürütme organlarına aynı kuvvette tanınmıştır. Anayasa değişikliği öncesinde yürütme organının sahip olduğu kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi kanuna dayanmak zorunda olduğu hâlde, yürürlükteki düzenleme uyarınca artık böyle bir zorunluluktan bahsedilemez. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasa'dan aldığı yetki kapsamında çıkardığı Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, kamu tüzel kişiliği kurulabilmesi mümkündür.

Öğretide kanunla, Cumhurbaşkanına kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi verilip verilemeyeceği tartışılmıştır. Doğrudan kamu tüzel kişiliği kurma yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanına, kanunla esas ve usulleri belirlenmek suretiyle kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını savunan Yasin; aksi yönde bir yorumun, Anayasa değişikliğinin anlam ve amacıyla bağdaşmayacağını ileri sürmektedir⁴⁷⁸. Kamu tüzel kişiliği kurma yetkisini bizzat Anayasa'dan alan Cumhurbaşkanının, kamu tüzel kişiliği kurma hususunda kanunla ayrıca yetkilendirilmesinde Anayasa'nın bütünlüğüne ters düşen bir yön bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yasama organının temel esasları kanunla belirledikten sonra, kamu tüzel kişiliği kurulması hususunda Cumhurbaşkanını yetkilendirmesi, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanına tanınan kararnama çıkarma yetkisinin

⁴⁷⁸ Yasin, a.g.m., s. 323.

takdiri niteliği ve Cumhurbaşkanının kanunla yetkilendirilmesinin uygulamada yol açacağı hukuki karmaşa⁴⁷⁹ nedeniyle bu yönde bir tercih yapılmaması isabetli olacaktır.

Yasin, kanunda verilen yetkiye dayanarak kamu tüzel kişiliği kuran Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, *idari işlem niteliğinde* olduğunu, bu nedenle de yargısal denetiminin idari yargının görev alanına girdiğini ifade etmiştir⁴⁸⁰. Anayasa'nın 148. maddesinin açık hükmü uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini yapma görev ve yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Bu nedenle kanuna dayanarak çıkarılmış olsa dahi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin idari yargının görev alanına girdiğini kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Öte yandan bu yorum, Cumhurbaşkanının kanunda verilen yetkiyi, yargısal denetimi idari yargıya tabi olan *Cumhurbaşkanı kararıyla* kullanacağı düşüncesine dayanmakta ise, bu yaklaşımın Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu da açıktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki; Cumhurbaşkanı kamu tüzel kişiliği kurma konusunda sahip olduğu yetkiyi *sadece* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapmak suretiyle kullanabilecektir. Zira Anayasa değişikliği sonrasında kamu tüzel kişiliği kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmak zorundadır. Artık *kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak* kamu tüzel kişiliği kurulması mümkün olmadığından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında başka bir idari işlem ile kamu tüzel kişiliği kurulması, Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir⁴⁸¹. Bu kapsamda Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı kararı veya Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ile kamu tüzel kişiliği kurması söz konusu olamayacaktır.

b. “Kamu Tüzel Kişiliği Kurulması” Kavramının Anlamı ve Kapsamı

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesinin sınırlarını belirleyebilmek için, “kamu tüzel kişiliği kurulması” ifadesinin anlam ve

⁴⁷⁹ Volkan Aslan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1(2019), ss.155-156.

⁴⁸⁰ Yasin, a.g.m., s. 323.

⁴⁸¹ Aynı yönde bkz. Sever, a.g.m., ss.1-16 ; Gözler, *İdare Hukuku*, ss. 205-206.

kapsamının açıklanması gerekmektedir. Akbulut, idarenin kurulması kavramını açıklarken; “kurulma” kavramının, “hukuken varlık kazanma” ve “organize edilme, düzenlenme” olarak iki farklı anlama sahip olduğunu belirtmiştir⁴⁸². İdare kavramının, kamu tüzel kişiliğini de kapsamına alan bir anlamı olduğu düşünüldüğünde, “kurulma” kavramına yüklenen bu anlam, kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu bakımından da geçerli olacaktır. Kamu tüzel kişiliğinin hukuken varlık kazanması, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yeni bir idari birim oluşturulmasıdır. Kamu tüzel kişiliğinin organize edilmesi ise, kurulan idari teşkilatın amacının, organlarının, personelinin, bütçesinin, mallarının ve diğer unsurlarının düzenlenmesi anlamına gelmektedir⁴⁸³.

Kamu tüzel kişiliği, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurularak hukuken varlık kazandığı gibi; kurulan kamu tüzel kişiliğinin kuruluş amacı ve kapsamı, teşkilat yapısı, bütçesi gibi hususlar da “kurulma” kapsamında kabul edilerek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecektir. Ancak Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında “kamu tüzel kişiliğinin kurulması” ifadesine yer verilirken, kamu tüzel kişiliğinin görev ve yetkilerine ilişkin bir düzenleme yapılmadığından, kamu tüzel kişiliğinin görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği düşünülmektedir. Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrasında idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüş; 123. maddenin 3. fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin *yalnızca kuruluşunun* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen yetkinin, *dar anlamda teşkilatlanmaya* ilişkin bir yetki olduğu ve kamu tüzel kişiliğinin görevlerini kapsamına almadığı kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Anayasa’nın 106. maddesinde bakanlıkların kurulmasının yanı sıra görev ve yetkilerinin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin açıkça belirtilmesine karşın, 123. maddede kamu tüzel kişiliğinin görev ve yetkilerine ilişkin özel bir ibareye yer verilmemesi, bu yorumu desteklemektedir.

⁴⁸² Akbulut, a.g.e., ss. 158-159.

⁴⁸³ a.g.e., s. 177.

⁴⁸⁴ Sever, a.g.m., ss.1-16.

İdarenin kuruluşu ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrası ve dolayısıyla kanuni idare ilkesi uyarınca, idarenin görevlerinin kanunla düzenlenmesi prensibi devam etmektedir. Her ne kadar Anayasa'da *kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu bakımından* ayrık bir hüküm tesis edilerek Cumhurbaşkanlığı kararnamesine düzenleme yetkisi verilmişse de, bu yetki dar yorumlanmalı ve kamu tüzel kişiliğinin görevleri bu kapsama dahil edilmemelidir. Ancak uygulamada çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri incelendiğinde, kamu tüzel kişiliklerinin görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlendiği görülmektedir.

c. Kamu Tüzel Kişiliği Kurulmasında Yetki Paylaşımı: Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi

Anayasa'nın 123. maddesinde, kamu tüzel kişiliği kurulması hususunda kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ortak yetkili kılınmıştır. Bu ortak düzenleme alanında kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında nasıl bir ilişki olduğu açık değildir. Nitekim kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenip düzenlenemeyeceği, yine aynı doğrultuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan kamu tüzel kişiliğinin kanunla ilga edilip edilemeyeceği gibi hususlar öğretilerde tartışılmaktadır⁴⁸⁵.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu, amacı, görev ve yetkileri veyahut teşkilat yapısına ilişkin konularda kanunla düzenleme yapılmasını engelleyen bir hüküm Anayasa'da yer almamaktadır. Kaldı ki, yasama yetkisinin genelliği ilkesi kapsamında, Anayasa'da yasama organının düzenleme yapma yetkisinin sınırlandırıldığı bir konu da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği, yasama organı tarafından kanunla yeniden düzenlenebilir. Bu hâlde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilga edilmesinden değil, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca hükümsüz hâle gelmesinden söz edilecektir. Öğretilerde kanunda yer alan düzenlemelerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile çatışma içinde bulunmaması hâlinde, kanunda aksine

⁴⁸⁵ Yasin, a.g.m., ss. 319-320.

bir hüküm yok ise, kararnamenin kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmaya devam edebileceği savunulmaktadır⁴⁸⁶.

Öte yandan kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilga edilemeyeceği gibi; Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca kanunda açıkça düzenlenmiş bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağından, kanunla *aynı konuda* ayrı bir kamu tüzel kişiliği kuran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Yine benzer şekilde kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğinin teşkilat yapısı, mali hükümleri, görev ve yetkilerine ilişkin ek düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez⁴⁸⁷. Her ne kadar Anayasa'nın 123. maddenin 3. fıkrasında kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesine *birlikte* verilmiş ise de, 123. maddenin 1. fıkrası uyarınca idari teşkilatın kuruluşunda esas yetki yasama organına aittir. Kaldı ki Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki açık hükümler uyarınca kamu tüzel kişiliği kurulmasında da, kanunun önceliği ve üstünlüğü söz konusu olduğundan; kamu tüzel kişiliğinin kuruluş kanununda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile değişiklik yapılması veya bu kanunun, kararnameyle yürürlükten kaldırılması mümkün değildir⁴⁸⁸.

Her ne kadar Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında *kamu tüzel kişiliğinin kaldırılmasından* bahsedilmemiş ise de, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğinin varlığına yetki ve usulde paralellik prensibi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile son verilebilir. Yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan kamu tüzel kişiliği, yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunla kaldırılabilirken; kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğinin varlığına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile son verilemez⁴⁸⁹. Bu son çıkarımın dayanağı, yasama organının iradesinin, yasama yetkisinin niteliği gereği, Cumhurbaşkanının iradesine üstün tutulmasıdır.

⁴⁸⁶ Yasin, a.g.m., s. 319.

⁴⁸⁷ a.yer.

⁴⁸⁸ Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s. 28. Yasin; aksi bir yaklaşımın benimsenmesi hâlinde, aynı kamu tüzel kişiliğinin teşkilat yapısı, görev ve yetkilerinin hem kanunda hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenmesi gibi hukuken kabul edilemez bir durumun ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Yasin, a.g.m., s. 319.

⁴⁸⁹ Yasin, a.g.m., s. 320; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 136.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliği niteliğini bizzat Anayasa'dan alan üniversitelerin, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olduğundan, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması mümkün olmadığı gibi; üniversitelerin, kamu tüzel kişiliklerine ancak kanunla son verilebilir. Benzer şekilde, kamu tüzel kişiliği niteliğini Anayasa'nın 128. maddesinden alan mahallî idarelerin, kuruluş esaslarının kanunla belirleneceği öngörüldüğünden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması ve kaldırılması söz konusu değildir.

Kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunda, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki ilişkiyi belirlemeye yönelik farklı bir örnek, 702 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁴⁹⁰ ile kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz Nükleer Düzenleme Kurumu'dur. 702 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinde, Kurum'un düzenleyeceği faaliyet, konu ve alanları ile Kurum'un görev ve yetkilerinin *Cumhurbaşkanınca* belirleneceği hükmüne yer verilmiştir. Nükleer Düzenleme Kurumu, 702 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamu tüzel kişiliği kazanmış; 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 785 ve devamı maddelerinde, Kurum'un kuruluşu, işleyişi, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Ancak 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ilk hâlinde, Kurum'un görev ve yetkileri düzenlenmemiş; 14 sayılı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin⁴⁹¹ 26. maddesiyle, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ilgili kısmına Kurum'un görev ve yetkilerine ilişkin hükümler eklenmiştir. Bu kapsamda kanun hükmünde kararnameyle kurulan Nükleer Düzenleme Kurumu'nun teşkilat yapısı, görev ve yetkileri 702 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de *yetkilendirilen* Cumhurbaşkanı tarafından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiştir. Her ne kadar 702 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, Kurum'un görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanı tarafından hangi işlem türü ile düzenleneceği açıkça belirtilmese de, öğretide bu asli düzenleme yetkisinin ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanılabileceği savunulmaktadır⁴⁹². Kamu

⁴⁹⁰ Resmi Gazete, 09.07.2018, S. 30473.

⁴⁹¹ Resmi Gazete, 24.07.2018, S. 30488.

⁴⁹² Sever, a.g.m., ss.1-16.

tüzel kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında başka bir idari işlemle kurulmasının Anayasa'ya aykırı olacağı düşünüldüğünde, bu yaklaşımın isabetli olduğu açıktır.

Ne var ki, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 790. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak çıkarılan Nükleer Düzenleme Kurumu Teşkilat Yönetmeliği'nin⁴⁹³ 5. maddesinde Kurum'un görev ve yetkilerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş ve bu düzenlemeye 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer almayan yeni görev ve yetkiler de eklenmiştir. Kamu tüzel kişiliğini haiz Nükleer Düzenleme Kurumu'nun bazı görev ve yetkilerinin, *doğrudan* yönetmelikle düzenlenmesi, hem kamu tüzel kişiliği kurulmasına ilişkin Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına hem de idarenin görevlerinin kanunla düzenlenmesi öngören 123. maddenin 1. fıkrasına aykırıdır.

Yine Nükleer Düzenleme Kurumu'na ilişkin bir diğer dikkat çekici husus, Kurum'un hizmet birimlerini ve bu birimlerin çalışma usul ve esaslarını düzenleme yetkisinin yönetmeliğe bırakılmasıdır. Ne 702 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de ne de 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde Nükleer Düzenleme Kurumu'nun hizmet birimleri belirlenmemiş, hizmet birimlerini belirleme yetkisi doğrudan yönetmeliğe bırakılmıştır⁴⁹⁴. Yeni kurulan bir idarenin hangi hizmet birimlerinden oluştuğu, idarenin kuruluşuna ilişkin temel düzenlemelerden olup; hizmet birimlerinin düzenlenmesinin idarenin başka işlemlerine bırakılması, kuruluşu ilişkin temel ilkelerin belirlendiği anlamına gelmemektedir⁴⁹⁵. Bu nedenle bir idari teşkilatı oluşturan hizmet birimlerinin esaslı noktalarının yönetmeliğe bırakılması, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu gibi, yönetmeliğin tali niteliğine vurgu yapan Anayasa'nın 124. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Resmi Gazete, 25.04.2019, S. 30755.

⁴⁹⁴ Sever, a.g.m., ss.1-16.

⁴⁹⁵ Akbulut, a.g.e., s. 195.

⁴⁹⁶ Sever, a.g.m., ss.1-16. Sever, yönetmeliklere asli düzenleme yetkisi veren hükümlerin Anayasa'nın 124. maddesine aykırılık teşkil ettiğini vurgulamıştır.

d. Kamu Tüzel Kişiliğinin Cumhurbaşkanı Kararı ile Kurul(ama)ması

Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında kamu tüzel kişiliğinin kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceği, bu iki hukuki işlem türü dışında başka bir işlem ile kamu tüzel kişiliği kurulmasının mümkün olmadığı yukarıda belirtilmişti. Ne var ki Anayasa değişikliği sonrasında mevzuatta yapılan değişiklikler doğrultusunda, kamu tüzel kişiliği "Cumhurbaşkanı kararı" ile de kurulabilmektedir.

Anayasa değişikliği kapsamında, Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmasıyla birlikte, mevzuatta "Bakanlar Kurulu kararı" ibaresinin bulunduğu düzenlemeler, yerini "Cumhurbaşkanı kararı"na bırakmıştır. Bu duruma örnek teşkil eden düzenlemelerden ilki, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca belediyelerin *Cumhurbaşkanı kararı* ile kurulmasının öngörülmesidir⁴⁹⁷. Anayasa'nın 127. maddesinde "*Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliği doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan belediyelerin kuruluş esasları, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda düzenlenmiştir. Öğretide tartışılan husus, 5393 sayılı Belediye Kanunu doğrultusunda, belediye kurma ve kaldırma yetkisinin Cumhurbaşkanı kararı ile gerçekleştirilecek olmasının, Anayasa'nın 123. maddesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna dayanmaksızın çıkarılan hukuki bir işlem olması nedeniyle, belediyelerin kurulmasında bilinçli bir şekilde *Cumhurbaşkanlığı kararnamesine* yer verilmemiş olabileceği; ancak bu bilinçli tercihin Anayasa'nın 123. maddesinde kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulacağını öngören açık hükümle uyumsuz olduğu ifade edilmiştir⁴⁹⁸. Başka bir görüşe göre ise, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliği

⁴⁹⁷ Mutlu Kağıtçıoğlu, "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararları", *KHP Toplantısı*, İstanbul, 2019, ss.22-23. http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Mutlu_Kagtcoglu.pdf (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

⁴⁹⁸ a.g.m., s. 23.

doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan belediyenin, bir belde idari birim olarak ihdas edilmesinin Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası kapsamında olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁹⁹. Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasının bir idari birimin kurulmasından ziyade, bir idari birimin kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin olduğu; bu nedenle de kamu tüzel kişiliğini haiz belediyelerin kurulmasında dikkate alınmayacağı ve 5393 sayılı Belediye Kanunu uyarınca Cumhurbaşkanı kararı ile belediye kurulmasının Anayasa'ya aykırı olmayacağı savunulmaktadır⁵⁰⁰.

Mevzuatta "Bakanlar Kurulu kararı"nın yerini "Cumhurbaşkanı kararı"na bıraktığı bir diğer örnek, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenen kalkınma ajanslarıdır⁵⁰¹. Kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu konusunda açık bir düzenleme bulunmayan kalkınma ajansları, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 186. maddesi uyarınca *Cumhurbaşkanı kararı* ile kurulur. 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile birçok hükmü ilga edilen 5449 sayılı Kanun'da⁵⁰², kalkınma ajanslarının kamu tüzel kişisi oldukları yönünde bir hükme yer verilmemiş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi söz konusu ajansların sahip olduğu nitelikleri göz önünde bulundurarak, kamu tüzel kişisi olduklarına karar vermiştir⁵⁰³. Kamu tüzel kişiliği niteliğinde kabul edilen kalkınma ajanslarının, Cumhurbaşkanı kararı ile kurulması birçok açıdan problemlidir. Öncelikle 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde kalkınma ajanslarının Cumhurbaşkanı kararı ile kurulacağını belirtmesi, Cumhurbaşkanının Anayasa'da kendisine verilen kamu tüzel kişiliği kurma yetkisini, yine kendisine devrettiği anlamına gelmektedir. Bu durumun Anayasa'ya uygunluğu tartışılabilir olmakla birlikte, konuya ilişkin esas problem, kamu tüzel kişiliğini haiz

⁴⁹⁹ Selman Sacit Boz, "Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?", www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm (Erişim Tarihi:01.12.2019)

⁵⁰⁰ a.yer. Akbulut, Anayasa'nın 127. maddesinde mahallî idarelerin *kanunla kurulmasından* değil, *kuruluş esaslarının kanunla belirtilmesinden* söz edildiğini; bu kapsamda, bir mahallî idarenin kuruluş esasları kanunda yeterli açıklıkta düzenlendikten sonra, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idari işlemle kurulmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Akbulut, a.g.e., s. 166, dipnot 369.

⁵⁰¹ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 23.

⁵⁰² 5549 sayılı Kanun'un adı, "Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun" iken, 2 Temmuz 2018 tarih 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 75. maddesiyle "Kalkınma Ajanslarının Hizmetlerine İlişkin Kanun" olarak değiştirilmiştir.

⁵⁰³ Akbulut, a.g.e., ss. 162-163. Yazarın dikkat çektiği Anayasa Mahkeme kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2006/61, K. 2007/91, K.T. 30.11.2007, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 27.12.2019)

kalkınma ajanslarının Cumhurbaşkanı kararı ile kurulmasının Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası açısından sorun teşkil etmesidir⁵⁰⁴. Zira kamu tüzel kişiliğinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında başka bir idari işlem ile kurulması, Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilecektir.

Anayasa değişikliği kapsamında mevzuatta yapılan değişikliklerde, “Bakanlar Kurulu kararı” ibaresi yerine “Cumhurbaşkanınca” ibaresinin de getirildiği gözlemlenmiştir⁵⁰⁵. Bu kapsamda 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de⁵⁰⁶ düzenlenen kamu iktisadi teşebbüsleri öğretinin dikkatini çekmiştir. Kararname'nin 4. maddesinde tüzel kişiliği haiz olduğu belirtilen teşebbüslerin, kamu tüzel kişisi olduğu yönünde açık bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliği öncesinde verdiği bir kararında, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin kamu tüzel kişisi olduğunu belirtmiş; kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzel kişilikleri olduğu yönünde karar vermiştir⁵⁰⁷.

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde teşebbüslerin, *Cumhurbaşkanınca* kurulacağı öngörülmüştür. Bahsi geçen düzenlemede, Cumhurbaşkanının teşebbüs kurma yetkisini hangi işlem ile gerçekleştireceğine ilişkin bir belirleme yapılmadığından, kamu iktisadi teşebbüslerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması gerektiği; teşebbüslerin Cumhurbaşkanı kararı ile kurulması hâlinde ise Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık hâlinin gündeme geleceği ifade edilmektedir⁵⁰⁸. Kamu tüzel kişiliğinin alelade bir idari işlemle değil, idari işlemler arasından sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceği göz önünde bulundurulduğunda, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan “*Teşebbüsler, Cumhurbaşkanınca kurulur.*” hükmünün Anayasa'ya uygun yorumlanarak

⁵⁰⁴ Kağıtçıoğlu, a.g.m., ss. 23-24: “Kanaatimizce, kamu tüzel kişisi olduğu kabul edildiği takdirde, Kalkınma ajanslarının kurulması için Cumhurbaşkanı kararının öngörülmüş olması, Anayasa'nın 123. maddesine uygun düşmemektedir.”

⁵⁰⁵ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 24.

⁵⁰⁶ Resmi Gazete, 18.06.1984, S. 18435 (Mükerrer)

⁵⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/70, K. 1994/65-2, K.T. 22.12.1994, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 26.12.2019) Karara dikkat çeken Akbulut, a.g.e., s. 201, dipnot 406; Günay, a.g.e., s. 544; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, 2.b., İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 262; Çağlayan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, s. 383.

⁵⁰⁸ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 24.

*Cumhurbaşkanı kararı değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak anlaşılması gerekmektedir*⁵⁰⁹.

Kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin birçok düzenlemede Cumhurbaşkanı kararına yetki verilmesi, uygulamada idari bir karmaşayı da beraberinde getirecektir. Öğretide, kamu tüzel kişiliği kurulmasına ilişkin değişiklik öncesi düzenlemenin muhafaza edilmesinin, demokratik açıdan daha meşru sonuçlar doğuracağı düşünülmektedir⁵¹⁰. Anayasa değişikliği sonrası, 123. maddenin 3. fıkrasının “*Kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak Cumhurbaşkanı kararı ile kurulur.*” şeklinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı; böyle bir düzenlemenin, kamu tüzel kişiliği kurma konusunda aynı anda hem yasama organının hem de yürütme organının yetkili olmasından doğabilecek muhtemel sorun ve tutarsızlıkların önüne geçeceği savunulmaktadır⁵¹¹.

e. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Yönelik Bir İnceleme

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine fiilen geçilmesiyle birlikte, 15 Temmuz 2018 tarih ve 30479 sayılı Resmi Gazete’de 4 sayılı “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” yayımlanmıştır. Söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile çok sayıda kamu tüzel kişiliği kurulmuş; kurulan kamu tüzel kişiliklerinin amaç, kapsam, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır.

4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan kamu tüzel kişiliklerine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde; amaç, kapsam, görev ve yetkiler, teşkilat yapısı, hizmet birimleri, personel, bütçe gibi konuların *kamu tüzel kişiliğinin kurulması* kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında kamu tüzel kişiliğinin görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

⁵⁰⁹ Sever, a.g.m., ss.1-16. Aksi yönde bkz. Boz, a.g.m., www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm (Erişim Tarihi:25.12.2019)

⁵¹⁰ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 136.

⁵¹¹ a.g.e., s. 136; Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 24.

ile düzenleneceği açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen, 4 sayılı Kararname’de kamu tüzel kişiliklerinin görev ve yetkilerinin de düzenlendiği görülmektedir.

Örneğin; 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 95. maddesiyle, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nda düzenlenen Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu’nun kuruluş, görevler, organların teşkili ve görevleri ile mali hükümlerine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Ardından, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 532 ve devamı maddelerinde Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu’nun kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Kurum’un, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 534. maddesinde düzenlenen görevlerinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu bakımından yasaklanmayan alanlara ilişkin olduğu; düzenlemelerin genel itibariyle Kurum’un organizasyonuna ilişkin görevler içerdiği söylenebilir.

2954 sayılı Kanun’da muhafaza edilen hükümler incelendiğinde; 4. maddede *temel ilkeler*, 5. maddede *yayın esasları*, 20. maddede *Cumhurbaşkanı ve siyasi parti açıklamalarının ve faaliyetlerinin yayınlanması*, 22. maddede seçimlerde siyasi partilerin yayınları, 23. maddede *milli güvenlik açısından yayınların menedilmesi*, 27. maddede *düzeltilme ve cevap hakkı*, 48. maddede *muafiyetler*, 50. maddede *personelin özlük hakları* gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa’da açıkça yasaklandığından, 2954 sayılı Kanun’da korunduğu görülmektedir. Nitekim 2954 sayılı Kanun’un 27. maddesinde düzenlenen *düzeltilme ve cevap hakkı*, Anayasa’da “Kişinin hakları ve ödevleri” bölümünde yer alan 32. maddede düzenlenen düzeltme ve cevap hakkı ile doğrudan ilgilidir. Yine 2954 sayılı Kanun’un 48. maddesinde düzenlenen *vergi muafiyetleri*, Anayasa’nın 73. maddesinde düzenlenen “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” hükmü uyarınca hem siyasi hak ve ödevler arasında yer alması hem de münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olması nedeniyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu edilememiştir.

Aynı yaklaşım 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde düzenlenen diğer kamu tüzel kişilikleri bakımından da benimsenmiştir. Örneğin; 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu’nun kamu personelinin statüsü, ücreti ve mali haklarına ilişkin hükümleri ile vergi, harç ve benzeri

mali yükümlülüklerden muafiyetine ilişkin hükümler, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'da muhafaza edilmiştir. Benzer şekilde Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı'nın kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkileri 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenirken; personel rejimi, bazı mali yükümlükleri ve muafiyetler ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin konular, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun'da aynen korunmuştur.

Dolayısıyla genel olarak Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kural hükümlere uyulmak suretiyle düzenleme yapıldığı; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi yasaklanan temel hak ve özgürlükler ile münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen konuları içeren hükümlere, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer verilmediği; bahsi geçen konuların, tüzel kişiliklerin kuruluş kanunlarında muhafaza edildikleri söylenebilir. Kanımızca bu *bilinçli hassasiyet*, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan kural hükümlere riayet edilerek düzenleme yapma gayretinin bir göstergesidir.

Anayasa değişikliği sonrasında kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna ilişkin yeni düzenleme, uygulamaya yönelik tereddütlere neden olmakta ve birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulması hususu, kavramsal boyutu ve uygulamadaki örnekler üzerinden değerlendirilmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin, kanuni idare ilkesine Anayasa ile getirilmiş bir istisna olduğu ve bu istisnanın mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiği söylenebilir. Aksi takdirde anayasal bir ilke olan kanuni idare ilkesinin, idarenin eylem ve işlemlerine karşı bireylere sağladığı güvenceden bahsetmek söz konusu olamayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNİ İDARE İLKESİNİN DEVLETİN HUKUKİ FONKSİYONLARINA İLİŞKİN UNSURLARI VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Kanuni idare ilkesi, idarenin kanunla olan ilişkisini düzenlerken, yasama ve yürütme yetkileri arasındaki ilişkinin hukuki sınırlarını da çizmektedir. Yasama yetkisinin asli ve genel niteliği ile buna bağlı olarak yürütme yetkisinin türev niteliği, kuvvetler ayrılığının bir sonucu; kanuni idare ilkesinin ise bir gereğidir⁵¹². Bu nedenle yasama ve yürütme fonksiyonlarına ilişkin temel prensiplerin kanuni idare ilkesi ile kesiştiği zemin üzerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini değerlendirmek, çalışmaya katkı sağlayacaktır.

I. YASAMA YETKİSİNE İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Yasama yetkisi, 1982 Anayasasının 7.maddesinde düzenlenmiştir: “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olduğu ve devredilemeyeceğini düzenleyen bu hüküm, yasama yetkisinin niteliği ve düzenleme alanı konusunda herhangi bir belirleme yapmamaktadır⁵¹³. Yasama yetkisinin kapsamı ve özellikleri, öğretici görüşleri ve yargı içtihatlarıyla şekillenmiştir.

⁵¹² Akbulut, a.g.e., s. 101.

⁵¹³ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 297; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 622.

A. YASAMA YETKİSİNİN ASLİLİĞİ İLKESİ

Yasama yetkisinin asliliği, yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, araya hiçbir işlem girmeden düzenleyebilme kudretidir⁵¹⁴. Yürütme organının sahip olduğu düzenleme yetkisi, kanuna dayanmak zorunda iken; yasama organının düzenleme yetkisi Anayasa da dahil olmak üzere hiçbir üst normun varlığına veya ön iznine ihtiyaç duymaz⁵¹⁵. Yasama yetkisinin sahip olduğu bu özellik, *yasama yetkisinin asliliği ilkesine* vücut vermektedir⁵¹⁶.

Yasama organı tarafından çıkarılan kanunların, Anayasa'ya dayanması gerekmemekle birlikte, Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içermemesi yeterlidir⁵¹⁷. Dolayısıyla kanun, Anayasa karşısında *secundum constitutionem* değil, sadece *intra constitutionem* olmak zorundadır⁵¹⁸. Yasama yetkisinin asliliğinin, bu yetkinin Anayasadan dahi kaynaklanmadığı anlamına geldiği ileri sürülmekte; Anayasanın bulunmadığı ülkelerde de yasama yetkisinin kullanıldığı, bu nedenle de yasama yetkisinin var olmak için Anayasaya ihtiyaç duymadığı belirtilmektedir⁵¹⁹. Pek tabii anayasal düzenin var olduğu ülkelerde yasama yetkisi, Anayasal usul ve sınırlar içerisinde kullanılmak zorundadır⁵²⁰.

Öte yandan, yürütme organı düzenleme yetkisini ancak kanunun çizdiği sınırlar içerisinde ve kanuna dayanmak suretiyle kullanabilir. Türk hukukunda yasama

⁵¹⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 211; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 15.

⁵¹⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 212; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 629: “Yasama yetkisinin asliliğinin gerçek anlamı, bu yetkinin anayasadan kaynaklanmaması ve dolayısıyla var olmak için anayasaya ihtiyaç duymamasıdır.”

⁵¹⁶ Karşı görüş için bkz. Erdoğan, a.g.e., s.256: “...doktrinde yasamanın ‘asli’ veya ‘birincil’ bir yetki olduğu konusunda da görüş birliği var olmakla beraber, bunun da isabetli olduğu şüphelidir. Daha doğrusu, Fransız doktrininden aktarılmış olan bu görüşün Anayasal temeli bulunmamaktadır...Biz anayasaların niteliğine ilişkin genel bilgiden hareketle, bu görüşün doğru olmadığını düşünüyoruz. Her şeyden önce, aslilik genellikten ayrı düşünülemez; yani genel yetkinin olmadığı yerde asli yetkiden bahsetmek de anlamsızdır. Yasama organı yetkili olmadığı bir alanı doğrudan doğruya düzenleyemez. Yetkili olduğu alanlar bakımından ise, bu daima özel bir anayasal yetkilendirmenin sonucu olacağından, asli veya ilk elden yasal düzenleme diye bir şey söz konusu olamaz.”

⁵¹⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 212.

⁵¹⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 629: *Secundum constitutionem*, “anayasayı izleyen, anayasadan sonra” anlamında iken, *intra constitutionem* “anayasa içi” anlamına gelmektedir. a.yer. dipnot 51-52.

⁵¹⁹ a.yer. Gözler, Anayasa'nın devrim veya hükümet darbesi ile ilga edilmesi hallerini de bu kapsamda değerlendirmiştir.

⁵²⁰ a.yer.

yetkisi asli nitelikte, yürütmenin düzenleme yetkisi ise *kural olarak* türev niteliktedir⁵²¹. Yasama ve yürütme yetkileri arasındaki en önemli farkın, yasama organının sahip olduğu asli, ilk-el düzenleme yetkisi olduğu ifade edilmektedir⁵²².

B. YASAMA YETKİSİNİN GENELLİĞİ İLKESİ

Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla konu bakımından herhangi bir sınıra tabi olmaksızın dilediği her konuyu düzenleyebilmesidir⁵²³. Yasama organı, anayasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla ve Anayasa'da öngörülen istisnalar dışında, tüm sosyal ilişkiler ve hukuk düzeninin yaratıcısıdır⁵²⁴. Yasama organının sahip olduğu genel düzenleme yetkisi, yalnızca dilediği konuyu düzenleyebilme yetkisi vermemekte; bu yetki aynı zamanda konunun tüm ayrıntılarını düzenleme yetkisini de içermektedir. Bu kapsamda, yasama organı bir konunun genel esaslarını düzenleyip, idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesini yürütmeye bırakabileceği gibi, konunun tüm ayrıntılarını kanunla düzenleyerek yürütme organına düzenleme alanı bırakmayabilir⁵²⁵.

Yasama yetkisinin genelliğinin mutlak olmadığını belirten bazı yazarlar yasama yetkisinin niteliğinden kaynaklanan bazı istisnaların olduğunu ileri sürmüşlerdir⁵²⁶. Yasama organının, maddi anlamda yargı işlemi niteliğinde olan

⁵²¹ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 385. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içerdiği ilk-el düzenleme yetkisi ve bu yetkinin, yürütmenin düzenleme yetkisinin niteliğinde yarattığı etki, aşağıda "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Niteliğine Etkisi" başlığı altında incelenmiştir.

⁵²² Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 299.

⁵²³ Güneş, a.g.e., s. 41; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 211; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 15.

⁵²⁴ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., ss. 298-299.

⁵²⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 211: Özbudun, yasama organının, yürütme organına düzenleme alanı bırakmak gibi bir hukuki yükümlülüğü olmadığını ifade etmiştir. Karşı görüş için bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 256: Anayasa'nın bizzat kendi kurduğu yasama organına bahsettiği yetkinin sınırsız olduğu sonucuna varılamayacağını ileri süren Erdoğan; yasama yetkisinin genel nitelikte olmayıp, Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yasama organına verilen yetkilerle sınırlı olduğunu ileri sürmüştür.

⁵²⁶ Anayasa'da yasama yetkisinin düzenleme alanının oldukça geniş belirlenmiş olmasından dolayı, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin reddedilmesinin anayasal ve siyasi sistemi işlemez hâle getirmeyeceği savunulmaktadır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Salih Taşdöğen, Yahya Berkol Gülgeç, "Yasama Yetkisi Genel Midir?", ss.1-49. https://www.academia.edu/40998694/Yasama_Yetkisi_Genel_midir (Erişim Tarihi: 28.11.2019)

işlemleri kanun şeklinde yapamayacağı⁵²⁷ ve yine yürütme yetkisine özgü olan *kanunların uygulanması* anlamına gelecek işlemlerin kanun usulüyle gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir⁵²⁸. Bu açıdan yürütmeye tanınmış mahfuz bir düzenleme yetkisi olmasa da, yürütmenin *mahfuz bir yetki alanına* sahip olduğu kabul edilmekte; söz konusu yetki alanında, yasama organının düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır⁵²⁹. Gözler; bahsi geçen bu istisnaların Anayasa’da ayrıca ve açıkça öngörülmediğini, bizzat öğreti tarafından üretildiğini belirtmektedir. Yazara göre, yasama organının bu konularda düzenleme yapamamasının nedeni, yasama yetkisinin genel niteliği değil; asıl neden, Anayasa tarafından yasama organının yetkisiz kılınmış olması veya yetkisinin sınırlandırılmış olmasıdır⁵³⁰.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, öğretide uzun yıllar aynı çerçevede ve benzer argümanlarla incelenmiştir. Ancak 6771 sayılı Kanunla değiştirilen Anayasa’nın bazı hükümlerinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtildiğinden, yürütmeye tanınmış mahfuz bir düzenleme alanı olup olmadığı hususu ciddi görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Öğretide konuya ilişkin farklı yaklaşımlar sergilenmekte ve söz konusu yaklaşımlar *yasama yetkisinin genelliği ilkesi* çerçevesinde temellendirilmektedir.

Anayasa’da kanunlara açıkça yasaklanmış bir konu olmadığını, bu nedenle de yasama yetkisinin genelliği ilkesinin muhafaza edildiğini ileri süren yazarlar tarafından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından mahfuz bir düzenleme alanının varlığı kabul edilmemektedir⁵³¹. Buna karşın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından mahfuz düzenleme alanının varlığını savunan yazarlar ise, Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği ayrı ve özel olarak belirtilen konuların, yasama yetkisinin genelliği ilkesine Anayasa ile getirilmiş bir istisna

⁵²⁷ Güneş, a.g.e., s. 41; Teziç, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, s. 5.

⁵²⁸ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 222-223.

⁵²⁹ a.g.e., ss. 221-224: Yasamanın herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın dilediği konuda düzenleme yapma yetkisiyle donatıldığı ifade edilse de, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı ifade edilmektedir.

⁵³⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 625.

⁵³¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 251; Ardıçoğlu, a.g.m., s. 44; Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20; Tekinsoy, a.g.m., ss.1-15.

olduğunu; bu konularda yasama organının düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığını ifade etmektedirler⁵³².

C. YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ İLKESİ

1982 Anayasası'nın 7. maddesinde “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” demek suretiyle yasama yetkisinin, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi dışında başka bir devlet organına devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa’da yasama yetkisinin devri açıkça yasaklanmış olmakla birlikte, bu kural Anayasa metninde yer almamış olsaydı dahi Anayasa’nın 6. maddesi gereği yasama yetkisinin devri mümkün olmazdı⁵³³. Zira Anayasa’nın 6. maddesinde yer verilen “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” hükmü, yalnızca yasama yetkisi bakımından değil, tüm devlet organları ve yetkileri bakımından geçerlidir⁵³⁴.

Yasama yetkisinin devrini yasaklayan kuralın anlamı, Anayasa’da kanunla düzenleneceği öngörülen konuların başka bir devlet organı tarafından yerine getirilememesidir⁵³⁵. O hâlde Anayasa’nın 7. maddesinde yasaklanan, genel kural koyma yetkisinin yasama organı dışında başka devlet organları tarafından da kullanılması değil; *kanun adı altında hukuki işlemler yapma yetkisinin devredilmesidir*⁵³⁶. Gözler ise; Anayasa’nın 7. maddesinde yasama yetkisinin devredilmezliği kuralında “yasama” ile kast edilenin, yalnızca şekli kanun yapma yetkisi değil, yasama yetkisi kapsamına giren bütün yetkiler olduğunu savunmuştur⁵³⁷.

⁵³² Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, s. 20; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 627

⁵³³ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 304.

⁵³⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 213.

⁵³⁵ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 17.

⁵³⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 213; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 305: “...şekli kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenleme başka bir organ ya da kuruma bırakılmaz.”

⁵³⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 630.

Yasama yetkisinin devredilmezliği, kanun hükmünde kararnameler rejimi döneminde hem öğretiyi hem de Anayasa Mahkemesi içtihatlarını⁵³⁸ uzunca bir süre meşgul etmiştir. Bakanlar Kurulu'na verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, yasama yetkisinin devri niteliğinde olup olmadığı kuramsal zemin üzerinde tartışılmış ve öğretilerde konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Bakanlar Kurulu'na yetki kanunuyla verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, “yetki devri” değil, “yetki verme” olduğunu⁵³⁹ ileri süren

⁵³⁸ “Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, kanunda temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, "yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmünün anlamı da budur.” Anayasa Mahkemesi E.2014/87 K.2015/112 K.T. 8.12.2015 ; “Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum" olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede "Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır" denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir. Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları vb. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir.” Anayasa Mahkemesi E. 2011/40 K. 2013/60 K.T. 9.5.2013. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.12.2019).

⁵³⁹ Anayasa Mahkemesi de kararlarında “yetki devri” ile “yetki verilmesi” kavramları arasında ayırım yapmıştır: “Anayasa'nın 87. ve 91. maddelerinde de yetkinin "devrinden" değil, "verilmesinden" söz edilmektedir. Yetkinin verilmesi ile devri, hukuksal sonuçları yönünden farklıdır. Devir durumunda yetki devredilene geçer; devredenin o yetkiyi kullanması söz konusu olamaz. Oysa KHK çıkarma yetkisinin verilmesinde yetkiyi veren yasama organı yetkiyi kaldırabilir, kapsamına giren konularda kendisi düzenleme yapabilir. Bu maddelerin birlikte incelenmesinden, yasama yetkisinin genel ve asli bir yetki olup TBMM'ne ait bulunduğu, devredilmeyeceği, KHK çıkarma yetkisinin de kendine özgü ve ayırık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi E.1993/26, K.1993/28, K.T.16.9.1993; “Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. Yasama yetkisinin devredilmezliği, yasa niteliğinde ya da yasa gücünde işlemler yapma yetkisinin devredilmezliği anlamına gelmektedir. Bir düzenleyici işlem, yürürlükteki yasa kurallarını değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlem yasa niteliğinde ya da gücündedir. Anayasa'nın 7. maddesinin açıklığı karşısında yasama organı, başka bir Devlet organına, bu arada Bakanlar Kuruluna yasa kurallarını değiştirme ya da kaldırma yetkisi

yazarlar⁵⁴⁰ olduğu gibi; yine verilen yetkinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığını, ancak olsa olsa yürütmenin düzenleme yetkisinin genişletilmiş hâli olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur⁵⁴¹. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini yasama yetkisinin devri niteliğinde kabul eden yazarlar, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine getirilmiş bir istisna olduğunu ifade etmişlerdir⁵⁴². Son olarak, kanun hükmünde kararnamelerin yasama yetkisinin devri değil, yetkinin birlikte kullanılması, yani *birlikte yasama* niteliğinde olduğunu ve bunun da bizzat Anayasa'da öngörüldüğünü belirten görüşler de bulunmaktadır⁵⁴³.

Bu başlık altında kanun hükmünde kararnamelere ilişkin görüş ve içtihatlarla yer verilmesinin nedeni, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bağlamında değerlendirilmesinde söz konusu görüş ve içtihatların referans alınacağı düşüncesidir. Nitekim öğretide, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama yetkisinin devri yasağı ile olan ilişkisi, kanun hükmünde kararname rejimiyle karşılaştırma yapılarak incelenmektedir.

Atar; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, yasama organı tarafından kanun ile yetkilendirilmeksizin, doğrudan Anayasa'dan alınan yetkiyle çıkarıldığını ve bu nedenle de yasama yetkisinin devrinin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür⁵⁴⁴. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilk-el düzenleme yapılmasını yasama yetkisinin kullanımı olarak değerlendiren Eren ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilk-el düzenleme yetkisi doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için yasama yetkisinin

veremez.” Anayasa Mahkemesi E.2008/9, K.2011/74, K.T. 12.05.2011. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.12.2019).

⁵⁴⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s.31; Yüzbaşıoğlu, *Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, s. 56.

⁵⁴¹ Duran, “Kanun Hükmünde Kararname”, s. 5.

⁵⁴² Özbudun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, s. 229; Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 31.

⁵⁴³ Karahanoğulları, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği”, ss. 60-61: “...Kanun hükmünde kararname kurumunun Anayasa'nın 7. maddesine göre değerlendirilememesinin temel nedeni, KHK'lerin “yetki devri” kavramıyla açıklanamayacak olmasıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yetki devrinde bulunan kişi veya organ, belirlediği süre dolmadıkça devrettiği yetkiyi artık kendisi bizzat kullanamaz; her an geri alabilir fakat bizzat kullanamaz. Gerek olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinde gerekse olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinde yürütmenin yetki alanı meclisin yasamasına da ağıttır.”

⁵⁴⁴ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 202.

devrinden bahsedilemeyeceğini savunmaktadır⁵⁴⁵. Ancak Eren; Cumhurbaşkanlığı kararnamesini mahfuz ve yarışan alan şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutarak farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Yazara göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunların çıkarıldığı yarışan alanda, kanunun üstünlüğü devam ettiğinden, *yasama yetkisinin devri* değil, *yasama yetkisinin verilmesi* söz konusudur⁵⁴⁶. Buna karşın, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından mahfuz bir düzenleme alanının varlığını savunan yazar, bahsi geçen mahfuz alanda kanunla düzenleme yapılamayacağı için yasama yetkisinin bizzat Anayasa tarafından devredildiğini ve bu alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine getirilmiş bir istisna olduğunu ifade etmektedir⁵⁴⁷.

Kanımızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması, yasama yetkisinin devri niteliğinde değerlendirilemez. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak bir yetki kanununa dayanmadığı gibi, kanunları değiştirme ve kaldırma gücü de bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca açıkça kanunla düzenlenen konularda ve münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda da çıkarılamaz. Yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, aynı konuda sonradan kanunla düzenleme yapılması durumunda, hükümsüz hâle gelmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sahip olduğu ilk-el düzenleme yetkisinin oldukça sınırlı ve istisnai bir yetki olduğu görülmektedir.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde; *yasama işlemi niteliğinde olmayan* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığı gibi, yasama faaliyetinin olmadığı bir yerde yasama yetkisinin devrinden de bahsedilemeyecektir. Öğretide Duran'ın kanun hükmünde kararnameler bakımından benimsediği görüş⁵⁴⁸ paralelinde, Cumhurbaşkanlığı

⁵⁴⁵ Eren, a.g.m., s. 50. Eren, bu durumu “Anayasal yetki devri” ya da “Anayasal yetkilendirme” olarak isimlendirmektedir.

⁵⁴⁶ a.yer.

⁵⁴⁷ a.yer.

⁵⁴⁸ Duran, “Kanun Hükmünde Kararname”, s. 5: “...Türk KHK mekanizmasında, ne bir yasama yetkisinin yürütme organına devri (*délégation*), ne de yasal maddelerin düzenleme alanına aktarılması (*délégation, déclassément*) söz konusudur. T.C. Anayasası'nın 64'üncü maddesine eklenen yeni hükümlerle, sadece yürütme organının düzenleme yetkisi biraz daha genişletilmiş ve serbestleştirilmiş bulunmaktadır...”

kararnamesi ile bizzat Anayasa tarafından yürütmenin düzenleme yetkisinin kapsamının sınırlı bir şekilde genişletildiği ve bu durumun yasama yetkisinin devri niteliğinde değerlendirilemeyeceği söylenebilir⁵⁴⁹.

II. YÜRÜTME YETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

A. YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ

Yürütme yetkisi kural olarak yasamaya bağlı, türev bir yetkidir. Yürütmenin düzenleme yetkisinin türev niteliğinin dayanağı kanuni idare ilkesi olup; kanun, yürütme organının düzenleme yapma yetkisinin sınırı oluşturmaktadır. Kanuni idare ilkesi bakımından esaslı bir unsur niteliği taşıyan yürütmenin düzenleme yetkisi ve bu yetkinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olan ilişkisi Anayasa Mahkemesi içtihatları ve öğretide yer alan görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir.

1. Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Türev Niteliği

“Düzenleme”⁵⁵⁰; genel, soyut, kişilik-dışı ve sürekli nitelikteki *kural koyma* faaliyeti olup⁵⁵¹; yürütmenin bu tür işlemleri gerçekleştirme gücü *yürütmenin düzenleme yetkisi* olarak isimlendirilir⁵⁵². 1982 Anayasası’nda yürütmenin düzenleme yetkisi, *kural*

⁵⁴⁹ Özbudun, kanun hükmünde kararname rejimi döneminde, Anayasa’nın mülga 21. ve 122. maddelerinde düzenlenen olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin sahip olduğu düzenleme yetkisinin, doğrudan doğruya Anayasa’dan kaynaklandığını ve bir kanunla yetkilendirmeye ihtiyaç duymadığını, bu nedenle de yetki devrinin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 216-217. Erdoğan da benzer şekilde, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri bakımından Anayasa’nın yürütmeyi doğrudan yetkilendirdiğini, bu nedenle de yasama yetkisinin devrinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir. Erdoğan, a.g.e., s. 257.

⁵⁵⁰ “Düzenleme”, *düzenlemek işi, tertip, organizasyon; düzene koyma, kodifikasyon, regülasyon* anlamlarına gelmektedir. Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

⁵⁵¹ Özay, a.g.e., s. 426: “Sözlük anlamı ile ‘düzenli hale koymak, düzen vermek, tanzim ve terbiye etmek’ olarak tanımlanan ‘düzenleme’, kamu hukukunda ‘kural koyma’ ile eş anlamlıdır.”

⁵⁵² Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, s. 34. İdarenin düzenleme yetkisi, öğretide benzer şekillerde tanımlanmıştır: Günday, a.g.e., s.223: “Düzenleme yetkisi, idarenin üstlendiği görevleri yerine getirebilmesi için, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla genel ve soyut

olarak kanuna dayanan, kanundan kaynaklanan “türevsel” ve “tamamlayıcı” nitelikte bir yetki olarak düzenlenmiştir⁵⁵³. Yürütme yetkisi kanundan kaynaklanan bir yetki olmanın yanı sıra, Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılması gereken bir yetki niteliği de taşımaktadır⁵⁵⁴.

Türev nitelikte düzenleme yetkisine sahip olan yürütme organı, yasama organı tarafından kanunla düzenlenmiş alanlarda, kanunların uygulanmasını göstermek ve kanunlara aykırı olmamak üzere düzenlemeler yapabilecektir⁵⁵⁵. Dolayısıyla yürütmenin düzenleme yetkisinin türev niteliğinin dayanağı kanuni idare ilkesi olup; kanun, yürütme organının düzenleme yapma yetkisinin hem şartı hem de sınırını⁵⁵⁶. Nitekim Anayasa’nın 123. maddesinde, idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenleneceği öngörülerek, düzenleme konusunda asli yetki sahibinin kanun koyucu olduğu vurgulanmıştır⁵⁵⁷. Ancak kanunda temel ilke ve esaslar belirlendikten sonra, yürütmeye belirlenen sınırlar içerisinde düzenleme yapma yetkisi tanınabilmektedir. Kanuni idare ilkesinin, yürütmenin düzenleme yetkisinin sınırlarını çizdiği ve yürütmenin hareket alanını *kanun* çerçevesinde belirlediği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da yürütme yetkisinin türev niteliğine vurgu yapıldığı görülmektedir⁵⁵⁸:

“Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülme konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilse de yasamanın asliliği

düzenlemeler yapabilme, genel ve soyut nitelikte normlar koyabilme yetkisidir.”; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 282: “İdarenin düzenleme yetkisi, idarenin bir anlamda ‘maddi anlamda kanun’ yaparak, belli konularda genel ve objektif kural koyabilmesini, yani idarenin hukuki norm öngörebilme kabiliyetini ifade eder.”

⁵⁵³ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 385.

⁵⁵⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 749; Burak Öztürk, a.g.e., s. 120. Türkiye’de düzenleme yetkisinin tarihsel gelişiminin, yasama ve yürütme yetkileri arasındaki ayrıma dayandığı belirtilmiştir. Düzenleme yetkisinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Harun Yılmaz, “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, *TBB Dergisi*, S.110 (2014), ss.219-240.

⁵⁵⁵ Şükrü Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Savaş Yayınevi, 2016, s. 276; Selim Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararları’na Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları”, *İÜHF*, C.54, S. 1-4 (1994), s.33.

⁵⁵⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 912.

⁵⁵⁷ Akbulut, a.g.e., s. 86.

⁵⁵⁸ Anayasa Mahkemesi E.2017/51, K.2017/163, K.T. 29.11.2017. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr. (Erişim Tarihi: 25.12.2019).

ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim Anayasa'nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden hükmü (m.8), gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten kuralı (m.124) bu zorunluluğa işaret etmektedir.”

Anayasa Mahkemesi; münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülme konularında, yürütmenin ilk-el düzenleme yapamayacağını ve yürütmenin idari işlemlerinin kanuna dayanma zorunluluğu bulunduğunu belirtmiştir. Yürütmenin, yasama karşısındaki ikincil, türev konumuna vurgu yapan Mahkeme, yürütmenin düzenleme yetkisinin anayasal dayanağının Anayasa'nın 8. maddesi ile yönetmelikleri düzenleyen 124. maddesi olduğuna da dikkat çekmiştir.

Yürütmenin düzenleme yetkisinin dayanağı ve niteliği, Türk Anayasa hukuku öğretisinde her dönemde tartışılan bir konu olmuştur⁵⁵⁹. Özellikle 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, yürütme yetkisinin niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. 1961 Anayasası'nın *yürütme görevi* başlıklı 6. maddesinde “*Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde... yerine getirilir.*” hükmüne yer verilerek, yürütme bir görev olarak düzenlenmiştir⁵⁶⁰. 1982 Anayasası'nın 8. maddesinde⁵⁶¹ ise “*Yürütme yetkisi ve görevi... Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” demek suretiyle yürütme hem “yetki” hem de “görev” olarak düzenlenmiştir. Öğretide aksi ileri sürülmüş⁵⁶² olsa da ağırlıklı olarak, 1982 Anayasası'nın yürütmeyi, *yetki ve görev* olarak düzenlemesinin, yürütme yetkisinin türev niteliğinde herhangi bir değişiklik yaratmadığı savunulmuştur⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 3, (1986), s. 203.

⁵⁶⁰ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, ss. 202-203.

⁵⁶¹ 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişik sonrası Bakanlar Kurulunun kaldırılması, Anayasa'nın birçok maddesine yansımıştır. Bu maddelerden biri de Anayasa'nın 8. maddesidir. Anayasa değişikliği öncesinde, parlamenter sistemin bir gereği olarak yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu arasında paylaşılmakta iken Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle, yürütme organı tek başlı bir hal aldığından, yürütme yetkisi de yalnızca Cumhurbaşkanı'na ait olmuştur.

⁵⁶² Fazıl Sağlam, a.g.m., s. 266: “...Anayasanın 8.maddesinde yürütme artık Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacak bir yetki olarak benimsenmekte ve yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmaktadır.”

⁵⁶³ Turgut Tan, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.1, (1984), s. 36; Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk

1961 Anayasası döneminde yürütmenin türev nitelikte olduğuna ilişkin görüşlerin, 1982 Anayasası ile birlikte sınırlı da olsa yön değiştirmesinin nedeninin, Anayasa'nın *yürütme yetkisi ve görevi* başlıklı 8. maddesinin gerekçesine⁵⁶⁴ dayandığı düşünülebilir:

“...1961 Anayasası bu felsefeye sadık kalarak yürütmeyi Devletin yönetiminde, bütün faaliyetlerinde yasama kuvvetine bağlı, yasamaya tabi bir kuvvet olarak düzenlemiş idi. Halbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ilâ 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir”.

Anayasa'nın 8. maddesinin gerekçesinde yürütmenin, yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarıldığı; akabinde ise yürütmenin kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olduğu ifade edilmiştir. Yasamaya tabi olmaktan çıkarılan yürütmenin, yine yasamanın işlemiyle görevlendirileceğinin belirtilmesinin tutarlı olmadığı açıktır⁵⁶⁵. Her ne kadar gerekçede yürütmenin, yasamaya tabi olmadığı ileri

Sayılabılır mi?”, s. 38: “...özerk düzenleme yetkisi bakımından daha da önemli olan husus, bu ‘yetki’nin ‘kanunlara uygun olarak kullanılması’ zorunluluğudur. Bu koşul, 1961 Anayasası’nın yürütme görevi için koyduğu ‘kanunlar çerçevesinde yerine getirme’ kaydından daha kısıtlayıcı ve daraltıcıdır. Gerçekten, bir düzenlemenin üst kurallara ‘uygun olarak’ yapılması, ‘aykırı olmayarak’ gerçekleştirilmesine oranla daha sıkı bağımlılığı ve hatta bir tür kanun hükümlerini ‘yineleme’yi, gerektirir.”; Burak Öztürk, a.g.e., s. 121; K. Halûk Yavuz, *Siyasal Sistem Arayışları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 517; Seçkin Yavuzdugan, “Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı”, *AÜEHFD*, C.8, S.3-4(2004), s.236. Yavuzdugan, 1982 Anayasası’nda yürütmenin görev yanında yetki olarak nitelendirilmesinin asıl anlamının, Anayasa’nın mülga 121 ve 122. maddelerine istinaden asli düzenleme yetkisi ile çıkarılan olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamele ilgili olduğunu; yürütme yetkisinin olağan dönemlerde türev niteliğini koruduğunu ifade etmiştir. a.g.m., s. 238.

⁵⁶⁴ Anayasanın başlangıç hükümlerinde yer alan “...*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*” ifadesi ile 8. maddenin gerekçesinin birbiriyle çeliştiğine dikkat çeken yazarlar olmuştur. Burak Öztürk, a.g.e., s. 121; Tan, “Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği”, s. 35.

⁵⁶⁵ Burak Öztürk, a.g.e., s. 121: “Özellikle, her iki metinde yasama – yürütme ilişkisi hakkında çelişkili görünen ifadelerin varlığı dikkat çekicidir. Gerekçede, yürütmenin yasamaya tâbi olmaktan çıkarıldığı belirtilmekte, ancak kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet

sürülse de, 1982 Anayasası'nın ilk hâlinde yürütmenin düzenleme yetkisinin *kural olarak*⁵⁶⁶ türev nitelik taşıdığı, ancak bir kanunun varlığı hâlinde ve yine kanunlara uygun olarak kullanılabileceği ifade edilmiştir⁵⁶⁷.

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Niteliğine Olan Etkisi

Anayasa değişikliği öncesinde, öğretide ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yürütme yetkisinin kural olarak türev nitelik taşıdığı; Anayasa'da yürütmeye istisnai olarak tanınan asli düzenleme yetkisinin, yürütmenin türev niteliğini değiştirmedeği görüşü egemendi. Bununla birlikte 6771 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği, yürütme yetkisinin niteliğine ilişkin tartışmaları tekrar gündeme getirmiştir. Zira Anayasa'nın 104. maddesinde yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanına kanuna dayanmaksızın, ilk-elden düzenleme yapma yetkisi tanınmaktadır. Hem yürütmenin düzenleme yetkisinin niteliği hem de kanuni idare ilkesinin etkililiği bakımından Anayasa geleneğinde ciddi bir dönüşüm yaşandığı söylenebilir. Esasen bu dönüşümün temelinde, 1971 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle, 1961 Anayasası'na dahil edilen kanun hükmünde kararnamelerle başlayan *yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminin* bulunduğu açıktır. Bu kapsamda, parlamenter sistemin terk edilerek Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesinin bir sonucu olan Cumhurbaşkanlığı

olarak düzenlendiği ifade edilmektedir. Yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getiren bir kuvvetin, yasamaya tâbi olmadığını söylemek nasıl mümkün olur? Keza Anayasa'nın Başlangıcında da, bir yandan hiçbir kuvvetin diğerine üstün olmadığı öngörülürken, diğer yandan üstünlüğün kanunlarda olduğu belirtilmektedir. Kanunların üstünlüğü, yasamanın diğer kuvvetler üzerindeki üstünlüğünü de içermiyorsa, hangi anlama gelmektedir?"

⁵⁶⁶ 2017 Anayasa değişikliğinden önce, yürütme yetkisinin türev niteliğinin istisnası kabul edilen iki düzenleme bulunmaktaydı. İlk istisna Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği teşkilatını düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; diğeri ise Anayasa'nın mülga 121. ve 122. maddeleri uyarınca çıkarılan olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleridir.

⁵⁶⁷ Burak Öztürk, a.g.e., s. 122. Aynı yönde bkz. Duran, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", s. 39; Tan, "Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği", s. 36; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., ss. 386-389; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 16; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 768; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, 10.b., Ankara: İmaj Yayınevi, 2004; s. 203: "Ne var ki yetki olarak tanımlanmasına karşın, 1982 Anayasasında da yürütmenin yasamaya bağlı olduğunu, başka bir deyişle yürütmenin yasal dayanak olmaksızın düzenleyici işlem yapamayacağını ve kendine özgü bir düzenleme alanının bulunmadığını söylemek doğru olacaktır."

kararnamesinin, yürütme yetkisinin niteliğinde radikal bir değişim yaratıp yaratmadığı üzerinde durulacaktır.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan doğruya Anayasa'nın verdiği düzenleme yetkisine dayanılarak çıkarılan düzenleyici bir işlemdir. Düzenleme yetkisinin "asliliği", daha önce düzenlenmemiş bir konuda, üst bir norma dayanmadan veya üst normun varlığına ihtiyaç duymadan "ilk elden" yeni bir düzenleme yapabilmek olarak tanımlanmaktadır⁵⁶⁸. Dolayısıyla kanunun verdiği yetkiye ihtiyaç duymayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, ilk-el⁵⁶⁹ düzenleme yetkisine sahip olduğu görülmektedir⁵⁷⁰. Yine Anayasa'nın 124. maddesinde, "*kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere*" yönetmelik çıkarılacağına belirtilmesine rağmen, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için benzer bir şartın aranmamış olması ve kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi yetki kanununa ihtiyaç duyulmaması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilk-el düzenleme yetkisi içerdiği argümanına dayanak olarak ileri sürülebilir⁵⁷¹.

O hâlde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilk-el düzenleme yetkisine sahip olmasının, yürütmenin düzenleme yetkisinin türev niteliğinde bir değişiklik meydana getirdiği söylenebilecek midir? Bu soruya cevap vermeden önce türev düzenleme yetkisinin ne anlama geldiğinin hatırlatılması isabetli olacaktır. Türev düzenleme yetkisi, yürütme görevi kapsamında kanunların çizdiği sınırlar içerisinde ve yine kanunların uygulanmasını sağlamak üzere kullanılan klasik düzenleme yetkisidir⁵⁷².

⁵⁶⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 283.

⁵⁶⁹ Öğretide "ilk-el düzenleme yetkisi" yerine "asli düzenleme yetkisi", "özerk düzenleme yetkisi", "muhtar düzenleme yetkisi" ifadeleri de kullanılmaktadır. Çalışmanın bütününde "ilk-el düzenleme yetkisi" tabiri kullanıldığından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuni yetkilendirme olmaksızın düzenlenebilmesini ifade etmek için "ilk-el düzenleme yetkisi" tabiri tercih edilecektir.

⁵⁷⁰ Ardıçoğlu, a.g.m., s. 37: "...yürütme organı asli düzenleme yetkisinin Türk hukukuna dahil edildiğinin ve yürütmenin, şimdiki yasama organının tekelinde olan, ilk elden "kural koyma" devlet yetkisi ile donatıldığı kabulünü zorunlu kılar." ; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 921: "...Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bir asli (muhtar,özerk) düzenleme yapma aracı olduğunu söyleyebiliriz."; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, ss. 283-284: "...Anayasa ile sınırlı biçimde belirlenmiş konularda Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile asli düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır."; Eren, a.g.m., s. 26; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 78; Esen, a.g.m., s. 56.

⁵⁷¹ Murat Açı, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *İÜHF*, C.76, S.2 (2018), s. 731.

⁵⁷² Burak Öztürk, a.g.e., s. 112.

Kanunun olmadığı bir alanda genel düzenleme yapma yetkisi bulunmayan yürütme organının sahip olduğu düzenleme yetkisi, türev nitelikte bir yetki olup, dayanağını Anayasa'nın 8. maddesinden almaktadır. Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını öngören düzenlemede herhangi bir değişiklik yapılmadığı dikkate alındığında, yürütme yetkisinin türev niteliğinin ve dolayısıyla kanuni idare ilkesinin geçerliliğinin korunduğu söylenebilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanuna dayanan ve kanunların uygulanmasını sağlamak üzere kullanılan türev düzenleme yetkisinin esaslı unsurlarını içermese de, Anayasa'nın 8. maddesi kapsamında *kanunlara uygun olarak* düzenlenmek ve kullanılmak zorundadır.

Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilk-el düzenleme yetkisi içermekle birlikte, bu yetki oldukça sınırlı bir alanda geçerlidir. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki sınırları, kanun referans alınarak düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülme ve kanunda açıkça düzenlenmeyen yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilmektedir. Yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konunun, daha sonra kanunla düzenlenmesi hâlinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hâle gelmesi, yürütmenin düzenleme yetkisinin türev niteliğinin bir göstergesidir⁵⁷³. Dolayısıyla yürütme yetkisinin kanuna bağlılığı devam etmekte olup, Anayasa belirli kurallar çerçevesinde yürütmeye sınırlı ve istisnai bir asli, ilk-el düzenleme yetkisi tanımıştır. Yürütmeye tanınan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin, nitelik itibarıyla *kapsamı genişletilmiş bir türev düzenleme yetkisi* olduğu düşünülmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; 1982 Anayasası'nda düzenlenen yürütmenin düzenleyici işlemleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden ibaret değildir. Anayasa'nın 124. maddesinde açıkça düzenlenen *yönetmelikler* ve Anayasa'da ismen zikredilmeyen idarenin *adsız düzenleyici işlemleri*, Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanuni

⁵⁷³ Turan Yıldırım, "İdarenin Kanuniliği İlkesi", s. 309; Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 80: Söyler; kanunun sonradan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini yürürlükten kaldırması veya değiştirmesinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin asli niteliğini etkilemediğini; zira yürürlükten kaldırıldığı ana kadar Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki geçerliliğini koruyan bir işlem olduğunu belirtmiştir.

dayanak olmaksızın düzenlenemezler. Dolayısıyla yürütmenin düzenleyici işlemlerinin tümünün ilk-el, asli düzenleme yetkisi içerdiğini söylemek mümkün değildir. Bu kapsamda yürütmenin düzenleme yetkisinin türev niteliği hâlen muhafaza edilmekte olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi *yürütmenin türevselliği ilkesine* Anayasa ile getirilmiş bir istisna olarak kabul edilmektedir⁵⁷⁴.

Öğretide Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen çatışma kurallarıyla, kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısındaki üstünlüğünün vurgulandığına; bu kapsamda da yürütme yetkisinin türev, tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme yetkisi olduğunun açıkça ifade edildiğine işaret edilmiştir⁵⁷⁵. Buna karşın başka bir görüş ise; yürütme yetkisini kullanan Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçildiğini belirtmekte ve yasama organının onayı olmadan göreve başlayan yürütme organının sahip olduğu yürütme yetkisinin, yasama gibi “asli” bir yetki olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁷⁶.

Yürütmenin düzenleme yetkisi açısından önem teşkil eden hususlardan biri de düzenleme yetkisinin “özerk” niteliğidir. “Özerk düzenleme yetkisi” ifadesinin, öğretide farklı anlamlara gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Duran, özerk düzenleme yetkisini, yetkili organ ya da makamın, Anayasa’da veya kanunlarda dayanak aramak zorunda olmaksızın, dilediği bir konuyu serbestçe düzenleyebilme yetkisi olarak tanımlamıştır⁵⁷⁷. Benzer şekilde Öztürk; özerk düzenleme yetkisini, *herhangi bir kanunun uygulanmasına ilişkin olmayan, bir kanunun varlığı dahi aranmadan kullanılan asli bir yetki* şeklinde tanımlamıştır⁵⁷⁸. Bu tanımlarda tercih edilen “özerk”

⁵⁷⁴ Aynı yönde bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 913; Sezer, a.g.m., s.371. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin örgütlenme ve işleyiş esaslarını düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sahip olduğu *özerk (asli, ilk-el)* düzenleme yetkisinin istisnai nitelik taşıdığı ve yürütmenin düzenleme yetkisinin türev niteliğini teyit ettiği hakkında bkz. Burak Öztürk, a.g.e., ss. 122-123.

⁵⁷⁵ Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 403: “Ayrıca, Anayasadaki, ‘kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.’ düzenlemesiyle; öteden beri Türk hukukunda gelenek halini alan yasamanın düzenleme yetkisinin ilk-el, asli ve genel bir düzenleme yetkisi olduğu, yürütmenin düzenleme yetkisinin ise ikinci el, tali, tamamlayıcı bir düzenleme yetkisi olduğu açıkça ifade edilmiş ve bu doğrultuda kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine üstünlüğü vurgulanmıştır.”

⁵⁷⁶ Lokman Yeniay, Gülden Yeniay, a.g.m., s. 108.

⁵⁷⁷ Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, s. 35.

⁵⁷⁸ Burak Öztürk, a.g.e., s. 112.

tabiri, aslında yürütmenin kanuni yetkilendirmeye ihtiyaç duymadığını ifade etmek için kullanılan *ilk-el, asli düzenleme yetkisine* karşılık gelmektedir⁵⁷⁹. Diğer taraftan özerk düzenleme yetkisi, yürütmenin kendisine tanınmış *mahfuz bir alanda* sahip olduğu yetkiyi ifade etmek için de kullanılabilir. Bu durumda ise *özerklik*, “muhtariyet” anlamına gelecek şekilde kullanılmakta ve “asli düzenleme yetkisi” ile farklı bir anlam içermektedir⁵⁸⁰. Bu anlam farklılığı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz bir düzenleme alanı olup olmadığı noktasında önem taşımaktadır. Zira öğretilerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *asli, ilk-el* düzenleme yetkisine sahip olduğu konusunda neredeyse görüş birliği bulunmakta; buna karşın kararnamelerin *mahfuz, muhtar, özerk* düzenleme yetkisi içerip içermediği hususunda ise aynı şeyi söylemek mümkün gözükmemektedir. Öğretinin farklı referans noktalarıyla tartıştığı yürütmenin mahfuz düzenleme alanı konusu, bir sonraki başlıkta tüm kapsamı ile değerlendirilecektir.

B. MAHFUZ DÜZENLEME ALANI TARTIŞMALARI ÇERÇEVESİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nun beraberinde getirdiği en esaslı tartışma konularından biri Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınmış mahfuz bir düzenleme alanı olup olmadığına ilişkindir. Öğretilerde kimi yazarlar tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin mahfuz düzenleme alanı, yasama yetkisinin genelliği ilkesi ve Fransa örneği referans gösterilerek reddedilmekte; aksi görüşü savunan yazarlar ise lafzi yorumu tercih ederek Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği ayrı ve özel olarak öngörülen konular bakımından mahfuz alanın varlığını savunmaktadırlar. Bu doğrultuda öğretilerde ileri sürülen görüşler kapsamlı bir şekilde incelenecek ve sonuca yönelik bir tahlilde bulunulmaya çalışılacaktır.

⁵⁷⁹ Aynı yönde bkz. Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 81.

⁵⁸⁰ Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, s. 81.

1. Yürütme Lehine Mahfuz Düzenleme Alanının Varlığını Kabul Eden Görüş

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilerek kararnamelerin konu bakımından yetki alanı belirlenmiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın bazı hükümlerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı ayrı ve özel olarak belirtilmiştir. Öğretide söz konusu düzenlemelerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından mahfuz bir düzenleme alanı yarattığı ileri sürülmektedir. Bahsi geçen düzenlemeler⁵⁸¹:

Madde 104/9: “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”

Madde 106/11: “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

Madde 108/4: “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

Madde 118/6: “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

Görüldüğü üzere Anayasa'nın dört ayrı maddesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinde yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği hükmüne yer verildikten sonra, Anayasa'nın münferit hükümlerinde “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*” ifadesine yer verilmesi, öğretide bazı yazarlar tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan mahfuz bir düzenleme yetkisi olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşü savunan yazarların, lafzi ve amaçsal

⁵⁸¹ Çalışmanın birinci bölümünde söz konusu düzenlemelerin içeriği ve kapsamı incelendiğinden, bu kısımda yalnızca mahfuz alan tartışması yapılacaktır.

yorum yöntemini referans aldıkları, bu yönteme destek olarak ise genel-özel norm ilişkisinden yararlandıkları görülmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz bir düzenleme alanına sahip olduğunu savunan görüşün ilk gerekçesi, Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen maddelerde “düzenlenebilir” değil, “düzenlenir” ibaresinin kullanılmış olmasıdır⁵⁸². İlgili hükümlerde, konunun kanun veya başka bir hukuki işlemle düzenlenebileceği anlamına gelecek hiçbir ifadeye yer verilmediği⁵⁸³; bu nedenle de bahsi geçen konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki işlemlerle düzenlenemeyeceği ileri sürülmektedir⁵⁸⁴.

Ayrıca Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında “*Kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” demek suretiyle kamu tüzel kişiliğinin kurulması bakımından ortak bir düzenleme alanı tesis edildiği ve mahfuz alanın açıkça dışlandığı da ifade edilmiştir⁵⁸⁵. Anayasa’nın 123. maddesini dayanak gösteren yazarlara göre; Anayasa koyucu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen konuların kanunla da düzenlenebilmesini amaçlamış olsaydı, 123.maddede yer alan hükme benzer bir düzenleme yapılırdı⁵⁸⁶. Bu doğrultuda söz konusu dört hüküm bakımından 123. maddeye benzer bir düzenleme yapılmamış olmasının, mahfuz düzenleme alanının varlığına işaret ettiği savunulmaktadır⁵⁸⁷.

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa’ya eklenen geçici 21/B maddesinde yer alan “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.*” hükmünün, mahfuz alanın varlığını teyit eden başka bir düzenleme olduğu; Anayasa koyucunun Cumhurbaşkanlığı

⁵⁸² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 932: “ ‘Şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir’ demek, ‘şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki işlemlerle düzenlenemez.’ demek anlamına gelir. Aksi olsaydı, Anayasa koyucu, ‘düzenlenir’ değil, ‘düzenlenebilir’ derdi.”

⁵⁸³ Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 145.

⁵⁸⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 932.

⁵⁸⁵ Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 145.

⁵⁸⁶ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 199; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 932.

⁵⁸⁷ Aksoylu Ürger, a.g.m., s. 145.

kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların mahfuz alan kabul edilmesi yönünde irade gösterdiği ileri sürülmektedir⁵⁸⁸.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği özel olarak belirtilen hükümlerde yer alan “düzenlenir” lafzının, Anayasa Mahkemesi’nin kanun hükmünde kararname rejimi dönemindeki içtihatları referans gösterilerek, mahfuz alan savına dayanak yapılamayacağını ifade eden Eren; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından geçerli mahfuz bir düzenleme alanı olduğunu savunmakta; ancak bu görüşünü lafzi yorum yöntemiyle değil, sistematik yorum çerçevesinde genel hüküm-özel hüküm ilişkisi⁵⁸⁹ üzerinden açıklamaktadır⁵⁹⁰. Bu doğrultuda yazar, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini öngören Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrasının genel hüküm niteliğinde olduğunu; bakanlıklar, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği ve Devlet Denetleme Kurulu’nun kuruluşunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngören hükümlerin ise, bu kurala göre özel hüküm teşkil ettiğini ifade etmekte; benzer şekilde, Anayasa’nın 128. maddesinde kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenleneceği belirtilmişken, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngören Anayasa’nın 104. maddesinin 9. fıkrasının özel hüküm niteliği taşıdığını savunmaktadır⁵⁹¹. Eren, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı öngörülen bahsi geçen dört konunun, kanuni idare ilkesine getirilen istisna niteliğinde olduğunu; özel hükümle, genel hükmün dışına çıkarılan istisnai konularda

⁵⁸⁸ Aksoyly Ürger, a.g.m., s.147; Barın, a.g.m., s. 6; Eren, a.g.m., s. 44; Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, ss. 19-20: “Cumhurbaşkanına yürütmeye ilişkin konularda ve olağanüstü halde verilen yetkilerin takdiri niteliği dikkate alındığında, bu hükümde yer alan altı ay içinde düzenleme yükümlülüğünün bu dört maddeye ilişkin olduğuna şüphe yoktur.”

⁵⁸⁹ Öğretide genel-özel hüküm ilişkisini, farklı bir temellendirmeye mahfuz alan iddiasına dayanak olarak gösteren yazarlar da bulunmaktadır. Gözler; Anayasa’nın 104. maddesinin 17.fıkrasında yer alan düzenlemeyi genel hüküm, Anayasa’nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuları ise özel hüküm olarak nitelendirmekte ve özel hükmün, genel hükmü dışlayacağını belirtmektedir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.934. Aynı yönde görüş benimseyen Yasin’e göre, Anayasa’nın 104. maddesinde yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılacağı düzenlendikten sonra, Anayasa’da dört hüküm bakımından ayrıca ve özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağını belirtildiği, mahfuz alanın varlığına işaret etmektedir. Yasin, a.g.m., s. 318.

⁵⁹⁰ Eren, a.g.m., s. 43.

⁵⁹¹ a.yer.

genel hükmün uygulanmayacağını ve bu nedenle özel hüküm kapsamına giren konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için mahfuz alan olduğunu belirtmiştir⁵⁹².

Kanımızca yazarın bahsi geçen dört konunun, kanuni idare ilkesine getirilmiş istisna olduğu yönündeki görüşü isabetlidir. Ancak kural-istisna norm ilişkisi üzerinden Cumhurbaşkanlığı kararnamesine mahfuz bir düzenleme alanı yaratılmasında anayasal tutarlılık bulunmadığı gibi, bu değerlendirme hukuki dayanaktan da yoksundur⁵⁹³. Zira kanuni idare ilkesine istisna bir düzenleme getirmek, kanunu tamamen dışlamayı gerektirmediği gibi; ayrıca ve özel olarak yasaklanmadığı sürece bahsi geçen konularda kanun çıkarılamayacağı anlamına gelmemektedir⁵⁹⁴. Kaldı ki, bir istisna kuralının yasama yetkisini sınırlandırdığını söylemek, istisnaların dar yorumlanması prensibi gereği de mümkün gözükmemektedir⁵⁹⁵.

2. Mahfuz Düzenleme Alanının Varlığını Reddeden Görüş

Öğretide mahfuz alanın varlığını reddeden görüş, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri lehine lafzi yorum yöntemi benimsenerek mahfuz düzenleme alanı yaratılmasını eleştirmekte; yasama yetkisinin genelliği ilkesinin Anayasal bir temeli olmaksızın sınırlandırıldığını belirtmektedir⁵⁹⁶. Özbudun; Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen maddelerde, “ancak” veya “münhasıran” gibi mahfuz yetki niteliği veren inhisarî ifadelerle yer verilmemesine karşın, mahfuz alanın varlığının savunulmasını *basit bir ifade farklılığından hayati bir sonuç çıkarmak, lafzi*

⁵⁹² Eren, a.g.m., ss. 43-44. Sezer; mahfuz alan yaklaşımında özel-genel norm ilişkisinin referans alınmasını eleştirmektedir. Pozitif hukuk normu olmayan *lex specialis* ilkesinin uygulanmasının mutlak olmadığı, ilkenin uygulanabilmesi için açık veya zımni irtibatın bulunması gerektiğini vurgulamakta; Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen dört konu arasında bu yönde bir örtüşmenin bulunmadığını ifade etmektedir. Sezer, a.g.m., ss.376-377.

⁵⁹³ Konuya ilişkin sistemli bir eleştiri için bkz. Tekinsoy, a.g.m., ss. 1-15: “ Hem yasama organına müdahale edemeyeceği bir alan oluşturup hem de kanun yapma yetkisine ilişkin hiçbir madde ile ilişki kurmamak anlaşılır görünmemektedir. Burada bir normla bir başka norm arasında genel-özel ilişkisi kurulması söz konusu olmayıp, bir normla Anayasanın genel sistemi arasında genel-özel ilişkisi kurulmaya çalışılmaktadır.”

⁵⁹⁴ Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20.

⁵⁹⁵ Sever, a.g.m., ss. 1-16.

⁵⁹⁶ Ardıçoğlu, a.g.m., s.44; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.251; Tekinsoy, a.g.m., s.1-15; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 392.

yoruma fazla itibar etmek olarak nitelendirmiştir⁵⁹⁷. Ne yasama yetkisini düzenleyen Anayasa'nın 7. maddesinde, ne de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılamayacağına ilişkin bir ifade yer almaktadır⁵⁹⁸. Bu eleştirinin sahibi yazarlar; iddialarını, yürütme organına mahfuz, özerk düzenleme alanı tanımış olan 1958 Fransız Anayasası üzerinden temellendirmektedirler⁵⁹⁹.

1958 Fransız Anayasası yasama ve yürütmenin düzenleme yetkilerini konu bakımından ayrıştırmıştır⁶⁰⁰. Kanunla düzenlenebilecek konular, 1958 Anayasası'nın 34. maddesinde tahdidi olarak sayılmış; o tarihe dek konu bakımından hiçbir sınırlamaya tabi olmayan yasama organına ait düzenleme yetkisi, bizzat Anayasa tarafından yürütme organıyla paylaştırılmıştır⁶⁰¹. Kanun alanına girmeyen konularda genel düzenleme yetkisine sahip olan yürütme organının bu yetkisi, kanunların uygulanmasını sağlamak yetkisinin ötesine geçmiş ve yürütmeye kanuna dayanmadan ilk-el düzenleme yapma yetkisi verilerek, yürütmeye sınırsız ve özerk bir düzenleme alanı yaratılmıştır⁶⁰². Ancak 1958 Anayasası'nda yürütmeye özerk düzenleme alanı ihdas edilirken, 1946 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan “*kanun yapma yetkisi ancak Millet Meclisine aittir ve bu yetki devredilemez.*” hükmündeki “ancak” ve “Millet Meclisi” tabirleri madde metninden çıkartılmış, 1958 Anayasası'nın 24. maddesinde “kanunları Parlamento yapar” şeklinde yeniden düzenlenmiştir⁶⁰³. Dolayısıyla kanunun

⁵⁹⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 251. Aynı yönde bkz. Ardıçoğlu, a.g.m., s. 44: “Anayasa’da belirli konulara ilişkin ‘Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenler/düzenlenir’ lafzı tek başına münhasır bir alan yaratma gücüne sahip değildir.”

⁵⁹⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 304.

⁵⁹⁹ a.g.e., s. 303; Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20.

⁶⁰⁰ Anayurt, a.g.e., s. 53.

⁶⁰¹ a.g.e., s. 56. 1958 Fransız Anayasası'nın düzenleme yetkisine ilişkin ayırt edici özelliği, düzenleme alanı itibariyle sınırlandırılan yasama karşısında, yürütmeye tanınmış özerk düzenleme yetkisidir. Şanlı Atay, a.g.e., s. 62.

⁶⁰² Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, s. 68: “Fransızların yaptığı gibi, yasama alanının sınırlanması, bunun dışında kalan alanlarda idareye asli kural koyma yetkisinin verilmesi ve bunun yanısıra yasamaya kalan alanda da idareye yasa gücünde kararnamelerle kural koyma yetkisinin verilebilmesi temsili demokrasi için bir utançtır.”

⁶⁰³ Anayurt, a.g.e., ss. 53-54. Fransız Anayasa Konseyinin içtihat yoluyla kanun alanını geniş yorumlaması hakkında bkz. Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20; Anayurt, a.g.e., s. 98 vd.

tekelciliğini ve yürütmenin kanuna bağlılığını besleyen Anayasa hükümleri, 1958 Anayasası'nın bütünlüğüne uyum sağlaması adına değiştirilmiştir⁶⁰⁴.

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınan ilk-el düzenleme yapma yetkisinin mahfuz bir alan yaratmamasının nedeni, Fransız hukukunun aksine, genel düzenleme yetkisinin hâlen yasama organında olmasıdır⁶⁰⁵. Türk hukukunda yasama yetkisinin genelliği ilkesi muhafaza edilmekte olup, anayasal düzeyde hiçbir sınırlamaya tabi değildir. Anayasa'nın 7. ve 87. maddelerinde yasama yetkisinin kullanımı bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi lehine bir istisnaya yer verilmediği gibi, Anayasa'nın 8. maddesinde Cumhurbaşkanının yürütme yetkisini *kanunlara uygun* olarak kullanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla yürütme yetkisinin, kanunlara bağlılığı devam etmektedir⁶⁰⁶. Yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına bırakılmış mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığı anlamına gelmektedir⁶⁰⁷. Bu kapsamda, Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve devredilemeyeceği kuralı hiçbir değişikliğe uğramadığı sürece Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından geçerli bir mahfuz düzenleme alanından bahsedilemez⁶⁰⁸. Sonuç olarak, 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanını koruyan hiçbir hüküm bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen konuların kanunla düzenlenmesinin önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır⁶⁰⁹.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi lehine mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığını savunan Sezer tarafından “öncelikli düzenleme alanı”⁶¹⁰ olarak adlandırılan farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Bu yaklaşıma göre; Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen dört konuda, *sadece* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi değil, *önce* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

⁶⁰⁴ 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte, 1982 Anayasası'nda felsefi tutarsızlıkların ortaya çıkması ve Anayasal bütünlüğün bozulması hakkında bkz. Anayurt, a.g.e., s. 54, dipnot 87.

⁶⁰⁵ Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, ss. 1-20.

⁶⁰⁶ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 304. Aynı yönde bkz. Arđıçođlu, a.g.m., ss. 37-38.

⁶⁰⁷ Güneş, a.g.e., ss. 40-41; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 211.

⁶⁰⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 303; Arđıçođlu, a.g.m., s.44; Sevgili Gençay, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.1-20; Sever, a.g.m., ss.1-16.

⁶⁰⁹ Arđıçođlu, a.g.m., s. 44.

⁶¹⁰ Sezer, a.g.m., s. 376.

çıkarılabilecektir. Bu görüşüne Anayasa'nın geçici 21/B maddesini dayanak gösteren Sezer, uygulamada söz konusu geçici yetkinin kullanıldığını ve ilgili konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlendiğini belirtmiştir⁶¹¹. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapıldıktan sonraki dönemde, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca genel düzenleme yetkisi hâlen yasama organında olduğundan, kanunla düzenleme yapılmasına engel bir durum bulunmadığı ve bu doğrultuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından mahfuz bir düzenleme alanı olmadığı savunulmuştur⁶¹².

Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin mahfuz alan tartışmaları farklı argümanlarla yorumlanmış ve bu kapsamda farklı görüşler ortaya konulmuştur. Konuya ilişkin öğretilerde yer alan görüşler değerlendirildiğinde; kanımızca Türk pozitif hukukunda yürütme organına tanınmış mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığı görüşü, Anayasa'nın bütünlüğüne ve iç tutarlılığına daha uygun düşmektedir. Anayasa değişikliği öncesinde kanunla düzenleneceği öngörülen konuların, değişiklik sonrası Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin özel olarak belirtilmesi, Anayasa koyucunun bahsi geçen konular bakımından mahfuz bir alan yaratma iradesine sahip olduğunu düşündürebilir. Ancak Anayasa koyucu bu iradesini Anayasa'nın bütünlüğüne uygun düşecek şekilde Anayasa metnine yansıtmamış veyahut ihmal etmiştir. Anayasa koyucunun iradesi, Anayasa hükümlerinden ve Anayasanın bütünlüğü anlayışından üstün tutulamaz⁶¹³. Bu nedenle, Anayasa'da kanunla düzenleme yapılmasını açıkça yasaklayan bir hükme yer verilmediği müddetçe yürütmeye tanınmış mahfuz bir düzenleme alanından bahsedilemez.

Anayasa'da yasama yetkisinin genelliği prensibine getirilmiş herhangi bir istisna hüküm bulunmadığı gibi, yürütme yetkisinin kanuna bağlı, türev niteliği

⁶¹¹ Sezer, a.g.m., s. 377.

⁶¹² a.g.m., ss. 377-378.

⁶¹³ Tekinsoy, a.g.m., s. 2: "...Anayasanın uygulanması bu olgulardan etkilenmediğine göre, kimin ne isteyerek ve amaçlayarak yaptığına bakılmaksızın bu değişikliklerin anayasa bütünlüğü içinde yorumlanması gerekir...Amaçsal yorum, değişikliği yapan anayasa koyucunun subjektif iradesinin ya da amacının ortaya çıkarılmasını değil, normun objektif amacının bulunmasını esas alır. Kaldı ki anayasa koyucunun istediğini ne kadar gerçekleştirebildiği, ancak yürürlüğe koyduğu normda somutlaşır."

Anayasa’da muhafaza edilmektedir. Türk hukukunda, Fransa örneğinde olduğu gibi, yasama yetkisinin sınırlandırıldığı, buna karşın yürütmenin genel düzenleme yetkisine sahip olduğu bir Anayasal düzenden bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte, mahfuz alanda yer aldığı iddia edilen konular bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilmesinin bir anlamı olmadığı da ileri sürülemez. 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu öncesinde kanunla düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların, değişiklik sonrası Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörülmesi, bu konuların mahfuz alan oluşturduğuna değil; Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen kanuni idare ilkesine getirilmiş bir istisna olduğuna işaret etmektedir.

Örneğin, bakanlıkların kurulması ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi, Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrasının, yani kanuni idare ilkesinin bir gereğidir. Buna karşın Anayasa’nın 106. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. Kanımızca bu tercih bakanlıklara ilişkin düzenlemelerin kanun alanından çıkarıldığı anlamına gelmez. Aksine idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi prensibi karşısında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de düzenleme yapılabilmesinin önünü açmaktadır. Bu durumda Anayasa’nın 106. maddesinin, kanuni idare ilkesine Anayasa ile getirilmiş bir istisna olduğu söylenebilir. Ancak bu düzenlemenin kanuni idare ilkesine istisna teşkil etmesi, bakanlıkların Anayasa’nın 123. maddesine dayanarak kanunla kurulmasına, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesine engel olmayacaktır. Hem istisnaların dar yorumlanması gerekliliği hem de yasama yetkisinin genelliği prensibi bu yorumu desteklemektedir.

SONUÇ

Hukuk devleti, hukuk kurallarına bağı ve eylemlerini hukukun koyduğu sınırlar içerisinde gerçekleştiren bir devlet anlayışıdır. Bu anlayış, devleti oluşturan erklerin hukukla bağı olmasının ve hukuk sınırları içerisinde hareket etmesinin teminatı olarak kabul edilir. İdarenin hukukla bağılılığını güvence altına alan kanuni idare ilkesi, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden birini oluşturmakta; idarenin eylem ve işlemlerinde *kanuna dayanması* ve *kanuna aykırı olmaması* anlamlarını içermektedir.

Kanuni idare ilkesi Türk pozitif hukuku bakımından da geçerli bir ilke olup, dayanağını 1982 Anayasası'nın 8. ve 123. maddelerinde yer alan düzenlemelerden alır. Bu doğrultuda idarenin hem kuruluşunun hem de görev ve yetkilerinin kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması anayasal bir zorunluluktur. 6771 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği, parlamenter hükümet sistemine ve dolayısıyla yasama-yürütme arasındaki yumuşak kuvvetler ayrılığına son vermiştir. Başkanlık sistemi olarak nitelendirilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve bu sistemin beraberinde getirdiği yeni kurum ve kurallar, yalnızca yasama ve yürütme erkleri arasındaki ilişkiyi değil; kanuni idare ilkesinin kapsamını da büyük ölçüde etkilemiştir.

Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanına, yürütme yetkisine ilişkin konularda, kanuna dayanmaksızın, ilk-elden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanındığı görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilk-el düzenleme yapılabilmesi, Cumhurbaşkanına asli ve genel bir düzenleme yetkisi verildiği izlenimini uyandırır da; söz konusu bu yetki, Anayasa'da öngörülen belirli sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen bu sınırlamalar, hem Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki sınırlarını belirlemede hem de kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında hiyerarşik bir ilişki ihdas etmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde kanun hükümlerinin uygulanması ve yine aynı konuda kanun çıkarılması hâlinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hâle gelmesi, kanunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi karşısındaki hiyerarşik üstünlüğünün göstergesidir.

Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi her ne kadar ilk-el düzenleme yetkisi içerse de, bu yetki Cumhurbaşkanlığı kararnamesini kanunla aynı hiyerarşik seviyeye yerleştirmez. Söz konusu Anayasa hükümleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun karşısındaki türev konumunu açıkça ortaya koymakta ve uygulamada yargı organları nezdinde yaşanabilecek muhtemel karışıklıkların önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir.

Öte yandan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sahip olduğu ilk-el düzenleme yetkisi, kararnamelerin yasama işlemi niteliğinde kabul edilmesi için tek başına yeterli bir kıstas olmayıp, kanunları değiştirme ve kaldırma gücü bulunmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, düzenleyici idari işlem olarak kabulünü zorunlu kılar. İdari işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olması ise, Mahkeme'nin kanuna uygunluk denetimi yapıp yapamayacağı hususunda soru işaretlerine neden olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kanunlara uygunluk denetimi yapmasının anayasal dayanağı bulunmadığı gibi, Mahkeme'nin kanunlara uygunluk denetimi yapacağını kabul etmek, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş amacı ile de bağdaşmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki sınırlarına uygunluğuna ilişkin yapacağı inceleme, *gerçek anlamda* yasallık denetimi olarak değerlendirilemez. Bahsi geçen denetim, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa'da öngörülen kurallara uygunluğunun incelenmesi olup, kararnamenin iptali sonucunu doğuran durumlarda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanuna değil, Anayasa'ya aykırı olduğu için iptal edilecektir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *kanuna dayanmaksızın* çıkarılan düzenleyici idari işlem niteliğinde olması, Anayasa'nın 123. maddesinde anayasal varlığını sürdüren kanuni idare ilkesine, Anayasa ile getirilmiş bir istisna olduğunu göstermektedir. Peki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bu istisna niteliği, kanuni idare ilkesinin unsurları bağlamında nasıl yorumlanmalıdır?

Bireylerin, idarenin keyfi eylem ve işlemlerine karşı korunması amacıyla hizmet eden kanuni idare ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda güçlü bir güvence sağlar. Kanuni idare ilkesinin özünü muhafaza edebilmek adına, kanuni idare ilkesinin *kanun* unsurunun, yasama organı tarafından, Anayasa'da belirtilen kanun

yapma usullerine uygun ve “kanun” adı altında çıkarılan hukuki işlemler olarak yorumlanması ve şekli kanun anlayışının benimsenmesi isabetli olacaktır. Bu bağlamda kanuna dayanmadan çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuni idare ilkesinin “kanun” unsuru kapsamında yer almadığı açıktır.

1982 Anayasası şekli kanun anlayışını benimsemekle birlikte, Anayasa’nın bazı hükümlerinde kanunla düzenleme yapılacağı ayrıca belirtilmiştir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin hakim olduğu 1982 Anayasası’nda kanunla düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilmesinin bir anlamı olduğu düşünülmektedir. Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı kuralına yer verilmesi, yürütmenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak suretiyle kullanacağı ilk-el düzenleme yetkisine karşı getirilen anayasal bir güvencedir. Münhasır kanun alanı kavramı, mevcut hâliyle kanunilik güvencesi sağlayacak ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanuni idare ilkesini zedeleyecek nitelikte düzenlemeler yapılmasını engelleyecektir.

Kanuni idare ilkesinin bir diğer unsuru *idarenin kurulması* kavramıdır. 2017 Anayasa değişikliğinin kanuni idare ilkesi bakımından en dikkat çekici yönü, idari teşkilatlanma konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı öngörülmüş olmasıdır. Anayasa’nın 106. maddesinde bakanlıkların, 123. maddenin 3. fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kurulması ve teşkilatlanması hususunda Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi, kanuni idare ilkesinden sapma olarak nitelendirilebilir. Kanuni idare ilkesi kapsamında istisna niteliği taşıyan bu düzenlemeler, kanunilik güvencesinin temini hususunda endişe uyandırmaktadır. Zira idarenin özellikle görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi, temel hak ve özgürlükler alanında yaşanacak müdahaleleri meşru kılma aracı olarak kullanılabilir.

Bakanlıkların teşkilatlanması, işbölümü ve organizasyonu gibi konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi, başkanlık sistemi olarak nitelendirilen yeni hükümet sisteminin olağan bir sonucu olarak kabul edilebilir. Buna karşın, temel hak ve özgürlükler alanı ile yakın irtibatı bulunan bakanlıklar ve bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşların görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile

düzenlenmesi aynı kapsamda değerlendirilemeyecektir. Anayasanın 123. maddesinde kamu tüzel kişiliği kurma hususunda doğrudan Anayasa tarafından yetkilendirilen Cumhurbaşkanı, bu yetkisini *yalnızca* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanabilecektir. Belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanına tanınan kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi, tüzel kişiliğin görev ve yetkilerinin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği anlamına gelmemektedir.

İdarenin kuruluşu ve görevlerinin kanunla düzenlenmesinin esas olduğu, buna karşın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlemenin kanuni idare ilkesine istisna teşkil ettiği dikkate alındığında; idari teşkilatlanma konusunda mümkün olduğunca dar yorum yapılması ve düzenlemenin kapsamının genişletilmemesi gerekir. Aksi hâlde kanuni idare ilkesinin “etkililiği”nden bahsetmek oldukça güçtür. Üstelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin düzenlemelere istisna niteliği atfetmek ve bu kapsamda dar yorum yapmak dahi, kimi zaman kanuni idare ilkesinden beklenen asgari güvenceyi temin etmeye yetmemektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilk-el düzenleme yapılabilmesinin kanuni idare ilkesi ile olan irtibatı, yasama ve yürütme yetkilerinin nitelikleri bakımından da ayrı ve özel bir öneme sahiptir. 1982 Anayasası’nda yasama yetkisi asli ve genel, yürütme yetkisi ise türev bir yetki olarak düzenlenmiştir. 2017 değişikliği sonrasında, Anayasa’nın 104. maddesiyle yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanına ilk-elden kural koyma yetkisi tanınmıştır. Söz konusu ilk-el düzenleme yetkisi, yasama yetkisinin esaslı bir unsuru olup, bu kapsamda yürütme yetkisinin niteliğine ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kanımızca yürütme yetkisinin kanuna bağlılığı devam etmekte, Anayasa belirli kurallar çerçevesinde yürütmeye sınırlı ve istisnai bir asli, ilk-el düzenleme yetkisi tanımaktadır. Yürütmeye tanınan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin, yürütmenin türev niteliğinde bir değişiklik yaratmadığı; nitelik itibariyle *kapsamı genişletilmiş bir türev düzenleme yetkisi* olduğu düşünülmektedir.

Anayasa değişikliğinin beraberinde getirdiği en esaslı tartışma konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine tanınmış mahfuz bir düzenleme alanı olup olmadığına ilişkindir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin mahfuz alan tartışmaları kapsamında öğretilerde farklı görüşler ortaya konulmuştur. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin muhafaza edildiği Türk pozitif hukukunda yasama organına yasaklanmış bir düzenleme

alanı bulunmadığından, yürütme lehine mahfuz bir düzenleme alanı da söz konusu olmayacaktır. Bu yaklaşım Anayasa'nın bütünlüğüne ve iç tutarlılığına da uygun düşmektedir. Öte yandan Anayasa değişikliği öncesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bazı konuların, değişiklik sonrası Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin özel olarak belirtilmesi, Anayasa koyucunun bahsi geçen konular bakımından mahfuz bir alan yaratma iradesine sahip olduğunu düşündürebilir. Ancak Anayasa koyucu bu iradesini Anayasa'nın bütünlüğüne uygun düşecek şekilde Anayasa metnine yansıtmamış veyahut ihmal etmiştir. Anayasa koyucunun iradesi, Anayasa hükümlerinden ve Anayasanın bütünlüğü anlayışından üstün tutulamaz. Bu nedenle, Anayasa'da kanunla düzenleme yapılmasını açıkça yasaklayan bir hükme yer verilmediği müddetçe yürütmeye tanınmış mahfuz bir düzenleme alanından bahsedilemez. O hâlde, Türk pozitif hukukunda yürütmeye mahfuz bir düzenleme alanı tanınmak isteniyorsa, bu arzu yeni bir Anayasa değişikliği yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

6771 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nda gerçekleştirilen değişiklikler, kavramsal belirsizlikleri de beraberinde getirmiştir. Kanuni idare ilkesi söz konusu kavramsal belirsizliklerin, Anayasa'nın bütünlüğüne ve iç tutarlılığına uygun düşecek şekilde yorumlanmasını zorunlu kılar. Aksi bir yaklaşım kanuni idare ilkesinden ve dolayısıyla demokratik hukuk devleti anlayışından uzaklaşılması sonucunu doğuracaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hukuki rejiminin, zaman içerisinde bir uygulama pratiği kazanacağı düşünülmektedir. Bu süreç zarfında öğretide öneri ve eleştiri konusu yapılan kavram ve düzenlemelerin, Anayasa'nın ruhuna ve bütünlüğüne uygun şekilde yorumlanması, yargısal içtihatlar bakımından da yol gösterici olacak ve kendi içerisinde tutarlı, Anayasa ile uyumlu bir Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi uygulaması oluşmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKBULUT Emre, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, 1.b., İstanbul: Beta, 2013.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 7.b., Ankara: Seçkin, 2016.
- ALTINDAĞ Halil, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- ANAYURT Ömer, *1958 Fransız Anayasasında Kanun Anlayışı: Kanunun Genelliğinden "Sınırlı-Tahsisli Kanun"a Geçiş*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARIKAN Cengiz, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- ATAR Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 5.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- BAŞ Sezgin, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 4.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- DUGUIT Léon, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.
- ERDOĞAN Mustafa , *Anayasa Hukuku*, 4.b., Ankara: Orion Yayınevi, 2007.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- GİRİTLİ İsmet ve diğerleri, *İdare Hukuku*, 6.b., İstanbul: Der Yayınları, 2013.
- GÖREN Zafer, *Anayasa Hukuku*, 2.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- GÖZLER Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, 1.b., Bursa: Ekin, 2000.
- GÖZLER Kemal, *Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, 1.b., Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2001.
- GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 13.b., Bursa: Ekin, 2016.

- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. b., Bursa: Ekin, 2019.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, C. 1., 3.b., Bursa: Ekin, 2019.
- GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel , *İdare Hukuku Dersleri*, 19.b., Bursa: Ekin, 2017.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref , *Anayasa Hukuku*, 7.b., Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 1998.
- GÜLGEÇ Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- GÜNDAY Metin *İdare Hukuku*, 10.b., Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- GÜNEŞ Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1965.
- İBA Şeref , *Türk Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- KALABALIK Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, C.1, 2.b., Konya: Sayram Yayınları, 2016.
- KARAHANOĞULLARI Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 4.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2018. (İdarenin Hukukla Kavranması)
- KARATEPE Şükrü, *Türk Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- MEMİŞ Emin, *Anayasa Hukuku Notları: Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011)*, 6.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.
- ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet, ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, 20.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- ÖZAY İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, 3.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1990.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri*, 12.b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- ÖZTÜRK Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- SABUNCU Yavuz, *Anayasaya Giriş*, 10.b., Ankara: İmaj Yayınevi, 2004.
- SCHMITT Carl, *Kanunilik ve Meşruiyet*, çev. Mehmet Cemil Ozansü, 2.b., İstanbul: İthaki Yayınları, 2018.

- SİR Onur, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- SOBACI Mehmet Zahid, KÖSEOĞLU Özer, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler*, 1.b., İstanbul: SETA Yayınları, 2018.
- SÖYLER Yasin, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 1. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ŞANLI ATAY Yeliz, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, 1.b., Ankara: TODAİE, 2011.
- ŞİRİN Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- TAN Turgut, *İdare Hukuku*, 5.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19.b., İstanbul: Beta, 2019.
- TEZİÇ Erdoğan, *1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, 1.b., İstanbul: İÜHF Yayınları, 1972.
- TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 12.b., İstanbul: Beta, 2007.
- TİKVEŞ Özkan, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*, İzmir: Acargil Matbaası, 1982.
- TUNÇ Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, 1.b., Ankara: Gazi Kitabevi, 2018.
- TÜRK Ender, *1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- TÜRK Hikmet Sami, *Anayasa'ya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- ULUSOY Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 2.b. , Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- YAŞAR Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, 3b., İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- YAVUZ K. Halûk, *Siyasal Sistem Arayışları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.
- YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 2.b., İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- YILDIRIM Turan ve diğerleri., *İdare Hukuku*, 7.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, 1.b., İstanbul: Beta, 1996. (Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi)

Makaleler

- AÇIL Murat, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *İÜHFİM*, C.76, S.2 (2018), ss.725-756.
- AKSOYLU ÜRGER Özge, “Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri”, *4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, Alanya, 3-4-5 Mayıs 2018, ss.137-160.
- ARDIÇOĞLU M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, (2017), ss.21-51.
- ASLAN Volkan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1(2019), ss.139-161.
- ATAR Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), ss.241-259.
- BARIN Taylan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 18-19 Ekim 2019, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Taylan_Barn_.pdf (Erişim Tarihi: 25.11.2019), ss.1-21.
- BEKTAŞ Eda, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri”, *Yasama Dergisi*, S. 39 (2019), ss.199-218.
- BOZ Selman Sacit, "Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?", www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm (Erişim Tarihi:01.12.2019)
- ÇAĞLAYAN Ramazan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7 (2016), ss.373-398.
- ÇAKIR Hüseyin Melih, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı-Bakan İlişkisi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, ss. 35-55.
- ÇETİNTÜRK Ekrem, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç Ve Ceza Konulamaz İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 9 (2017), ss. 39-180.
- DURAN Lütfi, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları”, *İÜHFİM*, C.30, S.3-4 (1964), ss. 466-492.
- DURAN Lütfi, “Kanun Hükümünde Kararname” *Amme İdaresi Dergisi*, C.8, S.2 (1975), ss.3-19.

- DURAN Lütü, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.4, S.1-3 (1983), ss. 33-42.
- EREN Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), ss.1-72.
- ERGÜN Turgay, “Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 16, S. 2 (1983), ss. 23-36.
- ERGÜL Ozan, “Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Güncel Hukuk*, S. 173, (Eylül-Ekim 2018), ss. 30-35.
- EROL Ömer Faruk , “Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, ss. 65-87.
- ESEN Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, (2016), ss.45-73.
- GEDİK Gülşen, “Döviz Kazandırıcı Faaliyetlere İlişkin İşlemlerde Damga Vergisi İstisnası: Yasallık İlkesinin Yok Sayılması Bireysel Başvuru ile Sonuçlanabilir mi?” *MÜHF-HAD*, C.22, S.3 (2016), ss.3253-3278.
- GÖÇGÜN Muhammed, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yeni İstihdam Türleri”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, ss. 95-110.
- GÖNENÇ Levent, KONTACI Ali Ersoy, “2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri”, *TBB Dergisi*, S.145(2019), ss.53-79.
- GÜNAY, Ö. Faruk, “Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi İle İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni”, *TBB Dergisi*, S. 62 (2006), ss.152-172.
- GÜNAY, Ö. Faruk, “Türkiye’de Kamu Yöneticisi Yetiştirmenin Gerekliği ve Anayasamızdaki Yeri”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 40, S.2 (2007), 57-78.
- İBA Şeref, SÖYLER Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı Ve Hukuki Sonuçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C: 36, S. 1, (2019), ss. 195-223.
- KAĞITÇIOĞLU Mutlu, “Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararları”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 18-19 Ekim 2019, ss.22-23. http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Mutlu_Kagtcoglu.pdf (Erişim Tarihi: 05.12.2019), ss.1-27.
- KANETİ Selim, “Anayasa Mahkemesi Kararları'na Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları”, *İÜHFİM*, C.54, S. 1-4 (1994), ss. 33-44.

- KARAHANOGULLARI Onur, “Kanun Hükümünde Kararnamenin Niteliği, (Bir Öneri: Birlikte Yasama)”, *Amme İdare Dergisi*, C.31, S.2 (1998), ss.41-62. (Kanun Hükümünde Kararnamenin Niteliği)
- KARAHANOGULLARI Onur, “Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü”, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.10.2019)
- KARSLI Mehmet Rauf, “Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme”, <https://www.academia.edu/40959964/> , ss.1-22. (Erişim Tarihi: 10.12.2019).
- KUZU Burhan, “Kanun Hükümünde Kararnamelerin(KHK) Hukuki Niteliği Tabi Olacakları Rejim ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri (Tasdik Öncesi-Tasdik Sonrası)”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.4, S.1-3 (1983), ss. 83-93.
- ÖZBUDUN Ergun , “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükümünde Kararnameler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.2, (1985), ss.227-238.
- ÖZTÜRK Namık Kemal, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C.33, S.4 (2019), ss.1279-1297.
- SAĞLAM Fazıl, “Kanun Hükümünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.1, (1984), ss. 261-271.
- SAĞLAM Mehmet, “Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi’nin Uygulaması”, *Danıştay Dergisi*, S. 109 (2005), ss.1-27.
- SEVER Dilşad Çiğdem, “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da ‘Parthenogenesis’ Olmak”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 18-19 Ekim 2019, ss.1-16.
http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Dilsad_Cigdem_Sever.pdf (Erişim Tarihi: 30.10.2019).
- SEVGİLİ GENÇAY Fatma Didem, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *AÜHFD*, C. 63, S. 2 (2014), ss.397-417.
- SEVGİLİ GENÇAY Fatma Didem, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi: Türkiye-Fransa Karşılaştırmalı Çalışma”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 18-19 Ekim 2019, ss.1-20.
http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili_1.pdf (Erişim Tarihi: 27.10.2019). (Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri)
- SEZER Abdullah, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), ss.353-412.

- SOYBAY Selçuk, “Devlet Denetleme Kurulu'nun Konumu ve İşleyişi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.5, S. 1-3 (1984), ss.215-224.
- SOYSAL Mümtaz, “Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.1 (1984), ss. 11-20.
- SÖYLER Yasin, “Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenebilir mi?”, *Yasama Dergisi*, S.39 (2019), ss. 51-104. (Kariyer Uzmanlık Statüsü)
- TAN Turgut, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.1, (1984), ss. (Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği), ss.31-47.
- TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 3, (1986), ss. 203-216.
- TAŞDÖĞEN Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *AÜHFD*, C. 65, S. 3 (2016), ss. 937-966.
- TAŞDÖĞEN Salih, GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Yasama Yetkisi Genel Midir?”, ss. 1-49. https://www.academia.edu/40998694/Yasama_Yetkisi_Genel_midir, (Erişim Tarihi: 28.11.2019)
- TEKİNSOY M. Ayhan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi”, *KHP Toplantısı*, İstanbul, 2019,ss.1-15. [.http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan_Tekinsoy.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan_Tekinsoy.pdf) (Erişim Tarihi: 25.11.2019)
- TEZİÇ Erdoğan, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Amme İdare Dergisi*, C.5, S.1 (1972), ss.3-14.
- ULUSOY Ali, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?”, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>, (Erişim Tarihi:18.10.2019 (Aralık 2016 Anayasa Teklifi)
- ÜLGEN Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GÜHFD*, S.1 (2018), ss. 3-39.
- ÜLGEN Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, *GÜHFD*, S. 2 (2018), ss. 619-636. (İlk Gözlemler)
- ÜLGEN ADADAĞ Özen, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S.1 (2019), ss. 261-277. (Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisi)
- YASİN Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), ss. 315-333.

- YAVUZDUGAN Seçkin, “Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı”, *AÜEHFD*, C.8, S.3-4(2004), ss.235-254.
- YAYLA Ahmet, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, ss. 56-64.
- YAYLA Ahmet, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., (2019), ss. 1609- 1643. (Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi)
- YENİAY Lokman, YENİAY Gülden, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), ss. 105-138.
- YILDIRIM Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *MÜHF-HAD*, C. 23, S.2 (2017), ss.13-28.
- YILDIRIM Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.36, S.1 (2019), ss. 293-314. (İdarenin Kanuniliği İlkesi)
- YILMAZ Harun, “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, *TBB Dergisi*, S.110 (2014), ss.219-240.

İnternet Erişim Kaynakları

Academia (www.academia.edu.)

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (www.anayasa.gov.tr)

Kamu Hukukçuları Platformu (www.kamuhukukculari.org)

Kazancı İctihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)

Lexpera Blog (<https://blog.lexpera.com.tr>)

Resmi Gazete (www.resmigazete.gov.tr)

Türk Anayasa Hukuku Sitesi (www.anayasa.gen.tr)

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük (www.tdk.gov.tr)

Türk İdare Hukuku Sitesi (www.idare.gen.tr)

Türkiye Büyük Millet Meclisi (www.tbmm.gov.tr)

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

Yazar Adı Soyadı	Betül Merve YILMAZ
Tez Adı	Kanuni İdare İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Tez Türü	Yüksek Lisans Tezi
Tez Danışman(lar)ı	Dr. Öğr. Üyesi F. Didem SEVGİLİ GENÇAY
Çoğaltma (Fotokopi Çekim) izni	<input type="checkbox"/> Patent Kısıt (2 Yıl) <input type="checkbox"/> Genel Kısıt (6 Ay) <input checked="" type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin Veriyorum

Hazırlamış olduğum tezimin belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih : 23.01.2020

İmza : 