


CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ VE DENETİMİNDE MADDİ İÇERİK KRİTERİ

THE RANK OF PRESIDENTIAL DECREES IN HIERARCHY OF NORMS AND CRITERIUM OF
MATÉRIEL CONTENT IN JUDICIAL REVIEW 

Mehmet GÜNEŞ *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 29/07/2019
Kabul: 23/04/2020

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanlığı
Kararnameleri,
Normlar Hiyerarşisi,
Maddi İçerik Kriteri,
Şekli İçerik,
Yargı Denetimi.

Article Info

Received: 29/07/2019
Accepted: 23/04/2020

Keywords

Presidential Decrees,
Hierarchy of Norms,
Criterion of Matériel
Content,
Formally Content,
Judicial Revie.

Özet

Bir hukuk düzeninde tüm normların eşit değerde olmadığı ve birbirleriyle hiyerarşik bir ilişkide bulunduğu, bu şekilde normlar arasında genellik, geçerlilik ilişkisinin kurulabileceğini ileri süren normlar piramidi veya hiyerarşisi düşüncesi pozitivist hukuk anlayışının bir uzantısıdır. Yürütmeyi temsil eden Cumhurbaşkanınca çıkarılan “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri”nin de bir norm olarak benzer şekilde Anayasada diğer normlar karşısındaki yerinin tespit edilmesi, gittikçe önem kazanmaktadır. Anayasadaki son değişikliklerle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri standart bir şekilde düzenlenmediğinden, normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda farklı görüşler ileri sürülebilir. Şekli veya organik kritere göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Anayasada kanunlardan sonra geldiğine ilişkin kabul eksik ve hatalı sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle Olağanüstü dönemlerde çıkarılanlar ile olağan dönemde çıkarılanlar, düzenleyici nitelikte olanlar ile birel nitelikte olanlar başta olmak üzere tek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi türünden bahsetmek olanaksızdır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, normlar hiyerarşisinde sadece ismine bakılarak yapılacak değerlendirme ve denetlemelerindeki sorunları düzeltmek için bu kararnamelerin maddi içeriğine bakılarak karar verilmesi gerektiği önerilmektedir. Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin maddi içeriği itibarıyla ele alınarak normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek gerektiğini ancak bu şekilde hukuki karmaşa ve kaosun önlenemeyeceğine ilişkin çeşitli hukuki değerlendirmeler yapılmaktadır.

Abstract

The idea of a pyramid or hierarchy of norms, which states that norms can be established between norms in such a way that all norms in a law order are not of equal value and that they have a hierarchical relationship with each other, are an extension of the positivist understanding of law. The norm of presidential decree that given to the president for representing the executive is becoming more and more important as a norm to determine its place in the constitution against other norms. Since the last changes in the constitution, the presidential decrees are not regulated in a standard way in the constitution, so different kinds of this norm can be made about the place in the hierarchy of norms. Espacially, the acceptance of the presidential decree in the tangible content or the organic criterion which following the laws in the constitution cause inaccurate results. It is impossible to talk about a single kind of presidential decree in constitution especially in state of emergency period or others. It is suggested that the rank of presidential decrees in hierarchy of norms should be decided by looking at the tangible content in order to correct the problems in the checking of this norms. As the main idea of this study, it should be decided by looking at the tangible content to determine the rank of the presidential decrees in the hierarchy of norms. In this way it is thought that legal turmoil and chaos can be prevented.

I. GİRİŞ

Anayasa'nın 8'inci maddesine göre; "yürütme yetkisi ve görevi", Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirilecektir. Anayasa m.104/17'de ise; yürütme organını tek başına temsil eden Cumhurbaşkanı, sekizinci maddeden farklı olarak görev unsuruna değinilmeksizin sadece "yetkisi" yönüyle, bireysel ya da genel düzenleyici nitelikteki işlemler yapabileceği ve bu işlemlerin tümüne de genel olarak "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" adı verileceği düzenlenmektedir. Öğretiye göre; Anayasada "Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir" (m.104/1) ifadesi ile "yürütmenin kuruluşu, teşkilatı düzenleniyorsa, "Organik açıdan yürütme"den; buna karşılık yürütmenin görev ve yetkileri, işlemleri, faaliyetleri düzenleniyorsa "Fonksiyonel açıdan yürütme"den bahsedilebileceği ve "Organik açıdan yürütmeye" kısaca "yürütme organı", "Fonksiyonel açıdan yürütmeye" ise "yürütme fonksiyonu" denilebileceği kabul edilmektedir.¹

Anayasa metninde geçici madde dahil yirmi ayrı yerde geçen "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri" ibaresinin, Anayasaya dahil edilmeden önce bir norm içeriği olarak kamuoyunda yeterince tartışılmaması, hükümet sistemi olarak uzun yıllar boyunca uygulanan Parlamenter demokrasi üzerine şekillenen bir Anayasaya sonradan eklenmiş olması, Anayasadaki rejim değişimini hazırlayanların öngörü eksikliği sebepleri ile standart bir anlama ve tek bir hukuki rejime kavuştuğu ileri sürülememektedir. Ayrıca bu kararnameler hakkında; olağan dönem - olağanüstü dönem farkının yanı sıra, bazı hükümlerinin genel yetkiden farklı olarak yürütmeye mahfuz bir düzenleme yetkisi verdiğinin iddia edilmesi, bu normların kullanılacağı birel ve düzenleyici işlem farklılıkları ve bundan kaynaklanan denetim farkının önceden düşünülmemesi, bu tür kararnamelerin kullanılmasında sebep ve konu unsurunun özel olarak belirlenmemiş olması, örneğin konu unsurunun "yürütme yetkisine ilişkin konular" şeklinde sınırları belirsiz ve çok geniş bir alanı ihtiva etmesi² ve normun geçerliliği ve hiyerarşideki yerinin şeklen kurgulandığı gibi sorunsuz olacağını baştan kabul edilmesini içeren birçok sorunu barındırdığı ileri sürülmektedir. Bahsedilen konularda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin içerdiği sorunları analiz etmek için bu çalışmada; özellikle normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin çeşitli tespit ve değerlendirmeler yapılacaktır.

II. NORMLARIN GEÇERLİLİĞİ VE SIRALANMASI

Bir hukuk düzeninde; Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi normların arasında altlık-üstlük ilişkisi bulunduğunu, alttaki normun geçerliliğinin üst basamaktaki norma uygun olması gerektiğini, altta yer alanlara nazaran üstteki normların daha genel ve geçerli, alttaki normların ise daha detaylı ve özel nitelikte olduğunu gösteren sıralamaya "hukuk düzeni piramidi" veya "normlar hiyerarşisi" adı verilmektedir. Pozitivist Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen³ tarafından öngörülen bu hiyerarşide, hukukun diğer normatif düzenlerden farklı olarak birbirine eşit normlardan değil, hiyerarşik düzen içinde sıraya konulmuş normlardan oluşması gerektiği belirtilmektedir.⁴ "Alt sırada yer alan bir hukuk kuralının, kendisinden üst sırada olan hukuk kuralına aykırı olmaması" sonucunu doğuran bu hiyerarşide; standart bir adlandırmaya sahip olan bir normun, sıralamada güç açısından da gelişigüzel bir yerde değil yine belirli, sabit ve standart bir yere sahip olacağı varsayılmaktadır. Dolayısıyla normlar hiyerarşisinde bir normun değişmeyen şekilde belirlenecek yerinin; normlar arasındaki farklılık, genellik ve geçerlilik gözetilerek önceden kabul edilecek standartlara göre belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda bahsedilen ana önermeler dikkate alındığında; eldeki ölçütlerin, normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için standart bir yer veya konum bulmaya imkân

¹ GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011, s.353-354. Fransız Anayasa hukukçusu Raymond Carré de Malberg tarafından; devletin işlemlerini, bu işlemlerin dış biçimlerine ve hukukî sonuçlarına ilişkin Anayasa tarafından belirlenen pozitif verilerden hareketle tasnif edilmesi ve devlet fonksiyonlarını, fonksiyonu organ ile tanımlanması amacıyla yapılan "şekli kriter" yaklaşımının kabul ettiği görüştür.

² ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.251.

³ Hans KELSEN, pozitivist bir hukukçu olarak bilinmekle birlikte, tüm pozitif hukukun üstünde adına temel norm (grundnorm) adını verdiği içeriği tam olarak belirli olmayan ve tabii hukuku çağrıştıran bir normu kabul etmektedir. Bkz. WACKS, Raymond: Hukuk Kuramını Anlamak, Çev. SÜZGÜN, Fatma & ÜNVER, Şahin & ÜNVER, Sedat, Astana Yayınevi, Ankara, 2016, s.163.

⁴ "Kelsen, "Normlar Hiyerarşisi" kavramını sistematize etmiştir, ancak sıfırdan icat etmiş değildir. Önceki birikimlerden yararlanması gayet doğaldır. Öteden beri kanonik hukuk ve İslâm hukukunda kutsal kitap temelli hiyerarşik kalıplar mevcuttu...Kelsen, "hukukun kademeli yapılanması" kavramını (stufenbaulehre), öğrencisi Adolf Julius Merkl'den alıp geliştirmiştir." Bkz. SEZER, Abdullah: "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", Anayasa Yargısı Dergisi, 36(1), 2019, s.355.

verip vermediğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada yapılacak inceleme sonrasında iki ayrı öneri getirilmektedir. İlki, adı “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” olsa da son Anayasa değişiklikleri sonrası “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” ile birlikte, bu kararnameler yetki, konu ve sebep unsuru açısından tek biçimli olmadığından, kendi içerisinde dahi standart ve tekdüze görülemeyeceği ve normlar hiyerarşisinde hep aynı sıra ve düzende yer alamayacağından dolayı, birkaç çeşide ayırarak incelenmesi gerektiği savunulmaktadır. İkinci olarak genel adı “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” olsa da içeriğindeki çeşitlikle birlikte, normlar hiyerarşisinde gücü açısından tek bir yerde bulunmayan bu kararnamelerin, hiyerarşideki gerçek konum ve gücünün şekli unsur yerine maddi unsur incelemesi ile tespit edilip belirlenmesi önerilmektedir.⁵

Sadece “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ile sınırlı olmaksızın hukukun genel teorisine göre; bir hukuki normun hiyerarşideki yeri veya geçerliliğinin belirlenmesine ilişkin üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımlara göre⁶;

1-Aksiyolojik geçerlilik: Doğal hukukçular tarafından, bir normun çeşitli değer ve ideallere uygun olup olmamasına göre değerlendirilmesini ve hukukun kaynağına, amacına, adaletle olan ilişkisine ve mevcut hukuk düzenlerinin meşruiyetine göre sorgulanmasını savunan yaklaşımdır.

2-Maddi geçerlilik: Amerikan ve İskandinav hukuki realizm tarafından, bir normun ancak etkililiği/efektifliği ve fiili olarak kabul edildiği oranda geçerli olacağını ve “yaşayan hukuk”⁷ a atıfta bulunarak, mahkemeleri hukuku yorumlamada esas yetkili kabul eden görüştür.

3-Biçimsel geçerlilik: Pozitivist yaklaşımın savunduğu, bir normun içeriğine yani muhtevasına bakılmaksızın aidiyetine yani hangi organın gücüne dayandığına ve hukuk düzeninde kendisine kaynak olan üst normun geçerliliğine göre yerinin belirlenmesi gerektiğini ileri süren görüştür.

“Şekli veya organik” kriter adı da verilen biçimsel geçerlilik ölçütünün savunucularından Fransız Anayasa hukukçusu pozitivist yazar Raymond Carre de Malberg’e göre; devletin işlemlerini, bu işlemlerin dış biçimlerine ve hukuki sonuçlarına göre pozitif verilerden hareket ederek tasnif etmek gerekir.⁷ Bu yaklaşım esas alınarak öğretilde bazı yazarlara göre; Türk hukuk düzeninde halen normlar “biçimsel geçerlilik” üzerinden ele alınarak normlar hiyerarşisi düzenlenmektedir.⁸ Biçimsel geçerlilik, normlar hiyerarşisi sisteminde aslolan, normun doğumundaki geçerliliğidir. Buna göre normların hiyerarşideki yeri, içeriklerine göre değil, biçimlerine göre belirlenecektir. Örneğin bir norm, yasama organı tarafından “kanun” adı ile çıkarılıyorsa hiyerarşideki konumu da sadece bu adlandırmaya göre yapılmaktadır. Oysa bu “kanun” Anayasa’ya uygun içerikle üretilse ancak son oylamadaki oy yetersizliği yani biçimsel açıdan sorunlu ise bu norm kanun olarak görülmeyp iptal edilecektir. Dolayısıyla içeriğine değil şekline veya biçimine bakılarak normları sıralamayı öneren ve son Anayasa değişikliklerine kadar, bazı sorunlarına rağmen sürdürülen bu yaklaşımın, Anayasada “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”ne yönelik düzenleme sonrasında aynen devam ettirilmesi halinde, çeşitli sorunlar doğurabilecektir. Pozitivist görüşün en önemli temsilcisi olan Kelsen’in de kabul ettiği üzere, bir normun hiyerarşideki yerini yani diğer normlar karşısındaki konum ve geçerliliğini, sadece biçimsel geçerliliğe dayayarak kabul etmek tam olarak doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü “Kelsen’e göre bir normun geçerliliği ile o normun ait olduğu hukuk düzeninin etkililiği arasında bir ilişki vardır...yani bir normun emrettiği şey ile fiilen olan şey arasında bir karşıtlığın olması halinde “asgari etkililik” aranmalıdır. Hatta bir norm uzun süre var olsa da etkili değilse geçerli bir norm olarak kabul edilmez.”⁹

Bir normun yerini ve gücünü şekli kritere göre belirleyen aynı zamanda normlar hiyerarşinin kurucusu da olan biçimsel görüşün temsilcileri yani hukuki pozitivistlere göre; aynı

⁵ Normların içerik denetimi yani maddi unsuruna bakılarak sıralanması yerine “Normun hiyerarşik konumunu saptamada, doktrinde öteden beri yerleşmiş çok farklı ölçütler yerine, geçerlilik ölçütü kullanılmalıdır” şeklinde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. SEZER, agm, s.354.

⁶ GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, US-A Yayıncılık,1998, s.55-88.

⁷ MALBERG Raymond Carré de: Contribution a la Théorie Générale de l’Etat, Paris: Dalloz, 2004, s.269.

⁸ Örneğin BALTA, Tahsin Bekir: Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını Ajans Türk Matbaası, 1960, s.39, GÜNEŞ, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s.21, ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.206, TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.17, GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018, s.604.

⁹ KELSEN, Hans: Theorie Pure Du Droit, Paris, Daloz,1962, s.286.

zamanda bir normun sadece ismine bakılarak hiyerarşide konumlandırılması uygun değildir. Normun geçerliliği ve konumunun muhteviyatına göre tekrar gözden geçirilmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Bahsedilen görüş aslında Türk hukuk düzeninde, kanun ve Anayasa değişiklikleri gibi bazı normlar için olmasa da yürütmenin tüm düzenleyici normları için idari yargı tarafından fiili olarak uygulanmaktaydı. Normların yargısal denetimini yapan Anayasa mahkemesi başta olmak üzere diğer yüksek mahkemelerin birçok kararında, özellikle yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında çıkarmış olduğu işlemlerin adı ve nitelendirilmesi ile ilgili olunmadığı defalarca vurgulanmıştı.¹⁰ Yani yürütme organı, çıkardığı bir düzenleyici normu, hiyerarşide olması gereken yerin dışındaki bir etkililik ve efektiflikle nitelendirip işleme koysa dahi, örneğin Cumhurbaşkanı, içeriği yönetmelik seviyesinde olan bir norma “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” adını verse dahi hukuk düzeninde oluşan bu değişikliği tespit etmek ve değerlendirmek yetkisi bu normu denetleyen yargı yerine ait olması beklenmektedir. Ancak bu şekilde yapılmadığı takdirde, özellikle yürütmenin çıkardığı normların hiyerarşide sıralanmasının hiçbir anlamı ve koruması kalmayacağı görülmektedir.

Özellikle yürütmenin çıkardığı normların geçerlilik ve nitelendirilmesinde “şekli kriter” yerine “maddi kriter”in uygulanmasında yargının bu konuda yetkili sayılmasının, aynı zamanda “yargısal aktivizmi” akla getirmesi söz konusu olabilir. Ancak bu durumda, hukuk düzeninin karmaşasını çözebilecek en iyi çözüm olarak; bir norm koyucu merciinin birden fazla normu çıkarırken “mutlak yetki” kuramı gereği aralarındaki ilişki ve hiyerarşiyi bozabilmesini önlemek için gerekirse en üstteki normda yani bu durumda Anayasada, diğer tüm normların nasıl ve ne şekilde düzenlenebileceğinin de ayrıntılı şekilde belirtilmesi beklenmektedir. Örneğin bu şekilde benzeri düzenleme Fransa Anayasasında yapılmıştır. Eğer bu imkân söz konusu değilse yani Anayasada, çeşitli normların düzenlenmesi ve hiyerarşisine ilişkin net, açık bir listeleme ve kurallar yer almıyorsa, bu defa Anayasayı yorumlama hak ve tekeline sahip olan Anayasa mahkemesinin bu konudaki yetkisini kullanması beklenilebilir. Bu şekildeki bir belirleme ise çoğu zaman bir yargısal aktivizm olarak anlaşılmayacaktır.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kendi içinde geçerli ve diğer normlara karşı tutarlı ve korumalı biçimde tek bir norm olarak görmek ve değerlendirmek mümkün değildir. Bir normun muhtevası ile ilgilenmeksizin ve diğer normlar karşısında doğuracağı sonuçları dikkate almaksızın sadece adı ve çıkarıcı organın nitelmesi ile hareket edilerek hiyerarşideki yerini saptamaya “biçimsel veya şekli kriter” denilmektedir. Şekli kriter yaklaşımı, bir normun maddi içeriğini değil normu çıkarıcının konumunu dikkate almaktadır. Normun düzenleme alanına bakmaksızın, sadece çıkarıcı mercii veya organın gücüne odaklanmaktadır. Ancak normların hiyerarşik olarak sıralanmasında kullanılan biçimsel veya şekli kriterin, ayırt edicilik açısından yeni Anayasa değişiklikleri sonrasında işlevsizleştiği ve bazı normları sınırları tam olarak belirlenmediğinden dolayı diğerlerinden geçerlilik ve gücü itibarıyla ayırmaya yetmeyeceği düşünülmektedir. Bu tür normlar içerisinde, özellikle yürütme organının sahip olduğu “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin” bazı örnekleri görüldüğünden dolayı, düzenleme alanı ve

¹⁰ YILMAZ, Harun: “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.110, 2014, s.219-240. Sadece yürütmenin normları ile sınırlı olmaksızın “Bir işlemin anayasa uygunluk denetimi kapsamına giren bir işlem olup olmadığının belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi, işlemi yapan organın nitelendirmesi ile bağlı değildir. Anayasa Mahkemesi, bu nitelendirmeyi işlemin niteliğine bakarak kendi yapar.” Bkz. ÖZBUDUN, Ergun: Anayasa Hukuku, Anadolu Üni Yayınları, 2004, s.236. “Anayasa Mahkemesi, bir işlemin Anayasaya uygunluk denetimi kapsamına giren bir işlem olup olmadığını belirlerken, işlemi yapan organın nitelendirmesi ve verdiği adla bağlı kalmamakta; bu nitelendirmeyi işlemin özelliklerine göre kendisi yapmaktadır. Böylece, AYM, denetime tabi olan bir işlemin, denetime tabi olmayan bir işlem biçiminde yapılarak, denetimden kaçırılmasını önlemiş olmaktadır.” TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.488. Anayasa Mahkemesi hem 1961 ve hem de 1982 Anayasası döneminde içerik incelemesi gerektiren maddi kanun anlayışını sürdürmüştür. Bu konuda verdiği bir kararında: “Bir yasama metnine verilen ad, o metnin anayasal yargı denetimine tâbi olup olamayacağı konusunda tek ve yeterli ölçüt değildir. Yasama metninin içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında benimsendiği gibi, Yasama Meclisi'nce Anayasa'da öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin içeriğinin niteliği üzerinde de durulup değer ve etkisinin belirlenmesi gerekir. Bu açıdan yapılan değerlendirme, söz konusu metin veya belgenin, Anayasa'ca denetime bağlı tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkinlikte olduğunu ortaya koyuyorsa, onun da denetime bağlı tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2001 tarih ve 2001/424E., 2001/354 K. Sayılı Kararı.

denetimlerinin anayasal sınırları tam olarak oluşturulmadığı için, tekdüze değil birkaç türünün bulunduğu ileri sürülebilir. Bu açıdan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” adı altında yapılan düzenlemelerin içeriğine bakılmaksızın sadece şekli açıdan Anayasa Mahkemesince Anayasaya uygunluk açısından yargı denetimine tabi tutulmasının, daha sonraları bu normların içerik ve maddi anlamda normlar hiyerarşisindeki yerleri açısından sorunlar çıkarabilme ihtimali taşıması mümkündür. Bize göre m.104/17’de gösterilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırları ve gücünün, yeterli açıklık ve anlaşılabilirlikle Anayasa genelinde düzenlenmediğinden dolayı, normlar hiyerarşisinde tek bir yerde değil birçok yerde bulunması söz konusudur.¹¹ Anayasanın geneline bakıldığında, tüm normlar dikkate alınarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki tekdüze olmayan yerlerini ve diğer normlarla ilişkisini etkileri açısından değerlendirerek şu şekilde belirlemek mümkündür;

1- Anayasa (Anayasa m.11)

2- Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşma (Anayasa m.90/5)

3- OHAL’de çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.119/6)

4-Kanunlar, milletlerarası andlaşmalar, Kanunla düzenlenmemiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.104/17)

5- Kanunla yetki verilmiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.8)

6-Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri (Anayasa m.104/17)

7- Diğer Kamu tüzel kişilerin çıkardığı yönetmelikler (Anayasa m.124/1)

8-Cumhurbaşkanlığının bireysel nitelikteki atama kararlarına ilişkin Kararnameler¹² (Anayasa m.104/9’un mefhum-u muhalifinden)

Yukarıda belirtilen bu sıralamaya yönelik olarak, birden fazla Cumhurbaşkanlığı kararname türü olabileceği ve her birinin ise geçerlilik açısından farklı konum ve denetime tabi tutulması gerekeceği görülmektedir. Bahsedilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin maddi içeriğe göre türleri, etkililik ve geçerlilikleri aşağıda incelenmiştir.

A. Anayasa Hükmüne veya Anayasal Madde Niteliğine Bürünmüş Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Bilindiği gibi bir ülkede en üstün norm yani hiyerarşide en üst konumda bulunan normlar Anayasa maddeleridir. Kelsen’e göre; Anayasanın en üstte geçerliliğini bir varsayım veya hipotez olarak gördüğü “Grundnorm”¹³a dayandırmaktadır.¹⁴ Anayasa, hiyerarşideki tüm normların ana kaynağıdır. Getirdiği kurallar itibarıyla diğer normlar ondan güç ve şekil almalıdır.

¹¹ Benzer şekilde “...yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturan konularda çıkarılan CBK’lar ile 104’üncü maddenin 17’nci fıkrasından kaynaklanan yetkiye dayanılarak çıkarılan CBK’ların aynı hiyerarşik güce sahip olmadıkları... bütün CBK’ların aynı hukuki niteliğe sahip olduğunu kabul etmek, CBK’ların hukuki rejimine ilişkin doğru olmayan tespitlerin yapılması sonucunu doğuracaktır.” Bkz. YENİAY, Lokman, YENİAY, Gülden: “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s.105–138, s.118-119.

¹² “Anayasanın öngörmüş olduğu sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararı arasındaki fark oldukça belirgindir” şeklindeki görüşlere (Bkz. İBA, Şeref, SÖYLER, Yasin: “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, 195–223, s.199) katılmadığımızdan dolayı Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici ya da birel nitelikte olabileceklerine yönelik açık ve net bir ayırım yapılmaması sebebiyle, Cumhurbaşkanlığının yetkisi dahilindeki birel nitelikteki işlemlerin de istenirse Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabileceğini savunan görüşü benimsiyoruz. Benzeri görüşü destekleyen; “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanların ve üst kademe kamu görevlilerinin atanması işlemi tipik birel işlem olarak dikkat çekmektedir. Zira ilgili müesseselerin kuruluşu, teşkilatı ve atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyecek olan Cumhurbaşkanı, ayrı bir kararname ile ilgili soyut düzenlemeleri belirli kişiler açısından somutlaştıracaktır. Anayasa’da bu tür kararnameler ile yukarıda bahsedilen kararnameler (Düzenleyici nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri) arasında hukuki bir ayırım yapılmadığı görülmektedir.” Bkz. TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, 2018, s.229. Aynı yönde Bkz. TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta, Tıpkı 18. Bası, 2019, s.437.

¹³ Ünlü hukuk felsefecisi Joseph RAZ’a göre Kelsen’in savunduğu “Temel norm kuramı, sadece pozitivist bir hukuk biliminin her zaman uyguladığı prosedürün, analizinin bir sonucudur”. Bkz.” Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, The American Journal of Jurisprudence, Volume 19, Issue 1, 1974, Pages 94–111, s.105.

¹⁴ TURHAN, Mehmet: “Hans Kelsen’e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, s.203-226,2018, s.204.

Anayasal seviyede bir norm, yine aynı seviyede bir norm tarafından değiştirilebilmekte veya kaldırılabilir. Ayrıca Anayasa maddeleri arasında öncelik-sonralık veya astlık-üstlük ilişkisinden söz edilememektedir. Bu özellikleri ile Anayasa aynı zamanda diğer tüm normların da geçerlilik şartıdır. Bu açıklamalardan sonra, Türkiye’de Anayasa hükmünde veya Anayasal madde niteliğinde bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, anayasada bu şekilde bir yetkinin yürütme organına verilmediği veya bu şekilde ismi geçen bir normun Anayasada yer almadığı gerekçeleri ile söz konusu olamayacağı ileri sürülebilir. Hatta Anayasa m.6 gereğince, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” şeklindeki düzenleme hatırlatılarak bu şekildeki bir normun içeriğine itiraz da edebilir. Ancak normları sadece adı üzerinden normlar hiyerarşisinde sıralayan Pozitivist hukuk anlayışında; bir normun Anayasa hükmüne bürünüp bürünmediği sadece şekli şartlara yani organik kritere göre tespit edildiği sürece, bahsedilen durumun anlaşılması mümkün olmayacaktır. Burada önemli olan konu ister yasamanın ister yürütmenin sahip olduğu norm çıkarma yetkisi ve bunun sınırlarının nerede son bulacağıdır.

Özellikle konu yürütme açısından ele alındığında hem 1961 hem 1982 Anayasaları dönemlerinde öğretilde, yürütmeye açıkça Anayasada doğrudan düzenleme yetkisi ve norm çıkarma yetkisi verilmese dahi üstlendiği fonksiyonu gereği bu yetkiye doğal olarak sahip olduğu ileri sürülmüştür. Bu konuda Yayla; “...İdarenin görevleri gereği, özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanı düzenleyen bir kanun bulunmasa bile düzenleme yetkisine sahip bulunması bir zorunluluktur...”¹⁵ Aynı şekilde Sarıca; “icra mefhumu tanzim salahiyetini de tazammun eder...Tanzim salahiyeti icra salahiyeti içinde mündemiçtir...Tanzim, icra salahiyetinin tabii ve zaruri bir neticesidir.”¹⁶ Benzeri şekilde Onar; “...Anayasada sarıh bir hüküm olmasa da idare gene kendine düşen fonksiyonu ifa edebilmek için bir tanzim salahiyetine sahip olmak mecburiyetindedir, çünkü idare, ifa edeceği amme hizmetinin işlemesi, hatta kuruluşu, fertlerin bundan istifade tarzları hakkında umumi kaideler koymak mecburiyetindedir...”, Son olarak Gözler ve Kaplan; “İdarenin düzenleme yetkisi Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Ancak idare bunların dışında, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahiptir. Eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisinin altında idarenin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması gibi ihtiyaç ve gereklilikler bulunmaktadır.”¹⁷ şeklindeki görüşleri ile yürütmeyi zorunlu ve doğrudan bir “norm üreticisi” olarak kabul etmektedirler. Dolayısıyla yürütme, Anayasal bir yetki ile donanmasa bile üstlendiği icrai görevleri gereği düzenleme ve norm çıkarma yetkisine sahip olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir. Yürütmenin sahip olduğu düzenleme veya norm çıkarma yetkisinin doktrinde ikincil, türevsel nitelikli bir yetki olduğu¹⁸ ileri sürülse de Anayasa Mahkemesine göre; yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin Anayasal dayanağı adı ne olursa olsun hep aynı şekilde anlaşılmalıdır.¹⁹

Özellikle Anayasa tarafından OHAL döneminde yürütmeye verilen norm çıkarma yetkisinin gücü ve yansımaları tam olarak belirlenemiyor ve hatta denetlenemiyor, bazı Anayasa maddelerini geçersiz kılıyor ve Anayasanın diğer maddeleri ile uyumsuzluğuna rağmen sıkça kullanılıyorsa bu tür yetkiye dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini de bazı düzenlemelerinin Anayasayı dolaylı olarak değiştirmesi ihtimali açısından “Anayasa gücünde veya hükmünde” bir kararname olarak nitelendirmek gerekecektir.²⁰ Çünkü savduğumuz maddi kritere göre bu şekildeki bir kararname aslında kanun gücünde olması gerekir iken sonuçları ve etkileri ile Anayasa hükmü kadar geçerlilik içermektedir. Çünkü olağanüstü hallerde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri, mevcut kanunları değiştirebileceği gibi denetlenmediği için Anayasa hükümlerini de etkisiz kılabilir. En önemlisi ise savaş ilanına dahi karar verebilen bir Yasama organının çıkardığı tüm kanunlar yargı denetimine tabi iken OHAL ilan eden ve yürütmeyi temsil eden Cumhurbaşkanının kararnamesinin yargı denetimi dışında bırakılabilmesidir. Burada bu tür kararnamelerin yasamanın çıkardığı kanun hükmünü aşacak

¹⁵ YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s.145.

¹⁶ SARICA, Ragıp: Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti, İstanbul, 1943, s.29.

¹⁷ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi, 2016, s.421.

¹⁸ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s.402.

¹⁹ Bkz. Anayasa Mh. E.1996/5, K.1996/26, Kt.26.06.1996, RG.30.06.2001-24448.

²⁰ Olağanüstü hâl döneminde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin Anayasa m.119/6 gereğince Gözler, “Kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” nitelemesi yapmaktadır. Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, 21. Baskı, Bursa, 2017, s.367.

şekilde güçle donatıldığı açıktır. Eğer bir organ tarafından bu şekilde çıkarılan bir norm; Anayasada kanunu aşan şekilde belirsiz bir güçle donatılmış ise yani bazı Anayasa maddelerini işlevsizleştiriyor, denetimi yapılmadığından dolayı Anayasa ile olan uyumu incelenemiyor ise bu şekildeki normlara “Anayasa hükmünde veya Anayasa maddesi gücü verilmiş norm” adı verilebilir. Tüm bu açılardan bakıldığında Anayasa gücünde ve hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi örneği olarak Anayasa m.119’da yer verilen: “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” yetkisi gösterilebilir. Buna göre olağanüstü hallerde yürütme organı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak kararnamelere dahil edilen ve denetimi de mümkün olmayan düzenleme konu alanı; “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerini*” de kapsayacaktır.²¹ Dolayısıyla olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak ve kanun hükmünde sayılması gereken bu kararnamelerle, türü fark etmeksizin her türlü koruma altındaki Anayasal hakların bile düzenlenebileceği yani kararnamenin hiçbir sınırlamaya tabi olmayacağı anlaşılmaktadır. Olağanüstü hallerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu ileri sürülerek²² Anayasal hakların sadece kanunla sınırlanabileceğini belirten m.13’deki “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” hükmü karşılandığı ileri sürülse de durum daha farklıdır. Çünkü olağanüstü hallerde çıkarılan ve kanun hükmünde kabul edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, yasama organı tarafından çıkarılan kanunların izlemesi gereken prosedür ve denetimin dışında kalması ve bu şekilde sıra dışı şekilde olağanüstü hâlin dışındaki konularda da çıkarılabilmesi daha önce yürütmenin uygulamalarından deneyimlenmiştir.

Özellikle olağan dönemlerde, Anayasal hakların m.13’de gösterilen ancak “kanunla sınırlandırılabilmesi” şartı aynı zamanda yargısal bir denetime tabi iken, olağanüstü hallerde kanun gücünde kabul edilse dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bu şart söz konusu değildir. Dolayısıyla olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile temel haklara ilişkin her türlü kısıtlama ve düzenleme, yargı denetimine tabi olmaksızın ve hatta Anayasaya uygun olup olmadığına bakılmaksızın Anayasa maddesi gücünde değerlendirileceği açıktır. Hatta bu tür kararnamelerin, devletin diğer organları olan yargıyı, yasamayı ve siyasal sistemi, muhalefet partilerini ve rejimi değiştirecek nitelikte olabilmesinin de önünde hiçbir engel gözükmemektedir. Anayasada olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine verilen bu düzenleme alanı sebebiyle oluşabilecek genişlik, Anayasal devlet- sınırlı devlet ilkesine de açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Özellikle olağanüstü kararnamelerde konu sınırı olmamasının sonucu olarak Cumhurbaşkanı OHAL süresince tüm temel hak ve özgürlüklere yönelik kararnama çıkarma yetkisi tanınmış olmaktadır. Neticede ister Anayasal bir kural veya Anayasal yorum sonucu, yürütme kendisine verilen düzenleme yetkisinin sınırlarını aşarak Anayasa hükmüne veya Anayasal madde niteliğine bürünmüş bir düzenleme yaptığında ne şekilde hareket edileceği önem kazanmaktadır.

Anayasa m.119’daki; “*Olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar*” düzenlemesi ile bu tür kararnamelerin üç ay gibi önemli bir süre boyunca, kanun üstü bir güç veya Anayasal bir norm gücüne bürünmüş olarak sonuç doğuracağı ve uygulanacağı da unutulmamalıdır. Ayrıca bu madde, olağanüstü halde tek başına üç ay içerisinde Yasama organı tarafından görüşülmemiş veya ele alınmamış Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin doğrudan bir iptal nedeni de değildir. Çünkü Anayasa mahkemesinin bu durumda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kalktığına yani yokluğunun tespitine de kararı vermesi beklenecektir. Bunun için de Anayasa mahkemesi kendi başına hareket edemeyeceğine göre Mahkemeye bu konuda başvurulması ve Mahkemenin de bu konuya ilişkin karar vermesi gerekecektir. Üstelik partili Cumhurbaşkanlığı sisteminin geçerli olduğu, yani erkler ayrılığının sert şekilde değil sadece şeklen

²¹ Anayasa Mahkemesi, Olağanüstü hâl KHK’lerinin denetimine ilişkin maddi içerik yaklaşımından hareketle 1991 yılında verdiği kararını 2016 yılında değiştirmiştir.

²² ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2018, s.15.

yapıldığı Türkiye’deki Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Yasama organınca olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasalaşmama olasılığının da hemen hemen olmadığı ileri sürülebilir. Sadece Anayasada belirtilen süre içerisinde Yasama organı tarafından kanunlaştırılacak olan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi o zaman Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olabilecektir. Üstelik denetime kadar yapılan tüm uygulamalar ve ortaya çıkacak tüm sonuçlar geri de alınamayacaktır.

Diğer yandan olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak kararnamelerin, kanunların üstünde ve Anayasa maddesi gücünde veya hükmünde kullanılabileceği endişesinin diğer bir delili de daha önce Parlamenter sistem döneminde Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, olağanüstü hallerde çıkardığı kanun hükmünde kararnamelerde benzeri şekilde uygulamalara yer verilmiş olmasıdır. Türkiye’de yakın zamanda, Anayasa’nın 130’uncu maddesindeki, “*Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar*” şeklindeki açık hükmüne rağmen, Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, çıkardığı OHAL kararnamesi ile Anayasa’nın bahsi geçen 130’uncu maddesinin, şeklen değil ama maddi anlamda değiştirildiği ve bu şekilde birçok öğretim elemanın Anayasada ismen belirtilen makamlardan olan Yükseköğretim Kurulu ve Üniversite Senatosu gibi yetkili organlar dışındakiler tarafından görevlerinden uzaklaştırıldığı görülmüştür. O halde, OHAL dönemindeki yürütmeye verilen kararname yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde, Türkiye’de bazı yazarların ileri sürdüğü gibi pozitif hukuk rejiminin kriterinin şekli veya biçimsel kabul edilmesi yerine maddi kriter yani içerik ve sonuçlarına odaklanılmadığı sürece benzeri yaşanabilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek de mümkün olmayacaktır.

B. Kanun Gücü Taşıyan veya Kanun Hükmünde Görülebilecek Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Cumhurbaşkanlığına son Anayasa değişikliği ile verilen kararname çıkarma yetkisinin içeriği incelendiğinde, bazılarının kanun gücünde veya kanun hükmünde kabul edilebileceği de görülmektedir. Örneğin Anayasa m.123/son’a göre: “*Kamu tüzelkişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” ifadesi ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa tarafından kanuna eş değer veya kanun gücünde veya hükmünde kabul edildiği bu maddede açıkça görülmektedir. Ayrıca Anayasa tarafından sadece yürütme organına bırakılan ve mahfuz yetki alanlarından oluştuğunu ileri süren görüşler, Anayasa m.104/9’deki üst düzey yöneticilerle ilgili düzenlemeler, m.106/11’deki bakanlıklarla ilgili düzenlemeler, m.108/son’daki Devlet Denetleme Kurulu hakkındaki düzenlemeler ve m.118/son’daki Milli Güvenlik Kurulu hakkındaki düzenlemelerin, kanunlar yerine sadece yürütme organı normu olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabileceğine dayanmaktadır. Özellikle bu görüş ilgili maddelerde “düzenlenebilir” kelimesi değil “düzenlenir” ifadesi kullanılmasına dayanmaktadır.

Anayasanın bütünü incelendiğinde; herhangi bir konunun ne tür bir normla düzenleneceği açıkça gösterilmiştir. Örneğin, Anayasanın 20’ inci maddesinde “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*” ile 79’uncu maddesinde yer alan “*Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir*” ifadeleri yanında 88nci maddesinde “*Kanun teklif etmeye milletvekilleri yetkilidir. Kanun tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları içtüzükle düzenlenir*” veya 106’ncı maddesindeki “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*” şeklinde örnekler bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasada bir konunun hangi tür norm ile düzenleneceğinin gösterilmesi karşısında, devlet organlarının düzenleme konusunda başka bir tercihi olmayacakları görüşü ileri sürülmektedir.²³ Bu yaklaşım gereğince, Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği gösterilen konularda, Anayasa ile yürütmeye sağlanan bir mahfuz alan oluştuğu ve bu maddelerde yer alan konuların başka normlarla düzenlemeyeceği ve başka organların yetkili olmayacağı görüşü belirtilmektedir. Bu şekildeki

²³ Bu şekilde mahfuz alanın oluştuğunu ileri süren görüşe göre, bu tür ifadelerin geçtiği maddeler sebebiyle; “Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ... Anayasada belirtilen beş alanda özerkliğinin kabul edilmesi halinde, bu alanlarda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde ayrı bir kategori oluşturur. Bu kapsamdaki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde kanunla değişiklik yapılamayacağı için, bu kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı düzeyde kabul edilmesi söz konusu olacaktır” Bkz. SÖYLER, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.166.

görüŖ kabul edildiği takdirde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri için Anayasa tarafından tıpkı yasama organına kanunlar için verilen ayrıcalık gibi yürütme organına da bir ayrıcalık verildiği ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla da Anayasada, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çeŖitli konularda kanuna eŖdeđer, kanun gücünde veya hükmünde ve onun alternatifi kabul edildiği gerekecektir.²⁴

Ancak bu konuda farklı bir görüŖe sahip olduğumuzu belirtmek gerekir. İlk olarak Anayasanın münhasır olarak yasama organı yerine Cumhurbaşkanına çeŖitli konularda düzenleme yapabileceğini gösterdiği ve dolayısıyla Anayasadan kaynaklanan yetkiye dayanarak sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu konuların sadece düzenlenebileceği görüŖüne katılmıyoruz. Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek konularda, “Yasama bu konularda kanun çıkaramaz” görüŖünde olanlara göre; özellikle Anayasanın 104/17-1 maddesi ile “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” Ŗeklindeki genel yetkiden hareket edilmiŖ olmasının ötesinde, ayrıca ve özellikle m.104 dıŖındaki maddeler kapsamındaki konularda, yasama tarafından hiçbir kanuni bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece asli değil ayrıca “mahfuz” bir düzenleme alanı bırakıldığı ileri sürülmektedir. Gözler tarafından ileri sürülen bu görüŖe²⁵ karŖı bizim de katıldığımız gibi, Cumhurbaşkanına böyle bir yetkinin verilmiŖ olmasının “yasama yetkisinin genelliği” ilkesi ile çeliŖtiđini belirtmek gerekecektir.²⁶ Ayrıca Anayasa yorumunda, temel ilkelerden daha öncelikli olan Anayasanın bizatihi kendisi olduğundan dolayı, Anayasada yürütmeye mahfuz alan verildiği iddiasına karŖın yine Anayasadan hareketle iki Ŗekilde itiraz ileri sürülebilecektir.

İlki, Anayasada yer alan birçok temel hak ve özgürlüklerin güvence ve teminat altına alınması maksadıyla “kanunla düzenlenmesi” Ŗartının getirilmesinin ve birçok maddede bu Ŗekilde sadece kanuna iŖaret edilmiŖ olmasının, özellikle “kanunun” Anayasadan sonra, normlar hiyerarŖisinde ikinci sırada yer almasından kaynaklandığı hatırlatmak gerekecektir. Eğer normlar hiyerarŖisinde, Anayasadan sonra ve kanunlardan daha öncelikli olan, geçerli bir norm bulunsaydı temel hakların teminatı ve korunması için Anayasa, kanunlara değil belki de bu norma iŖaret edebilecekti. Dolayısıyla Anayasada bir konunun düzenlenmesi için gösterilen norm Ŗartının, aslında o konunun önem ve geçerliliği açısından bir düzenleme yapmak için seçilen asgari norm Ŗartına karŖılık geldiği kabul edilmelidir. O halde Anayasanın m.104/17’deki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, hiyerarŖide kanunların altında yer aldığına iŖaret edilen genel kaide koyan maddelerden hareketle, Anayasanın yürütme organına bıraktığı ileri sürülen konularda, asgari Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bir düzenleme yapılabileceğini ancak Yasama organınca da kanunlarla da bu tür konuların düzenlenebileceğini, kanunların ilgili Anayasa maddesinde adının zikredilmemesini bir yasaklama olarak görülmemesi gerektiğini, zaten Anayasanın “Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği” 104/17 maddesine göre: “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*” ifadesinin de buna imkân tanınması gerektiği ileri sürülebilecektir.

İkinci olarak, Anayasada bir konunun hangi normla düzenleneceğine ilişkin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel hüküm niteliği kazanmıŖ 13’üncü madde örneği dikkate alınabilecektir. Bu maddede; “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” ifadesi yer almaktadır. Buna göre, Anayasanın bu maddesinde geçen “ancak” kelimesi ile konuyu düzenleyecek norm tekleŖtirilerek diğer alternatifler yasaklanmıŖtır. Oysa Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konular için “ancak” veya buna benzer bir ifade kullanılmadığından, ilgili konulara ilişkin güvence ve teminat açısından en az ve asgari bir norm gösterildiğini kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla Anayasa koyucu tarafından madde içeriğinde “ancak, “sadece” vb. bir ifade geçmediği için Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların, hiyerarŖide daha üsteki bir norm olan kanunlarla da düzenlenebilmesini

²⁴ Yavuz ATAR, bazılarının değil tüm Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla eŖdeđer olduğu görüŖündedir: “Anayasanın bu hükümlerinden anlaşılacağı üzere, kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Türk pozitif hukukundaki ‘normlar hiyerarŖisi’ bakımından kural olarak aynı düzeydedirler... Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunların altında yer alıyor olsaydı, Anayasa koyucu, ‘Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır’ Ŗeklinde bir düzenleme yapmaya gerek duymazdı...” Bkz. Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s.276.

²⁵ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018, s.887.

²⁶ ÖZBUDUN, 2004, s.251. Ayrıca Bkz. GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj, Ankara 2017, s.659.

benimsemek uygun olacaktır. Dolayısıyla Anayasanın 128’inci maddesinde örneğindeki gibi, memurların atanmaları, özlük haklarının kanunla düzenlenmesinin öngörülmesine rağmen, madde metninde “ancak” sadece” vb. özel bir vurgu belirtilmediği için, yasama organınca; istenirse ilgili konu doğrudan kanunla düzenlenebileceği gibi kanun koyucu olarak temel esasları ve çerçevesi çizilerek yürütme yetkilendirilebilir. Bu şekilde yasama organı tarafından yürütmeye yetki verilerek bu konu ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de düzenlenebilecektir. Bu şekilde kanunla yetkilendirilmiş yani kanun gücüne kavuşturulmuş şekilde yürütme organı tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de çıkarılabilecektir. Ayrıca Anayasada kanunla düzenleneceğine ilişkin herhangi bir kısıtlama ve ifade bulunmayan konularda, kanun gücünde sonuç doğuracak şekilde, Cumhurbaşkanı tarafından yürütme yetkisine girdiği ileri sürülerek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de çıkarılabilecektir.²⁷

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konusunda, Anayasa m.104’de verilen genel yetki dışında, m.106’da gösterilen düzenleme alanlarının bir mahfuz alanı değil, sadece bir tespiti ifade ettiğini ileri süren görüşler yanında, ayrıca bu maddelerin yorumlamada oluşan tüm sorulara cevap veremediği ve bu şekilde Anayasanın sorunlu yazıldığı iddia eden görüşler de bulunmaktadır.²⁸ Buna ilişkin bir örnek olarak anayasanın değişen yeni maddelerinden biri olan m.104/17-2’deki “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” ifadesi gösterilmektedir. Bu ifadeden Anayasanın ikinci kısmının bir ve ikinci bölümleri olmasa da üçüncü bölümünde yer alan “Sosyal ve Ekonomik hak ve özgürlükler” alanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği “mefhum-u muhalifinden” anlaşılmaktadır. Oysa tüm sosyal ve ekonomik haklar için bu şekilde hareket edilse dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bunların düzenlenemeyeceğini hatırlatmak gerekecektir. Çünkü Anayasa m.104/17-2’de yer alan ifade ile kastedilen tam olarak doğru gözükmemektedir. Özellikle Sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasada yer alan bazı hakların ancak kanunla düzenlenebileceği zaten Anayasada ayrıca belirtilmektedir. Örneğin bu haklardan biri olarak m.50’ye göre: “Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir” hükmü sebebiyle “Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda dahi Meclisin kanun yapabileceği sonucu doğmaktadır.”²⁹

Mahfuz alanının olmayacağına ilişkin diğer bir örnek de Anayasa m.106/son hükmündeki “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” gereğince yürütmeye yer alan bakanlıkların görev ve yetkilerinin “ancak ve sadece” Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğinin kabul edilmesi durumudur. Bu görüş kabul edilirse halihazırda İçişleri Bakanlığı’nın görev ve yetkilerinin düzenlendiği 2559 sayılı “Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu”nun yasama organı devreye girmeksizin bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilga edilerek yeniden düzenlenmesi gibi bir sonuç söz konusu olabilecektir. Oysa kanunların yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin geçemeyeceği aşıkardır. Ayrıca Anayasa m.104/17’de yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin gösterilen sınır bu kararnamelerin çıkarılması açısından da geçerlidir ve bu tür yetkilerin kararnameyle düzenlenmesi mümkün değildir. Bu örnekleri yürütmeye dair hem teşkilatlanma yetkileri hem de diğer maddeler açısından çoğaltmak mümkündür.³⁰

²⁷ YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHFD, 23(2), s.13 – 28, 2017, s.26.

²⁸ Anayasada kararnameler için mahfuz bir düzenleme alanının varlığını savunan yazarlar arasında: GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2018, s.867-868, KARATEPE, Şükrü: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s.295, ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s.190, TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi, 2018, s.223-224 yer alırken karşı görüştekiler arasında: TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, 2018, s.438, ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s.249, ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2017, s.37, GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj, Ankara 2017, s.659 bulunmaktadır.

²⁹ ARDIÇOĞLU, agm, s.39.

³⁰ SEVER, Dilşad Çiğdem: “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da “Parthenogenesis” Olmak”, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Metni, 2019, s.2.

C. Yönetmelik Gücündeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasanın 124'üncü maddesi gereğince: “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla” yayınladıkları normlara yönetmelik denilmektedir.

Yönetmelikler, “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesinin Anayasal istisnaları arasında yer aldığından “objektif/kaide kararname” olarak da bilinmektedirler. Kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak için çıkarılan yönetmelikler ile ilgili olarak daha önceleri de benzer şekilde Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarma yetkisinin içeriği hukuken tartışılmıştı. Konu hakkında, Anayasa Mahkemesinin 1969 yılında verdiği bir kararda, “Yasama organının verdiği yetkiyle Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan “kararnamelerin” hukuki niteliğinin aslında “Bakanlar Kurulu yönetmeliği” şeklinde sayılabileceğine”³¹ hükmetmişti. Bahsedilen durumun tam tersi olarak; yeni Anayasa değişiklikleri sonrasında, bazı kararnamelerin adı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olsa da türev yetki niteliğinde olduklarından, aslında Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğine eşdeğer kabul edilebilmeleri mümkün gözükmektedir. Örneğin Anayasa m.73’de gösterilen “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir*” şeklinde ve benzeri m.167/2’de görülebilen konuların, hangi normla düzenleneceği gösterilmeyip Cumhurbaşkanına bırakılmış olduğundan, bu konular eğer Cumhurbaşkanı tarafından kararname ile düzenlenirse, aslında bunların birer yönetmelik gücündeki kararnameler olarak görülmesi gerektiğini düşünüyoruz. Dolayısıyla da daha önceki tartışmalarda yer aldığı üzere, bir yetki kanununa dayandığı ve daha önce Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamelerde, yargı denetiminde idari yargı görevli olduğundan aynı şekilde yönetmelik gücündeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde de idari yargının görevli olması gerektiği ileri sürülebilecektir.³²

Ç. Parlamento Kararı Benzeri Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Yasama organının iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya yasamanın, yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlar olarak bilinen “parlamento kararları”, yasamanın çıkardığı kanunlardan farklıdır. Bu farklılık ancak içeriklerine bakılarak anlaşılabilir. Örneğin vatandaşlar için uyulması zorunlu, bağlayıcı, genel hukuk kuralları parlamento kararıyla belirlenemez. Dolayısıyla da parlamento kararları ancak maddî mahiyetlerine göre, yani içeriklerine göre tanımlanabilecektir. O halde, yasama organının her kararı nasıl ki doğrudan” kanun” özelliği taşıyorsa Cumhurbaşkanının her kararı da doğrudan kararname gücünde bir norm olarak görülmemesi gerekecektir. Yasama organının; “yasama dokunulmazlığının kaldırılması”, “Meclisin tatile girmesi”, “Savaş ilanı”, “Kalkınma plânlarının onaylanması” şeklindeki Anayasada gösterilen kararları, birer parlamento kararıdır ve yargı denetimine tabi değildir. Aynı şekilde, Anayasada yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının, parlamentonun feshi (seçimlerin yenilenmesi kararı), kanunları yayımlaması, tekrar görüşülmek üzere TBMM’ye geri göndermesi, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açması gibi salt idari nitelikte olmayan ve siyasal nitelikteki kararları da yargı denetimine tabi olmadığından, aslında bir karar olarak “Parlamento kararına benzeyen Kararnameler” olarak kabul edilmesi gerekecektir.

D. Bireysel İdari İşlem Niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasa ile Cumhurbaşkanına verilen yetkiler arasında, genel düzenleyici işlem niteliği taşımayan sadece belirli kamu personelinin göreve atanması veya görevine son verilmesine yönelik birel nitelikteki idari işlemler de bulunmaktadır.³³ Örneğin Anayasa m.104/8’de yer alan: “*Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir*” şeklinde düzenleme ve

³¹ Anayasa Mahkemesinin 25.10.1969 tarih ve E:1967/41, K:1969/57 sayılı kararı.

³² ÜLGEN, s.12.

³³ Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici nitelikte olacaklarına dair hiçbir açıklayıcı hükme yer verilmediği ileri sürülmekte, bu kararnamelerin düzenleyici niteliklerinin gösterilebilmesi açısından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şeklinde yapılan isimlendirme yerine “Cumhurbaşkanı nizamnamesi”, “Cumhurbaşkanlığı tüzüğü” ya da “Cumhurbaşkanının düzenleyici kararnameleri” şeklinde bir isimlendirme yapılmasının daha doğru olacağı savunulmaktadır. Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 23. Baskı, 2019, s.365-366.

m.104/9'daki; "Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler" bunlara örnektir. Ancak bu tür işlemlerin Anayasada, "cumhurbaşkanı kararnamesi"nden farklı olarak sadece "Cumhurbaşkanı kararı" ile yapılabileceğine ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Diğer bir ifadeyle Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yer verilmesine rağmen düzenleyici olmayan birel nitelikteki işlemler için "Cumhurbaşkanı kararları" ifadesine yer verilmemesi ve aralarında açık bir ayırım yapıldığına yönelik bir düzenleme veya bir ifade bulunmaması sebepleri ile genel düzenleyici işlem niteliği taşımayan sadece belirli kamu personelinin göreve atanması veya görevine son verilmesine yönelik birel nitelikteki işlemlerdeki yetkilerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanılması da söz konusu olabilecektir.³⁴ Ancak bu tür bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkartılması halinde önemli sorunların oluşumuna sebep olabilecektir. İlk olarak bireysel atamalara yönelik Anayasada düzenlenen bu iki madde arasında bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Anayasa m.104/9 metni, yeterli açıklıkta yazılmadığından dolayı; m.104/8'de geçtiği gibi sadece Cumhurbaşkanına verilen bir yetkinin açıklandığı ve Cumhurbaşkanının sadece "üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esasların" kararname ile düzenleyebileceği şeklinde anlaşılabilir. Bahse konu maddenin ikinci cümlesindeki usul ve esaslar, "düzenleyici" niteliği ve "kişilik dışı" özelliği sebebiyle birel bir işlem olmadığı için doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmiş olduğu var sayılmaktadır. Eğer madde içeriği bu şekilde anlaşılırsa; Cumhurbaşkanının atama ve görevden alma işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği gibi bir anlam çıkmayacak ve belki de Cumhurbaşkanının yapabileceği diğer düzenleyici bir işlem adıyla çıkacak ve böylelikle birel bir işlem olacağından denetimi de Anayasa yargısının değil idari yargının görev alanına girecektir. Bu düşüncüyü destekleyen diğer bir Anayasa maddesi m.108'deki "Devlet Denetleme Kurulu" hakkındaki maddedir. Buna göre; "Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyeleri, Cumhurbaşkanınca atanır." denilerek Cumhurbaşkanının sadece atama yapma yetkisine işaret edilmiştir. Ancak bu atama yetkisini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağı gösterilmemiştir. Oysa diğer cümlede, Devlet Denetleme Kurulu ile ilgili düzenleyici nitelikte kişilik dışı işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağı; "Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" şeklinde belirtilmiştir. O halde, Anayasada yer alan içeriğe göre, Cumhurbaşkanı tarafından bazı kamu görevlilerinin atama ve görevine son verme amaçlı her türlü birel nitelikteki işlemleri; "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ile değil "Cumhurbaşkanı kararı" veya diğer adsız idari işlemlerle yapılacaksa bu tür işlemlerin denetiminde idari yargı kendini yetkili görebilecektir. Eğer bahsedilen atama ve görevden almalar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılırsa, bu tür kararnameler de sadece Anayasa mahkemesinin denetimine tabi olduğundan birçok hak arama sorunu ortaya çıkacaktır. Bireysel atama ve görevden almaların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılması sonrası muhtemel hak arama sorunu oluşturmaması için bu tür kararnamelerin maddi içerik kriterinden hareketle "Bireysel idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" denilerek idari yargı tarafından incelenerek denetlenmesi de söz konusu olabilecektir.

Bahsi geçen Anayasa maddelerinde Cumhurbaşkanı tarafından birel değil kişilik dışı, genel ve düzenleyici nitelikteki konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi halinde bu tür kararnamelerin Anayasaya uygunluk açısından yargı denetiminin Anayasa yargısı tarafından yapılacağı açıktır. Diğer yandan Cumhurbaşkanı tarafından, Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı, bakanlıklara ve bakan yardımcılıklarına ilişkin tüm atamaları, birer siyasi atama kabul edilerek Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde doğrudan bu görevlerin de kendiliğinden son ereceği kabul edildiğinde, bu tür atamalara karşı yargı denetiminin söz konusu olamayacağı da savunulabilir. Ancak diğer üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esasları gösteren (m.104/9) Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre, diğer her türlü atama ve görevden almalara karşı hangi ad altında yapılırsa yapılsın bunlar birel işlemler sayıldığından denetiminin de idari

³⁴ "Cumhurbaşkanının bireysel işlemleri için de mükemmel olarak "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" terimi kullanılabilir. Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleri için de "karar" kelimesi kullanılabilir... "Karar" veya "Kararname" kelimelerinden yola çıkılarak bir işlemin bireysel bir işlem mi, yoksa düzenleyici işlem mi olduğu anlaşılabilir. Biz Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin veya Cumhurbaşkanlığı kararlarının isimlerinden bağımsız olarak düzenleyici işlem veya bireysel işlem olabileceğini düşünüyoruz." Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s.811.

yargıya tabi olduğunun ileri sürülmesi gerekecektir.³⁵

IV. SONUÇ

2017 yılı halk oylamasında kabul edilen Anayasa değişikliklerinin ardından “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” adı altında yeni bir hukuk normu ortaya çıkmıştır. Daha önceki parlamenter sistemde görülen “Kanun hükmünde kararnameler” ile “Bakanlar Kurulu kararnamesini”³⁶ andıran bu normun, hiyerarşideki yerinin belirlenmesi önemli bir sorun oluşturmaya aday gözükmektedir.

Anayasa tarafından yürütme organını temsil eden Cumhurbaşkanına verilen düzenleme yetkisi ve onun sonucu olan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” normunun gücü ve geçerliliği açısından tekdüze değil birkaç türünün bulunduğu düşünülmektedir. Bu tür normların Anayasada düzenlendiği şekliyle geçerliliği açısından tek bir norm şeklinde sonuç doğurmadığından ve etkililiği açısından tek düze görülemeyeceğinden dolayı normlar hiyerarşisindeki yerinin tespitinde, yargı denetimi yapan organ tarafından normun isminden hareketle şekli veya organik kriter yerine mutlaka maddi içeriğine bakılması gerektiği önerilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin etkililik ve efektiflik açısından yargı mercilerince değerlendirme yapılmadığı takdirde normlar hiyerarşisinde çeşitli bozulmalar yaşanabileceği ve hukuk düzeninde geçerli olduğu kabul edilen hiyerarşi yerine yatay ve eşdeğer normlar karmaşası oluşabileceği dolayısıyla Anayasada bu tür normların sınırlarının tekrar belirlenmesi veya Anayasa yargısının bu tür normlarda içerik denetimi yapması önerilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sadece genel düzenleyici konularla sınırlı olmaması, birel konuları içermesi yanında yürütmenin ihtiyaç duyulan tüm konularına ilişkin de çıkarılabilmesinin oluşturacağı sorunları giderebilmek için maddi içerik kriterinin çözüm üretebileceği gösterilmektedir.

³⁵ Yürütmeyi temsil eden Cumhurbaşkanlığı makamı, Anayasada geçerse de kendisine verilen görev ve yetkilere uygun olarak yönerge, genelge, talimat, genel emir, tarife vb. adsız düzenleyici işlemleri de yapabilecektir. Bu tür işlemlere karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da dava açılabilir. Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s.809.

³⁶ Özellikle Anayasanın 104’üncü maddesinin 17’nci fıkrasında dayanılarak çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri dikkate alındığında, bunların 1971 yılında Türk hukuk sisteminde anayasaya dahil edilen organik bakımdan “yürütme işlemi”, fonksiyonel yönden ise “yasama işlemi” niteliğinde sayılan olağan dönem “Kanun Hükmünde Kararnameler”e değil daha çok Bakanlar Kurulu Kararnamelerine benzetilmesi uygun olacaktır. Çünkü parlamenter sistemdeki KHK’lar, öncelikle yasama organının iradesinden kaynaklanan, bir yetki kanununa dayanan “türevsel” nitelikte bir yetki idi. Buna karşılık şu andaki Cumhurbaşkanlığının Kararname çıkarma yetkisi, yürütme organına “asli” bir düzenleme yetkisi tanımaktadır. Ayrıca KHK’lar mevcut kanunlarda değişiklikler yapabiliyordu. Oysa Cumhurbaşkanlığının Kararnameleri kanunları değiştiremediği gibi aynı konuda çıkarılmış kanunlarla Cumhurbaşkanlığının Kararnamelerini hükümsüz kılmak mümkündür (Anayasa m.104/17). Zaten 1982 Anayasası’nın ilk halinde yer alan mülga 107’nci maddesine göre “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir”di. Dolayısıyla, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” kavramının Anayasa’nın mülga 107’nci maddesinden esinlenerek kabul edildiği, bu şekildeki bir kararname geçmişinin de yürütmenin sorumsuz kadını teşkil eden Cumhurbaşkanının yeni sistemde tek sorumlu olması sonrasında kanun gücünde olmayan ancak düzenleyici bir işlem çıkarabilme ihtiyacı için verildiği ileri sürülebilir. Aksi görüş olarak; “Sert kuvvetler ayrılığı anlayışı kararname yetkisine de yansımıştır. Yasama organının “yetki kanunu” ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verme uygulaması yerine, doğrudan Anayasa’dan kaynaklı bir yetkiyle çıkarılan CBK uygulamasına geçilmiştir... KHK’dan CBK’ya değişen hukuki rejimi tarihsel açıdan karşılaştırdığımızda Bakanlar Kurulunun çıkardığı KHK’lardan, yürütme yetkisini tek başına kullanan Cumhurbaşkanının çıkardığı CBK’lara geçiş olduğu görülmektedir.” Bkz. EREN, Abdurrahman: “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, 36(1), 2019, s.10-16.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, s.21-51, 2017.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- BALTA, Tahsin Bekir: Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını Ajans Türk Matbaası, 1960.
- EREN, Abdurrahman: “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, 36(1), 2019, s.1–72.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi, 2016.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011.
- GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 21. Baskı, Bursa, 2017.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2017.
- GÜNEŞ, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- İBA, Şeref, SÖYLER, Yasin: “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı, 36(1), 2019, s.195–223.
- KARATEPE, Şükrü: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- KELSEN, Hans: *Theorie Pure Du Droit*, Paris, Daloz, 1962.
- MALBERG, Raymond Carré: *Contribution a la Théorie Générale de l’Etat*, Paris: Dalloz, 2004.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- ÖZBUDUN, Ergun: Anayasa Hukuku, Eskişehir, Anadolu Üni. Yayınları, 2004.
- RAZ, Joseph: “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *The American Journal of Jurisprudence*, 19(1), pp. 94–111, 1974.
- SARICA, Ragıp: Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Salahiyeti, İstanbul, 1943.
- SEVER, Dilşad Çiğdem: “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Etkileri ya da “Parthenogenesis” Olmak”, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Metni, 2019.
- SEZER, Abdullah: “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(1), s.353-412, 2019.
- SÖYLER, Yasin: *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU: Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta, Tıpkı 18. Basım, 2019.
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- TURHAN, Mehmet: “Hans Kelsen’e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, s.203-226, 2018.
- ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, 2018.
- WACKS, Raymond: *Hukuk Kuramını Anlamak*, Çev. Fatma SÜZGÜN, Şahin-Sedat ÜNVER, Astana Yayınları, Ankara, 2016.
- YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları. 2009.
- YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülden: “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, 36(1), 2019, s.105–138.
- YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *MÜHFD*, 23(2), s.13–28, 2017.
- YILMAZ, Harun: “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.110, s.219-240, 2014.

Anayasa Mahkemesi Kararları:

- Anayasa Mh. E.1996/5, K.1996/26, Kt.26.06.1996, RG.30.06.2001-24448.
- Anayasa Mh. E.1967/41, K.1969/57, Kt. 25.10.1969, RG. 09.04.1971.
- Anayasa Mh. E. 2001/424, K. 2001/354, Kt. 22.11.2001, RG. 04.02.2003.