

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN SINIRLARI

Limits of the Presidential Decree

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU*

Öz: Cumhurbaşkanının iki tür işlemi olabilir; birincisi, genel, soyut, objektif ve kişilik dışı hukuki işlemler yapabilir ki bunlara yürütmenin düzenleyici işlemleri denilir. İkincisi Cumhurbaşkanı, özel, somut ve bireysel işlemler yapabilir ki bu, yeni dönemde, Cumhurbaşkanlığı kararı olarak Resmi Gazete 'de yayımlanmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen sistemin en önemli esaslarından biri Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir (bundan sonra CBK şeklinde kısaltılacaktır). Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilir. 2017 Anayasa (bundan sonra AY şeklinde kısaltılacaktır) değişikliği öncesinde tek CBK örneği, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu iken 2017 değişikliği sonrasında yürütmenin tüm alanlarında bazı şartlarla çıkarılabilmektedir. CBK, Cumhurbaşkanının asli yetkisidir ama Türkiye Büyük Millet Meclisi, istediğinde aynı konuda kanun çıkarabilir ki bu durumda kanun tercih edilecektir. CBK'nın kanuna ve Anayasaya aykırı olup-olmadığına Anayasa Mahkemesi karar verecektir. Eski sistemde yürütmenin düzenleyici işlemlerinin olumlu ve olumsuz iki ayrı niteliği vardı. Olumlu niteliği düzenleyici işlemlerin kanuna uymak/dayanmak zorunda olmasıydı (secundum legem). Olumsuz niteliği ise kanunla çelişmemesi yani kanuna aykırı olmamasıydı (intra legem). İdare kanuna dayanacaktı ve kanunî sınırlar içerisinde bulunacaktı. Oysa Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, Cumhurbaşkanı, kanuna dayanmadan ama kanuna aykırı olmadan CBK çıkarabilecektir. Dolayısı ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde birinci ayak önemli ölçüde kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanı, kanunun mevcut olduğu alanlar dışında, yürütme konusunda söz sahibi kılınmıştır. Sonuçta yürütmenin düzenleyici işlemleri, kanuna ve CBK'ya uymak zorundadır. İdare, kanuna ve CBK'ya uygun davranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun, düzenleyici işlem, Anayasa Mahkemesi.

Abstract: The President may have two types of transactions; Firstly, it may carry out general, abstract, objective and impersonal legal transactions, which are called regulatory acts of the executive. Secondly, the President can carry out private, concrete and individual transactions, which is published in the Official Gazette as a Presidential decision in this new period. One of the most important principles of the system introduced by the 2017 Constitutional amendment (hereinafter referred to as the new system) is Presidential decrees (hereafter abbreviated as CBK). The President may issue a CBK on matters related to executive power. Before the 2017 Constitutional amendment (hereafter abbreviated as AY), the only CBK example was the establishment of the Presidency General Secretariat, but after the 2017 amendment, it can be issued under certain conditions in all areas of the executive. CBK, is the primary authority of the President but if the Grand National Assembly of Turkey asks, can pass laws on the same subject in which case the law is valid. The Constitutional Court will decide whether the CBK is against the law and the Constitution. In the old system, executive's regulatory actions had two distinct qualities, positive and negative. The positive feature was that the regulatory actions had to comply with the law (secundum legem). Its negative feature was that it did not contradict the law, that is, it was not against the law (intra legem). The administration would be based on law and would be within legal limits. However, in the new system, the President will be able to issue CBK without relying on the law, but not against the law. Therefore, the first pillar has been removed significantly in the new system. The President has been given a say in the executive, except where the law exists. After all, the regulatory acts of the executive must comply with the law and Presidential decree. The administration will act in accordance with the law and CBK.

Keywords: President, executive orders, act, regulatory action, Constitutional Court.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, htfendoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1211-6989.

Makale Geliş Tarihi: 07.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 24.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391722

GİRİŞ: YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ:

21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı kanun ile Anayasanın 69 adet maddesi ya ilga edilmiş veya değiştirilmiştir ki buna göre eski sistemdeki başbakan ve bakanlar kurulunun tüm yetkileri de Cumhurbaşkanına ait olmuştur.

Getirilen yeni sisteme ve işleyişine karşı iddialar da vardır. Yeni sistemin aslında insan haklarında ve demokraside ters dalga olduğu, Devletin kararnamelerle yönetildiği, kuvvetler ayrılığının sona erdiği,¹ getirilen değişimin başkanlık sistemi olmadığı, tekçi yürütme yapısının kişisel iktidara dönüşme olasılığı, Cumhurbaşkanının yasama-yürütme ve yargı üzerinde aşırı gücü, fren-denge sisteminden yoksunluğu, yürütme organının diğerlerine karşı ölçsüz ve orantısızlığı, Cumhurbaşkanının dört dönem seçilme olasılığı (AY, m. 106-2 ve 116-3), üst kademe yöneticilerin atanmasında parlamento kontrolü olmadığı, Meclisin devre dışı kaldığı, bakanların kolayca azledilebildiği (AY, m. 106), CBK'nın kanuna yaklaşan ve kanunla yarışan niteliği ile özerk yapıya geçişe kapı araladığı, CBK'yı sınırlandıran Anayasa hükmündeki "açıkça"² ve "münhasıran" kelimelerinin açık olmadığı ve Yüce Divan'a sevk için istenen sayının yüksekliği³ şeklinde iddialar ileri sürülmüştür⁴. Eski sisteme geri dönüş konusundaki iddialar, 14 ve 28 Mayıs 2023 tarihli Milletvekili ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de kabul görmemiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi çoğunluğu ile Cumhurbaşkanını, aynı siyasi eksenenden (unified government; birleşik hükümet) veya farklı eksenenden (divided government; bölünmüş hükümet) olması sonucunda yürütmedeki *fili etki* ile uygulamanın da farklı olacağı açıktır⁵. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleri, Olağanüstü hal CBK

¹ Locke ve Montesquieu'nün etkilediği kuvvetler ayrılığı zor bir doktrindir. Teoride çok yaşamsal görünen bu teori, uygulamada zorlaşmaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi, kuvvetler ayrılığını uygulamakla birlikte bazen de ihmal etmektedir. Temel haklar açısından kuvvetler ayrılığı kuşkusuz ki önemlidir; Joel L. Fleishman / Arthur H. Aufses, A. H. , "Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation", *Law and Contemporary Problems*, Cilt 40, Sayı 3, 1976, ss. 1-45, s. 43 (s.e.t.: 22.12.2018).

² Anayasada 5 yerde "*ancak kanunla düzenlenir*", yaklaşık 60 yerde ise "*kanunla düzenlenir*" kelimesi geçmektedir.

³ Mustafa Okşar, *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 49 vd., 55 vd., 174 vd., 175-176 vd., 187.

⁴ Çolak, Çağrı. D., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, Special Issue, Cilt 3, 2017, s. 51, 53, 55, 62; İbrahim Ö. Kaboğlu, / E. Sales, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Çevirmen ve Editör: İrem Berksoy, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2018, s. 56 ve 298.

⁵ Nitekim ABD'de *birleşik hükümet* dönemlerinde daha çok kararname çıkarılmıştır; Benjamin A. Neil, "Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation", *Journal of Criminal Justice Research*, ty, s. 3 (s.e.t.: 22.12.2018).

(AY, m. 119), CBK (AY, m. 104-17), Cumhurbaşkanlığı kararları,⁶ Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri (AY, 104-17 ve 124) ve Cumhurbaşkanlığının diğer düzenleyici işlemleridir (isimsiz işlemler: sirküler, genelge, yönerge vs. gibi)⁷.

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiş, Cumhurbaşkanına belirli konularda “ilk elden düzenleme yapma yetkisi” verilmiş, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrası gereği *yürütme yetkisine ilişkin olmak şartıyla, kanuna dayanmadan ve Meclis onayı almadan, CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanına genel yetki verilmiştir*. Anayasa, bazı maddelerinde ise kimi konularda Cumhurbaşkanına özel yetki vermiştir. Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenebilecek bu konulara, 4+1 alanı denilebilir; yani üst kademe yöneticileri ile ilgili düzenleme yapılması, Devletin merkez-taşra teşkilatlarının, Devlet Denetleme Kurulunun, Milli Güvenlik Kurulunun ve kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu ayrıca belirtilmiştir. Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının birinci cümlesi, Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarmak için genel yetki, ayrıca belirtilen (4+1) maddelerinde özel yetki vermiştir. Anayasada Cumhurbaşkanına özel yetki verilen 4 konu yanında bir de seçimlik yetki verilmiştir (4+1) ki bu, kamu tüzel kişiliği kurulmasında yasama organına ve Cumhurbaşkanına *eşit yetki* tanınmış olmasıdır.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine göre yürütmenin düzenleyici işlemleri dört grup halinde mütalaa edilebilir;

Bunlardan birincisi, olağanüstü hal CBK’larıdır (AY, m. 119). Eski sistemde “Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi” kavramı var iken, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında “Olağanüstü hal CBK” kavramı getirilmiştir. Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, Anayasanın 104 üncü maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın CBK çıkarılabilir (AY, m. 119). Olağanüstü hallerde çıkarılan CBK üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır; aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan CBK kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden ikincisi, CBK’dır. CBK çıkarmak, Cumhurbaşkanının asli yetkisidir, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde CBK yargıya kapalı idi (mülga AY, m. 105-2).⁸

CBK, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olup, sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir; yürütmeye izin verilen kısıtlı alanlarda genel olarak düzenleyici işlemler yapılabilir; Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında CBK yetkisi genel olarak

⁶ Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı iptal ve tam yargı davaları, doğrudan Danıştay’a açılır (Danıştay Kanunu, 2.7.2018 tarih ve 703 sayılı KHK’nın 184 üncü maddesinin (d) fıkrası ile değişik 24 üncü maddesinin ilk fıkrası).

⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 296-297, 333, 360, 364.

⁸ Anayasamızın 2017 yılında mülga 105 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz”.

sınırlandırılmıştır. 2017 Anayasa değişikliği yürütme organına, yürütmenin tüm alanlarında mahfuz düzenleme alanı vermemiş, bazı kısıtlamalar öngörmüştür. Yürütmenin, asli yetkisinin olduğu ama bunun sınırsız olmadığı açıktır. Yeni sistemde kural olarak, yasama organının yetkisinin genelliği, asliliği ve ilk el olduğu kuralı devam etmektedir. CBK geçmişe yürümez, geçmişe değil geleceğe yönelik hükümler koyar. TBMM'nin yasama yetkisinin asliliği, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla istediği düzenlemeyi yapabilmesi iken yürütme yetkisinin asliliği, yasama yetkisinin asli olmasından farklı olarak, bir düzenlemeye gerek olmadan, anayasaya ve kanuna aykırı olmadan düzenleme yapabilmesidir.

Cumhurbaşkanı, CBK ile yasamadan önce hareket eden (*the first mover*) olacak, bu da yürütme organına üstün bir güç sağlayacaktır.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden üçüncüsü, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ile Bakanlık ve kurum yönetmeliğidir. 1961 ve 1982 Anayasalarında yönetmelik kavramı kabul edilmiştir. 1924 Anayasası'nda yönetmelik kavramı geçmediği halde 1924 Anayasası döneminde hayli yönetmelik yapılmış, buna itiraz eden olmamıştır. Anayasa Mahkemesi, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde bakanlar kurulunun yönetmelik yapma yetkisine sahip olduğuna karar vermişti. Yeni dönemde Cumhurbaşkanı veya diğer yetkililer yönetmelik çıkarabilir. Cumhurbaşkanlığı ve 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirlerdi (AY, değişik m. 124). İçerik olarak, bazı CBK'lar açısından, kimi Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerini ayırt etmek zor olabilir. Bunlar biri diğerinin yerine yapıldığında usul saıptırması olabilir (bkz. AY, m. 125).

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden dördüncüsü, Cumhurbaşkanının isimsiz düzenleyici işlemleridir ki bunlar, Cumhurbaşkanlığının genelge, sirküler, karar, tarife, tebliğ, yönerge, ilke kararı, tenbihname, usul-esas, talimat⁹ gibi isimler altında yaptığı düzenleyici işlemlerdir. Anayasada ismi geçmeyen bu düzenlemelere isimsiz düzenleyici işlemler denilir ki bunlar genellikle yönetmelik olarak kabul edilir ve onun hukuki rejimine tabi olurlar.¹⁰

CBK'nın hukuki niteliğine gelince, maddi kritere göre, sadece CBK'nın niteliğine bakılır; bir işlemin içeriği genel, soyut, bir kez uygulanmakla tükenmezse o işlem yasama işlemidir. Buna göre CBK, organik açıdan yürütme işlemi ama maddi açıdan yasama işlemidir. Yasama organının yaptığı işlemin bir istisnasıdır¹¹. *Maddi kritere göre CBK,*

⁹ *Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* hükümlerine göre, isimsiz yönetmeliklere sadece 3 isim verilebilir; karar, tebliğ ve genelge (madde 11).

¹⁰ Bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2017, s. 78 vd.

¹¹ AYMK, E. 1965/16, K. 1965/41, 06.07.1965; Resmi Gazete, Sayı 12142, Tarih 4.11.1965. Asar-ı Atika Nizamnamesi, kanun niteliğindedir; konuyu doğrudan düzenlemektedir. Kanun tanımına uymaktadır.

düzenleyici idari işlem değil, yasama işlemidir. Anayasaya göre, genel olarak, *hayatın esaslı unsurlarını düzenleyen* Türkiye Büyük Millet Meclisidir; baki kalan yürütme işlerini yürüten ise Cumhurbaşkanıdır. Bu nedenle özellikle *temel hak ve özgürlükler* Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından düzenlenir, Cumhurbaşkanı tarafından yürütülür.

CBK kısıtlı bir düzenleme şeklidir. Anayasa'nın yaklaşık 60 ayrı yerinde geçen "*kanunla düzenlenir*" lafzı, CBK'nın *kısıtlı bir yasama devri* olduğunu göstermektedir¹². Ayrıca CBK ile ilgili genel kısıtlamalar Anayasanın 104 üncü maddesinin 17'nci fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi yürütme, araya başka bir hukuki güç girmeden, doğrudan Anayasadan aldığı istisnai bir yetki ile belirli bir kısıtlı alanda düzenleme yapmaktadır. CBK'nın bu yetkisi doğrudandır ve ayrıca bir kanunla yasama organından yetki almasına ihtiyacı yoktur. Anayasada geçen ve Cumhurbaşkanıya asli düzenleme yetkisi veren maddeler, Anayasanın "Yasama yetkisi" başlıklı 7'nci maddesinin belirtilen anlamda *istisnasıdır*.

Yürütme organına verilen yetkinin asliliği ve mahfuzluğu tartışmaları 1961 Anayasası döneminde başlamış ve 1982 Anayasası döneminde devam etmiştir. 1961 Anayasası döneminde hâkim kanaat, idarenin kanundan kaynaklandığı ve kanuna bağlı olduğudur. 1982 Anayasası döneminde, 8'inci madde ile "görev" yerine "*yürütme yetkisi ve görev*" başlık ve kavramının kullanıldığını, 104'üncü madde ile bunun "*yürütme yetkisi*" ne evrildiğini ve ayrıca olağanüstü hal CBK'sının getirildiğini (AY, m. 119) görmekteyiz.

Cumhurbaşkanının yemini sonrası 9 Temmuz 2018 tarihinde yeni sistem *tamamen* yürürlüğe girmiş ve Anayasa, belirli bazı alanları Cumhurbaşkanının yetkisine bırakmıştır.¹³

Cumhurbaşkanına verilen CBK çıkarma yetkisinin sınırları nelerdir? CBK'nın uyması gereken *ilk genel sınır* anayasanın tamamına uymak zorunda olmasıdır. İlk yapılacak denetim, kanunların denetimi gibi *anayasanın tümü* açısından denetim olacaktır. Bu denetim tamamlandıktan sonra *ikinci genel sınır*, kanunla düzenleneceği Anayasamızda açıkça belirtilen alanlarda CBK'nın çıkarılamayacağıdır. *Üçüncü genel sınır*, Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki 6 sınırdır.

CBK'nın, kanuna göre daha sınırlı olduğunu görüyoruz. CBK'lar, öncelikle, kanunlardan farklı olarak konu bakımından yetki yönünden Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrası ile sınırlandırılmışlardır.

Görüldüğü gibi CBK, kanunlar gibi, içerik açısından Anayasanın tamamına uymak zorundadır. Ayrıca bir başka sınır Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasıdır. Burada birinci başlıkta CBK'nın *Anayasa karşısındaki sınırını*, sonraki başlıkta ise *kanun karşısındaki sınırını* belirtmeye çalışacağız.

¹² Bilindiği gibi KHK da istisnai bir yasama işlemi idi.

¹³ 104/9 ve 104/17, 106/11, 108/4, 118/6, 119/6, 123/3 (seçimlik).

I. ANAYASA'NIN TÜMÜ KARŞISINDA CBK'NIN GENEL OLARAK SINIRLARI¹⁴

AYM, CBK'ların içerik bakımından genel olarak anayasaya uygunluk denetimini yapacak ve genel aykırılıkları, iptal nedeni yapabilecektir. Genel olarak yetki, şekil, sebep, konu ve maksat açılarından CBK'lar da kanunlar gibi denetime tabi tutulacaktır.

AYM, yapacağı denetimde “hukuk devleti ilkesi” açısından Anayasaya uygunluk denetimi yapabilir, daha önce geliştirdiği içtihatlar doğrultusunda hukuk devletine aykırı bulduğu CBK'ları iptal edebilir. Hukuk devleti yıllar boyu, AYM kararlarında ayrıntılı olarak yer almış olduğundan bu konuda ayrıntıya girilmeyecektir.¹⁵

AYM, kendisine gelen CBK'ları “kamu yararı ilkesi” açısından anayasaya uygunluk denetimini yapabilir. CBK'lar, hukuk devleti ilkesi gereği kamu yararı amacıyla çıkarılır. Kamu yararı bireyselliğin ve özel çıkarın olmadığı, aksine bunlara üstün toplumsal yararın olduğu bir menfaattir. Kamu yararı ilkesi, CBK'nın amaç unsurudur ve AYM bu konuyu inceleyebilir. Bununla birlikte kamu yararını takdir etme yetkisinin, daha çok siyasi bir karakter taşıması nedeniyle Cumhurbaşkanına ait olduğu belirtilebilir. Bu nedenle Cumhurbaşkanın takdir ettiği kamu yararının isabetli olup olmadığı konusundaki yetkisinin denetlenmesi zordur;¹⁶ bu konuda AYM kararları da vardır.¹⁷

AYM, kendisine gelen CBK'ları, “hukuk kurallarının öngörülebilir olması ilkesi” açısından anayasaya uygunluk denetimi yapabilir. Aslında hukuk kurallarının öngörülebilir olması, hukuk devleti ilkesinin de zorunlu bir şartıdır. Bu konuda AYM kararı vardır; şöyle ki, AYM'ye gelen somut bir davada, 8 numaralı CBK ile düzenlenen Yüksek Askeri Şura (YAŞ) ile ilgili CBK'nın 6 ncı maddesindeki “belirlenecek merci” ibaresinin anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ve YAŞ sekreteryaya hizmetlerinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek merci tarafından yürütülecek” ibarelerinin öngörülebilir olup-olmadığı davasında, AYM, *konu bakımından yetki yönünden davanın reddine, içeriği bakımından da Anayasaya aykırı olmadığından talebin reddine* karar vermiştir.¹⁸ Mevzuatımıza göre YAŞ'ın iki önemli görevi vardır; *birincisi* TSK'da yapılacak terfiler YAŞ kararı ile yapılacaktır. *İkincisi* askeri

¹⁴ Bu konuda bkz. AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 13.

¹⁵ AYM'nin hukuk devleti ile ilgili şu kararlarına bkz. AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 26; AYMK, E: 2019-31, K: 2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 37. AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 23.

¹⁶ AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); par. 38, 39.

¹⁷ AYMK, E: 2016-140, K: 2017/092, KT: 12.04.2017; E: 2017/033, K: 2019/020, KT: 10.04.2019.

¹⁸ AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

stratejik ana düşünce YAŞ ile belirlenecektir. Bunlardan birincisi icrai nitelikte iken, ikincisi icrai olmayıp istişaridir. AYM'nin kabul kararına göre, YAŞ'ın yaptığı düzenlemenin “yürütme yetkisi” içerisinde olduğu kabul edilmiştir.

AYM, dava konusu yapılan bir dosyada, CBK'nın “belirlilik ilkesi” açısından anayasaya uygunluk denetimini yapabilir. Hukuk devletinin unsurlarından biri olan belirlilik ilkesi AYM kararlarında tanımlanmıştır.¹⁹ CBK'lar, *açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmalıdır.*²⁰ *CBK kuralları öngörülebilir, erişilebilir, bilinebilir, öngörülebilir, açık, net, anlaşılabilir, uygulanabilir, duraksama olmayan ve kuşku olmayan bir şekilde olmalıdır.*²¹

AYM'ye YAŞ ile ilgili olarak açılan bir davada, talebin reddine karar verilmiş ise de karşı görüş belirten üyeler de vardır. YAŞ davasında karşı görüş yazan Başkanvekili Gökcan'a göre, YAŞ düzenlemesi, kanunla düzenlenebilecek bir konu olup, CBK'nın konusu değildir. Çünkü CBK ile düzenlenmesine izin verilen 4+1 konu Anayasada özel olarak düzenlenmiştir ve YAŞ bu 5 konu içerisinde değildir; bu 5 konu dışındakiler CBK ile düzenlenemez. Anayasanın 123 üncü maddesi gereği YAŞ düzenlemeleri için kanun yapmak şarttır. *İdarenin kanuniliği ilkesi*, CBK için de geçerlidir. Vergi, memur atama ve özlük hakları ancak kanunla düzenlenir ve bu konuda çok fazla sayıda AYM kararı vardır; idarenin kanuniliği ilkesi geçerli olmaya devam etmektedir.

AYM'nin YAŞ kararında karşı görüş belirten Üye Yıldırım, yasama yetkisinin *asli, genel ve devredilemez* olduğunu, idarenin kanuniliğinin esas olduğunu, kanunun CBK'nın üzerinde olduğunu, YAŞ'ın merkezi idare içerisinde sui generis bir kurul olduğunu, YAŞ'ın kanunla kurulması gerektiğini, istisna olanın sadece 5 (4+1) madde olduğunu, YAŞ'ın bu 5 madde içerisinde olmadığını belirtmiştir. Muhalefet şerhi yazan üye Hakyemez, sunmuş olduğu 11 adet gerekçe ile YAŞ'ın CBK ile düzenlenemeyeceğini anlatmıştır.²²

AYM, kendisine gelen bir davada “*hukuki güvenlik ilkesi*” açısından anayasaya uygunluk denetimi yapabilir.²³ Bu ilke de AYM kararlarında yeterince işlenmiş olduğundan burada ayrıntıya girilmeyecektir.

Görüldüğü gibi AYM, dava konusu edilen CBK ile ilgili bir dosyada, öncelikle Anayasanın tümü açısından aykırılık incelemesi yapacak, daha sonra Anayasanın CBK ile ilgili genel sınırlamalardan söz eden 104 üncü

¹⁹ AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 27. AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 24.

²⁰ AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 28.

²¹ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 24, 25.

²² AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

²³ Bkz. AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 25.

maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlamalar açısından konuyu inceleyecektir. 4+1 konusunda ise CBK'nın düzenleme yapabilme yetkisi, kendisine özel olarak verilmiş olduğundan bu konularda asli ve özerk yetkisi vardır.

Şöyle ki;

II. CBK'NIN KANUN KARŞISINDAKİ GENEL SINIRLARI: KONU BAKIMINDAN YETKİ KURALLARI:

Anayasanın tümü karşısındaki sınırlara uyan bir CBK, bu kez Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlar açısından incelenecektir. Bu başlıkta Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında belirtilen 6 sınır üzerinde durulacaktır.

1.Birinci sınır, yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda değil, sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK'nın çıkarabileceğidir. CBK'nın kanunlardan farklı olarak ilk sınırı Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasının birinci cümlesidir; "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir (1982/104, 17-1)". Bu sınıra uyulmazsa, bir CBK'nın içeriği Anayasaya uygun dahi olsa, CBK'nın Anayasaya uygun olduğu söylenemez çünkü Anayasaya göre yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda CBK çıkarılamaz. Şöyle ki;

Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanının CBK çıkarma genel yetkisi vardır.²⁴ Bu yetki için, CBK'nın içeriği Anayasaya uygun olsa da 17 inci fıkradaki sınırlamaya uyması şarttır. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında bulunan beş adet sınırlamaya *konu bakımından yetki kuralları* denir. CBK'nın hem konu, hem de içerik bakımından anayasaya uygunluk denetimi yapılacaktır.

2.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine intikal eden bir davada gözeteceği ikinci sınır, CBK'nın, temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle siyasi haklar ve ödevler konusunda düzenlenemeyeceğidir.²⁵ CBK'nın kanunlardan farklı olarak ikinci sınırı Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasındadır: "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 " (AY, 104, 17-2). Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler CBK ile düzenlenemeyecektir. Yapılan düzenleme şayet idari düzenleme ise CBK ile yapılabilir, ancak temel hakların kullanımına ilişkin ise *kanunla yapılması* gerekecektir.²⁶

²⁴ AYMK, E: 2019-78, K: 2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 9.

²⁵ 1982/12-40, 66, 74.

²⁶ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 10.

Görüldüğü gibi CBK çıkarma yetkisi ile yürütme alanının tümünde yürütmeye, çeliktir örölmüş sert bir mahfuz düzenleme alanı verilmiş olmayıp, yasama organının genel düzenleme yapma yetkisi devam etmektedir.²⁷ Çıkarılmaması gereken bir alanda CBK çıkarılmışsa veya ölçülölük, eşitlik gibi anayasal ilkelere aykırılık varsa *anayasa yargısı* devreye konulabilir.

3.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeteceğı *üçüncü sınır*, Anayasada "münhasıran kanunla düzenlenmesi" öngörölen konularda CBK'nın çıkarılamayacağı sınırırır. CBK'nın kanunlardan farklı olarak üçüncü sınırı Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan üçüncü cümledir, yani "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörölen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (AY, 104-17, 3)." Anayasa "münhasıran kanunla düzenlenecek" şeklinde bir cümle kullanmışsa da "münhasıran" kelimesini sadece anlamında kabul etmek gerekecektir. Anayasada genellikle "kanunla düzenlenir" kavramı vardır.²⁸

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) (1934/2559), Dernekler Kanunu (2005/5253), İl İdaresi Kanunu (1949/5442), Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun (23.4.1981/2451) gibi bazı alanlarda kanunlar vardır. Bu kanunlar kaldırılmadıkça belirtilen alanlar CBK ile düzenlenemez. Çünkü anayasaya göre kanunda açıkça düzenlenmiş olan konularda CBK çıkarılamaz (AY, m. 104-17).

Sosyal ve ekonomik hak ve ödevler CBK ile düzenlenebilir. Anayasada yer alan pozitif statü hakları olan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler yani eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, özelleştirme, çalışma hayatı, sendikal haklar gibi (1982/56, 57) alanlar CBK ile düzenlenebilir ama bu pozitif statü haklar, CBK ile sınırlandırılmaz. Keza 5378 Sayılı Kanunla düzenlenen *engelli hakları* CBK ile düzenlenemez, kanunla düzenlenmiş olan haklar CBK'nın konusu olamaz. Amerika Birleşik Devletleri örneğinde göröldüğü gibi, yasama organının gecikmesi veya ihmali halinde Cumhurbaşkanı, yasamayı, kanun çıkarmaya zorlamak için CBK çıkarabilir.²⁹

Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasındaki sınırlamalarda ve ayrıca Anayasa'nın 60 kadar yerinde kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda CBK çıkarılamaz. Buna göre Anayasamızın 13 üncü maddesi ile 42-2, 44, 46, 47, 49, 126/son, 127, 129/son, 128/son, 130, 133, 134, 136, 166/son, 135, 128/son gibi maddelerinde geçen alanlarda yani

²⁷ M. Artuk Ardıçoğılu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, Sy. 3, ss. 19-51, Ankara, 2017, Ankara Barosu Yayını, s. 38.

²⁸ E: 2016-150, K: 2017-179, KT: 28.12.2017, par. 57. E: 2016-180, K: 2018-004, KT: 18.01.2018, par. 17. E: 2017-051, K: 2017-163, KT: 29.11. 2017, par. 13. E: 2016-139, K: 2016-188, KT: 14.12. 2016, par. 09. E: 2013-047, K: 2013-072, KT: 06.06. 2013.

²⁹ Hasan Tahsin Fendoğılu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2019, Yıl 77, 2019/3, ss. 277-310, s. 298.

Anayasamızın 60 kadar yerinde geçen ve “kanunla düzenlenir” denilen mecralarda CBK ile düzenleneme yapılamaz³⁰.

CBK, kanunla düzenlenmiş bir mecrada çıkarılamaz. Örneğin 5018 sayılı kanunun 35 inci maddesinde ön-ödeme konusu düzenlenmiştir. 28 numaralı CBK'nın, Kültür ve Turizm Bakanı'nın yurt dışı ihalelerde bütçe dışı avansla ön-ödeme yapması, 5018 sayılı kanunun 35 inci maddesine aykırıdır. Dava konusu olan CBK kanuna aykırı olduğu için CBK'nın bu maddesi AYM tarafından 23.01.2020 tarihli karar ile iptal edilmiştir³¹ yani *CBK, kanuna uymak zorundadır*.

4.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeteceği dördüncü sınır, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK'nın çıkarılamayacağı hususudur. CBK'nın kanunlardan farklı olarak dördüncü sınırı Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan dördüncü cümledir: “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” (AY, 17-4) denilmektedir. Bu 4 üncü sınırın, 3 üncü sınırı açıklayan bir hüküm olduğu belirtilebilir.

Görüldüğü gibi Cumhurbaşkanı, doğrudan anayasadan aldığı yetki ile kanun veya Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmeyen alanlarda, yürütme yetkisine ilişkin sosyal, siyasal ve idari konularda CBK çıkarılabilir. CBK, ilk elden asli bir yetkidir, ikincil değildir. *Bununla birlikte CBK yetkisi, genel düzenleme yetkisi değildir, genel düzenleme yetkisi kanunlardadır. Münhasır düzenleme yetkisi Cumhurbaşkanına ait değil, Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir*³². Bu konuda Anayasada iki farklı kavramın kullanıldığı görülmektedir. Anayasa 8 inci maddesinde “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” (AY, m. 8), demektedir ise de, daha yeni bir hüküm olan ve 2017 değişikliği ile gelen 104 üncü maddesinde, **görev** kavramının metine alınmadığı ve “*Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir*” (AY, m. 104), şeklinde kaleme alındığı görülmektedir. Burada Anayasamızın 8 inci maddesi ile 104 üncü maddesinin çelişkili olduğu ama *yeni* hükmün (AY., m. 104), yorum kuralları açısından, daha üstün olduğu söylenebilir.

CBK Resmi Gazete ile yayımı tarihinde yürürlüğe girer, Türkiye Büyük Millet Meclisinden onay alınmaz. Cumhurbaşkanı CBK çıkarılabilir ama Cumhurbaşkanı yardımcıları veya bakanların böyle bir yetkisi yoktur. Kurumların böyle bir talebi varsa, bu taleplerini (1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre) “Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü” ne, burası da Cumhurbaşkanına gönderir, uygun bulunduğu kabul edilir, imzalanır ve Resmi Gazete ile yayımlanır.

³⁰ AYMK, E. 1989/4, K. 1989/23, 16.5.1989'a göre, kanun yerine KHK ile düzenlenebilir. Ancak CBK, kanun gücünde değildir.

³¹ AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); par. 20.

³² Bkz. Ardiçoğlu, 2017, s. 51.

Anayasamızın 104 üncü maddesinin 19 uncu fıkrası gereğince CBK ve yönetmelikleri, yayımdan sonraki bir tarih belirtilmemişse, Resmi Gazetede yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Anayasamızın 151 inci maddesi uyarınca CBK'nın yayımlanması şarttır. "Cumhurbaşkanı kararnamesi" denilemez, çünkü kavram kişisel değildir, makamla ilgidir.

CBK şeklindeki bir işlem, ilk kez 2017 Anayasa değişikliği ile gelmemiştir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde mahfuz alan olarak, sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunun, CBK ile düzenleneceği şeklinde bir hüküm mevcuttu (AY, m. 107). Eski sistem döneminde bu alan yasama organı tarafından doldurulmadı. Yürütmenin bu alanı, 24 Haziran 2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı ve milletvekilliği genel seçimi ile seçilen yeni Cumhurbaşkanı'nın TBMM önünde yemin ettiği gün olan 9 Temmuz 2018 tarihi itibariyle yeni sistemde epey arttı.

Bize göre CBK, kanun karşısında özerktir (sert olmayan bir mahfuz alandır) ancak bu özerklik kanun karşısında sadece yeni bir düzenleme yapabilme gücü olup, parlamentodan kopuk değildir. Mevcut Anayasamıza göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama organından ve kanundan bağlantısız olması (sert mahfuz alan) olduğu düşünülmemelidir.

CBK'nın "mahfuz alan" olduğu konusunda, Anayasa'da bu anlama gelebilecek herhangi bir hüküm var mıdır? Kamu hukukunda asıl olan *yorumla yetki* üretilmemesidir. Yasama yetkisi *genel, asli ve ilk-eldir*, Anayasanın 7, 8, 104/9, 123, 137/1, 138/1 gibi maddeleri açıktır. Şayet, CBK'ya kanun gücü verilirse, bu durumda, CBK'ya olağanüstü hal CBK'larının statüsünü verilmiş olur ki bu durum, Anayasaya aykırı düşer (AY, m. 119). Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasına göre, CBK'ya kanun statüsü verilemez. Aksinin kabulü durumunda olağan CBK, olağanüstü hal CBK'ya benzetilmiş olabilir ki bunun anayasal dayanağı yoktur. CBK yetkisinin yasamadan tamamen kopuk, sert, özerk ve tamamen bağımsız olduğunu söylemek mevcut Anayasaya göre (özellikle 104-17) çok zordur.

Anayasamızın 105 inci maddesinin 2 nci fıkrasının yürürlükte olduğu eski sistemdeki Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği sert, özerk-bağımsız idi ama şimdi sistem değişmiş, kişilere doğrudan veya dolaylı olarak ödev yükleyen hükümler söz konusu olmuştur. Kuvvetler ayrılığı sisteminin araçları Anayasamızda yeniden düzenlenmiş, eski sistem değişmiştir. Olağan CBK'yı sert, özerk-bağımsız ve kanuna eşdeğer kabul edersek, kanunun ve OHAL-CBK'sının, CBK'ya eşitliği söz konusu olabilir ki bu da doğal olarak Anayasadaki sınırlamalara (104/17) ters düşer.

Yeni sistemde, Anayasamızın *yasamanın genelliği* ilkesi muhafaza edilmektedir. *Yasamanın genelliği* ilkesi gereğince, Türkiye'de *ilke olarak* yürütmenin yasamadan kopuk sert bir mahfuz düzenleme yetkisi yoktur. Mesela yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, kanun, tüzük, yönetmelik veya yönerge alanını bir kanunla düzenleyebilir çünkü *yasamanın genelliği ilkesi* vardır. Anayasada *kanuni idare* ilkesi hala

muhafaza edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin istikrarlı içtihatları da böyledir.³³

Anayasa Mahkemesine açılan bir iptal davasında, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu, “kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir” cümlesinin Anayasanın 2, 8, 104 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

AYM tarafından iptal iddiasının araştırılması için öncelikle iddia olunan konunun (1) yürütme konusu olup-olmadığı irdelenmiş, (2) ikinci olarak CBK’nın sınırlarından söz eden Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının ilk 4 cümlesi açısından konu araştırılmış, (3) üçüncü olarak, Anayasanın 128/1 ve 2 nci fıkralar açısından inceleme yapılmıştır. Anayasanın 128 inci maddesinin 1 inci ve 2 fıkralarına göre, “*memur ve diğer kamu görevlileri*” kavramı ile “*asli ve sürekli kamu görevlileri*” kavramı analiz edilmiş, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu’nun kurul halinde bir varlığı olduğu, tek başına icra yetkisinin olmadığı, ayrıca başka işlerinin de olduğu, asli ve sürekli bir görev olmadığı, kanunla düzenlemeye gerek olmadığı ve CBK ile düzenlenmesinin uygun olduğu kabul edilmiştir.³⁴

CBK ile ilgili bir iddia AYM’ye geldiğinde, AYM, *ilk* olarak o konuda bir kanun olup-olmadığını araştırmaktadır. Şayet o konuda bir kanun varsa *ikinci* olarak o kanun açık mı değil mi, açıkça düzenlenmiş mi, bu duruma bakmaktadır.³⁵ AYM, bu olayda yaptığı inceleme sonucunda Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu ile ilgili iddianın reddine karar vermiştir.³⁶

CBK’ya anayasa ile verilen yetkiler, Anayasa gereği, onun, yasamadan tamamen bağımsız ve kopuk olduğu anlamına gelmez; çünkü bizzat Anayasa, *CBK ile kanun çatışmasında* kanunun tercih edileceğini açıkça belirtmiştir (AY, m. 104-17).

5.AYM’nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeteceği *beşinci sınır*, CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanmasıdır. Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan beşinci cümlesi şöyledir: “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*” (AY, m. 104-17, 5).

2017 Anayasa değişikliği ile birçok alanda Cumhurbaşkanına *asli yetki* verilmiştir. Anayasada yazılı olan bu alanlar CBK ile

³³ AYMK, E. 2012/96, K. 2012/206, 27.12.2012; RG, Sayı 28657, Tarih 25.5.2013. Kanuni idare için bkz. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 43 vd.

³⁴ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 21.

³⁵ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 21.

³⁶ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 21.

düzenlenebilecek ama yasama organının yetkisinin *genelliği-asliliği ve ilk el olduğu genel kuralları* yeni sistemde aynen devam edecektir.

Yeni sistemde yürütme alanı ikiye ayrılmış sayılabilir; (i) bazı şartlarla *Cumhurbaşkanı* tarafından düzenlenebilecek alan ve (ii) ancak *kanunla* düzenlenebilecek alan (AY, m. 104-17) ki bu alanda yürütme organı düzenleme yapamayacaktır³⁷.

6771 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği sonucu kuvvetler ayrılığı ilkesinin sert hale gelmesine rağmen, kuvvetler arasında çok önemli geçişlerin de olduğu görülmektedir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının, Türkiye Büyük Millet Meclisi üzerinde azımsanmayacak yetkileri vardır. Örneğin Cumhurbaşkanı, milletvekilleri aracılığı ile *kanun teklif* edebilir (AY, m. 88); Türkiye’de *disiplinli parti* sistemi olduğu için Cumhurbaşkanı bu konuda hiçbir zorluk yaşamaz. Aynı zamanda bir *siyasi partinin lideri* de olabilen Cumhurbaşkanı bu konuda partisi aracılığı ile istediği kanunu teklif edebilir.³⁸ Yeni sistemde Cumhurbaşkanı, haftada bir Meclis’e gelip, grup toplantısı yaparak, milletvekillerine yasama çalışmaları konusunda açıklama yapabilmekte, direktif verebilmektedir. Grup toplantıları haftada bir, Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu olan tüm partiler tarafından yapılmakta, önemli televizyonlar ve medya kuruluşları tarafından canlı olarak yayımlanmaktadır (Bkz. AY, m. 104, fıkra 3 ve 4). Kendi partisinin milletvekilleri ve belediye başkanlarının saptanmasında, Cumhurbaşkanının tam yetkili olabileceği de buna eklenebilir. Bu durumda bulunan yasama-yürütme-yargı arasındaki ilişkiler, disiplinli parti anlayışı ile birlikte düşünüldüğünde, bu durumun, denge-denetim açısından sorunlu olup olmadığı tartışılmakta ve sonuçta Devletin bekası açısından yürütmenin güçlendirildiği belirtilmektedir.

Türkiye’de Cumhurbaşkanının Mecliste kabul edilip onay için kendisine sunulan kanun teklifleri üzerinde veto yetkisi vardır (AY, madde 104, fıkra 6), veto halinde teklifin yeniden kabulü için aynı yönde 301 milletvekilinin kabul oyu şarttır (AY, m. 89, fıkra 3). *Cumhurbaşkanı bu yetkisini CBK ile aynı konuda çıkarılan bir kanuna karşı da* Meclise karşı kullanabilir. ABD’de veto halinde kabul için bu oran çok daha yüksektir (2/3).

Cumhurbaşkanının bütçe kanun teklifini *Hazine ve Maliye Bakanlığı* ile *Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı* (SBB) hazırlar, Cumhurbaşkanı imzası ile Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilir (AY, m. 161-3). Cumhurbaşkanlığı hükümet Sisteminde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütçe yoluyla CBK’yı denetlemesi, ABD’den farklı olarak daha zordur. ABD de bütçe daha güçlü şekilde denetlenmektedir³⁹.

³⁷ İçerik açısından CBK ikiye ayrılabilir; Birincisi merkez ve taşra teşkilatlarını düzenleyen *teşkilat kararnameleri ve diğerleri* ayrıımıdır. İkinci ayrım, *yeni bir statüko inşa eden ve etmeyen* CBK ayrımı olabilir.

³⁸ Bütçe kanunu teklifi (AY, m. 161 fıkra 3) ile kesin hesap kanunu teklifi (AY, m. 161, fıkra 9) doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından TBMM’ye yapılır.

³⁹ Kongre, bütçe vermeyerek, maaş ve ödeme vermeyerek Başkanın kararnamesini sonuçsuz bırakmaya çalışabilir. Örnekler için bkz. V. S. Chu / T.

Bu konuda yapılan itirazlar karşısında, ABD’de bulunan uzlaşma kültürünün bizde olmadığı, ABD’de partiler arası farklılaşmanın bizimki kadar keskin olmadığı beyan edilmektedir.

Cumhurbaşkanının uluslararası antlaşma yapma yetkisi vardır. Yeni sistemde Anayasanın 90 ıncı maddesine dokunulmamıştır. İlgili kurum/birim, bütçede olduğu gibi uluslararası antlaşma konusunda da kanun teklifi hazırlayarak, Cumhurbaşkanlığına gönderir. Şayet Cumhurbaşkanlığı uygun görürse, Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderebilir. Meclis onaylamayı bir kanunla uygun bulursa (AY, m. 90-1), Cumhurbaşkanlığına gönderir. Cumhurbaşkanı, antlaşmayı onaylarsa, Resmi Gazete ile yayımlanır ve yürürlüğe girer. Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmayı onaylar ve yayımlar; bu yetkiler Cumhurbaşkanına aittir (AY, m. 104-11).⁴⁰

Cumhurbaşkanının, çıkarılan bir kanuna karşı AYM’ye iptal davası açma yetkisi vardır (AY, m. 150). Doğal olarak Cumhurbaşkanı, CBK’yı iptal edebilen veya CBK ile aynı konuda olan bir kanuna karşı da bu yetkisini kullanabilir. Cumhurbaşkanı, ayrıca, acil durumlarda Türkiye Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırabilir (AY, m. 93/2). ABD’de acil (olağanüstü) durumlarda Başkan, Kongre’yi toplayabilir ki, bu şekilde Kongre en son 1948’de acilen toplanmıştı.⁴¹

CBK ile kanunlar ve KHK’larda farklı hükümler bulunması halinde kanun ve KHK hükümleri uygulanır (AY, m. 104/17).

CBK ile kanunlar arasında ihtilaf çıkması halinde kanunun tercih edileceğini Anayasa açıkça belirtmektedir. CBK ile birel/bireysel işlem tesis edilerek, bireylerle ilgili işlem yapılması halinde AYM’ye vatandaş dava açamayacağı için hak kaybı yaşanacaktır. Çünkü birey, Anayasa Mahkemesine iptal davası açamaz ve hakkını arayamaz; kaldı ki TBMM, kanun çıkarsa da yapılmış olan atamayı iptal edemez. Anayasamızın lafzından CBK ile birel işlemin yapılabileceği anlamı çıkarılmamalıdır; bu durum belirttiğimiz gibi hak ihlali doğurabilir.

Cumhurbaşkanı, isterse, kendisinin veya daha önceki bir başka Cumhurbaşkanının çıkarmış olduğu CBK’yı ilga edebilir veya değiştirebilir. Cumhurbaşkanı, istiyorsa yeni bir CBK yayımlayabilir.

CBK’nın kanunlar gibi -genel ve özel (madde)- gerekçesi yoktur. CBK, kanuna göre, daha çabuk yapılabilir ve değiştirilebilir. AYM, dava konusu olan CBK’larda Cumhurbaşkanlığından 6216 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin 4 üncü fıkrası gereği “görüş yazısı”ni sorarak gerekçeyi öğrenmeye çalışmaktadır.⁴²

Garvey, “Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation”, *Congressional Research Service*, ss. 1-10, Washington DC, 2014, s. 10, dn 68.

⁴⁰ Uluslararası antlaşmalar konusunda bkz. 9 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmi Gazete*, 10.07.2018, Sayı 30474. “Milletlerarası antlaşmaları onaylar ve yayımlar” (AY, m. 104, fıkra 11).

⁴¹ Fendoğlu, 2019, s. 291.

⁴² AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); par. 41; *Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı*, 2020, 6. B., s. 488.

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sert anlamda yasamadan kopuk mahfuz alan olmadığı için yasama organı, ilan edildiği gün TBMM'e sunulan olağanüstü hal kararnamesini isterse onaylayabilir, isterse değiştirebilir veya isterse ilga edebilir (AY, m. 119/6 ve 7).

CBK ile KHK arasında ihtilaf çıkması halinde KHK'nın tercih edileceği anayasa kuralıdır. KHK, 1971 yılında 1488 sayılı kanunla, 1961 Anayasasının 64 üncü maddesi değiştirilerek hukuk sistemimize girmiştir. Bazı istisnalar dışında KHK, kanun gücündedir.

Anayasa Mahkemesi, CBK'nın öncelikle Anayasaya, kanuna ve KHK'ya uygunluğuna bakacaktır. Kararnamelerin anayasaya uygunluğunu tartışırken Anayasaya uygun birden fazla ve farklı düzenlemenin mümkün olacağını da görecektir. Anayasa Mahkemesi, CBK'nın aynı konudaki kanunlara ve KHK'lara aykırı olup-olmadığını araştıracaktır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde AYM'nin yetkisinin, Danıştay aleyhine arttığı belirtilebilir.

Normlar hiyerarşisi açısından CBK, kanunun ve KHK'nın altındadır. Olağanüstü hal CBK'ları ise, bazı koşullarla (AY, m. 119/6 ve 7 gibi) kanuna eşdeğer kabul edilebilir. CBK, normlar hiyerarşisinde kanunun altındadır; kanunu ve KHK'yı değiştiremez, kanunu ve KHK'yı ilga edemez, tüzüğe de benzemez.

Kanun ve KHK gibi CBK da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi kılınmıştır. CBK'nın yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. CBK'nın kanuna uygunluğu konusu da Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenecek, bu durum Anayasa Mahkemesinin iş yükünü doğal olarak artıracaktır ki, bunun, Anayasa Mahkemesini, idari yargıyla meşgul etme riski bulunmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu'nun mali haklarının Cumhurbaşkanlığı'nca belirlenmesinin Anayasa'ya uygun olmadığı konusunda açılan davada *AYM, CBK'nın KHK'ya uymak zorunda bulunduğunu, KHK'nın normlar hiyerarşisinde CBK'nın bir üst sırasında bulunduğunu belirtmiştir.*⁴³ 375 sayılı KHK, ek 30 uncu maddesinde Cumhurbaşkanı'nın mali konuları düzenlemede yetkili olduğunu belirttiğinden AYM'ye açılan davada iddialar Anayasa'nın 104'üncü maddesine aykırı görülmemiştir.

Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu ile ilgili olarak AYM'deki dava dosyasına *karşı görüş* yazan üye Arslan, Yüksek İstişare Kurulu üyelerine aylık verildiğini, bu nedenle bu alanın temel hak ve özgürlükler (mülkiyet hakkı) alanı olduğunu ve bu nedenle CBK ile düzenlenemeyeceğini belirtmiştir. Üye Hakyemez, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kuruluna maaş verilmesinin Anayasamızın 104 üncü maddesinin 2 nci cümlesine aykırı olduğunu, düzenlemenin mülkiyet hakkı alanında olduğunu belirtmiştir. Üye Yıldırım, *104 üncü maddede yazılı sınırlamaların 4 özel madde için de geçerli olduğunu ve sınırlamaların bu 4 alanda dahi uygulanması gerektiğini anlatmıştır.* Üye Yıldırım,

⁴³ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 37.

Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu konusunun mülkiyet hakkı ile bağlantılı olduğunu ve münhasıran kanunla düzenlenmesinin şart olan bir alan olduğunu bildirmiştir.⁴⁴ Üye Kuz, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu alanında yapılan CBK düzenlemesinin *belirsiz olduğunu* ayrıca Anayasamızın 128 ve 129 uncu maddesine aykırı düştüğünü, *memur olmayanın* Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyesi olamayacağını, Anayasamızın 166 ncı maddesinde yazılı Ekonomik ve Sosyal Konsey'in Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kuruluna benzetilmesinin yanlış olduğunu, bütçe ve vergi hakkının kanunla düzenlenebileceğini belirtmiştir. Üye Kuz'a göre Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu konusunda yapılan CBK, *hukuk devleti ilkesine, hukuki güvenliğe, belirlilik kavramına aykırıdır; bir CBK, açık, net, anlaşılır ve nesnel olmalıdır.*⁴⁵

6.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeteceği *altıncı sınır*, TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, CBK'nın hükümsüz hale gelmesi sınıridir. CBK'nın kanunlardan farklı olarak altıncı sınırı Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan *altıncı cümle*dir, yani, "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*" (AY, 104-17, 6). TBMM aynı konuda kanun çıkarırsa CBK hükümsüz hale gelir.

Kanaatimize göre Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılı olan CBK ile ilgili *genel sınırlamalar*, Anayasamızda özel olarak düzenlenen 4+1 konuları için *sınır değildir*. 4+1 mecrası özel olarak düzenlenmiş olup, 104 üncü maddenin sınırlarına tabi tutulamaz. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlamaları, 4+1 konulara uygulayamayız; çünkü bu alanlarda Cumhurbaşkanına özel olarak yetki verilmiştir. Neticede 4+1 mecrası Anayasamızın 17 inci fıkrasındaki genel yetkiden farklı olarak tam bir mahfuz alandır.

AYM'ye intikal eden Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu davasında karşı görüş yazan Üyelere göre⁴⁶, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının sınırlamaları, özel 4 konu için geçerli değildir. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının sınırlamaları sadece genel yürütme için mümkün olabilen sınırlardır. Özel 4 konu ile Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının bir alakası yoktur ve Anayasamızın geçici 21 (B) maddesi, bu görüşü desteklemektedir.

Burada 4+1 konusu üzerinde de durmak gerekecektir.

III.CBK'NİN ÇIKARILACAĞI 4 ASLİ VE TAM ÖZERK ALAN:

1.Anayasaya göre, CBK ile düzenlenebilecek *birinci özel alan*, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 9 uncu fıkrasına göre, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esasların CBK ile

⁴⁴ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 6, 7, 9.

⁴⁵ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

⁴⁶ Bkz. AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

düzenlenmesidir. Üst kademe yöneticilerinin doğrudan atanmasına ilişkin usul ve esaslar CBK ile düzenlenir. Üst kademe yöneticilerin atanmasına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenlenmesi ve bürokratların Cumhurbaşkanınca atanması ile hızlı icraat, bürokratik gecikmenin olmaması, performansın önemi ile ehliyet ve liyakat amaçlarının hedeflendiği anlaşılmaktadır. 104 üncü maddenin bu fıkrası ile Cumhurbaşkanına geniş takdir yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın 104 üncü maddesinin 9 uncu fıkrası üst düzey bürokrasi ile ilgili *atamaların usul ve esası*, Anayasa'nın 128 inci maddesi ise bunların *yetiştirilmesi* ile ilgilidir. Anayasamızın 128 inci maddesinde geçen *eğitim* konusunda kanuni düzenleme yapılmadığı için yürütme organı bu konuda CBK çıkararak, Türkiye Büyük Millet Meclisini kanun yapmaya zorlayabilir ama kanunla düzenlenmesi belirtildiği için, bu konuda CBK değil kanun çıkarılmalıdır. *Atamanın usul ve esası* CBK ile, bu kişilerin *yetiştirilmesi* ise kanunla düzenlenecektir.

3149 sayılı Üst Kademe yöneticileri ilgili kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 1985 yılında iptal edilmişti.⁴⁷ Bu kanun daire başkanı ve daha üst bürokratları '*üst kademe*' olarak kabul etmişti.

Üst kademe yöneticilerin atanmasını yürütme ile parlamentonun paylaştığı ülkeler, ABD, Brezilya,⁴⁸ Kenya, Uruguay gibi ülkelerdir. Türkiye'de ise Cumhurbaşkanı, resen atama yapabilir ve resen azledebilir (AY, m. 104-9).

2.CBK'ya tahsis edilen *ikinci özel alan*, Anayasamızın 106 ncı maddesinin son fıkrasına göre, bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının CBK ile düzenlenmesidir. Gerekçeye göre, teşkilat düzenlemeleri CBK ile yapılacak, TBMM, gerçek yasama ve denetim ile ilgilenecektir; kurumların düzenlenmesinin CBK ile yapılmasının nedeni, yapısal dönüşümü sağlamak, benzer iş yapanları birleştirmek, yenilik ve yeni teknoloji ile uyumu sağlamaktır. Buna göre, bakanlıkların merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatlarının kuruluşu kanunla değil CBK ile olacaktır. Anayasamızın 106 ncı maddesinin son fıkrasına göre, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması CBK ile düzenlenir⁴⁹. Anayasamızın 126 ncı maddesine göre, "*Merkezi idare kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının; kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*" denilmekte ve böylece yürütme yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanı, kendisine bağlı devletin merkezi idaresini kararname ile düzenlemeye sahip olabilmektedir. Bakanlıkların kuruluşunun CBK ile yapılması, Cumhurbaşkanının asli ve mahfuz yetkisidir.⁵⁰

⁴⁷ AYMK, E. 1985/3, K. 1985/8, 18.6.1985; *Resmi Gazete*, Sayı 18902, Tarih 18.10.1985.

⁴⁸ Brezilya, Meksika, Peru ve Bolivya'da bakanlar, Başkanlık kararnamelerini imzalamaktadır; Okşar, 2018, s. 81.

⁴⁹ Bkz. 10.06.1949 tarihli ve 5442 sayılı *İl İdaresi Kanunu*. Türkiye'de 81 il (2003), 921 ilçe (2017) vardır.

⁵⁰ Ancak bu, yasamanın genelliği ilkesi ile çelişir; Ergun Özbudun, 2017, s. 250-251.

Yeni dönemin en önemli sorunlarından biri bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının nasıl ve hangi şekilde düzenlenebileceği idi. Başbakanlık ve bakanlıklar kanun veya KHK ile kurulmuştu; CBK'nın ise kanun ve KHK'yı ilga etme gücü yoktu. CBK'nın bu alanı düzenlemesi için belirtilen kanun ve KHK'lerin ilgası gerekiyordu. Bu nedenle Bir Numaralı CBK ile Ülkenin merkez ve taşra teşkilatı düzenlenmeden bir gün önce 9 Temmuz 2018 tarihinde 233 maddeden oluşan 703 sayılı KHK çıkarılmış⁵¹ daha sonra Bir Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilga edilecek kurumların teşkilat yapısı ilga edilmiştir. Siyaset literatürüne yeni giren bir kavram ile "*havada ikmal*"⁵² yapılmıştır. Yani kanun ve KHK ile kurulan Devlet teşkilat eski yapısı 9 Temmuz 2018 tarihinde KHK ile ilga edilmiş, bir gün sonra 10 Temmuz 2018 tarihinde *yeni Devlet teşkilat yapısı* CBK ile yürürlüğe konulmuştur. 10 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete ile *ilk üç CBK* yayımlanmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa Mahkemesi, Kamu Denetçiliği Kurumu, Yargıtay, Danıştay, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Danıştay, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Atatürk, Kültür, Dil, Tarih Yüksek Kurumu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Diyanet İşleri Başkanlığı gibi kurumlar CBK ile değil, kanunla düzenlenir; çünkü bakanlıklara bağlı, onlarla ilgili veya ilişkili değildir.⁵³ ABD'de idarenin teşkilatlanmasında ve görevlerinde Kongre yetkilidir. Kaldı ki ABD'de Kongre, uygun bulmadığı Başkanlık kararnamelerini iptal edebilir.⁵⁴

3.CBK'nın düzenleyebileceği *üçüncü özel alan* Devlet Denetleme Kuruludur (DDK). DDK'nın işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri CBK ile düzenlenir (AY, 108-son).⁵⁵ Yeni sistemde DDK'ya icrai yetki verilmiş ve yetki alanı hayli genişletilmiştir.

4.CBK'nın düzenleyebileceği *dördüncü özel alan* Milli Güvenlik Kurulu (MGK) alanıdır; MGK Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri CBK ile düzenlenir (AY, 118-6).⁵⁶

CBK'nın düzenleyebileceği *seçimlik özel alan*, kamu tüzel kişiliği kurulması alanıdır. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Anayasada "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*" denilmekte iken yeni sistemde "*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur.*" (1982/123) denilmektedir. Buna

⁵¹ Resmi Gazete, 09 Temmuz 2018/30473 Üçüncü Mükerrer. CBK, onay için TBMM'ye sunulmaz. CBK ve KHK, RG'de yayım ile yürürlüğe girer. CBK, tüzüğün üzerindedir. CBK ve tüzük RG'de yayım ile yürürlüğe girer. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi taleple bağlıdır ama talebin gerekçesiyle bağlı değildir.

⁵² Bir uçağın havada iken yakıt almasına *havada ikmal* denilmektedir.

⁵³ Bkz. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10.07.2018, Sy. 30474.

⁵⁴ Çolak, Ç. D. (2017). s. 61.

⁵⁵ DDK için bkz. 5 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10.07.2018, Sy. 30474.

⁵⁶ MGK için bkz. 6 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10.07.2018, Sy. 30474.

göre, kamu tüzel kişiliği, kanunun yanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilecektir (AY, m. 123-3). Bu konuda seçimlik bir yapı söz konusudur. Anayasa koyucu burada *daha açık bir anlatım yöntemini* seçmiştir.

SONUÇ:

2017 Anayasa değişikliği ile birçok alanda Cumhurbaşkanına asli ve mahfuz yetki verilmiştir. Anayasada yazılı olan bu alanlar CBK veya Cumhurbaşkanlığı kararı ile düzenlenebilecektir. Yasama organının yetkisinin genelliği-asliliği ve ilk el olduğu genel kuralları yeni sistemde devam etmektedir.

ABD Anayasasında başkanlık kararnamesinin kapsamı ve alanı, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki kadar açık ve net değildir. ABD’de başkanlık kararnamesi, Kongre karşısında mahfuz alan değildir ama Kongre veya Federal Yüksek Mahkeme fazla müdahale etmemektedir. ABD başkanının dış ilişkiler, ulusal güvenlik ve terörle mücadele konularında geniş bir düzenleme alanı vardır. İdarenin teşkilatlanması ve görevlerinde esas olarak Kongre yetkilidir. Kongre, uygun bulmadığı başkanlık kararnamelerini iptal etmek güç ve imkânına sahiptir. ABD’de Kongre’nin iptal ettiği Başkanlık kararnamelerinin oranı % 3.8 civarındadır. FYM, siyasi sorunlarda, başkanın anayasal yetkisini aşmadığı ve yasamaya müdahale etmediği sürece başkanlık kararnamelerini etkin şekilde denetlememektedir. ABD’de FYM de Kongre gibi, başkanlık kararnamelerini “siyasi sorun” olarak karşılamakta, nadiren müdahale etmektedir.⁵⁷

Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanının CBK çıkarma genel yetkisi vardır. Bu genel yetki için, CBK’nın içeriğinin Anayasaya uygun olsa da 17 inci fıkradaki sınırlamalara uyması şarttır. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında bulunan sınırlamalara konu bakımından yetki kuralları denir. CBK’nın hem konu, hem de içerik bakımından Anayasaya uygunluk denetimi yapılır. Kanunda açıkça düzenlenmiş olan konularda CBK çıkarılamaz.

Anayasa Mahkemesi, CBK ile ilgili bir dosyada, öncelikle Anayasanın tümü açısından aykırılık incelemesi yapacak, daha sonra Anayasanın CBK ile ilgili genel sınırlamalardan söz eden 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlamalar açısından konuyu inceleyecektir. Cumhurbaşkanının, Anayasamızda belirtilen dört konuda düzenleme yapabilme yetkisi, kendisine özel olarak verilmiş bir yetki olduğundan dolayı asli ve özerk yetkisi vardır.

CBK, gücünü kanundan değil, doğrudan Anayasadan alır. *Yasama yetkisinin asliliği*, yasama organının, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla istediği düzenlemeyi yapabilmesidir. *Yürütme yetkisinin asliliği* farklı olup, anayasaya, kanun ve kanun hükmünde kararnamelere aykırı olmadan ama bir kanuna dayanmadan belirli alanlarda düzenleme yapabilmesidir.

⁵⁷ Fendoğlu, 2019, s. 302.

Cumhurbaşkanı, doğrudan anayasadan aldığı yetki ile kanun veya KHK ile düzenlenmeyen alanlarda, belirli kısıtlamalarla, yürütme yetkisine ilişkin sosyal, siyasal ve idari konularda CBK çıkarabilir. TBMM çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı, aynı siyasi eksenden veya farklı eksenden olması ile CBK etkisinin de farklı olacağı açıktır. Kuşkusuz ki, çıkarılmaması gereken bir alanda CBK çıkarılmışsa veya ölçülülük, eşitlik gibi anayasal ilkelere aykırılık varsa siyasi denetim (TBMM) veya yargı denetimi (AYM) mümkündür. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda farklı kanun çıkarması durumunda, CBK hükümsüz hale gelir. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. Cumhurbaşkanı, kendisinin veya daha önceki Cumhurbaşkanlarının düzenlediği bir CBK'yı değiştirebilir veya ilga edebilir.

Anayasamızdaki CBK ile ilgili düzenlemeleri ikiye ayırabiliriz:

Birincisi, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında geçen CBK'nın genel düzenleme yetkisidir. Burada geçen 6 cümleyi genel düzenleme yetkisi için sınırlama olarak kabul etmek mümkündür. CBK'nın genel düzenleme yetkisinin olduğu alanlarda asli ve özerk mahfuz alan olduğunu söyleyebiliriz; ancak bu yetkinin Meclisten tamamen kopuk ve bağlantısız olduğunu söylemek zordur. CBK, kanun karşısında özerktir (sert olmayan bir mahfuz alanıdır) ancak bu özerklik kanun karşısında yeni bir düzenleme yapabilme gücü olup, parlamentodan kopuk değildir. Mevcut Anayasamıza göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama organından ve kanundan bağlantısız olması (sert mahfuz alan) olduğunu düşünmek zordur.

İkincisi 4 özel alanıdır. Bu 4 alan özel bir düzenleme alanıdır. 104 üncü maddenin 17 nci fıkrasındaki sınırlar genel düzenlemeler için olup, 4 özel alan için değildir. Bu özel alanda kanun da yoktur. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında geçen sınırlamalar, özel 4 konu için de geçerli değildir çünkü buradaki sınırlamalar, bu 4 özel konunun mahiyetine uymamaktadır. 4 özel alan sadece CBK ile düzenlenir, bu özel alanlar Cumhurbaşkanı için asli ve özerk alanıdır. Bu özel alanlarda kanun yapılamaz. Seçimlik olan bir alanda ise kanun veya CBK yapılabilir.

Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılı olan CBK ile ilgili genel sınırlamalar, özel olarak düzenlenen 4 özel konu için sınır değildir; bu alanlar özel olarak düzenlenmiş olup, 104 üncü maddenin sınırlarına tabi değildir.

KAYNAKÇA

Ardıçoğlu M A, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Cilt 75, Sayı 3, ss. 19-51, Ankara, 2017.

Atay E E, İdare Hukuku, Ankara, 2018, Seçkin Yayınları.

Başgil A F, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Baha Matbaası, 1. Fasikül, İstanbul, 1960.

Bradley A W/Ewing K D, Constitutional and Administrative Law, 13th Edition, Pearson-Longman, England, 2003.

Chu V S/Garvey T, Executive Orders, “Issuance, Modification and Revocation”, Congressional Research Service (CRS), 2014, ss. 1-10, https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1262/ (s.e.t.: 22.12.2018).

Contrubis J, Executive Orders and Proclamations, 1999, CRS Report for Congress, ss.1-26. <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf> (s.e.t.: 22.12.2018).

Covington M, Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power, Humanities and Social Science, Spring 2012, Cilt 8, ss. 1-8.

<https://ejournals.library.vanderbilt.edu/index.php/vurj/article/view/3556> (s.e.t.: 22.12.2018).

Çolak Ç D, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, Stratejik Public Management Journal, 2017, Vol. 3, Special Issue, ss. 51-65. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/395026> (s.e.t.: 22.12.2018).

Devlet Personel Başkanlığı, ABD Kamu Yönetimi ve Kamu Personel Sistemi, Ankara, 2016, Devlet Personel Başkanlığı Yayını.

Emanuel S L, Constitutional Law, Twenty-Ninth Edition, New York: Published by Wolters Kluwer Law and Business in New York.

Fendoğlu H T, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 77, Ankara, Sayı 2019/3, ss. 277-310.

Fleishman J L/Aufses A H, Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation, Law and Contemporary Problems, 1976, Cilt 40, Sayı 3, ss. 1-45, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> (s.e.t.: 22.12.2018).

Forte D F, “Pocket Veto” (Art. I, Sect 7, Cl. 2), The Heritage Guide to the Constitution, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, 2005, ss. 89-91.

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

Kaboğlu İ Ö/Sales E, Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku, Çevirmen ve Editör: İrem Berksoy, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2018.

Lawson G, “Due Process Clause”, The Heritage Guide to the Constitution, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, 2005, ss. 337-341.

Morlan R L, American Government, Policy and Process, Second Edition, USA, Boston, 1975.

Neil B A, (ty). Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation, Journal of Criminal Justice Research, <http://www.aabri.com/manuscripts> (s.e.t.: 22.12.2018).

Nomer M, ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

Oğşar M, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Redlich N/Attanasio J/Goldstein J K, Understanding Constitutional Law, Third Edition, New York, 2004, LexisNexis Publication.

Söyler Y, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Seçkin Yayınları Ankara, 2018.

Teziç E, Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2017.

Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı, 6 ncı Baskı, Ankara, 2020, Adalet Yayınevi, (Anayasa Hukukçuları Derneđi Yayımı).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri), Ankara, 2014, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını.

Trump D J, Executive Orders, Wikisource, The Free Online Library, 2018, (https://en.wikisource.org/wiki/Author:Donald_John_Trump/Executive_Orders), ss. 1-5, (s.e.t.: 22.12.2018).

Tunç H, Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2018.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

AYMK, E: 1965/16, K: 1965/41, KT: 06.07.1965; Resmi Gazete, Sayı 12142, Tarih 4.11.1965.

AYMK, E: 1985/3, K: 1985/8, KT: 18.6.1985; Resmi Gazete, Sayı 18902, Tarih 18.10.1985.

AYMK, E: 1989/4, K: 1989/23, 16.5.1989.

AYMK, E. 2012/96, K: 2012/206, KT: 27.12.2012; Resmi Gazete, Sy. 28657, Tarih 25.5.2013.

AYMK, E: 2013-047, K: 2013-072, KT: 06.06. 2013.

AYMK, E: 2016-139, K: 2016-188, KT: 14.12. 2016.
AYMK, E: 2016-140, K: 2017/092, KT: 12.04.2017.
AYMK, E: 2016-150, K: 2017-179, KT: 28.12.2017.
AYMK, E: 2016-180, K: 2018-004, KT: 18.01.2018.
AYMK, E: 2017-033, K: 2019/020, KT: 10.04.2019.
AYMK, E: 2017-051, K: 2017-163, KT: 29.11. 2017.
AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020, Resmi Gazete,13
Mayıs 2020, Sy. 31126.
AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020, Resmi Gazete, 13
Mayıs 2020, Sy. 31126.
AYMK, E: 2019-78, K: 2020-6, KT: 23.01.2020; Resmi Gazete, 13
Mayıs 2020, Sy. 31126.

KISALTMALAR:

AY: Anayasa.
AYM: Anayasa Mahkemesi.
AYMK: Anayasa Mahkemesi Kararı.
CBK: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi.
E: Esas No.
FYM: Federal Yüksek Mahkeme (ABD).
KHK: Kanun Hükmünde Kararname.
K: Karar No.
KN: Karar numarası.
KT: Karar Tarihi.
Par.: Paragraf.
RG: Resmi Gazete.
S.: Sayı.
s.: Sayfa.
s.e.t.: Son Erişim Tarihi.
TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi.