

## CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ\*

**Doç. Dr. Ömer Keskinsoy**      **Arş. Gör. Semih Batur Kaya**      **Arş. Gör. Temel Meri**  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi      Trabzon Üniversitesi      Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi      Hukuk Fakültesi      İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
ORCID: 0000-0002-7441-9547      ORCID: 0000-0001-5888-1750      ORCID: 0000-0002-0314-0784



### Öz

1982 Anayasası süreç içerisinde pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin en kapsamlısı ise 16 Nisan 2017'de yapılan referandum ile gerçekleştirilmiştir. Burada ise dikkatimizi özellikle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çekmektedir; zira değişikliklerin temel noktasını hükümet sistemi ile birlikte Cumhurbaşkanına tanınan kararname yetkisi teşkil etmektedir. İşte bu makalede yeni hükümet sistemi ekseninde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi tüm boyutlarıyla incelenmektedir. Buna göre makalede ele alınan temel sorun yürütme erkinin düzenleyici işlem yapma yetkisinde temel bir değişimin söz konusu olmasıdır. Değişimin odak noktası Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisinin verilmesidir. Kararname yetkisi ise norma koyma gücünü ifade etmektedir. Oysaki kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak norma koyma tekeli bu anlamda asli yetkiye sahip parlamentoya aittir. Aksi halde norma koyma ve bunları yürütme yetkisi tekelleşir ve tekelleşir. Bu durum da hükümet sisteminde denge ve denetim mekanizmasını bozmaktadır. İşte çalışmamız özel olarak bu asli sorunu ve genel olarak buna bağlı diğer tali sorunları kaleme almaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Yasama yetkisinin genelliği, Kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Kuvvetler ayrılığı, Yasama yetkisinin devredilmezliği

### *Presidential Decree after the Constitutional Amendment of April 2017*

### Abstract

1982 Constitution has been amended numerous times. The most comprehensive amendment was made with the referendum held on 16 April 2017. The most remarkable aspect of this amendment is the Presidential Decree; main points of such amendments are the government system and authorization granted to the President for issuing decrees. This study focused on all dimensions of the Presidential Decree based on the new government system. In this context, the main problem addressed on the study is the fundamental change in connection with the regulatory power of the executive power. Focal point of the amendment is the granting of the power to issue decrees to the President. Power to issue decree represents power to introduce norms. However, monopoly of introducing norms belongs to the parliament that has the original power on this matter, as a requirement of the separation of powers. Otherwise, power to introduce norms and executing them would be singularized and monopolized. This situation disturbs the balance and control mechanism in the government system. The present study addresses this main problem and general aspects of other secondary problems.

**Keywords:** Legislative generality, Ordonnance, Presidential decree, Principle of separation of powers, Non-delegation of legislative power

---

\* Makale geliş tarihi: 27.11.2018  
Makale kabul tarihi: 09.04.2019  
Erken görünüm tarihi: 24.02.2020

## Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

*“Biz üstümüzde bir baş görmek isteyen bir milletiz. Bu başı kendi içimizden kendimiz seçelim. Fakat ona baş olmanın evsaf ve icaplarını tanıyalım.”*

Prof. Dr. Ali Fuad Başgil

*“Dünyadaki en iyi şey, bir emirdir”*

Carl Schmitt<sup>1</sup>

### Giriş

1982 Anayasası, yüz elli yılı aşan Türk anayasa metinleri geleneğinde en çok tartışılan olmasına rağmen; hayret verici şekilde Cumhuriyet’in en uzun ömürlü esas kanunu olma niteliğini kazanma yolunda zirve noktasına ulaşmıştır. Aynı zamanda en fazla değişikliğe uğramış anayasa niteliği de 1982 Anayasasına aittir. 16 Nisan 2017 referandumu ile sonuçlanan ve halk tarafından onaylanan 6771 sayılı ‘Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda değişiklik yapılmasına dair kanun’ (Resmi Gazete, 2017) teklifiyle başlayan süreç dışarıda tutulursa, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yazılı metinde yer alan hukuki kurumlar içinde en az dikkat çeken olmuştur. Hatta mukayeseli bir anlayışla hükümet sistemleri incelemelerine bakıldığında, devlet başkanına asli nitelikte düzenleme yetkisi verme meselesinin göz ardı edildiği görülür. Çünkü iyi işlemesi anlamında hükümet sistemlerinin ideal tipleri olarak gösterilebilecek ve devlet başkanları halk tarafından seçilen başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerinde dahi devlet başkanlarına ilkel-asli düzenleme yetkisi verilmemiştir. Bu çerçevede en başarılı şekilde Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanan başkanlık ve V. Fransız Cumhuriyet’inde uygulanan yarı-başkanlık sistemlerinde bile devlet başkanlarına asli düzenleme yetkisinin bahşedilmemiş olması göz ardı edilmemesi gereken önemli bir husustur.

Yarı-başkanlık hükümet sistemine sahip Fransa’da yürütme organı düalist bir yapıdadır. Böylece bir yanda seçimle iş başına gelen devlet başkanı vasfını haiz Cumhurbaşkanı; diğer yanda ise meclisin içinden çıkan hükümet bulunur. İşte böyle bir ikili yapıda yürütmenin sadece bir ayağını oluşturan Cumhurbaşkanı, başkanlık rejimlerindeki gibi genel oyla iş başına gelmesine rağmen yaptığı düzenleyici işlemlerde orantılı bir biçimde kısıtlanmıştır.

---

<sup>1</sup> Schmitt bunu ‘hükümet devleti’ne atfen söylemiştir. Bkz. Schmitt (2018: 10)

Dolayısıyla düzenleme yapma yetkisi bakımından başkana yasama gibi asli/ilkelden düzenleme yetkisi tanınmamıştır.

16 Nisan 2017 Anayasa değişikliğini talep edenlerin ana gerekçesi, yasama yetkisinin zayıflatıldığı, yürütme erkinin çift başlı ve az yetki ile çalışamaz hale getirildiği, dolayısıyla 1961 Anayasası'ndan bu yana süregelen 'bürokratik' Cumhurbaşkanı'ndan 'siyasetçi' Cumhurbaşkanı'na geçiş sürecinin tamamlanmasının kaçınılmaz hal aldığıdır (TBMM, 2017: 10,11). Anayasa değişikliğini öngören kanunun teklifi aşamasında Anayasa Komisyonu'na hazırlanan rapor, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dair değişikliğin gerekçeleri hakkında önemli ipuçları vermektedir. Teklifi sunan milletvekillerinin gerekçe metninden anlaşılan şekliyle yasama erkinin yürütmenin faaliyetlerine karışmaması istenmiştir. Diğer tarafta ise yürütme erkinin kendi işleyişine ilişkin bağımsız hareket etme yetisine sahip olması hedeflenmiştir. Kanun hükmünde kararnamenin kaldırılmasına ilişkin gerekçe, kuvvetler ayrılığı prensibi içerisinde değerlendirilmiş olup çifte meşruiyet ilkesi gereği halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın; genel, düzenleyici nitelikte işlem tesis etmesinde bir beis görülmemiştir. Bu bağlamda kararname çıkarma yetkisi genel siyaseti yürütmekle görevli devlet başkanı için meşru kabul edilmiştir (TBMM, 2017: 12,13). Esasında Türk hukuk tecrübesine başkanlık sistemini getiren 16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan ve yürürlüğe giren anayasa değişikliğidir. Böylece yürütmenin çift başlı karakterinden vazgeçme ve monosefal yürütme prensibinin benimsenmesi anlamında bir tercihte bulunulmuştur. Bu tercihin en temel sonuçlarından biri yürütmenin düzenleyici işlem yapabilme yetkisinde ciddi yeniliklere yol açan değişiklikler yapılması ve bu amaçla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilgili düzenlemelerin ihdas edilmiş olmasıdır.

Öncelikle Anayasa teorisyenlerinin sıkça incelediği ve bir kısım idare hukukçusunun sürekli nazar-ı dikkati celp ettiği kanun hükmünde kararname kurumu ortadan kaldırılmıştır. Bir diğer husus ise bakanlar kurulunun nadiren de olsa kullandığı tüzüklere ilgili 115. maddenin yürürlükten kaldırılmasıdır. İşte bu iki hukuki düzenleme yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilgili düzenlemeler ihdas edilmek suretiyle yeni hükümet sisteminin en etkili aracı da oluşturulmuştur.

1982 Anayasasının ilk şekli itibarıyla, yani 2017 değişiklikleri öncesi, Anayasada üç tür kararnameye yer verildiği görülmektedir. Bunlar; 107. maddede yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 91. maddede düzenlenen kanun hükmünde kararname ve 121, 122. maddelerde dayanağı olan olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleridir.

İncelemenin esasını teşkil eden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; 16 Nisan 2017 halkoylaması sonucu anayasa değişiklikleri hakkındaki kanunun kabul edilmesiyle Türk hukuk düzenine girmiştir. 6771 sayılı Kanunun 8. maddesi ile

düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 2709 sayılı Kanunun orijinal halinde yer alan ve biraz önce zikredilen üç tip kararnamenin melezleştığı yeni düzenleme biçimi olarak ortaya konmuştur. Biçimsel anlamda 2709 sayılı Kanunun ile Türk anayasa teorisine dâhil olan bu kararname türü ile devlet başkanının ‘asli düzenleyici yetkisi’ güçlendirilerek ve genişletilerek devam ettirilmiştir. Fakat içerik anlamında kanun hükmünde kararnamelere tanınan geniş düzenleme alanı, meclisin verdiği bir yetki kanununa dayanmaksızın, önceki biçimsel formun yapısına yedirilmiştir. Bu düzenleme yetkisinin yargı denetimine tabi olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Zaten yetki ile sorumluluğun birbirine paralel olması kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir. Dolayısıyla, devlet başkanının yetkili olması aynı zamanda hukuki ve siyasi sorumluluğunu ve denetlenebilirliğini de gerektirir. Bu anlamda anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanına, daha önce anayasada mevcut olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin niteliğini ve nicelliğini geliştirerek ‘özerk bir düzenleme alanı tanımlar’ (Ulusoy, 2017). Ali Ulusoy bu haliyle kararnamelerin ‘yasallık ilkesinin mutlaklığını sona erdirdiğini’ ya da en azından ‘yumuşatıldığını’ ileri sürmektedir (Ulusoy, 2017). Diğer taraftan ise bu özerk alanın genişletilmesine karşı, ‘Cumhurbaşkanınca yapılacak düzenlemelerin yargısal denetime açılması’ (Ulusoy, 2017) amaçlanmış ve yargı mekanizmasıyla dengeleme yapılmak istenmiştir.

## 1. Mukayese

### 1.1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değişiklik Öncesi ve Sonrası Bakımından Karşılaştırılması

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi 1876 Kanun-ı Esaside ve 1921, 1924, 1961 Anayasalarında düzenlenmemiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer veren ilk anayasa 1982 Anayasası’dır. Bunun iki sebebi olduğu söylenebilir. Birincisi devletin en üst temsil makamında olan Cumhurbaşkanına kendi görev alanı dâhilinde düzenleme yapma yetkisi tanımaktır. İkicisi ise, 1982 Anayasasının yürütmeyi ve yürütme içerisinde özellikle Cumhurbaşkanını güçlendirici düzenlemelerinin önemli bir halkası olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesine Anayasada yer verilme ihtiyacıdır. Bu çerçevede 1982 Anayasası’nın ilk şeklinde “Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği” başlıklı madde muhtevasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer verilmiştir. Bu durumu Cumhurbaşkanlığı’na tanınan teşkilat yapısının bir uzantısı şeklinde anlamak gerekir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlenişini, 2017 öncesi ve sonrası bakımından mukayese şu şekilde yapılabilir. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanlığı

kararnamesiyle ilgili evvela, değişiklik öncesi olmak üzere iki düzenleme aşığıdaki gibidir.

“Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği” başlıklı Anayasanın 108. maddesine göre; “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*” Değişiklik öncesi haliyle çok sınırlı bir işleve sahip şekilde düzenlenen madde, devlet başkanına anayasadan kaynaklanma anlamında asli düzenleme yetkisi vermesi açısından dikkate şayandır. Bu konuda göze çarpan tek akademik çalışmayı yapan Salih Taşdögen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin bir idari işlem mahiyetinde olduğunu belirterek idari işlemin unsurları açısından inceleme yapmıştır. Anayasa hukuku açısından ise meselenin yasama yetkisinin genelliği, asliliği, devredilmezliği ve idarenin kanuniliği açısından ortaya çıkan sorunlara dikkat çekilmiştir (Taşdögen, 2016: 941,942). Taşdögen’e göre 107. maddenin lafzi yorumu Anayasanın idareye mahfuz bir alan tanımasını çağırıştır ve yasama yetkisinin genelliği ilkesine bir istisna oluşturur. Yine türev bir işlem olmaması ve yürütmeye anayasa aracılığıyla doğrudan bir düzenleme yetkisi vermesi nedeniyle yasamanın asliliği prensibinden ayrılır.

Maddenin ilk okuması, yürütme organının temsilcisi olarak Cumhurbaşkanının herhangi bir yetki kanununa gerek olmaksızın düzenleme yapma yetkisine sahip olduğunu anlatır. Fakat uygulamada, kanun koyucu iradesini kullanmaktan çekinmemiş ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’ne mahsus teşkilat kanununu kabul etmiştir (Resmi Gazete, 1983). Böylece teşkilat kanunu TBMM’nin yasama işlemi olarak hukuk düzeninde yerini almıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise teşkilat kanununu müteakip düzenlenmiştir (Resmi Gazete, 1988). Kararnameye göre “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilâtı; Cumhurbaşkanına Anayasa ve kanunlarla verilen yetkilerin kullanılmasında ve görevlerinin yerine getirilmesinde gerekli her türlü hizmeti yürütmek üzere kurulan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile görev yönünden Cumhurbaşkanına doğrudan bağlı Cumhurbaşkanlığı Başyaverliği, Cumhurbaşkanlığı Danışmanları, Devlet Denetleme Kurulu Başkanlığı, Güvenlik ve İstihbarat Danışmanlığı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürlüğü ve Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğinden meydana gelir.*” (Resmi Gazete, 1988).

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Danışma Meclisi’nin kabul ettiği ilk metinde olmamasına rağmen (Kocahanoğlu, 1993: 160) sessiz bir şekilde yeni bir düzenleyici işlem türü olarak Anayasaya işlenmiştir.

“1961 Anayasası döneminde de var olan, ancak 1982’de Anayasaya alınan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği kurumu, devlet başkanı görevlerinde görülen genişleme yönündeki eğilimin bir yansımasıdır” (Sabuncu, 2007: 236).

“Cumhurbaşkanı kararnamesi, doğrudan doğruya Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan ve imzalanan bir düzenleyici işlemdir” (Gözler, 2015: 398). İşte bu kararname ile Türk kamu hukukunda yürütmenin kendine mahsus muhtar ve mahfuz bir düzenleme yetkisinin bulunmaması ilkesinin bir istisnası oluşturulmuştur (Gözler, 2015: 398). “Bu kararname kanundan değil; doğrudan anayasadan kaynaklandığına göre, secundum legem değil, asli (originare) nitelikte bir düzenleme yetkisidir” (Gözler, 2001: 186). Fakat mesele Cumhurbaşkanına mahsus görevlerini yerine getirmesinde bir yardımcı hizmet örgütünün içeriğine ilişkin kalmıştır. Bu yönüyle kısıtlı ve içe dönük bir yetkidir.

Fakat 2017 Anayasa değişikliği sonrası “Görev ve yetkileri” başlıklı Anayasasını 104. maddesinin 17. fıkrasına göre; “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*”

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilgili yukarıda eski hali ve yeni düzenleme şekli ayrı ayrı verilen maddeler mukayese edildiğinde yapılabilecek en önemli çıkarımlar aşağıda sıralanmıştır.

Birincisi, değişiklik öncesi hal bakımından çok kısa-dar kapsamlı bir düzenleme söz konusuken değişiklik sonrası bakımından daha detaylı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bunun en temel sebebi benimsenen hükümet modelinin farklılığıdır. Zira değişiklik öncesi hal bakımından parlamenter sistem söz konusudur. Parlamenter sistemde devlet başkanının yetkisiz olması asıl, yetkili olması istisnadır. Düzenleme yapma bakımından bu husus daha katıdır. Dolayısıyla sembolik-törenselleşen ya da devlet başkanı olmaktan mütevellit yetkilerle sınırlı olmak üzere kendisine bir rol biçilen Cumhurbaşkanının düzenleme yapmaması kural, tersi ise istisnadır. Bununla beraber 1982 Anayasasıyla parlamenter sistemden sapış düzeyinde Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini artırıcı düzenlemeler tercih edilmiştir. Aynı doğrultuda olmak üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle sınırlı da olsa Cumhurbaşkanı'na asli bir düzenleme alanı bırakılmıştır.

İkincisi, değişiklik öncesi düzenleme bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu sınırı oldukça dar tutulmuşken, değişiklik sonrası tam tersi bir tercih ortaya konmuştur. Bunun sebebinin biraz önce ifade edilenlerle

bağlantılı olduğu açıktır. Bu çerçevede başkanlık sisteminden mülhem Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanı'nın yetkili olması asıl tersi istisnadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebilecek alanlar geniş tutulmuştur. Ayrıca, bir diğer sebep olarak, 1961 Anayasası'ndan farklı bir şekilde 1982 Anayasası'nın yürütmeyi sadece görev değil, aynı zamanda yetki olarak düzenlemiş olmasıdır. Bu boyutuyla 1961 Anayasası bakımından yürütmenin görev olması asıl yetki olması istisnadır. 1982 Anayasası ise orta bir yol kabilinden yürütmenin hem görev hem de yetki olduğunu kabul etmiştir. 2017 anayasa değişiklikleri gereği durum 1961 Anayasası'nın tam zıddı bir noktaya gelmiştir. Çünkü değişiklikler gereği yürütmenin hem görev, özellikle yetki olması asıl, tersi ise istisna olacak şekilde düzenlemeler yapılmıştır. Öte yandan değişiklik öncesi Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle nelerin düzenleneceğinin sayılması tercih edilmesine rağmen değişiklik sonrası ise nelerin düzenlenemeyeceği sayılmıştır. Düzenleme mantığının bir gereği olarak, az olanlar-istisna olanlar sayılır, çok olanlar-kural olanlar ise sayılmaz. Bu durumda değişiklik öncesi itibarıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle sadece “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerinin*” düzenlenmesine izin verilmiştir. Bunun anlamı diğer hususların Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenemeyeceğidir. Zira yürütmenin düzenleme yapmaması asıl, tersi istisnadır. Bunun nedeni asli-ilkel düzenleme bakımından tek yetkili organın yasama olmasıdır. Dolayısıyla bu mantık gereği yürütme, ancak düzenleme yapma yetkisinin asli sahibinin izin verdiği, ya da daha önce kanunla düzenlediği konularda düzenleme yapma yetkisine sahip olabilir. Hâlbuki değişiklik sonrası, “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” şeklinde düzenlemeler getirilmiştir. Değişiklik sonrası Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle nelerin düzenlenemeyeceğinin, dolayısıyla az olanın sayılması ve bu yönde bir düzenlemenin tercih edilmiş olması oldukça önemlidir. Bunun en temel sonucu şudur. Yasaklanmamış olan alanların tamamında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılabilir.

Üçüncüsü, değişiklik öncesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gereken hususlar çok sınırlı ve münhasıran Cumhurbaşkanlığı teşkilatına hasredildiği halde değişiklik sonrası geniş bir yelpazeye yayılmıştır. Değişiklik öncesi olduğu gibi değişiklik sonrasında da Cumhurbaşkanlığının Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği eşyanın tabiatı gereğidir. 2017 öncesi hali

bakımından Anayasanın 108. maddesine göre; “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.” Bu hükmün mefhumu muhalifi madde metninde sayılan hususların kanunla düzenlenemeyeceğidir. Zira maddenin ihdası gayesi de onların kanunla düzenlenemeyeceğini temine matuftur. Bu yönde olmak üzere 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası örnek kabilinden iki temel noktayı ele almak gerekir. Bunlardan biri Anayasanın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıdır. Fıkraya göre, “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.” Diğer 106. maddenin on birinci fıkrasıdır. Fıkraya göre; “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.” Bu fıkralardaki düzenlemelere benzer düzenlemeler 108 ve 118. maddelerde de yer almaktadır. Bu fıkralardan anlaşıldığına göre fıkralarda zikredilenler sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilir.

Dördüncüsü, değişiklik öncesi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sadece bir maddede geçtiği halde, değişiklik sonrası birçok maddede geçmektedir ( AY. m. 104, 106, 124, 119, 137, 148, 150, 153, 161 gibi ). Bu durum, yukarıda ifade edildiği üzere; yürütmenin saf yetki olma özelliğinin pekiştirildiği ve bununla bağlantılı olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebilecek alanların ziyadesiyle genişletildiği anlamına gelir. Dolayısıyla burada aynı zamanda siyasal iktidara ilişkin kapsam bakımından bir genişletme söz konusudur.

Beşincisi, değişiklik öncesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tek tip olarak düzenlenmişken, değişiklik sonrası olağan ve olağanüstü dönem olmak üzere iki çeşit olarak düzenlenmiştir (AY. m. 104, 119).

Altıncısı, değişiklik öncesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle temel hak ve hürriyetlerin hiçbir şekilde düzenlenmesi mümkün değilken, değişiklik sonrası olağan dönemde sadece sosyal ve ekonomik haklar, olağanüstü dönemlerde ise temel hak ve hürriyetlerin tümünün düzenlenmesi mümkündür (AY. m.104, 119).

Yedincisi, değişiklik öncesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle temel hak ve hürriyetlerin hiçbir şekilde sınırlanması mümkün değilken, değişiklik sonrası olağanüstü dönemlere özgü olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin tümü için sınırlama mümkündür (AY. 104, 119).

Sekizincisi, değişiklik öncesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle temel hak ve hürriyetlerin durdurulması hiçbir şekilde mümkün değilken, değişiklik sonrası olağanüstü dönemlere özgü olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin tümü için kısmen veya tamamen durdurma mümkündür (AY. 104, 119).



Dokuzuncusu, değişiklik öncesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kat'î surette Anayasa Mahkemesi denetimine tabi değilken, değişiklik sonrası sadece olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerli olmak üzere, hem soyut hem somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi denetimi öngörölmüştür.

Onuncusu, değişiklik öncesi ve sonrası için geçerli olmak üzere Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılması, yürütmenin ilkel-asli-doğrudan Anayasadan kaynaklanan bir yetkidir. Bu nedenle her iki dönem için geçerli olmak üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılması için yetki kanunu çıkarılmış olması gerekmez.

On birincisi, değişiklik öncesi ve sonrası bakımından geçerli olmak üzere, yürütmeye Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olması yürütmenin sadece bir görev değil aynı zamanda yetki olduğunun göstergesidir. 2017 değişiklikleri sonrası yürütmenin yetki olması hususu ziyadesiyle pekiştirilmiştir. Böylece yasamanın düzenleme alanı ise ziyadesiyle daraltılmıştır.

## **1.2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Kanun Hükümünde Kararnamelerin Karşılaştırılması**

1982 Anayasası'nın ortaya koyduğu hukuk düzeninde yer alan kararname türleri arasında, yukarıda ifade edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yanı sıra kanun hükümünde kararnamelere de yer verilmiştir. KHK'larla ilgili ilk düzenleme 1971 Muhtırası sonrası olmuştur. 1971 anayasa değişikliği ile meriyet kazanan KHK'ların uygulama alanı, 1982 Anayasası ile genişletilmiştir. Olağanüstü dönem KHK'ları hariç, KHK'ların Meclisin verdiği bir yetki kanununa dayanmak şartıyla yürütme organı tarafından çıkarılması öngörölmüştü. Yetki kanunu çıkarılacak KHK'nın; amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde kaç adet kararname çıkarılabileceği gibi konuları belirlerdi. Bir başka deyişle düzenleme yapma yetkisinin asli sahibi olan yasama organının yürütme organına düzenleme yapma izni verirken kısınç davrandığı söylenebilir. İşte KHK'ya kanun gücünü veren "dayandığı yetki kanunu ile konulan esaslara uygunluğu ve yetki kanununun da anayasaya uygunluğu varsayımıdır." Tüzükler ve yönetmelikler olmak üzere "yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinin yasaları değiştirmesi veya kaldırması söz konusu olmamasına karşın, KHK ile yürürlükteki yasaları değiştirmek ya da kaldırmak olanağı vardır."

İşte yeni düzenleme ile yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bırakılan KHK, bu noktada farklılık göstermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunu değiştirmek şöyle dursun, çatışmaya yol açan düzenlemelerin varlığı halinde kanun tek geçerli genel kural olma özelliğini

koruyacaktır. Fakat kanunun düzenlemediği alanlarda Cumhurbaşkanı, bireysel karar alıcı olarak hızlı hareket etmek amacıyla düzenleme yapabilir.

1982 Anayasasının ilk halinin öngördüğü KHK'ların konusu, yeni hükümet sistemine geçişle hukuk düzeninde yerini alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile örtüşmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için 6771 sayılı Kanunun 8. maddesinde “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler*” düzenleme alanı dışında bırakılarak KHK'lar ile konu bakımından benzerlik söz konusu olmuştur. Hatta yürürlükten kaldırdığı KHK'ların yöntem ve kapsamını öngören 2709 sayılı Kanunun 91. maddesindeki ifadeleri korumuştur. Aynı şekilde KHK ile bütçe kanununda değişiklik yapılamayacağına ilişkin hususun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için de geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Konularda aynılık olsa da, usuldeki büyük farklılık ve Meclis'in yetki kanununa dayanmadan, Cumhurbaşkanı'nın anayasaya dayanarak aslilik ilkesi gereği hareket edebilmesi anayasa hukuku açısından yeni sorunlara gebe dir. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin korunması amacıyla, Anayasa Mahkemesi kararlarında KHK'lar için geçerli olduğu tespit edilip içtihadı dönüştürülen, “kısa süreli olma, önemlilik, zorunluluk ve ivedilik” gibi kıstasların ortadan kalkması söz konusudur. Kanun hükmünde kararnameler söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi yetkiyi ancak, “ivedi” ve “zorunlu” koşullara bağlamış ve “kısa süreli yetki yasası” ile verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemenin bu usule sık sık başvurulmaması isteği açıktır. Yoksa anayasanın yasakladığı “yasama yetkisinin devredilmesi” biçimine dönüşecek uygulamaların önü açılabilirdi. Özellikle Anayasa Mahkemesi ve doktrinde gelişen KHK'nın istisnai ve kendine has durumlarda işletilmesi usulü yerine, artık Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütme erki gündelik ve sürekli şekilde düzenleme yapma yetkisine kavuşturulmuştur.

1982 Anayasası olağanüstü dönemler için ayrık bir rejim öngörmüştür. Bu dönemlerde, yürütme organının düalist konumu adeta ortadan kalkmaktaydı. Bu çerçevede olağanüstü dönemlerde iki başlı yürütme organının yapısı ortadan kalkmakta, bakanlar kurulu Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmakta ve yürütme erkini işletmekteydi. Hatta çıkarılacak KHK'lar için bir yetki yasası dahi aranmaz (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2002: 326) ve bunların dayanağını doğrudan anayasadan alma yönüyle aslilik karakterine sahip olduğu açıktır. Bu KHK'ler konu itibarı ile olağan dönem KHK'ları için varit olan temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlandırmalardan da muaftır. Ancak bu durum kanun hükmünde kararnameler ile tamamen sınırsız, her konuda düzenleme yapılabileceği sonucuna varılmasını gerektirmez. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ile yalnızca olağanüstü halin gerektirdiği konularla ilgili olarak düzenleme yapabilecektir. “Bu sınırlama olağanüstü KHK'ların

sebebe bağlı bir işlem olmasının doğal sonucudur” (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2002: 418).

16 Nisan 2017 referandumunu ile Türk hukuk düzenine giren Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, KHK’larda olduğu gibi, olağanüstü dönemlerde de, kullanılabilmesi öngörülmüştür. Hatta ilgili değişikliğin 12. maddesinde ifade edilen şekliyle bu kararnamelerin özellikle ‘kanun hükmünde’ olduğu vurgulanmıştır. Bu yönüyle olağanüstü dönemlerde çıkarılan kararnamelerin Meclis’te onaylanması usulüne devam edilmesi, ‘kanuna eşdeğer’ bir niteliğe hukuki olarak sahip olması anlamındadır.

16 Nisan değişiklikleri, olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanı’na tek başına düzenleme yapma yetkisi vermesi açısından Fransız 1958 Anayasası’nda yer alan 16. maddedeki uygulamaya benzemektedir. Yine de arada yetkinin kullanılması açısından mühim farklar bulunmaktadır. Fransa’da 16. madde Cumhurbaşkanı’na yürütmeye ait yetkileri tek başına kullanma yetkisi verilmiştir. Şöyle ki, “Cumhuriyet’in kurumları, milletin bağımsızlığı, toprak bütünlüğü ve uluslararası angajman kuralları acil ve ciddi bir şekilde tehdit altında kalırsa ve dahi anayasal kamu kurumları gündelik işleyişlerine devam edemezse Cumhurbaşkanı; Başbakan, her iki Meclis’in başkanları ve Anayasa Konseyi’ne danışarak ve ulusu bir mesajla bilgilendirerek” 16’ncı maddeyi işletilebilir (La Documentation française, 2008: 8). Bu yönüyle Devlet başkanı; Türkiye’de olduğu gibi Millet Meclisi’nden ya da başka herhangi bir kurumdan onay almadan sadece ilgili mercilere danışarak bütün anayasal yetkileri tek başına kullanma yetkisine sahiptir. Fransız anayasa hukuku doktrininde ‘geçici anayasal diktatörlük’ olarak ifade edilen 16. madde V. Cumhuriyet tarihinde yalnızca bir defa General Charles de Gaulle tarafından bir iç ayaklanma olarak değerlendirilen Cezayir Bağımsızlık Savaşı sırasında kullanılmıştır (Cadart, 1980: 981,982). Sadece Cezayir’de yaşanan dolayısıyla ülkenin tamamını etkilemeyen karışıklığa rağmen, Nisan 1961’den 30 Eylül 1961’e kadar Fransa 16. madde hükümlerine göre yönetilmiştir. Bu keyfi yönetime karşı yürütülebilecek tek mekanizma ise yine 1958 Anayasası’nın 68. maddesinde yer alan ‘vatana ihanet suçlamasıdır’. Bu durumun oluşturduğu tehlikenin önüne geçebilmek için 2008 yılında Anayasanın 16. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Öngörülen olağanüstü dönemin ilanından otuz gün sonra Temsilciler Meclisi veya Senato Başkanı tek başına ya da parlamentonun herhangi bir kanadında yer alan 60 milletvekili ya da senatör, kararı Anayasa Konseyi’ne götürebilmektedir. Anayasa Konseyi, Cumhurbaşkanı’nın ilgili maddeyi işletmesine gerek olup olmadığına karar verir.

Çalışma konusu olması hasebiyle, 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanun hükmünde kararnameleri mukayese etmek gerekir. Bu çerçevede, evvela Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilgili düzenleme olmak üzere iki düzenleme aşağıdaki gibidir.

Anayasanın 104. maddesinin 15. fıkrasına göre; “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

“Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme” başlıklı Anayasanın mülga 91. maddesine göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir. Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz. Kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir. Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır. Kanun hükmünde kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir. Kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür. Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer.” “Olağanüstü hallerle ilgili düzenleme” başlıklı Anayasanın mülga 121. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye

*Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir.” “Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali” başlıklı Anayasanın mülga 122. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre; “Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararname Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul İçtüzükte belirlenir.”*

Birincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri için olağan ve olağanüstü dönem ayrımı söz konusu olmaksızın yetki kanunu şartı yokken, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleeri hariç, kanun hükmünde kararnameleeri için yetki kanunu şartı vardır. Dolayısıyla olağan dönem kanun hükmünde kararnameleeriyle düzenleme yapma yetkisi türevsel-ikincil bir yetki iken Cumhurbaşkanlığı kararnameleeriyle düzenleme yapılması asli-ilkel doğrudan bir yetkidir.

İkincisi, olağan dönem ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleerinin TBMM'nin onayına sunulması ve kanunlaştırılması gerekirken Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri için aynı şeyler geçerli değildir.

Üçüncüsü, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri ve kanun hükmünde kararnameleeri için konu sınırı söz konusu iken olağanüstü dönemlerde çıkarılanlarda konu sınırlaması yoktur.

Dördüncüsü, kanun hükmünde kararnameleerle düzenlenmesi zorunlu konular bulunmamasına rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnameleeriyle düzenlenmesi gereken konular vardır. Bu durum kanun hükmünde kararnameleerinin türevsel, Cumhurbaşkanlığı kararnameleerinin ise asli bir yetki olarak kabul edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Beşincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleerinin ve kanun hükmünde kararnameleerinin Resmî Gazetede yayımlanma zorunluluğu vardır.

Altıncısı, olağanüstü dönem olanlar hariç, Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri ve kanun hükmünde kararnameleer Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Dolayısıyla her ikisi de hem soyut hem de somut norm denetimine konu olabilir.

## 2. Kapsam ve Konu İtibariyle Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

### 2.1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yürütme Fonksiyonu Açısından Ele Alınması

Yürütme erkinde tek başına yetkili olan Cumhurbaşkanı, halktan aldığı meşruiyete uygun şekilde kendi siyasetini icraata döküebilmek adına geniş yetkilerle donatılmıştır. Bu yetkilerin temelindeki en önemli hukuki aracın kararnameler olduğu söylenebilir. Daha önce sözü edildiği gibi bu kararnamelerin bir kısmı yürütme faaliyetinin sürdürülmesi amacıyla matuf şekilde kullanılır.

Kararname kavramı hukukta yürütmenin düzenleme yapma yetkisine tekabül eder. Sosyal ve siyasi hayatın bir alanını düzenlemek isteyen siyasi ya da idari organ, modern hukuk anlayışı çerçevesinde bir kaynağa başvurur. Hâlbuki asli düzenleme yetkisi ya da kanun yapma tekeli kuvvetler ayrılığı ilkesinin buyurduğu üzere, yürütme görevini üstlenen siyasi ve idari organlardan farklı bir erki gerektirir. Aksi takdirde hem yürüten, hem de kural koyan erk keyfi davranabilir. Anayasa teorisyenlerinin fren mekanizması olarak nitelendirdiği erklerin birbirini denetlemesi meselesi iki ayrı kuvvetin karşılıklı ilişkisi dâhilindeki oto-kontrolü ifade eder. İşte kanun koyma işlevi; vatandaşların siyasi temsiline dayanarak meydana getirilen parlamento, meclis ya da seçilenlerin birleşmesinden meydana gelen benzeri siyasi kurumların tekeli altındadır. Kanun koyucunun seçimle gelmesi ise demokrasinin *sine qua non* prensibidir. Hatta Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 Anayasası'nı yazan asli kurucu iktidarı bu hususu, "yasama yetkisi" başlığı altında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne vermiştir. Dahası ilk defa 1924 Anayasası'nda "bizzat istimal" (Özbudun, 2005: 189) ibarelerinin bilinçli bir şekilde tercih edilmesiyle başlayıp, 1961 Anayasası'nın 5. maddesinde 'yasama yetkisinin devredilmezliği' ilkesi çerçevesinde aynı durum pekiştirilerek korunmuştur.

Değişikliğin 8. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 104. maddesine getirilen, "Üst kademe yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenler" ibaresi ve "Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve önemli kamu görevlilerinin atanması" hususu; daha önce Cumhurbaşkanına verilen, teşkilatına ilişkin asli düzenleme yapma yetkisiyle paralellik arz eder. Hatta öncekilerden farklı bir şekilde, 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde yürütmeyi hem görev, hem de yetki olarak tanımlamasının yanı sıra; Nisan 2017 değişiklikleri özel hüküm sayılabilecek 104. maddede bu erkin kullanımını doğrudan bir "yetki" niteliğine dönüştürmüştür. Değişikliğin 8. maddesinde "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir" ifadeleri tercih

edilmek suretiyle kararnamenin kullanımını yetki içerisinde değerlendirmiş ve 1971’den bu yana devam eden yürütmenin düzenleme yapma yetkisini güçlendirme geleneği sürdürülmüştür.

Seçimle işbaşına gelen ve demokratik meşruiyet sahibi bir yürütme organının beraber iş yapacağı yardımcılarını ve birlikte çalışacağı üst düzey bürokratları seçmesi meşrudur. Ayrıca günümüz demokrasilerinde seçmene verdiği vaatler doğrultusunda siyasi ve ekonomik tercihler yapmak ve bunları uygulamak, yürütmenin başındaki kişinin en doğal hakkı ve yetkisi olarak kabul edilmesi gerekir.

Mukayeseli perspektiften bakıldığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Amerika Birleşik Devletleri’nde kabul gören başkanlık sistemindeki kararnamelerden önemli farkları görülmektedir. Öncelikle Amerikan Devlet Başkanı’nın atamak istediği hükümet üyelerini Senato’nun onaylaması gerekir (Özer, 1998: 29). Her ne kadar Senato bu konuda pasif kalmayı tercih etse de, Birleşik Devletler’in anayasal tarihinde ret kararları da olmuştur ve başkan reddedilen adaylar yerine yenilerini atamıştır. Bir diğer husus ise, “atanacak kişilerin kongre üyesi veya kamu görevlisi olmaması gerekir” (Özer, 1998, 29). Açıkçası ABD’de uygulanan başkanlık sistemi hem usul itibarıyla, hem de esas itibarıyla başkanın yürütmeye ilişkin en temel yetkilerinden olan kendi çalışacak ekibini oluşturmada ciddi sınırlamalar içerdiği ortadadır.

Bu durumu 6771 sayılı Kanunun teklif aşamasında, TBMM Anayasa Komisyonu’nda görüşülmesi sırasında Komisyon Başkanı İstanbul milletvekili Mustafa Şentop tarafından şöyle gerekçelendirilmiştir (TBMM, 2017: 28):

‘Amerika’da Başkanın, bakanları seçerken veya bazı önemli görevlere atamalar yaparken Senatodan görüş almasının sebebinin, esasen bir “federal yetki”nin kullanılmasından kaynaklandığını, görüşün Temsilciler Meclisi’nden değil Senato’dan alınıyor olmasının devletin yapısıyla alakalı farktan doğduğunu, çünkü Amerika’da federal devlete vücut veren iradenin federe devletlerin iradesi olduğunu, Teklif ile önerilen sistemde benzer bir durumun bu önemli fark sebebiyle olmayacağını’ söylemiştir.

Komisyon başkanının söz konusu gerekçesi mantıklı olmakla beraber yetersiz bir gerekçedir. Zira atamalar sırasında başkanının kararlarının Senatonun onayından geçirilmesi sadece federal-federe devlet ilişkisinden mütevellit olmayıp, bu durumun denge ve fren mekanizması işlevi boyutu da vardır. Zira böylece başkanın senato karşısında sınırsız hareket etmesi dizginlenmek istenmiştir. Hangi hükümet modeli olursa olsun denge ve denetim mekanizmalarının varlığı sistemin olmazsa olmazlarından biridir. Dolayısıyla devlet türüne göre farklılık göstermesi saklı kalmak üzere bu neviden

mekanizmaların varlığı şarttır. Bu nedenle devletin federal ya da üniter devlet olması neticeyi değiştirmez. Hatta üniter devletlerde güç merkezinin tek bir noktada toplanmış olmasının federal devletlere nazaran daha riskli olduğu gerçeği karşısında denge ve denetim mekanizmalarının varlığı ziyadesiyle elzemdir. Çünkü federal devletlerde egemenlik alanı çoğunlukla geniş bir coğrafyada tezahür ederken üniter devletlerde daha dar alanda tezahür eder. Dar bir coğrafyada egemenlik alanının söz konusu olduğu üniter devlet türlerinde yetkinin tek bir merkezde ve denge ve denetim mekanizmaları olmaksızın bulunmasının ciddi riskleri olacağı açıktır. Çünkü bu neviden devletlerde güç merkezinin müşahhas halde tezahürü daha kolaydır ve bu boyutuyla temel hak ve özgürlükler, demokrasi, hukuk devletin gerekleri gibi hususların zarar görmesine daha müsaittir. Netice olarak, federal devletlerdekine nazaran üniter devletlerde denge ve denetim mekanizmalarının daha elzem olduğu söylenebilir.

Bir diğer husus idarenin işleyişi açısından önemli bir düzenleyici işlem türü olan tüzüklerin kaldırılmasıdır. (AY m. 115). Ayrıca idarenin işleyişi açısından hem bireysel hem de düzenleyici işlem niteliğinde olan “Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, Müşterek kararnameler, Başbakanlık kararları, gibi işlemler artık olmayacaktır. “Yukarıda sayılan işlemlerden; kanun hükmünde kararnameler hariç hepsinin yargısal denetimi mevcut sistemde; ya Danıştay ya da idare mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Kanun hükmünde kararnameler ise Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmektedir.” (Tamer, 2017: 3). Tabii ki yönetmelikler yine kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilecektir.

Diğer yandan, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tüzük (idari işlem) niteliğinde ya da KHK (kanun bloğunun bir parçası gibi, genel soyut kural koyan) niteliğinde olmasına bakılmaksızın Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi, ilgili mahkemenin istisnai karar verme fonksiyonunun dışında; artık gündelik, sıradan bir mahkemeye dönüşmesine neden olur. Ayrıca idari işlemler için yeni hukuki gerekçe araçlarına uyum sağlamasını gerektirir. Bir yönüyle idari mahkeme hüviyetinin benimsemesi ve gerekçelerinde zaman zaman idarenin takdirini denetlemesi söz konusu olabilir. Bu durum anayasa hukuku tarihimizde pek alışık ve aşına olunmayan bir durumdur. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin asli görevi yasama işlemlerini denetlemek iken biraz önce bahsedilenler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi yasamanın yanı sıra yürütmeyi de denetler hale gelebilecektir. Bu anlamda pozitif dayanaklı olarak Türk hukuk düzeninde Yüksek Mahkemeler arasında bir hiyerarşi bulunmamasına rağmen bahsedilenler nedeniyle Danıştay ile Anayasa Mahkemesi arasında bir alt-üst ilişkisi zamanla belirgin bir biçimde ortaya çıkabilecektir.



“Takdir edileceği gibi cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak bir idari işlemdir. (...) Ancak tüm bunlar yapılırken bireysel ya da düzenleyici nitelikteki cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi bakımından hiçbir ayırım gözetilmemiştir.” (Tamer, 2017: 5).

Hatta daha ciddi sorunlar Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine karşı açılacak iptal davalarında söz konusu olabilecektir. Şöyle ki Anayasa'nın 150. maddesinde, iptal davası açma yetkisi “*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.*” denilmiştir. Bu durumdan doğacak sıkıntıları Giray Tamer şöyle dillendirmektedir:

“Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açabilecekler kimseler ise sınırlı sayıdadır. Bu durumda ileride cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile görevinden alınan bir kaymakamın, bir il emniyet müdürünün idari yargıda dava açması halinde; “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava açılacağından, idare mahkemelerinin görevsiz olduğu” cevabıyla karşılaşılması muhtemeldir.” (Tamer, 2017: 8)

Fakat bu gerekçenin hukuki açıdan tutarlı olduğunu iddia etmek zordur. Her şeyden önce idarenin birel işlem niteliğindeki hukuki iradelerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olması idare hukukunun doğasına aykırılık teşkil eder.

Temel haklar alanında yalnızca üçüncü bölümün (Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler) kapsadığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir. Burada Yavuz Sabuncu'nun 16 Nisan 2017 değişikliği öncesi Türk hukuk düzeninde yer alan KHK'lar için kullandığı gerekçeye yer vermek uygun düşebilir. Sabuncu'ya göre “üçüncü bölümde yer alan ve devletin olumlu bir edimini gerektiren (sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi) alanlar için söz konusu olacak, bu bölümde yer almakla birlikte niteliği itibarıyla devletin olumlu bir edimini gerektirmeden kullanılacak olan haklar ise (grev ve sendika hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi)” (Sabuncu, 2007: 250) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyecektir. Tabii ki bu hususta denetim ve yorum geliştirme Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla netlik kazanacaktır. Aslında yeni düzende Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin sınırların önem kazandığı ve bunu niteleyecek kurumun ise Anayasa Mahkemesi olduğu düşünülebilir.

## 2.2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yürütme (İdare)'ye Mahfuz Bir Alan Bırakmış Olması Açısından Ele Alınması

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çerçevesinden ele alınması gereken en önemli sorun yürütmenin kural koyabileceği mahfuz bir alanın olup olmadığı hususudur. Burada ana mesele kanunlara tanınan genellik ilkesinin, yani “Anayasaya aykırı olmamak koşulu ile her konunun kanunla düzenlenebileceğinin” (Özbudun, 2005: 191), devam edip etmediğidir. Anayasa değişikliği metninde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme yetkisine ilişkin olduğunun özellikle vurgulanması ve “*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*” ibareleri bu alanların yürütme erkine bırakıldığı izlenimi vermektedir. Ayrıca üst düzey bürokratların atanmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemede de yürütme erkine mahfuz bir alan verildiği iddia edilebilir. Fakat anayasa hukukunda kanunların genelliği ilkesi devam ettiğinden yasama organının ilgili konularda kanunla düzenleme yapma yetkisinin pozitif dayanaklı bir sınırı bulunmamaktadır. Hatta yasama organı kanun hükümleri ile yürütmenin yetki alanına sürekli müdahalede bulunabilir. Bununla beraber biraz önce Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gerektiği belirtilen hükümlerin mefumu muhalifinden hareketle onların kanunla düzenlenemeyeceği çıkarımı yapılabilir. Lakin bu durum yukarıda ifade edilen Fransız Anayasasının 16. ve 34. maddelerindeki gibi açıkça tespit edilmemiştir. Böyle bir durum ise düzenleme yetkisi ve alanı bakımından yasama ile yürütme arasında derin krizlerin ortaya çıkmasına oldukça elverişlidir.

Esasında Türk anayasa hukukunda Fransa ve Portekiz’de olduğu gibi yürütmeye mahfuz bir alan tanıma ve kanunun konularını sınırlandırma gibi bir mekanizma mevcut değildir. Fransız Anayasası’nın 34. maddesi, kanunla düzenlenecek alanı iki yönden daraltmıştır. İlgili madde, içerik olarak kanunu “Anayasada sayılan bazı hususlarda kuralları saptama ve yine Anayasada belirtilen öteki bazı konularda da temel ilkeleri belirleme” (Tanilli, 2001: 337) ile sınırlandırmıştır. İşte bu hususlar dışında düzenleme yetkisi yürütmenin alanına bırakılmıştır. Hatta Tanilli bu hususta, 1958 Fransız Anayasası’na göre yürütmenin düzenleme yetkisinin asıl, parlamentonun yasama yetkisinin ise istisnai olduğunu ileri sürmüştür (Tanilli, 2001: 337). Dahası yürütmeye ilişkin özerk bir düzenleme alanı söz konusudur. 1958 Fransız Anayasası 37. maddesi, daha önce 34. maddede kazuistik stille sayılan konuların dışında; yani kanun yapma alanının dışında; diğer düzenleyici işlem yetkisini yürütme organına bırakmıştır. Bu KHK yetkisinden farklıdır. Zira yürütmeye ilişkin hususlara kanunun müdahalesi olmaması amacı vardır. Fransa’da Başbakan bir kanun

hakkında yürütmenin alanının gasp edildiği gerekçesi ile Anayasa Konseyi'ne iptal davası açabilir. Bu tarz davaların yüzde yetmişine yakınında Anayasa yorumcusu, yürütmeyi haklı bulmuştur (Assemblée Nationale, 2017).

Cumhurbaşkanlığı sistemi, diğer bir deyişle yeni sistem Cumhurbaşkanlığı'nın seçilmesiyle yürürlüğe girmiştir. İşte Cumhurbaşkanlığı'nın yetki ve görevlerinin ana momentini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kapsamının belirlenmesi zorunludur. Bu bağlamda 24 Haziran 2018 tarihinde seçilen Cumhurbaşkanlığı'nın 9 Temmuz 2018 tarihinde andiçerek göreve başlamasıyla birlikte yürürlüğe giren Anayasa maddelerinin incelenmesi gerekir.

Bu bağlamda genel düzenleme olan Anayasa madde 104/17'de çok önemli hükümler yer almaktadır. Buna göre; *“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”*

Öte yandan genel düzenleme olan söz konusu bu hükümlerin yanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin kimi özel anayasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Anayasa'nın 104. madde 9. fıkrasında; *“Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler”* denilmektedir.

Anayasa 124. madde 1. fıkrasına göre; *“Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”*

Anayasa 137. madde 1. fıkrasına göre; *“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.”*

### ***Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ve Kanuna Konu Edilebilecek Ortak Hususlar***

Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında çok önemli bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*” Bu hükmün mefhumu muhalifi gereği, sosyal ve ekonomik haklar kanunla ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilir.

Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*”

### ***Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Konu Edilemeyecek Hususlar***

Yine 104. maddenin 17. fıkrasında çok önemli bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*”

Anayasanın 119. maddesinin 6-7. fıkralarına göre; “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104. maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.*”

Anayasa m. 161/7'e göre; “*Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.*”

Buna göre Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir. Şu halde Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.

Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

### ***Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenmesi Zorunlu Hususlar***

Anayasanın 104. maddesinin sekizinci fıkrasına göre; “*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*”

Anayasanın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre; “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*”

Anayasanın 108. maddesinin son fıkrasına göre; “*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” Anayasanın 118. maddesinin altıncı fıkrasına göre; “*Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*”

Yukarıda verilenlerin tümü için geçerli olmak üzere yüklem fiili zorunluluk anlamı verecek şekilde tercih edilmiştir. Bu nedenle onların kanunla düzenlenmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Zira yüklem fiillerinin “düzenleyebilir”, şeklinde bir izin yahut cevaz mahiyetinde olmadığı açıktır. Tam tersine kanunla düzenlenme yapmaya kapatılmış alanlar söz konusudur.

## **3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Yasama Yetkisi**

### **3.1. Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**

2017 Anayasa değişiklikleriyle benimsenen Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sisteminde, rejimin tıkanmasının önüne geçmek ve yürütme içinde iki ayrı odak noktası ve merkez oluşturmaya son vermek için monist bir yürütmeyi esas alan bir sisteme geçilmiştir. Fakat yürütme de çift başlılık ortadan kaldırılırken, ortaya yasama yetkisine hâlel getirecek şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kullanılmasından doğabilecek sorunlara yol açılmış olabileceği

akla gelmektedir. Bu boyutuyla yasama fonksiyonunun içerisinde bir çift başlılık gündeme gelebilir mi? Bir diğer husus ise çift başlı yürütmenin hâkim olduğu parlamenter ya da yarı-başkanlık rejimlerinde zaman zaman meydana gelen kohabitasyon, yani devlet başkanı ile hükümetin farklı siyasi görüşlerden olmasından kaynaklanan çatışmanın monist yürütme ile son bulması hedeflenmiştir. Fakat yeni bir çatışma alanının meclis ile yürütme erki arasında yaşanması muhtemeldir. İşte bu olası çatışmada Cumhurbaşkanlığı kararlarının rolünü tartışmak gerekiyor.

27 Mayıs 1960 askeri darbesini takip eden 1961 Anayasası, Türk anayasa hukuku teorisine ‘yasama yetkisi devredilemez’ ilkesini sokarak ilk bakışta yürütmeyi oldukça sınırlayan bir anlayış ortaya koyduğu ve dönemin kurucu iktidarı Kurucu Meclis tarafından hazırlanan metnin, askeri darbe öncesi yürütme erkinin keyfi davranması iddiasına bir tepki olarak oluştuğu söylenebilir. Yine de yürütme erkinin kanun tarzında genel düzenleyici işlem yapmaları aynı anayasanın getirdiği bir kurum olan Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına dayanmıştır (Tanilli, 2001: 363) :

*“Anayasa Mahkemesi, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu dolayısıyla verdiği 28 Mart 1963 tarihli oldukça ses getiren kararı ile söz konusu Anayasa hükmünü (yasama yetkisi devredilemez) yürütme organı için çok elverişli biçimde yorumlamıştı. Yüksek Mahkeme’nin yorumlarına göre, temel hükümleri parlamentoca belirtilen alanlarda, hükümetlerin düzenleyici kurallar koyma yetkisi hayli geniş olabilirdi. Ekonomik alanda genel yasalara dayanılarak çıkarılacak kararnamelerin ve tebliğlerin Anayasa’ya aykırı bir yönü yoktu.”*

12 Mart Muhtırası’ndan sonra 20 Eylül 1971’de kabul edilen Anayasa değişikliği ile Bakanlar Kurulu’na “Kanun Hükmünde Kararname” çıkarma yetkisi verilmiştir. Esasında yürütme organına kanun niteliğinde ve gücünde kararname çıkarma yetkisi Cumhuriyet’in öncesinde Meşrutiyet döneminin getirdiği anayasal monarşi sistemine kadar geri gider. ‘Muvakkat kanun’ diye adlandırılan bu düzenlemeler o dönemde hükümet tarafından o kadar çok kullanılmıştır ki, yasama erkinin yetki alanı fiilen ziyadesiyle taarruza maruz kalmıştır (Tanilli, 2001: 403). Cumhuriyet’in ilanından sonra 1924 Anayasası’nda böyle bir düzenleme yetkisinin bulunmaması muvakkat kanunların yol açtığı sorunlara dayanır. Dolayısıyla 1924 Anayasasında kanun-ı muvakkatler ve benzeri düzenleme türüne yer verilmemiş olması esastan bir tepkiden kaynaklanmaktadır. Lakin aciliyeti olan ve hızlı karar alınması gereken konularda yürütmenin elinde bir aracın olmaması önemli sorunlara neden olmuştur. Bu nedenle 1971 Muhtırası sonrası 1876 Kanun-ı Esasi dönemindeki kanun-ı muvakkatlerden mülhem KHK’larla ilgili düzenlemeler 1961 Anayasasına işlenmiştir. Bütün bunların yanı sıra, 1924 Anayasası ilk

dönemlerinde tek parti ve iktidarının oluşu, istenilen her düzenlemeyi mümkün hale getirdiğinden icra salahiyeti bakımından düzenleme yapılmasını lüzumlu hale getiren bir boşluğun doğmamış olması ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

1982 Anayasası'nda da ise KHK'lar korunmuş ve güçlendirilmiştir. 1982 Anayasası'nda, bir önceki 1961 Anayasası'nda yer alan “belli konularda” ibaresine yer verilmemiştir (Özbudun, 2005: 233). Özbudun'un belirttiği gibi “yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi şartı” da ortadan kaldırılmıştır (Özbudun, 2005: 232). Böylece yürütmenin KHK'lar ile düzenleme yapma alanı genişletilmiştir. Fakat bu yetki ancak kanunlar çerçevesinde kullanılabilen bir yetki olarak sınırlandırılmıştır. Hatta 1982 Anayasası diğer temel kanunlardan farklı olarak 8. maddede yürütme yetkisi ve görevinin kanunlara uygun olarak kullanılması gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır. Bu genel ilkedен hareketle yürütmenin her türlü eylem ve işlemlerinde kanuni dayanağın bulunması zorunluluğuna vurgu yapıldığı açıktır. Dolayısıyla yürütme organının kanunların gösterdiği alanda ve sınırlar içinde kalarak düzenleme yapması gerektiği bir zorunluluk haline getirilmiştir. Bunun neticesi ise yürütme organının doğrudan doğruya istediği konuyu kendiliğinden düzenleyememesini sağlamak ve böylece ‘yasama yetkisinin devredilmezliği’ ilkesine halel gelmesini engellemektir. (Tanilli, 2001: 401).

Peki, yasama erki ve yürütme erki arasında, genel soyut kural koyma bağlamında ilişkinin boyutunu belirleyen ilke nasıl olmalıdır? Bu soruya Server Tanilli'nin ifadeleri ile cevap vermek mümkündür: “*Kanun yaparken, ne gibi ilkelerin kanunla düzenleneceğini iyi saptamak, ayrıntıların düzenlenmesini yürütme organına bırakmak; (...) kanunların amaçlarına uygun düşen ve bunların gerçekleştirilmesi için yürütme organına tanınmış doğal yürütme yetkilerini ustaca düzenleyen bir çalışma...*” (Tanilli, 2001: 363). Bu bağlamda Türk anayasa hukukunda bir düzenlemenin yasama yetkisi (yasa) ile mi yoksa yürütme yetkisi (yürütmenin düzenleyici işlemleriyle) ile mi çıkarıldığını sorgulamak için kanunlara ilişkin iki prensibe başvurulabilir. “*Eğer bir işlem genellik ve aslilik unsurları ile ilkel bir işlem ise, bu işlemin yasamanın düzenleme fonksiyonuna girdiği kabul edilir.*” (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2002: 365). Yürütme yetkisinin kullanımı ise ikinci el-türev bir fonksiyondur ve ancak “*kanuna bağlı, kanunun gösterdiği ilkeler doğrultusunda ve çizdiği sınırlar çerçevesinde secundum legem düzenleme yetkisidir.*” (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2002: 365) (Özbudun, 2005: 193).

Ali Ulusoy Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmeye asli bir düzenleme yetkisi verdiğini, fakat bunun ancak idari mahiyet taşıdığını; eski hukuk düzeninde yer alan şekliyle KHK usulü ile yürütmenin düzenleme yapma yetkisinin kaldırıldığını ifade etmektedir (Ulusoy, 2007: 6).

Kanunda farklı hükümlerin bulunması ya da aynı konunun kanunla düzenlenmesi halinde kanun hükümlerinin geçerli sayılması; kanunu hiyerarşik manada üstün kabul etmeyi gerektirecek özellikler olarak ele alınabilir. Fakat Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun arasında böyle bir karşılaştırma yapmak yine de sıkıntılıdır. Şöyle ki, Kelsen’ci manada bir alt-üst norm ilişkisinden söz etmek zordur. Bu anlamda normlar hiyerarşisinin sunduğu yapısalıcı anlayışın ‘söküme’ uğradığını ifade etmek gerekir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hem aslilik özelliğini kullanarak kanunun ikelliğini zedelemektedir, hem de onun düzenlemediği alanı kullanmaktadır. Bu yönüyle yönetmelik ve kanun arasındaki gibi bir hiyerarşi kurmak güçleşir. Bu durumda Tanör ve Yüzbaşıoğlu’nun KHK rejimi için sorduğu bazı soruları yeniden hatırlatmakta yarar vardır: “*Acaba idarenin kanuniliği ilkesi ortadan kalkmış ve yürütme kanuna bağlı kalmadan, kanunun olmadığı yerde, anayasaya aykırı olmamak koşuluyla, doğrudan Anayasadan aldığı güçle ilkel kural koyma şeklinde düzenleme yapabilecek midir?*” (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2002: 369).

2017 Anayasa değişiklikleriyle düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yürütmenin yasamanın türevi olduğu prensibinin sona erdiği söylenebilir. Komisyon raporunda ‘Muhalefet Şerhi’ içinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*Yürütmeyi türev bir düzenleme yetkisi olmaktan çıkararak, yasamaya koşut bir asli düzenleme yetkisi haline getiren bu teklif, yasamanın mutlak kanun koyucu konumunu da zedelemekte, hatta ortadan kaldırmaktadır.*” (TBMM, 2017: 93). Böylece Anayasa da yer alan idarenin kanuniliği ilkesi ile çelişki hâsıl olmuştur.

Yürütme iradelerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin iletişim ve etkileşimlerine de değinmek gerekir. Burada her şeyden önce en azından şekli anlamda yasama yetkisinin genelliğinin, asliliğinin ve devredilemezliğinin korunduğunu belirtmek gerekir.

Yasama yetkisinin genelliği kavramı, kanunla düzenleme alanının konu itibari ile sınırlanılmamış olduğunu, Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Yasama organı, kuşkusuz Anayasa sınırları dâhilinde, devletin hukuk düzeninin tezahür ettiricisidir. Bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek devletin faaliyet alanı içerisine almaya veya devletin faaliyet alanı içerisindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yetkilidir (Özbudun, 2005: 213). Dolayısıyla yasama yetkisinin genelliği yürütme iradesine “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin olmadığını da anlatır. Bu nedenle yasama yetkisinin genelliği, aynı zamanda, yasama iradesinin bir hususu dilediği oranda ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına da gelir (Özbudun, 2005: 213). Yasama organının bir konunun genel ilkelerini saptamakla yetinip, ayrıntıların veya Anayasa Mahkemesinin deyimiyle “*ihtisasa ve idare tekniğine*



*taalluk eden hususların*” düzenlenmesini yürütme iradesine bırakması, “*iyi yönetim*”in gereklerine ve yasama organının yapısal mahiyetine uygun düşebilir. Fakat bu hususta yasama iradesinin hukuki bir yükümlülük altında olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Şu halde, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bırakılmış alanları saklı tutarak, yasama organının dilediği takdirde, bir konuyu en ince ayrıntılarına kadar düzenleyebileceği ve yürütme organına yalnızca “bağlı yetkiler” vererek, bir idari düzenleme alanına yer bırakmayabileceği ifade edilebilir (Özbudun, 2005: 213).

### **3.2. Yasama Yetkisinin Asliliği İlkesi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**

Yasama yetkisinin asliliğinde yasama organı bir kanunu ihdas ederken daha önce mevcut bir hukuk kuralına dayanmak zorunda değildir. Örneğin, yürütme organının bir yönetmelik ya da bireysel işlem yapabilmesi için bir kanuna dayanması gerekirken, yasama yetkisinin kullanılmasında bu durum söz konusu değildir. Gerçekten de yürütme organının işlemleri “*kanunu izleyen ve kanununa dayanan*” (secundum legem) işlemlerdir. Yasama işlemlerinin ise anayasadan kaynaklanma gibi bir zorunluluğu dahi bulunmamaktadır. Kanunlar, anayasa karşısında yalnızca kural-içi yani “intralegem” olmak durumundadır. Bir diğer anlatımla, kanunların yapılabilmesi için anayasanın herhangi bir hükmüne dayanılması zorunlu olmayıp, yapılan kanunun anayasaya uygun olması kâfidir (Atar, 2012:169). Bu nedenle anayasa-kanun ilişkisi ile kanun-idari işlem ilişkisi birbirlerinden farklıdır (Atar, 2012:169, 170).

Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yasama yetkisinin asliliği ilkesinin özgünlüğü kalmamaktadır. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kararnamenin ihdası sürecinde devlet başkanının şahsi iradesi daha önce mevcut bir hukuk kuralına dayanmak zorunda değildir. Üstelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yetki kapsamı dikkate alınırca, özellikle olağanüstü dönemde, burada bir yetki transferinden ziyade bir atipik oluşumun meydana getirildiği görülür. Burada kuvvetler ayrılığının da işlevsiz hale gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durum Anayasanın meşruiyetini sorgulattır hale getirebileceği kuvvetle muhtemeldir. Zira kuvvetler ayrılığının olmadığı bir anayasa, anayasa değildir.<sup>2</sup> Böyle bir metin, anayasanın varlık sebebi olan devleti sınırlandırma fonksiyonunu kaybeder. Aynı şekilde hukuk devleti ve onun temel ilkelerine yer veren ana norm olma özelliğinden mahrum hale gelir ve sıradan, hatta alelade bir düzenleme kisvesine bürünebilir.

---

2 Bu bağlamda 1789 tarihli Fransız ‘İnsan Hakları ve Yurttaşlar Bildirgesi’nin 16. maddesi yeniden zikredilebilir.

İktidarın farklılaşım çoğalması beraberinde dengenin getirilmesini gerektirir. Denge ise iktidarlar arası sınırların oluşmasını sağlar. Dolayısıyla güç sahiplerinin çokluğuna ve Montesquieu tarafından gayet uyumlu düşünülen bu öznelerin ortak, birlikte ve yan yana icra edilen güçler şeklinde dengeli bölüşümüne gerek vardır (Cornils, 2014: 676). Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre güçler ayrılığı devlet organlarının karşılıklı denetimini ve bu şekilde devlet egemenliğinin ılımlılaşmasını sağlamaktadır.

Mamafih modern anlamda ve hukuk devletinin bir gereği olarak güçler ayrılığı ilkesi hiçbir yerde saf bir biçimde gerçekleşmemiştir. Bu manada çok sayıda güç sınırlamaları ve dengeleyici unsurlar bulunmaktadır. Alman anayasası güçlerin mutlak şekilde ayrılığını değil, aksine güçlerin karşılıklı denetimini, frenlemesini ve ılımlılaştırılmasını öngörmektedir. Bununla birlikte üç güç, arasındaki ağırlığa ilişkin olarak anayasada öngörülen bölünme muhafaza edilmelidir. Hiçbir güç diğer güçler karşısında anayasada öngörülmeven herhangi bir üstünlüğü elde etmemelidir. Hiçbir gücün anayasada belirtilen görevlerini yerine getirmek için gereksinim duyduğu yetkiler elinden alınmamalıdır. Farklı güçlerin çekirdek alanı değiştirilemez niteliktedir. Bu durumda, bir gücün anayasanın kendine atfettiği tipik görevleri kaybetmesi olanak dışıdır (Cornils, 2014: 676,677).

Görülmektedir ki, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuvvetler ayrılığı kapsamını aşmaktadır. Çünkü burada farklı kuvvetlerin çekirdek alanı değiştirilmektedir. Atipik bir hukuksal olgu olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi atipik oluşumlara sebep verebilecek niteliktedir.

### **3.3. Yasama Yetkisinin Devredilmezliği ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**

Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi, yasama organının anayasa ile kendisine verilen yasama yetkisini başka bir devlet organına devredilmeyeceğini anlatır. Bu devir yasağı pek çok anayasada açıkça hükme bağlanmıştır (Gözler, 2014: 358). Gerçekten de, 1982 Anayasası'nın 7. maddesine göre "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" Fakat Gözler'in de belirttiği gibi bu konuda açık bir hüküm olmasa dahi, yasama iradesi yine bu yetkisini devredemez. Çünkü kamu hukukunda hiçbir devlet organı, anayasa ve kanunlardan aldığı bir yetkiyi, bu metinlerde açık bir izin söz konusu olmaksızın bir diğer devlet organına devretme yetkisine sahip değildir (Gözler, 2014: 358).

Ancak yeni getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bu bağlamda bir istisnayı teşkil etmektedir. Zira 2017 değişiklikleri öncesi hukuksal sisteme göre bakanlar kurulu TBMM'den, bir kanunla, yani yetki kanunuyla, yetki almadan KHK çıkaramamaktaydı. Ancak anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanı,

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu tür bir yetki kanununa gerek olmadan kararname çıkarabilecektir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi eski hukuksal düzendeki Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine benzemektedir (Köker, 2018). Doktrinde bu kurumla olağanüstü halin olağanlaştırılması gibi bir sonucun ortaya çıkabileceği de tartışılmaktadır (Köker, 2018).

Bununla beraber 2017 değişikliklerinin yürürlüğe girmesi öncesi hukuksal düzende bakanlar kurulunun çıkardığı tüm kanun hükmünde kararnameler hemen TBMM'nin onayına sunulması zorunluluğu vardı ve TBMM tarafından onaylanmaları mecburiydi. Anayasa değişikliğine göre ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi TBMM'nin onayına tabi değildir. Dolayısıyla burada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin oluşturulması ve onaylanması aşamalarında TBMM'nin dışlandığı görülmektedir. Fakat bu durum çok temel bir soruna yol açmaktadır. Zira yukarıda da değinildiği üzere yasama yetkisi Anayasaya göre TBMM'ye aittir<sup>3</sup> ve bu yetki devredilemez. Zaten kanun hükmünde kararname çıkarmak için olağan durumda TBMM'nin vereceği, konusu ve süresi belirlenmiş sınırlı bir yetki kanunun varlığı ve olağan ve olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerinin mutlaka TBMM tarafından onaylanma zorunluluğu Anayasanın bu emredici hükmünün doğal bir sonucudur.

Görülmektedir ki, mevcut anayasa değişikliği Anayasanın bu hükmüne dokunmamaktadır. Dolayısıyla yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğuna ilişkin hüküm geçerliliğini devam ettirmektedir. Buna karşılık Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin “kanun hükmünde” olmasına rağmen TBMM'nin tamamen dışlandığı bir usulle gerçekleştirilmesi, yasama yetkisinin devredilmesi anlamını taşıyacak (Kaboğlu, 2018) ve dolayısıyla Anayasanın kendi içerisinde birbirine aykırı maddeler içermesi durumu söz konusu olacaktır (Köker, 2018). TBMM bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz hale getirmek için kanun ihdas

---

3 Yasalar ve yasama iradesi, herkes için uyulması zorunlu kurallar ve bunu koyan organdır. Anayasa değişikliği ile TBMM'nin genel kişilik-dışı ve soyut kural koyma yetkisi, belirli alanlar ile sınırlı tutulmaktadır: Anayasanın kanunlara yollama yaptığı konular. Buna karşılık, Anayasa değişikliğine göre, devletin yapılanmasına yönelik düzenlemeler, Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile gerçekleştirilecek. Bu konuları TBMM, görüşme ve müzakere konusu yapamayacaktır. Haliyle, burada Meclisin genel ve asli yetkiyi kaybetmesi söz konusudur. Değinilen ve başkaca düzenlemeler ile TBMM, yasama işlevine içkin, asli ve genel yetkili bir organ olmaktan çıkacak; norm ihdas etme tekeli elinden alındığı için, hukuk devletinin temel gereği olarak kuralı koyan ve onu uygulayan organ ayrımı da büyük oranda zedelenmiş olacaktır. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Halk Neyi Oylayacak? TBMM'nin Yetki Kayıplarını Oylayacak”, <https://www.birgun.net/haber-detay/halk-neyi-oylayacak-4-tbmm-nin-yetki-kayıplarını-oylayacak-152162.html> erişim 20.03.2018.

etmek isterse, Cumhurbaşkanının veto etmesi durumunda aynı konuyu yeniden geçirmek için üye tamsayısının salt çoğunluğuna ihtiyaç duyacaktır. Bunun yanı sıra Cumhurbaşkanının mensubu olduğu partinin parlamentoda çoğunluğa sahip olması halinde biraz önce ifade edilenlerin pratik değeri kalmayacağı açıktır.

2017 Anayasa değişiklikleri çerçevesinde kurgulanan hükümet modelinin hedefinin de bu yönde olduğu ifade edilmelidir. Mamafih tersi bir durum olması halinde de sorunlar bitmeyecek, bu sefer de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi anlamsızlaşacak hatta yağmurdan kaçarken doluya tutulma misali, yürütmenin kendi içerisindeki çift başlılıktan mütevellit çatışmalar devletin iki temel organı olan yasama-yürütme arasındaki çatışma şekline dönüşebilecektir. Çünkü parlamentoda Cumhurbaşkanının mensubu olduğu partinin çoğunluğu teşkil etmesi halinde her konunun kanunla açıkça düzenlenmesi mümkün olabilecektir. Hakeza bilinçli bir şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle çatışan kanunlar çıkarılabilecektir. Oysa Anayasanın 104. maddesindeki açık düzenleme nedeniyle biraz önce ifade edilen iki durum bakımından kanunlar geçerli olacaktır. Böyle bir durum biteviye seçime gidilmesini ve istikrarsızlığı beraberinden getirmeye gebedir. Hal bu iken parlamenter sistemin terkinin gerekçeleri daha sert bir şekilde tezahür etmiş olacaktır. Bu süreçler dâhilinde kurumsal yapının zarar göreceği, yap-boza dönen bir yola girileceği de göz ardı edilmemesi gereken hususlardır. Sonuç olarak yasama yetkisinin devri niteliği taşıyan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılma yetkisinin kapsamı ve sınırları iyi belirlenmiş değildir (Köker, 2018).

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi anayasacılık anlamında bu Anayasa değişikliğinin momentini teşkil etmektedir. Bu sorun anayasacılığın özünü oluşturan hak ve özgürlükler açısından ise katlanarak devam etmektedir. Getirilen düzenlemeye göre “*Anayasanın birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*” (AY. m. 104/17). Öncelikle birinci bölümde temel haklar yer almamaktadır, genel hükümler yer almaktadır. İkinci olarak sosyal ve iktisadi haklar alanında kanunla düzenlenmesi gereken alanlar kararname ile düzenlenebilecek midir (Kaboğlu, 2018b)? Öte yandan hak ve özgürlüklere yönelik kötü ve özensiz yazılmış olsa da, belirlenen bu çerçeveye rağmen, bakanlıkların düzenlenmesi üzerine tanınan genel yetki hak ve özgürlükler alanını etkileyici sonuçlar doğuracaktır. Kaldı ki anayasacılık anlamında çok temel bir sorun daha bulunmaktadır. Buna göre olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de, Cumhurbaşkanı tarafından tek başına çıkarılacak ve olağanüstü dönemde çıkarılan KHK’lerde olduğu gibi, tüm hak ve özgürlükleri yok edici sonuçlar ortaya çıkabilecektir (Kaboğlu, 2018b).

Ayrıca yeni düzenlemeye göre olağanüstü hal ilanına Cumhurbaşkanı karar verir. Burada ‘egemen olan olağanüstü hale karar verendir’ diyen Schmittçi bir yaklaşım söz konusudur. Bunun yanı sıra, olağanüstü halin ilanına karar veren

‘egemen’in iradesinin parlamentodaki çoğunluğu teşkil etmesi halinde çok vahim sonuçlara gebe bir yola girilmiş olması olağanlaşacaktır. Çünkü olağanüstü hal ilanına karar veren egemenin bu kararını değerlendirecek TBMM’dir. Sistemin mantığı gereği Cumhurbaşkanının mensubu olduğu partinin parlamentoda da çoğunluğu oluşturması halinde olağanüstü hal kararının gerekliliğinin şeffaf bir biçimde değerlendirilmesi imkânsız denecek derecede zorlaşacaktır. Tersisi durumda da sorun olacaktır. Şöyle ki, parlamentodaki çoğunluk Cumhurbaşkanının mensup olduğu parti dışındaki partilerdeyse bu sefer de olağanüstü halin ilanı gerekse dahi bir restleşme sürecine girilmesi söz konusu olabilecek ve ülke açısından önemli krizler ortaya çıkabilecektir. Uzlaşma kültürünün olmadığı ülkelerde bu ifade edilenlerin gerçekleşme riskinin yüksek olduğu göz ardı edilmemelidir. Aynı durum, olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle her tür müdahaleye açık olan temel haklarla ilgili güvencelerin işlevsiz hale gelmesine de açıktır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM onayına sunulması şarttır. TBMM onları üç ay içinde aynen, değiştirerek veya reddetmek suretiyle bir sonuca bağlar. Bu tasarruf “kanun” biçiminde yerine getirilir. Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapılan değişikliklerin TBMM tarafından aynen kabul edilmesi halinde bunlardaki hukuki arızalara karşı tek mekanizma Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmasıdır. Anayasa Mahkemesi üyelerinin TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçildiği, iptal davası açabileceklerin Cumhurbaşkanı, TBMM üye tamsayısının en beşte biri ile en büyük birinci ve ikinci partiyle sınırlandırıldığı gibi hususlar dikkate alındığında olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapılan düzenlemelerin hukuk katiline dönüştürüleceği ihtimal dışı değildir. Bunların yanı sıra, Cumhurbaşkanının mensubu olduğu partinin parlamentoda da kahir ekseriyete sahip olması, hakeza bu boyutuyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabileceklerin esasen teke düşebileceği belirtilmelidir. Şöyle ki, Cumhurbaşkanının mensubu olduğu partinin birinci parti olması halinde Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılması Cumhurbaşkanının inisiyatifine geçmiş olur. Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilecek en büyük ikinci parti Cumhurbaşkanının partisi ile ittifak yapan parti olması halinde, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilecek üye tamsayısının beşte biri oranındaki milletvekili de dahil olmak üzere, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılması ihtimali ortadan kalkabilir. Bütün bunlar, her şeyin yasal dayanağı olduğu dolayısıyla hukuk devletinin sınırları dahilinde kaldığı kisvesi altında hukuk devletinden kanun devletine evrilme sürecini olağanlaşabilir.

Yukarıda ifade edilenlerin devamı mahiyetinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilgili değişiklik teklifine siyasi ve hukuki açıdan getirilen en önemli eleştirileri şöyle sıralayabiliriz: TBMM ve Cumhurbaşkanı seçiminin

aynı anda olması ve Cumhurbaşkanının partisinin başında seçimlere gidebilmesinin Cumhurbaşkanının yasama ve yürütme erklerine fiilen bütünüyle hâkim olacağı anlamına geleceği ve bunun otoriter bir yönetimi teşvik ederek demokratik bir yönetimi olanaksız hale getireceği, teknik açıdan ise bu durumun “kuvvetler birliğine” yol açacağı ve böylece aslında “sert” bir kuvvetler ayırımını öngören başkanlık sisteminin en temel özelliği ile bağdaşmayan ve sonuçta başkanlık sistemiyle de parlamenter sistemle de bağdaşmayan, ne olduğu belirsiz amorf bir yapının ortaya çıkacağı eleştirisidir (Türmen, 2010) (Ulusoy, 2017). Aslında yeni sistem açısından temel amacın hükümet koalisyonlarının bitirilmesi olduğu aşikârdır. Türkiye’nin parlamenter tecrübesinde kötü işleyen koalisyonların neden olduğu hukuki ve siyasi tikanlıklara son verilmek istendiği de açıktır. Fakat çatışmanın farklı bir boyutta yaşanabileceğini unutmamak gerekir. Şöyle ki; demokratik meşruiyete sahip ve milli iradeyi uhdesinde temsil edecek iki önemli kurum –Cumhurbaşkanı ve Meclis- arasında ‘kohabitasyon’ yaşanması durumunda anayasal işleyişte sıkıntılar doğacaktır. “(...) Dizayn edilen başkanlık sistemi, (...) TBMM’de siyasi olarak Cumhurbaşkanını destekleyen çoğunluğun olmadığı bir senaryoda sistemde ciddi kaos doğuracaktır” (Ulusoy, 2017: 5). Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı kararnamele, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin kanun yapma yetkisi ile çatışabilir ve karşılıklı restleşme görülebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, “Cumhurbaşkanına muhalif bir parlamento çoğunluğu, çıkaracağı kanunlarla, Cumhurbaşkanının kararnamelelerini ve diğer idari düzenlemelerini bertaraf ederek ve bütçeyi onaylamayarak Cumhurbaşkanının yönetim otoritesini zayıflatmaya çalışacak ve bu durumda güçlerin çatışması kaçınılmaz olabilecektir” (Ulusoy, 2017: 5). Meşruiyeti kimin daha çok temsil ettiği sorusuna verilecek net bir cevabın olmadığı durumlarda bu çatışmanın boyutu ve şiddeti artacaktır. Tabii ki seçimlerin yenilenmesi başvurulabilecek bir yol iken; aynı zamanda devlet başkanı açısından, iki kere seçilme sınırı nedeniyle, risk oluşturmaktadır.

Bu çatışma başkanlık hükümet sistemlerinde, başkan tarafından veto edilen kanunların yasama organının özel çoğunluğu ile aşılarak yürütmenin eli güçlendirilir. “Bu sistemin uygulandığı birçok ülkede basit çoğunluk yerine 3/5, 2/3 gibi vasıflı çoğunluk kabul edilmiştir” (Özer, 1998: 13). Amerika Birleşik Devletleri’nde başkanın kanunları veto etmesine karşı “Kongre’deki meclislerin, yani Temsilciler Meclisi’nin ve Senato’nun ayrı ayrı 2/3 çoğunlukla kabul etmesi gereklidir” (Özer, 1998: 30). Başkanlık hükümet sisteminde en zayıf nokta yürütme erki ile yasama erkinin çatışması olarak karşımıza çıkar. Böyle bir çatışmada uygulamada üç önemli strateji ön plana çıkmıştır: “Birincisi, başkan ya da kongre, diğer organ olmadan yoluna tek başına devam eder; ikincisi halkın görüşüne başvurulur; üçüncüsü iki organ da belirli bir sınır içinde pazarlık eder” (Özer, 1998: 73). Acaba Türkiye’nin yeni düzeninde olası çatışma pratiklerine

karşı nasıl bir strateji izlenebilir ya da anayasa bize ne tür imkânlar sunmaktadır? Nisan 2017 Anayasa değişikliği böyle bir çatışmada ‘giyotin sistemi’ diyebileceğimiz iki organın da seçimleri yenileyebilmesini öngörmüştür. Fakat bu mekanizmada güçler eşit dağıtılmamıştır. Cumhurbaşkanı tek başına yapacağı bir irade açıklaması ile seçimleri yenileyebilmeye karar verebilecekken; TBMM “kendisinin ve Cumhurbaşkanının seçiminin yenilenmesine ancak üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla karar verebilir.” (Gözler, 2017: 18). Böyle bir durum TBMM’yi Cumhurbaşkanının tahakkümü altına sokar ve silikleştirir. Dahası fiili olarak kuvvetler birliğine neden olur. Peki, o zaman yumuşak kuvvetler ayrılığı rejimi olan parlamenter sistemin terkedilmesinin en temel gerekçesi olan yasamayı yürütme karşısında bağımsız hale getirmek ne derece hayat bulacaktır sorusu akla gelmez mi? Kanaatimizce Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sistemi yasamanın yürütmeye karşı bağımsız hale gelmesi bir yana, yürütmeye mahkûm edilmesine oldukça müsaittir. Sistemin kurgulanışının ana momenti, Cumhurbaşkanı seçilen kişinin partisinin parlamentoda çoğunluk teşkil etmesi üzerinedir. Bu durumda biraz önce belirtilen riskin kaçınılmaz olacağı gayet açıktır. Ters durumda ise sistem krizlerinin doğacağı ve bundan kurtuluş olarak öngörülen seçimlerin devreye sokulması suretiyle sürekli seçime gebe bir atmosferin ortaya çıkacağı, bunun ise istikrarsızlığa yol açacağı muhakkaktır.

Sistemin ideal tipi olarak gösterilen ABD’de iki partili siyasi hayatta pazarlık yapma pratiği oldukça gelişmiştir. Fakat Atilla Özer’in ifade ettiği gibi çok sayıda partinin yer aldığı Latin Amerika’da daha önce sayılan çatışma stratejileri yetersiz kalmakta ve “çatışmanın tarafları, orduya veya uluslararası oyunculara başvurma ya da demokratik sistemin çökmesi” (Özer, 1998: 74) gibi ilgili ülkelerin demokratik tecrübelerini sekteye uğratabilecek durumlara yol açabilmektedir. Zira hükümet sistemleri, parti ve seçim sistemlerinden, hakeza siyasal kültürden, demokrasi ve hukuk bilincinden bağımsız değildir. Tam tersine hükümet sistemleri biraz önce ifade edilen değerlerle anlamlı ve işlevsel hale gelir.

Yine de yapılan değişikliklere göre çatışma ihtimali en aza indirgenmek istenmiştir. TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri aynı gün yapılarak iki organın aynı siyasi partiden olması amaçlanmıştır (Gözler, 2017: 17).

## Sonuç

2017 yılında halk oylamasına sunulan anayasa değişikliği ile kanun hükmünde kararnameler yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikame edilmiştir. Ancak buradaki değişiklik basit değildir. Zira beraberinde pek çok sofistike tartışmalar getirebilecek mahiyette bir değişiklik, daha doğru bir ifadeyle değişiklikler dizisi söz konusudur. Her şeyden önce anayasa değişikliği ile

hukuksal ilkeleri belirlenmiş Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürütme iradesine siyasal, sosyal ve idari alanda düzenleme yapma yetkisi vermektedir.

Bu şekilde ortaya konulan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı, yasal bir dayanak söz konusu olmaksızın, doğrudan anayasadan aldığı bir yetkiyle sosyal ve ekonomik haklar ile idari teşkilat ve işleyişe yönelik belirli düzenlemeler yapabilecektir (Arduçoğlu, 2017: 21). Dolayısıyla anayasa ve idare hukukunun kesişim kümesinde yer alan söz konusu bu yeni tür yetkinin kapsam ve sınırları belirlenmek durumundadır. Mevcut yapı bir veri oluşturmakla birlikte, özgün bir kurum olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek konular ve anayasaya uygunlukları, anayasa hükümlerinin bütünlüğü ve hukuksal düzen göz önünde bulundurularak tanzim edilmelidir (Arduçoğlu, 2017: 21).

Yeni değişiklik ile yürütme organının yasamaya oranla elinin daha da güçlendirilmesi söz konusudur. Fakat Anayasanın başlangıç bölümünde belirtilen hususa dikkat çekmek gerekir: “*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve kanunla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğudur.*”

16 Nisan 2017 referandumu ile Türk hukuk düzenine giren Anayasa değişiklikleri bir dizi idari işlemin yanı sıra KHK’ları da sona erdirmiş ve yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında yürütmeye yeni bir düzenleme yapma yetkisi sunmuştur. 6771 sayılı kanunun 8. maddesi ile yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı kararnamesi monist yürütmeye, KHK’nın düzenleme alanında Meclis’ten herhangi bir yetki kanunun verilmeden kararname çıkarma gücü sağlamıştır. Şöyle ki, Cumhurbaşkanı yürütme yetkisi ile Anayasa’nın üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar bölümüne ilişkin ilkelden (asli olarak) düzenleme yapabilecektir. Yürütmeye tanınan bu düzenleme yetkisine tek sınır “Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunun açıkça düzenlediği alanlardır.” Hatta kanunda farklı hükümler ya da aynı konuda farklı bir kanuni düzenleme yapılırsa Cumhurbaşkanı kararnamesi hükümsüz sayılır. Yani kararname illaki kanunu müteakip çıkarılmak zorunda değildir. Dolayısıyla artık yürütmenin düzenleyici işlemi olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi *secundum legem* değil, kanuna tanınan aslilik/ilkelden olma özelliğini kullanabilecektir. Her ne kadar yargılama mercii olarak Anayasa Mahkemesi’ne gidilmesi öngörülse de; kanuna eşdeğer olduğunu iddia etmek güçtür. Esasında Kelsen’den beri pozitif hukukun vazgeçilmez piramit hiyerarşisi açısından farklı bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır. Cumhurbaşkanı kararnamesi kanunu değiştiremediği ya da ona aykırı bir düzenleme yapamayacağı gibi kanunla hiyerarşik bir ilişki de kuramıyor. Kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında piramidin klasik alt-üst ilişkisinin kurulması güçleşmektedir.



Bu anlamda yasama yetkisinin asli olma özelliği açısından bir devir söz konusudur. Diğer taraftan, genellik ilkesi gereği yasama organının kanun iradesi ile her konuda düzenleme yapabileceği varsayılırsa, tali kurucu iktidarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilkelden, mutlak, mahfuz bir işlem alanı tanıdığını iddia etmek zorlaşır. Özellikle monist yürütme rejimlerinde ortaya çıkan yasama-yürütme organları arasında siyasi görüş farklılığı bulunması durumunda meclisin kanun işlemleri ile yürütmeye sürekli müdahalesi söz konusu olabilir. İki erkin siyasi aynılığında ise yürütmenin kendine tanınan aslilik ilkesini suiistimal edeceği bir kararname rejimi riski ise pratik gerekçelerle daha ağır basmaktadır.

Bitirirken burada Schmittçi bir “hükümet devleti” ile karşı karşıya kalma riskinin olduğunu belirtmekte yarar vardır. Bilindiği gibi kamusal iradenin en yüksek ve tayin edici somutlaşması kanunlaştırma faaliyetidir. Normlaştırma sonucu tecelli eden hukuk üretme iradesi kendisel varlığının bir neticesi olarak tüm kamusal işlevleri, faaliyet ve görev alanlarını kendisi ile koşullandırma eğilim güder. Bu bağlamda “hükümet devleti”nden “yasama devleti”ne geçiş hukuk devletinin olağan seyri dâhilindeydi. Nitekim hukuk devleti anlayışı hukuk devletinin en son ve önemli merhalesidir. Bu manada hukuk devleti anayasal denetim mekanizmasına kavuşarak varlığını sürdürmüş ve kendisini korumuştur. Ancak burada hukuk devletinin tarihi seyrinden bir geriye gidiş endişesi söz konusudur. Zira yasama devletinin karşı kutbunda yer alan hükümet devleti bir yandan devlet başkanının “yüksek şahsi iradesini” kültleştirirken diğer yandan meşruiyeti devlet başkanının “otoriter emri”nde aramaktadır. Bu bakımdan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kanımızca hukuk devletinin tarihi gelişim süreci içerisinde olumsuz, olumsuz olduğu kadar komplike bir adımı teşkil etmektedir ve yukarıda bahsedildiği üzere önemli sorunların ortaya çıkmasının odak noktası olmaya oldukça uygundur.

## Kaynakça

- Adalet Bakanlığı (2011), *1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırma Tablosu)*, (Ankara).
- Arduçoğlu, Artuk (2017), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3: 21-51
- Atar, Yavuz (2012), *Türk Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, (Konya: Mimoza Yayınları).
- Cadart, Jacques (1980), *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, (Paris: LGDJ).
- Cornils, Mathias(2014), “Güçler Ayrılığı”, Depenheuer Otto ve Grabenwarter, Christoph, *Anayasa Teorisi*, (Ankara: Lale yayıncılık) (Çev. Ahmet M. Güneş, Çev. Ed. İlyas Doğan): 669-712
- Gözler, Kemal(2017), *Elveda Anayasa*, (Bursa: Ekin Yayınları).

- Gözler, Kemal (2015), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, (Bursa: Ekin Yayınları)
- Gözler, Kemal (2014), *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 5. Baskı, (Bursa: Ekin Yayınları)
- Gözler, Kemal (2001), *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, (Bursa: Ekin Yayınları).
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2017), "Halk Neyi Oylayacak? TBMM'nin Yetki Kayıplarını Oylayacak", <https://www.birgun.net/haber-detay/halk-neyi-oylayacak-4-tbmm-nin-yetki-kayıplarını-oylayacak-152162> (20.03.2018).
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2017), "Yasama Yetkisi Kimin: 600 Kişi Mi Bir Kişi Mi?", <https://www.birgun.net/haber-detay/yasama-yetkisi-kimin-600-kisi-mi-bir-kisi-mi-halk-neyi-oylayacak-2-150051.html> (20.03.2018).
- Kocahanoğlu, Osman S. (1993), *Gereğeli ve Açıklamalı Anayasa* ( İstanbul, Temel yay.)
- Köker, Levent (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Çelişkileri ve Sorunları", <http://t24.com.tr/haber/prof-levent-koker-yazdi-cumhurbaşkanlığı-kararnamesinin-celiskileri-ve-sorunları,392793> , (20.02.2018)
- La documentation française (2008), *Constitution française du 4 octobre 1958*, no: 104.
- Özbudun Ergun (2005), *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Yetkin yay.).
- Özer, Atilla (1998), *Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, 2. Baskı, (Ankara: İrmak yayınları).
- Resmi Gazete (11.02.2017), *6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapılmasına dair kanun*, Sayı: 29976.
- Resmi Gazete (7.1.1988), *Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Sayı: 19687.
- Resmi Gazete (19.8.1983), *Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu*, Sayı: 18140.
- Sabuncu, Yavuz (2017), *Anayasaya Giriş*, 13. Baskı, (Ankara: İmaj Yay.)
- Schmitt, Carl (2018), *Kanunilik ve Meşruiyet* (İstanbul: İthaki Yay.), (Çev. Mehmet Cemil Ozansü).
- Tamer, Giray (2017), "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu", <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf>, (30.04.2017).
- Tanilli, Server (2001), *Devlet ve Demokrasi*, 2. Baskı, (İstanbul: Adam yayıncılık).
- Tanör Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi (2002), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuk*, 3. Baskı, (İstanbul: YKY).
- Taşdöğen, Salih (2016), "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65: 937-966.
- TBMM (2017), *Anayasa Komisyon Raporu*, Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 2, Rapor Sıra Sayısı: 447, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf> (20/04/2017).
- Türmen, Rıza (2010), "Yargının üzerindeki örtüler, Anayasa Değişikliği": <http://www.milliyet.com.tr/anayasa-degisikligi-4/rizaturmen/siyaset/siyasetyazardetay/16.08.2010/1276914/default.htm> (25.04.2017)
- Ulusoy, Ali (2017), "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", [www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf](http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf) ( 17.03.2017).
- <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-legislatives/le-domaine-de-la-loi> (erişim tarihi: 11/05/2017)