

## **CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN KONU BAKIMINDAN YETKİ DENETİMİ İLE İÇERİK YÖNÜNDE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN FARKLARI**

*Differences between the Review of Competency Ratione Materiae and Material Review of Constitutionality of Presidential Decrees*

**Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI\***

### **Öz**

Çalışma cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetiminde takip edilen iki aşamanın kıyaslanmasını ele almaktadır. Bu iki aşama, esas denetimi içinde yer alan “konu bakımından yetki” ile “içerik” denetimidir. Makalede, söz konusu iki aşamayı, zaman, ölçü norm, nitelik, içerik, karar türü ve kararın etkisi açısından karşılaştırdık. Bu ikisi arasındaki farkları, belirttiğimiz ölçütler açısından ortaya koymaya çalıştık. Zaman bakımından, konu bakımından yetki denetiminin öncelikli olduğunu, ölçü norm bakımından içerik denetimine göre daha sınırlı bir kural kapsamında incelendiğini, nitelik bakımından tam anlamıyla yasama fonksiyonunun denetimi olmadığını, içerik bakımından 104. madde ile sınırlı olarak incelendiğini, kararın türü ve etkisi açısından ise içerik denetiminden çok farklılaşmadığını tespit ettik.

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, kokusari@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0045-5868>

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasallık Denetimi, Konu Bakımından Yetki, İçerik Denetimi

### **Abstract**

The article explores the comparison of the two stages followed by the Constitutional Court in the course of the constitutional review of the presidential decrees. These two stages are the “review of competency *ratione materiae*” and “material review”, which took place in the merit of the case title. In the article, we compared these two stages, both in terms of time, constitutional standard, nature and content of the review, and the type of decision and its effect. We tried to demonstrate the differences between these two in terms of the given criteria. We concluded that “the review of competency *ratione materiae*” takes precedence of “material review” in the context of the time, that it is reviewed under the limited number of rules in terms of the standard; that it is not fully in the scope of the legislative function in terms of nature; that it is reviewed under the Article 104 in terms of content; that it does not differ much from material review in terms of the type and impact of the decision.

### **Keywords**

Presidential Decrees, Review of Constitutionality, Competency *Ratione Materiae*, Material Review

### **Giriş**

2017 Anayasa değişikliği sonrasında hukuk sistemimizde önemli bir yer tutmaya başlayan cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK), hem hükümet sisteminin yeni olması hem de kararnamelerin bu sistemdeki yerinin tespit edilmesi amacıyla ilk günden beri tartışılan ve hakkında yazılan bir konudur. Bu tartışmalarda etkili olan bir başka husus da, Anayasanın konuyu düzenleyen maddesinin ve bu maddenin diğer maddelerle ilişkisinin yeterli açıklıkta düzenlenmemesidir.

Neyse ki, Anayasa Mahkemesinin (AYM) norm denetimi sonucunda verdiği konuyla ilgili kararlar, belirli oranda CBK’ların hukuki durumunu daha istikrarlı ve belirgin hale getirme işlevi görmektedir. Mahkeme, denetim yöntemi bakımından geçmiş norm denetimi kararlarında olduğu gibi, ilk inceleme ve esas incelemesi adı altında ikili başlık oluşturarak inceleme yapmaktadır. İlk inceleme başlığında, davanın veya

itirazın kabule Őayan olup olmadığını süre, yetkili organlar, kuralın denetlenebilen kurallar içinde olup olmadığı gibi noktalardan denetime tabi tutmaktadır. Esas incelemesi başlığında ise, CBK’lar bakımından daha önce kanun ve KHK’lar için amadığı bir başlığı ve takip etmediği bir usul takip etmiŐ “konu bakımından yetki” adı altında içerik denetimi öncesinde başlık açmıştır<sup>1</sup>. Esasında, olağan KHK’lar açısından da benzer denetim yapsa da, bu Şekilde müstakil bir başlık amamaktaydı<sup>2</sup>.

Mahkemenin bu yöntem ile amaçladığı Şey, bir “dış unsur” olan konu bakımından yetki meselesini halletmeden “i unsur” olarak görülen konu, amaç ve sebep gibi unsurların denetimine gememektir. Mahkeme öteden beri, içerik denetiminde konu, amaç ve sebep başlığı açmadan “içerik denetimi” adı altında genel ve tümdengelimci bir anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır.

Bu çalıŐmada, genel olarak CBK’ların denetiminden bahsettikten sonra, oluŐturmuŐ olduğumuz “zaman, denetim standardı, nitelik, içerik, kararın türü ve etkisi” unsurları bakımından CBK’ların “konu bakımından yetki denetimi” ile “içerik denetimi” arasındaki farkları ve benzerlikleri ortaya koymaya çalıŐacađız.

## **I. Genel Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi**

Mahkeme ilk inceleme ve esas incelemesi baŐlıkları altında yaptığı norm denetimini, CBK’lar açısından da takip etmektedir. Bu kapsamda, ilk inceleme aŐamasından sonra gelen “esas incelemesi” başlığı altında yine kendi içinde “konu bakımından yetki” ve “içerik denetimi” altında ayrı başlıklar oluŐurmaktadır. Bu baŐlıklandırmadan hareketle, AYM’nin konu bakımından yetki denetimini de, esasa dair bir mesele olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Yine de, “esas” ile “içerik” arasında, haklı olarak, kavramsal bir farklılık görülmektedir. Daha açık bir deyişle, esas, usul/ilk inceleme denetimi dışındaki bütün hususları kapsayıcı bir denetim iken;

<sup>1</sup> **Osman Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi: Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 37, Sayı 1, Y. 2020, s.168. Benzer bir iki aşamalı metodolojinin, iptal davası dilekçelerinde de büyük oranda takip edildiği görülmektedir (**Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.168, dn.72).

<sup>2</sup> *Bkz. benzer yönde Can*, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.168-169.

içerik denetimi, sadece normun anlamının ve kapsamının anayasa ile çatışıp çatışmadığının tespitidir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi bağlamında, bu kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri, kararnamelerin ve kanunların diğerini dışlayıcı bir mahfuz alana sahip olup olmadığı gibi meseleler öğretide en çok tartışılan<sup>3</sup> ve çözümünü zor olan meselelerdendir. Söz konusu tartışmalar, büyük oranda çalışma konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Biz yeri geldiğinde sadece gerektiği kadarıyla tartışmalı bazı hususlarda kendi görüşümüzden bahsedeceğiz.

AYM, olağan CBK'ların denetimi esnasında idari işlemlerin unsurlarından hareket ederek bir ön denetim yapsa da, diğer aşamalarda idari işlemlerin iç unsurlarını teşkil eden “sebeup, amaç ve konu” unsurları şeklinde bir ayırımdan esinlenmeden içerik denetimi yapmıştır. Aslında öteden beri, kanunlar açısından da esas denetiminin sebeup, konu ve amaç unsurları bakımından yapılacağı belirtilmişse de, uygulamada böyle kategorik bir yöntem takip edilmemiş, anayasallık denetimi doğası gereği farklılaşmıştır. Örneğin Teziç, kanun kavramını da idari işlemler gibi dış ve iç unsurlar olarak ikiye ayırmış, yetki, usul ve şekli “dış unsurlar” arasında; sebeup, amaç ve konuyu ise “iç unsurlar” arasında göstermiştir<sup>4</sup>.

İdare hukukunda idarenin yaptığı işlemlerin denetimi, dar manada “kanunilik” denetiminden ziyade geniş anlamda “hukukilik veya hukuka uygunluk” denetimidir. Söz konusu hukukilik, önceden ilan edilmiş, genel, soyut ve herkese yönelik düzenleyici işlemlere uygunluk olarak somutlaşmaktadır<sup>5</sup>. Yapılan idari işlemin hukukiliğinde ölçü norm olarak

<sup>3</sup> **Abdurrahman Eren**, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.26 vd.; **Özen Ülgen**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray ÜHFD*, Sayı 1, Y. 2018, s. 4 vd.; **Halit Yılmaz**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, Sayı 1, Y. 2020, s.233 vd.; **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.249.*

<sup>4</sup> **Erdoğan Teziç**, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yayını, İstanbul, 1972, s.53-120. Bkz. bu ayırımın ve başka bazı ayırımların idare hukukundaki kökeni hakkında **Güher Ulu**, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.100-101; **Muhammed Göçgün**, İdari İşlemin Konu Unsuru, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.11 vd.

<sup>5</sup> **Güher Ulu**, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, *İstanbul Ticaret ÜSBD*, Sayı 2, Y. 2020, s.80.

hangi kuralın alınacağı tespit edilirken çoğunlukla normlar hiyerarşisinden hareket edilir. Eğer ortada doğrudan konuyla ilgili düzenleme yoksa, içti-hadî ilkelere uygunluk araştırmasına da girişilir<sup>6</sup>.

Şunu öncelikle belirtelim ki, konu bakımından yetki denetimi ile içerik yönünden yapılan denetim bazı benzerlik ve farklılıklar taşımaktadır. Örneğin, idarenin düzenleyici işlemlerine yönelik yapılan konu bakımından yetki denetiminde mahkemeler, idarenin ilgili konu hakkında düzenleme yapma yetkisi olup olmadığını denetler. Bu denetim, idarenin düzenleyici işlemlerinin esas yönünden üst norma uygun olup olmadığına yönelik bir denetim değildir. Daha ziyade idarenin o konuyu düzenlemeye yetkisinin olup olmadığına dair bir denetimdir. Dolayısıyla mahkemeler henüz esas denetimi yapmadan idarenin yetkili olup olmadığını tespit eder. Örneğin, Anayasasının 13. maddesine göre, “*temel hak ve hürriyetler, ...ancak kanunla sınırlanabilir*”. Eğer idare bir düzenleyici işlemle temel hak ve hürriyetlerden herhangi bir tanesine yönelik düzenleme yapmışsa, bu işlem sakattır<sup>7</sup>. Oysa idarenin konu bakımından yetkili olduğu, örneğin bir bakanlık teşkilatına dair düzenleyici işlemin içeriğinin üst norma uygunluğu sorunu, içerik yönünden yapılan denetimdir. Benzer şekilde CBK’lar açısından da konu bakımından yetki ile “içerik açısından anayasaya ya da kanuna uygunluk” değil, düzenlenen konunun cumhurbaşkanlığı kararnamesine “konu” edilebilip edilemeyeceği anlaşılmaktadır<sup>8</sup>. Diğer bir deyişle, Anayasa’da yer verilen CBK ile düzenlenebilecek konular, konu bakımından yetkili olunan alanı ifade eder. Örneğin, Anayasasının 104. maddesinin 17. fıkrasına göre, “*Anayasasının 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*”. Anayasa’nın 13. maddesi gereğince CBK ile temel hak ve hürriyetler sınırlanamayacağı gibi 104. maddenin 17. fıkrası gereğince de başkaca (kapsamını genişletme, güvence sağlama vb.) herhangi bir “düzenleme” yapılamaz. Diğer bir ifadeyle bu

<sup>6</sup> Ulu, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, s.79, 81.

<sup>7</sup> Ulu, İdari İşlemin Yetki Unsuru, s.161.

<sup>8</sup> Bkz. idare hukukunda konu bakımından yetkinin tanımı ve örnekleri için **S. Baş** **Açdoğuran**, *İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar*, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 1998, s.15-18; **Yücel Ortak**, *Danıştay Kararları Işığında İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Medipol Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019, s.24-26.

alanlar CBK'lara konu edilemez<sup>9</sup>. Bu maddede yer alan haklar (örneğin seyahat hürriyeti), CBK açısından yasak alanı, yani konu bakımından yetkisiz olunan alanı ifade eder.

## II. Zaman Bakımından

Denetimin zamanı, eskiden beri anayasa yargısında yapılan tasniflerde kullanılan bir araçtır. Söz gelimi, norm denetiminde yapılan önleyici ve giderici denetim ayrımı denetimin yapıldığı zamana dayanmaktadır. Kural yürürlüğe girip uygulanmadan yapılan denetim, herhangi bir anayasaya aykırılığın somut olaylara uygulanmadan önce fark edilerek önlemesini amaçlamaktadır. Kuralın yürürlüğe girmesinden ve somut olaylara uygulanmasından sonra yapılan denetimde ise, ortada, bir süre anayasaya aykırı olarak uygulanmış bir kural vardır ve bu aykırılığın giderilmesi söz konusudur.

Denetimin zamanı, diğer yargı kollarındaki ön inceleme ve esas incelemesi gibi ayrımlarda da görüldüğü gibi AYM'ye bireysel başvuru yolunda, kabul edilebilirlik ve esas incelemesi tasnifinde de göze çarpmaktadır. Denetimin yapıldığı zaman, hem ilgili mahkemenin yapması gereken usulî işlemler hem de denetimin mahiyeti ve sonuçları açısından bazı etkiler doğurmaktadır. Örneğin, esas denetimi öncesinde yapılan denetim, bireysel başvuru yolundaki gibi çeşitli usulî ve maddi kriterler bakımından başvurunun esasa geçmeden elenmesi işlevi görebilmektedir. Başvurunun süresi ile kişi, konu ve zaman bakımından mahkemenin yetkisi içinde olup olmadığı meseleleri bütünüyle kabul edilebilirlik aşamasında yapılmaktadır<sup>10</sup>. Böylece, süresinde yapılmayan veya mahkemenin yetkisinin dışındaki başvurular bu aşamada süzgeçten geçirilmektedir. Hem mahkeme daha ayrıntılı bir inceleme yapmak için zaman harcamakta hem de bu aşamada verilen kararın sonuçları ve içeriği farklı olmaktadır. CBK'lar bakımından yapılan norm denetimi sürecinde de, ilk inceleme aşaması, iptal davasını açanların yetki, süre ve diğer bazı usulî

<sup>9</sup> **Yılmaz**, s.242 vd. Bkz. ayrıca, **Ali Ulusoy**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, C. 37, Sayı 2, Y. 2020, s.60.

<sup>10</sup> *Mahkemenin kişi, konu ve zaman bakımından yetkili olması (jurisdictione ratione personae, ratione materiae ve ratione temporis) ile işlemi yapanın konu bakımından yetkili olması ve idari işlemlerin içeriğinin konu bakımından kanuna uygun olup olmadığının denetimi birbirinden tamamiyle farklı şeylerdir.*

açılardan incelenmesi ve gerektiğinde bu aşamada ret kararı verilmesini sağlayan bir aşamadır. Bu anlamda, ilk inceleme aşaması, konu bakımından yetki ile içerik denetiminden önce gelmektedir. Eğer söz konusu unsurlar açısından bir aykırılık tespit edilirse, doğal olarak bu aşamada inceleme tamamlanmakta ve sonraki aşamalara geçilmemektedir. Fakat, ilk inceleme aşamasında verilen karar, örneğin yetkisiz kişiler tarafından açıldığı nedeniyle verilen ret kararı, bu usul hatası düzeltildikten sonra süre geçmemişse tekrar davanın açılmasına engel değildir. Oysa konu bakımından yetki ve içerik denetiminde, itiraz yolu dışında ilgili normun tekrar denetlenmesi imkanı kalmamaktadır<sup>11</sup>.

CBK'ların denetiminde takip edilen konu bakımından yetki ve içerik denetimi bakımından da kanaatimizce zamansal bir ayırım yapılabilir. Çünkü, AYM'nin uygulamada da takip ettiği usule bakıldığında, öncelikle konu bakımından yetki içerisinde daha yüzeysel ve şekli bir denetim yapılmaktadır<sup>12</sup>. İdare hukukunda, idari işlemin unsurlarından olan yetki, kendi içerisinde kişi, konu, zaman ve yer bakımından yetki şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Burada da Mahkeme benzer yöntemi izleyerek, öncelikle kuralı koyan organın ilgili konuyu düzenlemeye yetkili olup olmadığını ele almaktadır. Dolayısıyla, zamansal olarak daha önce yapılan konu bakımından yetki denetimi, burada verilecek karara göre farklı alternatif durumlar doğurmaktadır. Örneğin, konu bakımından cumhurbaşkanının yetkili olduğu kanaatine varılırsa, söz konusu düzenlemenin içeriğine yönelik bir inceleme yapılmamaktadır<sup>13</sup>.

AYM, konu bakımından yetki incelemesi yaptıktan sonra oylama yapmaktadır. Eğer oylama sonucunda işlemi yetki bakımından sakat bul-

<sup>11</sup> Her ne kadar Mahkeme, 10 yıllık denetim yasağı ile ilgili içtihadını değiştirmişse de, biz muhalif görüş gibi, 10 yıllık yasağın sadece itiraz yolunda verilen esastan ret kararlarına has olduğunu düşünüyoruz.

<sup>12</sup> AYM, 2018/124 E., 2020/56 K., 15.10.2020, §15-23; AYM, 2018/126 E., 2020/32 K., 25.06.2020, §22-27. İdari yargı uygulamasında da, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça belirtilmese de, ilk önce yetki unsuru açısından denetimin yapıldığı ve yapılması gerektiği belirtilmiştir. Böylece, yetki unsuru sakat olan bir işlemin diğer unsurlara geçmeden iptal edilmesi amaçlanmış ve yetki diğerlerine göre daha öncelikli görülmüştür (**Gürsel Kaplan**, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.221).

<sup>13</sup> Krs. **Can**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.169.

mazsa içerik incelenmesine geçmektedir<sup>14</sup>. CBK'ların denetiminde, zaman bakımından daha sonra yapılan denetim ise, içerik denetimi olarak adlandırılan aşamadır<sup>15</sup>. Söz konusu aşamada, aşağıda görüleceği gibi konu bakımından yetkili olarak yapılan işlemin, anayasaya içerik bakımından uygunluğu incelenmektedir.

### III. Denetim Standardı ve Ölçü Norm Bakımından

Konu bakımından yetki ile içerik denetimi, denetim esnasında kullanılacak ölçü norm açısından da farklılaşmaktadır. Bu kapsamda, konu bakımından yetki denetiminde ölçü norm “Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası” iken<sup>16</sup>, içerik denetiminde CBK'nın konusuna göre farklılık arz edebilir. Ayrıca, normun içeriği birden fazla anayasal ilke ve kuralla ilgili olabileceğinden birden fazla kurala uygunluk bakımından incelemeyi de gerektirebilir.

#### A. Konu Bakımından Yetki 104. Madde Denetimidir

CBK'yı yapan idari organın konu bakımından yetkili olup olmadığını tespit, birçok unsuru barındırmaktadır. Bunlar, CBK'nın yürütme yetkisine ilişkin olması, siyasi hak ve ödevler ile kişi hak ve hürriyetlerini, açıkça kanunla düzenlenmiş veya Anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen hususları konu almamasıdır. Konu bakımından yapılan yetki denetimi, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen bu hususlar bağlamında yapıldığı için kural olarak ölçü normun 104. madde olduğu söylenebilir. Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmiş alanların tespiti için diğer maddelerden yardım alarak bir sonuca varmak, o maddeleri ölçü norm haline getirmeyecektir. Örneğin, temel hakları sınırlamanın, suç, ceza ve vergi koymanın ancak kanunla olacağı Anayasanın muhtelif maddelerinde ifade edilmektedir. Bir CBK'nın suç ihdas etmesi nedeniyle konu bakımından yetki dışında kaldığı tespit edildiğinde, söz konusu CBK, Anayasanın 104. maddesine göre iptal edilecektir, yoksa başka bir hükme dayanarak değil. Mahkemenin uygulamasında da, kimi

<sup>14</sup> **Taylan Barın**, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s.202.

<sup>15</sup> *Kimi yazarlar, konu bakımından yetki denetimini geçilmesi gereken bir baraj olarak görmüştür (Fatma Didem Sevgili-Gençay, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 151, Y. 2020, s.6).*

<sup>16</sup> Bkz. **Barın**, s.188.



kararlarda açıkça dava açanların Anayasa'nın 123. ve 128. maddelerine aykırılık yönünde iddiaları bulunsa da, kendisinin konuyu sadece 104. maddenin 17. fıkrası kapsamında değerlendireceğini vurgulaması, bu görüşle uyuşmaktadır<sup>17</sup>. Fakat, Mahkemenin bu ifadesi, diğer maddeleri sistematik yoruma tabi tutmaya engel olmamalıdır.

## **B. CBK'ların İçerik Denetimi "Kanuna Göre" Daha Sınırlı Bir Denetimdir**

CBK denetiminin ve düzenleme alanının konu bakımından kanunlara nazaran çok daha sınırlı olması, Anayasa'daki ölçü norm ve ilke sayısının da içerik olarak kısıtlı olması sonucuna yol açmaktadır. Diğer bir deyişle, yasama, yargı ve temel hak ve hürriyetler kısmındaki maddelerle kural olarak bir ilgisi bulunmamakta, bu kısımlardaki ölçü kural ve ilkelere uygunluk bir önceki aşamada yani konu bakımından yetki altında yapılmaktadır. O nedenle, geriye bu aşamada ölçü norm teşkil edebilecek "az sayıda madde ve ilke" kalmaktadır.

İçerik denetiminde ölçü norm, CBK'da hangi konunun düzenlendiğine göre değişebilecektir. Örneğin bir kararında AYM, iptali istenen CBK hükmünün içeriğini, Anayasa'nın 106. ve 123. maddeleri kapsamında denetlemiştir<sup>18</sup>. Fakat CBK'ların içerik denetiminin yapıldığı diğer kararların büyük bir kısmında, ilgili kural, hukuk devleti bağlamında incelenmiştir. Mahkemenin içerik denetimi yaptığı konuyla ilgili toplam 7 kararına bakıldığında, bunların 5 tanesinde hukuk devletini ve hukuki güvenlik ilkesini ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir<sup>19</sup>. Konu bakımından yetki denetiminde, ölçü norm belirli olduğu için, sadece ilgili CBK hükmünün bu norm kapsamında olup olmadığı incelenmektedir. Oysa, içerik denetiminde öncelikle söz konusu CBK hükmünün hangi anayasa normuyla ilgili olduğunun ve hangi hükümler kapsamında inceleme yapılacağıının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, AYM bazı kararlarında bu hususu açıkça belirtmiştir: "30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Ka-

<sup>17</sup> AYM, 2019/78 E., 2020/6 K., 23.01.2020, §28; AYM, 2018/155 E., 2020/27 K., 11.06.2020, §20.

<sup>18</sup> AYM, 2018/124 E., 2020/56 K., §24; 2019/105 E., 2020/30 K., 12.06.2020, §35.

<sup>19</sup> Bu kararların karar numarası şu şekildedir: 2020/4, 2020/5, 2020/6, 2020/25, 2020/32.

*nun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir*<sup>20</sup>.

#### **IV. Nitelik Bakımından**

##### **A. Genel Olarak**

CBK'ların konu bakımından yetki denetimi, AYM tarafından "esas denetimi" başlığı altında yapılmaktadır. Esas denetimi içinde yapılan "içerik" ve "şekil" şeklindeki ikili ayırım açısından yaklaşıldığında, konu bakımından yetki denetiminin bu ikisine de girmediği görülmektedir. Zira, bu aşamada ne kuralın içeriğine girilmektedir ne de CBK'nın çıkarılış şekli ve usulü ile ilgili bir durum söz konusudur. Kanunlar açısından son oylamada öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı bir şekil denetimiydi. Fakat, CBK'lar için böyle bir şey söz konusu değildir. İdare hukuku perspektifinden bakıldığında, konu, sebep ve amaç unsurları daha ziyade iç unsurlara yani içeriğe ilişkin iken, yetki, şekil ve usul ise dış unsurlar olarak görülmektedir.

Olağan KHK'lar ile ilgili verilen kararlarda da, KHK'nın Anayasa ile belirlenen bir hak ve hürriyeti sınırlandırıp sınırlandırmadığı meselesi, bağımsız bir "konu bakımından yetki" başlığı altında olmasa da esas denetimi içinde ve özel bir başlık açılarak denetlenmekteydi<sup>21</sup>. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 91. maddesine göre, olağan KHK'ların yetki kanununa dayanması ve yetki kanununda çıkarılacak KHK'ların amaç, kapsam ve ilkelerinin belirlenmesi gerekmektedir<sup>22</sup>. Bu hükme binaen, AYM de olağan KHK'ların esas denetimi içinde hem ilgili KHK düzenlemesinin yetki kanununun kapsamında olup olmadığını hem de siyasi haklar ile kişi hak ve ödevlerinin bu KHK'da düzenlenip düzenlenmediğini konu bakımın-

<sup>20</sup> AYM, 2019/78 E., 2020/6 K., §43; AYM, 2019/31 E., 2020/5 K., 23.01.2020, §36.

<sup>21</sup> Örneğin, 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin denetimi esnasında "Kanun Hükmünde Kararname'nin Tüm Maddelerinin Anayasa'nın 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi" başlığı açılmıştır (AYM, 2011/144 E., 2013/23 K., 31.1.2013).

<sup>22</sup> AYM, 658 sayılı Türkiye Su Enstitüsünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin denetiminde "Kanun Hükmünde Kararname'nin Ayrı Ayrı Tüm Maddeleri ile Eki (1) Sayılı Listesi'nin 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi" başlığı açmıştır. Diğer denetimlerde de benzer bir başlık açarak yetki kanununa aykırılık denetimi yapmıştır (AYM, 2011/146 E., 2013/11 K., 10.01.2013).

dan incelemekteydi. Mahkeme bu dönemde, özel olarak KHK'nın yetki kanununun kapsamında olup olmadığı ile düzenlememesi gereken hakları düzenleyip düzenlemediği konusunda özel başlıklar da açmaktaydı<sup>23</sup>.

## **B. Anayasallık veya Kanunilik Denetimi**

Bir norma ilişkin denetimin anayasallık veya kanunilik denetimi olup olmadığı, sadece normların hiyerarşik yerine bakılarak tespit edilemez. Aynı zamanda, genel olarak ilgili normun ve denetimin doğası ile denetimin hangi mahkemece yapıldığının da etkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda, konu bakımından yetki denetiminde bir kanunilik veya kanuna uygunluk denetiminin de yer aldığı anayasallık denetimi söz konusu iken, içerik denetimi bütünüyle anayasallık denetimidir. Konu bakımından yetki denetiminde, her ne kadar Anayasa'nın 104. maddesine uygunluk denetimi yapılsa da, özellikle "kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz" hükmü, bu denetim esnasında belirli oranda kanunilik denetiminin yapılmasını gerektirmektedir<sup>24</sup>. Çünkü, bir meselenin açıkça kanunda düzenlenip düzenlenmediğini tespit, konuyla ilgili kanun ve kanun maddelerini bulmayı, anlamını tespit etmeyi ve bir nevi ona aykırılık olup olmadığını anlamayı gerektirmektedir. Buna karşılık Eren'in belirttiği gibi, doğrudan CBK'nın kanuna aykırılığının denetimi için dava açılması Anayasal düzenlemeler kapsamında mümkün değildir<sup>25</sup>. Gözler ise, bu denetimin salt bir "kanunilik" denetimi olduğu gerekçesiyle AYM'ye verilmesini bile mantıksız ve gereksiz bulmuştur<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Bkz. bazı kararlar şunlardır: AYM, 2011/146 E., 2013/11 K.; AYM, 2011/144 E., 2013/23 K.

<sup>24</sup> Eren, açıkça kanunla düzenlenen bir alanın CBK ile düzenlenip düzenlenmediğinin denetiminin, kanuna uygunluğu kapsasa da, doğrudan bir kanunilik denetimi olmadığını belirtmiştir (Eren, s.59).

<sup>25</sup> Eren, s.55; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.280*; Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.386; Murat Azaklı, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.84-85; Lokman Yeniyay/Gülden Yeniyay, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.131; Volkan Aslan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.152 vd.

<sup>26</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.376.

CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda öğretilerde tartışma vardır. Bizim de dahil olduğumuz çoğunluk görüşüne göre, olağan CBK'lar hiyerarşik olarak kanunlarla aynı düzeyde değil, onların altında yer almaktadır<sup>27</sup>. Buna karşılık, bazı yazarlar olağan CBK'nın kanun düzeyinde olduğunu iddia etmişlerdir<sup>28</sup>. Bu sonraki görüş takip edildiğinde, “kanunilik denetimi” savı tamamıyla dışlanmış olmaktadır. Çünkü KHK'lardan farklı olarak CBK'ların yetki kanununa dayanması gerekmemektedir. Fakat, birinci görüş takip edilirse, kanunun hiyerarşik olarak altında olan CBK'nın kanunilik denetimine tabi olabileceği görüşüne de yer açılacaktır. Keza öğretilerde, CBK'ların denetiminin “kanunilik denetimi” olduğunu iddia edenler de bulunmaktadır<sup>29</sup>.

### C. Yasama veya Yürütme Fonksiyonu Denetimi

Çalışmamız açısından, konu bakımından yetki ile içerik denetimlerinin bir anayasallık-kanunilik denetimi olup olmadığı kadar, yasama veya yürütme fonksiyonunun denetimi olup olmadığı da önemlidir. Kural olarak anayasaya uygunluk denetimi, büyük oranda yasama fonksiyonuna ait işlemlerin denetimine odaklanmaktadır. Fakat, şekli anlamda yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı tarafından yapılan CBK, maddi kriter açı-

<sup>27</sup> **Özbudun**, s.249; **Ömer Anayurt**, *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.327; **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.160; **Eren**, s.27-28; **Gözler**, s.377; **Ulusoy**, s.45; **Yılmaz**, s.236-237; **Yeniay/Yeniay**, s.112; **Yasin Söyler**, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.166. Söyler, mahfuz alanda çıkarılan CBK'ların kanunla hiyerarşik olarak eş düzeyde olduğunu da iddia etmiştir (**Söyler**, s.166; aynı yönde bkz. **Azaklı**, s.79). Bu görüşün hukuk mantığı ve Anayasal düzenlemeler anlamında birçok haklı gerekçesi bulunmaktadır: Anayasa'da olağanüstü CBK'ların kanun hükmünde olduğu belirtilirken, olağan CBK'lar için belirtilmemesi; 104. maddenin 17. fıkrasında, kanunda açıkça düzenlenen hususların CBK ile düzenlenemeyeceği, sonradan CBK'nın düzenlediği konuda kanun çıkarılırsa CBK'nın hükümsüz olacağı vb. Oysa, CBK'nın kanunla aynı düzeyde olduğunu ileri sürenlerin, 104. maddenin 17. fıkrasındaki hükümlerin “özel bir çatışma kuralı teşkil ettiği”, “CBK'ların yasama fonksiyonu ifa ettiği”, “CBK'ların AYM tarafından denetlendiği” ve “Anayasa'da açıkça CBK'ların kanun hükmünde olmadığını belirtmediği” gibi zayıf gerekçeleri vardır (Bkz. genel olarak bu görüşler için **Aslan**, s.146 vd.).

<sup>28</sup> **Ayhan Döner**, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi*, Ankara, 2021, s.426; **Atar**, s.276; **Hasan Tunç**, *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s.228. Bkz. ayrıca, **Korkut Kanadoğlu**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Galatasaray ÜHFD, Sayı 2, Y. 2018*, s.640-642; **Sezer**, s.390; **Barın**, s.34.

<sup>29</sup> **Gözler**, s.376.

sından doğrudan anayasadan kaynaklanan bir yetkiyle yapılan<sup>30</sup> “kural-işlem” mahiyetindedir ve bu işlemle Cumhurbaşkanını kısmi bir yasama fonksiyonunu ifa etmektedir<sup>31</sup>. Hiyerarşik olarak kanunun altında olan bir işlemle, yani CBK ile yasama fonksiyonu ifa etmek mümkün müdür? Eski dönemde olağan KHK’lar, kanunla eş düzeyde ve yasama fonksiyonu ifa eden bir işlem olarak görülmekteydi. Özellikle KHK’ların yetki kanununa dayanarak çıkarılması ve sonradan Meclis’in onayına tabi olması, bunların yasama fonksiyonuna dahil olduğu kanaatini güçlendirmekteydi. CBK’lar açısından, üst kademe yöneticilerin atanması gibi yürütmeye ilişkin alanlarda CBK ile ilk elden düzenleme yapılmaktadır. Yasamanın çıkarmış olduğu kanuna dayanma şartı bulunmamaktadır. Bu nedenle, özellikle bu alanlarda CBK’nın maddi anlamda yasama fonksiyonu gördüğünü söylemek mümkündür<sup>32</sup>. Fakat, şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki düzenlemelere bakıldığında, hiyerarşik olarak kanunun altında olduğu anlaşılan bir CBK ile, Cumhurbaşkanına bir kanuna dayanmadan yasama fonksiyonu ifa etme yetkisi vermek çelişkili bir durumdur. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin isabetli olmadığını belirtmek mümkündür.

Sonuç olarak, konu bakımından yetki denetimi, yürütmenin, Anayasada belirlenen düzenleme alanının dışına çıkarak yargının ve özellikle yasamanın alanına taşımaya taşmadığını incelemektir. Buna karşılık, içerik denetimi ise daha ziyade yürütmeye bırakılan yasama fonksiyonu ile ilgili düzenleme yetkisinin anayasallığının denetimidir.

<sup>30</sup> **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.140; **Kanadoğlu**, s.644; **Ülgen**, s.14; **Halit Eyüp Özdemir**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi”, İstanbul Medipol ÜHFD, C. 6, Sayı 1, Y. 2019, s.266-267.

<sup>31</sup> **Eren**, s.27. **Eren**, Özbudun’dan esinlenerek, özellikle “CBK’ların doğrudan anayasadan kaynaklı ilk-el düzenleme yetkisine dayanarak” yasama işlevine sahip olduklarını belirtmiştir (**Eren**, s.27). **Özbudun**, s.211, 249; **Sezer**, s.371. **Ulusoy**, teorik olarak CBK’lara yasama veya yürütme işlemi nitelemesinin, uygulama açısından bir farklılık doğurmayacağını belirtmiştir (**Ulusoy**, s.45).

<sup>32</sup> Bkz. aynı yönde **Kanadoğlu**, s.642.

## V. İçerik ve Kapsam Bakımından

### A. Konu Bakımından Yetki Denetimi

Konu bakımından yetki, idarenin ancak belirtilen konularda işlem yapmaya yetkili olduğunu ifade etmektedir<sup>33</sup>. İdare hukukunda genel olarak yetkisizliğin kural, yetkili olmanın istisna olduğu kabul edilmektedir. Anayasa veya kanunlarla verilmeyen bir yetkinin idare tarafından kullanılması, işlemi bu yönüyle sakat hale getirmektedir<sup>34</sup>. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanının öncelikle kararname çıkarma yetkisiyle donatılmış olması gerekmektedir. Eğer bu yetki anayasayla veya kanunla tanınmamışsa, cumhurbaşkanlığı kararnamesi adında bir işlem yapılması mümkün değildir. Dahası, söz konusu yetki tanınmış olsa bile, diğer unsurlar yanında, görev alanının konusal sınırları dışına çıkılmaması, işlemin hukuka uygunluğu açısından önemlidir.

CBK'nın konu bakımından yetki denetimi, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası başta olmak üzere diğer bazı maddelerinden hareketle oluşturulan bir kapsama sahiptir. Cumhurbaşkanının hangi konularda CBK çıkarabileceği ile hangi konularda çıkaramayacağını tespitine yarayan bir inceleme aşamasıdır.

Bu kapsamda AYM'nin CBK'lar ile verdiği kararlar<sup>35</sup>, öğreti<sup>36</sup> ve konuyla ilgili Anayasa maddelerinden hareketle aşağıdaki hususların konu bakımından incelendiği görülmektedir. Biz burada negatif (yasaklanan alan) ve pozitif (izin verilen alan) şeklinde ikili ayırım yaparak konu bakımından yetkiyi ele alacağız. Negatif alan, Anayasa'da CBK ile düzenle-

<sup>33</sup> **Ulu**, "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", s.94.

<sup>34</sup> **Ulu**, "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", s.94.

<sup>35</sup> *Bir norm denetimi kararında, konuyu ilk olarak yetki açısından ele alan Mahkeme, Cumhurbaşkanının yetkili olup olmadığını tespit etmek için, CBK'ya konu olan YAŞ'a ilişkin bir kanun düzenlemesinin olup olmadığını, eğer varsa kanunun açıklığını incelemiştir. İncelemede, 1612 sayılı Kanun'un 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle söz konusu düzenlemede Cumhurbaşkanının yetkili olduğunu ve bu konuda CBK çıkarılabileceğini tespit etmiştir (AYM, 2018/125 E., 2020/4 K, 22.01.2020, s.4-5).*

<sup>36</sup> **Yılmaz**, s.239 vd.; **Can**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.172-173; **Sezer**, s.373; **Özdemir**, s.272-274; **Yeniay/Yeniay**, 122 vd. Öğretide bir kısım yazarlar Mahkemenin konu bakımından yetki denetimini sıralı bir şekilde yaptığını ve yapması gerektiğini belirtmişlerdir (**Barın**, s.188).

nemeyeceği belirtilen alanlar; pozitif alan ise düzenlenebileceği belirtilen alanlardır. Öncelikle negatif alanın şu hususları kapsadığı görülmektedir:

1. CBK'nın Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevleri düzenleyip düzenlemediği<sup>37</sup>,

2. CBK'nın düzenlediği konunun, anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkin olup olmadığı<sup>38</sup>,

3. CBK'nın düzenlediği konunun, daha önce herhangi bir kanunla açıkça düzenlenip düzenlenmediği<sup>39</sup>.

Pozitif alan, yani CBK ile düzenleneceği Anayasa'da belirtilen konular ise şu şekildedir:

1. CBK'nın yürütme yetkisine ilişkin olması<sup>40</sup>,

2. CBK'nın, öğretide mahfuz alan olarak da adlandırılan “öncelikli düzenleme alanı” kapsamındaki konulara dair olması<sup>41</sup>,

3. CBK'nın bir kamu tüzel kişiliği kurması<sup>42</sup>.

Hemen belirtelim ki, bir CBK'nın pozitif alana ilişkin düzenleme yaptığı tespit edilse bile, bu düzenlemenin yukarıdaki yasak alanlardan

<sup>37</sup> Bkz. ayrıntılı tartışma için **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.144 vd.; **Atar**, s.279; **Melikşah Yasin**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.323 vd. Bkz. haklar açısından CBK'nın konu sınırı için **Cengiz Gül**, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, *Erciyes ÜHFD*, C. 13, Sayı 2, Y. 2018, s.254.

<sup>38</sup> Örneğin, vergi, suç ve ceza koymak ancak kanunla olabilecek hallerdendir (AY. 73/3; 38/3). Bkz. ayrıca **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.145 vd.; **Atar**, s.279; **Ülgen**, s.28 vd.

<sup>39</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için **Yılmaz**, s.251 vd.; **Sevgili-Gençay**, s.18 vd.; **Atar**, s.279-280; **Ülgen**, s.33 vd.

<sup>40</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için **Yılmaz**, s.254 vd.; **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.141 vd.

<sup>41</sup> Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (AY. 104/9); bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY. 106/son); Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (AY. 108/son) ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (118/son), Anayasa’da özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konulardır.

<sup>42</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için **Yasin**, s.319 vd.; **Yılmaz**, s.258-259 vd.

birisini içerip içermediği de her zaman incelenmelidir. Yukarıdaki unsurlar açısından herhangi bir anayasaya aykırılık tespit edilmez ise bir sonraki aşama olan içerik incelemesine geçilmesine karar verilir. Burada hem negatif alan kapsamında verilen konu bakımından yetkisizlik nedeniyle anayasaya aykırılık kararına hem de pozitif alan içerisinde olduğu için verilen uygunluk kararına örnek verebiliriz. Örneğin, AYM bir kararında, CBK’da yer alan “*aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir*”eğine dair hükmün, “...kuralların, Anayasa’nun 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulardan biri olan bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin olduğu” gerekçesiyle Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırılık olmadığına, yani konu bakımından yetkisizlik teşkil etmediğine ve içerik denetimine geçilmesine karar vermiştir<sup>43</sup>.

Bir başka kararda ise, 19 sayılı CBK ile 5018 sayılı Kanuna çeşitli kurumları kapsayan cetvel eklenmesi konu bakımından yetki açısından incelenmiş ve haklı olarak sonuçta “*Dava konusu kural 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) Sayılı Cetvel’e bazı eklemeler yapmak suretiyle kanun metninde değişiklik yapılmasını*” öngördüğü ve “*Kanunları değiştirmenin TBMM’nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu...*” gerekçesiyle, konu bakımından yetkisizlik ve anayasaya aykırılık sonucuna varılmıştır<sup>44</sup>.

## B. İçerik Denetimi

İçerik denetiminin kapsamına bakıldığında, öncelikle bu denetim konu bakımından yetki denetimi safhasını geçmiş hükümler üzerinde yapılabildiği için, denetimin kapsamının önceki aşamada belirli oranda çizildiğini söyleyebiliriz.

Diğer yandan, içerik denetiminin CBK’nın yetki, şekil ve usul unsurları üzerinde değil, idari işlem teorisinden hareket edilirse, kural olarak sebep, konu ve amaç unsurları üzerinde yapılabileceğini söyleyebiliriz.

<sup>43</sup> Bkz. AYM, 2019/31 E., 2020/5 K., §32. Bkz. benzer yönde Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu ile ilgili CBK hükmünün yürütme yetkisine ilişkin olduğu ve yasak alanları da kapsamadığı için konu bakımından yetkili olduğu noktasında AYM, 2019/78 E., 2020/6 K., §16 vd. Bkz. ayrıca AYM, 2018/119 E., 2020/25 K., 11.06.2020, §16 vd.

<sup>44</sup> AYM, 2018/155 E., 2020/27 K., §23 vd.



Fakat Mahkemenin uygulaması, esas denetimi altında ‘sebeP’, ‘amaç’ ve ‘konu’ şeklinde başlıklar oluşturarak, bunlardan hangisine bir aykırılık olduğunu tespit etmek şeklinde değildir. Daha ziyade, diğer birçok mahkemenin yaptığı gibi, öncelikle aykırılık iddiasını ve bu iddiadaki olayları net bir şekilde anlamak<sup>45</sup>, sonrasında buna dair kuralları bulup listelemek ve iptali istenen kuralı bu kuralların (ölçü normların) mihengine vurarak, sonuca varmaktır. Diğer bir deyişle, büyük önerme olan anayasal kurallar ve diğer ölçü normların, küçük önermeyle (iptali istenen kural) içeriksel irtibatını kurmak ve arasındaki çelişkileri tespit etmektir. Tespit edilen aykırılık ve çelişkiler iptali gerektiriyorsa, o zaman da iptal etmektir. Bir örnek karar ile bunu göstermek daha açıklayıcı olabilir. 2020 yılında verdiği ilk CBK denetimi kararında, AYM, Yüksek Askeri Şûra ile ilgili CBK’nın 6. maddesindeki “...belirlenecek merci...” ibaresinin iptali istemini görüşmüştür<sup>46</sup>. Bu denetimi yaparken, “anayasaya aykırılık sorunu” başlığı altında, konu bakımından yetki denetimini yaptıktan sonra, “kuralın içerik yönünden incelenmesi” başlığını açarak maddi denetime geçmiştir. Mahkeme bu başlıkta, öncelikle ölçü norm olarak kullanacağı Anayasa hükmünden, yani 2. maddedeki hukuk devleti ilkesinden bahsetmiştir<sup>47</sup>. Bu paragrafı izleyen paragrafta ise, hukuk devletinin bir alt ilkesi olan hukuki güvenlik ilkesi ile onun bir unsuru olan hukuki belirlilik ilkesinden söz edilmiştir<sup>48</sup>. Hukuki güvenlik gereğince kuralların taşınması gereken nitelikleri kanunların yanında CBK’ların da taşınması gerektiği önermesine yer veren AYM, bundan sonra ilgili CBK hükmünün içeriğinde hangi konunun ne şekilde düzenlendiğini irdelemiş, iptali istenen CBK’nın hangi konuları kapsadığını ve ne ifade ettiğini ortaya koymuştur<sup>49</sup>. Nihayet, Mahkeme, yeni düzenleme ile kuralda bulunması gereken niteliklerden olan “belirlilik” kriterinin sağlandığı kanaatiyle iptal istemini yerinde görmemiştir: “CBK’nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında YAŞ’ın yılda en az bir kez toplanması öngörölmüş, Cumhurbaşkanı’nın da gerek-

<sup>45</sup> Mahkeme kimi zaman, “kuralın anlam ve kapsamı” şeklinde alt başlıklar açarak, öncelikle somut olayda kuralın hangi anlama geldiğini ve ne amaçla çıkarıldığını tespit etmeye çalışmaktadır (AYM, 2018/155 E., 2020/27 K., §14 vd.).

<sup>46</sup> AYM, 2018/125 E., 2020/4 K., 22.01.2020.

<sup>47</sup> AYM, 2018/125 E., 2020/4 K., §26.

<sup>48</sup> AYM, 2018/125 E., 2020/4 K., §27.

<sup>49</sup> Mahkemenin kendisi kararlarında, kuralın anlam ve kapsamını tespit ettiği gibi, zaten raportörlerin görevleri arasında ‘kuralın anlam ve içeriğini’ belirtmek de yer almıştır (AYM İçtüzüğü m.50).

*tiğinde YAŞ'ı toplayabileceği belirtilmiştir. YAŞ'ın bu niteliği gözetildiğinde Kurulun sekreteryaya hizmetlerini yerine getirmek üzere daimî bir sekreteryaya kurulmasına gerek görülmediği, dava konusu kurulla bu hizmetlerin Cumhurbaşkanınca belirlenecek bir merci tarafından yerine getirilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu çerçevede kuralda belirsizlik bulunmamaktadır". Görüldüğü gibi, Mahkeme, öğretilerde de belirtilen 'sebebe, amaç ve konu' unsurları açısından bir inceleme yapmamakta, tüm-dengelimci bir argümantasyon yöntemi kullanmaktadır.*

İçerik denetiminde en önemli hususlardan birisi de, Mahkemenin ilk inceleme ve konu bakımından yetki aşamasında veya raportörlerin ortaya koyduğu rapor çerçevesinde, ilgili kuralı hangi anayasa kuralına veya ilkesine göre denetleyeceğinin belirlenmesidir. Kural olarak, belirlenen anayasa maddesinin yüksek ihtimalle bir aykırılığın olabileceğinden şüphelenilen maddeler olması ve bunun "ilk intiba" yöntemiyle daha önce belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme iptal davası açanların gerekçesi ile bağlı olmasa da<sup>50</sup> seçilen ilke veya kuralın titizlikle seçilmesi, "denetlenen kuralın iptali veya talebin reddi gibi neticeler açısından" önem arz etmektedir. Eğer Mahkeme, ret kararı verme niyetiyle, ilgisi olmayan bir kural veya ilkeyi ölçü norm olarak seçerse, elbette netice de farklı olacaktır.

## VI. Verilen Karar Türü ve Etkisi Bakımından

Bu başlık altında ikili bir ayırmadan hareketle, hem konu bakımından yetki hem de içerik denetiminin etkilerini ortaya koyabiliriz. Diğer bir deyişle, karar türü bakımından olumsuz ve olumlu karar ayırımı üzerinden konuyu ele almak daha uygun olur. Bu doğrultuda, Mahkemenin "anayasaya aykırılık" açısından kanaati olumsuz ise, yani Mahkeme ilgili kuralın konu bakımından yetki ve içerik bakımından anayasaya uygun olduğu kanaatine varırsa, karar türü her iki denetim için de "ret kararıdır". Bununla birlikte, eğer Mahkeme gerek içerik gerekse konu bakımından yetki denetimi içerisinde herhangi bir anayasaya aykırılık tespit ederse, o durumda her iki aşamada da "iptal kararı" verir<sup>51</sup>. Olumlu karar olarak ad-

<sup>50</sup> **Azaklı**, s.83. Yukarıda belirtildiği gibi, AYM, CBK'ların içerik denetiminde büyük oranda Anayasa'nın 2. maddesindeki temel ilkelere olan "hukuk devleti" ilkesine dayanmıştır.

<sup>51</sup> Aslında idare hukukunda, idarenin yasama yerine geçerek vergi koyması örneğinde olduğu gibi, fonksiyon gaspı niteliğindeki yetkisizlikler, yoklukla malul olarak görülmektedir, **Ragıp Sarıca**, İdari Kaza I: İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul,

landırdığımız bu karar tipinde, dava açanların veya itirazda bulunanların talepleri doğrultusunda bir anayasaya aykırılık tespit edilir. Konu bakımından yetki denetiminde iptal kararı, CBK'nın yetkisiz olunan bir alanda yapıldığını gösterir. İçerik denetiminde ise, ilgili hükmün Anayasa'daki bir kurala veya ilkeye anlam ve kavram bakımından aykırı olduğunu gösterir.

Yukarıda verilen kararların etkisine bakıldığında, eğer Mahkeme, ilgili kuralın konu bakımından yetki denetimi altında iptaline karar vermişse, artık "içerik denetimine" gerek kalmaz. Bu bağlamda, konu bakımından yetki incelemesi aşamasında iptal edilen CBK hükmüyle aynı konuda yeni bir CBK çıkarılması mümkün değildir. Zira, artık bir AYM kararı ile Cumhurbaşkanının ilgili konuda yetkili olmadığı kesinleşmiştir. Oysa, içerik bakımından iptal edilen bir CBK'nın AYM'nin iptal gerekçesindeki esaslara uygun davranılarak anayasaya uygun bir şekilde yeniden çıkarılması mümkündür.

Kararların etkisi bakımından değerlendirilebilecek bir başka husus da, on yıllık denetim yasağını CBK'lara da teşmil ettiren görüş açısından<sup>52</sup>, bu yasağın nasıl bir etki doğuracağıdır<sup>53</sup>. Diğer bir deyişle, on yıllık

---

1949, s.59. Anayasa yargısında da öteden beri farklı sebeplerle AYM'nin yokluk kararı verebileceği savunulmuştur (**Yılmaz Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.338 vd.; Krş. **Osman Can**, "Anayasa Yargısında Yokluk", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.194 vd.; **İbrahim Şahbaz**, "Anayasa Yargısında Yokluk", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, Y. 1999, s.39). Bununla birlikte, kanaatimizce, AYM'nin idare hukukunda yokluk olarak addedilebilecek bu gibi fonksiyon gaspı durumlarında da "iptal" kararı vermesi gerekmektedir. Zira, hem Anayasa'da böyle bir karar türü belirtilmemiştir hem de yokluk kararının geçmişe yürüyerek işlemi baştan itibaren ortadan kaldırması, hukuki güvenlik ve AYM kararlarının geçmişe yürümezliği açısından birçok sorun yaratır (**Nur Uluşahin**, "Yokluk Teorisinin Anayasa Yargısındaki Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.722 vd.).

<sup>52</sup> Bkz. bizim de katıldığımız CBK'ların 10 yıllık denetim yasağına dahil olmadığı noktasında görüş için **Azaklı**, s.100.

<sup>53</sup> Öğretide eskiden sadece kanunlara has olduğunu savunanlar olduğu gibi KHK'ları kapsadığı da ileri sürülmekteydi. CBK'lar bakımından ise yine Anayasa'daki "kanun hükmü" ifadesini lafzi olarak yorumlayıp 10 yıllık denetim yasağının CBK'ları kapsamadığını ileri süren yazarlar vardır (Bkz. **Bahadır Apaydın**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri", Kamu Hukukçuları Platformu (18-19 Ekim 2019 tarihli toplantıda sunulan tebliğ metni),

denetim yasağının hem içerik hem de konu bakımından yetki denetimi sonunda verilen ret kararı açısından geçerli olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Eğer konu bakımından yetki denetimi altında verilen ret karardan sonra, içerik denetimi içinde aynı norm için iptal kararı verilirse 10 yıllık yasak zaten devreye girmez. Buna karşılık, içerik denetimi esnasında, ret kararı verilirse elbette 10 yıl boyunca tekrar denetim istenemez.

### **Sonuç**

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanuni bir dayanağa ihtiyaç bırakmadan doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan kural işlem niteliğinde bir normdur. Organik ve şekli anlamda yürütme işlemi olan CBK'lar, maddi anlamda yasama fonksiyonu ifa etmektedir. Kanun hükmünde ve hiyerarşik olarak kanunla aynı düzeyde olmamasına rağmen, CBK ile yürütmeye ilk-el düzenleme yetkisi tanınmakta, hatta mahfuz alan ile kimi yazarlara göre yasayı dışlayıcı bir alan oluşturulmaktadır.

Bu nitelikleri haiz olan CBK'ların Anayasaya uygunluk denetimi, bazı eleştirilere tabi tutulsa da AYM'ye verilmiştir. Mahkemenin yaptığı bu denetim, kimisine göre kanunilik olarak adlandırılmakla birlikte, kanaatimizce kural olarak bir anayasallık denetimidir. Mahkeme ilk inceleme denetiminden sonraki "esas denetimi" aşamasında, CBK'yı iki aşamada incelemektedir. Konu bakımından yetki denetimi ve bu aşamayı geçen kuralın içerik açısından anayasaya uygunluğunun denetimidir.

Söz konusu iki aşamalı denetimin, zaman bakımından birbirinden farkı, öncelik ve sonralık ilişkisi doğurmaktadır. Konu bakımından yetki denetimi, bir ön şart olarak, ilgili normun içerik denetiminden önce gelmektedir. Eğer konu bakımından yetkisizlik var ise, bu aşamada kural iptal edilmektedir.

İki aşama arasındaki diğer bir fark, denetim standardı olacak anayasal normlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Konu bakımından yetki denetiminde, ölçü norm sabit bir şekilde 104. maddenin 17. fıkrası iken, içerik denetiminde normun konusuna göre değişmektedir. Fakat, verilen kararlara bakıldığında Mahkemenin büyük oranda hukuk devleti ilkesine dayandığı görülmektedir.

Konu bakımından yetki denetimi ile içerik denetimi arasındaki başka bir fark ölçütü ise, denetimin niteliğidir. Konu bakımından yetki, işlemin dışsal unsurunun denetimi iken, içerik denetimi içsel unsurlarla ilgilidir. Ayrıca, konu bakımından yetki daha ziyade yürütme fonksiyonu denetimi iken içerik denetimi yasama fonksiyonunun denetimidir. Son olarak, konu bakımından yetki içerisinde kanuna uygunluğu da taşıyan bir anayasallık denetimi söz konusu iken, içerik denetimi bütünüyle anayasallık denetimi niteliğindedir.

İçerik bakımından da her iki aşama arasında farklar vardır. Konu bakımından yetki, anayasada CBK ile düzenlenemeyeceği ve düzenlenebileceği belirtilen alanlar bakımından yapılmaktadır. Örneğin, yasama ve yargı alanının yanında kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlerin CBK'ya konu yapılamaması gibi. Ya da kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulabilmesi gibi pozitif düzenleme alanı da buna dahildir. İçerik denetimi ise, eskiden kanunlarda yapılan norm denetiminde olduğu gibi, denetlenen kural ile ölçü normun anlamını tespit edip karşılaştırarak, altlama yöntemiyle aykırılığı tespit etme şeklindedir.

Son olarak her iki aşamada verilen kararın türü ve etkisi açısından farklılıklara değinerek konuyu nihayete erdirebiliriz. Birincisi, Anayasaya aykırılık tespit edilmesi durumunda her iki aşamada verilen karar türü de aynıdır, yani iptal kararı verilmektedir. Eğer konu bakımından yetki denetiminde iptal kararı verilmişse, içerik denetimine geçilmez. Konu bakımından denetimde, bir anayasaya aykırılık tespit edilmezse bir sonraki aşamaya geçilme kararı verilirken, içerik bakımından denetimde artık iptal isteminin esastan reddi söz konusudur. Bu son durumda, CBK koyucu, AYM'nin gerekçesinde belirttiği aykırılıkları taşımamak kaydıyla, benzer konuyu tekrar düzenleyebilir.

## Kaynakça

- Açdoyuran, S. Burak, İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar, Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, 1998.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Anayurt, Ömer, Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Apaydın, Bahadır, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Dene-timinin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri”, Kamu Hukukçuları Platformu (18-19 Ekim 2019 tarihli toplantıda sunulan tebliğ metni), [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Bahadr\\_Apaydn.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Bahadr_Apaydn.pdf), ET: 25.01.2021).
- Aslan, Volkan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygun-luğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenlene-ceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.139-162.
- Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Azaklı, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Dene-timi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.73-104.
- Barın, Taylan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2020.
- Can, Osman, “Anayasa Yargısında Yokluk”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Can, Osman, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi: Ana-yasa Mahkemesi Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, C. 37, Sayı 1, Y. 2020, s.133-192. (Metin içinde “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”)
- Döner, Ayhan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Eren, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Karar-namelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Karar-namelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.1-72.
- Göçgün, Muhammed, İdari İşlemin Konu Unsuru, İstanbul: 1. Baskı, On İki Levha, 2017.

- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gül, Cengiz, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, Erciyes ÜHFD, C. 13, Sayı 2, Y. 2018, s.235-262.
- Kanadoğlu, Korkut, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Galatasaray ÜHFD, Sayı 2, Y. 2018, s.637-650.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa: 3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018.
- Ortak, Yücel, Danıştay Kararları Işığında İdari İşlemin Yetki Unsuru, İstanbul: Medipol Üniversitesi SBE, 2019.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018.
- Özdemir, Halit Eyüp, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi”, İstanbul Medipol ÜHFD, C. 6, Sayı 1, Y. 2019, s.265-282.
- Sarıca, Ragıp, İdari Kaza I: İdari Davalar, İstanbul: Kenan Matbaası, 1949.
- Sevgili-Gençay, Fatma Didem, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 151, Y. 2020, s.1-27.
- Sezer, Abdullah, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.353-412.
- Söyler, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Şahbaz, İbrahim, “Anayasa Yargısında Yokluk”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, Y. 1999, s.23-48.
- Teziç, Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul: İÜHF Yayını, 1972.
- Tunç, Hasan, Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı), Ankara: Gazi Kitabevi, 2018.
- Ulu, Güher, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, İstanbul Ticaret ÜSBD, Sayı 2, Y. 2020, s.74-102.
- Ulu, Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Ankara: 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2012 (Metin içinde “İdari İşlemin Yetki Unsuru”).

- Ulusoy, Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, C. 37, Sayı 2, Y. 2020, s.31-66.
- Uluşahin, Nur, “Yokluk Teorisinin Anayasa Yargısındaki Yeri ve Uygulanabilirliği”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Ülgen, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray ÜHFD*, Sayı 1, Y. 2018, s.3-39.
- Yasin, Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.315-333.
- Yeniay, Lokman/Yeniay, Gülден, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.105-138.
- Yılmaz, Halit, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, Sayı 1, Y. 2020, s.225-263.