

**TÜRK HUKUKUNDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE İLİŞKİN  
SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ****PROBLEMS REGARDING PRESIDENTIAL DECREES IN TURKISH LAW  
AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS**Hayri KESER\* **Makale Bilgi**Gönderi: 04/07/2022  
Kabul : 29/08/2022**Anahtar Kelimeler***Cumhurbaşkanlığı  
Kararnamesi,  
Münhasır Düzenleme  
Yetkisi,  
Anayasa Mahkemesi,  
Yürütme,  
Anayasallık Denetimi.***Article Info**Received: 04/07/2022  
Accepted: 29/08/2022**Keywords***Presidential Decree,  
Exclusive Regulatory  
Authority,  
Constitutional Court,  
Executive,  
Constitutional Review.***Özet**[10.21492/inuhfd.1155732](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1155732) 

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Türk Tipi Başkanlık sistemi kabul edilmiş ve Anayasanın 104/17. maddesi ile Cumhurbaşkanına, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) çıkarma yetkisi tanınmıştır. Böylelikle Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi alanı içerisinde yer alan tüm konularda CBK çıkarma yetkisi ile donatılmıştır. CBK'lar olağan ve olağanüstü dönemlerde olmak üzere iki şekilde çıkarılabilmektedir. Olağan dönem CBK'ların hukuki rejimi Anayasanın 104/17. maddesinde, olağanüstü dönemlerde çıkarılacak CBK'lar ise Anayasanın 119/6-7. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca CBK'lara ilişkin düzenlemeler Anayasanın özel hükümlerine de serpiştirilmiştir. Türk Tipi Başkanlık sistemi anlayışı ile kuvvetler arasında sert ve net ayrılık benimsenmiştir. Bu yönü ile Cumhurbaşkanına tek başına kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bakanlar kurulu, Cumhurbaşkanlığı kabinesi olarak nitelendirilmektedir. Bakanların Cumhurbaşkanı tarafından atanması ve görevlerine son verilmesi kabul edilmiş, bakanların parlamentoya karşı bireysel ve kolektif sorumluluğu kaldırılmıştır. Parlamento üyesinin bakan olarak atanması halinde parlamento üyeliği düşmekte ve parlamento çalışmalarına katılımları sona ermektedir. Dolayısı ile bakanlar kurulunun kanun önerme yetkisi de kalkmıştır. Halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, yürütmenin tek hâkim unsuru haline gelmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanının seçim vasıtasıyla işbaşına gelmesi, gücünü, dayanağını ve meşruluğunu halktan alması anlamına da gelmektedir. Cumhurbaşkanının CBK çıkarabilmesi için parlamento tarafından yetkilendirilmesine gerek yoktur.

**Abstract**

With the adoption of the Turkish Type Presidential System in 2017, Article 104/17 of the Constitution issues a presidential decree on the authority of the president. It's about removing the CBK. It can be used in two ways, CBKs and special cases. It can be designed for the maturation of ordinary CBKs. It is also interspersed with the special selection of the constitution to transform it into CBKs. With the understanding of the Turkish Type Presidential system, a sharp and clear separation between the forces has been adopted. In this respect, the President has been given the authority to issue decrees on his own. The Council of Ministers is described as the Presidential Cabinet. The appointment and dismissal of ministers by the President of the Republic have been accepted, and the individual and collective responsibility of the ministers to the parliament has been abolished. If a member of the parliament is appointed as a minister, their membership in parliament is reduced and their participation in parliamentary work ends. Therefore, the authority of the council of ministers to propose laws has been abolished. The President, elected by the people, has become the sole dominant element of the executive. In addition, the President's coming to power through elections means that he takes his power, support and legitimacy from the people. There was no need for the parliament to be authorized by the President to issue a Presidential decree.

Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: KESER Hayri, "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", inÜHFD, 13(2), 2022, s.272-289. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

## **EXTENDED SUMMARY**

Presidential decrees were first included in Article 107 of the 1982 Constitution. The President could issue a decree for the Presidency General Secretariat, with a different content and nature than the current decree authority. Considering the content of Article 107, the establishment, organization and working principles of the Presidency General Secretariat, and personnel assignment procedures were regulated by the Presidential decree. With the constitutional amendment dated April 16, 2017, Article 107 was abolished and the General Secretariat of the Presidency was abolished. With the constitutional amendment in 2017, the Turkish Type Presidency system was adopted. In addition, Article 104/17 of the Constitution includes a regulation that the President can issue a Presidential decree on matters related to executive power. Thus, the President has been given the authority to issue presidential decrees on all matters within the scope of executive power.

With the understanding of the Turkish Type Presidential system, a sharp and clear separation between the forces has been adopted. In this respect, the President has been given the authority to issue decrees on his own. The Council of Ministers is described as the Presidential Cabinet. The appointment and dismissal of ministers by the President of the Republic have been accepted, and the individual and collective responsibility of the ministers to the parliament has been abolished. If a member of the parliament is appointed as a minister, their membership in parliament is reduced and their participation in parliamentary work ends. Therefore, the authority of the council of ministers to propose laws has been abolished. The President, elected by the people, has become the sole dominant element of the executive. In addition, the President's coming to power through elections means that he takes his power, support and legitimacy from the people. There was no need for the parliament to be authorized by the President to issue a Presidential decree.

The generality of the legislative power means that the legislative body's area of regulation is not limited in subject, provided that the legislature is not unconstitutional. The legislature can regulate a subject in detail or in general terms as it wishes. In addition, the generality of the legislative power is realized in the form of not leaving a reserved and reserved area to the executive body. There are three important provisions regulating the relationship between laws and presidential decree. These; Presidential decree cannot be issued on matters that are clearly regulated in the law, in case of different provisions between the Presidential decree and the laws, the provisions of the law are applied and if the legislature enacts a law on the same subject, the CBK becomes null and void. Presidential decrees have the same characteristics as laws.

Since the presidential decree is issued by the popularly elected body of the single-headed executive, it is an organic executive process. It is debatable whether the presidential decree is a legislative act in functional terms. It can be examined in terms of the criteria whether the presidential decree is drawn up at first hand, whether it has the force of law and whether it is subject to constitutionality control.

The position of the presidential decree in the hierarchy of norms is controversial. The vast majority in the doctrine states that the Presidential decree does not have the force of law, but is under the law. Presidential decree by the President derives from constitutional authority and is issued firsthand. Although the Presidential Decree is first hand drawn up by the President, the spontaneous (*ipso iure*) invalidation of a Presidential Decree rule that regulates the same issue with a law later adopted by the legislature can be considered as a sign that the laws are above the Presidential Decree.

Article 6 of the Constitution includes the provision that no state body can exercise a state authority that does not derive its source from the constitution. The executive body must fulfill a legislative function in a material sense, and it must be separately and clearly regulated by the constitution and law. Otherwise, it may result that the executive body does not have the authority to act in a material sense.

In case the legislature determines the duties and powers of the President by law, there are two possibilities if there is a provision regarding the making of the regulations within the scope of the authority determined by the law, with the Presidential Decree. First of all, the legal regulation can be realized in the form of pointing out the issues that can be regulated by the Presidential decree. It can be said that such a legal provision is not a founding but an explanatory provision for the President to issue a presidential decree. There will be no unconstitutionality of explanatory law provisions. Secondly, after the legislature first makes a legal regulation, it is the case that a mandatory or prohibitive provision is made to make or not make the secondary regulations with the Presidential Decree.

148/1 of the Constitution. According to the article, the judicial review of the Presidential decree, which is a legislative act in functional terms, is carried out by the Constitutional Court. The presidential decree does not derive from the law. It can be regulated at first hand with the authority taken directly from the constitution. With the allegation that the presidential decree is unconstitutional, not the law, an application can be made to the Constitutional Court through an action for annulment or an objection or plea.

In the event of the emergence of the reasons for the state of emergency stipulated in the Constitution, the state of emergency must first be declared. After the declaration of the state of emergency, the executive body should make an effort to eliminate the reasons that require the declaration of the state of emergency and to return to the normal legal order.

## I. GİRİŞ

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, ilk olarak 1982 Anayasasının 107. maddesinde yer almıştır. Cumhurbaşkanı, şu anki kararname yetkisinden farklı içerik ve nitelikte olmak üzere Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği için kararname çıkarabilmekteydi. 107. madde içeriğine bakıldığında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerinin CBK ile düzenlenmesi söz konusu olmaktaydı. 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile 107. madde ilga edilerek, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği kaldırılmıştır. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile Türk Tipi Başkanlık sistemi kabul edilmiştir. Ayrıca Anayasanın 104/17. maddesi Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir düzenlemesini içermektedir. Böylelikle Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi alanı içerisinde yer alan tüm konularda CBK çıkarma yetkisi verilmiştir.

Türk Tipi Başkanlık sistemi anlayışı ile kuvvetler arasında sert ve net ayrılık benimsenmiştir. Bu yönü ile Cumhurbaşkanı tek başına kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanlığı kabinesi olarak nitelendirilmektedir. Bakanların Cumhurbaşkanı tarafından atanması ve görevlerine son verilmesi kabul edilmiş, bakanların parlamentoya karşı bireysel ve kolektif sorumluluğu kaldırılmıştır. Parlamento üyesinin bakan olarak atanması halinde parlamento üyeliği düşmekte ve parlamento çalışmalarına katılımları sona ermektedir. Dolayısıyla bakanlar kurulunun kanun önerme yetkisi de kalkmıştır. Halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, yürütmenin tek hâkim unsuru haline gelmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanının seçim vasıtasıyla işbaşına gelmesi, gücünü, dayanağını ve meşruluğunu halktan alması anlamına da gelmektedir. Cumhurbaşkanı CBK çıkarılması için parlamentonun yetkilendirilmesine gerek kalmamıştır.

Kararname, hukukumuza ilk olarak 1876 tarihli Kanun-u Esasi ile girmiştir. Kanun-u Esasi'nin 36. maddesi, kanunu muvakkat (geçici kanun) düzenlemesini içermektedir. Kanunu muvakkat, doğrudan anayasadan kaynaklanmakta ve olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde olan yürütmenin düzenleyici işlemidir. Meclis-i Umumi toplantı halinde olmadığı zamanlarda Devleti bir tehlikeden veya genel güvenliğin bozulmasını önlemek için bir zorunluluğun belirmesi ve bu konuda çıkarılmasına lüzum görülecek kanunun görüşülmesi için Meclisin toplantıya çağırılmasına süre elverişli olmadığı takdirde, Kanun-u Esasi hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, Bakanlar Kurulu Padişahın onayıyla, Heyet-i Mebusanın toplanıp vereceği karara kadar geçerli olmak üzere, kanun hüküm ve kuvvetinde kararname çıkarılabilir<sup>1</sup>. Bu dönemde çıkarılan nizamnameler, 1961 Anayasası döneminde AYM tarafından kanun gücünde nitelendirilerek anayasallık denetimine tabi tutulmuştur<sup>2</sup>.

1921 ve 1924 Anayasalarında kararnamelere yer verilmemiş, 1961 Anayasasında ise 20.09.1971 tarihinde 1488 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin kanun ile yürütme organının güçlendirilmesi için Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma yetkisi tanınmıştır. KHK çıkarma yetkisi 1982 Anayasasının 91 maddesi<sup>3</sup> ile devam etmiştir. 1982 Anayasasında olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri de düzenlenmiştir. 1876 Kanuni Esasisinde yer alan hüküm 1982 Anayasasında da yer almıştır. Anayasanın mülga 91/5, 121/3 ve 122/2-3 maddelerinde olağanüstü dönemlerde çıkarılacak KHK'lara yer verilmiştir. Nihayet 2017 Anayasa değişikliği ile günümüzdeki şekline ulaşmıştır. Anayasada CBK'lar iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Bunlar olağan dönem CBK'lar ve olağanüstü CBK'larıdır<sup>4</sup>.

Olağan dönem CBK'ların hukuki rejimi Anayasanın 104/17 maddesinde<sup>5</sup>, olağanüstü dönemlerde çıkarılacak CBK'lar ise Anayasanın 119/6-7 maddelerinde<sup>6</sup> düzenlenmiştir. Ayrıca CBK'lara ilişkin düzenlemeler özel hükümlere de serpiştirilmiştir.

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanması (AY, 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY, 106/son), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (108/son), Kamu tüzel

<sup>1</sup> Meclisi Umumi mün'akit olmadığı zamanlarda devleti bir muhataradan veyahut emniyeti umumiyeyi halelden vikaye için bir zarureti mübremeye zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasi ahkâmına mugayir olmamak üzere heyeti vükelâ tarafından verilen kararlar Heyet-i Mebusanın içtima ile verilecek karara kadar ba iradei seniye, muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir. Ayrıca bkz., ÖZBUDUN, Ergun: 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6351/ergun.pdf>, (Erişim: 08.07.2022)

<sup>2</sup> Bkz. AYM kararı için E.1976/31, K.1976/30, 03.06.1976.

<sup>3</sup> Mülga Anayasanın 91. maddesi Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme kenar başlığını taşımakta idi.

<sup>4</sup> GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 26. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s.365.

<sup>5</sup> Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Ayrıca CBK çıkarılmayacak alanlar belirlenmiştir.

<sup>6</sup> Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda CBK çıkarma yetkisi düzenlenmiştir.

kişiliğinin kurulması (AY, 123/3), Merkezi yönetim bütçesi ile verilen ödeneğin aşılammaması (AY, 161/7), Hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesi (AY, 137), düzenlemelerinde CBK'lardan bahsedilmektedir.

CBK'ların yargısal denetimine ilişkin olarak, AYM'nin CBK'ları şekil ve esas bakımından denetlemesi (148/1), Olağanüstü dönemlerde çıkarılan CBK'lar hakkında AYM'ye dava açılmaması, CBK'ların belli madde ve hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal davası açılabilmesi (AY, 150), CBK'lar hakkında iptal davasının RG'de yayımından itibaren 60 gün sonra düşmesi (AY, 151), CBK hükümlerinin davaya bakmakta olan mahkemece anayasaya aykırılığının iddia edilmesi (AY, 152/1), AYM'nin CBK'nın tümünün ya da bir hükmünü iptal eder iken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açamaması, CBK'ların Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde, iptal kararının RG'de yayınlandığı tarihte yürürlükten kalması konuları düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi doğrudan Anayasadan kaynaklanmaktadır.

## II. OLAĞAN DÖNEM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Cumhurbaşkanı olağan dönemlerde temel haklar, kişi hakları ve siyasi haklar dışında yürütme alanına giren konularda CBK çıkarabilir.

### A. Hukuksal Nitelik

Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının anayasaya aykırı olmamak şartıyla, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlı olmaması anlamına gelmektedir. Yasama organı bir konuyu dilediği gibi ayrıntılı veya genel hatları ile düzenleyebilir<sup>7</sup>. Ayrıca yasama yetkisinin genelliği yürütme organına saklı, mahfuz bir alan bırakılmaması şeklinde de gerçekleşmektedir. Yasama yetkisinin asliliği ise yasama organının bir konuyu herhangi bir metnin ön iznine tabi olmaksızın doğrudan doğruya, direkt düzenleyebilmesidir. Yürütme organı ise kanundan doğmakta, güç ve yetkilerini kanundan almakta, kanunla kaldırılmaktadır. Kural olarak yürütme organının düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanmakta ve ona aykırı olmaması gerekmektedir. Bu yönüyle yürütme organının düzenleme yapma yetkisi türevsel bir nitelik taşımaktadır. Dolayısı ile yürütme organı kendisini yetkilendiren bir anayasal ve yasal düzenleme olmaksızın düzenleyici ya da bireysel işlem yapmamalıdır.

Yasama ile yürütme organının düzenleyici işlemlerinin ayırt edilmesinde maddi/içeriksel ve şekli/organik kriterler kullanılmaktadır. CBK'lar genel, soyut, objektif, sürekli ve kişilik dışı kurallar ihtiva etmesi halinde maddi/içeriksel açıdan yasama işlemlerine benzetilebilir.<sup>8</sup> Yürütme organını tek başına temsil eden Cumhurbaşkanının işlemi olduğu için de organik/şekli açıdan yürütme işlemidir. Yasama organının yetkisi temel olarak, kanun koyma değiştirme, kaldırma (AY, 87), yürütme yetkisi ise kanunları uygulamaktır (AY, 8). Kanun koyma, değiştirme ve kaldırma asli bir yetki iken, yürütme yetkisi, kanunları uygulama yani türevsel bir yetkidir. Eğer bir işlem kanunlar üzerinde değişiklik meydana getirebiliyorsa, kanun hüküm ve kuvvetinde olduğu, asli düzenleme yetkisini içermesi halinde ise yasama işlevine sahip olduğunu göstermektedir<sup>9</sup>.

AYM Âsarı Atika Nizamnamesinin anayasaya uygunluğunu denetler iken, yasama yetkisinin asliliği, yürütme yetkisinin ise türevsel yetki olmasından hareket etmiştir<sup>10</sup>. AYM, Zabıta Saydiye Nizamnamesini denetler iken de maddi kanun ve yasama yetkisinin asliliği ölçütlerinden yararlanmışır<sup>11</sup>. AYM, denetlemiş olduğu Nizamnamelerin kanun hüküm ve kuvvetinde olduğunu, konuyu ilk elden düzenlediğini ve maddi mahiyeti yönünden kanunları değiştirme ve kaldırma kuvvetine sahip olması yönüyle kanunlarla eşdeğer olduğunu belirleyerek denetim kapsamı içerisinde değerlendirmiştir<sup>12</sup>.

Türk Anayasasında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) uygulamasına ilk defa 1971 yılında 1488 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin kanun ile başlanmıştır. 1961 Anayasasının değişik 64. maddesine göre "TBMM belli konularda Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve

<sup>7</sup> TAŞDÖĞEN, Salih: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", AÜHFD, 65(3), 2016, s.941.

<sup>8</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından Türk-ABD Anayasa Hukuku karşılaştırması için bkz. ÇOLAK, Çağrı: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", Strategic Public Management Journal, 3(Özel Sayı), 2017, s.52 vd.

<sup>9</sup> EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.B., Ankara-2021, s.943.

<sup>10</sup> AYM, E.1965/16, K.1965/41, 06.07.1965.

<sup>11</sup> AYM, E.1966/4, K.1966/25, 03.05.1966.

<sup>12</sup> EREN, s.945; Gözler Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin isimlendirmesinin yanlış olduğunu, bunun yerine işlemin düzenleyici niteliğinin vurgulanması için nizamname ya da tüzük isminin kullanılmasını önermektedir. Bkz. GÖZLER, s.366.

kanun hükmünde kararnamelerde de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lazımdır.” 1961 Anayasası döneminde çıkarılan KHK’ları, organik bakımdan idari, fonksiyonel bakımdan ise düzenleyici işlem olarak nitelendirilmiştir.

Doktrinde Özbudun, KHK’ları fonksiyonel bakımdan yasama işlemi olarak kabul etmektedir. Yazar KHK’ları kanuna eşit güçte görmekte, KHK çıkarma yetkisini, kanun koyma değiştirme, kaldırma yetkisi olarak nitelendirmektedir<sup>13</sup>. Teziç, Yüzbaşıoğlu ve Duran ise, KHK’ları organik bakımdan idari, fonksiyonel bakımdan düzenleyici işlem olarak kabul etmektedirler. KHK’lar yasama organı tarafından verilen yetki kanununa dayanmalıdır. Doktrinde KHK’lar için iki ölçüt belirlenmiştir. Bunlardan birincisi, ilk elden düzenleme, ikincisi de kanunları değiştirebilme ve kaldırabilme kuvvetidir. 1982 Anayasasında ise KHK çıkarma yetkisinin belli konularda verilmesi ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi hükmü kaldırılmıştır<sup>14</sup>.

Kanunlar ile CBK arasındaki ilişkiyi düzenleyen üç önemli hüküm bulunmaktadır. Bunlar; kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz, CBK ile kanunlar arasında farklı hükümlerin bulunması durumunda kanun hükümleri uygulanır ve yasama organının aynı konuda kanun çıkarması durumunda CBK’nın hükümsüz hale gelmesidir. CBK’lar kanunlarla aynı özelliklere sahiptir<sup>15</sup>.

AYM, KHK’ların hukuki niteliğini, organik bakımdan yürütme işlemi, fonksiyonel açıdan ise yasama işlemi olarak kabul etmektedir<sup>16</sup>. AYM, yasama organının yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmesini, kanun ile düzenlenmesi gereken konuların yasama alanından çıkarılıp, yürütme alanının mahfuz düzenleme alanına bırakılması anlamına gelmediğini ve yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca KHK’lar fonksiyonel açıdan yasama yetkisinin kullanılması şeklinde değerlendirilmiştir. Buna gerekçe olarak da yürürlükteki kanun hükümlerinin değiştirilmesi, kaldırılması ile kanunların hukuksal gücüne sahip olması ölçütlerini kullanmıştır. AYM, ayrıca KHK yetkisinin kullanılmasını yetki kanununa dayandığı için türevsel yetki olarak belirtmiştir<sup>17</sup>.

AYM, KHK’lerin hukuki niteliğini özellikle denetim açısından yasama işlevine sahip olmasına vurgu yapmaktadır. AYM, KHK’ların fonksiyonel açıdan yasama işlemi olarak nitelendirmesinde üç ölçüt kullanmaktadır. Bunlar, ilk el düzenleme yetkisi, kanunları değiştirme kaldırma gücü ve AYM’nin denetimine tabi olmasıdır. AYM, KHK’ların yetki kanununa dayanması nedeniyle ilk elliği kabul etmez iken, kanunları değiştirme, kaldırma ve anayasallık denetimine tabi olma açısından fonksiyonel anlamda yasama işlemi olarak kabul etmektedir<sup>18</sup>.

CBK’lar tek başlı yürütmenin halk tarafından seçilmiş organı tarafından çıkarıldığı için organik bakımdan yürütme işlemidir. CBK’ların fonksiyonel bakımdan yasama işlemi olup olmadığı ise tartışmalıdır. CBK’ların ilk elden düzenlenip düzenlenmediği, kanun hükmünde olup olmadığı ve anayasallık denetimine tabi tutulup tutulmadığı ölçütleri açısından incelenilebilir.

CBK’lar ilk el düzenleme yetkisi içerisinde yer almaktadır. 2017 değişikliği ile CBK çıkarılabilmesi için yetki kanununa gereksinim duyulmamaktadır. Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi doğrudan doğruya anayasadan kaynaklanmakta ve yasal bir çerçeveye ihtiyaç yoktur.<sup>19</sup> Dolayısı ile Cumhurbaşkanı herhangi bir yasal dayanağa gerek olmaksızın ve yasama organının onayını almaksızın yürütme alanına ilişkin bir konuyu ilk elden düzenleme yetkisine sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Nitekim Anayasanın 153/2. maddesi Anayasa Mahkemesinin CBK’yu anayasaya uygunluğunu denetler iken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak hüküm tesis edemez hükmünü ihtiva etmektedir. Bu yönüyle Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi kanun koyuculuk kavramı içerisinde değerlendirilebilir.

<sup>13</sup> Özbudun’a göre Anayasa, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanunu çerçevesinde KHK çıkarma yetkisi vermektedir. Bu yetkinin dışına çıkılması, KHK’yi sakatlar ve onun Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilebilmesini mümkün kılabilir. İdari yargılama makamlarının, KHK’ye dayanılarak yapılan uygulama işlemlerinin KHK’ye uygunluğunu inceleme yetkisi bulunmaktadır. Mahkemelerde görülmekte olan bir dava sırasında dava konusu olaya uygulanacak KHK’nın yetki kanununa aykırılığı iddiası ile karşılaşılması veya buna kendiliğinden kanaat getirilmesi halinde, bu durum bir Anayasaya aykırılık sorunu olarak görülmeli ve konu Anayasa Mahkemesi ne intikal ettirilmelidir. Bkz., ÖZBUDUN, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6351/ergun.pdf>, s.227. (Erişim: 21.07.2022); EREN, s.947-948.

<sup>14</sup> EREN, s.947-948; DOĞAN, Bayram: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1278104>, s.974, (Erişim: 05.05.2022).

<sup>15</sup> YENİAY, s.119.

<sup>16</sup> Bkz., AYM, E. 1999/22, K. 1992/6, 05.02.1992.

<sup>17</sup> AYM, E.1999/22, K.1992/6, 05.02.1992.

<sup>18</sup> EREN, s.950.

<sup>19</sup> ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s.7.

Bir hukuki metin kendisi ile eşdeğer bir hukuki metinle değiştirilebilir veya kaldırılabilir. CBK'lar organik açıdan yürütme işlemidir. Fonksiyonel açıdan ise genel, soyut, objektif, sürekli ve kişilik dışı nitelik taşıyan kural işlemler içerdiği takdirde yasama işlemi olarak kabul edilebilir.<sup>20</sup> Ancak CBK'ların kanunları değiştirme ve kaldırma özelliği bulunmadığından kanun hükmünde sayılmamaktadır. CBK'lar normlar hiyerarşisi içerisinde kanunların altında<sup>21</sup> yer almaktadır. Buna rağmen anayasaya göre ilk el düzenleme yetkisi içerdiğinden ve kanun alanı dışında düzenleme getirerek yasama fonksiyonu içerisinde değerlendirilebilir. Anayasanın 104/17 maddesinde münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. Temel hak ve hürriyetler, kişi hak ve hürriyetleri ile siyasi hak ve hürriyetler CBK'nın düzenleme alanı dışında yer almaktadır.<sup>22</sup> CBK'lara karşılık münhasır kanun alanının belirlenmesi, CBK'ların yasama işlevini ihtiva ettiğini göstermektedir.

CBK'ların yasama işlevine sahip olduğunu gösteren diğer anlayış ise anayasallık denetimine tabi olmasıdır. AYM, üstü kapalı olarak CBK'ların işlevsel açıdan yasama işlemi olduğunu ve yargısal denetim yapma yetkisinin Anayasa Mahkemesine verildiğini belirtmiştir.<sup>23</sup> AYM, CBK'ların ilk elden düzenleme yetkisini içerdiğini kabul etmekle beraber, işlevsel açıdan henüz yasama işlemi olduğunu açıkça beyan etmemiştir.

2017 yılında gerçekleşen anayasa değişikliği ile anayasanın 104/9 ve 17, 106/11, 108/4, 118/6, 119/6 ve 7, 123/3, 124/1, 137/1, ve 148/1, 150, 151, 152/1, 153/2 ve 3, 161/7, Geçici Madde 21/B maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yer verilmiştir. KHK'ların yerine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri şeklinde değişiklik yapılmıştır. Anayasada metin, dipnotlar ve geçici maddeler birlikte ele alındığında 36 defa (ki bunlardan 11 tanesi dipnotta yer almaktadır) CBK, 496 defa ise kanun ismi zikredilmiştir. Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda geniş yetkiler tanınmıştır. Yürütme yetkisine ilişkin konularda yasama organı da yasama yetkisinin genelliği<sup>24</sup> ilkesi çerçevesinde düzenleme yapması da mümkündür. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile kanun arasında çatışma olması durumunda aynı konuda iki farklı düzenlemenin bulunması mümkün hale gelmiştir. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile kanun hükümleri arasında çatışma olması durumunda kanuna öncelik ve üstünlük tanınmalıdır. Yasama organının CBK'lar ile aynı konuda kanun çıkarması halinde CBK'ların anayasanın 104/17. maddesi uyarınca geçersiz olması gerekmektedir. CBK'lar ile kanunların yürütme alanına ilişkin konularda aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda kanunların üstünlüğü kabul edilmeli, uygulamada kanunlara öncelik verilmelidir. Yürütme alanı konusunda önceki düzenlemenin kanun sonraki düzenlemenin ise CBK olması durumunda CBK'nın aynı konudaki kanunu ilga etmediği kabul edilmeli, kanuna aykırılıktan ziyade anayasallık açısından denetim yoluna başvurulmalıdır. Aynı konuda farklı düzenlemenin bulunması durumunda sonraki CBK'nın daha özel hükümler içermesi halinde kanundan farklı hüküm içeren CBK'ların uygulama alanı bulması da mümkündür. Kanunu genel, CBK'nında özel hüküm içermesi halinde CBK hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda her iki düzenlemenin de yürürlükte olması söz konusudur.

### **B. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Konumu**

CBK'ların normlar hiyerarşisindeki konumu tartışmalıdır. Öğretideki büyük çoğunluk CBK'ların kanun hükmünde olmadığını, kanunların altında yer aldığını ifade etmektedir.<sup>25</sup> Cumhurbaşkanınca CBK'lar anayasal yetkiden kaynaklanmakta ve ilk elden düzenlenmektedir.<sup>26</sup> Her ne kadar CBK'lar Cumhurbaşkanınca ilk elden düzenlense de yasama organınca sonradan kabul edilen bir kanun ile aynı konuyu düzenleyen CBK kuralının kendiliğinden (ipso iure) hükümsüz hale gelmesi, kanunların CBK'dan üstte yer aldığının işareti olarak nitelendirilebilir. Ayrıca kanundan sonra aynı konuda çıkarılacak CBK'lar ile ilgili anayasada herhangi bir yaptırım (geçersizlik, değişiklik, mülga vb) öngörülmemiştir. Bu yönüyle olağan dönem CBK'ların aynı konuda kanun üzerinde herhangi bir

<sup>20</sup> TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 17. B., İstanbul-2018, s.437.

<sup>21</sup> GÖZLER, s.377; YENİAY, s.199.

<sup>22</sup> GÖZLER, s.368.

<sup>23</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.02.2020; AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23.01.2020; AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020.

<sup>24</sup> Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlı olmaması anlamına gelmektedir. Yasama organı dilediği her konuda kanun çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Yasama organı bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı düzenleyebilir. Yasama yetkisinin genelliği yürütme organına bırakılmış mahfuz bir alan olmaması anlamına da gelmektedir. Yasama yetkisinin genel olmaması ise, yasama organı tarafından düzenleme yapılamayacak alanların bulunması anlamına gelmektedir. Bkz., YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülten: "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.112-113.

<sup>25</sup> EREN, s.953.

<sup>26</sup> TAŞDÖĞEN, s.962.

etkisinin olmaması gerekmektedir. O halde kanundan sonra çıkarılabilecek CBK'lar kanunlarda bir değişiklik meydana getiremeyeceği için aynı değerde görülmemesi sonucu da çıkarılabilir<sup>27</sup>.

Eren'e göre CBK'lar bakımından münhasır alan görüşü kabul edilse dahi kanunlarla eş değer kabul edilemez. CBK'ların bir kısmının kanun hükmünde sayılması, bir kısmının ise kanunun altında kabul edilmesi anayasanın lafzı ile uyuşmamaktadır. Anayasa koyucu istese idi, olağanüstü hal (OHAL) CBK'larında olduğu gibi olağan CBK'lar için de kanun hükmünde olduğunu açıkça kabul ederdi. Ayrıca CBK'lar için mahfuz alan görüşünün kabul edilmesi halinde, aynı konuda çıkarılan CBK'lar ile kanunların çatışması da söz konusu olmayacaktır. Çatışmanın olmadığı bir alanda normlar hiyerarşisinin belirlenmesine de gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte CBK'ların tümünün anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi AYM'ye verilmiştir<sup>28</sup>.

Doktrinde Özbudun CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yerini kanunların altında olduğunu ifade etmiştir. CBK'ların düzenleme alanı Anayasa ile sınırlandırılmıştır. Cumhurbaşkanının CBK'lar ile asli düzenleme yapma yetkisi genişletilmiştir. CBK'ların kanunlara aykırı hükümler taşıyıp taşımadığı hususunun AYM tarafından çözümlenmesi gerekmektedir<sup>29</sup>. Temel haklar, kişi hakları ve siyasi hak ve hürriyetlerin CBK'lar ile düzenlenmesi ve dolayısı ile kanunlarda değişiklik yapması anayasa ile yasaklanmıştır. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmamalıdır<sup>30</sup>. AYM'de CBK'ların normlar hiyerarşisindeki konumu hakkında açık bir tespit bulunmamasına rağmen kanunların altında olduğunu ima etmektedir.

### C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Münhasır Alan

Anayasanın 6. maddesi, hiçbir devlet organı kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz hükmünü ihtiva etmektedir. Yürütme organının maddi anlamda yasama işlevi yerine getirmesinin anayasa ve kanun ile ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekir. Aksi takdirde yürütme organının maddi anlamda kural işlem yapma yetkisine sahip olmadığı sonucu ortaya çıkabilmektedir.

Anayasalarda münhasır alan oluşturulur iken yetkinin konusu bakımından kullanılacak yetkiler hususunda ilk olarak sayma yoluna gidilebilir. Bakiye yetkiler ise diğer devlet organı tarafından kullanılır, diğer organlar sayılan yetkileri kullanamamaktadır. İkinci olarak da yetki tahdidi olarak sayılmamış ise münhasır yetkiden bahsedilebilmesi için ancak, sadece, yalnızca gibi inhisari yetki olduğunu gösteren kelimeler kullanılabilir. Bu durumda ilgili makamın münhasır yetki sahibi olduğundan söz edilebilir<sup>31</sup>.

Anayasanın 104/17. maddesi anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz hükmünü ihtiva etmektedir. Ancak anayasada münhasıran kanunla düzenlenebilecek konuların neler olduğu ise belirtilmemiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik Anayasanın 13. maddesinin gerekçesinde ise maddenin birinci fıkrasında ancak kanunla denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Bu açıklamada salt yürütmenin düzenleyici işlemleri ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı ifade edilmiştir.

AYM, KHK'lar bakımından anayasada emredici ve yasaklayıcı (ancak, sadece, yalnız vb.) bir hüküm olmadıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanuna eşit hukuki güce sahip KHK'lar ile düzenleme yapılabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir<sup>32</sup>. Buna karşılık AYM, anayasada kanunla düzenlenir denilen konuları münhasır kanun alanı olarak kabul etmemiştir.<sup>33</sup> AYM, münhasır kanun

<sup>27</sup> ŞİRİN, Tolga: “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı”: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, <http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf>, s.344, (Erişim: 05.05.2022); DOĞAN, Bayram: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1278104>, s.973, (Erişim: 05.05.2022).

<sup>28</sup> EREN, s.954-955.

<sup>29</sup> ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17 Basım, Yetkin Yayınları, Ankara-2017; s.249-250.

<sup>30</sup> “...Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmelidir.” Bkz., AYM, E.2016/180, K.2018/4, 18.01.2018.

<sup>31</sup> EREN, s.957; GÖZLER, s.370.

<sup>32</sup> “... Anayasa’nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK’yı sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır... Anayasa’nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa’da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırı değildir.” AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16.05.1989.

<sup>33</sup> YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(2), s.20.

alanını, anayasada açıkça KHK ile düzenleme yasağının konulduğu veya kanuni düzenleme yapmanın emredici hükümlerle belirlendiği durumlar olarak belirlemiştir. Ayrıca kanun hüküm ve kuvvetinde olmayan idarenin düzenleyici işlemleri yönünden ise kanuni düzenlemeye atıf yapan tüm hükümleri mahfuz alan olarak nitelendirmiştir<sup>34</sup>.

AYM, CBK'lar hakkında verdiği ilk kararda, CBK'ları kanun hüküm ve kuvvetinde kabul etmemiştir. AYM, anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda, Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi bulunmadığını hüküm altına almıştır<sup>35</sup>. AYM'ye göre Anayasada CBK'larla düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda CBK'larla düzenleme yapılabilir<sup>36</sup>. Ancak AYM Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatına ilişkin olarak Anayasa'nın 106/11. maddesinde CBK'ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular arasında yer almamasına rağmen Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatının CBK ile düzenlenebileceğine içtihat yolu ile karar vermiştir<sup>37</sup>. AYM, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatını yürütme alanı içerisinde değerlendirmiştir.

Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>38</sup> Anayasanın 104/17. maddesi sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlere ilişkin olarak düzenleme yapma yasağı içermediği gibi, düzenleme yapılabileceği yönünde de bir anlam taşımamaktadır. Sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler ile ilgili olarak kanunla düzenleme yapılacağı belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılmamalıdır<sup>39</sup>. Sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler ile ilgili olarak kanunla düzenleme yapılmasının öngörüldüğü durumlarda münhasır kanun alanı kabul edilmeli ve CBK ile düzenleme yapılmamalıdır. Özellikle kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen durumlarda CBK ile düzenleme yapılabilir. Kanuni bir düzenleme bulunmayan hallerde Cumhurbaşkanı tarafından CBK çıkarılması ve daha sonra da yasama organı tarafından kanuni bir düzenleme yapılması durumunda CBK'ların kanuni düzenleme yapılan konularda kendiliğinden geçersiz hale gelmesi de savunulabilir. Ancak iki ayrı düzenlemeden hangi konunun CBK ile kanun arasında çelişki oluşturduğunun tespiti de son derece karmaşık hale gelmesi de muhtemeldir<sup>40</sup>. Bu nedenle yasama ve yürütme organlarının düzenleyici işlemler yapması açısından birleşik bir komisyon tarafından konunun tespiti ve geçersiz olacak CBK'larında açıkça gösterilmesi önem kazanmaktadır. Aksi takdirde uygulayıcıların tereddüt yaşaması halinde kanuna öncelik verilmesi kanuni bir düzenlemenin bulunmaması durumunda CBK'ların uygulama alanı bulması da söz konusu olabilir. Sonraki kanunun önceki CBK'dan farklı hükümler içermesi halinde de her iki düzenlemenin uygulama alanı bulacağı da söylenebilir.

Kanunla düzenlenmesi öngörülen tüm konular, münhasır kanun haline dönüşmüştür. Bu nedenle CBK ile münhasır kanun alanında düzenleme yapılmaması, aksi durumda CBK'ların kanunun altında yer aldığı benimsenmesi ve hukuki boşlukların doldurulmasında CBK'lardan yararlanılması düşünülebilir. Ayrıca CBK'ların anayasallık denetiminde olması, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi hususunda da önemli bir rol oynamaktadır. CBK'ların kanuna aykırılığı değil de anayasaya uygunluğu söz konusu olacaktır. Çünkü kanundan farklı hüküm içeren CBK'lar uygulama alanı bulacaktır.

Anayasada CBK ile düzenlenecek konular açık bir şekilde ve münhasır alan oluşturacak şekilde belirtilmemiştir. Cumhurbaşkanınca yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceği kabul edilmiş, özel hükümler ile belli konuların CBK ile düzenlenebileceği ya da düzenlenemeyeceği ifade

<sup>34</sup> Azaklı Anayasanın 104/9, 106/11, 108/son, 118/son maddelerinin Cumhurbaşkanına mahfuz düzenleme alanı bıraktığından bahsetmektedir. Bkz., AZAKLI, Murat: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı İçinde, 36 (1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.77; Gözler, ancak kanunla ibaresi Anayasanın 13, 38/3, 66/3 v e 68/6 maddelerinde zikredildiğini, bu ibarenin kullanılmasının tutarlı olmadığını, anayasa değişikliklerini kaleme alanların ehliyetsizliği ve dikkatsizliğinden kaynaklandığını belirtmektedir. Ayrıca Türkiye'de münhasır kanun alanının bulunmadığını vurgulamaktadır. Bkz., GÖZLER, s.370-371.

<sup>35</sup> Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir...Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Aynı kararda Anayasa'da Resmî Gazete'nin yayımına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceğine dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle Resmî Gazete'nin basılı ortamda yayımını lüzum görmemesi şartına bağlayan kuralın Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuyu düzenlediğinden bahsedilemez. Bkz., AYM, E.2018/127, K.2021/18, 18.03.2021.

<sup>36</sup> AYM, E.2018/127, K.2021/18, 18.03.2021.

<sup>37</sup> AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30.12.2020.

<sup>38</sup> YILDIRIM, s.24; ÇOLAK, s.56.

<sup>39</sup> Örneğin Anayasanın 42/2, 6 ve 9, 43/3, 44, 46, 47, 50/4, 51/2-3 ve 4, 53/2-5, 54, 56/5, 61/3, 63/2 maddelerinde kanuni düzenlemelerden bahsetmektedir.

<sup>40</sup> Çelişkili ve belirsiz hükümler, anayasacılığın özüne aykırıdır ve kötü kullanılmaya müsaittir. ŞİRİN, s.344.



edilmiştir.<sup>41</sup> CBK ile düzenleme yasağı getirilen hükümlerden hareketle münhasır alan belirlenmesi yapılamamaktadır. Anayasanın 104/17. maddesi genel hüküm niteliğini taşımaktadır. Bu hüküm, yetki tanıyıcı bir hükümdür ve Cumhurbaşkanına CBK çıkarma hususunda takdir yetkisi tanımaktadır.

Anayasa ile Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin verilmesi, yasama organının kanun çıkarmayacağı anlamına gelip gelmediği konusunun tartışılması gerekmektedir. Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının düzenleme alanına konu itibari ile sınırlama getirilmemesi, yasama organının ayrıntılı veya genel hükümler içeren düzenleme yapabileceği, yürütme alanına bırakılmış mahfuz bir alan bırakılmadığı anlamına gelmektedir. Şayet yürütme organına mahfuz bir alan bırakılır ise yasama yetkisinin genelliğinden de bahsedilemez. Anayasada CBK ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılmaz şeklinde bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısı ile yasama organı anayasaya aykırı olmamak şartı ile dilediği her konuda kanun çıkarabilir. Yasama organının CBK'lar ile farklı düzenleme getirmesi kanunun CBK'ya aykırılığı gibi bir sonuç ortaya çıkarılmaması gerekmektedir. Sadece kanunun anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir. Ayrıca yasama organının sonradan CBK ile aynı konuda çelişik hükümler içeren bir kanun çıkarması durumunda ise kanunun uygulanması gerektiği anayasal bir buyruk olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar Cumhurbaşkanınca yürütme yetkisine ilişkin konularda özellikle üst kademe kamu yöneticilerinin atanması (AY, 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY, 106/son), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (108/son), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilatı ve görevleri (AY. 118/6), Kamu tüzel kişiliğinin kurulması (AY, 123/3), Merkezi yönetim bütçesi ile verilen ödeneğin aşılammaması (AY, 161/7), Hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesi (AY, 137), gibi konularda CBK çıkarılabilir de yasama organının bu alanlarda kanuni düzenleme yapamayacağına ilişkin emredici bir hüküm anayasada bulunmamaktadır. Yasama ve yürütme organları arasında düzenleme alanının belirlenmesine ilişkin bir ihtilafın bulunması durumunda anayasayı değiştirme gücü yasama organındadır. Kurumsal ihtilafların ortaya çıkması durumunda anayasayı değiştirme gücüne sahip olan yasama organı lehine anayasa değişikliği yapılması da gündeme gelebilecektir. Her ne kadar anayasa değişiklikleri konusunda Cumhurbaşkanının Anayasanın 175. maddesine göre geri gönderme ve halkoyuna sunma yetkisi bulursa da süreci başlatma yetkisi yasama organına aittir. Demokratik açıdan Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasında uzlaşma olması tercih edilebilir bir yaklaşımdır.

Anayasada CBK'lar bakımından mahfuz bir alan oluşturulup oluşturulmadığı hususu öğretide tartışmalıdır.<sup>42</sup> Münhasır alan görüşünü benimseyenlere göre; anayasada özel düzenlemelerde yer alan “düzenlenir” ibaresi kanunla düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hüküm içerdiğini savunmaktadır. Sadece veya ancak vb. inhisari ibareler kullanılmamış olsa bile, Anayasada CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanuni düzenleme yapılamayacağı savunulmaktadır. CBK ile düzenlenir demenin CBK dışındaki işlemleri dışladığını yani kanuni düzenleme yapılamayacağı ifade edilmektedir. Bir şeyi zikretmek diğerini dışlamak anlamına gelmektedir. Anayasa koyucunun düzenlenebilir yerine düzenlenir ibaresi koyması CBK'lar hususunda mahfuz bir alan oluşturduğu yani kanuni bir düzenleme yapılamayacağı anlamına geldiği belirtilmektedir. Anayasanın 123/3. maddesinde olduğu gibi kamu tüzel kişiliği kanunla veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur düzenlenmesi CBK'lar için mahfuz bir alan oluşturduğunun ispatı olarak ileri sürülmektedir. Anayasa koyucunun bilinçli bir tercihte bulunduğu öne sürülmektedir<sup>43</sup>. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslar (AY. 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY. 106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (AY. 108/son), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilatı ve görevleri (AY. 118/6) CBK ile düzenlenir hükmünü ihtiva etmektedir. Bu konular yürütme organının mahfuz alanının oluşturmakta ve kanunla düzenleme yapılmamalıdır<sup>44</sup>.

CBK'lar için münhasır alan tezi genel-özel hüküm ilişkisi ile açıklanmaktadır. AYM'nin vermiş olduğu ilk kararda da CBK'lar ile düzenlenmesi öngörülen konuların özel hüküm olduğu belirtilmiştir<sup>45</sup>. Cumhurbaşkanına Anayasanın 104/17. maddesi ile genel olarak yürütme yetkisine

<sup>41</sup> ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, s.32-34; Şirin'e göre, Anayasa'da özerk (münhasır) CBK alanı bulunmadığını ve yasama organının düzenleme yapamayacağı bir konu olmadığını belirtmektedir. Bkz., ŞİRİN, s.344.

<sup>42</sup> ÜLGEN, s.17 vd.

<sup>43</sup> EREN, s.967.

<sup>44</sup> GÖZLER, s.364 ve 373.

<sup>45</sup> “...Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat

ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin verilmesi, özel maddelerde de çıkarılacak CBK konuları belirlenmiştir. CBK ile düzenleneceği öngörülen konular, aynı konuda münhasır kanuni düzenleme öngören genel hükümlerin karşısında özel hüküm niteliğini taşımaktadır. Anayasanın 123/1. ve 128/2. maddelerinde hem kanun hem de CBK'lerden bahsetmektedir. Kanunla düzenlemenin genel, CBK ile düzenlemenin ise özel nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir. Buna göre Anayasanın 123/1. maddesi idarenin kuruluş ve görev bakımından bir bütün olduğunu ve kanunla düzenlenmesini yasama organına bırakılmış genel bir hüküm iken, idari yapı içerisinde yer alan bakanlıklar, Milli Güvenlik Kurulu, Devlet Denetleme Kurulu'nun özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülmektedir. Anayasanın 128/2. maddesi memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi genel hüküm niteliğini taşır iken, Anayasanın 104/9. maddesine göre Cumhurbaşkanınca üst kademe yöneticilerinin atanması, görevlerine son verilmesine yönelik usul ve esasları belirleyen CBK çıkarılması ise özel hüküm niteliğini taşımaktadır. Bir şeyi zikretmek diğerini dışlamak anlamına gelmektedir. CBK ile düzenlenebilecek alanların Anayasa ile belirlenmesi, kanunla düzenleme yapılmaması anlamına da geldiği savunulabilir. Anayasal organların görev ve yetkileri şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açık ve net olarak belirlenmelidir. Açıklık durumunda ise yorum yapılmamalıdır.

Anayasada özel hükümlerle öngörülen CBK'lar münhasır kanun alanına giren bir kısmı münhasır CBK alanına dönüşmektedir. Özel hükümle genel hükmün düzenleme alanı dışına çıkarılmış konularda genel hükmün uygulanmaması gerekmektedir. Anayasa ile hem yasama hem de yürütme organlarına düzenleme yapma yetkisi verilse idi, Anayasanın 123. maddesinde olduğu gibi kanunla veya CBK ile düzenleneceği hüküm altına alınır. Genel kural, istisna getirilmemiş bütün kurallar açısından uygulanma özelliğine sahiptir. Özel hüküm genel hükme üstün gelir ilkesi gereğince CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılmamalıdır. Bununla birlikte CBK ile düzenlenebilecek alanlarda kanuni düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hükme de gerek bulunmamaktadır.

Anayasanın geçici 21/B. maddesi, CBK ile düzenleneceği belirtilen değişikliklerin, Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç 6 ay içerisinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmesi gerektiği hükmünü ihtiva etmektedir. CBK ile düzenlenmesi öngörülen alanlarda yürürlükte olan kanunlar bulunsa bile, bu alanların münhasıran CBK ile 6 ay içerisinde düzenlenmesi öngörülmüştür. Nitekim CBK ile düzenlenmesi öngörülen alanlarda yer alan kanunlar yürürlükten kaldırılarak Cumhurbaşkanına münhasır düzenleme alanı sağlanmıştır.

Anayasanın 108, 113 ve 118 maddelerinde yer alan kanun ibaresi CBK ya dönüştürülerek, Cumhurbaşkanına CBK çıkarma alanı oluşturulmuştur. Böylelikle anayasa koyucu yasama ve yürütme organları arasında yetki çatışması yaşanmasını istememiş, kanun veya CBK yerine, sadece CBK deyimini kullanmıştır. Anayasa koyucu daha önce kanunla düzenlenmesi gereken bir alanı Cumhurbaşkanınca CBK ile düzenlenmesi gerektiğini hüküm altına almak suretiyle münhasıran CBK alanı oluşturulmuştur<sup>46</sup>.

Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmayacak hükümler kenar başlıklı 12. maddesi üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı vurgulanmıştır. Bu düzenleme ile Anayasanın 104/17. maddesinde konu bakımından getirilen sınırlamaların ve çatışma kurallarının özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen hükümler bakımından uygulanmaması öngörülmüştür. CBK'lar yasama tasarrufu olan kanunlar hakkında yürürlükten kaldırma ya da değişiklik yapma hususunda etkili olamayacağı için çözüm olarak mevzuatın CBK'ya aykırı hükümlerinin uygulanmaması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Mevzuat kavramı geniş yorumlanabilir. Bu durumda kanun KHK, tüzük ve yönetmelikler mevzuat kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Hukuki güç olarak CBK'lar tüzük ve yönetmeliklerin üzerinde, kanunların altında olduğu kabul edilecek olursa, CBK'ya aykırı tüzük ve yönetmeliklerin uygulanmaması doğal karşılanabilir. Nitekim CBK'ya aykırı yürütmenin bu düzenleyici işlemlerinin değiştirilmesi ya da kaldırılması veya idari yargı organlarınca da iptal edilmesi mümkündür. Mevzuat kavramı içerisine meri kanunlarda girmektedir. CBK'lar ile kanunların çatışması durumunda,

yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasını; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir." Bkz., AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020.

<sup>46</sup> YENİAY, s.114 ve 117.

kanunların altında yer alan CBK'ların öncelikle uygulanması gerektiği düzenlemesi gerçekler ile örtüşmemektedir. Bu yaklaşım, CBK'lar ile kanunların eş değer güce sahip olduğunun kabul edilmesi durumunda savunulabilir.

Yasama organının kanunla Cumhurbaşkanının görev ve yetkisini belirlemesi durumunda, kanunla belirlenmiş yetki kapsamındaki düzenlemelerin CBK ile yapılmasına ilişkin bir hüküm bulunması iki ihtimal dahilinde gerçekleşebilir. İlk olarak kanuni düzenleme CBK ile düzenlenebilecek konulara işaret etmek şeklinde gerçekleşebilir. Bu şekildeki kanuni hükmün, Cumhurbaşkanının CBK çıkarması hususunda kurucu değil, açıklayıcı bir hüküm niteliğini taşıdığı söylenebilir. Açıklayıcı nitelik taşıyan kanun hükümlerinin anayasaya aykırılığı da söz konusu olmayacaktır.

İkinci olarak yasama organının öncelikle kanuni bir düzenleme yaptıktan sonra, ikincil nitelik taşıyan düzenlemelerin CBK ile yapılması ya da yapılmaması yönünde emredici veya yasaklayıcı hüküm konulması durumudur. Bu nitelikte kanuni bir düzenlemenin yapılması, Anayasanın CBK çıkarma konusundaki cumhurbaşkanının takdir yetkisine müdahale niteliğini taşıyabilir. Anayasa tarafından Cumhurbaşkanına tanınan bir yetkinin kanunla görev haline dönüştürülmesi ya da Anayasal yetkinin kullanılmasının engellenmesi Anayasanın 104/17. maddesine aykırılık oluşturabilir. Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda kanunla düzenlenen konular dışında CBK ile ilk elden düzenleme yetkisini kullanabileceği gibi, aynı düzenleme içerisinde ikincil nitelik taşıyan düzenlemelere de yer verilebilir. Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda takdir yetkisini CBK'dan yana kullanması halinde, anayasallık denetiminin yapılması mümkündür.

Cumhurbaşkanının daha önce kanunla düzenlenmiş bir alanda CBK çıkarması durumunda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gündeme gelebilir. İkincil nitelik taşıyan düzenlemelerin CBK ile ya da yönetmelik ile yapılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Sadece yargısal denetim yapacak organlar değişiklik gösterecektir. Örneğin yönetmeliklerin yargısal denetimi idari yargı organlarının yapılması mümkündür.

AYM, yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu ve bu yetkinin devredilmezliğini kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak görmektedir. Anayasanın açıkça kanunla düzenleme yapılmasını öngördüğü durumlarda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yapma yetkisi verilmemelidir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren kanun hükmünün Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkelerin belirlenmesi ve çerçevenin çizilmesi gerekir. Sınırları belirsiz geniş bir alan yönetimin düzenleme alanına bırakılmamalıdır<sup>47</sup>.

#### **D. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi**

Anayasanın 148/1. maddesine göre, işlevsel açıdan bir yasama işlemi olan CBK'ların yargısal denetimi AYM tarafından yapılmaktadır. CBK'lar kanundan kaynaklanmamaktadır. Doğrudan anayasadan alınan yetki ile ilk elden düzenlenebilmektedir. CBK'ların kanunlara değil, anayasaya aykırı olduğu iddiası ile AYM'ye iptal davası veya itiraz (defi) yolu ile başvuruda bulunulabilir. Nitekim Anayasanın İptal davası açma kenar başlıklı 150. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tam sayısının en az beşte bir tutarındaki üyelere ait olduğu hükmü düzenlenmiştir. Ayrıca anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi kenar başlıklı Anayasanın 152. maddesine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hükümlerini anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde itiraz yoluna başvurabilmektedir. CBK'ların anayasaya aykırılığı iddiası ile soyut ve somut norm denetimi yapılması mümkündür. CBK'ların kanunlara aykırılığı iddiası ile soyut ve somut norm denetimi yapılması mümkün değildir. Somut norm denetimi için bakılmakta olan bir dava olmalı, davaya bakmakta olan mercii mahkeme olmalı, uygulanacak hüküm olmalı, mahkeme uygulanacak hükmü anayasaya aykırı görmeli veya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına ulaşmalıdır. CBK'lar uyuşmazlığa uygulanacak hüküm niteliğini taşıyabilir. AYM, CBK'ların belli madde ve hükümlerinin anayasaya aykırılığı ile yapılan başvuruları 5 ay içerisinde sonuçlandırmalıdır. AYM, 5 ay içerisinde kararını vermez ise mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırmalıdır. Bu durumda kanun hükümlerine öncelik ve üstünlük tanınmaktadır. AYM, işin esasına girerek vermiş olduğu ret kararları R.G'de yayımlanmasından itibaren 10 yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulamamaktadır. Bu on yıllık süre AYM'nin ilk inceleme sonucunda vermiş olduğu ret kararları için geçerli değildir<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> E. 2016/47, K. 2018/10, K.T. 14.02.2018.

<sup>48</sup> AZAKLI, s.82.

Anayasanın 148. maddesine göre CBK'ların anayasaya şekil ve esas bakımından denetiminden bahsedilmektedir. AYM, CBK'lara ilişkin vermiş olduğu ilk kararda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi başlığı altında yargısal denetimde izlenecek yöntemleri belirlemiştir<sup>49</sup>.

AYM birinci olarak, 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın 8. maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevinin tek başına Cumhurbaşkanı'na verildiğini, daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkiler Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilecektir.

İkinci olarak, Cumhurbaşkanı'na "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" adı altında ilk elden, Anayasa'da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan düzenleme yapma yetkisinin tanınmıştır.

Üçüncü olarak, Anayasa'nın 104/17. maddesi ile Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda genel bir yetki ile CBK çıkarabileceği, maddenin gerekçesinde, yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanınmıştır.

Dördüncü olarak, Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın bazı özel maddelerinde CBK ile düzenlenecek konular belirlenmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104/9. maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106/11. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108/4. maddesinde Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri; 118/6. maddesinde Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123/3. maddesinde ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

Beşinci olarak, Anayasa'nın 148. maddesine göre CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi AYM'ye verilmiştir.

Altıncı olarak, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir. "Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler" in CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir.

Yedinci olarak, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

Sekizinci olarak, Cumhurbaşkanı'nın, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

Dokuzuncu olarak, CBK'ların konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınmalıdır. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'lar hakkında içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

AYM, CBK kurallarını denetler iken Anayasanın 104/17. maddesinde yer alan ilk dört cümleyi konu bakımından yetki incelemesi olarak ele almaktadır. Buna karşılık, CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağına yönelik hüküm uyarınca TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, CBK'ların hükümsüz hale gelmesine yönelik düzenlemeleri CBK'ların denetiminde ölçü norm olarak kullanmamaktadır.

<sup>49</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.01.2020.

<sup>50</sup> AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.01.2020; AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28.12.2017; AYM, E.2016/180, K.2018/4, 18.01.2018; AYM, E.2016/139, K.2016/188, 14.12.2016; AYM, E.2013/47, K.2013/72, 06.06.2013.

AYM, 104/17. maddesinin birinci cümlesinde yer alan yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceğini, yürütme yetkisi dışındaki konularda CBK çıkarılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Anayasanın 104/17. maddesinin son fıkrasında ise Cumhurbaşkanına ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküm, Cumhurbaşkanına Anayasada verilen görev ve yetkiler dışında, kanunla görev ve yetkiler verilebileceği sonucu çıkmaktadır. Cumhurbaşkanına kanunla görev ve yetkiler tanınabilecektir.

AYM, Yüksek Askeri Şuranın (YAŞ) Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini denetler iken, YAŞ'ın herhangi bir bakanlığın merkez ve taşra teşkilatına dahil olmadığını, YAŞ'ın görev ve yetkilerinin Anayasanın 106/11. maddesi kapsamında olmadığı gibi, CBK ile özel olarak düzenlenecek ya da düzenleme yasağı olan konulardan olmadığını, Anayasanın 123/1. maddesi kapsamında münhasıran kanunla düzenleme yapılması gereken konulardan da olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca Anayasanın 104/17. maddesi kapsamında kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz hükmü açısından da inceleme yapılmıştır. YAŞ'ın kuruluş ve görevlerini düzenleyen 1612 Sayılı kanunun 703 Sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldığı gözetilerek YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin CBK ile belirlenmesinde herhangi bir engel bulunmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir<sup>51</sup>.

AYM'ne göre, YAŞ'ın merkez ve taşra teşkilatına dahil olmaması, CBK ile düzenleme yasağının bulunmaması, kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olmaması, aynı konuyu düzenleyen bir kanun hükmünün bulunmaması ölçütlerinden hareket etmiştir.

CBK'nın Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan davadan sonra, yasama organının aynı konuda kanun çıkarması durumunda, AYM, CBK'nın hükümsüzlüğüne karar verebilir. Bu durumda geçerli bir kuralı iptal etme yetkisi, aynı kuralın geçerliliğini tespit etme yetkisini de içinde barındırmaktadır. AYM'nin hükümsüzlük yönünde karar vermesi hususunda Anayasada açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yine de AYM'nin hükümsüzlük kararı vermesine engel bir durum da bulunmamaktadır<sup>52</sup>. Buna rağmen 6216 sayılı kanuna AYM'nin verebileceği kararlar hususunda hükümsüzlük kararı verme noktasında ekleme yapılabilir.

Somut norm denetimi usulü ile AYM'de incelemeye başlanan bir kuralın yasama organınca değiştirilmesi veya kaldırılması durumunda itiraz davası, konusuzluk sebebi ile sonlandırılmamalıdır. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan ve R.G.'de yayımlanan CBK, daha sonra çıkarılan bir kanunla hükümsüz hale gelinceye kadar hukuki geçerliliğini devam ettirmektedir. Bu nedenle hükümsüzlük kararı kanunun kabul edildiği tarihten itibaren CBK'nın hükümsüzlüğüne ilişkin bir tespit kararı olacaktır.

AYM'nin konu bakımından yetki incelemesi, hangi konuların CBK ile düzenlenebileceğine ilişkin bir tespit içermektedir. Kanunla düzenleme alanı dışında ve yürütme alanına ilişkin konularda CBK çıkarılabilir. Cumhurbaşkanının Anayasa ve kanunla yetkili kılınmadığı bir konuda CBK çıkarması, konu bakımından yetki kuralını ihlal edecektir. CBK'nın konu bakımından yetki kuralına uygun çıkarılması halinde de içerik bakımından Anayasaya uygun olması gerekmektedir. İçerik bakımından Anayasaya aykırılığın tespit edilmesi halinde kuralın iptal edilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Anayasanın 104/17. maddesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabileceği belirtilmiştir. Peki ama “yürütme yetkisi” nedir? Nasıl tanımlanır? “Yetki” terimi kullanıldığına göre burada maddî anlamda yürütme, yani yürütme fonksiyonu anlaşıldığı düşünülebilir. Ama Türk hukukunda yasama, yürütme ve yargı maddî kriterle değil, organik ve şekli kritere göre birbirinden ayrılmaktadır. Yasama yetkisi ile yürütme yetkisi birbirinden maddî kritere göre ayrıldığı söylenememektedir. Her konu, yasama yetkisine veya yürütme yetkisine ilişkin olarak görülebilmektedir<sup>53</sup>.

Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için “mahfuz alan” oluşturmuştur. Yani Anayasada mahfuz alan olarak belirlenen hususlardaki düzenlemeler, sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmalıdır. Zaten böyle bir mahfuz alan olmadıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurumuna yer

<sup>51</sup> “...YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merci bakımından herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. YAŞ'ın kuruluş ve görevlerini düzenleyen 1612 sayılı Kanun'un 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldığı gözetildiğinde YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin CBK'yla belirlenmesinde bir engel bulunmamaktadır.” Bkz., AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.01.2020.

<sup>52</sup> EREN, s.987-988.

<sup>53</sup> GÖZLER, Kemal: Anayasa Madde 104/17 deki Kusurlar, <https://www.anayasa.gen.tr/cbhs-ek-1.pdf>, (Erişim: 08.07.2022).

verilmesinin pek bir anlamının olmayacağı da söylenebilir. Bununla birlikte Anayasanın 104/17 maddesinde CBK ile kanunlarda farklı hükümlerin bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir.

### III. OLAĞANÜSTÜ HAL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Anayasada öngörülen olağanüstü hal (OHAL) sebeplerinin ortaya çıkması halinde öncelikle olağanüstü hal ilan edilmelidir. OHAL ilan edildikten sonra, OHAL ilan edilmesini gerektiren sebeplerin ortadan kaldırılması ve normal hukuk düzenine geçilmesi hususunda yürütme organının çaba sarfetmelidir. Bu nedenle yürütme organına OHAL’in gerekli kıldığı konularda ve OHAL süresince kararname çıkarma yetkisi tanınmaktadır. 2017 yılında Türk Tipi Başkanlık sistemine geçilmesi ile OHAL ilan etme ve kararname çıkarma yetkisi, tek başına Cumhurbaşkanına ait olmuştur. OHAL kararname konusu sınırlamasına tabi değildir. OHAL kararname kanun hükmündedir. Yasama organınca çıkarılabilecek tüm konular OHAL kararname ile düzenlenebilir. OHAL kararname geçici bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle OHAL kararname RG’de yayımlandıktan belli bir süre içerisinde yasama organınca onanmalıdır. Aksi takdirde OHAL kararname kendiliğinden geçersiz hale gelecektir<sup>54</sup>.

OHAL CBK’sı çıkarılabilemesi için öncelikle usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir OAL olmalıdır. İlan edilmiş bir OHAL olmadan Cumhurbaşkanının OHAL CBK’sı çıkarması durumunda, çıkarılan CBK sebep unsuru bakımından anayasaya aykırı olacaktır<sup>55</sup>.

#### A. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Genel Özellikleri

Cumhurbaşkanı, OHAL kararname ile olağanüstü halin gerektirdiği tüm konularda düzenleme yapma yetkisi ile donatılmıştır. OHAL CBK’ları Resmi Gazete’de yayımlandığı gün TBMM’nin onayına sunulmalıdır. OHAL CBK’ları 3 ay içerisinde TBMM’de görüşülmediği takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Bu düzenleme, OHAL CBK’larının geçicilik özelliğine uygundur. Ayrıca temel hak ve hürriyetler açısından güçlü bir güvence oluşturmaktadır.

OHAL CBK’ları kanun hükmündedir. Bununla birlikte OHAL CBK’ları konu bakımından da sınırlandırılmamıştır. Bu dönemde temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler düzenleme kapsamı içerisinde yer almaktadır. Anayasanın 119/6. maddesinde Cumhurbaşkanı olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Anayasanın 104/17. maddesinin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın CBK çıkarabilir. Anayasanın 119/6. maddesinde bu CBK’ların kanun hükmünde olduğu vurgulanmaktadır.<sup>56</sup> Dolayısıyla OHAL CBK’larının hukuki niteliğinin kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve açıklığa kavuşturulmuştur. OHAL CBK’ları R.G’de yayımlanmakta ve aynı gün TBMM’nin onayına sunulmalıdır. Böylelikle bu dönemde çıkarılan CBK’lar açısından parlamentonun siyasal denetimi sağlanmış olmaktadır. Parlamento bu dönemde çıkarılan CBK’ları değiştirebilir, onaylayabilir ya da reddedebilir. TBMM’nin değiştirerek ya da onaylayarak CBK’lar üzerinde kendi iradesini giydirecek bunları kanun haline dönüştürebilir<sup>57</sup>. Red yönündeki iradesinin de R.G’de yayımlanması ile birlikte CBK yürürlükten kalkacaktır. Ayrıca OHAL döneminde çıkarılan CBK’ların 3 ay içerisinde TBMM’de görüşülmemesi halinde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasanın 119/5. maddesi vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri, Anayasanın 15. maddesinde düzenlenen ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenmelidir. Anayasanın bu açık hükmü karşısında vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri yasama organının çıkaracağı kanun ile gerçekleşmelidir. Cumhurbaşkanı, CBK ile vatandaşlar için para mal ve çalışma yükümlülükleri getirmemelidir. Nitekim AYM de Anayasanın 119/5. maddesinde düzenlenen konuların OHAL KHK’ları ile düzenlenemeyeceği görüşündedir<sup>58</sup>. Anayasada kanun ile yapılması emredilen bir konunun CBK ile düzenlenmesi konu ve yetki bakımından anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Bir şeyin zikredilmesi diğerinin dışlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konunun CBK ile düzenlenmesi fonksiyon gaspı anlamına gelecektir. Fonksiyon gaspı ise yasama, yürütme ve

<sup>54</sup> Anayasa’nın 119 maddesi OHAL yönetimi üst başlığını taşımaktadır.

<sup>55</sup> GÖZLER, s.381

<sup>56</sup> ARDIÇOĞLU, s.34.

<sup>57</sup> Gözler, TBMM’nin OHAL CBK’larının onay yetkisini kanun değil parlamento kararı biçiminde kullanılması gerektiğini savunmaktadır. GÖZLER, s.382.

<sup>58</sup> Eren ise Anayasanın 104/17. maddesine göre Cumhurbaşkanının vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin OHAL CBK’sı ile düzenlenebileceği görüşündedir. Bu görüşünü desteklemek için de Anayasanın 119/5. maddesinin münhasır kanun konusu olmadığını, OHAL’in gerekli kıldığı tüm konularda Cumhurbaşkanının OHAL CBK’sı çıkarabileceğini ileri sürmektedir. Bkz., EREN, s.993.

yargı organlarından herhangi birisinin, bir diğèrinin yetkisini hakkı olmadığı halde kullanması anlamına gelmektedir.

OHAL CBK'larının konu bakımından tabi olduğu sınırlamalar ise gereklilik, ölçünlülük, Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme ve sert çekirdek alana dokunmama olarak sıralanabilir. OHAL'in gerekli kıldığı konular dışında CBK çıkarılmamalıdır. Temel hak ve hürriyetler durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir. CBK ile öngörülen tedbirler, amacın gerçekleştirilmesine elverişli olmalı, amaç gerekli olmalı, tedbirler amaç ile ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. OHAL CBK'ları ile milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemelidir. Anayasanın 15. maddesinde belirtilen sert çekirdek alana<sup>59</sup> dokunulmamalıdır.<sup>60</sup>

### **B. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi**

Anayasanın 148/1 maddesi, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmasını yasaklamaktadır. Dolayısı ile OHAL CBK'ları yargısal denetime kapalıdır<sup>61</sup>.

2017 yılında gerçekleşen Anayasa değışikliği ile sıkıyönetim kaldırılmış, sıkıyönetim ilan edilmesini gerektiren sebepler olağanüstü hal yönetimi kapsamına alınmıştır. OHAL KHK'larının yerini OHAL CBK'ları almıştır. OHAL CBK'ları TBMM tarafından onaylanıp ya da değıştirilerek onaylanıp kanunlaşmıca kadar AYM'nin denetimine kapalıdır. Ayrıca TBMM tarafında 3 ay içerisinde görüşülmeyen CBK'lar da kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. TBMM'nin reddettiği CBK'lar ise ret kararının R.G'de yayımlanması ile birlikte yürürlükten kalkacaktır.

Anayasanın 148. ve 6216 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre Cumhurbaşkanınca OHAL döneminde çıkarılan CBK'ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışına çıkarılmıştır. Anayasa ve 6216 sayılı kanun CBK'lara karşı şekil ve esas bakımından dava açılmaz hükmü getirilerek yargısal denetim yasağı oluşturulmuştur.

OHAL döneminde çıkarılan CBK'lar üzerinde TBMM'nin siyasal denetimi bulunmaktadır. Anayasanın 119. maddesi ile OHAL CBK'ları R.G'de yayımlandığı gün TBMM'nin onayına sunulmalıdır. Meclis CBK'ları 3 ay içerisinde görüşerek, değıştirerek onaylayabilir, tümüyle onaylayabilir ya da reddedebilir. Şayet TBMM değıştirerek ya da tümüyle OHAL CBK'larını onaylaması halinde bu kararnamelere meclisin iradesi giydirilmekte ve dolayısı ile kanun haline dönüşmektedir. TBMM, OHAL CBK'larını 3 aylık süre içerisinde görüşerek bir sonuca ulaşmalı ve kendi iradesini R.G'de yayımlamalıdır. Aksi takdirde OHAL CBK'ları 3 aylık süre sonunda kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır.

OHAL CBK'ları süre bakımından sınırlıdır. Çünkü Cumhurbaşkanı ancak OHAL süresince ve OHAL'in gerekli kıldığı konularda CBK çıkarabilir. OHAL kalktıktan sonra OHAL tedbiri öngören kararnamenin de uygulama kabiliyeti kendiliğinden kalkacaktır<sup>62</sup>.

OHAL CBK'ları üzerinde AYM'nin denetim yetkisi TBMM'nin aynen veya değıştirerek bu CBK'ları kabul etmesi halinde, bu CBK'lar kanun haline dönüşecek ve AYM'nin denetim kapsamı içerisinde yer alacaktır. OHAL CBK'larının denetim yasağı, bu CBK'ların kanunlaşmadan önceki dönem için geçerlidir. Bu durumda OHAL CBK'ları için kanunlaşmadan önce TBMM'nin siyasal denetimi, kanunlaştıktan sonra ise Anayasallık denetimine tabi olduğu söylenebilir.

AYM, olağanüstü hâl düzenlemelerinin yargısal denetimine ilişkin olarak şu tespitlerde bulunmuştur<sup>63</sup>.

İlk olarak, 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekmektedir. Anayasanın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir. OHAL KHK'larının TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

<sup>59</sup> Sert çekirdek alan ise Anayasanın 15/2. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>60</sup> GÖZLER; s.382-383.

<sup>61</sup> OHAL CBK'larının yargısal denetime kapalı olması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmamakta ve kişi hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürdüğü için Anayasanın en çok eleştirilen hükümlerinden birisi olarak nitelendirilmektedir. Bkz., ÖDEN, Merih: "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625637>, s.661 ve 688, (Erişim: 05.05.2022).

<sup>62</sup> GÖZLER, s.383.

<sup>63</sup> AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24.07.2019.

İkinci olarak, OHAL dönemlerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması veya kullanılmasının durdurulması özel olarak Anayasanın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için anayasanın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınması mümkündür. Ancak Anayasanın 15. maddesine göre bu hususta tanınan yetki de sınırsız değildir. Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi ile masumiyet karinesinin bu hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Üçüncü olarak, OHAL yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde söz konusu tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve hürriyetlerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumla ilgisinin bulunması gerekir.

Dördüncü olarak, OHAL KHK'larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu düzenlemelerde olağanüstü hâl ile ilgili kuralların yanında olağanüstü hâl ile ilgili olmayan kurallara da yer verilebilmesi bu tespiti yapılışını zorunlu kılmaktadır.

Beşinci olarak, kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın anayasanın olağanüstü dönem için öngördüğü yönetim rejimine tabi olabilmesi için kural, OHAL'in ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve OHAL süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın anayasaya uygunluk denetiminde OHAL'lerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının sınırlandırılması ve durdurulmasını düzenleyen anayasanın 15. maddesi esas alınabilir.

Altıncı olarak, kuralın OHAL'in ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın anayasaya uygunluk denetiminde anayasanın 15. maddesi dikkate alınmaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği anayasa maddesi başta olmak üzere anayasanın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan anayasanın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

Yedinci olarak, dava konusu kurallar OHAL süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip oldukları ve olağan dönemde geçerli olan kanunlarda değişiklik yapmaları sebebi ile sürekli bir etkiye sahiptir. Bu durum kurallara olağanüstü hâlin dışına taşan genel düzenleme niteliği vermektedir. Bu nedenle kuralların anayasallık denetiminde anayasanın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamamaktadır. Kurallara ilişkin incelemenin sınırlama yapılan hakkın düzenlendiği anayasa maddesi başta olmak üzere anayasanın ilgili diğer hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan anayasanın 13. maddesi bağlamında yapılması gerekir.

AYM, OHAL dönemlerinde çıkarılan KHK'ların olağan dönem kanunlarında değişiklik yapmadığını ve sürekli bir etkiye sahip olup olmadığını hususlarını dikkate almaktadır<sup>64</sup>. OHAL'in dışına taşan genel düzenleme niteliğine sahip olup olmadığını test etmektedir. Bu durumlarda AYM anayasallık denetiminde anayasanın olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddeyi değil, olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 13. maddeyi esas almaktadır.

AYM, OHAL KHK'larının kanunlaşmadan önceki evresini belirli koşullar altında denetleyebileceğine karar vermiş, fakat daha sonra bu görüşünden vazgeçmiştir.

AYM, 3.7.1991 tarihli kararında 430 Sayılı OHAL Valiliği ve OHAL'in Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında KHK'nın bazı maddelerine karşı açılan iptal davasında OHAL KHK'larının denetlenebileceğine karar vermiştir. Özellikle OHAL KHK'larının OHAL'in gerekli

<sup>64</sup> Gözler OHAL döneminde çıkarılan CBK'lar ile kanunda değişiklik yapılamayacağını ileri sürmektedir. Buna sebep olarak OHAL kanununun OHAL bölgesinin dışında ve OHAL süresi sona erdiğinde uygulanmamasıdır. GÖZLER, s.384. OHAL kanunu yürürlükte olmasına rağmen OHAL ilan edilmedikçe uygulanamamaktadır.



kıldığı konularda çıkarılması gerektiği, bu niteliği taşımayan OHAL KHK'larının denetiminin zorunlu olduğuna karar vermiştir<sup>65</sup>. AYM, Anayasanın 148/1. maddesinde yer alan OHAL KHK'ları için şekil ve esas bakımından dava açılmaz hükmünü OHAL'in gerekli kıldığı konular dışında görülmesi, OHAL süresini ve OHAL ilan edilen yerlerle sınırlı olmaması hallerinde denetlenebileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.

AYM, 12.10.2016 tarihinde vermiş olduğu karar ile önceki içtihadından dönerek, OHAL döneminde çıkarılan KHK'ların iptal istemini Anayasanın 148/1. maddesinde yer alan şekil ve esas bakımından dava açılmaz hükmünün AYM açısından bağlayıcı olduğunu belirterek reddetmiştir<sup>66</sup>.

AYM, OHAL CBK'larının denetimini hususunda OHAL KHK'ları hakkında vermiş olduğu içtihadını devam ettirebilir. OHAL döneminde çıkarılacak CBK'lar açısından anayasallık denetim CBK kanunlaşana kadar devam edecektir. OHAL CBK'ları kanunlaştıktan sonra denetlenebileceği hususunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. OHAL CBK'larının denetimsizlik durumu, yayım ile TBMM'nin onayı arasındaki 3 aylık süre için söz konusudur.

#### IV. SONUÇ

Yasama ve yürütme organları arasında düzenleme alanının belirlenmesine ilişkin bir ihtilafın bulunması durumunda anayasayı değiştirme gücü yasama organındadır. Kurumsal ihtilafların ortaya çıkması durumunda anayasayı değiştirme gücüne sahip olan yasama organı lehine anayasa değişikliği yapılması da gündeme gelebilecektir. Her ne kadar anayasa değişiklikleri konusunda Cumhurbaşkanının anayasanın 175. maddesine göre geri gönderme ve halkoyuna sunma yetkisi bulursa da süreci başlatma yetkisi yasama organına aittir. Demokratik açıdan Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasında uzlaşma olması tercih edilebilir bir yaklaşımdır.

Anayasada özel hükümlerle öngörülen CBK'lar münhasır kanun alanına giren bir kısmı münhasır CBK alanına dönüşmektedir. Özel hükümle genel hükmün düzenleme alanı dışına çıkarılmış konularda genel hükmün uygulanmaması gerekmektedir. Anayasa ile hem yasama hem de yürütme organlarına düzenleme yapma yetkisi verilse idi, anayasanın 123. maddesinde olduğu gibi yürütme alanına ilişkin bir konunun kanunla veya CBK ile düzenleneceği hüküm altına alınır. Genel kural, istisna getirilmemiş bütün kurallar açısından uygulanma özelliğine sahiptir. Özel hüküm genel hükme üstün gelir ilkesi gereğince CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılmamalıdır. Bununla birlikte CBK ile düzenlenebilecek alanlarda kanuni düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hükme de gerek bulunmamaktadır.

Bir şeyi zikretmek diğerini dışlamak anlamına gelmektedir. Anayasada CBK ile düzenlenebilecek alanların belirlenmesi, kanunla düzenleme yapılmaması anlamında da yorumlanabilir. Anayasal organların görev ve yetkileri şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açık olarak belirlenmelidir. Açıklık durumunda yoruma gerek yoktur. Bu nedenle Anayasada yasama ve yürütme organları arasında hangi konularda düzenleme yapılacağı açık bir şekilde belirtilmelidir. 1958 Fransız Anayasasının 34 vd. maddelerinde olduğu gibi hangi organın hangi konularda düzenleme yapacağını açık bir şekilde belirtilmelidir. Yasama organının hangi konularda kanun çıkaracağını tek tek belirlenip, bakiye yetkilerin ise yürütme organına bırakılması düşünülebilir.

AYM, Anayasanın 104/17. fıkrasına aykırılık iddiası ile yapılan başvurularda, ilgili CBK hükmü dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Aynı konuda bir kanun hükmü olup olmadığı ilk inceleme esnasında değil, esas aşamasında dikkate alınmalıdır. AYM, CBK'ların kanuna değil, Anayasaya aykırılığı yönünden inceleme yapmalıdır. CBK'ların esas incelemesi, kanunların esas incelemesindeki benzer benzer kurallara göre işletilmelidir.

Anayasada yürütme organına bırakılan münhasır alanların açık bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde AYM üyeleri arasındaki görüş farklılıkları içtihat değişikliğine de yol açabilecektir. Hukuki istikrarın korunması hukuk devleti açısından son derece önemlidir.

CBK çıkarma yetkisinin Anayasal sınırlarını, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular oluşturmaktadır. Ayrıca kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmamalıdır. Yasama organının aynı konuda kanun çıkarması durumunda CBK'da yer alan düzenlemelerin hükümsüz hale gelmesi mümkündür. Bu düzenlemeler ışığında özellikle yasama yetkisinin devri niteliği taşıyan CBK çıkarılmasından kaçınılması gerekmektedir.

<sup>65</sup> "... yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkmadığı bir bölgede, olağanüstü hâl rejimi uygulamasının ne gerekçesi ne hukuksal dayanağı vardır. Bkz., AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991.

<sup>66</sup> "...Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır." Bkz., AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12.10.2016; Gözler, KHK tecrübelerinden esinlenerek, OHAL kararlarının yargısal denetime tabi olması gerektiğini savunmaktadır. GÖZLER, s.384.

OHAL döneminde çıkarılan CBK'lar kanun hükmündedir. Dolayısı ile bu dönemde çıkarılan CBK'ların hukuki niteliği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak OHAL'in gerektirdiği konularca CBK çıkarılıp çıkarılmadığının AYM tarafından denetlenmesi hukuk devleti ilkesi açısından uygun olacaktır.

**Yazar Beyanı | Author's Declaration**

**Mali Destek | Atıf Şekli:** Yazar Hayri KESER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Hayri KESER who is author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

**Yazarların Katkıları | Authors's Contributions:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

**Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics:** Yazar Hayri KESER, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini ve yayınlanmadığını beyan etmektedir. | Hayri KESER who is author, declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that both İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated and published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**KAYNAKÇA**

- ARDIÇOĞLU, M. Artuk: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, s.19-51.
- AZAKLI, Murat: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.73-103.
- ÇOLAK, Çağrı: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", Strategic Public Management Journal, 3(Özel Sayı), 2017, s.51-65.
- DOĞAN, Bayram: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1278104>, s.965-1003, (Erişim: 05.05.2022).
- EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. B., Ankara 2021.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 26. Baskı, Ekin Yayımevi, Bursa 2021.
- GÖZLER, Kemal: "Anayasa Madde 104/17 deki Kusurlar", <https://www.anayasa.gen.tr/cbhs-ek-1.pdf>, (Erişim: 08.07.2022).
- İBA, Şeref/SÖYLER, Yasin: "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararnının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.195-223.
- ŞİRİN, Tolga: "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", <http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf>, s.289-356, (Erişim: 05.05.2022).
- ÖDEN, Merih: "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625637>, s.659-691, (Erişim: 05.05.2022).
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17 Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ÖZBUDUN, Ergun: 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6351/ergun.pdf>, (Erişim: 08.07.2022).
- TANÖR, Bülent: Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 17. B., İstanbul 2018.
- TAŞDÖĞEN, Salih: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" AÜHFD, (65)3, 2016, s.937-966.
- ÜLGEN, Özen: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s.3-39.
- YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülden: "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2019, s.105-138.
- YILDIRIM, Turan: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(2), s.13-28.