CUMHURBAŞKANLIĞI DÜZENLEMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk EROL*

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 16.04.2017 tarihinde zorunlu halk oylamasına sunulmuş ve Yüksek Seçim Kurulunun 27.04.2017 tarih ve 663 sayılı kararı ile geçerli oyların yarısından çoğunun (%51,41) evet oyu ile anayasa değişikliklerinin kabul edildiği tespit edilmiştir. Söz konusu anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümleri, 24.06.2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimi sonrasında yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanlığı seçimi sonrasında tamamıyla yürürlüğe giren yeni yürütme sistemi, anayasa ve idare hukuku doktrininde farklı açılardan ele alınmış ve idari işlem teorisine ilişkin bir takım tartışmalı hususların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yeni yürütme sistemi olan Cumhurbaşkanlığı Sisteminde, Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin hem konu bakımından ele alınarak tabi olduğu hukuki rejimin tespit edilmesi hem de yargısal denetimine ilişkin ilke ve yaklaşımların belirlenmesi isabetli olacaktır.

Çalışmamızda öncelikle Cumhurbaşkanlığı düzenlemeleri konularına göre tasnif edilecek ve hukuki nitelikleri incelenecektir. Sonrasında düzenlemelerin yargısal denetiminin kapsamı ve sınırları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Konu ve Nitelik Bakımından Cumhurbaşkanlığı Düzenlemeleri

Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin hukuki niteliği, anayasa ve diğer kanunlarla verilen görev ve yetkiler bakımından farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla düzenlemelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi, bunların yargısal denetiminin kim tarafından, nasıl yapılacağını ortaya koyacaktır. İdari fonksiyon kapsamında olduğu kabul edilecek düzenlemeler idari işlem olarak kabul edilecek ve bunlara karşı idari yargıda dava açılabilecektir. [1] Öte yandan, bazı

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," *Ankara Barosu Dergisi* 2017/3 (2017): 29.

düzenlemelerin yürütme fonksiyonu kapsamında olduğu kabul edilirse, ilgili düzenlemelere karşı hukuki denetimin içeriğinin tespit edilmesi de gerekmektedir.

Cumhurbaşkanlığı düzenlemeleri, doktrinde farklı şekillerde tasnif edilmektedir. Gerek içerik gerekse yasal düzenlemeler birlikte ele alındığında, cumhurbaşkanlığı düzenlemelerini üç kategoride ele alabiliriz: Cumhurbaşkanlığının Düzenleyici İşlemleri (Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı Yönetmelikleri), Cumhurbaşkanlığının Bireysel İşlemleri (Cumhurbaşkanı Kararları) ve OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin tasnifinde, düzenlemenin şekli belirleyici değildir. İlgili düzenleme, Resmi Gazetede yayınlanırken, düzenlemeye verilecek ismin öneminden ziyade, düzenlemenin içeriği önem arz etmektedir. İşlem, içerik olarak, kişisel ve özel durumlara ilişkin ise bireysel işlem; genel ve kişilik dışı ise düzenleyici işlem niteliğindedir. [2]

A. Cumhurbaşkanlığının Düzenleyici İşlemleri

Anayasamızda, Cumhurbaşkanlığının düzenleyici işlemlerinden ikisi önemine binaen [3] açıkça anayasada düzenlenmiştir: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliği. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, önceki düzenlemeden farklı bir niteliğe bürünmüştür. Tarihsel açıdan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bir sonraki bölümde incelenecektir. Fakat genel olarak, Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığının düzenleyici işlem yapmasına ilişkin iki hususun açıklığa kavuşturulması isabetli olacaktır: Yürütme fonksiyonunun yetki ile görev arasındaki niteliği ve asli düzenleme yetkisi.

– Yürütme fonksiyonunun yetki ve görev arasındaki niteliği

Anayasa ve idare hukuku doktrininde öteden beri yürütmeye ilişkin yetki mi görev mi tartışması anayasa değişiklikleri sonrasında yeni bir boyut kazanmıştır. [4] Anayasa madde 8'de, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği düzenlenmiştir. 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle, bu maddede yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Yürütme yetki ve görevinin sadece halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacak ve yerine getirilecek olması, yürütme fonksiyonunun

2 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22 Baskı, (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2018), 332.

3 Ibid., 334.

4 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 37.

içeriğinin belirlenmesini ve dolayısıyla yargısal denetim esaslarının ortaya koyulmasını gerektirmektedir.

Yürütme fonksiyonu, devletin yasama ve yargı fonksiyonu dışında kalan faaliyetleri olarak tanımlanmaktadır. Yürütme fonksiyonunun ise kendi içinde idari fonksiyon ve hükümet fonksiyonu olarak ikiye ayrıldığı belirtilmektedir. İdari fonksiyonun idare hukuku alanına, hükümet fonksiyonunun ise anayasa hukuku alanına girdiği ifade edilmektedir. [5] Bir başka ifadeyle yürütmenin iki sıfatı, cephesi, yönü bulunmaktadır: İdare ve Hükümet. Bu ayrımın hukuki bakımdan değil, gaye ve maksat yönünden yapılan bir ayrım olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, milletin yüksek menfaatlerini koruma amacı hükümet fonksiyonunun, bireylerin günlük alelade ihtiyaçlarını karşılama amacı ise idare fonksiyonunun kapsamına girmektedir. [6] Öte yandan, dış politika, milli güvenlik gibi üst siyasal işlemlerin hükümet fonksiyonu kapsamında olduğu, kamu hizmetinin yerine getirilmesi ile toplumun günlük ve teknik ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik işlemlerin ise idare fonksiyonu kapsamında olduğu da ifade edilmektedir. [7]

Tüm bu bilgiler ışığında, yürütüme yetki ve görevini tek başına ifa edecek Cumhurbaşkanının yürütme fonksiyonunun kullanımı kapsamından idari işleve ve hükümet işlevine ilişkin işlemleri olacaktır. Anayasada açıkça, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Fakat, "yürütme yetkisine ilişkin konular"ın kapsamlı bir tanımını yapmanın veya sınırlarını belirlemenin hemen hemen imkansız olduğu, bu nedenle yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkileri gibi hususlar dışındaki konuların yürütmeyle ilgili olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir. [8]

Anayasa değişikliği sonrasında yürütmenin hem yapısal hem fonksiyonel olarak değişikliğe uğradığını söyleyebiliriz. Yapısal olarak idari teşkilatlanmada Cumhurbaşkanının tek başına yürütmenin başı olması yer alırken, fonksiyonel olarak yürütmenin "yetki"si "görevi"ne göre daha öne çıkmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yürütmeye ilişkin doğrudan düzenleme yapabilecek olması yürütmenin "yetki" yönünü güçlendirmektedir. Öte yandan bu değişiklik, yürütmeye yasama ile "görev" verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Yasama ilgili konularda yasal düzenlemeler yaparak yürütmeye,

5 Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 14.

6 Ragıp Sarıca, *Türk Devlet Şûrası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları* (İstanbul: Kenan Matbaası, 1943), 460.

7 İsmet Giritli et al., *İdare Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2011), 146.

8 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 12 Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 278.

yerine getirmesi için gerekli "görev"leri verebilecek, yeni düzenleme alanlarına [9] imkan tanıyabilecektir.

– Asli düzenleme yetkisi

Anayasa değişikliği, idare hukuku doktrininde öteden beri tartışma konusu olan asli düzenleme yetkisine ilişkin yeni görüşlerin ileri sürülmesine, konunun tekrardan tartışılmasına neden olmuştur. Gerçekten de doktrinde, yürütmenin bizatihi kendisi olan Cumhurbaşkanının anayasa değişiklikleri sonrasında asli düzenleme yetkisine ilişkin farklı görüşler ifade edilmiştir. Asli düzenleme yetkisinin varlığını kabul edenlerin yanı sıra değişiklik sonrasında dahi olmadığını ifade edenler olduğu gibi varlığını kabul eden ve fakat dar yorumlanması gerektiğini belirtenler de bulunmaktadır.

Doktrinde, Anayasa madde 104'ten yola çıkarak, yürütmeye yasal dayanak olmaksızın, doğrudan, genel ve asli bir düzenleme yetkisinin verildiğinin söylenemeyeceği, Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasadan kaynaklanan düzenleme yetkisi verilmek isteniyorsa, Fransa örneğinde olduğu gibi açıkça yazılması gerektiği ifade edilmektedir. [10]

Öte yandan, Türk hukukunda yürütme organının asli düzenleme yetkisine sahip olmamasının sadece iki istisnası *(Olağanüstü hallerde çıkarılacak Kanun Hükmünde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri)* olduğu ifade edilmektedir. [11] Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri yolu ile yürütmeye, yasamadan özerk asli bir düzenleme alanının öngörülmüş

9 Bu konuya 5018 sayılı **Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda** yer alan şu düzenlemeler örnek olarak verilebilir: **Madde 4/2 :** Kamu maliyesi, merkezden ve yerinden yönetim esaslarına göre yürütülür. Kamu idarelerinin görevleri, ilgili kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde açık olarak belirlenir ve kaynakların dağıtımında esas alınır. **Madde 11/2 :** Üst yöneticiler, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin isleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar. **Madde 12/4 :** Özel bütçe, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir. **Madde 13/b :** Kamu idarelerine bütçeyle verilen harcama yetkisi, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenen görev ve hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla kullanılır. **Ek Madde 5:** Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan idarelerin bu Kanuna ekli cetvellerden hangisinde yer alacağı ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde belirtilir.

10 Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 25-26.

11 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 361.

olduğu ve bu alanının anayasal sınırlarının çizildiği, böylelikle kanun alanından bağımsız bir idari düzenleme alanının oluşturulduğu ve anayasa değişikliğinin kamu hukuku sistemimizde çok ciddi ve köklü bir değişiklik yaptığı da vurgulanmaktadır. [12]

Gerçekten de anayasa değişiklikleri sonrasında, cumhurbaşkanlığı sisteminde, yürütmenin düzenleme yetkisi, artık türevsel değil asli niteliktedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu alanının genişlemesi ve meclis onayına sunulma zorunluluğunun olmaması, yasamanın tekelinde olan "ilk elden kural koyma" yetkisi ile yürütmenin de donatıldığı ve yürütme organının asli düzenleme yetkisinin Türk hukukuna dahil edildiği ifade edilmektedir. [13]

Ayrıca, yürütmenin asli düzenleme yetkisinin varlığını kabul eden ve fakat yasamanın düzenleme yetkisinin asıl, yürütmenin asli düzenleme yetkisinin istisna olduğunu ifade eden görüşe göre ise asli düzenleme yetkisi dar yorumlanmalıdır ve sadece mahfuz yetki alanı *(üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları (m.104/9), Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması (m.106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri(m.108/son) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m.118/son))* ile sınırlıdır. [14] Belirtmek gerekir ki, yürütmenin asli düzenleme yetkisinin mahfuz alan ile sınırlandırılması, Anayasa madde 104/17: "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilir.*" düzenlemesini göz ardı etmektedir. Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda doğrudan düzenleme yapabilecek olması, asli düzenleme yetkisinin mahfuz alan ile sınırlı olmadığını göstermektedir. Bu nedenle, asli düzenleme yetkisinin sınırının mahfuz alan değil, yasak alan olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu yasak alan ise, Anayasa madde 104/17'de ifade edilen, "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler"* ve *"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile kanunda açıkça düzenlenen konular"*dır. Dolayısıyla, bu iki yasak alan haricinde, yürütme yetkisine ilişkin konularda, yürütmenin asli düzenleme yetkisinin var olduğunu söyleyebiliriz.

12 Ali Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?," *www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf* (17 Ocak 2017): 6.

13 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 25-37.

14 Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2018/1 (2018): 23.

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, bir işlem türü olarak 1982 Anayasasının 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunundan önceki şeklinde yer almakta idi. Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atam işlemleri ile sınırlı olarak uygulanmaktaydı. [15] Değişiklik öncesinde Anayasanın 107. maddesine dayanılarak, 18.08.1983 tarih ve 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiş ve bu işlem türü ilk kez hukukumuzda uygulanmıştır. [16]

Bir işlem türü olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, anayasa değişikliği ile ilk kez uygulanmamaktadır. Fakat değişiklik öncesindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile sonrasındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hukuki nitelik açısından aynı derecede ve aynı nitelikte olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır. Çünkü anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hem konu alanı değiştirilmiş / genişletilmiş hem de hukuki niteliği farklılaştırılmıştır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki niteliğinin ve normlar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesi, bu işlemlerin yargısal denetiminde uygulanacak esasların tespiti açısından önem arz etmektedir.

Doktrinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kanun hükmünde olmamasına karşın asli yetki kullanımı olmaları açısından kanuna eşdeğer işlem niteliğinde kabul edilebileceğini ifade etmektedir. [17] Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kural olarak kanunlara eşdeğer norm olduğu, yürütme ve yargı bakımından uyulması zorunluluğunun bulunduğu belirtilmektedir. [18] Öte yandan, doktrinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ne kanun gücünde ne de kanuna eşdeğer işlem olduğu, "yürütme yetkisine ilişkin konular" sınırlamasının, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanun gücünde olamayacağını gösterdiğini, çünkü yürütme yetkisinin kanunların uygulanmasına yönelik ve kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetki olduğu ifade edilmektedir. [19] Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanunları değiştirememesi veya yürürlükten kaldıramaması ve kanun. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ilişkisinde, kanuna üstünlük tanınması nedeniyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasama işlemi niteliğinde değil, idari düzenleme niteliğinde olduğu belirtilmektedir. [20] Son olarak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin bir

15 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 364-65.

16 Salih Taşdöğen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 3 (2016): 939-40.

17 Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," 7.

18 Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 276.

19 Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 23.

20 Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?," 6.

yürütme işlemi olduğu ve anayasa yargısı alanına dahil olduğu [21], dolayısıyla bunlara ilişkin hiçbir şekilde idari yargı denetimi yapılamayacağı da ifade edilmektedir. [22]

Doktrindeki bir başka görüşte, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile asli ilkel yetki kullanılabileceği [23], kanunla düzenlenen konularda Cumhurbaşkanı Kararnameleri ile düzenleme yapılabileceği [24], kanun olmayan alanlarda Cumhurbaşkanı Kararnameleri ile gerekli düzenlemelerin yapılabileceği [25], özel çatışma kurallarının düzenlenmiş olması [26], yargısal denetimin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması [27] ve anayasada bazı hususların hem kanun hem Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile düzenlenebilmesine imkan tanınmış olması [28]

---

21 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 26.

22 Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 280.

23 *"Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde "yasal dayanak" aranmayacağından, Anayasanın izin verdiği konularda "asli-ilkel" yetki kullanılacaktır. Bir başka ifade ile münhasıran kanun konusu olmayan veya kanunla düzenlenmemiş alanlarda, kanun gibi doğrudan doğruya düzenleme yapılacaktır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı kararnameleri, kanunlar gibi bir konuyu doğrudan doğruya ilkelden düzenleyebileceğinden işlevsel yönden yasama işlemi niteliğindedir."*

24 *"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" denilmektedir. Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, **"münhasıran kanunla düzenleme"** ifadesi ile **"kanunla düzenleme"** ifadesi birbirinden farklıdır. Münhasıran kanunla düzenleme demek anayasanın kanunla düzenleme konusunda "emredici hükmü" olmasını gerektirir. Örneğin, Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetler "ancak kanunla sınırlanır" hükmü münhasıran kanun konusudur. … Dolayısıyla, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen ve kanunla düzenleneceği ifade edilen konularda da Cumhurbaşkanı kararnamesi çıkarılabilecektir. Aksi halde "münhasıran" ifadesi yerine "kanunla düzenlenmesi" ifadesi tercih edilirdi. Bu nedenle kanunla düzenlenen konularda Cumhurbaşkanı kararnamesi çıkarılabileceğine göre, bu kararnamelerin işlevsel yönden yasama işlemi olduğu söylenebilir."*

25 *"Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" denilmektedir. Mefhum-u muhalifinden bunun anlamı kanunla düzenlenmesi gerektiği halde düzenlenmeyen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecek demektir. Bu durumda kanunla düzenlenmeyen konularda kanun gibi düzenleme yapabilen bir işlem fonksiyon olarak yasama işlemidir."*

26 *"Bu kurallar, Cumhurbaşkanı kararnamesi ile kanunların çatışması durumunda kanuna üstünlük tanımaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı kararnameleri kanun hükmünde kabul edilmemektedir. Ancak bu yetki yürütmenin düzenleyici idari işlemi olarak kabul edilseydi, zaten özel çatışma kuralları getirilmesine gerek yoktu. Hukuk kuralları arasındaki çatışmada "üst kural alt kuralı ilga eder" (lex superior derogat legi inferiori) ilkesi gereğince, kanunla çatışan Cumhurbaşkanı kararnamesi ilga edilebilecekti. Ancak, Cumhurbaşkanı kararnamesi işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan, iki denk kuralın çatışmasına ilişkin kurallar yerine (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder, özel kanun genel kanunu ilga eder) **"özel çatışma kuralları"** getirilmektedir."*

27 "*Nitekim "Anayasa Mahkemesine göre de, "Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, **işlevsel yönden yasama işlemi** niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir" (E:2011/142, K: 2013/52, KT. 3.4.2013). Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan denetimleri Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır."*

28 *"Görüldüğü gibi mevcut anayasada kanunla düzenlenen konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir denilerek bu konularda yasama yetkisi devredilmektedir. Bu düzenlemeler arasında ortaya çıkan çelişki, "genel hüküm-özel hüküm" ilişkisi bağlamında giderilecek olmakla birlikte,*

nedeniyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin "işlevsel yönden yasama işlemi" niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. [29]

Cumhurbaşkanı Kararnamelerinin "işlevsel yönden yasama işlemi" niteliğinde olduğunu ifade eden tüm bu gerekçeler, anayasada bu işlem türünün özel bir hukuki nitelik öngörülerek yapıldığını açıkça göstermektedir. Fakat bu hukuki niteliğin, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine yasama işlemi niteliği kazandırmaktan ziyade, yürütme işlemi kategorisini tesis etmek yönünde olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü, Anayasa madde 104/17'de "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilir.*" düzenlemesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin açıkça yürütme alanına ilişkin olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini, nitelik olarak yasama işlemi niteliğine yaklaştırmaktansa yürütme fonksiyonu kapsamında yürütme işlemi olarak nitelendirebiliriz. Gerçekten de anayasada yürütme işlemi olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanun ile olan ilişkisi detaylıca düzenlenmiş, asli düzenleme yetkisi açıkça belirtilmiş ve nitelik olarak idari işlemden ayrı olması nedeniyle de Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal denetim mekanizması tesis edilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki niteliğine yönelik farklı yaklaşımlar, bu işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemede de devam etmektedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin, normlar hiyerarşisinde kanun altında, yönetmelik üstünde yer aldığı [30], yeni sistemde en üstte anayasa, ikinci basamakta insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalar, üçüncü basamakta kanun. olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi. diğer uluslararası anlaşmalar, dördüncü basamakta Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, beşinci basamakta yönetmelik ve sonrasında adsız düzenleyici işlemlerin olduğu ifade edilmektedir. [31] Öte yandan doktrinde bir başka görüşe göre, anayasada açıkça "özel çatışma kuralları"nın düzenlenmesi, birinin diğerine üstünlüğü değil, aynı düzeyde olduğunu göstermektedir. Buna göre, eğer Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kanunların altında yer alıyor olsaydı, Anayasa koyucunun "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır.*" düzenlemesi yapmasına gerek olmazdı. Dolayısıyla kanun ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi arasında bir norm çatışması olması durumunda, çatışmanın nasıl halledileceği anayasada açıkça düzenlenmiştir. [32]

---

kanunla düzenlenen konuların açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin kabul edilmesi, bu kararnamelerin işlevsel yönden yasama işlemi olduğunu göstermektedir."

29 Abdurrahman Eren, "Başkanlık Sistemi 4. Yürütme Alanında Yapılan Değişiklikler," *http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/40-baskanlik-sistemi-4-yurutme-alaninda-yapilan-degisiklikler* (10 Mart 2017).

30 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 334.

31 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 48-49.

32 Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 276-77.

2. Cumhurbaşkanlığı Yönetmelikleri

Anayasa md. 104/18-19'da Cumhurbaşkanı tarafından kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarılabileceği ve yayımdan sonraki bir tarih belirtilmemişse, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

Öte yandan Anayasa md. 124'te, Cumhurbaşkanının, kanunların ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkartabileceği tekrar düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa md. 124/2'de, hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağının kanunda belirtileceği de açıkça düzenlenmiştir.

24.05.1984 tarih ve 3011 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanunun 1. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan ve kamuyu ilgilendiren yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı düzenlenmiştir. Ancak, milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayımlanmayacaktır. Tüm bu düzenlemelerin uygulanması bakımından oluşabilecek herhangi bir tereddüdü gidermeye Cumhurbaşkanı yetkilidir. Öte yandan Cumhurbaşkanlığı tarafından hem Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hem de Resmi Gazete Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır.

10 sayılı Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde ve kararnamenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği Resmi Gazete Hakkında Yönetmelik [33] ile Resmi Gazete'nin yayımlanması, içeriği ve düzeni ile ilanlara ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesinde, Yönetmeliğin ise 10. maddesinde, Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruşları tarafından hazırlanan ve Resmi Gazetede yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlere ilişkin taslaklar üzerinde bir inceleme mekanizması tesis edilmiştir. Buna göre, ilgili taslaklar, Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine, genel hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluğu yönünden incelenecektir. Söz konusu inceleme neticesine, uygun bulunmayan ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslaklar kuruma iade edilecektir. Benzer inceleme mekanizması, Üniversiteler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanan yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler açısından da düzenlenmiştir. Fakat bu kurumlardan gelen işlemler, sadece Anayasa ve diğer mevzuat uygunluk açısından incelenecektir. Yine inceleme neticesine, uygun bulunmayan ve hukuka

33 23.11.2018 tarih ve 30604 nolu Resmi Gazete.

aykırı olduğu tespit edilen taslaklar kuruma iade edilecektir. Düzenlemede yer alan "uygun bulma" ve "hukuka aykırılık" kriterleri, ilgili düzenlemelerin hem yerindelik hem de hukukilik denetimine tabi olacağını göstermektedir.

Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Resmi Gazete Hakkında Yönetmelikte yer alan "uygun bulma" ve "hukuka aykırılık" kriterleri, diğer düzenleyici işlemlerin Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluk açısından incelenmesini gerektirecektir. Söz konusu plan ve programların hukuki açıdan bir bağlayıcılığı olmasa bile, bu düzenleme gereğince yapılması gereken incelemenin, "eksik" yapılması, bir başka ifadeyle Cumhurbaşkanı programına aykırı olduğu halde Resmi Gazetede yayımlanması durumunda, yargı mercilerinde iptal davasına konu edilirken tartışılacak bir husus olacaktır. Belirtmek gerekir ki, ilgili plan ve programların doğrudan bağlayıcılığı bulunmadığını söyleyebiliriz. Fakat bu düzenleme ile hem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde hem de yönetmelikte, plan ve programa uygun olma zorunluluğu getirildiği için yeni bir tartışmanın ortaya çıkmasına neden olacaktır.

3. Cumhurbaşkanlığının Diğer Düzenleyici İşlemleri

Anayasa değişikliği sonrasında, Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliklerinin yanı sıra başka genel düzenleyici işlem biçimleri de düzenlenmiştir. Anayasa md. 73, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.*" ve Anayasa md. 167, "*Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerinde vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.*" düzenlemeleri bunlara örnek olarak verilebilir. [34]

Cumhurbaşkanlığının diğer düzenleyici işlemlerinin hukuki nitelik olarak Cumhurbaşkanlığı Yönetmelikleri aynı olduğunu söyleyebiliriz. İdari işlem teorisi açısından düzenleyici işlem olan bu iki işlem, kural olarak öğretide süregelen esaslar çerçevesinde ele alınmaya devam edilecektir.

B. Cumhurbaşkanlığının Bireysel İşlemleri (Cumhurbaşkanı Kararı)

Cumhurbaşkanlığı tarafından düzenleyici işlemlerin yanı sıra bireysel işlemler de yapılmaktadır. Cumhurbaşkanının bireysel nitelikteki işlemlerinin Cumhurbaşkanı kararı olarak adlandırılması ve böylelikle Cumhurbaşkanının

34 Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," 10-11.

genel düzenleyici işlemlerinden ayrılmasının yararlı olacağı ifade edilmektedir. Anayasada açıkça düzenlenen Cumhurbaşkanının bireysel nitelikteki işlemleri şunlardır [35]:

- *"Anayasa m.104/8: Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atar ve görevlerine son verir.*
- *Anayasa m.104/9: Üst kademe yöneticilerini atar ve görevlerine son verir.*
- *Anayasa m.104/16: Sürekli hastalık, sakatlık, kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.*
- *Anayasa m.104/son: Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve kullanır.*
- *Anayasa m.108/3: Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyeleri Cumhurbaşkanınca atanır.*
- *Anayasa m.117/son: Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı...*
- *Anayasa m.127/son: Mahallî idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik kurmaları …*
- *Anayasa m.130/6: Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhur. başkanınca, (...) seçilir ve atanır.*
- *Anayasa m.131/2: Yükseköğretim Kurulu, (...) Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.*
- *Anayasa m.146/3: (Anayasa Mahkemesi) Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca (...) arasından seçer.*
- *Anayasa m.154/4: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcıvekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler.*
- *Anayasa m.155/3: Danıştay üyelerinin (...) dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir.*
- *Anayasa m.159/3: Kurulun, üç üyesi (...) adlî yargı hâkim ve savcıları arasından, bir üyesi (...) idarî yargı hâkim ve savcıları arasından Cumhurbaşkanınca (...) seçilir."*

Belirtmek gerekir ki, Anayasada düzenlenen bu bireysel nitelikteki işlemlerin yanı sıra kanunlarda da Cumhurbaşkanının bireysel nitelikte işlem yapabileceği düzenlenebilir.

35 Ibid., 9.

Öte yandan doktrinde, Cumhurbaşkanının bireysel işlemlerinden bazılarının idari nitelikte olduğu ve yargısal denetimin mümkün olduğu; bazılarının ise idari nitelikte olmadığı ve yargısal denetiminin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre idari nitelikteki işlemelere karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da dava açılabilecektir. Öte yandan Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı yardımcısı atamak ya da Anayasa Mahkemesine üye atamak gibi işlemlerinin ise idari nitelikte olmadığı belirtilmektedir. [36] Dolayısıyla Cumhurbaşkanının hangi işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğunu, hangisinin yürütmeye ilişkin olduğunun tespiti ve bunların yargısal denetiminin hangi esaslar çerçevesinde yapılacağının belirlenmesi ise önem arz etmektedir.

II. Yargısal Denetimin Kapsamı ve Sınırları

Doktrinde Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin özellikle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı yaklaşımların olması, bu düzenlemelerin yargısal denetimine ilişkin yaklaşımların ilke ve esas açısından da farklı olmasına neden olmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, idari işlem niteliğinde olan düzenlemelerin yargısal denetimi kural olarak aynı şekilde devam edecektir. Fakat anayasa değişikliği sonrasında yürütmenin gelişimi / değişimi karşısında yürütme fonksiyonunun ve kategorik olarak "yürütme işlemi" olarak kabul edilebilecek Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kapsamı ile yargısal denetiminin usul ve esaslarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, yargısal denetimde işlemin adıyla bağlı olmaksızın, işlemin niteliğine bakarak değerlendirme yapabilecektir. [37] Cumhurbaşkanlığı düzenlemeleri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi veya Cumhurbaşkanı Kararı veya Cumhurbaşkanı Yönetmeliği olarak hukuk aleminde adlandırılabilir. Dolayısıyla Anayasa değişikliği ile "yeni" bir niteliğe bürünen Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kapsamı ve yargısal denetimi belirlendikten sonra diğer düzenlemelerin idari yargıda, kural olarak süregelen yargısal denetim esaslarına göre denetlenmeye devam edeceğini söyleyebiliriz.

Anayasa değişikliği sonrası yeni düzende, Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar atanabilecek ve görevden alınabilecektir. Öte yandan Cumhurbaşkanı aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile

36 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 333-34.

37 Anayasa Mahkemesi, 12.10.2016 tarih ve E.2016/166, K.2016/159 sayılı kararı (04.11.2016 tarih ve 29878 sayılı Resmi Gazete): *"Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvurulan usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabilir."*

merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasını düzenleyecektir. Atama ve görevden alma işlemi, idari işlem teorisi açısından basit işlem niteliğinde bir idari işlem olduğundan idari yargı denetimine açık iken; kararnameler ise yürütme işlemi niteliğinde olduğundan anayasa yargısı denetimine açık olacaktır. [38]

A. Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetiminde Konu

Cumhurbaşkanlığının düzenleyici işlemlerinin hukuki rejimlerinin ve ilgili yasal düzenlemelerin nitelik olarak farklı olması nedeniyle, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliklerinin yargısal denetiminin ayrı ayrı incelenmesi gerektiği ifade edilebilir. Anayasa md. 104'te Cumhurbaşkanı'nın Devletin başı olduğu ve yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilecektir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin, normlar hiyerarşisindeki yeri, kanun ile ilişkisi ve hukuki rejimi, bu kararnamenin yargısal denetiminin hangi esaslara göre gerçekleştirileceğini belirleyecektir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi doğrudan anayasada düzenlenmekte ve yine doğrudan anayasada tabi olacağı hukuki rejimin esasları belirtilmektedir. Örneğin, anayasada münhasıran kanun ile düzenlemesi öngörülen konular ve anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Bu iki "yasak alan" / "düzenlememe alanı", aynı zamanda yargısal denetimde ilgili kararnamenin konu bakımından incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin denetiminde konu açısından üç kategori esas alınarak inceleme yapılabilir: **Yasak Alan** (*Yürütme Yetkisine ilişkin olmayan konular (md.104/17-1); Kişi hakları, siyasi haklar ve ödevler (md.104/17-2); Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular (md.104/17-3); Kanunda açıkça düzenlenen konular (md.104/17-4)*), **Mahfuz Alan** (*Üst kademe kamu yöneticilerinin atamalarına ilişkin usul ve esaslar (md.104/9); Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (md.106/11); Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (md.108/son); Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (md.118/6)*), **İhtiyari Alan** (*Yasak alanın ve mahfuz alanın dışında kalan konular*). Yasak alanda yer alan konular, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez; ancak kanunla düzenlenebilir. Mahfuz alanda yer alan konular, münhasıran Cumhurbaşkanlığı

38 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 26.

Kararnamesiyle düzenlenir; kanunla düzenlenemez. İhtiyari alanda yer alan konular ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle veya kanunla düzenlenebilir. [39]

1. Konu Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Yasak Alan

Yasak alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri düzenleme yapılması durumunda, ilgili düzenleme Anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle yürütme yetkisine ilişkin olmayan konular ile münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konuların ve kanunda açıkça düzenlenen konuların içerik ve kapsamının belirlenmesi isabetli olacaktır.

a. Yürütme Yetkisine İlişkin Olmayan Konular

Yürütme yetkisine ilişkin konuların kapsamlı bir tanımını yapmanın veya sınırlarını belirlemenin hemen hemen imkansız olduğu, bu nedenle yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkileri gibi hususlar dışındaki konuların yürütmeyle ilgili olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir. [40] Gerçekten de, doğrudan, açık ve net bir şekilde yasama fonksiyonu ile yargı fonksiyonu kapsamında yer almayan her konunun yürütme yetkisine ilişkin konu olduğunun kabul edilmesi isabetli olacaktır. Dolayısıyla yasama ile yargı organlarının organik ve işlevsel açıdan ilgili olmayan her husus yürütme yetkisine ilişkin olarak değerlendirilebilecektir.

b. Münhasıran Kanun İle Düzenlenmesi Öngörülen Konular

Doktrinde, Türkiye'de münhasır kanun alanı olmadığını şu şekilde ifade edilmektedir: "*Kanımızca Türkiye'de "münhasır kanun alanı" yoktur. Türkiye'de münhasır kanun alanının olması için 1958 Fransız Anayasanın 34'üncü maddesi misali "şu şu konular ancak kanunla düzenlenebilir; geri kalan konular ise yürütme organının düzenleyici işlemleriyle düzenlenir diyen bir Anayasa maddesine ihtiyaç vardır. Eğer Türkiye'de "münhasır kanun alanı" yok ise, yani "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." şeklindeki hükmün bir anlamı olamaz. 2017 Anayasa değişikliğiyle uygulaması mümkün olmayan bir hüküm getirilmiştir.*" [41] Öte yandan Anayasa Mahkemesinin münhasıran kanun alanına ilişkin görüşü ise şu şekildedir: "*Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde*

39 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 367.
40 Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 278.
41 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 372.

yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum" olarak nitelendirilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilmezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir. Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz." [42]. Belirtmek gerekir ki, lafzi yorumla "açıkça" münhasır kanun alanı olmadığı ifade edilebilir ama anayasada bazı hususların kanun ile düzenleneceğinin açıkça ifade edilmesi, bu alanların "münhasır kanun alanı" olarak düzenlendiği şeklinde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla Anayasada "yalnız" kanunla düzenleneceği ifade edilen 13. madde (*temel hak ve hürriyetler "ancak kanunla sınırlanır"*) ile "özellikle" kanunla düzenleneceği ifade edilen bir çok maddenin, "münhasıran kanun ile düzenlemesi öngörülen konular" olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

c. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular

İhtiyari alanda yer alan konulara ilişkin olarak hem kanun hem de Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleme yapılabilecektir. Dolayısıyla bu alanda kanunun içeriği ile kararnamenin içeriğinin incelenmesi gerekebilir. Belirtmek gerekir ki, ilgili hususun kanunda açıkça düzenlenmesi durumunda aynı husus Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde farklı şekilde düzenlenemeyecektir. Aksi durum, anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Fakat ilgili hususun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması durumunda ise, kanunda düzenlenen kısmına aykırı olmayacak şekilde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile gerekli düzenlemeler yapılabilecektir. Çünkü kanunda "aynı konuda düzenleme

42 Anayasa Mahkemesi, 14.12.2016 tarih ve E.2016/139, K.2016/188 sayılı kararı (03.01.2017 tarih ve 29937 sayılı Resmi Gazete)

yapılamaz" dememekte, "açıkça düzenlenen konularda" düzenleme yapılamaz denilmektedir.

Yasak alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleme yapılması durumunda, anayasaya aykırılık durumu Anayasa Mahkemesi tarafından iptal davası veya itiraz yoluyla tespit edilip, anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilecektir. [43]

ç. Konu Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Mahfuz Alan

Anayasa md.104/9'da, üst kademe kamu yöneticilerinin atamalarına ilişkin usul ve esasların; md.106/11'de, Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; md.108/4'te, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; md.118/6'da, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği açıkça belirtilmiştir. Anayasa'da bu konuların açıkça Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmesi, bu konuların kanunla düzenlenemeyeceği dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin konu olarak mahfuz alan oluşturulduğu anlamına gelmektedir.

Mahfuz alana ilişkin konuların kanunla da düzenlenebilmesi için, anayasanın ilgili maddelerinde ya "düzenlenir" yerine "düzenlenebilir" ifadesi olmalı ya da kamu tüzelkişiliğinin kurulmasına ilişkin düzenlemede olduğu gibi "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" ifadesi olmalıydı. Anayasada bu konuların özellikle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülerek, bu dört madde özelinde yasama yetkisinin genelliği ilkesinin anayasal istisnaları düzenlenmiştir. [44]

Öte yandan doktrinde, mahfuz alana ilişkin yasamanın kanun çıkarmasına hukuken bir engel bulunmadığı [45], yürütmeye "münhasır" olarak verilmiş bir düzenleme yetkisini ifade eden anayasa normu olmadığı ifade edilmektedir. [46] Fakat belirtmek gerekir ki, anayasada ilgili maddelerde, "sadece" veya "ancak" ibareleri kullanılmamış olsa bile bu konuların sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenebileceğini söyleyebiliriz. [47] Çünkü anayasa koyucu bu konuların açıkça Cumhurbaşkanı Kararnamesiyle düzenleneceğini vurgulamayı tercih etmiştir.

---

43 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 45.

44 Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," 19-20.

45 Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?," 7.

46 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 37-38.

47 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 364.

d. Konu Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde İhtiyari Alan

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde ihtiyari alan olarak ifade edilen konular, mahfuz alan ve yasak alan dışında kalan konuları kapsamaktadır. Anayasa md.104'te, "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*" düzenlemesi, bazı konularda hem kanun hem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılabileceğini göstermektedir.

İhtiyari alana ilişkin olarak hem yasama hem de yürütme gerekli düzenlemeleri yapabilecektir. Fakat aynı konuda düzenleme yapılması durumunda, anayasa koyucu kanuna üstünlük tanıyarak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hükümsüz kalacağını düzenlenmiştir.

İhtiyari alan ile yasak alan kapsamındaki "kanunda açıkça düzenlenen hususlar"ı birbirinden ayırt etmek de gerekmektedir. İlkinde kanunda düzenleme yokken ilgili hususun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi mevzu bahis iken, ikincisinde kanunda açıkça düzenleme olmasına karşın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme söz konusudur.

B. Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetiminin Kapsamı

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimi anayasada düzenlenen hususlar açısından olacaktır. Belirtmek gerekir ki, yürütme işlemi niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yargısal denetimi ne sadece kanunların anayasal denetim esaslarına göre ne de sadece idari işlemlerin idari yargı denetim esaslarına göre gerçekleştirilecektir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimi, anayasal denetim ile idari yargı denetimi arasında, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin anayasada düzenlenen esaslar çerçevesinde yürütme işleminin denetimi kapsamında gerçekleştirilmelidir.

1. Yürütme İşlemi Denetimine Anayasal Denetimin Yansıması

Doktrinde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasa yargısı alanına dahil olduğu ve bunlara ilişkin hiçbir şekilde idari yargı denetimi yapılamayacağı ifade edilmektedir. [48] Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen konuların aynı zamanda kanun ile düzenlenmesinin mümkün olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi tarafından kanunun denetimi esnasında kullanılan, ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri, laiklik, eşitlik gibi bir dizi anayasal norm ve ilkenin de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin denetimi esnasında Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılabileceği, "*kanun*

48 Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 280.

için geçerli olan denetim araçlarının Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için geçerli olmayacağını düzenleyen anayasal bir hükmün olmadığı gibi, Anayasa m. 148'de kanunlarla benzer esaslara" bağlandığı, üst norm için geçerli olanın alt düzeydeki bir norm için evleviyetle geçerli olacağı belirtilmektedir. [49] Belirtmek gerekir ki, yürütme işlemi ile yasama işlemi nitelik olarak birbirinden farklıdır ve bu nitelik olarak farklılık yargısal denetim esaslarına da yansımalıdır. Kanun için geçerli olan denetim araçlarının birebir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için de uygulanması, Cumhurbaşkanı Kararnamesinin niteliğini yasama işlemi gibi görülmesine neden olabilir. Halbuki yasama fonksiyonu ile yürütme fonksiyonunun farklılığı, bu fonksiyon neticesinde yapılan işlemlerin niteliğine ve dolayısıyla bunların yargısal denetim esaslarının farklılaşmasına yansımalıdır. Dolayısıyla, kanun için geçerli olan denetim araçları, ancak yürütme işleminin hukuki niteliğiyle bağdaştığı ölçüde uygulanmalıdır. Bu kimi durumlarda bazı ilkelerin daha yoğun uygulanması şeklinde tezahür edebileceği gibi, kimi durumlarda yürütmenin siyasi kararlarına müdahaleden kaçınma şeklinde de ortaya çıkabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi veya soyut norm denetimi yoluyla önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini konu bakımından ele alarak, işlemin mahfuz, yasak veya ihtiyari alandan hangisine ilişkin olduğunu belirlemelidir. Yasak alana ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılması durumunda, kararnamenin; mahfuz alana ilişkin konularda kanun ile düzenleme yapılması durumunda ise kanunun iptal edileceğini söyleyebiliriz. Fakat ihtiyari alana ilişkin olarak, anayasa "hükümsüz hale gelir" lafzının nasıl uygulanacağına yönelik farklı görüşler ileri sürülebilecektir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetimde, "hükümsüz hale gelir" lafzının bir iptal nedeni değil, yokluğun tespiti kararına gerekçe olacağı ifade edilmektedir. Bir başka ifadeyle, Anayasa Mahkemesinin böyle bir durumda, iptal kararı değil, yokluğun tespiti kararı vereceği ifade edilmektedir. Ayrıca "*bu bir yokluk tespiti olduğu için adli ve idari yargı organlarının da, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın kendilerinin verebileceği bir karar*" olduğu belirtilmektedir. [50] Öncelikle, belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetiminde görevli ve yetkili mahkeme Anayasa Mahkemesidir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin "hükümsüz hale geldiğine" ilişkin "tespit kararının" farklı yargı mercileri tarafından yapılması, yetki tecavüzü olmasının yanı sıra uygulamada farklı mahkemelerin farklı yönlerde karar verebilecek olması nedeniyle karışıklık çıkartabilecektir. İlgili durumun tespitinin, ancak ve ancak Anayasa Mahkemesi tarafından soyut veya somut

49 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 46.

50 Ibid., 45 dp.30.

norm denetimi yoluyla yapılabileceğini ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek karara diğer yargı mercilerinin uyması gerektiğini söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili uyuşmazlığa ilişkin karar verilmeden önce, idare tarafından kanunun mu yoksa Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin mi pratikte uygulanacağı tereddütü ortaya çıkabilir. Yürütmenin fiili gücü nedeniyle uygulayıcıların kanuna rağmen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini uygulamayı tercih edebileceği ifade edilmektedir. [51] Gerçekten de pratikte, kanun ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi arasında uyuşmazlık olduğu tespit edilirse, idarenin bu tespiti kendi iradesiyle ortaya koyma görev ve yetkisi olmadığından, idare Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini esas alarak uygulama gerçekleştirmeli, bu uygulama neticesinde uyuşmazlık, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmelidir.

Son olarak, doktrinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasının, bu işleme yasama işlemi niteliği kazandırmayacağı ifade edilmektedir. [52] Ayrıca, Anayasa Mahkemesine Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanuna uygunluğunu denetleme görevinin verilmesini, anayasallık denetimini yasallık denetimine, Anayasa Mahkemesini de Danıştay'a dönüştüreceği belirtilmektedir. [53] Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanuna uygunluğunu değil, anayasada düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin usul ve esaslar açısından denetim yapacaktır. Yürütme işlemi olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yargısal denetimine verilen önem nedeniyle bu görevin Anayasa Mahkemesine verilmesi, Anayasa Mahkemesinin görev alanını genişletebilir ama yargısal denetimin sadece idari işlem boyutuyla olmayacak olması Anayasa Mahkemesinin anayasal yargıdan uzaklaştırıp idari yargıya yaklaştırmayacaktır.

2. Yürütme İşlemi Denetimine İdari Yargı Denetiminin Yansıması

Yürütme işleminin denetiminde teknik olarak idari işlemin unsurları açısından bir yaklaşım yapılabileceği ifade edilebilir. Nitekim doktrinde, idari işlem teorisi açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin incelenmektedir. [54] İdari işlemin unsurları açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ele alınırken, yetki, şekil, sebep ve konu açısından anayasada açık düzenlemelerin yer aldığını,

51 Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," 33-34.

52 Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?," 7; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 376; Mehmet Boztepe, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2018): 28.

53 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 376.

54 Boztepe, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi," 13 vd.

amaç unsuru bakımından ise "yürütmeye ilişkin" olması nedeniyle yürütmenin siyasi karar alma mekanizmalarını ortadan kaldırmayacak bir denetimin olmasının isabetli olacağını söyleyebiliriz. Bu nedenle yargısal denetimin sınırları açısından yürütmeye ilişkin işlemlerin siyasi içeriğini, bir başka ifadeyle "yürümenin tasarrufunu" ortadan kaldırmayacak bir yargısal denetim mekanizması işletilmelidir.

İdari işlemin unsurlarından yola çıkarak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin unsurlarının incelenmesi şu şekilde yapılabilir: Yetki unsuru açısından; Anayasa md.104'te açıkça belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi doğrudan ve sadece Cumhurbaşkanına aittir. Şekil unsuru açısından; Anayasa md.104'te, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Resmi Gazetede yayımlanacağı, yayımdan sonraki bir tarih belirtilmemesi durumunda, yayımlandıkları gün yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Sebep unsuru açısından; Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yapılabilmesi için anayasa ve kanunlar tarafından belirlenmiş özel bir sebebin olmadığı ifade edilmektedir. [55] Konu unsuru açısından ise "*Anayasa değişikliği ile şekillenen 104/17 ye göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu "yürütme yetkisine ilişkin konular" dır. Buradan hareketle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu alanının genişletildiği ve Cumhurbaşkanın kararname çıkartma yetkisinin yürütme yetkisine ilişkin tüm alanları kapsadığı*" ifade edilmektedir. [56]

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yargısal denetimine idari yargı denetiminden yansıyabilecek bir diğer husus ise Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin iptal ya da "hükümsüzlüğünün tespiti kararı"na ilişkindir. Doktrinde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kanunun açıkça düzenlediği durumlarda, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği sorunun yaşanmayacağı, Anayasa hükmü gereğince, böyle bir durumda en başından itibaren kanunun uygulanacağının açık olduğu, kanunun uygulanmasının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin iptal edilmesine bağlı olmadığı ve Anayasa Mahkemesinin vereceği kararın durum tespiti olduğu ifade edilmektedir. [57] Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal ya da "hükümsüzlüğünün tespiti kararı" verilmesi halinde, bu kararın verildiği tarihten itibaren geçerli olması isabetli olacaktır. Aksi durumda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmasından kaynaklanan diğer hukuki tasarruflar tartışmalı hale getirecektir. Pek tabii ki, Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında bu hukuki tasarrufların iptali için idari yargıya başvurulabilecek ve idari yargı tarafından ilgili işlem iptal edilebilecektir. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararını, işlemin başından itibaren uygulamaya sokmak, idari

55 Ibid., 15 vd.

56 Ibid., 15.

57 Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," 33-34.

işlemin hukuka uygunluk karinesi açısından da eleştirilebilir. İdarenin işlem yaparken Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini es geçip / atlayıp doğrudan kanunu uygulaması, idarenin yetkisi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermesine ve fiilen farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

3. Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetiminin Sınırları

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasada düzenlenen ilke ve kurallara uygunluğu açısından yapılacak denetim, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek iptal kararları, prensip olarak geriye yürümeyecektir. [58] Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin yargısal denetiminin kapsamına ilişkin doktrinde var olan farklı görüşleri ifade etmiştik. Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin yargısal denetiminin sınırları ise ilgili düzenlemenin idari işlev kapsamında olup olmadığı ve dolayısıyla idari işlem olmayan düzenlemelerin denetiminin nasıl olacağı açısından çözümlenebilecektir.

Doktrinde, hukukumuzda eleştirilen ve farklı yaklaşımların mevcut olduğu, varlığı ya da yokluğu tartışmalı olan "hükümet tasarrufları" teorisinin kamu hukuku gündemine tekrardan gelebileceği ifade edilmektedir. Cumhurbaşkanının devletin başı ve yürütme organı olarak yaptığı işlemlerin [59], siyasal nitelikli karar olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla yargı denetimi kapsamı dışında tutulabilmesi durumunda, idari fonksiyonun dışında, yürütme işlemi kategorisinin varlığı ileri sürülebilecektir. [60]

Gerçekten de, anayasa değişiklikleri sonrasında Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin yeni bir niteliğe bürünmesi ve yürütmeye ilişkin köklü değişikliklerin yapılması karşısında, ilgili düzenlemelerin "yürütme işlemi" olarak kabul edilmesi isabetli olabilecektir. Yürütme fonksiyonu kapsamında, siyasal niteliği ağır basan Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin [61] yürütme işlemi olarak kabul edilmesi ve yargısal denetiminin bu siyasal tercihi ortadan kaldırmayacak şekilde yapılması gerektiği söylenebilir. 1982 Anayasası öncesinde yargı kararları

58 Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 46.

59 *"Cumhurbaşkanının; genel seçimlerin yenilenmesine karar vermek, olağanüstü hal ilan etmek, olağanüstü hal süresinin uzatılmasını Meclisten talep etmek, kanunları yayımlamak, kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye geri göndermek, milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyetinin temsilcilerini göndermek ve Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak" ibid., 30.*

60 Ibid.

61 Örneğin; Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar ile politika kurul üyelerinin atanmasına ilişkin kararlar.

yoluyla uygulanan "hükümet tasarrufları teorisi"nin günümüzde birebir aynı şekilde kabul edilmesi ve uygulama alanı bulması isabetli olmayacaktır. Zira, parlamenter sistemin olduğu, Bakanlar Kurulunun kolektif şekilde karar aldığı bir yürütme yapısının ortaya çıkardığı teori, günümüz Cumhurbaşkanlığı sisteminde birebir uygulanamayacaktır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı sisteminde, siyasal niteliği ağır basan yürütme işlemlerinin yargısal denetimi, bu siyasal tercihi yani yürütmenin tasarrufunu ortadan kaldırmayacak şekilde yapılabilecektir. Yürütme işlemlerinin denetiminde, yargının siyasal nitelikteki yürütme tasarrufunu ortadan kaldırmaması ise "yürütme tasarrufları teorisi" olarak isimlendirilebilir.

Yürütme işleminin yargısal denetiminin, siyasal tercihin yani yürütmenin tasarrufunu ortadan kaldırmayacak şekilde yapılması, bu işlemlerin tamamen yargı denetimi dışında tutulması gerektiği anlamına gelmemektedir. Aksine yargı denetimi, anayasada düzenlenen hususlar çerçevesinde gerçekleştirilmeli fakat yürütmenin siyasi tercihi, yargı tarafından verilmemelidir.

Belirtmek gerekir ki, yargının siyasi içeriği kendi kendine denetlemekten imtina etmesi, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü, yargı, görev ve yetkisi dahilinde olmasına karşın siyasi tercihin denetiminden kendi kararıyla uzak durmaktadır. Aksine durum, siyasi tercihin esasının incelenmesi, yargının yürütmeye müdahalesi niteliğinden olacağından, erkler aykırılığı ilkesine, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir. [62]

C . OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yargısal Denetimi

Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilecektir. Anayasada bu kararnamelerin kanun hükmünde olduğu ise açıkça düzenlenmektedir. Dolayısıyla OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin tabi olduğu hukuki rejim ve dolayısıyla yargısal denetimi farklı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerin yeni sisteme uyarlanmış halidir. [63] Dolayısıyla OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek; kararname ile temel hak ve hürriyetler durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilecek; milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmeyecek; çekirdek alana dokunulmayacaktır. [64]

62 Ömer Faruk Erol, "Hukuk Devleti İlkesi Işığında Hükümet Tasarrufları Teorisi ve Yargısal Denetimi," *Kamu Hukuku Arşivi. KHUKA* 2013, no. 2: 88-89.

63 Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," 26.

64 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 382-83.

III. Değerlendirme ve Sonuç

Yerindelik ve siyasi boyut taşıyan tartışma konularının, teknik hukuki tartışma konuları ile karıştırılmaması gerekmektedir. [65] Dolayısıyla 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile gerçekleştirilen değişikliklere ilişkin tartışma konularını dikkatlice ele almak gerekmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yeni yürütme sistemi olan Cumhurbaşkanlığı Sisteminde, Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerinin tabi olduğu hukuki rejim ve bunların yargısal denetimine ilişkin ilke ve yaklaşımlarda esaslı değişiklikler meydana gelmiştir.

Anayasa değişikliği sonrasında yürütme, hem yapısal hem de fonksiyonel olarak değişikliğe uğramıştır. Yapısal olarak idari teşkilatlanmada Cumhurbaşkanının tek başına yürütmenin başı olması yer alırken, fonksiyonel olarak yürütmenin "yetki"si "görevi"ne göre daha öne çıkmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile yürütmeye ilişkin doğrudan düzenleme yapabilecek olması, yürütmenin "yetki" yönünü güçlendirmektedir. Fonksiyonel anlamda köklü değişiklik niteliği taşıyan düzenlemelerin hem pratik uygulaması hem de yargısal denetimine ilişkin farklı görüşlerin olması çok doğaldır.

Yargı organları tarafından Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerine ilişkin henüz bir karar verilmemiş olması, ilgili yönlendirmenin akademik çalışmalarla yapılmasını gerekli kılmaktadır. Hem bu akademik çalışmaların hem de muhtemel yargı kararlarının, anayasa değişikliklerinin özünü ortadan kaldırmayacak ve sistemin hukuk devleti ilkesi kapsamında işlerliğini sağlayacak şekilde olması isabetli olacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

65 Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler GöTüRüYor?," 7.