

CEZA HUKUKU VE KABAHATLER HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Doç. Dr. Murat Volkan Dülger*

Türkiye'nin 16 Nisan 2017 tarihli halk oylaması sonucunda Anayasa'da yapılacak değişiklikleri resmen kabul etmesi yeni bir tartışma noktasını doğurmuştur: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri. Söz konusu değişikliklerle Cumhurbaşkanına kararnama çıkarma yetkisi verilmiş olup ulusal hukukumuz açısından yeni bir yasal düzenleme türü öngörülmüştür. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme organının başını oluşturan Cumhurbaşkanı'nın idari alanda düzenleme yapma yetkisini içeren hukuki düzenlemeleri ifade eder. Buna göre 1982 Anayasası ile yürütme yetkisi¹ kendisine tanınmış olan Cumhurbaşkanı, başkaca herhangi bir yasa hükmüne ihtiyaç duymaksızın çeşitli alanlarda karar alma ve düzenleme yapma yetkisini haizdir.

Belirtilmelidir ki, bu yetki, ilk kez 2017 Anayasa değişiklikleriyle getirilmiş olup; ulusal hukukumuz açısından yeni bir yasal düzenleme, başka bir deyişle yeni bir yetki türüdür². Böylelikle Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapması istisna olmaktan çıkarılmış, karşılıklı imza (üçlü kararnameler gibi) ilkesi kaldırılmış ve Cumhurbaşkanı idarenin başı ve tek başına işlem yapan bir yürütme organı haline getirilmiştir. Bu nedenle de öngörülmüş olduğu tarihten bu yana özellikle niteliği, kapsamı ve denetim mekanizmaları bakımından birçok tartışma konusunu da beraberinde getirmiştir. Zira bizim açımızdan oldukça güncel olan bu konu, bununla doğru orantılı olarak birçok belirsizliği de içermektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ne tür bir yasal düzenlemedir, herhangi bir düzenleme biçiminin içine dahil edilebilir mi, yoksa tek başına ayrı bir tür müdür, daha da önemlisi bu kararnamelerle getirilen kuralların niteliği nedir? Cumhurbaşkanı, hangi konularda kararnama çıkarma suretiyle düzenlemeler getirebilir, belli bir sınırı ve kapsamı var mıdır, yoksa istediği her alanda bu yolla düzenleme yapabilir mi? Cumhurbaşkanının çıkardığı kararnamelerin yürürlüğe girmesi için başka bir organ veya makam tarafından denetlenmek veya onaylanmak üzere herhangi bir aşama öngörülmüş müdür, yoksa cumhurbaşkanının çıkarması ve yayınlaması bu düzenlemelerin yürürlüğe girerek hüküm doğurması için yeterli midir? Cumhurbaşkanı kararnameleri ile getirilen kurallara mutlak surette uyulmalı mıdır, haklarının zarar gördüğü iddiasında olanlar veya ilgililer tarafından yargı yoluna başvurulabilir mi? Son olarak, kararname hükümlerine uyması gereken kişilerin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin herhangi bir yaptırımı var mıdır?

Görüldüğü gibi, her ne kadar Anayasa değişikliğiyle bu yeni düzenleme türü resmen getirilmiş olsa da, esasen bu husus açıklığa kavuşturulmuş değildir; aksine bununla beraber birçok soru işareti, belirsizlik içeren noktalar ve tartışma konuları da getirilmiştir. İşte bu makalede Anayasa hukuku esaslarından yola çıkarak cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliği, kapsam ve sınırları ve bunlara karşı başvurulabilecek hukuki yolların var olup

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Bilişim Hukuku öğretim üyesi / Avukat.

¹ 1982 Anayasası, madde 104 – Görev ve yetkileri: “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.”

² Bu konuda geniş ve detaylı bilgi için bkz: **Özen Ülgen**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2018, s. 3-39.

olmadığına ilişkin açıklamalarda bulunmaya çalışacağım. Ayrıca bizim açımızdan önemli olan bu kararnamelerle ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından düzenleme yapıp yapılamayacağı konusunu ele alacağım. Bundan sonra kararname hükümlerine uyulmaması halinde bunun ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından herhangi bir yaptırıma tabi olup olamayacağını yanıtlamaya çalışacağım.

Belirtilmelidir ki, cumhurbaşkanlığı kararnameleri ulusal hukukumuz açısından yeni bir yasal düzenleme olması sebebiyle yukarıda belirtilen sorulara ilişkin ne anayasa hukuku ne de ceza hukukunda görüş birliğine varılan cevaplar bulunmamaktadır. Bu nedenle her ne kadar mevcut olan incelemelere ve açıklamalara da yer verecek olsam da; makalenin ağırlıklı olarak konuya ilişkin değerlendirme ve görüşlerimi içereceği unutulmamalıdır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

1. Ortaya Çıkış Süreci

Yukarıda da ifade edildiği gibi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ulusal hukukumuzda ilk kez 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliğiyle beraber girmiştir. Bununla birlikte bu yenilik bir süreci ifade etmekte ve konunun daha iyi anlaşılması bu sürecin kısaca açıklanmasını gerektirmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasal olarak öngörülmesi özetle şu aşamaları içerir³:

- Türkiye, 10 Ağustos 2014 tarihinde ilk kez cumhurbaşkanını seçmek üzere sandığa gitti⁴. Böylece bu tarihte halk oylamasıyla ilk kez cumhurbaşkanı seçilmiş oldu.
- 10 Aralık 2016’da TBMM Başkanlığı’na 316 vekilin imzası ile “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Bir Kanun Teklifi” sunuldu.
- Teklif 21 Ocak 2017 tarihi itibarıyla çeşitli değişiklikler yapılmakla beraber TBMM tarafından kabul edilerek yasalaştı.
- “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 10 Şubat 2017 tarihinde cumhurbaşkanı tarafından onaylandı.
- Daha sonra, Kanun, Anayasa’nın ilgili maddeleri gereğince halk oylamasına sunuldu.
- Yapılan halk oylamasında “evet” oylarının yarısından fazlayı oluşturması sebebiyle söz konusu Kanun kabul edilmiş ve dolayısıyla da Anayasa değişiklikleri kabul edilmiş oldu.

İşte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, bu halk oylamasıyla kabul edilen 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵”un Anayasa’nın 104. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 8. maddesi ile ilk kez düzenlenmiş ve hukuk düzenimize girmiştir. Bu değişiklik ileride de açıklanacağı üzere hukukçular ve kamuoyu tarafından en çok tartışılan ve eleştirileri çeken husus olmuştur.

³ Sürece ilişkin daha detaylı bilgi için bkz: **Vahap Coşkun**, “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 36, 2017, s. 4-7.

⁴ 2007 yılında, 5678 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceği düzenlenmiştir.

⁵ Kanunun tam metni için bkz: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>.

2. Kapsam ve Sınırları

Söz konusu Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına Anayasada belirtilen kanuni sınırlara uymak kaydıyla her konuda kararname çıkarma yetkisi verilen başlıca konular şu şekildedir:

- Üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine son verme ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi.
- Cumhurbaşkanının, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesi.

Bu düzenleme uyarınca, Cumhurbaşkanı, ilk olarak üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları kararnameyle düzenleyebilecektir. Ancak değişiklik hükmünde geçen “*üst düzey kamu yöneticileri*” kavramıyla neyin kastedildiği ve dolayısıyla bu kavramın içine kimlerin dahil olduğu tam olarak açıklanmış değildir. Öte yandan bu kavramın kapsamına ilişkin olarak 703 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁶’ne göre; daire başkanı üstü kadrodakilerin bu unvana sahip olacakları ve bu kadro için özel ve kamu sektöründen atama yapılabileceği belirtilmiştir. Yine söz konusu kararnamede 4 yıllık üniversite mezunu olan ve 5 yıl çalışma şartını sağlayabilenlerin atanabileceği belirtilmekle birlikte henüz diğer yasalarda ilgili kavrama ilişkin herhangi bir tanımlama yer almamaktadır. Öğretide ise bu kavramının açıklanmasının daha sonraya bırakılan bir iş olduğu düşünülmüştür⁷.

Cumhurbaşkanı, ikinci olarak yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarma yetkisini haizdir. Bu düzenleme, esasen baştan sona belirsizlik içermekle birlikte, konuya ilişkin tartışmalara aşağıda değinilecek olup bu noktada yalnızca yetkinin kapsamı açıklanacaktır. Buna göre Cumhurbaşkanının kararname yapma yetkisi yukarıda belirtilen her iki konuya özgü şeklinde düzenlenmiştir. Öte yandan şu konulara ilişkin kararname çıkarılamayacağı belirtilerek Cumhurbaşkanının yetkisi konu unsuru açısından bir sınırlandırmaya tabi tutulmuştur:

- Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.
- Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.
- Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.
- Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.

⁶ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709m3.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709m3.htm>

⁷ Coşkun, Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, s. 17.

- Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hangi konularda çıkarılamayacağını düzenlenmesi, esasen bu yetkinin sınırsız ve mutlak olmadığını açıkça ifade eder. Yürütme organının etkin ve güçlü kılınması adına Cumhurbaşkanına bu tür bir yetkinin verilmesi olağan ve sınırlama konuları yerinde görülmekle birlikte, düzenlemenin uygulanması noktasında ciddi endişeler bulunmaktadır⁸. Nitekim Türkiye’de yapılan bütün düzenleme ve değişikliklere yönelik eleştirilerin büyük çoğunluğu teorik açıdan olmayıp, bu düzenlemelerin pratik olarak uygulanmasına ilişkindir. Bu konu özelinde de endişelerin, uygulamaya yönelmesi şaşırtıcı değildir.

3. Hukuki Niteliği

Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisi, başkanlık sistemine özgü yönetsel bir unsur olarak ortaya çıkmıştır. Sistemin doğasına bakıldığında kendiliğinden ortaya çıkan bu doğal yetki, tek kişiden oluşan yürütme organının söz hakkı sahibi olduğu alana ilişkindir. Ayrıca söz konusu sistemle kendisine geniş ve kapsamlı yetkiler verilen yürütme, bu yolla kendi yetkinliğini gösterir⁹. Bu yetkinin hukuki niteliğini idare hukukuna özgü idari işlem bakımından ve normlar hiyerarşisindeki yeri bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekir:

a. İdari İşlem Bakımından

Anayasa’nın hangi konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğine ilişkin hükümlerine bakıldığında, bu kararnamelerinin konularına göre bazılarının birel-düzenleyici idari işlem; bazılarının ise kaynağını doğrudan Anayasadan alan yürütme işlemi niteliğinde olduğu görülür. Örneğin, üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasına veya görevden alınmasına ilişkin bir kararname birel-düzenleyici işlem niteliğindedir. Öte yandan bu kişilerin atanmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi yürütme işlemi niteliğindedir¹⁰. Zira bu tür bir kararname kişinin belli bir statüye sokulmasını veya belli bir statüden çıkarılmasına öngören subjektif ve bireysel niteliklere sahiptir.

b. Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Bakımından

En büyük belirsizliklerden biri de, bu kararnamenin hangi tür yasal düzenleme olarak kabul edileceği ve yazılı hukuk kuralları arasında uyum derecesi ile alt-üstlük ilişkisini ifade eden normlar hiyerarşisinde hangi basamakta yer alacağına ilişkindir. Özellikle kanun hükmünde kararnameler ile aynı nitelikte olup olmadığı daha da ötesi bunların yerini alıp alamayacağı üzerinde durulmaktadır. Zira yeni sistemde olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerin varlığına son verilmiştir.

Belirtilmelidir ki, bu sorunun açık ve kesin bir cevabı bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin herhangi bir yasal düzenleme türünün içerisinde yer

⁸ Coşkun, Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, s. 19.

⁹ Muharrem Kılıç, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 2017; bkz: <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/prof-dr-muharrem-kilic/595941.aspx>.

¹⁰ Turan Yıldırım, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, s. 15, 16.

almadığı, başlı başına ve kendine özgü bir yasal düzenleme türü olduğu açıktır. Dolayısıyla bu noktada öncelikli olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesini KHK ve Tüzük gibi diğer yasal düzenlemelerden ayırmak gerekir. Zira söz konusu düzenlemelerin nitelikleri göz önünde bulundurularak anlaşılmalı çalışılması özellikle kapsam ve sınırlarındaki farklılıkları nedeniyle birçok hatalı sonucu da beraberinde getirecektir. Bunu yeni bir kurum olarak ele alarak sonuca ulaşılmalıdır¹¹. Ayrıca ifade etmeliyim ki bu sistemde Bakanlar Kurulu kaldırıldığı için artık tüzük ve KHK çıkarılması da sona ermiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kendi başına bir düzenleme olduğunda şüphe bulunmamakla birlikte hukukun yazılı kaynakları arasında hiyerarşik olarak hangi sırada yer alması gerektiği tartışmalıdır. Bunu olağanüstü hâl kararnameleri ve olağan hal kararnameleri olarak ikiye ayırarak incelemek gerekir:

- **Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri**

Anayasanın “Olağanüstü hâl yönetimi” başlıklı 119. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında¹² öngörülen olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu Anayasada açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu açıdan herhangi bir tereddüt yoktur.

- **Olağan hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri**

Tereddütlerin yaşandığı esas nokta ise Anayasanın ilgili fıkralarında belirtilen durumların haricindeki dönemlerde çıkarılan olağan haldeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin¹³ hangi sırada yer alacağıdır. Olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlarda değişiklik yapılamaması ve çatışma halinde uygulama önceliğinin kanunlarda olması nedeniyle bu kararname türünün kanun kuvvetinde olması mümkün değildir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanacaktır (AY. m.104/17). Ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Dolayısıyla bu kararname hükümlerinin kanun hükümleri ile aynı düzeyde kabul edilebilmesi mümkün değildir¹⁴.

Eski sistemde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK’lar ve tüzüklerin varlığına son verildiğinden bu açıdan bir değerlendirmede bulunmayacağım. Ancak mevcut KHK’lar ve tüzükler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hükümleri arasında bir çatışma olduğunda hangisinin uygulanacağı anayasa hukukçuları tarafından cevaplanması gereken önemli bir sorudur.

¹¹ M. Artuk Arıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 75, S. 3, 2017, s. 49.

¹² Anayasa – Olağanüstü hal yönetimi – Madde 119: “(6) Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. (7) Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

¹³ Çalışmanın esas konusunu olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri oluşturduğundan metin içerisinde yer alan “kararname” kavramından yalnızca bu tür anlaşılmalıdır.

¹⁴ Arıçoğlu, s. 49.

Yönetmeliklerle yapılacak bir karşılaştırmada ise, yönetmelik hükümleriyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ihdas usulünün düzenlenemeyeceği açık olduğundan kararnamelerin yönetmeliklere kıyasla daha güçlü konumda olduğunu söylemek gerekir.

Yapılan açıklamalar ışığında mevcut sistemde normlar hiyerarşisinin şu şekilde olacağı söylenebilir¹⁵:

- Evrensel Hukuk İlkeleri ve Anayasa,
- Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar,
- Kanun –Temel hak ve özgürlükler dışındaki alanları düzenleyen milletlerarası antlaşmalar – Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri,
- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri,
- Yönetmelik,
- Düzenleyici işlemler¹⁶.

4. Suç ve Ceza İçeren Normlar Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Düzenlenebilir Mi?

Buna göre tartışılması gereken soru, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile suç ve ceza içeren normlarda değişiklik yapıp yapılamayacağı, bu düzenlemelerle yeni suçlar konulup konulamayacağı ya da mevcut suçların kaldırılıp kaldırılmayacağıdır.

Öncelikle ifade etmeliyim ki Anayasa değişikliklerinin yürürlükteki normlarla birlikte yorumlanmasından çıkacak sonuç; Anayasada “münhasıran” kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda Meclisin kanun yapabileceğidir¹⁷.

Bu belirlemeden sonra, söz konusu soruya yanıt verebilmek için, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasanın değişik 104. maddenin 17. fıkrasında “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” cümlesindeki “münhasıran” sözcüğünün anayasa hukuku bakımından ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekir. Anayasanın hiçbir hükmünde “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen” bir konu yoktur. Bu sözcükten anlaşılması gereken “ancak” veya “sadece” yasayla düzenleme yapılması gerekliliği ise, Anayasanın 13. maddesinin delaletiyle temel hak ve özgürlükler ile ilişkili konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı söylenebilir¹⁸.

Bu sorunun yanıtı için Anayasanın 13. maddesine de bakmak gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda niteliksel bir ayrım yapmayan bu hüküm,

¹⁵ Ardiçoğlu, s. 49

¹⁶ Belirtmek gerekir ki, kararnamelere karşı yargı yolunun açık olup olmaması bakımından idare mahkemesi kararları ile de karşılaştırmalar yapılmaktadır. Bazı yazarlara göre kararname hükümleri idare mahkemesi kararları ile iptal edilebilir olduğundan, idare mahkemesi kararlarının altında yer almalıdır. Bkz: Salih Taşdöğen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S.3, 2016, s. 963.

¹⁷ Ardiçoğlu, s. 38.

¹⁸ Ardiçoğlu, s. 38.

sınırlandırmaların sınırını ve biçim olarak bunun yasa ile yapılması gerekliliğini düzenler. Buna göre, hem pozitif statü hakları hem de negatif ve aktif statü hakları, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen özel sebeplerine bağlı olarak ancak yasayla sınırlanabilecek ve bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin genel çerçevesini çizen Anayasanın 104/17. maddesinde yer alan düzenlemenin bu madde ile ilişkisinin belirlenmesi; özellikle yukarıda da anılan fıkrada yer alan ilk üç cümleye anayasal bütünlük içinde bir anlam vermek gerekir¹⁹. Bu üç cümle sırasıyla şöyledir: “1. Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. 2. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. 3. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.”

İkinci cümle, bir konu sınırı getirmekle beraber, esas olarak pozitif statü haklarının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceğini öngören bir alan yaratmaktadır. Diğer iki cümle ise bu alanının sınırlarını çizmektedir. Buna göre söz konusu kararnameler ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilirler ve münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılamazlar. Şu iki husus da bir sonuca varmadan önce değerlendirmeye alınmalıdır. Birincisi, ilgili fıkranın devamında yer alan cümlelerde, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna eş bir hukuk kaynağı olmadığının açıkça düzenlenmiş olması; ikincisi sınırlama ile düzenleme arasındaki farktır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca varılabilir:

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasada özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş pozitif statü haklarına ilişkin düzenlemeler yapılabilir, ancak bunlara bir sınırlandırma getirilemez. Zira, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yürütme yetkisinin kapsamında olmayıp, yasama organının yetkisindedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile, Anayasada sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde düzenlenmiş anayasal hakların hayata geçirilmesi konusunda devlete verilen pozitif görevlere ilişkin tedbirler düzenlenebilecek ancak kişilerin bu haklardan yararlanması kısıtlanamayacak veya ödev niteliğinde yükümlülükler getirilemeyecektir. Bu tür kısıtlama ve yükümlülükler, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması kapsamında olduğundan, anayasal sınırlar içinde yasama organı tarafından kanunla yapılabilecektir²⁰.

Bu açıklamalar ışığında Anayasa’nın 104/17. maddesinde, olağan döneme ilişkin olarak, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanına genel olarak asli bir düzenleme yetkisi tanındığı görülmektedir. Ancak düzenlemenin hemen ardından bu yetkinin sınırları belirlenmektedir. Birinci sınır, yetkiye ilişkin düzenlemede yer alır. Buna göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir, yasama ve *yargı yetkisine* ilişkin konularda çıkarılması mümkün değildir. İkinci sınır, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin düzenleme yapma

¹⁹ Ardiçoğlu, s. 40.

²⁰ Ardiçoğlu, s. 40, 41.

yasağıdır. Üçüncü sınır ise, Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkin düzenleme yapma yasağıdır²¹.

Sonuç olarak suç ve ceza içeren normlar da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olduğu için bunların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılması mümkün değildir.

5. Ceza Muhakemesi Normları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Düzenlenebilir Mi?

Ceza Muhakemesi Hukukuna ilişkin normların bazıları yargılamanın nasıl olacağını düzenlerken, bazıları muhakemede yer alan sùjelerinin hak ve yükümlölüklerini, bazıları verilen kararlara ilişkin kanun yollarını bazılarının ise koruma tedbirlerini içermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle “yargı yetkisine” ilişkin bir düzenleme yapılamayacağı açık bir biçimde belirtildiğine göre Anayasanın 104/7. maddesine göre CMK ya da diğer muhakeme yasaları ve bunların nasıl uygulanacağını gösteren yönetmeliklerde düzenleme yapılamaması gerekir. Ayrıca ve özellikle koruma tedbirleri muhatap aldığı kişinin isteğine aykırı olarak zorlayıcı ve bu kişilerin bazı temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı düzenlemelerdir. Dolayısıyla *“Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin düzenleme yapma yasağı”* gereğince de bu alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılması mümkün değildir.

6. Denetim Usulü

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuka uygunluk iddiasının haklılığından bahsedebilmek herhangi bir koşula tabi tutulmuş mudur? Bir kararnamenin hukuka uygun olduğundan bahsedebilmek için hangi özelliklere sahip olması veya hangi aşamaları geçirmesi gerekir? Yoksa cumhurbaşkanı tarafından düzenlenerek yürürlüğe konulması hukuka uygunluğu için yeterli midir? İşte tam da bu noktada mevcut olan hukuk ile olması gereken hukukun karşılaştırılması gerekir.

Kararnamelerin hukuka uygunluk denetiminin yürürlüğe girmeden önce ve yürürlüğe girdikten sonrası olmak üzere iki döneme ayrılması gerekir:

a. Cumhurbaşkanına Tanınan Bu Yetkide Herhangi Bir Filtreleme Yöntemi Öngörülmemiştir

Yasal bir düzenlemenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için, yürürlüğe girmesinden önce bunun için çeşitli koşullara tabi tutulması sağlanabilir. Düzenleme yetkisine sahip kişi tarafından düzenlendikten sonra başka bir makam veya organın denetimi veya onayı bunun en yaygın yoludur. Bu şekilde, hukuk kurallarının oluşması tek bir kişi veya makamın iradesine bırakılmayarak evrensel hukuk ilkelerine uygunluğu temin edilmiş olur.

Dünyanın başkanlık sistemiyle işleyen rejimlerin olduğu ülkelerin neredeyse tamamında başkana, yürütme ve yönetim işlevini yerine getirirken birlikte çalışacağı kendi kadrosunu atama yetkisi verilmiştir. Bunun gibi birbirinden farklılık arz etmekle birlikte yürütme alanına

²¹ Ülgen, s. 27.

ilişkin birçok konuda düzenleme yapma yetkisinin de tanındığı görülür. Bu yetki esasen olağan olduğu gibi sistemin kendi doğası göz önünde bulundurulduğunda gereklidir de. Bununla birlikte bu atamalar çoğu zaman bir başka kurum veya organın onayına veya denetimine tabidir. Örneğin, başkanlık sisteminin en yoğun şekilde uygulandığı ABD’de başkanın, bakan (secretary) veya büyükelçi gibi üst düzey kamu görevlilerine ilişkin atamaları için Senato’nun onayı gerekir²². Böyle bir durumda kararname çıkaracak olan başkan, bu organın da iradesini de dikkate alacaktır ve bu organdan onay alabilmek için hukuka uygun bir kararname çıkarabilmek için çaba sarf edecektir.

Ancak ulusal hukukumuz bakımından cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümlerde onayı alınması gereken bir organ ve onay aşaması öngörülmemiştir. Cumhurbaşkanı, kararname çıkarırken tek yetkili bir pozisyonda düzenlenerek neredeyse mutlak bir takdir yetkisine sahip kılınmıştır. Bu durum, özellikle yasama-yürütme dengesinde tehlikeler yaratabilecek niteliktedir.

b. *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Karşı Yargı Yoluna Başvurulabilir mi?*

Yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmesi ve hükümlerini doğurması için yetki sahibi olan kişi veya makamın işlemlerinden başka bir aşamayı gerektirmemesi öngörülebilir. Özellikle böyle durumlarda, bu düzenlemelere karşı yargı yolunun açık olup olmadığı gündeme gelir. Cumhurbaşkanının, özellikle Anayasa değişikliklerinden sonra oldukça geniş yetkilere sahip kılınması bu kararnamelerin de akıbeti noktasında endişe yaratmaktadır. Öyle ki Cumhurbaşkanının yetkilerinin sınırsız ve muğlak olduğu dahi öne sürülmekte ve bu husus eleştirilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme alanında düzenlemeleri içerebilecek ve sosyal ve ekonomik haklar ile idari teşkilat ve işleyişe ilişkin belirli hak ve yükümlülükler öngörülebilecek nitelikte bir hukuki düzenlemedir. Dolayısıyla bu kararname ile kişilere bir hak tanınması mümkün olduğu gibi bu kişilerin bir sorumluluk altına sokulması da söz konusu olabilir. Peki hak veya sorumluluk altına sokulan kişilerin, bu hükümlere karşı yargı yoluna başvurmaları mümkün müdür? İşte bu düzenlemenin en tartışmalı noktasını bu oluşturur. Zira hukuk devleti olma idealinde olan bir devletin, kişilere, her karar veya yasal düzenlemeye karşı yargı hakkını kullanabilme hakkını vermesi gerekir. Düzenleme, yürütme organının başı tarafından yapılmış olsa da, ilgilileri her zaman buna karşı başvuru veya şikayet haklarını kullanabilmelidir.

Peki bu kararnamelerin Anayasaya aykırılık iddiasını kimler, hangi süre içerisinde, hangi makama karşı ileri sürebilecektir?

Konuya ilişkin en açık düzenleme Anayasanın 148. maddesinde düzenlenmiş olup; buna göre Cumhurbaşkanı kararnamelerinin yargısal denetim yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne aittir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar.” Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya uygunluk

²² Coşkun, s. 17.

denetimi Anayasa'nın 150. ve 152. maddelerinde belirtilen “İptal Davası (Soyut Norm Denetimi)” ve “İtiraz Yolu (Somut Norm Denetimi)” yollarıyla sağlanacaktır.

i. İptal Davası (Soyut Norm Denetimi)

Anayasa'nın 150. madde hükümleri çerçevesinde; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İptal davası açma süresini düzenleyen 151. maddesine göre ise Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.

ii. İtiraz Yolu (Somut Norm Denetimi)

Anayasa'nın 152. maddesine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Yukarıda bahsi geçen Anayasa hükümlerinden yola çıkılarak iki farklı yorum yapılabilir: Bunlardan ilki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olduğudur. İkincisi ise Anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili olması sebebiyle Mahkemenin yalnızca kendi görev alanına giren konulara ilişkin, kanunlara eşit olan, “genel düzenleyici işlem niteliğindeki” kararnameleri denetleme yetkisine sahip olduğudur.

Her ne kadar Anayasa'nın 148. maddesinde bir ayırım yapılmamış olması sebebiyle sanki tüm kararnamelerin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceği anlaşılabilsede; bana göre genel düzenleyici işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı kararlarının Danıştay tarafından yargısal denetime tabi tutulması daha makul görünmektedir. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesinin yürütme ve idari işlem niteliğinde olan kararnameleri de denetleyebileceği sonucu çıkar ki, Mahkemenin böyle bir görev ve işlevi yoktur. Buradaki bir diğer önemli eleştiri konusu ise olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yargısal denetim yolunun kapalı olmasıdır. Gerekçe ne olursa olsun bir hukuk devletinde idarenin en üstündeki kişi de olsa yaptığı her türlü idari işlem ve eylemin yargının denetimine tabi olması gerekir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi yapılan Cumhurbaşkanı kararnamelerinin yanında Cumhurbaşkanı tarafından karar çıkarılması bir idari işlem niteliğinde olup ve bundan bahisle Anayasa'nın “Yargı yolu” başlıklı 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulabileceği gereğince bu kararların Danıştay tarafından idari yargı denetimine açık olması gerektiği de bir gerçektir. Belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi özelinde, Anayasa'da düzenlenen halinde, idari yargının açık olup olmadığı konusunda açık bir hüküm yoktur. Dolayısıyla kararnamelere ilişkin olarak verilen ve Resmi Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararlarının idari işlem niteliğinde olması sebebiyle idari yargının denetimine açık olması gerektiğini savunan

yazarlar olduğu gibi²³; konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle idari yargı yerleri tarafından böyle bir denetimin yapılamayacağını savunan yazarlar da bulunmaktaydı²⁴.

Burada Anayasanın sistematik ve teleolojik bir yorumuyla kararname üst başlığıyla yapılan işlemler arasında bir ayırım yapılmalıdır. Benim de tamamen katıldığım görüşlerinde Ülgen konuyu sistematik olarak şu şekilde belirtmektedir:

“Cumhurbaşkanının bireysel ya da genel düzenleyici nitelikteki işlemlerine genel olarak kararname adı verilmektedir. Yeni anayasal düzende tüm bu işlemler ve benzerleri tek başlı yürütmeyi oluşturan Cumhurbaşkanlığı tarafından gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla, Anayasa’da asli düzenleme yetkisi kapsamında olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bireysel işlem niteliğindeki kararnameler ve türevsel nitelikteki kararnamelerin birbirinden ayrılması gerekir. Zira Anayasa’nın öngördüğü özel Cumhurbaşkanlığı kararnamesi rejiminden farklı olarak, Cumhurbaşkanlığının diğer işlemleri, yürütme/idare işlemlerinin yargı kolu olan idari yargı tarafından denetlenmelidir... Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesinin yasa ve eşdeğer işlemlerin denetim organı olduğu, yasaya eşdeğer olmayan yürütme işlemlerinin ise idari yargının denetim alanında kaldığı görülmektedir. Bu doğrultuda, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmünde olduğu için Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmalıdır. Ancak, Anayasa bu denetimi açıkça yasaklamaktadır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun hükmünde olmamakla birlikte, asli yetki kullanımı olmaları açısından kanuna eşdeğer işlem niteliğinde kabul edilebilir... Anayasa’da özel olarak düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bu tanıma uymakta ve bu doğrultuda bu işlemlerin denetimi yasa ve eşdeğer işlemlerin norm denetimini yapmakla görevli Anayasa Mahkemesine verilmektedir. Bireysel idari nitelikteki işlemler ile diğer düzenleyici işlemler ise türev yetki kullanımı olarak bu yapıdan ayrılmaktadır”²⁵.

Bana göre idari işlem niteliğinde olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmayan ve Danıştay tarafından denetime tabi tutulan Cumhurbaşkanlığı kararlarının, idari yargıda denetlenebilmesi için Anayasa’nın belirtilen maddesi oldukça açıktır ve yeterlidir. Bunun için Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin olarak özel bir hükme ihtiyaç yoktur.

Ancak 9.7.2018 tarihli 3. Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 703 sayılı KHK’nin 184 ve 185. maddelerinde bu hususa ilişkin açık düzenlemeler yapılmıştır. Teoride ve uygulamada birçok hukukçunun gözünden kaçan²⁶ bu düzenlemelerin 184. maddesinde 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasında ve 185. maddesinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 2. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin yargı yolu belirlenmeye çalışılmıştır.

Bu konuda öncelikle belirtmekte istediğim husus, Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına verildiği Anayasanın 104.

²³ Ülgen, s. 6.

²⁴ Mehmet Kahraman/Ali Balkan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi”, International Journal of Academic Value Studies, Vol: 4, Issue: 19, 2018, s. 244.

²⁵ Ülgen, s. 7.

²⁶ Bu hukukçulardan birisi de benim! Beni bu konuda uyararak, makalemin ve görüşlerimin pozitif normlara uygun hale getirmemi ve düzeltmemi sağlayan ve bunu son derece nazikçe yapan Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Sayın Nida Malbeliği’ne hem mesleki dayanışması hem de nezaketi için çok teşekkür ederim.

maddesinde olmamasına rağmen “Cumhurbaşkanlığı kararı” çıkarılması yetkisinin verilmesidir. Bunun Anayasal bir dayanağı olmaması rağmen, yürütmenin başı olan ve yürütme yetkisini kullanacak olan bir Cumhurbaşkanı’nın yürütmeye ilişkin konularda karar alabilmesi olağan bir durumdur. Ancak bu düzenleme “esasen idarenin yetkisiz olduğu, ancak hukuk normlarıyla kendisine verilmiş yetkileri kullanabileceği” ilkesinin artık geçerli olmadığı mı sorusunu akla getirmektedir. Yine de kararname çıkarma yetkisine haiz bir yürütmenin karar da alabilmesini olağan karşıladığım gibi, buna ilişkin yargı yolunun düzenlenmesini de bu sınırlar için de olumlu bulduğumu ifade etmeliyim.

Konumuzu oluşturan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından ise öncelikle İYUK’a bakmak gerekir. İYUK’un “*İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*” başlıklı m. 2/2’ye göre “*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.*”

Bu düzenlemeye göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre idari yargı yolu açıktır, ancak kanunlarda olduğu gibi idari yargı yeri “yerindelik denetimi yapamaz”. Dolayısıyla bu düzenlemeden, yukarıda yapılan kararnamenin niteliğine göre yapılan ayırım uyarınca, genel düzenleyici işlem niteliğinde olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin de yine idari yargıya gidilebileceği sonucu çıkmaktadır.

Danıştay Kanunu’nun “*İlk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülecek davalar*” başlıklı 24. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde “*Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a) Cumhurbaşkanı kararlarına, b) Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere, ... Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.*” denilmektedir.

Bu düzenlemeye göre öncelikle Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa’da yer almayan Cumhurbaşkanı kararları dışındaki başkaca düzenleyici işlemler de yapabileceği sonucu çıkmaktadır. Öte yandan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı iptal davalarının istisnası olarak düzenlenmiştir. Peki bu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari yargının alanı dışına çıkarıldığı anlamına mı gelmektedir?

Söz konusu düzenlemelerin bu amaçla yapıldığına şüphe yoktur. Ancak bana göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’ın bakamayacağına ilişkin bir düzenlemedir. İlk derece idari yargı mahkemelerinde (idare mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri) dava açılması yasaklayan bir pozitif hukuk normu bulunmamaktadır. Kaldı ki bireylerin menfaatleri göz önüne alındığında; sosyal ve hukuki statülerinde değişikliğe sebep olan düzenleyici işlemlere karşı olarak ilk derece idari yargı mercilerinde dava açılması oldukça doğaldır. Dolayısıyla yukarıda yapmış olduğum ayırma göre bunlar hakkında idari yargıya başvurulabileceği söylenebilir. Ancak amaca uygun yorumla, Cumhurbaşkanlığı kararlarına ilişkin iptal istemlerine ilk derece mahkemesi olarak Danıştay bakarken, Anayasal dayanağı olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine idare mahkemelerinin bakabileceğini söylemek,

mahkemelerin kuruluşları ve yapılarıyla uyuşmamaktadır. Nitekim Danıştay'ın önüne Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin olarak bu şekilde bir iptal davası geldiğinde Danıştay Kanunu m.24 gerekçe gösterilerek kendilerinin görevli olmadıkları şeklinde karar vereceklerini düşünmekteyim²⁷.

Sonuç olarak bu düzenlemeler karşısında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve kararlarının yargısal denetimi bakımından teorik olarak idari yargı yolu kapanmış gibi görünse de pratik olarak bu yol kapanmamıştır.

Belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşılık idari yargı yolunun da açık olmasının özellikle bazı açılardan faydaları da bulunur. Bunlardan ilki, idari yargının anayasa yargısına kıyasla avantajlı yönlerine ilişkindir. Daha önce de belirttiğim gibi Anayasal denetime başvurmak soyut ve somut norm denetimleri yoluyla mümkündür ve bu yola başvurma hakkı herkese tanınmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açabilmek Cumhurbaşkanı ile TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tam sayısının en az beşte birine denk gelen üyelere tanınmış bir haktır²⁸. Anayasa yargısına başvurmak somut norm denetimi yoluyla da mümkün olur. Buna göre, davaya bakmakta olan bir mahkemenin, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde Anayasa'nın konuya ilişkin vereceği karar beklenir. Ancak bu durumda uzun bir süreç yaşanır ve gecikmeden dolayı ciddi zararlar doğabilir²⁹. İdari yargı yolunda ise bu tür sakıncalar söz konusu olmaz.

İkinci olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, idari işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi yoluyla anayasal denetimi hukuka aykırıdır. Zira Mahkeme'nin böyle bir görevi yoktur.

Bütün bu açıklamalar ışığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu ve niteliklerine göre yapılacak bir ayırmada Cumhurbaşkanının yürütme fonksiyonu içinde sayılabilecek kararnameleri için idari yargı; genel düzenleyici işlem olarak sayılabilecek kararnameleri için ise Anayasa yargısının açık olduğu söylenebilir³⁰. Buradan hareketle üst düzey kamu yöneticilerinin atamalarını düzenleyen bir kararname için idari yargı yolu açıktır. Buna karşılık

²⁷ Sayın **Malbeliği**'nin de konuya ilişkin benzer yöndeki görüşleri şöyledir: "703 sayılı KHK ile İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2 ve Danıştay Kanunu m. 24'te değişiklik yapılarak, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri idari yargı denetiminden çıkartılmıştır. Sadece Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı idari yargı yolu açık kalmıştır. Bu durumda kanaatimce yargılama faaliyeti dışında bırakmamak adına Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini Anayasa Mahkemesi'ne götürmekten başka çare şu an için yoktur. Elbette Anayasa'da idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu hükmü durdukça, İYUK ve Danıştay Kanunu'nda yapılan değişiklik bu işin idari yargıdan çıkartılmak istenmesi makul değildir. Ancak bu sebeple organik anlamda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri belki idarenin düzenleyici işlemidir ama maddi anlamda kanaatimce idari işlem olarak değerlendirilmemelidir. Elbette doğrudan kendisine yasama işlemi ya da yasama işlemine eşit dememizde mümkün olmayabilir ama sizin de belirttiğiniz gibi kendine özgü, bazı durumlarda kanuna denk, bazı durumlarda kanunun altında bir işlemdir. 703 sayılı KHK sonrası herhangi biri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşı idari yargıda dava açsa, İYUK ve Danıştay kanunu gerekçe gösterilerek dava reddedilecektir. Fakat Cumhurbaşkanlığı kararları, Danıştay Kanunu m. 24'ten çıkartılmamıştır. O nedenle onlara karşı ya da doğrudan bireyler hakkında tesis edilen birel işlemlere karşı idari yargıda dava açma hakkı bakidir."

²⁸ Anayasa – İptal davası – Madde 50: "Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir."

²⁹ Kahraman/Balkan, s. 244.

³⁰ Ardıçoğlu, s. 31, 32.

atamalara ilişkin esas ve usullerin öngörülmesi veya bakanlıkların oluşturulması veya kaldırılmasına ilişkin kararname kanunlara eşit, genel nitelikte bir düzenleme niteliğinde olduğundan anayasa yargısı denetimine tabi tutulacaktır. Zira, Cumhurbaşkanı, bu türde kararname hiçbir yasal dayanağa ihtiyaç duymaksızın doğrudan Anayasadan kaynaklanan yetkileri doğrultusunda tesis eder ve Anayasa yetkisi gereğince tesis edilen işlemin kanuna uygunluğundan söz edilemeyeceği için Anayasaya uygunluğundan bahsedilebilir³¹. Bu kuramsal açıklamalara rağmen Danıştay Kanunu ve İYUK'ta yapılan değişikliklerden sonra mahkemelerin bu yönde cesur ve hukuk oluşturan kararlar verebileceklerini düşünmediğimi de belirtmeliyim.

Anayasal denetim bakımından açıkça Anayasa Mahkemesi'ne bağlı olarak öngörülen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Mahkemenin görev alanına girmeyen konularda idari yargıya tabi olacağı gibi bir çözüme ulaşılmış olsa da, bunun kesin bir sonuç olmadığı ve bu nedenle yargısal denetimin kanunlarla açıkça düzenlenmeye ihtiyaç duyulduğu, Danıştay Kanunu ve İYUK'ta yapılan düzenlemelerin de bu anlamda yasal boşluğu gidermediğini düşünmekteyim. Zira idari organlar tarafından yapılan uygulamaların idare hukukunun konusu olduğu ve dolayısıyla idare mahkemelerinin görev alanına gireceği tartışmalı bir husus olup her zaman kesin olarak varılan bir sonuç değildir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı başvurulabilecek yargı yolları özellikle bu kararnamelerin konu ve niteliği göz önünde bulundurularak bu açıdan yapılacak bir ayırımla kanunlarla açıkça düzenlenmelidir³².

7. Yaptırım Usulü

Konuya ilişkin en tartışmalı hususlardan biri de bu kararnamelerle getirilen hükümlerin yerine getirilmemesinin nasıl sonuçlanacağıdır. Bu durum iki şekilde ortaya çıkabilir: İlk olarak bir kişi, kararname hükümleri gereğince yükümlülük altına sokulabilir ancak bu yükümlülüklerini tam veya gereği gibi yerine getirmeyebilir. İkinci olarak kararname hükümleriyle belli bir kişiye veya kesime belirli bir hak tesis edilir, ancak bu kişiler söz konusu haklarından yararlandırılmaz. Bu şekilde gerçekleşen, “uymama” veya “gereği gibi yerine getirmeme” eylemlerinin yaptırımları olacak mıdır, olacaksa bu yaptırım türü ve miktarı hangi hukuk disiplinine göre belirlenecektir?

a. Ceza Hukuku Açısından

Yasal düzenlemelerle getirilen usul ve esaslara uymamanın yaptırımı olarak akla ilk gelen her zaman ceza hukuku yaptırımlarıdır. Oysa ceza hukukunun son çare olması (ultima ratio) ilkesi gereğince en son akla gelen çare olması gerekir. Ceza hukukunun yaptırımları ise hapis cezası ve/veya adli para cezasıdır. Ayrıca belli bazı durumlarda güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir.

Cumhurbaşkanlığı kararname hükümlerine uymamanın da ilk olarak hapis cezası ve/veya adli para cezasına tabi olacağı düşünülebilir. Bununla birlikte neredeyse bütün dünya ülkelerinin ceza hukuklarında yer alan “*suçların ve cezaların kanuniliği*” veya “*kanunsuz suç*

³¹ Yıldırım, s. 17.

³² Yıldırım, s. 18.

ve ceza olmaz (nullum crimen nulla poena sine lege)” ilkesi ulusal hukukumuz açısından da geçerlidir. Buna göre, en genel ifadeyle, Türk Ceza Kanunu başta olmak üzere diğer kanunlarda da açıkça suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Suçlar ve karşılığı olan cezalar, ancak kanunla ihdas edilebilir, değiştirilebilir ve kaldırılabilir. Herhangi bir düzenleyici işlem kanun hükmünde de olsa, normlar hiyerarşisinde kanuna eş ve hatta üstün de sayılsa, teknik anlamda “kanun” formunda ve niteliğinde olmadığı takdirde bunla suç ve ceza konulması, kaldırılması ya da değiştirilmesi mümkün değildir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine uymamanın suç olarak düzenlenmediği açıktır. Dolayısıyla bu fiilin, ceza hukuku disiplini uyarınca herhangi bir yaptırıma tabi tutulması, başka bir deyişle bu fiili işleyen kimseye hapis cezası veya adli para cezasının uygulanması mümkün değildir. Aksi takdirde suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi açıkça ihlal edilmiş olacaktır. Yukarıda belirttiğim üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza oluşturulması da mümkün değildir. Ceza hukuku genel hükümler kitaplarının giriş bölümlerinde de yer aldığı üzere, idarenin düzenleyici işlemleriyle bunun yapılması mümkün değildir.

b. Kabahatler Hukuku Açısından

Kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık kabahat anlamına gelir. Öyleyse kişinin işlediği fiilin bir kabahat olarak tanımlanması, o fiilin idari para cezasına tabi olacağını gösterir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de idari işlem olarak kabul edildiğinden bu kararnameler ile getirilen hükümlere uymamanın yaptırımı ancak idari para cezası olabilir. İdari düzene aykırılıklar yani kabahatlerin neler olacağı kanun ya da diğer idari düzenleyici işlemlerle yapılabilir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de bir kabahatin oluşturulması mümkündür. Ancak bunun karşılığı olan yaptırım ancak kanun ile düzenlenebilir. O halde kabahatler açısından, kanunsuz kabahat yaptırım olmaz denebileceği için, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kabahat oluşturulmak istendiğinde Anayasadaki diğer kısıtlamaların yanı sıra bunun dikkate alınması gerekir.

Sonuç

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin yapılan açıklamalar ışığında varılan temel sonuçlar ve çözümler şu şekildedir:

- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 6771 sayılı “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un Anayasa’nın 104. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 8. maddesi ile ilk kez düzenlenmiş ve ulusal hukukumuza yeni bir yasal düzenleme ve yetki türü olarak girmiştir.
- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme organının başını oluşturan Cumhurbaşkanı’nın idari alanda düzenleme yapma yetkisini içeren hukuki düzenlemeleri ifade eder.
- Konu unsuru bakımından, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, üst kademe kamu yöneticilerinin atanması, görevlerine son verilmesi ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile yürütmeye ilişkin konularda çıkarılabilir.
- Cumhurbaşkanı’nın, kararname çıkarmayacağı konular öngörülerek bu yetkinin esasen mutlak ve sınırsız olmasının önüne geçilmiştir.

- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasada özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörölmemiş pozitif statü haklarına ilişkin düzenlemeler yapılabilir, ancak bunlara bir sınırlandırma getirilemez. Suç ve ceza içeren normlar da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olduğu için bunların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılması mümkün değildir.
- Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecek konulara ilişkin hükümlerine bakıldığında, bu kararnamelerinin konularına göre bazılarının bireldüzenleyici idari işlem; bazılarının ise kaynağını doğrudan Anayasadan alan yürütme işlemi niteliğinde olduğu görülür.
- Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde Kanun hükmündeyken; olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bundan sonra, yönetmeliklerden ise önce gelmektedir. Belirtilmelidir ki, Anayasa değişiklikleri ile KHK ve Tüzük uygulamasına son verilmiştir.
- Başkanlık sistemiyle yönetilen birçok ülkenin aksine ulusal hukukumuz bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümlerde onayı alınması gereken bir organ ve onay aşaması öngörölmemiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkide herhangi bir filtreleme yöntemi yoktur.
- Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu ve niteliklerine göre yapılacak bir ayırmada Cumhurbaşkanının idari fonksiyonu içinde sayılabilecek kararnameleri için idari yargı; yürütme işlemi olarak sayılabilecek kararnameleri için ise Anayasa yargısının açık olduğu söylenebilir.
- Anayasal denetimi bakımından açıkça Anayasa Mahkemesi'ne bağlı olarak öngörölün Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Mahkemenin görev alanına girmeyen konularda idari yargıya tabi olacağı gibi bir çözüme ulaşılmış olsa da, bunun kesin bir sonuç olmadığı ve bu nedenle yargısal denetimin kanunlarla açıkça düzenlenmeye ihtiyaç duyduğu unutulmamalıdır.
- Danıştay Kanunu ve İYUK'ta yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için idari yargı yolunun kapatıldığı, Cumhurbaşkanlığı kararları için ise idari yargı yolunun açık tutulduğu söylenebilirse de bu düzenlemeden tam olarak çıkan anlam bu değildir. Kurumsal olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için yalnızca Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görev yapamayacağı düzenlenmiştir. İYUK'da ise kanunlar da olduğu gibi bunlar hakkında yerindelik denetimi yapılamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla bunlara karşı idari yargı yolunun açık olduğu söylenebilir. Ancak uygulamada Danıştay ve idare mahkemelerinin Danıştay Kanunu m. 24'ü gerekçe göstererek kendilerinin görevsiz oldukları gerekçesiyle iptal davasının reddi kararı vereceklerini düşünüyorum.
- Kararname hükümlerine tam veya gereği gibi uyulmaması fiilinin, ceza hukuku disiplini uyarınca herhangi bir yaptırıma tabi tutulması, başka bir deyişle bu fiili işleyen kimseye hapis cezası veya adli para cezasının uygulanması mümkün değildir. Aksi takdirde suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi açıkça ihlal edilmiş olacaktır. Ancak yaptırımı bir kanunlar düzenlemek şartıyla bunun bir kabahat olarak düzenlenmesi mümkündür.

- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de idari işlem olarak kabul edildiğinden bu kararnameler ile getirilen hükümlere uymamanın yaptırımı ancak idari para cezası olabilir. Ancak idari para cezalarının da kanunlarla düzenlendiği unutulmamalıdır.

Görüldüğü gibi ülkemizde gidilen siyasi ve idari bir sistem değişikliği ile ortaya çıkan ve kendine özgü bir sistem olan “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” birçok tartışma noktasını da beraberinde getirmiştir. Özellikle Anayasa değişiklikleri ile yapılan yeni düzenlemeler kimi zaman Cumhurbaşkanlığına mutlak bir yetki verildiği, kimi zaman büyük belirsizlikler içerdiği kimi zaman da denetim ve yaptırım mekanizmalarının öngörülmediği bakımından eleştirilmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de söz konusu eleştirilerin büyük ölçüde yoğunlaştığı hukuki düzenlemelerden birini oluşturmuştur. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, bu kararnamelerin konu unsuru bakımından kapsamı ve niteliği çeşitli belirsizler içerir. Özellikle kararname hükümlerine karşı yargı yoluna başvurulup başvurulamayacağı ve eğer başvurulacaksa bunun hangi yargısal denetim yoluyla gerçekleştirilebileceği noktasında önemli tereddütler bulunur. Bunun gibi kararname hükümlerine uyulmaması halinde bunun ceza hukuku veya kabahatler hukuku bakımından yaptırımlarının ne olacağı da düzenlenmiş değildir.

Bu nedenlerle, her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa değişiklikleri ile resmen ulusal hukukumuza dahil edilmiş ve hatta hali hazırda çıkarılmış bulunsa da bu belirsizliklerin kanunlarla bir an önce giderilmesi gerekir. Aksi takdirde zaten tartışmalı bir yetki türü olan kararnamelerin özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından ağır sonuçlar doğurması muhtemeldir.