

CUMHURBAŞKAN(LIĞI) İŞLEMLERİNİN UYGULAMADA DENETİMİ VE KANUNSUZ EMİR

Dr. Veysel Dinler, Hitit Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi

Not:

Kamu Hukukçuları Platformu'nun Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte 18-19 Ekim 2019 tarihlerinde Ataköy, İstanbul'da gerçekleştireceği Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi konulu toplantısında sunulmak üzere hazırlanan bu bildiri nihai metin değildir. Yazar tarafından gözden geçirilmiş nihai metin, toplantı sonrasında Kamu Hukukçuları Platformu web sitesinde ve toplantı kitabında yayımlanacaktır.

Sempozyum Düzenleme Kurulu

ÖZET

Normlar hiyerarşisi, hukuk düzeninde bir norm türünün bir diğeriyle altlık üstlük ilişkisi içinde olduğunu ve alt normun üst norma aykırı olamayacağını ifade eder. Hukuk düzenimize 2017 anayasa değişiklikleri ile düzenleme alanı genişleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve diğer Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin normlar hiyerarşisindeki konumu hukuken tartışmalı olmakla birlikte; asıl tartışmanın uygulamada yaşanacağında kuşku bulunmamaktadır. Zira Türk idare düzeninde normlar hiyerarşisinin uygulanışı, esas olarak piramidi tersine çevirmek şeklindedir. Hiçbir kamu görevlisi anayasaya bakma ihtiyacı dahi hissetmezken, amirin emri yönetmeliklerden de kanunlardan da önce gelmektedir. Bu durumda “Cumhurbaşkan(lıg)ı işlemlerinin anayasaya ve kanunlara uygunluğu meselesi uygulamacılar açısından ne ifade edecektir?”, “fiiliyatta bu denetim nasıl sağlanacaktır?” soruları önem taşımaktadır. Özellikle lider kültürünün öne çıktığı ve otoriter popülizmin yükseldiği bir siyasal ortamda idarenin uygulamacıları olan kamu yöneticileri ile onların emrindeki kamu görevlileri anayasa ve/veya kanuna aykırılığı şüphe götürmeyen bir Cumhurbaşkan(lıg)ı işlemine nasıl yaklaşacaklardır? Söz konusu işlemler “kanunsuz emir” söz konusu olduğunda, uygulamacıları bir yandan hukukî ve cezaî sorumluluk altına sokma; diğer yandan “emre itaatsizlik” ithamıyla karşılaşma ihtimali arasında sıkıştırılacak bir mesele olarak, özellikle tartışılması ve üzerinde düşünülmesi gerekir.

Bu bildirinin amacı, Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin uygulamada anayasa ve/veya kanunlara uygunluk denetimi sorununu “kanunsuz emir” çerçevesinde ele almaktır. Bu doğrultuda normlar hiyerarşisi ve kanunsuz emir kuramlarından yararlanılırken; Türkiye’deki bürokrasi kültürü ve siyasal otoriterleşmenin bu sorun üzerindeki olası etkilerinden söz edilecektir. Türkiye’nin bir hukuk devleti olarak siyasal düzenini sürdürülebilmesi için bu konunun etraflıca tartışılması son derece önemli görülmektedir.

Anahtar sözcükler: Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri, normlar hiyerarşisi, kanunsuz emir, hukuk devleti.

GİRİŞ

Yıllar önce, üniversiteye yeni intisap ettiğim bir dönemde, üniversite memurları için görevde yükselme sınavı öncesi, bir hizmet içi eğitim kursunda Anayasa Hukuku dersi vermek üzere görevlendirilmiştim. Birkaç saatlik derste, haliyle bazı temel kurumlar ile anayasada idarenin ele alınışını anlatmakla yetinmiştim. Konu anayasanın 137. maddesi “kanunsuz emir”e geldiğinde, mübalağasız şu olay yaşandı: “Konusu hukuka aykırı emir yerine getirilmez. Yazılı emir istenir. Eğer amir emri yazılı veriyorsa burada sorumlu yazılı emri verendir. Emri uygulayan sorumlu tutulamaz. Ancak konusu suç teşkil eden, hiçbir şekilde yerine getirilemez. Bu durumda amirimize emrin suç olduğunu ve yerine getirmeyeceğinizi söyleyin” dediğimde ön sıralarda oturan, yardımcı hizmetler sınıfından genel hizmetler sınıfına geçiş için bulunan, orta yaşlı bir beyefendi “Nasıl yani? Şimdi müdürüm bana git birini öldür diye emir verdiğinde, gidip öldürmeyecek miyim?” dedi. Derslikte bir kahkaha tufanı koptu. Memurların büyük bir kısmı, “bu nasıl bir soru” diye düşünürken, bir kısmı ise vereceğim cevaba odaklanmıştı. “Tabii ki öldürmeyeceksin! Sadece birini öldürmek değil, birini yaralamak, bir şeyi çalmak, bir şeye zarar vermek veya suç olan hangi tür emirle karşılaşırsanız karşılaştığınız, amirinizi uyaracaksınız ve asla emrini yerine getirmeyeceksiniz, yoksa sorumluluktan kurtulamazsınız” dediğimde, ortamda daha buz gibi bir hava vardı. Üniversite öncesi çalıştığım Emniyette böyle bir şey yaşasaydım çok şaşırmayacaktım belki. Ancak bu bana kamu görevinde bulunanların hemen hemen her kurumda benzer bilgi(sizlik) ve bakış açısına sahip olduğunu gösterdi. Kamu görevlileri çoğunlukla kanunsuz emir meselesine vakıf değiller. Hukuka aykırı emirle kanunsuz emiri ayırmakta güçlük çekiyorlar. Daha da kötüsü, kanunsuz bir emirle karşılaştıklarında ne yapacakları ve nasıl davranacakları hakkında yeterince bilgi sahibi değiller.

Kamu görevlileri ile hukuk normları arasındaki bir diğer sorun da uygulamada normlar hiyerarşisinin işlemeyişidir. Gerek polis teşkilatı ve üniversite çalışanı olarak; gerekse sıradan bir yurttaş olarak kamu kurumlarındaki kamu görevlileri ile muhatap olmam gerektiği zamanlarda, çoğunlukla biz hukukçuların kutsadığı *normlar hiyerarşisinin* tepe taklak olduğunu gözlemledim. Türkiye’de herhangi bir kurumda çalışan çoğu kamu görevlisi için normlar hiyerarşisinin başında *amirin emri* gelir. Bu gerçekliği herhangi bir hukuk uygulamacısının yahut sıradan bir yurttaşın gözlemlemesi pekâlâ mümkündür. Anayasa, kanun veya yönetmelikte açık hüküm de olsa, bir kamu görevlisi için ilk ve katî olarak itaat edilmesi gereken norm amirin emridir. Sonra sırada genelgeler, sirküler, talimatnameler vs gelir. Bunlar uygulamanın nasıl olacağını açıklayan, çoğunlukla o kurumun genel müdürünün veya doğrudan ilgili bakanın imzasını taşıyan düzenleyici işlemlerdir. Genelde en yakın

amirler de bu adsız düzenleyici işleme göre hareket eder. *Amirin emri* sözlü olması, kolay ulaşılabilmesi ve en önemlisi diğer normların gelip geçici, amirin verdiği sicil notunun kalıcı olması sebebiyle her zaman diğer normlardan öndedir. Amirin emrine itaatsizlik amirle ilişkiyi bozabilir, çalışma düzenini zora sokabilir. Bir kamu görevlisinin önüne gelen bir sorunda amirinin emri net değilse veya bu konunun çözümü için genelge, talimat, yönerge vb yok ise, müracaat edeceği yer yönetmeliktir. Başka bir anlatımla Anayasanın 124. maddesinde kanunları açıklamak üzere çıkarıldığı belirtilen yönetmelik, uygulamada normlar hiyerarşisinde amirin emri ve genelgelerden sonra ancak yer bulabilir. Dosya dolabında bir kitapçık halinde saklı bulunan yönetmeliğe müracaat için, tereddütlü hususta amirin emri olmaması veya genelgelerde bu konudan söz edilmemiş olması gerekir.

Kamu görevlileri için genellikle amirin emri, genelge (vb işlemler) ve yönetmelik ile sınırlı olan müktesebatta kanuna nadiren yer vardır. Bugüne kadar gözlemlerim çok nadiren bir kamu görevlisinin işini yaparken bir kanuna atıfta bulunduğu yönündedir. Kanunlar nadiren doğrudan uygulanır. Esasında bürokrasinin işleyişi, genel ve soyut bir dille kaleme alınmış kanunların doğrudan uygulanmasına çok da müsait değildir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin sayıca çok olması, aynı zamanda kolay ulaşılır ve daha somut ifade kullanması, kamu görevlilerini çerçeve norm olan kanundan uzaklaştırmaktadır. Kamu görevlilerinin ağzından kendilerini ilgilendirmedikçe anayasaya atıf hiç duymadım. Örneğin hakkında soruşturma açılan bir kamu görevlisi eşitlik, ifade özgürlüğü, sendika hakkı vb meselelerinde anayasaya atıf yapar. Ancak sorun kamu görevlisinin muhatabı sıradan vatandaşın hakkıyla ilgiliyse, anayasanın doğrudan uygulanabilecek hükümler içerdiği kamu görevlisinin aklına bile gelmez.

Sonuç olarak, normlar hiyerarşisi uygulamada ters dönmüş bir piramittir. Anayasa en üstte değil, en altta yer alır. Çoğunlukla piramidin altında bile yer bulamaz kendine. Kamu görevlilerinin normlar hiyerarşisine yönelik algıları problemlilik iken, 2017 Anayasa değişiklikleri ile hukuk düzenimize girmiş (daha doğrusu uygulama alanı genişlemiş) olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) durumu biraz daha zora sokmuştur. Bu normun hukuk düzenindeki yerinin belirsizliği ve denetimine ilişkin sorunlar, uygulamada yeni sorunların ortaya çıkacağı yönünde sinyaller vermektedir. Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna aykırı olamayacağı ve kanun-kararname çatışması söz konusu olduğunda kanunun uygulanacağı açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, uygulamada bu işin anayasada yazdığı gibi yürümeyeceği bellidir. Buna Türkiye’de idari yapının giderek daha fazla merkezileşmesi ve

otoriterleşmesi eklendiğinde ve ceza hukukunun muhalif görüşleri bastırmak üzere araçsallaştırıldığı göz önüne alındığında, sorun daha da karmaşık hale gelmektedir.

Bu çalışmanın temel iddiası özellikle kanun–CBK çatışmasında Anayasanın 104/17. maddesindeki açık hükmün (iki normun çatışmasında kanunun geçerli olduğu, CBK'nin hükümsüz kaldığı) uygulanmada Anayasada yazdığı şekilde gerçekleşmeyeceğidir. Bize göre, doğrudan doğruya normun uygulayıcısı olan kamu görevlilerine verilmiş olan bu denetim yetkisi kullanılmayacak yahut ortada açık bir çatışma olsa bile CBK'yi uygulama yönünde olacaktır. Çalışmanın ikinci iddiası ise, anayasa ve kanunlara apaçık aykırı bir Cumhurbaşkan(lığ)ı işleminin “kanunsuz emir” niteliğinde olacaktır. Anayasa ve kanuna aykırı bir Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemine (CBİ) uyan ve uygulayan (haliyle kanuna aykırı işlem yapan) kamu görevlilerinin hukuki ve cezai sorumluluğu meselesi tartışılacaktır.

Bu doğrultuda öncelikle Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin hukuk düzenindeki yeri ile anayasallık/kanunilik denetiminin uygulamada nasıl yapılacağı tartışılacaktır. İkinci olarak “kanunsuz emir” konusu ele alınacaktır. Üçüncü başlıkta CBİ'nin anayasa ve/veya kanuna aykırılık taşıması halinde bunun “kanunsuz emir” sayılıp sayılmayacağı ve yerine getiren kamu görevlilerinin hukuki ve cezai sorumluluğu ele alınacaktır.

A. YENİ HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKAN(LIĞ)I İŞLEMLERİNİN ADLANDIRILMASI, KONUMU VE DENETİMİ

Yeni sistemin kabulünün üzerinden yaklaşık bir yıl geçti. Bu sürede uygulamada bazı meseleler tam olarak oturmamış olabilir. Uygulamada teoriyle uyuşmayan normlar hiyerarşisi ve kanunilik meseleleri, haliyle daha da karmaşıklaşmaktadır. Kamu görevlilerinin küçük bir kısmı hariç tamamı memuriyete eski hükümet sisteminde başlamıştır. İdarenin işleyişiyle ilgili öğrendikleri de eski sisteme ilişkindir. Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin adlandırılması, normlar hiyerarşisindeki yeri ve denetimi, henüz uygulamanın rutine dönüşmeyişi kamu görevlileri arasında kafa karışıklığı yaratmaya elverişlidir. Bu sebeple asıl tartışmaya geçmeden önce, işlemlerin adlandırılması, normlar hiyerarşisindeki konumları ve norm denetimi meselelerinden kısaca bahsetmek gerekir.

1- Cumhurbaşkan(lığ)ı İşlemlerinin (CBİ) Adlandırılması

2017 Anayasa değişikleri öncesinde Türk hukuk düzeninde bulunan normlar ve idarenin düzenleyici işlemleriyle ilgili çeşitli tartışmalar olmakla birlikte, adlandırma konusunda büyük bir sorun ya da önemli bir tartışma yoktu. CBİ ile ilgili diğer tartışmalara girmeden, bu işlemlerin adlandırılmaları üzerinde durmak gerekir.

Yeni sistem uygulanmaya başlamadan önce düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasında nitelik ve denetim bakımından fark olduğu çeşitli yazarlarca dile getirilmiştir. Ülgen ve Şirin “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” başlıklı yazılarında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleyici işlemleri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin de bireysel işlemlerle ilgili olduğunu dile getirmişlerdi.¹ Uygulamada ikincisine “Cumhurbaşkanı kararı” denilerek, adlandırma karmaşası bir nebze giderilmiştir.

Yeni sistemde Cumhurbaşkan(lığ)ının en önemli düzenleyici işlemi Cumhurbaşkanlığı kararnamesidir. CBK, 2017 Anayasa değişikliği öncesi de anayasada olan bir düzenlemeydi (AY mülga m. 107) ve uygulama alanı sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin düzenlenmesiyle ilgili olarak, son derece sınırlıydı. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden biri olduğundan anayasallık denetimine tabi değildi. Yeni sistemde CBK çok daha geniş düzenleme alanı olan, asli bir düzenleyici işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Cumhurbaşkanına birçok konuda bireysel işlem yapma yetkisi ve görevi verdiği halde, bunun nasıl olacağına dair anayasada açık düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca bazı konularda doğrudan doğruya Cumhurbaşkanının karar alacağı düzenlendiği halde bunun yöntemiyle ilgili açık bir düzenleme yoktur.² Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararları (CBk)³ 1’den itibaren numaralandırılmış ve kesintisiz devam etmektedir.⁴ Uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girdiği tarihinin belirlenmesi, yönetmeliklerin yürürlüğe girmesi, tüzüklerin yürürlükten kaldırılması CBk şeklinde yapılmaktadır. Bir arazinin toplulaştırılmasından kamulaştırılmasına, kentsel dönüşüm bölgesi ilan edilmesine, sit alanlarıyla ilgili düzenlemelere kadar çok sayıda idari işlem yine CBk şeklinde icra edilmektedir.

¹ Özen Ülgen ve Tolga Şirin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Güncel Hukuk*, s. 170, 2018 (Mart-Nisan), s. 30.

² Örneğin 92/2. madde “Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde” Cumhurbaşkanına Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verme yetkisi vermektedir. Bu ayrıca 104/5. maddede Cumhurbaşkanının görevleri arasında sayılmıştır. 105/4. ile 116/2. maddeler de Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi düzenlenmiştir. 119.madde ise Cumhurbaşkanına olağanüstü hal ilan etme kararı alma yetkisi vermektedir.

³ Cumhurbaşkanlığı kararnamesini **CBK**, Cumhurbaşkanlığı kararını ise **CBk** şeklinde kısaltmayı uygun bulduk.

⁴ 15 Ağustos 2019 tarihi itibarıyla Cumhurbaşkanlığı kararı sayısı 1463 olmuştur.

Bir başka CBk türü olan atama kararları, “atama kararı” başlığıyla yapılmakta ve bunlara yıl ile birlikte sıra numarası verilmektedir. Bakan yardımcılığı, başkanlık, genel müdürlük, daire başkanlığı gibi makamlara atama kararları birbirinin aynıdır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay üyeliğine seçme kararları, atama kararlarına verilen numarayı takip etmekte, ancak “Anayasa Mahkemesi Üyeliğine Seçme Kararı” ve “Danıştay Üyeliğine Seçme Kararı” şeklinde özel olarak başlıklandırılmaktadır. Cumhurbaşkanlığına yapılacak vekâlet ile ilgili karar ise, “Cumhurbaşkanlığına Vekâlet Etme İşlemi” başlığını taşımakta, bunun için CBk tabiri kullanılmamakta, bütün diğer kararlardan farklı bir evrak sayı numarası verilmektedir.⁵

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile Cumhurbaşkanı kararları (CBk) ve bu kararların türleri arasında “adlandırma” konusunda sorun olmadığı, bu meselenin belli ölçüde uygulamada oturtulduğu ile sürülebilir. Bununla birlikte, bir işlemin adının CBK olması, bunun sadece düzenleyici nitelikte bir işlem olacağını, CBk’nin de sadece bireysel nitelikte işlem olacağına garanti vermemektedir. Doktrinde en çok şüpheyle yaklaşılan meselelerden biri bu görünmektedir.⁶ Kanımızca bu meselenin açıklığa kavuşturulması gerekir. Anayasada yapılacak değişikliklerle bu konu uygulamaya bırakılmamalıdır. Zira geçmişte olağanüstü hal KHKleriyle yapılan çok sayıda bireysel işlem olduğu dikkate alınarak, düzenleyici işlem ile bireysel işlemin hangi usul ve ad ile yapılabileceği netleştirilmelidir.

2- Cumhurbaşkan(lığ)ı İşlemlerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin normlar hiyerarşisindeki yerinin tayini de eski düzendeki kadar kolay olmamaktadır. Bunun en önemli sebebi, ister düzenleyici, ister bireysel işlem niteliğinde olsun, tüm işlemlerin tek imzalı, basit işlem oluşudur. Eski düzende idarenin düzenleyici işlemlerinin –olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı vb– her birinin farklı bir yapılış usulü var idi. Bu usul, hem düzenleyici işlemin kolayca isimlendirilmesini hem de normlar hiyerarşisindeki yerinin kolayca tayin edilmesini sağlamaktaydı. Yeni düzende bir işlem ister

⁵ Resmi Gazetenin birkaç sayısı incelendiğinde bu ayrımlar kolaylıkla görülecektir. Ayrıca bkz. Özen Ülgen Adadağ, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/2, s. 622.

⁶ Ülgen Adadağ, 2018, s. 621. Bu konuda aksi yönde görüş için bkz. Şeref İba ve Yasin Söyler, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, *Anayasa Yargısı*, 2019, C. 36, S. 1, s. 203.

düzenleyici nitelikte, ister bireysel işlem niteliğinde olsun Cumhurbaşkanının imzası işlemin tesisi için yeterli olmaktadır. İstisnai olarak olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıktığı gün TBMM onayına sunulması gerekmektedir. Onun dışında tüm düzenleyici ve bireysel işlemler için bir tek çeşit usul vardır.

Tali kurucu iktidar eski düzendeki KHK kurumunun muadili olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesini getirmiştir. Buna mukabil CBK için yetki kanuna ihtiyaç yoktur. Bu anlamda KHK'den daha üstte bir konumda görünürken; kanun hükmünde olmayışı ve kanuna aykırı olmama yükümlülüğü ile tüzüklere yaklaşmaktadır. Yetki kanununa ihtiyaç duyulmaması bakımından da olağanüstü hal KHK'sine benzemektedir. Yasallık değil, anayasallık denetimine tabi olduğu için de kanuna yakın görünmektedir.⁷ CBK'lerin bu durumu hâlihazırda uygulanmasına devam edilecek olan KHK ve tüzüklerle norm çatışması yaşamasına sebep olacaktır. Ergül, bu karmaşıklığın sebebinin “eski zihin haritası ile yeni ufuklara yelken açmak” olduğunu tespit ederek, eskiden kalan bilgilerimizle yeni getirilen sistemi okumanın yerinde olmadığını kastetmektedir.⁸

Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmeliklerin eski düzendeki tüzük ve yönetmeliklere karşılık geldiğinden şüphe duyulmasına neden olacak uygulama örnekleri bulunmaktadır. Nitekim yürürlükte olan tüzüklerin ilgası yönetmeliklerle yapılmaktadır.⁹ Usulde paralellik ilkesine göre, bu uygulamanın ne kadar doğru olduğu tartışılır. Yeni düzende belli bir süre daha normlar hiyerarşinden ayrıık uygulamalarla karşılaşılacağı kuşku götürmemektedir.

Yeni düzende de eskiden olduğu gibi bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar yönetmelik yapmaktadır. CB tarafından çıkarılan yönetmelik ile diğer yönetmelikler arasında hiyerarşik bir ilişki olacak mıdır? Örneğin bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelik ile CB tarafından çıkarılan yönetmelik arasında çatışma yaşanınca üst norm/alt norm kuralı mı, önceki norm/sonraki norm kuralı mı uygulanacaktır?¹⁰ Cumhurbaşkanlığı tarafından ihdas edilen yönetmelik altı norm ve kararların, bakanlık veya tüzel kişiliklerce çıkarılan yönetmeliklere uygun olması Anayasanın 137. maddesinin

⁷ Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz. Volkan Aslan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, 2019, s. 145-146. Konu hakkında bir başka tartışma için bkz. Tolga Şirin, “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2018, C. 7, S. 14, s. 296-298.

⁸ Ozan Ergül, “Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Güncel Hukuk*, S. 173, 2018, s. 32.

⁹ Örneğin *Resmî Gazete*, T. 15 Ağustos 2019, S. 30859 (Karar Sayısı: 1426).

¹⁰ Bu konunun ayrıntısı için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin, Bursa, 2009, C. 1, s. 1267 vd.

gereğidir. Ancak uygulamada bunun denetlenmesi ve CBk yerine yönetmeliğin uygulanması pek de kolay olmayacaktır.

CBİ ve normlar hiyerarşisiyle ilgili asıl sorun adsız düzenleyici işlemlerin adlandırılması ve bunlar arasında hiyerarşik bir ilişki olup olmayacağı sorunudur. Bugüne kadar yönetmeliklerden başka Cumhurbaşkanı tarafından genelge adıyla düzenleyici işlem yapılmıştır. Bakanlıklar ve diğer tüzel kişilikler “tebliğ, ana statü, kurul kararı, ilke kararı” isimleriyle farklı düzenleyici işlemler yapmışlardır. Cumhurbaşkanı(lığ)ının da zamanla farklı isimlerde düzenleyici işlemler yapabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Kanımızca bunlar arasında bir hiyerarşik düzen aramaktansa, yönetmelik altı düzenleyici işlemlerde, işlemi yapan iradenin kaynağının aynı olması sebebiyle “sonraki norm önceki normu ilga eder” kuralını uygulamak gerekir.

3- Cumhurbaşkanı(lığ) İşlemlerinin Denetimi

Cumhurbaşkanı(lığ)ı işlemleriyle ilgili en önemli tartışma konusu bu işlemlerin denetimi meselesi olup; bu çalışmanın odağında uygulamada işlemler üzerinde norm denetiminin (anayasallık ve kanunilik) nasıl gerçekleştirileceği yer almaktadır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; denetim denilince sadece yargısal denetim (idari yargı–anayasa yargısı) anlaşılmalıdır. Yeni sistemde yürütmenin bireysel ve düzenleyici işlemlerine karşı en önemli eksiklik kamuoyu denetimi ve öndenetimdir. Eski sistemde KHK’ler yetki kanununa dayanmakta idi. Dolayısıyla TBMM’de yapılan yetki kanunu görüşmeleri sırasında kamuoyu yürütmenin hangi konularda KHK çıkarmakla yetkilendirildiğini izleyebilmekte idi. Keza yetki kanunu da yürütmeye belli sınırlar çizerek, bir öndenetim sağlamaktaydı. Bakanlar Kurulunun hazırladığı kanun tasarıları, TBMM’ye gönderilmeden önce ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerine başvurulurdu. Tüzüklerin çıkarılmasında Danıştay’ın görüşünü alma zorunluluğu vardı. Yürütmenin işlemleri arasında en ketum görünen Bakanlar Kurulu kararları bile, sayıları 25’ten az olmayan ve kendi görev alanında bireysel sorumluluğu olan bakanların görüşüne başvurularak çıkmaktaydı. Çıkarılan Bakanlar Kurulu kararında kolektif sorumluluğa sahip olmak bile bakanların daha temkinli davranmalarını sağlardı (buna paralel denetim diyebiliriz). Bugün yürütmenin işlemleri kamuoyunun denetiminden veya başka bir öndenetiminden son derece uzaktır. İster düzenleyici ister bireysel nitelikli bir işlem olsun; ön hazırlığı nerede, kimlerce yapılmakta, Cumhurbaşkanı diğer siyasi işlerinin yanında bu konulara nasıl vakit ayırmakta, imzaya sunulmadan önce kimlerin denetiminden geçmekte

olduğu bilinmemektedir. Örneğin, yarın çıkması olası bir CBK veya CBk hakkında şuan burada bulunan dinleyiciler de dâhil olmak üzere, hiç kimse bilgi ve fikir sahibi değildir.

CBK'lerin anayasallık denetimi görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Dayanağı kanun olmayan, ilk-el bir düzenleme için doğrudan anayasallık denetimi makul görülmektedir. Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin denetimiyle ilgili en önemli sorun CBK'lerin kanuniliği hususunda karşımıza çıkmaktadır. Biz buraya “boşluk alan” diyeceğiz. Nitekim Anayasanın 104/17. maddesine göre; “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” Şimdi bu meseleleri tek tek ele alalım.

Anayasada “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen” konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması halinde, *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların* neler olduğu¹¹ belirlendiğinde, bunun çözümü nispeten kolaydır. İptal davası açmaya yetkililer Anayasa Mahkemesine başvurabilir yahut itiraz yoluyla CBK Anayasa Mahkemesine taşınabilir. Anayasa Mahkemesinin CBK'yi iptali, CBK'yi sadece yürürlükten kaldırmayacak, aynı zamanda onu yok hükmünde kılacaktır. Zira bu alan münhasıran kanunla düzenlenebilecek alandır, başka bir normla düzenlenmesi imkânsızdır. Bu alanda kanun dışında bir norm geçerli olamayacağından, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkan CBK'nin yok hükmünde sayılması ve yürürlükte kaldığı dönemde doğurduğu hükümlerin de geçersiz sayılması gerekmektedir. Yoksa Anayasanın 104/17. maddesinin anlamı kalmayacaktır. Örneğin, Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi açıkken, suç ve ceza ihdas eden bir CBK'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, bu CBK'nin yürürlüğe girdiği tarihten iptal tarihine kadar olan sürede uygulama alanı bulmamasını ve herhangi bir sonuç doğurmamasını gerektirir.

¹¹ Doktrinde *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular* tartışmalıdır. Gözler ve Ergül anayasanın çeşitli maddelerinde geçen “kanunla düzenlenir, ancak kanunla düzenlenir” ifadelerini –münhasıran kanunla düzenleme alanı sayma bakımından- yeterli görmemektedir. Bununla birlikte Anayasanın 13. maddesindeki temel hakları sınırlama, 38. maddedeki suçların ve cezaların kanunla düzenlenmesi gibi hükümlerde münhasır alana örnek vermektedirler. Bkz. Ergül, 2018, s. 31; Gözler, 2018, s. 883-884. Gözler burada iki çözüm önerisi ileri sürmektedir: Birinci öneri, Anayasada böyle bir münhasır alanın olmaması, bu hükmün anlamsız kalması ve uygulanamaz oluşudur. İkinci öneri, Anayasada “kanunla düzenlenir” yazan her ifadenin “münhasıran kanunla düzenlenir” şeklinde düzenlenerek, çelişkili durumun giderilmesidir. Gözler, 2018, s. 885. Bize göre bunlar doğru bakış açısı olmakla birlikte, son tahlilde bu konuda karar vermeyi ve içtihat geliştirmeyi, anayasayı yorumlama yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesine bırakmak gerekir.

Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılma ihtimali yüksektir.¹² Bu her zaman kasıtlı olarak yapılmayabilir. Türk hukuk düzeninde (Osmanlı kanunları da dâhil) 14 bin civarında kanunun yürürlüğe girmiş olduğu tahmin edilmektedir. Tahmini olarak en az 10 bin kanun hala yürürlükte. Hiç kimsenin tam olarak kanunlara vakıf olması mümkün olmayacağından, sonradan yürürlüğe giren normların önceden ısdar edilmiş bir kanunla yeni çıkarılan bir CBK'nin aynı konuları düzenleme ihtimali vardır. Burada yalnız bir hususu açıklamakta yarar vardır. Bu hüküm norm çatışması (kanun-CBK) ile ilgili değil, doğrudan doğruya kanun ile düzenlenmiş bir konunun (örneğin Umumi Hıfzısıhha Kanunu varken, aynı konuları içeren bir CBK'nin çıkması) Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmez oluşu ile ilgilidir. Bu durumda da denetim yolu soyut veya somut norm denetimi yoluyla anayasa yargısıdır. Zira burada tespit edilecek olan CBK'nin kanunun açıkça düzenlediği bir konuda çıktığı ve dolayısıyla CBK'nin doğrudan doğruya Anayasanın 104/17. maddesine aykırılığıdır.¹³ Burada bir başka sorun iptal kararının yeterli olmayışıdır. Zira Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesi, iptal kararıyla CBK'nin yürürlükte olduğu dönemde doğurduğu hükümlerin geçerliliğini sürdürmesi anlamına gelir. Bu sebeple iptal kararı yanında “yok hükmünde” olduğunun tespit edilmesi ve doğurduğu tüm hükümlerin ortadan kalkması gerekir. Uygulamada ise, yürürlük sürecinden iptal anına kadar geçen sürede norm çatışması yaşanacak ve muhtemelen hiçbir uygulamacı CBK'yi uygulamaktan imtina etmeyecektir. Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, CBK'nin uygulanmasından dolayı zarar görenler açısından tam yargı davası açma sebebi olabilir.

Anayasanın 104/17. maddesinde kanun alanı-CBK alanı yahut kanun-CBK çatışmasının düzenlendiği dört durumun, ilk ikisinin (1- münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular, 2- kanunda açıkça düzenlenen konular) çözüm yerini Anayasa Mahkemesi olarak görüyoruz. Burada Anayasa Mahkemesi CBK'nin esasına girerek, konu bakımından Anayasada yasaklanan alana aykırı olduğuna karar vermek durumundadır.¹⁴ Ayırt edilmesi gereken durum, burada söz konusu olan kanun-CBK çatışması değil, CBK'ler için yasaklanan alanda yapılıp yapılmadığıdır. Dolayısıyla bir anayasallık denetimidir.

¹² Farklı örnekler için bkz. Ergül, 2018, s. 32.

¹³ Benzer görüşler için bkz. Aslan, 2019, s. 153.

¹⁴ Bu konuda yorumlarıyla katkıda bulunan değerli meslektaşlarım, Dr. Demet Çelik Ulusoy ve Dr. Erkan Duymaz'a teşekkürlerimi sunarım.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanması, işin en zor kısmıdır. Anayasanın 11. maddesi, anayasanın yasama, yürütme, yargı organlarını, idareyi, özel ve tüzel kişileri bağladığını emrettiği halde, gerçek hayatta bu hükmün uygulanması çok zordur. Örneğin hiçbir vali, kaymakam veya üst düzey yönetici yahut alt düzey memur eline aldığı iki metin arasında, CBK'yi kanuna apaçık aykırı görse bile, CBK'yi uygulamaktan imtina etmeyecektir. CBK'nin açıkça kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal etmesi halinde, kişiler idareye başvurarak kanunun uygulanması talebinde bulunabilir. İdarenin kanunun uygulanmasını reddederek, kanuna aykırı CBK'yi uygulamada ısrar etmesi halinde, bu kararnameye dayanarak yapılan idari işlem aleyhine iptal davası açılabilir. İdare mahkemesinin (CBK'ye dayanan) idari kararı kanuna aykırı bularak iptal etmesi halinde, idare kanunu uygulamak durumundadır. Ancak bu durum, kanuna aykırı CBK'nin hukuk düzeninde varlığını sürdürmesine engel olmaz. Ayrıca idare mahkemesinin kanuna aykırı bulduğu CBK'yi iptal etmek gibi bir görevi olmadığı gibi, bu sebeple konuyu Danıştay'a veya Anayasa Mahkemesine taşıma ihtimali de yoktur. Ergül'ün isabetle tespit ettiği gibi, “Anayasa Mahkemesi anayasa altı normların çatışıp çatışmadığını tespit eden bir organ değildir”.¹⁵ Zira Danıştay'ın görevi CBK dışındaki Cumhurbaşkan(lığı) düzenleyici işlemlerinin kanuna uygunluğunu denetlemektir, CBK için bu söz konusu değildir. CBK'nin kanuna aykırılık sebebiyle soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesi imkânsız olmakla birlikte, CBK hükümlerinin Anayasa m. 104/17'ye aykırılık sebebiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülebilmesi tartışmalıdır. Özbudun CBK'lerin kanuna aykırılığının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁶ Biz bu görüşe katılmıyoruz.¹⁷ Aşağıda üzerinde duracağımız *itiraz teorisi*, CBK'nin kanunlara uygunluğunu denetleme görevini öncelikle tüm kamu görevlilerine vermektedir. Ülgen bunu kanunun “herkesçe” uygulanması şeklinde ifade

¹⁵ Ergül, 2018, s. 32.

¹⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 17. baskı, s. 251.

¹⁷ Kanun-CBK çatışmasında denetim yetkisinin Anayasa Mahkemesinde olduğu görüşüne katılmamak, bu paragraftan önce gelen paragraflardaki görüşlerimizle çelişiyor görünebilir. Ancak Anayasanın 104/17. maddesinde 4 farklı konuya yer verilmiştir. Bunlardan ilk ikisi “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ile “kanunda açıkça düzenlenen konular”dır ve Anayasa bu konularda CBK çıkarılmasını yasaklamıştır. Dolayısıyla bizim iddiamız, tıpkı Anayasanın lafzında olduğu gibi, bu konularda CBK çıkarılmamasıdır. Anayasanın çıkarma yasağı getirdiği bir konuda CBK çıkarılması, kanuna aykırılık değil, anayasaya aykırılıktır. Bu sebeple bu iki durumda kanunilik değil, anayasallık denetimi söz konusudur. “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” bir anayasallık sorunu değil, norm çatışması sorunudur. Anayasa burada norm çatışması halinde üst norm olan kanunun uygulanacağını açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla kanunla CBK'nin çatışıp çatışmadığı yönünde şüpheye düşecek olan uygulamacılardır ve bu durumda anayasanın emri olan kanunu uygulamakla sorumludurlar.

etmektedir.¹⁸ Gözler ve Ergül de denetim yetkisinin kamu görevlilerinde ve mahkemelerde olduğunu ileri sürmektedir.¹⁹ Kamu görevlisinin yorumunda bir tereddüt olması halinde, kanuna aykırı olduğu iddia olunan CBK'nin uygulanmasıyla hakkı ihlal olanların başvurusuyla adli ve idari tüm mahkemelerin bu denetimi yapması mümkün olmalıdır.²⁰ Anayasanın 125. maddesi, anayasada denetim yasağı getirilmemiş olan CBKlerin kanunilik denetimi için dayanaktır. Burada mahkemeler CBK'leri iptal edemeyecek, ihmal ederek, doğrudan kanunun uygulanmasını sağlayacaklardır. Ancak bunun merkezi bir denetim olmaması ve mahkemelerin iptal kararı verme görevlerinin olmayışı, daima farklı uygulamalara neden olacaktır. Ülgen böyle bir durumda yaşanacak tereddütte en son Anayasa Mahkemesinin tespiti üzerine, Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu ve Adalet Bakanlığının girişimleriyle söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kaldırılmasını önermektedir.²¹

Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir. Kanımızca bu konuda TBMM, mevcut CBK'nin yürürlükten kaldırıldığına dair açık hüküm koymalıdır.²² Bu yapılmadığı müddetçe, bir önceki paragrafta tasvir edilen problem ortaya çıkar ve bu bir kısır döngüye yol açar. Olası bir sorun ancak ve ancak sonradan çıkan kanunda hangi CBK'nin tamamen veya kısmen (belirtilen maddeler) yürürlükten kaldırıldığına açıkça belirtilmesiyle çözümlenebilir.

Cumhurbaşkan(lığ)ının bireysel nitelikli işlemlerinin kanunilik denetimi nispeten kolaydır. Danıştay Kanununda 2 Temmuz 2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklik ile 24/1 (a) bendi gereğince Danıştay, *Cumhurbaşkanı kararlarına* karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarını ... ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar. Bu düzenleme bireysel idari işlemlerin tümünü kapsamakta mıdır? *Cumhurbaşkanı Kararı* şeklinde başlıklandırma varken, ayrıca *Atama Kararı*, *Anayasa Mahkemesi Üyeliğine Seçme Kararı*, *Danıştay Üyeliğine Seçme Kararı* şeklinde başlıklandırmalar bu işlemleri Danıştay denetimi dışına çıkarmak için

¹⁸ Özen Ülgen Aladağ, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, (Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi Sempozyumu) 2019, s. 267.

¹⁹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa, 2018, 2. baskı, s. 896; Ergül, 2018, s. 32.

²⁰ Benzer ifadeler için bkz. Gözler, 2018, s. 896.

²¹ Ülgen Aladağ, 2019, s. 267.

²² Anayasanın Cumhurbaşkanına asli bir yetki verdiği, bu yetkiye dayanarak çıkardığı bir CBK'nin başka bir anayasal erk olan yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılması, fonksiyon gaspı olarak ileri sürülebilir. Ayrıca bunun yetkide paralellik ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülebilir. Biz tersini iddia ediyoruz. Zira Anayasada aynı konuda bir kanun çıkması halinde CBK'nin hükümsüz kalacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanunun çıkması ile bir CBK hükümsüz kalacaksa, hangi CBK'nin hükümsüz bırakıldığını kanun koyucunun belirlemesi de yetkide paralellik ilkesine aykırı olmayacaktır.

midir? İşin gerçeği atama ve seçme işlemleri, atanın kişinin atanma ölçütlerine sahip olması, görevden almalarında da görev süresinin dolup dolmaması gibi konular dışında hukukî denetim yapılabilecek alanlar değildir. Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmişse, kimin üye olacağı onun takdiridir. Ancak burada seçilme yeterliliği olmayan birinin Anayasa Mahkemesi üyesi seçilip seçilmediğinin belirlenmesi elbette Danıştay'ın yetkisinde olmalıdır. Cumhurbaşkanının yaptığı bireysel idari işlemlerden zarar görenlerin Danıştay'da dava açma ve takip etmelerinde güçlük doğuracak ve aynı zamanda Danıştay'ın iş yükünü gereksiz artıracaktır. Davanın hak/menfaat ihlalinin yaşandığı yerde görülmesinin avantajları bir yana, usul ekonomisi bakımından doğru bir uygulama olmayacaktır.²³

Danıştay Kanununun 24/1 maddesi (b) bendine göre, Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davalarında ilk derece mahkemesi Danıştay'dır. Bu düzenleme bireysel işlemlere göre nispeten daha doğru bir düzenlemedir. Bununla birlikte Ankara'da uygulanma ihtimali hiç olmayan bir Cumhurbaşkanı yönetmeliğinin²⁴ iptal davası için Danıştay'ın görevli olması, usul ekonomisi açısından çok uygun değildir.

Sonuç olarak, Cumhurbaşkan(lı)ğ) işlemlerinin hukuksal denetimi anayasada ve kanunlarda düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, ileride meydana gelebilecek norm çatışması, hak ihlalleri gibi meselelere kısmen cevap verir niteliktedir. Hala cevaplanması gereken bazı tartışmalı noktalar ve özellikle usul ekonomisi bakımından eksiklikler vardır. CBK'nin normlar hiyerarşisindeki *sorunlu konumu* sebebiyle olası kanun-CBK çatışmasına yönelik anayasal düzenleme son derece yerinde olmakla birlikte, bunun uygulamada karşılığı olduğunu söylemek güçtür. Başka bir anlatımla, kanun-CBK çatışmasında kâğıt üstünde kanun üstündür, ancak bürokrasinin işleyişindeki tecrübemiz uygulamada bunun tersi olacağına işaret etmektedir. Kanun-CBK çatışmasını denetleyecek mekanizmanın anayasada açıkça düzenlenmemiş olması “boşluk alan”ın oluşmasına temel sebeptir. Bize göre, anayasa kanunilik denetimini doğrudan doğruya uygulayıcılara (kamu görevlileri) bırakmıştır. Ancak Türkiye'de yükselen otoriter popülizm koşullarında kamu görevlilerinden kanun-CBK çatışmasında CBK aleyhine bir görüş ileri sürmeleri beklenmediği gibi, bugüne kadar ki

²³ Örneğin 1417 sayılı CBK Muş ili Mercimekkale ve Serinova köylerinde arazi toplulaştırması konu edinmektedir. *Resmi Gazete*, T. 15 Ağustos 2019, S. 30859 (Karar Sayısı: 1417).

²⁴ Örneğin “Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Yönetmeliği” karar no: 1426. *Resmi Gazete*, T. 15 Ağustos 2019, S. 30859.

tecrübelerimiz uygulamada CBK'nin açıkça kanuna aykırı olsa bile kamu görevlilerince uygulanacağını bizlere göstermektedir.

B. KANUNSUZ EMİR

Yürütme organının işleyişi emir yoluyla olur. Emir, amirin memura yönelttiği ve emri alan memurun yerine getirmesi zorunlu olan irade açıklamasıdır.²⁵ Kural olarak amirlerinden emir alan kamu görevlilerinin bu emirleri yerine getirmesi gerekir. Amirin emrini yerine getirmemek ceza hukuku bakımından görevi ihmal suçu olduğu gibi, disiplin hukukuna göre de disiplin suçu oluşturur.

“Amirin her irade açıklaması emir midir?” sorusu, emirin unsurlarıyla açıklanabilir. Emrin unsurları şu şekilde sıralanabilir: Bir emrin varlığı, emrin bağlayıcı olması, emri veren amirin yetkili olması, emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması ve emrin kanunun öngördüğü biçim ve içerik koşullarına uygun olması.²⁶ Bu unsurları taşıyan irade açıklamalarını emir olarak kabul edebiliriz.

Şekli kurallara uygun her emir yerine getirilecek midir? sorusu ise, farklı teorilerle açıklanmaktadır. Kamu görevlilerinin emre itaat konusunda temel olarak dört teoriden söz edilir.²⁷ *Mutlak itaat teorisi*, kamu görevlisinin verilen emre karşı her türlü itirazını reddeder. Buna göre memur, amirinin emrine hiçbir şekilde itiraz etmeden, koşulsuz itaat eder.²⁸ *Şekli kontrol teorisine* göre, memur eğer idari işlemin (emrin) unsurları yerine geliyorsa itaat edecektir. Başka bir anlatımla yetki ve usul unsurları tamamlanmışsa, emrin içeriği sorgulanmaksızın itaat edilir.²⁹ *Özü itibarıyla emrin kontrolü teorisi*, emrin sadece şekli kontrolünü değil, aynı zamanda içeriğinin adalet ve hakkaniyete uygun olup olmadığını denetleme görevini emre itaat edecek memura verir.³⁰ *Emrin tekrarı (itiraz) teorisi* ise, emir

²⁵ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, 7. baskı, s. 214-215.

²⁶ Kayıhan İçel ve A.Hakan Evik, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 4. Baskı, 2007, s. 105-107; Hafizoğulları/Özen, 2014, s. 217.

²⁷ Yılmaz Günel, “Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1965, C. 29, S. 2, s. 636 vd.

²⁸ Günel, 1965, s. 636.

²⁹ Günel, 1965, s. 639.

³⁰ Günel, 1965, s. 641.

verilen memurun bu emri hukuka aykırı bulma halinde amirine iletmesini, amirin emrini yazılı olarak tekrar etmesi halinde memurun itaat etmesini öngörür.³¹

1982 Anayasasının 137. maddesi “kanunsuz emir” konusunu düzenlemektedir. Bu maddenin 1982 Anayasasındaki ilk hali 1961 Anayasasının 125. maddesinin tıpatıp aynısıdır.³² 2017 Anayasa değişikliğiyle maddede geçen tüzük ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ile değiştirilmiştir. Maddenin son hali şu şekli almıştır:

Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

Kanunsuz emir maddesinde temel olarak iki konu düzenlenmekte ve bu düzenlemelere bir istisna getirilmektedir. Anayasanın 137. maddesine göre kanunsuz emir ikiye ayrılır: 1- Hukuka aykırı emir, 2- Konusu suç teşkil eden emir.

Kamu görevi icra edenlerin üstlerinden yürürlükteki mevzuata aykırı emir almaları olasıdır. Bu olasılık her zaman kast içermeyebilir. Kimi zaman amirler farklı bir yorumla emrin hukukiliğini öne sürebilir, kimi zaman mevzuata hakim olmadıkları için pozitif hukuka aykırı emir verebilirler. Anayasaya göre, bu emir yazılı olduğu müddetçe memur tarafından yerine getirilmelidir ve sorumluluk hukuka aykırı emir yazılı olarak veren amire aittir. İdari işlemlerin yazılılığı esasına göre, yazılı olmayan bir hukuka aykırı emir varsa, ortada emir olmadığı iddia edilebilir.³³ Hukuka aykırı emir yazılı olmaksızın şifahen yapılmışsa, emri yerine getirenin hukuki sorumluluğu ortaya çıkar. Sonuç olarak hukuka aykırı emir yazılıysa,

³¹ Günal, 1965, s. 643.

³² 1924 Anayasasının 94. maddesi ise, biraz daha farklı düzenlenmişti: “Kanuna muhalif olan umurda âmirine itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz.” 1924 Anayasası döneminde *özü itibarıyla kontrol teorisinin* kabul gördüğü; 1961 Anayasasıyla birlikte bu konuda iki farklı görüş benimsenerek, karma bir düzenleme yapıldığı söylenebilir.

³³ Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 2/B maddesinde yazılı emir istenemeyecek, amirin sözlü emrinin yerine getirilmesini öngören 13 farklı durum sayılmıştır. Bu hallerde sorumluluk sözlü emri verene ait kabul edilmiştir. Türk Silahlı Kuvvetler İç Hizmetler Kanununun 14. Maddesinde mutlak itaat ilkesine yer verilmiş. Astın bu emri değiştiremeyeceğinden bahisle sorumlu emri veren kabul edilmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılar için bkz. İçel/Evik, 2007, s. 108.

icra edilmelidir. Burada sorumluluk emri verene aittir. Hukuka aykırı emir konusunda anayasa koyucunun *itiraz (emrin tekrarı) teorisini* benimsediği anlaşılmaktadır. TCK'nin 24. maddesinde “amirin emri” hukuka uygunluk sebebi sayılarak, 2. fıkrasında “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bir emrin pozitif hukuka aykırı olmasıyla konusunun “suç teşkil etmesi” ayrı şeylerdir. Suçlar ile suçların karşılığı olan yaptırımlar ceza kanunlarında açıkça düzenlenir. Ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmemiş bir fiilden suç olarak söz edilemez. Başka bir anlatımla, her suç hukuka aykırıdır. Ancak suçlar daha dar bir hukuka aykırılık alanını oluşturur ve suç oluşturmadığı halde hukuka aykırı olan çok geniş bir alan vardır. Suç olan emir ise hiçbir şekilde yerine getirilmez. Bir kamu görevlisi suç olan emri yerine getiriyorsa, bu suçun sorumluluğundan kurtulamaz. Konusu suç olan emir konusunda anayasa koyucunun *özü itibariyle kontrol teorisini* benimsediği anlaşılmaktadır. Bir emir şeklen hukuka uygun olsa bile, içerik itibariyle bir suç oluşturuyorsa, kesinlikle yerine getirilemez.

Anayasa burada emrin içeriğini denetleme yetkisini doğrudan doğruya emir verilen kişiye vermiştir. Dolayısıyla emir verilen (memur, kamu görevlisi vs) emrin içeriğini denetleyebilir, kanunlara aykırı olduğunu düşünüyorsa, amirine itirazda bulunarak, verdiği emrin sorumluluğunu bizzat amirin almasını isteyebilecektir. Öte yandan, verilen emrin icrası halinde suç olan bir fiil meydana gelecekse, kamu görevlisi bu emrin ifasından imtina edebilecektir. Nitekim TCK'nin “amirin emri”ni düzenleyen 24. maddesinin 3. fıkrasında Anayasanın 137/2. maddesi hükmü tekrar edilerek “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur” diyerek, bu konuda net bir tavır ortaya koymuştur ve konusu suç teşkil eden emirleri hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkarmıştır. TCK'nin 24. maddesindeki hukuka uygunluk sebebi konusu suç teşkil etmeyen emirler bakımından ileri sürülebilir ve konusu suç teşkil eden emirler bakımından bu sebep ileri sürülemez.³⁴

Hukuka aykırı bir emri yerine getiren kamu görevlilerinin sorumluluğunu ortadan kaldıran diğer bir düzenlemeye TCK'nin 24. maddesinin 4. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre “Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” Başka bir anlatımla, kanun belli durumlarda

³⁴ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015, 15. baskı, s. 204-205; İçel/Evik, 2007, s. 108-109; Hafizoğulları/Özen, 2014, s. 216.

emrin sorgulanmaksızın ifasını emrediyorsa, bu durumda kamu görevlisi değil, emri veren sorumludur. Hafizoğulları/Özen bu duruma örnek olarak, haksız tutuklama müzekkeresini vermektedir. Yetkili amirin tutuklama müzekkeresini infaz eden kolluk memurları, bu tutuklamanın haksız olduğu ortaya çıktığında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yahut başka bir suçla sorumlu tutulamaz.³⁵

Anayasanın kanunsuz emir maddesindeki istisna durum ise, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması ile ilgili işlerdir. Çalışmanın sınırı gereği bu konunun ayrıntısına girilmeyecektir.

C. CUMHURBAŞKAN(LIĞ)I İŞLEMLERİ VE KANUNSUZ EMİR

Cumhurbaşkan(lığı) işlemleri ve kanunsuz emir meselesinde öncelikle, bu işlemlerin emir olup olmadığı sorulmalıdır. Emrin unsurları tek tek ele alındığında, Cumhurbaşkan(lığı) işlemlerinin bir emir niteliğinde olduğu ve bunların yürütme organına bağlı kamu görevlileri açısından bağlayıcı olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkan(lığı) işlemlerinin yasama organı üyelerine veya yargı organlarının işleyişine yönelik olması halinde ortada fonksiyon gaspı söz konusu olacaktır. Bu organlar açısından yürütme organı tarafından “emir” niteliğinde bireysel veya düzenleyici işlem yapılması mümkün değildir. Buna karşın yürütmenin tek sorumlusu olan Cumhurbaşkanının işlemlerinde, tüm idari kamu görevlileri açısından yetkili amir olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada üzerinde duracağımız konu Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin konularda, idarede görev yapan kamu görevlilerinin uygulamasına yönelik işlemlerdir. Bu işlemler, ister bireysel olsun ister düzenleyici nitelikte olsun, gerekli biçim koşullarına da uymaktadır. En azından bugüne kadar uygulama bunu doğrular niteliktedir.

Cumhurbaşkan(lığı) işlemlerinin anayasaya veya kanunlara aykırı olması halinde, onları “kanunsuz emir” olarak nitelendirebilir miyiz? Bu işlemler “kanunsuz emir” olarak kabul edilirse, hukuki ve cezai sorumluluk nasıl tespit edilebilir? Cumhurbaşkan(lığı) işlemlerinin, işlemi yapanın yürütmenin başı olması ve CBK gibi önemli bir düzenleyici idari işlemi tesis edebilmesi dışında diğer idari işlemlerden farkı yoktur. Dolayısıyla

³⁵ Hafizoğulları/Özen, 2014, s. 218. Benzer bir örnek için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2011, 2. baskı, s. 316.

Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin Anayasaya ve kanunlara aykırı olmak suretiyle, kanunsuz emir olması mümkündür. Hatta Cumhurbaşkan(lığ)ı bireysel işlemleri, aynı organ tarafından çıkarılan CBK ve yönetmeliklere de aykırı olursa “kanunsuz emir” kabul edilebilir mi, üzerinde tartışılması gereken bir konudur. Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin anayasaya veya kanunlara aykırı olması halinde yerine getirilecek midir? Yerine getirildiği takdirde kamu görevlilerinin hukukî ve cezai sorumluluğu ne olacaktır? Bir Cumhurbaşkan(lığ)ı işleminin konusu suç teşkil edebilir mi? Böyle bir durumda, işlemin yerine getirilmesinde kamu görevlilerinin hukukî ve cezai sorumluluğu, tartışmaya değerdir.

1- Hukuka Aykırı Cumhurbaşkan(lığ)ı İşlemleri

Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri bazı durumlarda anayasa ve kanunlara aykırı olabilir, ancak suç teşkil etmeyebilir. Başka bir deyişle, anayasa ve kanunlara aykırı Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri hukuka aykırı emir niteliğinde değerlendirilebilir. Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin tümü yazılıdır ve çoğunluğu Resmi Gazetede yayımlanmaktadır. Kamu görevlileri bir Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemini ya Resmi Gazeteyi takip ederek yahut bizzat kendilerine ulaşan ve altında cumhurbaşkanının imzası bulunan bir evraktan öğrenebilirler. Dolayısıyla işlemlerin tümü yazılıdır. Bunlardan bireysel işlemler (CBK, atama kararı, acele kamulaştırma, arazi toplulaştırma vb) anayasa ve kanunlara aykırı olduğu bilinse dahi, suç teşkil etmediği müddetçe kamu görevlileri tarafından yerine getirilmek durumundadır.

“Yazılı emirlerde hukuki sorumluluk emri verene aittir, yerine getirenin sorumluluğu yoktur” ilkesine göre, kamu görevlisi bireysel işlemin yerine getirilmesinden sorumlu olmayacaktır, burada sorumlu bizzat işlem sahibi Cumhurbaşkanı olacaktır. Anayasa ve kanuna aykırı bir Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemini uygulayan, kamu görevlisinin bu eylemi sebebiyle hukuki ve cezai sorumluluğu ileri sürülemez. Varsayalım ki, kamu görevlisinin doğrudan doğruya anayasayı ihlal ettiği ileri sürülse bile, mevzuatımızda anayasayı ihmal ve ihlal etmenin bir yaptırımını düzenlenmiş değildir.³⁶

Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin tümünün yazılı olması gerekir. Eğer ortada yazılı bir belge yoksa burada işlem den söz edilemez. Dolayısıyla tavsiye niteliğindeki sözleri veya

³⁶ Ayrıntı için bkz. Veysel Dinler, “Anayasal Suç Ne(Değil)dir?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4 (Prof.Dr. Zeki Hafizoğulları’na Armağan), 2016, s. 1554.

temennileri Cumhurbaşkan(lı)ı işlemi kabul edilemeyeceğinden, varsayalım ki böyle bir telkin ve temenniye göre hareket eden bir kamu görevlisi hukuka aykırı bir işlem yaparsa bunun sorumluluğu tamamen işlemi yapanın kendisine ait olacaktır. Zira ortada yazılı bir hukuka aykırı emir yoktur. Örneğin Cumhurbaşkan(lı)ının bir grup kamu görevlisine hitaben yaptığı bir konuşmada mevzuatı çok önemsenememelerini önerebilir.³⁷ Burada bir yazılı emir olmadığından, bu konuşmadan cesaret alarak hukuka aykırı işlem ve eylemde bulunacak kamu görevlisinin sorumluluğu tamamen kendisine ait olacaktır.

Anayasa ve kanuna aykırı CBkler, Danıştay tarafından iptal edilene kadar geçerli sayılacaklar ve “hukuka uygunluk karinesi”nden yararlanacaklardır. Türk idare düzeninde yok hükmünde sayılmayı gerektirecek ağırlıkta bile olsa, hukuka aykırı bir CB işleminin uygulanmaya devam edeceğini düşünmekteyiz. Bu tür işlemlere karşı İYUK’ta değişikliğe gidilerek, idari yargının görevleri arasına “tespit davası”nın eklenmesi yerinde olacaktır.³⁸ Öte yandan hukuka aykırı işlemin kaynağı bir CBK ise, bu CBK’ye dayanılarak yapılan işlemin iptali için idare mahkemesine dava açılması gerekir. Eğer iddia CBK’nin anayasaya aykırılığı ise, bu iddianın idare mahkemesi önünde dile getirilmesi ve mahkemeden itiraz yoluyla CBK’yi Anayasa Mahkemesine götürmesi talep edilmelidir. Eğer iddia CBK’nin kanuna aykırılığı ise, bu durumda idare mahkemesinden CBK’nin kanuna aykırılığının tespiti ile doğrudan kanunun uygulanması talep edilmelidir.

2- Konusu Suç Teşkil Eden Cumhurbaşkan(lı)ı İşlemleri

Bir hukuk devletinde suçlar ve cezalar kanunla belirlenir. Cumhurbaşkan(lı)ı işlemlerinin tümünün kanun altı norm³⁹ ve işlemler olduğu dikkate alındığında bunların ceza kanunlarında tarif edilen suç eylemlerini oluşturması olasıdır. Eğer bu işlemlerde kamu görevlilerinden “suç olan bir eylemi” yapmaları emrediliyorsa, bu durumda konusu suç teşkil eden emir söz konusu olacaktır.

Bir Cumhurbaşkan(lı)ı işleminin içeriği suç teşkil ediyorsa, bu işlemi yapan Cumhurbaşkanı Anayasanın 105. maddesine göre sorumlu olur. Suç olan bu eylemin

³⁷ 26 Ocak 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı Erdoğan kaymakamlara yaptığı konuşmada şunları ifade etmiştir: “Mevzuat şöyledir, böyledir, yeri geldiği zaman koyun mevzuatı bir kenara, kendi zihinsel inkılabımızı devreye sokun.” <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/cumhurbaskani-erdogan-kaymakamlara-seslendi-40045474>

³⁸ “Yok hükmünde sayma” ve “iptal” arasındaki fark için bkz. Gözler, 2009, s. 1020-1022.

³⁹ Bu konuda iki ayrı görüş ve karşılaştırma için bkz. Ergül, 2018, s. 32 ve Şirin, 2018, s. 298.

soruşturulması siyasi soruşturma usulüne, kovuşturması da Yüce Divan usulüne göre yapılır. Kamu görevlilerinin konusu suç teşkil eden bir Cumhurbaşkan(lığı) işlemine dayanarak, suç işlemleri halinde cezaî sorumluluktan kurtulmaları mümkün değildir. Ancak burada suçtan ne anlaşılması gerektiği ile hukuka uygunluk sebebi olan “amirin emri” meselesi tartışılmalıdır.

Konusu suç teşkil eden emirdeki suç, elbette ki öncelikle ulusal mevzuatta “suç” olan fiillerdir. Başka bir ifadeyle, Türk Ceza Kanunu başta olmak üzere, kanunlarda suç olarak kabul edilen, karşılığında ceza yaptırımını öngörülen, soruşturma ve kovuşturması ceza muhakemesi usullerine göre yapılan fiillerdir. Ancak konusu suç teşkil eden emirde suç sadece ulusal mevzuatla sınırlı görmek doğru değildir. AİHS’nin 7. maddesinin ilk fıkrasında suçların ve cezaların kanuniliği tanımlandıktan sonra, 2. fıkrada “Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Geçmişte insanlığın yaşadığı bazı tecrübeler, işlenen bazı insanlık dışı bazı eylemler karşısında “ulusal mevzuatta suç değil” savunmasına fırsat vermemeyi zorunlu kılmıştır. Örneğin, *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* kararında AİHM, Sözleşmenin kapsadığı hakların etkin korunmasında taraf ülkelere pozitif yükümlülükler getirdiğini, bunun yollarından birinin de ceza hukuku yoluyla koruma olduğuna hükmetmiştir.⁴⁰ Başka bir anlatımla, Sözleşmenin koruma altına aldığı hakların ihlalinde, ihlale neden olan fiilin ulusal mevzuatta suç olmadığı iddiasını AİHM gerçekçi bulmayacaktır. Dolayısıyla burada suç, aynı zamanda olması gerekeni (en azından uluslararası yükümlülükler bağlamında) de kapsamaktadır. Suçu sadece icra eylemleri olarak düşünmemek gerekir. Bazı durumlarda yapılması zorunlu şeylerin ihmali de suç olabilir. Dolayısıyla yapılmaması halinde suç olacak şeylerin yapılmamasının emredilmesi de “konusu suç teşkil eden emir” kapsamında değerlendirilmelidir.

CBK ile kanunlarda değişiklik yapmak mümkün olmadığından ve kanun-CBK çatışmasında kanun geçerli olduğundan, suç ve cezalara yönelik bir CBK çıkarılması, bir suçun cezasının CBK ile ağırlaştırılması veya hafifletilmesi mümkün değildir. Böyle bir CBK yok hükmünde olacaktır. Örneğin 694 sayılı KHK’nin 137. maddesiyle TCK’nin 188. maddesinde değişiklikler yapılmıştı. Anayasaya tamamen aykırı bu düzenlemeye benzer bir

⁴⁰ AİHM *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* (Başvuru no: 25965/04, 7 Ocak 2010). Değerlendirme için bkz. Veysel Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2013 (yayınlanmamış doktora tezi), s. 359-361.

düzenlemenin CBK ile yapılması söz konusu olamaz. Yine CBK yoluyla ceza kanunlarının uygulama alanı daraltılamaz, kimseye cezadan muafiyet getirilemez. Örneğin 696 sayılı KHK'nin 121. maddesiyle "...darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler"e ceza muafiyeti getirmişti. Cezasızlık getiren bu düzenleme çok tartışılmıştı. CBK ile benzer bir cezasızlık alanı yaratılması mümkün değildir. Bu şekilde bir cezasızlık içeren CBK'ye dayanılarak yapılan eylemler suç teşkil ediyorsa, buna dayanarak suç işleyenler sorumluluktan kurtulamaz.

Konusu suç teşkil eden Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerini yerine getiren kamu görevlisi "amirin emri" hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilir mi? Hukuka uygunluk sebebi olan "amirin emri"nin sadece hukuka aykırı olan emirleri kapsadığı, ancak konusu suç teşkil eden emirler için geçerli olmadığı yukarıda açıklanmıştır. Özetle konusu suç teşkil eden Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin yerine getirilmesi suçtur ve ortada yazılı bir emrin olması, fail bakımından sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Kamu düzeninin sağlanması gibi olağanüstü durumlar için Anayasanın 137/3 maddesi "Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır" şeklinde bir istisna getirmiştir. Ayrıca TCK'nin 24/4 maddesi "Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur" denilerek, olağanüstü durumlardan kaynaklanan ve denetlenme imkânı olmayan emirler bakımından sorumluluğu emri verene yüklemiştir. Cumhurbaşkanının "askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması"na⁴¹ ilişkin kararları ayrı bir çalışma konusu olduğundan, bunun üzerinde fazla durulmayacaktır.

Olağan dönem Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri denetlenebilir niteliktedir, dolayısıyla bu işlemler bakımından konusu suç teşkil eden emir yerine getirilemez. Sonuçta hukuk düzenimizde suç olan emir söz konusu olduğunda *özü itibariyle kontrol teorisi* hakimdir. Bu teorinin benimsediğini hem Anayasanın 137/2. maddesi, hem de TCK'nin 24/3. maddesinde açıkça tekrar edilmiş ve tereddüt ortadan kaldırılmak istenmiştir. Emrin kaynağının Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemi olması durumu değiştirmemektedir.

⁴¹ Ayrıntı için bkz. Zafer, 2011, s. 315.

SONUÇ

Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri Türk anayasa hukukunda hep sorunlu bir mesele oldu. Eski düzende Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışındaydı. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ise anayasada tek tek sayılmadığından, bu kategoride hangi konuların yer aldığı hep tartışılırdı. Ayrıca apaçık anayasa ve kanuna aykırı bir işlemin yok hükmünde sayılabilmesi için bir usul geliştirilmiş değildi.

Yeni düzende Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin tümü anayasallık ve kanunilik denetiminde olmakla birlikte, özellikle “CBKlerin kanuna aykırı olması durumunda kanun uygulanır” hükmünün gerçek hayatta nasıl uygulanacağı merak konusudur. Anayasanın bu yetkiyi kime verdiği çok açık değildir. Esasında idare (kamu görevlileri) ve hatta bireylere bu yetki verilmiş gibi görünse de Türkiye koşullarında böyle bir uygulamaya gidilmeyeceği açıktır. Bunu tecrübe etmek için kamuda hizmet ediyor olmak gerekmez, sıradan yurttaş tarafından da kamu görevlilerinin mevzuatı uygulayışı gözlemlenebilir. Hele ki Cumhurbaşkanına insanüstü değer vermenin çok yaygın bir davranış olduğu⁴² günümüz Türkiye’inde Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin her türlü normun ve ilkenin önüne geçtiği üzücü bir gerçektir.

Bu metinde ayrıntılı açıklandığı üzere, Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri çok farklı amaçlarla yapıldığı halde, yapan organ ve usul hepsinde aynıdır. Bu durum işlemin adlandırılması bakımından da bireysel-düzenleyici işlem olma niteliği bakımından da değişmemektedir. Kanımızca, öncelikle Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri arasındaki hiyerarşinin biraz daha netlik kazandırılması gerekmektedir. Özellikle adsız düzenleyici işlemlerde hangi işlem bir diğerinden önce gelir, bu çok belirli değildir. Bir diğer sorun, düzenleyici bir işlemle bireysel sonuç doğuracak bir karar verilip verilemeyeceği; tersinden bakıldığında da örneğin Cumhurbaşkanı kararı ile genel, soyut ve tüm muhataplar için bağlayıcı bir düzenleyici işlem yapılıp yapılamayacağıdır. Yahut bireysel sonuçları olan bir CBK, sırf adından dolayı Anayasa Mahkemesinin denetiminde mi olacaktır? Bu soruların tereddüt bırakmayacak şekilde cevaplarını bulması gerekir. Aksi halde, tüm işlemleri yapan aynı irade olduğuna göre, ortaya çıkan her irade bir öncekini değiştirir sonucuna varırsak, gideceğimiz yer “başkanın söylediği her şey kanundur” anlayışı ortaya çıkabilir. Özellikle CBKlerin kanunilik denetimindeki güçlükten yukarıda söz edilmiştir. Dolayısıyla “boşluk alan” her an kötüye

⁴² Örnekler için bkz. Mustafa Erdoğan, “Siyasî Modernlik ve Medenîlik”, *Diyalog Gazetesi*, 11 Ağustos 2019, (<https://www.diyaloggazetesi.com/siyas-modernlik-ve-medenilik-makale,7673.html>).

kullanılmaya müsaittir. Birçok bireysel işlemin CBK ile yapılarak Danıştay denetiminden uzak tutulma ihtimali söz konusu olabilir. Burada söylediğim şey kulaklara garip gelebilir. Anayasa Mahkemesinin denetimi varken, Danıştay denetimi niçin daha önemli olsun? Elbette ki, hakkı ihlal edilenler açısından başvuru yolunun kolay olması bakımından. Başka bir anlatımla, Cumhurbaşkanı kararından hakkı veya menfaati ihlal olanlar Danıştay’a doğrudan dava açabilir. Ancak birey ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmeleri için öncelikle Danıştay dahil, diğer hukuk yollarını tüketmeleri gerekir. Dolayısıyla Danıştay’ın bu manada daha etkili olduğu ileri sürülebilir ve bireysel işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların daima idari yargıda görülmesi gerekir. CBKlerin kanuna uygunluk denetiminin hangi yargı organı tarafından yapılacağı açıkça belirlenmediği müddetçe, hukukumuzda bir “boşluk alan” daima varlığını sürdürecektir.

Cumhurbaşkan(lığ)ı bireysel ve düzenleyici işlemleri, hiç kuşkusuz idare açısından bir “emir” niteliğindedir. Bu işlemlerin anayasa ve kanunlara uygun olması beklenir. Anayasanın 137. maddesi “kanunsuz emir” meselesini düzenlemiştir. Buna göre, anayasa, kanun, CBK ve yönetmeliklere aykırı emirler kamu görevlilerince yerine getirilmez ve emri verene hukuka aykırı olduğu bildirilir. Buradan da net bir şekilde anlaşılacağı üzere, Anayasa kamu görevlilerine verilen emirlerin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi vermiştir. Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin yazılı olması ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, ilk etapta kamu görevlileri tarafından uygulanmasını zorunlu kılar. CBK dışında, bu tür işlemlerin hukukilik denetimi Danıştay tarafından yapılacak ve iptal yaptırımına kadar hukuka aykırı olsa da uygulanmaya devam edecektir. CBKlerin anayasaya aykırılığı iptal davası veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gidecektir. Ancak kanuna aykırı bir CBK ile karşı karşıya kalan kamu görevlisinin CBK hükmünü ihmal ederek, doğrudan kanunu uygulaması gerekmektedir. Bu ise Türkiye koşullarında kamu görevlisi için çok riskli bir durumdur. Uygulamada kamu görevlilerinin böyle bir tasarrufta bulunması beklenmemektedir. Hatta daha ileri giderek şu iddiada bulunulabilir: CBK’ye dayalı bir idari işlemde hakkı zarara uğrayan bireyin işlemin iptali için açılan davada mahkeme CBK’nin kanunilik denetimiyle görevlendirilmediğini iddia ederek, bu alanda bir boşluğun oluşmasına neden olacaktır. Kaldı ki, farklı mahkemelerin farklı kararları uygulamada eşitsizliklere de sebep olabilir. Bu nedenle CBKlerin kanunilik denetiminde var olan “boşluk alan”ı, Anayasada yapılacak açık bir düzenleme ile ortadan kaldırmak gerekir.

Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin konusunun suç teşkil etmesi halinde kamu görevlileri bu emirleri yerine getirmemelidir. Bu işlemin CBK olması dahi durumu değiştirmez. Zira

CBK ile kanunda değişiklik yapılamaz. Suçların ve cezaların sadece kanunla düzenlenebildiği dikkate alındığında, bir fiilin suç olmaktan çıkarılması veya bazı fiillere yönelik ceza sorumsuzluğu getirilmesi CBK ile mümkün olmayacaktır. Anayasanın 2. kısmının 2. bölümünde yer almasıyla kanunun mahfuz alanında bulunan suç ve cezalara ilişkin hiçbir Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri hukukten geçerli kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla olağan dönemlerdeki Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri, ister bireysel, ister düzenleyici işlem olsun, bu işlemlere dayanarak suç olan fiilleri işleyen kamu görevlilerinin ceza sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Olağanüstü durumlar ile kanunun emrin denetlenmesine imkân tanımadığı haller bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Sonuç olarak, hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi hukuki belirliliktir. Hâlihazırda Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemleri ile ilgili anayasal ve kanuni düzenlemeler yeterli değildir. Türk idare sisteminin işleyişinde zaten sorunlu olan normlar ilişkisi, 2017 sonrası kurulan yeni düzende daha karmaşık bir haldedir. CBKlerin kanuna uygunluğunun denetimi konusu açık değildir ve bu alanda açık düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemlerinin de diğer idari işlemler gibi, anayasa ve kanunlara aykırı olmaları halinde kanunsuz emir oluşturacağında kuşku yoktur. Konusu suç teşkil edenler Cumhurbaşkan(lığ)ı işlemi olsa dahi yerine getirilmemelidir.

KAYNAKÇA

Aslan Volkan, “Cumhurbaşkan(lığ)ı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, 2019, ss. 139-161.

Dinler Veysel, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2013 (yayınlanmamış doktora tezi).

Dinler Veysel, “Anayasal Suç Ne(Değil)dir?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4 (Prof.Dr. Zeki Hafızoğulları'na Armağan), ss. 1545-1575.

- Erdoğan Mustafa, “Siyasî Modernlik ve Medenîlik”, *Diyalog Gazetesi*, 11 Ağustos 2019, (<https://www.diyaloggazetesi.com/siyas-modernlik-ve-medenilik-makale,7673.html>)
- Ergül Ozan, “Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Güncel Hukuk*, S. 173, 2018, ss. 30-32.
- Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa, 2018, 2. Baskı
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin, Bursa, 2009, C.1.
- Günel Yılmaz, “Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1965, C. 29, S. 2.
- Hafizoğulları Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, 7. baskı.
- Hürriyet*, “Cumhurbaşkanı Erdoğan kaymakamlara seslendi”, 26 Ocak 2016 (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/cumhurbaskani-erdogan-kaymakamlara-seslendi-40045474>).
- İba Şeref ve Yasin Söyler, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, *Anayasa Yargısı*, 2019, C. 36, S. 1, s. 203, ss. 195-223.
- İçel Kayıhan ve A. Hakan Evik, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2007, 4. Baskı.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2017, 17. baskı.
- Öztürk Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015, 15. baskı.
- Şirin Tolga, “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2018, C. 7, S. 14, ss. 289-356.
- Ülgen Aladağ Özen, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1 (Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi Sempozyumu) 2019.
- Ülgen Adadağ Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/2

Ülgen Özen ve Tolga Şirin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanlı Kararnamesi”, *Güncel Hukuk*, s. 170, 2018 (Mart-Nisan).

Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2011, 2. baskı.