

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN YÜRÜTMENİN MAHFUZ DÜZENLEME YETKİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. M. Ayhan Tekinsoy, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

2017 Anayasa değişiklikleriyle sonuçlanacak süreçte, parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçilmesi ve böylece (mutlak olumsuz görülen) koalisyon hükümetlerinin önlenmesi gerektiği anlayışının izharıyla hem yürütmenin hem yasamanın güçleneceği, aralarında denetleme mekanizmalarının kurulacağı söylemi bir süre sonra “Türk tipi başkanlık” sistemi getirileceği savına dönüşmüş, sonuçta değişikliklerle “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” olarak adlandırılan bir yapı ortaya çıkmıştır. Adından özgünlüğü anlaşılan bu yapı ancak “kendine özgü bir sistem” olarak değerlendirilebilir. Bu “kendine özgü”lük, değişikliklerin getirdiği çözümlerin özgünlüğü ve tekliği anlamında değil, sistem olarak ifade edilmeyi ancak bu koşulda hak etmesi anlamında kullanılmaktadır. Kısaca özetlemeye çalışıldığında bu tasarım, yasama - yürütme arasında denge ve denetleme mekanizmalarından yoksun olup, yargı boyutunda yürütmenin etkisini arttıran ve yargıyı yürütmenin bir fonksiyonu olarak algılayan bir anlayışa dayanmasıyla kuvvetler ayrılığını -bütün denge ve denetleme mekanizmalarını (milli irade üzerinde) bir tür vesayet olarak görerek- ortadan kaldıran bir nitelik taşımaktadır.

Kendi çelişkileriyle işlerliği, yapıldığı dönemdeki siyasal durumun değişmeden sürmesine bağlı bu sistemin ilk yılda yarattığı sorunlar, minimize edilmiş düzeyde, bizzat yaratıcıları tarafından da kabul edilmektedir. Bu tebliğ yeni sistemin ürünü olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ve bunların “mahfuz düzenleme yetkisi” yönünden değerlendirilmesine odaklanmaktadır.

I. YÖNTEM

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuksal niteliği, normlar hiyerarşisindeki yeri, düzenleme alanının belirlenmesi ve mahfuz yetki niteliği konusunda kısa sürede geniş sayılabilecek bir literatürün ortaya çıktığını görüyoruz. Bildiride, zorunlu olarak değinilmesi gereken durumlar dışında, “mahfuz yetki” sorunu tartışılacaktır.

Anayasa yapım sürecinin değerlendirilmesiyle, yapılan değişikliğin içi boş sloganlara dayandırıldığı ve aceleye geldiği (YILDIRIM, s. 28), ehliyetsiz kişilerce hazırlandığı (GÖZLER/KAPLAN, s. 394) yorumları yapılabilir. Olgusal olarak değişiklik paketine yasama organında yeterli destek sağlanabilmesi için taraflar arasında görüşmeler, pazarlıklar yapıldığı, bu sırada paketin bütünlüğünü ve tutarlılığını bozacak eklemeler yapıldığı söylenebilir. Yine değişiklikler hazırlanırken bazı konuların unutulduğu, boşluk olduğu, düşünülmediği, aslında anayasa koyucunun şu ya da bu yönde düzenleme yapma iradesinde olduğu sıklıkla ileri sürülmekte ve gerçekten de bunlardan kaynaklanan sorunlarla karşılaşmaktadır. Ancak Anayasanın uygulanması bu olgulardan etkilenmediğine göre, kimin ne isteyerek ve amaçlayarak yaptığına bakılmaksızın bu değişikliklerin anayasa bütünlüğü içinde yorumlanması gerekir. Bu açıdan özellikle anayasa yapım sürecinde yer alanların herhangi bir normla neyi yapmayı amaçladıklarına ilişkin açıklamalar -bunların aslen ikna ve pazarlık sürecinin unsuru olması nedeniyle- yorum sürecinde kullanılamaz. Amaçsal yorum, değişikliği yapan anayasa koyucunun subjektif iradesinin ya da amacının ortaya çıkarılmasını değil, normun objektif amacının bulunmasını esas alır. Kaldı ki anayasa koyucunun istediğini ne kadar gerçekleştirebildiği, ancak yürürlüğe koyduğu normda somutlaşır.

Cumhurbaşkanına verilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin, Kanun Hükmünde Kararnameye, ABD'deki başkanlık kararnamesine, Fransız sistemindeki delegalizasyondan kaynaklanan yürütmenin düzenleme yetkisine ya da herhangi başka bir sistemde bulunabilecek bir düzenleme yetkisine benzetilerek, bunlardan mülhem ilke ve kurallarla incelenmesinin bir pozitif hukuk incelemesi için elverişli olmayacağı kabul edilmiştir: Bu tür benzetmeler pozitif durumun algılanmasını ve anlaşılmasını engelleyebilir. Bu engel öncelikle yukarıda değinilen özgün tasarımdan kaynaklanmaktadır. 2017 anayasa koyucusunun vazettiği kurallar, Anayasa içinde kendi ilişkileri, (çelişki ve) uyumları ile incelenmelidir. Pozitif düzenlemelerin ulaşılmak istenen sonuç açısından elverişliliğinin sınanmasında diğer örneklerle karşılaştırma yöntemi kullanılabilir. "Ulaşılmak istenen sonucun" ne olduğu da Anayasanın lafzından bağımsız tartışılmaz. Yukarıda değinilen hukuksal enstrümanların birbirlerine benzerliklerinin ve farklılıklarının karşılaştırılması ve değerlendirilmesi ancak didaktik bir değere ve öneme sahip olup, normun yorumunda kullanılamaz. Örneğin Fransız hukukunda yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin tespit, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin düzenlemelerin belli bir yönde yorumlanmasını gerektirmez. Yürütmeye, yasamanın müdahalesine kapalı bir düzenleme alanı oluşturma amacı varsa, bunu gerçekleştirmeye yönelik mekanizmalar, yani diğer ülkelerde bu sonucu doğurduğu kabul edilen anayasa düzenlemeleri dikkate alınabilir. Anayasa yapım sürecinde dikkate alınması gereken bu tür örneklerin, ortaya çıkan normun yorumu aşamasında oluşturulan mekanizmanın işlerliği ve amaca uygunluğu bakımından önemi vardır. Ayrıca kanun hükmünde kararnamenin kaldırılmış olması, mutlaka yerine buna benzer bir enstrüman getirilmesini gerektirmez. Yeni dönemde sert kuvvetler ayrılığından bahisle yürütmenin böyle bir araçla donatılmasının gerekli görülmesi ve bunun sert kuvvetler ayrılığının sonucu olarak sunulması, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini yeni kanun hükmünde kararname olarak görme eğilimi, ancak olması gerekene ilişkin kişisel değerlendirmelerle pozitif durumun birbirine karıştırılmasının sonucu olabilir ve anayasanın yorumu açısından değıersizdir.

Anayasadaki düzenlemelerden çok yasama organının mevcut yapısı ve siyasi konjonktürden kaynaklanan işleyiş, mevcut Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi pratiği, yani yasama ve yürütmenin güncel uygulaması da anayasa normlarının yorumunda esas alınamaz. Örneğin,

- uygulamada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile açıkça kanuna aykırı kural konmuş olmasından (KANADOĞLU, s. 644),
- bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde uygulanmayacak hükümleri düzenleyen maddelerde “bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz” denilmesinden (EREN, s. 67)

yola çıkılarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hukuksal niteliği saptanamaz. Anayasanın anlamı uygulamaya göre değil, uygulamanın hukuka uygunluğu Anayasaya göre değerlendirilmelidir.

Bu çerçevede bir hukuksal kategorinin varlığının tespiti açısından onun diğer ülke sistemlerinde mevcut olması, literatürde böyle bir kategorinin varlığı yeterli değildir. Bu açıdan “yürütmenin mahfuz düzenleme alanı”, verili bir kategori olarak kabul edilemez. Ayrıca “yürütmenin mahfuz düzenleme alanı” saptaması yapıldığında kendiliğinden bazı hukuksal sonuçlar ortaya çıkmaz. Anayasanın bütünlüğü içinde anayasa normları yorumlanarak somut durum, özgüllüğü içinde değerlendirilmelidir.

Hukuksal argümantasyon açısından bir yorum ilkesinin kullanılarak sonuca varılmış olması, o ilkenin kullanılabilir olduğu ve doğru kullanıldığı araştırılarak doğrulanmadan, varılan sonucu geçerli ve doğru hale getirmez. Aşağıda değinileceği gibi “mahfuz yetki” tartışmasında genellikle genel norm - özel norm ilişkisi kullanılarak sonuca varıldığı tespit edilmiş olup, bu ilişkinin varlığı, etkisi, uygulanması ve sonuçları açısından yanlış çıkarımlar yapıldığı düşünülmektedir. Yasamanın genelliği ilkesinin salt “düzenlenir” ifadesiyle bir anda bazı alanlarla sınırlı olsa da sınırlanabileceğinin kabulü ise, anayasanın sistematik yorumu karşısında imkânsızdır.

Aşağıda “mahfuz yetki” tartışmasında yer verilecek görüşler ve kullanılan argümanlar tam bir özet niteliğinde değildir. Görüş sahiplerinin argümantasyonunu tam olarak yansıtmaya iddiası da bulunmayıp, yapılan alıntılar kullanılan ilkelerin tartışılmasını sağlamaya yöneliktir. Yapılan değerlendirme somut bir kişinin görüşünün eleştirisine yönelmeyip ilkelerin somutlaştırılmasını ve uygulanmasını tartışma amaçlıdır. Bu nedenle aynı yönde değerlendirme yapan bütün yazarların zikredilmesine gerek görülmemiştir.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE İLİŞKİN ANAYASA HÜKÜMLERİ

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin değerlendirme yapılırken yalnızca Anayasanın bazı hükümlerinin karşılaştırılması ile yetinilmemeli, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilgili Anayasa hükümleri birlikte okunmalıdır. Bu açıdan yalnızca Anayasada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ifade edildiği hükümler değil, başta Anayasanın 7., 8. ve 87. maddeleri olmak üzere yasamanın ve yürütmenin yetki ve görev alanlarına ilişkin ilgili bütün hükümlerin kullanılması gerekir. Hukuksal çözümleme yapılırken “seçilen” normlar, sorunun hangi boyutta ele alındığını gösterdiğinden, örneğin Anayasanın 7. ve 8. maddelerini tartışmaya katmadan yapılan değerlendirmenin eksik olacağı düşünülmektedir. Bu nedenle değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerektiği düşünülen normlara, birlikte göz önünde bulundurulması amacıyla, aşağıda yer verilmiştir:

- Madde 7** Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.
- Madde 8** Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.
- Madde 13** Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.
- Madde 87** Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak (...) Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.
- Madde 104/1** “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.”
- Madde 104/9** “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”
- Madde 104/17** “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. 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. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”
- Madde 106/son** “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”
- Madde 108/4** “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”
- Madde 118/son** “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”
- Madde 119/6-7** “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. 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.”

Madde 123/son “Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.”

Madde 137/1 “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 yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.”

Madde 151 “Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya içtüzüğün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.”

Madde 152/1 “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.”

Madde 153/2-3-4 “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun (...) teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.”

Madde 161/7 “Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.”

Geçici Madde 21 “B) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.”

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİ MAHFUZ DÜZENLEME YETKİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİREN GÖRÜŞLER

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin mahfuz düzenleme alanı olduğuna ilişkin görüşler, öncelikle Anayasa hükümlerindeki ifade biçimi ve genel norm - özel norm ilişkisine dayanmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin mahfuz düzenleme alanında olduğu, münhasıran Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi gerektiği kabul edilen konular şu Anayasa maddelerine dayandırılmaktadır:

- m. 104/9 “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”
- m. 106/son “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”
- m. 108/4 “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”
- m. 118/son “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

Mahfuz alan tartışması, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerinden bağımsız bir tartışmadır. Bu açıdan önemli olan yasamanın müdahale edemeyeceği ve düzenleyemeyeceği, yürütmeye ait bir düzenleme alanının var olmasıdır.¹ Bunun için de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kanun gücünde olmasına gerek bulunmamaktadır. Belki kanun gücünde olmasının, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin mahfuz alanının savunulmasını kolaylaştıracağı düşünülebilirse de burada tartışmanın normun hiyerarşik gücü değil, düzenleme alanı temelinde yapılması gerekmektedir. Anayasanın 119/6. maddesinde Cumhurbaşkanının, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın çıkarabileceği Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin “kanun hükmünde” olduğu açıkça öngörülmüştür. Böylece Anayasa hangi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kanun hükmünde olduğunu belirlediğinden, diğerlerinin kanun hükmünde/gücünde olmadığı da açıktır.² Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kanun hükmünde olmasına rağmen bu alanda kanun çıkarılamayacağı iddiası bulunmamaktadır. Ancak “düzenleme alanlarının ayrılması” ve yürütmeye mahfuz bir düzenleme alanı öngörülmesi durumunda kanun ile (idari) düzenleme

¹ Sorunun çok boyutluluğuna işaret etmek isteriz: Yasama gücünün parlamento ile birlikte yürütme tarafından kullanılması, yürütmeye kanun gücünde düzenleme yetkisinin tanınması, kanun alanının sınırlanarak bazı konuların yürütme işlemleriyle düzenlenmesi gibi tesis edilen işlemin organik ve işlevsel anlamda farklılaştığı sistemler söz konusu olabilir. Portekiz, İspanya, İtalya vb örnekler bu açıdan değerlendirilebilir.

² ERGÜL aksi yönde değerlendirme yapmıştır: “Yeni 104. maddede geçen ‘Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir’ düzenlemeleri kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında hiyerarşi yaratmak için değil, normlar hiyerarşisinde statüsü birbirine denk iki düzenleyici işlemin kuralları arasında çatışma olması halinde, söz konusu çatışmanın nasıl çözüleceğini belirlemek için konmuştur.” Ozan ERGÜL, “Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Güncel Hukuk, Sayı 173, Eylül - Ekim 2018, s. 31-32. Bu görüşün kabul edilebilir olmadığını düşünüyoruz.

aynı güce sahip olmasa da konu itibarıyla düzenleyecekleri alan farklılaşmaktadır. Fransız hukuku örneğinde şekli açıdan olmasa bile nitelikleri itibarıyla bunların gerçek anlamda kanun olduğunun belirtilmesi (ANAYURT, s. 60) bu açıdan değerlendirilebilir.

Mahfuz düzenleme alanı açısından yalın bir anlatımı ARDIÇOĞLU ortaya koymuştur:

“(…) Anayasa değişiklikleri ile yasakoyucuya kapatılmış ve yürütmeye “münhasır” olarak verilmiş bir düzenleme yetkisinden bahsedebileceğimiz bir anayasa normu yoktur. Bilakis m. 104/17 hükmünde kanuna münhasır alanlar tanınmıştır ve ayrıca aynı konuda Meclis tarafından kanun çıkarılması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasanın, yasama yetkisinin asliliğinin yanı sıra genelliğine ilişkin 7 ve 87 inci maddelerinde kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır.” (ARDIÇOĞLU, s. 37-38)

Bu çerçevede,

- Anayasada Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin münhasır/mahfuz bir alan oluşturduğuna ilişkin (bu sözcüklerle ifade edilme ya da kanun çıkarılmayacağı / kanuna rağmen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanacağı vb ifade edilmesi biçiminde) bir belirleme bulunmamaktadır.
- “Anayasanın, yasama yetkisinin asliliğinin yanı sıra genelliğine ilişkin 7 ve 87 inci maddelerinde kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır.” Yani Anayasada kanun hala şekli olarak tanımlanmaya devam etmekte, konu itibarıyla bir sınırlama öngörülmemektedir.

Anayasada açıkça ifade edilmeyen mahfuz düzenleme alanının oluşturulması özel bir yorum faaliyetini gerektirmektedir. Konunun Anayasa düzenlemelerinin lafzı çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin örneği GÖZLER/KAPLAN’dan alabiliriz. Bu görüşün net ve kısa ifadesi şöyledir:

“(…) bu hükümlerde ‘münhasıran’, ‘sadece’ veya ‘ancak’ gibi inhisari bir ibare kullanılmamış olsa bile, bu konuların sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğini düşünüyoruz. Bu hükümlerde (...) m. 104/17’den farklı olarak ‘düzenlenebilir’ değil, ‘düzenlenir’ ibaresi kullanılmıştır. ‘Şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir’ demek, ‘şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki işlemlerle düzenlenemez’ demek anlamına gelir. Aksi olsaydı, Anayasa koyucu ‘düzenlenir’ değil, ‘düzenlenebilir’ derdi. Keza aksi olsaydı Anayasa, m. 123/3’te ‘kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur’ dediği gibi, Anayasa koyucu ‘şu konular kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir’ derdi.” (GÖZLER/KAPLAN, s. 392-392)

Oldukça keyfi ve şimdije kadarki anayasa yorumları dikkate alındığında (örneğin “kanunla düzenleme” kaydını lafız “düzenlenir” biçimindeyken mahfuz/münhasır görmeme) kendi içinde çelişkili bu lafzi yorumun hemen yanına destek olarak özel norm – genel norm ilişkisi getirilmektedir.

GÖZLER/KAPLAN, Anayasanın 104/17. maddesindeki konu sınırlamaları ve şartlarının mahfuz alan saydıkları konularda geçerli olmadığını çünkü bu dört konuyu öngören hükümlerin (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) m. 104/17'ye göre özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olduğunu ve öncelikle uygulanacağını belirtmektedir (s. 392). Ancak yazarlar burada durmamakta, kendi ifadeleriyle “daha ileri giderek” bu dört konunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin mahfuz alanını oluşturduğunu savunmaktadırlar. Aşağıda değinileceği üzere bu “ileri gidiş”in temellendirmede nedensiz bir sıçramanın eseri olduğunu düşünüyoruz. Yazarlar, “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.” hükümlerini genel norm, (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) hükümlerini özel norm kabul ederek prensibi ortaya koymaktalar: Lex specialis derogat legi generali! Yazarlar ayrıca m. 104/17'nin Cumhurbaşkanına “yürütme yetkisine ilişkin konularda” genel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisini verdiğini, mahfuz alana ilişkin maddelerin de bu yetkiyi sayılan konularda özel olarak verdiğini söylemektedirler (s. 393).

Bu temellendirmeyi ayrıntılandırmaya çalışan bir diğer görüş ise şöyledir:

“1982 Anayasası'nın ilk halinde, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir istisnası olarak yer alan bu durum [Yazar *Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği örneğinden bahsediyor*], Anayasa değişikliği ile alanı genişlemiş olmakla birlikte sınırlı varlığını sürdürmektedir. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini düzenleyen hükümlere sözel ve sistematik yorum açısından bakıldığında bu sonuç açıkça görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel yetkinin düzenlendiği maddelerde (m.104/17 ve m.109/6), Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması bir zorunluluk değil, bir olanaktır. Bir Cumhurbaşkanının bu kapsamda hiç Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmaması mümkündür. Anayasal sınırlar içinde, tamamen kendi takdir yetkisidir. Zira “çıkabilir” birleşik fiilinde “-ebilmek” ekiyle, cümleye hem bir anayasal izin hem de olasılık anlamı katılmıştır. Dolayısıyla olağan dönemde yürütmeye ilişkin konularda, olağanüstü dönemde ise olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapmak Cumhurbaşkanının tek başına takdir edeceği bir yetki kullanımı olanağını ifade eder.

Mahfuz yetki olan dört maddede (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) ise, belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu konuların kanunla da düzenlenmesi mümkün olsaydı, kullanılması gereken ifade “düzenlenebilir” olmalıydı. Kamu tüzelkişiliğinin kurulmasında olduğu gibi, açık bir şekilde “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” biçiminde bir ifade kullanılması da mümkündür. Ancak, her iki olasılık da tercih edilmemiş ve Anayasa'da özel olarak sayılan bazı hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Tam da bu nedenle, Anayasa'nın Geçici 21/B maddesinde, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.” hükmü yer almaktadır. Cumhurbaşkanına yürütmeye ilişkin konularda ve olağanüstü halde verilen yetkilerin takdiri niteliği dikkate alındığında, bu hükümde yer alan altı ay içinde düzenleme yükümlülüğünün bu dört maddeye ilişkin olduğuna şüphe yoktur.

Bu dört madde, Anayasa'nın 104/17. maddesinde yürütmeye ilişkin konularda verilen genel yetkiye göre göre özel hüküm niteliğindedir. Yine de Cumhurbaşkanlığı

kararnamelerine ilişkin 104/17. maddede yer alan sınırlamaların, bu dört madde bakımından geçerli olup olmadığı sorusu ayrıca cevaplandırılmalıdır. Zira olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından bu sınırlamaların geçerli olmadığı açıkça belirtildiği halde, bu dört madde bakımından herhangi bir hüküm bulunmaması zaman zaman farklı yorumlara neden olabilmektedir. Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan her sınırlama bakımından, bu sınırlamaların neden geçerli olmadığı gerekçelendirilebilir.

Birincisi, bu konular Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular değildir. Aksine, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngördüğü konulardır. İkincisi tam da bu nedenle, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında bir çatışma olması halinde bu çatışmanın kanuna üstünlük verilerek çözülmesi rasyonel değildir. Zira, bunlar arasında bir çatışma ortaya çıkması teorik olarak mümkün değildir. Bu dört madde aslında yasama yetkisinin genelliği ilkesinin anayasal istisnalarıdır. Buna rağmen çıkarılan kanun hükümleri konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı olacaktır. Elbette, Anayasa'ya aykırı da olsa söz konusu kanun hükümleri yürürlüğe girebilecek ve Anayasa Mahkemesi iptal etmediği sürece yürürlükte kalacaktır. Bu sırada iki normdan hangisinin uygulanacağı sorununun, Anayasa'nın 104/17. maddesinin öngördüğü gibi kanuna öncelik verilerek çözülmesi, bu dört maddedeki yetkilerin mahfuz niteliği ile çelişir. Dolayısıyla, 104/17.maddede yer alan bu sınırlama, mahfuz yetki kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından geçerli olmamalıdır.

Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenememesine yönelik sınır ise mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için gerekli değildir. Zira, Anayasa maddelerinde sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olan bu hususlar, temel hak ve özgürlükler alanına ilişkin bir yetkilendirme içermemektedir.” (ÜLGEN, s. 20-21)

Diğer yazarlarda da tekrarlandığı tespit edilebilecek bu temel değerlendirmeleri şöyle özetleyebiliriz:

- **Anayasada “düzenlenir” ibaresi kullanılmıştır. Bu ibare kanunla düzenlemeyi dışlamaktadır.**

Öncelikle belirtmek gerekir ki anayasayı okurken “‘Şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir’ demek, ‘şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki işlemlerle düzenlenemez’ demek anlamına gelir.” ifadesi yanlıştır. Anayasa hükmünü tek bir cümle olarak okumak mümkün değildir. Saçmaya varan bir örnek olarak, Anayasa m.11/2'deki “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” cümlesini “kanun dışındaki işlemler anayasaya aykırı olabilir” biçiminde okuyamayız.

Kanunla sınırlama/düzenleme kayıtlarında “yalnızca”, “münhasıran”, “ancak” gibi inhisari ibare aramaya yönelirken Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için bunu gereksiz görmek çelişkilidir. Anayasada yeterlik fiilinin kullanıldığı durumları her halde yalnızca gerçekleşme olasılığını bildirme işleviyle anlamlandırmak yersizdir. Yeterlik fiilinin ilk işlevi güç ve yeterliği bildirme işlevidir. Nitekim “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” Anayasada yetki düzenlenirken yeterlik fiili kullanılması, yetki açısından kurucu nitelikteyken, yetkinin münhasır ya da mahfuz olduğuna ilişkin bir belirleme içermez. Örneğin “kanunla sınırlanabilir” kaydı salt lafzı nedeniyle, Anayasadaki

diğer yetki kuralları dikkate alınmadan, “başka bir hukuksal enstrümanla da sınırlanabilir” biçiminde anlaşılabilir. Ayrıca Anayasada “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenebilir” denildiğinde de bunu bağlama göre dilbilgisel olarak “yalnızca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenebilir” biçiminde okumak mümkün olurdu ya da “olabilirdi”.

- **Anayasa m. 123/son hükmünün destek olarak kullanılması.**

Konuyu bu açıdan değerlendiren başka bir görüş şöyledir:

“Anayasada bu konuların özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği belirtildiği için bu konularda Meclisin kanun çıkarması mümkün değildir. Anayasanın, kamu tüzelkişiliğinin hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceğini özel olarak vurgulamış olması (m.123/3) da bu durumu pekiştirmektedir. Zira Anayasa koyucu, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği özel olarak belirtilen belli konuların kanun ile de düzenlenebilmesini amaçlamış olsaydı, Anayasanın ‘kamu tüzel kişiliği kurulmasına’ ilişkin 123/3’üncü maddesinde ‘kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur’ şeklinde bir hüküm koymaya gerek duymazdı ya da bu maddedekine benzer düzenlemeyi söz konusu kararnameler bakımından da yapardı. Bu hükme rağmen Meclis bu konularda kanunla düzenleme yaparsa, bu kanuni düzenlemeler Anayasaya aykırı olacaktır.” (ATAR, s. 257)

Bu argüman mantıksal çıkarım sürecini tersine çevirmektedir. Anayasanın bir konunun kanunla düzenlenebilmesini sağlamak için bunu teker teker belirtmesine gerek bulunmamaktadır. Kanun alanı zaten geneldir. 123. maddeye Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, zaten kanunla yapılabilen bir şeyin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de yapılabilmelerini sağlamak üzere eklenmiştir. Ayrıca bu görüşü savunanların tutarlılık adına Anayasada kanunla düzenleneceği ifade edilen konuların da yalnızca kanunla düzenlenebileceğini kabul etmeleri gerekir. Bu durumda da bu yazarlar açısından kanun - Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ilişkisi, birbirini nakzeden hükümlerle düzenlenmiş olacaktır. 123. maddede yetki düzenlenmekte olup bunun yetkinin mahfuz olup olmamasıyla bir ilişkisi de bulunmamaktadır.

- **Özel norm – genel norm ilişkisine dayanan değerlendirme: Lex specialis derogat legi generali**

Bu ilkenin uygulanmasında temel iki zorluk karşımıza çıkar:

1. Hangi normun genel, hangi normun özel olduğunun belirlenmesi gerekir.
2. Bu belirleme sonrasında özel normun etkisinin ne olduğu da belirlenmelidir (ilga etme / üstün gelme / sapma vb).

“(B)u argüman, hangi normun özel hangisinin genel olduğu konusunda bir veri içermez. Normların özel mi genel mi olduğu ya da genel bir normun kendinden sapmaya ve özel norma uygun yoruma izin verip vermediği ancak yorum yöntemleri ile ortaya çıkartılabilir.” (ODER, s. 36) Son dönemde literatürde özellikle uluslararası anlaşmaların

yorumu bağlamında çok tartışılan bu ilke ile ilgili hukukun her alanında normların özel ve genel nitelikleri ve sapma gücü konusunda ciddi anlaşmazlıklar olduğu belirtilmektedir (ZORZETTO, s. 64). Bu ilkenin uygulanmasıyla ilgili bir itiraz ciddi biçimde tartışılmalıdır: “(...) iki hükmün bir birine nisbetle özel ve genel hüküm teşkil etmeleri genel hükmün bertaraf edilmesi için yeterli değildir. Kanun koyucunun bir özel hüküm sevkederken bunun kapsamına giren olaylara artık genel hükmün uygulanmayıp münhasıran özel hükmün uygulanmasını, özel hükmün «exclusif» (genel hükmü bertaraf edici) nitelikte olmasını arzu ve irade etmiş olması da lazımdır.” (ÇAĞA, s. 373) Bu kısa değinmeler ilkenin sihirli bir formül sunmadığını ortaya koymaktadır. Genel yaklaşım şöyledir:

“Aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında çelişki varsa, özel hüküm niteliğinde olanı uygulanır; genel hüküm niteliğinde olanı ise ihmal edilir. Bir kanunun X maddesi, aynı kanunun Y maddesi ile çatışyorsa ve mesela X maddesi özel hüküm, Y maddesi ise genel hüküm niteliğinde ise, X maddesi uygulanır.” (GÖZLER, s. 66)

“(...) lex specialis esasının uygulanmasında büyük güçlük vardır. Çünkü hangi hükmün lex specialis (özel hüküm), hangisinin lex generalis (genel hüküm) olduğunu saptamak oldukça güçtür. Özel olma niteliği de, genel olma niteliği de nispî bir niteliktir. Her hüküm, bir hükme göre özel, diğer bir hükme göre ise genel olabilir. Ancak en azından burada şu iki şeyi söyleyebiliriz: (1) Uygulama alanı daha geniş olan hüküm genel hüküm, daha dar olan ise özel hükümdür. Özel hüküm tek bir durum veya olaya uygulanabilirken, genel hüküm birden fazla durum veya olaya uygulanır. (2) Söz konusu hüküm (örneğin A hükmü) olmasaydı, o durum veya olaya bir başka hüküm (örneğin B hükmü) uygulanabiliyor ise, ikinci hüküm (B hükmü) genel hüküm, birinci hüküm (A hükmü) özel hükümdür.” (GÖZLER, s. 67)

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilgili bu dört hükmün özel norm olduğu iddiası açısından, bunların hangi norma göre özel olduğunun belirlenmesi gerekir. Genellikle doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin normlar arasında genel norm – özel norm ilişkisi kurulmaya çalışılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında yukarıda değinilen dört hüküm ile m. 104/17'nin,

- Birinci cümlesindeki “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” hükmü
- İkinci cümlesindeki “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.” hükmü
- Üçüncü cümlesindeki “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” hükmü

arasında özel norm – genel norm ilişkisi tartışılabilir. Hatta m. 104/17'nin “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” şeklindeki dördüncü cümlesinin bile bu hükümler karşısında genel norm niteliğinin tartışılması mümkündür. Ancak m. 104/17'deki “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.” hükümleriyle hangi temelde ilişki kurulabileceği açıklanmadan özel norm – genel norm ilişkisine başvurulması mümkün değildir. Bu hüküm neyin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile

düzenleneceği ile ilgili olmayıp Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanun arasında farklı hükümler bulunması halinde ne yapılacağıyla ilgilidir.³ Konusu farklı iki hüküm arasında özellik genellikle değerlendirmesi yapılamaz. Aynı konuya ilişkin genel ve özel düzenleme bulunabilir. Bir norm bir konuda bir enstrümanla düzenleme yapılmasını öngörürken, diğer norm farklı normlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Aynı konuyu düzenlemeyen iki norm birbirine göre özel ya da genel olamaz. Nitekim özel norm – genel norm ilişkisini farklı yerden kuran yazarlar da vardır:

“CBK’lar ile düzenleneceği ifade edilen alanların (m.104/9, 106/11, 108/son, 118/ son), münhasır bir alan oluşturduğu tezi, genel-özel hüküm ilişkisi ile açıklanabilir. Anayasa’nın 104/17-3. maddesinde, ‘Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.’ denilmektedir. Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrasında ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir’ denilmektedir. İdarenin kanunla düzenlenmesi yönündeki bu hüküm tüm idari teşkilat bakımından genel hükümdür. Ancak, idari teşkilat içinde, bakanlıklar (m.106/son), Milli Güvenlik Kurulu (m.118/son) ve Devlet Denetleme Kurulu (m.108/son) özel olarak CBK ile düzenleneceği öngörülmektedir. Dolayısıyla CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu konular, Anayasa’da ‘idarenin kanunla düzenlenme ilkesine’ getirilen istisnalardır. Benzer şekilde, Anayasa’nın 128. maddesinin 2. fıkrasında ‘Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir’ denilmektedir. Bu düzenleme karşısında, ‘Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler’ (m.104/9) şeklindeki hüküm özel hüküm niteliğindedir. Bu özel hükümlerle, münhasır kanun alanına giren konulardan bir kısmı, münhasır CBK alanına dönüştürülmüştür. Özel hükümle genel hükümün alanı dışına çıkarılmış istisnai konularda genel hüküm uygulanamaz. Genel kural, istisna tutulmamış bütün parçalara uygulanabilir. Özel hüküm genel hükme üstün gelir (lex specialist derogat legi generali) kuralı gereğince, CBK ile düzenlenir denilen konularda kanunla düzenleme yapılamayacaktır. Özellikle CBK ile düzenlenecek alanlarda kanunla düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hükme gerek yoktur. Dolayısıyla, özel hüküm kapsamına giren alanların CBK’lar için mahfuz alan olduğu söylenebilir.” (EREN, s. 43-44)

Bu durumda literatürümüzde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için mahfuz bir alanın var olduğu, bunun genel norm – özel norm ilişkisine dayandığı konusunda mutabık olanların, özel normların neler olduğunu kolaylıkla tespit ettikleri ancak genel normun hangisi olduğu konusunda anlaşamadıkları ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde genel norm – özel norm ilişkisinin Anayasanın 87. maddesiyle mahfuz alan oluşturduğu iddia edilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi maddeleri (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) arasında kurulması beklenirdi. Hem yasama organının müdahale edemeyeceği bir alan

³ Yukarıda yapılan uzun alıntıda yer verilen görüşte, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından m. 104/17’deki sınırlamaların geçerli olmadığına açıkça belirtilmiş olması bile anlamsızlaştırılarak sorun, “bu dört madde bakımından herhangi bir hüküm bulunmaması” olarak ortaya konulabilmektedir. Anayasadaki durumu görmemeyi esas alan bu yaklaşım, herhangi bir düzenleme olmamasını temelsiz varsayımların dayanağı haline getirebilmektedir. Bu yaklaşım benimsenirse, kamu hukukunda yetkiye ilişkin (yetkinin istisnai olması, açıkça öngörülmesi gerektiği, istisnanın genişletilemeyeceği gibi) ilkeler anlamsızlaşacak ve hatta yetki veren normun olmaması yalnızca bir sehiv, boşluk vs kabul edilerek “kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi” kullanılmasının yolu açılacaktır.

oluşturup hem de kanun yapma yetkisine ilişkin hiçbir madde ile ilişki kurmamak anlaşılır görünmemektedir. Burada bir normla bir başka norm arasında genel-özel ilişkisi kurulması söz konusu olmayıp, bir normla Anayasanın genel sistemi arasında genel-özel ilişkisi kurulmaya çalışılmaktadır.

Yukarıda değinilen konu yönünden açık ilgisizlik bir yana, aynı konuya ilişkin her normun özel norm – genel norm ilişkisi çerçevesinde yorumlanması da mümkün olmadığı gibi, çoğu zaman gereksizdir. Bir hukuki müessese, tek normla düzenlenmek zorunda değildir ve çoğu zaman bir müessese birden fazla normla düzenlenerek oluşturulur. Bu müessesenin farklı boyutlarına ilişkin normlar arasında birlikte düzenleme ilişkisi olabilir ancak. Bir norm diğer normları dışlamadan uygulanabilir ve yorumda bu tercih edilir. Yorum her normun uygulanabilmesine imkân tanıyacak şekilde yapılmalıdır.

Anayasa (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) hükümleri, normun doğrudan sonuçları açısından kabul edildiğinde, bu maddelerde öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabileceği açıktır. Ancak normun doğrudan sonucunun ötesinde diğer normlarla çelişen aşamaya sıçramak ancak açık bir normla desteklenmelidir. Anayasada bu yönde bir normun bulunmadığını düşünüyoruz.

IV. SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin düzenlemeler yapılırken kanun alanının konu itibarıyla sınırlandırıldığına ilişkin herhangi bir ibareye anayasada yer verilmemiştir. Kanun konusu itibarıyla tanımlanmamıştır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ise konusu itibarıyla “yürütme yetkisine ilişkin” ibaresiyle tanımlanmıştır. Yürütme yetkisinin ise olağan dönemlerde kanun gücünde düzenleme yapma yetkisi içermediği açıktır. (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi, mahfuz alan tartışmalarından bağımsızdır.)

Konusu itibarıyla tanımlanan ve tanımlanmayan iki işlemin karşılaştırılmasında, konu itibarıyla tanımlananın konu itibarıyla tanımlanmayan kanun açısından alan sınırlaması içerdiğinin kabulü herhangi bir yorum ilkesiyle temellendirilemez.

Anayasanın 87. maddesinde TBMM’nin yetkisi kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak olarak tanımlanmış ve böylece kanun, konusuyla tanımlanmamıştır. Bu nedenle kanun anayasada cevaz verildiği için değil, anayasa aykırı olmamak koşuluyla her konuyu düzenleyebilir. Bunda bir değişiklik söz konusu değildir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin iki norm arasında genel norm - özel norm ilişkisi kurularak yapılan değerlendirmede, nedensiz ve temellendirilmemiş bir mantıksal sıçramayla, yasamanın genelliği ilkesini ilgilendiren, bu ilkeye istisna getiren bir sonuca ulaşılmaktadır. Anayasa m. 104/17 ile özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme öngören maddeler arasında kurulan genel norm - özel norm ilişkisi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi açısından mahfuz alan tesisi sonucunu mantıken doğuramaz.

Pratikte Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle ilgili kararı Anayasa Mahkemesi’nin vereceği açık olmakla birlikte, anayasanın yorumu açısından bu noktanın bilinçli olarak Anayasa Mahkemesi’nin karar vermesi için boş bırakıldığı düşünülemez. Anayasanın açık

düzenlemesi de zaten ancak Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmesi ve uygulanması durumunda açık bir düzenleme olacaktır otantik karar verme yetkisi açısından. Ancak Anayasada bir boşluk olduğundan bahisle yasama yetkisinin genelliğinin göz ardı edilmesi mümkün olmamalıdır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin mahfuz alan oluşturabilmesi için anayasada yasamanın ve yürütmenin yetkilerinin belirlenmesine ilişkin ikili bir mekanizmanın kurulması gerekir. Bu mekanizmanın esası da konu itibarıyla düzenleme alanlarının ayrıştırılmasıdır. Ayrıştırma açısından yasamanın ve yürütmenin yapacağı işlemlerin aynı nitelikte olması gerekmez. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenecek konular sayılırken, yasamanın genelliği ilkesini bu alanlar açısından sınırlayacak hükümlerin de getirilmiş olması gerekir. Salt “düzenler” ifadesi yasamanın genelliği ilkesini çöktecek etkiye sahip değildir. Aynı şekilde özel norm – genel norm ilişkisinin, (derogation) etkisi hiç tartışılmadan ve hangi genel norma göre özel norm belirlendiği konu itibarıyla açıklanmadan mahfuz alan sonucuna ulaşmak için kullanılması gayri ciddidir.

Yürütmeye mahfuz düzenleme alanı tanımayan Anayasa, bunun sonucu olarak kanun alanının ihlali durumunda işleyecek mekanizmaları düzenlemişken Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi alanının kanun tarafından ihlali durumu için özel bir mekanizma öngörmemiştir.⁴ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kanun ile ilişkisi ise sıkı biçimde düzenlenmiş ve her durumda kanuna üstünlük tanınmıştır. Anayasanın sistematik yorumundan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz bir düzenleme alanı çıkarmak mümkün değildir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ANAYURT, Ömer: 1958 Fransız Anayasasında Kanun Anlayışı: Kanunun Genelliğinden “Sınırlı-Tahsisli Kanun”a Geçiş, Seçkin yayınları, Ankara 2019.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 75, S. 3, 2017, s. 20-51.

ATAR, Yavuz: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi” Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), s. 241-259.

⁴ Örneğin “Fransız hukukunda, idareye özerk düzenleme yetkisi tanınmış olmasının bir sonucu olarak, yasama organının Anayasa ile kendisine tanınan saklı düzenleme alanının dışına çıkarak idarenin düzenleme yetkisinin alanına giren bir konuda kanun yapması durumunda, Anayasa Konseyi’nin bu durumu tespit eden kararı ile, idarenin o kanunda değişiklik yapabilmesi mümkün hâle gelmektedir.” (ÖZTÜRK, s. 1198)

ÇAĞA, Tahir: “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1991/3, s. 366-375.

EREN, Abdurrahman: “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükümünde Kararnamelere İlişkin İctihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), s. 1-72.

GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2012. (<http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>)

GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Güncellenmiş 20. Baskı, Bursa Eylül 2018.

KANADOĞLU, Korkut: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/2, s. 637-650.

ODER, Bertil Emrah: Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

ÖZTÜRK, Burak: “Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, 2. Cilt, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2013, s. 1189-1226,

ÜLGEN, Özen (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 3-41.

YILDIRIM, Turan (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23. Sayı 2, s.13-28.

ZORZETTO, Silvia: “The Lex Specialis Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 3, septiembre 2012 – febrero 2013, pp. 61-87.