

KANUN VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN KARŞILIKLI MAHFUZ ALANLARI MESELESİ

Türkiye - Fransa Karşılaştırmalı Çalışma

Dr. Fatma Didem Sevgili Gençay, Uludağ 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

Plan :

I- Fransa ve Türkiye'de Düzenleme Alanlarının Anayasal Ayrımı

A- 1958 Fransız Anayasası

B- 2017 sonrası Türkiye Anayasasında CBK

1. Hukuki niteliği

2. Normlar hiyerarşisinde yeri

II- Mahfuz Alanlar Problemi

A- Türkiye'de Mahfuz Alanlara İlişkin Görüşler

1. Münhasır kanun alanı

2. Münhasır CBK alanı

B- Fransa'da Mahfuz Alanlar

1. İçtihatla Yerleşmiş Yorum

2. Türkiye'ye Olası Aktarım Önerileri

Giriş

Kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin karşılıklı mahfuz alanlarının bulunup bulunmadığı meselesi çok önemli ve en hızlı şekilde çözümlenmesi gereken bir konudur. Mahfuz alan, ilgili norm kategorisine özgülenmiş, başka bir norm ile düzenlenemeyecek, norm kategorilerinin birbirlerine karşı korunaklı alanlarını ifade etmektedir. Yani kanunun mahfuz alanı mevcutsa, ki bu çalışmada mevcut olduğu iddia edilecektir, bu alan cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Aynı şekilde, cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz alanının varlığı kabul edilecek olursa, bu alanda da kanun çıkarılamayacaktır.

Fransız Anayasa hukukçusu Bertrand Mathieu, düzenleme yetkisinin yasama ve yürütme arasında dağılımının öncelikle bir güçler dengesi meselesi olduğunu belirtmektedir¹. Bizim hukukumuzda da 2018'de yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri ile bu dağılım tekrar yapılandırılmıştır. Ancak bir "denge"nin kurulmuş olduğu şüphelidir.

Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ertesinde kararnamelerle ilgili yazılan makalelerde, Fransız örneğine de atıf yapılarak, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanının mevcut olduğunun söylendiği görülmektedir. Bu nedenle bu çalışmada Türkiye ile

¹ Mathieu, s.573.

Fransa arasında karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacaktır. İki sistemin anayasalarındaki düzenleme şekillerine bakıldığında birbirinden çok farklı olduğu görülecektir.

Gerçekten de Fransız anayasasının 34üncü maddesinde kanunun düzenleme alanı tek tek maddeler halinde belirlenmiştir. Kanuna özgülenmiş bu alan; kanunla düzenlenecek olanlar ve kanunla prensipleri belirlenecek konular olarak iki alt başlıkta incelenmektedir. Fransız anayasasına göre, 34üncü madde ile kanuna bırakılan düzenleme alanı dışındaki konular yürütmenin normatif alanına dahildir. Yani 1958 Anayasası ile, önceden yasama organına ait olan genel düzenleme yetkisi idareye verilmiş, anayasanın 34üncü maddesinde belirtilenler dışında kalan tüm konuların yürütmenin düzenleme alanını oluşturduğu kabul edilmiştir.

1958 Fransız anayasasında, yasa koyucunun düzenleyici işlem alanına girmesini engelleyecek mekanizmalar da belirlenmiştir. Buna rağmen, Anayasa Konseyinin 1982 yılından itibaren içtihatları, kanun alanının geniş tutulması yönünde olmuştur. Bizim hukukumuzda ise, cumhurbaşkanlığı kararnamesinin alanını koruyucu hiçbir hüküm bulunmamakta, tam tersine anayasanın 104üncü maddesinde, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kararname çıkarılması yasaklanmaktadır.

Anayasasının 104üncü maddesinin sonundaki, “*o konu daha sonra kanunla düzenlenirse kanun uygulanır*” ifadesinden, önceden cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş olan bir konunun, daha sonra kanunla düzenlenmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. O halde, en azından, kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ortak bir düzenleme alanının bulunduğu rahatlıkla söylenebilir.

Türk hukukunda, Fransız hukukunun aksine, genel düzenleme yetkisinin halen yasama organında olduğu, idarenin düzenleme alanının ise anayasasının 104üncü maddesi göz önünde bulundurularak, yürütme alanı ile sınırlı olduğu söylenebilir. O halde “yürütme alanı” kararnamelerin ilk sınırını oluşturmaktadır.

Anayasasının yine aynı maddesinde cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Anayasasının ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. O halde bu sınırlamayı cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kırmızı çizgisi olarak görebiliriz. Bu sınırlama, diğer tüm konularda kararname çıkarılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Konunun önemi nedeniyle özellikle vurgulanmış bir sınırlama burada söz konusudur.

Kanunların münhasır düzenleme alanlarının bulunup bulunmadığı sorunu öncelikle yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi bakımından incelenmelidir. Anayasasının 7nci maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. O halde, Anayasa’da kanunla düzenleneceği öngörülen tüm konuların yalnız ve sadece kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda kanunun mahfuz alanı belirlenirken, kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri ile cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Kanun Hükmünde Kararnamelerden farkı göz önünde bulundurulmalıdır. Doktrinde, anayasal düzenlemelere bakıldığında, asli yetki kullanımı söz konusu olması itibariyle cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna eşdeğer işlem oldukları ya da Anayasa mahkemesi tarafından denetlenecek olmalarının bunların kanun gücünde oldukları sonucunu düşürdürebileceği yönünde yorumlar bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü kanunların normlar hiyerarşisinde cumhurbaşkanlığı kararnamesinin üstünde bulunduğu yönündedir. Anayasal sistemimizden kaldırılan Kanun hükmünde kararnameler ise isimlendirmede de açıkça görüldüğü üzere “kanun hükmünde” idiler. Bu bakımdan, anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülmüş olan alanlarda kanun hükmünde kararname de çıkarılabileceği kabul edilmekteydi. Ancak bu yorum günümüzde cumhurbaşkanlığı

kararnamelerine uygulanabilir nitelikte değildir çünkü bu kararnameler kanunlarla aynı hiyerarşik güce sahip değildir. O halde Anayasada yasayla düzenleneceği belirtilen her konunun münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu konulardaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle yapılabileceği yönündeki yorumların cumhurbaşkanlığı kararnamelerine kıyasen uygulanması yanılıcıdır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz alanı belirlenirken ise, yasama yetkisinin genelliği ilkesi ile yine normlar hiyerarşisinde kanunun cumhurbaşkanlığı kararnamesinin üstünde olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde, bir alanın cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz alanını oluşturmamasının ancak anayasada açıkça kanuna yasak bir düzenleme alanının belirlenmiş olmasıyla mümkün olabileceği sonucuna ulaşılabacaktır.

Bu çalışmada, öncelikle konunun Türk ve Fransız anayasal düzenlemesinde görülen farklılıklar anlatılacak, daha sonra sırasıyla kanunun ve yürütme organının düzenleyici işlemlerinin mahfuz alanlarının bulunup bulunmadığı, bulunması durumunda bu mahfuz alanın sınırının ne olduğu soruları ele alınacaktır. Bu değerlendirmeler yapılırken 1958 anayasasının kabulünden bu yana konu ile ilgili Fransız doktrin görüşlerine ve Anayasa Konseyinin içtihatlarına, bizim sistemimiz bakımından örnek oluşturabilmesi amacıyla, yer verilecektir.

I- Fransa ve Türkiye’de Düzenleme Alanlarının Anayasal Ayrımı

1958 yılında Fransa’da olduğu gibi ülkemizde de 2017 değişiklikleriyle yeni bir yapılanmaya gidilmiş ve bugünkü anlam ve boyutuyla önceden hukuk sistemimizde bulunmayan CBK’lar düzenlenmiştir. 1958 yılı sonrası ilk yorumlar yapılan değişikliğin devrim niteliğinde olduğu yönündedir. Ülkemizde de CBK’lar için aynı yorum yapılabilir. Ancak bu yorumlar Fransa’da olduğu gibi ülkemizde de zamanla değişebilir. Muhtemel değişiklikleri öngörebilmek için öncelikle Fransa ve ülkemizde konuyla ilgili anayasal düzenlemeleri görmemiz uygun olacaktır.

A- 1958 Fransız Anayasası

Fransa’da yasama yetkisi parlamento tarafından kanun yapılmak suretiyle kullanılır. Kanunlar arasında da bazı farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle organik kanun olarak adlandırılan bir tür bulunmaktadır. Bunlar anayasanın 46’ncı maddesinde öngörülen usule göre kabul edilir ve yayımlanmaları için öncelikle Conseil Constitutionnel (Anayasa Konseyi) tarafından anayasaya uygunluk yönünden denetlenmeleri gerekmektedir.² Bunun dışında bütçe kanunu, yetki kanunu³, sosyal güvenlik finansmanı ile ilgili kanun ve loi d’orientation/de programmation denilen ve temel prensipler ve hedeflerin belirlendiği kanunlar⁴ özellik gösterir.

1958 Anayasası ile 4. Cumhuriyetin meclis rejimi olarak adlandırılan ve hükümetin paralize olmasına neden olan yapısı modifiye edilerek rasyonalize edilmiş parlamenter rejim oluşturulmak istenmiş. Bu anayasa ile yürütme erki güçlendirilmiş ve buna paralel olarak idarenin düzenleme yetkisi genişletilmiştir. Öncelikle anayasanın 38inci maddesi ile pratikte kullanılmakta olan KHK uygulaması anayasal yapıya kavuşmuştur⁵. Ayrıca 37nci madde genel düzenleme yetkisini idareye vermektedir. Kanun artık sadece 34üncü maddede

² Organik kanunlar konuları (anayasanın değişik maddelerinde hangi konularda organik kanun çıkarılacağı belirtilmiştir), kanunlaşma süreçleri (AY m.46) ve normlar hiyerarşisinde yerleri (normal kanunların üstünde) bakımından normal kanunlardan farklıdır.

³ Hükümetin Ordonnance çıkarılabilmesi için yasama organı tarafından çıkarılacak yetki kanunu ile yetkilendirilmiş olması gerekir.

⁴ Örneğin Anayasanın 34üncü maddesine göre program yasalar devlet faaliyetinin hedeflerini belirler. Ayrıca çok yıllık finansman kanunları da program yasalarla yapılır.

⁵ Eskiden bunlara *decret-loi* denilmekte iken artık *ordonnances* denilecektir.

listelenmiş alanlarda çıkarılabilecektir.⁶ Yani yasa koyucu özel yetkili hale gelmiştir. Genel düzenleme yetkisi ise idarenindir.⁷

Görüldüğü üzere Fransa'da anayasal düzenleme ülkemizdekinden gayet farklıdır. Ülkemizde genel düzenleme yetkisi yasama organına aitken, Fransa'da 1958 anayasasının 34üncü maddesinde hangi konularda kanun çıkarılabileceği tek tek sayılmış ve kanuna özgülenmiş bu alan dışındaki tüm konuların idarenin düzenleme alanında bulunduğu anayasanın 37nci maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenlemenin nedeni ise yukarıda ifade edildiği üzere yürütmeyi güçlendirme amacıdır.

Uygulama ve yargı içtihatları bu dönüşümün sınırlı kalmasını sağlamışsa da 5inci Cumhuriyetle yasa'nın önemli bir mutasyona uğradığı gerçeği de yadsınamaz. Kanun, yasama meclisi tarafında bu şekilde adlandırılarak ve kanun için öngörülmüş usuller takip edilerek çıkarılan ve devlet başkanı tarafından resmi olarak yayımlanan metinlerdir.⁸ Bu metinler öncelikle komisyonlarda görüşülür daha sonra mecliste incelenir ve bu esnada parlamenterler değişiklik önerebilirler. Kanunlaşma için Assemble National ve Senat'nın olumlu oyu gerekir. Bu şekli özelliklerin yanında kanunun tanımına 1958 anayasası ile yeni, maddi bazı öğeler eklenmiştir. Buna göre bu kanunların aynı zamanda anayasada kanun alanı olarak belirlenmiş konularda düzenleme yapıyor olması gerekir.⁹ Aksi takdirde 37'nci maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre işlem yapılabilir.¹⁰

Böylece yasa tanımı değişmiş ve önceden halkın iradesinin ifadesi olarak herhangi bir sınır çizilmemiş olan kanunun organik kritere göre tanımına, "anayasanın 34üncü maddesinde

⁶ Madde 34 :

Yasalar, aşağıda belirtilen konulara ilişkin kuralları belirler;

- Medeni haklar, kamusal özgürlüklerin kullanılması için vatandaşlara tanınan temel güvenceler; basın özgürlüğü, çeşitliliği ve bağımsızlığı; Milli savunma nedeniyle vatandaşların kişilik ve mallarına getirilen yükümlülükler;
 - Tabiiyet, kişilerin hal ve ehliyetleri, evlilik rejimleri, veraset ve karşılıksız kazandırmalar;
 - Cürüm ve suçların tayini ve bunlara uygulanacak cezalar, ceza usulü, af, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü;
 - Her türlü vergilerin matrah, oran ve tahsil biçimleri; para basımı rejimi. Yasalar, aynı şekilde şu konuları da belirler;
 - Parlamento, yerel meclislerin ve yurtdışında yerleşik Fransız vatandaşlarının temsil edildiği meclislerin seçim rejimi ve yanı sıra mahalli idarelerin özel meclislerinin üyelerinin seçimle atandıkları görevler ve unvanlar;
 - Kamu kurumlarının kategorilerinin ihdası;
 - Devletin sivil ve askeri memurlarına tanınan temel güvenceler;
 - Teşebbüslerin millileştirilmesi, kamu sektörü teşebbüslerine ait mülkiyetin özel sektöre devri.
- Yasalar, şu konularda temel ilkeleri belirler;
- Milli savunmanın genel teşkilatlanması;
 - Mahalli idarelerin serbest yönetimi, yetki ve kaynakları;
 - Öğrenim;
 - Çevrenin korunması;
 - Mülkiyet rejimi; aynı haklar, medeni ve ticari borçlar;
 - Çalışma, sendika ve sosyal güvenlik hakkı.

Mali yasalar, bir organik yasada belirlenen şartlar ve istisnalar çerçevesinde, Devletin kaynak ve yükümlülüklerini belirler.

Sosyal güvenlik finansmanı yasaları, gelir tahminlerini hesaba katarak, mali dengelerin genel şartlarını belirler, bir organik yasada öngörülecek özel şartlar ve istisnalar çerçevesinde harcama amaçlarını saptar.

Program yasaları, Devletin ekonomik ve sosyal faaliyetlerinin amaçlarını belirler.

Kamu maliyesine ilişkin çok yıllık kılavuzlar program yasalarıyla hazırlanır. Bu kılavuzlar kamu yönetiminde hesap dengesinin sağlanması hedefine katkı yaparlar.

İş bu madde hükümleri, bir organik yasa ile açıklanır ve tamamlanır.

⁷ Dupuis, s. 157.

⁸ Bir de halk oylaması yani referandum ile kabul edilen kanunlar bulunmaktadır. (loi référendaire)

⁹ Carcassone, Guillaume, s.182, n°228.

¹⁰ Madde 37: Yasanın düzenleme alanı dışında bulunan konular idari niteliktedir. / Bu konulara ilişkin yasa metinleri, Danıştay'ın görüşü alınarak çıkarılacak kararnamelerle değiştirilebilir. Bu metinlerden, Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak olanların kararname ile değiştirilebilmesi, bunların önceki fıkra gereğince idari nitelikte bir alanda olduğunun Anayasa Konseyince ilân edilmesine bağlıdır.

öngörülen alanlarda çıkarılmış olma” şeklinde maddi kriter eklenmiştir¹¹. Bu nedenle Anayasa Konseyi, “*kanun ancak anayasa çerçevesinde kamu iradesinin ifadesidir*” demiştir.¹²

37nci maddede kanun alanı olmayan tüm alanlar idarenin düzenleyici alanı olarak kabul edilmiştir. Kanun alanı olmayan konularda genel kurullar devlet başkanının ya da başbakanın kararnamesi (decret) ile konulacaktır. Bu şekilde idarenin düzenleme yetkisi, sadece kanunun uygulanmasını sağlamanın ötesine geçmiştir.¹³

Anayasanın 41inci maddesinde¹⁴ ise, mecliste görüşülmekte olan bir yasa tasarısının idarenin düzenleme alanında bulunduğu düşüncesinde olan hükümetin meclise itirazda bulunabileceği; meclis ile hükümetin anlaşamaması durumunda ise ikisinden birinin talebi üzerine sorunu Anayasa Konseyinin çözümleneceği düzenlenmiştir. Bu şekilde 41inci maddede hükümetin idarenin düzenleme alanına müdahale eden kanunlara itiraz edebileceği düzenlenmişse de hükümet için bu bir zorunluluk değil imkandır. Bu prosedür kullanılmadı ise 37nci madde ikinci fıkraya hükmü işletilebilir.

Yargı kararlarında 37nci madde uyarınca kanuna dayanmadan çıkarılan düzenleyici işlemlere, bu isim anayasada geçmese de, *règlement autonome/ özerk yönetmelikler* denilmektedir. Özellikle idari usul, merkezi idarenin organik yapılanması, idari yaptırımlar, aday memur statüsüne ilişkin konular otonom düzenlemeler alanında kabul edilmektedir.

Uygulamada hangi alanların idarenin alanında olduğunu belirlemek kolay değildir ve kanun alanı geniş yorumlanmıştır. Ayrıca, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, kanunun idarenin alana girmesi kendiliğinden anayasaya aykırı olarak değerlendirilmemiştir.¹⁵

B- 2017 sonrası Türkiye Anayasasında CBK

Bu başlık altında öncelikle CBKların hukuki niteliğine değinilecek daha sonra ise bunların normlar hiyerarşisinde yeri incelenecektir.

1. Hukuki niteliği

Hukuki niteliği ile ilgili en önemli sorun yani düzenleyici işlem/birel işlem karmaşası, uygulamada cumhurbaşkanının birel işlemleri “karar” adı altında yapması ile çözülmüştür. CBKlar düzenleyici işlemlerdir.

2017 AY değişikliği ile getirilen en önemli yenilik, yürütmenin düzenleme yetkisinin türevsel olmaktan çıkarılıp “aslı” hale getirilmiş olmasıdır.¹⁶ Bu hususa çalışmanın ikinci bölümünde değinilenektir. Bu değişiklikle ayrıca KHK ve tüzüklerin varlığına son verilmiştir ve bu nedenle doktrinde CBK’nın KHK ve tüzüklerle karşılaştırılması yapılmıştır.

Doktrinde yaygın görüşe göre, CBK’leri, KHK’lerden farklı olarak, yetki kanununa dayanmadıkları gibi, TBMM’nin onayına da tâbi değillerdir¹⁷. CBK, KHK’nın yerini alan bir

¹¹ Carcassonne, s. 182-183.

¹² 85-197 DC du 23 août 1985.

¹³ Carcassonne, s.193.

¹⁴ **Madde 41:** Meclislerdeki görüşmeler sırasında, Parlamento üyesi tarafından yapılan teklif ya da değişikliğin yasa alanını ilgilendirmedeği yahut 38’inci madde gereğince verilmiş bir yetkiye aykırı olduğu ortaya çıkarsa, Hükümet bunların kabul edilmemesini isteyebilir. /Hükümet ile ilgili Meclisin Başkanı arasında anlaşmazlık çıkarsa, bunlardan birinin istemi üzerine Anayasa Konseyince sekiz gün içinde bu konuda karar verilir.

¹⁵ Dupuis, s. 158.

¹⁶ Ardiçoğlu, s.25,37.

¹⁷ Sancakdar, s.80; Ardiçoğlu, s. 48; Eren, s.9, 26; Atar, s.244; Gözler, s.1310,1338. Karşı görüş: Turan Yıldırım’a göre, Anayasanın 104üncü maddesinin 17nci fıkrasına göre CBK çıkarabilmek için önceden kanunla yetkilendirme gerekmektedir (s.12) çünkü Anayasa Mahkemesi, düzenleme yetkisini geniş yorumladığı kararlarında dahi kanunun varlığının gerekliliğini vurgulamıştır ve 104üncü maddede, 108,118 ve 106ncı maddelerdeki gibi doğrudan verilmiş bir düzenleme yetkisi mevcut değildir. Aksine kanunlarla bağlılığı ve sınırlılığı vurgulayan ifadeler vardır (CBK, s.25). Yazara göre bu ifadeleri AYM kararları doğrultusunda okuduğumuzda şu anlama gelecektir: Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda yürütmeye düzenleme yetkisi verilirken, temel ilkelerin belirtilmesi, çerçevenin çizilmesi gerekecektir.

düzenleyici işlem değildir.¹⁸ KHK'lar yetki kanununa dayanıp “kanun hükmünde” iken, CBK Cumhurbaşkanının Anayasadan kaynaklı yetkisine dayanır.¹⁹ CBK'nin yetki kanununa dayanmaması, normlar hiyerarşisinde kanundan sonra yer alması, münhasıran kanunla düzenlenecek konularda CBK çıkarılamayacağına düzenlenmiş olması KHKlerden farkını ortaya koymaktadır.²⁰

AY m.124 ve 137'de tüzük kelimesi kaldırılıp yerine CBK ibaresi eklenmesinden yola çıkılarak olağandönem CBK'nin tüzüğün yerine getirildiği de ileri sürülebilir.²¹ Ancak CBK, tüzükten de farklı, yeni bir düzenleyici işlemdir.²² CBK, tüzüğe göre güçlendirilmiş bir işlemdir çünkü kanuni dayanak olmaksızın AY'dan kaynaklanan asli bir yetkiye dayanılarak²³, ilk elden yapılan bir düzenleyici işlemdir.²⁴

CBKların Anayasanın 148inci maddesi uyarınca şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenecek olması bunların kanuna eşdeğer olup olmadığı sorusunun sorulmasına neden olmaktadır. Ulusoy'a göre yargısal denetiminin Danıştaya değil de AYM'ne verilmesi tali kurucu iktidarın spesifik bir tercihindendir, hukuki niteliğine ilişkin değildir²⁵. Gerçekten de, CBKların denetiminin AYM'ne verilmesi eleştirilebilse de, bu denetim yetkisinin Danıştaya verilmesi durumunda da Danıştay'ın, önceden yapmadığı, anayasaya uygunluk denetimi yapması gerekecek ve bu da eleştiri konusu olabilecekti.

2. Normlar hiyerarşisinde yeri

CBK'lerinin normlar hiyerarşisindeki yeri, mahfuz alan meselesine ilişkin bu çalışmada öne sürülecek görüşler bakımından önemlidir. Burada öncelikle CBK'nin normlar hiyerarşisindeki yeri belirlenecek ve sonra karşı görüş ve bu karşı görüşlere getirilen eleştirilere yer verilecektir.

a. CBK kanun altı değerdedir

1- Anayasanın hiçbir maddesinde CBKların kanun hükmünde olduğu belirtilmemektedir. Aksine olağanüstü dönemde çıkarılabilecek CBKların kanun hükmünde olduklarına dair özel hüküm mevcuttur. Bu özel hükmün varlığı da olağan dönem CBKlarının kanundan sonra geldiğine kanıttır.

2- AY m.104/17 düzenlemesine göre CBKlar normlar hiyerarşisinde kanun altı değerdedir.²⁶

a. Fıkradaki, “yürütme yetkisine ilişkin konular” sınırlaması, yürütme yetkisi kanunların uygulanmasına yönelik, kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetki olduğundan, CBKların kanun altı değerini göstermektedir.²⁷

b. AY'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağına dair hüküm de kanun gücünde olmadığına delildir.²⁸

Münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmeyen alanlarda ise genel yetkilendirme mümkün olabilecektir(CBK, s.25). Eren, bu görüşün aksine, CBK'ların yeni hukuki rejimine göre CBK çıkarılmasının kanunla zorunlu kılınmasının Anayasaya aykırı olacağını söylemektedir. Bkz. Eren, s.28.

¹⁸ Özbudun, s.248.

¹⁹ Eren, s.16.

²⁰ Sancakdar, s.82; Aynı yönde Arıçoğlu, s.49.

²¹ Yıldırım, s.23.

²² Sancakdar, s.81. aynı yönde, Yıldırım, ed., s.10; Arıçoğlu, s.49.

²³ Arıçoğlu, s.50.

²⁴ Sancakdar, s.81.

²⁵ Ulusoy, s.298.

²⁶ Aynı yönde: Sancakdar, s. 81; Özbudun, s.248; Yıldırım, Kanunilik, s.294; Atay, s.75. Bu noktalar aşağıda ayrıntılandırılacaktır.

²⁷ Yıldırım, ed., s.10; Yıldırım, CBK, s.23.

²⁸ Yıldırım, ed., s.10.

c. “CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” hükmü bir çatışma hükmüdür ve kanunun üstte, CBK’nın ise alt seviyede olduğunu göstermektedir.²⁹

3- KHKların aksine, CBKlar, kanunları değiştirme veya kaldırma yetkisini içermediğinden kanun hükmünde değildir, normlar hiyerarşisinde kanunlardan sonra gelirler.³⁰

4- CBK’nın kanunlarla aynı seviyede olduğu iddiası Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmekle meşruiyetini güçlendirdiği gerçeğinden kaynaklanabilmektedir. Ancak halk, milletvekillerini yasama organında kanun yapsınlar diye, cumhurbaşkanını ise, AY m. 8’e göre sahip olduğu yürütme yetki ve görevini kullansın yani ülkeyi yönetsin diye seçmektedir.³¹ Bu yetki ve görevin ise, yine aynı maddeye göre, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Yani cumhurbaşkanının meşruiyetinin güçlenmesi işlemlerinin hukuki değerini değiştirmemektedir.

5- Yıldırım’a göre, Anayasanın 124 ve 137’nci maddelerinde, tüzük yerine CBK kelimesinin konulması da CBK’nın kanun gücünde olmadığını göstermektedir.³²

b. karşı görüş ve eleştirisi

CBK’nın kanunla aynı hiyerarşik düzeyde olduğu görüşü iki alt başlıkta incelenebilir:

i. Doktrinde bir grup yazar, AY’nın özel olarak “CBK ile düzenlenir” dediği konularda çıkarılan CBKlar ile m.104/17’de düzenlenen yürütme yetkisine ilişkin genel konularda çıkarılacak CBKlar arasında ayırım yapmakta ve birinci kategoride yer alan CBKların kanunlarla aynı düzeyde olduğunu iddia etmektedir.

Örneğin Tunç, dört özel maddede (AY, m. 104/9, 106/11, 108/son, 118/6) yer alan konular ile kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin kararnamelerin kanunlarla aynı, yürütme yetkisine ilişkin genel konularda çıkarılan kararnamelerin ise kanunların altında, önceden çıkarılmış bulunan tüzüklerin ve yönetmeliklerin üstünde olacağını belirtmektedir.³³

Gözler de bu olasılığı değerlendirmiş, “*Aslında, CBK’nın mahfuz alanı olduğu kabul edilirse, bu mahfuz alanda bulunan konularda, çatışma için farklı bir sonuca ulaşmak gerekir.(...) Eğer bu konular, CBK’nın mahfuz alanını oluşturuyorsa bu alanda kanun ile CBK arasındaki çatışmanın “konu bakımından yetki” kurallarına göre çözümlenmesi gerekir. düzenlenen konu, yukarıda sayılan dört konudan birine giriyorsa, yani CBK’nın mahfuz alanında bulunuyorsa, o konuda kanun değil, CBK’nın dediği olur. Yani çatışmadan CBK galip çıkar.*” demiş ve sonrasında bu görüşün eleştirisini yine kendisi yapmıştır: “*Ancak bu çözüm eleştiriye açıktır... eğer mahfuz alanda çatışmadan CBK hükümleri galip çıkacak ise, AY m.104/17’deki hükümlerin ne anlamı kalacak?*”³⁴

Bu görüş Eren tarafından da, CBK’lar arasında iki farklı hukuki rejim oluşturmanın uygulamada daha fazla karışıklığa yol açacağı; CBK’ların bir kısmını kanunun altında sayıp, bir kısmını kanun düzeyinde saymanın Anayasa’nın açıkça kanun hükmünde saymadığı CBK’ları kanun hükmü vermek anlamına geleceği için eleştirilmiştir. Yazara göre tüm CBK’ların denetiminin Anayasa Mahkemesi’ne verilmesi de Anayasada bu şekilde bir farklılık görülmediğini göstergesidir.³⁵

²⁹ Gözler, s.1334; Ulusoy, s.297.

³⁰ Eren, s. 27 ve 29; Özbudun, s.248.; Ulusoy, s.297.

³¹ Ulusoy, s.301.

³² Yıldırım, ed., s.10.

³³ Tunç, s. 234; Aynı yönde Söyler, s. 166

³⁴ Gözler, s.1335.

³⁵ Eren, s.30.

ii. Doktrinde diğ er bir grup, ilk grubun yaptığı ayrımı yapmadan tüm CBKların normlar hiyerarşisinde kanunla aynı düzeyde olduğunu savunmaktadır.

Hatta Karahanoğ ulları, m.104/17’de “*yasa ile aynı güce sahip kararname yetkisi düzenlenmiştir*” dedikten sonra, kural koyma yetkisinin TBMM ile CB arasında paylaştırıldığını ve bu nedenle CBK’ya “yasa benzeri” anlamında “yasamsı” denilebileceğini söylemektedir. Yazara göre 104/17 ile bir hiyerarşi oluşturulmamış sadece konu alanları belirlenmiş, Cumhurbaşkanına yasa ile eş bir kural koyma yetkisi tanınmıştır.³⁶

Yavuz Atar da, CBK’ların kanunlarla aynı düzeyde olduğunu ileri sürmektedir³⁷: “*Anayasanın bu hükümlerinden anlaşılacağı üzere, kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Türk pozitif hukukundaki ‘normlar hiyerarşisi’ bakımından kural olarak aynı düzeydedirler... Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunların altında yer alıyor olsaydı, Anayasa koyucu, ‘Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır’ şeklinde bir düzenleme yapmaya gerek duymazdı...*” demektedir. Ancak bu gereğ in hissedilme sebebi asli düzenleme yetkisi tanınmış olan CBK’ların kanunlarla eş düzeyde olduğ una dair yorumların yapılmasını engellemek, bunların kanun altı olduğ unun ortaya konması ile “süper güçlü cumhurbaşkanı” eleştirilerinin önüne geçmek olsagerektir.

Karahanoğ ulları da aynı yönde, bu düzenlemenin eş normlar arasında aykırılığ ı giderme normu olduğ unu, yasa CBKnın üstünde olsa idi “farklı hüküm” değil, “aykırılık” teriminin kullanılması gerekeceğini belirtmiştir.³⁸ Kullanılan terimlerin uygunluğu tartışılabilir olsa da Anayasada açıkça düzenlenmiş bir çatışma hükmü mevcuttur ve bu hüküm açıkça *lex superior derogat legi inferior* ilkesidir.³⁹ Bu ilke üst kanun alt kanunu ilga eder şeklinde ifadesini bulsa da, aslında “*ilga eden norm üstündür*” şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁰ Kanun ile CBK da hükümsüz kaldığına göre, kanun üst hukuk normudur.

Ulusoy’un belirttiğ i üzere, iki ayrı normun, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde olup olmadığ ının göstergesi, bu normların birbirlerini değ iştirip değ iştiremeyeceğ i veya birbirini yürürlükten kaldırıp kaldıramayacağı ile ayrıca her iki norm arasında (“özel kanun-genel kanun” ve “önceki kanun-sonraki kanun” ilişkisi dışında) birbirine aykırı olmama ilişkisinin kurulamamasıdır.⁴¹ 104/17 hükmü incelendiğ inde CBK ile kanun söz konusu olduğ unda CBK ile düzenlenmiş bir alan sonradan kanunla düzenlendiğ inde CBK’nın hükümsüz kaldığ ının düzenlendiğ i, ayrıca farklı hükümlerin bulunması durumunda da kanunun uygulanacağ ının düzenlenmesi ile açıkça kanunun üstünlüğ ünün kabul edildiğ i görülmektedir. CBKlar ise kanunları değ iştiremezler ve yürürlükten kaldıramazlar. Nitekim, Eren’e göre de, “*İlk-el düzenleme yetkisine dayanarak CBK’lar ile ortak alanda doğ rudan doğ ruya düzenleme yapılabilirse de, 104üncü maddedeki çatışma hükümleriyle aynı konuya ilişkin kanun hükümleri karşısında, kanunların üst norm niteliğ i netleştirilmek istenmiştir.*”⁴²

Atar, devamında, Anayasamızda benzer bir düzenlemenin insan haklarına ilişkin anlaşmalar bakımından 90’ıncı maddede yer aldığ ını, Anayasa’nın bu maddesine göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağ ını ve bu nedenle, kanunlar ihtilafına uygulanan, genel hüküm-özel hüküm

³⁶ Karahanoğ ulları, s.1-2.

³⁷ Atar, CBK, s.242.

³⁸ Karahanoğ ulları, s.3.

³⁹ Gözler, Yorum, s.97vd.

⁴⁰ Guastini, s.51.

⁴¹ Ulusoy, s.297.

⁴² Eren, s.29.

çatışmasında özel hükmün, eski hüküm-yeni hüküm çatışmasında ise yeni hüküm uygulanacağına ilişkin prensiplerin burada geçerli olmayacağını belirtmektedir.⁴³

Atar, AY m.90'la bağlantı kurarak CBKnin kanunla aynı hiyerarşik düzeyde olduğu sonucuna varsa da, 90ıncı maddede açıkça uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Üstelik çatışma kuralı konulması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde anayasanın altında olduğu yorumlarına sebep olmuştur.⁴⁴ O halde, AY m. 90 örneği ile ancak kanunların CBKdan üstün olduğu sonucuna varılabilir. Çünkü çatışma hükmü, astlık üstlük ilişkisi kurar.⁴⁵

İba, Söyler ve Ülgen'e göre de Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmünde olmamakla birlikte, asli yetki kullanımı olmaları açısından kanuna eşdeğer işlem niteliğinde kabul edilebilir.⁴⁶ Ülgen bu sonuca Özbudun'a yaptığı atıfla ulaşmaktadır. Gerçekten de Özbudun, *“bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli, yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de... idarenin türevselliği ilkesi gereğince, kanun niteliğinde sayılması gerekir”* demektedir.⁴⁷ Ancak, yazar bu sonuca *“idarenin türevselliği ilkesi”* nedeniyle ulaşmakta ve idareye, kanun adı taşımasa bile, kanun gücünde bir hukuki işlem yapma yetkisinin verilmesini yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmaktadır. Oysa ki 2017 değişikliği ile idarenin türevselliği ilkesine istisna getirilmiştir ve bu nedenle Özbudun'un söz konusu değerlendirmesi CBKlara uygulanabilir nitelikte değildir. CBKların asli düzenleme yetkisine sahip olmaları ise bunların kanunla eşdeğer norm olduklarını göstermez.⁴⁸

Kanuna dayanmaması ve kanunun olmadığı alanda anayasadan aldığı yetki ile düzenleme yapabilmesi CBKnin kanun düzeyinde olduğunu göstermez. Eski sistemde tüzükler anayasada düzenlenmiş olmalarına rağmen uygulamada pek karşılaşılmıyor, tüzük yerine yönetmelikler çıkarılıyordu. Her iki düzenleyici işlem de kaynağını anayasadan alıyordu ama tüzüğün bulunmadığı alanlarda çıkarılmış olan yönetmeliklerin tüzük niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıyordu. Ya da şu örnek verilebilir: idare hukukuiçtihadı bir hukuk dalıdır ve özellikle idarenin sorumluluğu konusu genel olarak içtihatlarla geliştirilmiştir. Günümüzde idare hukuku kitaplarında sorumluluk konusunda anlatılan kurallar genel olarak içtihadidir. Bu konularda kanun çıkarılana dek bunlar uygulanacaktır. O halde bu kurallarda kanun gücünde midir?

Nasıl ki 2017 öncesi tüzükler normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin üstünde idiyse, ya da nasıl ki o alanda kanuni düzenleme olmaması içtihadı kanun düzeyine taşıyorsa, asli düzenleme yetkisi verilmiş olması da CBK'ları kendiliğinden normlar hiyerarşisinde kanunla aynı düzeye taşımaz.

II- Mahfuz Alanlar Problemi

⁴³ Atar, s.276.

⁴⁴ Gözler, Anayasa, s.704; Özbudun, s.231.

⁴⁵ Aksi görüş: Ergül, s.31 *“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.”

⁴⁶ İba, Söyler, s.207; Ülgen, s.7.

⁴⁷ Özbudun, s.211.

⁴⁸ Ulusoy, s.297.

Fransa düzenlemesine göre, 34üncü maddede belirlenen alan kanunun mahfuz alanını oluşturur. Bu maddede sayılan konular dışındaki tüm konuların idarenin düzenleme alanına girdiğini ifade eden 37nci madde hükmüne rağmen uygulama ve içtihatlar idarenin mahfuz alanını dar yorumlamıştır. Bu kadar açık ifadelere karşın yürütme alanını sınırlı tutan Fransız anayasa yorumunun ülkemize örnek oluşturacağı düşüncesi bu çalışmanın ana argümanlarından biridir. Bu nedenle bu başlık altında öncelikle ülkemizde mahfuz alanlara ilişkin doktrin değerlendirmelerine yer verilecek daha sonra ise Fransa uygulaması incelenecek ve nihayetinde Türkiye'ye olası aktarımları değerlendirilecektir.

A- Türkiye'de Mahfuz Alanlara İlişkin Görüşler

Anayasa değişikliğinin kabul edildiği tarihten bu yana CBKlarla ilgili çok sayıda yazı yazılmış ve mahfuz/münhasır alanlarla ilgili yorumlarda bulunulmuştur. Ancak bu çalışmalara bakıldığında öncelikle münhasır/mahfuz alanın ne demek olduğunun belirlenmesi gereği göze çarpmaktadır. Ülkemizde, münhasır kanun alanı olup olmadığı tartışmasında, böyle bir alan belirlendiği takdirde, o alanda yürütmenin hiçbir düzenleyici işlem yapamayacağı şeklinde algılanmıştır.⁴⁹ Oysa 2017 değişikliğinden sonra, idarenin diğer düzenleyici işlemleri ayrı tutularak, kanun ve CBKların mahfuz alanları, yani birbirlerine yasaklı olup sadece kanunla ya da sadece CBK ile düzenlenmesi gereken alanların bulunup bulunmadığı problemi incelenmelidir. Bu bakımdan, bu çalışmada, öncelikle münhasır kanun alanının bulunduğu, sonrasında ise münhasır bir CBK alanının anayasada öngörülmemiş olduğu iddiası açıklanacaktır.

1. Münhasır kanun alanı

AY m.104/17 düzenlemesiyle CBK'ya bazı konu sınırlamaları getirilmiştir. Öncelikle "CBK yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir" denilmek suretiyle aslında CBK'nın kanuna eşdeğer bir işlem olmadığı ortaya konmuştur. "Yürütme yetkisine ilişkin olma"nın ne demek olduğu meselesi⁵⁰ önemli olmakla birlikte konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için incelenmeyecektir. Aynı şekilde, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı yönündeki sınırlama, "açıkça düzenleme"nin ne anlama geldiği belirsiz olmakla beraber, bu çalışmada incelenmeyecektir.

Diğer bir sınırlama, "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" şeklindedir, ki bu yasaklamanın, CBK'nın sızamayacağı, kanunun mahfuz alanlarından ilkinin oluşturduğu açıktır.

"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz" hükmü de acaba kanun alanını korumakta ve mahfuz alan oluşturmakta mıdır? Bizim de katıldığımız görüşe göre, Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan konularda CBK çıkarılamaz.⁵¹

⁴⁹ Bkz. Ülgen, s.28, vd.

⁵⁰ Bkz. Gözler, s.1312.

⁵¹ Atar, CBK, s.248 : "Anayasanın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülmuş konularda Meclis henüz bir kanuni düzenleme yapmamış olsa bile, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Keza kanun çıkarılmış olmakla birlikte Anayasada belirtilen hususlarda eksik düzenleme olsa bile bu hususlarda tamamlayıcı kararname çıkarılamaz."; Yıldırım, Kanunilik, s.296: "Anayasada kanunla kurulması öngörülen idari birimlerin doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulması mümkün değildir."; Ulusoy, s. 293: "Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ilk elden düzenleme olmayacaktır."; s.296 : "anayasanın bu m.104/17-3 hükmündeki "münhasıran" ifadesinin "özel ve somut olarak" şeklinde anlaşılması ve yorumlanması daha doğru ve anayasanın genel sistematığına daha uygun bir yaklaşım olacaktır."; Sancakdar, s.82: "münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular"ın neler olduğunun belirlenmesi için AY'da "münhasıran, ancak, sadece" gibi kelimelerle kanunla düzenleme zorunluluğuna vurgu yapılmasına gerek yoktur. AY'da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen konuların mutlaka kanunla düzenlenmesi zorunludur."

Bu konuda ilk itiraz, Anayasada “*kanunla düzenlenir*” şeklinde hükümlerin bulunduğu fakat “*münhasıran kanunla düzenlenir*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmediği yönündedir.⁵² Ancak, Anayasada kanunla düzenleneceğinin söylenmiş olması, kanun niteliğinde olmayan işlemlerle o alanın düzenlenmesinin engellenmek istendiğinin ifadesidir. Aksi takdirde Anayasanın bu hükmü abesle iştiğal teşkil edecektir. Ayrıca, Anayasanın 7nci maddesinde yasama yetkisinin genelliği ilkesi düzenlenmiştir. Yani yasama organı Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konuda düzenleme yapma kabiliyetine zaten sahiptir. Anayasada bu hüküm mevcutken, bazı konularla ilgili olarak “kanunla düzenlenir” şeklinde ifade kullanılması, bu konuda düzenleme yetkisini özellikle yürütmeye bırakmak istemediği şeklinde yorumlanmalıdır.⁵³ CBKlar da yasama işlemi olmayıp, kanuna eşdeğer düzenlemeler de olmadıklarından, “kanunla düzenlenir” denilen konuların CBK ile düzenlenmesi Anayasaya aykırı olacaktır.⁵⁴ Ardiçoğlu’na göre de, “*Kanuna eş bir hukuk kaynağı olmayan CBKnin, kanun önünde bir engel oluşturduğunu kabul etmek sistematik açıdan mümkün görünmemektedir.*”⁵⁵

CBK’yı yasayla eş tutarak “yasamsı” olarak niteleyen Karahanoğulları dahi “kanunla düzenlenir” ifadesinin bulunduğu konularda Anayasa tarafından kanun ile CBK arasında bir konu bölüşümü yapıldığını ve bu konularda CBK çıkarılamayacağını söylemektedir.⁵⁶

Gözler, hukukumuzda “münhasır kanun alanı”nın kural olarak bulunmadığını, AY’da bir alanın kanunla düzenleneceğinin belirtilmesinin, o alanın idareye kapatıldığı anlamına gelmeyeceğini, bir kanuna dayanmak şartıyla temel hak ve özgürlükler alanında da, vergi ve benzeri mali yükümlülükler alanında da, suç ve cezalar alanında da idarenin düzenleyici işlem yapabileceğini söylemektedir.⁵⁷ Bu yorum şu şekilde anlaşılmalıdır: ilk düzenleme kanunla yapılmak şartıyla ayrıntıların idari işlemle yapılması mümkündür. Ancak bu yorumda da kanun genel kuralları ve prensipleri belirlemeli, gerekli açıklığı sağlamalı ve ayrıntıları idareye bırakmalıdır. Bu durumda da, konu kanunla düzenlenmiş olduğundan AY m.104/17 nedeniyle CBK çıkarılamayacak ve ayrıntılar yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerle tamamlanacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 2017 öncesi kararlarında, “*Anayasa’nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa’nın 163. maddesinde olduğu gibi, ‘Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez’ şeklinde kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz*”⁵⁸ gerekçesi ile münhasır kanun alanının bulunmadığını, özel olarak yasaklanmadığı sürece, “kanunla düzenlenir” denilen konularda da khk çıkarılabileceğini kabul ediyordu. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kararları, KHK’ler kanuna eşdeğer olduğu için verebilmiştir. Oysa ki CBKlar kanun altı değerdedir ve bu nedenle bu yorum CBKlara yansıtılamaz.⁵⁹ CBK idarenin düzenleme yetkisinin türev olma özelliğine Anayasa ile getirilmiş istisnadır ve istisnalar dar yorumlanmalıdır. KHK ile aynı yoruma tabi tutulması mümkün değildir.

2. Münhasır CBK alanı

⁵² Kalabalık, s.129.

⁵³ Ulusoy, s.295.

⁵⁴ Ulusoy, s.295.

⁵⁵ Ardiçoğlu, s.38.

⁵⁶ Karahanoğulları, s.3.

⁵⁷ Gözler, s.1313.

⁵⁸ AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, 22/11/2012; AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989; AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.

⁵⁹ Ardiçoğlu, s.39; Eren, s.36.

2017 değişiklikleriyle Anayasamızda CBK, öncelikle 104üncü maddenin 17nci fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin yanısıra, diğer bazı maddelerde ilgili konunun CBK ile düzenleneceğine dair hükümler mevcuttur. Acaba bu konular CBK'nın mahfuz alanını oluşturur mu? Yani bu konularda kanun çıkarılması yasaklanmış mıdır?

İlgili maddeler şunlardır:

- Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (md. 104/9),
- Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (md. 106/son),
- Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (md. 108/son),
- Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (md. 118/son).

Doktrinde kimi yazarlara göre bu dört konu, CBK'nın mahfuz alanıdır ve kanunla düzenlenemez.⁶⁰ Ancak, bu görüşün aksini savunanlar da bulunmaktadır⁶¹ ve açıklanacağı üzere Anayasamızda bu alanlarda kanun çıkarılmasını yasaklayacak hiçbir hüküm bulunmadığı gibi, yasama yetkisini, dolayısıyla kanun alanını, sınırlayan bir hüküm de bulunmamaktadır.

Aksine Anayasa Mahkemesine göre, “*Yasamanın genelliği ilkesi gereğince Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucu her konuda düzenleme yapma yetkisine sahiptir.*”⁶²

2017 değişiklikleri ile CBK'ya asli düzenleme yetkisi verilmiştir. Ancak bu durum, CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların kanuna yasaklandığı anlamına gelmemektedir çünkü asli düzenleme yetkisi kendiliğinden mahfuz alan yaratmamaktadır.

Ulusoy'un ifade ettiği üzere, Anayasa yapıcı tali kurucu iktidarın iradesi, bazı konularda TBMM'nin genel kanun yapma yetkisini Cumhurbaşkanı lehine sınırlamak ve Cumhurbaşkanı yasama yetkisi kullanımına “ortak etmek” olsaydı, ki Karahanoğulları bunu iddia etmektedir, 2017 değişikliğiyle Anayasanın 7nci maddesine bu hususta bir eklemede bulunulması gerekirdi. Anayasanın yasama yetkisinin genelliğini düzenleyen 7nci ve/veya yürütme yetkisinin kanunlara uygun kullanılacağını belirten 8inci maddesinde bu hususta özel bir düzenleme bulunmadığı sürece, TBMM'nin her konuda kanun yapabileceğinin ifadesi olan genel yetkisini bertaraf edecek şekilde yorum yapılması Anayasanın açık ve ciddi biçimde ihlali anlamına gelecektir.⁶³

Bu nedenle, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkesi gereğince CBK ile düzenleneceği öngörülen konuların kanunla düzenlenebileceği kabul edilmelidir.⁶⁴ CBK ile düzenleme yapılabilecek alanlarda yasama organının düzenlemede bulunmasını yasaklayacak açık bir Anayasal hükmün bulunmaması⁶⁵ bu görüşü güçlendirmektedir.⁶⁶

Kısaca, Anayasa değişikliği yapan irade, her ne kadar bu alanın içeriği tartışılrsa da, “münhasıran kanun alanı”nda CBK çıkarılamayacağını belirtmiş olmasına rağmen; kanuna

⁶⁰ Gözler, s.1321; Atar, CBK, s.247; Ülgen, ss. 20 vd.; Hasan Tunç, s. 234.

⁶¹ Ardıçoğlu, s.37; Özbudun, s.249.

⁶² AYM, 2.11.2016 tarih ve E.2015/61, K.2016/172 sayılı kararı.

⁶³ Ulusoy, s. 302.

⁶⁴ Yıldırım, kanunilik, s.299.

⁶⁵ Ardıçoğlu, s.37.

⁶⁶ Atay, s.73.

karşı korunan böyle bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi alanı belirlememiştir. Bu tercih, böyle bir alanın olmadığı sonucuna varmamızı gerektirir.⁶⁷

Gözler'e göre, CBK ile düzenlenecek konuları belirleyen maddelerde, "münhasıran", "sadece" veya "ancak" gibi inhisari bir ibare kullanılmamış olsa bile bu konular sadece CBK ile düzenlenebilir. Yazara göre bu hükümlerde m.104/17'den farklı olarak "düzenlenebilir" değil, "düzenlenir" ibaresi kullanılmıştır. "Şu konu CBK ile düzenlenir" demek, "şu konu CBK dışındaki işlemlerle düzenlenemez" anlamına gelmektedir.⁶⁸

Yazarın bu açıklamaları kanun alanınının korumalı kabul etmeyen açıklamalarıyla çelişmektedir. Ayrıca eskiden beri Anayasa Mahkemesinin yorumu bu şekilde değildir. Yüksek Mahkeme, KHK ile kanun alanına ilişkin kararlarında münhasır alan oluşturmak bakımından "düzenlenebilir" ifadesi ile "düzenlenir" ifadesi arasında fark yaratmamış, "kanunla düzenlenir" denilen yerde aynı hiyerarşik konumda bulunduğu için KHK çıkarılmasına da izin vermiştir. Bu nedenle, "CBK ile düzenlenebilir/düzenlenir" denilen konuların, daha üst konumda olduğu için, kanunla da düzenlenebileceğinin kabulü yerleşik AYM kararlarına daha uygundur. Aksi yorum için konunun, ayrıca ve özel olarak kanuna yasaklanmış olması veya "ancak/sadece/münhasıran CBK ile düzenlenir" ifadesinin kullanılması yani tam da Gözler'in söylediği gibi, "bu konu CBK dışındaki işlemlerle düzenlenemez" şeklinde özel olarak belirtilmesi gerekirdi. Aksi takdirde, "alt düzeyde işlemler üst düzeydeki işlemlere alternatif olamazken, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde ya da üst düzeyde işlemler düzenleme yetkisi bakımından birbirinin alternatifi olabileceklerinden"⁶⁹, yasama organı, "CBK ile düzenlenir" denilen konularda da kanun çıkarabilmelidir.

Gözler, bakanlıkların kuruluşu ile ilgili olarak sadece CBK ile düzenleme yapılacağını belirterek şu şekilde açıklama yapmaktadır: "Aksi olsaydı, anayasa koyucu, "düzenlenir" değil, "düzenlenebilir" derdi. Keza yine aksi olsaydı AY m.123/3'te "ktk, kanunla veya CBK ile kurulur" dendiği gibi, AY koyucu "şu konular kanunla veya CBK ile düzenlenir" derdi".⁷⁰ Bu maddenin eski hali düşünüldüğünde referans alınacak bir madde olmadığının kabulü gerekir. Eskiden kanun ya da kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulur ifadesi mevcutken değişiklikle "kanun ya da CBK ile" denilmiştir. Bakanlıklar ile ilgili maddenin eski hali ise "kanunla kurulur" şeklindeydi. Şimdi "CBK ile kurulur" olarak değiştirilmiş. Kanun veya CBK ile kurulur denmemiş olması kanunu dışlama arzusundan kaynaklanmış bile olsa lafzi olarak bu şekilde anlaşılmasını gerektiren bir durum bulunmamakta, aksine kanun/KHK alanları ile ilgili yerleşik Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda CBK'nın münhasır yetkisinin bulunmadığı yönünde yorumlanması gerekmektedir.⁷¹

Ardıçoğlu, ayrıca, AY m.104/17 hükmünde aynı konuda Meclis tarafından kanun çıkarılması durumunda CBK'nin hükümsüz hale geleceği yönündeki düzenlemesinin de münhasır CBK alanı bulunmadığına işaret ettiğini belirtmektedir.⁷²

⁶⁷ Şirin, s.333.

⁶⁸ Gözler, s.1321.

⁶⁹ Eren, s.38.

⁷⁰ Gözler, s.1321.

⁷¹ Kaldı ki, aynı argüman tersine çevrilerek, kanun alanının korunduğunu göstermek için de kullanılabilir. Uluşoy, s. 296:

"Eğer Anayasa yapıcının iradesi, Anayasa'da kanunla düzenleneceği" belirtilen hususlarda CBK ile de düzenleme yapılabilmesi yönünde olsaydı, bu hükümde ayrıca "Cumhurbaşkanı kararnamesiyle" ifadesinin de özel olarak konulmasına gerek bulunmazdı. Demek ki tali kurucu iktidar, anayasada "kanunla düzenleneceği" belirtilen hususlarda aynı zamanda CBK ile de düzenleme yapılabilmesini öngörmemiş olmalı ki, spesifik olarak hem kanunla hem de CBK ile düzenlenmesini tercih ettiği konuları (kamu tüzel kişiliği kurulması gibi) bizzat ve özel olarak Anayasada belirtmiştir."

⁷² Ardıçoğlu, s.37.

Bu teze karşılık Eren, CBK'larla düzenleneceği ifade edilen alanların, münhasır bir alan oluşturduğu tezinin, genel-özel hüküm ilişkisi ile açıklanabileceğini, Anayasa m.104/17'de, "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."; m.123'te ise "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" denildiğini hatırlatarak, idarenin kanunla düzenlenmesi yönündeki m.123 hükümünün tüm idari teşkilat bakımından genel hüküm olduğunu; idari teşkilat içinde, Bakanlıklar, Milli Güvenlik Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulu'nun ise özel olarak CBK ile düzenleneceğinin öngörüldüğünü belirtmektedir. Dolayısıyla, yazara göre, CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu konular, Anayasa'da "idarenin kanunla düzenlenme ilkesine" getirilen istisnalardır.⁷³ Ancak istisnalar dar yorumlandığından, bu alanların kanuna yasaklandığı yorumu yine yanlış olacaktır. Çünkü, yasallık ilkesine istisna oluşturmak kendiliğinden kanunu dışlamayı gerektirmez. Yasa ile düzenleme olmadan ilk elden Cumhurbaşkanı tarafından idari teşkilata dair düzenleme yapılabilecek olması, ayrıca ve özel olarak yasaklanmadığı sürece, bu alanda kanun çıkarılamayacağı anlamına gelmemektedir.

Gözler, ayrıca, mahfuz alanda bulunan bir konunun bazı yönlerinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması niteliğinde olması durumunda bunların CBK ile düzenlenemeyeceğini belirlemekte ve şöyle örneklendirmektedir: "106/son, Bakanlıkların kurulması, kaldırılması... hükmünden yola çıkılarak bakanlıklara kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması sonucunu doğuran yetkiler verilemez. Ya da CBK ile Milli Eğitim Bakanlığına öğrenciler için veya personel alımı için seçme sınavı düzenleme yetkisi verilebilir ama aynı CBK ile Bakanlığa sınava gireceklerin retina, damar ve parmak izi taramasından geçirilmesi yetkisi verilemez. Bunun için kanun gerekir çünkü böyle birşey AY'mızın 20nci maddesinin 3üncü fıkrasında öngörülen kişisel verilerin korunması hakkına aykırıdır. Yine CBK ile çocukların aşılınması konusunda görev ve yetki verilebiliyor ama zorunlu aşı uygulaması CBK'yle değil, ancak kanunla öngörülebilir (AY m.17)".⁷⁴ Tam da bu nedenle, Bakanlıkların tüm yönleriyle CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir ve belki de, Ülgen'in ileri sürdüğü üzere, Bakanlıkların görev ve yetkisinin belirlenmesinden, Bakanlıkların kendi aralarındaki görev ve yetki paylaşımının belirlenmesinin anlaşılması gerekir.⁷⁵

Bakanlıklar kamu hizmetlerinin merkezde örgütlenme biçimidir. Kamu hizmetleri kişi hak ve özgürlükleri ile herhalde ilgilidir. Bakanlıkların görev ve yetkileri bu bakımdan çok önemlidir. Çünkü yetkiler hakların sınırlandırılması sonucunu doğururken; görevler, hakların kullanım koşullarını belirler.⁷⁶

O halde aslında Bakanlıklarla ilgili olarak CBK ile düzenlenecek olan sadece teşkilatlanmaya ilişkin olmalı, "Görevleri"nin düzenlenmesi ise "kanunla verilen görevlerin teşkilat içinde hangi birim tarafından yerine getirileceği" şeklinde anlaşılmalıdır denilebilir ve örneğin, Çevre Bakanlığı tek ve ayrı bir bakanlık olarak mı teşkilatlanmalı, yoksa Orman Bakanlığı ile mi birleştirilmeli, ya da Bayındırlık Bakanlığı ile birleştirilmesi bakanlıklar arası yetki problemlerinin bakımından daha mı uygun olur? sorularına cevabın CBK ile verilmesinden ibaret görülebilir. Kısaca, Bakanlıkların organik yapılanmalarıyla ilgili CBK çıkabilir ama görev ve yetkileri düşünüldüğünde bunların çoğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin olacağı için kanunla düzenlenmeleri gerekecektir.

Yani, aslında, bakanlıklarla ilgili bu madde nedeniyle dahi CBK'nın mahfuz alanının bulunmadığı sonucuna varılabilir. Çünkü bakanlıkların tüm yetki ve görevlerinin CBK ile

⁷³ Eren, s.43.

⁷⁴ Gözler, s.1323. Aslında Yazarın CBK ile yapılabileceğini söylediği örnekler de tartışmaya açıktır. Çünkü okula sınavla öğrenci almak eğitim hakkını sınırlar, personel alımı için sınav koymak da aynı şekilde Kamu hizmetine girme hakkını sınırlar.

⁷⁵ Ülgen, s.26.

⁷⁶ Ardiçoğlu, s.41.

düzenlenmesi, bu madde hükmünün düşündürebileceğinin aksine, mümkün değildir. Bakanlıkların kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin ve onları sınırlandıran yetkileri mevcuttur. Ve bu yetkiler ancak ve sadece kanunla bu bakanlıklara verilebilir. O halde bu madde CBK'nın mahfuz alanının bulunmadığı tezimizi kanıtlar niteliktedir.

B- Fransa'da Mahfuz Alanlar

1. İçtihatla Yerleşmiş Yorum

1958 Anayasasının otonom düzenleme yetkisini kabul etmesi, yürütmenin düzenleme yetkisinin terfi ettiği ve kanunun düzenleme alanının sınırlandırılması ile yasama yetkisinin geri plana atıldığı bir devrim niteliğinde olduğu⁷⁷, Fransız anayasal geleneğinin yıkıldığı⁷⁸, parlamentonun egemenliğinin sonu olduğu, yapmak için istemenin artık yeterli olmadığı⁷⁹ gibi yorumlara neden olmuştur. Tıpkı ülkemizde olduğu gibi, idarenin düzenleyici işlemlerini normlar hiyerarşisinde kanun seviyesine yükseltildiği, düzenleyici işlem alanında yürütme yetkisinin yasama yetkisine eşit olduğu, en azından yasamaya tâbi olmadığı izlenimi ilk etapta edinilmiş olsa da, zamanla Fransa'da kanun eski yerini almış ve idarenin alanı kanunları uygulama alanına gerilemiştir.⁸⁰

Anayasanın 34 ve 37nci maddeleri ilk başta düşünülenin aksine yasa ve otonom/özerk olsa da düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yerinde bir değişiklik yapmamıştır.⁸¹ Özerk yönetmelikler de yasallık ilkesine tabidir yani yasalara ve hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir ve bu bakımdan denetlenirler. Ki bu denetim, yasa idarenin düzenleme alanına taşmış olsa dahi, söz konusu kanun 41inci madde usulüne göre delegalize edilene kadar devam edecektir.⁸²

5. Cumhuriyet Anayasasıyla yürütmeye sınırsız bir düzenleme alanı sağlanmıştır. Şöyle ki, idareye hem kanunların uygulanmasını sağlama görevi verilmiş ve bu görev nedeniyle yürütme organı, kanunla düzenlenmiş alanlarda ayrıntılı düzenlemeyi düzenleyici işlemlerle yapacaktır; hem de 37nci madde ile otonom/özerk düzenleme yetkisi tanınmış, ilk elden yani kanuna dayanma mecburiyeti olmadan, bazı alanlarda, ki bu alanlar kanun alanının aksine sayılı alanlar değildir, yani sınırlandırılmamıştır, düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Üstelik yasa koyucunun olası müdahalelerine karşı idarenin düzenleme alanı koruma altına alınmıştır (AY m. 37/2, m61/1 ve m41).

Bu şekilde kanun alanının maddeler halinde belirlenmiş olması ve kalan tüm alanların idarenin düzenleme alanı olarak kabul edilmesi, genel düzenleme yetkisinin idareye ait olduğu yorumlarına neden olmuştur. Bu yorumun yanlış olmasa da yanıltıcı olduğu sonradan görülecektir.⁸³

Gerçekten de 1958 Anayasasının en büyük yeniliği, kanun ve règlement autonome'un karşılıklı alanlarının belirlenmesi olmuştur. Anayasanın 34üncü maddesinde kanunun düzenleme alanı belirlenmiş ve bu düzenleme yapılırken, temel prensiplerin belirleneceği alan ile kuralların belirleneceği alanlar olarak da ikili ayrıma gidilmiştir.⁸⁴ Ancak Anayasa

⁷⁷ Turpin, s. 687 vd.

⁷⁸ Favoreu, s.357.

⁷⁹ Carcassonne, s. 182, n°229.

⁸⁰ Mathieu, s.573.

⁸¹ Carcassonne, s.193.

⁸² Turpin, 694.

⁸³ Carcassonne, s.194.

⁸⁴ Gerçekten de 34.maddede bazı hususlarla ilgili olarak, "La loi fixe les règles" denilirken; diğer konularda "la loi détermine les principes fondamentaux" ifadesi kullanılmıştır.

Konseyi de Devlet Şurası da bu ayırım yapmayı, kanunun düzenlediği alanların temel önemde oldukları gerekçesi ile reddetmişlerdir.⁸⁵

Fransa'da düzenleme alanlarının nasıl ayrıldığı sadece AY m.34 ve m.37'nin okunması ile anlaşılabilir. Anayasa Konseyinin içtihatları çok önemlidir ve ilk intibain yanıltıcı olduğunu göstermektedir⁸⁶. Gerçekten de Anayasa Konseyi, ilk okumada düşünüldüğünden daha geniş bir kanun alanı belirlemiştir.

Zamanla 34üncü maddenin aslında çok önemli konuları meclise bıraktığı ve bu maddelerin geniş yorumlanması ile yasa alanının genişleyebileceği görülmüştür. Öncelikle kanun alanı Anayasanın diğer maddelerine dayanılarak genişletilmiştir.⁸⁷ 1965 tarihli bir Anayasa Konseyi kararı ile kanun alanının sadece 34üncü madde göz önünde bulundurularak belirlenemeyeceği, Anayasanın bir parçası olan 1789 Deklarasyonunun 7nci maddesi "kişiler ancak kanun gereğince tutuklanabilir" hükmünün de kanun alanını belirleyen maddelerden olduğu; Anayasanın 3üncü maddesi dördüncü fıkrasının seçmen olma şartlarının kanunla belirleneceğine dair hükmünün; 36ncı maddede sıkıyönetimin 12 günden fazla uzatılmasına parlamentonun yetkili olduğuna dair hükmün; bütçe kanununu düzenleyen 47nci maddesinin; sosyal güvenliğin finansmanı ile ilgili kanunu düzenleyen 47-1 maddesinin; 53üncü maddede düzenlenen ve bazı uluslararası anlaşmaların kanunla onaylanması gerektiğini belirleyen hükmün ve yerel yönetimlerin serbest yönetimleri ile ilgili 72 ve 76ncı maddelerin ve nihayet organik yasa ile düzenlenecek tüm konuların kanun alanını oluşturduğunu belirlemiştir.⁸⁸

Bunun dışında 34üncü maddenin içeriği de genişlemiştir: öncelikle hükümet 41inci maddede öngörülen imkanı (1958-1968 arası 8 kere, 1969-1979 arası 3 kere kullanmış ve sonrasında hiç kullanmamış) ya da 61-2 maddesini çok az kullanarak ve daha çok 37-2'de düzenlenen sonradan denetim yolunu tercih ederek yasama organının 34üncü maddenin dışında düzenleme yapmasına göz yummuştur.⁸⁹

Hukukun genel ilkeleri de kanun alanının belirlenmesinde kullanılmıştır. Şöyle ki, 1969'da verdiği bir kararında Anayasa Konseyi, hukukun genel ilkelerinin kanun düzeyinde olduğunu tespit etmiş ve her ne kadar 34üncü maddede bu yönde bir hüküm bulunmasa da, bu ilkelerden biri söz konusu olduğunda idarenin düzenleme yetkisinin bulunmadığını, bu konularda düzenlemenin ancak parlamento tarafından yapılabileceğini belirtmiştir⁹⁰.

Diğer yandan, 34üncü maddenin son fıkrasında kanunun düzenleme alanının organik kanunla tamamlanabileceği hükmü mevcuttur. Yani organik bir kanunla, kanun alanı genişletilebilecektir. Nitekim Bağımsız İdari Otoritelere ilişkin 26 Ocak 2017 tarihli organik kanunla, Bağımsız İdari Otoritelerin kuruluş ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁹¹

O halde, kanunun idarenin alanına ya da idarenin kanun alanına girmesi durumunda ne olacaktır?

⁸⁵ Turpin, 692.

⁸⁶ Dupuis, s. 135.

⁸⁷ Anayasanın 46ncı maddesinde, anayasada organik yasa ile düzenlenmesi gerektiği söylenen konularla ilgili yasama usulü belirlenmiştir. Ancak burada bahsettiğimiz organik yasaların dışında "normal" yasa alanında genişleme olup, organik yasaları bu toplama almıyoruz.

⁸⁸ Turpin, 691; Carcassonne, s.186, n°234.

⁸⁹ Turpin 691.

⁹⁰ Turpin, 693; Elbette anayasal nitelik taşıyan hukukun genel bir ilkesi söz konusuysa yasa da aykırı düzenleme yapamayacaktır: Carcassonne, s.186, n°234.

⁹¹ Carcassonne, s.186, n°234.

Öncelikle kanun alanı, idarenin alanının aksine, Conseil d'Etat tarafından da korunmaktadır. Şöyle ki, CE, iptal davasına konu olan bir düzenleyici işlemin kanun alanını düzenlediğini tespit etmesi durumunda bu işlemin hukuka aykırılığını tespit etmektedir.⁹²

Anayasa'da sayılmış olan kanun alanı, kanunun mahfuz alanını oluşturur ve bu alan Anayasa Konseyi tarafından da özenle korunmaktadır. Yüksek Mahkeme, yasa koyucunun, hükümetin düzenleme alanına girmeyen bir konuda düzenleme yapmasına izin vererek kendi yetkisini tanımamasını müeyyidelendirmektedir. Kanun koyucunun bu alandaki yetkisini devretmesi yasaktır. Anayasa Konseyine göre kanun koyucu, sadece Anayasanın kendisine verdiği yetkiyi kullanabilir ama bu yetkiyi tam olarak kullanmak mecburiyetindedir. Yani, Anayasa Konseyi, kanun koyucuyu kendisine karşı da korumaktadır. Kanun koyucu sadece belirli alanlarda kanun çıkarabilecek olsa da bu alanlarda yetkisini tam olarak kullanmak zorundadır.⁹³ Anayasa Konseyi, yasa koyucunun anayasaya göre kendisinin düzenlemesi gereken bir alanda hiç kanun çıkarmamasını müeyyidelendirmese de, kanun çıkarmış olmakla birlikte Anayasa madde 34ün gerektirdiği açıklıkta/ayrıntıda düzenleme yapmayarak bu yetkiyi hükümete ya da bir Bağımsız İdari Otoriteye devretmesini ya da bir alandaki prensipleri belirsiz bir şekilde göstererek idareye fazla geniş bir takdir alanı bırakmasını negatif yetkisizlik nedeniyle Anayasaya aykırı bulmaktadır⁹⁴.

İdarenin düzenleme alanının korunmasına gelince, bu alanda idari yargı hakimi devre dışıdır çünkü bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığı denetimi Anayasa Konseyi tarafından yapılır. Anayasa Konseyi m.37/2 ve m.41'de düzenlenmiş olan prosedürlere göre hareket edecektir.

Anayasa Konseyi 1982 tarihli ünlü kararında idarenin düzenleme alanına giren bir kanunun sırf bu nedenle Anayasaya aykırı hale gelmediğini ifade etmiştir. Bu kararla Konsey, 34üncü maddenin kanun alanını belirleyen kesin çizgileri yerine, kanunun her alanı düzenleyebileceği ve idarenin düzenleme yetkisi ile kanunun uygulanmasını sağlayacağı ayrıma dönerek kanun alanının tüm sınırlarını ortadan kaldırmıştır.⁹⁵ 83 ve 84 tarihli kararlarında da benzer ifadelerle yervermiş olan Anayasa Konseyi, nihayet déc. n.2000-433 DC sayılı, 27 temmuz 2000 tarihli kararında, Anayasanın 34üncü ve 37nci maddesinin ilk fıkrasındaki hükümlerin 37nci maddenin ikinci fıkrası ve 41inci madde hükmünden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğine; bunların bir arada değerlendirilmesinden ise, bir kanunun idarenin alanına girmiş olmasının, hükümetin meclis oturumlarında itiraz etmemiş olması karşısında, kendiliğinden bu kanunu Anayasaya aykırı hale getirmeyeceğine hükmetmiştir. Yüksek mahkeme, yasa koyucunun 34üncü maddenin ötesinde düzenleme yapması durumunda başvurulacak yollar mecburi değil ihtiyari olduğunu tespit ederek,⁹⁶ Anayasanın, idarenin düzenleme alanına giren yasanın Anayasaya aykırılıkla malul olmasını hedeflememiş, sadece böyle bir durumda hükümete isterse düzenleme alanını koruyabileceği bir imkan sağlamak istemiş olduğuna hükmetmiştir.⁹⁷ Fakat bunun tersi doğru değildir, kanun alanına giren her kararname Anayasaya aykırı kabul edilmektedir.

Tüm bu nedenlerle Fransa'da “özerk yönetmelik gerçekten var mı?” sorusunu sormak gayet meşrudur.⁹⁸

2. Türkiye'ye Olası Aktarım Önerileri

⁹² Dupuis, s.158.

⁹³ Carcassonne, s.186, n°235.

⁹⁴ Turpin, 693; Favoreu, s.360.

⁹⁵ Turpin, 692.

⁹⁶ Carcassonne, s. 194, n°247.

⁹⁷ Turpin, 692.

⁹⁸ Turpin, 694. Turpin bu soruyu Favoreu'nun “Les reglements autonome existe-t-ils?” isimli makalesine gönderme yaparak sormaktadır. Bu makale ise ilk olarak 1977 yılında yayımlanmıştır.

Öncelikle CBK ve kanunun normlar hiyerarşisinde yeri probleminin çözümü için Fransa örneğine bakılabilir: 5inci Cumhuriyetin ilk yıllarında bu konuda tereddüt oluşmuş olsa da günümüzde kanunun, otonom dahi olsa, idari düzenlemelerin üstünde yer aldığı kesin olarak söylenmektedir. Hatta, kanunun düzenleyici işlem alanına girmiş olması halinde dahi, düzenleyici işlemin kanuna uymak zorunda olduğu kabul edilmektedir.

1958 Anayasası ile kanun tanımının değiştiği, artık yapmak için istemesinin yeterli olmadığı yorumunun yapıldığını yukarıda belirtilmişti. Bu yorum elbette parlamentonun kadını erkek ve erkeği kadın yapmak dışında herşeyi yapabileceği özdeyişine göndermedir. Parlamentonun bu gücü halk tarafından seçiliyor olmasından ve halkın iradesini ortaya koyma iddiasından kaynaklanmaktadır. Kanun'un Anayasadan başka sınırı yoktur. 5inci Cumhuriyetle halkın iradesinin ifadesi olan kanunun 34üncü maddeye sıkıştığı zannedilmemelidir.

Gözler, Türkiye'de münhasır kanun alanının olması için 1958 Fransız Anayasasının 34üncü maddesi misali “şu şu konular ancak kanunla düzenlenebilir, geri kalan konular ise yürütme organının düzenleyici işlemleri ile düzenlenir” diyen bir AY maddesine ihtiyaç olduğunu söylemektedir. Oysa ki, 34üncü maddede geçen “la loi règle” ifadesi zaten “kanun düzenler” demektir. Bizim Anayasamızın farklı madde hükümleriyle bu ifade aynıdır. Aradaki fark, Türkiye'de yasamanın, Fransa'da ise yürütmenin genel yetkili olmasıdır. Ülkemizde, yasama yetkisinin genelliği ilkesi nedeniyle zaten her konuda kanun çıkarılabilir, 1958 Anayasasının aksine kanun alanını sınırlayan bir hüküm getirilmemiştir. Bu anlamda önemli olan yürütmenin münhasır yani genel yetkili kanununa yasaklanmış bir düzenleme alanının olup olmadığıdır. Çünkü aslolan TBMM tarafından kanunla düzenleme yapılmasıdır. Fransa Anayasası bu bakımdan çarpıcıdır, belli konuları kanun alanı olarak saymakta ve kalan konuların yürütmenin düzenleyeceği alanlar olduğu belirtilmektedir. Yasama, 34üncü maddede belirlenmiş alanlara sıkıştırılmış olmasına rağmen Anayasa Konseyi kararlarıyla alanını genişletebilmişken, Türkiye'de yapılan yorumların ters yönde olması, olsa olsa ülkemizde değişikliğin henüz “sıcak” olmasından kaynaklanmaktadır.

Fransa'da ise, kanunun alanı belirlenmiş, kalan tüm konuların idarenin düzenleme alanında olduğu belirtilmiştir. Üstelik kanunun idarenin alanına girmesi yaptırıma bağlanmış yani idarenin alanı Anayasal koruma altına alınmıştır. Tüm bunlara rağmen kanun alanı geniş yorumlanmıştır. Hatta 58 öncesi ve sonrası kanun ve düzenleyici işlem alanlarının temelde farklı olmadığı yıllar içinde anlaşılmıştır. Fransa'da yasa koyucu, geleneksel olarak idareye ait kabul edilen alan dışında, yine genel yetkisini korumuştur.⁹⁹

Fransa'da idarenin düzenleme yetkisinin kanun alanına sızamayacağı konusunda hiç tereddüt yaşanmamıştır¹⁰⁰ ama kanunun yürütmenin alanına girmesinin Anayasaya aykırı olup olmadığı tartışılmış ve Anayasa Konseyi bu tartışmayı, yukarıda belirtildiği üzere, 1982 yılında verdiği kararlar kanun lehine kapatmıştır.

Bizim Anayasamızda ise CBK'nın alanı belirlenmiş, kanunun altında yer aldığı tespit edilmiş ve kanun alanına girmesi yasaklanmış, aynı konuda sonradan kanun çıkması durumunda hükümsüz kalacağı düzenlenmiştir. Ayrıca yasama yetkisinin genelliği ilkesine 2017 değişiklikleri ile dokunulmamıştır.¹⁰¹ Anayasamızda, Fransa'nın aksine, CBK alanını koruyan hiçbir madde bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, Anayasada, CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesinin önünde Anayasal engel bulunmamaktadır.¹⁰² Ancak CBK'nın kanun alanına girmesi Anayasaya aykırıdır.

⁹⁹ Favoreu, s.359.

¹⁰⁰ Carcassonne, s.194.

¹⁰¹ Atay, s.75.

¹⁰² Ardiçoğlu, s.44.

Negatif yetkisizlik kuralı, Gözler'in, "kanunla düzenlenir" denilen yerlerin CBK'ya yasaklı olmadığı iddiasının aksini gerektirir niteliktedir. Bu içtihat gözetilerek, "kanunla düzenlenir" denilen alanlarda CBK'nın düzenleme yetkisinin bulunmadığı ancak temel ilkeler kanunla düzenlendikten sonra ayrıntıların yürütme organınca düzenlenebileceği söylenebilir.

AYM'nin "*Anayasa'nın 7. maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.'* denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir."¹⁰³ şeklindeki içtihadı da Anayasa Konseyinin negatif yetkisizlik içtihadı ile uyumludur.

Anayasa Mahkemesinin, Fransız örneğini takip ederek, halkın iradesinin ifadesi olan kanun alanını yürütmeye karşı koruması ve CBK alanını koruma konusunda doktrinin gösterdiği eğilime temkinli bakması hem Anayasal geçmişimizle, hem de Anayasamızın lafzıyla çok daha uyumlu olacaktır.

Sonuç :

Tüm anlatılanlar çerçevesinde şu sonuçlar sıralanabilir :

- Normlar hiyerarşisinde Kanunlar CBK'ların üstünde yer alır.
- "Bizim sistemimizde kanunun mahfuz alanı bulunmamaktadır" yorumu kabul edilemez. Çünkü CBK kanun düzeyinde, kanuna eşdeğer bir norm değildir. Bu cümle Anayasanın eski halinde KHKlar kanuna eşdeğer olduğu yani normlar hiyerarşisinde kanunla aynı düzeyde yer aldığı için, KHK'ya yasaklanmamış alanlarda, kanunla düzenleneceği belirtilmiş olsa dahi KHK ile düzenleme yapılabileceği yorumu nedeniyle kabul edilebilirdi. Ancak günümüzde kanunla eş değer olmayan CBK ve kanun alanları tartışıldığına göre "kanunla düzenlenir" ifadesi kanun alanını düzenlemektedir ve CBKların bu konularda düzenleme yapması mümkün değildir.
- Ancak bu yorumun tam tersi doğrudur. Yani "CBK ile düzenlenir" denilen konularda, Anayasada özel olarak yasaklanmadığı için, CBK'ya göre normlar hiyerarşisinde daha üstte bulunan kanunla düzenleme yapılabilir. Bu yorum bugüne kadar KHK/kanun alanının belirlenmesi bakımından yapılan yorumlara da uygundur ve iki alandan birinin korunup birinin korunmuyor olması birinin "yasama" diğerinin "yürütme" işlemi olması ve normlar hiyerarşisindeki yerlerinin farklılığından kaynaklanmaktadır.
- Kanun genel yetkilidir. Kendisine yasaklanmış bir alan bulunmamaktadır. Herhangi bir alan kanuna yasaklanmış sayılamaz. Ancak ve sadece özel ve açıkça Anayasa'da yasaklanması söz konusu olabilir. 2017 değişikliği ile böyle bir yasak getirilmediği gibi, Fransa'nın aksine, genel düzenleme yetkisi de yürütme organına bırakılmamıştır.

¹⁰³ AYM, 6.6.2013 tarih ve E. 2013/47, K.2013/72 sayılı kararı.

Kaynakça :

- ARDIÇOĞLU, Artuk; *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, ss.20-51.
- ATAR, Yavuz; *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, (CBK), Anayasa Yargısı Dergisi, 2019-36/1, ss.241-259.
- ATAR, Yavuz; **Türk Anayasa Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- CARCASSONNE, Guy, GUILLAUME, Marc; **La Constitution**, 14.Baskı, Seuil, 2017.
- DUPUIS, Georges, GUEDON, Marie-José, CHRETIEN, Patrice; **Droit Administratif**, 10.Baskı, Sirey, 2007.
- EREN, Abdurrahman; *Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi*, Anayasa Yargısı Dergisi, 2019-36/1, ss.1-72.
- ERGÜL, Ozan; *Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Güncel Hukuk, S.173, ss.30-32.
- FAVOREU, Louis; **La Constitution et Son Juge**, Economica, 2014.
- GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, 3.Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku** (Anayasa), 2.Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2018.
- GÖZLER, Kemal; *Yorum İlkeleri* (Yorum), in, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, TBB Yay., Ankara, 2013.
- GUASTINI, Riccardo; *Lex Superior, Pour une Théorie des Hiérarchie Normatives*, Revus (Online), 2013/21, URL : <http://journals.openedition.org/revus/2664> ; DOI : 10.4000/revus.2664
- İBA, Şeref, SÖYLER, Yasin; *Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları*, Anayasa Yargısı Dergisi, 2019-36/1, ss.195-223.
- KALABALIK, Halil; **İdare Hukuku Dersleri**, C.II, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- KARAHANOGULLARI, Onur; *Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü*, (online), <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, erişim tarihi: 08.07.2019.
- MATHIEU, Bertrand; *Répartition des Compétences Normatives et Qualité de la Loi*, in, In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 22-2006, 2007, ss.573-596.
- ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 18.Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.
- SANCAKDAR, Oğuz, US, Eser, KASAPOĞLU TURHAN, Mine, ÖNÜT, Lale Burcu, SEYHAN, Serkan; **İdare Hukuku**, Teorik Çalışma Kitabı, 7.Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.
- SÖYLER, Yasin; **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- ŞİRİN, Tolga; *İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt.7, S.14, ss.289-356.
- TUNÇ, Hasan; **Türk Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- TURPIN, Dominique; **Droit Constitutionnel**, PUF, Paris, 2003.
- ULUSOY, Ali; **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2019.
- ÜLGEN, Özen; *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri*, GSÜHFD, 2018/1, ss. 1-39.
- YILDIRIM, Turan; *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri* (CBK), MÜHF-HAD, C.23, S.2, ss.13-28.
- YILDIRIM, Turan; *İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı* (kanunilik), Anayasa Yargısı Dergisi, 2019-36/1, ss.293-314.
- YILDIRIM, Turan; YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, Eyüp, ÜSTÜN, Gül, OKAY TEKİNSOY, Özge; **İdare Hukuku**, (Ed.) 7.Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2018.