

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu

Dr. Taylan Barın, Anayasa Mahkemesi Raportörü

Not:

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

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Özet

16/4/2017 tarihli halkoylaması ile kabul edilen 6771 Sayılı Kanun ile 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapılarak hükümet sistemi olarak "Cumhurbaşkanlığı" hükümet sistemine geçilmiştir. Anayasa'nın üçüncü kısmının ikinci bölümü olan "Yürüme" bölümü yeni baştan yazılmış ve yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisi kanundan değil anayasadan doğan bir yetki olarak baştan düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının özgün halinde yer alan "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" müessesesi bu değişiklikle birlikte aynı isim fakat bambaşka işlevlerle yeniden tanımlanmıştır. Bu makalede hukuk sistemimize yeni giren CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yeri tartışılmaktadır.

Giriş ve Genel Hatlarıyla Normlar Hiyerarşisi

6771 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda %51,41 "Evet" oyuyla kabul edilmiştir. 18 maddeden oluşan bu anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 70 maddesinde değişiklik yapılmış, Türkiye'nin hükümet sistemi "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi"¹ olarak değiştirilmiştir.

¹ 9 Temmuz 2018 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" başlıklı 703 sayılı KHK'nın kanun tasarısı olarak TBMM'ye sunulurken genel gerekçesinde hükümet sistemi "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" olarak adlandırılmıştır. Genel gerekçede bu husus şu şekilde geçmektedir:

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte Anayasa, yürütmeye Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (buradan sonra CBK) adı altında asli düzenleme yapma yetkisi tanımıştır. Kanunun olmadığı yerde yürütme de yoktur anlayışından sert bit kopuşu ifade eden bu gelişme, CBK'ların normlar hiyerarşisinde nerede olduğu sorusunu da beraberinde getirmiştir.

CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmeden önce, normlar hiyerarşisi fikrinin hangi ihtiyaca karşılık geldiği ile işlevinin ne olduğuna odaklanmak gerekir².

Modern düşüncenin bir mahsulü olan hukuki pozitivism, aslında Auguste Comte'un sosyal bilimlere uyguladığı pozitivismin hukuktaki görünümünden başkası değildir. İnsan düşüncesinin gelişimini üç evrede inceleyen Comte'a göre ilk evre, olguların olağanüstü nedenlerle açıklandığı "teolojik dönem"; ikinci evre, olguların görünülerinin altında idealler ve ilkelerin var olduğuna inanılan "metafizik dönem"; üçüncü ve son evre ise tarih, felsefe ve bilimde varsayıma dayanan her türlü yapıyı reddeden, olayların gözlem ve karşılıklı ilişkilerin araştırılmasıyla açıklanabileceğini kabul eden "pozitivist dönem"dir³.

Pozitivizmin hukukla birleşmesi, hukuk biliminin, normların açıklanmasından başka bir görevi bulunmadığını savunan Kelsen'in saf hukuk teorisiyle (*pure theory of law*) bilimsel bir zemine oturmuştur. Kelsen, aynı isimli eserinin ilk sayfasında teorinin amacını kısaca şöyle anlatır: *Saf hukuk teorisi, pozitif hukukun teorisidir ve neyin hukuk olduğu sorusuna yanıt arar. Neyin hukuk olması gerektiği ile ilgilenmez. Bu bir hukuk bilimidir (jurisprudence), hukuk politikası (legal politics) değildir*⁴.

Alman pozitivismi ve Stammler'in saf hukuk teorisi ile Neo-Kantizmin etkisi altında kalan Kelsen, bilimin bir malumat yığını olmadığı, belirli bir metotla elde edilen sistemli bir bilgi manzumesi olduğundan hareketle yeni bir hukuk kuramı inşa etmiştir⁵. Kelsen'e göre hukuk biliminin de tıpkı diğer bilimler gibi dış etkilerden bağımsız gerçek bir bilim olarak ele alınması

"Bilindiği üzere, 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklikle, parlamenter hükümet sisteminden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir."

² Bu konuyu detaylı bir şekilde irdeleyen bir çalışma için bkz. Sezer, A. (2019). Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı], *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 2, ss. 353-413.

³ Keyman, S. (1978). Hukuki Pozitivizm, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35. S. 1-4. s. 19.

⁴ Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, İngilizceye çev. Knight, M., New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., s. 1.

⁵ Akbay, M. (1947). Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV., S. 1-4. s. 31.

gerekmekteydi. Hukuk bilimi için “saf”lığın sağlanmasının ise metotta çözüleceğine inanıyordu. Metot saflaştıkça hukuk yabancı unsurlardan arınacak; hukukun ödevi için gerekli ve sürekli olan unsurlar bir araya gelerek, değişken ve geçici unsurlar kenara atılacaktı⁶.

Özellikle Kant’ın etkisi bu manada Kelsen üzerinde açıkça hissedilmektedir. Gerçekten normatif geçerliliği açıklarken Kant’ın *is/ought* düalizmine dayandığı, normlar hiyerarşisini de yine bu temel üzerine inşa ettiği görülmektedir⁷. Normatif geçerliliği açıklarken basit iki soru sorar: Bir norm neden geçerlidir ve normun geçerliliğinin gerekçesi nedir? Ardından bu iki soruyu net bir şekilde yanıtlar: bir normun geçerliliği ancak o norma bu geçerliliği sağlayan üst bir normun geçerliliği ile açıklanabilir⁸.

Kelsen, hukuk sistemini rastgele bir normlar toplamı olarak değil, normların bir bütün teşkil ettiği ve birbiriyle ilgili olduğu bir sistem olarak tasavvur eder. Kuramının temel aksiyomunu iki temel savla desteklemeye çalışır. İlkine göre, biri diğerinin ortaya çıkmasına doğrudan veya dolaylı olarak yetki veren iki norm aynı hukuk sistemine aittir. İkincisine göre ise, tüm normlar dolaylı veya doğrudan olarak tek bir kuralla yetkilendirilecektir. Yani birbirlerinin oluşturulmasında yetki vermeyen iki kural, bunları yetkilendiren üçüncü bir kuralın olmaması halinde aynı sistemin parçası olamayacaklardır⁹.

Kelsen, inşa ettiği saf hukuk teorisiyle, pozitivist hukukla buluşturmuştur. Doğal hukuka cephe alan Kelsen, hukukun vicdani bir zorunluluk yükleyip yüklenmediği sorunuyla ilgilenmez. Normların yürürlük ve geçerliği, yalnızca kendilerinden üstün olan diğer normlardan yani hukuk kuralları arasında hiyerarşiden (silile-i meratip) doğar¹⁰. Saf hukuk kuramı, halkın hukuka ilişkin herhangi bir tutumunun bulunduğunu varsaymamakta veya iddia etmemektedir. Bir hukuk sistemi etkiliyse mevcuttur ve bu, ahlaken adil olduğunun onaylanmasını gerektirmez¹¹. Pozitivism bu sayede meşruluk ve kanuniliği özdeşleştirmiştir¹².

⁶ Güriz, A. (2003). *Hukuk Felsefesi*, Ankara, Siyasal Yayınevi, s. 335.

⁷ Benzer yönde bkz. Gülgeç, Y. B. (2018). *Normlar Hiyerarşisi*, 2. Baskı, İstanbul Oniki Levha Yay, s.4.

⁸ Kelsen, H. (2005). s. 193.

⁹ Raz, J. (2013). Kelsen’in Temel Norm Kuralı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Ceylan, Ş. Ş.), C. 62, S. 4, s. 1171-1172.

¹⁰ Aral, V. (1978). s. 2.

¹¹ Raz, J. (2013). s. 1189.

¹² Hukuk – ahlak ayrımı temelinde kurulan bu özdeşlik ise her türlü devlet düzenini onaylayabileceği eleştirisiyle karşılaşmıştır. Bkz. Köker, L. (2008). *Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültüründe Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar*. Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, cilt I: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, 345.

Her normun bir üsttekiyle uyumu halinde geçerli olacağı fikri, normlar hiyerarşisinde en tepede yer alan anayasaların hangi norma uygun olması gerektiği sorusunu beraberinde getirmektedir. Kelsen bu soruyu, anayasaların “Temel Norm”a (alm. *Grundnorm*, ing. *Basic Norm*) uygun olması gerektiği şeklinde yanıtlamaktadır. Teorisinin en zayıf yönünü oluşturan bu cevapla aslında pozitivist teorisyen, pozitif olmayan bir normdan destek almaktadır. Başka bir ifadeyle, her sistemde pozitif olmayan başka bir kuralın bulunmasını şart kılarak bu sorunun üstesinden gelmektedir. Hukuk bilimi, bir bilim olarak yalnızca pozitif hukuku konu edinmekte ancak temel normu önceden varsaymaktadır¹³. Hukuku bir bütün olarak ele alan Kelsen, uluslararası hukuku da ulusal hukuk gibi monist bir şekilde ele almakta, uluslararası hukukun da kökenini aynı temel norma dayandırmaktadır¹⁴.

Basitleştirecek olursak, Kelsen modelinde kurallar ancak bir üst kurala dayandığı ve ona aykırı olmadığı müddetçe geçerlidir/normatiftir. Normlar hiyerarşisi sistemi, normların geçerliliğini kontrol eden yargısal otoriteleri, anayasa yargıçlarını beraberinde getirmiştir. Böylelikle normların geçerliliği anayasal geçerliliğe indirgenmiştir¹⁵.

Şu hâlde geçerli bir normlar hiyerarşisinin varlığı, hiyerarşiyi denetleyecek bir anayasa yargısı mekanizmasına ihtiyaç duymaktadır¹⁶. Anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğünün gerçekleşmesini sağlayan uygulamalardan biridir¹⁷. Alttaki normun kendisinden üstte olan normlara uygunluğunu denetleyebilecek bir mekanizmanın olmadığı durumda, sistem çökme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir¹⁸.

¹³ Raz, J. (2013). s. 1191., Keyman, S. (1981). *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Ankara: Doruk Yayınları, s. 44.

¹⁴ Bernstorff, J. V. ve Dunlap, T. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, New York: Cambridge University Press. s. 81.

¹⁵ Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York: Oxford University Press. s. 133.

¹⁶ Kelsen, bu sistemi önerirken kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi yolunu dışlamamakta hatta yasama organının denetim yapmasını yeğlemektedir. Turhan, M. (2015). Hans Kelsen’e Göre “Anayasaya Aykırı” Yasa, *Haşim Kılıç’a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 361.

¹⁷ Tunç, H. (1997). s. 23.

¹⁸ Troper, *Anayasa Yargısını Haklılaştırma Mantığı (The Logic of Justification of Judicial Review)* başlıklı makalesinde Kelsen’in fikirlerinden ilham alan Anayasa Yargısını zayıf gerekçe (weak justification) olarak isimlendirmektedir. Troper, Kelsen’in bizzat kendisinin anayasa yargısı olmadan anayasanın üstün olmadığını itiraf ettiğini iddia eder ve anayasanın üstünlüğü için tek aracın anayasa yargısı olmadığını, kanunların anayasaya uygun olarak yapılmasının dahi anayasanın üstünlüğünü sağladığını savunur.

Troper, M. (2003). *The Logic of Justification of Judicial Review*, *International Journal of Constitutional Review*, Vol. 1, No. 1, s. 105 – 108.

Troper’in eleştirileri için ayrıca bkz. Ergül, O. (2007). s. 93-97.

Görüldüğü üzere normlar hiyerarşisinin temel fonksiyonu, bir normun geçerliliğinin ardında yatan saike ulaşmaktan başkası değildir. Şu halde bir normun ihdas usulünü veya içeriğini belirleyen norm, o normun üst normudur¹⁹. CBK'ların hem anayasa hem de kanun ile normlar hiyerarşisindeki yerine dair ilişkisinin tespiti, bu ikili testin uygulanmasını gerektirmektedir.

A- Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi – Anayasa İlişkisi

Yukarıda görüldüğü üzere Kelsen'e göre normlar hiyerarşisi, normatif geçerliliğe ulaşmakta bir araçtır. Bir norm üstünde yer alan norma uygun ise geçerlidir. Üst normun tespitinde ise ikili bir test öngörür; bunlardan ilki alt normun, üst normun vazettiği usule uygun olarak çıkarılıp çıkarılmadığı, ikincisi ise içerik olarak üst norma uygun olup olmadığıdır.

Anayasa CBK'ların hem ihdas usulünü belirlemekte hem de içeriğini sınırlamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın ile CBK'ların hiyerarşik olarak üstünde yer aldığı kuşku yoktur.

Ancak Anayasa m. 104/17'de CBK'ların sınırlarını belirlerken kanunlarla olan ilişkisine de aşağıdaki üç kural ile değinmektedir:

“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.”

Bu hükümlere bakıldığında CBK'nın kanuna uygun olması gerektiği, zaten kanunun açıkça düzenlendiği alanlarda CBK çıkarılamayacağı, CBK ile düzenlenen alanda ise kanun çıkarılması halinde CBK'nın hükümsüz hale geleceği düzenlemelerinden hareketle, kanunun normlar hiyerarşisinde CBK'nın üstünde yer aldığı sonucuna ulaşılabilecektir. İlk bakışta tutarlı görünen bu akıl yürütmenin normatif geçerlilik bağlamında bir karşılığı bulunmamaktadır.

Normları anlamı bir bütün oluşturan hiyerarşi piramidinde bir yere yerleştirmekten maksat normatif geçerliliğe ulaşmaktır. Bu nedenle yukarıdaki hükümlerden hareketle ilk bakışta aceleyle varılacak olan bu kanaati teste tabi tutmak elzemdir. Aşağıda işaret edileceği üzere CBK'nın çatışması halinde iptal edileceği tek düzenleme Anayasa'nın kendisidir. CBK ile

¹⁹ Normatif geçerliliğe dair detaylı bilgi için bkz. Gülgeç, Y. B. (2018). ss. 14-23.

kanunun çatışması halinde CBK'nın iptali sonucunu doğuran her bir örnekte CBK kanuna değil, anayasaya aykırı olduğu için iptal edilmelidir.

B- Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi – Kanun İlişkisi

Bu başlığa geçmeden evvel CBK'ların en çok tartışılan meselelerinden biri olan CBK'lara mahfuz bir düzenleme alanı tayin edilip edilmediğine ilişkin görüşümüze kısaca yer vermeliyiz. Anayasa m. 104/17'ye göre CBK çıkarılabilmesi için ilk şart düzenleme yapılacak alanın “yürütme yetkisine ilişkin konular” sınırının içerisinde kalmasıdır. Bu sınırlamayı yapan anayasa koyucu, yürütme yetkisine ilişkin olduğuna dair şüphe bulunmayan dört konuyu ayrıca belirterek bu alanların CBK'larla düzenleneceğini ifade etmiştir:

- m. 104/9: “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”
- m. 106/11: “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. 118/6: “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir”

Anayasa koyucunun bu alanların düzenlenmesini Cumhurbaşkanının ihtiyarına bırakmaması, burada farklı bir fiil (*çıkartabilir yerine düzenler*) kullanması, aynı değişiklikte Anayasa'ya eklenen geçici madde 21/(B) fıkrasının “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.*” şeklindeki ikinci cümlesini birlikte değerlendirildiğinde, bu alanların CBK'ların mahfuz düzenleme alanı olduğu kanaatine varmaktayız. Yine Anayasa'nın hem kanun hem de CBK ile düzenleneceğini öngördüğü konuda bunu “*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*” (m. 123/3) şeklinde ifade etmesi, kanun ile CBK'nın münhasır alanına işareti olarak yorumluyoruz²⁰.

²⁰ Aynı görüş için bkz. Atar, Y. (2018). Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 190, 196-197, 273; Eren, A. (2018). Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 563-564; Gözler, K. (2018) Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 867-868; Tunç, H. (2018). Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı), Ankara: Gazi Kitabevi, s. 223-224; Ülgen, Ö. (2018A).

Şu halde Anayasa’da münhasır kanun alanı, CBK’nın mahfuz alanı ve yürütme yetkisine ilişkin konularda çakıştıkları alan olmak üzere kanun ile CBK çatışmasının üç görümü olduğu söylenebilir. Bu kabul, CBK ile kanunun çatışabileceği alanı da minimize etmektedir.

CBK ile kanunun çatışabileceği alanda çatışma, CBK’nın kanundan önce veya sonra çıkması durumuna göre farklı bir şekilde incelenmelidir. Ancak şunu belirtmeliyiz ki; münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular ile, CBK’nın mahfuz alanında kalan konular normlar hiyerarşisi bağlamında bir şey ifade etmemektedir²¹.

CBK’nın mahfuz alanında kalan konulara ilişkin kanun çıkarılamaz. Bu alanda çıkarılan kanunlar normatif geçerliliğin ilk testi olan üst normun belirttiği usulde çıkarılmadığından bahisle normlar hiyerarşisinde kendilerine yer bulamazlar. Tıpkı anayasaya aykırı normun iptal edilene kadar varlığını sürdürebilmesi gibi. Bunlar da iptale kadar hüküm ve sonuç doğursalar da, anayasaya aykırı olduklarına ilişkin karar verilmesini müteakip normatif geçerliliklerini kaybedeceklerdir.

Aynı şekilde münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan CBK’lar ile kanunda açıkça düzenlenen bir konuda çıkarılan CBK’lar da normatif geçerliliğin ilk testi olan üst normun belirttiği usulde çıkarılmadığından bahisle normlar hiyerarşisinde kendilerine yer bulamazlar.

1- Kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden Önce Çıkmış Olması

Kanunun açıkça düzenlediği bir konuda Anayasa m. 104/17 dördüncü cümle hükmü gereğince CBK çıkarılamaz. Yine de çıkarılmışsa, Anayasa’ya aykırı olan bu CBK’nın iptaline kadar CBK değil kanun hükümleri uygulanacaktır. Kanun-CBK çatışmasının yaşanabileceği ilk durum kanunun önce CBK’nın sonra çıkarıldığı bu örneklerdir.

“Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1., s. 17; Yıldırım, T. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23., S. 2., s. 16.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesinden hareketle CBK’lara mahfuz bir düzenleme alanı bırakılmadığına ilişkin karşı görüş için bkz. Arđıçođlu, M.A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3., s. 37-38; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, s. 438.

²¹ Eren aynı görüşü şu şekilde ifade etmektedir: “Mahfuz alan, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ile ilgili olup mahfuz alan üzerinden kuralların normlar hiyerarşisindeki yeri belirlenemez.” Eren, A. (2019). Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 30.

a. “Kanunda Açıkça Düzenlenen Konularda CBK Çıkarılamaz”

Bu alandaki konular için iki ön şart bulunmaktadır. İlk CBK veya kanunun münhasır alanında kalmayan ve yürütmeye ilişkin olma şartını sağlayan bir konunun bu hükmün muhatabı olabileceğini ifade etmeliyiz. Ardından anılan konunun kanunda “açıkça” düzenlenip düzenlenmediğini Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilmesi gerekir. Cumhurbaşkanı kanunda açıkça düzenlenmediği sonucuna ulaştıktan sonra böyle bir CBK çıkarabilecektir.

Kanaatimizce CBK ile kanunda düzenlenen herhangi bir konunun uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılamayacağı gibi, kanunda soyut bir şekilde düzenlenmiş bir konu da CBK ile somutlaştırılmaz²². Kanunda düzenlenen bir konuya dair daha detaylı bir düzenleme yapma ihtiyacı olması halinde bu ihtiyaç Anayasa m. 104/18²³ ve 124/1²⁴ uyarınca Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliklerince karşılanmalıdır. Kanunun uygulanmasını gösteren veyahut onu somutlaştırmak için kullanılabilecek bir düzenleyici işlemin ona uygun olması gerektiği gibi uygunluğunun denetlenebilmesi de şarttır.

Kanunda açıkça düzenlenen bir konuda CBK çıkarılması halinde, her iki hüküm de birbirinin aynısı olsa dahi CBK’nın Anayasa m. 104/17’nin dördüncü cümlesine aykırı olduğu için iptali gerekecektir. CBK’nın kanuna uygun olması, onu somutlaştırması durumlarında da yönetmelikle düzenlenmesi gereken konunun CBK ile düzenlendiği gerekçesiyle bu defa 104/18 ile 124/1’e aykırılıktan iptali gerekir.

b. “Kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır”

Bu hüküm, CBK’nın ve kanunun münhasır alanında kalmayan ve yürütmeye ilişkin olan bir konunun hem kanunda hem de CBK’da düzenlenmiş olması ihtimalini içermektedir. Ancak kanunda açıkça düzenlenen konularda zaten CBK çıkarılamayacaktır. Keza CBK’nın olduğu bir konuda, kanun çıkarılması durumunda zaten CBK hükümsüz hale gelecektir. Şu halde kanunlarla

²² Aksi görüş için bkz. “... olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunlar tarafından açıkça düzenlenen konularda çıkarılamaz. Buradan mefhum-u muhalefet yoluyla, kanunun düzenlemesinin açık olmadığı yerde norm somutlaştırma (Normkonretisierung) amacıyla olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği anlaşılmaktadır.” Gülgeç, Y. B. (2018). s. 176.

²³ “Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir.”

²⁴ “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”

CBK'nın farklı hükümler içermesi durumunun mümkün olmayacağı bir tablo karşımızda durmaktadır.

Başlığa taşıdığımız çatışma çözmeye ilişkin hüküm CBK'ya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına kadar geçecek sürede kullanılma kapasitesini haizdir. Çünkü CBK ile Kanunun farklı hükümler içermesi ihtimali, diğer sınırlamalarla birlikte değerlendirildiğinde zaten Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Kanaatimizce hukuk kuralları arasında çatışma çözmeye ilişkin düzenlemelerin çatışan normların geçerliliği ile normlar hiyerarşisindeki yerine dair bir etkisi bulunmamaktadır²⁵. Kanun/CBK çatışmasında uygulamaya ilişkin olan bu anayasa hükmü içinde bu tespitimiz geçerlidir.

Benzer durum uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Aslında Anayasa 90. maddesinin beşinci fıkrasında bu soruyu açıkça cevaplamaktadır: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.”* Bu cümleyi takip eden ikinci cümlede ise *“Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”* hükmüyle Anayasa, uluslararası andlaşmalara bir ayrıcalık tanıyarak, normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer aldığı görüşüne argüman olabilecek bir norma yer vermektedir. Kanaatimizce uluslararası andlaşmalara karşı Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaması, onlara normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde bir yer kazandırmayacaktır²⁶. Buna rağmen uluslararası andlaşmaların denetlen(eme)mesinden hareketle, anayasanın açıkça kanun hükmünde saymasına rağmen kanunlara üstünlüğü hatta Anayasa'ya üstünlüğü dahi iddia edilmiştir²⁷.

Şunu da belirtmek gerekir ki, andlaşmalar için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaması, Anayasa Mahkemesi'nin onaylamayı uygun bulma kanununu denetleyemeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak buradaki denetim andlaşmanın içeriğine

²⁵ Ergül, norm çatışmasının ancak denk statüdeki normlar için geçerli olabileceğini, çatışma kuralının getirilmiş olmasının da bunun emaresi olduğunu savunmaktadır: *“Hiyerarşinin varlığı, norm çatışma kuralından çıkartılamaz; çünkü norm çatışması zaten ancak iki denk statüdeki norm için söz konusu olur.”* Ergül, O. (2018). Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, s. 31-32.

²⁶ Aybay, R. (2007). Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70, s. 198. s. 187-213.

²⁷ Bu tartışmalara ilişkin geniş bilgi için bkz. Başlar, Kemal (2004) Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, Yıl 24, S. 1-2, ss. 279-337.

girmek suretiyle andlaşmanın anayasaya uygunluğunun denetlenmesine de imkân vermemektedir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi uygun bulma kanununun denetiminin kapsamıyla sınırlı olarak gerçekleştirecektir²⁸.

Burada ortaya çıkan bir diğer sorun ise uluslararası andlaşma ile iç hukuktaki düzenleme arasında bir çatışma çıkması durumunda hangisinin uygulanacağını belirlenmesidir. Birbiriyle eş değer iki normun varlığı söz konusu olduğuna göre, burada adeta iki kanun hükmü varmışçasına sorunun çözülmesi gerekir. Genel ilkeler doğrultusunda yeni kanun – eski kanun ve özel kanun – genel kanun ölçütleri göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla uluslararası andlaşma hükümleriyle ulusal düzenlemelerden hangisi daha yeniyse ya da daha özel nitelikteyse öncelikle o uygulanmalıdır²⁹.

7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa m. 90/5'e bir cümle eklenmiş, uluslararası andlaşmalar arasında ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre: “*(Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

²⁸ “Bir milletlerarası andlaşma, doğrudan denetime tabi tutulamamasına rağmen onaylanmasını uygun bulan kanunun anayasallık denetimi mümkündür. Ancak Anayasa'nın 90. maddesindeki emredici hüküm gereği, uygun bulma kanunu denetlenirken, andlaşmanın denetiminin yapılmasına izin verilmemiştir. Anayasa koyucunun milletlerarası andlaşmaların Anayasal denetimini açık bir irade ile dışarıda bırakmasına rağmen, uygun bulma kanununun denetimi yoluyla andlaşmalar hakkında değerlendirme yapmak Anayasa'nın 90. maddesindeki yasaklayıcı düzenlemeyi işlevsiz hale getirecektir.

Uygun bulma kanununun şekil bakımından denetimi, kanunun son oylamasında öngörülen çoğunlukla kabul edilip edilmediği ile sınırlıdır. Şekil denetimi kapsamında Anayasa'nın 90. maddesiyle getirilen yasağı bertaraf edici nitelikte denetim yapılması da söz konusu olamaz.

Uygun buldukları andlaşmayı tekrar etmeyen ve ilke olarak üç maddeden oluşan uygun bulma kanunlarının esas yönünden denetimini yapmayı kabul etmek, andlaşmanın içeriğine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı gerektirir. Uygun bulma kanununun andlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir incelemesi, andlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa, Anayasa'nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir.

Bununla beraber, uygun bulma kanununun bazı hükümleri, onaylanmasını uygun bulunduğu andlaşmadan ayrılabilir, bağımsız olarak kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve ondan ayrı olarak hukuk düzeninde etki yapılabiliyorsa, anılan hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının esas bakımından incelenmesi mümkündür. Buna karşılık uygun bulma kanununun ancak andlaşma ile birlikte anlam ve etki taşıyan nitelikteki hükümlerinin esas bakımından denetlenebilmesi söz konusu değildir.”

Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı: 2011/47 Karar Sayısı: 2012/87 Karar Günü: 31.5.2012

²⁹ Lex posterior derogat legi priori olarak ifade edilen bu ilke gereğince yeni düzenleme eski düzenlemeye göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. Lex specialis derogati legi generali olarak ifade edilen özel hüküm genel hükümü ilga eder ilkesine göre ise bir konuda özel hüküm ve genel hüküm arasında bir çatışma olması halinde ise özel hüküm uygulanmalıdır.

Literatürde her ne kadar bu konu Normlar Hiyerarşisi başlığı altında tartışılıyor olsa da, kanaatimizce burada sorun normlar hiyerarşisi ile ilişkili değildir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun veya olmasın milletlerarası andlaşmaların yeri Anayasa m. 90/5 birinci cümle ile sabittir ve milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir³⁰. 2004 değişikliği milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini etkilememekte yalnızca kanunla çatışması halinde esas alınacağını hüküm altına almaktadır. Normlar hiyerarşisinde aynı basamakta olan iki düzenlemeden birinin uygulamaya şayan olması nasıl normlar hiyerarşisinde o düzenlemeyi bir üste taşıyorsa, kanaatimizce burada da aynı kural geçerlidir.

Başka bir örnek verecek olursak, nasıl genel kanunla özel kanun çatışmasında *lex specialis*'e göre özel genel kanun ihmal edilerek özel kanun uygulanıyorsa veya önceki tarihli kanun ile sonraki tarihli kanun arasında çatışma olması halinde *lex posterior*'e göre önceki kanun ihmal edilerek sonraki kanun uygulanıyorsa, kanunla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde de aynısı geçerlidir. Bu durumda kanun ihmal edilir ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerine göre uyumsuzluk çözülür. Nasıl normalar hiyerarşisinde özel kanun ile genel kanun; sonraki düzenleme ile önceki düzenleme aynı seviyedeysen temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma ile kanun da aynı seviyededir. Çatışmanın normlar hiyerarşisi bağlamında değil, anayasanın “**esas alınır**” hükmü bağlamında tartışılması gerekir.

Aksi görüş kanaatimizce normlar hiyerarşisi fikriyle özdeşleşmiş olan Kelsen'le de çelişmektedir. Nitekim Kelsen'e göre normların yürürlük ve geçerliği, yalnızca kendilerinden üstün olan diğer normlardan yani hukuk kuralları arasında hiyerarşiden (silsile-i meratip) doğmaktadır³¹. Normlar arasında böyle bir rabitanın olmadığı durumlarda ise silsile-i meratipten, normları birbirine bağlayan bir sıradan yani normlar hiyerarşisinden bahsedilemez. Burada normun geçerliliğine tesir eden bir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalara aykırı kanun yapılmasına engel bir durum olmadığı gibi

³⁰ Bu hükmü başlığına taşımış bir makale için bkz. Ergül, O. (2014) Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, *Yıldırım Uler'e Armağan*, Yay. Haz. Erdal, M., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. Lefkoşa, ss. 65-87.

³¹ Aral, V. (1978). *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2471, Hukuk Fakültesi Yayınları No.553. s. 122 – 143. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2005). s. 5ss. 3-59.

doğrudan doğruya kanunun andlaşmaya uygunluğunu denetlemekle yetkili bir merci de bulunmamaktadır.

Buna rağmen doktrinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin niteliği gereği özel bir duruma sahip olduğu ve bu nedenle kanunların üstünde tutulması gerektiği savunulmaktadır³². Ancak biz bu görüşlere katılmıyoruz. Zira ifade ettiğimiz üzere Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası ile getirilen uluslararası andlaşmaların kanunla eş değer olduğuna dair açık hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların kanunların üzerinde yer aldığına dair savın önüne geçmektedir. Nitekim eğer anayasa koyucu, söz konusu andlaşmaların kanunların üzerinde yer almasını isteseydi, bu konuda farklı bir tutum sergileyebilirdi³³.

Özetleyecek olursak; Anayasanın 90. maddesi temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmaların rejimini çatışma olması halinde – tıpkı CBK/Kanun çatışmasında olduğu gibi – başka bir rejime bağlamıştır. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlenin anlamı sadece birbiriyle çelişen iki farklı hukuk normundan hangisinin esas alınacağı sorununun çözümüne başka bir ifadeyle yorum ilkelerine ilişkin olup, normlar hiyerarşisi ile alakalı değildir³⁴.

Bu alt başlığı bitirmeden CBK'lar ile uluslararası antlaşmaların – kanun gücünde oldukları için – normlar hiyerarşisindeki yerinin de aynı seviye olduğunu belirtmek isteriz.

³² Akıllıoğlu, T. (1991). Milletlerarası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt I, Sayı 2-3. s. 41-42; Batum, S. (1993). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul, İÜ Basımevi, s. 32-33; YÜZBAŞIOĞLU, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İÜHFY.s. 57-61; Bu görüşlerin tahlil ve tenkidi için bkz. Gözler, K. (1999). *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa, Ekin Yay., s. 200-213.

³³ Ayrıca uluslararası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulan kanunlar ile diğer kanunların TBMM'de kabul edilişleri aynı usullere tabi olmaları da bu tezi destekler niteliktedir.

³⁴ Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda burada “bir çeşit hiyerarşi” ihdas edildiğine hükmetmiştir. “... usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır.”

Sevim Akat Eşki B. No: 2013/2187, 19/12/2013 Paragraf 41.

Hukuk kuralları arasında çatışma çözmeyle ilgili ilkeler için bkz. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2012, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>

2- Kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden Sonra Çıkması ve “Hükümsüz”lük Sorunu

Anayasanın CBK'nın düzenlendiği 104/17'nin son cümlesi şu şekildedir: “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” Bu düzenleme ile tespiti oldukça güç olan ve bu tespitin kim tarafından yapılacağı belirlenmediği bir alan oluşturulmuştur.

Öncelikle “hükümsüzlük”ten ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Hükümsüzlük, aslında özel hukuka bilhassa da marka ve patent hukukuna ait bir kavramdır ve doktrinde geçersizlik olarak da geçmektedir. Hükümsüzlüğün anayasada kullanıldığı anlam ile özel hukuktaki anlamı arasında ciddi bir fark vardır.

Hükümsüzlük özel hukukta kısaca bir hukuki işlemin hüküm doğurması için gereken temel ve biçim koşullarından birinin bulunmaması hali olarak tanımlanmaktadır³⁵. Hükümsüzlük temelde özel hukuka ait bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır ve anayasanın CBK'ya ilişkin düzenlediği hükümlerden oldukça farklı bir kullanıma sahiptir³⁶.

Kavramın kamu hukukundaki kullanımına Gözler, İdare Hukuku başlıklı eserinde yer verilmiştir:

“Hükümsüzlük (Kadük Olma, Caducité). Fransa’da idari işlemlerin belli bir şartın gerçekleşmesi sonucu kendiliğinden ortadan kalkmasına “hükümsüzlük (kadük olma, caducité) denmektedir. Hükümsüzlük yani kadük olma, yukarıda kanun hükmünde kararnamenin meclis tarafından reddedilmesi örneğinde olduğu gibi düzenleyici işlemlerde geriye yürümez. Ancak bireysel işlemlerde hükümsüzlük (kadük olma) geçmişe yürür. Yani idari işlem hiç alınmamış, hiç uygulanmamış gibi ortadan kalkar. Bu nedenle, hükümsüzlük (kadük olma), “geri almaya eşdeğer bir idari işlem” olarak kabul edilmektedir.”³⁷

Yukarıdaki tanımda olduğu gibi, CBK'nın geçersizliği için de bir şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şart aynı konunun kanunla düzenlenmesidir. Ancak anayasadaki düzenlemede

³⁵ YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1996, s. 136.

³⁶ Hükümsüzlük, Anayasanın 28. Maddesinde mahkeme kararına yönelik olarak yer almaktadır. Ancak bu maddede geçen “hükümsüz sayılır” hükmü, yetkili mercii verdiği dağıtım önleme kararı ve yayınları toplatma kararının hâkim en geç kırksekiz saat içinde onaylamaması halinde ortaya çıkmaktadır.

³⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, vol. C. 1, 2 vols. (Bursa: Ekin, 2003). s. 959.

yer alan “hükümsüz hale gelir” ifadesi, bu hükümsüzlüğün aynı konunun kanunla düzenlenmesinin ardından ilave bir işleme gerek kalmaksızın gerçekleşeceği anlamına gelmektedir.

Burada CBK ile düzenlenen konuyu düzenleyen kanunla veyahut başka bir kanunla CBK’nın hükümsüz hale gelmesinin düzenlenebileceği akla gelebilir. Benzeri bir uygulamaya kanunlar arasında mevzuatta sıklıkla rastlanılmaktadır. Bir örnek verecek olursak 12.1.2011 tarih ve 6101 sayılı “*Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*”un 10. maddesindeki gibi “*18/5/1955 tarihli ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.*” veya 9. maddesindeki gibi “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, 3/12/2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun hükümleri, uygun düştüğü ölçüde uygulanır.*” gibi hükümlerle kanunlar birbirine örnek verdiğimiz kanundaki tabiri ile yollama yapmaktadır.

Bu uygulama Kanun ile CBK arasında da yapılabilir mi?

Kanunun normlar hiyerarşisinde CBK’nın üzerinde olduğu kabulünde kanaatimizce bu yorum isabetli bulunabilir. Ancak bizim benimsediğimiz yoruma göre kanun ile CBK, anayasanın hemen altında, aynı seviyede yer almaktadır fakat farklı kuvvetler tarafından yapılmaktadır. Bu kanaatimiz bizi, farklı kuvvetler tarafından çıkarılan düzenlemelerin farklı kuvvetler tarafından değiştirilemeyeceği sonucuna götürmektedir. Daha açık bir ifadeyle, kanunla CBK’da, CBK ile de kanunda herhangi bir değişiklik yapılamaz.

Şu halde kanunda CBK’nın hükümsüz hale geleceğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilemeyecektir. Diğer bir deyişle, CBK’da düzenlenen konu kanunla düzenlendiği anda CBK ilave bir işleme gerek kalmaksızın hükümsüz hale gelecektir. Ancak buna kim karar verecektir?

Aynı isimde ve aynı içerikte bir CBK bir de Kanun olduğunu düşünelim. Biri yürürlük maddesi olan iki maddelik “Üst Düzey Kamu Yöneticileri hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” başlıklı bir kararname yayınlandığını ve bu kararnamenin ilk maddesinde üst düzey kamu yöneticilerinin sayıldığını varsayalım. Aynı isimde TBMM’den biri yürürlük maddesi olan iki maddelik “Üst Düzey Kamu Yöneticileri hakkında kanun” çıkarıldığını ve bu kanunun da benzer bir şekilde kaleme alındığını ve ilk maddesinde üst düzey kamu yöneticilerinin sıraladığını varsayalım. Bu durumda kanun CBK’yı hükümsüz hale getirecektir. Bu durumun tespiti oldukça kolaydır.

Günümüzde uygulamasına sıklıkla rastlanılan torba yasa uygulamasında hükümsüz hale gelecek olan CBK hükümlerini ayıklamak güçleşecektir. Örneğin 18.2.2009 tarih ve 5838 sayılı kanunun başlığı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”dur. Bu kanun maddelerinden bir veya birkaçının CBK’da düzenlenen konuların olması halinde her birinin ayrı ayrı tespiti gerekmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu tespitin kanunla yapılma imkânı da kanaatimizce bulunmamaktadır.

Burada karşılaşılabilecek diğer bir sorun ise kanunla CBK’nın mahfuz alanında kalan bir konunun düzenlenmesi hali olacaktır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ancak CBK ile düzenlenebilmektedir. 3.6.2011 tarih ve 639 sayılı “Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin bakanlığın görevlerinin sayıldığı 2. maddesinde “tarımsal piyasaların düzenlenmesi” bakanlığın görevleri arasında sayılmaktadır. Bu düzenlemenin bir CBK ile yapıldığını varsayalım. Ardından çıkan ve aynı konunun (düzenlenmemesi gerektiği halde) kanunda düzenlendiğini ve “tarımsal piyasaların düzenlenmesi” görevinin Ekonomi Bakanlığı’na verildiğini varsayalım. Bu durumda kanun CBK’yı hükümsüz hale getirecek midir?

Bu konuda çıkarılacak olan kanunun anayasaya aykırı olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu tür bir kanun da Anayasa’ya aykırı her kanunla aynı muameleye tabi olacak başka bir ifadeyle iptal edilene kadar yürürlükte kalacaktır. Bu tespit aşağıdaki sonuçları da beraberinde getirecektir:

1. Kanun çıkar çıkmaz CBK hükümsüz hale gelecektir.
2. İlgili konu kanunla düzenlendiği için, kanun yürürlükte olduğu müddetçe konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir.
3. 2017 Anayasa değişikliklerinde Anayasa m. 153/5’te “İptal kararları geriye yürümez.” hükmünde bir değişiklik yapılmamıştır. Bu hüküm burada da geçerlidir ve konunun kanunla düzenlenmesi neticesinde hükümsüz hale gelen CBK, kanunun iptal edilmesi halinde iptal kararları geriye yürümeyeceği için kendiliğinden yürürlüğe de giremeyecektir.
4. Konuyu düzenleyen kanunun iptal edilmesinin ardından aynı konunun CBK ile tekrar düzenlenmesinde ise bir engel bulunmamaktadır.

Aynı konuda çıkan bir kanunun CBK’nın normatif geçerliliğini etkilediğinden bahisle normlar hiyerarşisi bağlamında üstte yer aldığı iddia edilebilir. Yine de her iki düzenlemenin

kaynağının anayasa olması, CBK'ya dair usulün Anayasada yer alması ve CBK'ların kanuna uygun olması gerekliliğinin bulunmaması bu kanunla CBK'nın aynı seviyede olmasını değiştirmemektedir. Kaldı ki, CBK'nın mahfuz alanında kalan bir konudaki CBK hükmünün kanun ile hükümsüz olması halinde, normlar hiyerarşisindeki herhangi bir üstünlükten bahsedilemeyeceği açıktır.

SONUÇ

Kelsen'in normlar hiyerarşisine göre bir norm, ancak kendisinden üstte yer alan norma içerik olarak uygun ve onda belirtilen prosedüre göre ihdas edilmiş ise geçerlidir. Bu şartları sağlayan norm dizeleri, diğer normlardan bağımsız çiftler halinde hukuk âleminde varlıklarını sürdürmemekte, aksine hukukun bütünlüğü içerisinde belirli bir bütünün parçası olarak geçerli kalabilmektedirler³⁸. Normların oluşturduğu bu bütüne “normlar hiyerarşisi piramidi” (*spatial figure*³⁹) geçerliliklerini sağlayan bağa ise “geçerlilik zinciri” (*chain of validity*⁴⁰) denilmektedir. Eski tarihli Türkçe kaynaklarda her iki anlamı da içerir şekilde “silsile-i meratip⁴¹” kavramı kullanılmakta; silsile ile zincire, meratip ile de normların derecesine (mertebe) işaret edilmektedir.

Normlar hiyerarşisi, normatif geçerlilikle çok sıkı irtibatlıdır ve birbirinin geçerliliği ile ilişkisi olmayan normlar arasında bir hiyerarşi kurmaya lüzum görmez. Bir norm ancak başka bir normun geçerliliğini belirlemesi şartına bağlı olarak geçerli olabilmektedir. Bu nedenle geçerlilik norm çiftleri şeklinde kurulmak suretiyle gerçekleştirilir. Geçerliliği belirleyen ise o normun üst normudur. Üst normun ise yukarıda ifade edildiği üzere basit bir tespit ölçütü vardır: “*Bir normun üst norm olabilmesi için ya alt normun ihdas usûlünü ya da içeriğini belirlemesi, düzenlemesi gerekmektedir*⁴²”.

³⁸ Gülgeç, Yahya Berkol (2018). *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, İstanbul, Onikilevha yay., s. 23-24.

³⁹ Kelsen, Hans (1949). *General Theory of Law and State*, Translated by Wedberg, Anders), Cambridge, Harvard University Press, s. 124.

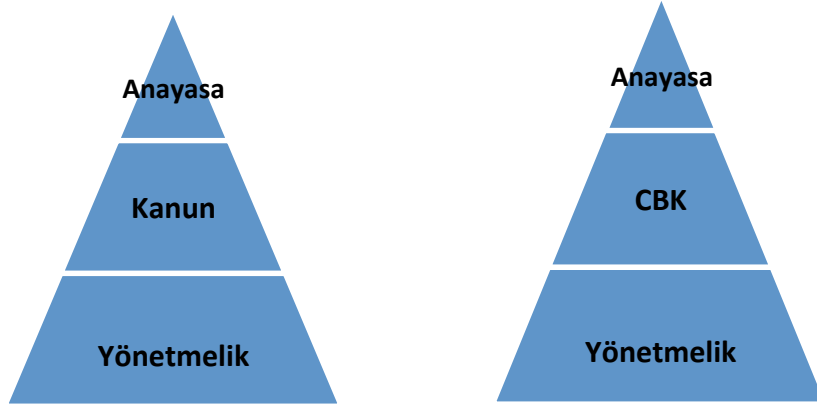
⁴⁰ Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*. Oxford University Press on Demand. S. 185.

⁴¹ Aral, V. (1978). *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2471, Hukuk Fakültesi Yayınları No.553. s. 2.

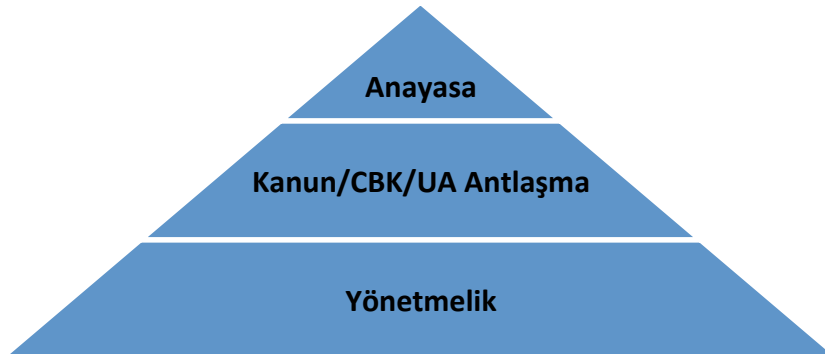
⁴² Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, s. 124'ten aktaran, Gülgeç, Y. B. (2018). S. 15.

Anayasa, 104. maddesinin 17. fıkrası ile Cumhurbaşkanı'na asli düzenleme yetkisi vermektedir. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) olarak adlandırılan bu düzenleyici işlemlerin, kanunlarla çatışması ihtimali ve düzenleme alanlarına ilişkin yapılan sınırlamalar, doktrinde kanunların normlar hiyerarşisinde CBK'ların üzerinde yer aldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa Kelsen'in ortaya attığı bağlamda CBK'lar ile kanunlar arasında herhangi bir derece ilişkisi olmadığı gibi bu iki düzenleme, birinin diğerine geçerlilik sağlayabilme kapasitesinden de mahrumdur.

Şu halde CBK, normlar hiyerarşisinde kanunların ne üstünde ne de altında yer almaktadır. Üç boyutlu olarak düşünülebilecek bir piramidin bir yüzeyinde Anayasa'nın altında kanun yer alırken diğer yüzeyinde Anayasa'nın altında CBK yer almaktadır. Bu çalışmada her iki düzenlemenin de Anayasanın hemen altında ve birbirleriyle herhangi bir hiyerarşi ilişkisi olmaksızın geçerliliklerini sürdürdükleri ileri sürülecektir.



Burada Kelsen'in amacına ulaşamadığı normların bir bütün oluşturmadığı neticede ortaya üç boyutlu piramidin iki yüzündense, iki adet piramit çıktığı eleştirisi gelebilir. Bu eleştirinin haklılık payı vardır. İki piramidi şu şekilde bütünleştirmek mümkün:



Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi yürürlüğe girdikten sonra kanun hükmünde kararname ve tüzük yürürlükten kaldırılmış ve normlar hiyerarşisi bu şekle evrilmiştir. Piramidin bu şekilde çizilmesi halinde bu başlığın başında yer verdiğimiz m. 104’te yer alan kanun ve CBK’ya ilişkin verilen üç istisnai normun ıskalandığı düşünülebilir.

İlk olarak akılda tutulması gereken Cumhurbaşkanına verilen CBK çıkarma yetkisi doğrudan anayasadan kaynaklanmaktadır yani “*secundum constitutionem*” bir yetkidir. Yetkinin doğrudan anayasayla verilmesi ve eski dönem KHK’da olduğu gibi veyahut yönetmeliklerde olduğu gibi bir yöntemin benimsenmemiş olması, CBK’nın yalnızca Anayasaya uygun olarak kullanılması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

CBK – Kanun çatışmasında izlenecek yol şu şekildedir ve aşağıdaki konularda CBK çıkarılamaz, aksi anayasaya aykırılık anlamına gelmektedir:

1. Yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda,
2. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin düzenlenmesinde,
3. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda,
4. Kanunda açıkça düzenlenen konularda.

Bu dört alanda CBK çıkarılması halinde, CBK Anayasa’ya aykırı olacaktır.

Bunun haricinde bir CBK’nın herhangi bir kanuna uygun olmasını veya aykırı olmamasını gerektiren herhangi bir Anayasa normu bulunmamaktadır⁴³. Normlar hiyerarşisinde hem kanunun hem de CBK’nın altına yazılabilecek tek düzenleme çeşidi Anayasa’nın 124. Maddesinde düzenlenen yönetmeliklerdir ve her iki sınırı da içermektedir:

“Yönetmelikler

*MADDE 124-(Değişik: 16/4/2017-6771/16 md.) Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin **uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla**, yönetmelikler çıkarabilirler.”*

⁴³ Bu konuya ilişkin detaylı bir tartışma için bkz. Aslan, V. (2019). Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, ss. 139-161.

KAYNAKÇA

Akbay, M. (1947). Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV., S. 1-4. ss. 29 – 47.

Akıllıoğlu, T. (1991). Milletlerarası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt I, Sayı 2–3.

Aral, V. (1978). *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2471, Hukuk Fakültesi Yayınları No.553. s. 122 – 143.

Ardıçoğlu, M. A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 19-51.

Aslan, V. (2019). Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, ss. 139-161.

Atar, Y. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Aybay, R. (2007). Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70, s. 187–213.

Barın, T. (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, İstanbul, Oniki Levha Yay.

Başlar, Kemal (2004) Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, Yıl 24, S. 1-2, ss. 279-337.

Batum, S. (1993). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul, İÜ Basımevi.

Bernstorff, J. V. ve Dunlap, T. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, New York: Cambridge University Press.

Dönmez, Ü. ve Barın, T. (2018). Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 9, Sayı: 35, Temmuz 2018, ss. 175-210.

Eren, A. (2018). *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, İstanbul: On İki Levha Yay.

Eren, A. (2019). Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 1-73.

Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Ergül, O. (2014) Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, *Yıldırım Uler'e Armağan*, Yay. Haz. Erdal, M., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. Lefkoşa, ss. 65-87.

Ergül, O. (2018). Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *Güncel Hukuk*, Eylül-Ekim 2018, ss. 30-32.

Gözler, K. (1999). *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa, Ekin Yay.

Gözler, K. (2003). *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Yay.

Gözler, K. (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yay.

Gülgeç, Yahya Berkol (2018). *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha yay.

Güriz, A. (2003). *Hukuk Felsefesi*, Ankara, Siyasal Yayınevi

Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, İngilizceye çev. Knight, M., New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.

Keyman, S. (1978). Hukuki Pozitivizm, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35. S. 1-4. ss. 17-56.

Keyman, S. (1981). *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Ankara: Doruk Yayınları.

Köker, L. (2008). Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültüründe Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar. *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, cilt I: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 329-345.

Raz, J. (2013). Kelsen'in Temel Norm Kuralı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Ceylan, Ş. Ş.), C. 62, S. 4, ss. 1169-1193.

Sezer, A. (2019). Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı], *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 2, ss. 353-413.

Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York: Oxford University Press.

Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları.

Troper, M. (2003). The Logic of Justification of Judicial Review, *International Journal of Constitutional Review*, Vol. 1, No. 1, ss. 105 – 108.

Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları*, Ankara: Yetkin Yay.

Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara: Gazi Kitabevi.

Turhan, M. (2015). Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa, *Haşim Kılıç'a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 349-384.

Ülgen, Ö. (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1., ss. 3-39.

Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 2., ss. 13-28.

Yılmaz, E. (1996). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yay..

Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İÜHFY.

Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*. Oxford University Press on Demand.