CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ VE "EXECUTIVE ORDERS" : KARŞILAŞTIRMALI GÖZLEMLER

Dr. Öğr. Üyesi Oya BOYAR*

Giriş

Öncelikle tebliğ başlığı hakkında bir açıklamada bulunmak gerekiyor. 2017 Anayasa değişikliklerinin hukukçular arasında en çok tartışılanlarından biri Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Bu kararnameler daha önce de öngörülmüş olmakla birlikte, sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin teşkilatlanmasıyla ilgili olarak Anayasada yer bulduğu için normatif işlemler arasında çok da dikkat çekmemiştir. Ancak yürütme tek yapılı hale gelip, Anayasada daha önce çift yapılı yürütme modelinden kalan işlemler kaldırılıp (yönetmelikler dışında), cumhurbaşkanlığı kararnameleri de bunların yerine geçecek şekilde Anayasaya eklenince, bu işlemin yorumlanması meselesi özel bir önem kazanmıştır.

2017 Anayasa değişiklikleriyle öngörülen yeni hükümet biçimi ile birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yorumlanması açısından karşılaştırmalı hukuk verilerinin kullanılması bir yöntem olarak düşünülebilir. Bu açıdan Calvino'nun Marco Polo'ya söylettiği sözü hatırlayalım : "*Nereye gitsem Venedik'i görüyorum*". Karşılaştırmalı hukuk verilerinin kullanımı ya da genel olarak başkalarının hukuk düzenine bakmak aslında kendi hukukumuzu ve daha genel olarak da kendimizi anlamamıza yardımcı olabilir diye düşünüyorum. Ancak bu açıdan karşılaştırılabilecek unsurların seçimi meselesi özel bir önem kazanmakta ve bir bağlam belirlemesi yapmak gerekmektedir. Bu konuya daha sonra cumhurbaşkanlığı kararnameleri bölümünde döneceğiz.

Bu tebliğ başlığında "executive order" ifadesinin Türkçe'ye çevrilmemesinin nedenleri şunlardır: İlk olarak bu terim Amerika Birleşik Devletleri hukukunda iki ayrı düzeydeki işlemi anlatmak üzere kullanılmaktadır: Bir yandan federal devletin (ABD) başkanlık makamının işlemidir, diğer yandan federe devletin çoğunlukla "vali" olarak Türkçeleştirilen makamının (governor) hatta bazen belediye başkanlarının da işlemidir. Başka bir deyişle, bizim Devlet başkanının işlemi olarak düşündüğümüz işlemiyle birlikte ve bunun ötesinde daha geniş bir anlamı da vardır. İkincisi, bu işlem tipi çok "Amerikanvari" unsurlar içermektedir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Örneğin Latin Amerika'da bu işlemler yerine kullanılan "presidential order" ifadesi vurguyu başkana, "executive order" ise yürütme faaliyetine yapmaktadır. Bu anlamda "executive order"da fonksiyonel bir referans olduğu söylenebilir. Bu saptama 1982 Anayasasının 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin "yürütme yetkisine ilişkin konularda" diye başlamasıyla da ilintilendirilebilir. Bu nedenle ilgili ifadeyi, alındığı yeri göstermesi bakımından olduğu gibi kullanmayı tercih ediyorum. Ayrıca bu tercihte executive order'ların şu şekilde **tanımlanmasının** da etkisi bulunmaktadır:

> "*Dar anlamda EO, başkanın bu ad altında yaptığı işlemlerdir (…) geniş anlamda ise ABD başkanının sonunda özel kişileri etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın yürütme makamlarına yönelik olarak kaleme aldığı ve onların bazı önlemleri almasını, bazı faaliyetlerden kaçınmasını, mevcut uygulamalarını değiştirmelerini, başkanın belirlediği kamu politikalarını hayata geçirmelerini yahut da yasaları uygulamalarını emreden (…) düzenlemeleridir*". [1]

Bu tanımdan yola çıkılarak executive order'ların yürütme içinde bulunan organlara hitap ettiği sonucu çıkarılabilir. Ancak bu işlemler bireylerin hak ve yükümlülükleri alanında da sonuç doğurabilmektedir. Özellikle son dönemde Donald Trump tarafından çıkarılan ve belli ülkelerden (büyük bir çoğunluğu halkının çoğunluğunun Müslüman olduğu ülkeler) gelen kişilerin ABD topraklarına girişini engelleyen düzenlemeler buna örnek gösterilebilir. Ancak bu işlemlerin Devletin kuruluşunu takip eden eski bir geleneği vardır: Güney eyaletlerinde köleliğin yasaklanması (Lincoln, 1863), Marbury v. Madison kararına konu olan atama işleminin durdurulması (Jefferson, 1803), Japon asıllı Amerikalıların hapsedilmesi (Franklin Roosevelt, 1942) hep bu işlem tipi ile gerçekleşmiştir.

Biz bu işlemlerle 1982 Anayasasıyla tanıştık, ancak 2017 Anayasa değişikliğinden itibaren cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kapsamı ve etki alanı açısından ciddi bir yayılma görülmüştür.

Peki ABD ve Türkiye'deki devlet başkanlarının kullandıkları bu yetkilerin kapsamı nelerdir? Benzerlikleri ve farklılıkları nelerdir? Bu işlemlerin anayasal çerçevesi bize bu iki ülkenin hukuk düzeni hakkında neler söylemektedir?

---

1 Samy Benzina, "Les executive orders du président des États-Unis comme outil alternatif de legislation", *Juspoliticum*, No. 21, Juillet 2018, ss. 485-516. http://juspoliticum.com/article/Les-executive-orders-du-president-des-Etats-Unis-comme-outil-alternatif-de-legislation-1239.html (7.11.2018)

I. Executive Order'ların Ampirizmi

Bir hukuki işlemin uygulamayla ortaya çıkmasıyla Anayasada öngörülmesi arasında farklılıklar vardır. Birincisinin özelliği işlemi geliştiren hukuki yapının olaylar temelinde sorun çözümüne yönelmesidir. İkincisinde ise belli amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilmiş soyut bir düzenleme faaliyeti söz konusudur. Bu iki yöntemden hangisinin tercihte üstün tutulabileceği tamamen bir bakış açısı meselesi olabilir. Ancak bir işlemin uygulamayla şekillenmesi çoğunlukla onu daha uzun ömürlü kılar ve kök salmasını sağlar. Bu kök elverişli bulduğu alanlara doğru genişleyebilir. Rasyonel faaliyetin özellikle farklıca görüşlerin ve dayanak noktalarının dikkate alınarak gerçekleştirildiği durumlarda da kuşkusuz uzun ömürlülük sağlanabilir. Ancak bu rasyonel faaliyetin uygulamadaki değerini ölçmenin en iyi yolu zamandır.

A. Executive order'ların şekli

ABD'de executive order'lar tamamen ampirik biçimde ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle uygulamayla gelişmiş, bugünkü şeklini de tedrici biçimde almıştır. Anayasanın yürütme yetkisine ilişkin II. maddesinde bu işlemlere dair hüküm bulunmamaktadır. Başlangıçta, başkanların hazırlanan metinlerin üzerini "uygun görülmüştür" diye imzaladığı işlemler, Lincoln döneminden itibaren numaralandırılmaya başlanmıştır. Bunların sahip olması gereken şekil şartları ve yayım esasları ilk defa John F. Kennedy döneminde öngörülmüş [2] sonraki başkanlar tarafından da düzenli olarak değiştirilmiştir. Başkanlık işlemlerinin tabi olduğu şartlar, Mahkeme içtihatlarıyla şekillenmiştir. Ayrıca Başkan dışındaki idari makamların düzenleyici işlemlerine ilişkin olarak da bir yasa bulunmaktadır. (*Administrative Procedure Act).*

Amerika Birleşik Devletlerinde geniş anlamda executive order olarak adlandırılan ancak farklı isimler altında yapılan başkaca başkanlık işlemleri de vardır: "proclamation" ve "presidential memoranda" gibi. Bunlardan dar anlamda executive order'lar ile proclamation'ların yayımı kural olarak zorunludur (*Federal Register Act*). 1957'de Temsilciler Meclisindeki bir komisyon marifetiyle executive order'lar, proclamation'lardan ayrılmaya çalışılmıştır (*Committee on Government Operations*). Komisyona göre ilk anılan işlemler idari makamlara yönelik yazılmaktadır; proclamation'lar özel kişilere dönük sonuç doğurmaktadır. Pratikte, başkanın af yetkisini proclamation yoluyla kullandığı görülmektedir. Ancak bilindiği üzere executive order'lar da bireylerin hak ve özgürlük alanında sonuç doğurmaktadır. Yüksek Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta executive order'la yapılması gereken işlemin proclamation'la yapılmasının işlemin geçerliliğine etki etmediği sonucuna varmıştır (*Wolsey v. Chapman, 101 US 755(1879)*).

2 Exec. Order No. 11030, 27 *Federal Register*, 1962.

B. Executive order'ların kapsamı

ABD Yüksek Mahkemesi, eski içtihadında (*Wayman v. Southard 23 US 1 (1825)*) kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hukuki yetkilendirme ilkesi doğrultusunda yasama yetkisinin devredilmezliği esasını kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme 1928'de devredilmezlik ilkesinin makul ilkeler temelinde başkanı yetkilendirmeye engel olmadığına karar vermiştir. (*J.W. Hampton, Jr & Co v. United States, 276 US 394*)

Yüksek Mahkemenin bu işlem tipi açısından en ünlü kararı kuşkusuz *Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer* kararıdır (*343 US 579, (1952*)). Harry Truman'ın 1952'de çıkarmış olduğu başkanlık işlemi, Kore savaşı esnasında bazı çelik fabrikalarında grevlerin yasaklanması için Ticaret Bakanına bu şirketlere el koyma yetkisi vermekteydi. Aslında bu executive order'ın çıkarılmasının nedeni şuydu: Kongre *Taft-Hartley Act* ile başkana grevleri yasaklama yetkisini vermişti. Ancak başkanın bu yetkiyi değil de, şirket yönetimine el koymayı tercih etmesinin nedeni, sorunun sendikalardan değil; şirket yönetimlerinden kaynaklandığını anlamış olmasıydı. Nitekim 9 Nisan 1952'de çelik fabrikalarına el koyarak yönetim kadrolarını değiştirmiş; bunun üzerine fabrika yönetimleri, çalışanların ücretlerini tek yanlı olarak yükseltme girişiminde bulunmuştur. *Youngstown Sheet & Tube Company* başkanın işlemini anayasaya aykırılık talebiyle yargıya taşımıştır. Ancak pazarlıklar devam ederken Mahkeme kararını vermiştir. [3]

Mahkeme ilgili başkanlık işleminin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu karara ayrı gerekçe yazan Yargıç Jackson'ın bir executive order'ın değerlendirilmesinde kullanılan üç kriteri oldukça ün kazanmıştır: (i) Şayet başkan bu işlemleri yaparken, Kongrenin açık ya da örtülü iznine bağlı olarak hareket ediyorsa, sadece Anayasaya değil, Kongrenin kendisine delege ettiği yetkiye de dayandığından bu alanda yetkisi en geniştir. (ii) Başkan, Kongre tarafından bu tür bir yetki delegasyonu yapılmaksızın Anayasal yetkilerine dayanarak executive order çıkarıyorsa, Kongreyle Başkanın yarışan yetkilere sahip oldukları alanda hareket etmektedir. (iii) Şayet Başkan, Kongrenin açık ya da örtülü iradesine aykırı işlemler yapıyorsa sadece anayasal yetkilerine dayanabileceği için yetkisi asgari derecededir.

Yüksek Mahkeme bu kararında başkanın bu tür bir yetki kullanabilmesi için ya Anayasa tarafından (1) ya da yasama organı tarafından (2) yetkilendirilmiş olmasını aramıştır.

3 Charles A. Shanor, *American Constitutional Law: Structure and Reconstruction*, West, Fifth ed., 2013, s. 117.

1. Anayasanın II. maddesi kapsamında yetkilendirme

Anayasanın II. maddesi federal yürütme organı (başkan) için şu yetkileri saymaktadır: başkomutanlık yetkileri, milli güvenlik konusunda yetkiler, devlet başkanı sıfatıyla sahip olduğu yetkiler ve bu kapsamda özellikle uluslararası politikaların belirlenmesi, af yetkisi, nihayet federal kanunların sadakatle uygulanmasının sağlanması.

ABD'de executive order'lar konusundaki en yoğun tartışma "*federal yasaların sadakatle uygulanması*" konusunda çıkmıştır. Zira, milli güvenlik, uluslararası ilişkiler ya da af yetkileri klasik devlet başkanı yetkileri olarak yürütme alanında nitelendirilen yetkilerdir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri doktrininde "kanunların sadakatle uygulanması" yetkisi kapsamında yürütmenin açıkça anayasada yazmayan zımni yetkiler çıkarabileceği üzerinde durulmuştur. [4]

2. Kongre yetkilendirmesi

Yüksek Mahkeme Kongre tarafından Başkana verilecek yetkinin kapsamı konusunda son derece geniş standartlar kullanmaktadır. Executive order'ın çıkarılmasından önce (*Consolidated Appropriation Act*) ya da çıkarıldıktan sonra geriye dönük olarak (*Hirabayashi v. United States*, 320 US 81, 91, 92) Kongrenin Başkanı yetkilendirmesi mümkündür. Yine Yüksek Mahkeme içtihatları uyarınca bu yetkilendirme *açık* ya da *örtülü* (Başkanın bazı konularda yetki sınırlarının tam olarak belirlenmediği durumlarda) olabilir. [5]

Ancak Amerika Birleşik Devletlerinde Başkanın Kongre tarafından *executive order* çıkarmak üzere yetkilendirilmesinin en karakteristik boyutu rıza doktrininde kendisini göstermektedir. Bu doktrin ilk olarak Yüksek Mahkemesinin 1915 yılında verilen *United States v. Midwest Oil Company* kararında uygulanmıştır. Karara konu olan olayda Kongre tarafından 1897'de petrol rezervi bulunan kamu arazilerinin Amerikan vatandaşlarının özel işletmesine açılmasına izin verilmiştir. Ancak Kaliforniya eyaletinde petrol rezervi tükenince, Başkan William Taft petrol işletmesi yapılan parsellerin geçici olarak devletçe geri alınmasına ilişkin bir proclamation çıkarmıştır. Bu işlem üzerine Midwest Oil Company yargı yoluna başvurmuştur. Yüksek Mahkeme bu başkanlık işleminin içeriğine Kongrenin rıza gösterdiği sonucuna varmıştır: "*Kongre tarafından bu arazilerin özel kişilerce işletilmesine izin verilmiş olsa bile, bu arazilerin kamu tarafından geri alınabilmesine ilişkin uzun süreli bir uygulama vardır ve bu uzun süreli uygulama nedeniyle Kongrenin bu işleme rızasının bulunduğu yönünde bir karine oluşmuştur*". Bu doktrin, en çok hükümet politikasının belirlenmesinde azınlığın

4 Joel L. Fleishman. Arthur H. Aufses, "Law and Orders: The Problem of Presidental Legislation", *Law & Contemporary Problems*, Vol. 40, No. 3, 1976, s. 12 vd.

5 Benzina, s. 501.

kontrol yetkisini ortadan kaldırdığı [6] ve Kongre çoğunluğunu da kendisini doğrudan ifade etme olanağından mahrum bıraktığı [7] için eleştirilmiştir.

Ancak bu yetki karinesinin mutlak olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle, daha önce andığımız *Youngstown Sheet & Tube Company* kararıyla *Hampton v. Mow Sun Wong (426 US 88, (1976))* kararları kişi özgürlükleriyle ilgili konularda Kongrenin açık yetkilendirilmesi kuramı belirleyici olmuştur. Yürütmenin herhangi bir işlemiyle bireysel özgürlüklerden mahrumiyet oranı arttıkça açık yetkilendirme kuramı ön plana çıkmaktadır,; örneğin *Hampton v. Mow Sun Wong* davasında Yüksek Mahkeme, vatandaş olmayan kişilerin kamu hizmetine girmesini yasaklayan idari düzenlemeyi açıkça yasaya dayanmaması nedeniyle anayasaya uygun bulmamıştır.

Ancak bu işlemler için dönüm noktası New Deal'dır. Bu dönemden itibaren özellikle yasama yetkisinin devredilmezliği ve makul ilkeler çerçevesinde yetkilendirme gibi kriterler uygulanmamaya başlanmıştır. Bunun için birçok neden gösterilebilir. Öncelikle büyük ekonomik krizin aşılması esnasında Amerikan halkı genel olarak federal organların özel olarak da başkanın sosyal, ekonomik hayattaki ve güvenlik alanındaki rolünü içselleştirmiştir. İkinci olarak bu dönem Amerikan hükümet sisteminde krize karşı bir tür koalisyonun yaşandığı dönemdir.

Bu noktada Franklin Roosevelt'in ünlü anayasa hukukçusu Corwin'e hazırlattığı "bir halk egemenliği aracı olarak anayasallık denetimi" alt başlığını taşıyan eserde [8] Amerikan departmantalizminin [9] temel ilkeleri ortaya konmuştur. Yüksek Mahkemenin bu dönemden sonra, pek çok yasayı Anayasaya aykırı bulmasına rağmen Youngstown kararı dışında federal devletin yetki alanında çıkarılan hiçbir executive order'ı anayasaya aykırı bulmamasının temelleri de bu departmantalizme dayanmaktadır.

Burada departmantalizm olarak anılan ifadenin anlamı şudur: Anayasanın VI. Maddesi anlamında her üç devlet organı da anayasaya sadakat yükümlülüğü

6 Bkz. Jesse H. Choper, "Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice", *University of Pensylvania Law Review*, Vol. 122, 1974, ss. 810-858.

7 Fleishman. Aufses, s. 17.

8 Edward S. Corwin, *Court Over Constitution*, Peter Smith; Underlining edition, 1957. Ayrıca başkanın konumuna ilişkin olarak bkz. *The President : Office and Powers 1787-1957, History and Analysis of Practice and Opinion*, New York University Press, Washington Square New York, 1957.

9 Departmantalizm ifadesiyle üç devlet organı arasında anayasaya sadakat yükümlülüğünün yerine getirilmesi konusunda yapılan iş bölümünü kastedilmektedir. Bu ifadeyi Türkçe'ye "bölümcülük" olarak çevirebilirdim, ancak sunum sırasında bir ölçüde yapay kaldığını düşündüm. Bu konuda bkz. Quentin Epron, "Comment comprendre le départementalisme américain?", *La protection de la constitution*, sous le direction de Arnaud Pillouer, Presses universitaires juridiques. Poitiers, 2018, ss. 159-166.

altındadır. Bütün devlet organları anayasayı korumakla yükümlüdür. Bu sadece yargı organına verilen bir ödev değildir. Bu durumun pratikteki sonucu şudur: yasama kendi anayasal yetki alanını korumak için mücadele verecektir,; Başkan da yaptığı her türlü işlemde Anayasayı yorumlayacaktır. Executive order meselesinde Yüksek Mahkeme, temel haklara müdahale olmadığı sürece anayasallık denetimi yetkisini özellikle de yukarıda ifade ettiğimiz rıza doktrini çerçevesinde yasama organına vermiş görünmekte ve yasama organını faaliyete davet etmektedir.

Bu departmantalizm dışında executive order'lar konusunda belirtilmesi gereken ikinci temel nokta Neustadt tarafından geliştirilen doktrindir. Neustadt, Başkanın executive order çıkarma yetkisini ve kanunları veto yetkisini *ikna gücü doktrini* çerçevesinde ele almaktadır. Neustadt Başkanın bu yetkileri kullanmasının onun güçsüzlüğünün ifadesi olarak görür. Başkanın Kongre'den istediği metinleri geçirebilmesi bu yaklaşıma göre önemli bir güç göstergesidir. Neustadt Amerikan sisteminin kuvvetler ayrılığını değil benzer yetkileri kullanan kurumların ayrılığını öngördüğünü söylemektedir. [10] Amerikan doktrininin büyük bölümü Neustadt etkisinde kalmıştır ve bu yetkinin öncelikle siyasi sınırlarının olduğunun altını çizerler. Ancak Levinson gibi anayasa hukukçuları *Youngstown Sheet & Tube Company* kararının Yüksek Mahkeme tarafından son iki yüzyıl içinde verilmiş en iyi karar olduğunu söylemektedirler.

Hangi doktrin kabul edilirse edilsin başkanlık işlemlerinin, belli bir dönemdeki Başkana bağlı olduğu söylenmelidir. Bir Başkanın yaptığı işlemi, bir diğer Başkan değiştirebilmektedir. Dolayısıyla bu işlemlerin düzenlediği konuların kalıcılığı, büyük oranda Kongrenin bunları benimseyerek kanunlaştırmasına bağlıdır. Bunun da ötesinde Başkanın tabi olduğu ancak ABD Anayasasında yazmayan "yazılı olmayan normlar" vardır. [11]

II. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Rasyonelliği

Buna karşılık Türk modeli cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise iradeci (volontarist) bir faaliyetle anayasaya konulduğu görülmektedir. Bu durum anayasa değişiklik teklifinin genel gerekçesinin son paragrafında şu şekilde ifade ediliyor: "*Anayasa değişiklik teklifiyle sunulan model, Türkiye'nin sistem tecrübesi ve dünya hükümet pratikleri gözetilerek geliştirilmiş* ***rasyonel*** *bir modeldir*".

Her ne kadar teklif metninde ve esas komisyon raporunda bu pratiklerin sahibi olan ülkelere referans yapılmamış olsa da, başkanlık rejiminin doğduğu yerin göz önünde bulundurulmuş olduğundan şüphemiz bulunmamaktadır. Aslında bu rasyonaliteyi anlamak, Anayasaların yapılışı esnasında faaliyet gösteren kurum ve

10 Richard E. Neustadt, *Presidential Power, the Politics of Leadership*, John Wiley & Sons, New York and London, 1960, s. 33.

11 Daphna Renan, "Presidential Norms and Article II", *Harvard Law Review*, 2018, ss. 2187-2282.

kuruluşların hazırladıkları raporlardan, toplantı tutanaklarından, yararlandıkları teorik kaynakların ya da ülke anayasalarının öğrenilmesi suretiyle gerçekleşir. Örneğin her ne kadar önceki başlık altında executive order'ların doğuşunun tedrici olduğunu söylesek de, Amerika Birleşik Devletlerinde hükümet biçimi, başka bir deyişle başkanlık rejimi tamamen iradeci bir yaklaşımla Aydınlanma düşünürleri ile Avrupa pratiklerinin gözönünde bulundurulması suretiyle kurulmuştur. Bu iradeyi en iyi gösteren metinler Türkçe'ye Federalist makaleler olarak çevrilen ve kurucular Hamilton, Madison, Jay gibi kişilerce kaleme alınan "Federalist Papers" isimli derlemedir.

1982 Anayasasındaki 2017 değişikliklerinin gerekçesinde kullanılan rasyonel ifadesinin anlamı düşünüldüğünde, akla birkaç ihtimal gelmektedir. Öncelikle 2017 Anayasa değişikliğiyle parlamenter rejim kaldırıldığı için, yeni rejime geçişte adaptasyon düzenlemelerinin uzun yasama prosedürü yerine, kararnameler yoluyla yapılması düşünülmüş olabilir. Bu durumda parlamento yürütme alanında sessiz kalmak suretiyle cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin varlığına icazet verebileceği gibi, kararnamenin düzenlediği konuyu yasayla bizzat düzenlemeyi de tercih edebilir. Ancak çoğu durumda 1982 Anayasası açısından, parlamentonun yasayla düzenleme yapma zorunluluğu altında olduğunu belirtmek gerekir.

İkinci bir ihtimal ise, yasamaya alternatif olarak ikinci bir kural koyma yönteminin yaratılmak istenmesi olabilir. Bu durumda "münhasıran kanunla düzenlenecek konular" istisna tutularak birçok konunun kararnameyle düzenlenmek istendiği düşünülebilir. Ancak bu ikinci ihtimalin mevcut Anayasa hükümleri açısından geçerliliğinin bulunmadığını ve kurucu iktidarın da değişiklik metnini kaleme alış şekli açısından bunu murat etmediğini düşünüyorum.

A. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normatif niteliği [12]

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Cumhurbaşkanının yürütme organı olarak tek başına yaptığı asli düzenleyici işlemlerdir. Cumhurbaşkanı düzenleyici nitelikte olmayan işlemlerini kararlar vasıtasıyla yapacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri 2017 değişiklikleriyle iki ayrı normatif yapıda düzenlenmiştir. Olağan ve olağanüstü dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği farklıdır.

12 Anayasanın sözüne uygun yorumu geniş anlamda sözel/sistematik/amaçsal/tarihsel yöntemleri içerecek şekilde kullanıyorum. Bu kullanımın nedeninden aşağıda Anayasanın ruhuna uygun yorum bölümünde bahsedilecek.

1. Olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanuna aykırı olamaz

1982 Anayasası olağan dönemde çıkarılacak cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kanunilik denetimine tabi kılmıştır. Başka bir deyişle, olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme alanında çıkarılacağı (bu ifadenin muhalif anlamı yasama alanında cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamamasıdır 13) 14, kanunun açıkça düzenlemediği konularda çıkarılabileceği, kanunun münhasır alanında çıkarılamayacağı, aynı konunun kanunla düzenlenmesi halinde hükümsüz hale geleceği hususları Anayasanın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel düzenlemesi olan 104. maddesinde yer almaktadır ("*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*").

Görüldüğü gibi olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlar değiştirilememektedir. Kanunla Cumhurbaşkanına yasama alanında işlem yapma yetkisi verilememektedir (yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılacağının öngörülmesi). Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri TBMM'nin onayına sunulmamaktadır. Bu nedenlerle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hem organik, hem de fonksiyonel açıdan yürütme organı işlemi olduğu söylenebilir. Tam da bu nedenle Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin değil, Danıştay'ın inceleme yetkisi alanında yer alması daha uygun olacaktı. Halihazırda Danıştay Kanunun 24. maddesindeki değişiklikle cumhurbaşkanlığı kararlarının Danıştay tarafından inceleneceği öngörülmüştür (703 sayılı KHK). Uygulamada bu iki

13 Bu da bize tali kurucu iktidarın 1958 Fransa Cumhuriyeti Anayasasının 38. maddesinde düzenlenen ordonnance'tan sadece şekil anlamında değil, içerik anlamında da farklı bir düzenleme yaptığını göstermektedir. Ordonnance'lar organik anlamda yürütme işlemi olup (bakanlar kurulu), fonksiyonel anlamda yasamanın 34. maddede sayılan yetki alanındaki konularda ve yasama organının yetkilendirmesiyle bakanlar kurulunun işlem yapabilmesini sağlar; sonra da bu işlemler yasama organının onayına sunulur. Yasama organının onayıyla ordonnance'lar yasama işlemi haline dönüşürler.

14 Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin içtihadının (E. 2013/50, K. 2015/38, K.T. 1.04.2015) "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği" ifadesi çerçevesinde yeniden yorumlanması gerekmektedir. İlgili içtihadın yorumu hakkında bkz. Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C.23, S. 2, 2017, s. 22.

işleme ait isimlendirmenin karışabileceği ihtimali de bulunduğundan, bunları tek bir makamın incelemesi ve yine işlemin hukuki niteliği hakkında karar vermesi daha yerinde olurdu.

Bu sonucu destekleyen başkaca Anayasa hükümleri de bulunmaktadır:

(i) **1982 Anayasası, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini öngörmektedir.** (Any. md. 7: "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir.* ***Bu yetki devredilemez***"). Bu formül Fransa'da IV Cumhuriyet (1946) Anayasasında kullanılan formüldür. Bu dönemde 17 Ağustos 1947 tarihli Marie Kanunu, "*doğası gereği idarenin düzenleme alanı*"na giren konuları saymıştır. 15 Buna ek olarak aynı dönemde Parlamento genel esasları belirleyerek detaylı düzenlemeleri kararnamelere bırakan çerçeve kanunlar da çıkarmıştır. Yetki kanunlarının çerçevesi ise Conseil d'Etat'nın 6 Şubat 1953 günlü görüşüyle çizilmiştir.

(ii) 1982 Anayasası, anayasanın ve kanunların üstünlüğü anlayışına göre kaleme alınmıştır. (Any. Başlangıç bölümü : "*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve* ***üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu***")

(iii) 1982 Anayasası, yürütme organının kanuna bağlılığını kabul etmiştir. (Any. md.8 : "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından,* ***Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir***".

(iv) Any. md 123: "*İdare, kuruluş ve görevleriyle* ***bir bütündür ve kanunla düzenlenir***").

2. Olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmündedir

Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu bizzat Anayasa maddesinde belirtilmiştir, ayrıca bunlar yasama organının onayına sunulmaktadır. Dolayısıyla bu işlemler organik anlamda yürütme işlemi, fonksiyonel anlamda yasama işlemidirler. Bu işlemlerin Parlamento tarafından bir an önce görüşülmesi ise teşvik edilmiştir. Bu işlemlere ilişkin anayasaya uygunluk denetimi yasaklanmış ve bu alanda siyasi denetimle yetinilmiştir. (Any. md. 119: "*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara*

15 Bu sayım sonradan V. Cumhuriyet (1958) Anayasasının 37. maddesinin ön hazırlığını oluşturmuştur.

tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar".

B. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde özerk alan meselesi

Kararnamelere ilişkin ikinci önemli nokta 104. maddenin 17. fıkrasıyla, 104/9, 106/son, 108, 118/son maddelerinin yürütme organı için özerk bir düzenleme yetkisi (*pouvoir réglementaire autonome*) yaratıp yaratmadığıdır. Anayasanın Başlangıç bölümü doğrultusunda ilgili hususa ilişkin yapılabilecek anayasanın sözüne ve ruhuna uygun şu şekilde olabilir:

1. Anayasanın sözüne uygun yorum

1982 Anayasasında hakkında cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılacağı işaret edilen konular şunlardır:

Any. md. 104/9: Cumhurbaşkanı "*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler*".

Any. md. 106/son: "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*".

Any. md 108: "*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*".

Any. md 118/son: "*Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*".

Any, md 123/son: "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*".

Bu surette 2017 değişiklikleriyle Cumhurbaşkanlığına yürütme bölümünde düzenlenen temel konulardan bazılarını özellikle anmak suretiyle, Anayasanın orijinal halinde kanunla düzenlenen konularda kararnameyle düzenleme yapma olanağı tanınmıştır. **Başka bir deyişle yürütmenin asli düzenleme yapma imkânı genişletilmiştir.** Yürütme yetkisi Anayasanın 104. maddesinin 1. fıkrasında cumhurbaşkanına ait olarak tanımlandığı için bu durum yürütme faaliyetinin niteliğinden doğan doğal bir düzenleme yetkisi olarak nitelendirilir.

Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin düzenleme tarzının aynı konularda kanun çıkarılmasını engellemek için öngörüldüğü fikrini paylaşmıyorum. Bunun başlıca nedeni 1982 Anayasasının hiçbir maddesinde yasama yetkisinin kapsamını sayma yoluyla belirleyen bir hükmün bulunmaması ve Anayasanın genelinde "kanunla düzenleme" esasının hakim olmasıdır. Başka bir deyişle 1982 Anayasası, Fransa Cumhuriyeti Anayasasının (1958-V. Cumhuriyet) 34. maddesindeki gibi sınırlandırılmış bir yasama alanı öngörmemiştir. Kaldı ki "özerk düzenleme yetkisi" kuramının ortaya çıktığı Fransız sisteminde de Anayasa Konseyi, idarenin düzenleme alanında kalan konularda kanunla düzenleme yapılmasını anayasaya aykırı bulmamaktadır. [16]

Ayrıca yasamaya ilişkin 7. maddede yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi açık bir biçimde yer almaktadır. Ayrıca Anayasanın yukarıda kararname çıkarılacağı söylenen konularda, münhasıran kanunu yetkili kıldığı haller de bulunmaktadır (Devlet Denetleme Kurulunun idari soruşturma yetkisi ve üst kademe yöneticilerinin atanması açısından Anayasanın 128 vd. maddeleri).

2. Anayasanın ruhuna uygun yorum

Anayasa metinlerini nasıl yorumlarsınız? Bu soruyu yanıtlayan hukukçuların büyük bölümünün "klasik yorum yöntemleriyle" cevabını vereceği düşünülebilir. Savigny tarafından sistemleştirilen bu yöntemler aslında son derece moderndir. Başka bir deyişle, siyasi iktidarın merkezileşmesinden sonra ortaya çıkmıştır. Bir de bu dönemden öncesi var. Pratik hukukla iç içe yaşayan her meslekteki hukukçunun (öğretim üyesi, hâkim, avukat) kullandığı yöntemler, siyasi iktidarın merkezileşmediği toplumlardaki çoğulculukla baş etmek için kullanılan yöntemler, son dönemde özellikle Anayasa hukuku doktrini tarafından tekrar değerlendirilir hale geldiler, tabii bir adaptasyonla: teolojik referanslardan ayrılmak suretiyle. Bu yorum yöntemlerinin özelliği, odak noktalarının modern dönem yorum yöntemlerininkinden farklı olmasıdır. Modern yorum yöntemleri, bir şekilde siyasi kararı (iradeyi) anlamaya yönelmiştir. Modern öncesi yorumda ise bu tür bir iradenin dışında hukuki soruna pratik çözüm yolu arayışı vardır. Bu arayış doğrultusunda başka düşünsel sistemlere ait yapılar kullanılır, örneğin Roma hukukunun kavramları kullanılır, ama o dönemde öngörüldüğünden tamamen farklı şekilde. Anayasanın sözüne uygun yorum, modern dönem yöntemleri çerçevesinde yapılan yorumdur. Anayasanın ruhuna uygun yorum ifadesinde ise modern öncesine açık bir kapı vardır. [17] Her ne kadar modern

16 Bu durumda ancak Conseil d'Etat'nın izniyle 37/II. maddedeki prosedür işletilebilmektedir. Anayasa Konseyinin yasama alanı (md. 34), idari düzenleme alanı (md. 37) ayrımı meselesine temkinli yaklaşımı hakkında bkz. Olivier Gohin. *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 3eme éd, Paris 2016, s. 962.

17 Kurucu iktidarın bu ifadeyi kullanmasının nedeni büyük ihtimalle Carl Schmitt. Yoksa modern

kullanım onu amaçsal ve genetik yorumla bir görmeye yönelse de "Anayasanın ruhu" ifadesi bundan daha fazlasıdır ve iradeyle aklı birleştiren yapıya referans yapar: kendisini ne bütünüyle katı bir pozitivizm ürünü olarak, ne de doğal hukukçu olarak tanımlayan bir anayasa teorisine.

1982 Anayasasında meşru yetki kullanım kaynakları nelerdir? Bu meşruluk kaynakları Anayasanın 1, 3, 6 ve 7. maddelerinde yazılıdır: "*Türkiye devleti bir Cumhuriyettir*" (md. 1). "*Türkiye devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür*" (md. 3) ifadeleri sadece devlet başkanının millet tarafından seçilmesini ve toprak bütünlüğünün korunmasını anlatmakla kalmaz, aynı zamanda Anayasanın sembolik anlamını da taşır: "üniter bir yapı içerisinde Cumhuriyetin bütünlüğünün korunması". Bu amacı gerçekleştirmeye dönük egemenlik teorisi ise Anayasanın 6. maddesinde yazılıdır: "*Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. / Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. / Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*". Başka bir deyişle **bu Anayasa temsili demokrasi fikriyle yoğrulmuştur.** Birçok değişiklik geçirmesine rağmen 1982 Anayasasını hala ayakta tutan ruh da bu ruhtur. Anayasanın 7. maddesini bu temelde anlamak gerekir: "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*".

Anayasal yetkileri anlamlandırırken bu ruha uygun yorum yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda özellikle Bakanlık teşkilat yapılarına ve kamu tüzel kişiliklerinin kurulmasına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılmasının anayasanın ruhunu yansıtan temsili anlayış temelinde daha uygun olacağını düşünüyorum.

Aynı egemenlik anlayışı doğrultusunda 2017 değişikliklerinde 104. maddede yer alan "*Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir*" ifadesi yerine, "*Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır*" ifadesi yer alsaydı daha isabetli olurdu.

Bitirirken

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin bu kapsamda bir düzenlemeyle Türk anayasal sistemi yeni tanıştı. Bu işlem tipinin ne şekilde hayat bulacağını ve akıbetini Cumhurbaşkanının, Türkiye Büyük Millet Meclisinin ve Anayasa Mahkemesinin (hatta Danıştayın) yaptığı yorumlar belirleyecektir.

öncesine atıf yapılmak istendiğini düşünmüyoruz Anayasanın ruhuna uygun yorumun, Schmitt'in "düzen olarak anayasa" anlayışı doğrultusunda anayasacılık literatüründe kullanım alanının yaygınlaştığı bilinmektedir.

Calvino'yla başlamıştık, onunla bitirelim : "*Gerçekte, benim yazım hep iki farklı bilme biçimine karşılık gelen iki değişik yolun karşısında bulmuştur kendisini: Bir yol içinde birleşen doğruların, (...) soyut biçimlerin, güç vektörlerinin izini sürebileceğimiz bedenden arındırılmış bir rasyonelliğin zihinsel uzamında hareket eder; öteki yol ise nesnelerle dopdolu bir uzamda hareket eder ve (...) o uzamın sözel karşılığını bulmaya çalışır*". [18]

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

18 Italo Calvino, "Görünmez Kentler ve Kesinlik", *Görünmez Kentler*, Bölüm Çev: Kemal Atakay, YKY yay., 24. Baskı, İstanbul 2018, s. 17.