

NORMLAR HİYERARŞİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ [ÇOK BOYUTLU NORMLAR PİRAMİDİ YAKLAŞIMI]*

Abdullah SEZER**

Hukukçularla başlayalım... Bunlar, Sisypheos gibi, kan ter içinde dağın tepesine çıkardıkları kaya aşağı yuvarlandıkça, tekrar yukarı çıkarırlar... Binlerce yasağı yorumlarken, sanırsın bunların mesleği dünyanın en zor sanatı. Kendilerine hayranlıkları, hiçbir ölümlüde görülmez.

[Erasmus: 129]

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (CBK¹) normlar hiyerarşisindeki (NH) konumu, CBK-kanun ilişkisinden etkilenirken, CBK'ların denetimini de etkileyecektir.

Error communis facit ius... Yaygın hatalar, zamanla yerleşiyor... Amaç, çok farklı ölçütlerle tartışılan NH kavramını doğru ölçütle analiz ederek, çok boyutlu bir bakış açısı sunmaktır.

GENEL PLÂN

- § I. Giriş: Çok Boyutlu Normlar Piramidi
- § II. Konunun İki Bileşeni: NH ve CBK
- § III. Olağan CBK ve Hiyerarşideki Yeri
- § IV. OHAL CBK ve Hiyerarşideki Yeri
- § V. Sonuçlar & Öneriler

§ I. GİRİŞ: ÇOK BOYUTLU NORMLAR PİRAMİDİ

Rechtsstaat ve Kelsen dönemi hukuk devleti artık yok². "Normlar enflasyonu" karmaşasını anlamak, hukuk devletinin sacayağından birini geliştiren Kelsen'i doğru okumakla başlar.

* AYM'nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu'na davetleri için, AYM Başkanı sn. Zühtü Arslan ve AYM üyelerine, özellikle Raportör sn. Taylan Barın'a teşekkürler...

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Kısaltmalar listesi, kaynakçadan sonra eklenmiştir.

² Milacic: 569.

A) Kelsen hakkında ön gözlemler

1) Kelsen, NH kavramını "sıfırdan" mı yarattı?

Kelsen, NH kavramını sistematize etmiştir, ancak sıfırdan icat etmiş değildir. Önceki birikimlerden yararlanması gayet doğaldır. Öteden beri kanonik hukuk ve İslâm hukukunda kutsal kitap temelli hiyerarşik kalıplar mevcuttu. 1803'te ABD Federal Yüksek Mahkemesi *Marbury v. Madison* kararı ile anayasaya aykırı kanunun geçersizliği ve ihmaline değindiğinde³, Kelsen'in doğumuna 78, eserinin ilk baskısına 131 yıl vardı⁴. Üstelik Kelsen, "hukukun kademeli yapılanması" kavramını (*stufenbaulehre*), öğrencisi Adolf Julius Merkl'den alıp geliştirmiştir⁵.

2) "Normlar hiyerarşisi" "norm"lardan mı oluşur?

Kelsen, yazılı kuralların ötesinde örf, yargısal işlem⁶ ve özel hukuk işlemlerini de eklediği için, "*hukukî işlemler hiyerarşisi*" denebilir. Bu bağlamda Kelsen, hapis cezasının infazı örneğinde en alt ve en somut işlemten yukarı doğru geçerliliği ayrı ayrı test ederek, tüm işlemlerin "*izini temel norma kadar sürmek*"tedir⁷.

3) Kelsen, tabîi hukukçuların eleştirdiği pozitivist mi?

Kelsen, ilâhî ve tabîi hukuku reddetse de, aslında ikincisinin etkisinden kurtulamaz: Anayasa, tüm sistemin değil, sadece pozitif hukukun en üst düzeyidir. Onun da üstünde, pozitif hukukla açıklanamayan *grundnorm* (temel norm) vardır. İçeriğini⁸ aslı kurucu iktidarın belirlediği kavramı, "*yerleşik sistemin yazısız genetik kodları*" olarak niteliyoruz⁹.

4) Kelsen, "saf hukuk teorisi" kurmayı başardı mı?

Kelsen, hukuk-ötesi unsurlardan arınmış sistem kurabilirse, yorum farklarının giderilebileceği, hukuk pratiğinde kesinlik elde edilebileceği ve hukukun bilim hâline gelebileceğini düşündü. Ancak, geçerliliğini

³ ABD'de benzer görüşler 1793'ten beri azınlık oylarında savunulsa da, mahkeme kararı niteliğine erişememişti. Kararın gerekçesini yazan Marshall'ın bu kararlara ve *The Federalist Papers* vb. birikimlere atıf yapmaması eleştirilir. Onar 2003: 96, dp. 228.

⁴ Kelsen, normlar hiyerarşisine 1928'deki bildirisinde de değinir. Kelsen 2015: 866.

⁵ Paulson: 30; Tunç 1997: 119.

⁶ Ancak, yargı kararları ile sınırlı şu tanım eksiktir: "Yargı normlarının, en üstte anayasanın bulunduğu bir piramit şeklinde düzenlenmesi". Renoux: 142.

⁷ Kelsen 2016: 69-70.

⁸ Ancak bir yazara göre, *grundnorm*'un "hiçbir içeriği yoktur". Wacks: 163.

⁹ Kavramı "Anayasaya egemen olan felsefe" olarak niteleyen bir yazara göre, Türkiye'nin "temel norm"unun unsurlarından birkaçı şunlardır: "Türk toplumunun yaşadığı batılılaşma süreci", "sentetik kültür yapısı", "İslâm dini", vs. Sağlam: 47.

başka normdan almayan *grundnorm* hukuk-ötesi değerlere referanssız açıklanamayacağı için, girişimi eksik kaldı¹⁰. Özetle, eserine Saf Hukuk Kuramı adını verse de, hukuku saflaştırmada başarısız oldu.

B) Normlar piramidine "çok boyutlu" bir yaklaşım

1) 3 aşamalı inşa sürecinde başlıca hata veya tartışmalar

- **Hiyerarşik ilişki:** Piramidin tuğlası, geçerlilik ölçütüdür. 2 norm arası üst-alt¹¹ ilişkisinin kurulması ile norm çiftleri oluşur.

- Yanlış ölçütlerin kullanılması: Örneğin geçerlilik yerine denetim yasağı, normlar arasında yanlış hiyerarşik ilişki kurmaya yol açar.
- Geçerlilik ölçütlerinin alternatif veya kümülatif uygulama belirsizliği.
- Doğru ölçütün yanlış yorumlanması: Örneğin geçerlilik ölçütü *lex specialis* ilkesini kapsayacak biçimde yorumlanarak üstünlük çıkarımı yapılır.
- Ölçüt ve uygulama arasında tutarsızlık bulunması¹².
- Ölçütün başka bir normla kıyas yoluyla uygulanması.
- Aynı normdan zıt sonuçlar çıkarılması: Örneğin norm çatışmasından, bazıları eş düzey norm, bazıları üstünlük çıkarımı yapar.

- **Hiyerarşik düzey:** Alt ve üst normla çift yönlü dikey ilişki kurulan norm, hiyerarşide bir düzeye yerleşir.

- İki norm arasında kurulan hiyerarşik ilişkinin diğer düzeye test edilmemesi: Çift yönlü (üst ve alt normla) ilişki kurulmamasıdır¹³.
- Hiyerarşik düzeyler arasında gri bölgelerin kabûlü: Norm için "nispeten üstün", "2 norm arasında bir yerlerde", "bir dereceye

¹⁰ Uygun: 308-309.

¹¹ Bazen üst-alt yerine, "üst-ast" kullanılır. Ürger: 147; Gözler 2000-I: 33; Gülgeç: 195, vs. Sözcüğe, birçok kontrolden geçen resmî sınavlarda da rastlanır (2014 KPSS Lisans, Genel Kültür, soru 46). Üst-ast (eski dilde mafevk-madun) normları değil, makamları niteler ve idarî hiyerarşiye özgüdür. Altay: 184; Türk Hukuk Lügatı: 229.

¹² Bir eserde, önce şu ölçüt belirlenir: "Alt sırada yer alan bir hukuk kuralının, kendisinden üst sırada olan hukuk kuralına aykırı olmaması gerekir". Alt satırda, "Türk hukukunda normlar hiyerarşisi" başlığında şu sıralama yapılır: Anayasa; haklarla ilgili anlaşmalar; kanun ve KHK; diğer anlaşmalar; tüzük; yönetmelik ve genelge. Gül & Karan: 27. Saptama, ayrıca tanıma dönüştürülür (s. 57). Ölçüt üst norma uygunluk ise, kanunun anlaşmaya uygunluğunu öngören anayasal norm hangisidir?

¹³ 2014 KPSS Lisans Sınavı soru 46'da istenen sıralama şudur: KHK-tüzük-yönetmelik (Genel Kültür Testi Kitapçığı: 25). Oysa, ilk 2'si arasında üst-alt ilişkisi tartışmalıdır.

kadar üstün" vb. deyimler kullanılır. Bunlara doktrinde¹⁴ ve AYM kararlarında¹⁵ da rastlanır. Oysa, hiyerarşide ara basamak, "sisli bir bölge" yoktur¹⁶.

- **Hiyerarşik sistem:** Hiyerarşik düzeylerin uyumlu ilişkisi ve üst üste yapılanmasıyla, hiyerarşik sistem tamamlanır.
- Ulusal-üstü normlara yer verilmesi: Geçerlilik ilişkisi yoksa iç hiyerarşide yer almaz. Ancak, iç hukuka aktaran işlem için hiyerarşi tartışılabilir. "Ayrılabilir işlem" olan ilgili kanun denetlenebilir.
- Eş düzey normların ayrı ayrı test edilmemesi: Eş düzey normlardan biri için oluşan 2 yönlü ilişki diğeri ile kurulamıyorsa, saptama hatalıdır.
- Her işleme sistemde yer bulma çabası: Sistemi asıl amacından uzaklaştırmaktadır. Kurulan çok katlı piramitler, geçerlilik zincirinin bazı katmanlarda ispatını da güçleştirmektedir.

Çözüm nedir? Tek yönlü hiyerarşik ilişkileri ve çatışma ilkelerini 2. ve 3. boyutlara kaydırarak, iki yönlü hiyerarşik ilişkilerden örülü ana şemayı karmaşadan arındırmak (*saflaştırma*). Böylece, çok katlı piramitler inşa etmeye de gerek kalmayacaktır.

2) 3 boyutlu mimari: Üçgen değil, piramit

Sistem, tek boyutlu ve 3 kenarlı **şekil** değil, üç boyutlu geometrik bir **nesne**dir. Piramidin her boyutu farklı işlev görür. İlk 2 boyut, iki yönlü hiyerarşi ve tek yönlü hiyerarşik ilişkileri içermekte olup, *lex superior* konusudur. 3. boyut, söz konusu ilkenin ve dolayısıyla hiyerarşinin dışında kalan normlar alanıdır:

- **Ana/birincil boyut** (iki yönlü dikey ilişki): Hem üst, hem alt düzey normla geçerlilik ilişkisi olanlar, hiyerarşide bir düzey işgal eder. Bu normlar, hukuk âleminde bağımsız çiftler hâlinde varlıklarını sürdürmemekte, aksine hukukun bütünlüğünün parçası olarak geçerli kalabilmektedirler. 3 boyuttaki normların toplamı ise, çok boyutlu/uzaysal (*spatial figure*) yapıdadır¹⁷.

¹⁴ Anlaşma denetlenemediği için kanundan "bir dereceye kadar" üstündür. **Şahin:** 67. OHAL KHK'nın denetlenmemesi, kanundan "nispi bir üstünlük" yaratır. **Yüzbaşıoğlu:** 202-203.

¹⁵ Anlaşma-kanun arasında "bir tür hiyerarşi" vardır. Bkz. AYM 1. Bölüm, Sevim Akat Eski anayasa şikâyeti başvurusu, T. 19.12.2013, para. 41.

¹⁶ **Gözler** 2000-II: 4.

¹⁷ **Barın:** passim (tebliğ özetini paylaştığı için teşekkür ederiz).

- **Yan/ikincil boyut** (tek yönlü dikey ilişki): Sadece üst veya alt geçerlilik bağı olan, ancak diğer düzeydeki işlemle hiyerarşi eksik veya kısmî olan işlemler, bir kademe/düzey işgal etmeyip, bu boyutta yer alır.
- **Hiyerarşi dışı işlemler boyutu / çatışma çözüm hattı** (yatay ilişki): Normlar arasında ne çift, ne de tek yönlü hiyerarşinin kurulabildiği durumlar 3. boyutta yer alır. Örneğin kanun-CBK çatışmasında CBK'nın, kanun-özcülikle ilgili anlaşma çatışmasında kanunun ihmali öngören çatışma çözme normları, üst-alt ilişkisi yaratmadığı için son boyuttur¹⁸.

Özetle; işlemin düzeyi açısından birçok olasılık vardır: İşlem ya "tek tip" olup, bu sütunda sabit bir düzey işgal eder; ya alt türleri itibariyle değişken karakterli olup, farklı düzeylerde yer alır; ya tek taraflı ilişki boyutundadır; ya çatışma çözme ilişkisinin tarafı olup 3. boyuttur; ya da tüm boyutların tamamen dışındadır.

Ş II. KONUNUN İKİ BİLEŞENİ: NH VE CBK

A) Normlar hiyerarşisine ilişkin genel saptamalar

1) Anlamı ve işlevi

Hiyerarşi olgusuna birçok alanda rastlanır: Anayasa Hukukunda (NH), İdare Hukukunda (üst-ast, âmir-memur), askerlikte (subay-asker, emir-komuta), silâhlı kuvvetlerde¹⁹, ulusal-üstünde²⁰, dinde²¹, dünya siyasetinde²², psikolojide²³...

¹⁸ Anlaşma-kanun ilişkisinde benzer bir yorum için bkz. **Dönmez & Barın**: 195-198.

¹⁹ TSK yönergesi'nde iç düzen normları hiyerarşisi: Genel mevzuat, yönerge, prensip emri, devamlı emir, devamlı talimat, diğer işlemler (özel emir, günlük emir, vs).

²⁰ Örneğin AB açısından bkz. **Arsava**: 1-24; **Oder**: 167 vd.

²¹ İslâm hukuku şeması şudur: Kur'an, Sünnet, İcmâ'-yı ümmet, Kıyas-ı fukahâ. **Sağlam**: 198. Bazen açıkça "hiyerarşi" sözcüğü kullanılır. **Akbulut**: 169; **TDVİA**-26: 122.

²² Güç hiyerarşisi teorisi, "devletler, nispi güçlerine göre merdivenin hangi basamağında duracağını bilirse barış korunur" tezine dayanır. **Roskin & Berry**: 30. BM'de devletlerin iradesini tek başına bloke eden 5'li, küresel iktidar piramidinin A takımıdır.

²³ A. Maslow'un "İhtiyaçlar Hiyerarşisi Teorisi" için bkz. **Maslow**: passim.

Dilimizde farklı adlarla anılan kavram²⁴, Anayasa'da dolaylı biçimde geçer²⁵. Doğrudan geçtiği örnek, İspanya Anayasası'dır²⁶.

Kavramın 2 bileşeninden (norm²⁷ ve hiyerarşi²⁸), şu tanıma ulaşabiliriz: Normlar arası biçimsel ve içeriksel geçerlilik ilişkisi ile yapılandırılan, üst norma aykırı alt normun yargısal denetim mekanizmalarınca ayıklanmasıyla iç uyumu korunan sistem.

Hukuk devleti, 3 unsurdan oluşur²⁹: NH ile yapılanan normlar, erkler ayrılığı ile yapılanan erkler, yargı bağımsızlığı ile yapılanan denetim mekanizması. Anayasa yargısının 3 şartı (kodifiye anayasa, sert anayasa, norm denetimi) dikkate alınınca, anayasanın üstünlüğünü hayata geçirmede kavramın işlevi anlaşılır.

Hukuk kuralları kademeli biçimde yapılanmaz ve soyuttan somuta inilmezse, hukuk normları karmaşası doğar. NH, normların üst norma uygun olduğu inancını ve hukukî meşruiyeti besler.

Hukuk devletin unsurları arası ilişkiye gelince; normu yapan-uygulayan-denetleyen organ ayrışması, erkler ayrılığını zorunlu kılar. Erkler ayrılığının özü olan fren & denge ise, norm denetimi ile iç uyumu korunan bir hukuk düzeninin inşasını gerektirir. Nihayet anayasa yargısı, hem özgürlüğün (*bekçilik*), hem yatay ve dikey erkler ayrılığının koruyucusudur (*hakemlik*).

2) NH sisteminin ilkeleri

Sistemin unsurlarından³⁰ (kaynakların çoğulculuğu, yapım-uygulama-denetleme farklılaşması, denetim) şu ilkeler türetilbilir:

²⁴ "Kurallar kademelenmesi" (**Teziç**: 85); "kurallar dizgesi" (**Sav & Sav**: 404); "devlet muameleleri hiyerarşisi" (**Başgil**: 203). "hukuk kaideleri iyerarşisi" (**Özyörük**: 17, 128 vd. Sözcükte basım hatası yoktur); "mevzuatlar arasındaki hiyerarşi" (**Başgil**: 137); "hiyerarşik kademe" (AYM, K. 2010/87, N. Necipoğlu karşı oy); "hukuk düzeni piramidi" (**Gözler** 2018: 217); "hukuk kurallarında derecelenme" (**Yayla**, Y: 13); "Kurallar silsilesi" (AYM, K. 1998/62, başvuru).

²⁵ M. 137'de normlar sıralanır: "yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa". M. 138/1 de benzer şema verir: "Anayasaya, kanuna ve hukuka". İlgili başka normlar da vardır: Any. m. 11, 87, 124, 137, 148 (ayrıca eski 91, eski 115), vs.

²⁶ M. 9/3: "Anayasa, ... normlar hiyerarşisini, ... güvence altına alır". **Kaboğlu** 2016: 86. Bir başka çeviride, "kanuni hükümlerin hiyerarşisi" geçer. **Adalet Bakanlığı**: 540.

²⁷ Norm: "ölçü, kural, düstur, kaide". **Altay**: 341.

²⁸ Hiyerarşi: "1. Aşama sırası, mertebeler silsilesi. 2. Teşkilâtta ki mertebeler düzeni. 3. Sivil ve askeri amir ve memur, üst ve ast düzeni". **Altay**: 184. Eski dildeki "silsile-i merâtip" normlar değil, makamlar hiyerarşisidir. **Türk Hukuk Lügati**: 229, 300.

²⁹ **Sezer & Kırıt & Boyar**: 21-41.

³⁰ **Kaboğlu** 2016: 13.

- Normların iki yönlü dizilimi: Normlar, dağınık hâlde ve rast gele değil, sistematik biçimde yapılırlar. Aynı kademedeki (eş düzey) normlar yan yana³¹, norm kademeleri ise üst üste hiyerarşik biçimde dizilir.
- En üst düzeyde normun tekliği ilkesi (piramidin ucu kesik değil, keskindir): Sistemde en üst düzey hariç, daha alt düzeylerde birden çok norm yan yana olabilir³². Karşıt görüş (anayasal değerlerde normlar tezi), anayasanın başka normlarla birlikte yan yana bir blok oluşturmastır. Bu görüş, daha üst norm olmadığı varsayımında, başlıca 2 sorun yaratır: Bloktaki normlar arası uyum, alt normun bu normlardan hangisine uygun olması gerektiği.
- Kelsen'de en üst normun anayasa olmaması: Anayasa'nın üstüne grundnorm'u yerleştiren Kelsen, uluslararası hukuku da "*tüm iç hukuk düzenlerinin üstünde*"³³ görür. "Anayasal düzeyde" normlar tartışmasından farklı olarak, "anayasa-üstü"lük (*supra constitutionem*) olgusudur. Kanımızca iç hukukta en üst norm, kodifiye edilmiş³⁴ anayasa olmalıdır.
- Şeklî anayasa anlayışında metin içi hiyerarşinin reddi: Örneğin değiştirilemez anayasa normu, anayasa içi hiyerarşi yaratmaz.
- En üst norm, hukuk sisteminin birliğini sağlar: Geçerlilik zinciri izlenirse, normların birliğini sağlayan en üst norma ulaşılır³⁵.
- Anayasa sembolik değil, normatiftir: Anayasa üstün ve bağlayıcıdır. Anayasanın üstünlüğü, şeklî-maddî üstünlük ayırımına tâbidir.
- Başta en üst norm olmak üzere, her üst norm alt normun ihdas veya içeriğini belirlediğinden "*üretim ve denetim zinciri*" oluşur.
- Normların ve normları üreten organların çokluğu/çoğulculuğu: Böylece, normu yapan-uygulayan-denetleyen organlar ayrışır. Normlar farklı düzeyde yer aldıkları için, normların sahibi de farklılaşır.

³¹ Eş düzey normların maddeleri arasında da üst-alt ilişkisi olduğu savunulur. **Kuluçlu**: 9.

³² Örn. Gözler'in piramidinde 9 basamaktaki 16 işlemin nedeni budur. **Gözler** 2018: 218.

³³ **Kelsen** 2015: 861.

³⁴ "*Tek metin anayasa*" anlamındadır. "*Yazılı anayasa*" deyimini önermiyoruz.

³⁵ **Kelsen** 2016: 79.

- Sistemde alta indikçe normlar somutlaşır; norm sayısı, ayrıntı, uygunluk aranan (üst) norm sayısı artar; bağlayıcılık azalır. Üste çıktıkça genellik, üstünlük ve bağlayıcılık artar; değiştirme ihtiyacı azalır.
- Üst norma aykırı alt normun denetimi: İptal vb. yaptırımlar öngörülür.

3) Doktrinde kullanılan ölçüt ve gerekçeler

Geçerlilik ölçütü yerine veya ondan türetilerek kullanılan ölçütler, her zaman doğru sonuca götürmeyebilir³⁶:

- *Üç erkin işlemleri arasında hiyerarşi olduğu: Örneğin şekli anlamda yasama işlemi, yürütme işleminden üstündür*³⁷.
- *Düzenleyici işlemin her zaman bireysel işlemten üstün olduğu: Bu ilke, işlem hangi makama ait olursa olsun değişmez*³⁸.
- *Denetim merciinin kararının denetlediği normdan üstünlüğü: AYM kararı, geçerliliğine son verebileceği İçtüzükten üstündür*³⁹.
- *Bir normu hükümsüz kılma: Kanunla CBK'yı hükümsüz kılma, CBK'nın "kanun altı statüde yer aldığı"nı kanıtlar*⁴⁰.
- *Norm denetimi yasağı: Örneğin, uluslararası anlaşma denetlenemediği için, kanundan "bir dereceye kadar" üstündür*⁴¹.
- *Bir normu değiştirebilme veya yürürlükten kaldırılabilme: Eski sistemde KHK'nın "kanun düzeyinde" olma gerekçelerinden biri, kanunu değiştirebilmesi veya yürürlükten kaldırabilmedir*⁴².
- *Bir normun ihdasını düzenleyebilme olanağı: Yasama yetkisinin genelliği gereği kanunla CBK'nın ihdası düzenlenebileceği, buna karşın CBK ile kanunun ihdası düzenlenemeyeceği için, kanunun üst norm olduğu savunulur*⁴³.

³⁶ Örnek yazarların bir kısmı, bazı analizlerinde geçerlilik ölçütünü de kullanırlar.

³⁷ Şahin: 63.

³⁸ Yazarın "patere legem" olarak nitelediği ilke hakkında bkz. Gözler 2018: 218-221.

³⁹ Gülgeç: 155. Mülga m. 107'deki CBK için de benzer ölçüt kullanılır. Taşdöğen: 963.

⁴⁰ Karatepe & Alkan & Atar vd: 85.

⁴¹ Şahin: 67.

⁴² Gözler 2000-II: 4.

⁴³ Şirin: 297-298; Gülgeç: 198, 213.

- *Bir norma uyum sağlama çabası*: Kaboğlu, İHAS-iç hukuk ilişkisinde bu ölçütle "üstünlük" belirlemesi yapar⁴⁴.
- *"Kanun hükmünde" nitelemesini "kanun düzeyinde" olarak değerlendirme*: Haklarla ilgili anlaşma "kanun hükmünde" nitelenip iç hukuka kanunla aktarıldığı için, kanunla eş düzeydir⁴⁵.
- *Norm çatışmasında uygulama-ihmal ilişkisi*: CBK-kanun çatışmasında CBK'nın ihmali, kanunun üstünlüğünü doğurur⁴⁶.
- *Normun münhasır düzenleme alanı*: Uçum'a göre, kanunun CBK'dan üstünlüğünün bir gerekçesi, kanunla düzenlenecek olan 82 konuda CBK çıkaramamadır⁴⁷.
- *Bir normla açıkça düzenlenen konunun düzenlenememesi*: Özbudun'a göre, kanunun CBK'dan üstünlüğünün bir gerekçesi, kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkaramamadır⁴⁸.
- *Normun kabûl çoğunluğu*: Gözler, anayasa-kanun ve anlaşma-kanun ilişkisinde kabûl çoğunluğunu ölçüt alır⁴⁹.
- *İşlemin yapım usûlü ve önem derecesi ilişkisi*: TBMM'de özel usûlle çıkarılan "temel kanun", genellikle anayasal önemde olmayan, ancak kanundan daha önemli düzenlemeleri içerdiği için, anayasa-olağan kanun arasındadır⁵⁰.
- *Hukukîlik-yerindelik ilişkisi ve hiyerarşiye etkisi*: CBK'da geçen⁵¹

⁴⁴ İHAS sisteminde kalındığı sürece, "mevzuatı (Anayasa dahil) buna uygun hale getirme gereği bulunduğuna göre, üstünlüğü de kabul edilmiş oluyor". **Kaboğlu** 2016: 400.

⁴⁵ **Ergül** 2014: 85. Niteleme, normatif değerle ilgilidir. Düzeyinde, derecesinde veya kademesinde değil; gücünde, etkisinde biçiminde anlıyoruz.

⁴⁶ **Ulusoy**: 6; **Açıl**: 747.

⁴⁷ *Hürriyet*, 25.01.2017.

⁴⁸ **Özbudun** 2017: 250.

⁴⁹ Kanunu TBMM koyar ve adı çoğunlukla değiştirir, oysa Anayasayı aslî kurucu iktidar koyar ve TBMM 2/3 çoğunlukla değiştirir. Ayrıca, anlaşma ve kanun TBMM'de adı çoğunlukla kabûl edilir. Anlaşmaya kanun üstü (anayasal) değer tanınacaksa, 2/3'le kabûl edilmelidir. **Gözler** 2004: passim.

⁵⁰ **Bakırcı**: 12.

⁵¹ 10 no.lu CBK, m. 6: Bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşunun hazırlayıp RG'de yayım için gönderdiği yönetmelik, tebliğ vb. düzenleyici idari işlemlerin taslakları, şu işlemlere "uygunluğu yönünden incelenir": Anayasa, kanun, CBK, genel hukuk kuralları, CB programı ve kalkınma plan-programı. Üniversiteler ve meslek kuruluşlarının benzer işlemleri ise, "Anayasa ve diğer mevzuat"a yine "uygunluğu yönünden incelenir" (f. 1). İlk f. kapsamında inceleme sonucu "uygun bulunmayan veya hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslaklar", ilgili kuruma "iade edilir" (f. 2).

"uygun bulunmayan" ibâresi, Bakanlık işleminin CB tarafından yerindelik denetimine tâbi tutulmasıdır. Hiyerarşi, hukuka uygunluk yanında yerindelik denetimini kapsar⁵².

- Aynı normu üreten farklı organların hiyerarşik konumu: Gözler'e göre, yönetmeliğin hiyerarşideki yeri, yönetmeliği yapan organın makamlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır⁵³.
- Dolaylı hiyerarşi tezi: AYM kararı, AYM İçtüzüğü ve TBMM İçtüzüğü ile OCBK arasında "dolaylı hiyerarşi" vardır⁵⁴.
- Diğer normların aykırı hükümlerinin uygulanamayacağı: CBK'larda da yer alan⁵⁵ bu tür normlar da ölçüt alınabilmektedir.
- Biçimsel ve içeriksel geçerlilik: Doğru ölçüt, az sayıda yazar tarafından kullanılır. Bu ölçütlere tekrar dönülecektir.

4) Hangi ölçüt(ler) kullanılmalı? (olması gereken)

a) Ön sorun: Hangi tür hiyerarşi? Hukukî mi, siyasî mi?

Esas aldığımız hukukî hiyerarşi, normun önemi ve moral değerinden çıkarılan ahlâkî/siyasî hiyerarşiden ayrılır⁵⁶.

İç-dış hiyerarşi ayırımından da söz edilebilir. Norm denetimi organı, öncelikle normun iç hukuk sistemindeki konumuna ve dolayısıyla "iç normlar hiyerarşisi"ne⁵⁷ odaklanır.

b) Hiyerarşik ilişkinin ön koşulu: Ayrı metinde yer alma

İki norm arasında hiyerarşi kurulabilmesi için, ayrı metinlerde yer almaları gerekir. Metin içi hiyerarşiyi reddettiğimiz için⁵⁸, aynı

⁵² **Çakır:** 53. Kanımızca, hukuksal denetimden ziyade siyasal denetime benzer. İncelenen metnin tekemmül etmiş işlem değil, taslaktır. Yetki, iade sonrası tekrar hazırlamayı engellerse, bloke edici işlev görür. "Diğer mevzuat" ibâresinin genişliği ve CB programının ölçü olması da tartışmaya değer.

⁵³ **Gözler** 2018: 215; **Söyler:** 166; **Gençay:** 399.

⁵⁴ Bu normlar doğrudan OCBK'ya geçerlilik sağlamasa ve geçerliliğini etkilemese de, OCBK ile "hiyerarşik olarak aynı seviyede olan kanunların geçerliliğini belirleyip etkileyebildiği" için "hiyerarşik üst konumundadır". **Gülgeç:** 213.

⁵⁵ 3 no.lu CBK m. 12: "Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu [CBK] ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu [CBK'ya] aykırı hükümleri uygulanmaz".

⁵⁶ Anayasa ile geçerlilik ilişkisi bulunmayan İHAS örnek verilir. **Gözler** 2000-I: 33-34.

⁵⁷ Ulusal hiyerarşi anlamındadır. Uluslararası örgütler için de kullanılır. **Sur:** 161.

⁵⁸ Anayasa normları arasında hiyerarşi kurulacak olsa, değişikliklerle değişikliğin usûlî normu arasında olurdu. Bu bağlamda, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun anayasanın değiştirilemez normlarına aykırılığı denetiminde esas

metindeki normlar arasında *lex superior* değil, *lex posterior* veya *lex specialis* ilkesi uygulanabilir⁵⁹.

c) "Üst norm"dan kasıt: Öncelikle bir üst düzeydeki norm

Hiyerarşinin kilit kavramı, geçerliliktir. Kelsen, üst-alt norm ayrımında, geçerlilik ilişkisini ölçüt alır. Alt norm üst norma göre yaratılır ve onun uygulanmasını sağlar. Normlar arasında oluşan "geçerlilik koşulları, üretim koşullarından başkası değildir"⁶⁰. Norm, üst normdan yürürlüğünü⁶¹ değil, geçerliliğini alır.

Normun öncelikle uygun olması gereken norm, geçerliliğini aldığı normdur, bu ise üst normdan başkası değildir:

*"Alttaki hukuk kuralının üsttekine mi veya doğrudan anayasaya mı aykırı olmamasının aranacağı şeklinde iki ihtimal düşünülebilir. Fakat ... bir üsttekine aykırı olmayacağı hüküm altına alın"ır*⁶².

Normun üstünlüğü, yapan organa üstünlük sağlamaz. Üstünlük organda değil, yaptığı işlemde. Alt normun bir üstteki norma uygun olma gereği, kendisinden 2 veya 3 düzey üstteki norma da uygunluğu gerektirir⁶³. Anayasa tüm normların geçerlilik kaynağı ("*normatif pınar*"⁶⁴) olduğuna göre, geçerlilik zinciri tüm normları "*şemsiye norm*"a uygun kılar. Böylelikle en üst norm (Kelsen'de *grundnorm*, bizde Anayasa), diğer normları belli ana ilkelerde birleştirici rol oynayarak, NH sisteminin iç uyumunu korur.

Alt normun üst norma uygunluğu koşulundan şu sonuçlar çıkarılabilir⁶⁵:

denetim yasağını aşmak için, "*kesinleşmiş Anayasa normları*" deyimini önerilir. Süreci tamamlanmamış anayasa değişikliği, henüz kanun düzeyindedir. **Sezer** 2006: 119, 515 vd.

⁵⁹ Ancak, özel-genel, sonraki-önceki, esas-geçici norm ilişkisini "normlar hiyerarşisinin değişik görünüm şekilleri" başlığında inceleyenler de vardır. **Kuluçlu**: 7-11.

⁶⁰ **Kaboğlu** 2016: 45.

⁶¹ Danıştay'a göre, "*alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur*". 2. Daire, K. 2013/1481; *Danıştay Dergisi*, S. 133, 2013: 150.

⁶² **Derdiman**: 9-10.

⁶³ **Gözler** 2018: 224.

⁶⁴ **Duchacek**:142.

⁶⁵ Sonuçlar tek yönlüdür. Örn. üst norm alt normu değiştirebilir. **Gözler** 2018: 224-225.

- Üst normda belirtilenden başkası yapamaz (biçimsel geçerlilik-yetki).
- Üst norma aykırı şekilde ihdas edilemez (biçimsel geçerlilik-usûl).
- Üst normda *numerus clausus* saptanan konuları aşamaz.
- Üst norma aykırı içerikte kural koyamaz (içeriksel geçerlilik).
- Üst norma istisna getiremez.
- Üst normu değiştiremez.
- Üst normu ilga edemez.
- Üst normu ihmal ettirici sonuç çıkarılamaz.
- Üst norma aykırılığı savunulabilir, ama ona aykırı yorumlanamaz.
- Üst norma aykırılığa rağmen uygulanamaz. Ama iptale dek geçerlidir.
- Üst normla ilişkisinde *lex posterior* ve *lex specialis* uygulanamaz.
- Üst norma aykırı ise, ayıklanır (biçimsel ve içeriksel denetim).

Üst normun alt norma üstünlüğü, bir bakıma normun *norma* egemen olmasıdır. Aksi çıkarım, NH piramidinin ters yüz edilmesidir. 3 boyutlu nesne sivri ucu üzerinde sabit duramayıp devrilir⁶⁶. "Üstünlük"ten farklı olarak "bağlayıcılık" ise, normun *kişiye* (gerçek ve tüzel) egemen olmasıdır. Her ikisi, aslında normun üstünlüğü ilkesinin birbirini tamamlayan 2 boyutudur.

d) Geçerlilik ölçütünün 2 boyutu: Biçim ve içerik

Hukukî geçerlilik farklı açılardan tanımlanmakta olup, hukuk düzenine aidiyetten yola çıkan anlayışı esas alıyoruz⁶⁷.

Ön sorun: "İç geçerlilik" mi, "dış geçerlilik" mi⁶⁸? Gözler, normun iç ve uluslararası geçerliliğini ayırt ettikten sonra, İHAS-Anayasa arasında hiyerarşiyi tartışır. İHAM, İHAS'a aykırı gördüğü iç hukuk normunu

⁶⁶ Aslanan, alt normun üst normun izin verdiği ve ona aykırı olmadığı sürece geçerli olmasıdır. Tersine, üst irade (norm), geçerliliğini alt iradeden almaz. **Can:** 1126.

⁶⁷ Türkçe en kapsamlı monografi sahibi Gözler, geçerlilikte 3 ön (maddî varlık, hukukîlik, anayasallık), 1 asıl (biçimsel geçerlilik) ve 2 ek koşul (global hukuk düzeninin etkililiği, normun minimum etkililiği) sayar. Hukukî geçerlilik 3 ölçütü tanımlar: Âdillik/aksiyolojik geçerlilik (tabîi hukuk), etkililik/maddî geçerlilik (hukukî realizm), aidiyet/biçimsel geçerlilik (hukukî pozitivizm). **Gözler** 1999: 28-112.

⁶⁸ Dış geçerliliği, ulusal-ulusal-üstü ayrımı bağlamında kullanıyoruz. Diğer anlamı, norm denetiminde dışsal/metin dışı (biçimsel) geçerlilik denetimidir. **Crozat:** 415-435.

iptal etmedikçe, iç geçerliliği ile Avrupa Konseyi bağlamında geçerliliği farklıdır. İHAM, veya AYM, İHAS'a aykırı gördüğü iç hukuk normunu iptal etmedikçe, İHAS Anayasa üstünde sayılamaz⁶⁹. Anlaşmanın iç hukukta geçerliliği iç hukuk işlemine dayanır. AYM, iç geçerliliği denetler.

- *Biçimsel geçerlilik mi? İçeriksel geçerlilik mi? Şeklî-maddî ölçütlerle, geçerliliğin 2 boyutundan söz edilebilir:*

- **Biçimsel geçerlilik:** NH sisteminde aslanan, normun doğumundaki geçerliliğidir. Normların hiyerarşideki yeri, *"içeriklerine göre değil, biçimlerine göre belirlenir"*⁷⁰. Normu yapan organ ihdas yetkisini, yaptığı norm da biçimsel geçerliliğini aynı normdan alır. Üst normda belirlenen ihdas usûlüne aykırı üretilen norm, içeriği üst norma uygun olsa dahi geçersizdir. Zira, içeriksel uygunluk, normun biçimsel geçerliliğini mutlak şekilde garantilemez. Örneğin kanun Anayasa'ya uygun içerikle üretilse bile, son oylamadaki oy yetersizse iptal edilir. Ancak iptale dek geçerlidir.
- **İçeriksel geçerlilik:** Alt normun içeriğinin, üst normun içerik ve ilkelerine uygun olma zorunluluğudur. Normun içeriği üst norma aykırı ise, usûle uyulmuş olsa da, geçersizdir. Şeklî açıdan geçerli norm içeriği aykırı olsa da, iptale dek geçerlidir, uygulanır. TBMM'nin kanun başlığı ile yürürlüğe koyduğu norm, mutlak hak olan masumiyet karinesini zedelese de, şeklî açıdan geçerli olduğu için, iptale dek uygulanır. Norm, iptal edilmediği sürece Anayasa'ya uygun addedilir (*"anayasaya uygunluk karinesi"*⁷¹), somut olaya uygulanır ya da ihmal edilebilir. İçeriksel geçerlilik, biçimsel geçerlilikten sonraki sorundur. Kaldı ki, *"usûl esasa mukaddemdir"*. Anayasa yargısında da öncelik şeklî denetimdedir (Any. m. 149/4).

Normun geçerliliği, normun üretiminin geçerliliğinin temeli olan, yani normun ihdasına ilişkin işlemin geçerli olacağını öngören norma dayanır. İşte bu norm, geçerliliğini belirlediği normun üst normudur. Geçerlilik ve üst-alt ilişkilerinin alt alta birikmesiyle, kademelenme ve NH sistemi oluşur. Nitekim Kelsen, üst-alt norm ayrımında, normlar arası geçerlilik ilişkisini ölçüt alır:

⁶⁹ Gözler 2000-I: 34, 38.

⁷⁰ Gözler 2004: passim.

⁷¹ Karine, birey bakımından geçerli *"masumiyet karinesi"* nin mantığını çağırıştırır.

*"Hukukun dinamik karakteri uyarınca, bir norm belli bir şekilde, yani başka bir normun belirlediği biçimde yaratıldığı için ve böyle yaratıldığı müddetçe geçerlidir; ve bu diğer norm, ilk normun geçerliliğinin temelini teşkil eder. ... Norm yaratmayı belirleyen norm üst düzey, bu belirlemeye uygun biçimde yaratılan norm ise alt-düzey normdur"*⁷².

Kelsen, hukuk sisteminin total geçerliliğini ise hukuk sisteminin etkililiğine, "grundnorm"la uyumlu olmasına, *insanların fiili davranışlarının hukuk sistemine tekabül etmesine*⁷³ dayandırır.

e) Ölçütlerin uygulanması: Alternatif mi, kümülatif mi?

Kelsen'e göre normun geçerliliğinin temeli, onun ihdasına yol açan olgu değil, ihdas fiilini öngören normdur. Sistemdeki her norm, geçerli olabilmek için, bu geçerliliği teyit edecek bir üst norma ihtiyaç duyar. Her norm, geçerliliğini bir üst normdan ve tüm normlar nihayetinde anayasadan alır.

Bir normun üst norm olabilmesi için, ihdas usûlünü belirlemesi yeterli midir, yoksa içeriğini de sınırlamalı mıdır? Kelsen, ölçütün iki boyutunu, bazen "ve", bazen "yahut" bağlacıyla ilişkilendirir:

*"Hukuk normu başka hukuk normunun yaratılması sürecini ve -farklı bir ölçüde de- yaratılacak normun içeriğini düzenler"*⁷⁴. *"Alt düzey normun (yaratılması açısından yahut içeriği açısından) onu düzenleyen üst norma uymaması durumunda..."*⁷⁵.

Üst norm, 2 işlevi de (ihdas usûlü veya içeriği belirleme) karşılayabilir. Ancak, üst norm olması için sadece biri yeterlidir⁷⁶. Normun ihdas şeklini dinamik olarak ve/veya içeriğini statik olarak belirleyen norm hangisi ise, üstün norm da odur. Temel ilke, yetkili merci tarafından aksi kanıtlanmadıkça normun geçerliliği ve uygunluğudur (*alt normun üst norma uygunluğu karinesi*). Sistem, sadece anayasaya uygun kanunun değil, anayasaya aykırı kanunun da geçerliliğini korur⁷⁷.

⁷² Kelsen 2016: 78-79.

⁷³ Kelsen 2016: 74. *"Tekabül etme"*yi, "karşılık gelme"den ziyade, *"uygun olma"* biçiminde anlamak daha isabetli olur. Ayrıca, tabii hukuk kaynaklı *grundnorm* yerine, pozitif hukuk normu olan Anayasa'yı konumlandırmak gerekir.

⁷⁴ Kelsen 2016: 78.

⁷⁵ Kelsen 2016: 89.

⁷⁶ Yazarlar, ölçütler arasında "veya", "yahut" bağlacı kullanır. Gülgeç: 23; Şirin: 297.

⁷⁷ *"Anayasa yasaların belli bir usûl çerçevesinde ve belli bir içeriğe sahip olmak (veya olmamak) üzere yaratılacağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda bir yasanın belirlenmiş*

Böylece her norm, önce geçerliliğini bir başka normdan alır, ancak bundan sonradır ki üst normun içeriği ile bağlı ve sınırlı olur:

*"Uygunluk, geçerlilikten farklıdır. Bir normun geçerliliği, üretimini düzenleyen koşullara saygının sonucudur. Yani, normun doğuşu ve yürürlüğe konma aşamalarına ilişkindir. Uygunluk sorununun ortaya çıkması için, geçerlilik sorununun önceden çözülmesi gerekir. Sadece geçerli bir norm uygun olabilir veya olmayabilir"*⁷⁸.

f) Hiyerarşik ilişkide örnek test: Anayasa-kanun

- Yetki: "Kanun koyma, değiştirme, kaldırma" TBMM'dedir (87/1).
- Usûl: Any. m. 96 ve TBMM İçtüzüğü'ne göre yapar.
- İçeriksel uygunluk gereği: Kanun "Anayasaya aykırı olamaz" (11/2).
- Denetim yetkisi: AYM, kanunun "Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler" (148/1, c. 1).
- Denetim ölçütleri: Şekil denetiminde "son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıl"ma şartına, esas denetim Anayasal ilkelere uygunluk aranır (148/2).

Sonuç: Anayasa, kanunun üst normudur. Test, yalnızca Anayasa-kanun arası hiyerarşik ilişkiyi ispatlar. 2 işlem arasında hiyerarşik ilişki, hiyerarşide bir düzeyde yer almanın gerek (ilk) şartıdır, ama yeter şartı değildir. İki yönlü testle, başka bir işlemin üst normu olduğunun ispatına ihtiyaç vardır. Aynı test uygulandığında, kanun ve yönetmelik arasında da bir üst-alt ilişkisi kurulur. Sonuç olarak, iki yönlü dikey ilişki tamamlanır, kanun artık hiyerarşide bir düzeye (Anayasa-yönetmelik arası) yerleşir.

g) Geçerlilik-uygunluk ölçütlerinin yaptırımı

aa) Amaç: Aykırı normu hukuk düzeninden ayıklama

Üst norm alt normun geçerlilik kaynağı, alt norm ise üst normun uygulama aracıdır. Üst norma aykırı alt norm ayıklanmazsa, iç uyumu bozulan sistem çöker. Ayıklama, kanserli hücre taşıyan hasta bünyeyi toptan çöpe atmak yerine, sadece zararlı hücreleri temizlemeye benzer.

usûlden **yahut** içerikten farklı bir şekilde yaratılması durumunda geçersiz yahut yok hükmünde kabul edilmeyerek yine anayasanın belirlediği usûl çerçevesinde ve anayasa ile yaratılmış bir otorite -mesela anayasa mahkemesi- tarafından geçerliliği ortadan kaldırılıncaya dek geçerli olmasını da öngörür". **Kelsen** 2016: 90 (b.k.v.t.a).

⁷⁸ **Kaboğlu** 2016: 45.

Böylelikle, yalnızca 2. düzey normların değil, daha alt düzeydeki normların da geçerlilik ve uygunluğu güvencelenir ve sistem içi uyum bütünsel biçimde sağlanır. Kelsen'e göre;

"Alt düzey normun (yaratılması açısından yahut içeriği açısından (onu düzenleyen üst norma uymaması durumunda, ... hiyerarşik olarak inşa edilmiş hukuk sisteminin birliği tartışmalı hale gelir" ⁷⁹.

bb) Yaptırım gerekli midir?

Üst-alt ilişkisi için, üst norma aykırı norm yapma yasağı yetmez. Örneğin, alt norm x , üst norm y olsun. Buna göre, " x , y 'ye aykırı olamaz" ve/veya " y , x 'ten üstündür" formülü, denetim mercii kurulmadıkça, temenniden öteye geçemez. Tipik örnek, 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu ve 1961 Anayasası farkıdır⁸⁰.

İptal edilme, üst norm olmanın gereği değildir. Normun üst olması için, alt normun yapım usûlü veya içeriğini belirlemesi yeterlidir. Aykırı alt normun iptali koşulu aranmaz⁸¹. İptal edilme geçerliliği etkiler, ama geçerliliğin unsuru değildir ve fakat geçerliliğin sonucu olarak yaptırıma bağlanabilir. Norm denetiminin hiyerarşik sistemin iç uyumunun korunmasında *sine qua non* unsur olduğu ise pekâlâ savunulabilir.

cc) Yaptırımın türü: Hangi yöntemle?

Sorun, birbirini izleyen iki açıdan incelenebilir.

- *Siyasal denetim mi, yargısal denetim mi?* Norm denetimi yoksa, "piramit" kâğıt üzerinde figür olarak kalır. Siyasal denetimin etkisi sınırlıdır, asıl ve etkili denetim ikincisidir:

"Normlar hiyerarşisi, hukuki olarak yaptırım altına alındığı takdirde etkilidir; temel haklar, ancak onları koruyacak bir yargıç bulunduğu zaman güvence altına alınmış olur" ⁸².

- *Yargısal denetim, ama hangi yöntemle?* Birçok yöntem sayılır: İptal, zımnî ilga, ihmal ve anayasayı doğrudan uygulama, anayasaya uygun yorum, yürürlüğü durdurma⁸³.

⁷⁹ Kelsen 2016: 89.

⁸⁰ 1924'te hem teşriî tefsir yetkisi tanınır, hem "*hiçbir kanun Teşkilât-ı Esasiye kanununa münnâfi [aykırı] olamaz*" denir (m. 103). Oysa denetim 1961'de AYM kurulunca başlar.

⁸¹ Gülgeç: 23, dp. 87.

⁸² Boyar 2008: 26. Ayrıca bkz. Sağlam: 9.

⁸³ Tanör & Yüzbaşıoğlu: 516-528.

İptal yaptırımı daha güvenceli ve kesin sonuç doğurur. Zira norm sistem dışına atıldığı için⁸⁴, artık hiçbir merci o normu uygulayamaz. Oysa ihmal yaptırımında norm hâlen varlığını sürdürdüğü için, ilgili mercin inisiyatifi belirleyici olabilir⁸⁵.

Nitekim Venedik Komisyonu'na göre, kanunla çatışan CBK'nın ihmalî "makûl" görünse de, "hukukî belirsizlik" yaratır:

"[AYM] ... kararını beklerken devlet idaresinin doğal olarak Reislerinin⁸⁶, yani Cumhurbaşkanının kararlarını uygulama meylinde olacaklarını nazari itibara almamaktadır" (para. 80)⁸⁷.

Ne var ki, bu görüş ısrarla savunulursa, ihmale dayanan ABD modelini açıklamak zorlaşır. Zira Avrupa modelinde norm denetimi özel mahkemelere ait olup, genel mahkemeler sorunu sadece itiraz yoluyla AYM'ye taşırken (merkezî denetim), diğer modelde tüm mahkemeler ihmal yetkisine sahiptir (yaygın denetim). Bu yüzden, esnek bir yaklaşımla, benzer sonucu doğuran yaptırımlar da dâhil edilebilir⁸⁸. Avrupa modelinde ise, norm üzerinde iptal tehdidi olmaksızın yapılan hiyerarşi tartışmasının eksik olacağı yönündeki kanaatimizi koruyoruz⁸⁹.

B) CBK'lar hakkında birkaç saptama

Başkanlık rejiminin prototipi olan ABD'de *executive order*'lar, Anayasa'da tanınmasa da m. 2'den yorumla çıkarılır⁹⁰.

⁸⁴ Kelsen, "diskalifiye edilme" deyimini kullanır. Kelsen 2016: 91.

⁸⁵ İlkın, 1924 Any. m. 103'e karşın, dönemin Akşehir yargıcı Refik Gür'ün anayasallık denetimi girişiminin Yargıtay'ca engellendiğini hatırlayalım. Daha yakın örnek, kadının soyadı sorunudur. Daha önce normun Anayasa'ya aykırılığı savını reddeden AYM, Sevim Akat Eşki'nin anayasa şikâyetinde, tartışmalı "zımnî ilga" kavramı ile, çözümünü yerel mahkemelere bıraktı. AYM 1. Bölüm, T. 19.12.2013, para. 44. Oysa sorun, çok daha önce verilecek bir iptal kararıyla tamamen giderilebilirdi.

⁸⁶ "Reis" sözcüğü ilginç olup, başka çeviride de geçer (Ank.BD, C. 75, S. 3, 2017: 567).

⁸⁷ AHYDK: 19-20. Önlem, yasama-yürütme dengesinde işlevsizdir. AHYDK: 25.

⁸⁸ Üst-alt norm çatışırsa, üst norm tercih edilir. Alt norm ise "ya ihmal ya da iptal edilir". Gözler 2000-I: 33. Alt norm üst norma aykırı ise ve iptali istenmişse, mahkeme iptal eder; iptali istenmemişse, üst normu uygular, alt normu ihmal eder. Gözler 2018: 223.

⁸⁹ Anayasa yargısı, "norm denetimi" için gerek şarttır, ama yeter şart değildir. Sadece kanunun anayasallık denetimi (AYM) yetmez. Ayrıca kanun-altı düzenlemelerin denetimine de (örn. Danıştay'ın yönetmelik denetimi) ihtiyaç vardır.

⁹⁰ İlkını G. Washington 08.06.1798'de yayımlamıştır. Genovese: 182. Güncel listede sayı 13856'dır. Bkz. <http://tiny.cc/lue26y> (e.t: 21.05.2019. Linkler kısaltılmıştır).

Yasama-yürütme denkleminde *check & balance*'ın bozulması, "*delegasyoncu*" başkanlığın 2 özelliğini yaratır: Siyasetin aşırı ölçüde kişiselleşmesi (*personalismo*), başkanın parlamentoyu by-pass ederek kararnamelerle yönetmesi (*decretismo*)⁹¹. Kararnamelerin anayasal sınırları zorlaması ölçüsünde, "*parlamentosuz kanun*"⁹²dan söz edilir.

ABD rejiminden sapma gösteren ve bazı tıkanıklıkları devre dışı bırakan Türkiye modeli ise, atipik olarak nitelenebilir⁹³.

Anayasa'da olağan ve OHAL⁹⁴ CBK ayrımı yapılır. Olağan CBK için bazen kullanılan "*Cumhurbaşkanı kararnamesi*" tercihi, işlemi makama değil, makamın tek kişi olmasına özgüler⁹⁵.

Kanunlarda ise, karar-kararname ayrımı yapılır. İlki bireysel, ikincisi düzenleyicidir⁹⁶. Anayasa değişikliği sonrası kanunlardaki değişikliklerde ve Resmî mevzuat sitesinde⁹⁷ yayımlanan işlemlerde, açık ayrım esas alınır⁹⁸. Aslında Anayasa'da açık olmasa da, zımnî ayrıma gidildiği çıkarımı yapılabilir. Zira seçme ve atamada CBK geçmez. Atama usûlü ve atama işleminin birlikte geçtiği m. 104/9'da da atamada CBK zikredilmez. Ancak, ayrımın Anayasa'da açıkça yer alması isabetli olur.

⁹¹ **Özbudun** 2005: 109; **Sartori**: 212-213. Bu tür rejimler süper başkanlık olarak nitelenir. **Onar** 2001: 367. Bu durumda, yasama "*süper noter*" hâline gelir. **Kalaycıoğlu**: 18. Ancak, etkisiz parlamentonun parlamenter rejimin ürünü olduğunu da savunulur. **Kuzu**: 149-150.

⁹² Deyim (*laws without legislation*), bir makale başlığından alınmıştır. **Neil**: passim.

⁹³ Bu bağlamda, "*neverland sistemi*" denir. **Gözler** 2017: passim. ABD'den farklılaşan modeller "*presidential-style*" olarak nitelenir. **Maddex**: 5, 9, vs. Biz ise "*quasi-presidential*" (başkanlık benzeri) deyimini kullanıyoruz.

⁹⁴ Esasen olağanüstü hâl, seferberlik ve savaş gibi, olağandışı/istisnâî anayasal hâllerdendir. Ancak, yaygın kullanıma uyarak, OHAL kavramını kullanacağız.

⁹⁵ CB yönetmeliği için de, RG'deki başlıkta "*Cumhurbaşkanı*", mevzuat.gov.tr sekmesinde "*Cumhurbaşkanlığı*" geçer. **Gözler**, ilkinin önerir. **Gözler** 2019: 845.

⁹⁶ Ancak, sırf başlıktaki "karar"a bakarak bireysel, "-name" son ekine bakarak düzenleyici işlem olduğu savunulamaz. **Gözler** 2019: 854. Örneğin 52 no.lu CB kararı başlığında "*karar*" sözcüğü geçer, ancak düzenleyicidir. **Gözler & Kaplan**: 411.

⁹⁷ Hâlihazırda kategoriler ve kayıtlar: CB Kararnamesi (21), CB Kararı (289), CB Yönetmeliği (25), CB Genelgesi (21), CB Tebliği (1) [e.t: 10.04.2019, saat: 07:18].

⁹⁸ Kanunlardaki ayırmada, CB kararında "*Cumhurbaşkanı*", CBK'da "*Cumhurbaşkanlığı*" tercih edilir (Danıştay Kn. m. 24; İYUK m. 2/2, 7/2, 20/A).

§ III. OLAĞAN CBK VE HİYERARŞİDEKİ YERİ

A) Niteliği ve hukukî rejimi

1) Konu

CBK yetkisi kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için, aslî (ilk-el)⁹⁹ düzenleme yetkisidir. Bu nedenle, yürütme işleminin türevselliğinin istisnasıdır.

Bu bağlamda, şeklî (organik) açıdan yürütme, maddî (işlevsel) açıdan yasama işlemidir. Bir düzenleyici işlem kanunu değiştirmese ve kaldırmasa bile, kanunla düzenlenmeyen alanı doğrudan düzenliyorsa, kanun niteliğinde sayılmalıdır¹⁰⁰.

CBK genel olarak kurumsal anayasa hukuku alanına yoğunlaşır (yürütme yetkisi, DDK vb.). Ancak, kısmen özgürlükler anayasa hukukunu da düzenler (sosyal hakları düzenleme).

Genel çerçeve m. 104'tedir: "Yürütme yetkisine ilişkin konular". Diğer maddelerde sayılan konular ise bunu somutlaştırır.

"Yürütme yetkisi"nden *a contrario* yasama ve yargı¹⁰¹ alanında CBK çıkarılamayacağı sonucuna varılabilir. Yasamanın genelliği korunur. CBK yetkisi aslîdir, ama genel değildir. Buna karşın, yasama yetkisinin devredildiği¹⁰² veya Cumhurbaşkanı'nın yasama yetkisine "ortak olduğu"¹⁰³ da savunulur.

⁹⁹ "İlk-el yetki" yerine kullanılan "ilkel yetki" aynı anlamı vermez. Erol: 71.

¹⁰⁰ **Özbudun** 2017: 213.

¹⁰¹ Hâkim ve savcılar hakkında araştırma, inceleme, soruşturmada "kanun ve diğer mevzuata" uygunluk aranacağı (Any. m. 159/9) ve "diğer mevzuat" ibâresine CBK dâhil olduğuna göre, hâkim ve savcılarının görevini etkileyebilir. **Yokuş**: 26.

¹⁰² "Yasama yetkisi bütünüyle Cumhurbaşkanı'na devrediliyor. ... temel hak ve özgürlükler, siyasal haklar ve ödevler ve temel haklar konuları dışındaki her konuda, ama aklınıza gelebilecek günlük yaşamdaki her konuda tek başına kararname çıkaracak, yani kanun koyacak". **Balkız**: 27. Yazar, aynı yorumu OCBK için de yapar (s. 31). İddia, TBB'nin karşılaştırmalı analizinde de vardır. **TBB** 2017-II: passim.

¹⁰³ **CHP**: 6.

a) Yürütme

CBK, "yürütme yetkisine ilişkin konularda" çıkarılabilir. İbâre muğlak olup, "sınırları belirsiz, çok geniş" alanı kapsar¹⁰⁴.

CBK ile düzenlenebilecek konular, Anayasa'da sayılır¹⁰⁵:

- Üst kademe kamu yöneticisi¹⁰⁶ atama usûlü (104/9).
- Bakanlık kurma/kaldırma, merkez-taşra teşkilâtı kurma (106/son).
- DDK'nın işleyişi, üye görev süresi ve diğer özlük işleri (108/son).
- MGK Genel Sekreterliği teşkilât ve görevleri (118/son).
- Kamu tüzel kişiliği kurma (kanunla birlikte) (123/son).

Sayılanlardan ilk 4'ü CBK, sonuncusu CBK-kanun ortak alanındadır. Bu sayma, "yürütme yetkisi" muğlaklığını bir bakıma giderme işlevi görür. Ama m. 104'te CBK detaylı düzenlenmişken, ayrıca 4 maddeye yer verilmesi "tereddüde yol açacak nitelikte"¹⁰⁷ olup, münhasır alan tartışması yaratır.

"Yürütme yetkisine ilişkin konular"da CBK çıkarılabilse de, bu genel hükümdür. Yürütmede münhasır kanun alanına (Örn. Kamu Denetçiliği Kurumu, RTÜK) ve kanunî idare alanına girilemez. Bu İstisnalar, hâlihazırda kanunla düzenlenmiş olsun ya da olmasın, her hâlükârda kanunla düzenlenmek zorundadır.

b) Hak ve özgürlükler

CBK ile haklara müdahale edilebileceği veya hiç müdahale edilemeyeceği genellemeleri yanlıştır:

¹⁰⁴ **Özbudun** 2017: 251. Venedik Komisyonu benzer görüştedir: "Cumhurbaşkanının yasamayla ilgili inisiyatif yetkisi bulunmamaktadır. Ancak ... 'yürütme yetkisine ilişkin konularda [CBK] çıkarılabilir'. Yürütme yetkisine bir şekilde 'ilişkin' olmayan neredeyse hiç konu olmadığından bu nispeten muğlak bir ifadedir" (para. 77). **AHYDK**: 19. CB'nin bazı yeni yetkileri de "muğlak ifadelerle yazılmış" olup, "yorumu ve takdire açık"tır (para. 59). **AHYDK**: 15.

¹⁰⁵ Genelkurmay başkanının da CBK ile atanacağı belirtilir. **Alkan**: 142. Zira, aslî yetkidir. **Kılıç**: passim. Oysa, Any. m. 104/son kapsamına giren bireysel CB işlemidir.

¹⁰⁶ "Üst kademe kamu yöneticisi" kavramı 2 açıdan eleştirilir: Kavramdaki muğlaklık, kural koyan ve yürütenin aynı kişi olması (para. 68). **AHYDK**: 17.

¹⁰⁷ **Özbudun** 2017: 251.

- CBK ile **yalnızca sosyal haklar, yalnızca düzenlenebilir**. Bu genel normdur. Bazı sosyal haklar ise ancak kanunla düzenlenir. Genel norm özel norm karşısında geri çekilir, uygulanmaz, ihmal edilir.
- İki konuya, -istisnalar hariç- "*ancak kanunla*" müdahale edilir: Kişisel ve siyasal hakkı **düzenleme** (m. 104/17); hakkı **sınırlama** (m. 13).

2) Düzenleme alanının sınır ve yasakları

Konu sınırlamalarından hareketle, Anayasa-kanun-olağan CBK ilişkisindeki sorunların çözümünü sıralayabiliriz:

- **Yasama ve yargıyı düzenleme:** Yürütme dışı konulara giremez (104).
- **Hakları sınırlama, sosyal haklar hariç düzenleme:** "*Temel haklar*"¹⁰⁸, kişi hakları ve siyasi haklar düzenlenemez (m. 104).
- **Münhasır kanun alanındaki konular:** "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konu*"da CBK çıkarılamaz (104)¹⁰⁹.
- **Hâlihazırda kanunda açıkça düzenlenmiş konular:** "*Kanunda açıkça*"¹¹⁰ *düzenlenen konular*"da CBK çıkarılamaz (104).

¹⁰⁸ "Temel haklar" tüm hakların başlığıdır. Aynı hata, m. 91'in eski metninde de vardı. Doğrusu, hakların "*genel hükümleri*" olmalıdır.. Sezer 2004: 232-233, dp. 36.

¹⁰⁹ 4 spesifik konuda kanun çıkarılabilir mi? Yanıt, 2 olasılıkta değişir: CBK için münhasır alan tezinde, asla çıkarılamaz. Öncelikli düzenleme alanı tezinde, CBK kanunla aşılabılır; CBK yoksa, öncelikli yetki CBK'da olduğu için, kanun çıkarılamaz. Zira CBK için öncelikli (ilk kez) düzenleme yetkisi, kanun için öncelikli düzenleme yasağıdır. Burada CBK-kanun çatışma normu da uygulanamaz, zira çatışma aynı anda CBK ve kanunun varlığını gerektirir, olmayan kanun ise CBK ile çatışamaz.

¹¹⁰ Bir görüşte, "açıkça" kaydı belirsiz ve CBK'yı "*fiilen etkisiz kılacak şekilde gereğinden fazla geniş*"tir. Gözler 2019: 930. CBK ile kanunun düzenlemediği konuyu düzenleme ve yasal boşluğu doldurmanın mümkün hale geldiği savunulsa da (Esen: 55-56), her zaman mümkün değildir: 1) Açık düzenleme: Kanun varsa ve açıkça, CBK çıkarılamaz. 2) İhmal ve kanun boşluğu: Münhasır kanun alanındaki konu kanunla henüz düzenlenmemişse, CBK çıkarılamaz. Konu CBK öncelikli alanında ise, CBK çıkarılabilir. 3) Eksik düzenleme: Münhasır kanun alanındaki konuda kanun varsa, ama her yönüyle düzenlenmemişse, CBK ile düzenlenemez. Konu CBK öncelikli alanında ise, eksik kısım düzenlenebilir. 4) Belirsizlik: Kanun varsa, her boyutu düzenlemişse, ama "açık" değilse, 3. duruma benzer yorum yapılabilir. Benzer ayırım: Yayla, A: 58.

- **CBK-kanun çatışması bulunan alanlar:** CBK ve kanunda "farklı hükümler bulunması halinde", kanun "uygulanır" (m. 104)^[111; 112; 113].
- **CBK'dan sonra kanunla düzenlenen konular:** TBMM'nin "aynı konuda kanun" çıkarırsa, CBK "hükümsüz hale gelir" (104)¹¹⁴.
- **Ödenek sınırını aşma yasağı:** Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Bu tutarın CBK ile "aşılabilirliğine dair bütçe kanununa hüküm konamaz" (161/7).
- **Doktrinde eklenen:** Kanunu uygulama amaçlı CBK çıkarılamaz¹¹⁵.

¹¹¹ "Kanunda açıkça düzenlenen konu"da CBK çıkarma yasağında, sonraki işlem CBK'dır. Oysa CBK ile "aynı konu"da kanun çıkarılarak CBK'nın hükümsüz kılınmasında, CBK vardır ve sonraki işlem kanundur. CBK yoksa, çıkarılan kanun için "aynı konuda" ibâresi anlamsız olur. Çatışmada kanunun uygulanması, olağan CBK'nın "kanun hükmünde" olmaması, ama kanun düzeyinde olması ile de çelişmez. Zira farklı düzeyde olsalar, *lex superior* uygulanacağı için, çatışma kuralına gerek kalmazdı.

¹¹² Bu durum, aynı anda CBK ve kanunun varlığı hâlinde mümkündür. CBK hükümsüz hâle gelmiş, değiştirilmiş veya iptal edilmişse, zaten çatışma normu uygulanamaz. Çatışmada CBK yürürlükte kalmaya devam eder, ama uygulanmaz, ihmal edilir. Zira, NH sisteminde çelişen 2 norm aynı anda uygulanamaz. Bu çözüm, çatışma çözmenin genel ilkeleri (*superior, posterior, specialis*) dışında kalan diğer yöntemdir. Oysa bir görüşte, kanunun uygulanma önceliği vardır, uygulanan kanun "üst norm"dur. Kanun kaldırılırsa, zaten yürürlükte olan CBK uygulanma kabiliyeti kazanır. **Ardıçoğlu:** 46. "Uygulanma önceliği" deyiimi eleştirilebilir. Diğer norm uygulanamayacağı için, öncelik-sonralıktan bahsedilemez. Ayrıca, çatışmada diğerini ihmal ettiren norm için "üst" veya "üstün" nitelemesini teknik açıdan yanlış bulduğumuzu da yineleyelim.

¹¹³ Varsayımsal bir sorunu şimdiden not edelim: CBK birey lehine ise, CBK'nın değil de, onun ihmalini emreden m. 104/17'nin ihmali gerekmez mi? Any. m. 90/son gereği anlaşmayı uygulamanın istisnası olan "asgari standart" ilkesi, burada geçerli midir?

¹¹⁴ Hükümdeki 2 ibârenin anlamı belirlenmelidir: A) "Aynı konu" açısından, 2 sorun öne çıkar: 1) Anlamı: Kanun-CBK ortak alanıyla ilgili olduğu belirtilir. **Erol:** 78, 81. Bizce, *CBK'nın düzenlediği konuyla aynı konudur*. 2) Önceki cümle ile bağı: CBK-kanunun çatışması ile "aynı konu" mu kastedilir? Kanımızca, önceki cümlede kanun uygulanıp CBK ihmal edileceği için, buna gerek de yoktur. B) "Hükümsüz hâle gelme" açısından: 1) İbârenin anlamı. 2) Saptayacak merci. Ayrıca, kanunla CBK'yı hükümsüz kılmaya benzer biçimde, CBK sonrası çıkan kanunu AYM iptal ederse, CBK kendiliğinden canlanır mı? Gözler'e göre, ilga eden kanunu ilga etmek, mülga kanunu canlandırmaz. **Gözler** 2019: 184, 1189. Kanımızca, bir adım daha eklenebilir: İçeriksel iptalden farklı olarak biçimsel aykırılıkta ve özellikle yoklukta kanunun iradesinin biçimsel geçerliliği bulunmadığından hareketle, ilk normun (CBK) canlanacağı savunulabilir.

¹¹⁵ CB yönetmeliği, CB genelgesi vb. düzenleyici işlemle mümkündür. **Söyler:** 165-166.

- **Yasak alana girmedığı hâlde Any'ya aykırı ise:** Denetlenir (148/1).

Sayılanlar, sonuncusu hariç, konu bakımından yetki çerçevesidir. Ancak çözüm ilkeleri uygulanırken, hangilerinin CBK ve kanunun aynı anda varlığını öngördüğüne dikkat edilmelidir¹¹⁶.

3) *Hiyerarşi tartışmasını yönlendiren etken: Alan sorunu*

a) CBK-kanun alanlarındaki belirsizliğin nedenleri

Tartışmanın asıl kaynağı, Anayasa hükümleridir. Lâfzî yorumdan sonuca varılamamaktadır. Bu bağlamda, genetik yorumdan da yararlanılamaz. Zira, ilkin, madde gerekçelerinde bu konuda hiçbir ip ucu yoktur. İkinci olarak, müzakerelerde de konuya ilişkin hiçbir tartışma yapılmamıştır.

Tarihî yorum açısından; 1961'de istisnası olmayan yasamanın genelliği ilkesinden ilk sapma 1982'dedir. Ne var ki, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği (CGS) ile sınırlı CBK, 2017'de öngörülen CBK ile tam anlamıyla örtüşmez. Ancak, mülga m. 107'nin pratiğinden bazı argümanlar elde edilebilir.

CBK-kanun alanlarını nitelemedeki tartışmanın asıl kaynağı, Anayasa'daki belirsizlik ve çözümün AYM'ye bırakılmasıdır¹¹⁷. Zira bu belirsizlik gramatik ve amaçsal yorumla çözülemez. Genetik yorumla da, ne müzakerelerden, ne de Anayasa değişikliğinin genel ve madde gerekçelerinden sonuca varılamaz.

Yeni sistem, hukukî belirliliğin 3 alt ilkesi açısından "*erişilebilir*" olsa da, "*bilinebilir*" ve "*öngörülebilir*" değildir. Bu aksaklık, ancak yeni bir Anayasa değişikliği ile giderilebilir. Bu yönde adım atılana dek (ya da atılmasa da), yüksek yargı, aksaklıkları giderici "*yargısal refleks*" geliştirebilir¹¹⁸.

¹¹⁶ 2 hâlde, CBK ve kanun vardır: CBK-kanun çatışması, CBK ile aynı konuda kanun çıkarma. Kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkarma yasağında, kanun vardır ve CBK çıkarılamaz. Var olmayan kanun, "açık" da olamaz. Münhasır kanun alanında CBK çıkarma yasağında ise, kanun gerekmez. Kanun olmasa da, CBK çıkarılamaz.

¹¹⁷ "Acaba ... bu konularda kanunî bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece aslî değil, aynı zamanda 'mahfuz' bir düzenleme alanı bırakıldığı mı ifade edilmektedir? ... Anayasa metninde açık bir cevabı olmayan bu soru, bir uyumsuzluk doğduğunda [AYM'ce] karara bağlanacaktır". *Özbudun* 2017: 251.

¹¹⁸ *Yayla*, A: 64.

b) Doktrinde farklı tezler

CBK'nın 4 spesifik¹¹⁹ konusunu münhasır alan kabûl edenler olduğu gibi¹²⁰, aksini savunanlar da vardır¹²¹. Ancak, her iki görüşü savunanlar da kendi içinde ayrışabilmektedir.

Venedik Komisyonu ilk teze atıf yapar¹²². Ayrıca kanunla CBK'yı aşma kuralının CBK "mündemiç (saklı, münhasır) alanlarında geçerli olacağından kuşkuludur¹²³.

c) Görüşümüz: CBK için "öncelikli düzenleme alanı" tezi

Organlar arası konu paylaşımında birçok olasılık vardır¹²⁴. Kanun ve CBK'nın genel yetki normları (Any. m. 7, 87, 104, 119), diğer anayasal normlarla birlikte yorumlanmalıdır.

Burada en kritik sorun, özel-genel norm ilişkisidir: *Lex specialis* ilkesi pozitif hukuk normu değil, hukukun genel ilkesidir. Uygulanması mutlak olmayıp, açık veya zımnî referans aranır. Genel normun ihmali için, özel normu kapsamalı ve uygulama alanını daraltmalıdır¹²⁵. 4 konu ve m. 104/17 arasında açık örtüşmeyi belirlemek zordur. Lâfzî yorum bağlamında, bu yönde açıklık yoktur. Türev kurucu iktidarın iradesi

¹¹⁹ Ancak bir yazar CBK münhasır alanında 6 konu belirler, kanun-CBK ortak alanındaki kamu tüzel kişiliği kurmayı da CBK münhasır alanına dâhil eder. **Alkan: 142.**

¹²⁰ Örn. **Gözler 2019: 922; Erol: 77; Ülgen: 5; Eren: passim; Alkan: 142.**

¹²¹ Örn. **Tanör & Yüzbaşıoğlu: 438; Arđıçoğlu: 50; Söyler: 121.** Yorum konusunda yetkin isimlerden Boyar ise, diğer yazarlardan farklı olarak, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun yorumu da katarak, daha bütünsel bir analiz yapar. **Boyar 2019: 25-27.**

¹²² "Yalnızca kararnamelerle düzenlenecek -son derece mühim- alanlarda TBMM'nin kanun koyması mümkün olmayacak ..." (para. 79). **AHYDK: 19.**

¹²³ AYM'nin "[CBK'nın] anayasa uygunluğunu ancak ... yayımlandıktan sonra altmış gün içinde inceleme yetkisi olup [inceleme değil, başvuru süresidir!] ... bu esnada sonraki bir yasayla ilgili bir ihtilaf da doğabilir. Türk resmi makamları, ... TBMM'nin aynı konu hakkında kanun çıkarabileceğini ve ... kararnameden üstün sayılacağını ileri sürmektedir. Venedik Komisyonu'nun, bu ihtimalin [CBK'larda] mündemiç alanlarda geçerli olabileceği konusunda kuşkuları vardır" (para. 80). **AHYDK: 19-20.**

¹²⁴ 1) Münhasır (tekel, mahfuz, saklı, rezerv, mündemiç, özerk): Bir organa bırakılan alan. 2) Kapalı (yasak): Bir organın düzenleyemeyeceği alan. 3) Ortak (paylaşımlı, yarışmacı, ihtiyarî, serbest): 2 organın da düzenleyebileceği alan. 4) Öncelikli (ilk kez) düzenleme alanı: Bir organın ilk düzenlemeyi yapabileceği, ancak diğerinin aşabileceği alan. 5) İkincil: Diğer organ düzenlemediği takdirde, düzenlenebilecek alan.

¹²⁵ **Çağa: 373-375. Cf. Gözler 2018: 376-381.**

de belirsizdir. Madde gerekçeleri ve TBMM müzakerelerinde konu tartışılmadığı için, genetik yorumdan yararlanma olanağı da yoktur¹²⁶.

Özel düzenleme alanı, diğer 2 görüşten ayrılmaktadır:

- CBK öncesi açısından: CBK münhasır alanını reddedenler, 4 konunun CBK'dan önce kanunla düzenlenebileceğini savunur. CBK'lardaki "düzenlenir" ibâresi gereği bunun mümkün olmadığı kanısındayız. Kaldı ki, Any. geçici madde 21(B) gereği hemen düzenlenmiştir^[127, 128].
- CBK sonrası açısından: CBK münhasır alanını savunanlara göre, CBK'yı kanunla aşma yetkisi veren m. 104, spesifik 4 konu karşısında genel normdur. Oysa, yasama yetkisinin genelliği ilkesi yanı sıra, CBK'yı aşma konusunda yasak yoktur. M. 104/17 ve diğer 4 madde arasında genel-özel norm ilişkisi bulunduğu görüşüne katılmıyoruz.

Özetle, 4 konuda CBK öncesinde kanun çıkarılamayacağı, CBK sonrasında ise kanun çıkarılabileceğini savunuyoruz.

Hangi görüş kabûl edilirse edilsin, özellikle spesifik 4 CBK konusu yasamanın genelliğini aşındırmıştır. Ancak, CBK alanı ne denli genişlerse genişlesin, kanun alanı sayma yoluyla (*numerus clausus*) sınırlanmadığı için, genel yetki hâlen TBMM'dedir:

¹²⁶ 2017 değişikliğinde benzer sorun, sonrası CB yönetmeliği açısından ortaya çıkan m. 104-124 çelişkisidir. Bu durum, değişikliğe yeterince özen gösterilmediğini kanıtlar. Yönetmeliği 3 irade çıkarır: CB, bakanlık, kamu tüzel kişisi. M. 104/18 sadece CB yönetmeliğini, m. 124/1 üçünü de düzenler. Son ikisi açısından çelişki olmasa da, CB açısından 2 fark vardır: 1) 104'te "*kanunlar*", 124'te "*kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar*"; 2) 104'te "*kanunların*", 124'te "*kanunların ve CBK'ların*" "*uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak üzere*" çıkarılır. İlk bakışta 104 özel norm gibi görünse de, CB için 124 uygulanmalıdır. M. 104/18'in gereksizliği de savunulabilir.

¹²⁷ Ancak, normun "geçici" niteliği gereği, yetki bir defaya mahsus olup, sonrasında CBK ile kanunu kaldırmak veya değiştirmek mümkün değildir. Zira yürütmeye tanınan bu istisnai yetki, 6 aylık süre kısıtlamasına tâbidir. Aksi hâlde yasama yetkisinin devri yasağı ihlâl edilmiş olur. **Yıldırım:** 28. **Cf. Ardıçoğlu:** 45.

¹²⁸ Bu bağlamda, önemli bir noktaya değinelim: Her ne kadar geçici madde 21(B) uyarınca 6 ay içinde birçok konu CBK ile düzenlenmiş olsa da, 4 spesifik konunun kapsamına giren bazı konularda hâlihazırda yürürlükte olan kanunlar da mevcuttur. Dolayısıyla bu konuları CBK ile aşmak mümkün değildir. Ancak bu durum, öncelikli düzenleme alanı tezi ile çelişmez. Zira bu tezde Any. m. 104/17, spesifik 4 konuya göre genel norm kabul edilmediği ve tüm CBKlara uygulanma kabiliyetini haiz olduğu için, kanunla düzenlenmiş konuların CBK ile aşılamayacağını zaten belirtiyoruz.

- Spesifik 4 konuda **sadece CBK değil, önce CBK** çıkarılabilir. Ortak alanda ise CBK ve kanun çıkarılabilir. Kanunla CBK aşılabılırken, CBK ile kanun aşılamaz. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen kamu tüzel kişiliği açısından genel norm ihmal edilir. Zira m. 123, CBK bakımından özel norm olsa da, belirli kamu tüzel kişileri için kanunu emreden diğer anayasa maddelerine (örn. üniversite kurma) göre genel normdur¹²⁹. Haklar açısından ise, kanunda açıkça düzenlenen veya kanunla düzenlenmesi öngörülüp de henüz düzenlenmemiş sosyal hak CBK ile düzenlenemez. Diğer hakların düzenlenmesi ve tüm hakların sınırlanması ise, CBK için yasak alandır. Bu alanlarda ihtiyaç doğarsa, ne kadar âcil olursa olsun, CBK çıkarılamaz.
- Diğer tüm konular (kanunla düzenleneceği belirtilen, kanunla düzenlenmesi yasaklanmayan, CBK öncelikli alanına bırakılmayan, Anayasa'da geçtiği hâlde kanunla düzenleneceği belirtilmeyen, Anayasa'da hiç geçmeyen), Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla ve sadece kanunla düzenlenebilir.

¹²⁹ Örn. mahallî idare (127), üniversite kurma (m. 130/1), vs. Aynı görüş: **Ülgen**: 17.

TABLO I: OLAĞAN CBK - KANUN DÜZENLEME ALANLARI ¹³⁰ ["ÖNCELİKLİ DÜZENLEME ALANI" ESAS ALINIRSA]					
ÖNCELİKLİ DÜZENLEME ALANI (SPESİFİK CBK'LAR)	YASAK ALAN				DİĞER DÜZENLEME ALANLARI
	CBK'ya dolaylı yasak alanlar (istisna alanlar)		Münhasır kanun alanı	CBK'ya açıkça yasak alan	
	Yürütme yetkisi istisnaları ve idare	Sosyal hak düzenlemede	Kanunla düzenleme		
CBK yoksa kanunla düzenlenemez	Ancak kanunla düzenlenir				Kanun veya CBK ile düzenlenir
• Üst kademe kamu yöneticisi atama usûlü (104/9) • Bakanlık kurma, ... merkez ve taşra örgütü kurma (106/son) • DDK işleyiş ... (108/son) • MGK Genel Sekreterliği teşkilât (118/son)	• Örn. Üst kademe kamu yöneticisi yetiştirme usûlü (128/son) • Ayrıca bkz. 74/son, 101/son, 119/5, 123/1, 124/son, 126/son, 127/2, 128/2, 129/son, 130/1, 131/son, 133/1, 133/2, 134/son, 135/1, 136, 166/son	• Örn. Öğrenim hakkı (42/2) • Ayrıca bkz. 42/6, 43/2, 44, 46, 47/2, 47/3, 50/son, 51/4, 53/2, 53/son, 54/1, 56/son, 61/3	• "Ancak kanunla" Örn. hakkı sınırlama (13) • "Kanunla": Örn. yabancı için hak sınırlama (16)	• Yasama ve yargı (104/17-1) • Kişisel ve siyasal hak düzenleme (104/17-2) • Hak sınırlama (104/17-2) • Münhasır kanun (104/17-3) • Açık kanun (104/17-4) • Ödenek sınırı (161/7)	• Ortak alan: Kamu tüzelkişiliği kurma (123/son) • İkincil düzenleme alanı: Sosyal hak düzenleme • İstisnai düzenleme alanı (Bir kez): (GM 21B) • Bağımlı yetki¹³¹: 73, 167.

4) Denetim

a) Siyasal denetim yokluğu, yeni kanun yapma olanağı

Yasama-yürütme dengesinde 2 husus CB lehinedir: Yetki kanunu gerektirmez (eski KHK ile fark), "kanun hükmünde" olmasa da, TBMM'ye sunulmaz¹³² (yeni OCBK ile fark).

Siyasal denetim yokluğu yasama konularının TBMM-CB arasında paylaşılmasının mantığı ile uyumlu olup, geriye 2 yol kalır: Vekiller CBK'nın iptali için AYM'ye başvurabilir (Any. m. 150), TBMM "aynı konuda" kanun çıkarırsa, CBK hükümsüz olur (104/17-son). Yeni kanuna karşılık CB de 2 seçeneğe sahiptir¹³³.

¹³⁰ Tablodaki parantez içi no.lar, ilgili Anayasa maddelerini gösterir.

¹³¹ **Alkan:** 142.

¹³² OCBK ise "kanun hükmünde" olsa da, TBMM'ye sunulur.

¹³³ 1) İptali için AYM'ye başvurabilir. 2) Veto edebilir. Vetoda eli daha güçlüdür. Zira,

AYM, KHK döneminde "münhasır alan" savına karşın "yasak yokluğu"na dayanarak, kanunla düzenlenecek konuların, -Anayasa'ya uygun olmak şartıyla- KHK ile de düzenlenebileceğine karar vermişti. Yeni sistemde münhasır kanun alanında CBK çıkarılamayacağı için, AYM'nin eski KHK için geliştirdiği içtihadın CBK'ya uygulanma kabiliyetinin kalmadığı savunulur¹³⁴.

b) Yargısal denetim: AYM

Any. m. 148/2'de kanun ve anayasa değişikliğinin şekli denetim ölçütleri belirlenmiş ve sınırlanmış olmasına karşın, aynı belirleme CBK için yapılmaz. Kaldı ki, kanun için aranan, "son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" ölçütü, şekli açıdan yasama işlemi olmayan CBK için uygulanamaz.

CB, imzaladığı CBK'nın iptali için AYM'ye gidebilir¹³⁵. Anayasal normlar çatışsa da, *lex specialis* ilkesinden çıkan sonuç budur¹³⁶. Pratikte gidip gitmeyeceği ise ayrı konudur¹³⁷.

B) Doktrinde olağan CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Hiyerarşide kanundan önce güce sahiptir

Bu yoruma katılmak güçtür¹³⁸. Zira, kanunun geçerlilik normu CBK değildir. Aslında "güç" sözcüğünden yola çıkarak, NH kavramı geçse

TBMM önüne konan veto bariyeri, tekrar kabûlü zorlaştırır. İlkinde minimum 151, veto sonrasında 301 oy gerekir. Anayasa değişikliği için içtihatla reddedilen güçleştirici veto (AYM K. 2007/68), 2017 değişikliği ile kanun için öngörülmüştür.

¹³⁴ Kahraman & Balkan: 242; Ardıçoğlu: 50.

¹³⁵ Kolektif imzalı eski KHK'da bu başvuru anlamlıdır, oysa CBK'yı tek başına imzalar.

¹³⁶ M. 104'te başvurmaya yetkili olanlar arasında CB sayılmazken, m. 150'de sayılır. Aynı tarihte aynı metne konulan iki norm arasında, ancak *lex specialis* ilişkisi kurulabilir. Ne var ki, bu yolla sorunu çözmek güç olduğu için, yetki konusundaki tereddüdü tamamen gidermek için, Any. m. 104/son'a başvurulabilir: CB, Anayasa ve kanunlarda verilen "diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır". Aslında m. 150 varken, m. 104/7'nin gereksiz olduğu da savunulabilir. Ancak, m. 104'te CB yetkileri sayılmak durumunda olduğu için, böyle bir farklılık doğmuştur.

¹³⁷ Hüküm, diğer 3 olasılıkta önem kazanır: Makamın boşalmasında yeni CB seçilene dek vekâlet, hastalık vb. hâllerde geçici vekâlet, olağan CB seçimi. İlk 2 durumda, CBK'yı yapandan farklı kişi CB yardımcılığına atama ile gelmiş olduğu için, (60 günlük süreye örtüşmede) AYM'ye başvurması meşruiyet krizi yaratabilir. Son durum ise farklıdır.

¹³⁸ TBB ve İstanbul Barosu'nun 2017 Anayasa değişikliği paneli sonrası yayınladığı sonuç bildirgesine göre, CB, "normlar hiyerarşisinde Anayasa'dan sonra, fakat kanunlardan önce bir güce sahip yasa koyma yetkisine sahip olmaktadır". TBB 2017-I: passim.

de, CBK'nın hiyerarşik düzeyinin değil, siyasî hiyerarşi veya gücünün kastedildiği biçiminde yorumlanabilir. Bu takdirde ise, hiyerarşi sözcüğü kullanılamaz.

2) *Kanunla eş düzeydir*

Bazı yazarlar, farklı gerekçelerle, CBK'nın kanunla aynı düzeyde yer aldığını savunur¹³⁹.

3) *Kanunun altındadır*

Bu görüşü savunanların başlıca dayanağı, Any. m. 104/17'deki çatışma çözme ilkeleridir. Böylece, konunun "yasamayı önde tutacak" şekilde düzenlendiğini savunanlar olduğu gibi¹⁴⁰, kanunun üstünlüğünün "açıkça vurgulandığı"nı¹⁴¹ belirtenler de vardır.

Cumhur İttifakı bileşeni partiler¹⁴² ve siyasîler¹⁴³ benzer görüştedir. Avrupa Komisyonu, CBK alanının sınırı ve münhasır kanun alanına girme yasağı gerekçeleriyle aynı sonuca varır¹⁴⁴.

Şirin ise, sırasıyla her normla ilişkiyi test eder: Anayasa'nın üstünlüğü gereği, CBK'nın Anayasa altı olduğu tartışmasızdır. Ancak, olağan CBK kanun hükmünde nitelenmediği gibi, yürütme yetkisine ilişkin CBK'nın kanunla eş düzey olduğunu belirten norm da yoktur. CBK-kanun ilişkisini belirleyen anayasal normlara (m. 104/17, 119/7, 161/7) bakınca, kanun öncedir. Sonuç olarak, CBK ya kanunla eş düzey veya altındadır, ancak her hâlükârda kanundan üstün değildir. Yazar, ihdas açısından aynı sonuca varır: CBK'nın ihdasını kanunla düzenlemeye engel olmadığı için, münhasır alan tartışmasına girmeye gerek olmaksızın, kanun üst normdur¹⁴⁵.

Çoğu yazar, CBK'nın kanunun altında hangi düzeyde olduğunu tartışmaz. Ancak, tüzükle¹⁴⁶ eş düzey olduğu sonucuna ulaşanlar vardır. Eski tüzük, kanuna dayanma ve geçerlilik ölçütünün kanun olması açısından CBK'dan farklıdır.

¹³⁹ Ülgen: 7; Ürger: 145; Atar: 276-77; Söyler: 156; Erol: 72; Ergül 2018: 31-32.

¹⁴⁰ Karatepe & Alkan & Atar vd: 83.

¹⁴¹ Ulusoy: 6.

¹⁴² Ak Parti: 16; MHP: 59.

¹⁴³ CB Erdoğan (Sabah, 08.02.2017), CB Başdanışmanı Uçum (Hürriyet, 25.01.2017), Adalet Bakanı Gül (Gül: 23), Adalet eski Bakanı Bekir Bozdağ (Bozdağ: passim).

¹⁴⁴ Avrupa Komisyonu: 12.

¹⁴⁵ Şirin: 298, 343.

¹⁴⁶ Kaboğlu 2018: 11; Gözler 2019: 947; Yüksel: 269; Ulusoy: 6-7.

4) Klâsik NH şemasında yer almaz

Sorunu doğru ölçütle tartışan Barın'a göre, kanun-CBK arası geçerlilik ilişkisi kurulamadığı için, diğer boyuttur:

*"Anayasa, ... Cumhurbaşkanı'na asli düzenleme yetkisi vermektedir. Anayasa'da ... (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. /¹⁴⁷ ... 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. ... Her iki düzenlemenin de Anayasanın hemen altında ve birbirleriyle herhangi bir hiyerarşi ilişkisi olmaksızın geçerliliklerini sürdürdükleri ..."*¹⁴⁸.

5) CBK türlerine göre hiyerarşi farklılaşması

Tunç, konu açısından farklılaşmayı dikkate alır: Yürütmeye ilişkin CBK, "kanunların altında, yönetmeliklerin (ve önceki sistemdeki tüzüklerin) üzerinde"dir. 4 konu ve ortak konudaki (kamu tüzel kişiliği kurma) CBK, "kanun ile aynı seviyede"dir¹⁴⁹.

Söyler ise, CBK-kanun ilişkileri açısından farklılaşmayı dikkate alır: CBK-kanun çatışırsa, çatışmada kanunun uygulanması veya aynı konudaki kanunun CBK'yı hükümsüz kılması, kanunun üstünlüğünü kanıtlar¹⁵⁰. CBK-kanun çatışmazsa, CBK doğrudan Anayasa'dan güç aldığı için, kanun gibi uygulanır. Bu durumda, kanunun içinde bulunduğu hiyerarşiden çıkar, ayrı hiyerarşi içerisinde Anayasa'nın hemen altında tek başına kanunun yerini alır. CBK kanunu değiştiremeyeceği¹⁵¹ için "aynı düzeyde"dir¹⁵².

¹⁴⁷ Alıntılarda eklediğimiz "/" simgesi, paragraf ayrımını gösterir.

¹⁴⁸ **Barın:** passim (tebliğ özetini paylaştığı için teşekkür ederiz).

¹⁴⁹ Bakan ve üst düzey kamu yöneticisi atama işleminin ise "aksi Anayasa'da belirtilmediğinden" AYM'de denetleneceğini belirtir. **Tunç** 2018: 234.

¹⁵⁰ Kanımızca, hiyerarşik ilişki yaratmadığı için, çatışma çözme ilkeleri boyutundadır.

¹⁵¹ Münhasır alan, işlemi değiştirmeyi değil, o alanı düzenlemeyi engeller. Kanunla olağan CBK, olağan CBK ile kanun metni zaten değiştirilemez. Yazarın kastı, aynı konuda kendi işlemiyle farklı norm koymaktır. Böylece norm çatışması oluşur, teknik dille değiştirme (*tâdil*) değil. Any. m. 104/17'deki hüküm de CBK metnini değiştirme değil, kanun çıkararak CBK'yı hükümsüz kılmasıdır.

¹⁵² **Söyler:** 164-166.

C) Görüşümüz: Olağan CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Hiyerarşik düzeyi saptama güçlüğü'nün nedenleri

Değişiklikle, (KHK, OKHK, tüzük, eski CBK, Bakanlar Kurulu kararnamesi ve kararı, üçlü kararname, Başbakanlık kararı, vs.) birçok hukukî işlemi yapma¹⁵³ yetkisinin kaldırılmasıyla oluşan boşluk, tek işlemle doldurulmuştur. Hiyerarşi analizlerindeki çok farklı görüşün, hatta aynı normdan zıt sonuçlara varılmasının bir nedeni, bu hususun gözden kaçırılmasıdır.

Eski sistemde birbirinden farklı düzeylerdeki işlemlerin yerini, tek işlem almıştır. Nitekim Şirin, yeni norm yapılanmasındaki karmaşayı "*normlar heterarşisi*" olarak niteler¹⁵⁴.

CBK'yı önceki işlemlerden herhangi birine odaklı okumak, hatalı yorumlara neden olur. CBK eski sistemdeki birçok işlemin yerini alan bir tür "*çatı işlem*" olmanın yanı sıra, farklı ve yeni bir işlemidir. 2017 öncesi 2. düzeyde yer alan OKHK'ya da, 3. düzeyde yer alan tüzüğe de karşılık gelen yeni işlem türü aynıdır. CBK'lar konu ve nitelik açısından kendi içinde de farklı türdedir.

Tüm bunlara karşın, NH sistemindeki sıralamayı yansıtan m. 137/1 değiştirilirken, kanun-CBK konu paylaşımı hesaba katılmadan, 3. düzeye "*tek tip*" bir CBK yerleştirilmiştir:

- İlk şekliyle sıralama: Anayasa → kanun → tüzük → yönetmelik.
- 2017 sonrası: Anayasa → kanun → CBK → yönetmelik.
- Kanaatimiz: Anayasa → kanun/CBK → yönetmelik → diğer...

Bazı siyasîlerin görüşleri aksine¹⁵⁵, CBK için "acil durum" gerekçe olamaz. "*Aciliyet*", eski OHAL KHK'ya benzeyen OHAL CBK için elverişli olabilir. M. 104'ün gerekçesinde de "*acil ihtiyaç*" değil, yalnızca "*ihtiyaç*" geçer¹⁵⁶.

Analizi etkileyen ve iç içe geçmiş ayrımların (konu, nitelik, kapsam, yaptırım, vs.) göz ardı edilmesi de, yanlış yorum doğurur. Bunlar,

¹⁵³ Bazen hata eseri, bu işlemlerin kaldırıldığı yazılır. Oysa yenileri yapılamayacak olsa da, daha önce yapılanlar geçerlidir (Any. geçici madde 21-F).

¹⁵⁴ CBK, "*hiyerarşiyi muğlaklaştırabilecek ve 'normlar hiyerarşisi' sistemini, en azından ulusal düzeyde 'normlar heterarşisi' kılacak bir normdur*". Şirin: 296.

¹⁵⁵ Örn. CB Erdoğan (Sabah, 08.02.2017), Adalet eski Bakanı Bozdağ (Bozdağ: passim).

¹⁵⁶ CB, "*genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda*" CBK çıkarabilir. Bkz. Teklif, m. 9 gerekçesi. TBMM 2017: 13.

ihdas-uygunluk biçiminde belirlediğimiz 2 ölçüte yenilerini ekleme anlamına gelmez. Aksine, bu ölçütleri uygulayacağımız CBK'ların tek tip olmadığı gerçeğini kanıtlar.

2) Doktrindeki çelişkiler ve "kanuna aykırılık" tezi

a) Başlıca çelişkiler

- *Aynı normdan hiyerarşide zıt sonuçlar çıkarma:* Tipik örnek olarak, CBK-kanun çatışma hükmü verilebilir. Hükmü eş düzey normlar arası çatışmanın çözümü olarak değerlendirenler olduğu gibi¹⁵⁷, kanunun üstünlüğünün dayanağı olarak görenler de vardır¹⁵⁸. Bu durum, geçerlilik dışındaki ölçütlerin ne denli farklı sonuçlar doğurabileceğini açıkça kanıtlar niteliktedir.

- *Münhasır alanı üstünlük ölçütü olarak kullanma:* Yasama konularının kanun ve CBK arasında paylaştırılmış olmasına karşın, m. 104'te kanuna öncelik verilmesi, kanunun üstünlüğünü kanıtlamaz. Olsa olsa, eş düzey 2 normun birbirinin alanına müdahalesini önler. Münhasır alan üstünlük yaratıyorsa, CBK için münhasır alan tezi kabûl edildiği takdirde, bu kez kanundan üstünlüğü mü savunulacaktır? Ya da, doğru ölçüt bu mudur? Münhasırlık kanun için üstünlük ölçütü ise, CBK için de uygulanabilir mi? Değilse neden uygulanamaz? Her ikisi için de ölçüt ise, kanun ve CBK için karşılıklı münhasır alanın kabûlünde, yasama yetkisinin genelliği ilkesi TBMM-CB denkleminde ilkinin lehine olmasına rağmen, bu açmazdan nasıl çıkılacağı belirsizdir.

- *CBK'nın aslî niteliği ve kanunun altında olduğu görüşü:* Hem CBK'nın aslî ve özerk niteliğini, hem kanun altı olduğunu savunmak çelişki yaratır¹⁵⁹. CBK-kanun alanının tamamen ayrıştığını, kanun alanından koparılmış 4 konuda düzenleme yetkisinin sadece CBK ile düzenlenebileceğini savunan bazı yazarlar, aynı zamanda CBK'yı hiyerarşide kanun altı düzeye yerleştirir. Oysa, münhasır alan tezi, m. 104/17'nin 4 konuya uygulanmasını reddetmeyi gerektirir. Üstelik çoğu, CBK'ların konu açısından farklı türlerde olduğunu dikkate almaz. M. 104'ün mevzubahis 4 konu karşısında genel norm olduğu ve kanunla CBK'nın eş düzey olduğu görüşleri daha tutarlıdır.

¹⁵⁷ **Atar:** 276-77.

¹⁵⁸ **Ulusoy:** 6.

¹⁵⁹ **Kanadoğlu:** 644.

b) CBK'nın "kanuna aykırı olamayacağı" çıkarımı

aa) Anayasa'da açık norm yoktur

Yürütme işlevinin 2 özelliği, kanundan kaynaklanma (*secundum legem*) ve kanuna uygunluktur (*intra legem*). İlkine türevsellik/ikincillik de denir. Oysa CBK yetkisi, kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için aslıdır.

CBK'nın kanun altında olduğu, "*kanuna aykırı olamayacağı*"¹⁶⁰, bu çerçevede CBK'nın "*kanunîlik denetimine tâbi*"¹⁶¹ kılındığı belirtilir. Hatta Ulusoy, kanunun üstünlüğünün "*açıkça vurgulandığı*"¹⁶² görüşündedir. Bu, geçerlilik ölçütünün gereği olarak, üst norma uygunluğun da açık olması anlamına gelir. Oysa yazarı bu sonuca götüren, Any. m. 104/17'deki hükümlerdir. Bazı yazarların benzer iddiayı hangi normdan çıkardığını anlamak ise güçtür. Anayasa'da açık norm olmadığına göre, bu tür görüş sahipleri bu sonucu bir normdan çıkarmakta, ancak esas aldıkları normu belirtmemektedirler.

Özbudun'un yorumu ise nüanslıdır: CBK "*kanundan daha alt düzeydeki bir kural-işlem*" olsa da, kanuna aykırılığı ihtilâf yaratabilir ve AYM'de karara bağlanması gerekebilir¹⁶³.

Oysa kanuna aykırılık yasağı CBK için değil, yönetmelik için geçer. Ne Anayasa değişikliği teklifinde (m. 9), ne Anayasa Komisyonu'nun kabûl ettiği metinde (m. 8), ne de kabûl sonrası RG'de yayımlanan metinde, bu tür bir ibâyeye rastlayamadık. CBK için kanuna uygunluk koşulu konmamasının asıl nedeni, CBK-kanun düzenleme alanlarının paylaşılması, aralarında geçerlilik ilişkisi olmaması ve aslî düzenleme yetkisi içeren her iki işlemin geçerlilik normunun aynı norm (Anayasa) olmasıdır. Bu zorunluluk CBK'yı kapsıyor olsa, Anayasa'ya konurdu. Özetle, kanuna aykırılık yasağı vardır, ama CBK için değil...

Varsayalım ki, adı geçen yazarların iddia ettiği gibi, "**CBK kanuna aykırı olamaz**". Yine varsayalım ki, CBK-çatışmasında kanunun uygulanması, CBK'nın kanuna uygun olması gereğinin bir şartıdır ve bu yüzden "**kanun CBK'dan üstündür**" iddiasının gerekçesi olsun. Şu hâlde, **CBK, hangi kanuna uygun olmalıdır?** O konuda kanun yoksa, bu argüman nasıl savunulacaktır?

¹⁶⁰ Gözler 2019: 751, 840; Gözler & Kaplan: 386; Kaboğlu (Cumhuriyet, 24.09.2018); Kaboğlu 2018: 11; Yıldırım: 23, 26; Gül: 23.

¹⁶¹ Boyar 2019: 23.

¹⁶² Ulusoy: 6.

¹⁶³ Özbudun 2017: 251.

Hatta bazı görüşlerde, bir adım daha atılarak, bu aykırılığın denetleneceği¹⁶⁴ de belirtilir. Oysa, kanuna aykırılık denetimi Anayasa'da geçmediği gibi, bu konuda AYM'ye tanınmış bir yetki de yoktur. Aslında Anayasa CBK-kanun arası çatışma olasılığını görmezden gelmez, çözüm yöntemini de gösterir. Ne var ki aykırılık, eş düzey norm uyumsuzluğu değil, üst-alt norm uyumsuzluğudur. CBK-kanun çatışması için çatışma, çelişme kullanılmalıdır. İlgili norm CBK'nın ihmalini öngörmesine karşın, "*uygunluğu denetlenebilecek bir norm*" ifadesi AYM denetimi ve iptal yetkisini içerir. Zira ihmal emredici anayasa normundan kaynaklanır, oysa denetim bir yetki konusudur.

Bir diğer nokta şudur: CBK'nın Anayasa'ya aykırı olamayacağı açıktır. Zira, gerek biçimsel, gerek içeriksel geçerlilik açısından üst normu budur. Bunun üzerine bir de, doktrinde iddia edildiği üzere "kanuna aykırı olmama" şartı eklenirse, haklı olarak şu soru akla gelecektir: Bu varsayımsal durumda, her ikisine birden uygunluğa tâbi ise, hangisine "daha çok uygun" veya "daha az aykırı" olmalıdır? Örneğin, daha üstte olana mı? Eğer öyle ise, iddiadaki norma (kanun) aykırı olmamanın ne anlamı kalır? Görüldüğü üzere, türetilen soru NH sisteminin mantığı açısından yeni sorunlar yaratabilir, sebebi ise soruyu doğuran iddianın bizzat kendisidir. Zira norm, geçerliliğini kaynağına borçludur ve uygunluk gereğinin hesabını da onun üzerinden verir, yani ona uygunluk bakımından denetlenir. Bu norm ise, daha önemli olan norm değil, doğrudan ve öncelikle geçerliliğini aldığı normdur.

bb) CBK'da "kanuna uygunluk": Yorumla mümkün mü?

Kanun-CBK alanlarının ayrıldığı konular açısından, sorun "kanuna uygunluk" değil, sadece "Anayasa'ya uygunluk"tur.

CBK-kanun çatışmasında kanunu uygulama ve aykırılık yasağı ayrı konulardır. İlkinde çatışmada kanunun uygulanması emredilirken; aykırılık yasağında iptal yaptırımı getirilir. Aksi hâlde, etkisiz norm olur. İlki, çatışma ilkeleri (*superior, posterior, specialis*) dışında özel olarak konulan (istisnaî) çatışma kuralıdır. İkincisinde ise *lex superior* ilkesi geçerlidir. İşlemin düzeyi geçerlilik ölçütüyle belirlendiğine göre, ikincisiyle ilişkilidir.

Anayasa'da CBK'nın kanuna aykırı olamayacağı yönünde açık norm olmadığı için, "*Anayasanın bütünlüğü*" ilkesinden yola çıkılabilir. CB, yürütme yetkisi ve görevini, m. 8 gereği sadece "*Anayasaya*" değil,

¹⁶⁴ TBMM Başkanı Şentop, TBMM-AK Başkanı iken şöyle der: "[CBK] kanuna uygunluğu denetlenebilecek bir normdur". *Milliyet*, 23.12.2016.

aynı zamanda "kanun"a da uygun kullanmak ve yerine getirmek zorundadır. Bu hüküm hem emredici, hem genel anayasa normudur. "Genel hükümler" kısmında (Any. m. 1-11) olmasının sonucu şudur: Eğer başkaca (ayrık/istisnâî) norm yoksa, Anayasa'nın tüm normlarının yorumunda yönlendiricidir. Bilhassa özel norm yoksa, genel norma ve anayasa bütününden çıkacak ilkelere aykırı yorum yapılamaz. Bu durum, "anayasanın bütünsel yorumu"na uyulması ve "iç tutarlılığı"nın zedelenmemesi için zorunludur. Aksi yorum ise şu sorunun yanıtına bağlıdır: CBK'ya ayrılan düzenleme alanları, m. 8'in istisnası mıdır? Öte yandan, şu soru da sorulabilir: Any. m. 104/17, münhasır CBK alanı tezinde savunulduğu üzere 4 konu karşısında genel norm ise, yani 4 konuya uygulanmayacaksa, yürütme yetkisi genel ibâresine, haklar kısmına ve ortak alana uygulanacaktır.

Gerek m. 104'te sınırlı sayma (*numerus clausus*) yoluyla belirlenen, gerekse m. 104/son'da yollama yapılan görev ve yetkiler, "Anayasaya ve kanunlara uygun"luk kaydıyla kullanılır (Any. m. 8). Ama yalnızca kanun değil, Anayasa da geçer, üstelik kanundan önce. Ayrıca m. 8 sistematik açıdan Anayasa'nın "genel esaslar"ını içeren ana bölümdedir. Acaba, *lex specialis* ilkesi gereği genel normun ihmali mi, yoksa özel normu genel norma aykırı yorumlama yasağı mı öne çıkmalıdır? Any. m. 8'de yürütme yetkisi için "kanuna uygunluk" kaydı açıkça geçmesine karşın, CBK için m. 104'te tekrar edilmez. Ancak, burada asıl sorun kanuna uygunluk değildir. Zira, her iki normun alanı ayrılmış olup, dahası CBK'nın kanun alanına girmesi hâlinde kanuna aykırılık zannedilen bu durum, teknik açıdan aslında anayasaya aykırılık sorunudur. Zira kanun alanına girişi yasaklayan norm Anayasa'dadır.

3) Geçerlilik ölçütünün 2 ayrı boyutu açısından analiz

a) Biçimsel geçerlilik (üretim/ihdas ilişkisi)

aa) İhdası belirleyen norm: Kanun değil, Anayasa

Biçimsel geçerlilik çok boyutludur: Genel yetkiyi tanıma, yetkinin konu kapsamı ve sınırları, yapım prosedürü, yayım ve yürürlük süreci, vs. İşlem, bu açılardan farklı normlara dayanabilir.

CBK'nın ihdas normu hangisidir? Anayasa'daki yetki normudur, ancak usûlü eksiktir. Kimin tarafından üretileceği (m. 104/17, c. 1) ve yayımına (m. 104/19) ilişkin genel normlar Anayasa'dadır. Ayrıca, 4 spesifik ve 1 ortak konuda yetki tanınır.

Görüldüğü üzere, usûlden ziyade, ihdas yetkisi ve yayım düzenlenir. CBK yapım usûlü ise Anayasa'da ayrıntılı belirlenmez. Zira, örneğin TBMM çok sayıda iradeden oluştuğu için, toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısı, oylama türleri vs. konular, kanun veya karar çıkarma usûlünün detaylı düzenlenmesini zorunlu kılar. Oysa CBK ihdasının detaylı düzenlenmemesinin en önemli nedeni, Cumhurbaşkanlığının tek kişilik makam olup, iradenin beyanında hemen hiçbir güçlüğü olmamasıdır. Ancak kimin yapacağı, nasıl yayımlanacağı, TBMM'de nasıl görüşüleceği, hangi konularda yapılacağı, diğer normlarla çatışmanın nasıl çözüleceği ve nasıl denetleneceği belirlenir. Şu hâlde, CBK'nın biçimsel geçerliliğinin temeli, üretiminin normatif kaynağı, yani üst normu Anayasa'dır.

Anayasa ihdası detaylı düzenlemediği gibi, münhasır kanun alanına bırakmaz, CBK ile düzenleneceğini de belirtmez.

Anayasa'nın CBK ihdas usûlünü münhasır kanun alanında zikretmemesi, kanunla düzenlenemeyeceği anlamına gelmez. Zira, Any. m. 8 ve 87'deki "*yasama yetkisinin genelliği*" gereği, bir konunun kanunla düzenlenmesi yasaklanmamış veya münhasıran başka organın alanına dâhil edilmemişse, kanunla düzenlenebilir.

İhdas usûlü Anayasa'da genel çerçevede düzenlenseydi, bu konuda kanunla daha detaylı düzenleme yapılabilir miydi? Soruya, Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla, olumlu yanıt verilebilir¹⁶⁵.

Anayasa CBK ihdas usûlünü CBK alanına bırakmadığı hâlde yasaklamadığına göre, CBK ile düzenlenebilir mi?¹⁶⁶ CBK yetkisi yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnasıdır. Kaldı ki, yetkide yasak yokluğu değil, açık kural gereğine dayanılır.

TBMM, CBK'nın ihdas usûlünü kanunla düzenlerse, usûlün daha detaylı veya kanunda açıkça düzenlenmeyen yönleri, CBK ile düzenlenebilir mi? İlk bakışta, Anayasa'nın bu yolu kapatmadığı zannedilebilir. Zira, Anayasa'nın yasakladığı husus, kanunda düzenlenen konuda değil, kanunda "açıkça" düzenlenen konuda CBK

¹⁶⁵ Hatta, bu konuda "kanunla düzenlenir" kaydını aramaya da gerek yoktu, zira bu durumda münhasır kanun alanına girerdi. "CBK ile düzenlenir" denilse, 2 olasılık doğardı: CBK münhasır alanı tezinin kabulünde, kanun çıkarılamazdı; oysa öncelikli düzenleme alanı tezinin kabulünde CBK ile düzenlenir, ama kanunla aşılabılırdi. Anayasa bu konuda hiçbir hüküm içermediği için, yasamanın genelliği gereği bu konu yasama tarafından düzenlenebilir.

¹⁶⁶ Buna karşın, CBK ile kanunun ihdası düzenlenemez. Zira kanunun ihdas normu Anayasa'dır, detayları ise İçtüzük'tedir.

çıkarmaktır. Ancak, gözden kaçırılmaması gereken kritik nokta şudur: Bu konu, CBK alanında sayılan konulardan değildir. CBK ile hiçbir olasılıkta düzenlenemez. Aksi hâlde iptal edilir.

CBK'nın ihdas usûlü, Anayasa değişikliği ile CBK'nın düzenleme alanına dâhil edilebilir mi? Bunun mümkün olduğunu düşünüyoruz. Ancak bu takdirde CBK çıkarılmazsa, düzenleme yetkisinde öncelik CBK'da olduğu için, TBMM kanunla öncelikli olarak düzenleyemez. CBK düzenlerse, öncelikli düzenleme tezi gereği kanunla aşılabılır. Ancak burada kanun, CBK'nın varlığına bağlı ve ikincil düzenleme yetkisidir.

Belirli alanları CBK ile düzenleme yetkisinin tanınmış olması, CBK'nın ihdas usûlünü aynı işlemle düzenleme yetkisi verir mi? Yasama yetkisinin genelliği ışığında, yetkide açıklık ve kuralızsız yetki olmaz ilkeleri gereği, mümkün değildir. Türev kurucu iktidar istese, bu konuyu CBK alanına dâhil ederdi. Kaldı ki, kural olarak hiçbir işlem kendi ihdas usûlünü belirlememelidir. Nitekim, kanunu TBMM yapsa da, yapım usûlünün detaylarını yine TBMM, ama farklı bir işlem olan İçtüzük'le belirler.

İhdas usûlü eksik de olsa, üst norm Anayasa'dır. Yetkiyi -kapsamı genişletmeksizin- alt düzey bir normun aynen tekrar etmesi, o normu biçimsel geçerlilik açısından üst norm yapmaz.

İhdasın Anayasa veya kanunla düzenlenebilme olanağı karşısında kişisel önerimiz, gerçekten ihtiyaç varsa, Anayasa ile düzenlenmesidir. Bu takdirde değiştirilmesi daha güç norm düzeyinde yer alabilir. Ancak daha önemlisi, kanunla düzenleme tercihi, CBK-kanun arasındaki konu paylaşımı ve içeriksel denetim gereksizliğine karşın, başka bir tartışmayı da başlatacaktır.

Sonuç olarak, kanun-CBK arasında biçimsel geçerlilik ilişkisi bulunmamakta olup, her ikisi de geçerliliğini Anayasa'dan alır.

bb) İhdası kanunla belirleyebilme, kanunu üst norm yapmaz

CBK ihdas usûlünün kanunla belirlenmesi hâlinde, kanunun biçimsel açıdan üst norm olacağını belirtmiştik. Ancak, hukuken bu tür bir kanunun çıkarılabilme olasılığı kanunu üst norm yapar mı?

Bazı yazarlara göre CBK'nın ihdası kanunla düzenlenebileceği için, kanun üst normdur¹⁶⁷. CBK'nın ihdas usûlünün kanunla

¹⁶⁷ Şirin: 298. Benzer görüş için bkz. Gülgeç: 198, 213.

düzenlenebileceği kanaatini paylaşmakla birlikte, bu olanaktan hiyerarşik bir üstünlük çıkarılabileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira, biçimsel geçerlilik ilişkisinin tanımı ile tam bir örtüşme için, bir hususu açıklığa kavuşturmaya gerek duyuyoruz: CBK'nın ihdasının kanunla düzenlenebilmesi mümkündür. Ancak, bu konu kanunla bizzat ve açıkça düzenlenmedikçe, sırf düzenlenme olanağından hareketle, CBK'nın geçerlilik normunun kanun olduğu savunulamaz. Düzenleyebilme imkânı gerekir, ama yetmez. Norm başka bir normun ihdasını "düzenleyebileceği" değil, "düzenlediği" takdirde üst normdur. Geçerlilik, varsayımsal normdan değil, ancak pozitif hukuk düzeninde "var olan" bir normdan kaynaklanabilir.

cc) Hiyerarşik düzeyi netleştirme

Olağan CBK'nın anayasanın altında olduğu konusunda herhangi bir kuşkuyla yer yoktur. Ancak, asıl sorun bundan sonra başlar: Kanunla geçerlilik ve üst-alt norm ilişkisi var mıdır?

Öncelikle, CBK kanunun üstünde değildir. Zira kanun geçerliliğini CBK'dan değil, Anayasa'dan alır. Olağan KHK için öngörülen yetki kanunu bağı 2017'de olağan CBK için koptuğu için, bu açıdan geçerlilik ilişkisi ve denetim gereği de yoktur.

CBK'nın Anayasa'nın altında olması, kanunun da altında olmasını engellemez. Ancak bunun için, CBK'nın geçerliliğinin kanuna dayandığının ispatı zorunludur. Ne var ki, bu konuda açık bir norm yoktur. CBK geçerliliğini kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan aldığı için, kanuna değil, Anayasa'ya uygun olmalıdır. Kanun-CBK çatışmasında kanunun uygulanması CBK'nın kanun altı düzeyini ispatlamaz. Öyle olsa, bu hükme gerek olmazdı.

Aslında çelişkili görünen bu durum, 2 soruyu doğurur: CBK ve kanun arasında açık normla kurulan geçerlilik ilişkisi bulunmamasına karşın, neden CBK-kanun çatışmasında kanun tercih edilir? Ayrıca, kanunun uygulanması yönündeki emredici Anayasa normu, üst-alt ilişkisi yaratmaz mı? Bir konuda aynı anda hem kanun, hem CBK bulunamaz. Buna rağmen, CBK-kanun çatışmasında kanunu uygulamanın nedeni, CBK ve kanunun aynı konuda olmayan, ancak somut olaya uygulanmaları hâlinde farklı hukukî sonuçlar doğurabilecek hükümler içermesi hâlinde, uygulanacak normu tâyin etmektir. Üstelik çatışma normu, ancak eş düzey düzenlemeler arasında öngörülebilecek nitelikte olduğundan, CBK-kanun arasında esasa ilişkin

uygunluğu kapsayan hiyerarşi ilişkisi bulunmadığını da teyit eder¹⁶⁸. Eş düzey normlar arası hiyerarşi olmadığı için, çatışma *lex superior* değil, *lex posterior* (zaman) veya *lex specialis* (konu) göre çözülür. Bu çatışmadan "sonraki norm, öncekinden üstündür" çıkarımı yapılamaz. "Üstün"lük, üst-alt norm ilişkisinin sonucudur.

dd) CBK herhangi bir normun üst normu mudur?

Yönetmeliğin genel yetkisi Anayasa'dadır. Ancak bir CBK normu ile, CB yönetmeliği düzenlenmesi öngörülürse, yetki açısından geçerlilik bağı kurulur. Bu durumda, Any. m. 104/18 ve 124/1 gereği yönetmelik ilgili CBK'ya uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla bu yönetmelik açısından CBK üst normudur.

M. 104 ve 124'teki farklı düzenlemelere bakınca, CB yönetmeliği açısından şu soru anlam kazanır: Hangi kanunların uygulanmasını sağlamak ve aykırı olmamak durumundadır? M. 104/18'de "kanunlar", m. 124/1'de ise "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar" geçer. Danıştay denetiminde yönetmeliklerin üst normu, duruma göre ilgili olduğu kanun veya CBK olabilecektir. Benzer şekilde, CBK ile adsız düzenleyici işleme ihdas yetkisi verilirse üst norm niteliği kazanır¹⁶⁹.

Sonuç olarak, genel anlamda CBK, Anayasa'nın altında, yönetmeliğin üstündedir. Kanunun ilgili üst norm olduğu durumda, CBK silikleşir, bu düzeyden kaybolur ve yerini kanuna bırakır.

b) İçeriksel geçerlilik

aa) CBK, içeriksel açıdan hangi normlara uygun olmalıdır?

Sorunun yanıtı, bir başka soruyla bağlantılıdır: CBK'ların konu ve içerik sınırını belirleyen norm nedir? Anayasa. M. 104/17'de genel çerçeveyi "yürütme yetkisi" olarak çizmenin ötesinde, 4 konuda öncelikli düzenleme alanı, 1 konuda ortak ve 1 konuda ikincil düzenleme alanı yaratarak çerçeveyi somutlaştırır. Ayrıca, hangi konularda çıkarılamayacağını m. 104/17'de sıralar: Münhasır kanunu alanı, kanunda açık düzenleme, vb. CBK'nın içeriksel sınırlarını belirleyen özellikle sonuncu hüküm, CBK'nın içeriksel geçerliliği açısından üst normun Anayasa olduğu sonucuna ulaştırır. Ancak, daha önce değindiğimiz üzere, söz konusu yasakların biçimsel denetimle ilgili olduğunu ve konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle iptale konu olduğu savunulur.

¹⁶⁸ Ürger: 147, dp. 21.

¹⁶⁹ Örneğin, 2018/2 no.lu CB Genelgesi'nde, mülga Kn. 3046 m. 19/A'ya dayanılır.

Anayasa gereği, üstünlük "*ancak Anayasa ve kanunlarda*"dır (Başlangıç, para. 4). CB, yürütme yetki ve görevini "*Anayasaya ve kanunlara uygun olarak*" kullanır ve yerine getirir (m. 8). Oysa hiçbir yerde CBK için "*kanuna aykırı olamaz*" kuralı olmadığına göre, yorum yoluyla mı çıkarılmaktadır? Bu yorumu m. 104'ten çıkarmak zordur. M. 8 yürütme yetkisiyle ilişkilidir, CBK ise yetkinin spesifik bir aracıdır. Yürütme yetkisinin kullanılmasında kanuna uygunluk aranırken, CBK için aynı şart aranmaz. CBK, m. 8'e göre özel normdur. Aksi olsa, yönetmelik için kanun veya CBK'ya uygunluk kaydını öngören türev kurucu iktidar, CBK için de öngörürdü. Oysa m. 104'le kanuna uygunluk değil, "*içerik bakımından çatışma*" ile sınırlı çözüm ilkesi getirilir. Bu ise, kanunu üst norm yapmaz. Zira kanunu uygulama zorunluluğu, hiyerarşide üstün olmasından değil, Anayasa'nın emredici normundan kaynaklanır. CBK'nın kanunla hükümsüz kılınması da kanunun üstünlüğünü değil, *lex posterior* benzeri sonuç doğurur.

Doktrinde kullanılan ölçütlerde değindiğimiz üzere, denetim merciinin denetlediği normdan üstünlüğü de savunulmaktaydı. Oysa norm, geçerliliğini, onu yapan, uygulayan veya denetleyen merciden değil, yetkinin dayandığı üst normdan alır¹⁷⁰.

bb) AYM, CBK'nın hangi normlara uygunluğunu denetler?

CBK, yalnızca Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçer. AYM, işlemin Anayasa'ya yalnızca "*şekil*" değil, aynı zamanda "*esas*" bakımından da uygunluğunu denetler (Any. m. 148/1).

Ancak, CBK-kanun çatışmasında yargısal merciler, bazı hukukî sorunları (hükümsüzlük, aynı konu, çatışma, vb.) çözerken, CBK ile kanunu kıyaslamak ve her iki normu da yorumlamak durumunda kalabilir. Ancak bu, "*norm denetimi*"nden gerek yöntem, gerek hukukî sonuç itibarıyla farklılaşmaktadır.

Sorun AYM önüne hangi bağlamda gelirse gelsin ve AYM hangi tezi kabûl ederse etsin, CBK'nın denetiminde yasallık değil, anayasallık

¹⁷⁰ Üst-alt ilişkisi kurulacaksa, üst norm denetleyen merci değil, denetim ölçütlerini belirleyen normdur. Örn. kanunu denetleyen AYM kararı bağlayıcıdır. Ama bunu sağlayan, kanunun üst normunun (anayasa) üstünlüğüdür. Ayrıca üst norm, alt normun geçerliliğini sağlar. İptal kararı veren merci ise, aksine geçerliliği ortadan kaldırır (*olumsuz yasayıcı*). Bunun geçerlilik ölçütü kullanılması ilk anda mantıklı gelebilir. Ama bu hâlde dahi üst norm, geçersizliğe karar veren merciin kararı değil, referans aldığı normun kendisidir. CBK'dan üstün olan bir şey varsa, denetim mercii veya kararı değil, denetimde kullandığı normdur. Üstün olan AYM değil, Anayasa'dır. AYM, bu üstünlüğü güvenceleyen mekanizmadan ibârettir. NH sisteminin özü de budur.

söz konusu olacaktır. Tabii ki bu görüş, mevcut anayasal normlar aynen kaldığı ve bir anayasa değişikliği ile kanuna uygunluk denetimi konulmadığı sürece geçerlidir. Örneğin, m. 104/17'deki yasaklara aykırı CBK'yı, kanuna aykırı olduğu için değil, Anayasa'ya aykırı olduğu için iptal edecektir. İptalin nedeninin, konu bakımından yetkisizlik olduğu da savunulur¹⁷¹.

Anayasanın "kanunla" (öğrenim hakkı) veya "ancak kanunla" (hakları sınırlama) vs. biçiminde kanunla düzenlenmesini emrettiği, CBK ve başka işlemle düzenlenmesini öngörmeyip kanunla düzenlenmesine (m. 8 ve 87'deki genel yetki gereği) zımnen izin verdiği veya CBK ile düzenlenmesini açıkça yasakladığı (kanunla açıkça düzenlenen konu) durumlarda, CBK çıkarılamaz.¹⁷²

CBK-kanun ilişkisinden doğacak birçok tartışmanın temelinde, iddia edildiği gibi kanuna aykırılık değil¹⁷³, belirlenen kanun alanlarına girme yasağı öngören Anayasa normuna aykırılık sorunu yatar. Örneğin, CBK alanında CBK bulunmadığı hâlde kanun çıkarılırsa, CBK'ya aykırı olduğu için değil, Anayasa'nın yasakladığı alanda çıkarıldığı için iptal edilir. Anayasa'daki içerik sınırlaması, Kelsen'in ölçütünün ikinci boyutu ve Anayasa'nın üst norm olduğunun kanıtıdır. Nasıl ki diğer durumda kanun CBK'nın üst normu değilse, bu hâlde de CBK kanunun üst normu değildir.

CBK'nın kanun alanı ile çatışmadan uygulanabilmesi Anayasa güvencesindedir. CBK-kanun arasında esas bakımından uygunluğa dayalı hiyerarşi ilişkisi de yoktur. Ancak, CBK'nın kanunla üst-alt ilişkisi

¹⁷¹ Benzer görüş için bkz. **Ülgen**: 20-21. Any. mülga m. 107 için bkz. **Taşdöğen**: 941.

¹⁷² Biraz daha somutlaştıralım: Bu tür hâllerde, o konuyla ilgili kanun olabileceği gibi, örneğin basit veya nitelikli yasa kaydı geçen bir hakkı sınırlayan kanun olmayabilir. Bu konu CBK'nın öncelikli düzenleme alanına dâhil olmamaktan öte, açıkça CBK alanına yasaklanmıştır da. Varsayalım ki, CBK ile 4 temel konudan biri düzenlenirken, CBK'ya yasak alana giren bu konuya da dokunulmuş olsun. Ve varsayalım ki, bu konu bir şekilde AYM'ye iptal için götürülmüş olsun. AYM bu CBK'yı denetlerken de, yine Anayasa'da sınırları çizilen konu dışına çıkıldığı, teknik dille konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle iptal kararı verebilir. Bu bağlamda, şu soru sorulabilir: CBK ve kanun arasında üst-alt ilişkisi olsa ve CBK denetiminde yasaya uygunluk denetimi yapılsaydı, bu durumda hangi kanuna uygunluk denetimi yapılacaktı? Olmayan kanunun nesine uygunluk aranacaktı? AYM'nin CBK'yı denetlerken, konuya ilişkin kanun olması ve olmaması arasındaki fark, yapacağı denetimde Anayasa'ya uygunluğu arayacağı gerçeğini değiştirmez. Kanunun varlığı hâlinde, AYM kanun ve CBK konularını kıyaslasa dahi, CBK'yı kanuna uygunluk açısından denetleyemez. Her iki olasılıkta da, yalnızca Anayasa'ya uygunluk denetimi yapar.

¹⁷³ "[CBK'ların] kanuna aykırılığı hali ... belirli durumlara göre anayasa[ya] aykırılık, uygulanamama veya hükümsüzlük sonuçlarını doğuracaktır". **Ardıçoğlu**: 50.

olmaması, hiyerarşi dışı kalmasını gerektirmez. Zira iki norm, konuya göre hiyerarşide birbirinin yerine geçer.

cc) CBK'nın ihdas usûlü kanunla belirlenirse, içeriksel denetimde üst norm olur mu?

Yukarıda, CBK'nın ihdas usûlünün özellikle yapım süreci bakımından Anayasa'da ayrıntılı belirlenmediğini, ancak kanunla belirlenmesinin önünde engel olmadığını belirtmiştik. Eğer bu gerçekleşirse, CBK'nın içeriksel denetimi açısından Any. m. 104/17'deki konu sınırları ve başta değişmez normlar olmak üzere diğer maddelerdeki içeriksel sınırlara ek olarak, kanunlar da üst norm olur mu? Bunu birkaç açıdan yanıtlamak mümkündür.

İlkin, bu tür bir kanun her şeyden önce ihdas usûlünü düzenleyecek olup, içeriksel sınır getirmediği için, yalnızca biçimsel geçerlilik açısından üst norm olur, içeriksel geçerlilik açısından üst norm hâlen Anayasa'dır. Kanun, Anayasa'daki içeriksel sınırları tekrar etse dahi, bu açıdan üst norm olamaz. Bu yorumun doğrudan sonucu ise şudur: Bu durumda CBK, ihdas usûlüne uygunluk açısından Anayasa yanında kanuna aykırılık denetiminden de geçecektir. Ancak, bu durumda biçimsel denetimde kanunun referans norm olmasından hareketle, içeriksel denetimde de kullanılması düşünülemez.

İkinci olarak, bu tür bir olasılığın gerçekleşmesi durumunda, diğer kanunlarla CBK arasında üst-alt norm ilişkisi oluşmaz. Dolayısıyla, yapılacak biçimsel denetimde (başta Any. m. 148'i dikkate almak kaydıyla) diğer kanunlar ölçü norm olamaz.

Kanunla, CBK çıkarma yetkisine Anayasa'da sayılmayan yeni bir konu veya yeni bir yasak eklenirse, içeriksel açıdan üst norm olur mu? İlk bakışta buna olumlu yanıt verilebilir, ancak bu mümkün değildir. Zira bir düzeydeki kuralın istisnası, aynı düzeydeki normla (örnekte en üst norm olduğu için, yalnızca Anayasa) ile mümkündür. Kaldı ki, bu tür kanun, yasama yetkisinin de devri anlamına gelebilir.

Tüm bu analizlerden ulaştığımız 3 sonuç şudur: CBK Anayasa'nın alt normudur, konusuna göre yerine geçtiği kanunla eş düzey normdur, ilgili yönetmeliğin ise üst normudur.

4) CBK denetiminde aşamalı bir test önerisi

AYM, denetimde aşağıdakine benzer bir test uygulayabilir. Testi geçen CBK Anayasa'nın sınırları içindedir:

- *Bıçimsel denetim testi*: CB tarafından ve zaman, yer, konu sınırına uyularak çıkarılmış mı (yetki)?¹⁷⁴; prosedüre uygun çıkarılmış mı (usûl)?
- *İçeriksel denetim testi*¹⁷⁵ (sonuncusu hariç diğerlerinin, konu bakımından yetkisizlik konusu olup, bıçimsel denetime dâhil olduğu da savunulabilir): CB kararına dâhil konu düzenlenmiş mi? CB'nin diğer düzenleyici işlemlerine dâhil konu düzenlenmiş mi? Yürütme dışı konular düzenlenmiş mi? Sosyal haklar hariç hak düzenlenmiş mi? Bir hak sınırlanmış mı? Münhasır kanun alanı düzenlenmiş mi? Kanunda açıkça düzenlenen konu düzenlenmiş mi? Ödenek sınırını aşma yasağına uyulmuş mu? Kanunu uygulama amaçlı mı?¹⁷⁶ Yasak alanlara girmese de Anayasa'ya aykırı mı?

5) Konusuna göre CBK'lar farklı düzeylerde midir?

a) Yürütme yetkisi ve 4 spesifik CBK alanı

aa) 1983 pratiği: Mülga m. 107

Anayasa'da CBK tek konu ile sınırlıydı: Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği (CGS). Ancak düzenleme yetkisi, her yönü kapsamaz: "*kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama*".

- Önce darbe rejimi kanunu ile¹⁷⁷ şu hüküm kondu: "*Bu Kanun; [CBK] ile düzenlenen*¹⁷⁸ [CGS'nin] kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri *dışında kalan konuları düzenler*". CBK münhasır alanındaki¹⁷⁹ konulara girilmedi. Fazla mesai yönetmeliğe bırakıldı (m. 5).
- CBK ise, Kanun'dan 1 gün sonra çıkarıldı¹⁸⁰. "Amaç" maddesinde, Anayasa'daki konular sayıldı (m. 1). Konuların detayı ve diğer konular (özlük, bütçe, vs.) CGS'nin çıkaracağı yönergeye bırakıldı (m. 18).

1983 pratiğinden şu çıkarımlar yapılabilir: CBK'ya bırakılan konu istisnâ ve tektir. Önce kanun çıkarılmasına karşın, CBK alanına

¹⁷⁴ Olağan CBK'da ilk 2 açıdan sınır yoktur. Ancak, konu bakımından sınırlar vardır.

¹⁷⁵ Benzer bir test önerisi için bkz. **Şirin**: 327.

¹⁷⁶ Doktrinde eklenen yasaktır. Bkz. **Söyler**: 165-166.

¹⁷⁷ K.n. 2789, T. 17.08.1983; RG. 19.08.1983, S. 18140.

¹⁷⁸ CBK henüz çıkarılmadığı hâlde, "düzenlenen" ifadesi tercih edilir.

¹⁷⁹ **Taşdöğen**: 941.

¹⁸⁰ CBK no. 1, T. 18.08.1983; RG, T. 20.08.1983, S. 18141.

girilmemiştir. CGS konu başlığı ortak olmasına karşın, Any. m. 107 aralarındaki çizgiyi belirlediği için, düzenleme konuları çatışmaz ve buna yönelik norm da konmaz. Ayrıca, her işlem türünün konusu açıkça belirlenir¹⁸¹. Buna göre, örn. personel görevlendirmede Anayasa'nın altında kanun vardır. Oysa çalışma esasları konusu kanunla değil de CBK ile düzenlendiği için, aynı düzeyde kanun yerine CBK geçer. Kanun ve CBK alanları ayrılmış olup, hiyerarşide 2. düzeyde ya kanun, ya CBK vardır. Bu iki norm, konuya göre birbirlerinin yerine ikame olunurlar.

bb) 2017: M. 104 ve 4 spesifik CBK alanı

En kritik sorun, CBK'nın doktrinde çoğunlukla kanun altı düzeyde görülmesine karşın herhangi bir kanunla geçerlilik ilişkisi bulunmaması, CBK'nın ihdas usûlünün detayının kanunla düzenlenmemesi, kanuna aykırılıktan dolayı iptal kararı verilememesidir. Doktrinde ağırlıkla referans yapılan CBK-kanun çatışma ilkeleri ise bu ölçütlerle örtüşmez. Türev kurucu iktidarın Anayasa değişikliğindeki mantık, aynı konuda kanun ve CBK normunun uygulanmasını engellemek ve çatışma hâlinde hangisinin uygulanacağını tâyin etmektir. Bu yüzden, kanun ve CBK'nın düzenleme alanları -tek konu ile sınırlı ortak alan hariç- ayrıştırılır. CBK kural olarak herhangi bir kanuna aykırılık denetiminden geçmez. CBK-kanun çatışmasının tespiti, kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK yasağı ve kanunla CBK'nın hükümsüz kılınmasında AYM, kanuna aykırılık denetimi yetkisini, ne bu çatışma kurallarından, ne de genel norm olan Any. m. 8'den çıkarabilir. Denetimde ölçü norm ise kanun değil, Anayasa'dır.

CBK, duruma göre hiyerarşide kanunla yer değiştirir. Any. m. 108/son gereği, DDK'nın "işleyişi", "üyelerinin görev süresi" ve "diğer özlük işleri", CBK ile düzenlenir. Ancak, DDK'da söz edilen CBK ile düzenleme, DDK'ya ilişkin tüm konuları düzenleme yetkisi vermez. Yasama yetkisinin genelliği uyarınca, CBK alanına tahsis edilmeyen diğer konular (m. 108/son'da sayılan 3 konu dışındaki tüm konular), kanunla düzenlenir. Bu, münhasır CBK alanı ve öncelikli düzenleme alanı tezlerinin ortak sonucudur. Böylelikle, DDK örneğinde Kanun ve CBK alanları ayrılmış olup, her konu açısından hiyerarşide 2. düzeyde ya kanun, ya CBK normu vardır. 3 konuda (işleyiş, görev süresi, diğer özlük işleri) CBK normu olacağı için, 2. düzeyde CBK yer alır, oysa

¹⁸¹ Örneğin CGS çalışma esasları CBK ile (Any. m. 107), kalan konulardan personel görevlendirme kanunla (Kanun, m. 4), fazla mesai yönetmelikle (Kanun, m. 5), saymanlık CGS yönergesi ile (1 no.lu CBK, m. 18) düzenlenecektir.

diğer konularda kanunla düzenleme yapılırsa (veya varsa), hiyerarşide CBK yer almaz, yerine kanun geçer.

Görüşümüzü ayrıca, CBK'ya ayrılan 4 konudan biri olan "üst kademe kamu yöneticisi" örneğinde somutlaştıralım:

TABLO II:				
KANUN-CBK ALANINA ÖRNEK: "ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİSİ"				
Yetkinin türü	Yetki	İşlem türü	Dayanak	Hiyerarşik konum
Atama ve azletme	CB	CB kararı	Any. 104/8	Kanun altı
Atama usûl-esasları	CB	CBK	Any. 104/9	Anayasa-altı
Yetiştirme usûl-esasları	TBMM	Kanun	Any. 128/son ¹⁸²	Anayasa-altı

b) Ortak alana ilişkin CBK: Kamu tüzel kişiliği kurma

Burada münhasır alan tartışması yersizdir. Zira, yetki ne hakkı sınırlamada olduğu gibi yalnızca kanuna (örn. m. 13), ne DDK'da olduğu gibi yalnızca CBK'ya (m. 104) aittir¹⁸³.

Aynı anda aynı kamu tüzel kişiliğini düzenleyen kanun ve CBK olabileceği varsayılsa da, varlığı hâlinde aralarında hiyerarşi kurulamaz. CBK ya kanunla hükümsüzlüğe uğratılır, ya ihmal edilir veya Anayasa'daki ilkelere aykırılık gerekçesiyle iptal edilir. Ancak, bu tür bir CBK'nın üst normu kanun değildir. Ne bir kanuna göre ihdas edilir (geçerlilik), ne de AYM'ce kanuna aykırılığı incelenir (denetim). Hükümsüzlüğü saptamada dahi, CBK kanuna aykırı olduğu için değil, Anayasa normu gereğince *lex posterior* ilkesi çerçevesinde yaptırımla karşılaşır. Hangi organ kamu tüzel kişiliği kurarsa kursun diğeri değiştiremez. Her organ, ayrı kamu tüzel kişisi kurabilir. Her kamu tüzel kişisi kanun veya CBK'ya dayanacağı için, hangisinin alanına giriyorsa, duruma göre Anayasa altı düzeyde kanun veya CBK yer alır.

c) Haklar konusunda CBK: Sosyal haklar

Sosyal hakları "düzenleme"¹⁸⁴ amaçlı CBK çıkarma yetkisini ikincil

¹⁸² "Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, *kanunla özel olarak düzenlenir*". M. 128/son'un 104'ten farkı, "üst kademe kamu yöneticisi" yerine, "üst kademe yöneticisi" ibâresidir. Ancak, m. 128 ve 129'u kapsayan üst başlıktaki "kamu hizmeti görevlileri"nin özel sektör yöneticilerini kapsamadığı açıktır.

¹⁸³ Bu bağlamda, isabetle belirtildiği üzere "*sui generis*" CBK türüdür. **Ülgen:** 36.

¹⁸⁴ Düzenleme-sınırlama kavramları bazen karıştırılır. Any. m. 13 ve 104'ün çeliştiği, Anayasa'yı değiştirenlerin Any. 2. kısım 1. bölümünden "*haberdar olmadıkları*" savunulur. **Köker:** passim. CHP'li Kayışoğlu ise, TBMM'de şöyle der: "*Vatandaş*

olarak nitelememizin nedeni, kanun yoksa CBK çıkarılabilmektedir. Ancak, münhasır kanun alanındaki sosyal hakkı (kanun çıkarılmış olsun/olmasın) CBK ile "düzenleme" mümkün değildir (örn. öğrenim). Sınırlamada mutlaka kanun gerekir (m. 13). Durdurma ise, OHAL'de mümkündür (m. 15, 119).

Sonuç olarak, konusu farklı CBK'lar, hiyerarşide farklı düzeyde yer almaz. CBK ve kanun eş düzey olup, konuya göre birbirinin yerini alır. Yoksa, konu değiştikçe düzeyi değişmez, birbirinin üst normu olmaz. Aynı anda yan yana bulundukları varsayımında, örneğin "aynı konuda farklı hüküm"de dahi, kanunun uygulanması ve CBK'nın ihmali hiyerarşi ilişkisi ve üstünlük yaratmaz.

Ş IV. OHAL CBK VE HİYERARŞİDEKİ YERİ

A) Niteliği ve hukukî rejimi

1) Genel olarak: Konu ve sınırlar

OCBK organik açıdan "kanun hükmünde" yürütme işlemi, maddî açıdan yasama işlemidir. TBMM'de kanuna dönüştürüldüğünde ise, şekli açıdan da yasama işlemi olur.

AYM, eski OKHK'nın konu sınırına süre ve yer bakımından sınırlılığı eklemiştir. İçtihadın devam edip etmeyeceği bilinmez. Venedik Komisyonu raporuna göre, parlamenter rejime ilişkin içtihadın yeni rejime "uyarlanması" zaman alacaktır (para. 81)¹⁸⁵.

2) Denetim

a) TBMM ve 2 boyutlu siyasal denetim: İlân ve kararname

İlk boyut, ilânın denetimidir. İlân kararı "verildiği gün" yayımlanır, eski sistemdeki "hemen" sözcüğündeki belirsizlikten farklı olarak, "aynı gün" TBMM'ye sunulur.

İkinci boyut, kararnamenin denetimidir¹⁸⁶. "OHAL'in gerekli kıldığı konularda" çıkarılır, yayımlanır, "aynı gün" sunulur¹⁸⁷.

yarın sabah kalkınca nasıl bir kararnameyle karşı karşıya kalacağını hiçbir zaman bilemeyecek. Mülkiyet hakkı sınırlandırılabilir". TBMMTD, D. 26, YY. 2, B. 58, T. 14.01.2017: 76. Oysa mülkiyet, 1961'den sosyal hak iken, 1982'de kişi hakları kısmına alındı. Gerçi sosyal hak olarak kalsa, yine "kanun"la sınırlanacaktı (m. 13, 35/2).

¹⁸⁵ AHYDK: 20.

¹⁸⁶ CBK sadece *siyasal* (TBMM), OCBK sadece *yargısal* denetimden (AYM) geçer.

¹⁸⁷ TBMM'nin bir yayınında, yayım günü sunulmama hâlinde bu tarihte yürürlükten

OCBK, savaş ve mücbir sebeple toplanamama hariç, 3 ayda sonuçlandırılmazsa, *"kendiliğinden yürürlükten kalkar"*¹⁸⁸. Yaptırım, CBK-kanun çatışmasındaki yaptırımlardan (ihmal, hükümsüzlük) farklıdır. Başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın re'sen (*ex officio*) sonuç doğuran önlem, Venedik Komisyonu'na göre olağan CBK'dan *"çok daha net bir ifade"*dir (para. 83)¹⁸⁹. Eski OHAL KHK'daki 30 günlük sürenin işlevsizliğine kıyasla, denetimde *"ucu açık"* sürece son verilerek süreç takvime bağlanır¹⁹⁰. Değişiklik, "hukukî belirlilik" açısından olumludur.

Denetimin parlâmento kararı ile yapılması önerilir. Kaldı ki, Any. m. 119/7'de, kararname için "kanunlaştırılır" değil, görüşülerek *"karara bağlanır"* denilir. Buradaki "karar"ın şekli veya maddî açıdan ne anlama geldiği ayrı mevzudur. 683 no.lu OHAL KHK için AYM'ye başvuru gerekçesinde de vurgulandığı üzere, kanunla kabûl, geçici düzenlemeyi kalıcı hâle getirir. Bu durum, *"anayasal normlar hiyerarşisini ve hukuk düzeninin tutarlı normlardan oluşması ilkesini altüst eder"*¹⁹¹. TBMM CBK'yı değiştirerek kabûl ederse, CB *"güçleştirici veto"*ya başvurabilir.

b) Yargısal denetim yasağı

Any. m. 148/1 uyarınca OHAL ve savaşta çıkarılan işlem denetlenemez. Denetim yasağı ile Anayasa'yı değiştirme yetkisinin devredildiği iddiası ise¹⁹², teknik açıdan yanlıştır.

Yargı kısıntısı, bir görüşte Anayasa'nın *"askıya alınması"*dır¹⁹³. *"Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabil"*mesine izin veren, Anayasa'nın kendisidir (Any. m. 15/1). Tedbirler, *"istisnâi Anayasa"*ya aykırı olamaz. Olağan dönemden sapma (*derogation*) Anayasa'da öngörüldüğüne göre, Anayasa'ya uymak şartıyla, bu dönemin işlemleri anayasa-dışı (*extra constitutionem*) veya anayasaya aykırı (*contra constitutionem*) değil, anayasa içi (*intra constitutionem*) işlemlerdir. Ancak, yazarın belirttiği üzere, OHAL sınırları asla aşılamaz.

kalkacağı belirtilse de (TBMM 2018: 83), dayanağını belirleyemedik.

¹⁸⁸ Bu süre, teklifte (m. 13) *"bir ay"* olarak belirlenmişti (TBMM 2017: 14).

¹⁸⁹ AHYDK: 20.

¹⁹⁰ *"Meclisin ucu açık onay süreci ortadan kalkacak"*. **Ak Parti**: 19. CB Başkanışmanları Yaşar (*Habertürk*, 14.04.2017) ve Uçum (*Hürriyet*, 25.01.2017) benzer görüştedir.

¹⁹¹ AYM, K. 2018/70 (başvuru gerekçesi).

¹⁹² TBMMTD, D. 26, YY. 2, B. 53, T. 09.01.2017: 60 (Deniz Baykal - CHP).

¹⁹³ **Esen**: 68.

B) Doktrinde OCBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Kanunla aynı düzeydedir

Yaygın görüş, kanunla aynı düzeyde olduğu yönündedir. Başlıca gerekçe, "kanun hükmünde" nitelemesidir¹⁹⁴.

2) Olağan CBK'dan doğrudan veya dolaylı üstündür

Bir görüşte, olağan CBK'dan "daha üst düzeyde"dir¹⁹⁵. Gülgeç ise, "dolaylı hiyerarşi" tezini tartışır: Any. m. 104/17'de "kanun" şekli anlamda kullanılır ve kanun gücündeki diğer işlemleri kapsamaz. Kanunla olağan CBK aşılabileceği ve olağan CBK'nın ihdası belirlenebileceği için, OCBK'nın olağan CBK'dan doğrudan üstünlüğü savunulabilir. Ancak OHAL'in gerekli kıldığı konularda çıkarılma zorunluluğu, bu görüşe temkinli yaklaşmayı gerektirir. Olağan CBK'nın ihdas usûlünün OHAL'le ilgili olup olamayacağı sorusuna verilecek yanıt olumlu ise olağan CBK'dan doğrudan, aksi takdirde dolaylı üstündür¹⁹⁶. Bu teze katılmıyoruz. Dahası, olağan CBK'nın ihdasını kanunla belirleyebilme, esasen eleştiriye en açık yönüdür. Zira, varsayımsal norm üzerinden hiyerarşi kurulabileceği görüşünü kabûl etmiyoruz. Kaldı ki yazar, OCBK'nın ihdasının -varsa- kanunla düzenlenmesinin önündeki engeli açıklamamıştır.

C) Görüşümüz: OHAL CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) OCBK'nın hiyerarşik düzeyi

a) Biçimsel geçerlilik ölçütü açısından

Yetkiyi veren norm, Any. m. 119/6'dır. Ancak, ön şartla çıkarılır: OHAL veya savaş ilânı. Niteliği, yayımı, TBMM'ye sunulması ve yürürlükten kalkması da düzenlenir (119/6-7). Usûlü düzenleyen norm, üst normdur. Özetle, biçimsel geçerlilik açısından üst normun Anayasa olduğu konusunda kuşku yoktur.

Bu hususu kanun düzenlese, geçerlilik normu olurdu. Bu tür bir düzenleme olmadığı için, kanunla hiyerarşi kurulamaz.

b) İçeriksel geçerlilik ölçütü açısından

Anayasa'daki içeriksel sınırları sıralayabiliriz: Genel olarak, "OHAL'in gerekli kıldığı konular"la sınırlıdır. Madde gerekçesinde de,

¹⁹⁴ Gözler 2019: 947; Söyler: 165; Açıl: 749.

¹⁹⁵ Boztepe: 28.

¹⁹⁶ Gülgeç: 213-214.

"OHAL ilanı şartlarının gerekli kıldığı konular" deyimiyle, ilân-kararname arasında "gereklilik" ilişkisi aranır¹⁹⁷. CBK için öngörülen ödenek sınırı, OCBK için de geçerlidir¹⁹⁸. Olağan CBK'daki "yürütme yetkisi" sınırlaması burada olmasa da, münhasır kanun alanına ilişkin konular düzenlenemez. Olağan CBK için haklar alanındaki konu sınırlaması ise geçerli değildir (Any. m. 119/6). Any. m. 15/2'ye göre, "*Anayasada öngörülen güvenceler*" aşılabılır. Ancak, mutlak haklara dokunulamaz. Kaldı ki, en vahim hâllerde dahi aşılmaz duvar olan m. 15, yalnızca OCBK için değil, OHAL mevzuatının ve en başta OHAL Kanununun sınırı olarak da m. 119/5'te açıkça geçer. Venedik Komisyonu raporu¹⁹⁹ ve doktrinde²⁰⁰ m. 15'teki mutlak haklara da (*sert çekirdekli temel hak*) dokunulabileceği belirtilse de, mümkün değildir. Zira her yerde, her zaman, her kişi için, her şartta ve herkese karşı mutlak koruma ("*sıfır*" tolerans) esastır.

Olağan CBK'da olduğu gibi, OCBK da kanunla aşılabılır mı? Any. m. 119'da Any. m. 104/17'ye atıfla, 2. cümledeki sınırlamanın geçersiz olacağı hükmü, diğerlerinin geçerliliğinin zımnî kabûlü anlamında yorumlanabilir mi? Bu konu da tartışılmaya değer²⁰¹.

¹⁹⁷ Teklif, m. 13 gerekçesi. TBMM 2017: 14.

¹⁹⁸ **Ülgen:** 12-13.

¹⁹⁹ "*İnsan hakları dâhil olmak üzere her türlü konuyla ilgili olabilir. 15'inci Maddede teminat altına alınanlar da buna dâhil olabilmektedir*" (para. 83). AHYDK: 20.

²⁰⁰ "*Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, adil yargılanma hakkı, haberleşme hürriyeti gibi birçok temel hak ve özgürlük OHAL döneminde Cumhurbaşkanının üzerinde sınırlama yapabileceği bir duruma getiriliyor*". **Tecim & Aydın:** 14. Oysa yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü mutlak hak olup, OHAL'de dahi asla müdahale edilemez.

²⁰¹ Doktrin, m. 104/17'nin tüm CBK'lar için değil, 4 konuya ilişkin spesifik olağan CBK'lar için genel norm olup olmadığı sorusuna odaklanmış, bu yönü ise pek tartışmamıştır. M. 119/6'da m. 104/17, c. 2'ye referans yapılırken, diğer cümleler ve özellikle c. 3'teki münhasır kanun alanına ilişkin hükme referans yapılmaz. CBK alanı haklar açısından genişlese de, diğer konularda sınırlıdır. OHAL Kanunu ve her tür müdahale ise, m. 15'teki "*ilkeler doğrultusunda*" olmalıdır. Farklı bir yorum da yapılabilir: CBK'yı kanunla aşma, m. 119'da değil, m. 104'tedir. Sistematik yorumla, m. 104 olağan CBK ile ilgilidir. Eğer böyle ise, m. 119'da neden 104'e atıf yapılır? Ayrıca, m. 104'e atıfla istisna normu öngörülürken, kanunla CBK'yı aşma kapsam dışı bırakılır. Yetkide açık norm aranır. Ancak, öncelikli düzenleme tezinde, -CBK öncelikli düzenleme alanları hariç- düzenleme olmayan her konu kanunla düzenlenebilir. Bu durum, OCBK'yı "karar"a veya "kanun"a dönüştürme işleminden farklıdır. Zira, bahsettiğimiz husus OCBK'dan ayrı ve bağımsız bir işlem olan kanun çıkararak OCBK'yı aşma, son 2 alternatif ise OCBK'yı dönüştürmedir. İlk olasılıkta "*yeni kanun*", diğerinde "*dönüştürme kanunu*" vardır. Kaldı ki, TBMM -olağan CBK'dan farklı olarak- OCBK'yı kanuna dönüştürebileceği için, ayrıca kanunla aşma konusunu düzenlemeye gerek kalmadığı da savunulabilir.

Any. m. 8 ve 119 arasında *lex specialis* ilişkisi varsa, OCBK'nın m. 8'in istisnası olup olmadığı tartışılabilir. Hem OCBK "kanun hükmünde"dir, kanunu değiştirebilir (m. 119); hem de yürütme yetkisi kanuna uygun olmalıdır (m. 8). Durum şöyle izah edilebilir: OCBK, Any. m. 8 gereği, tüm kanunlara değil, ilgili kanuna (OHAL Kanunu) ve Any. m. 15 ve 119'a uygun olmak kaydıyla, diğer kanunları değiştirebilir. Kastedilen, geri kalan tüm kanunlar değil, OHAL'in gerektirdiği konularla ilgili kanunlardır.

OHAL ve savaşta çıkarılan CBK, şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'ye taşınamaz (Any. m. 148/1). Ancak, bir normun yargısal denetim yasağından, normun hiyerarşik düzeyine ilişkin çıkarım yapılamaz. Özellikle, denetlenemeyeceği normun üzerinde konumlanacağı görüşüne katılmıyoruz. Herhangi bir kanunla arasında denetim ilişkisi yoktur.

AYM'nin 2015 öncesindeki gibi bir içtihatla bu işlemleri denetleme olasılığını da göz ardı edemeyiz. Anayasal yasak içtihatla aşılsa, Anayasa'nın OCBK'nın üst normu olduğu denetim ölçütü açısından da teyit edilmiş olur. CBK'nın en başta OHAL Kanunu ve ilgili diğer mevzuata uygunluk açısından herhangi bir denetim gereği kanıtlanabilir ve/veya Anayasa'ya bu yönde norm konursa, tartışma başka yöne evrilebilir.

Any. m. 119'da kanunla durdurma atfı dikkate alınınca, ideal uygunluk zinciri şudur: Anayasa, OHAL Kanunu, OCBK, ilgili yönetmelik, diğer düzenleyici işlemler. Ancak, "kanun hükmünde" nitelemesi bu iddiayı etkiler.

Sonuç olarak, OCBK'nın denetimi kapatılsa da, Anayasa ile içeriksel sınırların belirlendiğinden hareketle, üst normun Anayasa olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Denetim yasağı ile, üst-alt ilişkisi güvencesiz kalacaktır. OCBK ile -OHAL Kanunu tartışması hariç- diğer kanunlar arasında hiyerarşik ilişki kurulamaz. Bu Kanun'la ilişki ise, biçimsel geçerlilik (ihdas) değil, hakları sınırlama ve durdurma ile sınırlıdır. OCBK ile sadece Anayasa ile -ki, bu da istisnaî anayasa kısmı ile sınırlı- ilişki doğar. OCBK ile alt işlemler arasında ilişki kurulamazsa, NH sisteminde 2. boyutta yer alır.

Re'sen yürürlükten kalkma yaptırımının hiyerarşi yaratıp yaratmadığı da tartışılabilir. TBMM'de 3 ay içinde sonuç alınamazsa OCBK kendiliğinden yürürlükten kalkacağı için, geçerliliği etkileneyecektir. Ancak bu, biçimsel veya içeriksel geçerlilik açısından

kanuna aykırılık değil, Anayasa normunun usûlî şarta bağladığı sonuç olup, kanunla üst-alt ilişkisi içermez. Kanuna veya karara dönüştür(e)memedi kaynaklı "ihmal nedeniyle geçersizlik", "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık" olarak düşünülse dahi, kanunla hiyerarşi doğurmaz. Geçerlilik ilişkisi kurulacaksa, geçersizlik şartını öngören Anayasa ile kurulabilir, şeklî anlamda tekemmül etmeyen "kanun"la değil.

2) *Ek sorun: OCBK'yı kabûl kanununun hiyerarşik düzeyi*

a) Biçimsel geçerlilik (ihdas) açısından

TBMM, OCBK'yı görüşerek karara bağlar (Any. m. 119/7). "Karara bağlamak"tan söz edilse de, pratikte TBMM, şeklî açıdan yürütme işlemi olan OCBK'yı, yasama işlemi olan kanuna dönüştürür. Kanunun ihdas normu, başta Anayasa olmak üzere, İçtüzük'teki detaylı normlardır. Şeklî açıdan birer yürütme işlemi olan OHAL ilânı ve OCBK'da usûlî belirleyen norm yalnızca Anayasa iken, kanunda İçtüzük de eklenir. Anayasa kanun için iptal sebeplerini sınırlamış olsa da, İçtüzük kanunun ihdası açısından biçimsel açıdan üst normudur.

b) İçeriksel geçerlilik açısından

OCBK kanunlaşırsa, yeni işlem denetim yasağı kapsamından çıkar. Zira, istisna ve yasak dar yorumlanır. Anayasal normda *ratio legis* OCBK ile sınırlı olduğu için, yeni kanunun şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı denetlenebilir. Bu ise, kanunun yalnızca ihdas değil, içeriksel açıdan da Anayasa'nın altında olmasıdır. Ölçü norm -OHAL Kanunu tartışması hariç- kanun değil, Anayasa'nın olağan dışı rejimi, yani "istisnâ Anayasa"dır.

Ş V. SONUÇLAR & ÖNERİLER

Ulaştığımız sonuçlar ve önerilerle çalışmayı noktalıyoruz.

A) ULAŞILAN SONUÇLAR

- CBK'nın hiyerarşik konumunu belirleme güçlüğü'nün başlıca nedeni de, Anayasa normlarının yazımındaki özensizlikten kaynaklanan belirsizliktir. Doktrindeki farklı ölçütler de sorunu derinleştirmektedir.
- Özensizliklere diğer örnek, tekrar maddelerdir. M. 150 varken m. 104/7'nin, m. 124 varken m. 104/18'in tekrar ve gereksiz olduğu savunulabilir.

- Sonuçların birbirinden bu denli farklılaşmasının, hatta aynı Anayasa normundan taban tabana zıt hükümler çıkarılmasının başlıca nedeni ise, türev kurucu iktidarın CBK'yı "tek tip" işlem olarak tasarlamadığı ve düzenleme konularını ayırtırdığı gerçeğinin göz ardı edilmesidir.
- Hiyerarşi konusundaki tartışmanın doktrindeki değerini yadsımamakla birlikte, önemi ikincil plânda kalır. Zira, asıl sorunla teoriden ziyade pratikte karşılaşılacaktır. Ancak, özellikle Any. m. 104/17'nin yarattığı karmaşadan dolayı, gerek doktrinde ve gerekse AYM içtihadında tutarlı bir çerçeve inşa etmek oldukça güçtür.
- Doktrinde hiyerarşi analizlerinde kullanılan gerekçeler, AYM ve Danıştay'ın CBK ve diğer CB işlemleri üzerinde yapacağı denetime hiç kuşkusuz yön verecektir. Ancak, tartışmaya iç içe geçmiş birçok ayrımın yön vermesi, doktrinde hukuk mantığı ile açıklanması zor yorumlar yaratmıştır. Bu karmaşanın, AYM jürisprüdansını benzer çelişkilere itmesi kaçınılmazdır.
- Aslında Anayasa, normların çatışma olasılıklarını kısmen tüketmiştir. Ancak, başta AYM yargıç ve raportörleri olmak üzere, yargısal mercileri önemli tartışmaların beklediğini tahmin etmek kehanet sayılmamalıdır. Özellikle CBK-kanun ayrışmasındaki belirsizlik, ortak alanda (kamu tüzel kişiliği) düzenleme yetkisi, alan tartışmasının yanı sıra, birçok kavramı içtihadî yorumla açıklığa kavuşturma (tavzih) gereksinimi...

B) SOMUT ÖNERİLER

- CBK'ların denetiminde, çok boyutlu yaklaşım ekseninde, farklı alan nitelemelerinde kullanılan argümanlar dikkate alınmalıdır.
- Normun hiyerarşik konumunu saptamada, doktrinde öteden beri yerleşmiş çok farklı ölçütler yerine, geçerlilik ölçütü kullanılmalıdır.
- CBK'ların ihdas usûlünün kanunla düzenlenmesinde teorik ve normatif açıdan engel bulunmadığı görüşünden hareketle, pratikte sürecin rasyonel, şeffaf ve dolayısıyla istikrarlı zemine oturması için, Anayasa veya kanunla düzenlenebilir. Bu ve diğer belirsizlikleri normlarla gidermek yerine, sorunu "anayasal gelenekler"e terk etme tercihi gelecekte başkaca sorunlar üretme potansiyelini de barındırmaktadır. Özellikle farklı siyasi parti

veya blokların yasama ve yürütmeye egemen olması (*cohabitation*) durumunda, sorun derinleşebilir.

- Anayasa'daki belirsizlikler, özenle hazırlanacak ve TBMM'de politik çekişmelerden uzak biçimde tartışılacak Anayasa değişikliği teklifi ile giderilmelidir. CBK-kanun alan tartışmasının açıklığa kavuşturulması, karar-kararname ayırımına Anayasa'da açıkça yer verilmesi vb. sorunlar, mevzubahis anayasa değişikliğinde değerlendirilmelidir. Bu tercih, doktrindeki birçok tartışmayı sonlandırmanın yanı sıra, AYM üzerindeki yükü hafifletme açısından da katkı sağlayacaktır.

Ve son söz... Erasmus'la başladık, O'nunla bitirelim. Oldukça özensiz kaleme alınan, yetersiz tartışma ile kabûl edilen Anayasa değişikliğindeki belirsizlikleri giderme işlevi tamamen AYM'ye yüklenmiş durumda. Belki bir kez daha, AYM yargıcı sırtladığı kocaman kayayı yukarı taşımayı başaracak, ama nereye kadar? Hayır Erasmus, Hukukçuluk dünyanın en zor sanatı...

KAYNAKÇA

AÇIL, Murat, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *İÜHFM*, C. 76, S. 2, 2018: 725-756.

Adalet Bakanlığı, *AB Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, Ankara, 2011.

AHYDK (Venedik Komisyonu), *Türkiye Görüşü: Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında*, 13.03.2017. <http://tiny.cc/tanc6y>

Ak Parti, *Halk Oylamasına Doğru Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Kararımız Evet*, Ak Parti Siyasî ve Hukukî İşler Başkanlığı Yay., 2017.

AKBULUT, İlhan, "İslâm Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *AÜHFD*, C. 52, S. 1, 2003: 167-181.

ALKAN, Haluk, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri", *TİAD*, S. 30, 2018: 139-153.

ALTAY, Şakir, *Açıklamalı Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Bilgi Yay., Ankara, 1983.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ank.BD*, Y. 75, S. 3, 2017: 20-51.

ARSAVA, Füsün, "Avrupa Anayasallaşma Sürecinde Primer Hukukta Normlar Hiyerarşisi", *Uluslararası İlişkiler*, C. 1, S. 2, Yaz 2004: 1-24.

ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bs., Seçkin Yay., Ankara, 2018.

Avrupa Komisyonu, *AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi Ekindeki 2018 Türkiye Raporu*, Strazburg, 17.04.2018.

BAKIRCI, Fahri, *Yasama Sürecinin Hızlandırılması - Yasama Yetkisinin Devri ve Nedenleri Üzerine*, *KHP 6. Toplantısı'na Sunulan Bildiri* (Nihai metne ulaşılamamıştır), 29-30 Nisan 2017: 1-49. <http://tiny.cc/zp5u6y>

BALKIZ, Neval Oğan, "Anayasa Değişikliği Ne Getiriyor? Ne Götürüyor?", *TMHD*, Y. 62, S. 493, 2017: 22-35.

BARIN, Taylan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *Kamu Hukukçuları Platformu Bildiri özeti*.

BAŞGİL, Ali Fuad, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri: Konferanslar: Siyasi ve Sivil Hukuk Üzerine Etütler*, Yağmur Yay., İstanbul, 2008.

BOYAR, Oya, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve 'Executive Orders' : Karşılaştırmalı Gözlemler", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, Marmara Üniversitesi Yay., İstanbul, 2019: 15-28.

BOYAR, Oya, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008.

BOZDAĞ, Bekir, "Türkiye'nin Geleceği Cumhurbaşkanlığı Sisteminde", (Söyleşi: **ÖZKIR**, Yusuf), *Kriter*, Y. 1, S. 12, 2017. <http://tiny.cc/e8223y>

BOZTEPE, Mehmet, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İMÜHFD*, C. 5, S. 1, Bahar 2018: 5-30.

CAN, Osman, "Anayasa Yargısında Yokluk", *55 Yıl 55 Makale*, AYM Yay., Ankara, 2017: 1097-1135.

CHP, *Anayasa Değişikliği Ne Getiriyor? 30 Soru-30 Cevap*, (Genel Başkan Yardımcısı Bülent Tezcan yazmıştır), 2017. <http://tiny.cc/9f9a5y>

CROZAT, Charles, "Yasaların Şekil veya Dış Kontrolü", *İÜHFM*, (Çev. **ARSAL**, Orhan), C. 1, S. 4, Aralık 1935: 415-435.

ÇAĞA, Tahir, "Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf eder mi?", *TBBD*, S. 3, 1991: 366-375.

ÇAKIR, Hüseyin Melih, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkan-Bakan İlişkisi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, 2019: 35-55.

DERDİMAN, Ramazan Cengiz, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, Aktüel Yay., İstanbul, 2006.

DÖNMEZ, Ünsal & **BARIN**, Taylan, "Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", *TAAD*, Y. 9, S. 35, temmuz 2018: 175-210.

DUCHACEK, Ivo D., "Constitution/Constitutionalism", *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, (Ed. **BOGDANOR**, Vernon), Blackwell, 1987.

ERASMUS, Desiderius, *Deliliğe Övgü*, (Çev. **İLHAN**, Hasan), Alter Yay., Ankara, 2008.

EREN, Abdurrahman, "Başkanlık Sistemi - 4: Yürütme Alanında Yapılan Değişiklikler", 10.03.2017. <http://tiny.cc/4p494y>

ERGÜL, Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", *Yıldırım Uler'e Armağan*, YDÜHF Yay., Lefkoşa, 2014: 65-86.

ERGÜL, Ozan, "Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S. 6, 2018: 30-32.

EROL, Ömer Faruk, "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, İstanbul, 2019: 65-87.

ESEN, Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ank.BD*, Y. 74, S. 4, 2016: 45-73.

GENÇAY, Fatma Didem Sevgili, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *AÜHFD*, C. 63, S. 2, 2014: 397-417.

GENOVESE, Michael A., *Encyclopedia of the American Presidency*, Revised Ed., Facts on File, New York, 2010.

GÖZLER, Kemal & **KAPLAN**, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi?", 24.02.2017: 1-26. <http://tiny.cc/ft294y>

GÖZLER, Kemal, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE, Ankara, 2000: 25-46 [2000-I].

GÖZLER, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", 2004. <http://tiny.cc/h3294y> [e.t: 03.05.2019].

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yay., Bursa, 1999.

GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 15. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Ekin Yay., Bursa, 2000 [2000-II].

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2019.

GÜL, Abdulhamit, "Milletin Özne Olduğu Sistem: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", *Yeni Türkiye*, S. 94, 2017: 1-31.

GÜL, İdil Işıl & **KARAN**, Ulaş, "Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi", (Ed: **AYATA**, G. & **YEŞİLADALI**, B.), Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi*, 2. Bs., 12 Levha Yay., İstanbul, 2018.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, 11. Bs., İmge Yay., Ankara, 2016.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Kural Koyan Organ Olarak Yasamanın Özerkliği*, CHP Grubu'na Sunulan Metin, Ankara, 2018. <http://tiny.cc/my3o6y>

KAHRAMAN, Mehmet & **BALKAN**, Ali, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi", *IJAVS*, Vol. 4, Issue: 19, pp. 239-246.

KALAYCIOĞLU, Ersin, "Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınavı", *Başkanlık Sistemi*, TBB Yay., Ankara, 2005: 13-29.

KANADOĞLU, Korkut, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *GSÜHFD*, S. 2, 2018: 637-650.

KARATEPE, Şükrü & **ALKAN**, Haluk & **ATAR**, Yavuz & **BİNGÖL**, Yılmaz & **DURSUN**, Gonca Bayraktar, *Sorularla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*, Memur-Sen Yay., Ankara, 2017.

KELSEN, Hans, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (Çev. **SÖNMEZ**, Yasin), *AÜHFD*, C. 64, S. 3, 2015: 857-913.

KELSEN, Hans, "Yorum Teorisi Üzerine", (Çev. **AYDIN**, M. B. & **UZUN**, Ertuğrul), *Hukuk Kuramı*, C. 1, S. 5, 2014: 45-51.

KELSEN, Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (Çev. **UZUN**, Ertuğrul), Nora Yay., İstanbul, 2016.

KILIÇ, Muharrem, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Türkiye*, 16.03.2017.

KÖKER, Levent, "Anayasa Değişiklik Teklifinde Yer Alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bâzı Tespitler ve Eleştiriler". <http://tiny.cc/jd394y>

KULUÇLU, Erdal, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, S. 71, 2008: 3-22.

KUZU, Burhan, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi*, 2. Bs., BKY Yay., İstanbul, 2012.

MADDEX, Robert, *Constitutions of the World*, 3rd ed., Washington, 2008.

MASLOW, Abraham, *İnsan Olmanın Psikolojisi*, (Çev. **GÜNDÜZ**, Okhan), Kuraldışı Yay., İstanbul, 2001.

MHP, *Cumhur İttifakı, Millet Aklı*, MHP 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi Beyannamesi, MHP Yay., 2018.

MILACIC, "Bütünleşme, Evrensel Değerler ve Milli Egemenlik", (Çev. **BULUT**, Belgin), *UAHK*, TBB Yay., Ankara, 2001: 550-569.

NEIL, Benjamin A., "Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation", *JCSR*: 1-10. <http://tiny.cc/97494y>

ODER, Bertil Emrah, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yay., İstanbul, 2004.

ONAR, Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", *UAHK*, TBB Yay., Ankara, 2001: 362-391.

ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara, 2003.

ÖZBUDUN, Ergun, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Başkanlık Sistemi*, TBB Yay., Ankara, 2005: 105-111.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bs., Yetkin Yay., Ankara, 2017.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, *Hukuka Giriş*, Ege Matb., Ankara, 1959.

PAULSON, Stanley L, "How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law", *Revus*, No. 21, 2013: 29-45.

RENOUX, Catherine Meyson, *Lexique Droit Constitutionnel / Anayasa Hukuku Sözlüğü*, (Çev. **YILMAZ**, Didem), Özel Matb., İstanbul, 2005.

ROSKIN, Michael G. & **BERRY**, Nicholas O., *Uluslararası İlişkiler*, (Çev. **ŞİMŞEK**, Özlem), Adres Yay., Ankara, 2014.

SAĞLAM, Fazıl, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., Lefkoşa, 2013.

SARTORI, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev. **ÖZBUDUN**, E.), Yetkin Yay., Ankara, 1997.

SAV, Atılâ & **SAV**, N. Özden, "Usûlüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Antlaşmaların Özû ve Kapsamı Hakkında", *TBBD*, S. 109, 2013: 401-408.

SEZER, Abdullah & **KIRIT**, Emrah & **BOYAR**, Oya, *Hukuk Devleti, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı Yay.*, İstanbul, 2003.

SEZER, Abdullah, 1982 *Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi*, (Doktora Tezi), İstanbul, 2006.

SEZER, Abdullah, 1982 *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, Beta Yay., İstanbul, 2004.

SÖYLER, Yasin, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2018.

SUR, Melda, *Uluslararası Hukukun Kaynakları*, Beta Yay., İstanbul, 2013.

ŞAHİN, Metin, *Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması*, (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2014.

ŞİRİN, Tolga, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *AHD*, C. 7, S. 14, 2018: 289-356.

TANÖR, Bülent & **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2018.

TAŞDÖĞEN, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *AÜHFD*, C. 65, S. 3, 2016: 937-966.

TBB, "Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu Tarafından 'Anayasa Değişikliğinin Çevre Hukukuna Etkileri' Konulu Panel Düzenlendi", 23.03.2017. <http://tiny.cc/9x223y> [2017-I].

TBB, *Anayasa Değişikliği Teklifi'nin Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Metni*, 2017. <http://tiny.cc/cfoc6y> [2017-II].

TBMM, 2017 *Anayasa Değişikliği Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu*, T. 04.01.2017, Esas no: 2/1504, SS. 447, TBMM Yay., Ankara, 2017.

TBMM, *Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı*, TBMM Yay., Ankara, 2018.

TECİM, Derya & **AYDIN**, Arif Nazif, "Yeni Anayasa", *Hukuk Gündemi*, 2017, S. 1: 10-14.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2008.

TUNÇ, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Yetkin Yay., Ankara, 1997.

TUNÇ, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.

Türk Hukuk Lügatı, (Haz: Türk Hukuk Kurumu) 3. Bs., Başbakanlık Yay., Ankara, 1991.

ULUSOY, Ali, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?": 1-9. <http://tiny.cc/03394y>

UYGUN, Oktay, "[yorum]", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, TBB Yay. Ankara, 2013: 308-309.

ÜLGEN, Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *GSÜHFD*, S. 1, 2018: 3-39.

WACKS, Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (Çev. **SÜZGÜN**, Fatma & **ÜNVER**, Şahin & **ÜNVER**, Sedat), Astana Yay., Ankara, 2016.

YAYLA, Ahmet, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, İstanbul, 2019: 56-64.

YAYLA, Yıldızhan, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, MÜHF Yay., İstanbul, 1985.

YILDIRIM, Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, 2017: 13-28.

YOKUŞ, Sevtap, *Türkiye’de Siyasal Süreçlerin Anayasal Düzleme Yansımaları*, Democratic Progress Institute, 2018. <http://tiny.cc/1d594y>

YÜKSEL, İsmail, "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi", *HÜHFD*, C. 7, S. 2, 2017: 251-274.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yay., İstanbul, 1996.

Gazeteler: *Milliyet*, 23.12.2016; *Hürriyet*, 25.01.2017; *Sabah*, 08.02.2017; *Habertürk*, 14.04.2017; *Cumhuriyet*, 24.09.2018.

Diğer kaynaklar: Resmî Gazete, TBMM Tutanak Dergisi, AYM Kararlar Dergisi, Danıştay Dergisi, Sayıştay Dergisi.

KISALTMALAR

AHYDK: Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu); **AHD**: Anayasa Hukuku Dergisi; **ANHTHKİ**: Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Sempozyumu; **Ank.BD**: Ankara Barosu Dergisi; **Any**: Anayasa(sı); **AÜHFD**: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **AYM**: Anayasa Mahkemesi; **B**: birleşim; **bkz**: bakınız; **b.k.v.t.a**: bold karakterli vurgular tarafımıza aittir; **C**: cilt; **bs**: baskı, **CBK**: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; **ÇÜHFD**: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **D**: yasama dönemi; **dp**: dipnot; **e.t**: (internet kaynağına) erişim tarihi; **f**: fıkra; **GSÜHFD**: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **HÜHFD**: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **İHAM**: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi;

İHSDU: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli; **IJAVS:** International Journal of Academic Value Studies, **İMÜHFD:** İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **İÜHFM:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; **İYUK:** İdarî Yargılama Usûlü Kanunu; **JCSR:** Journal of Criminal Justice Research; **K:** karar no (mahkeme kararı); **KHP:** Kamu Hukukçuları Platformu; **Kn:** kanun(u); **LDD:** Liberal Düşünce Dergisi; **m:** madde; **MÜHF-HAD:** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi; **OCBK:** OHAL CBK; **OKHK:** OHAL KHK; **örn:** örneğin; **para:** paragraf; **RG:** Resmî Gazete; **s(s):** sayfa(lar); **S:** sayı; **T:** tarih; **UAHK:** Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı; **TBMM-AK:** TBMM Anayasa Komisyonu; **TBMMTD:** TBMM Tutanak Dergisi; **TDVİA:** Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi; **TİAD:** Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi; **TMHD:** *Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi*, **vb:** ve benzeri; **Y:** yıl; **yay:** yayını; **YY:** yasama yılı; etc.