

## EK-1

### ANAYASA, MADDE 104/17'DEKİ KUSURLAR

#### Anayasanın 104'üncü Maddesinin 17'nci Fıkrasını Anlayan Var mı?

(“Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Uygulamadaki Değeri”

Başlıklı Makalenin Ekidir)

#### Kemal Gözler

Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemini getiren 16 Nisan 2017 tarihinde halkoylamasıyla onaylanan 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun kendisinde dahi pek çok fahiş hukukî hata vardır. Zaten yanlış da burada başlamaktadır. Cumhurbaşkanı kararnamelerinin düzenlendiği Anayasamızın yeni şeklinin 104'üncü maddesinin evlere şenlik bir 17'nci fıkrası var ki, neredeyse iki yıldır ülkemizdeki bütün anayasa ve idare hukukçuları üzerinde tartışıyor, bir sonuca ulaşamıyorlar.

a) 104'üncü maddenin 17'nci fıkrası, hukukumuzda yeni bir düzenleyici işlem türü getirmiştir. Buna da “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ismini vermiştir. Bu isimlendirme dahi yanlıştır. Çünkü “kararname” demek “düzenleyici işlem” veya “kural-işlem” demek değildir. “Kararname” kelimesi sonundaki “name” eki, “kural” veya “kaide” değil, “yazı” anlamına gelir. “Karar-name” demek, “yazılı karar” demektir; bu kelimenin bundan başka bir anlamı yoktur. İdare hukukunda da zaten idarenin bütün “karar”ları kural olarak “yazılı”dır. Türkçedeki “kararname” kelimesi, Fransızcadaki “ordonnance”ın veya “règlement”ın veya “décret-loi”nın karşılığı değildir; sadece “décret”nin karşılığıdır<sup>1</sup>. Sırf “kararname” kelimesine bakarak bu kararnamenin bir “düzenleyici kararname” olduğunu, bir “kaide-kararname” olduğunu söyleyemeyiz. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku, op. cit.*, c.I, s.347-349, 1308-1309.

b) 17'nci fıkrada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabileceği belirtilmiştir. Peki ama “yürütme yetkisi” nedir? Nasıl tanımlanır? “Yetki” terimi kullanıldığına göre burada maddî anlamda yürütme, yani yürütme fonksiyonu anlaşıldığı düşünülebilir. Ama Türk hukukunda yasama, yürütme ve yargı maddî kriterler değil, organik ve şeklî kriterle ayrılır. Yasama yetkisi ile yürütme yetkisi birbirinden maddî kriterler ayrılamaz. Her konu, yasama yetkisine veya yürütme yetkisine ilişkin olarak görülebilir. Pek muhtemelen Anayasa, m.14/17'ye “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” cümlesini ekleyenler, Türkiye’de devlet fonksiyonlarının birbirinden nasıl

<sup>1</sup>. “Ordonnance”ın Türkçe karşılığı “emirname”, “règlement”ın Türkçe karşılığı ise “nizamname”dir.

ayrıldığı konusunu bilmeyen kişilerdir (Bu konuda bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, *op. cit.*, c.I, s.1312-1313).

c) Yine Anayasa, m.104/17’de “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” şeklinde bir cümle vardır. Bizim anayasamızda “münhasır kanun alanı” yoktur. Bu cümleyi 104’üncü maddeye ekleyenler Türk hukukunda münhasır kanun alını olmadığını bilmiyorlar mı? Bu cümle içinden çıkılmaz tartışmalara yol açmaktadır (Bu konuda bkz.: Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.926-929).

d) Anayasa, m.104/17’de “*kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” şeklinde bir cümle daha var. Türk hukukunda bir konu kanunla “düzenlenir”. “Düzenleme” ile “açıkça düzenleme” arasında bir fark yoktur. “Açıkçalık”ın ölçüsü nedir? bir düzenleme hangi miktardan sonra düzenleme olmaktan çıkıp “açıkça düzenleme” hâline gelmektedir? (Bu konuda bkz.: Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.919-931). Vaka “açıkça düzenleme” hukukî bir terim değildir. Bu terimi kullananların Türk hukuk terminolojisine hâkim oldukları çok şüphelidir.

e) Anayasamızın dört ayrı maddesinde (m.104/9,106/11, 108/son ve 118/6) dört ayrı konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngörmüştür. Buna diyeceğimiz bir şey olamaz. Bundan yola çıkarak, doğal olarak Anayasamızın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için bir “mahfuz alan” getirdiğini düşünüyoruz. Yani bu alandaki düzenlemeler kanunla değil, sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmalıdır. Zaten böyle bir mahfuz alan olmadıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurumuna yer verilmesinin pek bir anlamı kalmaz. Ama aynı Anayasa, 104’üncü maddesinin 17’nci fıkrasında “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*” hükmünü getirmiştir. Yani m.104/9,106/11, 108/son ve 118/6’da öngörülen konularda yasama karşısında mahfuz alan oluşturmaz. O hâlde neden mahfuz alan tespit edilmiştir? Mahfuz alan tespit edilmiş ise o zaman neden 104’üncü maddesinin 17’nci fıkrasında “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*” hükmü getirilmiştir. Bunlardan biri fazladır. (Bu konuda bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, *op. cit.*, c.I, s.1312-1313). Neticede Türk anayasa ve idare hukuku Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanı var mı yok mu konusunda işin içinden çıkılmaz tartışmalara girmiştir.

21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla getirilen Anayasamız 104’üncü maddesinin 17’nci fıkrasında altı cümle vardır. Bu altı cümlelerin beşinin ne anlama geldiğini bugüne kadar henüz anlayamadık. Bu beş cümleyi yazarların minimum bir düzeyde dahi anayasa ve idare hukuku

bilgisine sahip oldukları çok şüphelidir. Anayasamıza 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla eklenmiş 104'üncü maddenin 17'nci fıkrası, Türk kamu hukukunun şimdiye kadara başına gelmiş en büyük beladır. Bu fıkra ne varsa hepsi yanlıştır<sup>2</sup>.

Son iki yıldır Türk anayasa ve idare hukukunda üzerinde en çok yazılan, en çok tartışılan konu, Anayasamızın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasıdır. Bütün anayasacılar ve idareciler, 17'nci fıkraya bir anlam katmak için, bu fıkradaki tuhaf cümlelerden tutarlı bir bütün çıkarabilmek için çırpınıyorlar, ama işin içinden çıkamıyorlar.

---

2. Belirtelim ki fıkra tartışma konusu olmayan tek cümle (“Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez”), 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla getirilmiş bir cümle değildir, 1982 Anayasası ilk şeklinin 91'inci maddesinin ilk fıkrasında bulunan cümledir.