

# CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİNİN ANAYASA YARGISI ve İDARİ YARGI ALANINA ETKİLERİ

Dr. Bahadır Apaydın, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Not:**

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

*Sempozyum Düzenleme Kurulu*

## **GİRİŞ**

Tanzimat ve I. Meşrutiyet'ten beri Osmanlı-Türk anayasal ve idari gelişmelere baktığımızda esasen ekonomik temelli olan sorunların adli ve idari reformlar ile aşılabileceğine dair romantik bir inanış hakimdir. İnanışın da ötesinde önemli bir pratik söz konusudur. Hâlbuki üretim ilişkilerinin belirleyicisi olduğu siyasal, hukuksal ya da idari üst yapı kurumlarının tek başına sistemsel reforma tabi tutulmasının beklenen neticeleri yaratmadığı malumdur. Anayasa, yasalar ya da yönetim kuralları çoğu zaman bu romantik beklentinin karşılanması için birer enstrüman olarak kullanılmıştır. Girit'i Osmanlı idaresi altında tutmak için aynı ülke sınırları içinde ayrı bir hukuk muhakemeleri kanunu çıkarılmıştır. Ulus devleti tetikleyen ekonomik düzene, imparatorluk yapısı içinde ulus devletin bir ürünü olan Anayasa (Kanun-i Esasi) ile cevap verilmiş ve dağılmanın önüne geçileceği sanılmıştır. Merkezi idareyi güçlendirmek adına "yerel yönetimler" teşkil edilmiştir. Fakat her defasında soruna dair üretilen çözümün kendisi değil, soruna yaklaşım metodu öncelikle sorgulanır hale gelmiştir. Neticede esas meselenin tartışmalara boğulduğumuz sistemler ya da bunlara dair yasal metinlerden ziyade, "değişimin zihniyeti" olduğunu genelde trajik toplumsal gelişmeler ile öğrenmekteyiz.

Günümüzde de yine benzeri bir sistem tartışmasının ürünü olarak yönetim kurallarımızda ve şeklinde sistemsel değişikliğe gidilmiştir. 2017 Anayasa değişiklikleri ile parlamenter sistemde ve idari yapıda teşekkül eden köklü değişiklikler ne yazık ki yine bu romantik yaklaşımın işaretlerini taşımaktadır. Yine yasa yapma kültürümüzdeki birçok menfi özellik, 2017 Anayasa değişikliği sürecinde de tezahür etmiştir. Zira sistem değişikliğinin önünü açan bu önemli yasal gelişmelerin; olağanüstü hal koşullarında yapılması, katılım süreçlerindeki eksiklikler, benimsenen hukuk tekniği, yapım sürecinin şeffaflığı gibi hususlar bizi bu düşünceye sevketmiştir. Sistem değişikliğinin amacının gerekçeleri de sorgulanabilir. Öyle ki anayasada düzenlenen yürütme organının yapısına, görev ve yetkilerine, idari teşkilata ilişkin hükümler değiştiğinde kişi başına düşen milli gelirin iki üç katına çıkacağı gibi ekonomik ve hukuki temeli olmayan öngörülerde bulunulmuştur. Hâlbuki anayasaların getirdiği sistemlerden, kurumlardan, ilke ve kurallardan elde edilecek başarı temelde "değişimin zihniyeti" ile yakından ilgilidir. Örneğin idare hukuku mevzuatında mahkeme

kararını yerine getirmeyen idareye ve personeline karşı başvurulacak yolların gösterildiği bir hukuk düzeninde, sorunun sistem ya da yasalar değil, zihniyet olduğu çok açıktır.

2017 Anayasa değişikliği<sup>1</sup> kapsamında; Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, müşterek kararnameler, Başbakanlık kararları Anayasanın 104. maddesi çerçevesinde yürütme yetkisinin esasen Cumhurbaşkanına özgülenmesi ile hukuk sistemimizden çıkarılmıştır. Bahsi geçen işlemlerin bazıları yürütmenin organik yapısındaki esaslı değişimin zaruri bir neticesi olarak, bazıları ise doğrudan doğruya anayasa koyucunun iradesi ile işlem türü olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanı'na Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası gereği "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" ve yönetmelik türü işlemler ile düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilmiştir. Başka bir deyişle yürütme organının idari fonksiyon çerçevesinde tesis ettiği bazı işlemlerinin yerini Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK), Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri dışındaki diğer düzenleyici işlemler ve Cumhurbaşkanı Kararları almıştır. Buna göre Cumhurbaşkanı'nın, aksi görüşler olmakla beraber, bir yetki kanununa veya TBMM onayına ihtiyaç duymadan maddi açıdan düzenleyici işlem niteliğinde kararnameler çıkarabilmesi gündeme gelmiştir. Diğer yandan bunun gerçekleşmesinin fiilen zor bir ihtimal olduğu yorumları da yapılmaktadır<sup>2</sup>.

Mevzuatta yapılan değişikliğin kapsamı, yöntemi ve metinsel yetersizliği Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin yargısal denetimi hususunda yeni bir takım sorunlar yarattığı gibi bazı belirsizliklere de mahal vermiştir. Anayasal boyuttaki bu değişikliklerin idari teşkilata ve işlemlere etkisi olacağı gibi elbette yargısal denetim mekanizmalarını da etkileyen bir boyutu vardır. Bu noktada ilk akla gelen husus, işlemlerin yargısal denetiminde görev bakımından anayasa yargısı ve idari yargı alanları arasındaki yetki paylaşımıdır. İkinci husus ise her bir yargılama alanına hakim ilke ve kurallar ile yorum tekniklerinin hukuk sistemine yeni ya da yeni şekliyle dahil olan bu işlemlerin denetiminde ne suretle uygulama alanı bulacağıdır. Ortaya çıkan bu sorunlar; değişikliğin boyutu, yeterince tartışılmadan ve katılım sağlanmadan olağanüstü hal rejiminde çıkarılması veya kısıtlı bir zamana sıkıştırılması gibi hususlar dikkate alındığında kaçınılmaz sonuçlar olarak değerlendirilebilir. Bu çalışmada konumuz bağlamında yapılan değişikliklerin anayasa yargısı ve idari yargı alanındaki etkileri ele alınacaktır. Ayrıca değişikliklerin ilgili yargı alanlarına hakim usul ve ilkeler bakımından yaratacağı muhtemel sonuçlar, sorunlar ve çözüme dair bazı yaklaşımlar sunulacaktır.

## **I-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ NİTELİKLERİ, HUKUKA AYKIRLIK HALLERİ ve YARGISAL DENETİME ETKİLERİ**

<sup>1</sup> 21.01.2017 Tarih ve 6771 Sayılı TC Anayasası'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 11.02.2017 Tarih ve 29976 Sayı. Değişiklik 16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylaması ile resmi sonuçlara göre %51,4 EVET oyuyla kabul edilmiştir. Halkoylamasının kesin sonuçlarına ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararının detaylı bilgisi için bkz. RG: 27.04.2017 Tarih ve 30050 Mükerrer Sayı. İlgili değişikliğin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ve yeni düzenleme kapsamındaki yürütme fonksiyonuna ilişkin görev ve yetkileri 24.06.2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimlerinden sonra yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> Yıldırım, Anayasa Mahkemesi ve doktrindeki içtihatlarla yer vererek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanuni dayanak olmaksızın yürütme işlemi yapılıp yapılamayacağını tartışmıştır. Yazar ilgili makalesinde Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarına dayanarak 104. maddenin 17. fıkrasıyla ihdas edilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılabilmesi için kanunla yetkilendirme gerektiği kanaatine varmıştır. Buna göre eğer Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasadan kaynaklanan düzenleme yetkisi verilecekse bunun Fransa'da olduğu gibi açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Turan Yıldırım, "*Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*", MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, s. 22-26.

## 1-Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Nitelikleri ve Yargılama Yetkisine İlişkin Hükümler

24.06.2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimlerinden sonra yürürlüğe giren anayasal hükümler ve sonrasında çıkarılan uyum yasaları ile Türk hukuk sisteminde yürütme organı, idari teşkilat ve bu minvalde Cumhurbaşkanı'nın işlemleri konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Türk idari yapısında Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu organlarının kaldırılması yürütme organı olarak Cumhurbaşkanı ve işlemlerini öne çıkarmıştır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin (CBK) hukuki niteliğine dair tartışmalara mahiyeti gereği zorunlu olarak değinmek gerekir. Zira Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin görev bakımından hangi yargı kolunda denetiminin yapılacağı, mevzuattaki hükümler yanında Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin niteliği itibarıyla ne suretle tasnifleneceğine de bağlıdır. Doktrinde bireysel idari işlemler ve türev nitelikteki düzenleyici idari işlemler ile asli nitelikteki CB kararnameleri şeklinde çeşitli tasnifler yapılmaktadır<sup>3</sup>. Doktrinde CBK'lar özelinde Cumhurbaşkanı işlemleri üzerinde yoğunlaşan bu tartışmalar, yargılama yetkisine dair kuralların yorumlanmasına ve belki bazı kuralların revize edilmesine yol açabilecektir<sup>4</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin yargılama sırasında kullandığı geleneksel usul ve ilkelerin, yargılama faaliyetinin doğurduğu hüküm ve sonuçların CBK'ların denetimine etkisi, idari yargılamaya hakim usul ve ilkelerin anayasa yargısı denetiminde rol alıp alamayacağı hususu ise başka başlıkta ele alınacaktır. Bu sebeple mevcut başlıkta olağan dönem CBK'ların hukuki nitelikleri ve yargısal denetimin esasen göreve ilişkin kuralları ile ilişkisi ele alınacaktır.

Değişiklikten önce Anayasa'nın 87, 91, 121, ve 122. maddelerinde tanınan ve çerçevesi çizilen belli konularda Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veriliyordu. Buna göre Bakanlar Kurulu, TBMM'nin yetki kanunu ile kendisine verilen düzenleme yapma yetkisi çerçevesinde yasaları değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyordu. Anayasa'nın 115. maddesi kapsamında ise Bakanlar Kurulu'na kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzük çıkarma yetkisi verilmişti. Anayasa'nın 124. maddesinde ismen zikredilmese bile Bakanlar Kurulu yönetmelik de çıkarabiliyordu<sup>5</sup>. Ayrıca Bakanlar Kurulu düzenleyici işlemlerin dışında çok çeşitli konularda "karar" formunda işlemler tesis edebiliyordu<sup>6</sup>. 2017 Anayasa değişikliği ile kanun gücündeki KHK ve tüzük gibi düzenleyici nitelikteki işlemler bir işlem türü olarak tümüyle hukuk düzeninden kaldırılmıştır. Yönetmelik ve karar türündeki işlemler ise işlem türü olarak varlığını korumakla beraber bakanlar kurulunun kaldırılması hasebiyle "bakanlar kurulu işlemi" olarak tasnife konu olamayacaktır.

Kararname terimi yürütmenin bireysel ya da genel düzenleyici nitelikteki işlemlerini genel olarak ifade etmek için kullanılır. Bununla beraber mevcut Anayasa hükümlerinde kararname ifadesinin sadece genel düzenleyici nitelikteki işlemleri ifade etmek için

<sup>3</sup> Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 15-16.; Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2018, s. 257-258, 379-400.

<sup>4</sup> Bu konudaki bir çok görüş ve tartışmanın yer aldığı eser olarak AYM'nin süreli yayını olan "Anayasa Yargısı" dergisi kaynak gösterilebilir. İlgili sayıda hem muhtelif makaleler hem de sempozyumda sunulan bildiriler bir araya getirmiştir. *Anayasa Yargısı*, Sayı 36 (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Temmuz 2019.

<sup>5</sup> "...Kaldı ki, Anayasa'nın 113. maddesinde yalnızca bakanlıklara değil, kamu tüzel kişilerine bile yönetmelik yapmak yetkisinin tanınmış olması karşısında, 15. maddesi uyarınca, yürütülmesi ile Bakanlar Kurulunun görevlendirildiği 933 sayılı Yasanın uygulanmasını sağlamak üzere Başbakanla bütün bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarabileceği öncelikle kabul edilebilir ...". Uygulamada Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarma yetkisinin varlığını kabul eden 1969 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYMK, Esas: 1967/41, K.1969/57, RG: 12.3.1971 Tarih/13776 Sayı.

<sup>6</sup> Alptekin Aktalay, "Bakanlar Kurulunun Düzenleyici İşlemleri ve Karar Alma Usulü", İnönü Üniversitesi HFD, Cilt: 5 Sayı:2 Yıl 2014, s. 69-96.

kullanıldığı, en azından öyle varsayılması gerektiği görülmektedir. Ancak CBK'ların mutlak surette düzenleyici işlemler olduklarına dair Anayasa'da açık ve teknik bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla doktrindeki bu ayırım içtihadi nitelikte olup, Anayasa'nın 104/17 fıkrasındaki düzenlemede belirtilmemektedir. Kaldı ki 104/17 fıkra hükmünde “yürütme yetkisine ilişkin konularda” CBK çıkarılabileceği belirtilmiştir. Yürütme yetkisine ilişkin konular bireysel olabileceği gibi düzenleyici nitelikte de olabilir. Bu bakımdan CBK'ları sadece Anayasa'daki hükümden yola çıkarak düzenleyici işlemlere özgülemek mümkün değildir<sup>7</sup>. Nitekim 2017 değişikliğinden önce Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlere izafeten, Anayasa'nın 107. maddesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer verilmişti. Buna göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleniyordu. Söz konusu CB kararnamesi, konudan hareketle düzenleyici nitelikte bir işlem olarak nitelendiriliyordu. Diğer taraftan 2017 değişikliğinden önce yürütme yetkisi kapsamında çıkarılan “müşterek kararnameler” ise bireysel nitelikteki kararnameler olarak kabul ediliyordu.

2017 değişikliği ile son derece sınırlı olan Cumhurbaşkanı'na tek başına kararname çıkarma yetkisi, değişiklikten sonra bir hayli genişleyerek yürütme yetkisine ilişkin konuları kapsayacak hale gelmiştir. Yeni durumla Cumhurbaşkanlığı makamının özellikle bakanlıkların görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ve merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasındaki yetkileri dikkate alındığında merkezi idari yapının teşekkülünde neredeyse tek araç haline geldiği söylenebilir<sup>8</sup>. Anayasanın 8. maddesine göre “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı (...) tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Madde 104/17. fıkra kapsamındaki yeni düzenlemeye göre yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabilir. Ancak olağan dönem CBK'larını norm gücü bakımından KHK'ler gibi kanuna eşdeğer kabul etmek mümkün değildir. YILDIRIM, 104. maddede yer alan “yürütme yetkisine ilişkin konular” ifadesinden hareketle bu sonuca ulaşmış ve haklı olarak yetkinin bu şekilde sınırlandırılmasının CBK'ların kanun gücünde olamayacağını gösterdiği görüşünü ileri sürmüştür<sup>9</sup>. Zira yürütme yetkisi AY md. 8 hükmüne göre kanunlara dayanarak kullanılabilir. Aksi görüşe göre olağan dönem CBK'ları kanun hükmünde olmamakla beraber, asli yetki kullanımı olması açısından kanuna eşdeğer işlem niteliğinde kabul edilmelidir. ÖZBUDUN'a göre bir düzenleyici işlem yasal dayanak olmaksızın bir alanda asli yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa böyle bir işlemi de kanun niteliğinde sayılması gerekmektedir. CBK'ları kanun ile eşdeğer tutan görüş sahipleri buradan hareketle bu işlemlerin AYM denetimine tabi olmaları gerektiği kanaatinde<sup>10</sup>. Mer'i hükümlere göre CBK'ların yargısal denetiminin AYM'de gerçekleştirileceği konusunda kuşku yok görünüyor. Ancak görev yönünden yargılama yetkisine ilişkin bu belirlemenin, CBK'ların hukuki niteliği itibariyle kanuna eşdeğer olmasından değil, anayasa koyucunun iradesinden kaynaklandığı görüşüdeyiz. Zira usul hukuku kurallarının doğrudan anayasa/yasa koyucunun iradesi ile belirlenebilmektedir.

2017 Anayasa değişikliği ile mülga olan KHK'ler, 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişiklikle hukukumuzda girmişti. KHK'ler uzun yıllar doktrinde ve Anayasa yargısı alanında tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar yasama yetkisinin aşındırıldığı, kanuni

<sup>7</sup> Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, GSÜHFD, Yıl 2018, Sayı 1, s. 4-5.

<sup>8</sup> Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 16.

<sup>9</sup> Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 23.; CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yeri üzerine çok boyutlu bir bakış açısı için bkz. Abdullah Sezer, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 36 (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Temmuz 2019, s. 353-404.

<sup>10</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin. Yay.*, Ankara, 2017, s.213; Özen Ülgen, *a.g.m.*, s.6-7.

idare ilkesi ile çeliştiği, KHK'lerin normlar hiyerarşisindeki yeri gibi konular olmak üzere çeşitli başlıklarda odaklanmıştır<sup>11</sup>. 1982 Anayasası'nda mülga 91. maddede düzenleme alanı bulan KHK'ler olağan dönem KHK'leri ve Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal KHK'leri olarak iki farklı şekilde çıkarılabiliyordu. KHK'ler Anayasanın 91/2. fıkrası uyarınca ancak TBMM tarafından çıkarılacak bir yetki kanununa dayanmak zorundaydı. KHK'lerin amacı, kapsamı, ilkeleri, kullanma süresi, yetki kanununun kullanma süresi içerisinde birden fazla KHK çıkarılıp çıkarılmayacağı hususları bu yetki kanununda düzenlenirdi. Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal KHK'leri hukuki niteliği bakımından olağan dönem KHK'leri ile aynı normlardı. Bununla beraber gerek çıkarılma usulünde gerekse çıkarıldıktan sonra uygulanma ve denetiminde bazı farklılıklar mevcuttu. Benzeri nitelikteki bir farklılaşmanın usul, içerik ve denetim bakımından bugün olağan ve olağanüstü dönem CB kararnameleeri için de düzenlenmesi dikkat çekicidir. CB kararnameleeri ile KHK'ler arasındaki bu benzerliğin, doktrinde iki işlem türü arasında işlevsel açıdan ilişki kurulmasına yol açacağı öngörülebilir<sup>12</sup>. Yani yürütmenin CB kararnameleeri ile yasama yetkisini kendi lehine kısıtladığı eleştirileri gündeme gelebilir. KHK'ler mülga olmasına rağmen konuyla ilgili tartışmalarda ileri sürülen hususlar, CB kararnameleeri boyutu ile yine mevzubahis olacağı kanaatindeyiz. Ancak salt KHK'lerden yola çıkarak yapılan karşılaştırmalar, CBK'lara ilişkin yorum ve değerlendirmelerde her zaman tutarlı sonuçlara ulaştırmayacağını da söylemeliyiz.

2017 değişikliğinden önce hukukumuzda yer alan diğer bir kararname ise atamaları konu alan, bireysel nitelikteki “müşterek kararnameleeri”di. Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütmeye ilişkin görev ve yetkileri arasında “kararnameleeri imzalamak” yetkisi de yer alıyordu. Buna göre Cumhurbaşkanı, Başbakan ve ilgili bakan imzası ile ortaya çıkan idari işlem, uygulamada müşterek ya da “üçlü kararname” olarak adlandırılıyordu<sup>13</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki müşterek kararnameleeri, KHK'lere göre tamamen farklı bir hukuksal rejime tabi idi. Örneğin sorumluluk bakımından müşterek kararnameleerden başbakan ya da ilgili bakanlar sorumlu tutuluyordu. Yargısal denetimi de değişiklikten önce yine Dan. K. madde 24/ (f)1-b hükmüne göre idari yargı kolunun görev alanına giriyordu<sup>14</sup>. Ayrıca hazırlanış ve yürürlüğe giriş usulleri bakımından da KHK'lerden tamamen farklıydı. 2017 değişikliği ile bireysel nitelikteki “müşterek kararnameleeri” yürütme yetkisi kapsamında tarif edilen işlemler olmaktan tümüyle çıkarılmıştır.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı “atama” ve “seçme” gibi bir takım işlemleri ise Cumhurbaşkanlığı kararı şeklinde bireysel nitelikte işlemler olarak kabul edilmektedir. Ancak kararname ve karar terimlerinin geçmişte birbirinin yerine kullanıldığını bu ayrımın esasen karar kelimesi sonuna getirilen bir “ek”ten ibaret olduğunu söyleyen görüşler olmakla beraber<sup>15</sup>, 2017 değişikliğinden sonra bu şekilde bir kullanımın fiilen mümkün olmadığı söylenebilir. Zira kararname ve karar işlemlerinin terim olarak geçmişe göre çok daha derin bir ayrıma tabi tutulma ihtimali bulunmaktadır. Gelecek süreçte kazai içtihatlar ve şimdiden

<sup>11</sup> KHK'leri değişik boyutları ile konu alan çok sayıda anayasa ve idare hukuku eserlerinden bazıları için bkz. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt I, Turhan Ktb., Ankara, 2010, s. 92-111. Lütfi Duran, “*Kanun Hükmünde Kararname*”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 4, s. 33-34.; Alptekin Aktalay, *a.g.m.*, s. 69-96.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.103.; Özen Ülgen, *a.g.m.*, 4-6.; Fazıl Sağlam, “*Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaştırılmasından Doğabilecek Sorunlar*”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, 1984, s. 268 vd.

<sup>12</sup> Abdurrahman Eren, “*Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnameleere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleerinin Değerlendirilmesi*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 36 (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Temmuz 2019, s. 1-69.

<sup>13</sup> Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, Eyüp/Üstün, Gül/Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, 12 Levha Yay., İstanbul, 2013, s. 60-66.

<sup>14</sup> Müşterek kararnamelerde davalı idare ilişkin bkz. Danıştay 5. D. Esas: 2015/1770, Karar: 2015/6882

<sup>15</sup> Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel, *a.g.e.*, s.385-386.; Özen Ülgen, *a.g.m.*, s. 9.

bilimsel içtihatlar önemli bir işleve sahiptir. Bu bakımdan yukarıdaki ayırım Danıştay veya idare mahkemelerinin yetki alanının belirlenmesinde bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Cumhurbaşkanlığı Kararları'nın (Dan. K. md. 24/1-a bendi) ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki diğer düzenleyici işlemlerin (Dan. K. md. 24/1-b bendi) yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin, artık bir yargı kısıntısı kalmadığı için bu noktada yargı denetimine açıldığı söylenebilir. Zira Cumhurbaşkanı'nın doğrudan doğruya yaptığı işlemlere ilişkin yargı kısıntısını içeren İYUK md. 2/(3) fıkra 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile mülga edilmiştir. Peki Cumhurbaşkanının yapacağı tüm atama ve seçme işlemleri bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Şöyle ki Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği AY md. 104'ün eski halinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri yasama, yürütme ve yargı alt başlıkları ile açıkça fonksiyonel olarak düzenlenmişti. Maddenin yeni halinde ise böyle bir fonksiyonel ayırım yapılmamıştır. Tabiatıyla örneğin yargı organlarına dair yapacağı atama ve seçme işlemlerinin yargısal denetime açık olup olmadığı tartışması gündeme gelebilir. Bu noktada 104. maddenin düzenlenmesinde eski halin bilinçli mi terk edildiği akla gelmektedir. Yani yargı ve yürütme makamlarına yapılacak tüm atama ve seçme işlemleri yargı denetimine açılmak mı istenmiştir? Yoksa devletin erkleri arasındaki fonksiyonel ayrışmanın geleneksel kurallarından bir kopuş iradesi mi ortaya konulmuştur? Biz CBK rejimini yaratan siyasal iradenin tercihleri doğrultusunda ikinci ihtimalin öne çıktığı kanaatini taşıyoruz.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa'nın yüksek mahkemelere ilişkin "Yargı" başlığını taşıyan üçüncü bölümünün, "Anayasa Mahkemesi" alt başlığında sıralanan 148. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre bir ayırım yapılmaksızın CBK'ların yargısal denetimi iptal davası veya itiraz yolu ile AYM'nin görev ve yetki alanına sokulmuştur. Bu bakımdan CBK'lar ile anayasa yargısı denetimi alanına sokulan geniş bir idari işlemler kategorisi yaratıldığı söylenebilir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki göreve ilişkin bu düzenleme, CBK'ların hukuki niteliği itibariyle idari işlem olma özelliğini değiştirmez. Nitekim görev kuralları usul hukuku mevzuatı çerçevesinde doğrudan kanun koyucunun iradesi ile belirlenebilmektedir. Tapu sicili ve tapu kütüğü, nüfus sicili, sosyal güvenlik kurumlarının işlemleri idari işlem olmakla beraber bu işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri kanunla adli yargı kolu olarak belirlenmiştir<sup>16</sup>. CBK'lar bakımından da aynı yorumu yapmak mümkündür. Ancak burada ilgili düzenlemenin anayasa normu olması hasebiyle anayasa koyucunun iradesi aranmıştır. Cumhurbaşkanlığı Kararları'nın (Dan. K. md. 24/f. 1-a bendi) ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki diğer düzenleyici işlemlerin (Dan. K. md. 24/f. 1-b bendi) yargısal denetimi ise Danıştay Kanunu md. 24'te yapılan değişiklikle<sup>17</sup> idari yargı denetimine tabi kılınmıştır.

AYM'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148. maddenin birinci fıkrası metninden, "kanun hükmünde kararnamelerin" ifadesi çıkarılarak yapılan değişiklik ile AYM'nin görev alanı yeniden tanzim edilmiştir. Buna göre ilgili maddenin son hali; "Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve

<sup>16</sup> Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 86-96.

<sup>17</sup> *Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*, 02.07.2018 Tarih ve 703 sayılı KHK'nın 184. maddesi hükmünce Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi değiştirilerek Anayasa'da yapılan değişiklikler ile uyumlu hale getirilmiştir. RG: 09.07.2018 Tarih ve 30473-3. Mükerrer Sayı.

denetler. Ancak, olağanüstü hallerde (...) ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” şeklini almıştır. Bu hükümlere göre CBK’lara karşı AYM’ye iptal davası veya itiraz yolu ile gidilebilir. Olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde ise AYM’ye dava açılmayacağı belirtilmiştir<sup>18</sup>. Bununla beraber değişiklik sonrası kaleme alınan akademik çalışmalardan hareketle, CBK’ların yargısal denetiminde görevli mahkeme ya da mahkemeler konusunda değişiklik ihtiyacının olduğu ileri sürülebilir. Göreve ilişkin bu değişiklik ihtiyacının kaynağında, kararnamelerin hukuki niteliklerine dair getirilen kategorik ayrımlar bulunmaktadır.

148. maddenin lafzi yorumundan CBK’ların tamamının yargısal denetiminin AYM’nin görev alanına girdiği anlaşılmaktadır. Ancak bazı görüşlere göre Anayasa’da doğrudan doğruya CBK ile düzenlenmesi gereken konularda çıkarılan kararnameler ile idari düzenleyici işlem niteliğindeki diğer kararnamelerin “Anayasaya uygunluk denetimi” kriterinden yola çıkılarak denetimlerinin yapılacağı yargı kolları ayrıştırılabileceği ifade edilmiştir. Şöyle ki 148. madde anayasaya uygunluk denetimini kapsamakta ve sadece anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemler AYM’nin görev alanına dahil edilebilecektir. Dolayısıyla şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetimi idari işlemleri kapsamamaktadır<sup>19</sup>. Zira idari işlemler İYUK md. 2/f.1 (a)’ya göre hukuka uygunluk denetimine tabidir. Bu açıdan anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemlerin belirlenmesi önem arzeder. YILDIRIM’a göre anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemler yasal bir dayanağa ihtiyaç duyulmadan, doğrudan anayasadan kaynaklanan yetkiyle tesis edilebilecek nitelikteki CBK’lardır. Bu bağlamda anayasanın doğrudan CBK ile düzenlenmesini öngördüğü “mahfuz”<sup>20</sup> nitelikteki bu kararnamelerin kanuna değil, ancak anayasaya uygunluğu denetlenebilir<sup>21</sup>. YILDIRIM, düzenleyici idari işlem olarak kabul edilen bakanlar kurulu kararları ve yine tüzükler “yerine” CBK’ların getirildiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla bunların düzenleyici idari işlem olması, denetimlerinin de idari yargının görev alanına girmesini gerektirmektedir. Bu noktada Cumhurbaşkanlığı’nın, Bakanlar Kurulu ve buna paralel olarak CB kararnamelerinin de Bakanlar Kurulu Kararları ya da tüzükler yerine ikame niteliğinde olup olmadıkları hususunun tartışılması gerekebilir. Yazar bu konuda daha kesin bir çözüm olarak Anayasa’nın 148. maddesinin yeniden düzenlenmesini ve hangi kararnamelerin AYM’nin görev alanına girdiğinin açıkça belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>22</sup>. Neticede CBK’ları görev yönünden incelemeye yetkili organın belirlenmesinde kararnamelerin hukuki niteliği bakımından yapılan tasnifinin önemli olacağı kanaatindeyiz.

## **2-Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Çeşitli Hukuka Aykırılık Halleri**

Kanun-CBK ilişkisinden kaynaklı hukuka aykırılık hali ve yargılama yetkisine etkileri bakımından yaşanabilecek tereddütlerin başında yasama organının mahfuz alana girmek suretiyle kanun çıkarması ihtimali gelmektedir. Zira Anayasa md. 104/17. fıkraya göre

<sup>18</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2018, s. 34.

<sup>19</sup> Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 17.

<sup>20</sup> Ahmet Yayla, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.7-8.

<sup>21</sup> Üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslarını (AY md. 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasını (AY md. 106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerini (AY md. 108/son), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerini düzenleyen CB kararnameleri bu niteliktedir (118/son)

<sup>22</sup> Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 18.

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” şeklinde açık bir düzenleme varsa da CBK’ya münhasır alanda yasa çıkarılması halinde ne olacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Tabi burada öncelikle CBK’lara münhasır/mahfuz bir alanın olup olmadığı tartışması gündeme gelmektedir. Doktrinde sonuçları bakımından yorum farkları olmakla birlikte Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son maddelerindeki CBK’lar bakımından mahfuz bir alanın olduğu kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Anayasa yapıcı belirtilen konularda hususi düzenleme yapmıştır. Fakat Anayasa metninde “münhasıran kanunla düzenlenmesi” ifadesi açıkça yer alırken, münhasır/mahfuz/özel alan vb ifadelerle yürütme yetkisinden bahsetmemiştir. Ancak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konuları yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirmek mümkündür<sup>24</sup>. Bu bağlamda Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son maddelerindeki CBK’lar, münhasır bir alanı ve yasama yetkisinin genelliğinin istisnalarını göstermektedir. Buna göre Yasama organının, kuvvetler ayrılığı prensibinin gereği olarak yürütme organına bırakılan bu alanda düzenleme yapmaması gerekir<sup>25</sup>. Bununla birlikte özellikle Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini belirten AY md 106/11 fıkra üzerine yeterince açık olmadığı ve merkezi idarenin düzenlenmesinde tek enstrüman haline geldiği yönünde eleştiriler vardır<sup>26</sup>.

Yukarıdaki eleştirilerin bir boyutu da AY 106. madde ile bakanlıkların görevlerinin düzenlenmesinde CBK’lara tanınan münhasır yetkinin AY md. 104/17’deki sınırlamalara tabi olup olmadığı hususundadır. AY’nın 106. maddesini ve hatta mahfuz alana ilişkin olan 104/9, 108/son ve 118/son maddelerinin özel-genel hüküm ilişkisi içinde değerlendirerek 104/17’deki sınırlamalara tabi olmadığı yönünde görüşler vardır<sup>27</sup>. Diğer yandan aksi görüşe göre Anayasa’nın temel hak ve hürriyetleri öncelikli kılan bir metin olması, özel-genel hüküm ilişkisinin kurulmasına manidir. Bu noktada Yıldırım’ın dile getirdiği kaide-istisna yorumu ışığında Anayasa’da ancak kaidenin istisnasından bahsedilebileceği söylenebilir. Yine temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında özel hüküm teşkil eden 13. madde ile 106. maddeye dayanılarak çıkarılacak CBK’lara sınırlama getirebilir. Zira 13. madde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından çekirdek alanı tarif eden özel düzenlemeler içerirken, 106. maddede böyle bir husus düzenlenmemiştir. Sonuç olarak içeriğinde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran hükümler bulunan bakanlıkların görev ve yetkilerine dair çıkarılan CBK’ların, Anayasa’nın 13, 104/17 ve ilgili diğer maddelerindeki sınırlamalara tabi olduğu söylenebilir<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Melikşah Yasin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 36 (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Temmuz 2019, s. 315-317.; Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 16.; Özen Ülgen, *a.g.m.*, 20-22.; Ahmet Yayla, *a.g.m.*, s. 7. Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel *a.g.e.*, s. 392-393.; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, s. 32.

<sup>24</sup> Anayasa md 104/9, 106/11, 108/son, 118/6. İdarenin yetkili olduğu münhasır bir alanın varlığı üzerine açıklamalar için bkz, Kemal Gözler, *a.g.e.*, 384-385.

<sup>25</sup> Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 300-301.

<sup>26</sup> Yıldırım’a göre Bakanlıkların kuruluşuna ilişkin kanun ve KHK hükümlerinin, KHK ile kaldırılarak CBK’lara bu alanı düzenlemek için imkan yaratılmıştır. Bu durum CBK ile bakanlıkların kuruluşunun düzenlenmesinin mümkün olmadığının Anayasa değişikliğini hazırlayanlar tarafından da kabul edildiğini göstermektedir. Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 36 (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Temmuz 2019, s. 297-298.; Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 16.; Özen Ülgen, *a.g.m.*, 269-270.

<sup>27</sup> Abdurrahman Eren, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükümünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 36 (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Temmuz 2019, s. 43-44.; Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel, *a.g.e.*, s. 393.

<sup>28</sup> Turan Yıldırım, *a.g.m.*, s. 310-313.



CBK'ya münhasır/mahfuz alanda yasa çıkarılması halinde çeşitli faraziyeler türetilir. Buna göre CBK'ya mahfuz alanda çıkarılan bir yasanın, AYM önüne gelmesi halinde, kanunun yetki unsurundaki eksiklik gerekçesiyle iptal edilmesi beklenebilir<sup>29</sup>. Bu noktada anayasa yargısında yetki-fonksiyon gaspı ve yokluk tartışmaları gündeme gelecektir. Aliefendioğlu anayasa yargısı alanında yokluğun bir kararla tespiti durumunda, yasama işleminin hukuk alemine çıktığı andan itibaren yok sayılacağı kanaatinde<sup>30</sup>. Aksi görüşe göre ise AYM 2007 yılında verdiği bir kararda yokluk konusundaki tartışmaya son vermiştir. Yazara göre AYM'nin Anayasa'da kaynaklı böyle bir yetkisi olmamakla birlikte Kara Avrupası anayasa yargısı modelinde bu mümkün de değildir<sup>31</sup>. Biz AYM'nin ilgili içtihadının tartışmaya son vermediği, sadece mevcut başvuru konusu durumda yokluk kararı vermediği ve kararda yokluk kararı verebileceğine dair işaretler verdiği kanaatindeyiz<sup>32</sup>. AYM'nin bu ihtimalde yokluk kararı mı, yoksa ilk inceleme ya da esas inceleme aşamasında iptal kabul/red kararı mı vermesi gerektiği çok açık değildir. Kanaatimizce bu ihtimalde somut duruma göre hareket edilmelidir. Örneğin AY 106. madde ile bakanlıkların görevlerinin düzenlenmesinde CBK'lara tanınan münhasır alan ihlal edildiği iddia ediliyorsa, temel hakları ve hürriyetleri ilgilendirme ihtimaline karşı esas inceleme aşamasında iptal ya da red verilmelidir. Ancak 104/9, 108/son ve 118/son maddelerinde düzenlenen münhasır alana girilmişse, hükümlerin içeriğini incelemeden ilk inceleme aşamasında yokluk tespit edilebilir.

AYM'nin münhasır CBK alanını düzenleyen kanunun tamamı ya da ilgili kısımlarına dair iptal kararı vermesi geleceğe etkili şekilde sonuç doğuracaktır. İptalin hukuki sonuçlarından biri de bu kanuna dayanılarak yapılmış idari işlemler üzerindeki etkisidir. BÜLBÜL'e göre salt dayanak kanunun iptal edilmiş olması nedeniyle bu idari işlemler iptal edilemeyecektir. Zira idari yargı makamları, idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarını işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla denetler. Yani idari işlemlerin kendiliğinden yürürlükten kalktığını söylemek mümkün değildir<sup>33</sup>. Şu halde kanuna dayanarak tesis edilmiş olan idari işlemlerin kendiliğinden hükümsüz kaldığı söylenemese de iptal edilebilir hale geldiği söylenebilir. Nitekim aksi yönde içtihatlar olmakla beraber<sup>34</sup> Danıştay'ın dayanaksız kalan bir yönetmeliğin "*iptaline*" hükmettiği görülmüştür<sup>35</sup>. Fakat bahsi geçen ihtimallerde hukuken aynı durum olduğu ve ilgili içtihadın meseleye ışık tutabileceğini söylemek güçtür. Çünkü burada anayasaya uygunluk denetimi kapsamında iptal edilen bir kanun değil, Anayasa'da CBK'ya münhasır kılınan alanda çıkarılan belki de Anayasa'ya uygun bir kanun söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu konuda geçmiş içtihadlardan istifade etmek yerine idari yargı makamlarının yeni duruma göre bir içtihat yaratmasını beklemek gerekir. CBK'ya münhasır alanı düzenleyen kanunun itiraz yolu ile denetimi halinde ise AYM kararının, idari yargıda görülen dava bakımından geriye yürüyeceği kabul edilmektedir<sup>36</sup>.

Münhasır alana giren bir kanuna dayanılarak tesis edilen işlemin "*sebepten ikamesi*" yoluyla iptal edilebilirlikten kurtarılabilir. Burada CBK'nın Anayasa'ya uygun olması ve iptal edilen kanuna dayanılarak tesis edilen işlemin de CBK'ya aykırılık teşkil etmemesi halinde ve işlemin sebebi CBK'ya dayandırılmak suretiyle işlemin iptal edilmesi engellenebilir<sup>37</sup>. Eğer

<sup>29</sup> Ahmet Yayla, *a.g.m.*, s. 15.

<sup>30</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yay., Ankara, 1996, s. 337-341.

<sup>31</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin yay., Bursa, 2018, s.458-459.

<sup>32</sup> AYMK, Esas Sayı: 2007/72, Karar Sayı: 2007/68.

<sup>33</sup> Erdoğan Bülbül, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 104-105.

<sup>34</sup> DİDDK, Esas:2007/2326; Karar: 2008/1714.

<sup>35</sup> D.13.D., Esas:2013/1967; Karar: 2017/648.

<sup>36</sup> Ahmet Yayla, *a.g.m.*, s. 17.

<sup>37</sup> Ahmet Yayla, *a.g.m.*, s. 17.

iptal kararı kısmi nitelikte ise iptal edilmeyen hükümlerine dayanılarak tesis edilen işlemler hukuka uygunluk karinesinden istifade eder ve nihayet iptal edilmekten de kurtulabilir.

Münhasır alan çatışmasında iptal denetimi mekanizmasının çalışmaması ihtimalinde ise ortaya başka tür sorunlar çıkabilir. Elbette ki hukuk devletinde normlar arasında bir çatışma olması halinde hakimün üst hukuk normuna göre karar vermesi kuraldır. Fakat yürürlükte bulunan bu nitelikteki bir kanuna dayanılarak tesis edilecek idari işlemin yargısal denetiminin ne suretle gerçekleştirileceği, zikredilen genel kural ile aşılabilecek özellikte değildir. Mahkemece resen ya da tarafların ileri sürmesi üzerine itiraz yolu ile iptal mekanizmasının işletilmemesi halinde, mahkemenin yürürlükteki yasayı ihmal etmek suretiyle hukuksal denetimi gerçekleştirilmesi sorunlara yol açabilir. Söz konusu yasa hükmünün ihmalî yöntemi idari yargılama usulünde düzenleyici işlemler bakımından mümkünse<sup>38</sup> de yasalar bakımından uygulanması güçtür. Türkiye'nin dahil olduğu Kara Avrupası anayasa yargısı pratiği dikkate alındığında yasaların anayasaya uygunluğu, Amerikan sisteminden farklı olarak genel mahkemeler tarafından değil, özel görevlendirilen bir mahkeme tarafından denetlenir. Neticede hukukumuzda genel mahkemelerin anayasaya aykırı bir yasa hükmünü ihmal ederek uyuşmazlığı çözmesi pek mümkün değildir<sup>39</sup>. Ancak aksi bir görüşe göre Anayasa'ya aykırı şekilde, CBK'ya mahfuz alanda yasa çıkarılırsa bunlar yürürlükte olacaktır. AYM iptal etmediği sürece de uygulama alanı kazanacaktır. Bu durumda Anayasa md. 104/17. fıkraya göre hareket edilerek kanuna öncelik verilirse, mahfuz alandaki yetkiler ile çelişik bir durum zuhur eder. Ancak ilgili görüşe göre Anayasa md. 104/17. fıkra hükümleri CBK'lara ilişkin mahfuz alanda geçerli olmamalıdır<sup>40</sup>.

Kanun-CBK ilişkisinde yaşanabilecek diğer bir hukuka aykırılık hali md. 104/17. fıkraya göre Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler, açıkça kanunla düzenlenmiş ve münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmasıdır. Burada da öncelikle konu yetki unsuru bakımından Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Bu noktada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alan var mıdır sorusu da akla gelebilir<sup>41</sup>. Elbette ki yasama yetkisinin *genelliği ilkesi* karşısında münhasır bir alana gerek olmadığı düşünülebilir. Fakat AYM ilki 2013'te olmak üzere münhasır kanun alanı ayırımına kararlarında yer vermeye başlamıştır. Bu kararlarda açıkça belirtildiği üzere belli konularda kanunlar bakımından yaratılan münhasır alan, idarenin düzenleme yapma yetkisini sınırlandırmak için öngörülmektedir. Bu itibarla idare ancak yasama organınca yetkilendirilmesi halinde ilgili alanda düzenleme yapabilecektir ki buna idarenin/idari işlemin türevselliği ilkesi denilmektedir<sup>42</sup>.

Anayasa md. 104/17'teki sınırlamalara aykırı surette çıkarılan CBK'lar iptal davasına konu edilebilir. Ancak burada Cumhurbaşkanlığının düzenleme iradesine kapalı alana girmesi hali olduğundan, yasama fonksiyonunun gasbı bağlamında "yokluk" yaptırımını ile

<sup>38</sup> Meseleye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Melikşah Yasin, "İdari Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmalî Meselesi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, İstanbul, 2015, s. 10-27.

<sup>39</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s. 41-48, 320-323.

<sup>40</sup> Özen Ülgen, *a.g.m.*, 20-21.

<sup>41</sup> Özen Ülgen Adadağ, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, Sayı 36 (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Temmuz 2019, s. 262-264

<sup>42</sup> AYMK, Esas: 2011/42, Karar: 2013/60, Tarih:09.05.2013; AYMK, Esas: 2016/180, Karar: 2018/4, Tarih: 18.01.2018; CBK'ları idarenin türevselliği ilkesinin istisnası sayarak maddi açıdan yasama işlemi sayan görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre kanunla düzenlenmeyen alanı doğrudan düzenliyorsa, kanun niteliğindedir. Bizce Türk hukuk sistemi bağlamında CBK'ları kanun niteliğinde kabul etmek sadece hukuki değil, CB'nın yetkileri bağlamında siyasal sistem bakımından da tartışmalara yol açabilir. Abdullah Sezer, *a.g.m.*, s. 371.

karşılmalıdır. Zira cumhurbaşkanlığı, anayasal ilkelere uygun olsa dahi düzenleme yapma alanı yasama organına göre sınırlıdır. Bu bakımdan yokluk yaptırımını CBK'lar ve kanunlar bakımından aynı nitelikte değerlendirmemek gerekir. Yok hükmündeki bir CBK hiç doğmamış sayılacaktır. Yokluğun tespiti ise süreye tabi olmaksızın her hangi bir yargı mercii önünde ileri sürülebilecektir. Bu nedenle eğer böyle bir uyuşmazlık AYM'nin önüne gelirse yokluk durumunu tespitle yetinmelidir. Aynı yaptırım idari yargı mercileri bakımından da geçerli olmalıdır<sup>43</sup>. Eğer AYM'ye itiraz yolu ile yapılan bir başvuru varsa bu başvurunun da ilk inceleme aşamasında reddedilmesi gerekir. Çünkü bu durumdaki CBK herhangi bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kuralı olarak değerlendirilemez<sup>44</sup>. Kanaatimizce itiraz başvurusu yoluyla yapılan başvurularda da mahkemenin verdiği karar yokluk durumunun tespiti niteliğindedir.

Münhasır kanun alanında açıkça yasal bir düzenleme çıkarılmamış ise bu alanda çıkarılan CBK'ların akıbeti de yoklukla malul olmalıdır. Zira Anayasa bu alanı düzenleme tekeli yasama organına bırakmıştır. Münhasır alanda kanun çıkarıp çıkarmamak tamamen yasama organının takdiridir. Dolayısıyla yasal bir düzenleme olmasa da içeriğinden varesten bu alanda CBK çıkarılması mümkün değildir. AYM veya herhangi bir yargı merci bu halde yine yokluk yaptırımını tespitle yetinmelidir. Peki münhasır kanun alanını ihlal eden CBK'ya dayanılarak tesis edilen idari işlemler idari yargı makamları tarafından nasıl bir müeyyide ile karşılanmalıdır? Doktrinde yasak alanda çıkarılan CBK'nın kendisi yokluk ile malul ise bu nitelikteki CBK'ya dayanan idari işlemin de yokluk ile malul sayılması gerektiği dile getirilmiştir<sup>45</sup>. Eğer böyle bir durumda iptal edilebilirlik gündeme gelirse, yoklukla malul CBK'ya dayanılarak tesis edilen işlemin, hukuka uygunluk karinesinden istifade etmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla iptal ya da bir yürütmenin durdurulması kararı alınmadıkça ilgili idari işlem hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır ki bu kabul edilebilir değildir. Bu bakımdan idari yargı makamları yeni dönemde bu ihtimalin önünü açmamak için sıkça yokluğu tespit eden kararlar verebilir. Söz konusu ihtimal idari yargıdaki dava türleri bağlamında zaman zaman tartışılan tespit davası meselesini tekrar gündeme getirebilir<sup>46</sup>.

Yukarıda dile getirilen AY md. 104/17. fıkra hükümlerindeki sınırlamalara aykırı çıkarılmış bir CBK'ya dayanılarak tesis edilen idari işlemler karşısında, idari yargı makamları yargılamayı “*ihmal yöntemi*”ni<sup>47</sup> kullanarak çözüme arayışına gidebilir. Özellikle münhasır kanun alanı haricindeki çatışma durumlarda yokluk değil de iptal müeyyidesinin geçerli olduğu kabul edilirse bu yöntem yadsınmamalıdır. Zira belirtilen durumda AYM tarafından iptal edilmediği sürece CBK varlığını sürdürecektir. CBK'ya dayanılarak tesis edilen idari işlemler de hukuka uygunluk karinesinden istifade edecek ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Bu noktada idari yargılamanın temel amacı olan idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesini sağlamak adına, yargılama makamının Anayasa'ya ve geniş anlamda hukuka aykırılığını tespit ettiği düzenleyici işlemi ihmal ederek uyuşmazlığı çözmesi beklenebilir. Buna göre yargıç, uyuşmazlığı CBK'lara göre üst norm sayılan kanun ya da anayasa hükümlerine göre çözmelidir.

<sup>43</sup> Ahmet Yayla, *a.g.m.*, s. 24.

<sup>44</sup> Özen Ülgen, *a.g.m.*, 266-267.

<sup>45</sup> Ahmet Yayla, *a.g.m.*, s. 26-27.

<sup>46</sup> Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, Eyüp/Üstün, Gül/Okay Tekinsoy, Özge, *a.g.e.*, 12 Levha Yay., İstanbul, 2013, s. 60-66.

Burak Oder/Taner Ayanoğlu, “*Yorum ve Tespit Davaları*”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü*, Danıştay Yay. No:63, Ankara, 2003, s. 105-138.

<sup>47</sup> Melikşah Yasin, *a.g.m.*, s. 10.

Yasaya göre alt norm sayılan düzenleyici işlem niteliğindeki CBK'ları ihmal ederek uyuşmazlığı çözüme imkanının idari yargı hakimine tanınması gerekir. Nitekim CANDAN'a göre; iptal edilmeyen düzenleyici işlemin kazandığı dokunulmazlık, kendi yargısal denetimiyle ilgili bir husustur. Dolayısıyla bu düzenleyici işlemin uygulanmasıyla tesis edilen kişisel işlemin yargı denetimine tabi tutulmasına engel ya da sınır teşkil edemez. Yazara göre "Kişisel işlemlere karşı açılan davalarda hukuka uyguluk denetimini, bu kişisel işlemin dayanağını oluşturan düzenleyici idari işlemle sınırlamak, idarenin hukuka uygunluğunun denetimiyle güdülen amaca ve Hukuk Devleti ilkesine uygun değildir"<sup>48</sup>. İhmal yöntemi bu noktada idari yargı denetimi ile güdülen amacı tam anlamıyla gerçekleştirmeye hizmet etmektedir. Bu nedenle idari yargı hakimi, yargılama faaliyetini sadece işlemin dayanağı olan CBK hükümleri ile sınırlı tutmamalı ve üst normlara uygunluğu tam da AY md. 104/17. fıkradaki hükümlere uygun olarak denetlemelidir. Böylelikle AY md. 104/17. fıkra hükümlerindeki sınırlamalara aykırılığın tespiti, idari yargıda uygulama alanı bulmuş olur. Son olarak dikkat çekmek gerekir ki ihmal yöntemi; sınırlarının belirsizliği, içtihat birliğini zedelemesi ihtimali ve normlar hiyerarşisinde alt normu etkisizleştirilmesi gibi bir takım sorunlar içermesi hasebiyle tartışılan bir yöntemdir<sup>49</sup>. Bu bakımdan idari yargı hakiminin ihmal yöntemini son derece dikkatli tatbik etmesi ve düzenlemenin üst hukuk normuna aykırılığının şüphe götürmeyecek şekilde açık olması gerekmektedir. Aksi halde bir idari uyuşmazlıkta ilgili CBK dikkate alınmak suretiyle hüküm kurulurken, diğer uyuşmazlıkta aynı CBK'nın ihmal suretiyle hüküm kurulacaktır. Elbette ki böyle bir uygulama farklılığı, ihmal yöntemi ile varılmak istenen Hukuk Devleti ilkesi amacına hizmet etmeyecektir.

Yeni dönemde idari yargının denetim alanına giren bir konunun, örneğin yönetmelik yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş olması ihtimali ortaya çıkabilir. Yani kanun maddesinde ilgili hususun açıkça yönetmelikle düzenleneceği belirtilmişse bu hükme rağmen CBK ile düzenlenebilir mi? Dar anlamda ele alırsak kanunun açıkça yönetmelik hükümlerine bıraktığı bir konu CBK ile düzenlenmemelidir. Böyle bir CBK, konunun yönetmelik ile düzenleneceğini emrettiği kanun maddesi ile çatışmış olacak ve AY md. 104/17. fıkra hükümlerindeki sınırlamaları ihlal edecektir. Söz konusu durumla bilhassa idari yargı denetimini minimize etme eğilimi adına karşılaşılabileceği mümkündür. Bu sebeple idari yargı denetimi kapsamında olan yönetmelik türü idari işlemlerin sayısında bir azalma yaşanabilir.

Gündeme gelebilecek ihtimallerden biri de ancak yasa ya da CBK ile düzenlenmesi gereken bir konunun Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelik ya da Cumhurbaşkanı kararı ile düzenlenmesi durumudur. Örneğin TC Merkez Bankası Başkanı, CB tarafından bir atama kararı ile görevden alınmış ve yerine atama yapılmıştır<sup>50</sup>. Hâlbuki MB başkanının hangi hallerde görevden alınacağı MB'nın ilgili yasasında açıkça gösterilmiştir<sup>51</sup>. Şu halde CB kararnamesi ile bile düzenlenmesi tartışmalı olabilecek bir konuda, daha alt bir norm olan CB

<sup>48</sup> Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yay., Ankara, 2012, s. 400-401. ; Melikşah Yasin, *a.g.m.*, s. 10.

<sup>49</sup> İhmal yönteminin mahzurlu yönleri ve buna karşı geliştirilebilecek çözümlere dair geniş bilgi için bkz. Melikşah Yasin, *a.g.m.*, s. 14-27.

<sup>50</sup> 06.07.2019 Tarih ve 30823 Sayılı RG: 2019/159 Sayılı CB Atama Kararı

<sup>51</sup> 14.01.1970 Tarih ve 1211 Sayılı TCMB Kanunu

Geçici ayrılma, görevden af

Madde 28- Başkanın (Guvernör) geçici olarak yokluğunda kendisine, tayin edeceği

Başkan (Guvernör) Yardımcısı vekalet eder.

Başkan (Guvernör) ancak, 27 nci maddedeki yasakların gerçekleşmesi ve bu Kanunla kendisine verilen görevlerin devamlı surette ifasını imkansız kılaacak durumların ortaya çıkması hallerinde, atanmasındaki usule göre görevinden af olunabilir.

kararı ile işlem tesis edilmiştir. Söz konusu işlem, öngördüğümüz ihtimallerin gerçekleşme olasılığı bakımından güçlü bir gösterge oluşturmaktadır.

## II. YARGILAMA USULÜNE ETKİLERİ

### 1-Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetim Usulleri ve Başvurabilecek Kişiler

CBK'ların "*iptal davası*" şeklindeki yargısal denetimi ancak belli usullerde ve sınırlı kişilerin (AY md. 150) başvurusu ile mümkün olmaktadır. İlgili düzenlemeye göre "*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir*". Mevcut düzenlemeye göre bireylerin menfaatlerini zedeleyen kararname şeklindeki düzenleyici işlemleri iptal davası şeklinde AYM'ye taşıyabilme hakları yoktur. Kişiler ancak ilgili CBK'ya dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemi idari yargıda dava konusu yapabilir. Örneğin AY md. 104/9 fıkra hükmüne göre üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir. Bir görüşe göre "*atama*" ve "*görevine son verme*" işlemlerinin yargısal denetimi aksi Anayasa'da belirtilmediğinden AYM tarafından gerçekleştirilecektir. Bu durumda görevine son verilen kişinin görevden alma işlemi AYM'ye taşınması mümkün görünmemektedir<sup>52</sup>. Ancak biz maddenin "*...atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler*" ifadesinden yola çıkarak CBK ile atama ve görevden alma işleminin değil, usul ve esasların düzenlenebileceği kanaatindeyiz. Bu bağlamda "*atama*" ve "*görevine son verme*" işlemleri CB kararı ile tesis edileceğinden, ilgili kişiler bu işlemleri iptal davası şeklinde idari yargıya taşıyabilir.

Şu halde kişiler, bireysel bir işleme dönüşmediği sürece, kendilerini ilgilendiren CBK'ların yargısal denetimi için en fazla milletvekiline sahip iki parti veya belli sayıdaki (en az 120) milletvekilinin ilgisi ölçüğünde hak arayabilir konuma gelmiştir. Bu bakımdan yasama organı üyelerinin temsil ettiği kesimler adına gelecekte çok daha aktif olmaları beklenebilir. Teorik olarak Cumhurbaşkanı'nın da kararnamelerin iptali için AYM'ye başvurması mümkündür. Ancak kendi çıkardığı kararname için Cumhurbaşkanı'nın AYM'ye başvurması uygunluk denetimi bakımından makul bir beklenti olmayacaktır. Aslında Cumhurbaşkanı'nın, AYM'ye başvuru hakkı hep vardı. Ancak bu hak şeklen dahi olsa fonksiyonel olarak iki farklı erk olan yasama ve yürütme organı arasındaki denetim ilişkisinin bir tezahürü idi. Mevcut durumda Cumhurbaşkanı'nın, kendi çıkardığı düzenleyici işlem olan CBK'nın iptali için başvurması halef selef veya vekalet etme durumları dışında uygulamada görebileceğimiz bir ihtimal değildir. Diğer yandan ilgili CBK'yı iptal etmek isteyen Cumhurbaşkanı idare hukukunun yetkide ve usulde paralellik ilkeleri bağlamında zaten idari iptal yoluna gidebilir.

CBK'ların Anayasa'ya aykırılığı iddiasında bulunabilecek kişilere ilişkin kısıtlamalara baktığımızda bu durum; hukuk devleti, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı gibi temel hak ve ilkeler bakımından ciddi sorunlar yaratabilir. Ancak idari yargı makamlarının önümüzdeki dönemde yaratacağı içtihatlar ve itiraz yolu denetiminin etkililiği bu sorunların aşılmasında yardımcı olacaktır.

CB kararnamelerinin diğer bir denetim yolu Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen ve aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürüldüğü usul olan "*itiraz*" yoludur. Buna göre "*Bir*

<sup>52</sup> Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Ktb., Ankara, 2018, s. 234.

*davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır...*” Maddenin eski halindeki “*kanun hükmünde kararnamenin*” ibaresi “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin*” şeklinde değiştirilmiştir. Şu halde kanun koyucu herhangi bir ayırım yapmadan kanunla eş değer norm olan KHK’ler yerine CBK’ları getirmiştir. Ancak CBK’ların sadece KHK’ler değil, daha önce değinildiği üzere Bakanlar Kurulu Kararları ve Tüzükler yerine de ikame edildiği dikkate alınmalıdır. Bu durumda bazı düzenleyici idari işlemler idari yargı denetimi dışına çıkarılmıştır.

Mülâhaza edilecek diğer bir mesele de AYM’nin esasa girerek reddettiği CBK’lar hakkında tekrar dava açılıp açılmayacağı hususudur. Anayasa madde 152/4. fıkraya göre “*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*” Maddenin lafzi yorumuna göre CBK’ların iptaline ilişkin red kararının resmi gazetede yayımlanmasından sonra on yıl içinde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesine engel bir sınırlama yoktur. Zira ilgili fıkra on yıllık süre engelinin sadece “*aynı kanun*” hükmüne dair getirildiği anlaşılmaktadır. Burada tarihsel yorum tekniğine başvurmak meseleye pek ışık tutmayacaktır. Bununla beraber sistematik ve amaçsal yorum tekniğinin<sup>53</sup> de CBK’lara ilişkin yasama sürecindeki eksikliklerden dolayı katkı sağlamayacağı kanaatindeyiz. Zaten ilgili hükmün süreye ilişkin esasen bir usul hukuku düzenlemesi olması, çeşitli yorum teknikleri ile kapsamın genişletilmesi önünde engel teşkil edebilir. Anayasa Mahkemesi amaçsal yorum yöntemi ile bilhassa usule ilişkin konularda karar alırken son derece dikkatli davranmalıdır. Nitekim usule ilişkin kararlar sonraki tüm uyuşmazlıklarda mutlak uygulama alanı bulacak nitelikte teknik hukuk kurallarıdır.

Anayasa’nın 152. maddesindeki kısıtlamanın CBK’ları kapsayıp kapsamadığı hususuna ışık tutması bakımından maddenin eski halinde yer alan KHK’ler bakımından durumun ne olduğuna bakmak gerekir. Doktrinde on yıllık kısıtlamanın esasen itiraz yoluyla ilgili olduğu, iptal davasını ve KHK’leri kapsamadığı yönünde görüşler vardır. Bu görüşe göre Anayasa’ya aykırılığı iptal davasında red edilen bir kuralın on yıl dolmadan itiraz yoluyla başvuruya konu edilebileceği kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Bu görüşü destekler mahiyette yapılan bir yoruma göre de kanunların itiraz yolu ile denetimi kural, on yıllık süre yasağı ise istisnadır. Öyleyse Anayasa’nın 152. maddesindeki yasağın dar yorumlanıp KHK’leri kapsamadığı ileri sürülebilir<sup>55</sup>. Diğer yandan AYM başlarda on yıllık denetim yasağı kapsamını dar tutan içtihadında değişikliğe gitmiştir. Buna göre Anayasa’nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen “*on yıllık*” sürenin, iptal davası veya itiraz başvurusu üzerine verilmiş olması ayırımı yapılmaksızın, iptal veya itiraz başvurularından herhangi birinde işin esasına girilerek verilen red kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten başladığını kabul etmiştir<sup>56</sup>. Karara muhalif gerekçe yazısındaki hususlar makul olmakla beraber güncel içtihat bu yönde şekillenmiştir.

Anayasa Mahkemesi KHK’lerin de 152. maddedeki on yıllık süreye tabi olduğu yönünde karar vermiştir. Kararda; “*İtiraz konusu kuralların, Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülerek daha önce iptal isteminde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesince işin esasına*

<sup>53</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s.172-174.

<sup>54</sup> Bu konuda doktrindeki tartışmalar ve farklı görüşler için bkz Ender Türk, *1982 Anayasası’na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, Seçkin Yay., Ankara, 2013, s. 106-107. Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s.172-174.

<sup>55</sup> Ender Türk, *a.g.e.*, s. 107.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin yay., Bursa, 2011, s.430.

<sup>56</sup> Esas Sayısı : 2017/85, Karar Sayısı: 2017/64, Karar Tarihi: 15.3.2017

girilerek 22.11.2012 günlü, E.2011/140, K.2012/185 sayılı karar ile kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal istemlerinin reddine karar verilmiştir. Bu karar, 31.12.2013 günlü, 28868 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olmadıklarına karar verildiğinden, bu konuda yeni bir başvurunun yapılabilmesi için kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 31.12.2013 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.” ifadelerine yer vererek KHK'ler on yıllık yasak kapsamında değerlendirilmiştir<sup>57</sup>. Kararda yer verilen 22.11.2012 tarihli ilk karara baktığımızda AYM'nin önüne iptal başvurusu şeklinde geldiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber sözkonusu ilk başvuru itiraz yolu ile bile gelse AYM'nin yine süre yasağı kapsamında değerlendirmesi muhtemel gözükmektedir.

Toparlayacak olursak AYM'nin yeni dönemde CBK'ları 152. maddede yer alan on yıllık süre yasağına dahil etmesi beklenmektedir. Bu aşamada güncel içtihatlarla göre iptal ya da itiraz yolu ile önüne gelmesi de fark yaratmayacaktır. Norm gücü bakımından CBK'ları yasa ile eş değer sayıp bu sonuca ulaşmak kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca mevcut durumda CBK'lar bakımından özellik arzeden bir durum vardır. Şöyle ki md. 104/17 fıkra hükmüne göre TBMM aynı konuda sonradan kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Dolayısıyla hükümsüzlüğün kendiliğinden olması gerekse de uygulamadaki güçlüklerden kaynaklı sebeple AYM tarafından iptali gerekebilir. İşte böyle durumlarda on yıllık süre yasağının işletilmesi bu denetimi engelleyebilir. Kanaatimizce en azından TBMM'nin sonradan kanun çıkardığı hallerde on yıllık süre yasağının CBK'lar için dikkate alınmaması gerekir. Bu nedenle AYM, on yıllık süre yasağı bakımından usul hükümlerinin katı bir yorumundan kaçınmalıdır.

Yukarıdaki on yıllık süre kısıntısı itiraz yolu ile yapılan tüm CBK'lar için geçerli kabul edilirse, tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolunun kalmadığı tartışması gündeme gelebilir. Bu durumda iki ihtimal doğacaktır. Kişi ilgili nihai karar için ya hak ihlali olduğu gerekçesiyle AYM'ye bireysel başvuru yapacaktır ya da iç hukuk bakımından tüketilmesi zorunlu etkili bir başvuru yolunun kalmadığı iddiası ile doğrudan AİHM'e başvuracaktır. Mevcut içtihatlar AYM'nin on yıllık süre kısıntısını dikkate almadan bireysel başvurularda hak ihlali kararı verebileceği yönündedir<sup>58</sup>. Bu nedenle kişi, öncelikle bireysel başvuru yolunu seçmeli ve bu yolu tüketmelidir. AYM ihlal kararı verirse yürütme organının başı ve ilk derece mahkemesi, kararın icaplarını yerine getirmek zorunda kalacaktır. Kişinin AYM'ye yaptığı bireysel başvurudan olumlu sonuç alamaması ihtimalinde ise AİHM'e başvurmak için önünde tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolunun kalmadığı söylenebilir.

## **2- Anayasa Mahkemesi'nin CBK'ya İlişkin Vereceği İptal Kararının Etkileri**

AYM'nin, anayasaya aykırılığı gerekçesiyle CBK'yı iptal eden kararının hüküm ve sonuçları çeşitli açılardan sorgulanabilir. Bu bağlamda; iptal kararının zaman bakımından uygulanması, iptalin devam eden yargılamalara etkisi, iptal kararı sonrası önceki duruma iade bakımından idari işlemlere etkisi gibi hususlar değerlendirmeye konu edilebilir. AYM'nin esastan red kararına dair on yıllık süre yasağının CBK'lar bakımından etkisine bir üst başlıkta yer verildiği için burada tekraren değinmiyoruz.

İlk olarak cevaplanması gereken soru Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının sonuçları bakımından etkilerinin, CBK'lar ve yasalar bakımından birbiriyle eş kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. Bu konuda AYM'nin gelecekteki yaklaşımı, CBK'ların hukuki tasnifi bakımından da önem arzedecektir. Eğer CBK'lar yasa ile eşdeğer kabul edilirse,

<sup>57</sup> AYM, Esas. 2013/12, K.2014/67, Karar Tarihi: 27.3.2014

<sup>58</sup> Esas: 2009/85, Karar: 2011/49, Karar Tarihi: 10.3.2011; *Eşki Kararı*, Başvuru no: 2013/2387

içtihatlarla iptal kararının etkileri bakımından aynı uygulamalar benimsenebilir. Bu durum CBK'ları tasniflendirip bir kısmının denetiminin idari yargının görev alanına dahil edilmesi çabalarını güçleştirebilir. Bunun önüne iptal kararının etkilerinin yasalar ve bazı CBK'lar bakımından farklılaştırılması ile geçmek mümkündür. Nitekim AYM'nin iptal kararlarının bazı olumsuz etkileri içtihatlar yolu ile aşılmış ya da yumuşatılmıştır. CBK'lar bakımından da yüksek mahkeme içtihatları ile benzeri bir yol izlenebilir. Ancak yasal düzenleme olmadan içtihatlar yolu ile bu tür meselelerin çözümü hukuki güvenlik bakımından sakıncalar doğurabilir.

Söylediğimiz hususu iptal kararının zaman bakımından uygulanması konusunda somutlaştırmak mümkündür. AYM'nin iptal kararlarının zaman bakımından etkileri Anayasa'nın 153. maddesinin 3. ve devamı fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre "*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez (f. 3). İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun (...) teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar (f. 4.) İptal kararları geriye yürümez (f.5)*". Şu halde Anayasa'nın lafzına göre CBK'lar ile yasalar bakımından bir ayırım gözetilmediği söylenebilir. Yani CBK hükmünün iptaline ilişkin kararın sonuçları ile yasa hükmünün iptali sonuçları aynı etkiye sahip olacaktır. O halde idari işlem niteliğinde olmasına rağmen CBK'lar, idari yargıdaki iptalin etkilerini göstermeyecektir. Zira idari yargıda iptal kararlarının etkisi işlemin doğduğu andan itibaren yok sayılmasını gerektirdiği halde<sup>59</sup> (*ex tunc*), Anayasa yargısında kural, iptal kararlarının geriye yürümemesi şeklindedir. Bu etki Anayasa hukuku doktrininde anayasa yargısındaki kararların inşai (kurucu) nitelikte olması ile izah edilmektedir<sup>60</sup>. Ancak uygulamada geriye etkili olmama yasağının bazı mahzurları ortaya çıkmış ve içtihatlar yolu ile bunlar giderilmeye çalışılmıştır<sup>61</sup>. Bu nedenle AYM, CBK'ların hukuki niteliğini dikkate alarak geriye etkili olmama yasağını dar yorumlamalıdır.

Yasa hükümlerinin iptalinde geriye yürümeme yasağı kapsamında ortaya çıkan mahzurların CBK hükümlerinin iptali halinde de zuhur etmesi muhtemeldir. Üstelik hukuki niteliği itibarıyla yasayla eş sayılmayan ve kategorik olarak idari işlem sayılan CBK'lar bakımından yerleşik içtihatların olmadığı varsayılırsa farklı olasılıklar doğabilir. Bu noktada AYM'nin idare hukukunun ve idari yargının kendine has özelliklerine ya da yargılama ilke ve kurumlarına başvurması beklenebilir. AYM'nin yapacağı denetimi CBK'ların hukuki niteliğini hiç göz önüne almadan, anayasa metninde sadece "*KHK*"ler yerine gelen bir işleme indirgeyerek gerçekleştirmesi belki kolay olabilir. Ancak AYM'nin, CBK rejiminin ve genel itibarıyla yeni sistemin özelliklerini dikkate alarak yeni içtihatlar ve yorumlar arayışına girmesi, ortaya çıkması muhtemel bazı belirsizlikleri giderebilir. Örneğin Anayasa'nın iptal kararlarının yürürlüğü ve doğacak boşluk ile ilgili 153. maddesinde "*İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun (...) teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar*" hükümlerine yer verilmiş, CB kararnamesinden bahsedilmemiştir<sup>62</sup>. Acaba Cumhurbaşkanı da

<sup>59</sup> İptal kararlarının idari işlemin tesisinden itibaren yaratacağı etki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan Bülbül, *a.g.e.*, s.10-15.

<sup>60</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s. 300.

<sup>61</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s. 304.

<sup>62</sup> İlgili hükümde sadece "*kanun*" ifadesine yer verilmesi yasama organının unutkanlığı olarak görülebilir. Ancak Anayasa metinlerinde bu tür boşluklara ya da muğlaklıklara mahal verilmesi kabul edilebilir değildir. Zira



iptalin yaratacağı hukuki boşluğu dolduracak nitelikte idari işlem tesis etmeye zorlanabilir mi? İYUK md.2/(2) fıkrada yer alan “...yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler” hükmü karşısında böyle bir zorlama tartışma yaratabilir. Bu tür bir durumda, iptal edilen CBK’nın boşluğunun ne suretle giderileceği belli değildir. İptal edilen CBK’ya dayalı tesis edilen ve dava konusu yapılan ya da henüz yapılmayan işlemlerin akıbeti bakımından birçok ihtimal doğabilir. İşte buna benzer hallerde AYM, CBK rejiminin kendine özgü yanlarını dikkate almalı, yeni içtihatlar yönelmeli ve bunu yaparken idari yargının ilke ve kurumlarından istifade etmelidir.

Diğer bir husus itiraz şeklinde yapılan başvuru üzerine (CBK) bir iptal kararı çıktığında, itirazın yapıldığı mahkeme uyuşmazlığı artık bu kuralı yok sayarak mı çözecektir? Uygulamada itirazın geldiği mahkeme, iptal edilen kuralı amaçsal yorum ile yok sayarak karar vermektedir. Bu durum anayasa yargısında iptal davasının kısmen geriye etkili sonuçlar doğurabileceği yorumunu doğurmaktadır. Bununla beraber iptal edilen hükmün mevzu olduğu başka mahkemelerdeki davalarda, mahkemelerin iptal edilen kuralı yok sayarak mı karar vereceği hususu tartışmalıdır. Çeşitli ihtimaller ve görüşler olmakla beraber Danıştay uygulaması, AYM’nin iptal kararının Resmi Gazete’de yayınlandığı andan önce uyuşmazlık konusu yapılan işler bakımından dikkate alınacağı yönündedir. Buna göre iptal edilen kural yok sayılarak uyuşmazlığın çözülmesi gerekir. Daha sonra açılan davalar bakımından ise işlemin iptalden önce tesis edilmiş olması halinde iptal kararı dikkate alınmadan karar verilecektir<sup>63</sup>.

Kanaatimizce CBK’ya dair iptal kararlarının etkilerini değerlendirmek, öncelikle CBK’ların hukuki tasnifinin yapılıp, görev yönünden anayasa yargısı ve idari yargı alanlarının sınırlarının açıkça çizilmesine bağlıdır. Aksi halde Anayasa’nın mevcut hükümleri iptalin etkileri bakımından tüm CBK’ları aynı kategoride değerlendirmemizi zaruri kılabılır. Bu nedenle birincil sorun CBK’lar hukuki niteliği bakımından bir tasnife tabi tutulacak mıdır, tutulacaksa bu nasıl bir hukuki tasnif olmalıdır? Eğer yasal dayanağa ihtiyaç duymayan CBK’lar dışındaki kararnamelerin yargısal denetimi idari yargının denetim alanına dahil edilirse, iptalin hüküm ve sonuçları tamamen farklılaşacak ve *ex tunc* etkiye sahip olacaktır. Buna göre iptalin etkileri bakımından idari yargının yerleşik ilke ve kurumlarından istifade edilebilir. Diğer bir ihtimalde ise mer’i hükümler indinde tüm CBK’ların yargısal denetimi anayasa yargısı rejimine tabi olacak ve zaman bakımından etkisi AYM’nin iptal hükümlerine göre tayin edilecektir. Bu ihtimalde AYM daha önceki içtihatlarını aşacak yeni yaklaşımlar arayışına girmelidir ve bu zaruri görünmektedir.

### **3- Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesinin Misyonu**

2017 Anayasa değişiklikleri ile öngörülen siyasi sistemde Cumhurbaşkanı’nın yapacağı işlemlerin hukuki niteliği, kendisine anayasa ile verilen görevler ve yetkiler bakımından önemli farklılıklar yaratmıştır. Bu işlemlerin hukuki niteliğinin tanımlanması, yargısal denetimlerin hangi makamca, ne şekilde yapılacağını ve misyonunu da

---

anayasal metinlerin düzeltilmesi ya da değiştirilmesi prosedürü yasalar veya düzenleyici işlemlere göre çok daha zordur. Bu nedenle Anayasal metinlerin çok daha dikkatli bir hazırlık sürecinden geçirilmesi gerekir. Anayasal düzeydeki değişikliklerin sanki “*yarın hiç gelmeyecekmiş*” gibi öngörülmemesi icab eder. Elbette bu hususların tümü yasa yapma kültürü ve yasa koyucunun yasa yapma tekniğindeki entelektüel derinliği ile yakından ilgilidir.

<sup>63</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s. 303-304.

belirleyecektir. AYM, bu zamana kadar yasa ya da yasaya eşdeğer görülen KHK'lerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığının incelenmesi kapsamı sınırlarında yargılama gerçekleştiriyordu. Bu nedenle AYM yargılama faaliyetini anayasal ilke ve kurumlara uygunluk çerçevesinde tatbik ediyordu. Yeni durumda esas veya şekil bakımından anayasa hükümleri ve ilkeleri ile çelişmeyen ama yasa hükümleri ile çelişebilen, çelişmese dahi yasa alanına giren CBK'lar gündeme gelebilecektir. Bu tür durumlarda AYM'nin ilgili CBK ile yasa hükümleri arasında bir çatışma olup olmadığına ya da AY md. 104/17'deki sınırlamaların aşıldığına dair daha önce tecrübe etmediği bir yargılama faaliyeti yürütmesi gerekecektir. Bu faaliyetinin hukuksal gerekçelendirmesini de yasaların değil, CBK/idari işlemlerin Anayasa'ya uygunluğu cephesinden yürütecektir. AYM'nin bu çerçevedeki faaliyeti ister istemez idari işlemlerin yargısal denetiminde öne çıkan bir takım ilke ve kurumlara başvurmasını zorunlu kılabilir.

AYM denetiminin konusu olan yasama işlemleri belirli bir tartışma, baskı, görüş alma ve katılım süreçlerinden geçerek ortaya çıkan hükümlerdir. Ancak CBK'lar diğer idari işlemler gibi kapalı süreçlerde, ilgililerin işlem bittikten sonra öğrenebileceği kararlardır. Bu sebeple AYM, idari işlemin özelliklerini dikkate almak suretiyle yeni yaklaşımlar ve yorumlar getirmek zorundadır. Örneğin idarenin açıklığı ilkesi, kamu görevlerine girmede eşitlik ilkesi, kamu yükümleri karşısında eşitlik ilkesi, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, idari istikrar ilkesi, kazanılmış hak ilkesi ve idari yargılama usulüne dair resen araştırma ilkesi<sup>64</sup> gibi daha çok idari yargılamaya has ilkeler olarak bilinen kavramları dikkate alması gerekir. Özellikle CBK'ların belirli bir süre uygulandıktan veya subjektif haklar yarattıktan sonra iptali ya da başka bir CBK ile ortadan kaldırılması halinde, idari istikrar ilkesi bakımından yasalardan farklı durumlar yaratması beklenebilir.

AYM'nin yeni görev tanımı içinde CBK'lara ilişkin vereceği kararlar iptal veya ret şeklinde olabilir. Aksi görüşler<sup>65</sup> olmakla beraber yukarıda belirtilen çeşitli hukuka aykırılık hallerinde AYM'nin "yokluk" durumunun tespiti niteliğinde kararlar alabileceği düşünülmektedir. AYM'nin iptal ile doğacak boşluğu doldurması yönünde Cumhurbaşkanı'na çağrı niteliğinde bir karar verebilmesine dair açık bir yetkiye ise yer verilmemiştir. Diğer yandan Anayasa'nın 153. maddesinin 3. fıkrası kapsamında AYM'nin iptal kararlarının yürürlüğünü ayrıca kararlaştırma yetkisi vardır. Bu bağlamda AYM'nin dolaylı da olsa yasama organına çağrı niteliği taşıyan karar verebileceği kabul edilir<sup>66</sup>. Kıyasen CBK'ların iptali halinde de iptal kararlarının yürürlüğe girişini AYM'nin ayrıca kararlaştırma yetkisi olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda AYM'nin Cumhurbaşkanlığı'na dolaylı çağrı niteliği taşıyan kararlar verebileceği düşünülmektedir. Haliyle Cumhurbaşkanlığı'nın da hukuksal boşluğu doldurmak için öncelikle bir irade oluşturması yükümlülüğü doğacaktır (AY md 153/f.4). Ancak bu durumun idari işlemlerin yargı denetimine ilişkin anayasal ilke ve sınırların belirlendiği md. 125 ve paralel hükümler içeren İYUK md. 2 karşısında uygulama alanı bulması bizce güçtür. Bu noktada iptal edilen yasa karşısında yasama organının icra etmesi gereken yasama ödevini "kıyasen" idari bir makam olan Cumhurbaşkanlığından beklenemeyeceği kanaatindeyiz. Sonuç itibariyle AYM'nin yeni misyonu içinde Cumhurbaşkanlığı'na çağrı niteliği taşıyan kararlar verme yetkisinin olup olmadığı yönünde tartışmalar olacaktır. Ortaya çıkacak bu tartışmalara mahal vermemek için bu hususun açıkça yasal dayanağa kavuşturulması gerekir. Aksi durumda CBK'nın iptali ile doğacak olan hukuksal boşluklardan dolayı ciddi hak kayıplarının yaşanması söz konusu olabilir.

<sup>64</sup> İdari yargılamada başvuru ilkelere ayrıntılı bir izahatı için bkz. Zuhâl Berekat, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yay., Ankara, 1996.

<sup>65</sup> Kemal Gözler, *a.g.e.*, s.458-459.

<sup>66</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s. 312.

CBK'ların denetiminde gündemine gelecek bir husus da AYM'nin CBK hükümlerinin yürürlüğünün durdurulması hakkında vereceği kararlardır. Anayasa'da ya da kuruluş kanununda iptal davası açılan hallerde yürürlüğün durdurulmasına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak mahkeme kararının etkinliğinin sağlanmasının, gerektiğinde yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılmasına bağlı olduğu yönünde içtihatlar oluşmuştur<sup>67</sup>. Aksi görüşe göre AYM'nin kanunların yürürlüğünün durdurulmasına karar verme yetkisi yoktur<sup>68</sup>. Buna göre AYM, yürürlüğün durdurulması kararları ile Anayasa'da olmayan fiili bir normu eklemiştir. AYM yürürlüğün durdurulması ile ilgili kararlarında, umumiyetle telafisi güç veya imkansız zararların doğması şartını yeterli görmüştür. Başlarda hukuka açıkça aykırılık şartı aranmışsa da sonraları zarar kriteri yeterli görülmüştür. Bu bakımdan idari yargılamada kümülatif olarak aranan hukuka açıkça aykırılık ve telafisi güç veya imkansız zararların doğması şartı anayasa yargılamasında amaçsal yorum yöntemiyle zarar kriterine indirgenmiştir. Bu ayrışmanın kaynağında anayasa yargısındaki “yürürlüğün durdurulması” ile idari yargıdaki “yürütmenin durdurulması” müessesesi arasındaki farklılıkların yattığını söylemek mümkündür<sup>69</sup>. Önümüzde duran mevcut soru, AYM idari işlem niteliğindeki CBK'ları incelerken yürütmenin durdurulması şartları bakımından idari yargılamadaki ilkeleri mi uygulayacaktır, yoksa kendi tarihsel uygulamasına devam mı edecektir? Burada belirleyici olacak hususlardan biri Anayasa Mahkemesi'nin, CBK rejiminde kendisini nasıl konumlandıracağıdır. İdari yargılamada son yıllarda yapılan değişiklikler ile yürütmenin durdurulması kurumu, neredeyse uyuşmazlığın esasını çözecek kadar derin incelemeyi gerektirmektedir. Hâlbuki geçmiş uygulamalar Anayasa Mahkemesi'nin CBK'ların incelenmesinde yürütmenin durdurulması için aynı derecede yoğun bir hukuka açıkça aykırılık araştırması yapmayacağı yönündedir.

2017 değişikliği idari yargının görev alanı ve misyonu bakımından da bazı sonuçlar doğuracaktır. Bilhassa Cumhurbaşkanının tek başına/resen/doğrudan yaptığı işlemlere karşı yargı yolunu kapatan Anayasa ve İYUK kısıntısı kaldırılmış olduğundan bu konu önem kazanmıştır. CB'nın idari fonksiyona dahil edilecek bazı işlemlerine karşı idari yargıda dava açılması mümkünken bazıları bakımından bu imkan yoktur. Örneğin Cumhurbaşkanının hangi atama ve seçme kararları idari yargı denetimine tabi olacaktır. Cumhurbaşkanı uygulama içinde bir dizi adsız düzenleyici işlemler yapabilecektir. Ayrıca üstlenmesi halinde idari sözleşmeler alanında da görev ve yetkisi olabilecektir. Tüm bu haller hem Türk idare teşkilatı ve işlemlerinin hukuki niteliği hem de idari yargının görev alanı bakımından önemli sonuçlar yaracaktır.

## SONUÇ

Yukarıda açıklanan gelişmeler ve farklılıklar bağlamında Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda farklı sonuçlara varılabilecektir. Kimi işlemler hükümet tasarrufu niteliğinde kabul edilmekle idari fonksiyonun dışında görülerek yargı denetimi dışında tutulacak, kimi işlemler ise idari fonksiyon kapsamında kabul edilecek ve denetimleri anayasa yargısı veya idari yargının görev alanına dahil olabilecektir. CBK'lar konusunda mer'i hükümlere göre görev bakımından AYM yetkili görünmektedir. Fakat bazı belirsizliklerin ve yaşanması muhtemel sorunların giderilmesi büyük oranda CBK'ların

<sup>67</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s. 78.

<sup>68</sup> Kemal Gözler, *a.g.e.*, s.461-462.

<sup>69</sup> Yürütmenin durdurulması ve yürürlüğün durdurulması arasındaki farklılıkların nedenleri üzerine ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, *a.g.e.*, s. 356-362.

hukuki tasnifinin ne şekilde belireceğine bağlıdır. Yargılama yetkisine ilişkin görev konusunun ihtiyaçlar ve eleştiriler doğrultusunda yeniden düzenlenmesi halinde bugünkü belirsizliklerin çoğu kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin vereceği iptal kararları ile idari yargının vereceği iptal kararlarının geriye yürürlüğü bakımından arzettiği farklılıklar dikkate alındığında, uygulamada yaşanacak bazı hak kayıplarının önüne bu şekilde geçilebilir. Bu nedenle mevcut sorunlu metni teorik çerçeveye oturtmak yerine, doktrindeki tutarlı eleştiriler ışığında bazı normlar yeniden düzenlenmelidir.

CBK'ların yargısal denetimine ilişkin yürürlüğün durdurulması, iptal kararlarının etkisi, CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yerinin tayini ve sonuçları gibi konular AYM'nin yeni misyonu çerçevesinde açıklığa kavuşturulmalıdır. Mevcut anayasal normlar dahilinde idari yargının ve anayasa yargısının görev ve yargılama usulüne ilişkin konularında önemli belirsizlikler mevcuttur. Belirsizlikleri gidermeye çalışan birçok çıkarsama, CBK'ların KHK'ler ile kıyaslanmasından türetilmektedir. Halbuki CBK'ların pek tabi Tüzükler, Bakanlar Kurulu Kararı, müşterek kararname, başbakanlık kararı yerine de ikame edildiği söylenebilir. Bu sebeple kıyas yönteminin, CBK'ların hukuki niteliği ile yargısal denetimi ilişkisinde her zaman doğru sonuçlara ulaştıracağı söylenemez. CBK'ların hukuki niteliği de yargısal denetimi de CBK'ların yeni ve kendine özgü bir kurum olarak değerlendirilmesi ihtiyacını yaratmaktadır. Bu itibarla AYM, CBK'ların kendine özgü yanlarını dikkate alarak yeni içtihatlarla yönelmeli ve bunu yaparken idari yargının ilke ve kurumlarından istifade etmelidir.

CBK ile kanun arasındaki norm/kademelenme ilişkisini, Anayasamızdaki hükümlerden yola çıkarak en azından hukuk genel teorisi içinde bir çerçeveye oturtmak oldukça zor ve sonu gelmez bir tartışma gibi görünmektedir. Burada hukukun nihayet bir tahakküm aracı olma işlevselliğinden kopuk saf hukuk teorisi geliştirmeye çalışmak, kendi içinde akademik bir yabancılaşmayı ya da bir Türk atasözündeki "*kırk akıllı*"nın trajedesini doğurabilir. Beyhude nitelikteki bu çabalardan tutarlı sonuçlar beklemek yerine açık ve anlaşılabilir bir norm getirilmelidir. Somutlaştıracak olursak, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün belirtildiği md. 11'deki "... *Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" şeklindeki basit ve açık bir norm, Kanun-CBK ilişkisini de pek tabi düzenleyebilir.

CBK'ların yargısal denetimine ilişkin Anayasa'da belirlenen hükümler, idari işlemlerin idari yargı tarafından denetimi yanında anayasa yargısı tarafından da denetimini sağlayan bir rejim doğurmuştur. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin artık idari yargılama fonksiyonuna sahip, adeta karma nitelikli bir mahkemeye dönüşme ihtimali belirlemiştir. AYM'nin misyonu bakımından bu atipik durumun, Türk anayasa yargısı teorisinin yerleşik ilke ve kavramları ile izah edilmesi son derece güçtür. Meselenin idari yargılamayı da ilgilendiren bir boyutu vardır. CBK'ların idare organının bir tasarrufu olması idari yargılama hukuku teorisinin akademik katkısını gerektirmektedir. Bu nedenle idare hukuku müfredatının idari yargılamaya ilişkin konularına CBK'ların yargısal denetimi bakımından da başlık açılmalıdır.

Bazı çözümleri üretmek için yargı makamlarının içtihatlarına, yasal hatta anayasal düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu görüşleri son derece makul durmaktadır. Fakat yargılama hukukunun kuralları ve ilkelerine ilişkin sorunların salt içtihatlar yolu ile giderilmeye çalışılması son derece sakıncalıdır. Zira kamu düzeninden sayılan görev ve yetkiye dair usul kurallarının salt içtihadî yollar ile çözümlenmesini beklemek, hukuk devleti ilkesi ile çelişkili durumlar yaratabilir. Üstelik içtihad faaliyetinde bulunacak yargıçlara da haksızlık olur. Meselenin içtihat ile aşılamayacak yönlerinin olması nedeniyle normatif tedbirler alınmalıdır. Yapılması muhtemel anayasal/yasal düzenlemeler, başta da belirttiğimiz üzere, romantik bir

yaklaşımından uzak olmalı ve sadece konjoktürel ihtiyaçlardan hareketle yapılmamalıdır. Anayasal boyuttaki sistemsel değişimlerin sadece kantitatif yeterliliklere göre şekillenmemesi gerektiği, Türk hukuk doktrininin on yıllardır ortaya koyduğu temel çıkarımlardan biridir. Anayasalar ve içerdiği temel hükümler bir siyasal iktidarın belli bir zaman diliminde ulaştığı sayısal çoğunluğun konjoktürel ürünü olmamalıdır. Elbette ki bunlar etkili unsurlardır, ancak toplumsal taleplerin ve uzlaşmanın önüne geçecek surette yegane unsur haline gelmemelidir.

**Dr. Bahadır APAYDIN**  
**Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi**

- **Özgeçmiş:** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2000 yılında mezun olmuştur. 2003 yılında Kocaeli Üniversitesi SBE Kamu Hukuku yüksek lisans programından, 2009 yılında Kültür Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora programından mezun olmuştur. 2001 yılında Kadir Has Üniversitesi'nde akademik kariyerine başlamış olup, halen Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdari Yargı Anabilim Dalı Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır. İdare hukuku ve idari yargı alanında çalışmalarını sürdürmektedir.
- **“Türk Spor Hukukunun Tarihsel Gelişimi”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 2005/2, Ağustos, 2007
- **“İmparatorluklar Başkenti İstanbul”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 2007/2, Ağustos 2010
- **“İdare Hukuku Bağlamında Türkiye’de Kent Konseyleri ve Katılımcı Demokrasi”**, Prof. Dr. M.AKAD'a Armağan, Der Yay, İstanbul, 2012
- **“Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Bağlamında İdarenin Rücu Yükümlülüğü: Rücu Mekanizmasının İşletilme(me)si ve Sonuçları”**, MÜHFD, Seçkin, Sayı: 2012/2, İstanbul, 2013
- **6352 Sayı ve 02.07.2012 Tarihli Kanun İle İdari Yargılama Usul Kanunu’nda Yapılan Yeniliklere Dair Bir İnceleme**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku İlimleri Dergisi (İHİD), Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2012 (Yayın 2013)

- **6459 Sayılı Kanun ve İdari Yargılamada İslah Kurumu**, Ejder Yılmaz'a Armağan, AÜHFD, Yetkin yay., Ankara, 2014
- **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de İmkânsızlık Gerekçesiyle İnfaz Edilemeyen İdari Yargı Kararlarına İlişkin Yaklaşımı: Cingilli Holding A.Ş.&Cingilloğlu v. Türkiye ve Süzer&Eksen Holding A.Ş. v. Türkiye Davaları** MÜHFD, Seçkin, Sayı: 2017/1, İstanbul, 2018
- **Türk Rekabet Hukukunda İdari Para Cezalarında Esas Alınacak Ciro Yılıının Belirlenmesi Sorunu ve Danıştay Uygulaması**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25 - Sayı 1 – Haziran, 2019