

# Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kuramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

**Doç. Dr. Didem Yılmaz – Doç. Dr. Ahmet Yayla**  
Bahçeşehir 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*

1982 Anayasası'nda 6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunla yürütme organının düzenleme alanında yapılan değişikliğin yasamanın genelliği ilkesinden ayrılan yönlerinin bulunması, Kelsen piramidi olarak anılan normlar kademelenmesi açısından 1982 Anayasası'nı nasıl etkilediğinin değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Çalışmada öncelikle 6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunla Anayasanın farklı hükümlerinde yer alan ve yürütme organına tanınmış bir düzenleyici işlem türü olan cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tek bir tip olup olmadığı, anayasada bu işlem türüne ait düzenlemelerin bugüne kadar karşılaşılmayan bir şekilde kendi içlerinde bir kademelenme yapılmasının mümkün/gerekli olup olmayacağı ele alınacaktır. Daha sonra böyle bir ayırımın özellikle kanun altı düzenlemeler açısından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ışık tutup tutmayacağı; bu farklılığın alt düzenleyici işlemlere etkisi ve idari uyuşmazlıklar açısından perde yasa kuramı ve yasal temel ikamesi üzerinden değerlendirilecektir.

## **1982 Anayasası'nın Güncel Düzenlemelerine İlişkin Durum tespiti**

Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin hükümlerin incelenmesine geçmeden önce 1982 Anayasası'nın güncel düzenlemelerini değerlendirerek bunlardan anlamlı bir hukuk sistemine ulaşmanın oldukça zor olduğunu belirtmek gerekir. Referandumla kabul edildiği 7 Kasım 1982 gününden bu yana 19 defa değişikliğe uğramış olan 1982 Anayasası hem şekli hem de maddi açıdan temelden etkilenmiştir.

6771 sayılı anayasa değişikliği kanununun tüm hükümleriyle yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihine kadar 36 yıl boyunca 177 maddeden oluşan 1982 Anayasası'nın madde sayısı 156'ya inmiştir. Bu kısalmanın dışında Anayasada bugüne kadar yapılan değişikliklerden etkilenmeyen 54 madde bulunmaktadır. Bunların içinde ilk dört maddenin değiştirilmesinin türev iktidar yetkisinde olmamasından dolayı hiç değişikliğe uğramamış olan sadece 50 maddeden bahsetmek mümkündür.

2017 yılında yapılan son değişiklikle Anayasanın şekli olarak kısılmasının dışında maddi açıdan 1982 Anayasası'nın yıllar içinde farklı yönere giden bir değişim geçirdiğini söylemek mümkündür. Bu değişime hak ve özgürlükler perspektifinden bakıldığında özellikle 1995, 2001 ve 2004 anayasa değişiklikleri sonucunda 1982 Anayasası'nın bu alanda büyük ölçüde Avrupa standardına ulaşmış olduğunu söylenebilir. Ne var ki genel olarak kuvvetler ayrılığı özel olarak yasama-yürütme-yargı organlarını etkileyen anayasa değişikliklerinin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin değişikliklerle aynı yöne doğru ilerlediğini ifade etmek pek mümkün değildir. 2007 yılında başlayıp 2010 ve 2017 yıllarında yapılan değişikliklerin metnin "anayasal" niteliğini giderek zayıflattığı görülmektedir.

Sonuç olarak yapılan değişikliklerin Anayasanın geneline bıraktığı etkilere bakıldığında 1982 Anayasası'nın bütünlüğü ve tutarlılığı bozulmuş bir kurallar demeti haline geldiği tespiti yapılabilir. Bu açıdan cumhurbaşkanlığı kararnamesinin değerlendirilmesi oldukça zor bir uğraş haline gelmiştir. Bu durumda bireysel için erişilebilir, öngörülebilir ve bilinebilir bir hukuk sisteminin bu niteliklere sahip bir anayasa ile tesis edilmesi; bu gerçekleşene kadar yargı makamlarının uyuşmazlıkları bu ilkeleri temel alarak çözmeleri gerekmektedir.

## I- Düzenleyici İşlemler Açısından Yürütme Yetkisi

Anayasa hukuku teorisinde yasama yetkisi asli, ilk-el ve genel; yürütme ise türev ve ikinci-el bir yetki olarak açıklanmaktadır. Bu ayrımın temeli hükümet sistemlerinden bağımsız olarak kuvvetler ayrılığı teorisine dayanmaktadır.

1982 Anayasası'nın 8. maddesinde yer alan *Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir* hükmü doktrinde 1961 Anayasası'nın 6. maddesiyle karşılaştırılarak değerlendirilmiş ve 1961 Anayasası'nda yer almayan "Yetki" ve "Anayasaya" kelimelerinin 1982 Anayasası'nın olağanüstü dönem rejimine dayanak teşkil ettiği görüşü ileri sürülmüştür. Buna göre olağan dönemde yürütme yasamayı takip eden bir görev niteliğindeyken olağanüstü rejime geçildiğinde belirli süre için yürütme yetki niteliğini haiz olmaktadır. 6771 sayılı kanunda değişik yeni 8. maddeye bu açıdan bakıldığında olağanüstü dönem CBK'ları için aynı değerlendirme yapılabilir. Ancak yeni düzenleme olağanüstü rejimle sınırlı olmayan olağan döneme taşan bir yürütme yetkisi yarattığı da görülmektedir. Buradaki mesele cumhurbaşkanlığı CBK'larla dilediği her konuda düzenleme yapabilir mi yoksa olağan dönemde sınırlı bir düzenleme yetkisine sahip olduğu sorusuna nasıl yanıt verilebileceğidir.

1982 Anayasası'nın 6771 sayılı anayasa değişikliği kanunuyla değişik hükümlerine bakıldığında, artık sadece cumhurbaşkanlığına ait olan yürütme ve idare işlevine ilişkin aynı makamın farklı düzeylerde ve farklı adlarda düzenleme yapma yetkisini haiz olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki Anayasanın 104/9., 104/17., 106/son, 108/son, 118/son, 123/son hükümlerinde belirlenmiş olan olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Bunların dışında cumhurbaşkanı 104/18 ve 124'e göre yönetmelik çıkarma yetkisine sahiptir. Anayasanın 73/son ve 167/son hükümleri açık olarak düzenleyici işlem türünü belirtmemekle beraber cumhurbaşkanına Anayasada belirtilen şartlarla *malî yükümlülükler belirleme yetkisinin kanunla verilebil(eceğini)* düzenlemiştir. Bu işlem de önceki dönemde doktrinde kaide kararname olarak adlandırılan bakanlar kurulu kararının yerini alan cumhurbaşkanı kararıdır.

Yukarıda farklı adlar altında belirtilen cumhurbaşkanlığı işlemleri kurallar kademelenmesinde aynı düzeyde değildir. Sonucu işlem türü, kanuna dayanan bir yetkilendirme ile ortaya çıkan ve adı cumhurbaşkanı kararı olan genel düzenleyici işlemdir. Kelsen piramidine göre cumhurbaşkanı kararının doğumunu kanun belirlemekte ve karar kanuna uygun olduğu sürece geçerli olan bir işlem niteliğindedir. Bu durumda cumhurbaşkanı kararlarının kanunun altında yer alan bir işlem türü olduğundan kuşku duyulmamaktadır.

Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan yönetmelik içinse durum biraz karışıktır. 1982 Anayasası'nın 104/18 maddesinde "*Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir*" hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre cumhurbaşkanının çıkaracağı yönetmeliğin kaynağı kanuna dayanmaktadır. Anayasanın 124. maddesinde ise *kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan ve bunlara aykırı olamayan bir düzenleyici işlem türüdür* olduğu belirlenmiştir. Bu hükümde yer alan "ve" bağlacının iki genel düzenleyici işlem arasında üst-alt ilişkisine işaret eden bir sıralamayı mı gösterdiğinin yoksa yönetmeliklerin kanuna gerek duyulmadan doğrudan CBK'ya da dayanılarak çıkarılabileceğini mi ifade ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bunun dışında, kurallar kademelenmesi yönünden yönetmeliğin cumhurbaşkanı kararının altında yer alan bir işlem olduğu ileri sürülebilir. Zira cumhurbaşkanı kararı yasa ile yetkilendirildikten sonra yasamaya ait alanda cumhurbaşkanı tarafından doğrudan yapılan sınırlandırılmış bir düzenleyici işlem iken yönetmelik kanun/CBK'dan türeyen bir işlem türüdür. Bu konuda Anayasada kanun-cumhurbaşkanlığı kararnamesine özgü çatışma kuralı belirlenmiş olmakla beraber anayasa altı hiyerarşide iki farklı düzenleyici işlemin dayanak olduğu iki idari işlemin çatışması ihtimali yanıt bulunması gereken önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu meselenin incelenmesi önce yetki unsuru açısından cumhurbaşkanı kararnamelerinin niteliğinin ve kurallar kademelenmesindeki yerinin belirlenmesi gerekmektedir.

#### **A) Tek değil Farklı CBK Türleri**

CBK'nın düzenleme alanının tespiti, söz konusu kararnamelerin idari işlemler üzerindeki olası hukuki sonuçlarını belirgin hale getirecektir. Aynı zamanda bu konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Türk Anayasa Mahkemesinin (AYM), içtihatlarında "hukuk devleti"nin temel unsurlarından biri olarak görülen "belirlilik ilkesi" bakımından oldukça önemlidir.

1982 Anayasası'nın 104/9., 104/17., 106/son, 108/son, 118/son, 123/son hükümlerinde cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak adlandırılan yürütme organının olağan dönemde çıkardığı genel düzenleyici işlemine yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemelere daha yakından bakıldığında, aslında, anayasada yer alan her CBK'nın aynı nitelikte olmadığı sonucuna varmak mümkündür. Bu itibarla CBK adı verilen işlemin "farklı türlerinin" Anayasanın 7. ve 8. maddeleri ışığında ve 104. maddenin 17. fıkrasında yer alan çatışma kuralı göz önünde bulundurularak tespit edilmesi gerekmektedir.

6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunla yaratılan bu yeni işlem türü için Anayasada 104/9, 106/son, 108/son, 118/son hükümlerinde açık bir yetkilendirme bulunmaktadır. Her ne kadar anayasa teorisiyle uyumlu olmasa da, 6771 sayılı Kanun bu konuların yürütme organı tarafından sadece CBK ile düzenlenmesini tercih etmiştir. Buna karşılık 104/17 ile 123. maddelerde yer alan CBK'lar yürütme organını asli bir düzenleme sorumluluğu altına sokmamıştır. Yasama organının bu konuları yasa ile düzenlemesinin önünde bir engel

bulunmadığı gibi yasama yetkisinin asli, ilkel ve genelliği kuralları uyarınca aslolan bunların yasa ile düzenlenmesidir. Şu halde Anayasada yer alan CBK'lar arasında bir farklılık bulunduğu görülmektedir. Bu farklılık, açık olarak CBK ile düzenlenmesi öngörölmüş konularda yasa yapılamaması ile Anayasanın asli ve ilkelden CBK ile düzenlenmesine cevaz verdiği bazı konularda çıkarılan CBK'ların sonradan yasa ile hükümsüz hale getirilebilmesinden ya da kanun karşısında ihmal edilebilmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu itibarla 1982 Anayasası'nın düzenlemelerine göre yasa ile yarışan CBK'lar ile açık bir yetkilendirmeye dayanan (*atipik*) CBK'lar olarak iki türe ayırmak mümkündür.

## 1- Yasa ile yarışan CKB'ler

Yasa ile yarışan CBK'lar, aşağıda da belirtileceği üzere 1982 Anayasası'nın yeniden düzenlenen 104/17. maddesinde belirtilen ekonomik ve sosyal haklara ilişkin konularla 123/son düzenlemesinde açıkça ifade edilmiş olan kamu tüzelkişiliğinin kurulması konusunda çıkan CBK'lardır. Bu konuların her zaman yasa ile düzenlenmesi mümkündür. Yeni düzenlemenin mülga 91. maddede belirtilen KHK rejiminden farklı yönü, KHK'lerin yasadan kaynaklanan bir yetkiye (yetki kanununa) dayanmaları gerekli iken CBK ile düzenleme yetkisinin Anayasadan kaynaklanmasıdır. Fakat yetkinin doğrudan Anayasadan kaynaklanıyor olması bu konularda yasamanın düzenleme yapmasını engellemektedir. Şu halde Anayasanın 104/17. maddesinde yer alan çatışma kuralı ancak bu tür CBK'lar için uygulanabileceğinden yasa ile yarışan CBK alanını bu düzenleme üzerinden belirlemek mümkündür.

### a) 1982 Anayasası'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının Cumhurbaşkanlığına tanıdığı yetki:

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında “*münhasıran*”, “*düzenlenemez*”, “*çıkartılamaz*”, “*farklı hüküm bulunması*”, “*açıkça düzenleme*”, “*hükümsüz hale gelme*”, “*uygulanma*” kelime ve kavramları CBK'ların düzenleme alanının sınırlarının çizilmesinde belirleyici olmaktadır.

#### aa) Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Şart Olan Konular

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına göre, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörölen konularda CBK çıkarılamayacaktır. Münhasır ifadesi Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre “*bir kimse veya bir şey için ayrılmış*” demektir. Şu halde münhasır kanun alanı, Anayasada sadece “kanunla düzenlenmek için ayrılmış” konuları kapsamına almaktadır. Bu durumda söz konusu ifade iki farklı şekilde yorumlanabilir: Birincisi, münhasır kanun alanının belirlenmesinde Anayasanın açıkça konunun “kanuna” ayrıldığını vurgulamasının aranmasıdır. İkinci yorum ise Anayasa metninde “kanunla düzenleneceği” hükme bağlanan her konunun münhasır kanun alanı kapsamında olduğudur. Birinci yorumun doğru olduğu kabul edilirse, Anayasada “ancak kanunla” düzenleneceği belirtilen konular münhasır kanun alanını oluşturacaktır. Bu durumda, Anayasada temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. madde ile birlikte, nicelik olarak daha az konunun sadece kanunla düzenlenebileceği sonucuna varmak gerekecektir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin içtihadı, ikinci yorumu desteklemektedir. Yüksek Mahkemeye göre: “... *Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi ...*” konular münhasıran kanunla düzenlenecektir. Şu halde AYM'nin münhasıran kanun alanını temel hak ve özgürlükler ile sınırlı görmemiştir. “Gibi” ifadesi de

kanunla düzenlenmesi şart olan konuların bahsedilenlerle sınırlı olmadığını göstermektedir. Yüksek Mahkemenin içtihadı değişmediği müddetçe, Türk Hukukunda münhasır kanun alanının Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen her konuyu kapsadığı sonucuna varmak zorunlu görünmektedir. İkinci yorumun geçerli görülmesinin diğer sonucu ise Anayasada “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde düzenlenen ve 104. maddenin 17. fıkrasından CBK’larla düzenlenebileceği anlaşılan konuların da bir kısmının “kanunla düzenlenmesinin şart olduğudur. Diğer bir deyişle, Anayasanın ikinci kısmının 3. Bölümünde “kanunla” düzenleneceği hüküm altına alınanlar dışında kalan konularda ancak CBK ile düzenleme yapılabilecektir. Örneğin 1982 Anayasası’nın ekonomik ve sosyal haklar bölümünde yer alan eğitim hakkı, kural olarak CBK ile de düzenlenebilir. Ancak bu hakkında düzenlendiği 42. maddenin 2. ve 6. fıkralarında kanuna ayrılmış bir alan bırakıldığından, bunlar CBK ile değil ancak kanunla düzenlenecektir.

### **bb) Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Konular**

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası kanunda açıkça düzenlenmiş konularda CBK çıkarılmasını yasaklamıştır. Fıkradaki “açıkça düzenleme” ifadesinin “üç anlamlı” olabileceği kanaatindeyiz. Birincisi, münhasıran kanunla düzenlenmesi şart olan ve Anayasanın ikinci kısım birinci, ikinci ve dördüncü bölümünde öngörülen temel hak ve özgürlükler dışında kalan alanda henüz bir kanunla düzenleme yapılmamış olmasıdır. İkincisi ise, önceden kanunla düzenleme yapılmış olmakla birlikte bir konunun tüm yönlerinin düzenlenmemiş olmasıdır. Üçüncüsü de, kanundaki düzenlemede “açıklık” bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle kanunun “muğlak” ya da “anlaşılması güç” hükümler içermesidir. Kanaatimizce sonuncu anlam, diğerlerine nazaran, öznelidir. Öznellik ise şu soruyu akla getirmektedir: Acaba Cumhurbaşkanlığı kanunda “açıklık olmadığı” düşüncesi ile CBK çıkarabilir mi? Kanaatimizce, önümüzdeki süreçte Anayasa Mahkemesi “açıkça düzenleme”den ne anlaşılması gerektiğine ilişkin içtihat üretecektir.

Anayasanın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümlerinde öngörülen temel hak ve hürriyetler ile münhasıran kanun alanına ilişkin ya da açıkça kanunla düzenlenen konuların CBK’lara yasaklanmasının hukuki sonuçları üzerinde de durulmalıdır. Acaba, “çıkartılamaz” ya da “düzenlenemez” ifadeleri, yasakları delen bir CBK işleminin hukuki durumunu ne yönde etkileyecektir? Kanaatimizce Anayasa Koyucunun bu ifade biçimlerini tercih etmiş olması, yürütme iradesinin asli düzenleyici olarak belirli bir alana giremeyeceğini göstermektedir. Bu da “hukuki yokluk” müeyyidesinin uygulanmasını gerektirmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin yakın sayılabilecek tarihli kararlarında tekrarlanan şu cümleler dikkat çekmektedir: “...*Bir normun yokluğu, hukuk dünyasında hiç doğmamış olduğunun ifadesidir. Normun varlığı ise, o normun yürürlüğe girmesine ve uygulanmasına bağlı bulunmamaktadır. Varlık, yürürlük ve uygulanma kavramları birbirinden farklı olup varlık, bir normun hukuk âleminde vücut bulmasını ifade etmektedir. Kanunlar bakımından yokluk, parlamento iradesinin bulunmaması gibi durumlarda, başka bir ifadeyle bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı takdirde söz konusu olabilecektir...*” Bu cümlelerden hareketle Yüksek Mahkemenin, “bir CBK’nın varlığının zorunlu koşulları”nın mevcut olmaması ve Cumhurbaşkanının “iradesi”nin bulunmaması hallerinde “yokluk” müeyyidesini uygulayabileceği sonucuna varılabilir. Diğer bir anlatımla, yasama ya da yargı fonksiyonunu “gaspi” halinde “yokluktan” bahsedilemeyebilecektir.

Yokluk müeyyidesinin oldukça sınırlı biçimde uygulanabilmesi sonucunu doğurabilecek bu yaklaşım, kanunda açıkça düzenlenmiş konuda çıkarılmış bir CBK'nın sadece "iptal edilebilir" olduğu sonucuna varmayı gerektirmektedir.

### **cc) CBK ile Kanunlarda Farklı Hüküm Bulunması**

Anayasaya göre CBK ile kanunlarda farklı hüküm bulunması halinde "kanun" uygulanacaktır. Belirtmek gerekir ki, ancak kanun ile CBK'nın aynı anda yürürlükte bulunabileceği bir halde "farklı hüküm"den bahsedilebilir. Birlikte yürürlük ise Anayasaya ya aykırı ya da uygun olabilir.

Anayasaya aykırı biçimde, kanun ile CBK'nın yürürlükte olabilmesi, söz konusu CBK'nın, Anayasanın yasakladığı alanda çıkarılmış fakat hakkında henüz Anayasa Mahkemesince bir karar verilmemiş olmasına özgüdür. Anayasaya uygun biçimde "birlikte yürürlük" ise sadece "kanunda açıkça düzenlenmemiş" konuda CBK çıkarılmış olması halinde söz konusu olabilecektir. Zira, münhasır kanun alanında ve sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler dışındaki hak ve özgürlüklerle ilgili konularda CBK çıkarılmayacaktır, sonradan aynı konuda kanun yapılması halinde de CBK hükümsüz hale gelecektir.

Anayasaya uygun biçimde CBK ile kanunun yürürlükte olması durumunda, "farklı hüküm bulunması"na ilişkin kuralın uygulanabilmesi ihtimali zayıf görünmektedir. Zira bu halde CBK, konunun kanunda düzenleme dışı bırakılmış yönüne ilişkin olacaktır. Aksi halde, kanunda açıkça düzenleme olduğu için CBK'nın Anayasaya uygunluğundan bahsedilemez.

Kanaatimizce "farklı hüküm bulunması" halinde kanunun uygulanması kuralının konusunu daha ziyade Anayasanın yasakladığı alanı düzenleyen CBK'lar oluşturacaktır. Anayasa Mahkemesinin bu nitelikteki CBK hakkında vereceği karara kadar kanun uygulanacaktır. CBK'yu uygulamama yükümlülüğünün idare yanında yargıyı da bağladığı açık olduğuna göre; "farklı hüküm bulunması" kuralının Anayasada özel olarak öngörölmüş bir "yürürlüğü durdurma" müessesesi olduğu savunulabilir. Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki kelime ve kavramların içeriğine göre değişkenlik gösterebilecek olmakla birlikte, CBK'ların çerçevesinin: Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile münhasır kanun alanı dışında kalan ve önceden kanunla açıkça düzenlenmemiş konular ile sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

### **2- Açık Yetkilendirmeye Dayanan (atipik) CBK'lar**

1982 Anayasası'nın 104/9., 106/son, 108/son, 118/son hükümlerinde ilgili konuların "*cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*" ifadesi yer almaktadır. Bu konuların "mahfuz bir CBK" alanına karşılık geldiğini belirtmek gereklidir. Bu dört konu cumhurbaşkanlığına, Anayasa eliyle "sınırlandırılmış bir düzenleme alanı" açmaktadır. Çünkü Anayasa koyucu, idari teşkilat ile ilgili bazı konularda, diğer hükümlerden farklı olarak, "CBK ile düzenlenir" ifadesini tercih etmiştir. Değişiklik öncesi dönemde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi ve Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadı hatırlandığında, aksi yönde bir yaklaşımda bulunmak güçtür. Cumhurbaşkanlığının düzenleme yetkisi oldukça tartışmalı olabilecek unsurları barındırmakla birlikte, çerçevenin bahsettiğimiz biçimde belirlenmesi bunun idari işlemler ve çıkacak idari uyuşmazlıklar üzerindeki etkisi açısından belirleyici olabilecektir. Bu sebeple Anayasadan kaynaklanan açık bir yetkilendirmeye dayanan

bu CBK'ların özelliğini ve yasamanın genelliği ilkesine dayanılarak bu alanlarda yasa çıkarılıp çıkarılmayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### a) CBK'nın *Atipik* Özelliği

1982 Anayasası'nın "CBK ile düzenlenir" ifadesinin bulunduğu olağan dönem CBK'ları cumhuriyet dönemi anayasalarında yer almayan *atipik* bir genel düzenleyici işlem türüdür

*Atipiklik*, iki husustan kaynaklanmaktadır. Bunlardan ilki, 6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunla anayasa koyucusu olağanüstü dönem dışında da cumhurbaşkanlığına yasamanın bir işlemine gerek duymadan ve sonradan yasama organına sunulması da gerekmeyen bir yetki tanımış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu husus her ne kadar tüm CBK'lar için geçerli olsa da diğerlerinin sonradan bir yasayla hükümsüz hale getirilebilir ya da bir yasa karşısında ihmal edilebilir olmaları sebebiyle, başka bir ifadeyle yasa-CBK çatışmasında 104/17'de yer alan kurallara göre yasaya öncelik/üstünlük tanınması onları önceki dönemde karşılaşılan yürütmenin genel düzenleyici işlemi olan ve 1961 Anayasası ile hukukumuzda girip 2017 yılına kadar uygulanan *tipik* KHK'lere daha çok yaklaştırmaktadır.

Bu CBK'ları *atipik* olarak nitelendirmeyi mümkün kılan ikinci husus ise açık yetkilendirme içeren hükümlerde yer alan konuların yasa ile düzenlenmesinin mümkün olmamasıdır. 6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanun ilk defa sınırlandırılmış şekilde belirli konuların sadece cumhurbaşkanlığı tarafından düzenlenmesine imkân vermiştir. Şu halde anayasa koyucusu belirli dolayısıyla sınırlı alanda asli ve ilkel düzenleme yapma yetkisi tanıyarak Türk hukukunda öncekilerden farklı yeni bir işlem türü yaratmıştır.

Bu özellikleri sebebiyle bu CBK türünü *atipik* olarak nitelendirmek mümkündür. Böyle bir belirleme yapılmasının kurallar kademelenmesi üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak yasa altı düzeyde ortaya çıkabilecek idari uyumsuzluklar bakımından belirleyici olacaktır.

#### b) *Atipik* CBK ile Kanun Çatışması

Buradaki temel sorun, açık yetkilendirme olmasına rağmen bu alanların yasama organı tarafından bir yasa ile düzenlenip düzenlenemeyeceği meselesinde düğümlenmektedir. Yasama yetkisinin genelliği ve özellikle Anayasanın 123/1 hükmünde yer alan "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*" kurallarına dayanarak TBMM, üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasını, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerini ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatını ve görevlerini yasa ile düzenleyebilir mi?

Yasamanın genelliği kuralı anayasa altı düzenleyici işlem olan kanunlar için geçerlidir. 6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunla yasama alanı için kullanılan "*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*" ifadesi yasama-yürütme arasındaki düzenleyici işlem ayrımında şekli kriteri öne çıkardığı görülmektedir. Bu itibarla yasamanın genelliği kuralı da, açık olarak Anayasanın "*kanun*"a gönderme yaptığı hükümler ile düzenleyici işlem türünü belirlemediği hükümler için geçerlidir. Bunun dışında kalan ve cumhurbaşkanına CBK ile

düzenleme yapma yetkisinin açık olarak tanındığı sınırlı konularda yasama organının yasa çıkarması mevcut Anayasa hükümlerine aykırı olacaktır.

Anayasada CBK ile düzenleneceği açık olarak belirtilmiş alanlarda yasamanın yasa yapması yasama-yürütme arasındaki siyasal ilişkiye de etki edecektir. Bu durum yasama ile yürütmeye aynı ve farklı çoğunlukların hakim olduğu iki ihtimal üzerinden değerlendirilebilir.

Yasama ve yürütme organına aynı siyasal çoğunluğun hakim olması durumunda, yasama organının cumhurbaşkanına bırakılan alanda yasa yapma ihtimali oldukça zayıftır. Seçim sisteminin etkisiyle bu siyasal çoğunluk karar çoğunluğuna sahip değilse, böyle bir yasanın yapılması mümkün değildir.

Yasama ve yürütme organına farklı siyasal çoğunluğun hakim olması konu bir sistem sorununa evrilebilir. Zira cumhurbaşkanı bu yasayı imzalamaktan imtina ederek, güçleştirici veto yetkisini kullanabilir. TBMM tekrar önüne gelen yasa hakkında ya gereken salt çoğunluğa ulaşamaz ve böylece yasama süreci sonlanır ya da bu çoğunluğa ulaşılır ve yasa tekrar cumhurbaşkanına gönderilir. Cumhurbaşkanının imzadan kaçınması mümkün olabilir mi, olursa cezai sorumluluğu doğar mı soruları mevcut hükümet sisteminde üzerinde düşünülmesi gereken hususlardır. Bu ihtimaller bir kenara bırakılırsa, cumhurbaşkanı, yasayı yayımlamasının ardından Anayasa Mahkemesine iptal davası açabilir. Asıl mesele Anayasa Mahkemesinin kararına kadar geçen süre içinde bu kanun Cumhurbaşkanına bağlı idare tarafından uygulanıp uygulanmayacağına ya da bu kanuna dayanılarak yapılacak idari işlemlerin hukuki rejimi açısından ortaya çıkabilir.

Anayasa Mahkemesinin red kararı vermesi halinde artık *atipik* CBK'lerden bahsetmek mümkün olmayacak, yasamanın genelliği ilkesi önceki dönemde olduğundan daha geniş bir alana kavuşacaktır. Ancak bunun bir siyasi krizi de beraberinde getirmesi neredeyse kaçınılmaz olacaktır. Bu halde cumhurbaşkanının 1982 Anayasası'nın 116. maddesinde yer alan seçimlerin yenilenmesi müessesine başvurarak kendi alanına müdahale eden TBMM çoğunluğunu değiştirmek isteyebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi üyeleri için benzer bir yola başvurusunu sağlayacak hukuki bir araç bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesi CBK'nın mahfuz bir alana sahip olduğunu ortaya koyacaktır. Cumhurbaşkanın açık yetkiye sahip olduğu alanlar aslında "idare"ye ilişkindir. Dolayısıyla bu alanlarda cumhurbaşkanının çıkardığı CBK'ların özellikle Anayasanın 123/1 hükmüne göre çıkarılan yasalarla birbirlerini etkilemeden nasıl beraber varlık göstereceği ise yargısal makamlar tarafından yanıtlanabilecek bir sorudur.

## **II- Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Önerileri**

### **A) Perde Yasa Kuramı**

Yeni Anayasa hükümlerinin İdare Hukukunu yakından ilgilendiren yönü, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dayanılarak tesis edilecek genel ya da bireysel İdari İşlemlerin hukuki rejimidir. Yasama ve Yürütmenin düzenlemede bulunabileceği "müşterek" konulardan da bahsedilebileceği için, Anayasaya aykırı olmamakla birlikte, bu son ihtimale de değinilmelidir. Yetki alanı dışına taşılması ya da müşterek alanda Yasama ve Yürütmenin ayrı ayrı düzenleme yapması halinde,



bunlara dayanılarak tesis edilecek genel ya da bireysel idari işlemler arasında çelişki ortaya çıkması mümkündür. Bu halde, bir uyuşmazlık üzerine idari işlemin hukuksal denetiminde bulunacak İdari Yerin hangi idari işlem ya da işlemleri hukuka uygun bulması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Çözüm için idare hukukunda yer alan bazı usul ve esaslardan yararlanılabilir.

Genel bir ifadeyle, belirli bir normun, kurallar hiyerarşisine göre üstte yer alan norm ile idari işlem arasına girerek, üst normun uygulanmasını engellemesi halinde “perdeleme”den bahsedilmektedir. Anayasaya aykırı biçimde ya da yasama ile müşterek alanda çıkarılacak CBK’lar ile kanunlara dayanan idari işlemler arasında çelişki ortaya çıkması halinde de kanaatimizce bir tür perdelemeden bahsedilebilir. Özellikle, cumhurbaşkanlığı makamının, bakanlıklar üzerinde tam anlamıyla “hiyerarşik” yetkilere sahip oluşu, kamu görevlilerinin kanun yerine CBK’ları uygulamayı tercih etmeleri ihtimalini güçlendirmektedir. Bu da “kanun”un, hatta bazı hallerde Anayasanın perdelenmesi anlamına gelebilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararlarının düzenleme alanının belirlenmesine yönelik bir yaklaşım, perdelemeye ilişkin hukuki sorunların tespiti için önemlidir. Çünkü perdeleme, “kavramsal belirsizlik” nedeniyle Anayasa kaynaklıdır.

### **1- Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerin İdari İşlemlere Etkisi: “Bir Tür Perdeleme”**

CBK’lar ile kanunların birlikte yürürlükte olmaları halinde bunlara dayanarak tesis edilebilecek genel ve bireysel idari işlemler arasında çatışmalar ortaya çıkabilmesi ihtimalinde İdari Yargı yerinin hukuka uygun normu uygulayabilmesi ve ortaya çıkan perdeyi kaldırabilmesi için birtakım ölçütlere ihtiyaç vardır. Bu ölçütlerin bir bölümü, “uygulanmama” veya “hükümsüz hale gelme” gibi, Anayasada birer müeyyide biçiminde düzenlenmiştir. Geri kalan kısım ise yargılama usulüne ve içtihadı bırakılmış görünmektedir. Tabii ki; bir bildiriye, ortaya çıkabilecek tüm olasılıkları değerlendirebilmek mümkün değildir. Ancak, bunlardan önemli biri ele alınarak diğerleri hakkında da öngörü oluşturulabilir. Örneğin, münhasır kanun alanında bir CBK ile düzenleme yapılır ve buna dayanılarak da bir yönetmelik çıkarılabilir. Aynı zamanda münhasır kanun alanını düzenleyen bir kanun vardır. Ya da henüz bu kanun yapılmamıştır. Münhasır kanun alanını düzenleyen bir kanun olması durumunda, bu kanuna dayanılarak da yönetmelikle düzenleme yapılmış olabilir. Bu tabloda bir tarafta CBK ve ona dayanan yönetmelik, diğer yanda ise kanun ve buna dayanan bir başka yönetmelik bulunmaktadır. İki yönetmelik birbirinden farklı hükümler ihtiva edebilir ve bu durum, tesis edilecek bireysel işlemlerin de çelişkili olması sonucunu doğurabilir.

Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili içtihadından yola çıkılırsa, “yok hükmünde” kabul etmek güç olduğu için, söz konusu CBK’nın iptal edilebilir nitelikte olduğu sonucuna varılmak gerekir. Bu durumda, iptal davası ya da itiraz yolu ile önüne gelmesi üzerine AYM’nin vereceği karara kadar, CBK yürürlükte olacaktır. Bu nitelikteki bir CBK’ya dayanan yönetmelik ya da bireysel işlemde doğan bir uyuşmazlığı inceleyecek idari yargı yerinin, kanun veya CBK ile bunlara dayanan idari işlemler arasında bir tercihte bulunması gerekecektir. İdari yargıcın, bahsettiğimiz biçimde oluşabilecek türde bir perdelemeyi kaldırması için bazı hukuki araçlardan yararlanabilmesi mümkündür. Birincisi, usule ilişkindir. İdari Yargıç, somut norm denetimi yolunu re’sen işletme kararı olarak Anayasaya uygunluk denetimi yolunu açabilir. Bu halde, görülmekte olan davanın geri bırakılması ve Anayasa Mahkemesi kararının beklenmesi mümkündür. Anayasanın 152. maddesine göre, bekleme süresi beş ayı geçemeyecektir. Ancak öngörülen sürenin muhatabının Anayasa Mahkemesi olduğu yaklaşımdan hareketle, makul

sürede yargılanma hakkı ihlal edilmemek kaydıyla, idari yargıcın geri bırakmayı uzatması kabul edilebilir. Böylece, Anayasa Mahkemesinin iptal ya da yürürlüğü durdurma kararının görülmekte olan idari uyuşmazlık bakımından geriye yürümesi de sağlanmış olacaktır. Pekiyi ya kanun da Anayasaya aykırı ise? Böyle bir durumda itiraz yoluna hem kanun hem de CBK açısından başvurulabileceğini düşünüyoruz. Anayasanın 152. maddesinin birinci fıkrasındaki “bir kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ifadesi ilk bakışta, iki işlemin birden somut norm denetimine konu olamayacağı yönünde yorumlanabilir. Ancak, fıkradaki ifadede esas itibariyle “iki işlem türünü ayırmak” için “bir” kelimesinin tercih edildiği kanaatindeyiz. Diğer bir anlatımla, iki işlemin birden Anayasaya uygunluk denetimi mümkün olmalıdır.

## 2- Yasal Temel İkamesi

### a. Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Konuda Ya Da Münhasır Alanda CBK İle Düzenleme Yapılması

Somut norm denetimi yolunun işletilmesi yanında, Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmış olması ihtimalinde, Yüksek Mahkemenin “iptal davası” hakkında karar vermeden önce itiraz yoluyla önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında karar vermesi gerekir. Zira, iptal davası sonucunda CBK ya da bir bölümü hakkında verilecek iptal ya da yürürlüğü durdurma kararı ileri etkili sonuç doğuracaktır. İdari Yargı yerinin Anayasaya aykırılığı AYM önüne taşınması ihtimali dışında sahip olduğu bir diğer hukuki araç, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında kurala bağlanan “farklı hüküm bulunması”na ilişkin yaptırımdır. Buna göre, Anayasaya aykırı nitelikteki CBK’dan “farklı hüküm” içeren kanunun uygulanması zorunludur. Bu halde İdari Yargıç, uyuşmazlık konusu idari işlemleri kanunu esas alarak denetleyecektir. Böyle bir tabloda, CBK’ya dayanan idari işlemin “kanuna uygun olması” halinde hukuka uygun kabul edilebilmesi mümkündür. “Yasal temel ikamesi” olarak adlandırılan bu yöntemde önümüzdeki süreçte hukukumuzda önemli ölçüde başvurulacağı kanaatindeyiz. Anayasanın “farklı hüküm bulunması halinde kanunun” uygulanmasına ilişkin yaptırımının, yasal temel ikamesinin pozitif hukuktaki dayanağı olduğunu düşünüyoruz. Tabii, CBK’nın sadece belirli bir bölümünün münhasır kanun alanına taşmış olması halinde, kalan bölümü ve buna dayanan idari işlemlerin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Belirtelim ki biz, münhasır kanun alanında ve açıkça kanunda düzenlenmiş konuda çıkarılan CBK’ların, “yok hükmünde” kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki “çıkarılamaz” ifadesi, bu alana yürütme iradesinin girişini yasaklama anlamı içermektedir. Dikkat edilirse, aynı fıkrada başka olasılıklarda “hükümsüz hale gelme” ve “uygulanamama” yaptırımları da öngörülmüştür. Oysa münhasır kanun alanında ve açıkça kanunda düzenlenen konuda Anayasa koyucu iki kere “çıkarılamaz” vurgusunda bulunmuştur. Biz, “çıkarılamaz” tabirinin söz konusu işlemin doğum anına, ya da en azından yürürlüğe girişine, kadar geriye etkili bir anlama sahip olduğunu düşünüyoruz. Bu yaklaşımın hukuki sonucu da “yokluk”tur.

Diğer yandan, münhasır alanda ya da kanunda açıkça düzenlenen konuda çıkarılan bir CBK’nın yok hükmünde sayılmasının idari işlemler üzerindeki etkisinden de bahsedilmelidir. Bu noktada öncelikle münhasır alanı düzenleyen bir kanun olması ihtimali ele alınabilir. Bu halde “yok hükmünde” kabul edilecek CBK ya da bir bölümüne dayanan idari işlemlerin, münhasır alanda yürürlükteki kanuna aykırı olmamaları halinde, yasal temel ikamesi ile ayakta

tutulabilecekleri kabul edilebilir. Yokluğun tespiti herhangi bir yargı yeri tarafından ve süreye bağlı olmadan mümkün olabileceğine göre, yargıcın CBK'yı ihmal ederek önündeki uyuşmazlığı kanuna göre sonuçlandırması mümkün görülmelidir.

Münhasır alanı düzenleyen bir kanun yok ise, yasal temel ikamesi yöntemine başvurmak güçtür. Zira, ortada sadece yok hükmünde sayılması gereken bir CBK ve ona dayanan idari işlem vardır. Söz konusu CBK'ya dayanan düzenleyici ya da bireysel işlemlerin de “yok hükmünde” sayılmaları mümkün müdür? Kanaatimizce, idarenin asli düzenleme yetkisinin olduğu kabul edilmez ise, “fonksiyon gaspı” ya da “ağır ve bariz yetki tecavüzü” nedeniyle bu işlemlerin de yok hükmünde oldukları sonucuna varılacaktır.

Son olarak, münhasır alanda kanun olmaması halinde doğrudan doğruya Anayasanın “yasal temel ikamesi”ne konu edilmesi ihtimali akla gelmektedir. Yok hükmündeki CBK'ya dayanan idari işlemlerin hukuksal denetiminde Anayasanın doğrudan uygulanabilir nitelikteki hükümlerinin esas alınması savunulabilir.

### **b. Müşterek Alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ve Kanunla Düzenlemede Yapılması**

Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile ilgili ya da kanunda açıkça düzenlenmemiş ve münhasır kanun alanına girmeyen bir konuda CBK'ya dayanılarak düzenleyici ya da bireysel işlemler tesis edilebilmesi mümkündür.

Bir konunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması iki halde mümkün olabilir. Birincisi, belirli bir konuda kanun çıkarılmamış olması; ikincisi ise önceden var olan kanunun konunun bazı yönlerini düzenlememiş olmasıdır.

Belirmek gerekir ki; ikinci halde aynı zamanda birlikte yürürlükte olabilecek bir CBK ile kanun ve her birine dayanılarak ayrı ayrı tesis edilmiş idari işlemler arasında çatışma olması ihtimali kuvvetli görünmemektedir. Çünkü, CBK ile kanun aynı konunun farklı yönlerini düzenlemiştir.

Aynı yaklaşım sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile ilgili CBK'lar bakımından da geçerlidir. Zira; bu alanda bir CBK, ancak konunun kanunla düzenlenmemiş olan yönlerine ilişkin olabilir.

Bir konuda henüz bir kanun çıkarılmamış olması ihtimalinde ise hukuki durum farklı olabilir. Zira; CBK ile düzenleme yapıldıktan sonra aynı konuda bir kanun çıkarılabilir. Bu durumda, CBK ve buna dayanan idari işlemler ile kanuna dayanılarak tesis edilecek idari işlemler arasında çatışma olabilir.

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına göre, olağan dönemde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alanda sonradan kanun çıkarılması halinde CBK hükümsüz hale gelecektir. Anayasadaki “hükümsüz”lük ifadesinin anlamı ve kapsamını belirlenmesi ile bazı sonuçlara varılabilir.

Öğretide “hükümsüzlük” müessesesinin, “ileriye etkili sonuç doğurucu” anlamı olduğu belirtilmektedir.<sup>1</sup> Danıştay Kararlarından da hükümsüzlüğün ileri etkili hukuki sonuç doğuran bir müessese olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle işlemin geri alınması ve iptali ile ilgili içtihadlarında Yüksek Mahkeme’nin “baştan itibaren” hükümsüzlükten bahsettiği görülmektedir. “Baştan itibaren” vurgusu hükümsüzlüğün esasında ileri etkili karaktere sahip olduğunu göstermektedir (Örnek kararlar: D.5.D.E. 2015/3868, K. 2015/11068, K.T. 28.12.2015; D.5.D.E. 2015/1950, K. 2015/11035, K.T. 28.12.2015; D.5. D.E. 2014/6349, K. 2015/11071, K.T. 28.12.2015; D.8. D.E. 2010/582, K. 2010/3118, K.T. 31.5.2010; www.kazanci.com.tr).

CBK’nın hükümsüz hale gelmesinin de bu yönde değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksi yönde bir yaklaşımla aynı konuda bir kanun çıkarılması halinde CBK’nın geriye etkili olarak hukuk aleminden kalktığı kabul edilmesi; bu sonucu doğuran kanunun da geriye yürütülmesi ya da kanun çıkarılana kadar olan sürede hukuksal boşluk doğması anlamına gelebilecektir. Aynı zamanda kanun çıkarılana kadar geçen sürede tesis edilmiş işlemlerin “yok” sayılması hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecektir.

Bir defa; hükümsüzlük eğer CBK’nın tümünün hukuk aleminden kalkması sonucunu doğuruyor ise:

Bu CBK’ya dayanılarak tesis edilen bir düzenleyici idari işlem olması halinde, buna dayanılarak önceden yapılmış ve sonuçlarını doğurmuş bireysel işlemler geçerliliklerini sürdürecektir. Hükümsüzlük, geriye etkili sonuç doğurmayacağı için idareye ait düzenleyici işlemin de iptal edilebilir hale geldiği sonucuna varılması gerekecektir. Bu durumda bireysel işlem ile birlikte düzenleyici işlemin iptali talebi üzerine idari yargı yeri, düzenleyici işlemi de iptal edebilir. İdari yargıda iptal kararları geriye etkili sonuç doğurduğu için, ilgili düzenleyici işlem tesis edildiği andan itibaren ortadan kalkacaktır.

Hükümsüzlüğün sadece CBK’nın belirli hükümlerine ilişkin olması durumunda ise geri kalan kısma uygun olan genel düzenleyici idari işlemlerin iptal edilebilirlikten kurtarılmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Diğer yandan, idareye ait böyle bir düzenleyici işlemin kalan bölümünün bu defa konuyu düzenleyen kanuna uygun olması durumunda, işlemin bütün hükümleri ile geçerli olduğu da savunulabilecektir.

### **3- Danıştay İçtihadlarından Hareketle Çözümüne Yönelik Bir Diğer Yaklaşım: Düzenleyici İşlemin İhmali**

Danıştay, CBK’ların ortaya çıkışından önceki dönemde, “kanuna aykırı” olan “idari düzenleyici işlemlerin” ihmali ve kanunun doğrudan uygulanması suretiyle uyuşmazlıkların çözülmesi gerektiğine ilişkin içtihad oluşturmuştur.

Söz konusu içtihadlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasındaki; alan "düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı" hükmüne dayanmaktadır.

---

<sup>1</sup> (Bülbül, Erdoğan: İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta, İstanbul, 2010, 1. Bası, s. 20-21)

Yüksek Mahkeme bir kararında, İYUK'nun bahsedilen hükmüne dayanarak, şu cümlelerle düzenleyici işlemin ihmal edilmesi gerektiğine hükmetmiştir:

“...Yönetmeliğin 6/c maddesi 657 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu halde, bu madde hükmü "ihmal edilmemek", bir başka anlatımla, bu madde hükmüne "hukuki bir değer yüklemek" suretiyle, anılan maddeye dayanılarak tesis edilmiş olan dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan işbu davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...”<sup>2</sup>

Kanaatimizce, Danıştay'ın “hukuki bir değer yüklemek” vurgusu oldukça önemlidir. Zira, bu ifade Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi yasak olan alanda çıkarılabilecek CBK'lar ve buna dayanılarak tesis edilebilecek düzenleyici işlemlerin akibetini belirleyici bir araç olarak “ihmal” müessesesinin kullanılabileceğini göstermektedir.

Somutlaştırmak gerekirse; ihmal müessesesinin, salt idari düzenleyici işlemler bakımından geçerli olduğuna ilişkin olası bir yaklaşımın (Danıştay Kararlarında bu yönde sınırlayıcı bir ifadeye rastlayamadık) ötesinde, “hukuki değer yüklenmemesi gereken” “yürütmeye ait” tüm düzenleyici işlemleri de kapsamına alır biçimde uygulanması mümkün görülebilir.

Bu durumda, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ya da açıkça kanunla düzenlenmiş bir konuda çıkarılabilecek bir CBK'nın, Anayasanın açıkça yasaklayıcı hükümleri karşısında “hukuki değerden yoksun” olduğu kabul edilebilir. Bu durumda, belki Anayasa Mahkemesinin yokluk ile ilgili son içtihadlarından sonra ve daha kolaylıkla, “yok hükmünde” saymak yerine CBK'yı “ihmal” ederek doğrudan kanunu uygulamak mümkün olabilir. Bunun sonucu olarak da CBK'ya dayanan düzenleyici işlem yerine Kanuna dayanan düzenleyici işlemin geçerli görülmesi ve hukuka uygunluk denetiminin buna göre yapılması önerilebilir.

Öğretide ihmal müessesesinin yargı yerleri yanında idare tarafından da uygulanabileceğinden bahsedilmektedir.<sup>3</sup>[2]Son Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının merkeze ait kamu hizmetleri üzerindeki hiyerarşik gücündeki yoğunlaşma karşısında bunun mümkün olmadığını düşünüyoruz. Ancak, yargı yerlerinin ihmal müessesesini uygulayarak sistematik biçimde idareyi mahkum etmeleri halinde bu yönde dolaylı bir etki ortaya çıkabilir. Diğer bir ifadeyle idare, hukuka aykırı CBK'ları uygulayarak tesis ettiği işlemlerin yargı yerlerince yürütülmesinin durdurulduğunu ve iptal edildiğini deneyimledikçe, zamanla, ihmal müessesesini bizzat uygulama yolunu seçebilir.

## SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili değerlendirmeler ister istemez bizi çok belirgin ve sadeleştirilmiş bir sonuca götürmektedir. Bu da hem AİHM'nin hem de Anayasa Mahkemesinin birçok içtihadında Hukuk Devleti İlkesinin önemli bir unsuru kabul edilen “hukuki belirlilik” ilkesidir. Anayasa Mahkemesine göre belirlilik ilkesinin unsurları

<sup>2</sup> D.5. D.E. 2002/3255, K. 2005/5075, K.T. 10.11.2005; www.kazanci.com.tr. Düzenleyici işlemin ihmaline ilişkin diğer karar örnekleri: D.8. D.E. 1995/4503, K. 1997/3471, K.T. 20.11.1997; D.8. D.E. 1994/2354, K. 1995/1495, K.T. 3.5.1995; www.kazanci.com.tr.

<sup>3</sup> Karahanoğulları, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan, Ankara 2015, s.109.

“erişilebilirlik, bilinebilirlik ve öngörülebilirlik”tir. Anayasa değişikliği yöntemiyle yürürlüğe giren yeni sistem değerlendirildiğinde; “erişilebilirlikten” bahsedilebilmekle birlikte “bilinebilirlik” ve “öngörülebilirlik” alt unsurlarının aksadığı görülmektedir. Söz konusu aksaklığın, ancak yeni bir Anayasa değişikliği ile giderilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Diğer yandan, Anayasa değişikliğine kadar, belirlilik ilkesi yargıyı da bağladığına göre, özellikle yüksek yargının içtihad üretmek yoluyla bahsedilen aksaklıkları giderici bir tür “yargısal refleks” geliştirmesi gereklidir.