CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN PERDE-YASA KURAMI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç.Dr. Ahmet YAYLA*

GİRİŞ

Yeni Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte yürütmeyi oluşturan Cumhurbaşkanlığı makamının düzenleme alanı ile ilgili önemli gelişmeler olmuştur. Cumhurbaşkanlığı, Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasına göre, "yürütme yetkisi"ne ilişkin konularda "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" çıkarabilecektir. Diğer yandan, Anayasanın 124. Maddesinin ilk fıkrasında Cumhurbaşkanlığının "yönetmelik" çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır.

Şu halde; Cumhurbaşkanlığı, "yasama ve yargı" alanında yetki kullanamayacaktır. Ancak yürütme ve idare işlevine ilişkin işlemler yapabilecektir.

Yeni Anayasa hükümlerinin İdare Hukukunu yakından ilgilendiren yönü, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dayanılarak tesis edilecek genel ya da bireysel İdari İşlemlerin hukuki rejimidir.

Bu nedenle öncelikle Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasının Cumhurbaşkanlığına tanıdığı yetki alanının çerçevesinin belirlenmesi gereklidir. 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), içtihadlarında "hukuk devleti"nin en önemli unsurlarından biri olarak görülen "belirlilik ilkesi" bakımından oldukça önemlidir.

Çerçevenin belirlenmesini takiben, Yasamanın ya da Yürütmenin Anayasada öngörülen yetki alanlarının dışına taşan işlemler yapmaları halinde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar değerlendirilmelidir. 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

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

bireysel idari işlemler arasında çelişki ortaya çıkması mümkündür. Bu halde, bir uyuşmazlık üzerine idari işlemin hukuksal denetiminde bulunacak İdari Yerinin hangi idari işlem ya da işlemleri hukuka uygun bulması gerektiği bir sorunu ortaya çıkacaktır. Çözüm için 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 kararnamelerinin düzenleme alanının belirlenmesine yönelik bir yaklaşım, perdelemeye ilişkin hukuki sorunların tespiti için önemlidir. Çünkü perdeleme, "kavramsal belirsizlik" nedeniyle Anayasa kaynaklıdır.

I. Kavramsal Belirsizlik

Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasında "münhasıran", "düzenlenemez", "çıkarılamaz", "farklı hüküm bulunması", "açıkça düzenleme", "hükümsüz hale gelme", "uygulanma" kelime ve kavramları CBK'ların düzenleme alanının çerçevesinin çizilmesinde belirleyici olacaktır. Şu halde öncelikle bunlara değinilmelidir.

a. Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Şart Olan Konular

Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasına göre, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen 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 alacaktır. Bu durumda söz konusu ifade iki farklı şekilde yorumlanabilir: Birincisi, münhasır kanun alanının belilenmesinde 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 varılmak 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 … [1] 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 CBK ile düzenleme yapılabilecektir.

b. 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, özneldir. Öznellik ise şu soruyu akla getirmektedir: Acaba Cumhurbaşkanlığı kanunda "açıklık olmadığı" düşüncesi ile CBK çıkarabilir mi? Kanaatimizce, önümüzdeki

1 *AYM.E.2015/61K.2016/172, K.G.2.11.2016, R.G.9 Aralık 2016-29913; AYM.E.2016/139, K.2016/188, K.G.14.12.2016, R.G. 3 Ocak 2017, R.G.29937; AYM.E.2017/51, K.2017/163, K.G.29.11.2017, R.G.21 Aralık 2017-30277; AYM.E.2016/150, K.2017/179, K.G.28.12.2017, R.G.15 Şubat 2018. 30333; AYM.E.2016/180, K.2018/4, K.G.18.1.2018 R.G.7 Şubat 2018-30325; AYM.E.2016/179, K.2017/176, K.G.28.12.2017, R.G.8 Şubat 2018-30326; AYM.E.2017/143, K.2018/40, K.G.2.5.2018, R.G. 5 Haziran 2018-30442; www.kazanci.com.tr.*

süreçte Anayasa Mahkemesi "açıkça düzenleme"den ne anlaşılması gerektiğine ilişkin içtihad üretmelidir.

Anayasanın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümlerinde öngörülen temel hak ve hürriyetler ile münhasıran kanun alanına ilişkin ya da açıkça kanunda düzenlenen konuların CBK'lara yasaklanmasının hukuki sonuçları üzerinde de durulmalıdır. Acaba, "çıkarılamaz" 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…" [2]

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 "gasbı" halinde "yokluktan" bahsedilemeyebilecektir. [3]

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

---

2 *Örnek kararlar: AYM. E.2018/43, K.2018/49, K.G.31.5.2018, R.G. 29 Haziran 2018-30463; AYM. E.2018/51, K.2018/70, K.G.31.5.2018, R.G.Haziran 2018-30464 (2. Mükerrer); AYM. E.2018/55, K.2018/56, K.G.31.5.2018, R.G.30 Haziran 2018-30464 (Mükerrer); AYM. E.2018/47, K.2018/53, Karar Günü: 31.5.2018, R.G.30 Haziran 2018-30464 (Mükerrer); AYM. E.2018/53, K.2018/72, K.G. 31.5.2018, R.G. 30 Haziran 2018-30464 (2. Mükerrer); AYM. E.2018/46, K.2018/52, K.G.31.5.2018, R.G. 30 Haziran 2018-30464 (Mükerrer); AYM. E.2018/54, K.2018/73, K.G. 31.5.2018, R.G. 30 Haziran 2018-30464 (2. Mükerrer); AYM. E.2018/54, K.2018/73, K.G.31.5.2018, R.G.30 Haziran 2018-30464 (2. Mükerrer); www.kazanci.com.tr.*

3 Bir normun varlığının zorunlu koşulları nelerdir? Sadece şekle ilişkin unsurlar mıdır? Bunun CBK'lar bakımından somutlaştırılması gerekir. Belki CBK'nın varlığının zorunlu koşullarından birinin Anayasada yasaklanan alanda yetki kullanmamak olduğu yönünde bir yaklaşım ile AYM'nin "yokluğu" oldukça sınırlı bir alana hapsettiği düşünülebilecek bu içtihadının bir ölçüde genişletilmesi mümkün olabilir.

c. CBK İle 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 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 mümkün görünmektedir. Zira, münhasır kanun alanında ve sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler dışındaki hak ve özgürlüklerle ilgili konularda CBK çıkarılamayacaktır, 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'yı uygulamama yükümlülüğünün idare yanında yargıyı da bağladığı açık olduğuna göre; "farklı hüküm bulunması" kuralının Anayasada özel olarak öngörülmüş 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.

Ancak bu çerçeveye "mahfuz bir CBK" alanını da eklemek gereklidir. Çünkü Anayasa koyucu, idari teşkilat ile ilgili bazı konularda "CBK ile düzenlenir" ifadesini tercih etmiştir. Değişiklik öncesi dönemde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin CBK 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 durumunda bunun idari işlemler üzerindeki etkisi düşünülmelidir.

II. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerin İdari İşlemlere Etkisi: "Bir Tür Perdeleme"

CBK'lar ile kanunların bilikte 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 içtihada bırakılmış görünmektedir.

Tabii ki; bir bildiride, 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. [4] 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.

---

4 Örneğin, bir CBK ile toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tamamen yasaklandığını düşünelim. Böyle bir CBK hem münhasır kanun alanında hem de, Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu yürürlükte olduğu için, açıkça kanunda düzenlenmiş konudadır. Gösteri yürüyüşü yapmak isteyen bir grubun bildirimde bulunması üzerine idare ne yönde karar verecektir? Üstelik CBK'ya dayanarak Cumhurbaşkanı ya da içişleri bakanlığı bu yürüyüşün yasaklanmasını için emir de verebilir. Kanunsuz emir ile ilgili Anayasanın 137. Maddesi hükmü, konusu suç teşkil etmeyen emrin yazılı tekrarı halinde uygulanmasını hüküm altına almıştır. Şu halde İdare, CBK'yı uygulayarak yürüyüşü yasaklama kararı alabilir. Oysa böyle bir CBK Anayasaya aykırıdır. Hatta "yoklukla" malul olduğu dahi ileri sürülebilir. Görüldüğü gibi, bir CBK, kanunla idari işlem arasına girmemekle birlikte, kanunun yanında ama hiyerarşi ilkesinden güç alarak, perdeleme yapabilmektedir. Uyuşmazlık üzerine yasaklama kararının hukuki denetiminde bulunacak İdari Yargı yeri kanuna ya da CBK'ya göre uyuşmazlığı çözmek üzere bir seçimle karşı karşıya kalacaktır. Bu nitelikte bir CBK'nın "iptal edilebilir" olduğu kabul edilirse, davanın geri bırakılması ve Anayasaya aykırılığın itiraz yoluyla AYM'ye taşınması gerekir. Yüksek Mahkemenin CBK'yı iptal etmesi üzerine yasaklama kararı da iptal edilecektir. Diğer yandan "yasaklama kararı" eğer "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda" öngörülmüş sebeplerden birine dayanıyorsa, "yasal temel ikamesi" ile idari işlemin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılabilir. İdari Yargı yeri önündeki uyuşmazlığı çözerken aynı zamanda Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrası hükmündeki "kanunlarda farklı hükümler bulunması"na özgü yaptırımı esas alarak Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa göre uyuşmazlığı çözebilir. Zira, "uygulamama yaptırımının" idare yanında yargıyı da muhatap aldığı konusunda bir tereddüt olmamak gerekir.

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 işlemden 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 alarak 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 yaklaşımından 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.

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 taşıması 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 yönteme 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 tesbiti herhangi bir yargı yeri tarafından ve süreye bağlı olmadan mümnün 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 gasbı" 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.

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili açıklamalarımız 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 "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 bahsettiğimiz aksaklıkları giderici bir tür "yargısal refleks" geliştirmesi gereklidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ