

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

DOKTORA TEZİ

HAMİT YELKEN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Ankara, 2022

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

DOKTORA TEZİ

Hamit YELKEN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ
Tez Danışmanı

Ankara, 2022

Kabul ve Onay

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim. 14/01/2022

Hamit YELKEN

TEŞEKKÜR

Bu teze başlarken beni her anlamda destekleyen ve çalışmaya önemli katkılar sunan değerli danışman hocam Sayın Doç. Dr. Fatma Ebru Gündüz'e teşekkür gönül borcumdur.

Ayrıca Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrencisi olduğum yıllarda beni anayasa hukukuyla ilk kez tanıştıran, bu alana tutkulu bir ilgi duymamın ilk tohumlarını atan ve şimdi de anayasa hukukunda yaptığım doktora tezinin savunma heyetinde Jüri Başkanı olarak yer almakla beni onurlandıran çok kıymetli duayen hocam Sayın Prof. Dr. Erdal Onar ile çalışmaya değerli katkılar sunan muhterem hocalarım Sayın Doç. Dr. Ergin Ergül, Doç. Dr. Yeliz Şanlı Atay ve Dr. Hasan Sayim Vural'a yürekten şükranlarımı sunuyorum.

Öte yandan zaten çok yoğun olan iş tempomun yanında bir de bu tezi yazarken kendilerine ait olan zamanı büyük bir sabır ve anlayışla bana bağışlayan sevgili yol arkadaşım/eşim Nurcan başta olmak üzere canım kızlarım Zeynep Ezgi, Elif Zeren ve Ayşe Bilge'ye minnettar olduğumu ifade etmek isterim.

Diğer yandan ve özellikle tezin önemli bir bölümünü bizzat yanında yazdığım, öz güvenimin ana mimarı, biricik fedakâr Annem Zeynep Yelken'e ve desteği olan diğer herkese derin şükranlarımı arz ediyorum.

ÖZET

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği neticesinde anayasa koyucu, yeni hükümet sisteminde devletin temel organları olan yasama ile yürütme arasında düzenleyici işlem yapma konusunda yürütme lehine yeni bir kurum olan CBK'a yer vererek iki erk arasındaki iş bölümü ve yetki haritasını yeniden düzenlemiştir. Bununla birlikte Anayasa koyucu bu düzenlemeyi yaparken söz konusu değişikliğin devletin demokratik niteliği ve diğer evrensel hukuk devleti değerlerini ihlal etmesini engelleyecek kurallara da yer vermiş ve bu kuralların doğru ve objektif uygulanmasını teminat altına almak üzere hukuk devletindeki üçüncü güç olan yargı organını yetkilendirmiştir.

Ancak yeni sisteme geçiş yapılırken Anayasa, bir bütün olarak başkanlık sistemine göre yeniden yazılmamış, parlamenter sisteme göre dizayn edilmiş bir sisteme bazı hükümler eklenmek suretiyle yeni sisteme geçilmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan Anayasa'da CBK'nın düzenleme yetkisi alanı ile ilgili olarak sadece 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki genel hükme değil, bununla birlikte anılan hükümle ilk bakışta çeliştiği izlenimi veren ve CBK'yla düzenleme yapılabilecek konuları özel olarak belirten başka hükümlere de yer verilmiştir. Anılan hususlar Anayasa'dan kendi bütünlüğüne uyum arz eden, tutarlı, anlamlı ve işleyen bir CBK sisteminin okunmasını epeyce zorlaştırmıştır. Hatta CBK düzenlemeleri ile birlikte Anayasa'da adeta içinden çıkılması mümkün olmayan kaotik bir durumun oluştuğu yorumları yapılmıştır.

Bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin anılan sorunların *nihai* olarak çözümlenmesi hususunda belirleyici bir işlev göreceği kuşkusuzdur. Bu çalışmada Anayasa hükümlerinin sistematik bir şekilde ele alınarak anayasa koyucunun bu kurumu öngörme amacına uygun ve Anayasa'nın dayandığı temel ilke ve değerleri zedelemeyen bir yorumun yapılarak CBK'ya ilişkin tutarlı, anlamlı ve işleyen bir *yargısal denetim sisteminin* inşa edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

Bu bağlamda öncelikle CBK'nın kuramsal dayanağı üzerinde durulmuştur. Akabinde CBK'nın yargısal denetim sürecinin tüm aşamaları (ilk incelemeden nihai karar aşamasına kadar) incelenerek bu aşamalarda uygulanacak anayasal ilke ve kurallar ele alınmıştır.

Nihayetinde *yorum ilkeleri* kullanılarak Anayasa'nın CBK'ya ilişkin hükümleri ile diğer hükümleri arasında hem CBK'nın öngörülme amacına uygun hem de Anayasa'nın üzerine inşa edildiği değerlerle çelişmeyen, dolayısıyla Anayasa'nın temel felsefesi ve tasarımıyla uyum arz eden bir CBK yargısal denetim sisteminin ortaya konulabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

Through the constitutional amendment of 2017, the constitution-maker has empowered the executive, which is one of the basic organs of the State along with the legislature, to issue regulatory acts, namely the presidential decrees, in the recently-established government system, thereby re-organising the division of function and the scope of authority of these two organs. In introducing this arrangement, the constitution-maker has also set certain rules which would preclude the amendment in question from infringing the democratic nature of the State and other universal values inherent in a state of law. It has also empowered the judiciary, as the third power in a state governed by rule of law, so as to secure the application of these rules in a proper and objective manner.

However, during this transition from parliamentary system to presidential system, the Constitution has not been re-written, as a whole, in line with the presidential system; but instead, the new system has been tried to be put into effect by means of incorporating certain provisions into a system already designed according to the parliamentary system. On the other hand, the Constitution does not only embody a general provision, in Article 104 § 17 therein, but also involves certain other provisions as to the scope of the issues to be regulated through presidential decrees which may prima facie be considered to be in breach of Article 104 § 17. These considerations have made it quite difficult to have an insight, through the Constitution, into the institution of presidential decrees in a way which is coherent, consistent, sound and well-functioning. It has been even asserted that the constitutional amendments concerning the presidential decrees have led to a chaotic situation, which is not easy to solve, in the Constitution.

Undoubtedly, an independent and impartial judicial review would have a decisive function in the final resolution of these issues. This paper intends to address, by dwelling on the constitutional provisions in a systematic manner, the question whether it is possible to set up a consistent, sound and functioning judicial review system as regards presidential decrees by means of making an interpretation that serves the constitution-maker's purpose of introducing the institution of presidential decrees and is in keeping with the basic principles and values underlying the Constitution.

In this context, the theoretical basis of presidential decrees is primarily discussed. Then, all stages of the process whereby presidential decrees are subject to judicial review (from the stage of preliminary examination to the stage of final decision) are examined, and the constitutional principles and rules to be applied at these stages are discussed.

It is ultimately concluded that a review system pertaining to presidential decrees which serves the purpose of its establishment and is not in contradiction with the values underlying the Constitution and which is thus in compliance with the fundamental philosophy and formulation of the Constitution, may be set up by applying the principles of interpretation between the constitutional provisions concerning presidential decrees and other provisions.

Keywords: Presidential Decree, Constitutional Jurisdiction, Constitutional Court

İÇİNDEKİLER

ÖZET i

ABSTRACT ii

KISALTMALAR vi

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN KURAMSAL DAYANAĞI ile ŞEKİL VE ESAS BAKIMINDAN DENETİMİ 10

1. CBK'NIN KURAMSAL DAYANAĞI 10

1.1. Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yetkisinin Kaynağı 10

1.2. Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yetkisinin Mahiyeti (Niteliği) 13

1.3. Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yetkisinin Türleri 15

1.4. Başkanlık Hükümet Sistemi ve CBK 17

1.5. CBK'nın Düzenleme Sınırlarının Kuramsal Dayanağı 18

2. CBK'NIN ŞEKİL VE ESAS BAKIMINDAN DENETİMİ 20

2.1. Olağan Dönem CBK'ları 20

2.1.1. Yargısal Denetim Mercii ve Denetimin Niteliği 21

2.1.2. Denetimin Kapsamı 27

2.1.2.1. CBK'nın Şekil Bakımından Denetimi 27

2.1.2.2. CBK'nın Esas Bakımından Denetimi 31

2.1.2.2.1. Esas Bakımından Denetimin Yöntemi 32

2.1.2.2.2. Esas Bakımından Denetiminin Unsurları 33

(a) Sebep Unsuru 33

(b) Amaç Unsuru 34

(c) Konu Unsuru 38

(ca) Kuralın Düzenlediği Konunun Anayasa'da Düzenlenmiş Olma Hali 40

(cb) Kuralın Düzenlediği Konunun Anayasa'da Düzenlenmemiş Olması 47

2.1.2.2.3. Esas Bakımından Denetim Unsurlarının Değerlendirilmesi 48

2.1.2.2.4. İçerik Denetimi ve Anayasa Mahkemesinin İçerik Denetiminde Ölçü Norm Olarak Kullandığı Anayasa Hükümleri 50

2.1.2.2.5. CBK Kurallarının Konu Bakımından Yetki Yönünden Denetimi 52

(a) Konu Bakımından Yetki Unsuru Denetiminin Niteliği 54

(b) Konu Yönünden Denetimin Ölçütleri 60

(ba) On Yedinci Fıkranın Birinci Cümlesi: Yürütme Yetkisine İlişkin Konu Ölçütü 60

(bb) On Yedinci Fıkranın İkinci Cümlesi: Kişi Hakları ve Ödevleriyle Siyasi Haklar ve Ödevlerin CBK ile Düzenlenmesi Yasağı / Yasak Alan Ölçütü 68

(bc) On Yedinci Fıkranın Üçüncü Cümlesi: Anayasa'da Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konular Ölçütü 83

(bd) On Yedinci Fıkranın Dördüncü Cümlesi: Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular Ölçütü 109

(c) Anayasa'nın Özel Olarak CBK'yla Düzenleneceği Öngördüğü Konularda TBMM'nin Kanun Çıkarma Yetkisine Sahip Olup Olmadığı Sorunu (CBK'nın Mahfuz veya Saklı Alanı Sorunu). 132

(ca) Mahfuz Alan Görüşüne Neden İhtiyaç Duyulduğu ve Sorunun Çözümüne İlişkin Öneri 132

(cb) Mahfuz Alan Görüşünün Dayanaklarının Değerlendirilmesi 144

2.2. OLAĞANÜSTÜ HAL (OHAL) CBK'LARI 159

2.2.1. OHAL CBK'larının TBMM Onayı Öncesi Yargısal Denetimi 160

2.2.2. Kanunlaşan OHAL CBK'larının Yargısal Denetimi 162

2.2.3. OHAL CBK'sının Yargısal Denetiminin Bir Örnek Üzerinden İncelenmesi 165

2.2.4. Kanunlaşan OHAL CBK'larının Anayasa'nın 15. Maddesine Göre Denetlenmesi 166

2.2.4.1. Birinci Aşama: Kuralın Olağan Dönemin İzin Verdiği Sınırların Ötesine Geçip Geçmediği ..

..... 166
2.2.4.2. İkinci Aşama: Anayasa'nın 15. Maddesindeki Ölçütlerin Uygulanması 168

İKİNCİ BÖLÜM Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin YARGISAL DENETİM SÜRECİ....172

1. CBK DENETİMİNİN YOLLARI (BAŞVURUNUN TÜRÜNE GÖRE CBK'NIN YARGISAL DENETİMİ) 172

1.1. Soyut Norm Denetimi (İptal Davası) 172
1.1.1. İptal Davası Açma Yetkisi 172
1.1.1.1. Cumhurbaşkanı 173
1.1.1.2. Türkiye Büyük Millet Meclisinin En Fazla Üyeye Sahip İki Siyasi Parti Grubu 175
1.1.1.3. TBMM'nin Üye Tamsayısının En Az Beşte Biri Tutarındaki Üyeler 179
1.1.2. Dava Açma Süresi 179
1.1.3. Dava Açma Usulü (Yöntem Sorunu) ve Usule Aykırılığın Sonuçları 181
1.2. Somut Norm Denetimi (İtiraz veya Def'i Yolu) 183
1.2.1. Genel Olarak Niteliği ve Soyut Norm Denetiminden Farkı 183
1.2.2. Şartları 186
1.2.2.1. Bakılmakta Olan Dava Şartı 187
1.2.2.2. Mahkeme Şartı 189
1.2.2.3. Mahkemenin Görevli ve Yetkili Olması Şartı 191
1.2.2.4. Kuralın Davada Uygulanacak Nitelikte Olması 193
1.2.2.5. Mahkemenin CBK Kuralının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Kanısına Ulaşması veya Taraflarca İleri Sürülen İddianın Ciddi Bulunması 199
1.2.2.6. On Yıllık Süre Şartı 201
1.2.3. Başvuru Yöntemi ve Yönteme Aykırılığın Sonuçları 208
1.2.4. İtiraz Usulünün İşleyişi 211

2. CBK BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN ÇALIŞMA ve YARGILAMA USULÜ 212

2.1. İlk İnceleme Aşaması 212
2.1.1. İptal Davası 213
2.1.2. İtiraz Başvurusu 214
2.2. Esas İnceleme Aşaması 216
2.2.1. Dava Dilekçesi ve Eklerinin İlgili Makamlara Gönderilmesi 216
2.2.2. Sözlü Açıklama 218
2.2.3. Taleple Bağlılık ve Gerekçeyle Bağlı Olmama 219
2.2.4. Uygulanma Kabiliyeti Kalmayan Dava ve İtiraz Konusu Olmayan Kuralların İptal Edilebilmesi 219
2.2.5. Müzakere 220
2.2.6. Oylama ve Karar Nisabı 221

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 222

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI 222

1. Kararların Türleri 223

1.1. Ret Kararı 223
1.1.1. Usulden Ret Kararları 223
1.1.1.1. Başvuranın Yetkisizliği Nedeniyle Ret Kararı 224
1.1.1.2. Süre Aşımı Nedeniyle Ret Kararı 224
1.1.1.3. Yetkisizlik Nedeniyle Ret Kararı 225
1.1.1.4. Yöntemine Uygunsuzluk Nedeniyle Ret Kararı 225
1.1.1.5. On Yıllık Süreye Uyulmaması Nedeniyle Ret Kararı 225
1.1.1.6. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararı 226
1.1.1.6.1. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararı Verilmesinin Şartları 226
1.1.1.6.2. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararının Niteliği ve Sonuçları 233
1.1.1.6.3. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararının Anayasa Yargısı Bakımından Önemi 234
1.1.2. Esastan Ret Kararları 235

1.1.2.1. Konu Bakımından Yetki Yönünden Ret Kararı ... 236
1.1.2.2. İçerik Yönünden Ret Kararı ... 237
1.1.3. Şekil Bakımından İptal Talebinin Reddi Kararı ... 238
1.1.4. Yorumlu Ret Kararı ... 238
1.1.4.1. Mahiyeti ve Tipik Bir Örneği ... 239
1.1.4.2. Yorumlu Ret Kararındaki Gerekçenin Bağlayıcılığı Sorunu ... 243
1.1.4.3. CBK Bağlamında Yorumlu Ret Kararı Örneklerinin İncelenmesi ... 249
1.2. İptal Kararı ... 260
1.2.1. Şekil Bakımından İptal Kararı ... 260
1.2.2. Esastan İptal Kararı ... 260
1.2.2.1. Konu Bakımından Yetki Yönünden İptal Kararı ... 260
1.2.2.2. İçerik Yönünden İptal Kararı ... 261
1.3. Kısmen Ret Kısmen İptal Kararı ... 263
1.4. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı (KVYO) ... 267
1.4.1. CBK Kuralının Yürürlükten Kaldırılması veya Değiştirilmesi ... 267
1.4.1.1. CBK Kuralının Yürürlükten Kaldırılması ... 267
1.4.1.2. CBK Kuralının Değiştirilmesi ... 269
1.4.2. CBK Kuralı Hakkında Daha Önce İptal Kararı Verilmiş Olması ... 275
1.4.3. CBK Kuralı Hakkında Esastan Ret Kararı Verilmesinden Sonra Yeniden Yapılan Başvuruda KVYO Kararı Verilebilir mi? ... 275
1.5. Davanın açılmamış sayılması kararı ... 278

2. CBK Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Niteliği: Kesinlik ve Bağlayıcılık ile Geriye Yürümezlik ... 279
2.1. Kararların Kesinliği ... 279
2.1.1. Şekli Anlamda Kesin Hüküm ... 279
2.1.2. Maddi Anlamda Kesin Hüküm ... 280
2.2. Kararların Bağlayıcılığı ... 286
2.3. Kararların Geriye Yürümezliği ... 293
2.3.1. Mahiyeti ve Önemi ... 293
2.3.2. Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerinden Bazı Örnekler ... 294
2.3.3. Kuralın Uygulanması ile İlgili Karşılaşılan Sorunlar ... 295
2.3.4. Kuralın Anayasal İstisnaları ... 296
2.3.5. CBK Bağlamında İptal Kararının Geriye Yürütülemeyeceğine İlişkin Bir Örnek İle İstisnaların Uygulanması ... 300
2.3.6. CBK Kuralını Yürürlükten Kaldıran Kuralın İptalinin Sonuçları ... 302

3. CBK Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkisi ... 303

4. CBK Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlüğe Girmesi ... 304
4.1. Kural Olarak Kararın Yürürlüğe Girişi: Resmi Gazete'de Yayım ... 304
4.2. İptal Kararının Yürürlüğe Girmesinin Ertelenmesi ... 305
4.3. Yürürlüğün Ertelenmesine İlişkin CBK Bağlamında Ortaya Çıkabilecek Bir Mesele ... 308

5. Anayasa Mahkemesinin Karar Verme Sınırı: Pozitif Norm Koyucu Olma Yasağı ... 311

6. Yargılamanın Yenilenmesi ... 316

SONUÇ ... 318

KAYNAKÇA ... 323

ANAYASA MAHKEMESİ NORM DENETİMİ KARARLARI ... 347

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI ... 351

DANIŞTAY KARARLARI ... 352

İNTERNET KAYNAKLARI ... 353

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CBK	: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi
Çev.	: Çeviren
Ed.	: Editör
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KTK	: Kamu tüzel kişiliği
KVYO	: Karar verilmesine yer olmadığı
s	: sayfa, sayfalar
S	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
OHAL	: olağanüstü hâl
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y	: Yıl

GİRİŞ

2017 yılında 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın bazı hükümlerinde değişikliğe gidilmiş ve yeni bir hükümet sistemine geçilmiştir. Önceki hükümet sisteminde yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı ile birlikte Bakanlar Kuruluna ait iken Anayasa'nın ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak bu yetki tek başına Cumhurbaşkanına verilmiş böylece iki kanatlı hükümet sisteminden yürütme görev ve yetkisinin tek başına Cumhurbaşkanına tevdi edildiği başkanlık hükümet sistemine geçilmiştir.

Bu yeni hükümet sistemine bağlı olarak yapılan değişikliklerden en önemlisinin Cumhurbaşkanına "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" (CBK) adı altında düzenleme yapma yetkisinin verilmesi olduğu söylenebilir. Hatta Anayasa Mahkemesi Başkanına göre 2017 anayasa değişikliği ile benimsenen yeni sistemin en önemli kurumu bir başka tabirle *alamet-i farikası* CBK'dır.[1]

Hiç kuşkusuz CBK'nın yeni hükümet sisteminin en önemli kurumu olmasının nedeni bu düzenleme aracının Anayasa'da yeniden tanımlanan *hukuki niteliğinden* kaynaklanmaktadır. Türk hukuk düzenine ilk olarak 1982 Anayasasıyla giren bir düzenleyici işlem türü olan CBK, Anayasanın ilk halinde yalnızca tek bir konuya –Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşuna– ilişkin olarak Cumhurbaşkanı tarafından tek imzayla kullanılabilecek bir düzenleme yetkisi olarak yer almışken, 2017 yılında 6771 sayılı Kanun'la yapılan anayasa değişikliği neticesinde, tek başlı yürütme organının elinde bulunan çok önemli bir düzenleyici işlem türüne dönüşmüştür: Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda asli (ilk elden) düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. 2017 değişikliğinden önce yürütme organının bir konuda daha önce yasama organı tarafından çıkarılmış bir kanun olmaksızın ilk elden düzenleme yapma yetkisi (bazı istisnalar haricinde) bulunmamakta idi. Zira klasik devlet teorisinde yasama kuvveti, kural koyan as*li yetkili* organ olarak tanımlanmıştır. Yürütme kuvveti ise yasama kuvvetinin yaptığı kuralı uygulamakla *görevli* organdır. Bu bağlamda 2017 değişikliğiyle *yürütme yetkisine ilişkin konularda* genel olarak

[1] Bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-57-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/, (erişim tarihi: 28/6/2021). Doktrinde Atar da CBK'nın yeni hükümet sisteminin işleyişini hızlandıran önemli bir araç olduğuna dikkat çekmiştir (**Atar, Yavuz** "Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İki Yılı": Ömer Temel (Editör) (2020) İçinde Demokratik Hukuk Devletini Yeniden Düşünmek Sempozyumu 4, İstanbul, Lale Yayıncılık, s.250-256.).

ilk elden düzenleme yapma yetkisinin yürütme organına verilmesi anayasal sistem açısından ciddi bir değişikliğe tekabül etmektedir.

Özbudun'a göre "*bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de (...) kanun niteliğinde sayılması gerekir*".[2] Bu çerçevede 2017 Anayasa değişikliği ile CBK'ya adeta kanun gücünde düzenleme yapma yetkisinin verildiği söylenebilir.[3] Zaten kural olarak yürütmenin düzenleyici işlemlerinin yargısal denetimini yapma görevi idari yargı yerlerine tanınmış iken yürütme organının bir işlemi olan CBK'nın yargısal denetiminin bu nedenle Anayasa Mahkemesine verildiği anlaşılmaktadır. Zira ilk elden düzenleme yapan bir normun *kanunilik* denetiminden söz edilmesi mümkün olmayıp bu ancak bir *anayasallık denetimi* olabilir.

CBK'nın asli düzenleme yetkisine sahip olması, bu norm türü yönünden yapılacak *yargısal denetimi* son derece önemli hale getirmektedir. Zira ilk elden yapılan düzenleme ile tıpkı kanunlar gibi bireyin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale edilmesi mümkün hâle gelmektedir. Esasen yasama faaliyeti kapsamında kalan yasama, yürütme ve yargı yetkisine ilişkin konulardan CBK'yla asli düzenleme yapılması öngörülen *yürütme yetkisine ilişkin konunun* en geniş düzenleme alanını oluşturduğu dikkate alındığında bu konuda yapılacak anayasallık denetiminin ne kadar önemli olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Nitekim anayasa koyucunun da bunu dikkate alarak Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez."* demek suretiyle genel olarak temel hakların düzenlenmesini CBK'ya *yasak alan* olarak öngördüğü anlaşılmaktadır.

Öte yandan CBK'nın adeta kanun gibi ilk elden düzenleme yapma yetkisine sahip kılınması, bu norm türüyle yasama organının yaptığı kanunların çakışması, dolayısıyla iki erkin düzenleme alanlarıyla ilgili çeşitli sorunların ortaya çıkmasına da neden olabilecek bir nitelik arz etmektedir. Bu hususun da anayasa koyucu tarafından öngörüldüğü ve anılan

[2] **Özbudun, Ergun** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı. Ankara, Yetkin, s.213.

[3] Doktrinde Şanlı Atay, CBK'ların normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşdeğer nitelikte bir işlem olduğuna vurgu yapmıştır (Bkz. **Şanlı Atay, Yeliz** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), s. 589).

sorunların ortaya çıkışını engellemek üzere Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasıyla CBK için konu bakımından çeşitli sınırlamalar getirildiği anlaşılmaktadır. Buna göre Cumhurbaşkanı, sadece *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabilecek, Anayasa'nın *ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler* CBK'yla düzenlenemeyecektir. Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacak ve *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK ile düzenleme yapılamayacaktır.

Ne var ki bir hukuk devletinde *temel hak ve özgürlükler ile yasama ve yürütmenin Anayasa'da tanımlanan yetki ve görev alanlarının korunmasının sağlanması için* söz konusu kuralların getirilmesi yeterli olmayıp bu kurallara uyulmasının etkili bir yargısal denetimle güvence altına alınması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 148. maddesiyle bu görev ve yetki Anayasa Mahkemesine tanınarak hukuk devletinin gereği yerine getirilmiştir.

Bu çerçevede bir taraftan anayasa koyucunun yürütmenin güçlendirilmesi amacıyla yürütme organına verdiği asli düzenleme yetkisinin kullanılmasının sağlanması, öte yandan bu yetkinin Anayasa'nın adeta varlık amacı olan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile güçler ayrılığı ve devletin demokratik niteliğinin korunması gereklerini ihlal etmesinin önlenmesi ihtiyacı birlikte gözetildiğinde bu hususta yapılacak yargısal denetimin hukuk devletinin gerçekleştirilmesi açısından son derece kritik ve hassas bir denetime tekabül edeceği açıktır.

Öte yandan Anayasa'da CBK ile ilgili sadece Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki genel hükümlere yer verilmemiş, bunun dışında CBK ile düzenleme yapılacağı belirtilen özel hükümler de vazedilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'yla düzenleneceği özel olarak hüküm altına alınmıştır.

Anılan hükümler ikisi de aynı konuda asli düzenleme yapabildiği için zaten zor olan *CBK* ile *kanunun* hükümranlık alanlarının ayrılmasını daha da zorlaştırmış, bu husus

doktrinde anılan konularda *kanun koyucunun* düzenleme yapma yetkisine sahip olup olmadığı (CBK'nın mahfuz düzenleme yetkisi) tartışmalarının dahi ortaya çıkmasına neden olmuştur. Anılan tartışmada CBK'nın mahfuz bir düzenleme yetkisine sahip olduğu yönündeki görüşün CBK'ya ilişkin getirilen yeni hükümlerin hem kendi hem de mevcut Anayasa hükümleri arasındaki görünüşteki çelişkiyi gidermek, bir anlamda anayasa içi kaosu ortadan kaldırmak amacıyla ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla anılan hükümlerin neyi kastettiği ve yasama ve yürütmenin düzenleme yetki alanlarının birbirinden ayırt edilmesi sorununun zorluğu bu konuda son sözü söyleyecek yargısal merci olan Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetimi ve bu denetim sırasında benimseyeceği anlayışı daha da kritik bir düzeye çıkarmıştır.

Bu konseptiyle yepyeni bir anayasal kurum olan CBK'nın getiriliş biçimi, bu denetimin zorluğunu apayrı bir boyuta çıkarmıştır. Zira CBK yeni hükümet sistemi dikkate alınarak tümüyle yeniden yazılmış bir anayasa ile değil parlamenter sisteme göre dizayn edilmiş bir Anayasa'ya başkanlık sistemine uygun bazı hükümler eklenmek suretiyle hukuk sistemimize girmiştir.[4]

Bütün bunlara rağmen Anayasa hükümlerinin sistematik bir şekilde yorumlanarak anayasa koyucunun bu kurumu öngörme amacına uygun ve Anayasa'da öngörülen temel anayasal ilke ve kuralları zedelemeyen bir yorum yapılarak anlamlı ve işleyen bir CBK sisteminin ortaya konulabileceği değerlendirilmektedir. Yukarıda değinildiği üzere bu hususta Anayasa Mahkemesince yapılacak yargısal denetimde benimsenecek ilkelerin belirleyici olacağı tartışmasızdır. Zira anılan kuralların ne anlama geldiği ve nasıl uygulanacağı ile ilgili olarak -anayasa koyucu bir değişiklik yapmadığı sürece- son sözü söyleme yetkisi Anayasa Mahkemesine ait bulunmaktadır.

Bu bağlamda CBK'ya ilişkin anayasal kuralların incelenerek CBK'nın yargısal denetimine ilişkin benimsenebilecek usul ve esasların ortaya konulması, bu çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle bu çalışmanın amacı, ilk bakışta çelişkili gibi gözüken CBK'ya ilişkin anayasal hükümlerle diğer anayasal kurallar arasında, sistematik yorum başta olmak üzere anayasal hermenötiğin sunduğu imkânlardan da yararlanmak suretiyle, Anayasa'nın bütünüyle uyumlu, tutarlı ve anlamlı bir ilişki inşa edilebileceği tezini

[4] **Anayasa Mahkemesi Araştırma ve İçtihat Birimi (Ar-İç)** 27/9/2019 Tarihli ve 2019/26 numaralı Raporu (2019), Ankara, Anayasa Mahkemesi Arşivi, s. 5. Aynı yönde: **Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut** (2019) İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.98.

ortaya koymaktır.[5]

Buna göre çalışmada bir taraftan CBK kurumunun, öngörülme amacına uygun olarak başkanlık sisteminin işleyişinde etkin bir araç olarak kullanılabilmesi korunurken diğer taraftan bunun Anayasa'ya karakterini veren temel anayasal ilkeleri zedelemeden işletilebileceği savunulmaktadır. Özetle bu çalışmada yukarıda belirtilen tüm olumsuz şartlara rağmen mevcut Anayasa hükümlerinden anlamlı, tutarlı ve işleyen bir CBK sistemine imkân tanıyan yargısal denetim ilkelerinin çıkarılabileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu tez ortaya konulurken anayasa hukuku çalışmalarında genel olarak benimsenen hukuki yöntem olan yürürlükteki hukuk kurallarının incelenerek açıklanması usulü[6] esas alınacaktır.

Aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere CBK'nın yargısal denetimi kanun denetiminden oldukça farklı bir özellik göstermektedir. Bu çerçevede CBK'nın denetimi, kendine özgü ve farklı boyutları bulunan karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Bu itibarla sadece CBK'nın denetimi açısından en zorlu alana tekabül eden *CBK'nın konu bakımından yetkili olduğu alan* sorunu üzerinde durulmasının, bu çalışmanın amacı olan *anlamlı ve işleyen bir CBK sistemine ilişkin yargısal denetim esaslarının ortaya konulması* için yeterli olmayacağı düşünülmüştür. Bu nedenle çalışmada anılan hususu da kapsayacak şekilde yeni bir norm türü olarak CBK'nın yargısal denetimine ilişkin muhtemel sorunların bu bağlamda CBK'nın esas ve şekil denetimi, denetim süreci/aşamaları ve CBK bağlamında anayasal denetim sonucu verilen kararların konuya ilişkin anayasa hükümleri ve ilgili mevzuat esas alınarak incelenmesi öngörülmüştür.

Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde genel olarak CBK'nın kuramsal dayanakları ve dolayısıyla yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin kaynağı üzerinde

---

[5] Doktrinde Onar'ın vurguladığı üzere: Bir kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığından söz edilebilmesi için onun Anayasa'daki bir hükme aykırı düşmemesi yeterli olmayıp Anayasa'nın bütünü dikkate alındığında kuralın Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna ulaşılabilmesi gerekir (**Onar, Erdal** (2003) Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara, s. 92, 93). Bu bağlamda CBK'nın yargısal denetimine ilişkin bir ilke konulurken bunun Anayasa'nın sadece bir hükmüne veya bazı hükümlerine değil *anayasanın bütünselliği* ilkesi uyarınca Anayasa'nın bütününe uygunluk arz etmesi gerektiği açıktır.

[6] **Teziç, Erdoğan** (2018) Anayasa Hukuku, 22. Baskı. Beta, İstanbul, s. 8-9. Anılan eserde hukuki yöntem şöyle açıklanmıştır: "*Hukuki Yöntem, yürürlükteki hukuk kurallarını inceleyip açıklamak ve bunlara olaylarla karşılaştırmaktır. Amaç, olayların yürürlükteki kurallara uygunluğunu araştırmaktır. Buna metin incelemesi ya da "exegtique" yöntem deniyor. Böylece yürürlükteki kuralların yorumlanması ve mahkeme kararlarının incelenmesi yapılmaktadır.*"

durulacaktır. Bu bağlamda yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin türleri, başkanlık hükümet sistemi ile CBK arasındaki ilişki ile yürütme organının CBK'yla düzenleme yapma yetkisine sınırlar öngörülmesinin kurumsal dayanakları incelenecektir.

Akabinde CBK'nın şekil ve esas bakımından denetimi ile bu denetimin anılan farklı boyutları tartışılacaktır. Buna göre öncelikle olağan dönem CBK'ları yönünden anılan inceleme yapılacak ve olağan dönem CBK'larına ilişkin yapılacak denetimin niteliği ve denetim mercii, kapsamı, şekil bakımından denetim, esas bakımından denetim ve bunun unsurları, bu kapsamda içerik ve konu bakımından yetki yönünden yapılan denetim, konu bakımından yetki unsuru yönünden yapılacak denetimin Anayasa'nın 104. maddesinde belirtilen ölçütleri, bu çerçevede CBK'nın ancak *yürütme yetkisine ilişkin konularda* çıkarılabilmesi, *yasak alanda* düzenleme öngörmemesi, Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda* olmaması ve *kanunda açıkça düzenlenmiş konuda* çıkarılmaması ölçütleri, her bir ölçütün anlam ve kapsamı ile bu konuda benimsenmesi gereken yaklaşım ve son olarak Anayasa'nın CBK'yla öngörülmesini özel olarak öngördüğü konularda kanunla düzenleme yapılıp yapılamayacağı (CBK'nın mahfuz düzenleme yetkisi) sorunu incelenecektir.

Öte yandan aynı bölümde olağanüstü hâl (OHAL) CBK'larının denetimi ile bu denetimin çeşitli boyutları değerlendirilecek, bu bağlamda kanunlaşabilecek OHAL CBK'larının yargısal denetimi ve bunlara ilişkin denetimin özellik arz eden inceleme yöntemi ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

Diğer taraftan CBK anayasal denetime tabi diğer norm türleri olan kanun, kanun hükmünde kararname (KHK) ve Meclis İçtüzüğü yanında dördüncü bir norm türünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla genel olarak norm denetimi ile ilgili anayasa yargısı literatüründe yapılan tartışmalar bir yönüyle CBK'yı da ilgilendirmekte ve söz konusu tartışmaların CBK bağlamında da yapılması/incelenmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede CBK'nın her bir yargısal denetim aşamasının incelenmesinin, CBK'nın yargısal denetimiyle ilgili ortaya çıkabilecek CBK'ya has tüm anayasal sorunların görülebilmesine ve akademik olarak bu sorunların tartışılarak anayasa hukuku literatürünün CBK bağlamında genişlemesine imkân tanıyacağı değerlendirilmiştir. Bu amaçla çalışmanın *ikinci bölümü* CBK'nın yargısal denetimine ilişkin tüm aşamaların incelendiği, *CBK'nın yargısal denetim sürecine* tahsis edilecektir.

Bu bölümde öncelikle CBK'nın iki temel denetim yolu/türü olan soyut ve somut norm

denetimi üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede soyut norm denetiminde bu davayı açma yetkisinin kimlere verildiği, dava açma süresi ve dava açma usulü bu konudaki diğer norm türleriyle ilgili ortaya konulan zengin literatür ışığında ele alınacaktır. Akabinde somut norm denetimi incelenecek, bu denetimin soyut norm denetiminden farkı, denetimin yapılabilmesinin şartları, başvuru yöntemi, usulü ve itiraz usulünün işleyişi keza anayasa yargısı literatürü gözetilerek *CBK bağlamında* ayrıntılarıyla tartışılacaktır.

Anılan bölümde ikinci olarak CBK denetimine ilişkin iptal davası ve itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulü ele alınacaktır. Bu bağlamda iki aşamaya ayrılan *ilk inceleme* ve *esas inceleme* aşaması ayrı ayrı değerlendirilecek, bu aşamalarda itiraz ve iptal davasına göre yapılan inceleme farklılıkları ve bunların hukuki mahiyeti üzerinde durulacaktır. Bu bölümde *esas inceleme aşaması* kapsamında dava dilekçesi ve eklerinin ilgili makamlara gönderilerek *çelişme ilkesinin* sağlanması, sözlü açıklama usulü, taleple bağlılık ve gerekçeyle bağlı olmama, dava ve itiraz konusu olmayan ancak verilen iptal kararı nedeniyle uygulanma kabiliyeti kalmayan kuralların iptal edilebilmesi yetkisi, müzakerelerin niteliği ve usulü ile oylama ve karar nisabı yeni bir norm türü olan CBK bağlamında değerlendirilecektir.

Üçüncü ve son bölümde ise CBK bağlamında Anayasa Mahkemesi kararları incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle kararların türleri olan ret (yorumlu ret dahil), iptal, kısmen ret kısmen iptal kararı, karar verilmesine yer olmadığı kararı ve davanın açılmamış sayılması şeklindeki *karar türleri* üzerinde durulacaktır. Bu kararlardan bazılarının alt ayrımları olarak esastan ve usulden verilen kararlar ile şekil bakımından iptal ve ret kararları değerlendirilecektir. Bu çerçevede CBK bağlamında ön plana çıkan konu bakımından yetki ve içerik yönünden verilen iptal ve ret kararları üzerinde ayrı bir önemde durulacaktır.

Bu bölümde bir başka önemli konu olarak CBK bağlamında Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliği ön plana çıkarılacaktır. Bu çerçevede kararların kesinliği, bağlayıcılığı, geriye yürümezliği, etkisi, yürürlüğe girmesi, iptal kararının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi, yürürlüğün ertelenmesine ilişkin CBK bağlamında ortaya çıkacak sorunların değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin karar verme yetkisi, bu çerçevede pozitif kanun koyucuya dönüşme yasağı ve yargılamanın yenilenmesi konuları ele alınacaktır.

Her bir bölümde yapılan değerlendirmelerde Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadı bağlamı geldiğinde ortaya konulmaya ve bu içtihat eleştirel bir gözle değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Konuya İlişkin Literatür

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Avrupa'da kurulan ilk mahkemelerden biri olup bu bağlamda Türkiye'de *anayasa yargısı* Avrupa'daki emsallerine göre en eski kurumlardan birine tekabül etmektedir. Bu çerçevede yaklaşık altmış yıllık geçmişi bulunan Türk anayasa yargısının diğer norm türleri olan kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'ne ilişkin olarak zengin bir literatürü bulunmaktadır. Ancak anayasa yargısına tabi bir norm türü olarak CBK henüz çok yeni bir kurum olduğundan bu hususstaki literatür bu kurumun Anayasa'ya girdiği 2017'den bu yana oluşmaya başlamıştır.

CBK'ya ilişkin bugüne kadarki çalışmalarda CBK'nın yeni hükümet sistemiyle ilişkisi, bu bağlamda yürütmenin güçlendirilmesi ihtiyacı ile CBK arasındaki bağlantı, CBK sisteminin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi, devlet başkanının kararname yetkisinin kuramsal dayanakları ile anayasalarda ve uygulamada gösterdiği özellikler, kararnamelerin konu bakımından sınırları, yasama yetkisinin devredilmezliği ve genelliği karşısında CBK'ların konumu, CBK'ların benzer işlemlerden farkları, CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yeri, CBK'ların mahfuz bir düzenleme alanına sahip olup olmadığı, CBK'nın hukuki rejimi ve çok genel olarak CBK'nın yargısal denetimi üzerinde durulduğu görülmektedir.[7]

Bu çalışmada diğer norm türleri bakımından var olan literatür ve yukarıda bazı örnekleri verilen CBK'ya ilişkin eserler de gözetilerek *CBK'nın yargısal denetiminin her bir yönü* derinlemesine ele alınmaya çalışılacaktır. Çalışmanın CBK'ya ilişkin Anayasa Mahkemesinin kararları verildikten ve bu hususstaki temel yaklaşımı ortaya çıktıktan sonra yapılması ise söz konusu tartışmaların Mahkemenin içtihadıyla birlikte ele alınmasına imkân sağlamıştır. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesi içtihadı dikkate alınarak konunun ele alınabilmesi imkânının, CBK'nın yargısal denetimine ilişkin ilkelerin belirlenmesi

[7] Bu konudaki bazı müstakil kitap çalışmalar için bkz. **Söyler, Yasin** (2018) Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara, Seçkin; **Aslan, Volkan** (2019) Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi, İstanbul, Onikilevha; **Barın, Taylan** (2020) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha; Bazı kitap bölümleri için bkz. **Gözler, Kemal** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı. Bursa, Ekin; **Atar, Yavuz** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin; **Eren, Abdurrahman** (2020) Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin. Bazı makaleler için bkz. **Ardıçoğlu, M. Artuk**, (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 3; **Ülgen, Özen** (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1; **Atar, Yavuz** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi" Anayasa Yargısı, C.36 (1); **Eren, Abdurrahman** (2019) "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", Anayasa Yargısı, C.36 (1).

tartışmasına çok temel bir veri sağlayacağı, hatta henüz çok yeni olan bu norm türü yönünden içtihadın incelenmesi ve değerlendirilmesinin bile tek başına literatüre kayda değer bir katkı sunacağı söylenebilir.

Anılan son husus bu çalışmanın sadece CBK'ya özgü bir çalışma değil genel olarak anayasa yargısındaki tartışmaların *CBK bağlamında* yeniden ele alındığı, bu çerçevede özellikle son yıllarda ciddi bir değişim gözlemlenen hatta bazı konularda 2012 yılından önceki Anayasa Mahkemesi içtihadından radikal bir ayrışma gösteren, ancak akademik çalışmalara henüz yansımamış ve *CBK dahil* anayasa yargısı denetimine tabi tüm norm türleri için geçerli olan Anayasa Mahkemesi içtihadının incelenmesine ve bu konudaki yeniliklerin tartışılmasına da imkân sağlayacağı umulmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM
CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN KURAMSAL DAYANAĞI İLE ŞEKİL VE ESAS BAKIMINDAN DENETİMİ

1. CBK'NIN KURAMSAL DAYANAĞI

Devletin bir konuda genel, objektif ve soyut olarak kural ihdas etmesi *düzenleyici işlem yapma yetkisi* olarak nitelendirilmektedir.[8] 1982 Anayasası'nda 2017 yılında yapılan değişikliklerle getirilen CBK, yürütme organını tarafından çıkarılan genel, objektif ve soyut bir düzenleyici işlem olarak öngörülmüştür. Bu yönüyle CBK'nın kuramsal dayanağının ortaya konulabilmesi için genel olarak yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin kaynağı ve niteliği üzerinde durmak gerekmektedir.

1.1. Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yetkisinin Kaynağı

Modern hukuk devletinde esas itibariyle kural koyma yetkisinin yasama organı olan parlamentoya ait olduğu,[9] yürütmenin ise yasama organı tarafından konulan kuralları uygulamakla sınırlı bir görev ve yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.[10] Ancak bu, yürütmenin sadece genel kuralları somut kişi ve olaylara uygulamakla sınırlı bireysel işlemler yapma yetkisine sahip olduğu anlamına gelmemektedir.[11] Yürütmenin de bireysel işlemler dışında genel, objektif, kişilik dışı, soyut işlemler yapma yetkisi bulunmakta ve bunun pozitif dayanağını Anayasa oluşturmaktadır.[12] Bu bağlamda gerek yürürlükteki Anayasa'da gerekse de 1924 ve 1961 anayasalarında yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin açıkça düzenlendiği, 1924 Anayasası'nda yürütmenin düzenleyici işlemi olarak tüzüklere yer verilirken[13], 1961 Anayasası'nda tüzük dışında yönetmelik ve kanun hükmünde kararnamelerin de düzenlendiği[14], 1982 Anayasası'nda ise 2017 yılında yapılan

---

[8] **Özay, İl Han** (2004) Günışığında Yönetim, İstanbul, Filiz Kitabevi,425-427.

[9] **Yeniay, Lokman/ Yeniay Gülden** (2019) "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" Anayasa Yargısı, C.36 (1), s. 107. Nitekim Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması hususu *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum*" olarak nitelendirilmiştir.

[10] **Eren,** (2020) s. 833; **Aslan,** (2019b), s. 262.

[11] **Özbudun,** (2019), s. 247.

[12] **Gözler,** (2019a) s. 911; **Özbudun,** (2019), s. 247; **Aslan, (2019b)**, s. 36.

[13] Tüzüğe 1924 Anayasası'nın 52. maddesinde yer verilmiştir (bkz. **Kili, Suna/ Gözübüyük, A.Şeref** (2000) Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze), 2.Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 131-132).

[14] 1961 Anayasası'nda KHK 64. maddede, yönetmelikler ise 13. maddede düzenlenmiştir (bkz. **Kili, Gözübüyük**, s. 191, 206).

değişiklikle birlikte anılan düzenleyici işlemlere CBK'ların eklendiği görülmektedir.

Bununla birlikte anılan şekilde anayasal bir temeli bulunmasaydı bile işin doğası gereği yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Zira çok geniş bir alana yayılmış, karmaşıklaşmış ve uzmanlaşmış modern devlet hayatı içerisinde düzenleyici nitelikte kural koyma faaliyetinin sadece parlamento tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre gerek parlamentonun uzmanlığı gerekse çalışma süresi ve ağır işleyen çalışma usulleri düzenleyici işlemlerin tümünün sadece parlamento tarafından çıkarılmasına imkân vermediğinden, pratik nedenlerle yürütme organının da bu yetkiye sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.[15]

Yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip olması sadece pratik nedenlere dayandırılmamakta, aynı zamanda doğası gereği takdir yetkisi kullanmasına bağlanmaktadır. Güneş'e göre yürütme bir bireysel işlem ihdas ederken çoğu zaman takdir yetkisine de sahiptir. Yani anılan işlemi yapıp yapmama ve eğer yapacaksa ne suretle yapacağı konusunda bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Ancak idarenin bu taktir yetkisini kişiye göre değişmeyecek şekilde herkese eşit bir şekilde uygulayabilmesi için söz konusu bireysel işlemlerin uygulanma şartlarını ve usullerini önceden düzenleyici işlemlerle belirlemesi gerekir. Buna göre düzenleyici işlem yapma yetkisi takdir yetkisi kullanmanın zorunlu bir sonucu olup bu, idarenin "*takdir yetkisini somut bir olayda değil, benzer olaylarda eşit bir şekilde uygulamak üzere baştan tespit etmesinden başka bir şey değildir*".[16]

Bu çerçevede Özbudun, yürütmenin takdir yetkisini düzenleyici işlemlerle önceden belirlemesinin yürütme açısından sadece bir yetki değil aynı zamanda eşitlik ilkesinin hayata geçirilebilmesi için bir zorunluluk olduğuna işaret etmektedir.[17] Gözler'e göre de yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisi keyfiliği önleme fonksiyonuna sahip

[15] **Özbudun,** (2019), s. 247-248; **Gözler,** (2019a), s.911-912; **Aslan,** (2019b), s. 36. Aynı yönde bkz. **Kuzu, Burhan** (1987) Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 16-19; **Kuzu, Burhan** (1985) Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul, Üçdal Neşriyat, s. 32. İdare bakımından aynı yönde: **Şahin, Cenk** (2010) Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon", İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, s. 41-42. Armağan da 1971 değişikliği ile 1961 Anayasası'nın 64. maddesinde yürütme organına kanun hükmünde kararname verme yetkisinin verilmesinin makul karşılanması gerektiğine, hızlı hareket etme zorunluluğunun bunu lüzumlu haline getirdiğine işaret etmiştir (**Armağan, Servet** (1978) 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 74).

[16] **Güneş, Turan** (1965) Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, Sevinç Matbaası s. 87-91.

[17] **Özbudun,** (2019), s. 248.

olduğundan takdir yetkisine sahip her icrai mercii bu yetkisini düzenleyici işlemlerle kullanmalıdır.[18]

Anayasa Mahkemesi de kararlarında Anayasa'da açıkça düzenlenmiş düzenleyici idari işlemler dışında yapılan düzenleyici işlemlerin yürütme organı tarafından yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu çerçevede Mahkeme 1963 tarihli bir kararında aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

> "*İtiraz sebeplerinden birisi de; Anayasa'nın 107. maddesiyle Bakanlar Kuruluna sadece Tüzükler çıkartmak yetkisinin tanınmış olmasıdır. Gerçekten Anayasa'nın 107. maddesi, Bakanlar Kurulunun, kanunun uygulanmasını göstermek ve kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçmek şartı ile tanzim edici tasarruflarda bulunabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu hüküm; Bakanlar Kurulunun tüzükler dışında tanzim edici hukukî tasarruflarda bulunamıyacağı anlamını taşımaz*."[19]

Buna göre yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin kaynağının sadece Anayasa olmadığı, bu yetkinin modern devlet hayatının ve yürüme fonksiyonunun doğasının zorunlu bir sonucu olduğu söylenebilir. Bu çerçevede yürütme organının temel işlevlerinden birisinin de düzenleyici işlem yapmak olduğu kabul edilmektedir.[20]

Liberal felsefenin en önemli temsilcilerinden olan Locke'un Second Treatise of Government adlı eserinin "*ayrıcalık*" bahsinde bu hususa veciz bir şekilde şöyle işaret edilmiştir:[21]

---

[18] **Gözler,** (2019a), s.911.

[19] AYM, E.1963/4, K.1963/71, 28/03/1963. Anayasa Mahkemesi benzer bir değerlendirmeyi daha ayrıntılı bir şekilde 1973 yılında verdiği bir başka kararında da yapmıştır. Mahkemeye göre:
"*Anayasanın 107. maddesinde Bakanlar Kuruluna ancak bu maddede yazılı kayıt ve şartlar altında ve Danıştay'ın incelenmesinden geçirilmek üzere tüzük çıkarmak ye 113. maddesinde de yine Bakanlar Kurulu ile kamu tüzel kişilerine yönetmelikler yapmak yetkisi verilip bunlar dışında yürütme organına bir yetki tanınmamış olduğu gibi bir düşünceye varılması da doğru olamaz. Yürütme organının bu madeler dışında kanunun verdiği yetkiye uyarak genel nitelikte hukuki tasarruflarda bulunması idare hukukunun esaslarına uygundur. Bunun hilafını kabul etmek yürütme faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içine sokmak ve özellikle kamu güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı yakından ilgilendiren çok acil olayların çıkmasında bir iş yapamaz tedbir alamaz hale getirmek demek olur ki bunun da ne ülke yararlarına ne de Anayasa'nın ruhuna uygun düşmeyeceği ve idare fonksiyonunun gerekleriyle bağdaşmıyacağı ortadadır"* (AYM, E.1973/12, K.1973/24, 07/06/1973).

[20] **Eren,** (2020), s. 830. Nitekim Özbudun da yürütme fonksiyonu kavramına düzenleyici işlemler yapma yetkisinin girdiğini vurgulamaktadır (**Özbudun,** (2019), s. 247).

[21] **Locke, John** (1980) Second Treatise of Government, (Çeviren: Bakırcı, Fahri (2012), Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, 2. Baskı, Ankara, Ebabil, s. 107.

"*... bazı Yönetimlerde Yasa yapma İktidarı sürekli toplantı halinde değildir ve genellikle aşırı kalabalıktır ve Yürütmenin acil gereklilikleri için aşırı yavaştır: ayrıca kamuyu ilgilendiren bütün Sakatlıların ve Gereksinimlerin öngörülmesi ve dolayısıyla bunlara karşı yasalarla önlem alınması ya da önlerine çıkabilecek bütün olaylarda ve bütün Kişiler üzerinde esnek olmayan sertlikte Yürütülmeleri halinde zarar vermeyecek türde Yasalar yapılması olanaksız olduğundan, Yasaların emretmediği durumlarda seçenekli bırakılmış birçok şeyi yapma konusunda Yürütme iktidarına bırakılmış bir serbestlik vardır.*"

Yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin kaynağının ortaya konulması, diğer düzenleyici işlemler yanında CBK bakımından da önemli olmakla birlikte, yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden ciddi bir farklılık gösteren CBK'ya neden ihtiyaç duyulduğu sorusunun da cevaplanması gerekmektedir.

Bu nedenle aşağıda yürütmenin düzenleyici işlemlerinin mahiyeti, türleri ve bu bağlamda yeni bir türün önemli bir görünümü niteliğinde olan CBK'ya neden ihtiyaç duyulduğu üzerinde durulacaktır.

1.2. Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yetkisinin Mahiyeti (Niteliği)

Özbudun ve Gözler'in belirttiği üzere yasama organının bir kanun yaparken düzenleme yapacağı konunun daha önce Anayasa'da düzenlenmiş olması gerekli değildir. Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla yasama organının dilediği konuda doğrudan doğruya ilk elden düzenleme yapması mümkündür. Bu bağlamda düzenleme yapılacak konuda Anayasa'da düzenleme yapılabileceği hususunda bir iznin verilmiş olması da gerekli değildir. Buna göre yasama organı *asli/muhtar* bir yetkiye sahip olup bir konu daha önce herhangi bir hukuki metinde düzenlenmemiş olsa da onu ilk elden doğrudan doğruya düzenleyebilir. Buna karşılık yürüme organının kural olarak bir konuyu ilk elden düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Yürütmenin bir konuyu ilk elden düzenleyebilmesi için bu konunun daha önce bir kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu yönüyle kural olarak yürütmenin, bir konu daha önce kanunla düzenlenmemişken ve kanuna dayanmadan bir düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu çerçevede yürütmenin düzenleme yapma yetkisi kanundan kaynaklanan (secendum legem), asli/muhtar olmayan, *türevsel* bir yetkidir.[22]

[22] **Özbudun,** (2019), s. 211-212; **Gözler,** (2019a), s. 912-915. Aynı yönde bkz. **Eren,** (2020), s. 833. Asli ve türev düzenleme yetkisinin bir tanımı için bkz. **Öztürk, Burak** (2009) Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin

Yürütme organı kural olarak kanunların uygulamasını göstermek üzere düzenleyici işlemler yapabilmekte ve bu işlemlerin kanuna aykırı olmaması (intra legem) gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın 124. maddesinde Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceği belirtilmiştir. 2017 yılında yapılan değişiklikten önce Anayasa'da yer alan tüzükler de aynı niteliğe sahip idi. Anayasa'nın mülga 115. maddesinde Bakanlar Kurulunun kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak şartıyla tüzük çıkarabileceği hüküm altına alınmış idi.

Yine Anayasa'da ismen belirtilmese de yürütme karar, tebliğ, sirküler, genelge, talimat vb. adlar altında düzenlemeler yapabilmektedir.[23] Ancak doktrinde adsız düzenleyici işlemler[24] olarak adlandırılan bu işlemlerle de ancak kanuna dayanılarak ve kanuna aykırı olmamak şartıyla düzenleme yapılabileceği açıktır.

2017 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle hukuk sistemimize giren CBK kurumuyla yürütmenin asli düzenleme yetkisine sahip olamamasına ciddi bir istisna getirilmiş ve yürütme organına gerek olağan dönemde gerek ise olağanüstü dönemde ilk elden düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

Buna göre CBK'yla Anayasa'da sınırları belirtilen konularda bir düzenleme yapabilmesi için o konunun daha önce kanunla düzenlenmiş olmasına ve kanunla yetkilendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira CBK bu yetkiyi doğrudan Anayasa'dan almaktadır. Hatta Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca bir konuda daha önce kanunla düzenleme yapılmış ise artık o konuda CBK ile düzenleme yapılabilmesi kural olarak mümkün değildir.

Bu çerçevede CBK'nın, yürütme organına çok geniş bir alanda asli/muhtar/özerk düzenleme yapma yetkisi bahşeden bir araç olarak yürütme fonksiyonunun düzenleme yapma yetkisini yasama yetkisi niteliğine benzer bir konuma çıkardığı söylenebilir.[25]

Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 112.

[23] **Gözler,** (2019a), s.984.

[24] **Gözler,** (2019a), s.984.

[25] Ama her durumda bunun Anayasa'nın 7. maddesinde hüküm altına alınan yasama yetkisinin asliliğine getirilmiş bir istisna niteliği taşıdığı, aslolanın bu yetkinin yasama organı tarafından kullanılması olduğunun belirtilmesi gerekir. Anayasa Hukukunda istisnaların ise dar yorumlanması gerekmektedir (**Gözler, Kemal** (2020) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Bursa, Ekin, s. 322-325; **Gözler, Kemal** (2012) "Yorum İlkeleri", İçinde Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ozan Ergül (Haz.), Ankara, Türkiye

Bu durum karşımıza yürütmenin düzenleme yapma yetkisinin yaptığı her işlem türünde aynı niteliğe sahip olmadığı ve bu yetkinin farklı sınıflara ayrılabileceğini göstermektedir. Aşağıda yürütmenin düzenleme yapma yetkisinin türleri incelenecektir.

1.3. Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yetkisinin Türleri

Eren, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin yasama fonksiyonuna sahip olanlar ile olmayanlar şeklinde ayrılabileceğini ifade etmiştir.[26] Gözler ise bu işlemleri üçe ayırmaktadır. Bunlardan birincisi, kanunların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan düzenleyici işlemlerdir. İkincisi kanun hükmünde düzenleyici işlemler, üçüncüsü ise özerk/muhtar/asli yetkiye sahip düzenleyici işlemlerdir.[27]

Yukarıda belirtildiği üzere yasama yetkisinin aksine kural olarak yürütme yetkisi türevsel bir yetkidir. Bir başka ifadeyle kanunun bulunmadığı yerde yürütme de vücut bulamaz.[28] Bu çerçevede yürütme kanundan kaynaklanan, ona bağımlı *secundum legem* bir yetki olarak tanımlanmaktadır.[29] İşte yürütmenin bu türevsel yetkisine dayanarak çıkardığı, kanunları değiştirme yetkisi bulunmayan ve kanunların uygulanmasını göstermek üzere vazedilen tüzük, yönetmelik ve diğer adsız nitelikteki düzenleyici işlemler birinci kategoriyi oluşturmaktadır. Bu tür düzenleyici işlemlerin yasama işlevinin bulunmadığı açıktır.

Yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin türlerinden ikincisini kanun hükmündeki düzenleyici işlemler oluşturmaktadır. Türk hukukunda kanun hükmünde kararname olarak adlandırılan bu düzenleme türüyle de bir konuda kanuna dayanmadan düzenleme yapmak mümkün değil ise de kanunlarda değişiklik yapma yetkisine sahip olmaları bunları birinci tür düzenleyici işlemlerden ayırmaktadır. Yürütmenin güçlendirilmesinin bir tezahürü olarak ortaya çıkan[30] bu işlem türü ile mevcut kanunların

---

Barolar Birliği Yayınları, s. 59).

[26] **Eren,** (2020), s. 831.

[27] **Gözler, Kemal** (2020) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, 2. Baskı, Bursa, Ekin, s. 366-367.

[28] **Güneş**, s. 41. Aynı anlayış 1961 Anayasası'nın 5., 6., ve 7. maddelerine ilişkin gerekçede şöyle ifade edilmiştir: "*Kanun Olmayan Yerde Türk Hukukuna göre yürütme de yoktur*." (**Öztürk, Kazım** (Hazırlayan), (1971) Gerekçeli Anayasa, Ankara, Bilgi Yayınevi, s. 25).

[29] **Gözler, Kemal** (2021) Türkiye'nin Yönetim Yapısı, 3. Baskı, Bursa, Ekin, s. 21.

[30] Yürütmenin kanunların uygulanmasını gösteren tali nitelikli düzenleyici işlemlerinin yanı sıra diğer netelikteki düzenleyici işlem türlerinin ortaya çıkmasında yürütmenin güçlendirilmesi ihtiyacı yatmaktadır. Buna göre tarihsel süreçte ileri kapitalizmin gerekleri ve meydana gelen savaşlar yürütmenin etkinliğinin arttırılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır (**lancu, Bogdan** (2012) Legislative Delegation: The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, s. 7). Bu ihtiyaç yürütme organına yetki verilmesi yahut yürütme tarafından yapılan işlemlere parlamento tarafından onay verilmesi suretiyle giderilmeye çalışılmıştır (**lancu**, s. 7). Özellikle Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan sosyal ve ekonomik alandaki baş döndürücü talepler parlamentoların sistem içerisindeki klasik rollerinin değişmesine

değiştirilmesine ve yürürlükten kaldırılmasına imkân tanınmış olduğundan, bu işlem, işlevsel olarak yasama işlemi olarak nitelendirilmiştir. Buna göre "*eğer bir düzenleyici işlem mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa bu işlemin kanun niteliğinde ve gücünde olduğunda kuşku yoktur. Çünkü bir hukuki işlem ancak, kendisine eşdeğerli olan bir işlemle değiştirilebilir*".[31] Anayasa Mahkemesinin de içtihadı aynı yöndedir.[32]

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinin üçüncü türünü ise özerk/asli düzenleme yetkisine sahip işlemler oluşturmaktadır. Yürütmenin düzenleyici işlemleri arasında bir bakıma en ileri düzeyi ifade eden bu işlem türü, yukarıda belirtildiği üzere yasama yetkisinin asliliği ilkesine önemli bir istisna oluşturmaktadır. Buna göre kendisinden önce çıkarılmış bir işleme dayanmak zorunda olmaksızın bir konuyu ilk elden düzenleme yetkisine sadece kanunlar sahip iken yürütmenin de bir konuyu kendisinden önce çıkarılmış bir kanun hükmü olmaksızın doğrudan düzenlenmesi bu işlem türünü de yasama işlevine sahip düzenleyici işleme dönüştürmektedir.[33] Zira Özbudun'un vurguladığı üzere "*bir düzenleyici işlem mevut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli, yani ilk elden yada doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de … idarenin türevselliği ilkesi gereğince, kanun niteliğinde sayılması gerekir*".[34]

2017 yılındaki hükümet sistemi değişikliğine kadar hukuk sisteminde yer almayan bu işlem türünün neden anılan değişiklikle birlikte Anayasa'ya girdiğinin incelenmesinde, bu

---

neden olmuş, bu çerçevede bilhassa 19. yüzyılda devlet yetkilerinin kullanılmasında başat konuma yükselen parlamentolar, bu yeni taleplerin karşılanmasında işleyiş usullerindeki hantallık nedeniyle yetersiz kalmaya başlamışlardır. Bu yetersizlikle birlikte parlamentonun üstünlüğü ilkesinin onun dilediği ölçüde düzenleme yetkisini yürütme organına tanıyabileceği anlayışının gelişmesi, yasama ve yürütme organının yetkilerinde ciddi bir değişim yaşanmasına neden olmuştur. Bu çerçevede İngiltere gibi parlamenter sistemi benimseyen ülkelerde hızlı hareket etme ihtiyacı parlamentoya karşı sorumluluğu bulunan kabineye düzenleyici işlem yapma yetkisinin tanınmasıyla sonuçlanmıştır (**Aslan,** (2019b), s. 49-50). Teziç de 19. yüzyılda parlamentonun çok güçlendiği ve hemen hemen her alana müdahale eden başat bir güç iken 20. yüzyıldaki teknik ilerlemelerle birlikte hızlı hareket etme ihtiyacı sebebiyle düzenleyici işlem yapma konusundaki kazanımlarını yürütme lehine kaybettiğini ve yürütme organlarının yasama organlarına karşı düzenleme yapma yetkilerini arttırdığını kaydetmiştir (**Teziç, Erdoğan** (1972) Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 42-43).

[31] **Özbudun,** (2019), s. 213.

[32] Bkz. AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 26.

[33] Doktrinde Erol, Anayasa'da 2017 yılında yapılan değişikliklerle birlikte Cumhurbaşkanı'na verilen yetkilerden sonra fonksiyonel olarak yürütmenin *yetkisinin* görevinden daha öne çıktığını ifade etmektedir (**Erol, Ömer Faruk** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, s. 67).

[34] **Özbudun,** (2019), s. 213.

çerçevede başkanlık hükümet sistemiyle CBK arasında nasıl bir ilişki bulunduğunun ortaya konulmasında fayda bulunmaktadır.

1.4. Başkanlık Hükümet Sistemi ve CBK

Parlamenter hükümet sisteminin merkezinde parlamento bulunmaktadır.[35] Bu sistemde yürütme iktidarı parlamento içerisinden çıkmakta ve parlamentoya karşı siyaseten sorumlu olmaktadır.[36] Bu sistemde devlet başkanının ise sembolik yetkileri bulunmaktadır.[37] Ancak yukarıda ifade edildiği üzere parlamentonun ağır işleyen çalışma usulleri ve modern devletin karmaşıklaşan yapısı tüm düzenleyici işlemlerin yasama organı tarafından yapılmasına imkân vermemektedir. [38] Bu nedenle parlamentolar amaç, kapsam ve sınırlarını belirtmek suretiyle bazı konularda kanun hükmünde çıkarma yetkisini kendisine karşı sorumlu olan hükümet kanadına tanıyabilmektedirler. Bir anlamda bu sistemde yürütmenin güçlendirilmesi ihtiyacının kanun hükmünde kararnamelerle giderildiği söylenebilir.

Buna karşın başkanlık sisteminde parlamento ile yürütme organı arasında katı bir kuvvetler ayrılığı ilişkisi bulunmaktadır.[39] Halk tarafından seçilen başkan tek başına yürütme organını oluşturmakta ve parlementer sistemin aksine devlet yetkileri açısından çok aktif görev ve yetkiler kullanmaktadır. Böyle bir sistemde başkanın bir konuda düzenleme yapması için sorumluluğu bulunmayan parlamentodan yetki alması veya çıkardığı düzenleyici işlemi parlamentonun onayına sunması bu sitemin doğasıyla tam bir uyum göstermeyebilmektedir. Bu nedenle parlementer sistemde kanun hükmünde kararname uygulaması çok daha yaygın bir uygulama alanına sahip iken başkanlık sistemlerinde bir yetki kanununa dayalı olarak değil doğrudan anayasa ile yürütme organına kararname çıkarma yetkisi tanınabilmektedir.[40] Öte yandan yürütme alanında son derece önemli

---

[35] Aynı yönde**: Özsoy Boyunsuz, Şule** (2014) Başkanlı Parlamenter Sistem Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği, 2.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 14-15.

[36]**Epstein, Leon D.** "Parliamentary Government" : David L. Sills (ed.) (1968) International Encyclopedia of the Social Sciences, , Vol. 11, New York, 1968, The Macmillian Company and The Free Press, s. 419; **Uluşahin, Nur** (2007) Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, Ankara, Yetkin, 26-27; **Aslan, (2019b)**, s. 73.

[37] **Anayurt, Ömer/ Erdoğan, Murat/ Ekinci, Ahmet** "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerindeki Etkisi": Kendigelen, Abuzer/ Yüksel, Saadet (Editör) (2019) Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 185; **Aslan,** (2019b), s. 73. Bu bağlamda parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının hükümete emir ve direktif vermesinin mümkün olamamasının bir açıklaması için bkz. **Onar, Sıddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, 3.Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 756.

[38] **Özbudun,** (2019), s. 247-248.

[39] **Gözler,** (2019a), s. 755.

[40] **Eren,** (2020), s. 833, 834. Ancak yine de bu durum başkanlık sistemini benimseyen ülkelerde kanun

görevleri bulunan başkanın yürütme görevini yerine getirebilmesi için düzenleme yapma yetkisine sahip olması gerekmektedir. İşte bu nedenlerle yasama organının yetkilendirmesine ihtiyaç olmaksızın yürütme organına doğrudan Anayasa ile düzenleme yapma yetkisinin verildiği yeni bir norm türüne ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır ki getirilen yeni hükümet sistemiyle birlikte 1982 Anayasası'na bu norm CBK adıyla girmiştir.[41]

Nitekim değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde bu husus şöyle vurgulanmıştır: "*Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda kararname çıkarabilmesi öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle kararnamelerin yürütmenin ihtiyacını karşılaması sağlanmakta*"dır.[42]

1.5. CBK'nın Düzenleme Sınırlarının Kuramsal Dayanağı

Modern devlette yürütmeye asli düzenleme yetkisi verilmekle birlikte bu yetki verilirken genellikle sıkı konu sınırlamaları öngörülmekte, bir başka ifadeyle anayasalarda düzenleme yetkisi verilmeyecek alanlar katı kurallara bağlı tutulmaktadır.[43] Anayasa Mahkemesinin *konu bakımından yetki kuralları*[44] olarak nitelendirdiği bu anayasal normlar uyarınca yürütmenin CBK'yla düzenleme yapmaya yetkili olduğu konular anayasalarda açıkça belirlenmekte ve bu konular dışındaki alanlarda yürütmeye asli düzenleme yapma yetkisi tanınmamaktadır.

Düzenleme faaliyetinin demokratik meşruiyete sahip olabilmesi için bu faaliyete halkın katılması gerektiği açıktır. Bu çerçevede devlet başkanının seçimle işbaşına geldiği devletlerde başkanın da parlamentoya benzer şekilde demokratik meşruiyetinin bulunduğu

---

hükmünde kararname uygulamasının bulunmadığı anlamını taşımamaktadır. Nitekim Peru, Şili ve Venezuela anayasaları incelendiğinde bu ülkelerde parlamentonun bazı konularda düzenleme yapma yetkisini yürütme organına verebildiği görülmektedir (**Eren,** (2020), s. 834,835).

[41] Türkiye'de başkanlık sistemine geçişle ilgili bazı tahliller için bkz. **Karatepe, Şükrü** (2018) Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 3.Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.170-173; **Kuzu, Burhan** "Parlamenter Sistemden Cumhurbaşkanlığına Geçiş Süreci" : Ömer Temel (Editör) (2020) İçinde Demokratik Hukuk Devletini Yeniden Düşünmek Sempozyumu 4, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 292-295. Genel olarak başkanlık sistemiyle Türkiye'de kabul edilen Cumhurbaşkanlığı sistemi arasında bulunan farklara yönelik bir değerlendirme için bkz. **Aydın, Hüseyin** (2020) Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu, Ankara, Yetkin, s. 27-28.

[42] Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf, (erişim tarihi: 7/6/2021).

[43] **Lındseth, Peter L.** (2004) "The Paradox Of Parliamentary Supremacy: Delegatıon, Democracy, and Dictatorship in Germany and France 1920s-1950", The Yale Law Journal, C. CXIII, S. 7, s. 1352; **Aslan,** (2019b), s. 52.

[44] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

söylenebilir.[45] Bu durumda akla şu soru gelmektedir: Asli düzenleme yetkisi verilen başkana CBK çıkarırken neden konu bakımından yetki sınırlamaları getirilmektedir?

Bu sorunun Habermas'ın hukukun yaratılmasının meşruiyeti üzerinde yaptığı değerlendirmeler çerçevesinde cevaplandırmanın mümkün olduğu söylenebilir. Yazara göre modern hukuk devletinde meşru bir yasalaştırmadan/hukuk üretiminden söz edilebilmesi için onu yapan temsilcilerin halk tarafından seçilmesi yeterli değildir.[46] Yasalaştırma sürecinin/usulünün de demokratik olması icap etmektedir. Buna göre hukuk düzenlemelerinin demokratik meşruiyete sahip olduğunun söylenebilmesi için konuya ilişkin kamusal müzakere ve tartışmaların etkin olarak yapılmasını sağlayacak imkânların kurumsallaştırılması şarttır.[47] Bu çerçevede Habermas'ın işaret ettiği üzere hukuki düzenlemelerin yapılması bir anlamda toplum için "ortak iyinin" tespiti olduğundan bu sürece halkın katılımının sağlanması elzemdir.[48]

Aslan'a göre devlet başkanının da seçimle işbaşına gelmesine rağmen geneli ilgilendiren düzenlemelerin parlamento tarafından yapılmasını hâlâ daha değerli kılan şey hukuk yapma sürecine katılım konusundaki parlamentonun üstünlüğüdür. Parlamentoda bir kanun yapılırken teklif, komisyon görüşmeleri, genel kurul oylamaları gibi kurumsal araçlarla aleniyet sağlanmakta, normun muhatapları düzenlemeyi öğrenebilmekte ve bu hususta kamusal tartışmalar yürütülebilmektedir. Bu yollarla bir şekilde düzenleme yapımına kamuoyunun etkisi ve katılımı sağlanmaktadır. Oysa tek başına devlet başkanı tarafından çıkarılan CBK'lar bakımından böyle bir sürecin yaşanması çoğunlukla söz konusu olmamaktadır.[49]

Habermas'ın kavramsallaştırması temelinde Aslan'ın söylediklerine şu hususlar da eklenebilir. Parlamentolarda kanun yapımı Türkiye örneğinde olduğu gibi sayısı altı yüzü bulabilen çok sayıda millet temsilcisinin yaptığı müzakere süreci sonucunda

[45] **Aslan,** (2019b), s. 64-65.

[46] Doktrinde Kapani de demokrasilerde halkın rolünün sadece kendisini yönetecek siyasileri belirlemekten ibaret sayılamayacağını, halkın seçim dışındaki yöntemlerle de demokratik siyasetin oluşumuna katılması gerektiğine dikkat çekmektedir (**Kapani, Münci** (2015) Politika Bilimine Giriş, 42.Baskı, Ankara, BB101 Yayınları, s. 153,154).

[47] **Habermas, Jürgen** "Hukuk Devleti ile Demokrasi Arasındaki İçsel İlişki Üzerine" Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 260, 265. Habermas'ın hukukun meşruiyeti ile ilgili görüşlerinin bir incelemesi için bkz. **Vergin, Nur** (2013) Siyasetin Sosyolojisi, İstanbul, Doğan Kitap, s. 51-52.

[48] **Yükselbaba, Ülker** (2008) "Habermas'ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti", İÜHFM, C. LXVI, S.1, s. 230.

[49] **Aslan,** (2019b), 65.

gerçekleşmektedir. Bu yönüyle farklı toplum kesimlerini temsil eden milletvekillerinin müzakeresi sonucu ortaya çıkan ortak akılla belirlenen kanunların kamusal müzakere ve tartışma boyutunun etkin olarak kullanımı bakımından son derece avantajlı bir imkân sunduğu açıktır.

Nitekim Türk hukuk sistemi dikkate alındığında da anayasa koyucunun yürütme organına CBK ile asli düzenleme yapma yetkisi tanırken bunu katı konu sınırlamalarına tabi kıldığı görülmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına göre "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."* Anayasa değişikliğine ilişkin madde gerekçesinde de bu katı konu sınırlamalarına özel bir vurgu yapılmıştır.[50]

Bu çerçevede hükümet değişikliği ile bağlantılı olarak Anayasa'da bir taraftan başkana daha önce bulunmayan asli düzenleme yetkisi verilirken diğer taraftan konu bakımından yetki yönünden ciddi sınırlamalar getirildiği böylece anılan yetkinin yürütmenin güçlendirilmesi amacına hizmet ederken Anayasa'ya karakterini veren ilkelerin zedelenmesini önleyecek şekilde tasarlandığı söylenebilir.

2. CBK'NIN ŞEKİL VE ESAS BAKIMINDAN DENETİMİ

Anayasa'da en genel anlamda iki tür CBK'ya yer verildiği söylenebilir. Bunlardan birincisi olağan dönemde çıkarılan CBK'lar, ikincisi ise olağanüstü halde çıkarılan CBK'lardır. Bu bölümde her iki CBK türünün denetimi ve bu denetimin kanunların denetiminden farklı boyutları üzerinde durulacaktır.

2.1. Olağan Dönem CBK'ları

Olağanüstü dönem CBK'ları (OHAL CBK'ları) Anayasa'nın 119. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiş iken olağan dönem CBK'ları genel olarak 104. maddenin on yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Her iki dönem CBK'larının hukuki mahiyetleri oldukça farklı olup burada öncelikle olağan dönem CBK'larının şekil ve esas bakımından denetimi ele

[50] Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf, (erişim tarihi: 8/6/2021).

alınacaktır.

2.1.1. Yargısal Denetim Mercii ve Denetimin Niteliği

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler…*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre CBK'ların usul ve esas yönünden Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetleme ve eğer Anayasa'ya aykırı ise bunları iptal etme yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.

Bununla birlikte doktrinde bu yetkinin Anayasa Mahkemesine verilmesi eleştirilmiştir: İlk olarak CBK'nın yürütme organı tarafından ihdas edilen bir idari işlem olduğu, bu nedenle denetiminin de Anayasa Mahkemesi tarafından değil Danıştay tarafından yapılması gerektiği, öne sürülmüştür. Öte yandan olağan CBK'ların normlar hiyerarşisinde kanunun altında olduğu dolayısıyla CBK'nın yargısal denetiminde kanuna uygunluğunun araştırılması gerektiği, oysa anayasa yargısında normun kanuna değil Anayasa'ya uygunluğunun incelendiği dolayısıyla Anayasa'da kanunilik denetiminin Anayasa Mahkemesine verilmesinin bir mantığı ve gereğinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Son olarak CBK'larla bireysel işlem yapılmasının önünde bir engel bulunmadığı, böyle bir yetki kullanıldığında CBK'ya karşı hakları etkilenen kişilerin dava açma yetkisinin olmayacağı, bunun ise hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.[51]

Belirtmek gerekir ki Anayasa'da CBK'ya verilen düzenleme yetkisi asli düzenleme yetkisidir.[52] Bir başka ifadeyle CBK ile düzenleme yapılabilmesi için normun konusunun daha önce kanunda düzenlenmiş olmasına gerek bulunmamakta olup CBK'nın yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla bir konuyu *ilk elden* düzenlemesi mümkündür. Hatta Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenmiş konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağı hükmüne de yer verildiğinden Anayasa'nın CBK kurumuyla kural olarak daha önce kanunla öngörülmemiş yürütme yetkisine ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

[51] **Gözler,** (2019a), s. 942-943. Benzer yönde: **Batum, Süheyl** (2017) Demokrasi Dışı Bir Anayasa Değişikliği, Güncel Hukuk, S. 159, s. 39. Doktrinde Boyar da CBK'nın hem organik hem de fonksiyonel açıdan yürütme organı işlemi olduğu için bu işlemi denetleme yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne değil Danıştay'a verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (**Boyar, Oya** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve "Executive Orders": Karşılaştırmalı Gözlemler", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, s. 23).

[52] **Şanlı Atay,** s. 582-583; **Özbudun,** (2019), s. 251; **Gözler,** (2019a), s. 921; **Atar,** (2019b) s. 241-244; **Eren,** (2019), s. 26; **Ülgen,** (2018a), s. 14; **Aslan,** (2019b), s. 328.

Kanun hükümlerinin uygulanmasını göstermek veya kanunda düzenlenen konuların ayrıntılarını göstermek üzere Anayasa'da öngörülen düzenleme araçları ise CBK değil yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerdir.

Buna göre CBK ile kural olarak yürütme yetkisine ilişkin bir konunun ilk elden düzenlenmesi söz konusu olacağından, bir başka ifadeyle CBK'nın bir konuyu düzenlemesi için konunun daha önce kanunla düzenlenmiş olması gerekmediğinden CBK'ya ilişkin yargısal denetimin konusu *kanuna uygunluk denetimi* olamaz. Yukarıda işaret edildiği üzere CBK'nın düzenlediği konunun kural olarak kanunla düzenlenmemiş olması gerekmektedir. Bu itibarla CBK'nın yargısal denetimi ancak kendisinden önce dayandığı tek norm olan Anayasa'ya uygunluk denetimi olabilir.[53] CBK'ya ilişkin yapılacak yargısal denetim, kanunilik değil anayasallık denetimi olacağına göre bu yetkinin Anayasa Mahkemesine verilmesi son derece tabii ve Anayasa sistematiğiyle uyumludur.[54]

Nitekim CBK'nın yargısal denetimine ilişkin kurallara Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde yer verilmiş olup bu kuralların mahiyeti dikkate alındığında da CBK'ya ilişkin yapılacak denetimin kanunilik değil anayasaya uygunluk denetimi olduğu açıkça anlaşılmaktadır.[55]

Bu çerçevede anılan fıkranın birinci cümlesinde CBK'nın ancak *yürütme yetkisine* ilişkin konularda çıkarılabileceği kuralına yer verilmiştir. CBK'nın *yürütme yetkisine* ilişkin olup olmadığı yönünde yapılacak denetimin kanunilik denetimiyle bir ilgisinin bulunmadığı, bunun bir anayasallık denetimi olduğu tartışmadan uzaktır. Zira burada Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın yasama, yürütme ve yargı yetkisine ilişkin hükümlerini yorumlayarak CBK'yla getirilen düzenlemenin yasama ve yargı yetkisine ilişkin konulara taşıp taşmadığını, bir başka ifadeyle yürütme yetkisinin sınırlarını aşıp aşmadığını denetleyecektir.

Fıkranın ikinci cümlesinde ise "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*" hükmüne yer verilmiştir. Anılan cümle uyarınca kişi hakları ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlere ilişkin CBK ile düzenleme yapılması yasaklanmıştır. Yasak alan olarak da nitelendirilen konularda

[53] Doktrinde CBK'ların işlevsel olarak yasama işlemi olduğu ifade edilmiştir (Bkz. **Kanadoğlu, O. Korkut** (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", GÜHFD, S. 2, s. 641-642; **Ülgen, Özen** (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", GÜHFD, S. 2, s. 634.

[54] **Aslan,** (2019b), s. 328-329.

[55] CBK'ya ilişkin denetimin anayasallık denetimi olduğu ve CBK'ya ilişkin idari yargı denetimi yapılamayacağına ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Atar,** (2019b), s. 249-250.

CBK'yla düzenleme yapılıp yapılmadığının denetlenmesinin de kanunilik denetimiyle ilgisi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin burada yaptığı inceleme CBK'nın kişi hakları ve yükümlülükleri ile siyasi hak ve yükümlülüklere ilişkin olup olmadığının denetimi olup bu, ancak Anayasa'da düzenlenen anılan haklara ilişkin maddelerin incelenmesi ve bunların kapsam ve sınırlarının tespitiyle yapılabilecek bir denetimdir. Dolayısıyla bu denetimin de bir anayasallık denetimi olduğu tartışmasızdır. Esasen bir düzenlemenin temel hak ve özgürlükleri düzenleyip düzenlemediğini tespit etme görevinin ancak Anayasa Mahkemesi tarafından layıkıyla yerine getirilebileceği, zira bunun gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda temel görevi temel hak ve özgürlükleri korumak olan Anayasa Mahkemesinin uzmanlık sahasında kalan temel konulardan biri olduğunun belirtilmesi gerekir.

Yasak alanda düzenleme yapılamayacağına ilişkin kuralın KHK'lar bakımından 2017 anayasa değişikliği öncesinde yürürlükte bulunan Anayasa'nın mülga 91. maddesinde de aynı şekilde yer aldığı ve KHK'nın yargısal denetimini yapma görevinin de Anayasa Mahkemesine verildiği gözetildiğinde CBK'lar bakımından yasak alanda düzenleme yapılıp yapılmadığına ilişkin incelemenin bir anayasallık denetimi olduğu bir kez daha ortaya çıkmış olmaktadır.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde ise "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" denilmiştir. Bu cümle uyarınca yapılacak denetim de bir anayasallık denetimidir. Zira bir hususun Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalıp kalmadığı da ancak Anayasa kuralları yorumlanarak belirlenebilecek bir denetimdir.

Son olarak on yedinci fıkranın dördüncü cümlesinde yer alan "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."* hükmü uyarınca yapılacak denetim de CBK kuralının kanuna aykırı bir düzenleme getirip getirmediğiyle ilgili bir denetim değil kanunla aynı konuda düzenleme yapıp yapmadığına ilişkin bir incelemedir. Dolayısıyla bu ölçüt uyarınca yapılacak denetim de bir kanunilik denetimi değildir.

Öte yandan doktrinde vurguladığı üzere kanunlar ile CBK'lar arasında klasik manada bir hiyerarşik ilişki bulunmamaktadır.[56] Dolayısıyla bu yönden de CBK'nın yargısal denetiminin bir kanunilik denetimi olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Özetle Anayasa'nın CBK'ya verdiği düzenleme yetkisinin niteliği (asliliği) ve yargısal denetime ilişkin kuralların mahiyeti dikkate alındığında CBK'ya ilişkin yargısal denetimin bir kanunilik değil bir anayasallık denetimi olduğu anlaşılmaktadır.[57]

Öte yandan Cumhurbaşkanı'nın CBK ile bireysel işlemler yapmasının önünde bir engel bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu bireysel işlemlerin yargısal denetimine ilişkin incelemenin kanunilik denetimi olduğu görüşünün de yerinde olmadığı düşünülmektedir. Zira her ne kadar Anayasa'nın herhangi bir maddesinde *açıkça* CBK ile bireysel işlem tesis edilmeyeceği yönünde bir hükme yer verilmemiş ise de Anayasa'nın konuya ilişkin hükümleri bir bütün olarak yorumlandığında CBK ile bireysel işlem tesis edilemeyeceği anlaşılmaktadır.[58] Tesis edilmesi halinde ise bunu düzenleyen CBK kuralının sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırılık taşıyacağı ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğinin belirtilmesi gerekir.

Bu görüşün ilk dayanağını CBK'nın Anayasa'da belirlenen hukuki niteliği oluşturmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'ya asli düzenleme yetkisi verilmiştir. Buna göre Anayasa'da CBK, belirlenen sınırlar içerisinde bir konuyu ilk elden düzenlemek amacıyla öngörülmüş olup ilk elden düzenleme yapan bir işlemin bireysel değil düzenleyici bir işlem olacağı açıktır.[59] Nitekim bireysel işlem daha önce belirlenmiş kurallara uygun olarak belli bir kişi veya duruma ilişkin bir işlem iken düzenleyici işlem genel, soyut, objektif, kişilik dışı bir kural

---

[56] **Aslan, Volkan** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanuna Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine" Anayasa Yargısı, C.36 (1), s. 152. Benzer yönde: **Sezer, Abdullah** (2019) "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" Anayasa Yargısı, C.36 (1), s. 380-389; **Atar,** (2019b) s. 243. Kanadoğlu da CBK'nın normlar hiyerarşisinde kanan altında bulunmadığını ileri sürmektedir (**Kanadoğlu,** (2018), s. 642).

[57] Aynı yönde: **Atar,** (2019b), s. 249-250; **Yıldırım, Turan** (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XXIII, S.2, s.17; **Aslan,** (2019a), s. 152; **Açıl, Murat** (2018) "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İÜHFM, C. LXXVI, S. 2, s. 751. Aksi yönde: **Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2019) Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 3.Baskı, Ankara, Yetkin, s. 156. Fendoğlu anılan eserinde Anayasa Mahkemesinin anayasallık denetiminin yanı sıra "*kanuna uygunluk denetimi*" yapacağını ifade etmiştir.

[58] Aynı yönde: **Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil** (2021) Türk İdare Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 42.

[59] Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. **Ülgen,** (2018a), s. 6-7.

işlemdir.[60] Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasıyla CBK'ya verilen yetkinin niteliği dikkate alındığında CBK ile bireysel işlem ihdas edilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir.

İkinci olarak Ülgen'in işaret ettiği üzere Anayasa'nın CBK'ya ilişkin hükümlerinde genel olarak CBK'yla düzenleme yapacağı ifade edilerek CBK'nın düzenleme niteliği vurgulanmış iken[61] Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'da düzenlenen bireysel işlemlerinin hiçbiri CBK olarak adlandırılmamıştır. Söz konusu işlemler *atama, seçim, izin* vb. ifadelerle nitelendirilerek bunların bireysel işlem niteliği açıkça vurgulanmıştır. Bu bağlamda örneğin Anayasa'nın 104. maddesinin sekizinci fıkrasında "[*Cumhurbaşkanı*] *Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atar ve görevlerine son verir." hükmüne yerilmiştir. Yine 130. maddenin sekizinci fıkrasında "Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, … seçilir ve atanır.*" denilmiştir. Keza 127. maddenin son fıkrasında "*Mahallî idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik kurmaları, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezî idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri kanunla düzenlenir."* hükmü bulunmaktadır. Bu çerçevede anılan hükümlerin açık lafzı dikkate alındığında da Anayasa'nın CBK ile sadece düzenleyici işlem yapılmasını murat ettiği, bunlarla bireysel işlem yapılmasının kastedilmediği ifade edilebilir.[62]

---

[60] **Gözler,** (2019a), s. 918. Doktrinde Gözübüyük ve Tan da birel idari işlemlerin, genel düzenleyici işlemlerin uygulanmasından ibaret olduğuna, dolayısıyla bunların içeriğinin önceden yasalarla ya da idari kurallarla düzenlenmiş olduğuna dikkat çekmiştir (**Gözübüyük/ Tan** (2019) s. 325-326).

[61] Bu bağlamda Anayasa'nın CBK'ya ilişkin en kapsamlı düzenlemesi niteliği taşıyan 104. maddenin on yedinci fıkrası şu şekildedir.

> "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır…*"

Yukarıda gösterilen altı çizili ibareler dikkate alındığında CBK'ya konu olacak hususların bireysel işlemler değil düzenleyici işlemler olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Keza Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında Cumhurbaşkanı "*Üst kademe kamu yöneticilerini(n) atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*", 106. maddesinin on birinci fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*", 108. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.",* 118. maddesinin altıncı fıkrasında "*Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" hükümlerine yer verilmiş olup anılan hükümler dikkate alındığında da Anayasa'da CBK'nın konusunun bireysel işlemler değil düzenleyici işlemler olduğu ortaya çıkmaktadır.

[62] **Ülgen,** (2018a), s. 7-8. Bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. **Ülgen, Özen/ Şirin Tolga** (2018)

Üçüncü olarak Anayasa'nın CBK'nın yargısal denetimini Anayasa Mahkemesine bırakmış olması da CBK ile bireysel işlem yapılamayacağını ortaya koymaktadır. Zira hukuk sistemimizde bireysel işlemlerin kanuna ve diğer düzenleyici işlemlere uygun olarak ihdas edilip edilmediğini değerlendirme yetkisi idari yargı mercilerine tanınmışken ilk elden düzenleme yapan kanun gibi normlarla, kanuna eş değer düzenleme yapan (fonksiyonel olarak yasama işlemi olarak görülen) KHK'ların yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Bu çerçevede CBK'nın yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesine tanınmış olması da CBK'yla bireysel işlemlerin değil düzenleyici işlemlerin yapılabileceğini göstermektedir.[63]

Dördüncü olarak Anayasa hükümleri yorumlanırken bunların Anayasa'nın bütünselliği içerisinde ele alınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların yargısal denetimini yapma görevi münhasıran Anayasa Mahkemesine verildiğinden CBK ile bireysel işlem yapılabileceğinin kabul edilmesi halinde yapılan bireysel işlemlerden kişisel olarak etkilenen kişilerin bireysel işleme karşı dava açma hakları ellerinden alınmış olacaktır ki bunun Anayasa'ya temel karakterini veren başta hukuk devleti[64] ilkesi olmak üzere Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve ilkelerle bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir.[65]

Son olarak uygulamaya bakıldığında da Cumhurbaşkanlığının CBK ile sadece düzenleyici işlemler yaptığı, bireysel işlemlerin ise CBK'yla değil Cumhurbaşkanı kararı ile ihdas edildiği görülmektedir.[66] Dolayısıyla uygulamanın da Anayasa hükümlerini yukarıda açıklandığı şekilde yorumladığı ve CBK ile bireysel işlem yapılamayacağını kabul ettiği söylenebilir.

Bu itibarla Anayasa'da CBK ile bireysel işlem ihdasına izin verilmediği, bu şekilde bir düzenleme yapılması halinde ise bunun Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği değerlendirilmektedir.[67] Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin kendisine yapılan bir

"Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanı Kararnamesi", Güncel Hukuk, S. 170, Mart-Nisan, s. 30-32.

[63] Aynı yönde bkz. **Ülgen,** (2018a), s.7.

[64] Toplum ve hukuk devleti üzerine bir analiz için bkz. **Özcan, Mehmet Tevfik** (2008) Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 191-371.

[65] Gözler de CBK'yla bireysel işlemlerin yapılmasının anılan sakıncaları ortaya çıkaracağı ve bunun kişilerin hak arama özgürlüğünü sınırlayacağını değerlendirmektedir (bkz. **Gözler,** (2019a), s. 919).

[66] Aynı yöndeki tespit için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 919.

[67] **Aslan,** (2019b), s. 329-330.

başvuru neticesinde CBK'yla yapılan işlemin düzenleyici değil bireysel bir işlem olduğunu tespit etmesi halinde bunu iptal etmesi gerekecektir. Bu çerçevede Mahkemenin iptal kararı vermek yerine işlemin bireysel işlem olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermesinin mümkün olmadığı, zira Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'nın yargısal denetimini yapma görevinin Anayasa Mahkemesine ait olduğunun belirtilmiş olması karşısında böyle bir imkânının bulunmadığının ifade edilmesi gerekir.[68]

Sonuç itibariyle CBK'nın yargısal denetimine ilişkin incelemenin kanunilik değil anayasallık denetimi olduğu, dolayısıyla CBK'nın yargısal denetimini yapma görev ve yetkisinin Anayasa Mahkemesine verilmesinin son derece doğal ve yerinde olduğu söylenebilir. Esasen karşılaştırmalı hukuktaki örneklere bakıldığında da bu yetkinin birçok ülkede Anayasa Mahkemelerine verildiği görülmektedir.[69]

2.1.2. Denetimin Kapsamı

Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesinin CBK denetiminin kapsamını şekil ve esas denetimi oluşturmaktadır. Aşağıda öncelikle şekil denetimi daha sonra ise esas denetimi incelenecektir.

2.1.2.1. CBK'nın Şekil Bakımından Denetimi

Şekil bakımından denetim anayasallık denetimine tabi olan normların Anayasa'da öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğinin incelenmesini ifade etmektedir.[70] Bu yönüyle şekli denetimde normun maddi olarak değil dış unsurları itibariyle Anayasa'ya uygun olarak yapılıp yapılmadığı araştırılmaktadır.[71]

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin, kanunları CBK'ları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünü şekil bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceği belirtildikten sonra ikinci fıkrasında mahkemenin kanunlar ve

---

[68] Aynı yönde **Aslan,** (2019b), s. 329-330.; Oytan'da KHK'lar bağlamında vatandaşa dava hakkı tanınması için bir işlemin hukuki niteliğinin değiştirilmeyeceğine işaret etmiştir (**Oytan, Muammer** (1977) "Fransa, Almanya ve Türkiye'de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", Onar Armağanı, İstanbul, İÜHF Yayınları, s. 599). Aksi yöndeki görüş için bkz. **Tunç, Hasan** (2018) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 232; **Söyler**, s. 195; **Şirin, Tolga** (2019) Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 170-173; **Açıl,** (2018a), s. 742.

[69] **Aslan,** (2019b), s. 329.

[70] **Özbudun,** (2019), s. 391.

[71] **Ülgen, Özen** (2016) "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S:137-138, s. 128; Aynı yönde **Teziç,** (2018), s. 224 vd.

Anayasa değişiklikleri yönünden yapacağı şekil denetiminin kapsamı ortaya konulmuştur. Buna göre kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.

Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (F) fıkrası kapsamında halen Anayasa Mahkemesi denetiminde olan KHK ile CBK ve Meclis İçtüzüğü kuralları yönünden ise anılan şekilde bir hükme yer verilmemiştir. Bu itibarla söz konusu norm türleri yönünden şekli denetiminin neden ibaret olduğunu belirleyen anayasal bir hüküm bulunmadığından Anayasa Mahkemesi CBK'yı genel şekil denetimi kapsamında denetleyecektir.[72]

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*" hükmüne yerilmiştir. Buna göre CBK çıkarma yetkisi sadece Cumhurbaşakanı'na ait olup Cumhurbaşkanı dışında hiçbir organ veya merciin bu işlemin oluşturulmasına katılması söz konusu değildir. Bu yönüyle Gözler'in de işaret ettiği üzere CBK türü itibariyle basit bir işlem olup karma veya kollektif bir işlem niteliğini haiz değildir.[73] Bu çerçevede CBK yönünden yapılacak şekli denetimin CBK'nın Cumhurbaşkanı'nın iradesinin ürünü olup olmadığıyla bu bağlamda örneğin Cumhurbaşkanı'nın imzasını taşıyıp taşımadığıyla sınırlı bir inceleme olabileceğini söylemek mümkündür.[74]

Bazı yazarlar CBK'nın Resmi Gazete'de yayımlanmamış olmasını da şekil eksikliği olarak değerlendirerek bu hususun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal sebebi olarak görülmesi gerektiğini savunmuşlardır.[75] Bazıları ise bu şekil eksikliğinin müeyyidesinin iptal değil yokluk olması gerektiğini ileri sürmüştür.[76] Anayasa'nın 104. maddesinin on dokuzuncu fıkrası ile 148. maddesi gereği CBK'nın yürürlüğe girebilmesi ve CBK'nın şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi için Resmi Gazete'de yayımlanması

[72] **Atar,** (2019b) s. 252; **Gözler,** (2019a), s. 1120.

[73] **Gözler,** (2019a), s. 1120.

[74] Benzer yöndeki görüş için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1120. Atar da CBK'ların şekil denetiminin CBK'nın yetkili organ tarafından çıkarılıp çıkarılmadığının denetlenmesiyle sınırlı olduğu görüşündedir. Yazara göre Cumhurbaşkanı dışında bir merci CBK adıyla bir düzenleme yaparsa bu yok hükmünde olacaktır. AYM'nin yapacağı iş ise bu işlemin yok hükmünde olduğunu tespit etmektir. Bkz. **Atar, Yavuz** (2019b), s. 252.

[75] **Gözler,** (2019a), s. 1120.

[76] **Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2020) Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 704.; **Söyler**, s.184.

gerekir. CBK'nın Resmî Gazete'de yayımlanmamasının bir şekil eksikliği olduğu açık[77] ise de bunun Anayasa Mahkemesi tarafından bir iptal veya yokluk sebebi olarak görülmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından bir CBK kuralının anayasallık denetiminin yapılabilmesi için onun öncelikle Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi gerekir.[78] Yürürlükte olmayan bir CBK kuralını Anayasa Mahkemesinin inceleyip iptal etmesi söz konusu olmaz. Esasen bu norm yürürlükte olmadığından Anayasa Mahkemesinin bunu iptal edememesinin hiçbir mahsuru da olmayacaktır. Zira hiçbir idari ve yargısal makamın Anayasa'nın 104. maddesinin on dokuzuncu fıkrası uyarınca yayımlanmamış bir CBK kuralını uygulaması hukuken mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin de içtihadı aynı yöndedir.[79] Yokluk bakımından ise Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki verilmediğinden kanaatimize Mahkemenin bu şekilde bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır.[80]

Doktrinde konu bakımından yetki yönünden yapılan denetimin de şekil denetimi kapsamında olduğu ileri sürülmüştür.[81] Bu görüşe katılmak mümkün görünmemekte olup CBK bakımından Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası çerçevesinde yapılan

---

[77] Benzer değerlendirme için bkz. **Teziç,** (2018), s. 224.

[78] Doktrinde Anayurt da kanunların ancak Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra pozitif bir norm hüviyetine kavuşabileceği ve iptal davasına konu edilebileceğine dikkat çekmiştir (**Anayurt, Ömer** (2008) "Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 47).

[79] Kanunlar bağlamında bkz. AYM, E.2014/46, K.2014/38, 21/02/2014; E.2016/135, K.2016/129, 04/07/2016. Mahkemenin anılan karardaki değerlendirmesi şöyledir:

> *"5. Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2014 tarihli ve E. 2014/46, K. 2014/38 sayılı kararında da belirtildiği üzere kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM'ce kabulüyle kanunların varlık kazandıkları kuşkusuz olmakla birlikte, Anayasa'nın ve 6216 sayılı Kanun'un anılan maddelerinde iptal davası açma süresi, dava konusu kanun, kanun hükmünde kararname veya İçtüzüğün Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren başlatılmış ve öngörülen sürelerin sonunda dava açma hakkının düşeceği belirtilmiştir.*
>
> *6. Dava dosyasının incelenmesinden, 6723 sayılı Kanun'un; tümünün yok hükmünde olduğunun tespiti ya da tümünün şekil ya da 1., 12., 17. ve 22. maddelerinin esas bakımından iptalleri talebiyle 1.7.2016 tarihinde iptal davası açıldığı ve bu tarih itibarıyla Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanmadığı anlaşılmıştır.*
>
> *7. İptal davasının açıldığı tarihte, Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da öngörülen iptal davası açma sürelerinin henüz işlemeye başlamadığı açık olduğundan, süresinden önce açılan iptal davasının incelenebilmesi ve dava konusu kuralların Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi mümkün değildir.*
>
> *8. Açıklanan nedenlerle, bu aşamada incelenmesi mümkün olmayan iptal davasının reddi gerekir."*

[80] Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı veremeyeceği yönünde kapsamlı değerlendirmeler için bkz. **Uluşahin, Nur** (2008) "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 727-734.

[81] **Ülgen,** (2016), s. 129-146 (Ülgen KHK'lar bakımından ileri sürdüğü bu görüşünde KHK ile temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi yasağının şekil bakımından denetim kapsamında kaldığını değerlendirmektedir).

inceleme esas denetim kapsamında kalmaktadır. Bu hususa ilişkin ayrıntılı tartışma aşağıda yapılacağından şimdilik bu açıklamayla yetinilecektir.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında;

> "*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.*"

hükmüne yer verilmiştir. Buna göre şekil denetimine ilişkin olarak davacılar ve dava süresi yönünden fıkrada belirtilen sınırlamaların CBK'lar bakımından da geçerli olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Söz konusu fıkranın konusu ilk cümlesinde altı çizili olarak gösterilen ibareden de açıkça anlaşılacağı üzere *kanunlar*dır. Dolayısıyla anılan sınırlamaların CBK'lar yönünden geçerli olmadığı söylenebilir. Kaldı ki fıkrada şekil denetimine ilişkin anayasal denetimin kapsamını daraltıcı, istisnai bir hükme yer verilmiştir. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi gereği de söz konusu sınırlamaların CBK'lar yönünden geçerli olmadığının kabul edilmesi gerekir. Buna göre kanunların şekil bakımından denetimine ilişkin dava sadece Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilecekken bu sınırlama CBK'lar yönünden geçerli değildir. Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu tarafından da şekil bakımından denetim davası açılabilecektir. Aynı şekilde kanunlar yönünden bu dava kanunun Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on gün içinde açılması gerekirken CBK'lar yönünden altmış günlük olağan süre uygulanacaktır. Son olarak kanunların iptali için itiraz yoluyla şekil denetimi başvurusu yapılması mümkün değilken bu sınırlama CBK'lar yönünden geçerli değildir. Bu çerçevede *Anayasa hükümleri* çerçevesinde CBK'nın şekil bakımından denetimi için itiraz yoluyla başvuru yapılabileceği söylenebilir.[82]

Anayasal düzlemde durum böyle olmasına karşın 6216 sayılı Kanun'un 36. maddesinde farklı bir hükme yer verilmiştir. Maddenin (4) numaralı fıkrasında "*Şekil*

[82] Aynı yöndeki görüş için bkz. **Özbudun,** (2019), s.395; **Gözler,** (2019a), s. 1121. KHK'lar bakımından da aynı durum geçerlidir (**Gözler,** (2019a), s. 1119).

bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez." denilmek suretiyle anayasal denetime tabi tüm norm türleri bakımından şekil bozukluğuna dayanan Anayasa'ya aykırılık iddialarının somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesinin önü kapatılmıştır. Doktrinde bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.[83] Gerçekten de Anayasa'da getirilen bir imkâna ancak Anayasa tarafından bir sınırlama getirilebileceği dikkate alındığında söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilebilir. Ancak söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilene kadar hüküm Anayasa'ya uygunluk karinesinden[84] yararlanacaktır. Bu nedenle anılan hüküm iptal edilmedikçe CBK'ların şekil bakımından denetiminin sağlanması için mahkemeler tarafından başvuru yapılması hukuken mümkün görünmemektedir.

Esas itibariyle mahkemelerin CBK'ların şekil denetimi bakımından itiraz yoluna başvurmamalarının uygulamada çok büyük bir soruna yol açmadığının ve açmayacağının söylenmesi mümkündür. Zira CBK'nın şekli denetimi diğer norm türlerinden farklı olarak çok sınırlı bir alana temas etmektedir. CBK'da şekil sakatlığının olabilmesi için Cumhurbaşkanı'nın imzasını taşımaması gibi CBK'nın Cumhurbaşkanı'nın iradesinin ürünü olmadığını gösteren bir eksikliğin söz konusu olması gerekmektedir. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte pratikte zayıf görünmektedir.[85]

2.1.2.2. CBK'nın Esas Bakımından Denetimi

Esas bakımından denetim anayasallık denetimine tabi olan normların Anayasa'nın maddi kurallarına uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğinin incelenmesini ifade etmektedir. Bu yönüyle şekli denetimde normun Anayasa'daki şekil ve usul kurallarına uygunluğu denetlenirken esas denetimde normun Anayasa'nın maddi kurallarına uygunluğu denetlenmektedir.

Bir kural birçok nedenle esas bakımından Anayasa'ya aykırılık teşkil edebilir. Doktrinde idare hukukunda "*idari işlemin kanuna aykırılık sebepleri*" ile benzetilmek suretiyle esas bakımından denetim, "sebep", "amaç" ve "konu" unsurları yönlerinden

[83] Bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1121.

[84] Kanunların Anayasa'ya uygunluğu karinesinin sonuçlarından biri bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunun AYM tarafından tespit edilip iptal edilene kadar o kanunun Anayasa'ya uygun olduğunun kabul edilmesi ve uygulanma kabiliyetini sürdürmesidir (**Gözler,** (2019a), s. 1130.)

[85] Aslan da şekil denetiminin olabildiğince dar bir çerçevesinin olduğunu vurgulamaktadır (**Aslan,** (2019b), s.333).

sınıflandırılmaya çalışılmıştır.[86] Ancak kanunlarla (anayasal denetime tabi normlarla) idari işlemlerin nitelik farkından dolayı bu sınıflandırmadan büyük bir fayda sağlanamadığı ifade edilmiştir.[87] Gerçekten de söz konusu ayrımın anayasa yargısının doğasına uygun olmadığı, nitekim bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından da söz konusu sınıflandırmaya başvurulmadığı gözlemlenmektedir.

Bununla birlikte konunun açıklanmasına ve teorik temelinin anlaşılmasına katkı sunduğu için aşağıda bu unsurlara kısaca yer verilecek, akabinde CBK'nın esas bakımından denetiminin nasıl yapılacağı üzerinde durulacaktır.

2.1.2.2.1. Esas Bakımından Denetimin Yöntemi

CBK'nın esas yönünden denetimi tıpkı KHK'lar gibi kanunların denetiminden farklılaşmaktadır. Zira CBK yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında (KHK'lar yönünden ise Anayasa'nın mülga 91. maddesinde) kanunlardan farklı olarak Anayasa'da konu bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bir başka deyişle yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanunlar yönünden konu bakımından bir sınırlama bulunmaması ve kanunla her konuda düzenleme yapılması mümkün iken CBK ve KHK yönünden Anayasa'da (CBK bakımından Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında KHK'lar bakımından *mülga* 91. maddesinde) *konu bakımından yetki* kuralları düzenlenmiş olduğundan anılan normların söz konusu yetki konuları dışında düzenleme yapması kuralın Anayasa'ya aykırılığı sorununu gündeme getirmektedir.

Buna göre esas bakımından denetimde öncelikle CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlenen *konu bakımından yetki* sınırlamalarına uygun olarak çıkarılıp çıkarılmadığı, bir başka ifadeyle *yürütme yetkisine ilişkin olup olmadığı, sosyal ve ekonomik haklar dışında kalan temel hakları düzenleyip düzenlemediği, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ve kanunda açıkça düzenlenen konularda* bir hüküm öngörüp öngörmediği yönünden incelenmesi gerekecektir.

Yapılacak bu ilk denetim sonucunda CBK kuralının Anayasa'ya uygun olduğu tespit edilirse bundan sonra kuralın *içeriği itibarıyla* Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenecektir. İçerik denetiminde ise kuralın *sebep* ve *amaç unsurları* ile *konu bakımından*

---

[86] **Gözler,** (2019a), s. 1122. Doktrinde "*idari işlemin kanuna aykırılık sebepleri*" olarak nitelendirilen bu hususlar 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde "*hukuka aykırılık*" nedenleri olarak nitelendirilmiştir.

[87] **Özbudun,** (2019), s.387; **Gözler,** (2019a), s. 1123-1129.

yetki dışında kalan diğer yönleri itibariyle *konu unsuru* yönünden Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi KHK'lar yönünden olduğu gibi CBK'lar yönünden de belirtilen inceleme yöntemini uygulamaktadır.[88]

Dolayısıyla bu çalışmada da aynı yöntem izlenerek esas denetimi kapsamında öncelikle *konu bakımından yetki* akabinde ise *içerik denetiminin* incelenmesi yöntemi benimsenebilirdi. Ancak *konu bakımından yetki* meselesi esas denetimin unsurlarından biri olan *konu unsurunun* içerisinde kalmakta ve *konu unsuru* hem *içerik denetiminin* hem de *konu bakımından yetki* denetiminin konusunu/objesini oluşturmaktadır. İçerik denetimi ise konu bakımından yetki dışında kalan *konu unsurunun* yanı sıra *sebep ve amaç unsurlarını* da kapsamaktadır. Bu yönüyle Anayasa hukuku çalışmalarında kabul gören hukuki usulde *tümden gelim* yöntemi benimsendiğinden[89] burada da öncelikle esasa ilişkin denetim kapsamında *içerik yönünden denetim* ele alınacak akabinde *konu bakımından yetki* meselesi incelenecektir. Zira yukarıda açıklandığı üzere *konu bakımından yetki* yönünden yapılan denetim, esas denetimin unsurlarından olan konu unsurunun bir parçasından ibaret iken içerik denetimi konu bakımından yetki dışında kalan konu unsuru ile sebep ve amaç unsurlarını da kapsamaktadır.

2.1.2.2.2. Esas Bakımından Denetiminin Unsurları

(a) Sebep Unsuru

Doktrinde idare hukukunda sebebin, idareyi hukuki işlem ihdas etmeye yönelten maddi âmiller olduğu, benzer şekilde bir kanunun sebebinin "*kanunun çıkarılmasında rol oynayan âmiller olarak*" tanımlanabileceği ifade edilmiştir.[90] Buna göre kanun koyucuyu bir kanunun çıkarılmasına sevk eden husus, kanunun sebep unsurunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede örneğin Anayasa'nın 47. maddesinin birinci fıkrasında "*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca kamu hizmeti taşıyan özel teşebbüslerin

[88] Birçok karar arasından bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

[89] **Teziç,** (2018), İstanbul, s. 8-9.

[90] **Özbudun,** (2019), s. 387; Benzer tanım için bkz. **Tan, Turgut** (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 860; **Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2018) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta, s. 565; **Gözler, Kemal** (2020) Türk Anayasa Hukukuna Giriş, 16. Baskı. Bursa, Ekin, s. 338; **Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku, C. 1, 3.Baskı, Bursa, Ekin, s.1008; **Zabunoğlu, Yahya Kazım** (2012) İdare Hukuku, C. 1, Ankara, Yetkin, s.349; **Yıldırım, Turan** (Editör) (2020) İdare Hukuku, 8.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s.497.; **Gözler, Kemal** (2020) Genel Hukuk Bilgisi, 20.Baskı, Bursa, Ekin, s. 94.

devletleştirilebilmesi, "*kamu yararının zorunlu kılması*" sebebinin gerçekleşmesine bağlıdır.[91] Dolayısıyla bu anayasal hüküm çerçevesinde kanunla yapılan devletleştirme işlemlerinin, *sebep unsuru yönüyle* Anayasa'ya uygunluğunun incelenebileceği söylenebilir. Ne var ki Anayasa'da bu şekilde sebep unsuruna yer verilen konuların son derece sınırlı olduğunun belirtilmesi gerekir. Öte yandan sebep unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği de sonucu itibariyle sübjektif bir husus olup bunun somut kuralda gerçekleşip gerçekleşmediği siyasi bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden bu husus kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır ve bu hususta bir denetim yapılması yerindelik denetimi yapılması sonucunu doğurabilecektir.[92] Dolayısıyla anayasa yargısında sebep unsuru yönünden bir denetim yapılmasının oldukça sınırlı bir uygulama alanı bulabileceğinin belirtilmesi gerekir.

CBK yönünden bu husus ele alındığında bu sınırlı uygulama alanının iyice daralacağı hatta bu hususta bir uygulama örneğine rastlanamayabileceği söylenebilir. Zira gerek Anayasa'nın CBK'yı genel olarak düzenleyen hükümlerinde gerek ise Anayasa'nın CBK'yla düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilen hükümlerinde CBK yönünden bir sebep unsuruna yer verilmediği anlaşılmaktadır.

(b) Amaç Unsuru

Genel Olarak

Normun amaç unsuru ile kastedilenin "*o norm ile ulaşılmak istenen nihai sonuç*" olduğu söylenebilir.[93] Kamusal işlemler ancak kamu yararı amacına yönelmeleri halinde hukuki meşruiyete sahip olabilirler. Bu bağlamda anayasal denetime tabi normların da *genel olarak* kamu yararı amacıyla öngörülmesi gerekir.[94] Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında bu husus hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Mahkeme bir kararında bu hususa şu şekilde dikkat çekmiştir:

"Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel,

[91] **Gözler,** (2019a), s. 1123.

[92] **Özbudun,** (2019), s. 387. Bu konuda daha geniş değerlendirmeler için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1123, 1124.

[93] **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 566. İdare hukukunda da idari işlemde amaç unsuru, benzer şeklide "*tasarruftan beklenen nihai netice, gaye*" olarak nitelendirmektedir (**Onar, Sıddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3.Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.316; **Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel** (2020) İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları,s.336).

[94] **Özbudun,** (2019), s. 388. Aynı yönde bkz. **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 566.

objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun, hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir."[95]

Bir başka kararında Mahkeme, kamu yararı ölçütüne göre nasıl denetim yapılacağını daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koymuştur. Mahkeme söz konusu kararında şu ifadelere yer vermiştir:

"Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin ise anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı ve bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır."[96]

Bu çerçevede kamu yararı amacıyla değil kişisel amaçlarla çıkarılan normların Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine esas bakımından aykırı olacağının belirtilmesi gerekir.

Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca normların genel olarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çıkarılması zorunluluğunun yanı sıra Anayasa'da bazı hükümlerinde normların ancak bazı özel amaçlarla çıkarılabileceği yönünde hükümlere yer verilmiştir.[97] Buna göre örneğin Anayasa'nın 13. maddesinde de genel olarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabileceği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinde suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde tutuklanabileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 26. maddesinde ise ancak millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez

[95] AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 124.

[96] AYM, E.2013/114, K.2014/184, 04/12/2014, § 62.

[97] **Özbudun,** (2019), s.388; **Gözler,** (2019a), s. 1124.

bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla ifade hürriyetinin sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Bu çerçevede Anayasa'da ancak özel amaçlara bağlı olarak yapılması mümkün olan düzenlemelerin bu amaçlar dışında başka amaçlarla yapılması (bu amaç genel olarak kamu yararına yönelik olsa da) *kural olarak* normu esas bakımından Anayasa'ya aykırı hale getirecektir.

CBK Denetimi Yönünden

Normun genel olarak kamu yararı amacına yönelik olarak çıkarılması zorunluluğu CBK'lar yönünden de geçerlidir. Buna göre her bir CBK kuralının Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi uyarınca özel çıkarlar için değil kamu yararı amacıyla çıkarılması gerekir. Aksi taktirde CBK kuralı Anayasa'ya aykırı olur. Nitekim Anayasa Mahkemesi CBK'lara ilişkin verdiği ilk kararlarında bu hususu açıklığa kavuşturmuştur. Mahkemenin bir kararında amaç öğesi yönünden anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı ve usulü şu şekilde açıklanmıştır:

> *"38. Hukuk devleti ilkesi gereği CBK'lar kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. CBK kuralının amaç unsuru bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kuralın kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırılık söz konusudur."*[98]

Görüldüğü üzere Mahkeme anılan kararıyla kanunlar yönünden benimsediği, kanunun kamu yararı amacıyla çıkarılması ölçütünü[99] CBK'lar yönünden de aynen benimsemiştir. Ancak Mahkemenin bu ölçüt yönünden çok dikkatli bir inceleme yapması ve yapılan denetimin yerindelik denetimine dönüşmemesine özen göstermesi gerekmektedir. Aksi taktirde yapılan denetimin Teziç'in ifade ettiği üzere "Yargıçlar hükümetine" yol açması

[98] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 39.

[99] Anayasa Mahkemesi kanunun kamu yararı amacıyla çıkarılması gerektiği yönündeki ölçütünü yukarıda belirtilen 4/5/2017 tarihli ve E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017 sayılı karar dışında birçok kararında tekrarlamıştır. Söz konusu kararlar için bkz. E.2016/140, K.2017/92, 12/4/2017, §§ 6,7; E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, §§10,11).

tehlikesi bulunmaktadır.[100]

Mahkemenin amaç unsuru yönünden yaptığı denetimin yerindelik denetimine dönüşmemesi için kanunların denetimi konusunda geliştirdiği ilkeyi CBK'lara da uyguladığı böylece yapılan denetimin hukukilik denetiminden ibaret kalmasını sağladığı söylenebilir. Mahkemenin bu konuda geliştirdiği ilke anılan kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

> "39. *Öte yandan Cumhurbaşkanı, Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği öngörülen konularda Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla CBK çıkarma yetkisini haiz olup düzenlemelerde kamu yararının bulunup bulunmadığını takdir etme yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde Cumhurbaşkanı'nın kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılmış olup olmadığı incelenebilir. Diğer bir anlatımla bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kuralın kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığının denetimiyle sınırlıdır."*

Buna göre Mahkeme amaç unsuru yönünden inceleme yaparken ancak CBK kuralının açıkça kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları amacıyla çıkarıldığını tespit ettiğinde kuralı iptal edebilecektir. Bunun dışında mahkeme kuralla öngörülen aracın kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini, bir başka ifadeyle kuralın öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını değerlendiremeyecektir. Zira böyle bir değerlendirmede bulunmak hukukilik denetiminin sınırlarını aşacağından Mahkemenin de tespit ettiği üzere anayasa yargısının doğasıyla bağdaşmayacaktır.[101]

Hemen belirtmek gerekir ki genel olarak kamu yararı amacı bulunmadığı gerekçesiyle bir kuralın iptal edilmesi Türk anayasa yargısında sık karşılaşılmayan, istisnai bir durumdur. Zira normun konuluş gerekçesinde gösterilen husus genellikle bir kamu yararına karşılık gelmekte olup normun gösterilen kamu yararı amacı dışında bir amaçla getirildiğini belirlemek oldukça zordur. Esasen Gözler'in de belirttiği üzere çoğu zaman normun amacı kuralda yazmamaktadır. Dolayısıyla norm koyucunun söz konusu kuralla nasıl bir sonuca

[100] **Teziç,** (2018), s. 235.

[101] Bkz. AYM, E.2013/114, K.2014/184, 04/12/2014, § 62; Anılan denetimin yerindelik denetimi olacağı konusunda aynı yöndeki değerlendirme için bkz. **Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku, C. 2, 3.Baskı, Bursa, Ekin, s.361.

ulaşmak istediği zihinde oluşan psişik bir vaka olup Anayasa Mahkemesinin norm koyucunun kafasındaki psişik vakayı bilmesi mümkün değildir.[102]

Anayasa Mahkemesi norm koyucunun kafasındaki gerçek amacı bilemeyeceğine ve hukukta niyet okumak suretiyle bir sonuca ulaşılması söz konusu olamayacağına göre amaç unsuru yönünden yapılan denetimin de tıpkı sebep unsuru yönünden yapılan denetime ilişkin sınıflandırmada olduğu gibi çok yararlı sonuçlar sunduğu söylenemez.

Bu durum Anayasa'da ancak özel amaçlara bağlı olarak yapılması mümkün olan düzenlemeler yönünden de geçerlidir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa'da belirtilen özel amaçlara bağlı düzenlemeler esas itibariyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sırasında gündeme gelmektedir. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler CBK'yla düzenlenemez. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik haklar dışında kalan temel hak ve özgürlüklerin anılan hüküm uyarınca CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ise temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik haklar da Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca CBK ile sınırlanamaz. Anayasa'nın anılan hükümleri dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin kural olarak CBK ile sınırlanamayacağı ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla hukuk devleti ilkesi uyarınca CBK'nın genel olarak kamu yararı amacına yönelik olması gereği dışında Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde belirtilen özel amaçları takip etme gereğinin CBK'lar yönünden pek gündeme gelmeyeceği söylenebilir. Dolayısıyla Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde belirtilen özel amaçlara uygunluk ölçütü yönünden CBK'ların denetlenmesinin kural olarak söz konusu olmayacağı ifade edilebilir.

(c) Konu Unsuru

Anayasa hukukunda kanunun konusu deyince kanunun muhtevası anlaşılmaktadır.[103] Bir hukuki işlemin konusu aynı zamanda "*onun doğurduğu hukuki sonuç, hukuk aleminde meydana getirdiği değişikliktir.*"[104]

Bilindiği üzere Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisi geneldir. Buna göre Anayasa'da konu bakımından kanunlar yönünden getirilmiş bir sınırlama bulunmamakta

[102] **Gözler,** (2019a), s. 1125.

[103] **Teziç,** (1972), s. 119; **Özbudun,** (2019), s.389; **Gözler,** (2019a), s. 1127.

[104] **Günday, Metin** (2017) İdare Hukuku, 11. Baskı. Ankara, İmaj, s. 157.

olup kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla dilediği konuda düzenleme yapması mümkündür.[105] Bu durumda Anayasa'da kanunlar yönünden konu bakımından getirilen tek sınırlama kanunun içeriğinin Anayasa'ya aykırı olmamasıdır.[106]

CBK'lar bakımından ise Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında konu bakımından yetki sınırlamaları getirilmiştir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilir. Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler CBK'yla düzenlenemez. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. Anılan sınırlamalar CBK'nın konu bakımından *yetkili olduğu alanı* belirlemektedir.

Buna göre CBK bakımından kanunlardan farklı olarak konu unsuru yönünden ikiye ayrılan bir denetim yapılacağı söylenebilir. Birincisi kuralın *konu bakımından yetki* yönünden incelenmesi, ikincisi ise kuralın *muhteva olarak* Anayasa'ya uygun olup olmadığının denetlenmesidir.

Bir örnek verilmesi meselenin somutlaştırılması bakımından faydalı olacaktır. Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenleneceği öngörülmüştür. Bu çerçevede "*Valilerin atanma usulleri yönetmelikle düzenlenir*" biçiminde bir CBK kuralı söz konusu olduğunda bu kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki kurallara uygun bir düzenleme olacaktır. Zira kural yürütme yetkisine ilişkin olan, anılan fıkranın ikinci cümlesinde belirtilen temel hak ve özgürlükleri düzenlemeyen, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalsa da[107] Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konulardan olduğundan fıkranın üçüncü cümlesine aykırı olmayan ve daha önce kanunda düzenlenmemiş konuda bir kuraldır.

Ancak kural konu bakımından ikinci ikinci test olan içerik incelemesine tabi

[105] **Özbudun,** (2019), s.389.

[106] **Gözler,** (2019a), s. 1127.

[107] Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verildiğinden üst kademe kamu yöneticileri de dahil tüm kamu görevlilerinin atama usul ve esaslarının kanunla belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede valilerin atanma usullerinin belirlenmesi hususunun Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kaldığı açıktır.

tutulduğunda kuralın 104. maddenin dokuzuncu fıkrasına aykırı olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Zira Anayasa üst düzey kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları ilk elden (asli yetki olarak) düzenleme yetkisini CBK'ya tanımış olup yürütmenin diğer düzenleyici işlemleri ile bu hususun ilk elden düzenlenmesi mümkün değildir. Örnek kuralda konuya ilişkin temel kurallar belirlenmeksizin konunun yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın yönetmeliğe tanımadığı bir yetkinin CBK aracılığıyla tanınması anlamına gelir ki bu, Anayasa'nın 104. maddenin dokuzuncu fıkrasına aykırılık teşkil eder.

Bir kuralın *içeriği* (muhtevası) itibariyle (*konu bakımından yetki yönünden değil*) Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilirken düzenlediği konunun Anayasa'da düzenlenmiş olmasına veya olmamasına göre iki farklı ilişki ortaya çıkmaktadır. [108] Burada her iki ihtimale göre durum değerlendirilecektir:

(ca) Kuralın Düzenlediği Konunun Anayasa'da Düzenlenmiş Olma Hali

Genel Olarak

Kuralın düzenlediği konu da Anayasa'da iki hâlde düzenlenmiş olabilir:

i. Kuralın konusunun Anayasa'daki emredici veya yasaklayıcı bir hükmün konusunu oluşturması,
ii. Kuralın düzenlediği konuyla ilgili Anayasa'da bazı "esaslar (ilkeler)" belirlenmiş olması,

halleri. [109]

Teziç, Erdoğan ve Gözler'in ifade ettiği üzere: Eğer bir kural Anayasa'da öngörülen emredici veya yasaklayıcı hükmün hilafına bir düzenleme getiriyor ise bu kural içeriği itibariyle Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu bağlamda Anayasa'nın 18. maddesinde "*Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır."* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre angarya yasağına aykırı olarak kişilerin zorla çalıştırılmasına izin veren bir norm konu bakımından Anayasa'nın 18. maddesini ihlal etmiş olacaktır. Aynı şekilde eğer bir kural Anayasa'da belirtilen esaslardan/ilkelerden farklı bir düzenleme öngörüyor ise bir başka ifadeyle kural Anayasa'da düzenlenen bir hususla ilgili olarak Anayasa'nın uyulmasını istediği bir esastan/ilkeden farklı bir esas/ilke öngörüyorsa bu kural da konu itibariyle Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu çerçevede örneğin Anayasa'nın 73. maddesinde "*Herkes, kamu giderlerini*

[108] **Gözler,** (2019a), s. 1127.

[109] **Gözler,** (2019a), s. 1127.

karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre vergilendirmenin *mali güç esası*na göre düzenlenmesi gerekir. *Mali güç* yerine başka bir esası kabul eden kural Anayasa'nın 73. maddesini konu bakımından ihlal edecektir. Aynı şekilde Anayasa'nın 46. maddesinde "*Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir."* denilmiş, 48. maddesinde ise "*Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre kamulaştırmanın veya devletleştirmenin gerçek karşılık esası üzerinden değil başka bir esasa göre yapılmasını öngören kural konu bakımından Anayasa'nın 46. veya 47. maddelerine aykırı olacaktır.[110]

CBK Yönünden

CBK açısından meseleye bakıldığında anılan örneklerde belirtilen hususların gündeme gelmesi pek mümkün görünmemektedir. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine göre CBK'yla Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin düzenleme yapılamaz. Buna göre angarya yasağı, vergi ödevi veya mülkiyet hakkıyla ilgili CBK'yla düzenleme yapılamayacağından yukarıda belirtilen örneklerdeki anayasal sorunların ortaya çıkmasının çok beklenen bir durum olmayacağı söylenebilir. Ancak söz konusu haklar ve yükümlülükler açısından bunun gündeme gelmesi pek mümkün değilse de Anayasa'da belirlenen özerklik gibi ilkeler yönünden içerik bakımından Anayasa'ya aykırı CBK'lar yapılması mümkündür.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nın 14. maddesinin iptali talebiyle açılan iptal davasında maddede yer alan iki CBK kuralını Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan özerklik ve tarafsızlık

[110] **Teziç,** (1972), s. 120-122; **Özbudun,** (2019), s.389-390; **Gözler,** (2019a), s. 1127-1128. Anayasa Mahkemesi 1965 tarihli bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*…bir hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için, onun Anayasa'nın açıkça belirttiği bir hususun aksi istikametinde bir hükmü kapsaması gerekir. Yani Anayasa herhangi konuda emredici veya yasaklayıcı bir kural koymuşsa bunun düzenlenmesini kanun koyucunun takdirine bırakmış demektir.*" AYM, E.1965/18, K.1965/53, 11/10/1965.

Kamulaştırma yönünden aynı durum peşin ödeme esası yönünden de geçerlidir. Buna göre kamulaştırmada peşin ödeme esasını değil taksitli ödemeye öngören kural yine konu bakımından Anayasa'nın 46. maddesine aykırı olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında başka sebeplerle birlikte kamulaştırmada peşin ödemeyi değil taksitli ödeme esasına benimseyen kuralı Anayasa'ya aykırı görerek iptal etmiştir (bkz. AYM, E.2016/181, K.2018/111, 20/12/2018, § 73).

ilkesine aykırı bularak iptal ettiği görülmektedir.

Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır."* hükmüne yer verilmiştir. Anılan hüküm uyarınca Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu ve Anadolu Ajansı özerk kurumlar olup bunlara ilişkin düzenlemelerin özerklik ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

Anılan davaya konu 14. maddenin metni şöyledir:

> "*(1) Başkanlık her yıl kendi bütçesinin Anadolu Ajansı bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Anadolu Ajansı ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olup; Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine de sahiptir. Bu denetime ilişkin usul ve esaslar Başkanlıkça belirlenir. Yapılacak sözleşmede Anadolu Ajansı yöneticilerinin atanma yolları da belirlenir*."

Anılan kuralda Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı (Başkanlık) ile Anadolu Ajansı arasındaki ilişkiler düzenlenmiş, bu kapsamda Başkanlığın Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine sahip olduğu ve yapılacak sözleşmede Anadolu Ajansı yöneticilerinin atanma yollarının da Başkanlıkça belirleneceği hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda altı çizili cümleleri konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya uygun bulan Anayasa Mahkemesi, içerik bakımından yaptığı denetimde Anadolu Ajansının Anayasa'nın 133. maddesi uyarınca özerk bir kuruluş olarak tarafsız habercilik faaliyeti yürüttüğü, merkezi idareyi temsil eden Başkanlığın Anadolu Ajansının faaliyet, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisi kullanmasının ve Anadolu Ajansı yöneticilerinin atanma yollarının Başkanlıkça belirlenmesinin özerklik ve tarafsızlık ilkeleriyle bağdaşmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, anılan kurallardan maddenin birinci cümlesinde yer alan "…*faaliyet,…", "…örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi*…" ibareleri ile üçüncü cümlesini içerik bakımından Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Mahkemenin konuya ilişkin gerekçesi şöyledir:

> *"41. Kuralın birinci cümlesinde Ajansın bütçesinin yanı sıra faaliyeti, örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerindeki denetimin de merkezî idare tarafından yapılması öngörülmektedir. Ajansın şirket olarak temel amacı, yurt içinde*

ya da yurt dışındaki olaylarla ilgili doğru, çabuk, tarafsız, çağdaş haber ve fotoğraf, görüntü ve multimedya istihbaratı yaparak topladığı bilgiyi basın ve yayın abonelerine ulaştırmaktır. Bu itibarla Ajansın faaliyetlerinin yürütmenin içinde yer alan ve Cumhurbaşkanlığına bağlı Başkanlıkça denetlenmesi, Ajansın özerkliğiyle bağdaşmadığı gibi yayınlarının tarafsızlığını da etkileme ihtimalini barındırmaktadır.

42. Öte yandan Ajansın örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerinde Başkanlığın denetim yetkisine sahip olması da Ajansın kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusundaki serbestisini ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kamu tüzel kişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır…

52. Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen haber ajanslarının özerkliği, Ajansın kendi yönetim ve örgütlenmesine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda gerekli yetkiyle donatılmış olmasını ve Ajansın dış etkilere karşı korunmasını güvence altına almaktadır. Bu itibarla Ajansın yöneticilerinin atanma yollarının her yıl yenilenen sözleşme ile belirlenmesi, Ajansın Anayasa'nın anılan maddesi gereğince sahip olduğu özerkliği anlamsız kılmaktadır."[111]

Keza Anayasa'daki emredici veya yasaklayıcı bir hükmün konusunu oluşturan bir hususun CBK'yla düzenlenmesi de mümkündür. Bu çerçevede Anayasa'da CBK'yla düzenleme yapılacağı belirtilen konular kapsamında kalan bir hususun CBK tarafından ilk elden düzenlenmeyip bunun yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerine bırakılması, Anayasa'nın emredici veya yasaklayıcı hükümlerinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu bağlamda örneğin Anayasa'nın 104. maddesinin on birinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir:

"*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*"

Anılan hükümde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile

[111] AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020.

teşkilatının kurulması emredici ve asli bir yetki olarak CBK'ya verilmiştir. Buna göre Anayasa'da kanunlar yönünden olduğu gibi başka bir yetkilendirici hüküm bulunmadıkça[112] anılan konularda sadece CBK ile düzenleme yapılması gerekir. CBK dışında başka bir idari işlemle anılan konularda asli düzenleme yapılması Anayasa'nın emredici hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Elbette bu anılan konuda yürütme organının türev işlemleri ile hiçbir düzenleme yapılmayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak türev işlemlerle bir düzenleme yapılabilmesi için öncelikle konuya ilişkin temel çerçevenin CBK ile çizilmiş olması gerekir. Aksi taktirde Anayasa'nın sadece CBK'ya vermiş olduğu asli düzenleme yetkisi yürütmenin türev işlemleriyle kullanılmış olacaktır ki bunun Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Bu çerçevede örneğin bir CBK'yla yeni bir bakanlığın sadece kurulmasıyla yetinilip söz konusu bakanlığın görev, yetki ve teşkilatıyla ilgili düzenlemenin Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasındaki emredici hükme aykırılık teşkil edecektir. Zira kurulacak yeni bakanlığın kuruluş, görev, yetki ve teşkilatına ilişkin temel çerçeve ve ana kurallar konulmadan konun düzenlenme yetkisinin yönetmeliğe verilmesi, Anayasa'nın münhasıran CBK'ya tanımış olduğu asli düzenleme yetkisinin yönetmeliğe devredilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu ise 106. maddenin ihlal edilmesi anlamına gelecektir.

Anayasa Mahkemesinin de CBK'ya ilişkin olarak bugüne kadar vermiş olduğu kararlardaki yaklaşımı aynı yöndedir. Yüksek Mahkeme 30/12/2020 tarihli ve E.2019/71, K.2020/82 sayılı kararında bu yaklaşımını şu şekilde temellendirmiştir:

> *"44. 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlı olmak kaydıyla Cumhurbaşkanı'na doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanı'na genel olarak verilen CBK çıkarma yetkisinin yanı sıra Anayasa'nın bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir (bkz. §§ 5, 6).*
>
> *45. CBK çıkarabilme yetkisinin bir sonucu olarak CBK ile düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin düzenleme yetkisinin Cumhurbaşkanı'nca CBK çıkarmak suretiyle kullanılması ve bu yetkinin idareye bırakılmaması gerekir. Anayasa koyucu*

[112] Aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisi asli ve genel bir yetkidir. Öte yandan Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kanuniliği ilkesine yer verilmiştir. Buna göre 106. maddenin son fıkrasında belirtilen konularda kural olarak kanunla düzenleme yapılması mümkün olup aynı konuda CBK ile de düzenleme yapılabilmesi 123. maddenin birinci fıkrasının istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla anılan konularda sadece CBK ile düzenleme yapılabileceği yönündeki değerlendirme kanunları kapsamamaktadır.

tarafından CBK'ya tanınan asli bir yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Aksi uygulama ilgili konunun CBK ile düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırı olacaktır.

46. CBK'nın temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden idareye düzenleme yetkisi vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakmaması, diğer bir ifadeyle Cumhurbaşkanı'nın CBK ile düzenlemesi gereken konulardaki bu yetkisini devretmemesi gerekir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür."[113]

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin genel ilkeyi/içtihadı bu şekilde belirledikten sonra anılan kararda belirtilen genel ilkeyi iptali istenilen somut kurala şöyle uygulamıştır:

Davada başka kurallarla birlikte 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nın 14. maddesinin iptali talep edilmiştir. 14. madde şu şekildedir:

"*(1) Başkanlık her yıl kendi bütçesinin Anadolu Ajansı bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Anadolu Ajansı ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olup; Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine de sahiptir. Bu denetime ilişkin usul ve esaslar Başkanlıkça belirlenir. Yapılacak sözleşmede Anadolu Ajansı yöneticilerinin atanma yolları da belirlenir.*"

Mahkeme içerik denetimine geçmeden önce maddede belirtilen hususlarda konu

[113] Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koyan ilk karar bu değildir. Mahkeme aynı yaklaşımı 12/06/2020 tarihli ve E.2019/105, K.2020/30 sayılı kararında ilk defa ifade etmiştir: Kararın ilgili paragrafı şöyledir:

> *"36. Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların teşkilatı kapsamında yurtdışı teşkilatı kurulması yetkisi CBK'ya tanınmış olup CBK'ya tanınan bu asli yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür."*

bakımından yetki yönünden CBK ile düzenleme yapılıp yapılamayacağını incelemiştir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığının bağlı kuruluşu olan Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığının (Başkanlık) *Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında CBK ile düzenlenebileceğine* hükmeden Anayasa Mahkemesi, maddede Başkanlığın görev ve yetkilerinin düzenlendiği, dolayısıyla maddenin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[114]

Anayasa Mahkemesi içerik denetimine geçtikten sonra maddede Başkanlığın Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine sahip kılındığı, konu bakımından yetki yönünden CBK'yla Başkanlığa anılan şekilde görev ve yetkiler verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı[115], ancak anılan hususlarda CBK'yla temel kurallar ve genel çerçeve belirlenmeksizin düzenleme yapma yetkisinin Başkanlığa bırakıldığı, bunun ise Anayasa'nın bakanlıkların görev ve yetkilerinin CBK ile düzenleneceğini belirten 106. maddesinin on birinci fıkrasına içerik bakımından aykırılık teşkil edeceği sonucuna ulaşmıştır.[116]

---

[114] Mahkeme bu hususu kararında şöyle açıklamıştır:

> "*27. …CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir. Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre bakanlık bünyesinde kurarak teşkilatını düzenleyebileceği bir kurumu tercihen Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum veya kuruluş olarak kurması hâlinde ilgili kurum ve kuruluş için Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen sınırlardan dolayı CBK ile düzenleme yapamayacağının kabulü Anayasa'nın genel sistematiğine ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konusunda CBK çıkarma yetkisi tanıyan anayasal hükmün amacına aykırı olacaktır.*
>
> *28. Bu itibarla kuralın ilişkin olduğu Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların görev ve yetkisi konusunun Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenmesi açıkça hükme bağlanmış olan bakanlıklara dair yetki kapsamında kaldığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair düzenlemelerin CBK ile yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir."*

[115] Mahkeme konu bakımından yetki yönünden bu görüşte iken içerik bakımından farklı sonuca ulaşmış ve sadece ikinci cümleyi değil birinci cümlenin de bazı ibarelerini iptal etmiştir (bkz. AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020, § 43).

[116] Mahkemenin konuya ilişkin iptal gerekçesi şöyledir:

> *"47. Dava konusu kuralın birinci cümlesinde Ajansın faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde Başkanlığın denetim yetkisine sahip olduğu hüküm altına alınmış, ikinci cümlesinde ise bu denetime ilişkin usul ve esasların Başkanlıkça belirleneceği düzenlenmiştir.*
>
> *48. Kuralın ikinci cümlesiyle Ajansın denetimine ilişkin temel ilkeler konulmadan ve çerçeve çizilmeden Başkanlığa sınırları belirsiz bir alanı düzenleme yetkisinin verilmesi, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na tanıdığı düzenleme yetkisinin idareye bırakılması sonucunu doğurmaktadır."*

(cb) Kuralın Düzenlediği Konunun Anayasa'da Düzenlenmemiş Olması

Yasama yetkisinin asliliği ilkesi uyarınca kanun koyucu Anayasa'da yer almayan bir konuda da düzenleme yapabilir. Bir başka ifadeyle kanunla bir konuda düzenleme yapılabilmesi için o konunun Anayasa'da öngörülmüş olması gerekmemektedir. Bu durumlarda kanunun düzenlediği konunun Anayasa'da düzenlenmemiş olması durumunda kuralın konu bakımından Anayasa'ya aykırı olması mümkün olmayacaktır.[117]

Anayasa Mahkemesi de 1963 tarihli bir kararında bu hususa şöyle vurgu yapmıştır:

> "*İptal isteminde, milletvekili seçilebilmek için Anayasa'nın 68 inci ve Cumhuriyet Senatosu Üyeliğine seçilebilmek için de Anayasa'nın 72 nci maddelerinde belli bir yaş kabul edildiği halde, seçmenlik için herhangi bir yaş kabul edilmemiş olmasının, Anayasa'nın, seçmen olabilmek konusunda Medenî Kanun uyarınca reşit olmayı yeterli saydığına delâlet eylediği yollu ileri sürülen gerekçede isabet görülmemiştir. Aksine, Anayasa tasarısının 66 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "18 yaşını dolduran ve kısıtlı veya kamu hizmetinden yasaklı olmıyan her Türk, Millet Meclisi seçimlerinde seçmendir." şeklindeki hükmünün metinden çıkarılmış bulunması seçmenlik için Anayasa'nın yaş tâyin etmek istemediğini ve bunu Özel kanuna bıraktığını gösterir. Nitekim Anayasa'nın 55 inci maddesinin birinci fıkrasında (Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptir) denilmiştir. Buna göre seçmenlik yaşının belirtilmesi bir Anayasa meselesi değildir.*"[118]

Görüldüğü üzere Mahkeme Anayasa'da düzenlenmemiş bir konuda hüküm getiren kuralların konu bakımından Anayasa'ya aykırı olamayacağını kabul etmekte, zira bu hususun bir "*Anayasa meselesi*" olmadığını değerlendirmektedir.[119]

CBK bakımından mesele ele alındığında da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca yürütme yetkisine ilişkin konularda Anayasa'nın sınırlayıcı diğer hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla CBK'yla ilk elden düzenleme yapılabilir. Bir başka ifadeyle CBK'yla da kanun

---

[117] **Özbudun,** (2019), s.390; **Gözler,** (2019a), s.1128.

[118] AYM, E.1963/192, K.1963/161, 21/06/1963. Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.1963/199, K.1965/16, 16/03/1965.

[119] **Özbudun,** (2019), s.390.

gibi yürütme yetkisine ilişkin konularda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki kurallara aykırı olmamak kaydıyla Anayasa'da düzenlenmemiş bir konuda ilk elden düzenleme yapmak mümkündür. Böyle bir düzenleme yapıldığında kuralın konu (içerik) bakımından Anayasa'ya aykırı olması durumu söz konusu olmayacaktır. Zira Anayasa Mahkemesinin tabiriyle ortada bir "*Anayasa meselesi*" bulunmayacaktır.

2.1.2.2.3. Esas Bakımından Denetim Unsurlarının Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere idare hukukundan esinlenerek anayasa yargısında uygulanması önerilen sebep, amaç ve konu unsurlarına dayalı sınıflandırma esas alınarak normun anayasallığının incelenmesinden yeterli fayda elde edilememektedir. Bu nedenle olsa gerek Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimini yaparken anılan sınıflandırmaya dayalı bir denetim yapmamakta, *esas inceleme* genel başlığı altında bir inceleme yapmayı tercih etmektedir. Bu genel başlık altında ağırlıklı olarak konu unsuru yönünden inceleme yapan Mahkeme bazen amaç unsuru yönünden inceleme yapmakta sebep unsuru yönünden ise çok nadir veya neredeyse hiç inceleme yapmamaktadır. Bir başka ifadeyle Mahkeme kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimini yaparken sebep, amaç ve konu unsuru yönünden bir sınıflandırmaya gitmeksizin esas inceleme başlığı altında tek aşamalı bir inceleme yapmakta ve kuralı genellikle konu ve bazen amaç unsuru temelinde incelemektedir.

CBK yönünden ise Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında kanunlardan farklı olarak Anayasa'da *konu bakımından yetki yönünden* bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu durum (KHK'ların yargısal denetiminde olduğu gibi) CBK'ların iki aşamada denetlenmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede CBK'nın yargısal denetiminde öncelikle CBK'nın Anayasa'da öngörülen konu bakımından yetki sınırları içerisinde çıkarılıp çıkarılmadığının (Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen kurallara uygun olarak ihdas edilip edilmediğinin) incelenmesi gerekmektedir. Yapılacak bu ilk denetim sonucunda CBK kuralının Anayasa'ya uygun olduğu tespit edilirse bundan sonra içeriği itibarıyla Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılabilecektir.

Burada içerik denetimi kapsamında yapılan incelemenin esas inceleme başlığı altında yukarıda incelenen unsurların konu unsuru alt başlığı altında incelenen *konu bakımından yetki unsuru* hariç tüm unsurları kapsadığının belirtilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi bu başlık altında (varsa) sebep ve amaç unsurları ile konu unsurunun *konu bakımından yetki unsuru* dışındaki kısımlarını incelemektedir. Bu bağlamda Anayasa

Mahkemesinin tıpkı olağan dönem KHK'larında olduğu gibi CBK kurallarını iki aşamada incelediği görülmektedir.[120]

CBK'nın iki aşamada ve önce *konu bakımından yetki* yönünden sonra *içeriği* itibariyle incelenmesinin pratik faydaları da bulunmaktadır. İçeriği itibariyle Anayasa'ya uygun olan bir norm konu bakımından yetki kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa yine de iptal edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla önce konu bakımından yetki yönünden akabinde içerik yönünden bir inceleme yapılması konu bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu için içerik bakımından inceleme yapılmasına gerek olmayan CBK kuralı yönünden fuzuli zaman ve emek kaybını önlemektedir.

CBK'nın iki aşamada incelenmesi onun iki aşamalı bir oylamaya tabi olması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Zira bir kuralı konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi üyelerinin içerik bakımından kuralı Anayasa'ya uygun bulması veya tersi mümkündür. Bu çerçevede iki aşamalı bir oylamanın yapılmaması, üyelerin oylarının iradelerine aykırı olacak şekilde toplanmasına, dolayısıyla iradelerinin oylama sonucuna yansımaması gibi sorunlara yol açabilir. Bu bağlamda örneğin tek aşamalı oylamada on beş üyeli Anayasa Mahkemesi heyetinde yedi üyenin CBK kuralını konu bakımından yetki kurallarına aykırı görmesi, sekiz üyenin görmemesi ancak bu sekiz üyeden ikisinin de kuralı içerik bakımından Anayasa'ya aykırı bulması, diğer tüm üyelerin içerik bakımından kuralı Anayasa'ya uygun bulmaları durumunda kuralın iptal edilmesi gerekecektir. Bunun üyelerin iradesini yansıtan bir durum olduğu söylenemeyecektir. Zira gerçekte konu bakımından da içerik bakımından da kuralın Anayasa'ya aykırılığını tespit edecek çoğunluk sağlanamamış olacaktır. Nitekim Mahkemenin de gerek KHK'lara ilişkin uzun yıllara sâri kararlarında gerekse CBK'ya ilişkin kararlarında iki aşamalı oylama usulünü benimsediği görülmektedir.[121]

CBK'nın konu bakımından yetki unsuru yönünden denetimi sorununa geçmeden önce burada kısaca Anayasa Mahkemesinin CBK'nın içerik denetimini hangi Anayasa maddelerini esas alarak yaptığının üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır.

[120] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

[121] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

2.1.2.2.4. İçerik Denetimi ve Anayasa Mahkemesinin İçerik Denetiminde Ölçü Norm Olarak Kullandığı Anayasa Hükümleri

Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi içerik denetimini bazen amaç unsuru üzerinden genellikle de konu unsuru üzerinden incelemektedir. Sebep unsuru ise çok fazla gündeme gelmemektedir.

Anayasa Mahkemesi amaç unsuru yönünden inceleme yaparken Anayasa'nın 2. maddesine dayanmakta ve hukuk devletinde kanunların olduğu gibi CBK'ların da ancak kamu yararı amacıyla çıkarılabileceğini kabul etmektedir. Buna göre Yüksek Mahkeme kamu yararı amacı dışında kişisel yarar amacıyla çıkarılan kuralların Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğini değerlendirmektedir.[122] Ancak Anayasa Mahkemesinin CBK'ya ilişkin bugüne kadar vermiş olduğu kararları incelendiğinde Mahkemenin bu nedene dayalı olarak bir iptal kararı vermediği gözlemlenmektedir.

Yüksek Mahkemenin içerik denetimi yaparken ağırlıklı olarak incelemesini konu unsuru yönünden yaptığı anlaşılmaktadır. Ancak burada kastedilen unsurun *konu bakımından yetki unsuru yönünden yapılan incelemeyi değil konunun yetki unsuru dışındaki unsurları yönünden yapılan denetimi kapsadığının* bir kez daha altının çizilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle bu başlık altında CBK'lar yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kuralları yönünden bir inceleme yapılmamakta, kuralın Anayasa'daki emredici veya yasaklayıcı bir hükmün hilafına veya kuralın düzenlediği konuyla ilgili Anayasa'da hüküm altına alınan bir ilkeye/esasa aykırı bir düzenleme getirilip getirilmediği incelenmektedir.

Bu çerçevede Mahkemenin yetki hariç olmak üzere konu unsuru bakımından yaptığı denetimde de ağırlıklı olarak 2. maddeyi ölçü norm olarak kullandığı ve bu incelemeyi hukuk devletinin alt ilkesi olan *hukuki belirlilik* ilkesine göre yaptığı anlaşılmaktadır.

Mahkemeye göre:

[122] Bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 38. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:
"*38. Hukuk devleti ilkesi gereği CBK'lar kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. CBK kuralının amaç unsuru bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kuralın kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırılık söz konusudur."*

"24. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Yasal düzenlemeye dayanılarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması koşuluyla yargısal içtihatlar ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

25. Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında yer alan hukuki güvenlik ilkesi kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlarken belirlilik ilkesi ise kanunlar gibi CBK'ların da hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir…"[123]

Bu çerçevede Mahkemenin hukuk devletinin belirlilik alt ilkesi yönünden yaptığı denetimin genel olarak kuralın düzenlediği konuyla ilgili Anayasa'da hüküm altına alınan bir ilkeye veya esasa aykırı bir düzenleme yapılıp yapılmadığının denetimi olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Ancak yukarıda örneklendirildiği üzere Mahkeme Anayasa'da belirlenen ilke/esaslara aykırı bir düzenleme yapılıp yapılmadığını ağırlıklı olarak 2. maddeden incelese de bazen anılan madde dışında Anayasa'nın 133. maddesindeki özerklik ilkesi örneğinde olduğu gibi CBK kuralı konusunda Anayasa'da düzenlenen esaslari/ilkeleri düzenleyen hükümleri de içerik bakımından anayasal denetime dayanak alabilmektedir.[124]

Anayasa Mahkemesi kuralda CBK'ya verilen asli düzenleme yetkisinin türev nitelikteki diğer düzenleyici işlemlere bırakılması ihtimalinin olduğu durumlarda ise 2. madde kapsamında değil CBK kuralına konu düzenleme yetkisini hangi Anayasa hükmü veriyor ise o maddeyi ölçü norm alarak içerik denetimi yapmaktadır.

Buna göre yukarıda da örnekleri gösterildiği üzere eğer kuralda bakanlıkların kurulması, görev ve yetkileri ve teşkilatına ilişkin bir konu düzenlenmiş, ancak bu konuda

[123] AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/01/2020, §§ 24, 25.

[124] Bkz. AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020 §§ 34-43; 50-53.

CBK ile düzenleme yapılmayıp düzenleme yapılması yönetmeliğe veya başka bir idari organa bırakılmış ise Anayasa Mahkemesi içerik denetimini Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında yapmaktadır.[125] Eğer kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin CBK'ya verilen bir yetki devri iddiası veya ihtimali söz konusu ise Anayasa'nın bu konuda CBK'ya yetki veren 123. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında bir inceleme yapmaktadır.[126]

Mahkemece yukarıda benimsenen yaklaşımdan yola çıkılarak CBK'nın kendisinin düzenleme yapmayıp düzenleme yapma yetkisini türev nitelikteki düzenleyici işlemlere veya idari birimlere bıraktığı durumlarda Anayasa Mahkemesinin:

- Üst kademe kamu yöneticilerinin atama usul ve esaslarına ilişkin bir düzenlemede Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasını,
- Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerine yönelik bir düzenlemede Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasını,
- Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerine ilişkin bir düzenlemede ise Anayasa'nın 118. maddesinin altıncı fıkrasını,

ölçü norm alarak bir içerik incelemesi yapacağını öngörmek mümkündür.

CBK'nın içerik denetiminin kapsamı ve inceleme yöntemi ile Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadı ele alındıktan sonra CBK'nın esas denetimi kapsamında bir başka aşamayı ifade eden konu bakımından yetki unsuru denetimi ele alınabilir.

2.1.2.2.5. CBK Kurallarının Konu Bakımından Yetki Yönünden Denetimi

CBK'nın anayasal denetiminde Anayasa Mahkemesi açısından asıl zorlu ve kritik olan kısmın CBK'nın konu bakımından yetki kuralları yönünden incelenmesi aşaması olduğu söylenebilir. Zira yukarıda ifade edildiği gibi CBK yönünden çok sayıda ve sıkı denebilecek yetki kuralları düzenlenmiştir. Mahkemenin içerik denetimi aşamasına geçebilmesi için bu yetki kurallarının her birini değerlendirmesi ve bu aşamada kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Öte yandan daha önce de ifade edildiği üzere başkanlık sisteminin bir kurumu olan CBK'nın, anılan sistem dikkate alınarak dizayn edilmiş yeni bir Anayasa'ya göre değil parlamenter sisteme göre yazılmış bir

[125] Bkz. AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, §§ 35-39.

[126] Bkz. AYM, E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, §§24-28.

Anayasa'ya kısmi değişiklikler yapılmak suretiyle eklenmesi, bu kurumun tüm anayasal kurallarla uyumlu ve tutarlı anayasal ilkelerinin ortaya konulmasını zorlaştırmaktadır.[127]

Bazı unsurları itibariyle KHK'ya benzese de bu konseptiyle CBK yepyeni bir kurumu ifade etmekte, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi altmış yıla yaklaşan tarihinde böyle bir norm türüyle ilk defa karşılaşmaktadır. Bu çerçevede doktrinde kimi yazarlarca CBK'nın adeta KHK'nın bir tür yeni görünümü veya devamı yahut parçasıymış gibi ele alınmasının bu kurumun Anayasa'da öngörülen doğasıyla bağdaşmadığı ve bunun CBK kurumunun daha da fazla yanlış anlaşılmasına neden olabildiği değerlendirilmektedir.[128] Dolayısıyla kurumun yeni olması da yukarıda belirtilen denetimin zorluğunu artırmaktadır. Bu itibarla CBK'nın konu bakımından denetimi sorunu bu çalışmanın ağırlıklı konularından birini oluşturmaktadır.

CBK'ya konu bakımından getirilen sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde şöyle açıklanmıştır: 1) Cumhurbaşkanı ancak *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabilir. 2) Anayasa'nın *ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler* CBK'yla düzenlenemez. 3) Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamaz. 4) Kanunda *açıkça düzenlenen konularda* CBK ile düzenleme yapılamaz.

Anılan bu sınırlamalar CBK'ların konu bakımından yetki unsuru denetiminde dikkate alınması gereken ölçütleri ifade etmektedir. Aşağıda konu yönünden denetimin ölçütleri ayrı ayrı değerlendirilecektir. Ancak bu ölçütler yönünden değerlendirme yapılmadan önce konu bakımından yetki yönünden yapılan denetimin bu çalışmada benimsenen kabulün aksine esas denetimi değil şekil denetimi olduğu ileri sürülebileceğinden öncelikle bu denetimin *niteliğinin* açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

---

[127] **Ar-İç Raporu**, s. 5; **Gözübüyük/ Tan** (2019), s. 98.

[128] Bu bağlamda örneğin Aslan eserinde CBK'larla ilgili tarihsel süreci açıklarken CBK'lardan hemen önce KHK'lardan söz etmekte ve KHK'yı detaylı bir şekilde incelendikten sonra Cumhurbaşkanlığı Sistemi döneminde KHK'nın karşılığının CBK olduğuna işaret etmektedir. Bkz. **Aslan,** (2019b), s.227-261. Anayasa koyucunun da benzeri bir yaklaşımla Anayasa'da KHK yazan her ibareyi CBK'yla değiştirdiği, ancak bu kurumlardan birinin parlamenter sistemin diğerinin ise başkanlık sisteminin enstrümanı olması nedeniyle bunun birçok konuda sorun yaşanmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede her iki kurumun mahiyeti birbirinden oldukça farklı olup CBK'yı KHK üzerinden okumanın çok çeşitli sorunlara yol açabileceği değerlendirilmektedir. Elbette ki bu anılan kurumların karşılaştırılmasının CBK kurumunun daha iyi anlaşılmasına katkı sunmayacağı anlamına gelmemektedir.

(a) Konu Bakımından Yetki Unsuru Denetiminin Niteliği

CBK'ların konu bakımından denetimine ilişkin anayasal ölçütler yönünden yapılacak denetimin, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen *şekil veya esas bakımından denetim* türlerinden hangisine karşılık geldiği belirlenmelidir. Zira bu belirleme, sadece söz konusu denetimin Anayasa'nın anılan hükmü yönünden neyi ifade ettiğinin kuramsal olarak açıklanması açısından değil şekil denetimine bağlanan neticeler bakımından da son derece önem arz etmektedir.

6216 sayılı Kanun'un şekil bakımından iptal davası ve sınırını düzenleyen 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasında şekil bozukluğuna dayanan Anayasa'ya aykırılık iddiasının mahkemeler tarafından ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre şekil bakımından aykırılık iddialarının itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşınması mümkün olmayıp bu yol iptal davasına mahsus kılınmıştır. Bu çerçevede konu bakımından yetki unsuru yönünden yapılan denetimin şekil bakımından denetim olarak nitelendirilmesi halinde bu unsura ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddialarına karşı itiraz yolunun kapalı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla konu bakımından yetki unsuru yönünden yapılan denetimin niteliğinin belirlenmesi, yukarıda da ifade edildiği üzere sadece teorik bir tartışmayı değil CBK kuralının denetim imkânının daraltılıp daraltılmaması yönünden pratik bir soruna da tekabül etmektedir.

Anayasa değişikliklerinin ve kanunların aksine CBK'ların şekil bakımından denetiminin hangi unsurları kapsadığı konusunda Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'da bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla bunun CBK kurallarının konu yönünden denetim ölçütlerini düzenleyen Anayasa hükümlerinin ve buna ilişkin yapılan denetimin mahiyeti dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.

Doktrinde, şekil bakımından denetim "*işlemin dış unsurlarına*", esas bakımından denetim ise "*işlemin içeriğine*" ilişkin denetim olarak tanımlanmıştır.[129] İşlemin dış unsurlarına yönelik yapılan denetimin şekil denetimi olarak tanımlanması yerinde ise de esas bakımından denetimin işlemin içeriği ile sınırlandırılmasının kavram karmaşasına neden olması mümkündür. Dolayısıyla esas bakımından denetimin şekli denetimin karşıtı olarak işlemin maddi yönden denetimi olarak tanımlanmasının daha doğru olacağı söylenebilir. Zira maddi yönden yapılan denetim kuralın içeriği yanında onun konu bakımından yetki yönünden de incelenmesini içeren daha geniş bir kavrama karşılık gelmektedir. Bu bağlamda

[129] **Ülgen,** (2016), s. 128; Aynı yönde: **Teziç,** (2018), s. 224 vd.

Kıratlı'nın belirttiği gibi bir işlemin *yetkili organ tarafından yapılıp yapılmadığının* incelenmesi şekil bakımından denetim kapsamında kalırken söz konusu *organın Anayasa'nın kendisine tanıdığı yetki alanında işlem yapıp yapmadığının* incelenmesi maddi bakımından denetimin kapsamı içinde kalmaktadır.[130] Esasen Ülgen'in de tespit ettiği üzere öğretide genel olarak yetki unsuru yönünden yapılan denetimin şekil denetimi kapsamında görülmediği, şekil denetiminin daha çok usule ilişkin kurallara uyulup uyulmadığına ilişkin bir denetim olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.[131] Nitekim Anayasa Mahkemesi de konu bakımından yetki unsuru yönünden yapılan denetimi *esas bakımından denetim* olarak görmesine rağmen bu incelemeyi içerik başlığı altında değil bağımsız bir başlık altında incelemektedir.[132]

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar yönünden getirilen konu sınırlamaları, CBK koyucunun düzenleme yapmakla yetkili olduğu alanı belirlemektedir. Buna göre fıkranın birinci cümlesi Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceğini, ikinci cümlesi kuralda belirtilen temel hak ve özgürlüklerin CBK'yla düzenlenemeyeceğini, üçüncü cümlesi Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenleneceği öngördüğü konularda CBK çıkarılamayacağını ve nihayet dördüncü cümlesi kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK'yla düzenleme yapılamayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla söz konusu kurallarla getirilen ölçütler CBK'nın usule ilişkin kurallara uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetlenmesine değil, CBK koyucunun kendisine Anayasa'da tanımlanan yetki alanında işlem yapıp yapmadığının denetlenmesine yönelik kurallardır. Bu nedenle bunların CBK'nın dış unsuruna yönelik bir şekli denetim olarak nitelendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Doktrinde konu bakımından yetki unsuru yönünden yapılan denetim şekil denetimi olarak nitelendirmiş ve bu konuda Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarına dayanılmıştır.[133]

---

[130] **Kıratlı, Metin** (1966) Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 134.

[131] **Ülgen,** (2016), s. 129. Bu bağlamda bkz. **Aliefendioğlu, Yılmaz** (1996) Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara, Yetkin, s. 310, s. 79-82; **Kaboğlu, İbrahim Ö.** (2020) Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 15. Baskı, İstanbul, Legal, s. 362-365; **Sabuncu, Yavuz** (2012) Anayasaya Giriş, 15. Baskı, Ankara, İmaj, s. 286-287; **Gözler, Kemal** (2020) Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 25. Baskı. Bursa, Ekin Yayınları, s. 439-441;**Tunç**, s. 358-359; **Sağlam, Fazıl** (2013) Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, s. 427-429; **Tunç, Hasan/ Bilir, Faruk/ Yavuz, Bülent** (2014) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 355-356. Aksi yönde; **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 562. Şekil denetiminin "şekil eksiklikleri" ve "usul eksiklikleri" biçiminde ikili bir ayrımı için bkz. **İba, Şeref/ Kılıç, Abbas** (2019) Anayasa Yargısı Dersleri, 3.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 200-201.

[132] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

[133] Bkz. **Ülgen,** (2016), s. 146-147.

Bu kararlardan ilki 1/3/2012 tarihli ve E.2011/59, K.2012/34 sayılı karardır. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla kanun hükmünde kararnamelerin şekil denetiminin yetki kanununda öngörülen süre içinde çıkarılıp çıkarılmadığı ile Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu üyelerinin imzalarının bulunup bulunmadığı hususları ile sınırlı tutan kuralı iptal etmiştir. Anılan karar KHK'ya ilişkin olmasına rağmen CBK açısından konu bakımından yetki unsuruna dair sınırlamalar ile Anayasa'nın mülga 91. maddesiyle KHK'lar açısından konu bakımından yetki unsuru yönünden getirilen sınırlamalar neredeyse aynı olduğundan bu kararın CBK'lar yönünden de emsal teşkil ettiğinde bir kuşku bulunmamaktadır.

Kararda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin KHK'larla düzenlenemeyeceğini, yine KHK'yla yetki kanunu kapsamı dışında düzenleme yapılamayacağını ifade etmiştir.

Kanun koyucunun, Anayasa'nın 148. maddesi gereğince KHK'ların şekil denetiminin kapsamını belirlerken Anayasa'nın mülga 91. maddesinde yer alan ilkeleri gözetmesi gerektiğini belirten Mahkeme, dava konusu kuralın, kanun hükmünde kararnamelerin şekil denetimini *yetki kanununda öngörülen süre içinde çıkarılıp çıkarılmadığı ile Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu üyelerinin imzalarının bulunup bulunmadığı* hususlarıyla sınırlandırmasının, Anayasa'nın 91. maddesinde yer alan ve kanun hükmünde kararnamelerin taşıması gereken anayasal nitelikleri denetim dışı bırakmasına yol açtığını kaydetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun, dava konusu kuralda, *KHK'ların şekil denetiminin kapsamını belirlerken* Anayasa'nın 91. maddesindeki ilkeleri dikkate almadan denetimin kapsamını daraltmasının, Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu sonucuna ulaşarak mülga 91. maddedeki ölçütler yönünden yapılan denetimi *şekil denetimi* olarak nitelendirmiştir.

Bu konuda dayanılan ikinci karar ise Mahkemenin 11/9/2014 tarihli ve E.2013/116, K.2014/135 sayılı kararıdır.[134] Anılan kararda Anayasa'nın 91. maddesi yönünden yapılan değerlendirmenin, konunun hem yetki kanunu kapsamına girip girmediği, hem de konunun

[134] Bkz. **Ülgen,** (2016), s. 147.

esasına girilmeksizin yasak alan içerisinde kalıp kalmadığı yönünden yapıldığı, bu nedenle, yasak alan yönünden bir kural değerlendirilirken bu kuralın esasına ilişkin olarak bir incelemede bulunulmadığı, diğer bir ifadeyle kuralın temel hakları, kişi hak ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevleri ihlal edip etmediği değerlendirilmeyip yalnızca kuralın ilgili hak ve ödeve ilişkin olup olmadığına bakıldığı, dolayısıyla esasa yönelik inceleme yapılmadan kuralın içeriğine girilmeksizin şekli bakımdan bir inceleme yapıldığı ifade edilmiştir.

Kararda yukarıda belirtilen açıklamaların devamında şu ifadelere yer verilmiştir: *"Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı belirtilmiştir. Bu fıkrada yer alan 'İşin esasına girerek' ifadesinden kuralın esasının incelenmesi kastedilmekte olup yasak alan ya da yetki kanunu yönünden, yani kuralın içeriğine girilmeksizin şekli bakımdan yapılan inceleme kastedilmemektedir. Bu nedenle, yasak alan yönünden kuralın içeriğine girilmeksizin şekli bakımdan yapılan incelemede, Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen on yıllık süre şartı uygulanamaz."*

Buna göre özetle anılan kararda KHK'ların yasak alan ya da yetki kanunu yönünden incelenmesinin kuralın içeriğine girilmeksizin yapılan bir inceleme olduğu, bu nedenle bu kapsamda verilen kararların Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen *işin esasına girilerek* verilen kararlardan olmadığının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Üç nedenle Anayasa Mahkemesinin 2012 ve 2014 yılında verdiği bu kararların Mahkemenin içtihadını yansıtmayan, arızi ve diğer kararlarıyla çelişen kararlar olduğu söylenebilir.

Birincisi, yukarıda ifade edildiği üzere bir organın Anayasa'nın kendisine tanıdığı yetki alanında hareket edip etmediğinin tespiti, şekil bakımından denetim değil esas bakımından denetim kapsamında kalmaktadır. Ancak bu esas bakımından denetimin alt unsuru olan içerik başlığı altında değil, *konu bakımından yetki unsuru* başlığı altında incelenmektedir.

İkincisi, Mahkemenin mülga 91. maddedeki ölçütleri şekil bakımından denetim olarak kabul etmesi durumunda 6216 sayılı Kanun'un 36. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca mahkemelerden somut norm denetim yoluyla mülga 91. madde yönünden yapılan başvuruları reddetmesi gerekir idi. Oysa Mahkemenin bu başvuruları esas incelemesine

geçerek incelediği ve bu konuda 6216 sayılı Kanun'un anılan hükmüne dayanılarak başvurunun reddine karar vermediği görülmektedir.[135]

Üçüncü olarak ise Mahkeme yakın tarihli bir kararında bu meseleyi incelemiş ve bu konuda önceki iki kararlarını tashih edecek şekilde kapsamlı değerlendirmeler yapmıştır. Mahkemenin konuya ilişkin tartışmaları açıklığa kavuşturan kararındaki değerlendirmeleri şöyledir:

> *"... KHK'ların anayasallık denetiminde işin esasına girilerek verilen kararların kapsamının da ortaya konulması gerekmektedir. Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne "...işin esasına girerek..." ibaresinin eklenme gerekçesi olarak Anayasa Mahkemesinin ret kararlarının bazılarının usule ilişkin olması gösterilmiştir. Nitekim maddenin Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu değişiklik gerekçesinin ilgili kısmı "Anayasa Mahkemesinin red kararlarının bazı hallerde usule ilişkin olduğu gözönünde tutularak, bunlar hariç bırakılmak amacıyla işin «esasına girerek» ibaresi eklenmiş[tir.]" şeklindedir.*
>
> *21. Anayasa yargısı bakımından işin esasına girilmesi, denetime konu edilen kuralda öngörülen düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının incelenmesi anlamına gelmektedir. Klasik anlamda norm denetimi bir kuralın içerik itibarıyla, bir başka ifadeyle maddi hukuk dünyasında yarattığı değişiklik bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığının denetimini ifade etmektedir. Bu bağlamda söz konusu denetimde kuralla ilgili ve gerekli görülen tüm hukuki müesseseler de irdelenmek suretiyle düzenlemenin Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir.*
>
> *22. Anayasa Mahkemesi 11/9/2014 tarihli ve E.2013/116, K.2014/135 sayılı kararında, KHK'ların yasak alan ya da yetki kanunu yönünden incelenmesinin kuralın içeriğine girilmeksizin yapılan bir inceleme olması nedeniyle bu kapsamda verilen kararların Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen işin esasına girilerek verilen kararlardan olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi Anayasa'nın mülga 91. maddesinde KHK'lara bir düzenleme sınırı çizilmiştir. Buna göre KHK'ların anılan maddede belirtilen yasak alanlarda düzenleme içermemesi, bir yetki kanununa dayanması ve yetki kanunu kapsamında olması onların taşıması gereken anayasal bir nitelik, dolayısıyla bir*

[135] Birçok karar arasından bkz. AYM, E.2020/1, K.2020/63, 22/10/2020.

Anayasa'ya uygunluk kriteridir. Bir başka ifadeyle KHK'ların Anayasa'ya aykırı olmaması için onların sadece içerik değil aynı zamanda anılan nitelikleri itibarıyla da Anayasa'ya aykırı olmaması gerekmektedir. Bu ise KHK'ların Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın mülga 91. maddesindeki anılan ölçütler ve içerik yönünden olmak üzere iki aşamada gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır.

23. Bu itibarla KHK'ların yetki kanunu ve yasak alan yönünden yapılan denetimi de Anayasa'ya uygunluk denetiminin bir parçasıdır. Bu bağlamda söz konusu denetimde de kuralın -henüz içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın- yetki kanunu ve yasak alan yönünden Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir. Dolayısıyla KHK'ların içerik yönünden denetimi sonucunda verilen kararların yanı sıra Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca yetki kanunu ve yasak alan yönünden denetimi üzerine verilen kararlar da Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası bağlamında işin esasına girilerek verilen karar kapsamındadır."[136]

Anılan kararın açık bir şekilde ortaya koyduğu üzere konu bakımından yetki yönünden yapılan denetim, *işin esasına girilerek* yapılan bir denetimdir. Ancak bu norm denetiminde kanunlar yönünden yapılan klasik *içerik* denetimini değil, maddi/esas yönünden yapılan denetimin bir başka unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle de CBK'ların denetimine ilişkin *esasa girilerek* yapılan denetimde tıpkı KHK'larda yapıldığı gibi iki aşamalı bir inceleme yapılmaktadır. Bu kapsamda birinci aşamada *konu bakımından yetki yönünden* inceleme yapılarak CBK koyucunun kendisine Anayasa'da tanınan yetki alanında düzenleme yapıp yapmadığı denetlenmektedir. Kuralın Anayasa'ya bu yönden aykırı olmadığının tespit edilmesi halinde ise bu sefer ikinci aşamada *içerik yönünden* denetim yapılmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar yönünden öngörülen konu bakımından yetki kurallarının, şekil bakımından denetimin değil, esas bakımından denetimin bir unsuru olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim Mahkemenin CBK'lara ilişkin verdiği kararlarda da aynı usulü benimsediği ve kuralın esasının incelenmesi başlığı altında önce konu bakımından yetki sonrasında ise içerik denetimi yaptığı açıkça görülmektedir.[137]

[136] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, §§ 20-23.

[137] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

(b) Konu Yönünden Denetimin Ölçütleri

Konu bakımından yetki yönünden yapılan denetimin niteliği tartışıldıktan sonra aşağıda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenen konu bakımından yetki unsuru yönünden yapılacak denetimin ölçütleri tek tek incelenecektir. Bu kapsamda her bir ölçütün anlam ve kapsamı tespit edilecek, bu konudaki muhtemel anayasal sorunlar tartışılacak ve Anayasa Mahkemesinin her bir ölçüt yönünden ortaya koyduğu ve koyması gereken yaklaşım incelenecektir.

(ba) On Yedinci Fıkranın Birinci Cümlesi: Yürütme Yetkisine İlişkin Konu Ölçütü

Ölçütün Anlam ve Kapsamı

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesinde "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki anılan cümledeki kural bir yönüyle bir yetkiyi diğer yönüyle ise bir sınırlamayı ifade etmektedir. Yetki yönüyle bu kural Cumhurbaşkanı'na CBK ile yürütme yetkisine ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma konusunda genel bir iznin/salahiyetin verilmesi anlamına gelmektedir. Fakat diğer yönüyle kural kendi içinde Cumhurbaşkanı'na verilen ilk elden CBK çıkarma yetkisini sadece yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlamaktadır. Buna göre Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapması mümkün değildir.

Bu çerçevede doktrinde ileri sürüldüğü üzere Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinin CBK'ya konu bakımından getirilmiş diğer sınırlamalara ek bir sınırlama olmadığı görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir.[138] CBK'nın konu bakımından denetiminin ilk ölçütünü oluşturan bu hüküm, aşağıda yapılacak tartışmalarda görüleceği üzere bu hususta getirilmiş en önemli ve temel sınırlama olmasının yanı sıra yargısal denetimde diğer sınırlamalardan bağımsız olarak işlev görebilmekte ve kuralın iptal nedeni olabilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında diğer sınırlama ölçülerinden bağımsız şekilde sadece Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen sınırlama ölçütüne dayalı olarak dava konusu CBK kuralının iptaline karar vermiştir.[139]

[138] Bkz. **Aslan,** (2019b), s.264.

[139] Bkz. AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020. Bu karar aşağıda ayrıntılarıyla tartışılacaktır.

Anayasa'da temel olarak üç devlet yetkisi tanımlanmıştır. Bunlardan birincisi yasama yetkisi olup Anayasa'nın 7. maddesinde bu yetkinin TBMM'ya ait olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da tanımlanan ikinci devlet yetkisi yürütmedir. Anayasa'nın 8. maddesinde bu yetkinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılması öngörülmüştür.[140] Üçüncü yetki ise yargı yetkisidir. Anayasa'nın 9. maddesinde bu yetkinin Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede anılan anayasal hükümlerin doğal bir sonucu olarak Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle CBK'yla yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapılmasına izin verilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla CBK'nın konu bakımından Anayasa'ya uygun olabilmesi için öncelikle düzenlediği konunun yasama ve yargı yetkisine ilişkin bir konu olmaması gerekir.

Ancak doktrinde de işaret edildiği üzere yürütme yetkisine ilişkin konular ile yasama ve yargı yetkisine ilişkin konuları birbirinden ayırt etmek kolay değildir.[141] Bu konudaki ayrımı yapmak için bilindiği üzere iki kriter önerilmektedir. Bunlardan birincisi ünlü Fransız hukukçu Duguit'in savunduğu maddi kriter, diğeri de yine bir başka ünlü Fransız hukukçu Carre De Malberg'in savunduğu şekli/organik kriterdir.[142] Aşağıda her bir kriterin neyi öngördüğü ve Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen "*yürütme yetkisine ilişkin konular*" kavramının bu kriterler uyarınca yasama ve yargı yetkisine ilişkin konulardan ayrılmasının mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

Maddi kriter, yapılan hukuki işlemin mahiyetine göre hukuki işlemlerin tasnif edilmesini öngörmektedir. Buna göre eğer bir işlem genel, soyut, sürekli, kişisel olmayan kurallar koyma mahiyeti taşıyorsa bunu yapan organın hangi organ olduğundan bağımsız olarak bu yasama işlemi dolayısıyla yasama yetkisine ilişkin bir işlem olarak kabul edilmektedir. Ancak eğer işlem genel ve soyut bir kural koymak yerine, belirlenmiş genel

[140] Doktrinde yürütme yetkisinin kendi içinde ikiye ayrılabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütmenin günlük toplumsal gereksinimlerine ilişkin faaliyetleri (idari faaliyetler) ve devletin yüksek yönetimine ilişkin faaliyetleri (siyasi faaliyetleri) olmak üzere iki ayrı fonksiyonu bulunmaktadır. İdare fonksiyonu ile idare hukuku, diğer fonksiyonu ile ise anayasa hukuku ilgilenmektedir (**Günday,** (2017a), s. 14. Aynı yönde: **Yasin, Melikşah** (2011) İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 3-4). Doktrinde Ulusoy da yürütme ve idarenin eş anlamlı olmadığı, yürütmenin idare kavramını kapsadığı fakat bunun yanı sıra hükümetin siyasi nitelikli faaliyetlerini de içerdiğine vurgu yapmıştır (**Ulusoy, Ali D.** (2020) Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 38).

[141] **Gözler,** (2019a), s. 923; **Aslan,** (2019b), s.263; **Ergül, Ozan** (2018) "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Güncel Hukuk S. 173, s.31.

[142] **Özbudun,** (2019), s.197-201.

ve soyut kuralın uygulanmasına ilişkin bireysel ve somut bir işlem ise artık bu yine işlemi yapan organdan bağımsız olarak yürütme işlemi olarak nitelendirilmektedir.[143]

Maddi kriter uyarınca yargı işlemi ise bir hukuki uyuşmazlık veya hukuk kuralının ihlali durumunda söz konusu uyuşmazlığın çözümü veya ihlale ilişkin iddianın araştırılarak ihlalin var olup olmadığının tespiti ve bunun müeyyidelerinin uygulanmasına ilişkin işlemler olarak tanımlanmaktadır.[144]

Belirtmek gerekir ki CBK'ların konu bakımından varlık kazanabileceği alanı gösteren *yürütme yetkisine ilişkin konular* ölçütünün kapsamının maddi kritere göre belirlenemeyeceği açıktır. Zira CBK yasama yetkisinin asliliğinin bir istisnası olarak bir alanı ilk elden düzenleme yetkisini haizdir. [145]

Anayasa'yla CBK'ya verilen bu yetki bireysel işlemler için değil yukarıda açıklandığı üzere genel, soyut, kişilik dışı kural işlemler konulmak üzere verilmiştir.[146] Buna göre Cumhurbaşkanı yürütmeye yetkisine ilişkin bir alanı daha önce konulmuş bir yasa hükmüne ihtiyaç duymadan, ilk elden Anayasa'da belirtilen sınırlamaları gözeterek tüm yönleriyle genel ve soyut kurallar koymak suretiyle düzenleyebilecektir. Maddi kritere göre anılan işlemlerin yasama işlemi olarak kabul edilmesi halinde bu kriter uyarınca CBK'yla hiçbir konunun düzenlenememesi gerekir ki bunun CBK kurumunun varlık amacıyla ve CBK'ya ilişkin Anayasa hükümleriyle açıkça çelişeceği ortadadır. Bu nedenle maddi kriterin CBK'lar bağlamında yürütme yetkisine ilişkin konuları yasama ve yürütme yetkisine ilişkin konulardan ayırt etmede bir ölçüt olarak kullanmaya elverişli olmadığı söylenebilir.

Şekli/organik kriter ise hukuki işlemleri mahiyetine göre değil bunu yapan organa göre sınıflandırmaktadır. Buna göre eğer bir işlemi yasama organı yapıyor ise artık yapılan işlemin genel, soyut ve kişilik dışı olup olmadığına bakılmaksızın yasama işlemi olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yine işlem genel ve soyut olarak bir düzenleyici işlem öngörse bile bu işlemi yürütme organı ihdas ediyor ise artık bunun yürütme işlemi olarak nitelendirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.[147]

---

[143] **Gözler,** (2019a), s. 615-618.

[144] **Gözler, Kemal** (2020) Devletin Genel Teorisi, 10. Baskıdan Tıpkı Basım. Bursa, Ekin, s. 225.

[145] Aksi görüş için bkz. **Yıldırım,** (2017), s. 25.

[146] Cumhurbaşkanı'nın bireysel işlemlerinin ise Cumhurbaşkanlığı kararına konu olması gerekmektedir.

[147] **Özbudun,** (2019), s. 196-197; **Gözler,** (2019a), s. 618-621.

Gözler organik kriterden yola çıkarak yürütme işlemini "*yürütme organı tarafından yapılan her işlem*" olarak tanımlamaktadır.[148]

Organik kriterin kısmen *yürütme yetkisine ilişkin konuların* diğer konulardan ayırt edilmesini sağlayacak çok genel bir ölçüt sunduğu söylenebilir. Ancak bu kriterin yukarıda anılan tanım çerçevesinde CBK'ya uygulanması, bir başka ifadeyle yürütme organı tarafından yapılan *her işlemin* yürütme yetkisine ilişkin konu kapsamında kabul edilmesi, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesindeki yetki kuralının, aynı zamanda CBK'ların konu bakımından düzenlenme alanını belirleyen en temel ve önemli sınırlama ölçütü olması niteliğini ortadan kaldırabilecek, dolayısıyla söz konusu ölçütü anlamsızlaştırabilecektir. Zira bu tanıma göre içerdiği konu ne olursa olsun eğer bir işlemi yürütme organı ihdas etmiş ise artık onun yürütme yetkisine ilişkin konu kapsamında kaldığını kabul etmek gerekecektir.[149]

Buna göre gerek maddi kriterin gerek ise şekli kriterin on yedinci fıkranın birinci cümlesindeki kuralın bir sınırlama ölçütü olarak kullanılmasına imkân sağlamak için yeterli olmayacağı ifade edilebilir. Bu durumda *yürütme yetkisine ilişkin konular*ın neye göre belirleneceği sorununun tartışılması gerekir.

Bazı yazarlara göre yasama ve yargı organlarının görevlerini, yetkilerini, yapısını ve oluşumunu düzenleyen kurallar dışındaki tüm hususlar yürütme yetkisine ilişkin olarak kabul edilebilir.[150] Ancak kanaatimizce bu da söz konusu ayrımın yapılması için yeterince elverişli bir imkân sunmamaktadır.[151]

Yasama ve yargı organlarının görev, yetki, yapı ve oluşumunu düzenlemediği halde bir kuralın yine de yürütme yetkisi kapsamında da kalmaması mümkündür. Zira kural anılan hususlara ilişkin olmamasına rağmen doğası gereği yürütme yetkisine ilişkin de olmayabilir. Genel düzenleme yetkisi yasama organına ait olduğundan salt yürütme yetkisine ilişkin olmayan konunun yine de yürütme yetkisi olarak tanımlanması doğru olmayacaktır. [152]

---

[148] **Gözler,** (2019a), s. 908.

[149] Nitekim Gözler de Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında "*yürütme organı*" değil "*yürütme yetkisi*" ifadesinin kullanıldığını, bunun organik değil maddi kritere işaret ettiğini ifade etmiştir (**Gözler,** (2019a), s. 923-924).

[150] **Atar,** (2019b), s. 284; **Erol**, s. 78.

[151] Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. **Aslan,** (2019b), s.263

[152] **Ar-İç Raporu**, s. 8.

Kanaatimizce *yürütme yetkisine ilişkin konular*ın Anayasa'nın meseleye ilişkin hükümleri ve anayasal ilkeler gözetilerek yasama, yürütme, yargı yetkilerinin Anayasa'da belirlenen kapsam ve niteliği ile her bir CBK kuralının somut mahiyeti dikkate alınarak özgün bir şekilde belirlenmesi gerekir.[153]

Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 87. maddesinde kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, genel ve özel af ilânına karar vermek TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre maddede sayılan hususların yasama yetkisine ilişkin konu kapsamında kaldığı, dolayısıyla bu konulara ilişkin olarak Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenleme yapılamayacağının kabul edilmesi gerekir.

Bu bağlamda örneğin Anayasa Mahkemesinin 11/06/2020 tarihli ve E.2018/155, K.2020/27 sayılı kararında vurguladığı üzere Anayasa'nın 87. maddesinde kanunları *değiştirme* yetkisinin açıkça TBMM'ye ait olduğu ifade edildiğinden CBK'yla herhangi bir kanunun değiştirilmesi yasama yetkisine ilişkin konuda düzenleme yapılması anlamını taşıyacaktır. Bu elbette ki Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda kanuna aykırı hükümler getirilemeyeceği manasına gelmemektedir. Burada kast edilen husus anılan kararda belirtildiği üzere kanunlara "*metinsel*" olarak CBK ile eklemeler yapılması, kanun hükümlerinin ilga edilmesi veya değiştirilmesidir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararına konu somut örneğin incelenmesi konunun açıklığa kavuşmasına yardımcı olacaktır. 10/10/2018 tarihli ve (19) numaralı Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair CBK'nın 1. maddesiyle 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) Sayılı Cetvel'in sonuna CBK'larla kurulmuş olan Devlet Arşivleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Mili Saraylar İdaresi Başkanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığı eklenmiştir. Böylece anılan başkanlıklar yönünden de (I) sayılı Cetvel'in tabi olduğu hüküm ve sonuçların geçerli olması öngörülmüştür. Buna göre CBK ile Kanun'a yapılan ekleme ile Kanun'da "*metinsel"* bir değişiklik yapıldığı açıktır. Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca kanunda değişiklik yapma yetkisi TBMM'ye ait olduğundan kanunda

[153] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 8.

değişiklik yapılması hususu yasama yetkisine ilişkin bir konudur. Bu itibarla anılan CBK kuralının *yürütme yetkisine ilişkin konular* kapsamında bir düzenleme olduğu söylenemez.

Nitekim Anayasa Mahkemesi oybirliği ile verdiği kararda anılan CBK hükmünün Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesindeki kuralı ihlal ettiğine ve düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin değil, yasama yetkisine ilişkin bir husus olduğuna şöyle vurgu yapmıştır:

> "*23. Dava konusu kural 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) Sayılı Cetvel'e bazı eklemeler yapmak suretiyle kanun metninde değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğu açıktır. Dolayısıyla kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle bağdaşmamaktadır."*[154]

Benzer bir değerlendirmenin yargı yetkisi yönünden yapılması da mümkündür. Anayasa'nın 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmiş, 138. ve devamı maddelerinde ise bu yetkinin varlık amacına uygun bir şekilde kullanılmasını sağlamak üzere çeşitli ilkelere ve güvencelere yer verilmiştir. Bu bağlamda mahkemelerin bağımsızlığına, hâkimlik ve savcılık teminatına, yüksek mahkemelere, bu mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerine yer verilmiştir. Dolayısıyla bir CBK kuralının yürütme yetkisine ilişkin konuda düzenleme yapıp yapmadığı tüm bu hükümler birlikte dikkate alınarak belirlenmelidir.

Öte yandan Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkeleri uyarınca yasama organının yasama, yürütme ve yargı alanlarında ilk elden kural koyma konusunda *genel* bir yetkisi bulunmaktadır. Oysa Anayasa'da yürütme organına kural koyma konusunda verilen *asli yetki* sadece *yürütme yetkisine ilişkin konularla* sınırlandırılmıştır. Buna göre niteliği gereği yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan herhangi bir konuda CBK ile kural konulması *yasama yetkisine ilişkin konularda* düzenleme yapılması anlamına gelecektir.[155]

---

[154] AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020, § 23.

[155] **Ar-İç Raporu**, s. 8.

Bu itibarla CBK'lar bağlamında *yürütme yetkisine ilişkin konular*ı belirlerken niteliği gereği yasama ve yargı yetkisi dışında kalan tüm hususların, yürütme yetkisi kapsamında kaldığını kabul etmenin sağlıklı sonuçlara ulaştıramayabileceğinin gözetilmesi gerekir. Zira niteliği gereği yasama ve yürüme yetkisine ilişkin olmayan bir hususun yürütme yetkisine ilişkin olmaması da mümkündür. Bu durumda yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği konunun düzenlenmesi yine de yasama organının yetkisi kapsamında kaldığından söz konusu hususun yürütme yetkisine ilişkin bir konu olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.[156]

Ölçüte İlişkin Anayasa Mahkemesinin Genel Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında *yürütme yetkisine ilişkin konu* olma ölçütünü CBK'ya konu bakımından getirilmiş ilk ve en temel sınırlama olarak kabul ettiği ve konu bakımından denetim başlığı altında öncelikle kuralın bu ölçüte uygunluğunu denetlediği söylenebilir.[157]

Mahkemenin yürütme yetkisine ilişkin konuyu diğer konulardan ayırırken ise yasama ve yargı yetkisi dışında kalan her konunun mutlaka yürütme yetkisi kapsamında kaldığı biçimindeki *torba yaklaşımı* benimsemediği görülmektedir. Bunun yerine Mahkemenin konuya ilişkin tüm anayasal hükümlerle birlikte dava konusu kuralın niteliğini dikkate alarak bir değerlendirme yapmak suretiyle kuralın yürütme yetkisine ilişkin olup olmadığını belirlediği anlaşılmaktadır.

---

[156] **Ar-İç Raporu**, s. 8.

[157] Anayasa Mahkemesi CBK'ların yargısal denetimine ilişkin genel ilkeleri belirlediği "*A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi"* bölümünde bu hususu şöyle açıklamaktadır:

> "*8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.*
>
> *9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.*" (Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020).

Anayasa Mahkemesi kararlarının genel ilkeler bölümünde anılan bu hususa işaret ettikten sonra, genel ilkelerin kurala uygulandığı kısımda konu bakımından yetki yönünden denetim yaparken kural olarak öncelikle kuralın yürütme yetkisine ilişkin konu kapsamında kalıp kalmadığını incelemekte, kuralın bu ölçüte uygunluğunu tespit ettikten sonra diğer ölçütler yönünden denetime devam etmektedir. Kuralın bu ölçüte aykırı olduğunu tespit ettiğinde ise diğer ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapmamaktadır (Birçok karar arasında bkz. AYM E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020; E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020).

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında yargı yetkisini kullanan hâkim ve savcıların kadrolarının ihdasına yönelik kuralların yürütme yetkisi kapsamında kalmayacağını şöyle vurgulamıştır:

> *"21. Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK'yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK'yla ihdas edilmesini içerdiği anlaşılmaktadır…"*[158]

Bu çerçevede Mahkeme, yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdasıyla ilgili konuda, kadro ihdasının yargı yetkisine ilişkin olmadığı açık olmasına rağmen bunun yine de yargı fonksiyonu üzerinde ciddi etkilerinin olabileceğini ifade etmiş ve tipik olarak yargı yetkisine ilişkin olmayan hususun salt yürütme yetkisine ilişkin bir konu da olmadığını değerlendirerek yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının CBK'yla düzenlenemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.[159]

Öte yandan Mahkemenin Anayasa'nın 87. maddesinde belirtilen "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak[tır.]"* biçimindeki kuraldan yola çıkarak "*metinsel"* olarak kanuna ekleme yapma, değiştirme ve onu yürürlükten kaldırmanın yürütme yetkisine ilişkin konu ölçütüne uygun bir düzenleme olmayacağına ilişkin bir yaklaşım geliştirdiğinin tekrar hatırlatılması gerekir.[160] Buna göre CBK'yla yürütme yetkisine ilişkin kalan konuda bile kanuna metinsel bir ekleme yapılması veya kanunda düzenlenen bir hususun metinsel olarak çıkarılması mümkün değildir.

---

[158] AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 21. Kararda sözü edilen yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin anılan kurumlarda idari görevleri yürütmekle görevlendirilen kamu görevlileri dışında kalan hâkim ve savcı veya bu meslekten sayılan kişileri kapsadığı anlaşılmaktadır.

[159] AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 21.

[160] AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020, § 23.

(bb) On Yedinci Fıkranın İkinci Cümlesi: Kişi Hakları ve Ödevleriyle Siyasi Haklar ve Ödevlerin CBK ile Düzenlenmesi Yasağı / Yasak Alan Ölçütü

Ölçütün Anlam ve Kapsamı

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Anayasa'nın mülga 91. maddesinde KHK'lar için öngörülen bu yasağın, on yedinci fıkrada CBK'lar yönünden de kabul edildiği, dolayısıyla sosyal ve ekonomik haklar dışındaki temel hak ve özgürlüklerin kural olarak sadece kanunla düzenlenmesi anlayışının *yeni hükümet sistemi* döneminde de aynen devam ettirildiği görülmektedir.

Bu hüküm uyarınca Anayasa'nın "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlıklı ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde yer alan: Kişinin dokunulmazlığı ile maddî ve manevî varlığının korunması hakkı (m.17), zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (m.19), özel hayata saygı gösterilmesini isteme ve özel hayatın gizliliğini koruma hakkı (m.20), konut dokunulmazlığı hakkı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce, kanaat, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 25,26), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m. 28), süreli ve süresiz yayın hakkı (m.29), basın araçlarının korunması (m.30), kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (m.31), düzeltme ve cevap hakkı (m. 32), dernek kurma hürriyeti (m. 33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m. 34), mülkiyet hakkı (m. 35), hak arama hürriyeti (m. 36), kanunî hâkim güvencesi (m. 37), suç ve cezalara ilişkin güvenceler (m. 38), ispat hakkı (m. 39) ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik etkili başvuru hakkı (m. 40) kapsamındaki *kişi hakları ve ödevleri* CBK ile düzenlenemeyecektir.

Keza ikinci kısmın dördüncü bölümünde yer alan: Türk vatandaşlığı (m. 66); seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakkı (m. 67); parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma hakkı (m. 67); siyasî partilerin uyacakları esaslar (m.69), kamu hizmetlerine girme hakkı (m.70), mal bildiriminde bulunma ödevi (m. 71); vatan hizmeti ödevi (m. 72); vergi ödevi (m. 73); dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (m. 74) kapsamındaki *siyasi haklar ve ödevler* CBK ile düzenlenemeyecektir.

Bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesindeki

hüküm uyarınca *kişi hakları ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler* CBK'yla düzenleme yapılamayacak *yasak alanı* ifade etmektedir.

Anılan hükme konu sınırlama Anayasa'nın anılan fıkrasının birinci cümlesindeki genel yetki kapsamında düzenlenen CBK'lar yönünden geçerli olduğu gibi Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konulara ilişkin CBK'lar yönünden de geçerlidir.[161] Ancak bu sınırlamanın geçerliliği değerlendirilirken konuya ilişkin Anayasa hükümlerinin açık lafzı dikkate alınmalıdır. [162] Bu çerçevede CBK'yla istisnaen ve çok sınırlı bir alanda Anayasa'da açıkça belirtilen konularda kişi hakları ve ödevlerinin düzenlemesi mümkün olabilir.[163]

Sosyal ve Ekonomik Hakların Durumu

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan *sosyal ve ekonomik haklar*[164] yönünden tıpkı mülga 91. maddesinde KHK'lar bakımından benimsendiği gibi sınırlayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle söz konusu hakların kural olarak CBK ile düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Buna göre on yedinci fıkrada bir yasaklayıcı hüküm bulunmadığından sosyal ve ekonomik hakların CBK ile düzenlenmesi mümkün ise de 13. madde uyarınca yapılacak düzenlemenin sosyal ve ekonomik hakları sınırlayıcı nitelikte olmaması gerekmektedir.[165]

Öğretide Sağlam, CBK'lara ilişkin aynı hükmü içeren KHK'lar yönünden yaptığı değerlendirmede Anayasa'da böyle bir düzenlenme modelinin benimsenmesinin nedeni olarak sosyal ve ekonomik hakların doğasını göstermiştir: Sosyal ve ekonomik haklar doğası itibariyle negatif değil pozitif statü hakları niteliğindedirler. Dolayısıyla bu haklarda

---

[161] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 25.

[162] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 25; **Ar-İç Raporu**, s. 9.

[163] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 9. Bu konu aşağıda bağımsız bir başlık altında inceleneceğinden burada bu açıklamayla yetinilecektir.

[164] Başlıca sosyal hakların bir incelemesi için bkz. **Bulut, Nihat** (2009) Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 131-280.

[165] **Atar,** (2019a), s. 285; **Gözler,** (2019a), s. 926. Bu bağlamda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde sosyal ve ekonomik haklar yönünden CBK'yla düzenleme yasağı öngörülmediğinden bunun Anayasa'nın 13. maddesine getirilmiş bir istisna teşkil ettiği, dolayısıyla bu hakların CBK'yla da sınırlanabileceği yönünde doktrinde ileri sürülen görüşe katılmak mümkün görünmemektedir (Bkz. **Söyler**, s. 195). Temel hakların sınırlanması ile düzenlenmesi arasındaki farkla ilgili bir inceleme için bkz. **Sağlam, Fazıl** (1982) Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 18-24.

genellikle devletin bir yapmama değil yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bir yönüyle hakları sınırlayan değil bunları genişleten veya bunların hayata geçirilmesini sağlayan sosyal ve ekonomik hakların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmez.[166]

Bununla birlikte sosyal ve ekonomik hakların bir kısmı incelendiğinde bunların devlete yapma ödevi değil yapmama ödevi yükleyen haklar olduğu, dolayısıyla bunların pozitif değil negatif veya aktif statü hakları niteliğinde olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu çerçevede Anayasa'nın 48.,50., 51. ve 54. maddelerinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine, çalışma şartları ve dinlenme, sendika kurma ile grev hakkı ve lokavta ilişkin hükümlerin pozitif statü hakları niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir.[167] Ancak Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında bir yasaklama olmamasına ilişkin açık hüküm karşısında bu maddelerde belirtilen sosyal ve ekonomik hakların da CBK ile düzenlenebileceği belirtilmiştir.[168]

Anılan görüşe katılmakla birlikte negatif statü hakları niteliğinde bulunan söz konusu haklara -48. maddede düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti hariç- bir sınırlama getirilmeden bunların düzenlemesinin pek mümkün olmayacağı, dolayısıyla anılan görüş çerçevesinde söz konusu hakların pratik nedenlerle CBK ile düzenlenmesinin yine de mümkün olmayabileceği söylenebilir. 48. madde yönünden ise maddenin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" denilmek suretiyle anılan özgürlük negatif statü hakkı olarak düzenlenmiş olsa da maddenin ikinci fıkrasında "*Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*" denilmek suretiyle özel teşebbüsler yönünden hakkın pozitif yükümlülük yönü de düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu konuda pratik olarak da CBK ile düzenleme yapılabilmesinin önünde bir engel bulunmadığı değerlendirilebilir.

---

[166] **Sağlam, Fazıl** (1984) "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaştırılmasından Doğabilecek Sorunlar" Anayasa Yargısı, C.1, s. 268-269. Hak ve özgürlüklerin genel olarak sınıflandırılması için bkz. **Akad, Mehmet Vural/ Dinçkol, Bihterin/- Bulut, Nihat** (2018) Genel Kamu Hukuku, 14.Baskı, İstanbul, Der Yayınları, s. 286-295. Jellinek'in negatif, pozitif ve aktif statü hakları sınıflandırması konusunda bkz. **Gözler, Kemal** (2020) İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 2.Baskı, Bursa, Ekin, s. 117-119; **Tunaya, Tarık Zafer** (1980) Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Bası İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 228-229; **Gözler, Kemal** (2020) Hukukun Temel Kavramları, 18.Baskı, Bursa, Ekin, s.155-157. Haklar bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinin bir incelemesi için bkz. **Perdecioğlu, İsmail Emrah** (2019) Pozitif Yükümlülükler Kavramı ve Mülkiyet Hakkı Üzerindeki Görünümü, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1-30.

[167] **Sağlam,** (1984), s. 269.

[168] **Gözler,** (2019a), s. 926.

Öte yandan sosyal ve ekonomik hakların sınırlanması biçiminde olmasa da eğer bir düzenleme sosyal ve ekonomik haklarla ilgili olmakla birlikte aynı zamanda Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin *doğrudan bir düzenleme* niteliği taşıyor ise bu da CBK ile düzenlenemeyecektir.[169] Bu çerçevede bir CBK kuralının Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen bir hakkı veya ödevi düzenlemesi *kategorik olarak* yasak alanda düzenleme yapılmadığı sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin her bir somut kural yönünden bağımsız bir inceleme yaparak kuralın Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan *kişi hakları ve ödevleriyle* dördüncü bölümde yer alan *siyasi haklar ve ödevleri* düzenleyip düzenlemediğini değerlendirmesi gerekir.

Bu konuda Anayasa'nın kamulaştırmaya ilişkin 46. maddesi örnek gösterilebilir. Anayasa'nın 46. maddesine CBK yönünden yasak alan teşkil eden Anayasa'nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümünde değil, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin düzenlendiği üçüncü bölümde yer verilmiştir. Ancak kamulaştırmayla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamının veya bir kısmının devlet mülkiyetine geçirilmesi söz konusu olduğundan buna ilişkin bir düzenlemenin doğrudan Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan dolayısıyla Anayasa'nın ikinci kısmının birinci bölümünde kalan yasak alana ilişkin bir düzenlemeye tekabül edeceği açıktır. Esasen birçok Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına getirilmiş bir anayasal sınırlama niteliğindedir.[170]

Bununla birlikte sosyal ve ekonomik hakların doğaları itibariyle kişilere birtakım ekonomik menfaatler sağlayan haklar olduğu, dolayısıyla sonucu itibariyle ekonomik menfaat sağlayan her düzenlemenin mülkiyet hakkı kapsamında yapılmış bir düzenleme olarak nitelendirilmesinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasından çıkarılan sosyal ve ekonomik hakların CBK'yla düzenlenebileceği yolundaki izni anlamsızlaştırabileceği söylenebilir. Bu nedenle bu konuda Anayasa Mahkemesince bir içtihadın geliştirilmesi ihtiyacının bulunduğu düşünülmektedir.

Bu bağlamda kural ile bir temel hak arasında ilgi kurulabilmesiyle kuralın bir hakkı

[169] Konut hakkını düzenleyen Anayasa'nın 57. maddesi kapsamında benzer yönde: **Ardıçoğlu,** s. 40; **Aslan,** (2019b), s. 267.

[170] AYM, E.2018/156, K.2019/22, 10/04/2019, § 30; E.2016/181, K.2018/111, 20/12/2018, § 69; E.2017/110, K.2017/133, 26/7/2017, § 12; E.2015/55, K.2016/45, 26/5/2016, § 15; E.2018/113, K.2020/48, 24/09/2020, § 33.

düzenlemesinin farklı hususlar olduğu değerlendirilebilir. Temel haklar çok geniş olup her düzenleme ile bir temel hak arasında bir şekilde ilişki kurmak mümkündür. Ancak her ilişki söz konusu kuralın o hakkı düzenlediği anlamına gelmez. Bu çerçevede bir kuralın bir hakkı düzenlediğinin kabul edilebilmesi için ya onu doğrudan düzenlemesi ya da hakkı sınırlaması gerekir.

Esasen Anayasa Mahkemesinin yakın tarihte verdiği bir kararla[171] anılan soruna benzer bir yaklaşım göstererek sosyal ve ekonomik hakların CBK'yla düzenlenebileceği yönündeki anayasal hükmün anlamsızlaşmasını önlemeye yönelik bir eğilim gösterdiği anlaşılmaktadır. Anılan kararın incelenmesi konunun açıklanmasına katkı sunacaktır:

Karara konu kural (4) numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında CBK'nın 133/B maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkindir.

Kural şöyledir:

"*Yerli yazarları ve eserleri teşvik etmek amacıyla repertuara alınan ve ilk kez sahnelenecek eserler için her yazara bir adet eserle sınırlı olmak şartıyla, yılı bütçesinin ilgili bütçe tertibinden karşılanmak üzere, Sanat ve Yönetim Kurulu kararı ile (250.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere nakdi destek verilebilir.*"

Kuralda yerli yazarları desteklemek amacıyla nakdi destek sağlanması söz konusu olduğundan ve Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında[172] mülkiyet hakkının, "*ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını*" kapsadığını ifade edildiğinden burada da mülkiyet hakkı kapsamında bir düzenleme yapıldığı, dolayısıyla yasak alanda düzenleme yapan kuralın iptal edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim anılan karara karşı yazılan muhalefet şerhinde de bu hususa işaret edilmiştir.[173]

Ancak yukarıda ifade edildiği üzere bir kuralın bir hakkı düzenlediğinin kabul edilebilmesi için ya onu *doğrudan düzenlemesi ya da hakkı sınırlaması* gerekir. Yukarıda belirtilen kuralla mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmediği açıktır. Kuralda esas itibariyle Anayasa'nın 64. maddesinde yer alan "(Devlet) *Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması,*

[171] AYM, E.2019/77, K.2021/2, 14/01/2021.

[172] Örneğin bkz. AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, §§ 20, 21.

[173] Bkz. Zühtü Arslan'ın 14/01/2021 tarihli ve E.2019/77, K.2021/2 sayılı karardaki karşıoyu.

değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır." biçimindeki devlete yüklenen pozitif yükümlülük çerçevesinde sanatçıların desteklenmesine ilişkin bir tedbir düzenlenmektedir. Dolayısıyla kuralın *doğrudan* mülkiyet hakkının düzenlenmesine ilişkin bir yönü bulunmamakta olup kuralın sonucu itibariyle dolaylı olarak teşvik edilen yazarların malvarlığında bir artışa neden olabilmesi anılan kuralla mülkiyet hakkının düzenlendiği anlamına gelmez. Aksi kabul yukarıda da vurgulandığı üzere sonucu itibariyle kişilere birtakım ekonomik menfaatler sağlayan sosyal ve ekonomik hakların hiçbirisinin CBK'yla düzenlenememesi sonucunu doğurur ki bunun daha önce de işaret edildiği üzere Anayasa koyucunun 104. maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesindeki kuralı öngörme amacıyla bağdaştırmak zor görünmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararında bu hususa vurgu yaparak bu ölçüt yönünden kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

> "*19. Anayasa'nın "Sanatın ve sanatçının korunması" başlıklı 64. maddesi "Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır" hükmüyle devlete bir pozitif yükümlülük yüklemektedir. Dava konusu kural, devletin sanatın ve sanatçının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünün bir yansıması niteliğindedir. Dolayısıyla kural, Anayasa'nın ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan ve CBK'larla düzenlenebilecek bir hakka ilişkindir."*[174]

Esasında Anayasa Mahkemesi yukarıdaki kararından önce verdiği bir başka kararda sadece Anayasa'da güvence altına alınan sosyal ve ekonomik haklarla ilgili olarak değil bu haklarla ilgili olmaksızın da genel olarak kuralın dolaylı etkilerinden yola çıkarak mülkiyet hakkı kapsamında düzenleme yapıldığı yönündeki anlayışı kabul etmediğini ortaya koymuştur.

Anılan karara konu davada (4) numaralı CBK'nın 666. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendine eklenen "…*ve burslar*…" ibaresinin iptali talep edilmiştir.

Kuralda "*Bilim insanlarının ve araştırmacıların yetiştirilmeleri ve geliştirilmeleri için imkânlar sağlamak; bu amaçla ödüller ve burslar vermek, öğrenim sırasında ve sonrasında*

[174] AYM, E.2019/77, K.2021/2, 14/1/2021, § 19.

üstün başarısıyla kendini gösteren gençleri izleyerek onların yetişme ve gelişmelerine yardım etmek" Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığının (TÜSEB) görevleri arasında sayılmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere sonucu itibariyle kişilere ekonomik menfaat sağlayan her kuralın mülkiyet hakkını düzenlediğinin kabul edilmesi halinde Anayasa Mahkemesinin bu kuralı da yasak alanda düzenleme yaptığı gerekçesi ile iptal etmesi gerekir idi. Ancak Mahkemenin;

> "*44. Kural, Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesi yasaklanan İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler ile ilgili herhangi bir düzenleme içermemektedir."*[175]

demek suretiyle kuralla mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme yapılmadığını kabul ettiği görülmektedir.

Kanaatimizce Mahkemenin kararı yerindedir. Zira kuralla mülkiyet hakkı değil bilim insanlarının ve araştırmacıların teşvik edilmesi yönünde bir tedbir düzenlenmektedir. Kuralın dolaylı bir sonucunun kişilere bir takım ekonomik menfaatler sağlama imkânı doğurması bu kuralın mülkiyet hakkını düzenlediği, dolayısıyla yasak alanda düzenleme yaptığı şeklinde yorumlanmasını gerektirmez.

CBK ile sosyal ve ekonomik hakların düzenlenmesini sınırlayan bir hususa daha işaret etmek gerekir. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla on yedinci maddenin ikinci fıkrasında sosyal ve ekonomik haklar yönünden bir düzenlenme yasağı bulunmasa da Anayasa'da sosyal ve ekonomik hakların düzenlendiği maddelerin çoğunda söz konusu hakların *unsurlarının kısmen veya tamamen kanunla düzenleneceği* yönünde hükümler bulunduğundan söz konusu maddelerde belirtilen hususlar yine de CBK ile düzenlenemeyecektir.[176]

---

[175] AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 44.

[176] Aynı yönde: **Ardıçoğlu,** s. 39; **Alkan, Haluk** (2018) Kurumsalcı Yaklaşım Işığında Yeni Siyasetin Analizi: Cumhurbaşkanlığı Sistemi, Ankara, Liberte Yayınları, s. 42-43; **Aslan,** (2019b), s. 266; **Yayla, Ahmet** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, s. 58; **Aksoylu, Ürger Özge** (2018) "Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri", 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Ed. Kemal Şenocak, Elazığ, Asos

Bu durumun, anayasa koyucunun KHK'lar yönünden yasak alanı belirleyen Anayasa'nın mülga 91. maddesindeki hükmü CBK'lar yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine taşımak suretiyle CBK ile KHK arasında sosyal ve ekonomik hakların düzenlenmesi arasında bir fark yaratmadığını söyleme imkânını da ortadan kaldırdığı söylenebilir. Bir başka ifadeyle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi karşısında KHK'yla düzenlenebilen sosyal ve ekonomik haklardan kanunla düzenleme şartı öngörülenler yönünden CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.[177] Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu hükme ilişkin KHK içtihadının hüküm tamamıyla aynı şekilde kaleme alınmış olsa da CBK'lar bakımından geçerli olmayacağı söylenebilir.[178]

Bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin CBK ile düzenlenemeyeceğine dair bir hüküm bulunmamasına rağmen Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konu kapsamında kalan ekonomik ve sosyal hak ve ödevlerin [179] 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenmesi mümkün olmayacaktır.

Yayınevi, s. 154. Bu bağlamda Anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda tıpkı KHK'lar yönünden olduğu gibi CBK'yla da düzenleme yapılabileceği anlayışının geçerlilik kazanabileceğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşe katılmak mümkün görünmemektedir (Bkz. **Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan** (2017) "Anayasa Değişikliğinde Cumhurbaşkanı", Güncel Hukuk, S. 158, s. 12). Öte yandan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde sosyal ve ekonomik haklar yönünden CBK'yla düzenleme yasağı öngörülmediğinden bunun Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağı kuralı karşısında özel hüküm olduğu, dolayısıyla Anayasa'da kanunla düzenleme öngörülen sosyal ve ekonomik hakların da CBK'yla düzenlenebileceği görüşüne de katılmak mümkün değildir(Bkz. **Söyler**, s. 90).

[177] Aynı yönde: **Ardıçoğlu**, s. 39; **Alkan**, s. 42-43; **Aslan, (**2019b**)**, s. 266; **Yayla**, s. 58; **Aksoylu**, s. 154; **Aslan, (**2019b), s. 266.

[178] **Ardıçoğlu**, s. 39; **Aslan, (**2019b), s. 266; **Boztepe, Mehmet** (2018) "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1, s. 17.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadı şöyledir: "*12. Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun Anayasa'nın mülga 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın mülga 163. maddesinde olduğu gibi KHK çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.*" (AYM, E.2018/113, K.2020/48, 24/09/2020, § 12)

[179] Anayasa'da kısmen veya tamamen münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen sosyal ve ekonomik hak ve ödevler şunlardır:

> Anayasa'nın 42. maddesinde öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edilip ve düzenleneceği belirtilmiştir. Yine aynı maddede özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Maddede eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esasların da kanunla düzenleneceği açıkça dile getirilmiştir (Aslan da Anayasa'nın 42. maddesine ilişkin düzenlemelerin Anayasa değişikliği öncesi KHK ile düzenlenebilmesi mümkün iken Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası uyarınca bunun CBK

ile düzenlenemeyeceğine dikkat çekmiştir (**Aslan,** (2019b), s. 266).

Anayasa'nın 43. maddesinde kıyılardan yararlanma rejimi düzenlenmiş ve maddenin son fıkrasında kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartlarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 44. maddesinde toprak mülkiyeti düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise "Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir." hükmüne yer verilmiştir.

Keza aynı maddenin son fıkrasında bu amaçla dağıtılan toprakların bölünemeyeceği, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemeyeceği ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçıları tarafından işletilebileceği ifade edildikten sonra bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın devletçe geri alınmasına ilişkin esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 50. maddesinde çalışma şartları ve dinlenme hakkı düzenlenmiştir. Bu kapsamda maddenin üçüncü fıkrasında dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtildikten sonra dördüncü fıkrada ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 51. maddesinde sendika kurma hakkına yer verilmiştir. Bu kapsamda maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde çalışanlar ve işverenlerin, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Maddenin beşinci fıkrasında ise işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırlarının gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 53. maddesinin birinci fıkrasında da işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra, ikinci fıkrasında toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Keza 53. maddenin beşinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, toplu sözleşme yapma hakkına sahip oldukları ifade edildikten sonra aynı madenin son fıkrasıyla toplu sözleşme hakkının kapsamının, istisnalarının, toplu sözleşmeden yararlanacakların, toplu sözleşmenin yapılma şeklinin, usulünün ve yürürlüğünün, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılmasının, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkilinin, çalışma usul ve esasları ile diğer hususların kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın grev hakkı ve lokavtın düzenlendiği 54. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde de toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip olduğu belirlendikten sonra ikinci cümlesinde bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnalarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Keza maddenin dördüncü fıkrasında grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasını düzenleyen 56. maddesinin son fıkrasında da devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için genel sağlık sigortası kurabileceği, ancak bunun kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenlerin düzenlendiği 61. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinde yaşlıların, devletçe korunacağı yönündeki devletin pozitif yükümlülüğü hüküm altına alındıktan sonra ikinci cümlesinde yaşlılara devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıkların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını düzenleyen 63. maddesinin birinci fıkrasında devletin, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma yönündeki görevi hüküm altına alındıktan sonra, ikinci fıkrasında bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamaların ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımların ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Söz konusu hükümler ayıklandığında CBK ile düzenlenebilecek sosyal ve ekonomik hak ve ödevleri düzenleyen maddelerdeki konuların çok sınırlı olduğu söylenebilir. Ancak bu değerlendirmeyi yaparken yukarıda kanunla düzenlenmesi gerektiği tespit edilen hususların Anayasa'da sosyal ve ekonomik hak ve ödevleri düzenleyen maddelerdeki tüm hususları kapsamadığının gözönünde bulundurulması gerekir.

Yukarıda kısmen de olsa kanunla düzenleneceği belirtilen Anayasa maddeleri ayıklandığında geriye sadece Anayasa'nın 45., 48., 49., 55., 57., 58. ve 59. maddelerinde düzenlenen ekonomik ve sosyal hak ve ödevlerin kaldığı, dolayısıyla ancak bunların CBK'yla düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu hükümler arasında Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti ve çalışma hakkı gibi negatif statü hakkı niteliği bulunan haklar da yer almaktadır. Dolayısıyla bunların düzenlenmesine yönelik kurallar genellikle anılan hakların sınırlanması sonucunu doğuracağından Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca bunların da kanunla düzenlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan bir hakkın sınırlandırılması veya yasak alanda kalan bir hak ve ödevin doğrudan düzenlenmesi niteliğinde olmasa da sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere ilişkin bir hususun daha önce kanunla açıkça düzenlenmiş olması durumunda da CBK'yla düzenlenemeyeceğinin belirtilmesi gerekir.[180]

Kişi Hakları ve Ödevleriyle Siyasi Hak ve Ödevlerin CBK ile Düzenlenmesi Yasağının İstisnası

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca kişi hakları ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevlerin CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Ancak on yedinci fıkranın ikinci cümlesindeki kural yorumlanırken Anayasa Mahkemesinin 23/1/2020 tarihli E.2019/21, K. 2020/5 sayılı kararında belirtildiği üzere (§ 25) Anayasa'nın konuya ilişkin diğer hükümlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir.[181]

Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede anılan açık hüküm uyarınca Devlet Denetleme Kurulu (DDK) üyelerinin özlük işleri CBK ile düzenlenecektir. DDK üyelerinin

[180] **Atar,** (2019a), s. 285; **Eren,** (2019), s. 40; **Aslan,** (2019b), s.267.

[181] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 9.

özlük işleri kapsamında anılan kişilerin maaş ve ödeneklerinin de bulunacağı açıktır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararları uyarınca maaş kişilerin mülkiyet hakkı kapsamında kalmakta olup[182] bu hususu düzenleyen kuralın temel haklar arasında yer alan ve Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının düzenlenmesi sonucunu doğuracağı açıktır. Ancak burada DDK üyelerinin özlük işlerinin CBK ile düzenleneceği, Anayasa'nın anılan hükmünde açıkça belirtildiğinden bununla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan kurala bir istisna getirildiği kabul edilmelidir.[183]

Bu çerçevede Anayasa'nın diğer hükümleri ile Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen kurala istisna getirildiği hallerde istisna getirilen konuya ilişkin kişi hak ve özgürlüklerinin CBK ile düzenlenebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Ancak burada şu husus vurgulanmalıdır. Kişi hak ve özgürlüklerinin CBK ile düzenlenmesinin kabul edilebilmesi için CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilen hususun Anayasa Mahkemesinin vurguladığı üzere Anayasa'da "*açıkça"* öngörülmesi gerekir.[184] Bu yönüyle Anayasa'da *açıkça* CBK ile düzenleneceği öngörülmeyen bir konuda Anayasa hükümlerinin geniş yorumuyla kişi hak ve özgürlüklerinin CBK ile düzenlenebileceğini söylemek Anayasa'ya uygun bir değerlendirme olmayacaktır. Zira Anayasa yargısında istisnaların dar yorumlanması gerekir.[185]

Doktrinde, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu, 106. maddesinin on birinci, 108. maddesinin dördüncü ve 118. maddesinin altıncı fıkralarında CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda temel hak ve özgürlüklerin hem düzenlenebileceğini hem de sınırlanabileceği ileri sürülmüştür. Zira bu görüşe göre Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular münhasıran CBK'ya ayrılan *alan*lardır. Bu *alanlarda* hiçbir şekilde kanuni düzenleme yapılması mümkün olmadığından bu alanı ilgilendiren temel hak ve özgürlüklerin de CBK ile düzenlenebilmesi ve sınırlandırılabilmesi gerekir.[186]

---

[182] Bkz. *Yasemin Balcı* [GK], B. No: 2014/8881, 25/7/2017, *Adnan Alver*, B. No: 2014/5800, 9/11/2017; AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/7/2018; *Ayten Yeğenoğlu*, B. No: 2015/1685, 23/5/2018; E.2017/163, K.2018/90, 06/09/2018; *Muzaffer Peker*, B. No: 2016/7192, 7/11/2019; AYM, E.2019/50, K. 2019/96, 25/12/2019.

[183] **Ar-İç Raporu**, s. 8.

[184] Münhasıran kanunla düzenleme ölçütü yönünden bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 29. Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 9.

[185] **Gözler, Kemal** (2020a) s. 322-325; **Gözler, Kemal** (2012) s. 59.

[186] **Eren,** (2019), s. 45-46.

Bu görüşe aşağıda belirtilecek en az üç nedenle katılmak mümkün görünmemektedir:

Birincisi, Anayasa'da benimsenenin aksine CBK ile düzenlenmesi özel olarak belirtilen *alan* ve *genel alan* biçiminde bir ayrım yapmasının pozitif bir temeli bulunmamaktadır. Anayasa'da CBK'yla düzenlenebileceği genel olarak öngörülen bir *konu* yani yürütme *yetkisine ilişkin konu* ve CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen *konular* (Anayasa'nın dört hükmünde özel ve açık olarak sayılan hususlara ilişkin konular) ayrımı vardır. Anayasa'nın hiçbir yerinde bu bağlamda *alan* ibaresine yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu şekilde ikili bir alan ayrımı yapılmasının Anayasa'da bir karşılığı bulunmadığından bunu esas alarak yapılacak değerlendirmelerin temeli baştan sorunlu olabilecektir.

Buna göre Anayasa'nın ilgili hükümlerinde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen *konuların* hiçbiri arasında kural olarak kişi hakları ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevler sayılmamış olup anılan hususların *yürütme yetkisine ilişkin konular* olduğu görülmektedir. Bu cihetle söz konusu maddelerde belirtilen hususların CBK ile düzenlenmesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hususların ise kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

İkincisi, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*" hükmü ile 13. maddede yer alan "*Temel hak ve hürriyetler, … ancak kanunla sınırlanabilir.*" hükmünün Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda uygulanmayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.[187] Anayasa koyucunun böyle bir muradı olması halinde tıpkı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde kanunlar lehine yaptığı gibi Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda kanun ile düzenleme yapılamayacağını belirtmesi veya bu konularda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi ile 13. maddesinin anılan hükmünün uygulanmayacağını belirtmesi gerekirdi. Anayasa'da bu şekilde *müstakil ve genel bir kurala* yer verilmediğine göre Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesindeki açık hüküm karşısında kişi hakkı ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevlerin gerek Anayasa'da CBK ile düzenlenebileceği genel olarak belirtilen konuda gerekse CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda

[187] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 25.

(Anayasa hükmünün açık lafzından kaynaklanan istisnalar haricinde) CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir.

Üçüncüsü, Anayasa'nın felsefesi açısından da anılan yoruma katılmak zordur. Zira Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan devletin demokratik niteliğinin en önemli gereklerinden birisi kural koyma yetkisinin halkın temsilcilerinden oluşan parlamentoya ait olmasıdır. Nitekim bu husus Anayasa'nın 7. maddesiyle güvence alınmış ve anılan maddede "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde de yasama yetkisinin parlamentoya ait olması hususu *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum*" olarak nitelendirilmiştir.[188] Kişi hak ve ödevleriyle ve siyasi hak ve ödevlerin düzenlenmesinin ise bu manada Meclisin yasama faaliyetinin çekirdek/kor alanı olduğu söylenebilir. Zaman zaman çeşitli gereklerle Anayasa'nın 7. maddesinde hüküm altına alınan yasama yetkisinin asliliğine istisna getirilerek yasama organının yanı sıra yürütme organına da bazı konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi verilebilir. Ancak yasama yetkisinin genelliği ilkesine aykırı olacak şekilde herhangi bir alanda kanun koyucunun düzenleme yapamayacağının söylenmesi, hele hele yasama faaliyetinin kor alanı sayılabilecek kişi hak ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevlerin düzenlenmesiyle ilgili olarak bazı alanlarla sınırlı da olsa yasama organının düzenleme yapamayacağının kabul edilmesi ve bu nedenle söz konusu alanlarda kişi hak ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevlerin sadece yürütme organı tarafından düzenlenmesi gerektiğinin ileri sürülmesi Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan devletin demokratik niteliğiyle bağdaşmaz.[189]

Ölçüte İlişkin Anayasa Mahkemesinin Genel Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin CBK'ya ilişkin bugüne kadarki kararları incelendiğinde kural olarak sosyal ve ekonomik haklar dışında kalan tüm temel hak ve özgürlüklerin CBK ile düzenlenemeyeceği içtihadını benimsediği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede mahkeme genel olarak yürütme yetkisi kapsamında CBK çıkarılmasına izin veren 104. maddenin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında çıkarılan CBK'lar yönünden olduğu gibi Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılması özel olarak öngörülen konularda da temel hak ve

[188] Demokratik egemenlik kuramlarına ilişkin bir inceleme için bkz. **Koçak, Mustafa** (2006) Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar – Yeni Anlamlar), 1.Baskı, Ankara, Seçkin, s. 110-122.

[189] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 9.

özgürlüklerin CBK ile düzenlenemeyeceğini kabul ettiği söylenebilir. Zira Mahkemeye göre:

> *"10. [Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci] Fıkra[sı]nın ikinci cümlesinde 'Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin' CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.*"[190]

> "*25. Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir."*[191]

Sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak ise yukarıda da belirtildiği üzere Mahkemenin bu hakların CBK ile sınırlanmasını değil ama düzenlenmesinin mümkün olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır.[192]

Yüksek Mahkemenin 2021 yılının Kasım ayına kadar yasak alanda düzenleme yapıldığı gerekçesiyle herhangi bir iptal kararına rastlanmamıştır. Ancak Mahkemenin bu ölçüt kapsamında bir kuralla ilgili verdiği ret kararının tartışmaya açık olduğunun, nitekim söz konusu kararda beş üyenin muhalefeti bulunduğunun belirtilmesi gerekir.

23/1/2020 tarihli ve E.2019/78, K.2020/6 sayılı kararda 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nın 4/A maddesinin üçüncü cümlesinde yer alan " …*Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir*." bölümü incelenmiştir.

Anılan maddenin birinci cümlesiyle Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu (Kurul) oluşturulmuş; ikinci cümlesiyle Kurul üyelerinin Cumhurbaşkanınca belirleneceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü cümlesinin dava konusu bölümünde ise *Kurul üyelerine yapılabilecek ödemelerin Cumhurbaşkanınca belirleneceği* hüküm altına alınmıştır.

---

[190] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020 §10 ; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, §10; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, §10.

[191] E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 25.

[192] Bkz. AYM, E.2019/77, K.2021/2, 14/1/2021, § 19.

Kararda kişi hak ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevlerin CBK ile düzenleme yasağına ilişkin ölçüt yönünden ayrıntılı bir açıklama yapılmaksızın sadece kuralın, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi hakları ve ödevleri düzenleyen bir yönünün bulunmadığı ifade edilmiştir.[193] Ancak bu değerlendirmeye katılmak mümkün görünmemektedir. Zira kuralla Kurul üyelerine yaptıkları iş karşılığında yapılacak ödeme düzenlenmekte olup bu ödemenin Kurul üyelerinin mülkiyet hakkı kapsamında kaldığının dikkate alınması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına ilişkin içtihadı incelendiğinde bu husus daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre "*Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.*[194] *Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğine kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası mümkün olan her türlü hak ve alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir.*"[195] Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, karara ilişkin bir muhalefet şerhinde de[196] belirtildiği üzere "*ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemeleri*" mülkiyet hakkı kapsamında görmektedir.[197] Buna göre kurala konu ödemenin de mülkiyet hakkı kapsamında kaldığı açık olup kuralın bu yönüyle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*" hükmünü ihlal ettiği anlaşılmaktadır.

Hatta kuralla sadece mülkiyet hakkının düzenlenmesinin söz konusu olmadığı, kuralın aynı zamanda mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlama niteliği taşıdığının belirtilmesi gerekir. Zira anılan muhalefet şerhinde de işaret edildiği üzere "*Kurul üyelerine yapılacak ödemeleri belirleme yetkisi, bu ödemelerin artırılması veya azaltılmasını da*

[193] AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/01/2020, § 31.

[194] AYM, E.2015/39, K.2015/62, 01/07/2015, § 20.

[195] *Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60.

[196] Bkz. AYM, E.2019/78, K.2020/6 sayılı ve 23/1/2020 tarihli kararda Zühtü Arslan'nın muhalefet şerhi.

[197] Bkz. *Yasemin Balcı* [GK], B. No: 2014/8881, 25/7/2017, *Adnan Alver*, B. No: 2014/5800, 9/11/2017; AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/7/2018; *Ayten Yeğenoğlu*, B. No: 2015/1685, 23/5/2018; E.2017/163, K.2018/90, 06/09/2018; *Muzaffer Peker*, B. No: 2016/7192, 7/11/2019; AYM, E.2019/50, K. 2019/96, 25/12/2019.

kapsamaktadır."[198] Bu bağlamda Kurul üyeleri yönünden belirlenmiş ödeme miktarında kuralın verdiği yetki kapsamında her zaman azaltma yoluna gidilebileceğinden kuralın mülkiyet hakkını sadece düzenleyen değil aynı zamanda sınırlayan bir niteliğinin bulunduğu değerlendirilmektedir.

(bc) On Yedinci Fıkranın Üçüncü Cümlesi: Anayasa'da Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konular Ölçütü

Ölçütün Anlam ve Kapsamı

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu ölçüt uyarınca Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Ancak anayasa yargısında bu ölçütün uygulanabilmesi için öncelikle *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular* ile ne kast edildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular* ile bu nitelikte olmayan konuları tanımlayan bir hükme yer verilmemiştir. Esasen Anayasa'nın 7. maddesinden kaynaklanan yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkeleri uyarınca kanun koyucunun her konuda ilk elden düzenleme yapma yetkisi bulunduğundan ve 2017 Anayasa değişikliğine kadar yürütme organı kural olarak önce kanunla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yapma yetkisine sahip olmadığından böyle bir ayrım yapılmasının zaten işin doğası nedeniyle gerekli olmadığı söylenebilir. Zira 2017 Anayasa değişikliğine kadar bir konuda ilk elden düzenleme yapma yetkisi bazı istisnalar[199] dışında sadece kanuna tanındığından her konunun münhasır kanun alanı olarak kabul edildiği ve bu şekilde uygulandığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Anayasa hükümleri incelendiğinde bazı maddelerde yer alan konuların kanunla düzenleneceğinin özel olarak belirtildiği görülmektedir. Bu bağlamda örneğin Anayasa'nın 38. maddesin birinci fıkrasında suç ve cezaların kanunla düzenlenmesi ilkesine, üçüncü fıkrasında "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*." hükmüne, 73. maddenin üçüncü fıkrasında "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî*

[198] AYM, E.2019/78, K.2020/6 sayılı ve 23/1/2020 tarihli kararda Zühtü Arslan'ın muhalefet şerhi.

[199] Bu istisnaların olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'ları ile Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olduğu ifade edilmiştir (**Barın**, s.38).

yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." hükmüne ve 128. maddesinin ikinci fıkrasında "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu örnekleri arttırmak mümkün olup doktrinde Anayasa'nın 51 maddesinde yer alan seksen dokuz hususta kanunla düzenlenme yapılması yönünde hüküm bulunduğu ifade edilmiştir.[200]

Uygulamada 2013 yılına gelene kadar Anayasa'da kanunla düzenleneceği özel olarak belirtilen hususların yer aldığı hükümler ile bu nitelikte olmayan hükümler arasında kayda değer bir farkın bulunduğunun kabul edilmediği söylenebilir.[201] Zira Anayasa Mahkemesi Anayasa'da kanunla düzenlenmesi özel olarak öngörülen konularda yönetmelik gibi yürütmenin düzenleyici işlemlerine ilk elden düzenleme yapma izni veren kanun hükümlerini iptal ettiği gibi Anayasa'da özel olarak kanunla düzenleneceği öngörülmeyen konularda düzenleme yapılmasına izin veren kanun hükümlerini de iptal etmiştir. Mahkemenin söz konusu iptal kararlarının temel dayanağını ise Anayasa'nın 7. maddesinde güvence altına alınan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi oluşturmuştur. Mahkemeye göre:

> "*Anayasa'nın 7. maddesinde 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir./Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez./Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun*

[200] **Ülgen,** (2018a), s. 32.

[201] **Ülgen,** (2018a), s. 29-30.

olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir."[202]

Ancak Ülgen'in de işaret ettiği üzere 2013 yılında Mahkemenin anılan içtihadında değişikliğe gittiği, bu çerçevede Anayasa'da kanunla düzenleneceği özel olarak belirtilen konular ile bu nitelikte olmayan konulara ilişkin olarak yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin farklı uygulanması gerektiğine hükmettiği görülmektedir.[203] Mahkeme 9/5/2013 tarihli ve E.2011/42, K.2013/60 sayılı kararında bu hususu şu şekilde açıklamıştır:

"*Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması 'demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum' olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede 'Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır' denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir.*

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir.

Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları vb. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir.

[202] Birçok karar arasında, AYM, E.2004/85, K.2009/69, 2/6/2009.

[203] **Ülgen,** (2018a), s. 29-30.

Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunda çok genel ifadelerle düzenleme yapılarak, ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim, Anayasa'nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden 8. maddesi, gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten 124. maddesi bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanunda belirlenmesi beklenen çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirmektedir."

Anayasa Mahkemesi, anılan kararıyla Anayasa'da kanunla düzenleneceği özel olarak belirtilen hususlar ile belirtilmeyen hususlar arasında bir fark bulunması gerektiğine işaret etmiş ve bu şekilde kanunla düzenlenmesi gereken hususları "*Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülen konular*" olarak nitelendirmiştir.

Bu çerçevede Mahkemenin bu karardan sonraki anlayışına göre esas itibariyle yasama yetkisinin devri, ancak Anayasa'da özel olarak kanunla düzenleneceği belirtilen konuların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması halinde gündeme gelmektedir. Bu çerçevede vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin (m.73) veya kamu görevlilerinin görev, yetki ve özlük haklarının (m. 128) düzenlenmesi gibi konularda kanunla genel kurallar konulup yasal çerçeve çizilmeden yürütmeye düzenleme yapma yetkisi tanınması yasama yetkisinin devri sonucunu doğuracaktır. Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen, Mahkemenin tabiriyle *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen konularda* ise esasında böyle bir devir söz konusu olmamasına rağmen Mahkemenin karar verdiği tarihte Anayasa'da yürütmeye ilk elden ve doğrudan düzenleme yapma yetkisi -yukarıda belirtilen istisnalar dışında- tanınmadığından yine de bu konuda bir düzenleme yapılabilmesi için kanunda genel ifadelerle de olsa bir yetki verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme bu hususu şu şekilde vurgulamıştır: "*Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk*

elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır."

Görüldüğü üzere Anayasa'da hangi konuların *münhasıran kanunla düzenleneceği*ne ilişkin özel bir hüküm bulunmamasına rağmen bu ibarenin ilk defa Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılarak kavramsallaştırıldığı ve bununla sadece "*münhasıran kanunla*", "*sadece kanunla*" veya "*ancak kanunla"* gibi ibarelere yer verilerek vurgulanan Anayasa hükümlerinin değil herhangi bir şekilde *kanunla düzenleme yapılmasını öngören* tüm anayasal hükümlerin kastedildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Mahkeme bu içtihadı yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin uygulanma koşullarını belirlemek amacıyla ortaya koymuştur. Dolayısıyla Mahkemenin bu içtihadının sadece kanuni düzenlemelerde hangi durumlarda yasama yetkisinin devredildiğinin tespit edilmesine matuf pratik bir ölçü geliştirmek amacıyla kabul ettiği söylenebilir.[204] Ancak 2017 yılı Anayasa değişikliğinde söz konusu kavramın Anayasa Mahkemesinin yorumladığı şekliyle CBK'lar bağlamında Anayasa metnine aynen taşındığı anlaşılmaktadır.[205]

Anayasa koyucu 104. madeninin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle CBK koyucuya daha önce kanunla düzenlenmiş olmasına gerek bulunmaksızın yürütme yetkisine ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi vermiş, ancak bu asli düzenleme yetkisini verirken *Anayasa'da kanunla düzenleneceği özel olarak belirtilen konuları* bu kapsama dahil etmemiştir.

Bu çerçevede CBK'nın asli düzenleme yetkisiyle beraber Anayasa'ya girmesi ve bu yetki verilirken bunun Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen konularla sınırlanması, Anayasa'nın bazı hükümlerinde kanunla düzenleme hükümlerine yer verilmesine ayrı bir anlam kazandırmıştır.[206] Buna göre Anayasa'da CBK'ya yürütme

---

[204] **Ülgen,** (2018a), s. 30-31.

[205] **Ülgen,** (2018a), s. 31. Ülgen anılan eserinde Komisyon çalışmaları sırasında aralarında dönemin Adalet Bakanı ve Yozgat Milletvekili olan Bekir Bozdağ'ın da bulunduğu Anayasa değişiklikleri destekçilerinin beyanlarında Anayasa'da kanunla düzenlenir denilen hususların kanunla düzenleneceğini, bu konuda CBK ile düzenleme yapılamayacağına vurgu yapmak suretiyle söz konusu kavramı Anayasa Mahkemesinin yorumladığı şekilde anladıklarına işaret etmiştir.

[206] **Gözler,** (2019a), s. 929. Gözler anılan eserinde Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülen konular ölçütüyle "*Anayasa'da kanunla düzenlenir"* ibaresinin bulunduğu tüm hükümlerin kastedildiğinin kabul edilmesi durumunda bunun Anayasa'da "*kanunla düzenlenir*" denilen hükümlerin tamamını "*münhasıran kanunla düzenlenir"* biçiminde değiştirilmesi anlamına geleceğini kaydetmiştir. Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 270.

yetkisine ilişkin konularda asli düzenleme yapma yetkisi verilmesine karşın Anayasa'da özel olarak/münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılamayacaktır.[207] Dolayısıyla anayasa yargısında Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları düzenleyen hükümlerin fonksiyonu ve uygulama alanı genişlemiş, eskiden sadece yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin uygulanma katılığını belirleyen bir ölçüte vücut veren bu hükümler 2017 Anayasa değişikliği sonrası CBK ile düzenleme yapılamayacak, sadece kanun koyucuya özgülenmiş bir alanın varlığını belirleyen hükümlere dönüşmüştür.

2017 yılında yapılan değişikliklerle birlikte Anayasa'ya giren *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular* kavramının Anayasa'da şöyle bir düzenleme bölümlenmesine neden olduğunu söylemek mümkündür: Değişiklik öncesinde olduğu gibi kanun *yasama, yürütme ve yargı* yetkilerine ilişkin konularda genel ve asli bir düzenleme yetkisine sahiptir. CBK ise *sadece yürütme yetkisine* ilişkin konularda asli düzenleme yetkisine sahip olup yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapamaz. Ancak yürütme yetkisine ilişkin konular da kendi içinde ikiye ayrılmıştır: Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular ve bu nitelikte olmayan konular. Dolayısıyla CBK ile yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalsa bile kural olarak Anayasa'da kanuna münhasır kılınmış/özgülenmiş konularda düzenleme yapılamayacaktır.

Bu ölçütte dikkat edilmesi gereken husus Anayasa'da bir konunun düzenlenmesinin kanuna bırakılmış olmasıdır. Dolayısıyla Anayasa'da "*kanunla düzenlenir*" denilen bir konuda henüz kanunla düzenleme yapılmış olmasa da pek tabii olarak o konuda yine de CBK ile düzenleme yapılamayacaktır.[208]

Bununla birlikte Anayasa koyucunun Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki anılan kuralı mutlak olarak öngörmediği, yürütme yetkisi açısından önemli gördüğü bazı konulara ilişkin olarak Anayasa'da *özel hükümlere* yer vererek bu kuralın istisnalarını düzenlediği anlaşılmaktadır. Aşağıda bu istisna hükümleri incelenecektir.

[207] Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 270.

[208] **Atar,** (2019a), s. 280; **Aslan,** (2019b), s. 272.

Ölçütün Anayasa'da CBK'yla Düzenlenmesi Özel Olarak Öngörülen Konularda Uygulanması

Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca *üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar*; 106. maddesinin on birinci fıkrası gereği *bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*; 108. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca *Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri* ve 118. maddesinin altıncı fıkrası gereği *Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri* CBK ile düzenlenecektir. Ayrıca Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kamu tüzel kişiliği kanunun yanı sıra CBK ile de kurulabilecektir.

Anılan bu özel hükümler uyarınca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olsa da bir husus yukarıda belirtilen CBK'ya ilişkin özel Anayasa hükümlerinde "*açıkça belirtilen/izin verilen"*[209] konular kapsamında kalıyorsa bu hususta CBK ile düzenleme yapılabilecektir. Bir başka ifadeyle bu yönde yapılan bir düzenleme anılan özel hükümler nedeniyle Anayasa'nın 104. madeninin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen kurala aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bu çerçevede Anayasa'nın anılan hükmüyle *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı* belirtilerek konu bakımından yetki yönünden önemli bir *sınırlamaya* yer verilmiş ise de yukarıda belirtilen CBK'ya ilişkin özel hükümler karşısında bu *sınırlamanın* anılan hükümlerde açıkça belirtilen konularda uygulanma alanı bulmayacağının kabul edilmesi gerekir.[210]

Bir örnek üzerinden açıklama yapılması konunun açıklığa kavuşturulmasında fayda sağlayacaktır: Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmüne

[209] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 29.

[210] Aynı Yönde: **Eren,** (2019), s. 43-44; **Gözler,** (2019a), s. 932-933; **Ülgen,** (2018a), s. 20-26; **Atar,** (2019b), s. 255-257; **Aslan,** (2019b), s. 281-293 ayrıca 299-300. Anılan yazarlar Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrası hariç, yukarıda belirtilen özel hükümlerde düzenlenen konuların CBK'nın mahfuz (saklı) alanını oluşturduğunu, dolayısıyla Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken hususlar kapsamında kalsa da bu konulara ilişkin CBK ile düzenleme yapılmasının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmeyeceğini, aksine bu konularda kanun çıkarılmasının Anayasa'ya aykırı olacağını ileri sürmektedirler. Belirtmek gerekir ki kanaatimizce anılan hükümlerden mahfuz alan görüşüne ulaşmak mümkün görünmemektedir bu konudaki tartışma ileride yapılacağından burada daha ayrıntılı bir açıklama yapılmamıştır.

yer verilmiştir. Buna göre memur ve kamu görevlilerinin özlük işlerinin düzenlenmesinin *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular* kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. madeninin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmü uyarınca herhangi bir memur veya kamu görevlisinin özlük işlerinin CBK ile düzenlenememesi gerekir. Ancak Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre 104. madenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında kamu görevlisi olduğu hususunda kuşku bulunmayan Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin özlük işlerinin CBK ile düzenlenememesi Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan açık Anayasa kuralını anlamsız bırakılması sonucunu doğurabilecektir.

Bu sorun ele alınırken konuya ilişkin birden fazla hükmün uygulanmasının gerekli olduğu durumda normlar arasındaki çatışmayı önlemeye yönelik kullanılan *yorum ilkeleri* gözetilecektir.[211] Buna göre bir konuda uygulanması gereken ve birbiriyle ilk bakışta çelişen birden fazla hüküm bulunduğunda:

i. Lex Superior ilkesi uyarınca hiyerarşide üstte olan kuralın,
ii. Lex Posterior ilkesi uyarınca sonra yürürlüğe giren kuralın,
iii. Lex Spacialis ilkesi uyarınca ise daha genel olan değil daha özel olan kuralın,

uygulanması gerekmektedir.[212]

Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasındaki hükmün, CBK'nın düzenleme alanına ilişkin olarak DDK üyeleri yönünden özel nitelikli bir hüküm olduğu, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki hükmün ise CBK'nın konu bakımından düzenleme alanına ilişkin Anayasa'nın 128. bağlamında tüm kamu görevlileri ve memurlar için genel nitelikte bir hüküm olduğu açıktır. Buna göre Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan genel nitelikteki sınırlama uygulama alanı bulmayacak, özel nitelikteki kural olan 108. madde hükmü dikkate alınarak DDK üyelerinin özlük işleri CBK'yla düzenlenebilecektir.

[211] **Gözler,** (2019a), s. 932.

[212] **Gözler,** (2020b), s. 127-130; **Gözler,** (2012), s. 97-101.

Hâkim doktrin görüşü de bu yöndedir. Bu çerçevede çok sayıda yazar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine nazaran Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu, 106. maddesinin on birinci, 108. maddesinin dördüncü ve 118. maddesinin altıncı fıkrasının özel hüküm niteliğinde olduklarını, dolayısıyla söz konusu cümlede yer alan sınırlamanın özel hükümlerde belirtilen konular yönünden uygulama alanı bulmayacağını kabul etmektedirler.[213] Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı da aynı yönde olup anılan içtihat aşağıda detaylı bir şekilde incelenecektir. [214]

Bununla birlikte bu değerlendirme yapılırken Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağını düzenleyen hükmün asıl kuralı oluşturduğu, Anayasa'nın anılan hükümlerinde belirtilen konularla sınırlı olarak düzenleme yapılabilmesine cevaz verilmesinin ise bir istisna kuralı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. [215] Zira bu husus CBK kuralının Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde önemli bir kriterin temel dayanağını ifade etmekte olup anayasa yargısında genel kuralın (kaidenin) geniş, istisnanın ise dar yorumlanması gerekmektedir.[216]

Buna göre Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*." biçimindeki asıl kuralın geniş, buna istisna getiren kuralların ise dar yorumlanarak Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu, 106. maddesinin on birinci, 108. maddesinin dördüncü, 118. maddesinin altıncı ve 123. maddesinin üçüncü fıkralarında "*açıkça belirtilen/izin verilen"*hususlarla sınırlı olarak Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK ile düzenleme yapılmasının Anayasa'ya aykırı olmayacağı kabul edilmelidir.[217]

---

[213] Örneğin bkz. **Eren,** (2019), s. 43-44; **Gözler,** (2019a), s. 932-933; **Ülgen,** (2018a), s. 20-26; **Atar,** (2019b) s. 255-257; **Aslan,** (2019b), s.281-293 ayrıca 299-300; **Barın**, s. 71. Ancak anılan yazarlar bununla yetinmemekte bu özel hükümlerde belirtilen konuların mahfuz CBK alanını oluşturduğunu, dolayısıyla bu konularda sadece CBK'yla düzenleme yapılabileceğini ileri sürmektedirler. Anılan konularda kanunla düzenleme yapılmasının ise Anayasa'ya aykırı olacağını değerlendirmektedirler. Bu çalışmada da Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda anılan sınırlamanın uygulama alanı bulmayacağı değerlendirilmekle birlikte anılan konuların mahfuz CBK alanı olduğu kabul edilmemektedir. Bu konudaki detaylı tartışmalar için "*Anayasa'da Özel Olarak CBK'yla Düzenleneceği Öngörülen Konularda TBMM'nin Kanun Çıkarma Yetkisine Sahip Olup Olmadığı Sorunu (CBK'nın Mahfuz veya Saklı Alanı Sorunu)*" başlığı altındaki değerlendirmelere bakınız.

[214] Bkz. E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; §§ 30-31.

[215] **Gözler,** (2019a), s. 934; **Ülgen,** (2018a), s. 37; **Aslan,** (2019b), s. 298.

[216] **Gözler,** (2020a), s. 319-325.

[217] E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 29. Anayasa Mahkemesi benimsediği bu anlayışı anılan kararında şöyle ifade etmiştir: "*29. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken*

Bu bağlamda örneğin, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre idarenin ve idarenin görevlerinin düzenlenmesi münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla Anayasa uyarınca kural olarak bu konuda CBK ile düzenleme yapılamaması gerekir. Ancak Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*" konusunda CBK ile düzenleme yapılması öngörüldüğünden anılan hususların CBK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bununla birlikte bakanlıkların teşkilat birimlerinin kurulması ile görev ve yetkilerinin belirlenmesinin söz konusu birimde çalışacak kamu görevlilerinin özlük haklarının düzenlenmesini de içerdiğini söylemek anılan hükmün çok geniş bir şekilde yorumlanarak söz konusu Anayasa hükmünde yer almayan bir hususta CBK ile düzenleme yapılabilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle istisnaların dar yorumlanması ilkesi uyarınca Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasının çok geniş bir şekilde yorumlanarak kamu görevlilerinin özlük haklarının CBK ile düzenlenebileceğini kabul etmenin Anayasa'ya uygun olmayacağı söylenebilir.

Anayasa'nın anılan hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği açık olmakla birlikte bir kuralın anayasal anlam ve kapsamı ortaya konulurken amaçsal yorumun devre dışı bırakılmasının, bir başka ifadeyle kuralın niteliği gereği kapsamında bulunması evleviyetle gereken hususların dışlanmasının başka sorunlara yol açabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Zira bir kural ancak amacıyla birlikte anlamlı ve makul bir temelde hukuken yorumlanabilir.

Bu bağlamda örneğin Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" denilmiş, ancak kuralın lafzında Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatına yer verilmemiştir.[218]

*konulara ilişkin olmaması gereğidir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir."*Aynı yönde: **Gözler,** (2019a), s. 934; **Aslan,** (2019b), s. 297.

[218] Gözler ve Kaplan bu durumu hayret verici olarak nitelemektedir (Bkz. **Gözler/ Kaplan,** (2020), s. 394).

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kanunla düzenleneceğinin belirtildiği, 106. madenin anılan hükmünün buna bir istisna getirdiği ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği dikkate alındığında Cumhurbaşkanının CBK ile bakanlıkları düzenleyebildiği halde kendi merkez teşkilatını düzenleyememesi gibi makul olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki bunun kuralın getiriliş amacıyla bağdaştırılması mümkün görünmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu görüşü kabul etmemiş ve Cumhurbaşkanlığının merkez teşkilatının CBK'yla düzenlenebileceğini kabul etmiştir. Mahkemenin konuya ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

> "*…CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir. Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre bakanlık bünyesinde kurarak teşkilatını düzenleyebileceği bir kurumu tercihen Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum veya kuruluş olarak kurması hâlinde ilgili kurum ve kuruluş için Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen sınırlardan dolayı CBK ile düzenleme yapamayacağının kabulü Anayasa'nın genel sistematiğine ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konusunda CBK çıkarma yetkisi tanıyan anayasal hükmün amacına aykırı olacaktır.*"[219]

Aynı durum Cumhurbaşkanlığına veya bakanlıklara bağlı kuruluşlar için de geçerlidir. Dolayısıyla kanaatimizce anılan anayasal kural sadece lafzıyla değil amacıyla birlikte değerlendirildiğinde CBK'yla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatının ve Cumhurbaşkanlığına ve bakanlıklara bağlı kuruluşların CBK'yla düzenlenebileceğinin ve bunun 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir.[220] Nitekim Anayasa Mahkemesinin içtihadı da aynı yöndedir.[221]

---

[219] AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020, § 27.

[220] Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. **Söyler**, s. 126.

[221] Bkz. AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020, § 27. Anayasa Mahkemesi anılan kararında Cumhurbaşkanlığının bağlı kuruluşu olan Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığının Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında CBK ile düzenlenebileceğine karar vermiştir.

Bununla birlikte doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çerçevede bakanlıklara bağlı kuruluşların Anayasa'nın 106. maddesinde sayılmadığı ve istisnaların dar yorumlanması ilkesi uyarınca bağlı kuruluşların bu istisna hükmü kapsamında görülemeyeceği, ancak kanunla bağlı kuruluşlar açıkça düzenlenmedikçe bu konunun Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü fıkrası uyarınca CBK'yla düzenlenebileceği ileri sürülmüştür.[222]

Bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira öncelikle yukarıda ifade edildiği üzere kuralın lafzı dar yorumlanırken kuralın amacının tamamıyla devre dışı bırakılması bir başka ifadeyle sadece kuralın lafzından hareket edilmesi makul olmayan sonuçlara götürebilmektedir. İkincisi bir bakıma bu makul olmayan sonucun doğmaması için önerilen çözüm bir başka ifadeyle söz konusu konuda kanunda açıkça düzenleme yapılmaması durumunda bağlı kuruluşun CBK'yla düzenlenebileceğini söylemek bu görüşün kendi kabulleri açısından da yerinde görünmemektedir. Zira anılan görüşte Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki hükümlerin Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda da geçerli olduğu kabul edilmekte[223], akabinde bağlı kuruluşların kanunla düzenlenmemiş olması şartıyla CBK'la düzenlenebileceği ileri sürülmektedir.[224] Halbuki eğer bağlı kuruluşların düzenlenmesi Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konu kapsamında kalmıyor ise artık bu mahfuz alan görüşüne göre de mahfuz alanda kalan bir düzenleme olamayacak ve Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi kapsamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kaldığından daha önce kanunla düzenlenmemiş olsa da CBK'yla düzenlenemeyecektir.[225] Zira Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası uyarınca idarenin (konumuz bağlamında idari teşkilatın) kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup bağlı kuruluşun Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasındaki özel hüküm kapsamında görülmemesi durumunda bağlı kuruluşun

[222] **Aslan,** (2019b), s. 298-299 (Yazar bu görüşü sadece bağlı kuruluşlar için değil, ilgili ve ilişkili kurumlar yönünden de ileri sürmektedir).

[223] **Aslan,** (2019b), s. 294; (Anayasa'nın 104. maddenin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki sınırlamanın Anayasa'nın CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda da geçerli olduğu yönünde bkz: **Atar,** (2019b), s. 257. Anayasa'nın 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda da geçerli olmadığını ileri süren görüşler için bkz: **Ülgen,** (2018a), s. 20-23; **Gözler,** (2019a), s. 932.

[224] **Aslan,** (2019b), s. 298-299.

[225] Nitekim Aslan da Atar ve Erene atıfla Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda henüz bir kanun çıkarılmamış olsa da bu konuda CBK ile düzenleme yapılamayacağını kabul etmektedir (Bkz. **Aslan,** (2019b), s. 272.

düzenlenmesi hususu münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu sınırlamasına takılacaktır.

Aynı yaklaşım Anayasa'nın üst kademe yöneticilerinin atanmasına ilişkin hususların CBK'yla düzenleneceğini öngören 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası yönünden de geçerlidir. Doktrinde söz konusu hükümde sadece üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasının CBK'yla düzenleneceği yönünde özel bir hükme yer verildiği, ama hükümde bunların görevden alınmalarının da CBK'yla düzenleneceği yönünde bir ibare bulunmadığı ve istisnaların dar yorumlanması ilkesi uyarınca atama usulünün içinde görevden almanın da bulunduğunun kabul edilemeyeceği, dolayısıyla üst düzey kamu yöneticilerinin görevden alınması hususunun üst düzey kamu yöneticileri konusunda özel hüküm olan Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında (mahfuz alan savunucularına göre mahfuz alanda) kalmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre üst düzey kamu yöneticilerinin görevden alınma usulü anılan fıkra kapsamında CBK ile düzenlenemeyecek ancak bu konuda kanunla bir düzenleme yapılmaz ise konu genel olarak yürütme yetkisi kapsamında kaldığından bu konuda CBK çıkarılabilecektir.[226]

Bu görüşe de katılmak mümkün gözükmemektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki eğer üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınması usulü Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında CBK ile özel olarak düzenlenecek konu kapsamında görülmeyecek ise (mahfuz alan görüşüne göre mahfuz alanda yer alan bir konu olarak değerlendirilmeyecek ise) Anayasa'nın 128. maddesinde üst düzey kamu görevlilerini de kapsayacak şekilde tüm kamu görevlilerinin atanmaları ve özlük haklarının kanunla düzenleneceği belirtildiğinden üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınması hususu anılan madde bağlamında münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken konu sınırlamasına tabi olacaktır.[227] Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü

[226] **Aslan,** (2019b), s. 298-299.

[227] Belirtmek gerekir ki kamu görevlilerinin atanmaları ve özlük haklarının kanunla düzenleneceği yönündeki 128. maddenin ikinci fıkrası istisnayı değil asıl kuralı oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu kuralın dar değil geniş yorumlanması gerekir. Bu çerçevede "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" biçimindeki fıkranın geniş yorumlanarak kamu görevlilerinin görevden alınması usulünün de bu fıkra kapsamında kaldığı kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu hükmü geniş bir şekilde yorumlayarak kamu görevlilerinin atanmalarına ve özlük haklarına ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi gerektiğine karar vermektedir (birçok karar arasından bkz. AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, §§ 207, 301).

cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecektir. Bu çerçevede anılan görüşte ileri sürülen bu değerlendirmeye de katılabilmek mümkün görünmemektedir.

İkinci olarak kuralın lafzının dar yorumlanması nedeniyle kuralda açık olarak üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınması hususunun belirtilmemiş olması nedeniyle kural kapsamında bu hususun kalmadığı ileri sürülebilirse de kuralın amacı nazarı alındığında ulaşılan bu sonucun makul olmayacağı, Cumhurbaşkanı'nın üst düzey yöneticilerin atama usulünü belirlerken bunların görevden alınması usulünü belirleyemeyeceğini söylemenin verilen yetkinin doğasıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu hükümde yer alan atama usulünün görevden alma usulünü de kapsadığı, dolayısıyla üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınma usulünün Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular kapsamında kalması nedeniyle bu konuda CBK ile düzenleme yapılmasının Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir.[228]

Bu arada Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla ilgili bir parentez açarak şu hususun da belirtilmesi gerekir. Anayasa'nın anılan hükmü, kamu görevlilerinin atamaları ve özlük haklarının kanunla düzenleneceği belirtilen Anayasa'nın 128. maddesine nazaran özel hüküm niteliği taşıdığından bu hükme dayanılarak üst düzey kamu yöneticilerinin atama usulünü CBK ile düzenlemek mümkün ise de bu konuda 104. maddenin dokuzuncu fıkrasına nazaran daha özel bir anayasal düzenleme varsa bu özel düzenlemeye aykırı CBK kuralı ihdas edilemeyecektir.[229] Bu bağlamda örneğin Anayasa'nın 130. maddesinin altıncı fıkrasında dekanların Yükseköğretim Kurulu tarafından atanacağı hüküm altına alınmış olup CBK ile dekanların başka bir mercii tarafından atanması konusunda bir kural ihdas edilmesi anılan hükmü ihlal edeceğinden Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzunu fıkrasına dayanılarak CBK ile böyle bir düzenleme yapılamaz.[230] Keza 130. maddenin aynı hükmünde rektörlerin Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı belirtildiğinden CBK ile bu yetkinin Cumhurbaşkanı tarafından başka bir mercie tanınması mümkün değildir.

Aynı durum Anayasa'nın 104. maddesinin on birinci fıkrası yönünden de geçerlidir. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan idarenin kanuniliği ilkesine rağmen 104. maddenin anılan hükmü 123. maddedeki hükme nazaran özel hüküm

[228] Benzer yönde: **Söyler**, s.132.

[229] Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 301.

[230] **Şirin**, s. 194; **Ülgen,** (2018a), s. 22-23; **Aslan,** (2019b), s. 301.

teşkil ettiğinden genel olarak bakanlıkların kurulması ve kaldırılması hususunda CBK ile düzenleme yapılması mümkün iken Anayasa'da ismen sayılan bakanlıkların varlığının sürdürülmesi zorunlu olup bunlar CBK ile kaldırılamaz.[231] Zira bu hükümler de 106. maddeye nazaran özel hüküm niteliği taşımaktadır.

CBK konusunda istisnaların dar yorumlanması bağlamında ele alınması gereken bir diğer Anayasa kuralı Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Söz konusu kuralda "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*" hükmüne yer verilmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere idarenin kuruluşu münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalmaktadır. Zira anılan maddenin birinci fıkrasında yer alan "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" biçimindeki hüküm idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermekte ve bu ilke uyarınca kamu tüzel kişiliğinin (KTK) kurulması da dahil idarenin kural olarak kanunla kurulması ve düzenlenmesi gerekmektedir.[232] Ancak 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile birlikte yürütme organına CBK ile asli düzenleme yetkisi verilmesiyle daha önce ancak kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak yürütme makamları tarafından kurulabilen KTK'nın CBK ile de doğrudan kurulabilmesine izin verilmiş, böylece idarenin kanuniliği ilkesine KTK yönünden bir istisna getirilmiştir.[233] Ancak bu istisna ile birlikte akla hemen şöyle bir soru gelmektedir: Acaba bu hüküm uyarınca CBK ile sadece KTK'nın kurulması mı düzenlenecektir, yoksa kurulma yetkisinin içerisinde kamu tüzel kişiliğini düzenlemek de bulunmakta mıdır?

Sadece istisnaların dar yorumlanması ilkesi uyarınca meseleye yaklaşıldığında bu sorunun cevabı olumsuz olacak ve bunun içinde sadece kurulma yetkisinin bulunduğu, düzenleme yetkisinin bulunmadığı söylenebilecektir. Zira kuralın lafzında düzenleme ifadesine yer verilmediğine göre KTK CBK ile düzenlenemez. Ancak kural amacıyla ve

---

[231] **Çelik, Demirhan Burak** (2018) "Türk Tipi Başkanlık Sisteminde Yürütmenin Yapılanması", Güncel Hukuk, S. 173, s. 33; **Ülgen,** (2018a), s. 23; **Şirin**, s. 194; **Aslan,** (2019b), s. 301.

[232] Aynı yönde bkz: AYM, E.2013/47, K.2013/72, 06/06/2013. *İdarenin kanuniliği* ilkesi, kimi yazarlarca "*kanuni idare*" ilkesi olarak adlandırılmaktadır (bkz. **Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/ Karan, Nur/ Özdemir, H.Eyüp/ Üstün, Gül/ Okay, Tekinsoy** (2012) İdare Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları , s.4; **Akbulut, Emre** (2013) Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, İstanbul, Beta, s. 13; **Yıldırım, Turan** (2005) Türkiye'nin İdari Teşkilatı, 4.Baskı, İstanbul, Alkım Yayınevi,13-18).

[233] Doktrinde 2017 Anayasa değişikliklerinden önce kimi tüzel kişilerin kamu tüzel kişiliği vasfının Anayasa'da kimilerinin ise kanunda nitelendirilmesine bağlı olarak anayasa ile nitelendirilen kamu tüzel kişileri, kanunla nitelendirilen kamu tüzel kişileri biçiminde ikili bir ayrım yapılmakta idi (bkz. **Gözler, Kemal** (2018) Mahalli İdareler Hukuku, 1.Baskı, Bursa, Ekin, 158; **Gözler, Kemal** (2018) Mahalli İdareler Hukukuna Giriş, 1.Baskı, Bursa, Ekin, s.126). 2017 değişiklikleriyle 123. maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikten sonra bu ayrımın üçe çıkarılarak CBK'yla nitelendirilen kamu tüzel kişilerinden de söz edilmesi mümkün hale gelmiştir.

özellikle Anayasa'nın bütünselliği içinde CBK'ya ilişkin diğer hükümleriyle birlikte yorumlandığında bu sonuca ulaşmanın mümkün olmayacağı anlaşılmaktadır.

Yürütme organın da KTK kurma yetkisine sahip kılınmasının yasama organının yavaş işleyen yapısı da dikkate alınarak yürütmenin kendi yetki alanındaki sorunları hızlı bir şekilde çözecek bir yetki ve kabiliyete ulaştırılması nedenine dayandığı söylenebilir. Nitekim Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında birçok kamu kuruluşunu bünyesinde barındıran ve devletin çeşitli hizmet alanlarındaki faaliyetinin nasıl icra edileceğinin ana hizmet birimi olan bakanlıkların bile hem kurulması hem de düzenlenmesi yetkisi CBK'ya tanınmıştır. Buna göre Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kurulma ibaresinin bakanlıktan çok daha az etkili ve küçük bir idari birim olan KTK'nın düzenlenmesini içermediğini söylemek Anayasa'nın CBK'ya ilişkin genel yaklaşımıyla bağdaşmayacaktır.

Esasen eğer yürütme organı kuracağı KTK'nın teşkilatını, hangi faaliyet alanında hizmet vereceğini ve görevlerini düzenleyemeyecek ise anılan hükümle CBK'ya böyle bir yetki verilmesinin de bir anlamı olmayacaktır. Dolayısıyla gerek Anayasa'nın CBK'ya ilişkin diğer hükümleri ve bu kurumu ihdas etme amacı gerekse de söz konusu yetkiyi somut olarak veren Anayasa kuralının amacı gözetildiğinde kurulma yetkisinin içerisinde düzenleme yetkisinin de bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de -esasında CBK'ya ilişkin özel hükümlerin istisna olmasına dayanarak istisnaların dar yorumlanması ilkesini benimsemesine rağmen- Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasını aynı yönde yorumlamıştır:

2021 yılının Kasım ayına kadar verdiği kararlarında bu hususu iki defa ele alan Mahkemenin ilk kararı (4) numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında CBK'nın 665. maddesiyle kurulan bir KTK olan Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığına (TÜSEB) ilişkindir. Söz konusu karara konu davada TÜSEB'in burs verme yetkisine sahip kılınmasının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş, ancak Mahkeme bu hususu incelemeden önce ilk olarak CBK'yla bir KTK olan TÜSEB'in düzenlenip düzenlenemeyeceğini incelemiştir. Yaptığı inceleme sonucunda TÜSEB'in CBK ile düzenlenebileceğine hükmeden Mahkeme, bu hususu şöyle gerekçelendirmiştir:

> "*45. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı hükme bağlanmıştır. Anılan fıkrada yer alan*

"...kurulur." ibaresinin CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğinin CBK ile düzenlenmesini de içerdiği anlaşılmaktadır. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki koşullara bağlı olmak kaydıyla kamu tüzel kişiliğinin görevleri, yetkileri ve yapısı gibi unsurların CBK'yla düzenlenemeyeceğinin kabulü, kamu tüzel kişiliğinin CBK'yla kurulmasını mümkün kılan anayasal hükmü işlevsiz, dolayısıyla anlamsız kılabilecektir."[234]

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi kararında KTK'nın CBK'yla kurulabilmesine rağmen düzenlenememesinin söz konusu kuralla CBK koyucuya anılan yetkinin verilmesini anlamsızlaştıracağı, dolayasıyla kuralın düzenlenme amacını dikkate alarak bu hükümle yürütme organına KTK düzenleme yetkisinin de verildiğini kabul etmiştir.

Mahkeme anılan kararıyla Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası uyarınca KTK'nın kurulmasının münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu, ancak maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen özel hükmün anılan kurala bir istisna getirdiğini ve kuralın amacı dikkate alındığında CBK ile sadece KTK'nın kurulmasının değil düzenlenmesinin de 123. maddenin birinci fıkrası bağlamında Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılamayacağı kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.[235]

Mahkeme aynı yaklaşımını (7) numaralı CBK'nın 3. maddesiyle kurulan Savunma Sanayii Başkanlığına ilişkin kararında da sürdürmüştür. Bir KTK olan Savunma Sanayii Başkanlığının yurt dışı teşkilatı kurmakla yetkilendirilmesinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü davada öncelikle Başkanlığın anılan yetkisinin CBK ile düzenlenip düzenlenemeyeceğini değerlendiren Mahkeme yukarıda bahsi geçen içtihadını tekrarlayarak CBK ile KTK'nın düzenlenmesinin Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası bağlamında Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.[236]

---

[234] AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, § 45.

[235] Nitekim Mahkeme kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir*: "46. (4) numaralı CBK'nın dava konusu kuralın da yer aldığı 666. maddesinde görevleri düzenlenen TÜSEB, anılan CBK'nın 665. maddesiyle Bakanlığın ilgili kuruluşu olarak kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğidir. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca CBK ile kurulan bu Kurumun görev ve yetkileriyle ilgili düzenlemelerin de CBK ile yapılması mümkündür."* AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, § 46.

[236] AYM, E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, §§ 19-20.

Mahkeme söz konusu sonuca ulaşırken bir önceki kararına ek olarak ayrıca şu gerekçeye de dayanmıştır:

> *"20. Bir tüzel kişiliğin gerçek anlamda kurulduğundan bahsedebilmek için görevleri, teşkilat yapısı gibi unsurların da belirlenmesi gerekmektedir. Teşkilat yapısı, görevleri, çalışma usulü gibi konular düzenlenmeden bir kamu tüzel kişiliğinin faaliyette bulunması düşünülemez. Kamu tüzel kişileri belli bir kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla kurulur. Bu hizmetin yerine getirilebilmesi için tüzel kişinin kurulması yeterli olmayıp teşkilat yapısının oluşturulması, görev ve yetkilerinin de belirlenmesi gerekir."*[237]

Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasıyla ilgili olarak şu hususu da belirtmek gerekir ki burada CBK'yla kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına izin verilmesi Anayasa'da kanunla kurulacağı özel olarak belirtilen kamu tüzel kişilerinin de CBK ile kurulabileceği anlamına gelmemektedir. Bu çerçevede Anayasa'da kanunla kurulacağı özel olarak belirtilen üniversiteler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının CBK ile kurulması mümkün değildir.[238] Zira "…*kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur."* biçimindeki Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasıyla "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ….kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir."* biçimindeki Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasındaki hükümler, genel olarak KTK'nın CBK'yla kurulabileceğine ilişkin Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası karşısında özel hüküm niteliğindedir. Özel hükmün bulunduğu yerde genel hüküm uygulama alanı bulamayacağından üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve meslek üst kuruluşları gibi Anayasa'da kanunla kurulacağı özel olarak belirtilen KTK'lar CBK ile kurulamayacak, dolayısıyla düzenlenememeyecektir. [239]

Doktrinde Anayasa'da kanunla kurulacağı özel olarak (ismen) ve ayrıca belirtilen KTK'ların CBK ile kurulamamasına gerekçe olarak sadece anılan kuralların özel hüküm olmasına değil, aynı zamanda bu kuralların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci

---

[237] AYM, E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, § 20.

[238] **Ülgen,** (2018a), s.17. Ülgen "*Anayasa'nın 127.maddesinde kamu tüzelkişisi olduğu belirtilen mahalli idareler bakımından da kuruluş esaslarının kanunla belirtilmesi şartı*" koşulduğunu hatırlatmış, mahalli idarelerin de CBK'yla kurulamayacağına işaret etmiştir.

[239] **Ülgen,** (2018a), s. 17. Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 303.

fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamına girmesi nedenine de dayanılmıştır.[240] Ancak bu görüşe katılabilmek mümkün görünmemektedir. Zira KTK'nın kanunla düzenleneceği yönünde Anayasa'nın 130. ve 135. maddelerindeki gibi özel hükümler bulunmasaydı da KTK'nın kuruluşu münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalacak idi. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunu da kapsayacak şekilde idarenin kanunla düzenlenmesini öngörmektedir. Ancak 123. maddenin üçüncü fıkrası birinci fıkraya göre özel hüküm niteliği taşıdığından KTK yine de CBK ile kurulabilmektedir. Dolayısıyla Anayasa'da kanunla kurulacağı özel olarak (ismen) ve ayrıca belirtilen KTK'ların CBK ile düzenlenememesi münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kaldığından değil bu hususta hükümlerin Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasına nazaran özel hüküm olması niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Diğer taraftan doktrinde kanunla kurulan KTK'nın CBK tarafından ortadan kaldırılamayacağı ancak CBK ile kurulan KTK'nın kanunla ortadan kaldırılabileceği belirtilmiştir.[241] CBK ile kurulmuş bir KTK'yı söz konusu KTK'nın "hukuki varlığına son verilmiştir" biçiminde bir maddi hükme yer vermek suretiyle kanunla ortadan kaldırmanın mümkün olduğu görüşüne katılmaktayız. Zira yukarıda ifade edildiği üzere kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulması Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına nazaran özel hüküm niteliği taşımakta ise de maddenin üçüncü fıkrasındaki özel hükümde kamu tüzel kişiliğinin kanunla da kurulacağı belirtildiğinden KTK'nın kuruluşuyla ilgili olarak CBK'yla kurulmanın kanunla kurulmaya nazaran özel hüküm niteliği taşıdığı söylenemez. Dolayısıyla 123. maddenin üçüncü fıkrasındaki bu spesifik nedenle bu çalışmada savunulduğu üzere kanun ile CBK arasında hangisi sonra çıktıysa onun hükmünün geçerli olacağı ve önceki düzenlemeyi ortadan kaldıracağı şeklinde bir değerlendirme yapılamaz. Burada kanunla CBK'nın çatışması halinde Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesindeki kural uygulanacak ve CBK ile kanun arasında farklı hükümler bulunduğunda CBK kuralı hükümsüz hale gelecek ve kamu tüzel kişiliği ortadan kaldırılacaktır.

Bununla birlikte aynı sonuca söz konusu KTK'yı kuran CBK'nın yürürlükten kaldırıldığına dair kanuna bir hüküm koymak suretiyle ulaşmak mümkün değildir. Zira CBK

[240] **Aslan,** (2019b), s. 303.

[241] **Tunç**, s. 224; **Yasin, Melikşah** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri" Anayasa Yargısı, C. 36 (1), s. 320; **Aslan,** (2019b), s. 302.

ile kanunda metinsel değişiklik yapılamayacağı gibi[242] kanunla da CBK'da metinsel değişiklik yapılamaz. Bu bağlamda Anayasa CBK çıkarma yetkisini münhasıran Cumhurbaşkanına verdiğinden yetkide paralellik ilkesi uyarınca bir CBK'yı ancak Cumhurbaşkanı çıkaracağı yeni bir CBK ile yürürlükten kaldırabilir.

Kanunla kurulmuş bir KTK'nın CBK'ya maddi hüküm koymak suretiyle ortadan kaldırılması da mümkün olmayacaktır.[243] Çünkü KTK kurulmasıyla bu husus kanunda açıkça düzenlenmiş olacak dolayısıyla buna aykırı şekilde aynı konuyu düzenleyen CBK Anayasa'nın 104. maddesinin anılan fıkrasının dördüncü cümlesine aykırılık teşkil edecektir. Keza CBK ile kurulmuş bir KTK'ya ilişkin kanunla düzenleme yapılmış ise CBK söz konusu kanunun hükümlerine aykırı olacak şekilde aynı konuda düzenleme getiremeyecektir.[244]

Doktrinde sadece kamu tüzel kişilerinin değil özel hukuk tüzel kişilerinin de Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında CBK ile kurulabileceği ileri sürülmüş ise de bu görüşün yerinde olmayabileceği değerlendirilmektedir.[245] Zira özel hukuk tüzel kişiliğinin kurulabilmesiyle Anayasa'nın 123. maddesinin bir ilgisi bulunmamaktadır. Anayasa'nın 123. maddesinde kamu tüzel kişiliğinin CBK'yla kurulabileceğine ilişkin istisna hükmüne yer verilmesinin nedeni ise aynı maddenin birinci ve üçüncü fıkrası uyarınca kamu tüzel kişiliğinin kurulmasının münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalması olup 123. maddede özel hukuk tüzel kişilerinin kanunla kurulması gerektiği yönünde bir kurala yer verilmemiştir. Ancak bu CBK ile özel hukuk tüzel kişisi kurulamayacağı anlamına gelmemektedir. CBK ile Anayasa'nın 104. maddesinin birinci cümlesinde verilen genel yetki uyarınca yürütme yetkisi kapsamında ilk elden düzenleme yapılabileceğinden yürütme yetkisine ilişkin olmak şartıyla özel hukuk tüzel kişisi kurulabilir.

[242] AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020.

[243] **Tunç**, s. 224; **Yasin,** (2019), s. 320; **Aslan,** (2019b), s. 302.

[244] Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 302.

[245] Yasin ve Aslan özel hukuk tüzel kişilerinin de Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kurulabileceği görüşündedirler (**Yasin,** (2019), s. 321; **Aslan,** (2019b), s. 302).

Anayasa'da Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konularda Yürütmenin Düzenleme Yapma Yetkisi

Bu ölçütle ilgili vurgulamak gerekir ki Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağının öngörülmesi, anılan konularda yürütmenin hiçbir şekilde düzenleme yapamayacağı anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen yerleşik içtihadında kabul ettiği üzere münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen hususta konuya ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve çizildikten sonra bunun içinde kalan diğer hususların yürütmenin CBK dışındaki diğer türev nitelikli işlemleriyle örneğin yönetmelikle düzenlenmesi mümkündür.[246] Nitekim Anayasa'nın 124. maddesinde "*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*" denilmek suretiyle kanunların uygulanmasını göstermek üzere yönetmelik çıkarılabileceği hususu Anayasa'da açıkça düzenlenmiştir.

Bununla birlikte Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda konuya ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve kanunla belirlenmiş olsa bile bu çerçevenin içinde kalan hususların CBK'yla düzenlenmesi mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki hüküm açık olup *Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz.* Bu münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konunun temel kuralları ve genel çerçevesi için geçerli olduğu gibi konunun ayrıntıları için de geçerlidir.

Anayasa'da münhasıran düzenlenmesi öngörülen bir konuda *kanunla da* konunun ayrıntılarının düzenlenmesinin CBK'ya bırakılması mümkün değildir. Zira bu durumda Anayasa'nın CBK'ya tanımadığı bir yetkinin kanun aracılığıyla CBK'ya tanınması sonucu ortaya çıkar ki bunun Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesiyle açıkça çelişeceği ortadadır.[247]

Esasen kanunla temel ilkeleri belirlenmiş bir hususun ayrıntılarının düzenlenmesinin CBK'ya bırakılmasının CBK'ya ilişkin Anayasa'da ortaya konulan tasarıma da aykırı

[246] Yürütmenin türevsel nitelikteki düzenleyici işlemleriyle suç ve cezalara ilişkin düzenleme yapıp yapamayacağına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz**. Başlar, Kemal** (2008) "Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdasının Anayasallığı Sorunu", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 127-163.

[247] **Ülgen, Özen** (2019) "Kanun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar" Anayasa Yargısı, C. 36 (1), s. 268.

düşeceği açıktır. Zira CBK yürütmenin türevselliği bağlamında bir kanunun uygulanmasını göstermek üzere değil asli düzenleme yetkisi kapsamında Başkanlık sisteminde katı kuvvetler ayrılığının bir yansıması olarak yürütme alanında (Anayasa'daki sınırlayıcı kurallara uygun olmak şartıyla) bir konuyu daha önce kanunun düzenlemiş olması şartına bağlı olmaksızın ilk elden düzenlemek üzere ihdas edilmiştir.[248] Bu çerçevede bir konuya ilişkin temel kurallar kanunla belirlendikten sonra konunun ayrıntıları zaten yürütmenin CBK dışındaki diğer düzenleyici işlemleri ile düzenlenebilecek iken bunların ayrıntısının düzenlenmesinin asli düzenleme yetkisine sahip CBK'ya bırakılması tabiri caiz ise CBK'nın yönetmelik yerine konulması anlamına gelecek, bu ise CBK yönünden Anayasa'nın dayandığı genel felsefeye aykırı olacaktır.[249]

Ölçüte İlişkin Anayasa Mahkemesinin Genel Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadar verdiği kararlar incelendiğinde Mahkemenin *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konu ölçütüne* ilişkin şu sonuçlara ulaştığını söylemek mümkündür.

Öncelikle Mahkeme, *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular* ibaresinin anlamını açıklığa kavuşturmuş ve bununla sadece "*münhasıran kanunla*", "*sadece kanunla*" veya "*ancak kanunla*" gibi ibarelere yer verilerek vurgulanan Anayasa hükümlerinin değil, herhangi bir şekilde kanunla düzenleme yapılmasını öngören tüm anayasal hükümlerin kastedildiğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "*Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır*".[250]

Mahkeme bu tespiti yaptıktan sonra Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağına ilişkin kuralın, Anayasa'da CBK ile

[248] Aksi görüş için bkz. **Yıldırım,** (2017), s. 25.

[249] Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 273.

[250] AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020, § 11; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 11; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, § 11.

düzenleneceği özel olarak belirtilen konular yönünden nasıl uygulanacağını da tartışmıştır. Ancak Mahkeme bu tartışmayı CBK'lara ilişkin genel ilkelerin belirlendiği "*A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi*" başlığı altında her bir CBK kuralı ve başvuru yönünden *genel* olarak yapmamış, konuya ilişkin hüküm taşıyan CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığının somut olarak incelendiği bölümde yapmayı tercih etmiştir.

Mahkemenin söz konusu tartışmayı ilk olarak 23/1/2020 tarihli ve E.2019/31, K.2020/5, sayılı kararda yaptığı görülmektedir. Söz konusu kararda tartışma 28 numaralı CBK'nın 3. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleri bağlamında yapılmıştır. Anılan kurallar şöyledir:

"*Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir. Koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabilir. Hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetleri koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütülür.*"

Dava dilekçesinde, başka iddialarla birlikte kuralla kamu görevlisi olan koordinatör başhekimlerin görevlerinin düzenlendiği, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin görevlerinin ancak kanunla belirlenebileceği, dolayısıyla kuralla münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapıldığı ileri sürülmüştür.

Mahkeme dava konusu kurallarla ilgili bir değerlendirme yapmadan önce Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar yönünden getirilen konu bakımından yetki sınırlarının sadece Anayasa'nın anılan fıkrasının birinci cümlesine dayalı olarak çıkarılan CBK'lar yönünden değil, Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen hükümlere dayalı olarak çıkarılan CBK'lar yönünden de uygulama alanı bulacağını tespit etmiştir. Mahkeme anılan hususu kararın 25. paragrafında şöyle ifade etmiştir:

> "*Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla*

birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır."[251]

Buna göre Mahkemenin "*Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemesi*" gerekçesine dayanarak doktrinde söz konusu sınırlamaların Anayasa'da CBK ile özel olarak düzenleneceği belirtilen konular yönünden geçerli olmadığı yönündeki görüşü reddettiği, *dolayısıyla anılan konuların CBK'nın mahfuz alanı olduğu yönündeki görüşü kabul etmediği söylenebilir.*

Bununla birlikte Mahkemenin bu yargıyı temellendirirken yine de kategorik bir değerlendirmeden kaçındığı, söz konusu sınırlamaları Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konulara uygularken sadece Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasını değil Anayasa'nın diğer hükümlerini de dikkate alacağını ifade ettiği görülmektedir. Bu çerçevede Mahkemenin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen sınırlamaların bir kısmını Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda geçerlilik kazanmayacağı işaretini verdiği anlaşılmaktadır.

Nitekim kararın devamında itiraz konusu kurallarla Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir taşra teşkilatının kurulduğu, dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan " *İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmü uyarınca düzenleme kapsamındaki söz konusu hususların *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular* kapsamında kaldığı, dolayısıyla kuralın esasında Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen hükümle görünürde çatıştığı tespit edilmesine rağmen Mahkemenin söz konusu kuralların iptali talebini reddettiği görülmektedir.

Mahkeme kuralların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olmadığı yönündeki sonuca ulaşırken şu gerekçeye dayanmıştır:

"29 (...) Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak

[251] E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 25.

öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir.

30. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.' Ancak Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında 'Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir' denilmek suretiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması yönünden CBK'larla düzenleme yapılmasına açıkça izin verilmiştir.

31. Bu bağlamda Anayasa'nın CBK'lar tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabilir."

32. (...) Bu itibarla kuralların Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır."[252]

Mahkemenin anılan gerekçesinden şu sonuçları çıkarmak mümkündür:

i. Mahkemenin aslında bir önceki başlık altında ifade edildiği üzere Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümleri arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi kurduğu ve Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin olarak *münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda* düzenleme yapılsa da bunun on yedinci fıkranın üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna ulaştığı anlaşılmaktadır. Mahkeme sadece bu sonuca ulaşırken anılan özel hüküm-genel hüküm biçimindeki yorum ilkesini öne çıkarmamış bunun yerine *açıkça izin verme* gerekçesine dayanmıştır.

[252] E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, §§ 29-32.

ii. Mahkeme, "*Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz.*" ifadesiyle konuya ilişkin kuralı ortaya koyarken "*Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir.*" ifadesiyle kuralın istisnasını ortaya koymuştur. Ancak Mahkemenin bu istisnayı ortaya koyarken Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinde "*açıkça izin verilen konular"* vurgusu yaparak söz konusu hükümlerin geniş ve dolaylı yorumlarıyla çıkarılabilecek hususların değil sadece bu hükümlerde açıkça belirtilen hususların kurala istisna oluşturabileceğini ifade ettiği görülmektedir. Buna göre Mahkemenin bu konuda *kural olarak* istisnanın dar yorumlanması ilkesini benimsediği söylenebilir.

iii. Mahkemenin "*Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir.*" biçimindeki değerlendirmesinden yola çıkılarak Anayasa'da CBK ile düzenleneceği *özel olarak belirtilen* konulara ilişkin Anayasa hükümlerine dayanılarak çıkarılan CBK'lar ile Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinin verdiği *genel yetkiye* dayalı olarak çıkarılan CBK'lar arasında anayasal denetim açısından bir fark görmediği sonucunu çıkarmak isabetli olmayacaktır. Zira Mahkemenin burada *kural olarak* anılan sınırlamaların Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konulara uygulanacağını benimserken 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamanın aslında anılan konulara ilişkin özel hükümlerde açıkça belirtilen hususlar yönünden geçerlilik kazanmayacağını kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Nitekim Mahkemenin bu konunun anılan şekilde kavranması gerektiğini vurgulamak için "*Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında*

CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir." biçimindeki ilk yargıdan hemen sonra "*Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır."* biçimindeki ikinci ve tamamlayıcı yargıya yer verdiği görülmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin en azından on yedinci fıkranın üçüncü cümlesindeki sınırlama yönünden yapacağı anayasal denetimin, kurala konu hususun Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular kapsamında kalıp kalmadığına göre farklı sonuçlanacağı söylenebilir. Bu kapsamda kuralla düzenlenen konu Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği öngörülmeyen konular kapsamında kalıyorsa kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşılabilecek iken Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği öngörülen konular kapsamında kalması durumunda aksi sonuca varılabilecektir.

(bd) On Yedinci Fıkranın Dördüncü Cümlesi: Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular Ölçütü

Ölçütün Anlam ve Kapsamı

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu ölçüt uyarınca kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK ile düzenleme yapılamayacak, yapılması halinde ise kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekecektir. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin anılan cümle uyarınca bir değerlendirme yaparak kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığını tespit edebilmesinin kolay olmadığı söylenebilir. Nitekim doktrinde anılan hükmün bazı belirsizlikler içerdiği veya en azından yoruma muhtaç olduğu ifade edilmiştir.[253] Bu bağlamda bu anayasal hükmün anlam ve kapsamının ortaya konulması ayrı bir önem arz etmektedir.

Zaman Sorunu

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki kuralda "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" denilmek suretiyle düzenlenecek olan değil *düzenlenmiş* olan konudan söz edilmiştir. Aynı

[253] **Kanadoğlu, O. Korkut/ Duygun, Ahmet Mert** (2017) "6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'a İlişkin Değerlendirmeler", Güncel Hukuk, S. 159, s.61; **Söyler**, s. 97; **Aslan,** (2019b), s. 275; **Gözler,** (2019a), s. 929-930; **Ergül,** s. 32**; Göztepe, Ece** (2017) "Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", Güncel Hukuk, S. 159, s. 49.

fıkranın son cümlesinde de "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*" denilmek suretiyle gelecekte bir kanun çıkarılması halinde CBK'nın hukuki durumunun ne olacağı ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu ölçüt uyarınca ancak *CBK'dan önce çıkarılmış* bir kanun hükmüyle bir konunun düzenlenmiş olması durumunda CBK'yla düzenleme yapılamayacaktır.[254]

Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında bu hususa şöyle vurgu yapmıştır:

> *"18. ...Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca daha önce açıkça düzenlenmiş olan bir konuda CBK çıkarıldığından söz edilebilmesi için bu düzenlemeyi yapan kuralın kanun olması gerekir. İkinci olarak bu kanunun CBK'dan önce çıkarılmış olması gerekir.*
>
> *19. Dava konusu kural bakımından daha önce çıkarılan bir kanunun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Bankanın görevlendirilmesi yönünden hem CBK hem de kanun çıkarılabileceğini belirten kuralın lafzına göre ortada henüz kuralda belirtilen nitelikte görevlendirmeyi yapan bir kanun hükmü bulunmadığından kanunun açıkça düzenlediği bir konuda CBK çıkarılması gibi bir durumdan da söz edilemez."*[255]

Kanun veya KHK ile Düzenlenmemiş Olma

İkinci olarak daha önce düzenleme yapan normun bir kanun olması gerekmektedir. Ancak burada hemen şu soru akla gelmektedir. Anayasa'nın 91. maddesi ilga edilmeden önce birçok husus kanun hükmünde kararname (KHK) ile düzenlenmiştir. Acaba KHK ile daha önce düzenlenmiş bir konuda CBK ile düzenleme yapılabilecek midir? Bir başka ifadeyle kuralda yer alan *kanun* ibaresiyle sadece dar anlamda kanunlar mı kast edilmiştir? Yoksa bu ibare geniş anlamda KHK'ları da kapsamakta mıdır?

Gözler, KHK'ların kanun hükmünde olması ve bunların Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (F) fıkrasına göre yürüklüklerini devam ettirmesi[256] hususlarının gözetilerek

---

[254] Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetki yönünden yaptığı denetim esas itibariyle 104. maddenin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesi kapsamında yapılmaktadır. Dolayısıyla ancak anılan cümlelere aykırılıktan iptal kararı verilmesi gündeme gelmektedir. Anılan fıkranın beşinci cümlesinin müeyyidesi ise iptal değil hükümsüzlüktür. Dolayısıyla CBK'nın kanundan önce veya sonra çıkması müeyyidenin iptal mi yoksa hükümsüzlük mü olacağını belirlemektedir (**Aslan,** (2019b), s. 332).

[255] AYM, E.2018/162, K.2020/66, 12/11/2020, §§ 18-19.

[256] Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (F) fıkrasının birinci cümlesi şöyledir: "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği*

daha önce KHK ile düzenlenmiş bir konunun da CBK ile düzenlenememesi gerektiği görüşündedir.[257] Anayasa'nın mülga 91. maddesinin verdiği yetki uyarınca *Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konular* dahil birçok konuda KHK ile düzenleme yapılmasına izin verilmiştir.[258] Zaten bu nedenle bu işlemler işlevsel olarak bir yasama işlemi olarak nitelendirilerek Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi kılınmıştır.[259] Doktrinde Özbudun tarafından "*bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor ve yürürlükten kaldırabiliyorsa bu işlemin kanun niteliğinde*" olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[260] Bu bağlamda 2017 yılındaki Anayasa değişikliğinden önceki dönemde Anayasa'da KHK'ya (Anayasa'nın mülga 91. maddesinde belirtilen kişi hakları, siyasi haklar ve ödevler ile Anayasa'da KHK ile düzenlenmesine imkân tanınmayan hususlar dışındaki konularda) kanun hükümlerini değiştirme ve yürürlükten kaldırılma yetkisinin tanındığı açıktır. Nitekim uygulamada da KHK'yla bir çok kanun hükmü yürürlükten kaldırılmış, değiştirilmiş veya kanuna eklemeler yapılmıştır.[261] Dolayısıyla KHK'ların niteliği dikkate alındığında kanaatimizce de KHK ile daha önce düzenleme yapılmış bir konuda CBK ile düzenleme yapılamaz.[262] Nitekim Anayasa Mahkemesi de CBK'ya ilişkin verdiği ilk kararlarından birinde bu konuda aynı yaklaşımı göstererek KHK ile daha önce düzenlenmiş konuda da CBK ile düzenleme yapamayacağına karar vermek suretiyle konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

> "*34. … KHK'lar ilk olarak 1961 Anayasası'nın 64. maddesinde 1971 yılında 1488 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle hukuk sistemimize girmiştir.*
>
> *35. Anılan değişikliğin gerekçesi şöyledir: "[Parlamenter] rejimlerde, kanun yapmanın belli usullere uyulmak zorunluluğu sebebiyle, bir zaman*

tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, ... yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür."

[257] **Gözler,** (2019a), s. 931.

[258] Nitekim Anayasa Mahkemesi de "*12. Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun Anayasa'nın mülga 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın mülga 163. maddesinde olduğu gibi KHK çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.*" demek suretiyle Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların KHK ile düzelebileceğini kabul etmiştir. Bkz. AYM, E.2018/113, K.2020/48, 24/09/2020, § 12.

[259] AYM, E.2018/113, K.2020/48, 24/09/2020, §. Sağlam, Teziç ve Özbudun'a göre de KHK'lar maddi bakımdan bir yasama işlemidir (**Sağlam,** (1984), s. 266; **Teziç,** (2018), s. 35-36; **Özbudun,** (2019), s. 215-216). CBK'nın da maddi anlamda yasama işlemi olduğu hususunda bkz. **Fendoğlu,** (2020), s. 702.

[260] **Özbudun,** (2019), s. 213.

[261] E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, § 38.

[262] Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 275.

aldığı ve gecikmeler meydana getirdiği bir gerçektir. Değişen iktisadi ve sosyal şartların gereği olarak, bâzı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konulabilmesi çağdaş Devlet anlayışının tabiî bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasanın 5 nci maddesi hükmünün prensibini bozmamak ve her halde önceden yasama meclislerince esasları bir kanunla tesbit olunan sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla Hükümete kanun hükmünde kararnameler çıkarma yetkisinin verilmesi ve bu yetkiyi düzenliyen hükmün, Türkiye Büyük Millet Meclisinin genel olarak görev ve yetkilerini belirliyen 64 ncü maddesine eklenmesi uygun görülmüştür."[263]

36. 1982 Anayasası'nın 87. maddesinin 2017 yılında 6771 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğinden önceki hâlinde "Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek" TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

37. Anayasa Mahkemesi Anayasa'da kanunla düzenleneceği öngörülen konuların kural olarak KHK ile düzenlenebileceğini (...)kabul etmiştir (AYM, E.2011/149, K.2012/187, 22/11/2012).

38. Uygulamada da -Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasındaki yasak alan ile Anayasa'da KHK ile düzenlenemeyeceği öngörülen alanlar dışında- KHK'lar ile kanun hükümleri değiştirilmiş, yürürlükten kaldırılmış veya bunlara eklemeler yapılmıştır. Aynı şekilde kanunlarla da KHK hükümleri değiştirilmiş, yürürlükten kaldırılmış veya bunlara eklemeler yapılmıştır.

39. KHK'ların Anayasa'nın mülga hükümlerinde belirtilen niteliği, yukarıda ifade edilen getiriliş amacı, Anayasa Mahkemesinin KHK'larla ilgili içtihadı ve uygulama dikkate alındığında KHK'ların kanun hükmünde oldukları görülmektedir. Dolayısıyla KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılamaması gerekir."[264]

[263] Görüldüğü üzere gerekçede KHK'nın "*kanun yapmanın belli usullere uyulmak zorunluluğu sebebiyle*" gecikmelere neden olması nedeniyle aynı fonksiyonu icra etmek üzere öngörüldüğü ifade edilmiştir.

[264] E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, §§ 38.

Aynı Konuda Düzenleme Yapılıp Yapılmadığı Sorunu

Üçüncü olarak cümlede yer alan "*aynı konu*" kavramıyla ne kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Doktrinde konu kavramının çok geniş bir içeriğe sahip olduğu, kanunun düzenlediği bir konunun CBK ile hiçbir şekilde düzenlenemeyeceği kabul edildiğinde CBK ile herhangi bir düzenleme yapılamaması sonucunun doğabileceği, bunun ise yeni hükümet sistemini fiilen işlemez hale getirebileceği değerlendirilmiştir.[265] Zira "*Cumhuriyet döneminde 14.000'den fazla kanun kabul edilmiş*" olup bu kanun hükümlerinin temas etmediği, dolayısıyla düzenlemediği bir konu bulmak zordur.[266] Dolayısıyla anılan kural sadece lafzıyla ele alındığında CBK kurumunun işlerliğinin ciddi bir şekilde zedelenmesi gündeme gelebilir. Bu durumda CBK'ya ilişkin anayasal çerçevenin belirlendiği Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan kuralların konuluş amacının yorumlanarak söz konusu Anayasa hükmünün anlam ve kapsamının ortaya konulması gerekir.

Bu çerçevede anılan fıkradaki hükümlerin temel olarak iki amacının bulunduğu söylenebilir. Birincisi, ikisi de asli alanda düzenleme yapma yetkisine sahip olan kanun ve CBK kurallarının hüküm alanlarını birbirinden ayırmaktır ki bunun özellikle söz konusu fıkranın ilk üç cümlesiyle teminat altına alınmasının hedeflendiği görülmektedir. İkincisi ise bu iki norm türünün olası karşılaşma/çatışma durumlarında kural olarak kanunun üstünlüğünü sağlamaktır. Bunun ise fıkranın kalan son üç cümlesiyle güvence altına alınmak istendiği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda CBK'nın sadece, *yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceğini* düzenleyen on yedinci fıkranın birinci cümlesinin bu konuda CBK'nın en geniş düzenleme ayrımını ifade ederek yürütme yetkisi *dışında* kalan kısımda ilk elden düzenleme yetkisini sadece kanunun hüküm alanına bıraktığı görülmektedir. İkinci cümlede kişinin hak ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevler konusunda CBK'yla düzenleme yapılması yasaklanarak yürütme yetkisine ilişkin olsa bile anılan konuların sadece kanunun hüküm alanında kalması teminat altına alınmıştır. Üçüncü cümlede ise "*Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüne yer verilerek Anayasa'nın özel olarak kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların da kural olarak kanunun hüküm alanında kalması amaçlanmıştır.

---

[265] **Gözler,** (2019a), s. 930.

[266] **Gözler,** (2019a), s. 930.

On yedinci fıkranın "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*" biçimindeki son üç cümlesinde ise öncelikle kanun ile CBK'nın aynı konuda düzenleme yapmasının engellenerek CBK'nın kanunun hüküm alanına müdahale etmesinin, bir başka ifadeyle kanun ile bir düzenleme yapılmış ise CBK'nın aynı konuda düzenleme yaparak söz konusu kanun hükmünü etkisiz bırakmamasının sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır.[267] Böylece nihai ve kural olarak kanun hükmünün her durumda CBK hükmünden üstün tutulması amaçlanmıştır.

Bir kuralın bir başka kuralı etkisiz hale getirmesi veya onun hüküm ve sonuçlarını doğurmasını engelleyebilmesi için ona aykırı bir hüküm getirmesi gerekir. Buna göre eğer CBK kuralı kanunun açıkça düzenlediği kurala aykırı düşen/çelişen bir düzenleme getirmiyorsa bunun on yedinci fıkranın dördüncü cümlesi bağlamında aynı konuda düzenleme olarak nitelendirilmemesi gerektiği söylenebilir.[268]

Aksi taktirde CBK ile bir konuda kanunda belirtilen aynı kural tekrarlandığında da (örneğin bir kanunda burs almak için öğrencilerin 30 yaşını geçmemiş olması gerektiğine ilişkin kuralın aynısı CBK'da tekrarlandığında da) CBK kuralının iptal edilmesi gerektiği

---

[267] Aslan da on yedinci fıkranın dördüncü cümlesindeki hüküm yerine "*kararnamelerin anayasa ve yasalara aykırı olmayacağına dair bir düzenleme*" yapılmasının daha yerinde olacağını belirtmek suretiyle aslında anılan hükmün amacının kanunlara aykırı düzenleme yapılmamasını sağlamak olduğuna işaret etmiştir (**Aslan,** (2019b), s. 276).

[268] Anayasa Mahkemesi üyeleri Muammer Topal, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş benzer görüşü 23/1/2020 tarihli ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararda karşıoylarında şöyle ifade etmişlerdir:

> "*17. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." denilmiştir. Buna göre Anayasa'da CBK ile özel olarak düzenleneceği öngörülen konular dışında kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmaması gerekmektedir. Ancak Anayasa'nın anılan maddesiyle amaçlanan husus, kanunla düzenlenmiş bir konuda farklı hükümler getirebilecek bir CBK'nın çıkarılmasına izin vermemek suretiyle aynı konuya ilişkin iki norm türü arasında oluşabilecek hüküm çatışmasının önlenmesidir.*
>
> *18. Aksi takdirde, -"konu"- geniş bir kavram olduğundan, bir konuya ilişkin herhangi bir hususun kanunla düzenlenmesinden sonra aynı konuda başka bir hususun CBK ile düzenlenemeyeceğini kabul etmek gerekir ki bu durum yürütme yetkisine ilişkin olup kanunların herhangi bir şekilde az veya çok temas ettiği hiçbir konuda CBK ile hiçbir şekilde düzenleme yapılamayacağı anlamına gelir. Bu bağlamda yürütme yetkisine ilişkin olarak yürürlükte bulunan kanunların sayı ve kapsamına bu anlamda bakıldığında, kanunların düzenleme yapmadığı bir konunun tespit edilmesinin neredeyse imkânsız olduğu görülür. Anayasa koyucunun böyle bir sonucu murat ettiği düşünülemeyeceğine göre, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarıldığından söz edilebilmesi için CBK kuralının kanunun düzenleme alanına girerek onun hüküm ve sonuçlarından farklı bir düzenleme öngörmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir.*"

kabul edilmelidir ki anayasa koyucunun bunu amaçladığını söylemek zordur. Nitekim anayasa koyucunun esas amacının CBK'nın kanunun hüküm alanına müdahale etmesini engellemek olduğu on yedinci fıkranın beşinci cümlesindeki kuraldan da açıkça anlaşılmaktadır. Bu cümlede "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır."* denilmek suretiyle ancak CBK ile kanunlarda *farklı hükümler* bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanması esası benimsenmiştir. Buna göre anayasa koyucunun amacının, CBK'nın kanunun hüküm alanına müdahale etmek suretiyle onu etkisiz hale getirmesini engellemek olduğu değerlendirilebilir.

Açıkça Düzenleme Sorunu

Burada "*açıkça düzenlenen*" ibaresi üzerinde de durmak gerekir. Zira inceleme konusu Anayasa kuralında "*Kanunda ... düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" denilmemiş, "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."* ifadesine yer verilmiştir. Doktrinde cümlede geçen "açıkça" ibaresine bir anlam vermenin zor olduğu, bu ibarenin kuralın belirsizliğine neden olduğu ileri sürülmüştür.[269] Gerçekten de anılan ibarenin yoruma muhtaç olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu ibarenin yoruma muhtaç olması onun uygulanamaz olduğunu göstermez.

Yukarıda ifade edildiği üzere on yedinci fıkranın dördüncü cümlesinde yer alan sınırlamaya uygun bir düzenlemeden söz edilebilmesi için öncelikle konunun daha önce çıkarılmış bir kanunda düzenlenmemiş olması gerekmektedir. Anılan kuralın objektif anlamı dikkate alındığında söz konusu "*açıkça düzenleme*" ibaresinin, bir hususun kanunla düzenlendiğinin dolaylı yorumlar sonucu ulaşılan çıkarımlar olmaksızın doğrudan ve net olarak anlaşılmasını ifade ettiği söylenebilir. Dolayısıyla bu başlık altındaki ölçüte aykırı bir CBK kuralından söz edilebilmesi için konu hakkında kanunda düzenleme olduğunun kanun metninden doğrudan anlaşılması gerekir.

Özetle bu sınırlamayla kanun veya KHK'yla daha önce düzenlenmiş bir hususta CBK'yla aynı konunun, bir başka ifadeyle kanun veya KHK'nın düzenlediği konuda hüküm ve sonuç doğurarak ona aykırı bir düzenleme öngören hususun düzenlenmesinin yasaklandığı söylenebilir. Ancak bu konuda söz konusu yasağın devreye girebilmesi için kanun veya KHK'da o konunun düzenlendiğinin açık olması, bir başka ifadeyle CBK'yla

[269] **Gözler,** (2019a), s. 929-930; **Aslan,** (2019b), s.275-77; **Kanadoğlu/ Duygun,** (2017), s.61; **Ergül**, s. 32**; Göztepe,** (2017), s. 49.

düzenlenen konunun Kanun veya KHK'nın düzenlediği konuyla aynı olduğu hususunda dolaylı bir yorum yapmaksızın sonuca ulaşılabilmesi gerektiği kabul edilebilir.

Ölçütün Anayasa'da CBK'yla Düzenlenmesi Özel Olarak Öngörülen Konularda Uygulanması

Bu ölçüte ilişkin sınırlamanın (da tıpkı bir önceki başlıkta incelenen ölçüt yönünden araştırıldığı gibi) Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen konularda geçerlilik kazanıp kazanmayacağı incelenmelidir. Bir başka ifadeyle bu sınırlamanın tüm CBK kuralları yönünden geçerli mutlak bir kural olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın CBK'ya ilişkin 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*" denilmek suretiyle yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanı'na genel bir düzenleme yetkisi verilmiştir. Ancak anayasa koyucunun bununla yetinmeyerek Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağı yönünde özel hükümlere yer vererek[270] anılan konularda Cumhurbaşkanınca düzenleme yapılacağını ayrıca ve açıkça hüküm altına aldığı görülmektedir.[271]

CBK'ya ilişkin söz konusu özel hükümler incelendiğinde bunlarla CBK koyucuya düzenleme yapma yetkisi verilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen *yürütme yetkisine ilişkin konular* kapsamında kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu özel hükümlerde tekrar belirtilmesine ihtiyaç bulunmaksızın anılan hükümlerde belirtilen konularda zaten 104. maddenin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde yürütme yetkisine ilişkin konularda verilen genel yetki kapsamında CBK ile

[270] Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında da kamu tüzelkişiliğinin, kanunla veya CBK ile kurulabileceği yönünde özel bir hükme yer verildiğinin belirtilmesi gerekir.

[271] Doktrinde Gözler, Anayasa'da CBK'yla düzenlenmesi özel olarak öngörülen konuları "*mahfuz alan*" bir başka ifadeyle kanun dahil CBK dışında bir normla düzenlenemeyecek alan olarak nitelendirmektedir (**Gözler,** (2019a), s. 922). Aslan, ise bu konuları "*yürütmeye saklı alan*" olarak adlandırmaktadır (**Aslan**, (2019b), s.281-302). Aşağıda belirtilecek nedenlerle kanaatimizce bu kavramsallaştırmalara katılmak mümkün değildir.

düzenleme yapılabileceği açıktır. Anayasa koyucu abesle iştigal etmeyeceğine göre söz konusu özel hükümlerle zaten CBK'yla düzenleme yapılabilecek konularda tekrar düzenleme yapılacağının belirtilmesinin, ayrı bir anlamı olmalıdır.

Bu çerçevede anayasa koyucunun Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisi tanıdıktan sonra aynı fıkranın devam eden üç cümlesiyle yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılacak CBK'lara konu bakımından *ek sınırlamalar* getirdiği, bu kapsamda fıkranın üçüncü cümlesiyle Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağını hüküm altına aldığı görülmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda da anayasa koyucunun anılan özel nitelikli hükümlerle Cumhurbaşkanı'na düzenleme yapma yetkisi vermesi ve söz konusu hükümlerin görünüşte de olsa birbiriyle çatışması karşısında bu düzenlemelerin özel hüküm olması nedeniyle 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen konu bakımından düzenleme kuralına istisna tanındığı şeklinde yorumlanması gerekir.[272]

Aksi halde ikisi de Anayasa normu olan kurallar arasında anlamlı, tutarlı ve normun getiriliş amacına uygun bir uzlaşma sağlanması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin de bu durumu tespit ettiği ve yukarıda belirtilen kararında "*Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir."* demek suretiyle Anayasa'nın CBK'ya ilişkin özel hükümlerinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine istisna teşkil edebileceğini kabul ettiği görülmektedir.[273]

Bu kabul şu sorunun sorulması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır: Acaba Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda dahi Anayasa'nın CBK'ya ilişkin özel hükümlerinde belirtilen konularla sınırlı olarak düzenleme yapılması mümkün ise aynı sınırlı konularda daha önce kanunla düzenleme yapılmış olması CBK ile düzenleme yapılmasına engel teşkil eder mi? Bu sorunun makul cevabının olumsuz, bir başka ifadeyle "engel teşkil etmez" olması gerekir.[274] Zira Anayasa koyucunun özellikle "*kanunla*

[272] **Gözler,** (2019a), s. 932-933; **Ülgen,** (2018a), s. 20; **Eren,** (2020), s. 917-918.

[273] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 29.

[274] Doktrindeki bazı yazarlara göre Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilen dört

düzenlenir", dediği konularda CBK çıkarılabileceğini istisnai olarak kabul etmek aynı istisnai konularda daha önce kanunla düzenleme yapılmış olması halinde de CBK ile düzenleme yapılacağını kabul etmeyi gerektirir. Dolayısıyla 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile dördüncü cümlesi arasında yakın bir bağ olduğu, bunun üçüncü cümle yönünden tanınan istisnanın dördüncü cümle yönünden de tanınmasını zorunlu olarak gerektirdiği söylenebilir. Bu çerçevede örnek olarak Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin özlük haklarının düzenlenmesi münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalmakta ise de Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin özlük işlerinin CBK ile düzenleneceğini belirtilen özel hüküm karşısında nasıl ki Anayasa'nın 104. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen konu bakımından düzenleme sınırının geçerlilik kazanmayacağını kabul etmek gerekir ise aynı mantık uyarınca DDK üyelerinin özlük işlerinin daha önce kanunla düzenlenmiş olmasının da bu konuda CBK ile düzenleme yapılmasına engel oluşturmayacağının kabul edilmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki esasında 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile dördüncü cümlesi arasında normun getiriliş amacı açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu çerçevede nihayetinde her iki hükmün amacının da aynı olduğu, üçüncü cümleyle Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı düzenlenerek Anayasa'nın kanunla düzenleneceğini özel olarak öngördüğü konularda CBK çıkarılmasının yasaklanmak istendiği, dördüncü cümleyle ise ister Anayasa'nın münhasıran kanunla öngörülmesini istediği, isterse istemediği alanda olsun çıkarılmış kanunların üstüne CBK ile bir düzenleme yapılmasının önlenerek kanunun düzenleme alanının kural olarak CBK'nın düzenleme alanının dışında ve onun üstünde tutulmak istendiği anlaşılmaktadır.

Ancak anayasa koyucunun benimsenen yeni hükümet sistemine uygun olarak Anayasa'da özel olarak belirtilen konularda bu düşünceden ayrıldığı, dolayısıyla bunlar yönünden söz konusu sınırlamaların geçerli olmamasını istediği görülmektedir. Aksi takdirde zaten söz konusu özel hükümlerin ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaz idi. Bu bağlamda üçüncü cümle yönünden bu düşünce kabul edilerek esasında daha kritik bir alan yönünden yani Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda bile Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak öngörülen konularda CBK'yla düzenleme yapılabileceğini kabul edip bu nitelikte olmayan bir başka ifadeyle anayasa

hükümdeki konularla ilgili olarak TBMM'nin kanun çıkarma yetkisi bulunmamaktadır (Bkz. **Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel** (2020) İdare Hukukuna Giriş, 26. Baskı, Bursa, Ekin, s. 222; **Atar,** (2019a), s. 284; **Atar,** (2019b) s. 247; **Eren,** (2020), s. 917-923).

koyucunun özel bir önem atfederek kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda CBK çıkarılamayacağının söylenmesi tutarlı olmayacaktır. Zira kanunda açıkça düzenlenen konular mutlaka Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlar kapsamında kalmamaktadır. Bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesindeki yetkiye dayanılarak CBK ile düzenlenebilecek ve bu yönüyle Anayasa'nın özel bir önemde korumaya ihtiyaç duymadığı konular da kanun ile düzenlenebilmektedir. Bu nedenle üçüncü cümle yönünden yapılan değerlendirmenin, dördüncü cümle yönünden evleviyetle yapılması gerektiği açıktır.

Aksi yorumun Anayasa koyucunun özel olarak CBK ile düzenleme yapılmasını istediği konularda CBK ile düzenleme yapma imkânını önemli ölçüde sınırlayarak söz konusu anayasal normların işlevini azaltacağı söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde anayasa yargısında 104. maddenin on yedinci fıkrasında belirtilen *kanunda açıkça düzenlenen konular* ölçütü yönünden değerlendirme yapılırken inceleme konusu CBK kuralının konusuna göre bir ayrım yapılması gerektiği söylenebilir. Buna göre eğer CBK kuralı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yürütme yetkisine ilişkin *genel konular kapsamında* çıkarılmış ise bu konuda kanunda düzenleme olup olmadığı araştırılmalı ve CBK kuralının yukarıda belirtilen kapsamda kanunda düzenlenen konuda düzenleme getirdiği tespit edildiğinde kural iptal edilmelidir. Ancak CBK kuralının bu kapsamda değil Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konular[275] kapsamında kaldığının tespit edilmesi durumunda CBK kuralına konu hususun kanunla düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılmasına gerek olmaksızın bu ölçüt yönünden ileri sürülen iptal talebinin reddedilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Ölçüte İlişkin Anayasa Mahkemesinin Genel Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin CBK'lara ilişkin verdiği ilk kararlarıyla bu ölçütün nasıl uygulanması gerektiğiyle ilgili önemli tespitler yaptığı, hatta Mahkemenin CBK'ya ilişkin verdiği ilk iptal kararının da bu ölçüte aykırılıktan verildiği anlaşılmaktadır.

Mahkeme, anılan ölçüt yönünden şimdiye kadar vermiş olduğu kararların genel ilkeler bölümünde "*Fıkranın dördüncü cümlesinde ise kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK*

[275] Gözler bu konularda yapılacak düzenlemeleri "*münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gereken konular*" (**Gözler,** (2019a), s. 931.); Eren "münhasır CBK alanı"ndaki (**Eren,** (2019), s. 40-46), Aslan "*yürütmeye saklı düzenleme yetkisi alanı*"ndaki (**Aslan,** (2019b), s. 281) ve Barın "mahfuz düzenleme alanı"ndaki konular (**Barın**, s. 60) olarak nitelemektedir.

çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı'nın, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir."[276] demek suretiyle sadece anayasal hükmün metnine yer vermiş, bunun dışında anılan ölçütün nasıl uygulanması gerektiğiyle ilgili *genel ilkeler* kısmında bir açıklama yapma yoluna gitmemiştir. Mahkeme söz konusu sorunu genel ilkelerin somut kurallara uygulandığı başlık altında ele almayı tercih etmiştir.

Mahkeme bu ölçüt yönünden somut kural yönünden denetime başlarken öncelikle söz konusu ölçütü nasıl uygulayacağını açıklığa kavuşturmuştur:

> "*CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.*"[277]

Buna göre Mahkemenin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde belirtilen ölçütün uygulanması yönünden aşağıda belirtilen aşamalarda inceleme yapmayı benimsediği söylenebilir.

Birinci Aşama: Karşılaştırmaya Esas Olabilecek Daha Önce Çıkarılmış Bir Kanun Bulunup Bulunmadığı

Mahkeme, öncelikle *karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığı*nı araştıracaktır. Yapılacak bu araştırmanın CBK'ların yargısal denetiminde Anayasa Mahkemesini en fazla zorlayacak hususlardan biri olduğu söylenebilir. Zira mevzuatta on dört binden fazla kanun bulunduğu kaydedildiğine göre[278] Mahkemenin her bir CBK kuralı yönünden bu araştırmayı yaparak CBK ile aynı konuda düzenleme yapma potansiyeli bulunan karşılaştırmaya esas olabilecek kanun hükümlerini tespit etmesinin oldukça zor ve Mahkemenin bugüne kadar gelişen uzmanlığına yabancı bir faaliyet olacağı açıktır.

---

[276] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, § 12; 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 12; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, § 12.

[277] E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 17.

[278] **Gözler**, (2019a), s. 930.

Bu konuda gerek iptal gerek ise itiraz başvurularında gösterilen kanun hükümlerinin yol gösterici olacağı ifade edilebilir. Ancak 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca gerekçeyle bağlı olmayan Anayasa Mahkemesinin sadece önüne getirilen kanun hükümlerini değil bu konuda resen araştırma yaparak yürürlükte bulunan tüm kanun hükümlerini dikkate alması gerekecektir. [279]

Mahkemenin söz konusu zorluğu dikkate alarak bu konuda bir içtihat geliştirmesi ve sadece dava dilekçesi veya itiraz başvurusunda ileri sürülen kanun hükümleriyle sınırlı bir inceleme yapmayı benimsemesi beklenebilir idi.[280] Ancak şimdiye kadar verilen kararlar dikkate alındığında Mahkemenin böyle bir yolu işletmediği, dolayısıyla bu konuda bir tartışma yapılmasının pratik bir anlamının olmayacağı söylenebilir.[281] Ancak Mahkemenin bu ölçüt yönünden yaptığı denetim sonrasında verdiği ret kararından sonra CBK kuralının düzenlediği konuyu düzenleyen bir kanun hükmünün tespit edilmesi halinde Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilen on yıllık yasak yönünden ortaya çıkabilecek sorunların tartışılması gerekir.

Karşılaştırmaya Esas Olabilecek Daha Önce Çıkarılmış Bir Kanunun İncelenmemiş Olmasının On Yıllık Süre Yasağına Etkileri

Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*" hükmüne yer verilmiş, 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da "*Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.*" denilmiştir.

Buna göre Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararından sonra on yıl geçmedikçe normun iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine yeniden başvuru yapılması yasaklanmıştır.

---

[279] Anılan fıkra şöyledir: "*Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.*"

[280] Aynı Yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 15.

[281] Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında dava dilekçesinde ileri sürülmediği halde 663 sayılı KHK'nın "*Yurt dışı sağlık hizmet birimleri*" başlıklı 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasını karşılaştırmaya esas Kanun olarak belirleyip buna göre bir inceleme yaptığı anlaşılmaktadır (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, § 31).

Öncelikle vurgulamak gerekir ki yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi konu bakımından yetki unsuru yönünde yapılan denetim sonucu verdiği kararları da işin esasına girilerek verilen karar olarak nitelendirmektedir.[282] Dolayısıyla kanunda açıkça düzenlenen konular ölçütü yönünden yapılan denetim sonucu verilen ret kararının da bu kapsamda kaldığının hatırlatılması gerekir.

Doktrinde Mahkemenin denetimine tabi KHK ve CBK'lar yönünden bu yasağın geçerli olmadığı, zira gerek Anayasa gerekse de 6216 sayılı Kanun'da tüm *normlardan* değil sadece "*kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiası*"ndan söz edildiği ifade edilmiştir.[283] Ayrıca iptal davası sonucu verilen ret kararlarının itiraz başvurusu yönünden on yıllık yasağın uygulanmasına imkân vermeyeceği ileri sürülmüştür.[284]

Ancak Anayasa Mahkemesi bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında on yıllık yasak yönünden ileri sürülen her iki itirazı da kabul etmemiştir. Yüksek Mahkeme, Anayasa ve Kanun'da "*aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*" hükmüne rağmen Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen KHK hükümleri bakımından on yıllık yasak ölçütünü uygulamakta, aynı şekilde Mahkeme on yıllık yasağın sadece itiraz başvurusu sonucu işin esasına girilerek verilen ret kararları yönünden değil iptal davası sonucu verilen ret kararları yönünden de geçerli olduğunu kabul etmektedir.[285]

Buna göre Mahkemenin KHK'ya ilişkin içtihadı gözetildiğinde CBK'lar yönünden de aynı içtihadı benimseyeceği beklenebilir. Öte yandan Anayasa'nın 152. maddesi ve CBK'nın Anayasa'da tanımlanan niteliği dikkate alındığında CBK'lar yönünden de on yıllık yasağın geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.[286] Ancak bu durumda yukarıda ifade edildiği üzere başvuru gerekçesinde ileri sürülmeyen, Anayasa Mahkemesinin de resen tespit edemediği bir kanun hükmünün CBK kuralı ile aynı konuda düzenleme yaptığının ret kararından sonra ortaya çıkması halinde ne yapılacağı sorusunun cevaplanması gerekir.

---

[282] Bkz. AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, §§ 22-23.

[283] **Gözler,** (2019a), s. 1151.

[284] **Özbudun,** (2019), s.406-407; **Gözler,** (2019a), s. 1150.

[285] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, §§ 23-25; AYM, E.2020/86, K.2020/79, 30/12/2020.

[286] Bu konudaki daha ayrıntılı tartışmalara ileride yer verilmiştir. Aksi yönde değerlendirme için bkz. **Azaklı, Murat** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi" Anayasa Yargısı, C. 36 (1), s. 100).

Bu konuda iki yaklaşım sergilenmesi mümkündür:

Birinci Yaklaşım: Mahkeme *kanunda açıkça düzenlenen konu* ölçütü yönünden ve diğer konu bakımından yetki kuralları yönünden CBK kuralının Anayasa'ya aykırı olmadığını tespit ettikten sonra bu sefer kuralın içerik bakımından Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirecektir. Bu aşamada kuralın içerik bakımından da Anayasa'ya aykırı olmadığı tespit edildiğinde artık bu hüküm on yıllık süre boyunca kesin hükmün dokunulmazlığından yararlanacaktır. Zira Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bir kere işin esasına girilerek ret kararı verildikten sonra söz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı tartışmasının on yıl süreyle yeniden gündeme gelmemesi gerekir. Dolayısıyla başvuru gerekçesinde ileri sürülmeyen Anayasa Mahkemesinin de resen tespit edemediği bir kanun hükmünün CBK kuralı ile aynı konuda düzenleme yaptığının ret kararından sonra ortaya çıkması halinde dahi on yıllık yasak nedeniyle Anayasa Mahkemesine anılan süre boyunca başvuruda bulunulamaz.

İkinci Yaklaşım: Anayasa Mahkemesinin içerik denetimi sonucu veya Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk üç cümlesinde belirtilen konu bakımından yetki kuralları yönünden yaptığı denetim sonucu verdiği ret kararı sonrasında on yıllık süreyle Anayasa Mahkemesine aynı kuralın iptali nedeniyle başvuru yapılması Anayasa'nın 152. maddesiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla anılan nitelikte bir ret kararından sonra on yıllık süre geçmedikçe yapılan başvuruların Mahkeme tarafından reddedilmesi gerekir. Ancak aynı kabulün on yedinci fıkranın dördüncü cümlesinde yer alan *kanunda açıkça düzenlenen konu* ölçütü yönünden her zaman geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira Anayasa Mahkemesinin anılan ölçüt yönünden bir ret kararı verdiğinden söz edilebilmesi için Mahkemenin CBK kuralı ile aynı konuyu düzenleyen karşılaştırmaya müsait kanun hükmü yönünden açık veya zımni bir değerlendirme yapmış olması gerekir. Eğer mevzuatta bulunan çok sayıdaki kural nedeniyle gerçekten karşılaştırmaya esas aynı konuyu düzenleyen bir kanun hükmü bulunmasına rağmen mahkeme bunu tespit edememiş, dolasıyla söz konusu kanun hükmü yönünde bir değerlendirme yapma fırsatına sahip olamamış ise söz konusu kanun hükmü yönünden bir ret kararı verildiğinden söz edilemez. Bu durumda on yıllık yasağın geçerli olmadığının kabul edilmesi gerekir.

Bu ihtimalde elbette Anayasa Mahkemesinin kuralı yeniden içerik bakımından ya da Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk üç cümlesinde belirtilen konu bakımından yetki kuralları yönünden değerlendirmesi mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde Mahkeme aynı fıkranın dördüncü cümlesinde yer alan kanunda açıkça düzenlenen konu

ölçütü yönünden açık veya zımni olarak daha önce değerlendirdiği kanun hükümleri yönünden de bir değerlendirme yapamaz. Mahkeme sadece daha önce tespit edemediği dolayısıyla anılan ölçüt yönünden değerlendirme yapmadığı kanun hükmüyle sınırlı bir denetim yapacaktır.

Kanaatimizce birtakım sakıncalara neden olabilme ihtimaline rağmen ikinci yaklaşım anayasa yargısının varlık amacına ve bu konudaki Anayasa hükümlerinin konuluş amacına daha uygun görünmektedir:

Anayasa yargısının en önemli varlık amaçlarından biri Anayasa'ya aykırı hükümlerin hukuk düzeninden ayıklanmasının temin edilerek Anayasa'nın üstünlüğünü sağlamaktır.[287] Buna göre Anayasa'ya aykırı olduğu halde bir kuralın, aykırılığın denetiminde esas alınacak kanun hükmünün tespit edilememesi, dolayısıyla söz konusu kanun hükmü yönünden değerlendirilememesine rağmen yine de on yıllık yasak kuralı nedeniyle hukuk düzeninde varlığını sürdürmesine izin verilmesi anayasa yargısının varlık amacıyla bağdaşmaz.

Öte yandan bu Anayasa'nın 152. maddesindeki on yıllık yasağın öngörülme amacıyla da uyumlu değildir. Söz konusu yasağın konuluş amacı esasına girilerek Anayasa'ya aykırı olmadığı tespit edilen kuralın, makul bir süre geçmeden Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesinin önlenerek konu bağlamında mahkeme kararına ilişkin hukuki istikrarın sağlanmasıdır.[288] Nitekim Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun anılan fıkraya ilişkin gerekçesinde söz konusu yasağın getirilmesinde *"hukukun ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesinin"* dikkate alındığı ifade edilmiştir.[289] Anayasa Mahkemesi de söz konusu hükmün mahkeme kararlarında istikrarı sağlamak üzere öngörüldüğünü değerlendirmiştir.[290]Ancak Anayasa Mahkemesinin tespit edemediği kanun hükümleri yönünden Anayasa'da öngörülen denetimi yapmaksızın verdiği kararlar yönünden anılan maddede öngörülen on yıllık yasağın öngörülme nedeninin gerçekleştiği söylenemez. Zira bu hususta verilen bir mahkeme kararı

---

[287] AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967.

[288] Aynı yönde: **Gözler,** (2019a), s. 1151.

[289] **Yılmazoğlu, Yunus Emre/ Perdecioğlu, İsmail Emrah** (Hazırlayan) (2019) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, s. 954.

[290] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 18. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

> "*Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı belirtilmiştir. Anılan hüküm ile anayasa koyucu aynı kanun hükmünün anayasallık denetimi konusunda on yıllık bir denetim yasağı öngörmüştür. Söz konusu yasağın amacının mahkeme kararlarında istikranın sağlanması olduğu anlaşılmaktadır…"*

bulunmadığından bu karara dayalı olarak ortaya çıkan karar istikrarının bozulmasından da söz edilemez.

İkinci Aşama: CBK Kuralının Kanunun Açıkça Düzenlediği Konuyu Düzenleyip Düzenlemediği

Yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi *kanunda açıkça düzenlenen konu* ölçütü yönünden inceleme yaparken ilk aşamada karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığını araştıracaktır. Mahkeme anılan yönde bir kanun tespit edemediğinde anılan ölçüt yönünden kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşacaktır. Ancak karşılaştırmaya müsait bir kanun hükmü tespit ettiğinde bu sefer ikinci aşamaya geçilecek ve başvuru konusu CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği tespit edilecektir.

Mahkeme birçok kararında söz konusu ölçüt yönünden ikinci aşamada hangi testi uygulayacağını ifade etmekle kalmamış, bu testin uygulanmasıyla ilgili son derece pratik bir yöntem de belirlemiştir. Mahkeme, "*CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması*"nı "*CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge*" olabileceğini kabul etmiştir.[291]

Buna göre eğer incelenen CBK kuralı hiç düzenlenmemiş olsa idi CBK ile düzenleme yapılan konuya karşılaştırmaya esas kanun hükmü uygulanabilecek idiyse bu CBK'nın kanunun açıkça düzenleme yaptığı konuda düzenleme yapması olarak nitelendirilecek ve kuralın iptali gerekecektir. Aksi takdir de ise anılan ölçüt yönünden kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılacaktır.

Mahkemenin bu çerçevede CBK'ya ilişkin ilk iptal kararını da verdiği kararda bu testi (1) numaralı CBK'nın 287. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen kural bağlamında yaptığı görülmektedir.[292]

Söz konusu fıkrada Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının (Bakan) onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön

[291] Birçok karar arasında bkz. E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 17.

[292] Bkz. E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020.

ödeme yapılabileceği, Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağının ayrıca belirtileceği ve ön ödemeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceği öngörülmekte idi.

Kurala ilişkin iptal talebinde "…*idareye yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının tamamına kadar bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapabilme yetkisi veren kuralın, … 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği*" gerekçesiyle ve ayrıca dilekçede gösterilen başka nedenlerle kuralın Anayasa'nın 104. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi bu kararda 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki ilk üç ölçüt yönünden bir inceleme yapmaksızın kuralı doğrudan dördüncü cümlede yer alan *kanunda açıkça düzenlenen konular ölçütü* yönünden değerlendirmiştir. Bu ölçüt yönünden yukarıda belirtilen iki aşamalı testinin ilk aşamasında karşılaştırmaya müsait bir Kanun hükmünün bulunup bulunmadığını araştıran Mahkeme, dava dilekçesinde de ileri sürülen 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının, bu bağlamda karşılaştırmaya müsait kanun hükmü niteliğini taşıdığı sonucuna ulaşmıştır. Böylece birinci aşamadaki testi karşılayan kural yönünden ikinci aşamaya geçen Mahkeme, bu sefer anılan CBK kuralının 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen konuyla *aynı konuyu* düzenleyip düzenlenmediğini incelemiştir.

5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde "*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre bütçe dışı avans ödemelerinin düzenlendiği kanun hükmünde bütçe dışı avans ödemesinin yapılması için üç koşulun arandığı anlaşılmaktadır:

Bunlardan birincisi avansın toplam yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemesi, ikincisi bunun taraflar arasındaki sözleşmede öngörülmesi ve üçüncüsü bu avansın ancak bir teminat karşılığında verilebilmesidir.

İncelenen (1) numaralı CBK'nın 287. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise "*Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilir. Bakan onayında*

teminat alınıp alınmayacağı ayrıca belirtilir. Ön ödemeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre inceleme konusu CBK kuralında da bütçe dışı avansın koşulları düzenlenmiştir. Ancak bu kuralda tüm kamu kurum ve kuruluşları yönünden değil sadece Kültür ve Turizm Bakanlığının bazı nitelikleri taşıyan alımları yönünden bir düzenleme getirilmiştir. Bununla birlikte kuralda 5018 sayılı Kanun'un ilgili hükmünden farklı olarak Bakanlığa yüklenme tutarının tamamı kadar ön ödeme yapılmasına izin verilmiş, teminat alınıp alınmama hususu ise Bakan'ın takdirine bırakılmıştır.

Biri bütçe dışı avans ödemesi konusunda tüm kamu kurumları yönünden geçerli olan şartları, diğeri ise Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarına mahsus olmak üzere sadece Kültür ve Turizm Bakanlığı yönünden geçerli olan şartları düzenleyen kuralları inceleyen Anayasa Mahkemesi, bu aşamada CBK kuralı olmasa idi CBK'nın düzenlediği konuda 5018 sayılı Kanun'un uygulanma imkânının olup olmayacağı yönündeki testini uygulamıştır. CBK kuralının olmaması halinde anılan konuda 5018 sayılı Kanun'un uygulanacağı ve bu durumda Bakanlığın söz konusu mal ve hizmet alımlarında teminat almaksızın hiçbir ödeme yapamayacağı, teminat alması halinde ise ancak yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmeyen miktarda ödeme yapılabileceği açıktır. Bu durumu dikkate alan Mahkemenin CBK kuralıyla adeta 5018 sayılı Kanun'a Turizm Bakanlığı yönünden bir istisna getirildiği, dolayısıyla CBK kuralının Kanun'la aynı konuda düzenleme yaptığı sonucuna ulaştığı anlaşılmaktadır.

Buna göre Anayasa Mahkemesinin kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK ile düzenleme yapılıp yapılmadığını test etmek üzere geliştirdiği pratik yöntemin işlediği söylenebilir. Zira gerçekten de anılan CBK kuralıyla kanunda hüküm bulunan konuda düzenleme yapılarak bu çerçevede kanunun hüküm ve sonuç doğurduğu alana müdahale edilerek bu konudaki kanun hükmünün geçersizliği sonucunu doğuran kuralın "*Ölçütün Anlam ve Kapsamı*" başlığı altında belirtilen şekilde kanunun hüküm alanına müdahale ettiği açıktır. Bu yönüyle ölçütün yer aldığı kuralda yer alan *kanunda düzenlenen aynı konu*nun tespit edilmesine ilişkin tarafımızdan yukarıda önerilen yaklaşım ile Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının birbiriyle örtüştüğü söylenebilir. Ancak yine de bu testin her durumda uygulanmasının bazı sorunlara yol açabileceği değerlendirilmektedir:

Bazen kanunda yazılı olan bir hüküm CBK'da aynen tekrarlanabilir. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin incelediği yukarıdaki kuralla ilgili olarak 5018 sayılı Kanun'da bütçe dışında

avans ödemesi yapılabilmesi için yüklenme tutarının ancak yüzde otuzu oranında ve teminat alınması koşuluyla ön ödeme yapılması düzenlenmiş iken aynı kuralın CBK'da da tekrarlandığı durumlarda bir başka deyişle CBK'da Turizm ve Kültür Bakanlığının Türkiye'nin tanıtımı için yurtdışına mal ve hizmet alımlarında aynı şekilde yüklenme tutarının ancak yüzde otuzu oranında ve teminat alınması koşuluyla ön ödeme yapabileceğinin düzenlenmiş olması halinde Anayasa Mahkemesinin geliştirmiş olduğu teste göre kuralın iptali gerekecektir. Zira yukarıda açıklandığı üzere CBK kuralı olmasaydı CBK kuralının düzenlediği konuya kanun hükmü uygulanabilecekti ki anayasa koyucunun 104. maddenin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki kuralı bu amaç için öngördüğünü söylemek zordur.

Dolayısıyla Mahkemenin bu teste bir şart daha eklemesi, bu bağlamda CBK'nın kanunun düzenlediği konuda düzenleme yapmış olduğunun kabul edilebilmesi için CBK kuralı olmasa idi konuya kanun hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki testin olumlu çıkması, yani kanun hükmünün uygulanacağı sonucunun alınması durumunda bu sefer CBK kuralının uygulanması halinde Kanun'da öngörülen sonuçtan farklı bir sonucun çıkıp çıkmayacağının test edilmesi ve eğer çıkmayacak ise burada artık Anayasa'nın aradığı anlamda CBK ile aynı konuda düzenleme yapılmasından söz edilemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Kanunda CBK'ya Alan Bırakılması

Öte yandan Mahkemenin anılan kararda incelediği CBK kuralı ile ilgili olarak 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin karşılaştırmaya müsait ikinci fıkrasında sadece "*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir*." hükmüne yer verilmediği, fıkranın birinci cümlesinde yukarıdaki hüküm düzenlenirken ikinci cümlesinde "*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır.*" denilmek suretiyle CBK ile anılan konuda farklı düzenleme getirilebilmesine ilişkin olarak kanunda CBK'ya alan bırakıldığı görülmektedir.

Buna göre Kanun'da bir konu düzenlenmişken yine kanun ile aynı konuda farklı yönde düzenleme yapılması konusunda CBK'ya alan bırakılmasının, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde belirtilen kuralın uygulanması üzerinde ne tür bir etki doğurabileceğinin tartışılması, böyle bir alan bırakmanın anayasal olarak mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen konularda kanunda böyle bir düzenleme yapılarak CBK'ya düzenleme yapma alanı tanınmasının, Anayasa'ya aykırı olacağı, zira Anayasa'nın anılan hükmüyle kanunun münhasır alanında CBK ile düzenleme yapılmasının yasaklandığı, kanuna hüküm konulmak suretiyle CBK'ya kanunla düzenlenen konuda farklı hüküm getirilebilmesine izin verilmesinin, Anayasa'nın CBK'ya tanımadığı bir yetkinin kanun tarafından verilmesi anlamına geleceği, dolayısıyla kanunla CBK'ya böyle bir yetki verilmesinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.[293] Hatta Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunla CBK'ya alan bırakılması sadece anılan fıkranın üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmeyecek bazı koşullarda Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olarak yasama yetkisinin devredilmesine de neden olabilecektir. Buna göre konuyla ilgili kanunda öngörülen kuralı değiştirmeye, onu genişletmeye veya daraltmaya yönelik CBK'ya verilen yetki Anayasa'nın münhasıran yasama organına tanıdığı düzenleme yapma yetkisinin ihlal edilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda durum böyle iken aynı kabulün Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen yürütme yetkisine ilişkin konularda geçerli olduğunu söylemek kolay değildir. Zira her şeyden önce yürütme yetkisine ilişkin konularda Anayasa'da kanunun yanında CBK'ya da asli düzenleme yetkisi tanındığından kanunda bir hususta CBK ile düzenleme yapılabileceğinin belirtilmesinin yasama yetkisinin devrini gündeme getirmeyeceği açıktır.

Bu durumda sorunun Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" kuralına verilen anlama göre iki farklı şekilde çözümlenmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

Buna göre eğer anılan kuralın CBK'nın kanunun hüküm alanına müdahale edip onun doğurduğu hüküm ve sonuçları değiştirip değiştirmediğine bakılmaksın aynı konuda düzenleme getirdiği her durumda CBK ile düzenleme yapılmasını yasakladığı kabul edilirse kanun koyucunun CBK koyucuya böyle bir alan tanımasının mümkün olmayacağının kabul edilmesi gerekir. Zira burada kanunda bir konu düzenlenmiş olmakla Anayasa'nın artık aynı

[293] **Ülgen,** (2019) s. 268.

konuda CBK çıkarılmasına izin vermediği sonucuna ulaşmak gerekecektir.[294] Nitekim Anayasa Mahkemesinin de anılan kararında "*Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde "İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır" denilmektedir. Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisini tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanıması söz konusu olamaz. Bu nedenle CBK hükümlerini saklı tutan kanun hükmü yukarıda tespit edilen aykırılığı Anayasa'ya uygun hâle getirmemektedir.*" demek suretiyle bu hususa işaret etmiştir.[295]

Buna karşın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK ile düzenleme yapılmasının ancak kanunun hüküm alanına müdahale edilerek onun doğurduğu hüküm ve sonuçların değiştirilmesi durumunda gündeme geleceğinin kabul edilmesi halinde kanun koyucunun CBK koyucuya böyle bir alan tanımasının Anayasa'ya aykırılık taşımayacağı savunulabilir. Zira kanun koyucu kendisi bir kural belirlerken bu kurala istisna getirilip getirilmeyeceğini de belirleyebilir. Eğer kanun koyucu yürütme yetkisine ilişkin konuda getirdiği düzenlemenin aksine bir hükmün CBK ile düzenlenmesini istemiyor ise bu konuda CBK ile düzenleme yapılması hususunu saklı tutulması yönünde spesifik bir hükme yer vermeyerek konunun CBK'yla düzenlenmesini engelleyebilir. Ancak nasıl ki kanun koyucunun yürütme yetkisine ilişkin bir konuda hiç düzenleme yapmayarak anılan konuda CBK ile düzenleme yapılmasına imkân tanıması mümkün ise aynı şekilde düzenlediği bir konuda CBK ile düzenleme yapılmasını saklı tutmak suretiyle o konuda farklı bir düzenleme yapılmasına imkân tanıması da mümkündür. Bu durumda kanun koyucunun CBK koyucuya alan tanıması, alan tanıdığı konuda düzenleme yapmadığı anlamına gelir.

Bu görüşü Anayasa Mahkemesinin incelediği kural bağlamında şu şekilde somutlaştırmak mümkündür. 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde bütçe dışı avans ödemesinin toplam yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemesi, ve bu avansın ancak bir teminat karşılığında verilebilmesi tüm kamu kurum ve kuruluşları yönünden genel bir kural olarak öngörülmüş ise de aynı fıkranın ikinci cümlesinde bu konuda başka bir kanun veya CBK ile düzenleme yapılmasının saklı tutulduğu, bunun bu genel kuraldan farklı olarak bazı gerekler nedeniyle bazı kurumlar yönünden istisnai hükümlere yer verilebilmesini temin etmek amacıyla öngörüldüğü,

[294] Benzer yönde bkz. **Ülgen,** (2019), s. 268-269.

[295] E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 21.

dolayısıyla kanun koyucunun konuyla ilgili düzenleme yaparken sadece genel kurala ilişkin düzenleme yaptığı, istisnalara ilişkin olarak ise hem diğer kanunlara hem de CBK'ya alan bırakarak istisnalara ilişkin konuyu düzenlemediği söylenebilir.

Nitekim anılan kurala ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının karşıoy gerekçesinde aynı görüş kabul edilmiş ve anılan husus şu şekilde ifade edilmiştir:

> *"19. 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir." denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceği ve ancak teminat karşılığında ödenebileceği hüküm altına alınmakla birlikte, aynı fıkranın ikinci cümlesinde "İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre fıkranın birinci cümlesiyle getirilen kural CBK'nın bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleriyle düzenlenen konular dışındaki alanlarda hüküm ve sonuç doğurmakta olup, bunun CBK'yla düzenlenmesi saklı tutulan konuda düzenlenmiş bir kural olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.*
>
> *20. Bu çerçevede 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle genel olarak bütçe dışı avans ödemeleri konusunda bir düzenleme yapılmış ise de bazı konularda anılan hükümde belirtilen koşulların kategorik olarak uygulanmasının uygun olmayabileceği değerlendirilmiş ve somut olayın koşullarına göre farklı karar alınması gereken konularda düzenleme yapılmayarak bu konunun düzenlemesi CBK'ya bırakılmıştır. Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinden farklı olarak yürütmeye ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin kanunun yanı sıra CBK'ya da tanınması karşısında, kanun koyucunun söz konusu alanda düzenleme yapma yetkisini kullanmayı tercih etmeyip bu konuda CBK koyucuya alan bırakmasında herhangi bir anayasal kural ve ilkenin ihlal edilmesi söz konusu değildir."*[296]

[296] Anayasa Mahkemesi üyeleri Muammer Topal, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş'in 23/1/2020 tarihli ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı karardaki karşıoyları.

(c) Anayasa'nın Özel Olarak CBK'yla Düzenleneceği Öngördüğü Konularda TBMM'nin Kanun Çıkarma Yetkisine Sahip Olup Olmadığı Sorunu (CBK'nın Mahfuz veya Saklı Alanı Sorunu)

(ca) Mahfuz Alan Görüşüne Neden İhtiyaç Duyulduğu ve Sorunun Çözümüne İlişkin Öneri

Doktrinde Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörülen konularda (Anayasa'nın 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6 fıkralarında düzenlenen konularda) TBMM'nin kanun çıkaramayacağı, bu konularda ancak ve sadece CBK'yla düzenleme yapılabileceği, zira Anayasa'da bu alanın CBK'ya özgülendiği ileri sürülmüştür.[297] Bu çerçevede anılan görüşü savunan yazarlar Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörülen konuları "*mahfuz yetki alanı*"[298], "*mahfuz alan" veya "münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gereken konular"*[299], "*münhasır CBK alanı*"[300], "*yürütmeye saklı düzenleme yetkisi alanı*"[301], "*mahfuz düzenleme alanı*"[302] olarak adlandırmaktadırlar. Doktrindeki bazı yazarların ileri sürdüğü bu anlayış tartışılmadan önce söz konusu yazarların aslında Anayasa metninde bulunmayan böyle bir nitelendirme yapmaya neden ihtiyaç duyduğu konusu üzerinde durmak gerekir.

Anayasa'da CBK'ya ilişkin temel kurallara yeni sistemde yürütme yetkisi ve görevini tek başına ifa eden Cumhurbaşkanı'nın görevlerinin düzenlendiği 104. maddede yer verilmiştir. Bu hüküm bir bütün olarak CBK'ya ilişkin yargısal denetimde önemli olmakla birlikte fıkrada yer alan üç kuralın neden Anayasa'da özel olarak CBK'yla düzenleneceği öngörülen konularda kanun çıkarılamayacağı tartışmalarının ortaya çıktığı ile ilgili ayrı bir önemi ve anlamı bulunmaktadır. Bunlar:

---

[297] **Ülgen,** (2018a), s. 18-26; **Gözler,** (2019a), s. 931-935; **Atar,** (2019a), s. 284; **Eren,** (2019), s. 40-46; **Şanlı Atay,** s. 585;**Gözler/ Kaplan,** (2020), s. 392; **Tunç**, s. 221-225; **Eren,** (2020), s. 915-923; **Aslan,** (2019b), s. 281-302; **Barın**, s. 60-71; **Boztepe**, s. 12; **Kanadoğlu, O. Korkut/ Duygun, Ahmet Mert/ Bilgehan, Deniz** (2018) "Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Güncel Hukuk, S. 173, s. 26; **Küçük Adnan/ Doğan Bayram** (2019) "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı", SDÜHFD, C. IX, S. 1, s. 48-49; **Gözler, Kemal** (2020) Türk Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları, 10.Baskı, Bursa, Ekin, s.298.

[298] **Ülgen,** (2018a), s. 16; **Atar,** (2019a), s. 284.

[299] **Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel** (2020) Kısa İdare Hukuku, 14.Baskı, Bursa, Ekin, 149.

[300] **Eren,** (2019), s. 40-46.

[301] **Aslan,** (2019b), s. 281.

[302] **Barın**, s. 60.

i. *"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*

ii. *Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*

iii. *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*"

biçimindeki on yedinci fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleridir.

Bu hükümlerden on yedinci fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu bağlamda örneğin Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiş olduğundan idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup anılan üçüncü cümle uyarınca idarenin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin CBK ile düzenlenememesi gerekir.

Buna karşın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kanunla kurulması gerektiği ve 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların CBK ile düzenlenemeyeceği öngörülmüş iken, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasının bakanlıkların kuruluş görev ve teşkilatını CBK'ya bırakması anılan hükümler arasında çözülmesi gereken bir çatışmanın bulunduğunu göstermektedir.

Öte yandan Anayasa'da 106. maddenin on birinci fıkrası dışında 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin ve 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK ile kurulacağı belirtilerek Anayasa gereği *kanunlarla düzenlenmesi öngörülen* konuların CBK ile düzenleneceğinin özel olarak hüküm altına alındığı görülmektedir. Anayasa'da anılan konuların CBK ile düzenleneceği özel olarak öngörülmüş iken bu konularda kanunla daha önce düzenleme yapılmış ise CBK çıkarılamayacağının ileri sürülmesi ya da burada CBK hükmüyle kanun hükmü çatıştığında diğer yorum kuralları dikkate alınmaksızın kanunun

otomatik olarak uygulanacağının kabul edilmesinin çelişkili bir durum ortaya çıkaracağı söylenebilir.[303] Zira bu durum anayasa koyucunun belirtilen konularda yeni hükümet sistemini de dikkate alarak CBK çıkarılacağını öngörmesini anlamsızlaştırabilecek bir anlayışa yol açabilir.

Doktrinde bazı yazarların bu durumu değerlendirerek Anayasa'da belirtilen konularda sadece CBK çıkarılabileceği, bu konularda kanun çıkarılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaştıkları anlaşılmaktadır.[304] Buna göre anılan yazarların bu görüşe ulaşmalarının nedeninin bir anlamda Anayasa içi çatışmayı çözmek olduğu söylenebilir. Ancak gerek Anayasa hükümleri arasında çatışma çıkmasının önlenmesi, gerekse de CBK'nın hukuki bir kurum olarak öngörülmesinin amacı olan yeni hükümet sisteminin işlerliğinin sağlanması için bu görüşün kabul edilmesinin zorunlu olmadığı, bu görüşün başka anayasal hükümlerle çelişen sonuçlar yaratabileceği söylenebilir:

Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" Buna göre yasama, yürütme ve yargı yetkisine ilişkin tüm konularda genel ve asli kural koyma yetkisi yasama organına aittir ki bu yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkelerine vücut vermektedir. Bu çerçevede yasama organı yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca yasama, yürütme ve yargı yetkisine ilişkin olarak dilediği her konuda Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapma yetkisine sahip bulunmaktadır.[305] Yasama yetkisinin asliliği ilkesi uyarınca ise yasama organı dilediği her konuda konunun daha önce başka bir normla düzenlenmiş olması veya bir normla kendisine izin verilmiş olmasına gerek olmaksızın ilk elden düzenleme yapma yetkisine sahiptir.[306] Yürütme organı ise kural olarak bir icra organı olup yasama organının koyduğu kanunları/kuralları uygulamaktadır.[307] Ancak bu durum yürütmeye bazı konularla sınırlı olarak düzenleme yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim bugün birçok demokratik devlette çeşitli nedenlerle yürütmeye de bazı konularda düzenleyici işlem yapma (asli veya asli olmayan) yetkisi verilmiştir. Hatta Fransa Anayasası'nın 34. ve 37. maddeleri ile Anayasa Konseyi ve doktrinin içtihadı dikkate alındığında Fransa'da yasamanın yetki alanının sınırlı olarak sayıldıktan sonra kalan alanların tamamında ilk elden düzenleme

[303] Aynı yönde: **Gözler,** (2019a), s. 932-933; **Ülgen,** (2018a), s. 20.

[304] Örneğin bkz. **Eren,** (2020), s. 915-923; **Gözler,** (2019a), s. 931-935; **Ülgen,** (2018a), s. 18-23.

[305] **Özbudun,** (2019), s. 211; **Atar,** (2019b), s. 256; **Gözler,** (2019a), s. 623-624.

[306] **Özbudun,** (2019), s. 211; **Gözler,** (2019a), s. 628.

[307] **Aslan,** (2019b), s. 262.

yapma hususunda yürütme organının yetkilendirildiği anlaşılmaktadır.[308] Bu yönüyle yasama yetkisinin kural olarak TBMM'de olmasının yanı sıra CBK'ya geniş bir alanda asli bir düzenleme yetkisi verilmesi yasama yetkisinin asliliği ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.[309]

Bu çerçevede yasama organının yanında yürütme organına da yürütmeye ilişkin konularda ilk elden asli düzenleme yetkisi tanınması makul olup bunun yasama yetkisinin genelliği ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Zira yasama organı söz konusu alanda kanun koymaya devam edebilmektedir.

Ancak yasama organının bakanlıkların kuruluşu, görevi, yetkileri gibi bir konuda düzenleme yapamayacağının söylenmesi neredeyse *birey hayatını ilgilendirmeyen bir hususun bulunmadığı konularda* parlamentonun hiçbir düzenleme yapamayacağı anlamına gelmektedir.[310] Bu ise yasama organını çok geniş bir düzenleme alanından dışlama sonucunu doğuracaktır ki bunun yasamanın genelliği ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 7. maddesiyle bağdaştırılması oldukça zordur.[311] Bir başka ifadeyle her bir bakanlığın görev ve yetki alanı o kadar geniştir ki bu konularda yasama organının düzenleme yapamayacağının kabul edilmesinin, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir.*" hükmünü içeren Anayasa'nın 7. maddesini anlamsız hale getirebileceği söylenebilir.

---

[308] **Huber John D.** (1998) "Executive Decree Authorıty in France", Executive Decree Authority, Ed. John M. Carey, Matthew Soberg Shugart, New York, Cambridge University Press, s. 240; **Aslan**, (2019b), s. 289-290.

[309] Aynı yönde, **Özbudun,** (2019), s. 251. Doktrinde Yokuş tarafından Cumhurbaşkanlığı sisteminde CBK'yla ilk elden düzenleme yapılmasına izin verilmesinin Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliğine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (**Yokuş, Sevtap** (2018) "24 Haziran 2018 Seçimlerinden Sonra Cumhurbaşkanlığı Sistemi ve Parlamento", Güncel Hukuk, S. 172, s. 11. Benzer yönde bkz. **Demirel, Tanel** (2017) "Anayasa Değişiklik Teklifi Üzerine", Liberal Düşünce Dergisi, Y. 22, S. 85, s. 141; **Gören, Zafer** (2020) Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 278). Bu görüşe yukarıda belirtilen açıklamalar karşısında katılmak mümkün olmadığı gibi Anayasa'nın ilgili hükümlerinde CBK'yla ilk elden düzenleme yapılabileceğinin açıkça belirtilmesi ve Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşiden söz edilemeyeceği esası karşısında CBK ile Anayasa'da izin verilen konularda ilk elden düzenleme yapılmasının yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile de bir ilgisinin bulunmadığı değerlendirilmektedir (Aynı yönde: **Atar,** (2019b), s. 257-258; **Eren,** (2019), s. 68; **Aslan,** (2019b), s. 304-307; Şanlı Atay, 585-586). CBK'ya asli düzenleme yetkisi verilmesinin yasama yetkisinin devredilmezliğine aykırı olduğu yönünde ayrıca bkz. **Köker, Levent** (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bazı Tesbitler ve Eleştiriler",http://leventkoker.blogspot.com/2017/01/cumhurbaskanlg-kararnamesi-uzerine-baz.html,(erişim tarihi:26/9/2021).

Belirtmek gerekir ki mahfuz alan veya münhasır alan görüşünü savunanlar CBK'nın sadece yasamanın asliliğine değil genelliğine de bir istisna getirdiği görüşündedirler (örneğin bkz. **Atar,** (2019b), s. 256-257; **Eren**, (2019), s. 67-69; **Ülgen**, (2018a), s. 18-26; **Gözler**, (2019a), s. 627.

[310] **Ar-İç Raporu**, s. 11

[311] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 11.

Nitekim Özbudun'a göre "*Yasama yetkisinin genelliği,… yürütme organına bırakılmış mahfuz bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını da anlatır.*" Buna göre eğer kanun alanın konu itibariyle sınırlanması söz konusu ise orada artık yasama yetkisinin genelliğinden söz edilmesi zordur.[312]

Bu meseleyi şöyle bir metafor üzerinden somutlaştırmak mümkündür. Kelsen'in normlar hiyerarşisi piramidine göre "*Temel normdan başlayarak birbirine dayanan normlar hiyerarşik bir sıra içerisinde ortaya çıkan bir hukuk sistemini oluşturur. Hukuk sistemi kademeli olarak sıralanmış normlarla aşağıdan yukarıya doğru, bireysel eylem ve işlemlerden, idari ve yargısal işlemlere, yönetmelik, tüzük, kanunlar ve anayasaya ulaşmaktadır.*"[313] Bu çerçevede konumuz bağlamında basitleştirerek 1. katta yürütmenin düzenleyici işlemleri, 2. katta kanunlar, 3. katta anayasanın bulunduğu söylenebilir. Buna göre herhangi bir norm türünün kendinden önceki katta yer alması ve onun düzenlediği alanda hüküm ihdas etmesi kural olarak söz konusu olamaz. Ancak anayasa koyucunun çeşitli gerekleri dikkate alarak yürütmeye de kanun katı olan 2. katta yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlı olarak düzenleme yapma yetkisi vermesi anlaşılabilir bir durumdur. Zira değişen ve gelişen koşullarda yürütmenin güçlendirilmesinin ve kendi görev alanında yasama organının yetkilendirilmesi olmaksızın çeşitli kurallar koyma yetkisine sahip kılınmasına ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu çerçevede kanun katındaki evin bazı odalarının, örneğin salonun, oturma odası veya mutfağın yürütme organının da kullanımına açılması yasama yetkisinin asliliğine bir istisna tanınması anlamına gelir ve yukarıda belirtildiği üzere bu makul ve anlaşılabilir bir durumdur.

Fakat tanınan bu yetkinin *mahfuz alan görüşü uyarınca* sadece yürütme organının söz konusu katta yasama organı ile birlikte yer alması anlamına gelmediği, bunun yasama organının birey hayatının bir çok kısmını çevreleyen alanda hiç düzenleme yapamayacağının, bir başka ifadeyle salon, oturma odası ve mutfak gibi neredeyse katın tamamına yakın bir yerinde ev sahibinin bulunmamasını zorunlu kıldığının kabul edilmesi,

[312] **Özbudun,** (2019), s. 211.

[313] **Turhan, Mehmet** (2018) "Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, s. 205. Kelsen'e göre bu model çerçevesinde bir norm geçerliliğini ve bağlayıcılığını kendisinden üstün normdan alır (**Kelsen, Hans** (1967) Pure Theory of Law, 2. Baskı, Çev. Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2005, s. 221-222). Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisi uyarınca "*normlar eksiksiz sistematik bir birlik oluşturur*" (**Işıktaç, Yasemin** (2018) Hukuk Felsefesi, 5.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.264). Normlar hiyerarşisi teorisinin tahlili için bkz. **Gözler, Kemal** (2020) Hukuka Giriş, 17.Baskı, Bursa, Ekin, s. 208-237; **Uygun, Oktay** (2017) Hukuk Teorileri, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, s. 111-113. Hukuk düzeni hiyerarşisinde anayasanın konumu bakımından bir inceleme için bkz. **Grabenwarter Cristoph**, "Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa", Çev. Hilal Kafkas, Anayasa Teorisi, Çev. Ed. İlyas Doğan, Ankara, Kalkan Matbaacılık, 2014, s. 403-427.

yasama yetkisinin genelliği ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 7. maddesini anlamsız hale getirebilir.

Kanun koyucunun çok geniş bir düzenleme alanından dışlanmasını öneren söz konusu yorum, sadece yasama yetkisinin genelliği ilkesine değil, kuvvetler ayrılığı ilkesine de ters düşebilecektir. Zira Anayasa'nın başlangıç kısmında açıkça zikredilen, Anayasa Mahkemesi kararlarına göre de Anayasa'nın 7., 8. ve 9. maddelerinde mündemiç olan[314] ve Anayasa'ya temel karakterini veren esaslardan olan[315] bu anayasal ilkenin, TBMM'nin kural koyma yetkisini ciddi bir şekilde sınırlayan bir yoruma elverişli olmadığı düşünülmektedir.

Öte yandan yasama yetkisinin TBMM'ye ait olması ve bu yetkinin genelliğinin korunmasının Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan devletin demokratik niteliği ile de yakından ilgisi bulunmaktadır. Anayasa'nın 7. maddesine ilişkin gerekçede Anayasa koyucu yasama yetkisinin parlamentoya ait olması hususunu demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde "*kaçınılmaz bir durum*" olarak değerlendirmiştir.[316]

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 26/6/2019 tarihli ve E.2019/28, K.2019/57 kararında yasama yetkisinin genelliğinin gerek kuvvetler ayrılığı gerek ise devletin demokratik niteliğiyle ilgisini şu şekilde dile getirmiştir: "*Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren anılan maddenin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait*

---

[314] Anayasa Mahkemesi bir kararında:

> *"Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi, 8. maddesinde yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu, 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı belirtilmiş. Başlangıç'ında ise erkler arasındaki kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda olduğu hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığı güvence altına alınmıştır."*

demek suretiyle kuvvetler ayrımının anılan maddelere mündemiç olduğunu kabul etmiştir(AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013).

[315] Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan bu ilkeyi "anayasal demokrasilerin vazgeçilmez unsuru" olarak nitelendirmektedir (bkz. Bireysel Başvurunun 8. Yılı Sempozyumu Açış Konuşması, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/bireysel-basvurunun-8-yili-sempozyumu-acis-konusmasi/, (erişim tarihi: 26/9/2021). 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesinde " temel hakların ve kuvvetler ayrılığının tanınmadığı bir devletin anayasası da yoktur." hükmüne yer verilmek suretiyle kuvvetler ayrılığının demokratik bir devlette ne kadar hayati bir ilkeye tekabül ettiği ifade edilmiştir (**Schmitt, Carl** "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı" Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 121; **Göl, Mevlüt** (2017) Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 274).

[316] **Yılmazoğlu/ Perdecioğlu** (Haz.), s. 29.

olması hususu demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum olarak nitelendirilmiştir." (§ 5).

Vurgulamak gerekir ki Anayasa'da hükümet değişikliği yoluna gidilmiş olması da yasama organının kural koyma yetkisinin ciddi bir kısıtlamaya tabi tutulması sonucunu doğuracak yorumların yapılmasını haklı kılmamaktadır. Parlamenter rejim demokratik bir rejim olduğu gibi başkanlık sistemi de demokratik bir rejimdir. Hatta bazı görüşlere göre başkanlık sistemi parlamenter rejime nazaran demokrasinin gerçekleşmesine daha fazla katkı sunabilmektedir.[317] Öte yandan kuvvetler ayrılığı, başkanlık sisteminde de benimsenen temel ilkelerden biri olup bu ilkenin uygulanma biçiminin (sert kuvvetler ayrılığı) başkanlık sistemini diğer sistemlerden ayıran temel özellik olduğu kabul edilmektedir.[318] Bu yönüyle

[317] **Gözler,** (2020a), s. 652-653. Aksi yöndeki tespitler için bkz. **Özsoy Boyunsuz, Şule** (2017) Dünyada Başkanlık Sistemleri, 1.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 221-238. Yazıcı da demokrasi açısından iki sistemin birinin diğerinden kategorik olarak daha üstün olmadığına işaret etmiştir. Bu çerçevede yazar "*bu hükümet sistemlerinden hiçbirinin herhangi bir olumsuzluğa yol açmadan demokrasinin sağlamlaştırılmasını garanti etme yeteneğine sahip olduğunu ileri sürmenin mümkün olmadığını*" ifade etmiştir (**Yazıcı, Serap** (2013) Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 38.

[318] **Kuzu, Burhan** (2012) Her Yönü ile Başkanlık Sistemi, 2.Baskı, İstanbul, Babıali Kültür Yayıncılığı, s. 21; **Gözler, Kemal** (2020) Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 13. Baskı, Bursa, Ekin, s. 132; **Yokuş, Sevtap** (2010) Türkiye'de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 34-35; **Aldıkaçtı, Orhan** (1960) Modern Demokrasilerde ve Türkiyede Devlet Başkanlığı, İstanbul, Doçentlik Tezi, s. 151-152; **Akartürk, Ekrem Ali** (2010) Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, s. 39. **Yücel, Bülent** (2009) Parlamenter Hükümet Siteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 44; **Taşdöğen, Salih** (2016) Anayasa Hukukunda Karşı-İmza Kuralı, Ankara, Seçkin, s. 36: **Gözler, Kemal** (2020) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 12. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, s. 230. Bu bağlamda Amerikan başkanlık sisteminin karşılaştırmalı bir perspektifle en önemli özelliklerinden birinin yürütme ve yasama gücünün birbirinden resmi ve kesin ayrılığı olduğu ifade edilmiştir (**Lijphart, Arend/ Bruneau, Thomas C./ Diamandouros, P. Nikiforos/ Gunther, Richard**, Çağdaş Demokrasiler Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, (Çeviren: Özbudun, Ergun/Onulduran, Ersin (1995), Ankara, Yetkin Yayınları, s.34). Öte yandan belirtmek gerekir ki günümüzde "bölünmüş" iktidarı ifade eden kuvvetler ayrılığı anayasacılık faaliyetini tanımlayan en önemli öğelerden biri olarak kabul edilmektedir. Nitekim doktrinde Gönenç anayasacılığı, "*en genel anlamıyla 'sınırlı' ve 'bölünmüş' iktidarı sağlamaya yönelik ilkeler ve kurumlar bütünü"* olarak tanımlamaktadır (**Gönenç, Levent** (2008) "Ortaçağ Avrupasında Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 267). Amerikan sisteminin katı bir kuvvetler ayrımına dayanıp dayanmadığı hususunda farklı yaklaşımlar için bkz. **Nomer, Mert** (2013) ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 17-20; **Açıl, Murat** (2018) Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 12-14. Doktrinde erkler arasındaki bu ayrılığın bunların birbirleriyle hiç etkileşime girmeyeceği, ilişki kurmayacağı anlamında değil bu erklerin yetkilerini kullanırken faaliyetleri konusunda özerk ve bağımsız bir şekilde karar alabilmelerini ifade ettiği ettiği vurgulanmıştır (**Yüksel, Saadet** "6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundaki Denge-Denetim Mekanizmalarına İlişkin Genel Değerlendirme": Kendigelen, Abuzer/ Yüksel, Saadet (Editör) (2019) Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 1045). Başgil de kuvvetler ayrılığını "Ayrılan organlar arasındaki münasebetlerde her organın istiklali, diğer bir organın tabiiyeti altında bulunmaması" olarak tarif etmektedir (**Başgil, Ali Fuat** (2019) Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Birinci Cilt, 1960 Tarihli Baskıdan Tıpkı Basım, İstanbul, Yağmur Yayınevi, s. 291). Öte yandan doktrinde Yüksel, kuvvetler ayrılığının güvence altına almaya yönelik farklı modellerden söz edilebileceğine işaret etmiştir (bkz. **Yüksel,** (2019) "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Güvence Altına Alınması Bağlamında Denge-Denetim Mekanizmaları", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, s. 10).

başkanlık hükümet sisteminde yürütmenin güçlendirilmesinin diğer erklerin yetki alanının daraltılmasını zorunlu kıldığı söylenemez. Başkanlık sisteminde yürütmenin yasama erki karşısında güçlendirilmesi, yasamanın kural koyma yetkisinin ciddi bir şekilde daraltılmasıyla değil yürütmenin kendi alanındaki yetkisinin genişletilmesiyle, konumuz bağlamında CBK'lara asli düzenleme yetkisi verilmesiyle sağlanmıştır.

Başkanlık sisteminde hükümetin göreve başlaması için parlamentodan onay almak zorunda olmaması ve seçimle iş başına gelmesi de parlamentonun kural koyma yetkisinin ciddi kısıtlamalara tabi tutulması yönünde yorumlar yapılmasını gerektirmemektedir. Zira yürütme organının başı olan Başkanın seçimle işbaşına gelmesi, yürütmenin kendi alanındaki demokratik meşruiyetini güçlendirmekte, dolayısıyla yürütme alanındaki yetkilerinin genişletilmesine meşruiyet getirmektedir. Bu bağlamda hükümet değişikliğinin CBK'ların yürütme alanında daha önce kanunun düzenlemiş olması şartına bağlı olmaksızın tıpkı kanunlar gibi bir konuyu ilk elden düzenleyebilmesiyle yakından ilgili olduğu söylenebilir ise de hükümet değişikliğinin parlamentonun yürütme alanındaki yasa yapma yetkisinin önemli oranda ortadan kaldırılmasıyla ilgisi bulunmamaktadır.

Bu çerçevede Anayasa'nın anılan hükümleriyle Anayasa'da değişiklik yapıldığını ve yürütmeye ilişkin çok geniş bir alanın yasama organına kapatıldığını öneren söz konusu yorumun isabetli olmayabileceği,[319] bunun anayasal sistemin temel esaslarını belirleyen demokratik hukuk devleti, yasama yetkisinin genelliği ve kuvvetler ayrılığı[320] ilkeleriyle bağdaşan bir yaklaşım olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilir.[321]

---

[319] Aynı yönde: **Özbudun,** (2019), s. 251; **Hakyemez, Yusuf Şevki** "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi" : Ömer Temel (Editör) (2020) İçinde Demokratik Hukuk Devletini Yeniden Düşünmek Sempozyumu 4, İstanbul, Lale Yayıncılık, 272-278.; **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 438; **Ardıçoğlu**, s. 50-51; **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s. 41; **Yıldırım, Turan** (2019) "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", Anayasa Yargısı, C.36 (1), s. 301; **Ulusoy, Ali D.** (2020) s. 313; **Fendoğlu, Hasan Tahsin "**Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi (Karşılaştırmalı)": Kendigelen, Abuzer/ Yüksel, Saadet (Editör) (2019) Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 505; **Şirin**, s. 205-212; **Günday,** (2017a), s. 659; **Akyılmaz, Cemre** (2019) "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S.1, s. 197; **Sözer, Bülent** (2018) State Organs and Their Rule Making Powers Under The New Constitution of The Rebuplic of Turkey, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 58; **Ulusoy, Ali** (2018) "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", www.anayasa.gen. tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (7/7/2021), s. 5., (erişim tarihi: 26/9/2021).

[320] Doktrinde Anayasa Mahkemesinin geleneksel işlevlerinden birinin de Anayasa'da öngörülen biçimde kuvvetler arasındaki dengenin sağlanması olduğuna dikkat çekilmiştir (bkz. **Hakyemez, Yusuf Şevki** (2007) "Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", Anayasa Yargısı, C. 24, s. 525. Aynı yönde: **Tümay, Murat** (2015) Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri Tunus Anayasası Örneği, Ankara, Yetkin, s. 46.

[321] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 11.

Söz konusu yorumun benimsenmemesi, sadece anılan anayasal ilkelerle çatışması yönünden doğurabileceği sakıncalara dayanmamaktadır. Bunun sosyal ve ekonomik hak ve ödevler dışındaki kişi hakkı ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevlerin CBK ile düzenlenemeyeceği yönündeki kuralın anlamsız bırakılması sonucunu da doğurması mümkündür. Şöyle ki istisnası bulunmakla birlikte doktrinde söz konusu görüşün savunucuları da Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak düzenlenen dört konuda dahi temel hak ve özgürlüklerin CBK ile düzenlenemeyeceğini kabul etmektedirler.[322] Bu çerçevede Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörülen konularda dahi CBK'yla temel hak ve özgürlüklerin kural olarak sınırlanamayacağı konusunda genel bir konsensüs olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu konular daha önce de belirtildiği üzere çok geniş olup bu konularda düzenleme yapılırken örneğin bakanlıkların kuruluş, görev, yetki ve teşkilatlarını belirlerken temel haklarla ilgili bir düzenleme yapılma ihtiyacının doğmaması neredeyse mümkün değildir. Mahfuz alan yorumuna göre bu konular kanuna kapalı, sadece CBK'ya açık ise bu konularda temel hak ve özgürlüklere ilişkin de kanunla düzenleme yapılamayacaktır. Bu ise söz konusu dört konuda temel hak ve özgürlüklerin hiçbir düzenleme aracıyla sınırlandırılamayacağı sonucunu doğurur ki bunun devletin temel işleyişi bakımından ciddi krizlere yol açabileceği ortadadır.

Öte yandan Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılamaması, Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenleme yapılmasını öngördüğü konularda da örneğin 123. maddenin birinci fıkrası gereği idarenin teşkilat yapısıyla ilgili düzenleme yapılamaması sonucunu doğurabilecektir.[323] Bu ise Anayasa'da bulunmayan ve yorum yapılarak çıkarılan bir kuralın (Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılamaz kuralının) açıkça Anayasa'da düzenlenen bir kurala üstün tutulması gibi bir soruna yol açabilecektir.

Ayrıca anayasa koyucunun yasamanın genelliği ilkesini sınırlamak istemesi halinde tıpkı Anayasa'nın 104. maddesinde "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" kuralına yer verdiği gibi kanunlar aleyhine Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenlenen konularda kanun çıkarılamaz gibi bir hükme yer vermesi[324] ya da en azından söz konusu özel hükümlerde Gözler'in dikkat

[322] Bkz. **Atar,** (2019b), s. 248; **Gözler,** (2019a), s. 934; **Ülgen,** (2018a), s. 21-22.

[323] **Ar-İç Raporu**, s. 12.

[324] Aynı yönde, **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 438; **Ardıçoğlu**, s. 37.

çektiği gibi anılan konularda "*ancak, yalnızca CBK ile düzenlenir*" gibi "*inhasari*" ibarelerin kullanılması gerektiği de ileri sürülebilir.[325]

Esasen yukarıda değinilen yorum ilkeleri temel alınarak Anayasa içinde normların çatışmasını önleyecek, CBK sisteminin anayasa koyucunun amacına uygun olarak yeni hükümet sistemine göre işletilmesini sağlayacak ve aynı zamanda Anayasa'ya karakterini veren temel anayasal hükümlerle de çelişmeyecek şekilde Anayasa'dan bir CBK sisteminin okunması mümkündür[326]:

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri genel hüküm niteliğindedir. Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu, 106. maddesinin on birinci, 108. maddesinin dördüncü, 118. maddesinin altıncı, 123. maddesinin üçüncü fıkralarında ise CBK yönünden özel hükümlere yer verilmiştir.[327] Buna göre Anayasa'nın özel olarak CBK'yla düzenleneceğini öngördüğü konular dışında Anayasa'nın on yedinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları aynen uygulanacaktır. Bu çerçevede anılan maddelerde belirtilen konular dışında Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen veya kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacak, CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanacaktır.

Anayasa'nın özel olarak CBK'yla düzenleneceğini öngördüğü konularla ilgili düzenleme yapıldığında ise bunlara Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları otomatik olarak uygulanamayacaktır. Zira burada aynı konuda uygulanması gereken birden fazla hüküm bulunduğundan bu durumda yorum ilkeleri uyarınca çatışmanın çözülmesi gerekmektedir.[328]

---

[325] **Gözler,** (2019a), s. 932. Aynı yönde: **Özbudun**, (2019), s. 251; (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 25.

[326] Ülgen ve Gözler de mahfuz alan görüşünü özel hüküm genel hüküm ilişkisine dayandırmaktadırlar (**Ülgen,** (2018a), s. 20; **Gözler,** (2019a), s. 932). Ancak bu çalışmada kabul edilen anlayışın anılan görüşlerden ayrılan kısmı Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılabilmesinin anılan konularda kanun yapılmasını engellemediğidir.

[327] **Ülgen,** (2018a), s. 20; **Gözler,** (2019a), s. 932. Belirtmek gerekir ki Ülgen, Gözler ve diğer mahfuz alan savunucuları (örneğin Aslan) ileri sürdükleri görüşün niteliğine uygun olarak burada kabul edilenin aksine 123. maddenin üçüncü fıkrasını özel hüküm olarak kabul etmemektedirler **Aslan,** (2019b), s.281). Zira söz konusu fıkrada kanunla da kamu tüzel kişiliğinin kurulabileceği açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu kural anılan maddenin birinci fıkrasındaki idarenin kanuniliği ilkesine getirilmiş bir istisna olduğundan bunun da anılan hükme nazaran özel bir hüküm olduğu açıktır. Öte yandan Aslan 123. maddeyi de dahil edecek şekilde bu özel hükümler uyarınca düzenlenecek kararnameleri "*Organizasyon Kararnameleri*" olarak nitelemektedir (**Aslan,** (2019b), s.280).

[328] Aynı konuda birden fazla hüküm bulunduğu durumlarda yorum ilkeleri uyarınca çatışmanın çözülmesi gerektiği konusunda aynı yönde: **Ülgen,** (2018a), s. 20; **Gözler,** (2019a), s. 932; **Ar-İç Raporu**, s. 12-13.

Örneklendirmek gerekirse Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kanunla kurulacağı belirtilmiş ve 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK ile düzenleme yapılamaz, denilmiş ise de Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" biçimindeki özel hükme yer verildiği için artık bu konuda 123. madde bağlamındaki sınırlama uygulama alanı bulmayacak ve bu konuda CBK'yla düzenleme yapılması 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira 106. maddedeki özel düzenleme genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin içtihadı da aynı yöndedir.[329]

Aynı durum Anayasa'nın 128. maddesiyle 104. maddenin dokuzuncu fıkrası yönünden de geçerlidir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" Ancak 104. maddenin dokuzuncu fıkrasında Cumhurbaşkanı "*Üst kademe kamu yöneticilerini(n) (...) atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*" hükmüne yer verilmiştir. Burada da atanan kişi üst kademe kamu yöneticisi olduğunda özel hüküm devreye girecek ve üst kademe kamu yöneticisi olan kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin hususların CBK'yla düzenlenmesi Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

---

[329] E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020 § 29. Anayasa Mahkemesi de burada belirtilen şekilde bir karşılaşma durumu olması halinde Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamanın uygulanmayacağını kabul etmektedir. Nitekim mahkeme anılan paragrafta bu kabulü şöyle ifade etmektedir:

> *"Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir."*

Ancak Mahkeme kararında açıkça genel hüküm, özel hüküm ilişkisinden söz etmemekte bu konuda yukarıda gösterildiği gibi Anayasa'nın "*açıkça izin verdiği konu*" veya "*Anayasa'nın CBK'ya ilişkin diğer hükümlerinin*" dikkate alınması kavramsallaştırmasını kullanmayı tercih etmektedir (Nitekim Aynı kararın 25. paragrafında bu husus şöyle ifade edilmiştir: "*Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır."*

Kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı yönündeki on yedinci fıkranın dördüncü cümlesindeki sınırlama da Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda geçerlilik kazanmayacaktır. Zira eğer kanunla daha önce düzenlenen bir konu Anayasa'nın "özel olarak CBK ile düzenlenir" dediği konunun içinde kalıyorsa, CBK'nın bunu düzenleyemeyeceğinin ileri sürülmesi, konuya ilişkin Anayasa'nın özel düzenlemelerini anlamsızlaştırabilecektir. Keza bu yorum, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda dahi CBK çıkarılabilmesine imkân tanıyan ve Anayasa Mahkemesinin içtihadında benimsediği kabulü de dayanaksız bırakacaktır.[330]

On yedinci fıkranın beşinci cümlesindeki "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*" hükmü de Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda otomatik olarak devreye girmeyecektir. Bunlar arasında önce genel hüküm, özel hüküm karşılaştırması yapılacak hangisi özelse o uygulanacaktır. Eğer ikisi arasında böyle bir ilişki yoksa bu sefer hangisinin sonraki tarihli olduğuna bakılacak ve hangisi sonraki tarihliyse o uygulanacaktır.[331]

Buna göre Anayasa'nın CBK'yla düzenlenmesini özel olarak öngördüğü konularda da TBMM'nin kanuni düzenleme yapmasının önünde bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.[332]

Bu kabule göre yürütme organı ile Meclisin farklı partilerde bulunması halinde bazı sorunların çıkması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'da CBK'yla düzenlenmesi özel olarak öngörülen konularda çıkarılan CBK'yı hükümsüz hale getirecek yasal düzenlemeyi veto etmesi mümkündür.[333] Bu durumda Anayasa'nın 89. maddesi gereğince kanunun çıkarılabilmesi için salt çoğunlukla kabul edilmesi gerekecektir. Salt çoğunlukla kabul edildiğinde ise artık söz konusu CBK Anayasa'da özel olarak CBK'yla düzenleneceği belirtilen konu kapsamında kalsa da hükümsüz hale gelecektir.

---

[330] Bu konudaki daha geniş tartışma için Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan ölçüte ilişkin yukarıda yapılan açıklamalara bakınız.

[331] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 12-13.

[332] Aynı yönde: **Özbudun,** (2019), s. 251; **Günday,** (2017a), s. 659; **Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil**, s. 301; **Ulusoy,** (2020), s. 313; **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 438; **Ardıçoğlu**, s. 50-51; **Fendoğlu,** (2019a), s. 505; **Şirin**, s. 205-212; **Akyılmaz**, s. 197; **Sözer**, s. 58; **Ulusoy,** (2018), s. 5.

[333] Hükümet sistemlerine göre devlet başkanının veto yetkisine ilişkin bir inceleme için bkz. **Bahçeci, Barış** (2008) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Devlet Başkanının Veto Yetkisi, Ankara, Yetkin, s. 19-1314.

Anılan kabulün yürütme ve yasama arasında bir çatışmaya neden olabilmesi mümkün ise de bir uzlaşma rejimi olan demokrasinin doğası gereği bunun olumsuz bir durum olarak nitelendirilmemesi gerekir.[334]

Sonuç olarak gerek doktrinde gerek ise uygulamada benimsenen yorum ilkeleri esas alınarak önerilen görüşün, hem CBK kurumunun anayasa koyucunun amacına uygun olarak yeni hükümet sistemine göre işlerliğini sağlayacağı, hem de yasama organının çok geniş bir düzenleme alanından dışlanmasını önleyeceği, böylece anayasal hükümler arasında bir çelişki olmaksızın ve demokratik sistemin temel felsefesini oluşturan anayasal ilkeleri ihlal etmeyen bir yargısal denetimin yapılabileceği değerlendirilmektedir.

(cb) Mahfuz Alan Görüşünün Dayanaklarının Değerlendirilmesi

Doktrinde CBK'nın mahfuz bir düzenleme alanının bulunduğunu ileri süren yazarların bu görüşlerini ispatlamak bakımından temel olarak dört argümana dayandıkları anlaşılmaktadır. Aşağıda bu dört argüman incelenecek ve bunların gerçekten geçerli olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

Bu konuda ilk olarak bazı yazarlar tarafından Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile düzenleme yapma yetkisi genel olarak tanınırken anılan cümlede "*düzenlenebilir*" ibaresine yer verildiğine, oysa CBK'yla düzenleme yapılmasının özel olarak düzenlendiği Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu; 106. maddesinin on birinci; 108. maddesinin dördüncü ve 118. maddesinin altıncı fıkralarında "*düzenlenir*" veya "*düzenler*" ibarelerinin kullanıldığına dikkat çekilmiştir. Buradan yola çıkan Ülgen, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca düzenleme yapılmasının "*bir zorunluluk değil bir olanak*" olduğunu, bu bağlamda anılan hükümde genel olarak belirtilen yürütme yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapılıp yapılmaması CBK koyucunun ihtiyarında iken yukarıda belirtilen Anayasa hükümlerinde belirtilen konularda düzenleme yapılmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu yazarlar buna dayanarak anılan konularda kanunla düzenleme yapılmasının mümkün olmadığını, bu konularda kanun çıkarılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Yazarlar, anayasa koyucunun anılan konularda da kanun çıkarılmasını murat etmesi halinde söz konusu dört hükümde de "düzenlenebilir" gibi bir ifadenin ya da Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında

[334] **Ar-İç Raporu**, s. 12.

yapıldığı gibi "kanunla veya CBK'yla" düzenlenir gibi ibarelerin kullanabileceğine işaret etmişlerdir.[335]

İkinci olarak, eğer anayasa koyucunun kanunla anılan dört hükümde belirtilen konularda düzenleme yapılabileceğini kabul etse idi tıpkı kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK'yla kurulabileceğini belirten Anayasa'nın 123. maddesinde olduğu gibi bir yol tercih edebileceği, bunu tercih etmemesinin de bu alanların CBK'ya özgülenmesini amaçladığı ileri sürülmüştür.[336]

Üçüncü olarak, Anayasa'nın mülga 107. maddesinde "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*." hükmüne yer verildiği, bu hükmün gerek doktrinde gerek ise uygulamada yasama yetkisinin genelliği ilkesine getirilen bir istisna olarak kabul edildiği, yukarıda belirtilen dört Anayasa hükmünün de benzer şekilde düzenlendiği gözetildiğinde anılan hükümlerin de yasama yetkisinin genelliğinin bir istisnası olarak görülmesi ve bu konularda kanunla düzenleme yapılamayacağının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.[337]

Son olarak Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında "*Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.*" hükmüne yer verildiği, bu hükümde yapılan ayrımın da CBK'nın mahfuz bir alanının bulunduğunu ortaya koyduğu savunulmuştur.[338]

---

[335] **Gözler,** (2019a), s. 932; **Ülgen,** (2018a), s. 19; **Aslan,** (2019b), s.286-287). Barın da Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde "düzenlenebilir" ibaresine yer verilmişken CBK'yla düzenleme yapılmasının özel olarak düzenlendiği dört hükümde emredici bir ifadeyle anılan konuların CBK ile düzenleneceğinin belirtilmiş olması karşısında söz konusu dört hükümde belirtilen konularda kanun ile düzenleme yapılamayacağı görüşündedir (**Barın**, s. 70-71).

[336] **Atar,** (2019b), s. 256-257; **Gözler,** (2019a), s. 932. Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s.287-288; **Barın**, s. 36-37.

[337] **Ülgen,** (2018a), s. 18-19. Söyler önceki sistem bakımından kabul edilebilecek bu yorumun yeni sistem açısından benimsenmesinin zor olduğuna işaret etmiştir (**Söyler,** s. 119).

[338] **Ülgen,** (2018a), s. 24-25.

Kanaatimizce bu dört argüman da yasama organının anılan konularda düzenleme yapamayacağı sonucuna ulaşılmasını gerektirmemektedir:

İlk olarak Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*düzenlenebilir*" ibaresi ve Anayasa'nın yukarıda anılan dört hükmünde yer alan "*düzenlenir*" veya "*düzenler*" ibarelerinden yola çıkarak söz konusu dört hükümde yer alan konularda kanunla düzenleme yapılamayacağı sonucuna ulaşmanın yerinde olmayabileceği değerlendirilmektedir:

Anayasa'nın anılan dört hükmünde "*CBK'yla düzenlenir*" veya "*CBK düzenler*" hükmüne yer verildiği gibi Anayasa'nın birçok hükmünde "*kanunla düzenlenir veya kanun düzenler*" hükmüne de yer verilmiştir. Üstelik Anayasa'da emir kipiyle "*kanunla düzenlenir*" denilen konuların bir kısmı Anayasa'nın söz konusu dört hükmünde belirtilen konularla kesişmektedir. Bu durumda "*düzenleyebilir*" ibaresine değil "*düzenlenir*" veya "*düzenler*" ibarelerine yer verilmesi nedeniyle CBK lehine mahfuz bir alanın bulunduğu tezinin aynısının kesişen konularda kanun lehine de kabul edilmesi gerekir ki bunun söz konusu Anayasa hükümleri arasında giderilmesi mümkün olmayan bir çelişkiye neden olacağı açıktır.

Bu kapsamda örneğin Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında Cumhurbaşkanı "*Üst kademe kamu yöneticilerini(n) … atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*" kuralına yer verilmek suretiyle olanak değil zorunluluk bildiren bir ifadeyle fıkrada yer alan konuların CBK'yla düzenleneceği belirtildiği gibi Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin … atanmaları … kanunla düzenlenir.*" denilmek suretiyle memur ve kamu görevlilerinin de atamalarının kanunla düzenleneceği zorunluluk bildiren bir ibareyle ifade edilmiştir. Buna göre nasıl ki Anayasa'nın 128. maddesinin üst kademe kamu yöneticilerini de kapsayan anılan hükmünde yer alan "düzenlenir" ibaresinden yola çıkılarak maddede düzenlenen atama konusunun kanunun *mahfuz* alanı olduğu dolayısıyla burada artık CBK ile düzenleme yapılamayacağı savunulamaz ise aynı şekilde aksi de savunulamaz.

Bu çerçevede memurların ve kamu görevlilerinin atamalarına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesi mümkün olduğu gibi kamu görevlisi kavramı içinde yer aldığı tartışmasız olan üst kademe kamu yöneticilerinin atamalarının CBK'yla da düzenlenmesi mümkündür. Dolayısıyla her iki hükümde yer alan "düzenlenir" ibarelerinden yola çıkılarak

kesişen konularda herhangi bir norm türüne kapalı diğerine açık mahfuz bir alanın tanındığını söylemek tutarlı olmayacaktır. Üstelik Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK'yla düzenleme yapılamaz kuralına yer verildiği ve benzeri bir düzenlemenin CBK lehine bulunmadığı dikkate alındığında bunu CBK lehine savunmak daha da zordur.

Anayasa'da yer alan kuralların lafzında yer alan "düzenlenir veya düzenler" ibarelerinden yola çıkılarak en azından kesişen konularda anılan şekilde bir mahfuz alandan söz edilemeyeceğine göre söz konusu hükümlerde neden zorunluluk bildiren ifadelere yer verildiğinin ortaya konulması gerekir.[339]

Anayasa koyucu 104. madeninin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle CBK koyucuya daha önce kanunla düzenlenmiş olmasına gerek bulunmaksızın yürütme yetkisine ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi vermiş, ancak bu asli düzenleme yetkisini verirken anılan fıkranın üçüncü cümlesinde "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."* demek suretiyle Anayasa'da kanunla düzenleneceği özel olarak belirtilen konuları bu kapsama dahil etmemiştir.

CBK'nın asli düzenleme yetkisiyle beraber Anayasa'ya girmesi ve bu yetki verilirken bunun Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen konularla sınırlanması, daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa'nın bazı hükümlerinde kanunla düzenleme hükümlerine yer verilmesine ayrı bir anlam kazandırmıştır.[340] Buna göre CBK'ya yürütme yetkisine ilişkin konularda asli düzenleme yapma yetkisi verilmesine karşın Anayasa'da özel olarak/münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılamayacaktır. Dolayısıyla anayasa yargısında Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları düzenleyen hükümlerin fonksiyonu ve uygulama alanı genişlemiş, eskiden sadece yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin uygulanma katılığını belirleyen bir ölçüte vücut veren bu hükümler 2017 Anayasa değişikliği sonrası CBK ile düzenleme yapılamayacak, sadece kanun koyucuya özgülenmiş bir alanın varlığını belirleyen hükümlere dönüşmüştür.

---

[339] Doktrinde Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde zaten yürütme yetkisine ilişkin CBK çıkarılabilmesi konusunda genel bir yetkinin bulunduğu eğer Anayasa'nın anılan dört hükmünde belirtilen konularda da kanun çıkarılabilecek ise bu hükümlere ayrıca ihtiyaç duyulmayacağı ileri sürülmüştür (**Aslan,** (2019b), s. 281, 289.

[340] **Gözler,** (2019a), s. 929. Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 270.

Buna göre değişiklik öncesinde olduğu gibi kanun; yasama, yürütme ve yargı yetkisine ilişkin konularda genel ve asli bir düzenleme yetkisine sahiptir. CBK ise sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda asli düzenleme yetkisine sahip olup yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapamaz. Ancak yürütme yetkisine ilişkin konular da kendi içinde ikiye ayrılmıştır. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular ve bu nitelikte olmayan konular. Dolayısıyla CBK ile yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalsa bile kural olarak Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda düzenleme yapılamayacaktır.

Ancak Anayasa koyucunun yürütme yetkisi açısından önemli gördüğü bazı konulara ilişkin olarak Anayasa'da özel hükümlere yer vererek bu kuralın istisnalarını düzenlediği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar; 106. maddesinin on birinci fıkrası gereği bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması; 108. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri ve 118. maddesinin altıncı fıkrası gereği Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerine ilişkin hususlar aslında Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konular kapsamında sayılmasına rağmen[341] anayasa koyucu bu konularda CBK ile düzenleme yapılmasına izin vermek istemiş, dolayısıyla bu konularda anılan hükümlerle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen genel kuraldan ayrılan istisnalara yer vermiştir. Bu çerçevede anayasa koyucunun Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları düzenleyen maddelerde "kanunla düzenlenir" gibi zorunluluk bildiren ifadeleri gözeterek bunlara istisna getirilmesinin de aynı şekilde "CBK'yla düzenlenir" gibi zorunluluk bildiren ifadelere yer verilmesiyle mümkün

[341] Doktrinde Ülgen'in ileri sürdüğünün aksine yukarıda belirtilen konular Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konular kapsamında kalmaktadır (Bkz. **Ülgen,** (2018a), s. 20-21). Bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında belirtilen üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken konudur. Keza Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında belirtilen bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması ve 118. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi öngörülen konular içindedir. Aynı şekilde Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri gerek Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası gerekse de 128. maddenin ikinci fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardır.

olabileceğini değerlendirdiği ve bu nedenle söz konusu hükümlerde olanak bildiren ifadelere değil zorunluluk bildiren ifadelere yer verdiği anlaşılmaktadır.

Buna göre sadece Anayasa'nın anılan dört hükmünde "düzenlenebilir" ifadesi yerine "düzenlenir" ifadesine yer verilmesinden yola çıkılarak bazı alanlarda kanuna kapalı sadece CBK'ya mahfuz bir düzenleme alanının oluşturulduğu sonucuna ulaşılmasının yerinde olmadığı söylenebilir.[342]

İkinci olarak Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."* denilmişken Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesini özel olarak öngördüğü konularda bu şekilde ayrıca kanunla düzenleme yapılacağı şeklinde bir yazıma yer verilmemiş olması da mahfuz alan görüşüne haklılık kazandırmamaktadır. Esasen böyle bir yorum Anayasa'nın CBK'ya ilişkin genel felsefesiyle bağdaşmayacağı gibi Anayasa'nın 123. maddesiyle de uyumlu olmayacaktır.

Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası 2017 Anayasa değişikliklerinden önce şöyle idi: "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiyle kurulur.*" Görüldüğü üzere değişiklikten önce kamu tüzel kişiliği kural olarak kanun ile istisnaen de ancak kanunun açıkça izin vermesi halinde yürütme tarafından kurulabiliyor idi. Zira yürütme ilk elden düzenleme yetkisine sahip bulunmadığından yürütmenin düzenleyici bir işlemiyle kamu tüzel kişiliğini kurabilmesi için kendinden önce mutlaka kanunun bu konuda kendisini yetkilendirmesine ihtiyaç duyuluyor idi. Anılan maddenin birinci fıkrasında idarenin kanuniliği ilkesine yer verilmiş olması ve bu kapsamda idarenin ancak kanunla kurulabileceği kuralı bunu daha da pekiştiriyor idi. Ancak Anayasa değişiklikleri ile birlikte CBK'ya da tıpkı kanunlar gibi asli düzenleme yetkisi tanınması bu ihtiyacı ortadan kaldırmış ve Anayasa'nın 7. maddesi ve 123. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kural olarak kanunla kurulabilen kamu tüzel kişiliğinin istisnaen yürütme tarafından kurulabilmesi mümkün hale gelmiştir.

Dolayısıyla burada kamu tüzel kişiliğinin kurulmasıyla ilgili olarak fıkraya eklenen istisna kanun ile de kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesi değil, CBK'yla da kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesidir. Bu itibarla fıkradaki yenilik ve esas düzenleme kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesi yönünde CBK'ya tanınan istisnadır. Yoksa Anayasa'nın 7.

[342] Aynı yönde: **Özbudun**, (2019), s. 251.

maddesinde yer alan yasamanın genelliği ilkesi uyarınca zaten kanunla düzlenebilen bir hususun kanunla düzenlenebileceğini tekrarlamak değildir.

Kanun yapma mantığı ve tekniği açısından bir hususta genel bir kural var ise o kurala bir maddede istisna getirildi diye kanunun diğer maddelerinde genel kuralın yeniden tekrarlanmasına ihtiyaç duyulmaz. Böyle bir şey yapılmasına ihtiyaç olmadığı gibi sistematik olarak da bunun yapılması doğru olmaz. Dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasında bir hususun CBK'yla da istisnaen kurulabileceğinin belirtilmesinden yola çıkarak Anayasa'nın CBK'yla düzenleme yapılacağı özel olarak öngörülen hükümlerinde her seferinde zaten kural olan kanunla düzenlenebilme hükmünün tekrar edilmemesinden anılan şekilde bir sonuç çıkarılmasının uygun olmayabileceği değerlendirilmektedir.

Esasen bu yorum genel kuralın istisna olarak görülmesi sonucunu doğuracaktır ki mahfuz alan savunucuları da yasamanın genelliği ve asliliği ilkelerinin Anayasa değişikliğinden sonra da genel kural olduğunu kabul etmektedirler.[343] Dahası Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" biçimindeki idarenin kanuniliği esası anayasa değişikliğinden sonra da varlığını devam ettirmekte olup maddenin üçüncü fıkrasında CBK'ya da kamu tüzel kişiliği kurulması izni veren hükmün birinci fıkradaki düzenlemenin bir istisnası olduğu mahfuz alan savunucuları tarafından da benimsenmektedir.[344]

Üçüncü olarak, Anayasa'nın mülga 107. maddesinde "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*." biçimindeki hükmün 2017 anayasa

[343] Bu konuda örnek olarak bkz. **Gözler,** (2019a), s. 934; **Ülgen,** (2018a), s. 23. Nitekim Ülgen anılan eserinde "*Anayasal sistemimizde yasamanın düzenleme yetkisi asıl, yürütmenin asli düzenleme yetkisi ise istisnadır. Dolayısıyla, yürütmenin asli düzenleme yetkisinin dar yorumlanması gerekir."* demek suretiyle Anayasa değişikliğinden sonra da yasamanın genelliği ve asliliği ilkelerinin genel kural olduğunu açıkça kabul etmektedir.

[344] Örneğin bkz. **Aslan,** (2019b), s. 300. Anayasa Mahkemesi de idareyle ilgili tüm düzenlemelerin yanı sıra kamu tüzel kişiliğinin kurulmasının da anılan ilkeye tabi olduğunu, kural olarak idarenin ancak kanunla düzenlenebileceğini fakat Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasının düzenlediği açık istisna nedeniyle kamu tüzel kişiliğinin CBK'yla da kurulabileceğini kabul etmektedir (bkz. AYM, 2013/47, K.2013/72, 06/06/2013; E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, § 46)

değişikliği öncesinde gerek doktrinde[345] gerek ise uygulamada[346] yasama yetkisinin genelliği ilkesine getirilen bir istisna olarak kabul edildiği ileri sürülerek yukarıda belirtilen dört Anayasa hükmünün de yasama yetkisinin genelliğinin bir istisnası olarak görülmesinin ve bu konularda kanunla düzenleme yapılamayacağının kabul edilmesinin de isabetli olmayacağı değerlendirilmektedir.

Her şeyden önce Duran'ın da işaret ettiği üzere mülga 107. maddenin Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin iç işleyişini ilişkin bir hüküm olduğunun gözden uzak tutulmaması gerekir. Bir başka ifadeyle anılan hüküm Genel Sekreterliğin iç yapısını ve işleyişini düzenlediğinden bunun genel olarak kişiler ve topluluklar üzerinde geçerliliği ve etkisi bulunmamakta idi.[347] Bu çerçevede mülga 107. maddenin devlet başkanının çalışma ofisinin teşkilatı ile bu teşkilatta çalışacak personelin atama işlemlerini düzenleyen ve bu bağlamda son derece sınırlı bir alanda etkileri olan bir düzenlemeye izin verdiğinin altının çizilmesi gerekir. Bu yönüyle anılan madde uyarınca Cumhurbaşkanlığı Genel

---

[345] Bkz. **Teziç,** (2018), s. 19; **Özbudun, Ergun** (2014) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s.268; **Gözler,** (2020c), s. 296-297; **Akbulut,** (2013), s. 374-375; **Barın**, s. 36-37; **Tögel, Akif** (2016) Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı, Ankara, Adalet, s. 87-89. Arıkan da anılan hükümde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin asli düzenleme yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir (**Arıkan, Cengiz** (2011) Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Ankara, Yetkin, s. 66-67).

[346] Her ne kadar mülga 107. maddenin yasama yetkisinin genelliğine getirilmiş bir istisna olduğu belirtilmiş ise de Anayasa Mahkemesinin 2017 değişikliğinden önceki Anayasa'nın mülga 107. maddesini yorumladığı bir kararının bulunduğu, Mahkemenin maddede yer alan yetkiyi asli düzenleme yetkisinin bir istisnası olarak görmesine rağmen bunu yasamanın genelliği ilkesinin bir istisnası olarak kabul ettiğine ilişkin herhangi bir tespit yapmadığının belirtilmesi gerekir. Mahkemenin konuya ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

> "*35. Anayasa'nın 107. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği kurala bağlanmıştır.*
>
> *36. İdarenin düzenleme yetkisi yasama yetkisinden farklı olarak asli değil, türevsel niteliktedir. Buna göre, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 107. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yönünden bu kurala bir istisna getirilmekte ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin, yasama organının yetkilendirmesine ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmektedir.*
>
> *37. Anayasa'nın 107. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin düzenleme yetkisi asli bir yetki olarak Cumhurbaşkanlığına tanınmış ise de bu hüküm, Anayasa ve ilgili kanunlarla Cumhurbaşkanına verilen görevler kapsamında TBMM tarafından Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun, Cumhurbaşkanının görev alanına giren konularla ilgili yukarıda belirtilen çerçevede Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisi tanıması Anayasa'nın 107. maddesine aykırı olmaz."* (AYM, E.2015/42, K.2017/8, 18/01/2017, §§ 35-37).

[347] **Duran, Lütfi** (1983) "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", "İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi", C. IV, S. 1-3, s. 40. Esasen Duran bu özelliği nedeniyle önceki hükümet sisteminde dahi Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenen kararname çıkarma yetkisinin tam ve gerçek anlamıyla özerk bir işlem sayılamayacağına dikkat çekmiştir (**Duran** (1983), s. 40).

Sekreterliğinin iç işleyişiyle ilgili kanun çıkarılamayacağının bu konuda ancak CBK'yla düzenleme yapılabileceğinin kabul edilmesinin, yukarıda belirtilen temel anayasal ilkelerden yasama yetkisinin genelliği, devletin demokratik niteliği ve güçler ayrılığı ilkelerini zedeleyen bir yönü bulunmamakta idi.[348] Aksine Cumhurbaşkanı'nın çalışma ofisinin Meclis tarafından değil bizzat Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi ve bu konuda kanunla düzenleme yapılamaması son derece anlaşılabilir ve makul bir durumu yansıtmakta idi.

Ancak aynı yorumu değişen Anayasa'da yepyeni bir konseptle getirilen ve son derece geniş bir alanda düzenleme yetkisine sahip bulunan CBK'lar yönünden kabul etmenin, Anayasa'nın sistematiği ve genel ilkeleriyle bağdaştırmak zordur.[349] Zira birey hayatı ve toplum yaşamını değil Cumhurbaşkanı'nın çalışma ofisinin iç işleyişini düzenleyen Anayasa'nın mülga 107. maddesinin aksine çok geniş bir alanda düzenleme yetkisine sahip olan CBK'nın düzenlediği konularda kanun çıkarılamayacağının kabul edilmesi, yasama yetkisinin genelliği ilkesini ve bununla ilişkili diğer ilkeleri anlamsızlaştırabilecek veya en azından kapsamını önemli oranda sınırlayabilecektir.

Şöyle ki Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, görevleri ve yetkilerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi CBK'ya tanınmıştır. Her bir bakanlığın hizmet verdiği alanla ilgili görev ve yetkilerin bireyin toplumsal yaşamıyla çakışmayan bir kısmı neredeyse bulunmamaktadır.[350] Dolayısıyla anılan konularda kanunla düzenleme yapılamayacağının söylenmesi yasama yetkisinin genelliği ilkesini, bu yetkiye "genel bir yetki" denilemeyecek kadar sınırlayabilecektir.[351] Unutmamak gerekir ki demokratik bir devlette parlamento sadece yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda değil yürütme yetkisine ilişkin konularda da kural koyma yetkisine sahip asıl organdır ve esas itibariyle birey ve toplum hayatının önemli bir kısmı yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalmaktadır. Bu yönüyle parlamentolar tarafından yapılan kanunların önemli

[348] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 12.

[349] Ardıçoğlu da Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine ilişkin hükümden yola çıkarak böyle bir sonuca ulaşmanın isabetli olmayacağına işaret etmekte zira "*değişiklikler sonrası oluşan yeni anayasal çerçeve bir ad benzerliği dışında karşılaştırılabilir bir içerik sunmamakta olup, kapsam ve sınırları yeniden tanımlanmak durumunda*" olduğuna dikkat çekmektedir (**Ardıçoğlu**, s. 36-37). Aslan da "*Anayasa değişikliği sonrasında kararname ile düzenleneceği belirtilen konuların genişliği göz önüne alındığında*" bunun sağlıklı bir kıyas imkânı sunmayacağını kabul etmektedir (**Aslan,** (2019b), s. 283). Aynı yönde **Söyler**, s. 119.

[350] **Ar-İç Raporu**, s. 11.

[351] Aynı yönde: **Ar-İç Raporu**, s. 11.

bir yekününü yürütme yetkisine ilişkin konularda yapılan düzenlemeler oluşturmaktadır. Buna göre anılan konularda kanunla düzenleme yapılamayacağının söylenmesi, yasama organının kural olarak yetkili olduğu çok geniş bir düzenleme alanından dışlanması anlamına gelecektir ki bunun devletin demokratik niteliği, yasama yetkisinin genelliği ve güçler ayrılığı ilkelerine ters düşeceği ortadadır.

Kaldı ki değil yukarıda belirtilen zayıf sayılabilecek argümanlardan yola çıkılarak yasamanın genelliği ilkesinin artık geçerli olmadığının ileri sürülmesi, Fransa Anayasası'nda yasama yetkisi kapsamında kalan hususların sayılıp[352] kalan kısımların tamamının yürütmenin asli düzenlemesine bırakıldığı[353] bir sistemde bile yasamanın genelliği ilkesine

---

[352] Fransa'da 1958 Anayasası'nın 34. maddesinde kanunla ve temel ilkeleri kanunla belirlenmesi gereken hususlar sayma yoluyla gösterilmiştir (**Aslan,** (2019b), s.290). Madde şöyledir:

"Yasalar, aşağıda belirtilen konulara ilişkin kuralları belirler;
− Medeni haklar, kamusal özgürlüklerin kullanılması için vatandaşlara tanınan temel güvenceler; basın özgürlüğü, çeşitliliği ve bağımsızlığı; Milli savunma nedeniyle vatandaşların kişilik ve mallarına getirilen yükümlülükler;
− Tabiiyet, kişilerin hal ve ehliyetleri, evlilik rejimleri, veraset ve karşılıksız kazandırmalar;
− Cürüm ve suçların tayini ve bunlara uygulanacak cezalar, ceza usulü, af, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü;
− Her türlü vergilerin matrah, oran ve tahsil biçimleri; para basımı rejimi.
Yasalar, aynı şekilde şu konuları da belirler;
− Parlamento, yerel meclislerin ve yurtdışında yerleşik Fransız vatandaşlarının temsil edildiği meclislerin seçim rejimi ve yanı sıra mahalli idarelerin özel meclislerinin üyelerinin seçimle atandıkları görevler ve unvanlar;
− Kamu kurumlarının kategorilerinin ihdası;
− Devletin sivil ve askeri memurlarına tanınan temel güvenceler;
− Teşebbüslerin millileştirilmesi, kamu sektörü teşebbüslerine ait mülkiyetin özel sektöre devri.
Yasalar, şu konularda temel ilkeleri belirler;
− Milli savunmanın genel teşkilatlanması;
− Mahalli idarelerin serbest yönetimi, yetki ve kaynakları;
− Öğrenim;
− Çevrenin korunması;
− Mülkiyet rejimi; ayni haklar, medeni ve ticari borçlar;
− Çalışma, sendika ve sosyal güvenlik hakkı.

Mali yasalar, bir organik yasada belirlenen şartlar ve istisnalar çerçevesinde, Devletin kaynak ve yükümlülüklerini belirler.

Sosyal güvenlik finansmanı yasaları, gelir tahminlerini hesaba katarak, mali dengelerin genel şartlarını belirler, bir organik yasada öngörülecek özel şartlar ve istisnalar çerçevesinde harcama amaçlarını saptar.

Program yasaları, Devletin ekonomik ve sosyal faaliyetlerinin amaçlarını belirler.

Kamu maliyesine ilişkin çok yıllı kılavuzlar program yasalarıyla hazırlanır. Bu kılavuzlar kamu yönetiminde hesap dengesinin sağlanması hedefine katkı yaparlar.

İş bu madde hükümleri, bir organik yasa ile açıklanır ve tamamlanır.*"*(http://mahmudcelaleddinoktenaihl.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/44/10/761717/dosyalar/2019_10/13124433_Fransa_AnayasasY.pdf, erişim tarihi: 22.2.2021).

[353] Anayasa'nın 37. maddesinde sayılan konular dışında kalan konular yürütmeye bırakılmıştır (**Aslan,**

istisna getirildiği kabul edilmemiştir.[354] Bu bağlamda Anayasa Konseyi tarafından yasama organının yürütmeye bırakılan alanlarda bile kanun çıkarabileceği benimsenerek mahfuz alan görüşü reddedilmiştir.[355] Buna göre anılan şekilde bir ayrımın benimsendiği anayasal sistemlerde bile yasama yetkisinin genelliği ilkesinin zedelenmesine izin verilmediği[356], bu ilkenin adeta demokrasinin alameti farikası olarak kabul edildiği söylenebilir.

Kısacası Anayasa'nın mülga 107. maddesi yönünden yapılan yorumların getirilen yeni CBK modeli yönünden geçerli olmayacağının kabul edilmesi gerekir.

Öte yandan Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında "*Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Bazı yazarlar bu hükümden yola çıkarak Anayasa'nın CBK'ya mahfuz bir alan öngördüğünü aksi taktirde böyle bir hükme yer vermeyeceğini ileri sürmüşlerdir.[357]

Hemen belirtmek gerekir ki bu gerekçenin de tek başına anılan sonuca ulaşmak için yeterli bir olgusal temel sağladığını söylemek mümkün görünmemektedir. 2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikler sonrasında Cumhurbaşkanı'na yürüme yetkisine ilişkin konularda geniş bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Ancak bu genel

---

(2019b), s.290; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk, Burak** (2009), Anakara, Yetkin Yayınları). Madde şöyledir:

> "*Yasa kapsamına girmeyen diğer konular tüzük niteliğindedir./Bu konulara ilişkin yasa biçimindeki metinler, Danıştay'ın görüşü alınarak çıkarılacak kararnamelerle değiştirilebilir. Bu metinlerden, Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak olanların kararname ile değiştirilebilmesi, bunların önceki fıkra gereğince tüzük niteliğinde olduğunun Anayasa Konseyince ilân edilmesine bağlıdır.*"(http://mahmudcelaleddinoktenaihl.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/44/10/761717/dosyalar/2019_10/13124433_Fransa_AnayasasY.pdf E.T: 22.2.2021).

[354] Fransız Anayasası'nın 34. ve 37. maddeleri dikkate alındığında kanun koyucunun düzenleyeceği alanların sınırlandığı kalan kısımların ise yürütmeye bırakıldığı şekilde bir anlam çıkmaktadır. Ancak Anayasa Konseyi 34. maddenin son fıkrasında maddede belirtilen hükümlerin bir kanun ile açıklanıp tamamlanacağı ile diğer Anayasa kurallarını yorumlayarak kanun ile belirlenecek konuların yine kanunla belirleneceği içtihadını benimsemiştir (**Huber**, s. 240, 241; **Aslan,** (2019b), s. 290).

[355] Bu çerçevede Anayasa Konseyi *Blocage des prixs et des revenus* kararında yasama organının yürütme alanına bırakılmış konularda kanun çıkarmasının sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (**Anayurt, Ömer** (2019) 1958 Fransız Anayasasında Kanun Anlayışı: Kanunun Genelliğinden "Sınırlı - Tahsisli Kanun"a Geçiş, Ankara, Seçkin, s. 101-103; **Aslan,** (2019b), s. 290; **Çağlar, Bakır** (1989) Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı, İstanbul, BFS Yayınları, s. 59-61).

[356] Aynı yönde: **Ulusoy,** (2020), s. 313.

[357] **Eren,** (2020), s. 919; **Barın**, s. 71; **Ülgen,** (2018a), s. 19-20.

düzenleme yetkisi tanınırken bu yetkinin sınırlarına da yer verilmiş ve özellikle Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda daha önce düzenlenmiş konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte Anayasa'nın bazı hükümlerinde bu kurala da istisna getirilmiş ve üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa koyucu yürüme organının işleyişiyle yakın ilgisi nedeniyle sayılan hususlarda Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunda daha önce düzenlenmiş konular kapsamında kalsa da CBK ile düzenleme yapma konusunda yürütme organını yetkilendirmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (B) fıkrası kaleme alınırken söz konusu hususlarda, kabul edilen yeni hükümet sistemiyle uyumlu olarak yürütme organınca düzenleme yapılabilmesine imkân tanımak bir başka ifadeyle bu konularda CBK ile düzenleme yapılabilme imkânını dışlamamak amacıyla anılan hükme yer verildiği söylenebilir. Ancak bu söz konusu hususlarda kanunla düzenleme yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim anılan hükme rağmen Anayasa'nın hiçbir hükmünde söz konusu hususlarda kanunla düzenleme yapılamayacağı yönünde bir hükme yer verilmemiştir.

Bu çerçevede ileri sürülen dört nedenin de Anayasa'da belirtilen bazı konuların kanunun düzenleme alanına kapalı olduğu şeklinde yorumlanmasını gerektirmediği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin CBK'ya ilişkin ilk kararlarında da mahfuz alan görüşünü kabul etmediği söylenebilir. Her ne kadar bu konu doğrudan ele alınmamış ise de anılan kararlardan mahfuz alan görüşünün kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere doktrinde bazı yazarlar tarafından Anayasa'da CBK ile ilgili ikili bir ayrım yapıldığı ileri sürülmüştür. Buna göre 104. maddenin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanı'na genel olarak CBK çıkarma yetkisi tanınmış ise de bu hüküm yürütme yetkisine ilişkin olarak kanunla düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmamış, kanunun yanında CBK'ya da

yürütme yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisi vermiştir.[358] Ancak Anayasa'nın yukarıda anılan dört hükmünde emredici hükümler bulunması nedeniyle bu hükümlerde belirtilen konularda CBK dışındaki bir norm ile (kanun da dâhil) düzenleme yapılamayacağı, söz konusu konularda münhasıran CBK ile düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşün doğal sonucu olarak da mahfuz alan CBK'ları olarak adlandırılabilecek bu CBK'lar yönünden 104. maddenin on yedinci fıkrasında belirtilen kuralların/kısıtlamaların geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür.[359]

Buna göre Anayasa Mahkemesinin mahfuz alan görüşünü kabul edip etmediğinin kesin olarak anlaşılması yukarıda anılan dört anayasa hükmünde belirtilen (CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilen) bir konuda çıkarılan bir kanunun iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvuru yapılması halinde ortaya çıkacaktır. Ancak bir önceki paragrafta belirtildiği üzere mahfuz alan görüşü uyarınca 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların Anayasa'nın CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilen konulara ilişkin CBK'larda geçerli olmadığının (en azından söz konusu sınırlamaların bir kısmının geçerli olmadığının) kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla Mahkemenin önünde Anayasa'nın yukarıda belirtilen dört hükmünde belirtilen konulara ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmasa da söz konusu hükümlerde belirtilen konularda düzenleme öngören CBK'larda 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların geçerli olduğunun kabul edilmesi, Anayasa Mahkemesinin mahfuz alan görüşünü kabul etmediğini ortaya koyacaktır.

Mahkemenin kararlarında CBK'ya ilişkin genel ilkeleri belirlediği "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi*" başlıklı bölüm incelendiğinde şu değerlendirmeleri yaptığı görülmektedir:

> "*8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.*

[358] Aslan bu konularda çıkarılan CBK'ları tamamlayıcı kararname olarak nitelemektedir (**Aslan,** (2019b), s. 273-274).

[359] **Gözler,** (2019a), s. 931-936; **Ülgen,** (2018a), s. 19-23.

(...)

13. CBK'ların yukarıda belirtilen (104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde) konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir..."[360]

Görüldüğü üzere Mahkeme mahfuz alan görüşünün aksine 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki kuralların Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak öngörülen hükümler yönünden geçerli olmayacağına ilişkin bir kayıt belirtmemiş, aksine söz konusu kuralların tüm CBK'lar yönünden CBK'nın konu bakımından yetki sınırlarını çizdiğini kabul etmiştir.

Bununla birlikte genel ilkeler bölümünde yapılan açıklamaların CBK'ların kural olarak tabi olduğu rejimi ortaya koyduğu, Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilen konularda (Anayasa'nın yukarıda belirtilen dört hükmünde öngörülen) 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların uygulanmamasının istisnai bir durumu ifade ettiği, dolayısıyla Mahkemenin istisnalara genel ilkeler kısmında yer vermeye gerek görmediği, bu nedenle yapılan bu açıklamanın Mahkemenin mahfuz alan görüşünü kabul etmediği yönünde kesin bir delil olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülebilir. Dolayısıyla Mahkemenin kararlarındaki *genel ilkeler* bölümünden kesin bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Bu nedenle kararların ilkelerin somut kurallara uygulandığı bölümlerinin incelenmesi gerekir.

Bu konuda Mahkemenin 23/1/2020 tarihli E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararının ilkelerin somut kurala uygulandığı bölümünün 25. paragrafında şu açıklamaya yer verilmiştir:

"Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında

[360] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamaların, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerli olduğunu açıkça kabul etmiş, buna gerekçe olarak da Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemesini göstermiştir. Buna göre dolaylı da olsa Anayasa Mahkemesinin mahfuz alan görüşünü kabul etmediği söylenebilir.

Mahkemenin mahfuz alan görüşünü kabul etmediği sadece kararın "*Anayasa'ya Aykırılık Sorunu*" bölümünün başında yer verilen 25. paragraftan değil davaya konu CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde belirtilen sınırlama yönünden denetlendiği 34. paragraftan da anlaşılmaktadır. Anılan paragraf şu şekildedir:

"*34. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Koordinatör başhekimliğe ilişkin olarak karşılaştırmaya esas olabilecek şekilde herhangi bir kanunda düzenleme olduğu tespit edilememiştir. Dolayısıyla kuralların anılan cümleyi ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır.*"

Dava konusu kurallar Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında Sağlık Bakanlığı teşkilatının düzenlenmesine ilişkin olmasına, bir başka ifadeyle Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konu kapsamında kalmasına rağmen Anayasa Mahkemesince söz konusu kuralların, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde belirtilen "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda*

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." hükmü yönünden denetlenmesi, Mahkemenin Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda da 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaların geçerli olduğunu kabul ettiğini göstermektedir. Mahkemenin mahfuz alan görüşünü benimsemesi halinde kurallarla düzenlenen konunun mahfuz alanda kalması nedeniyle anılan konuda zaten kanunla düzenleme yapılamayacağını, dolayısıyla konunun daha önce kanunla düzenlenip düzenlenmediği yönünde bir araştırma yapmaksızın kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşması gerekirdi.[361]

2.2. OLAĞANÜSTÜ HAL (OHAL) CBK'LARI

Anayasa'nın 119. maddesinin altıncı fıkrasında "*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur."* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı olağan dönemde CBK çıkarabileceği gibi olağanüstü dönemde de CBK çıkarabilecektir. Ancak Anayasa'da öngörülen bu ikinci tür CBK'ların olağan CBK'lardan birçok yönüyle ayrıldığı görülmektedir.

Bu bağlamda olağan dönem CBK'ları ile kişi hakları ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler düzenlenemezken OHAL CBK'ları ile Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen sınırlamalar haricinde anılan haklar düzenlenebilecektir. Öte yandan bu CBK'lar olağan CBK'lardan farklı olarak kanun hükmündedirler.[362] Dolayısıyla bu CBK'larla kanunlarda değişiklik yapılması mümkündür.[363] Öte yandan tıpkı olağan dönem CBK'ları gibi bunların da Resmi Gazete'de yayımlanması şartı bulunmakla birlikte olağan dönem CBK'larından farklı olarak bunların Resmi Gazete'de yayımlandıkları aynı günde Meclis onayına sunulması gerekmektedir.

Anayasa'nın 119 maddesinin yedinci fıkrası gereği ise onaya sunulan OHAL CBK'larının savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması istisnası hariç olmak

---

[361] Ya da 104. maddenin üçüncü cümlesinde değerlendirildiği gibi Anayasa'da CBK'yla özel olarak düzenleneceği belirtilen konularda kanunla daha önce düzenleme yapılmaması koşulunun özel hüküm nedeniyle aranmasının gerekmediği sonucuna varması gerekir idi.

[362] Atar, OHAL CBK'larının kanun hükmünde olduğunun Anayasa'da ayrıca ve açıkça belirtilmesinin isabetli olduğunu, zira Anayasa'da OHAL CBK'ları yönünden ikisinin de aynı hükümleri taşıması halinde hangisinin geçerli olacağına ilişkin bir ihtilafı çözme kuralına yer verilmediğini ifade etmiştir (**Atar,** (2019a), s. 288).

[363] **Aslan,** (2019b), s.309. Doktrinde Ürger, OHAL KHK'larının kanun hükmünde olmasına dayanarak bunların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamayla bağlı olmadığına işaret etmiştir (**Aksoylu**, s.157).

üzere en geç üç ay içerisinde görüşülüp karara bağlanması gerekmektedir. Aksi halde OHAL'de çıkarılan CBK kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Buna göre olağanüstü hâl CBK'larının olağan CBK'lardan ayrılan bir diğer ayırıcı vasfının *geçicilik unsuru* olduğu söylenebilir.

Bu bağlamda çıkarılan tüm OHAL CBK'larının olağan CBK'lardan farklı olarak Meclis onayına sunulması ve bunların en geç üç ay içerisinde görüşülerek onaylanıp onaylanmayacağına karar verilmesi gerekmektedir. Ancak hangi yönde karar verilirse verilsin bir OHAL CBK'sının OHAL KHK'sından farklı olarak bu vasfını yitirmeden kural olarak en fazla üç ay yürürlükte kalabileceği söylenebilir.[364] Zira Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca eğer Meclis söz konusu CBK'yı bir uygun bulma kanunuyla aynen veya değiştirerek onaylarsa CBK artık bu vasfını yitirerek bir kanuna dönüşecektir.[365] Meclis CBK'yı onaylamadığında ise onaylamama biçimindeki işlem Resmi Gazete'de yayımlandığı gün CBK yürürlükten kalkacaktır.[366] Meclis CBK'yı üç ay içerisinde hiç görüşmediğinde ise CBK bu sefer anılan Anayasa hükmü gereği kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır.[367] Aşağıda olağanüstü hal CBK'sının onaydan önceki yargısal denetimi ile onaydan sonraki yargısal denetimine ayrı başlıklar altında değinilecektir.[368]

2.2.1. OHAL CBK'larının TBMM Onayı Öncesi Yargısal Denetimi

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "… *olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz."* denilmek suretiyle OHAL CBK'larına karşı yargısal denetim yolu kapatılmıştır. 6771 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişikliklerden önce benzeri hükme OHAL KHK'ları yönünden de yer verilmiş idi. Ancak anılan hükme rağmen Anayasa Mahkemesi 2016 yılına

[364] Aynı yönde: **Aslan,** (2019b), s. 312.

[365] Gözler'e göre Anayasa'nın konuya ilişkin hükmü dikkate alındığında TBMM'nin OHAL CBK'sını kanunla değil Parlemento kararıyla uygun bulması veya reddetmesi gerekir (bkz. **Gözler,** (2019a), s. 955). Aksi görüş için bkz. **Aslan,** (2019b), s. 312. Kanaatimizce de OHAL CBK'larının kanunla uygun bulunması Anayasa'nın ilgili hükmünün getiriliş amacına daha uygundur. Belirtmek gerekir ki 2017 değişikliklerinden önce KHK'lar bakımından da aynı tartışma yapılmış ve TBMM'nin KHK'ları uygun bulma işleminin parlamento kararıyla değil kanunla yapılması gerektiği dile getirilmiştir (bkz. **Yüzbaşıoğlu, Necmi** (1996) Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnamelere Rejimi, İstanbul, Beta, s. 153-154).

[366] **Gözler,** (2019a), s. 954.

[367] Bu süreye ilişkin çeşitli sorunların tartışılmasıyla ilgili olarak bkz. **Aslan,** (2019b), s. 315-318.

[368] 2017 Anayasa değişikliğinden önceki sistemde olağanüstü hallerde vatandaşlara getirilebilecek yükümlülüklere ilişkin bir inceleme için bkz. **Esen, Selin** (2008) "1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hallerde Vatandaşlara Getirilebilecek Para, Mal ve Çalışma Yükümlülükleri", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 235-256.

kadar olan içtihadında bu hükümleri yine de çeşitli sınırlamalarla birlikte incelemekte idi.[369] Fakat Yüksek Mahkeme ilk defa 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararıyla anılan içtihadını değiştirmiş ve "*olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini"* vurgulayarak "*Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri gözönünde bulundurulduğunda olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığı"* yönünde karar vermiştir.[370]

Mahkeme bu içtihadını sonraki tarihte verdiği kararlarda da aynen sürdürmüştür.[371]

Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi "…*olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz*" biçimindeyken altı çizili olarak gösterilen "*sıkıyönetim*" ibaresi metinden çıkarılmış ve "*kanun hükmünde kararnamelerin"* ibaresi "*Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu yönüyle 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hükümle sonraki hüküm arasında anılan değişiklikler dışında bir farklılık bulunmamakta olup Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'ları yönünden benimsediği içtihadının OHAL CBK'ları yönünden de geçerli olacağı açıktır. Dolayısıyla karşılaştırmalı hukukta böyle bir örnek bulunmadığı eleştirileri[372] bulunmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin anılan içtihadında bir değişiklik olmadığı sürece OHAL CBK'larının yargısal denetiminin yapılmasının mümkün olmadığı söylenebilir.[373]

Bununla birlikte yukarıda da vurgulandığı üzere anayasa koyucunun bu CBK'ların yargısal denetime tabi olmamasının yaratacağı sakıncaları dengeleyecek bir mekanizma kurduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Anayasa'da 6771 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde OHAL KHK'ları yönünden Anayasa'da bunların Meclis tarafından

[369] Bkz. AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10/01/1991; E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991; E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991. Anayasa Mahkemesinin anılan içtihadının isabetli olduğu yönündeki görüş için bkz. **Esen, Selin** (2008) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, 1.Baskı, Ankara, Adalet, s. 278-285. Söz konusu içtihadın ele alındığı bir değerlendirme için bkz. **Türk, Ender** (2013) 1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi, Ankara, Seçkin, s. 152-154.

[370] AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 9. Anayasa Mahkemesinin bazı niteliklere sahip OHAL KHK'larını incelemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Günday, Metin** (2017) "OHAL İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum", Ankara Barosu Dergisi, S. 2017/1, s. 32-33.

[371] Bkz. E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 9; E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 3; E.2018/90, K.2019/85, 14/11/2019, § 3; E.2018/91, K.2020/10, 19/02/2020, § 8.

[372] Bkz. **Aslan,** (2019b), s. 328.

[373] Aynı yönde **Aslan,** (2019b), s. 328.

onaylanmasına ilişkin bir süreye ve dolayısıyla söz konusu süre geçtikten sonra KHK'nın kendiliğinden yürürlükten kalkacağına dair bir kurala yer verilmediğinden söz konusu KHK'lar çok uzun süreler boyunca hukuki varlıklarını sürdürebilmekte idi. Oysa Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun ile değişik 119. maddesine göre OHAL CBK'ların hukuk sisteminde kural olarak varlıklarını sürdürebilecekleri maksimum süre üç ay olarak belirlenmiştir. Üç ay içinde Meclis onaylamadığında bunlar yürürlükten kalkacaktır. Aynen ve değiştirilerek onaylanmaları halinde ise Meclis bunları kanunla onayladığından bu kurallar artık bir kanun hükmüne dönüşecek dolayısıyla kanunlaşmış CBK kuralları Anayasa Mahkemesinin denetimine açılacaktır.[374]

Tıpkı kanunlaşan OHAL KHK'ları gibi kanunlaşan CBK'ların da yargısal denetimi diğer kanunların denetimine nazaran farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla aşağıda kanunlaşan OHAL CBK'larının denetimi de incelenecektir.

2.2.2. Kanunlaşan OHAL CBK'larının Yargısal Denetimi

Yukarıda ifade edildiği üzere OHAL CBK'larıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesindeki sınırlamaya tabi olmaksızın 15. maddede belirtilen kısıtlamalar hariç bütün temel hak ve hürriyetler düzenlenebilmekte ve sınırlanabilmektedir. Anayasa'da ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından iki farklı rejim benimsenmiş olup olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda katı bir izin sistemi öngörülmüş iken olağan üstü halde ve savaş halinde çok daha esnek bir izin sistemi öngörülmüş, hatta bu hallerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasına dahi izin verilmiştir.[375]

Bu bağlamda olağan dönemde temel hak ve özgürlükler ancak Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen şartlarda sınırlandırılabilir iken OHAL döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen şartlarda sınırlandırılabilecek, kısmen veya tamamen durdurulabilecek veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesinin

[374] Daha önce de belirtildiği üzere doktrinde Gözler bu konuda farklı görüştedir. Bkz. bkz. **Gözler,** (2019a), s. 955.

[375] Anayasa Mahkemesi kanunlaşmış KHK'lar bakımından bu hususa şöyle işaret etmiştir:

> "*Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir."* (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 11)

güncel içtihadına göre OHAL döneminde çıkarılan bir kuralın Anayasa'nın OHAL dönemi için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için sadece bu dönemde çıkarılmış olması yeterli değildir. Bunun için başka şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kanunlaşan KHK'lar bağlamında bu hususu şöyle ifade etmiştir:

> "*17. Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlanmasını ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi esas alınabilir.*
>
> *18. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz."*[376]

Anılan içtihadın OHAL CBK'ları için de geçerli olacağı açıktır. Buna göre kanunlaşan OHAL CBK'sında yer alan kural ancak;

1. Olağanüstü halin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olması,
2. OHAL süresiyle sınırlı olarak uygulanabilecek bir hüküm öngörmesi,

şartlarını birlikte taşımak kaydıyla Anayasa'nın OHAL dönemi için öngördüğü denetim rejimine göre bir başka ifadeyle Anayasa'nın 15. maddesine göre denetlenebilecektir. Anılan şartlardan herhangi birisini taşımaması durumunda ise kural

[376] E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, §§17, 18. Anayasa Mahkemesi norm denetimi kararlarında bu ilkeleri kabul ettiği gibi norm denetimi kararlarından önce verilen bireysel başvuru kararlarında da aynı içtihadı benimsemiştir. Bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.

Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü denetim rejimine göre (Anayasa'nın 13. maddesine göre) denetlenecektir.

Mahkemenin anılan içtihadının yerinde olduğu, bu yaklaşımın temel hak ve özgürlüklerin korunması için Anayasa'da öngörülen güvence rejiminin işlerliğinin sağlanması bakımından son derece gerekli olduğu değerlendirilmektedir.

Mahkemenin yukarıda anılan iki şartı aşağıdaki gerekçelere dayalı olarak belirlediği anlaşılmaktadır:

Mahkemeye göre Anayasa'nın 15. maddesinde olağan döneme nazaran temel hak ve özgürlüklerin daha fazla kısıtlanmasına izin verilmesinin nedeni "*Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması"*dır. Bu çerçevde "*olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır.*" Bu nedenle ancak anılan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesini konu edinen kurallar söz konusu olduğunda Anayasa'nın 15. maddesindeki denetim rejimi devreye girebilir. Eğer kuralın olağanüstü halin ilan edilmesini gerekli kılan konularla ilgisi yok ise sırf olağanüstü halde çıkarıldığı için bir kural 15. maddenin sağladığı geniş sınırlama rejiminden faydalanamaz.[377]

Gerçekten de OHAL döneminde yapılan düzenlemelerin içinde olağanüstü halin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik kurallar olduğu gibi bununla ilgisiz konularda da düzenlemeler yapılabilmektedir.[378] Dolayısıyla Mahkemenin belirlediği ilk şartın OHAL'i gerekli kılan durumla ilgisiz düzenlemelerin OHAL'ın yarattığı meşru sınırlama nedeninden yararlanmasını önlemek amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

---

[377] E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 15; 190; *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017 § 190. Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında bu durum şöyle ifade edilmiştir:

> "*Olağanüstü yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejimlerinin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için başvuru konusu tedbirin olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış olması yeterli olmayıp aynı zamanda olağanüstü durumun ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesiyle de ilgili olması gerekir."*

[378] Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu duruma işaret etmiştir:

> *"10. Olağanüstü hâl KHK'larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu düzenlemelerde olağanüstü hâlle ilgili kuralların yanında olağanüstü hâlle ilgisi olmayan kurallara da yer verilebilmesi bu tespitin yapılmasını zorunlu kılmaktadır."* (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 10.)

Mahkemenin belirlediği ikinci şartın ise ancak OHAL döneminde gerekli ve meşru olan tedbirlere ilişkin kuralların olağan döneme taşmasının engellenmesi, böylece ancak olağanüstü dönemde meşru görülebilecek sınırlamaların ve standartların olağanlaşmasının önlenmesi amacıyla öngörüldüğü söylenebilir.

Doktrinde Gözler, TBMM tarafından OHAL CBK'larının kanunla onaylanmasını eleştirmiş ve bunun geçici olması gereken CBK hükümlerini kalıcı hale getireceğini ileri sürmüştür. [379] Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin anılan içtihadı benimsememiş olması durumunda bir başka ifadeyle OHAL'de getirilen ancak uygulaması olağan döneme de taşacak niteliğe sahip kuralları Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine göre denetlemesi hâlinde sadece olağanüstü halde meşru görülebilecek kuralların olağan döneme taşması sorununa neden olabilirdi. Ancak Anayasa Mahkemesinin anılan içtihadının bunu önleyeceği, dolayısıyla TBMM'nin OHAL CBK'larını kanunla onaylamasının aslında temel hakların korunması bakımından olumsuz değil olumlu bir duruma tekabül ettiği söylenebilir.[380]

2.2.3. OHAL CBK'sının Yargısal Denetiminin Bir Örnek Üzerinden İncelenmesi

OHAL CBK'sının yargısal denetimi ile ilgili olarak bir örnek verilmesi konunun açıklanmasına katkı sağlayacaktır:

Anayasa'nın 19. maddesine göre bir kişi olağan dönemde diğer şartlar oluşmuş ise toplu olmayan suçlarda en fazla kırk sekiz saat gözaltında tutulabilir. Kural olarak gözaltı Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin olup bu konuda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenleme yapılamaz. Ancak olağanüstü hallerde Anayasa'nın 119. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca anılan sınırlamaya bağlı olmaksızın CBK ile düzenleme yapılabilecektir. Bu çerçevede OHAL döneminde OHAL CBK'sı ile toplu olmayan suçlarda gözaltının azami süresi kırk sekiz saatin üzerine çıkarıldığında örneğin yetmiş iki saat olarak belirlendiğinde bu düzenlemenin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulamayacaktır. Ancak düzenleme Resmi Gazete'de yayımlandığı gün Meclise sunulmak zorundadır. Meclis CBK'yı onayladığında OHAL CBK'sı kanunlaşmış olacak ve söz konusu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulabilecektir.

---

[379] **Gözler,** (2019a), s. 963.

[380] Belirtmek gerekir ki Gözler de CBK'ların kanunla onaylanmasının olumlu bir tarafının da bulunduğunu, bunun söz konusu CBK'ların Anayasa Mahkemesi denetimine açılması olduğunu aynı eserde vurgulamaktadır (Bkz. **Gözler,** (2019a), s. 964).

Eğer kuralda söz konusu göz altı süresinin sadece OHAL dönemiyle sınırlı olarak uygulanacağı öngörülmüş ise kural Anayasa'nın 15. maddesinden incelenecek ve muhtemelen kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılacaktır. Zira 15. maddede durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte kuralda belirtildiği şekilde bir zaman sınırlaması söz konusu değil ise Anayasa Mahkemesi artık söz konusu kuralla ilgili olağanüstü halde temel hakların sınırlanması rejimini düzenleyen 15. maddeden değil 13. maddeden inceleme yapacaktır. Anayasa'nın 13. maddesine göre kanunla temel hakka getirilen sınırlama Anayasa'nın sözüne aykırı olamayacağından ve Anayasa'nın 19. maddesinde gözaltı süresinin azami olarak kırk sekiz saat olarak uygulanabileceği hüküm altına alındığından Mahkeme kuralın iptaline karar verecektir.

2.2.4. Kanunlaşan OHAL CBK'larının Anayasa'nın 15. Maddesine Göre Denetlenmesi

Anayasa Mahkemesi kuralın olağanüstü halin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğunu ve kuralın OHAL süresiyle sınırlı olarak uygulanabilecek bir hüküm öngördüğünü tespit ettiğinde Anayasa'nın 15. maddesine göre bir denetim yapılmasına karar vermekte ancak bu denetimi iki aşamada gerçekleştirmektedir. Aşağıda bu iki aşama incelenecektir.

2.2.4.1. Birinci Aşama: Kuralın Olağan Dönemin İzin Verdiği Sınırların Ötesine Geçip Geçmediği

Anayasa Mahkemesi kanunlaşmış OHAL düzenlemeleriyle ilgili olarak yukarıda anılan iki şartın bulunduğunu kabul ettiği durumlarda da 15. maddedeki denetim testini uygulamadan önce kuralın öncelikle 13. maddede belirtilen sınırlama rejimine uygun olup olmadığını incelemekte ve eğer kural anılan testi geçiyor ise yani 13. maddeye uygun ise ayrıca 15. maddeden bir inceleme yapmaksızın kuralın Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Ancak kural 13. madde testine takılıyor ise bu sefer 15. maddeden inceleme yapmakta ve eğer kural 15. maddeye uygun ise kuralın anılan maddeye aykırı olmadığı sonucuna varmakta, değilse iptaline karar vermektedir.[381]

[381] Yüksek Mahkeme kanunlaşmış OHAL KHK'ları bağlamında bu hususu şöyle ifade etmektedir:
"27. Olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik

Mahkeme kuralın Anayasa'nın OHAL için öngördüğü denetim rejimine tabi olduğunu tespit ettiği ve 15. maddeye göre denetim yapacağına karar verdiği durumlarda neden öncelikle olağan dönem denetim rejimine bir başka ifadeyle 13. maddeye göre denetim yaptığını ise şöyle açıklamaktadır:

"…devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde yürürlüğe konulan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebilir. Anılan şekilde inceleme yapılması Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" hükmünün de bir gereğidir…"[382]

Mahkemenin anılan inceleme yönteminin de yerinde olduğu düşünülmektedir. Zira kararda belirtildiği üzere OHAL döneminde çıkarılan her düzenlemenin mutlaka Anayasa'nın olağan dönem rejimine göre öngördüğü sınırların aşılmasını gerektirmeyebilir. Bu çerçevede olağan dönem sınırlama rejimine göre Anayasa'ya uygun olan bir kuralla ilgili olağanüstü hâl sınırlama rejimine göre ayrı bir inceleme yapmak gereksiz olacaktır. Öte yandan yine kararda işaret edildiği gibi bunun 15. madde testinin yapılabilmesi için bir ön şart olduğu da söylenebilir. Zira Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen denetim rejiminin

sınırlamayı konu edinen kurallara ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda da bu maddeye ilişkin inceleme yapılmadan önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır…." (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 27). Benzer değerlendirme için bkz. Bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 192-195.

[382] AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 27; *Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 193-195). Mahkeme sadece norm denetiminde KHK kuralları yönünden değil, bireysel başvuruda kamu otoritesinin işlem ve eylemleri için de aynı anlayışı benimsemektedir. Bireysel başvuru kararında bu husus şöyle ifade edilmiştir:

"192. Devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikenin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde alınan her tedbirin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmez. Kamu otoriteleri olağanüstü durumlarda da olağan hukuk düzeninin imkânlarını kullanarak mevcut tehlike veya tehdidi önlemek için tedbirler alabilir. Bu bağlamda olağanüstü yönetim rejimlerinin uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahale, olağan dönemin ölçütleriyle de Anayasa'da yer alan güvencelere uygun olabilir.
193. Dolayısıyla olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bir tedbirle ilgili olarak yapılan bireysel başvurularda Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak ilk inceleme, bu tedbirin olağan dönemin ölçütlerine göre Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olup olmadığını tespit etmeye yönelik olacaktır. Bu durum Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir." ibaresinin de bir gereğidir." Aydın Yavuz ve diğerleri ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 193-194.

uygulanabilmesi için öncelikle getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen "*Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbir*" derecesine ulaşıp ulaşmadığının tespit edilmesi gerekir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ile 15. maddede belirtilen ölçülülük testlerinin birbirinden farklı olmasının da bu yöntemin uygulanmasını lüzumlu hale getirdiği değerlendirilebilir. Mahkemenin bu çerçevede 15. madde testini yaparken öncelikle kuralın 13. maddeye uygun olup olmadığını incelemesinin her iki maddede belirtilen ölçülülük testlerinin birbirine karışmasını engellediği ve böylece daha sağlıklı bir anayasal denetim yapma imkânına kavuştuğunu da söylemek mümkündür.

2.2.4.2. İkinci Aşama: Anayasa'nın 15. Maddesindeki Ölçütlerin Uygulanması

Anayasa Mahkemesi kuralın Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlamaların ötesine geçtiğini tespit ettiğinde ise bu sefer kuralı 15. maddede belirtilen ölçütlere göre denetlemektedir. Anayasa'nın anılan maddesi şöyledir:

> "*Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*
>
> *(Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."*

Buna göre olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lar ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkün ise de bu dönemde de devletin uyması gereken sınırlar bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle bu dönemde de getirilecek sınırlamaların sınırları vardır.

Bunlardan birincisi maddenin birinci fıkrasında belirtilen hallerde dahi dokunulması mümkün olmayan ve *çekirdek alan* olarak da nitelendirilen haklardır.[383] Bu çerçevede savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde de;

[383] Bkz. **Gözler, Kemal** (2020) İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Ekin, s. 246; **Özbudun,** (2019), s.123.

i. Kişinin savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, yaşama hakkına,

ii. Maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne,

dokunulamayacaktır.

iii. Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacak ve bunlardan dolayı suçlanamayacaktır.

iv. Suç ve cezalar geçmişe yürütülemeyecektir.

v. Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamayacaktır.

Bu çerçevede OHAL CBK'sı ile yukarıda belirtilen haklara aykırı bir düzenleme getirildiğinde kural Anayasa'nın 15. maddesine aykırı bulunarak iptal edilecektir.

Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ikinci ölçüt temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesidir. Anayasa Mahkemesi bu hususu kararlarında şöyle açıklamaktadır:

> *"20. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ikinci ölçüt kuralların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamasıdır. Bu yükümlülüklerin başında taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir.*
>
> *21. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin başında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gelmektedir. MSHUS'un 4. ve AİHS'in 15. maddelerine göre milletin yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana geldiğinde devletler, bu sözleşmelerdeki yükümlülüklerini azaltacak tedbirler alabilirler. Ancak MSHUS'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4., 6 No.lu Protokol'ün 3. ve 13 No.lu Protokol'ün 2. maddelerinde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Dolayısıyla bu haklar yönünden yapılacak ikinci inceleme kapsamında Anayasa, MSHUS*

ve AİHS'te yer alan yükümlülük azaltılması mümkün olmayan ortak hak ve özgürlükler yönünden ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

22. Bununla birlikte MSHUS'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde, Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan bazı hak ve özgürlüklerin de yükümlülük azaltılmasına konu olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre olağanüstü durumlarda da hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez ve kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı yeniden yargılanamaz veya cezalandırılamaz. Ayrıca bu dönemde de herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir. Bu nedenle belirtilen hak ve özgürlükler Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer almasa da anılan hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez. Dolayısıyla bu haklara ilişkin düzenlemelerde sözü edilen sözleşme hükümlerinin gözetileceği tabiidir."[384]

Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamanın *durumun gerektirdiği ölçüde* olmasıdır. Buna göre eğer temel haklara getirilen sınırlama OHAL şartlarının zorunlu kıldığı ölçünün ötesinde bir sınırlamaya neden oluyor ise kural olağanüstü dönemin şartlarında da olsa Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi bu son ölçüt uyarınca yapılacak ölçülülük denetiminin kapsamını şöyle tanımlamaktadır:

"*23. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kuralların durumun gerektirdiği ölçüde olmasıdır. Anılan maddedeki ölçülülük olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir.*

[384] AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, §§ 20-22.

Dolayasıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlamaya izin vermektedir."[385]

Yüksek Mahkeme durumun gerektirdiği ölçü tespit edilirken kuralla getirilen tedbirin alındığı dönemin tüm şartlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmakta bu çerçevede 15. maddeye göre ölçülülük testi yaparken*;*

i. Olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikenin niteliği ve ağırlığını,

ii. Sınırlamaya konu hak ve özgürlüğün mahiyetini,

iii. Tedbirin alındığı zamanı

gözeterek bir değerlendirme yapmakta, buna göre kuralın OHAL'de ölçülülük ilkesini ihlal edip etmediğini değerlendirmektedir.[386]

Anayasa Mahkemesinin kanunlaşmış OHAL KHK'ları bakımından yakın dönemde benimsediği bu içtihadının kanunlaşması halinde OHAL CBK'ları yönünden de geçerli olacağı açıktır. Üstelik OHAL KHK'larından farklı olarak OHAL CBK'larının çıkarıldığı tarihten en fazla üç ay sonra görüşülmesi zorunluluğu bulunduğundan OHAL'in üç aydan daha fazla uzun sürdüğü durumlarda Mahkemenin bu denetimi OHAL'in uygulandığı sırada da incelemesi ve karara bağlaması mümkün olabilecektir. Buna göre 6771 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra öngörülen yeni sistemin OHAL düzenlemelerinin yargısal denetimine getirilen yargısal kısıtlamayı en fazla üç ayla sınırladığı, bu yönüyle yeni sistemin OHAL KHK'larına nazaran temel haklar bakımından daha lehe bir düzenleme getirdiği söylenebilir.[387]

---

[385] AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 23.

[386] AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 25. Anayasa Mahkemesinin özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında 15. maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak ölçülülük bağlamında verdiği bazı kararların analizi için bkz. **Kaya, Yusuf Enes** (2019) Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 182-185.

[387] Anayasa'da OHAL CBK'ları yönünden TBMM'nin bunları onaylaması için bir süre şartının öngörülmesinin yerinde olduğu yönünde bkz. **Gözler,** (2019a), s. 952; **Aslan,** (2019b), s. 317.

İKİNCİ BÖLÜM
CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN YARGISAL DENETİM SÜRECİ

1. CBK DENETİMİNİN YOLLARI (BAŞVURUNUN TÜRÜNE GÖRE CBK'NIN YARGISAL DENETİMİ)

CBK'nın yargısal denetimi de tıpkı kanunların yargısal denetiminde olduğu gibi soyut norm denetimi (iptal davası) veya somut norm denetimi yoluyla (itiraz veya def'i) yapılabilir. Aşağıda her iki denetim yolu ayrı ayrı incelenecektir.

1.1. Soyut Norm Denetimi (İptal Davası)

Soyut norm denetimi Anayasa'da belirlenmiş belli organlar veya kişiler tarafından anayasal denetime tabi normlar aleyhine Anayasa Mahkemesinde dava açılması suretiyle yapılan yargısal denetimi ifade etmektedir. Bu denetimde iptali istenen kurulla ilgili bir uygulama üzerine açılan bir dava olmaksızın, bir başka ifadeyle herhangi bir somut dava ve olayla ilgili olmaksızın soyut olarak bir kuralın iptali istendiği için bu yol soyut norm denetimi olarak adlandırılmaktadır.[388]

1.1.1. İptal Davası Açma Yetkisi

Anayasa'nın "*İptal davası" başlıklı 150. maddesinde "Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün 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."* hükmüne yer verilmiştir.

6216 sayılı Kanun'un "*İptal davası açmaya yetkili olanlar"* başlıklı 35. maddesinde de anılan anayasal hüküm tekrar edilmiştir. Buna göre kanun ve Meclis İçtüzüğü düzenlemelerinde olduğu gibi CBK'lar aleyhine dava açma yetkisi de Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinin en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubundan her birine ve üye tamsayısının en az beşte biri oranındaki üyelerine ait bulunmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki her ne kadar Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde "*Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet*

[388] **Özbudun,** (2019), s.395.

Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir." hükmüne yer verilmiş ise de Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrası sadece *kanunların* şekil bakımından denetlenmesine ilişkin sınırlamaları içermektedir. Dolayısıyla gerek TBMM İçtüzüğü'nün gerekse de çalışmanın konusu olan CBK'lar yönünden böyle bir sınırlama geçerli değildir. Bir başka ifadeyle CBK ve İçtüzük düzenlemeleri aleyhine şekil bakımından iptal davasını sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin üyelerinin beşte biri değil TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubundan her biri de açabilir.[389] Nitekim 6216 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen 35. maddesinde iptal davası açmaya yetkili organ ve kişiler sayılırken (3) numaralı fıkrasında "*Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açmaya Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri oranındaki milletvekilleri yetkilidir.*" denilmek suretiyle bu sınırlamanın sadece Anayasa değişiklikleri ve kanunlar için olduğu açıkça vurgulanmıştır.

1.1.1.1. Cumhurbaşkanı

Kanun ve Meclis İçtüzüğü düzenlemelerine karşı Cumhurbaşkanı'na iptal davası açma yetkisi tanınmış olması anlaşılabilir ise de CBK'ya karşı neden Cumhurbaşkanı'na iptal davası açma yetkisinin verildiğini anlamak son derece güçtür. Zira Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hususta düzenleme yapması beklenemez. Cumhurbaşkanı'nın CBK'nın yayınlanmasından sonra Anayasa'ya aykırılığını farketmesi ihtimaline binaen bu yetkinin verildiğinin ileri sürülmesinin de mantıki bir dayanağı bulunmamaktadır. Zira yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca Cumhurbaşkanının daha önce çıkarılmış bir CBK'yı yürürlükten kaldırması her zaman mümkündür. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığını düşündüğü hükmü yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanı'na bu yetkinin neden verildiği anlaşılamamaktadır.[390]

Kanaatimizce bu durum Anayasa'da geçen tüm "*kanun hükmünde kararname*" ibarelerinin her iki kurumun hukuki niteliklerinin birbirinden farkı dikkate alınmaksızın otomatik olarak "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" şeklinde değiştirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Öte yandan iptal davasıyla ilgili olarak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerinin genel olarak sayıldığı Anayasa'nın 104. maddesinin yedinci fıkrasında Cumhurbaşkanı'nın "*Kanunların, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde*

[389] Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. **Özbudun,** (2019), s.396; **Gözler,** (2019a), s. 1140.

[390] Benzer değerlendirmeler için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1135.

iptal davası açar." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme dayanarak Anayasa'da pozitif manada Cumhurbaşkanı'nın CBK'ya karşı dava açma hakkının olup olmadığını sorgulayan Gözler, bu hükümde Cumhurbaşkanı'nın aleyhine dava açabileceği normlar arasında CBK'ların sayılmadığını, bu hükümle Cumhurbaşkanı'na CBK'ya karşı dava açma hakkı tanıyan Anayasa'nın 150. maddesi arasında çatışma bulunduğunu ve 104. maddedeki hükmün 150. maddeye nazaran özel hüküm niteliğinde bulunduğunu, özel hükümle genel hükmün çatıştığı durumda genel hükmün uygulanamayacağını belirterek Cumhurbaşkanı'nın Anayasa gereği CBK aleyhine dava açamayacağı sonucuna ulaşmıştır.[391]

Gözler'in bu görüşüne en az üç nedenle katılmak mümkün görünmemektedir.

Birincisi normlar arasında çatışma kurallarının devreye girebilmesi için isminden de anlaşılacağı üzere iki norm arasında bir çatışmanın bir başka ifadeyle her iki normun hükümleri arasında bir aykırılığın bulunması gerekmektedir. Oysa 150. maddeyle 104. madde arasında böyle bir çatışma bulunmamaktadır. 150. maddede Cumhurbaşkanı'na kanun, CBK ve Meclis İçtüzüğü'ne karşı dava açma hakkından bahsedilirken 104. maddede söz konusu normların ikisinden söz edilmiş CBK'ya yer verilmemiştir. Burada 104. maddenin 150. maddeyle çeliştiğinden değil ancak bu hükümdeki bir hususu eksik ifade etmesinden, dolayısıyla iki normun aynı hususları düzenlememesinden söz edilebilir. 104. maddenin 150. maddeyle çatıştığından söz edilebilmesi için 104. maddede 150. maddenin hilafına olarak Cumhurbaşkanı'nın CBK'ya karşı dava açma yetkisinin bulunmadığının öngörülmesi gerekirdi. 104. maddede böyle bir hüküm bulunmadığına göre iki normun çatıştığından söz edilemez.

İkincisi, burada mevzu bahis olan husus iptal davası olup tartışılan konu Cumhurbaşkanı'nın bir norm türüyle ilgili olarak dava açma yetkisine sahip olup olmadığıdır. Bu husus ise daha özel olarak Anayasa'nın 150. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 104. maddesi ise doğrudan iptal davasını değil Cumhurbaşkanı'nın genel olarak görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Burada birçok görev arasında Cumhurbaşkanı'nın iptal davası açması yetkisine de değinilmiştir. Dolayısıyla söz konusu maddeler arasında bir an için olsun çatışma olduğu kabul edilse bile tartışma konusu iptal davası olduğu için 150. maddenin özel hüküm olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Üçüncü olarak sadece Anayasa'da değil 6216 sayılı Kanun'un 35. maddesinde de Cumhurbaşkanı'nın CBK aleyhine iptal davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan Kanun'un Gözler'in görüşü doğrultusunda Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülse bile *kanunların*

[391] **Gözler,** (2019a), s. 1136.

anayasaya uygunluğu karinesi uyarınca Anayasa Mahkemesince iptal edilene kadar Anayasa'ya aykırı olan hükmün Anayasa'ya uygun olduğu varsayılır ve uygulanmasına devam edilir. Dolayısıyla anılan karine uyarınca da Cumhurbaşkanı'nın teorik de olsa CBK'ya karşı iptal davası açma yetkisinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

1.1.1.2. Türkiye Büyük Millet Meclisinin En Fazla Üyeye Sahip İki Siyasi Parti Grubu

Anayasa'nın 150. maddesinde 6771 sayalı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce anayasal denetime tabi normlar aleyhine dava açma yetkisi iktidar ve anamuhalefet partisi TBMM gruplarına ait idi. Anılan değişiklikle birlikte bu yetki TBMM'nin en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna verilmiştir. Zira parlamenter sistemde yürütme organını Cumhurbaşkanı yanında Meclis içinden seçilen Bakanlar Kurulu oluştururken yeni sistemde yürütme organını tek başına Cumhurbaşkanı oluşturmaktadır. Dolayısıyla Meclis içinde iktidar ve muhalefet partisi kavramlarının karşılığı bulunmadığından, hükümet sistemi değişikliğine uyum sağlamak amacıyla iptal davası açma yetkisinin yeni sistemde TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna tanındığı anlaşılmaktadır.[392]

Belirtmek gerekir ki uygulamada hükümet değişikliğinden önce iptal davasını TBMM'de en fazla üyeye sahip ikinci parti grubu açıyor idi. Zira en çok üyeye sahip birinci parti iktidar partisini oluşturmakta, kanunlar da genellikle çoğunluk partisi olan iktidar partisinin desteğiyle çıkarılmakta idi. Dolayısıyla iptal davasını TBMM'de en fazla üyeye sahip anamuhalefet partisi grubu açmakta idi. Yeni hükümet sisteminde de bu bağlamda bir değişiklik olmadığı gözlemlenmektedir. Ülkemizde benimsenen yeni hükümet sisteminde partili Cumhurbaşkanlığı anlayışı benimsendiğinden ve mevcut durumda Cumhurbaşkanı'nın aldığı oy oranı ile partisinin aldığı oy arasında yakınlık bulunduğundan Cumhurbaşkanı'nın partisi Mecliste en fazla üyeye sahip parti konumunu sürdürmektedir. Bu durum kanunlar bakımından olduğu gibi bu çalışmanın konusu olan CBK'lar yönünden de önceki uygulamaya uygun olarak iptal davasının TBMM'de en fazla üyeye sahip ikinci parti grubu tarafından açılmasına neden olmaktadır. Zira Cumhurbaşkanı aynı zamanda TBMM'de en fazla üyeye sahip birinci partinin genel başkanı olup en fazla üyeye sahip birinci partinin kendi genel başkanının çıkardığı CBK'ya karşı iptal davası açması gündeme gelmemektedir.

Öte yandan TBMM'deki üye sayılarında eşitlik bulunması halinde iptal davasını açmaya hangi partinin yetkili olacağı hususu 6216 sayılı Kanun'un 35. maddesinde belirlenmiştir. Maddenin 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 209. maddesiyle değişik (2) numaralı

[392] **Gözler,** (2019a), s. 1138.

fıkrasına göre bu durumda iptal davası açabilecek siyasi parti grupları, son milletvekili genel seçiminde alınan geçerli oy sayısına göre belirlenecektir. Buna göre sandalye sayısı aynı olsa bile en fazla oyu alan ilk iki parti grubu iptal davasını açmaya yetkili olacaktır.

6216 sayılı Kanun'un anılan fıkrasında 703 sayılı KHK ile değişiklik yapılmadan önce "*İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması hâlinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır.*" hükmü yer almakta idi. Ancak yeni hükümet sisteminde yürütme organını tek başına Cumhurbaşkanı oluşturabileceğinden, dolayısıyla iktidarda birden fazla partinin bulunması durumu söz konusu olmayacağından anılan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu hüküm yürürlükten kaldırılırken benzeri sorunun bu sefer en yüksek üyeye sahip parti grubunun tespitinde yaşanabileceği değerlendirilerek bir önceki paragrafta belirtilen hükmün getirildiği anlaşılmaktadır.

6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ya da hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılacak iptal davası, 35 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yazılı siyasi parti gruplarının genel kurullarının, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alacakları karar üzerine açılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre parti grubu tarafından açılan davalarda parti gruplarının genel kurullarının, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar almaları aranacaktır. Aksi taktirde 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre kararın salt çoğunlukla alınmaması eksikliğinin giderilmesi için ilgili parti grubuna süre verilecektir. Verilen sürede söz konusu eksiklik giderilmediğinde aynı maddenin (3) numaralı fıkrasına göre davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

Özbudun 38. maddenin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu görüşündedir. Zira Anayasa'nın konuyu düzenleyen 150. maddesinde salt çoğunluk gibi nitelikli bir çoğunluk aranmadığından burada olağan çoğunluk olan adi çoğunluğun yeterli sayılması gerekir.[393] Gözler de aynı görüştedir.[394]

Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında "*İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur*." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre parti grupları tarafından açılan davada Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen normun

[393] **Özbudun,** (2019), s.396.

[394] **Gözler,** (2019a), s. 1138.

hangi hükümlerinin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunun gerekçeleriyle birlikte belirtilmesi gerekmektedir.

Bu hüküm söz konusu hususların dava dilekçesinde bulunmasının yeterli olup olmadığı bir başka ifadeyle bunların grup kararında da bulunmasının gerekip gerekmediği sorusunun cevaplandırılması açısından önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi 03/03/2000 tarihli E.2000/13, K.2000/4 sayılı kararında bu sorunu tartışmıştır. Dönemin Anamuhalefet Partisi olan Fazilet Partisi'nin 2000 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun bazı hükümlerinin iptali talebiyle açmış olduğu iptal davasında Mahkeme:

> "*Anamuhalefet Partisi adına dava, Parti Meclis Grubu Genel Kurulu'nun verdiği yetkiye dayanılarak grup başkanı veya vekili tarafından açılabilir. Davanın açılabilmesi için Parti Meclis Grubu kararında, iptali istenen Yasa, Kanun Hükmünde Kararname, TBMM İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin açıkça gösterilmesi gerekir. Oysa, Anamuhalefet Partisi Meclis Grubu Genel Kurul kararında 2000 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun hangi maddelerinin iptalinin istendiği açıkça belirtilmeden, "bazı maddeler" ifadesi kullanılarak belirsizliğe yol açılmıştır. Bu nedenle, söz konusu kararın usulüne uygun olarak alınmış bir grup kararı olarak kabulü olanaklı değildir. /İstemin başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.*"

gerekçesine dayanarak davanın yetkisizlik nedeniyle reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre iptali istenilen normun hangi hükümlerinin iptal davasına konu olduğunun dava dilekçesinde gösterilmesi yeterli olmayıp bunun ayrıca grup kararında da yer alması gerekmektedir. Mahkemenin söz konusu kararında sadece iptali istenen normun hangi hükümlerinin dava konusu edileceğinin grup kararında yer alması gerektiğinin belirtildiği, bunun dışında iptal davasına konu edilen hükümlerin Anayasa'nın hangi maddesine hangi gerekçeyle aykırı olduğu yönünde açıklamaların yer almamasının bir sorun olarak görülmediği anlaşılmaktadır.

Anılan kararda dikkat çeken husus ise Mahkemenin söz konusu eksiklik nedeniyle eksikliğin giderilmesi için davacıya süre vermeyip davayı doğrudan yetkisizlik ile reddetmesidir. Kanaatimizce karar bu yönüyle gerek kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a, gerekse yürürlükte bulunan 6216 sayılı Kanun hükümlerine aykırıdır. Zira 2949 sayılı Kanun'un "*İptal Davasının Açılmasında Uyulması Gereken Esaslar"* başlıklı 27. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açanlar, Anayasaya aykırılıklarını ileri sürdükleri hükümlerin Anayasanın hangi Maddesi veya Maddelerine aykırı olduğunu ve iddialarını dayandırdıkları gerekçenin neden ibaret bulunduğunu açıklamak*

zorundadırlar." hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin dördüncü fıkrasında "*Anayasa Mahkemesince, dava dilekçesinin, bu Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında gösterilen hususları ihtiva edip etmediği, kayıt tarihinden itibaren on gün içinde incelenir, varsa noksanlıklar kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek mehil içinde tamamlanması ilgililere tebliğ olunur…*"; maddenin son fıkrasında ise "*Yukarıdaki fıkrada belirtilen süre içinde noksanlıkların tamamlanmaması halinde iptal davası açılmamış sayılır…*" denilmiştir. Buna göre dava konusu olayda olduğu gibi bir eksikliğin bulunması durumunda Mahkemenin yapması gereken eksiklerin tamamlanması için davacı parti grubuna süre vermek, süresi içinde eksiklikler tamamlanırsa iptal davasının esasını incelemek ve süresi içinde eksiklik ikmal edilmezse davanın açılmamış sayılmasına karar vermektir. Nitekim karara muhalif olan üyeler de bu hususa vurgu yaparak davacı tarafın yetkisizliğinden bahisle iptal davasının reddedilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.[395]

Aynı durum yürürlükte bulunan 6216 sayılı Kanun yönünden de geçerlidir. Yukarıda da belirtildiği üzere 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında "*İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur."* denilmiş "*Eksikliklerin tamamlattırılması ve görüş bildirme"* başlıklı 39. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise "*Mahkemece, dava dilekçesinin, 38 inci maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığı, kayıt tarihinden itibaren on gün içinde incelenir. Başvuru dilekçesinde eksiklikler varsa kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması ilgililere tebliğ olunur.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre anılan şekilde bir eksiklik olması halinde Mahkemenin söz konusu olayda yetkisizlikten ret kararı vermesinin 6216 sayılı Kanun'a da aykırı olduğu açıktır.

Bu başlık altındaki açıklamalara son vermeden önce bir hususa daha dikkat çekilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi anayasal denetime tabi bir norma ilişkin iptal davası açmak üzere alınacak grup kararının, ancak söz konusu normun Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra geçerli olacağı görüşündedir. Zira Mahkeme'ye göre Anayasa'nın 150. maddesi ile iptal davasının siyasî parti gruplarının genel kurullarının üye tamsayısının salt çoğunluğuyla alacakları karar üzerine dava açılabilecekleri yönündeki hüküm (Mülga 2949 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası[396]) *"bir yasanın veya kimi kurallarının Anayasa'ya aykırılığı konusunda grup genel kurulunda, inceleme ve araştırma yapılarak*

[395] Bkz. AYM, E.2000/13, K.2000/4, 03/03/2000.

[396] Yukarıda ifade edildiği üzere aynı hüküm CBK'lar yönünden de geçerli olacak şekilde 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir.

tartışma açılmasını sağlamak amacına yöneliktir. Yasa çıkmadan yapılan görüşmeler ise ancak bir öngörüşme olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, siyasî parti meclis gruplarının bir yasa hakkında yasalaşma süreci tamamlanmadan iptal davası açılabilmesi için verdikleri yetkiye dayanılarak dava açılması olanaklı değildir."[397] Mahkemenin bu içtihadının CBK'lar yönünden de geçerli olacağı açıktır. Zira Mahkemenin bu anlayışı bakımından kanun ile CBK arasında bir fark bulunmamaktadır. Buna göre bir CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığı yetkili parti grubu tarafından ileri sürülecek ise buna ilişkin kararın CBK'nın Resmî Gazete'de yayınlanmasından sonra alınması şartı aranacaktır.

1.1.1.3. TBMM'nin Üye Tamsayısının En Az Beşte Biri Tutarındaki Üyeler

CBK aleyhine iptal davası açmaya yetkili üçüncü grup davacıyı TBMM'nin üye tam sayısının beşte biri tutarındaki üyeler oluşturmaktadır. Anayasa'nın 75. maddesinde "*Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen altıyüz milletvekilinden oluşur.*" hükmü yer almaktadır. Buna göre iptal davası açabilmek için en az yüz yirmi milletvekilinin bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu milletvekillerinin aynı partiden olması gerekmediği gibi partili olmayan bağımsız milletvekilleri de söz konusu çoğunluğu oluşturabilir.[398]

1.1.2. Dava Açma Süresi

İptal davasını açma süresi Anayasa'nın "*dava açma süresi*" başlıklı 151. maddesinde müstakil bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Buna göre "*Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya İçtüzüğün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.*" Görüldüğü üzere maddede söz konusu süre açıkça *hak düşürücü* bir süre olarak düzenlenmiş olup bu sürenin geçmesinden sonra Anayasa Mahkemesine iptal davası açılması veya açılmış ise bu davanın görülmesi hukuken mümkün değildir.

Gözler anılan sürenin idari yargıdan farklı olarak söz konusu normun Resmi Gazete'de yayımlandığı gün sayılmak suretiyle başlayacağını ve altmışıncı günün çalışma saati sonunda sürenin sona ereceği görüşündedir.[399] Gerek Anayasa'da gerekse 6216 sayılı Kanun'da sürenin "*Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak*" hesaplanacağı belirtildiğinden bu konuda gerek idari yargıda gerekse adli yargıda sürelerin tebligatın yapıldığı günün ertesi gününden

[397] AYM, E.1998/42, K.1998/65, 16/10/1998.

[398] **Özbudun,** (2019), s. 396.

[399] **Gözler,** (2019a), s. 1140-1141.

başlanarak hesaplanması uygulamasının iptal davası açılması sırasında geçerli olmadığını kabul etmek gerekir.

Anılan altmış günlük süre genel düzenleme niteliğinde olup Anayasa'da bu süreye istisnalar getirilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde "*Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz...*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre kanunların şekil denetimine ilişkin başvurularda altmış günlük süre değil on günlük süre geçerlidir. Ancak hükümde de açıkça ifade edildiği üzere bu sadece kanun için getirilmiş bir sınırlama olup CBK yönünden bu sınırlamanın geçerli olduğu söylenemez.[400] Bir başka ifadeyle CBK'nın şekil bakımından denetimi Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gündür. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 37. maddesinde de "*Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmî Gazetede yayımlanmalarından başlayarak on gün; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belli madde ve hükümlerinin şekil ve esas, kanunların ise sadece esas yönlerinden Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmî Gazetede yayımlanmalarından başlayarak altmış gün sonra düşer."* denilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Kanun'da hükmün Resmî Gazete'de yayımlanmasından daha sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceğinin öngörülmesi, Kanun'un iptali için açılacak davanın başlangıç süresinde bir değişikliğe neden olmamaktadır.[401] Aynı durum CBK'lar için de söz konusu olup bir CBK hükmü yönünden de daha ileri bir yürürlük tarihinin belirlenmiş olması dava açma süresinin başlangıcının yürürlük tarihinden itibaren başlamasını gerektirmemektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olduğu üzere anayasal denetime tabi bir norma karşı iptal davası açılabilmesi için söz konusu normun Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması gerekir.[402] Zira Anayasa'nın 151. maddesinde "*Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya İçtüzüğün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.*" hükmünde bu husus açıkça vurgulanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere esasen Resmi Gazete'de yayımlanmayan bir CBK hükmü yürürlüğe girmeyeceğine ve

[400] Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. **Özbudun,** (2019), s. 397; **Gözler,** (2019a), s. 1141.

[401] **Gözler,** (2019a), s. 1141.

[402] AYM, E.2014/46, K.2014/38, 21/02/2014; E.2016/135, K.2016/129, 04/07/2016.

Türkiye'de Fransa'da olduğu gibi önleyici anayasal denetim yolu öngörülmediğine göre Anayasa Mahkemesinin yürürlüğe girmeyen dolayısıyla hukuki sonucu olmayan bir hükmü inceleyip (koşulları oluşmuş ise) iptal etmesinin bir anlamı da olmayacaktır.

6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre iptal davası, CBK'nın veya belirli madde ya da hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile iptalini ihtiva eden dava dilekçesinin Genel Sekreterlikçe, Yazı İşleri Müdürlüğüne havale edildiği tarihte açılmış sayılmaktadır.

1.1.3. Dava Açma Usulü (Yöntem Sorunu) ve Usule Aykırılığın Sonuçları

İptal davasında uyulması gereken usuller 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinde belirlenmiştir. Bu usullere aykırı davranışın müeyyidesine ise Kanun'un 39. maddesinde yer verilmiştir. Bu çerçevede 39. maddenin (1) numaralı fıkrasında "*Mahkemece, dava dilekçesinin, 38 inci maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığı, kayıt tarihinden itibaren on gün içinde incelenir. Başvuru dilekçesinde eksiklikler varsa kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması ilgililere tebliğ olunur.*" denilmiştir. Buna göre 38. maddede belirtilen usul ve esaslara aykırı bir durum tespit edildiğinde Mahkemece doğrudan başvurunun reddine karar verilmeyecek, söz konusu eksikliğin ikmal edilmesi için on beş günden az olmamak üzere davacı tarafa süre verilecektir. 38. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca davacı belirtilen eksikliği süresinde ikmal ederse davanın esasının incelenmesine geçilecek aksi taktirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

Uygulamada 39. maddede belirtilen eksiklik giderme ve davanın açılmış sayılıp sayılmayacağına karar verme prosedürünün en fazla 38. maddenin (6) numaralı fıkrasında belirtilen nedenle işletildiği görülmektedir. Anılan fıkrada iptal davalarında, "*Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmesi zorunluluğu*" düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 45. maddesinde de "*Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi*" iptal davası başvuru dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında sayılmıştır. Buna göre iptali istenilen hükümlerin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğu belirtilmemiş ise veya bu hususa yer verilmiş olsa bile aykırılığın gerekçesine yer verilmemiş ise Anayasa Mahkemesi söz konusu eksiklik nedeniyle işin esasının incelenmesine geçmeyerek

eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa eksiklik bildiriminde bulunmakta ve bu eksiklik yerine getirilmediğinde davanın açılmamış sayılmasına karar vermektedir.[403]

Belirtmek gerekir ki her ne kadar 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*Birinci fıkrada belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verilir.*" biçimindeki hükümden ilk bakışta dava dilekçesindeki herhangi bir eksikliğin yapılan ihtarata rağmen davacı tarafından süresinde giderilmemesi davanın tüm hükümleri yönünden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesini gerektirir gibi anlaşılmakta ise de herhangi bir hükümle ilgili gerekçe eksikliği nedeniyle davanın tümünün reddedilmesi söz konusu kurumun getiriliş amacıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla anılan kural 38. maddenin (6) numaralı fıkrasında belirtilen gerekçe eksikliği kuralı yönünden yorumlanırken herhangi bir kural yönünden gerekçe eksikliğinin belirlenen sürede giderilmemesinin tüm davanın değil sadece gerekçe gösterilmeyen hüküm bakımından davanın açılmamış sayılması kararının verilmesini gerektirdiği şekilde yorumlanmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin de kabulü aynı yöndedir. Mahkeme 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un bazı hükümleriyle ilgili olarak yapılan iptal başvurusunda birkaç kuralla ilgili tespit ettiği gerekçe eksikliğinin giderilmesi için eksiklik bildiriminde bulunmuş, söz konusu eksikliğin verilen sürede tamamlanmaması nedeniyle iptal davasına konu tüm hükümler yönünden değil sadece gerekçe bildirilmeyen hükümler yönünden davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.[404]

Yukarıda başka bir bağlamda değinildiği üzere iptal davası açarken uyulması gereken esaslardan biri de CBK'nın veya belirli madde ya da hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılacak iptal davasında, 35. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yazılı siyasi parti gruplarının genel kurullarının, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar almalarıdır. Buna göre söz konusu parti grupları iptali istenecek kurallarla ilgili grup kararı almamışlar ise ya da alınan grup kararı üye tamsayısının salt çoğunluğu ile değil örneğin adi çoğunlukla alınmış ise

[403] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013. Bu çerçevede Mahkeme anılan kararında 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un bazı hükümleriyle ilgili olarak tespit ettiği gerekçe eksikliğinin giderilmesi için dava dilekçesinde tebligat yapılacağı belirtilen kişilere eksiklik bildiriminde bulunmuş, söz konusu eksikliğin verilen sürede tamamlanmaması nedeniyle söz konusu hükümler açısından davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.

[404] Bkz. AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013.

bu eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa süre verilmesi, verilen sürede eksikliğin giderilmemesi halinde ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

İptal davası açılırken uyulması gereken şartlardan bir başkası da 38. maddenin (2) numaralı fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre dava, 35. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde yazılı TBMM üyeleri tarafından açıldığı takdirde dilekçede, kendilerine Mahkemece tebligat yapılmak üzere, iki üyenin adının gösterilmesi gerekmektedir. Anılan hükümle davacı tarafın en az yüz yirmi kişiden oluşacağı ve yüz yirmi kişiye birden tebligat çıkarmanın zorluğu dikkate alınarak tebligat işlerinin kolaylıkla yürütülebilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "*Dava, Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının en az beşte biri oranındaki milletvekilleri tarafından açılmışsa, eksikliklerin tamamlanmasına ilişkin tebligat, başvuru dilekçesinde tebligatların yapılacağı belirtilen milletvekillerine…yapılır.*" hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan Kanun'un 38. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca dava, TBMM'nin üye tam sayısının en az beşte biri oranındaki milletvekilleri tarafından açılmakta ise dava dilekçesinde davayı açanların sıra numarasıyla ad ve soyadlarının, seçildikleri bölgelerinin ve imzalarının yer alması ve bu dilekçenin imzaları içeren her bir sayfasının o sayfada ad ve soyadları ile imzaları bulunanların milletvekili ve imzalarının da kendilerine ait olduğunun ayrı ayrı TBMM Başkanı veya belirleyeceği görevli tarafından imza ve mühür konulmak suretiyle onaylanmış olarak Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine verilmesi gerekmektedir.

Son olarak Kanun'un (5) numaralı fıkrasına göre siyasi parti grupları tarafından açılan davalarda grup genel kurulu kararının onaylı örnekleri ile dava dilekçesinde imzası olanların, grup başkanı veya vekili olduklarını belirleyen onaylı belge örneklerinin dava dilekçesi ile birlikte Genel Sekreterliğe verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

38. maddenin (2), (4) ve (5) numaralı fıkralarına konu olan ve yukarıda belirtilen eksikliklerin davacı tarafından giderilmemesi durumunda da davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

1.2. Somut Norm Denetimi (İtiraz veya Def'i Yolu)

1.2.1. Genel Olarak Niteliği ve Soyut Norm Denetiminden Farkı

Doktrinde "*somut norm denetimi bir mahkemede görülmekte olan bir davanın karar bağlanmasının, o davada kullanılacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmamasına*

bağlı olması halinde yapılan denetim" olarak tanımlanmıştır.[405] Bu yolun davanın taraflarının kuralın davada uygulanmasının Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle davada uygulanmasına itiraz edebilmelerine imkân tanıması nedeniyle "*itiraz*" veya "*def"i*" yolu olarak da adlandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Özbudun haklı olarak bu yola sadece tarafların değil davaya bakan mahkemenin de tarafların itiraz etmesine bağlı olmaksızın re'sen başvurabildiğine dikkat çekmiştir.[406] Gerçekten uygulamada da tarafların ileri sürmeksizin mahkemelerin sıklıkla re'sen bu yola başvurdukları görülmektedir. Ancak Gözler'in de işaret ettiği üzere daha ağırlıklı olarak itiraz olmak üzere itiraz ve def'i yolu kavramlarının mevzuatta da kullanıldığı ve somut norm denetiminin *itiraz başvurusu* olarak adlandırılmasının yerleşik hale geldiği söylenebilir.[407] Bu bağlamda Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında somut norm denetimi yoluyla denetim için "*def'i yolu*", 149. maddesinin ikinci fıkrasında "*itiraz davası*" ibarelerinin kullanıldığı görülmektedir. Keza 6216 sayılı Kanun'un müstakil bir bölümünün (İkinci Bölümü'nün) Anayasa'ya aykırılığın mahkemeler tarafından ileri sürülmesine ayrıldığı ve bu bölümün "*İtiraz Yolu*" olarak adlandırıldığı gözlemlenmektedir. Bunun dışında Kanun'un on bir yerinde somut norm denetimi yoluyla denetimi ifade etmek üzere "*itiraz*" ibaresinin kullanıldığı tespit edilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararlarında soyut norm denetimini iptal davası olarak adlandırırken mahkemelerce önüne getirilen iptal taleplerini itiraz başvurusu olarak nitelendirmektedir.[408]

Özbudun somut norm ve soyut norm denetimi arasındaki farkları şöyle sıralamaktadır:

Her şeyden önce somut norm denetiminin soyut norm denetimine göre daha dar bir uygulamayı ifade ettiği söylenebilir. Zira somut norm denetimine Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen herhangi bir kural aleyhine başvurulamamakta, kuralın ancak bir davada uygulanması söz konusu olduğunda Anayasa'ya aykırılığı incelenebilmektedir.

Bir başka açıdan bakıldığında ise somut norm denetimi soyut norm denetimine nazaran daha geniş bir uygulama imkânı sunmaktadır. Zira iptal davası sadece belli organ ve kişiler tarafından harekete geçirilebilirken, itiraz yolunda davanın tarafı olma vasfına sahip herkes bu süreci harekete geçirilebilmektedir.

---

[405] **Kıratlı**, s. 35.

[406] **Özbudun,** (2019), s. 398.

[407] **Gözler,** (2019a), s. 1142.

[408] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2017/117, K.2018/28, 28/02/2018; E.2021/76, K.2021/53, 14/07/2021.

Öte yandan soyut norm denetiminin uygulanabilmesi için Anayasa'da bu yolda açık bir yetki verilmesi gerekirken somut norm denetiminde böyle bir yetki verilmesine gerek yoktur. Mahkemeler genel hukuka uygunluk denetimi yetkileri kapsamında böyle bir yola başvurabilirler. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasa'da açık bir yetki verilmemişken mahkemelerin içtihat yoluyla somut norm denetimi yolunu kalıcı bir şekilde başlattıkları bilinmektedir.[409] Bu bağlamda somut norm denetiminin soyut norm denetimine nazaran daha eski ve köklü bir yargısal denetim yolu olduğu söylenebilir. Bu norm denetimlerinden birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmasına engel teşkil etmediği, ülkemizin yanı sıra birçok ülkede bu iki denetim yolunun birlikte uygulanabildiğinin de belirtilmesi gerekir.

Ayrıca soyut norm denetimi özel bir mahkemeyi gerektirmekte iken somut norm denetimi genel mahkemelerce de yapılabilmektedir.[410]

Belirmek gerekir ki karşılaştırmalı hukukta somut norm denetimi genel mahkemelerce de yapılabilmekte ise de ülkemizde soyut norm denetimi yolunda olduğu gibi somut norm denetimi yapma yetkisi özel mahkeme niteliğinde olan Anayasa Mahkemesine verilmiştir.[411]

Diğer taraftan somut norm denetiminde soyut norm denetiminden farklı olarak Anayasa Mahkemesine bir başvuru yapılabilmesi için bir süre şartı söz konu değildir. Davaya bakan mahkemeler diğer koşulları taşımak kaydıyla ve on yıllık yasağın söz konusu olmadığı

---

[409] Bu konudaki öncü karar olan *Marbury v. Madison* davasına ilişkin bir inceleme için bkz. **Onar, E** (2003) s.96-101. Türk anayasa yargısı tarihinde uygulamada karşılaşılan bazı anayasaya uygunluk denetimi girişimleri ve bu bağlamda Akşehir Yargıcı Refik Gür'ün Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğü bir kanun karşısındaki tutumuna ilişkin çarpıcı bir inceleme için bkz. **Onar, Erdal** "Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetiminde Öncüler": Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.11-20.

[410] **Özbudun,** (2019) s.398. Bu bağlamda ayrıca Gözler'in işaret ettiği bir hususun belirtilmesinde fayda bulunmaktadır: Merkezi anayasa mahkemesi sistemini benimseyen her ülkede soyut norm denetimi var iken aynı sistemi benimseyen tüm ülkelerde somut norm denetimi bulunmamaktadır. Bu kapsamda örneğin Fransa'da somut norm denetimi yoluna yer verilmemiştir (**Gözler, Kemal** (2020) Kısa Anayasa Hukuku, 18.Baskı, Bursa, Ekin, s. 22-23).

[411] Bu bağlamda somut norm denetimi yoluyla yapılan anayasaya uygunluk denetimini "*olağan yargı organları tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi*" ve "*merkezi bir yargı organı tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi*" olarak ikiye ayırmak mümkündür (**Onar, E** (2003), s. 94, 119). Almanya, Rusya, İtalya, Avusturya, İspanya, Portekiz, Çekoslovakya, Yunanistan gibi ülkeler de tıpkı Türkiye'de olduğu gibi merkezi anayasa yargısına (centralized judicial review) yer vermiş iken başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere Kanada, Hindistan, Malezya, Avustralya, Japonya, İrlanda yaygınlaştırılmış anayasa yargısı (decentralized judicial review) modelini benimsemişlerdir (**Anayurt, Ömer** (2020) Anayasa Hukuku Genel Kısım, Ankara, Seçkin, s. 692-707). Öte yandan merkezi anayasa yargısının benimsendiği sistemlerde de denetimin yapılma anına göre ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre normun yürürlüğe girmesinden sonraki herhangi bir evrede yapılan denetim *"sonradan, düzeltici denetim (a posteriori, ex post, repressive control"*, normun yürürlüğe girmesinden önce yapılan denetim ise "*önceden, önleyici denetim (a priori, ex ante,preventive control)*" olarak adlandırılmaktadır (**Aliefendioğlu** (1996) s. 46-48; **Kaboğlu,** 357-358; **Onar, E** (2003) s. 122).

durumlarda her zaman Anayasa Mahkemesine uyuşmazlık konusu kuralın iptali talebiyle başvurabilirler.[412]

Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da CBK'nın soyut norm denetimi ile birlikte somut norm denetiminde de inceleme konusu yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak CBK'nın diğer norm türlerinden farklı olarak sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği dikkate alındığında bunun daha ziyade idari işlemlerin dayanağı olarak kullanılabileceği, dolayısıyla CBK'nın iptaline ilişkin taleplerin daha çok idari yargı yolundan Anayasa Mahkemesi önüne geleceği söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki CBK'ların hukuk sistemimize girişinden bu yana itiraz yoluyla yapılan başvuru sayısı çok sınırlı olup 13/12/2021 tarihi itibariyle somut norm denetimi yoluyla yapılan başvuru sayısı bir tanedir. Anılan başvuru Danıştay tarafından yapılmış olup Anayasa Mahkemesince söz konusu başvuru henüz sonuçlandırılmamıştır.

1.2.2. Şartları

Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlıklı 152. maddesinde "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*" hükmüne yer verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde de anılan hükme paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre mahkemeler Anayasa'ya aykırı gördükleri kanunu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşıyabilecekleri gibi bu çalışmanın konusu olan CBK'ların da iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak hemen belirtmek gerekir ki 6216 sayılı Kanun'un 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasında "*Şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede Mahkemeler kanunlar yönünden olduğu gibi CBK'lar yönünden de sadece esas bakımından aykırılık talebinde bulunabilirler. Şekil bozukluğuna dayalı olarak CBK'nın Anayasa'ya aykırılığının somut norm denetimi yoluyla ileri sürülmesi mümkün değildir.

Anılan Anayasa hükmünden CBK kuralı aleyhine itiraz başvurusunda bulunabilmek için CBK kuralına ilişkin *bakılmakta olan bir davanın bulunması,* bu davaya bakan merciin *mahkeme* ve mahkemenin söz konusu davaya bakmaya *görevli ve yetkili* olması, aleyhine itiraz başvurusunda bulunulacak normun davada *uygulanacak kural* niteliğini taşıması ve son olarak

[412] **Özkaya, Kadir** "Sınırlama Sorunu ve 'Davada Uygulanacak Kural' Kavramıyla İlişkisi", Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.293.

Mahkemenin CBK kuralının *Anayasa'ya aykırı olduğu kanısı*na ulaşması veya bu yolda taraflarca ileri sürülen *iddianın ciddi* bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Aşağıda sırasıyla bu şartlar incelenecektir.

1.2.2.1. Bakılmakta Olan Dava Şartı

Her şeyden önce bir mahkemenin CBK aleyhine itiraz başvurusunda bulunabilmesi için kuralın uygulandığı davanın devam ediyor olması gerekmektedir. Bu çerçevede "*davaya bakılmış ve davanın esası hükme bağlanmış, ise, artık o davada uygulanan kanunun* (konumuz bağlamında CBK kuralının) *Anayasa'ya aykırılığı ön mesele yapılamaz ve dolayısıyla mesele Anayasa Mahkemesine gönderilemez.*"[413]

Uygulamada zaman zaman mahkemelerin işin esasını çözdükten sonra Anayasa Mahkemesine başvurdukları, Mahkemenin de *bakılmakta olan dava* şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle söz konusu başvuruları reddettiği görülmektedir.

Mahkemenin yakın tarihli kararına konu olaydan uygulamada bu tür sorunların nasıl yaşandığını gözlemlemek mümkündür. Hatay 6. Asliye Ceza Mahkemesi önündeki davada bir görevsizlik kararı vermiş ve bu karara itiraz edilmesi üzerine görev sorununu çözmek üzere dosyayı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendinin "*Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine…aittir.*" bölümü uyarınca yargı çevresinde bulunan Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir. Mahkeme ilgili Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararını kaldırması üzerine bu sefer anılan hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu kurala ilişkin başvuruyu "*Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendinin "Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesi" bölümü asliye ceza mahkemesi hâkiminin itiraza tabi olan kararlarının hangi merci tarafından inceleneceğini belirlemektedir. Somut olayda kararına itiraz edilen Mahkeme itiraz konusu kural gereği dosyayı itirazı incelemekle görevli ağır ceza mahkemesine göndermekle kuralı uygulamıştır. Hangi mahkemenin görevli olduğu konusunda ortaya çıkan uyuşmazlık ceza muhakemesi kuralları çerçevesinde çözümlenmiş ve itiraz yoluna başvuran Mahkeme dosyanın esasıyla ilgili yargılama aşamasına geri dönmüştür. Dolayısıyla*

[413] **Kıratlı**, s. 91.

kuralın itiraz kanun yolu incelemesinde uygulanmış ve tükenmiş olması sebebiyle Mahkemenin önündeki uyuşmazlıkta uygulanma imkânı bulunmamaktadır."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, bir kuralla ilgili başvurunun değerlendirilebilmesi için kuralın davada uygulanıp tüketilmesinden önceki aşamada başvurunun yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Anılan karardan somut olayda dava mahkemesinin görevsizlik kararı verip dosyayı itiraz incelemesi için Ağır Ceza Mahkemesine göndermeden önce Anayasa Mahkemesine başvurması hâlinde Anayasa Mahkemesinin kurala ilişkin başvuruyu esastan inceleyeceği ve asliye ceza mahkemelerinin yukarıda belirtilen hükme konu görevsizlik kararlarına ağır ceza mahkemelerince bakılması kuralının Anayasa'ya uygun olup olmadığını inceleyeceği anlaşılmaktadır. Kuralın iptaline karar vermesi halinde ise ilgili Mahkemenin görevsizlik kararına karşı yapılan başvuruyu yargı çevresinde bulunan Ağır Ceza Mahkemesine göndermesi mecburiyeti ortadan kalkabilecek idi.

Belirtmek gerekir ki burada bakılmakta olan davayla, davanın kesinleşmesi aşamasına kadar olan geniş süreç değil, dava hangi aşamada ise o aşamada davaya bakan mahkemenin işin esasıyla ilgili karar vermesinden önceki süreç kastedilmektedir. Bu bağlamda örneğin ilk derece mahkemesi bir kuralı Anayasa Mahkemesinin önüne taşıyacak ise başvuruyu işin esasına ilişkin kararı vermeden önce yapmalıdır. Yoksa kendisi davanın esasını çözdükten sonra ve fakat karar temyiz edildiğinden dava sürecinin devam ettiğinden bahisle başvuruda bulunması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 19/09/2019 tarihli E.2019/91, K.2019/70 sayılı kararında bu hususa şu şekilde vurgu yapmıştır:

> *"İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Anayasa Mahkemesine başvurmadan önce davayı esastan inceleyerek davanın kabulüne karar vermek suretiyle davayı sonlandırmıştır. Bu itibarla Mahkemece çözülmesi gereken bir uyuşmazlık kalmadığı gibi buna bağlı olarak Mahkemenin elinde herhangi bir dosya da bulunmamaktadır. Bu durumda, itiraz yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan bir davanın varlığından söz edilemez."*

Özbudun'un da işaret ettiği üzere Anayasa Mahkemesi *bakılmakta olan dava* koşulu varlığını sürdürürken yapılan itiraz başvurusundan sonra herhangi bir nedenle (feragat, sulh, af gibi) davanın ortadan kalkmasını ise kuralın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesine bir engel olarak görmemektedir. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi bakılmakta olan dava şartını başlangıçta aramakta bu şartın daha sonra ortadan kakmasını anayasallık denetiminin önünde bir engel olarak değerlendirmemektedir.[414] Anayasa Mahkemesi bu durumun

[414] **Özbudun,** (2019), s. 400.

gerekçesini de şöyle ortaya koymaktadır: "…*mahkemeye tanınan bu yetkinin* (mahkemelere itiraz yetkisi tanınmasının) *ereği, belli bir dâvada Anayasa'ya uygun bir hukukî durumun gerçekleşmesinin sağlanması ile yetinilmesi değil, belki belli bir dâva dolayısiyle Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün ayıklanması ve böylece bütün hukuk düzeni bakımından Anayasa'ya uygun bir durumun gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır.*"[415]

1.2.2.2. Mahkeme Şartı

Anayasa Mahkemesine bir CBK kuralının iptali istemiyle itiraz yoluna başvurulabilmesinin ikinci şartı itirazda bulunacak merciin *mahkeme* olmasıdır. Mahkemeden ne anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanmış, bu tanımlara göre de hangi mercilerin mahkeme sıfatını haiz olduğu belirlenmiştir. Mahkemenin 1965 tarihli bir kararında itiraza yetkili mahkeme "*adli, askerî veya idarî dâvalara bakan ve bu dâvalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümleyen her derecede mahkeme*" olarak tanımlanmıştır.[416] Daha sonraki tarihli bir kararda ise Anayasa Mahkemesi mahkemeyi "*bir dâvaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci"* şeklinde tanımlamıştır.[417]

Anayasa Mahkemesi vergi temyiz ve itiraz komisyonlarını[418], il ve ilçe idare kurullarını[419], seçim kurullarını[420] Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu yapma yetkisine sahip mahkeme niteliğinde görmemektedir.

Anayasa Mahkemesi Sayıştayı[421] ve hakemleri[422] de önceki kararlarında mahkeme niteliğinde görmemiştir.[423] Ancak yüksek Mahkeme son yıllarda bu içtihadında değişikliğe

---

[415] AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967. Af nedeniyle davanın sonradan ortadan kaldırılmasının Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmasını etkilemeyeceği yönündeki karar için bkz. AYM, E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

[416] AYM, E.1964/51, K.1965/3, 12/01/1965.

[417] AYM, E.1967/15, K.1967/15, 30/05/1967.

[418] AYM, E.1966/16, K.1966/28, 27/06/1966; **Özbudun,** (2019), s. 401.

[419] AYM, E.1965/18, K.1965/53, 11/10/1965; **Özbudun,** (2019), s. 401.

[420] AYM, E.1992/12, K.1992/7, 18/02/1992; **Gözler,** (2019a), s. 1145-1146.

[421] AYM, E.1990/39, K.1991/21, 11/07/1991.

[422] AYM, E.1963/46, K.1963/43, 28/02/1963; E.1988/2, K.1988/4, 4/2/1988.

[423] Anayasa Mahkemesinin Sayıştayı ve hakemleri mahkeme olarak görmemesine ilişkin önceki içtihadının değerlendirilmesi için bkz. **Başlar, Kemal** "Anayasa Yargısında 'Davaya Bakmakta Olan Mahkeme' Kavramı" : Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 219-257.

gitmiş ve hem Sayıştayı[424] hem de belli niteliklere sahip hakemleri[425] mahkeme olarak kabul ederek bunların yaptığı başvuruyu esastan karara bağlamıştır.

25/6/2020 tarihli kararı dikkate alındığında Anayasa Mahkemesinin "*belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkisini haiz, bir hukuki uyuşmazlığı tüm yönleriyle esastan çözümleyerek karara"* bağlayabilen, verdikleri karar kesin hüküm niteliği taşıyan mercilerin yaptığı faaliyeti bir yargılama faaliyeti, bu faaliyeti yürüten mercii de mahkeme olarak tanımladığı anlaşılmaktadır.[426]

Anayasa Mahkemesinin kanundaki ismine göre değil yaptığı işin niteliğine göre değerlendirme yaparak itiraz yoluna başvuracak mahkeme kavramını geniş yorumlaması, Anayasa yargısı bakımından olumlu bir gelişmedir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından vurgulandığı üzere somut norm denetiminin amacı "*belli bir dâva dolayısiyle Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün ayıklanması ve böylece bütün hukuk düzeni bakımından Anayasa'ya uygun bir durumun gerçekleştirilmesinin sağlanması"*[427] olup bu genişletici yorumun Anayasa'ya aykırılıkların hukuk düzeninden ayıklanması amacına hizmet edeceği açıktır.

Özbudun'un işaret ettiği üzere Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda Anayasa'nın 152. maddesi bağlamında "*davaya bakan mahkeme*" niteliğindedir. Ancak Anayasa'nın 85. maddesi uyarınca yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine yönelik iptal başvurularına baktığı sırada "davaya bakan mahkeme" niteliğini taşımamaktadır. [428]

Uyuşmazlık Mahkemesinin de hüküm uyuşmazlıklarına ilişkin başvurular bakımından itiraz başvurusu yapmaya yetkili mahkeme olarak kabul edilmesi gerekir.[429] Ayrıca bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi bölümleri ve genel kurul mahkeme niteliğini

---

[424] AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014.

[425] AYM, E.2019/112, K.2020/35, 25/6/2020.

[426] AYM, E.2019/112, K.2020/35, 25/6/2020, § 17.

[427] AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967.

[428] **Özbudun,** (2019), s. 402. Aynı yönde: **Aliefendioğlu, Yılmaz** (1984) "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, C.1, s. 118. Siyasi parti kapatma ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda AYM'nin davaya bakmakta olan mahkeme olduğu yönünde ayrıca bkz. **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 553.

[429] **Özbudun,** (2019), s. 401-402; **Güran, Sait** (1964) "Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği Meselesi", İÜHFM, C. XXX, S. 1-2, s. 1022-1024; **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 553.

taşımamaktadır.[430] Öte yandan mahkemenin norm denetimi yaparken de Anayasa'nın 152. maddesi bağlamında davaya bakan mahkeme olmadığı yönünde görüşler ileri sürülmüştür.[431]

Belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 152. maddesi bağlamında bir mahkemeden söz edilebilmesi için mahkemenin baktığı işin nizalı (çekişmeli) olması şart değildir.[432]

1.2.2.3. Mahkemenin Görevli ve Yetkili Olması Şartı

Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddeleri uyarınca itiraz yoluna başvurulabilmesi için bakılmakta olan bir davanın bulunmasını ve davaya bakan merciin mahkeme olmasını yeterli görmemekte aynı zamanda kuralın uygulanacağı uyuşmazlığın itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin görev ve yetkisinde olmasını da aramaktadır.

Nitekim yakın tarihli bir kararında, idari yargının görev alanı kapsamında kalan bir uyuşmazlığa ilişkin kurala yönelik başvurunun adli yargı mahkemesince yapılması üzerine Mahkeme aşağıdaki değerlendirmelere yer vermek suretiyle başvurunun ilk inceleme aşamasında reddine karar vermiştir:

> *"Anayasa'nın 152. ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme bu davada uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir…/Bir mahkemenin itiraz başvurusunda bulunabilmesi için onun yalnızca mahkeme niteliğinde olması yeterli olmayıp bakmakta olduğu davada mevzuata göre görevli ve yetkili olması da gerekmektedir(…)/Açıklanan nedenlerle bakılmakta olan davanın idari yargı mercileri tarafından çözülmesi gereken bir dava*

[430] Bireysel başvurulara bakan anayasa mahkemesinin bölümleri bakımından aynı yönde: **Gözler,** (2019a), s. 1144-1147.

[431] **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 553; **Teziç, (**2018), s. 250-251.

[432] **Armağan, Servet** (1967) Anayasa Mahkememizde Kazai Mukarabe Sistemi, İstanbul, İÜHF Yayını, s. 98.

olması sebebiyle itiraz başvurusunda bulunan mahkeme anılan davada görevli değildir. Başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir."[433]

Doktrinde Anayasa Mahkemesinin görevsiz ve yetkisiz mahkeme tarafından yapılan itiraz başvurularını reddetmesi eleştirilmiştir. Buna göre bir mahkemenin görevli veya yetkili olup olmadığını tespit etme yetkisi Uyuşmazlık Mahkemesine aittir. Ayrıca Mahkemenin görevli olduğunu addeden mahkemenin başvurusunu reddetmesi sonuç itibariyle amacı Anayasa'ya aykırı normları hukuk dünyasından ayıklama olan somut norm denetiminin doğasıyla bağdaşmamaktadır.[434]

Anılan görüşlere Anayasa Mahkemesinin görev ve yetki konusunda yaptığı incelemenin niteliği, Yüksek Mahkemenin en azından son yıllarda benimsediği yaklaşım dikkate alındığında katılmak mümkün görünmemektedir. Şöyle ki Anayasa Mahkemesi itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin görevli ve yetkili olup olmadığı yönünde inceleme yaparken görev ve yetki konusunun ihtilaflı olduğu ve bu ihtilafın Uyuşmazlık Mahkemesince veya ilgili istinaf veya temyiz mercilerince çözülmesi söz konusu olan konularda görev ve yetki sorunu nedeniyle başvurunun reddine karar vermemektedir. Mahkeme görev ve yetki meselesinin ihtilaflı olmadığı, temyiz mercileri ve Uyuşmazlık Mahkemesince konunun hangi mahkemede görülmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmuş ve bu konuda ihtilaf bulunmayan ama herhangi bir nedenle tarafların davayı yanlış açması veya davaya bakan mahkemenin yeterli araştırmayı yapmaması nedeniyle görevli ve yetkili olduğu varsayımıyla yapılan başvurularda bu incelemeyi yapmaktadır. Dolayısıyla Mahkemenin Uyuşmazlık Mahkemesi veya diğer görev konularını çözmekle yetkili yargısal mercilerin görev alanına girdiği yönündeki eleştirilerin yerinde olmadığı söylenebilir.

Öte yandan önündeki davada uzaktan ilişkili olsa bile doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmayan kuralın dahi Anayasa'ya aykırılığını ileri süremeyen mahkemenin bakmaya hiçbir şekilde görevli ve yetkili olmadığı, tamamıyla başka bir Mahkemenin görev ve yetkisi alanında bulunan dolayısıyla ancak görevli ve yetkili mahkemenin değerlendirme yapabileceği bir konuda kuralın Anayasa'ya aykırılığını ileri sürebileceğinin kabul edilmesi, Anayasa'nın 152. maddesinde başvuru şartları öngörülmesini anlamsız hale getirebilecektir.

---

[433] AYM, E.2019/29, K.2019/10, 14/03/2019.

[434] **Özbudun,** (2019), s. 400-401; **Kıratlı**, s. 61-65. Hatırlatmak gerekir ki Anayasa Mahkemesi bir kararında anayasa yargısının amacının anayasaya aykırı normların hukuk sisteminden ayrılarak ayıklanması olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkeme bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*Yalnız, dikkat edilmelidir ki,… mahkemeye tanınan bu yetkinin ereği, belli bir dâvada Anayasa'ya uygun bir hukukî durumun gerçekleşmesinin sağlanması ile yetinilmesi değil, belki belli bir dâva dolayısiyle Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün ayıklanması ve böylece bütün hukuk düzeni bakımından Anayasa'ya uygun bir durumun gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır.*" (AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967).

Bu nedenle kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin içtihadı yerinde olup bundan sonra önüne gelecek itiraz başvurularında da CBK hükmünün uygulanacağı davada mahkemenin söz konusu uyuşmazlığa bakma konusunda görevli olup olmadığını araştırmaya devam etmesi gerekmektedir.

1.2.2.4. Kuralın Davada Uygulanacak Nitelikte Olması

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddelerine göre mahkemelerce bir CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığının ileri sürebilmesi için söz konusu kuralın davada uygulanacak nitelikte olması gerekir. Burada şu soru akla gelmektedir. Acaba bir davada uygulanması mümkün olan tüm kurallar mı bu kapsamda değerlendirilecektir? Yoksa sadece davanın esasına etkili olanlar mı? Doktrinde Kıratlı ve Özbudun davada uygulanabilme imkânı olan tüm kuralların değil sadece davanın esasına etkili olanların bu kapsamda görülmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.[435] Armağan ise bunun daha geniş şekilde anlaşılması gerektiğini, davanın esasına etkili olabilecek kural kriterinin sübjektif, takdire dayalı dolayısıyla suiistimale açık olduğunu belirterek davada uygulanması mümkün olan tüm kuralların bu kapsamda görülmesi gerektiğini savunmuştur.[436]

Anayasa Mahkemesi, kararlarında bu hususu açıklığa kavuşturmuştur. Mahkeme uygulanacak kuralı "*davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallar"* olarak tanımlamaktadır. Buna göre Mahkemenin esas itibariyle davanın sonuçlandırılmasında olumlu veya olumsuz şekilde etkili olabilecek nitelikteki kuralları uygulanacak kural olarak kabul ettiği görülmektedir. Ancak Mahkemenin buna ek olarak doğrudan davanın esasıyla ilgili olmayan fakat davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde etkili olabilecek nitelikteki kuralları da uygulanacak kural olarak nitelediği anlaşılmaktadır.[437]

Burada kuralın davada uygulanacak kural olup olmadığını kimin tayin edeceği meselesi de gündeme gelmektedir. Bu tespitin davaya bakan mahkemece yapılması gerektiği, bu hususu Anayasa Mahkemesinin tespit etme görevinin olmadığı, bir başka ifadeyle Mahkemenin uygulanacak kural görüşüyle Anayasa Mahkemesinin bağlı olduğu ileri sürülebilir. Ancak

---

[435] **Kıratlı,** s. 79-81; **Özbudun,** (2019) s. 400-401.

[436] **Armağan,** (1967) s. 85-86.

[437] Bu bağlamda Mahkeme örneğin davanın esasıyla ilgili olmayan ancak dava sonucunda yargılama giderlerinin tespit edildiği kısımda dikkate alınacak kuralı da uygulanacak kural olarak görmüştür (**Kadıgil, Ülkü Müge** "İtiraz Başvurularında 'Davada Uygulanacak Kural' Sorunu": Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.280). Bkz. AYM, E.2002/126, K.2004/27, 03/03/2004.

Özbudun'un haklı olarak belirttiği üzere "*Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu normun gerçekten davada uygulanacak norm olup olmadığını inceleyemediği takdirde, somut norm denetiminden uzaklaşılmış ve dava mahkemelerine adeta iptal davası açma yetkisi tanınmış*" olacaktır.[438] Anayasa Mahkemesinin bu konuda dava mahkemelerinin görüşüyle bağlı olacağının kabul edilmesi, uygulanacak kural testinin Anayasa Mahkemesi tarafından değil dava mahkemelerince yapılması sonucunu da doğuracaktır. Dava mahkemelerinin baktıkları davada bu testi objektif olarak uygulamalarının işin doğası gereği çok mümkün olmayacağı gözetildiğinde bu kabulün, Anayasa'nın 152. maddesinde itiraz yoluna ilişkin öngörülen *kuralın davada uygulanacak olması şartını* etkisiz hale getireceği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin de uygulanacak kuralla ilgili olarak kendisini dava mahkemelerinin görüşüyle bağlı görmediği, kuralın davada uygulanacak olup olmadığını kendisinin belirlediği görülmektedir.[439] Ancak Anayasa Mahkemesinin bu tespiti yaparken hassas davranması, bu bağlamda sadece dava mahkemesinin önündeki davada uygulanma imkânı bulunmadığı açık olan kurallar yönünden uygulanacak kural olmadığı gerekçesiyle başvurunun reddi kararları vermesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu çerçevede kuralın davada uygulanıp uygulanmayacağının tartışmalı olduğu, bu hususta özellikle her biri kendi alanında içtihat ve uzmanlık mahkemesi olan istinaf, Yargıtay ve Danıştayın kabullerinin aksine karar verilmesi yoluna bir zorunluluk bulunmadıkça gidilmemesi gerekir. Zira bu nitelikteki kararlar, sadece davada uygulanacak kuralın Anayasa'ya aykırılığının denetlenmesini değil davanın hangi kurallar uygulanarak sonuçlandırılacağını ilgilendirdiğinden Anayasa Mahkemesinin dava mahkemesinin görev ve yetkisi alanındaki konuya müdahale ettiği tartışmalarına neden olması mümkündür.

Öte yandan soyut norm denetiminden farklı olarak somut norm denetiminde iptal konusu edilen kuralın yürürlükten kaldırılmasının veya değiştirilmesinin söz konusu normun anayasallık denetiminin yapılmasını kural olarak engellemeyeceğinin belirtilmesi gerekir.[440] Zira gerek idari yargıda gerekse adli yargıda kural olarak davalar açıldığı zamanda yürürlükte bulunan kurallara göre çözülmektedir. Anayasa Mahkemesinin kuralda yapılan değişiklik nedeniyle itiraz başvurusu hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı vermesi, dava

---

[438] **Özbudun,** (2019), s. 403.

[439] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2020/2, K.2020/1, 22/01/2020; E.1964/25, K.1964/59, 08/09/1964.

[440] Aynı görüş için bkz. **Azrak, Ali Ülkü** (1984) Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği, Anayasa Yargısı, C.1, s. 166; **Özbudun,** (2019), s. 403.

mahkemelerince mülga da olsa önlerindeki davaya uygulamaları gereken kuralın anayasallık denetiminin yapılmamış olması sorununu gündeme getirecektir.

Bu kuralın istisnasını ise suç ve cezalarda yapılan lehe değişikliklerin geriye yürümesi durumu oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiş olup bu ilkeyi yorumlayan Anayasa Mahkemesi içtihadı[441] uyarınca suç ve cezalarda lehe yapılan değişikliklerin geçmişe yürütülmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kural suç ve cezaya ilişkin ise bu kuralda lehe bir değişiklik yapıldığında bunun dava tarihinde yürürlükte bulunan aleyhe kurala göre değil dava tarihinden sonra yürürlüğe giren lehe kanuna göre çözümlenmesi gerekir.[442] Dolayısıyla anılan istisnai durumlarda Anayasa Mahkemesince yürürlükten kaldırılan iptal konusu kural hakkında iptal davalarında yapıldığı gibi somut norm denetiminde de karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir.[443] Anayasa Mahkemesinin de kabulü aynı yöndedir.[444]

Uygulamada Anayasa Mahkemesinin yöntemine uygun olmadığından verdiği ret kararlarının önemli bir çoğunluğunun uygulanacak kural sorunuyla ilgili olduğu görülmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin sadece davada uygulayacakları kuralı değil uygulayacakları kuralın yer aldığı maddenin veya fıkranın tümünün iptali için başvuruda bulundukları gözlemlenmektedir. Bu bağlamda örneğin Anayasa Mahkemesinin 25/06/2020 tarihli E.2020/16, K.2020/33 sayılı kararına konu itiraz başvurusunda dava mahkemesi 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinin "*1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda … basit yargılama usulü uygulanmaz.*" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Anayasa Mahkemesi haklı olarak itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin önünde olan davada 1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş bir dava dosyası bulunmasına rağmen söz konusu davada anılan tarih itibariyle hükme bağlanmış ve kesinleşmiş bir dosyanın mevcut olmadığını, dolayısıyla itiraz konusu bentte yer alan "…*hükme bağlanmış veya*

---

[441] Bkz. AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019.

[442] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Anayasa'nın 38. maddesiyle parelel düzenleme içeren Sözleşme'nin 7. maddesini aynı şekilde yorumlamakta ve lehe değişiklik yapan cezai hükümlerin geriye yönelik olarak uygulanması gerektiğine karar vermektedir (bkz. **Harris, David/ O'Boyle, Micheal/ Bates, Ed/ Buckley, Carla/ Harvey Paul/ Kamber, Kresimir/ Lafferty, Michelle/ Cumper, Peter/ Green, Heather** (2018) Law of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, United Kingdom, Oxford University Press, s. 498.

[443] **Kadıgil**, s.270-271.

[444] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2008/36, K.2009/22, 05/02/2009.

kesinleşmiş…" ibaresinin bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmadığını belirterek bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermiştir.

CBK'lar açısından da Anayasa Mahkemesinin kanunlar bağlamında uygulanacak kural yönünden geliştirdiği içtihadını CBK'ya da uygulayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

CBK'lar bağlamında uygulanacak kural şartıyla ilgili olarak kanun hükümlerinden farklı olarak incelenmesi gereken en önemli hususu Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesindeki kuralın oluşturduğu söylenebilir. Anılan cümlede "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu Anayasa kuralı gerek iptal davasında gerekse itiraz davasında CBK'nın konu bakımından yetki yönünden denetleneceği aşamada ölçü norm olarak kullanılmaya elverişli değildir. Zira bu kuralla CBK'nın konu bakımından yetki sınırını gösteren yani CBK'nın hangi konuda düzenlenemeyeceğini belirten bir hüküm konulmamıştır. Anılan kuralın CBK'nın içerik bakımından denetiminde de kullanılamayacağı açıktır. Zira kural CBK'nın içeriğiyle bir başka ifadeyle esas denetimin konu bakımından yetki unsuru dışında kalan unsurlarıyla ilgili bir düzenleme de öngörmemektedir.

Kuralın anayasa yargısında uygulanabileceği tek alanın somut norm denetiminde *uygulanacak kuralın belirlenmesi aşaması* olduğu; Anayasa Mahkemesinin bu kuralı esas alarak itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin başvuruyu yapmaya yetkili olup olmadığını tespit amacıyla kullanabileceği anlaşılmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesi ve bununla uyumlu olarak düzenlenen 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre mahkemeler ancak önlerindeki davada uygulayacakları kuralların Anayasa'ya aykırılığını ileri sürebilirler. Söz konusu hükümde "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*" denildiğine göre mahkemelerin önlerindeki davada aynı konuyu farklı şekilde düzenleyen kanun ve CBK kurallarıyla karşılaşmaları halinde kanun hükmünü uygulama zorunlulukları bulunmaktadır. Bu durumda söz konusu davalarda CBK kuralı uygulanma imkânını yitirecektir. Buna göre mahkemeler önlerindeki davada CBK hükmünü uygulayamayacaklarından Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddeleri uyarınca CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığını ileri süremeyecekleridir. Anılan hükümlere rağmen böyle bir başvuruda bulunmaları halinde ise Anayasa'nın gerek 152. maddesi gerekse 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesi Anayasa Mahkemesine de hitap eden hükümler olduğundan, dolayısıyla Yüksek Mahkeme için de bağlayıcı nitelik taşıdığından

Anayasa Mahkemesinin bu kurallar gereğince bu yöndeki başvuruları mahkemelerin yetkisizliğinden bahisle reddetmesi gerekmektedir.[445]

Burada şöyle bir soru akla gelmektedir. Mahkemelerce itiraz yoluyla CBK kurallarının kanunla aynı konuyu farklı şekilde düzenleyen hükümlerinin iptalinin istenememesi, Anayasa'ya aykırı düzenleme getiren bu kuralların hukuk dünyasından ayıklanamaması sorununu ortaya çıkarmayacak mıdır?

Unutmamak gerekir ki uygulanacak kural sorunu somut norm denetimi yönünden geçerli olup bunun soyut norm denetiminde uygulanması mümkün değildir. Bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesindeki hükmün iptal davasında aynı fıkranın dördüncü cümlesi uyarınca kanunla aynı konuyu düzenleyen CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığının tespit edilmesini dolayısıyla hukuk dünyasından ayıklanmasını engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Bununla birlikte kanunların sadece soyut norm denetimi yoluyla değil somut norm denetimi yoluyla da iptal edilmesinin mümkün olduğu, kaldı ki çoğu zaman bir kuralın Anayasa'ya aykırılığının soyut olarak değil ancak somut bir olaya uygulanması sırasında ortaya çıktığı, dolayısıyla itiraz başvurusu yoluyla CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülememesinin Anayasa'ya aykırı olan hükümlerin ayıklanması imkanını azaltması açısından hâlâ bir sorun oluşturduğu düşünülebilir. Ancak bu düşünceye de 104. maddenin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinin getirdiği sistemin niteliği itibariyle katılmak mümkün görünmemektedir. Şöyle ki son tahlilde bir kuralın Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesinin temel gayesi Anayasa'ya aykırı bir hükmün uygulanmasının engellenerek Anayasa'nın üstünlüğünün sağlanmasıdır. 104. maddenin on yedinci fıkrasının beşinci fıkrasındaki hüküm kanunla CBK kuralının farklı hükümler öngörmesi durumunda kanun hükmünün uygulanacağını öngörmek suretiyle zaten kanunla farklı hüküm içeren CBK kuralının uygulanmasına izin vermemektedir. Dolayısıyla anılan hüküm daha baştan somut itiraz başvurusuyla amaçlanan sonucun gerçekleşmesini sağladığından böyle bir başvuru yapılamamasının Anayasa'nın üstünlüğünü sağlamayı engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Aksine 104.maddenin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesindeki kuralın Anayasa'nın üstünlüğünü sağlama bakımından daha avantajlı bir imkân sunduğu dahi söylenebilir. Zira anılan şekilde bir hüküm bulunmaması durumunda kanunla farklı hüküm getiren CBK kuralı Anayasa'ya aykırı olsa bile bunun Anayasa Mahkemesince iptal edilene kadar uygulanması gerekirdi. Bir başka ifadeyle mahkemelerin önlerindeki davada Anayasa'ya aykırı olan hükmü

[445] Benzer görüş için bkz. **Ülgen,** (2018a), s. 33-34.

uygulamama yetkisine ulaşabilmeleri için somut norm denetimi sürecini işleterek Anayasa Mahkemesinin iptal kararını beklemeleri gerekirdi. Oysa bu hüküm sayesinde mahkemelerin bu sürece işletmeksizin kanunla aynı konuda farklı hüküm içermesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olan CBK kuralını uygulamamaları gerekmektedir.

Burada söz konusu kuralın kanunla aynı konuda farklı hüküm öngören tüm CBK kuralları yönünden geçerli istisnasız bir hüküm olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere kanaatimizce Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümleleri Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılabilmesine genel olarak izin veren anılan fıkranın birinci cümlesi kapsamında çıkarılan CBK kuralları yönünden doğrudan sonuç doğurabilmektedir. Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılacağı özel olarak belirtilen konular kapsamında çıkarılan CBK'lar yönünden ise doğrudan bir sonuç çıkarmak mümkün olmayıp CBK kuralının normların çatışması halinde çatışmayı çözmeye yarayan yorum ilkelerince değerlendirilmeye tabi tutulması gerekir.

Bu kapsamda daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda kanun ile CBK arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda kanunla CBK arasında Lex Superior ilkesi uyarınca hiyerarşide üstte olan kural ilişkisinden söz etmek mümkün olmadığından birinci yorum ilkesinin devreye girmesi mümkün değildir. Bu durumda Lex Posterior ilkesi uyarınca sonra yürürlüğe giren kural veya Lex Spacialis ilkesi uyarınca ise daha genel olan değil daha özel olan kuralın uygulanması gerekmektedir. [446] Buna göre eğer CBK hükmü Kanun hükmüne nazaran daha sonra yürürlüğe girmiş ise veya (aralarında böyle bir ilişki olmasa bile) daha özel bir düzenleme niteliğine sahip ise mahkemelerin önlerindeki davada 104. maddenin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesi uyarınca kanun hükmünü uygulamaları mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa'nın anılan hükmü aynı fıkranın birinci cümlesi uyarınca verilen genel yetki kapsamında çıkarılan CBK'lar yönünden geçerli olup bu hükmün Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular kapsamında çıkarılan CBK'lara da aynı şekilde uygulanacağının kabul edilmesi, Anayasa'nın CBK'ya ilişkin söz konusu özel hükümlerini işlevsiz, dolayısıyla anlamsız hale getirecektir.

[446] Aynı yönde: Ar-İç Raporu, s. 12-13.

1.2.2.5. Mahkemenin CBK Kuralının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Kanısına Ulaşması veya Taraflarca İleri Sürülen İddianın Ciddi Bulunması

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddeleri uyarınca bir CBK kuralının itiraz başvurusu yoluyla Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi şartlarından bir diğeri de kuralın ya dava mahkemesince re'sen *Anayasa'ya aykırı görülmesi* veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının *ciddî olduğu kanısı*na ulaşılmasıdır.

Birinci ihtimalde yani kuralın mahkemesince re'sen Anayasa'ya aykırı olduğunun ileri sürülebilmesi için basit bir şüphenin yeterli olmayacağı, bunun için dava mahkemesinin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşması gerektiği ortadadır.[447] Zira Anayasa'nın 152. maddesinde kuralın dava mahkemesince *Anayasa'ya aykırı görülmesi* gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

İkinci ihtimalde de dava mahkemesine, tarafların ileri sürdüğü her türlü aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesinin önüne taşıma yetkisi verilmemiştir. Dava mahkemelerince bu yetkinin kullanılabilmesi için mahkemelerin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki iddiaları ciddi bulması, bir başka ifadeyle hukuken kabuledilebilir ve tartışılabilir bir mantıki temele sahip olduğu kanısına ulaşmaları gerekir.[448]

6216 sayılı Kanun'un "*Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi*" başlıklı 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin, *iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını* Anayasa Mahkemesine göndermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Aslında Anayasa'nın 152. maddesinde *iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunu açıklayan gerekçeli kararın* bulunması gerektiğinden açıkça söz edilmemiştir. Ancak bu durum, söz konusu hükmün Anayasa'nın 152. maddesine aykırı olduğu, zira bunun Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülmeyen istisnai bir hükmün kanunla getirilmesi anlamına geldiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Anayasa metinleri genellikle son derece soyut ve genel hükümler içermekte olup bunların doğrudan somut olay ve durumlara uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bunların somut olay ve olgulara uygulanabilmesi için genellikle kanunla somutlaştırılması gerekmektedir. Burada da her ne kadar Anayasa'da *iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunu açıklayan gerekçeli kararın* bulunması şartına

[447] **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 556.

[448] **Özbudun,** (2019), s. 404; **Kıratlı**, s. 68-71. Duran burada ciddiyetten kastedilen hususun mahkeme hakiminin mutlaka kuralı anayasaya aykırı görmesi olmadığına işaret etmiştir (**Duran, Lütfi** (1965) "İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", İÜHFM, C. 31, S. 1-4, s. 296-297).

yer verilmemiş ise de dava mahkemesi Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca ancak kuralı "*Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa"* itiraz başvurusunda bulunabilecektir. Yukarıda açıklandığı gibi gerek kuralın resen Anayasa'ya aykırı görülmesi gerekse de taraflarca ileri sürülen iddianın ciddi bulunması şartları dava mahkemesinin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşması veya en azından bu yolda taraflarca ileri sürülen iddianın mantıki bir tutarlılık içerisinde hukuken savunulabilmesini gerektirmektedir.

Buna göre 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendindeki gerekçe gösterme şartının, söz konusu anayasal koşul olan kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde ulaşılan kanaatin ya da taraflarca ileri sürülen aykırılık iddiasının ciddi görülmesi şartlarının somut olarak yerine getirilmesi amacıyla öngörüldüğü söylenebilir. Dolayısıyla anılan kanun hükmü, Anayasa'daki genel hükmün somutlaştırılmış hali olarak görülebilir.

Aynı durumun 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasında *açık bir şekilde dayanaktan yoksun başvuruların* Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin reddedileceği yönündeki hükmü bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca itiraz başvurusunda bulunulabilmesi için ya mahkemenin re'sen kuralı Anayasa'ya aykırı görmesi ya da taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması gerekmektedir. Her iki halde de Mahkeme hâkiminin anılan sonuçlara kendi iç dünyasında ulaşmasının hukuki bir değeri bulunmayıp bunların olgusal temelde hukuki olarak ortaya konulması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunun anayasal hükümler temelinde savunulabilecek düzeyde dava mahkemesi tarafından gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Buna göre dava mahkemesinin kuralda gerçekten anayasal bir sorun olduğunu ortaya koyamadığı ve kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin ileri sürdüğü argümanın temelsiz olduğunun ilk bakışta açıkça anlaşıldığı durumlarda açık bir şekilde dayanaktan yoksun bir başvurunun söz konusu olduğu anlaşılacaktır.

Bu çerçevede 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasında açık bir şekilde dayanaktan yoksun başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin reddedileceği yönündeki hükmün de Anayasa'nın 152. maddesinde yer alan dava mahkemesinin kuralı *Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varması* koşullarının kanundaki somutlaşması olarak kabul edilmesi gerekir.

Doktrinde 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasında açık bir şekilde dayanaktan yoksun başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye

geçilmeksizin reddedileceği yönündeki hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu, zira böyle bir şartın Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülmediği ve Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilen kurala istisna tanıdığı, Anayasa'da öngörülmeyen bir istisnanın kanunla tanınamayacağı ileri sürülmüştür.[449] Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu şart Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilen kuralın kanunla somutlaştırılması niteliğinde olup söz konusu şartın Anayasa'da öngörülmediği söylenemez. Dolayısıyla anılan görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Kaldı ki bu şekilde meseleye yaklaşıldığında 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde belirtilen *gerekçe gösterilmesi* şartının da Anayasa'nın 152. maddesine aykırı görmek gerekir. Zira bu kural yönünden de Anayasa'nın 152. maddesinde açık bir hükme yer verilmemiştir.

1.2.2.6. On Yıllık Süre Şartı

Anayasa'nın 152. maddesinin (4) numaralı fıkrasında "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*" hükmü yer almaktadır. Buna göre itiraz başvurusunda bulunulabilmesi için aynı kanun hükmüyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek vermiş olduğu bir ret kararı var ise yukarıda belirtilen şartların yanı sıra söz konusu kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıllık sürenin geçmiş olması da aranacaktır.

Anılan fıkrada "*aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*" hükmüne yer verildiğinden buradaki kanun hükmünün sadece dar anlamda yasama organı tarafından yapılan kanunları mı kapsadığı yoksa bu ibarenin CBK'ları (ve KHK'ları) da kapsayacak şekilde geniş anlamda mı kullanıldığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Doktrinde Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan on yıllık başvuru yasağının CBK'lar (ve KHK'lar) bakımından geçerli olmadığı görüşü ileri sürülmüştür. Zira kuralın itiraz başvurusu yoluyla Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi genel bir kural olup bunun on yıllık süreyle sınırlandırılması bir istisnayı ifade etmektedir. Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında ise "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" değil "*kanun*" ibaresine yer verildiğinden bu ibarenin geniş yorumlanarak buna CBK'ların (ve KHK'ların) da dahil edilmesi istisnaların dar yorumlanması ilkesine aykırıdır. O halde on yıllık yasak CBK' lar (ve KHK'lar) yönünden geçerli değildir.[450]

[449] **Gözler,** (2019a), s. 1148-1149.

[450] **Gözler,** (2020c), s. 446-447.

Anılan görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira burada genel kural ve istisnanın tespitinde problemler olduğu gibi bu yorumda 152. maddenin dördüncü fıkrasındaki kuralın amacı ile genel olarak CBK kurumunun mahiyetinin dikkate alınmadığı değerlendirilmektedir.

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesinin kararları kural olarak kesin olup kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesinden yararlanır. Bilindiği üzere "*muhakeme hukukunda maddi anlamda kesin hükmün otoritesi, konusu aynı olan davanın bir kere daha açılmamasını sağlar*."[451] Her ne kadar kuralın Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesi sırasında bir sebep birliğinden söz edilemese de Anayasa Komisyonu gerekçesinde de belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi gerekçeyle bağlı olmayıp kuralın Anayasa'ya aykırılığını tüm yönlerden araştırmak zorunda olduğundan[452] mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararına karşı kural olarak bir daha itiraz başvurusunda bulunulamaması gerekir. Ancak Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasıyla bu kurala bir istisna getirilmiştir.

Buna göre kural olan Anayasa Mahkemesinin tüm kararlarına karşı belli bir süre geçtikten sonra başvuru yapılabilmesi değil, tersine kural olarak Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesinden yararlanılarak karar verilen konunun bir daha uyuşmazlık konusu edilmemesidir. Bununla birlikte Anayasa komisyonu gerekçesinde belirtildiği üzere kanunların zamanla Anayasa'ya aykırı hale gelmesi mümkündür.[453] Gerçekten de anayasal denetime tabi normların dinamik toplumsal yaşamdaki değişim ve gelişmelere parelel olarak farklı bir anlam ve kapsam kazanması, dolayısıyla daha önce Anayasa'ya aykırı görülmeyen bir kuralın üzerinden makul bir zaman geçtikten sonra Anayasa'ya aykırı görülmesi mümkündür.[454] Keza bir kuralın anayasallık denetiminin yapılmasından sonra onun bir daha ilanihaye iptal konusu edilemeyeceğinin kabul edilmesi kurala "*ilk denetiminden sonra söz konusu Anayasa hükmü karşısında dokunulmazlık tanınması anlamına*" gelecektir ki bunun "*her şeyden önce temel amacı normların Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması ve Anayasa'ya aykırı olan kuralların hukuk sisteminden ayıklanması olan anayasa yargısının*" amacıyla bağdaştırılması mümkün değildir.[455]

Bu nedenle Anayasa'nın anılan hükmüyle kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesine bir istisna getirilmiş ve işin esasına girilerek verilen ret kararlarından itibaren on yıl geçtikten sonra aynı kuralın iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına imkân tanınmıştır. Bu

[451] **Gözler,** (2019a), s. 1151.

[452] **Yılmazoğlu/ Perdecioğlu** (Haz.), s. 954.

[453] **Yılmazoğlu/ Perdecioğlu** (Haz.), s. 954.

[454] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 15.

[455] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 14.

imkânın kullanılabilmesi için on yıllık bir süre şartı konulmasının nedeni ise maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere *hukuki istikrar*dır.[456] Anayasa Mahkemesi de on yıllık yasağın Anayasa mahkemesi kararlarındaki hukuki istikrarı sağlamak amacıyla öngörüldüğüne vurgu yapmıştır.[457]

Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinin "*hukuki belirlilik*" ilkesi uyarınca kişilerin hangi hukuki olguya hangi hukuki sonucun bağlandığını önceden bilmeleri gerekir. Aksi takdirde kişilerin davranışlarını buna göre ayarlamaları mümkün olmaz.[458] Bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığının belli bir süre için de olsa net olmaması kişilerin hukuki güvenliklerini zedeleyebilecek bir durumdur. Zira bu konudaki belirsizlik kişilerin davranışlarını kurala göre ayarlama imkânlarını ortadan kaldırır. Buna göre bir kuralla ilgili Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetim sonucunda kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki sonucun en azından makul bir süre için geçerliliğini sürdürmesi, kişilerin hukuki güvenliklerinin korunması ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki istikrarın sağlanması bakımından son derece önemlidir.

Bu açıklamalar karşısında on yıllık süre kuralının, Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasındaki kuralla bir genel kural-istisna kural ilişkisinin bulunmadığı söylenebilir. On yıllık süre kuralının istisna teşkil ettiği kural, Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliğidir. Zira Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasıyla daha önce yapılan birinci denetimden sonra makul bir sürenin geçmesiyle birlikte yeniden denetim yapılmasının yolunun açılması öngörülmektedir.

Söz konusu hüküm daha önce Anayasa'ya uygunluğu incelenerek iptal talebinin reddine karar verilmiş bir kuralın belli bir süre geçtikten sonra yeniden denetime tabi tutularak anayasal denetimin kapsamını genişlettiğinden bu fıkrada yer alan "*kanun hükmü*" ibaresinin geniş yorumlanarak bu ibarenin CBK'lar (ve KHK'lar) yönünden de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aksi taktirde bir CBK (ve KHK) kuralı ile ilgili işin esasına girilerek verilen ret kararından sonra o kuralın bir daha Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülememesi gerekir ki bu yorumun "*temel amacı normların Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması ve Anayasa'ya aykırı olan kuralların hukuk sisteminden ayıklanması olan anayasa yargısının*"[459] genel amacıyla bağdaştırılması kolay değildir.

---

[456] **Yılmazoğlu/ Perdecioğlu** (Haz.), s. 954.

[457] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 18.

[458] AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 40.

[459] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 14.

Öte yandan bu yorumun kabul edilmeyerek kural olarak bir kurala karşı her zaman itiraz yoluyla iptal başvurusunda bulunulabileceği, dolayısıyla on yıllık sürenin bunu sınırlayarak buna istisna getiren bir hüküm niteliği taşıdığı kabul edilse dahi yine de on yıllık süre yasağının CBK'lar yönünden geçerli olmadığını kabul etmek Anayasa'nın diğer hükümleriyle çatışan bir yorum olacaktır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, hukuk devletinin önemli gereklerinden olan *hukuki belirlilik* ilkesi uyarınca bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığının sürekli tartışmalı durumda olmaması gerekir. Bu bağlamda kuralın Anayasa aykırı olmadığı Anayasa Mahkemesi kararıyla tespit edildikten sonra bunun makul bir süre geçerliliğini koruması kişilerin hukuki güvenliklerinin sağlanması bakımından önemlidir. Bu nedenle anlan kabule göre değerlendirildiğinde de Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi gereği söz konusu on yıllık yasağın sadece dar anlamıyla kanun hükümleri yönünden değil CBK (ve KHK) hükümleri yönünden de geçerli kabul edilmesi Anayasa'nın genel amacına daha uygun bir yorumdur.

Kanunla CBK'lar arasında söz konusu kurumların hukuki nitelikleri bakımından bir fark bulunmaması da on yıllık süre yasağının CBK'lar yönünden uygulanmayacağı yönündeki görüşün lafza aşırı önem veren bir anlayışa dayandığını göstermektedir. Bu çerçevede kanunlarla ilk elden düzenleme yapılırken CBK'yla da yürütme yetkisine ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapılmaktadır. Dolayısıyla hukuki belirliliğin ve mahkeme kararlarındaki istikrarın sağlanması amacı kanun hükümleri için geçerli olduğu gibi CBK hükümleri için de geçerlidir.

Nihayet söz konusu yorumun kabul edilmesi halinde Anayasa Mahkemesinin on yıllık yasağı sadece kanunlar için uygulaması gerekir idi. Oysa daha önceki kararlarında olduğu gibi daha yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi on yıllık süre koşulunun daha önce incelenen KHK hükümleri için de geçerli olduğunu kabul ederek Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "*kanun hükmü*" ibaresinin sadece dar anlamda kanunu kastetmediğini ortaya koymuş bulunmaktadır.[460]

Açıklanan nedenlerle bir CBK kuralının itiraz yoluyla iptalinin talep edilebilmesi için diğer koşulların yanı sıra kuralın işin esasına girilerek yapılan denetiminin üzerinden on yıllık sürenin geçmiş olması şartının aranması gerektiği söylenebilir.

Öte yandan Anayasa'nın 152. maddesinin (4) numaralı fıkrasında Anayasa Mahkemesinin tüm ret kararları yönünden değil sadece *işin esasına girilerek verilen ret kararları* yönünden on yıllık süre şartı öngörüldüğünden burada *işin esasına girilerek* ibaresiyle

[460] Bkz. AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, §§ 1-25.

kastedilen hususun açıklığa kavuşturulması ve bu çalışmanın konusunu oluşturan CBK'lar bakımından hangi tür denetimin bu kapsamda kaldığının ortaya konulması gerekmektedir.

Doktrinde işin esasına girilerek verilen ret kararlardan kastedilenin esas inceleme aşamasında verilen kararlar olduğu, bu çerçevede ilk inceleme aşamasında verilen kararların bu kapsamda bulunmadığı belirtilmiştir.[461] Ancak *işin esasına girilerek* ibaresiyle kast edilen ayrımın anılan şekilde yapılmasının her zaman doğru bir sonuca ulaştırmayacağının ifade edilmesi gerekir.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddeleri uyarınca bir kuralın Anayasa'ya aykırılığının incelenebilmesi için bu denetimin yapılmasının ön koşulunu oluşturan *itiraz başvurusu şartlarının* yerine getirilip getirilmediğinin Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekmektedir.[462]

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, anılan maddeler uyarınca ortada bakılmakta olan bir dava bulunup bulunmadığını, başvuruyu yapan merciin bir mahkeme olup olmadığını, mahkeme ise mahkemenin kuralın konu olduğu uyuşmazlığa bakma görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığını, iptali istenen kuralın davada uygulanacak kural olup olmadığını, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığını, başvuran mahkemenin kuralın Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğu yönündeki gerekçeli başvuru kararının aslını, itiraz başvuru tutanağının onaylı örneğini ve dava dosyasındaki ilgili belgeleri başvuru evrakına ekleyip eklemediğini bir *ön denetim* şeklinde incelemektedir. Bu koşulların yerine getirilmediğinin tespiti üzerine verilen ret kararları, *kuralın Anayasa'ya aykırılığının incelenmesi sonucu* verilen ret kararları olmayıp itiraz başvurusunda bulunması gereken koşulların yerine getirilmemiş olması nedeniyle verilen ret kararları niteliğinde olduğundan bunların maddi anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğurması mümkün değildir. Dolayısıyla bunlarla ilgili söz konusu eksiklikler giderildikten sonra Anayasa Mahkemesine hiçbir süre koşulu olmaksızın yeniden başvurulabilir. Nitekim 152. maddenin Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu değişiklik gerekçesinin ilgili kısmında "*Anayasa Mahkemesinin red kararlarının bazı hallerde usule ilişkin olduğu gözönünde tutularak, bunlar hariç bırakılmak amacıyla işin «esasına girerek» ibaresi eklenmiş*[tir]" açıklamasına yer verilmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir.[463]

Anayasa'nın 152. maddesinde yer alan "*işin esasına girilerek*" ibaresiyle kastedilen hususun bu şekilde ön inceleme sonucu verilen kararların değil bu inceleme geçilip işin esasına

[461] **Gözler,** (2019a), s. 1172.

[462] Bu şartlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

[463] **Yılmazoğlu/ Perdecioğlu** (Haz.), s. 954.

girildikten sonra yapılan, bir başka ifadeyle kuralın maddi anlamda Anayasa'ya aykırı olmadığının tespitine ilişkin inceleme sonucu verilen ret kararları olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir:

> *"Anayasa yargısı bakımından işin esasına girilmesi, denetime konu edilen kuralda öngörülen düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının incelenmesi anlamına gelmektedir. Klasik anlamda norm denetimi bir kuralın (...) maddi hukuk dünyasında yarattığı değişiklik bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığının denetimini ifade etmektedir. Bu bağlamda söz konusu denetimde kuralla ilgili ve gerekli görülen tüm hukuki müesseseler de irdelenmek suretiyle düzenlemenin Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir."*[464]

Anayasa Mahkemesi anılan ön denetimi genellikle ilk inceleme aşamasında yapmakta ise de zaman zaman anılan yöndeki incelemelerin esas inceleme aşamasında da yapılabildiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle anılan hususlara ilişkin incelemenin ilk inceleme aşamasında yapılması pratik amaçlara dayanmakta olup bu denetimin esas inceleme aşamasında da yapılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin *uygulanacak kural*, itiraz yoluna başvuran *mahkemenin yetkili ve görevli olup olmadığı* şartlarıyla ilgili esas inceleme aşamasında da çok sayıda karar verdiği görülmektedir.[465] Dolayısıyla bu ayrımın ret kararının ilk inceleme veya esas inceleme aşamasında verilmesine bakılarak yapılması sağlıklı sonuçlara ulaştıramayabilecektir. Bunun yerine kararın, itiraz başvurusu şartlarının eksikliğine mi yoksa işin esasına girilerek yapılan Anayasa'ya uygunluk denetimi sonucu verilen ret kararına mı dayandığına göre yapılması daha isabetli olacaktır.

Yukarıda ifade edildiği üzere CBK kuralları kanun hükümlerinden farklı bir özellik göstermekte ve tıpkı KHK kuralları yönünden olduğu gibi CBK kurallarının esas incelemesi de iki aşamada gerçekleştirilmektedir. Bu aşamalardan birincisi kuralın *konu bakımından yetki yönünden,* ikincisi ise *içerik itibariyle* incelenmesidir. Dolayısıyla burada ret kararlarının hangi aşamada verildiğinin on yıllık süre şartı üzerinde bir etkisinin bulunup bulunmayacağının da tartışılması gerekmektedir.

Kuralın konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırılığının incelenmesinin içerik denetimine nazaran daha fazla kamu düzenini ilgilendirdiği, yetki meselesinin defalarca tartışma konusu yapılmasının hukuki belirlilik ve mahkeme

---

[464] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 21.

[465] Mahkemenin yetkisizliği ile ilgili olarak esas inceleme aşamasında verilen karar yönünden örneğin bkz. AYM, E.2013/87, K.2014/5, 16/01/2014 sayılı kararı. Esas inceleme aşamasında kuralın uygulanacak kural olmadığına ilişkin örneğin bkz. AYM, E.2015/1, K.2015/91, 22/10/2015; E.2019/55, K.2020/44, 10/09/2020 sayılı kararları.

kararlarındaki istikrar bakımından çok daha önemli olduğu, bu nedenle söz konusu inceleme sonucu verilen ret kararları yönünden on yıllık sürenin şartının geçerli olmayabileceği ileri sürülebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında konu bakımından yetki yönünden yapılan incelemeyi de işin esasına girilerek yapılan denetim olarak kabul etmiş, dolayısıyla bu inceleme sonucu verilen ret kararlarının da on yıllık süre şartına tabi olduğuna karar vermiştir.[466] Kuralın içerik itibariyle denetlenmesi sonucu verilen ret kararı yönünden on yıllık süre koşulunun geçerli olduğu hususunda ise zaten bir tereddüt bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan tartışmanın Anayasa Mahkemesinin KHK'lara ilişkin inceleme usulü nazara alındığında önemli bir hususa tekabül edeceği söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin KHK'ya ilişkin içtihadında bir KHK kuralının sadece konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş ise sadece bu unsur (ve mülga 91. maddedeki içerik denetimini ilgilendirmeyen hususlar) yönünden inceleme yaptığı, kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşırsa ret kararı verdiği, ayrıca kuralın içerik yönünden Anayasa'ya aykırılığını re'sen incelemediği görülmektedir.[467]

Anayasa Mahkemesinin aynı yaklaşımı CBK'lar yönünden de benimsemesi halinde CBK'nın sadece konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü ve Mahkemenin sırf bu yönden kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşarak ret kararı verdiği durumlarda on yıllık süre koşulu, sadece konu bakımından yetki yönünden aranacaktır.

---

[466] "*Anayasa Mahkemesi 11/9/2014 tarihli ve E.2013/116, K.2014/135 sayılı kararında, KHK'ların yasak alan ya da yetki kanunu yönünden incelenmesinin kuralın içeriğine girilmeksizin yapılan bir inceleme olması nedeniyle bu kapsamda verilen kararların Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen işin esasına girilerek verilen kararlardan olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi Anayasa'nın mülga 91. maddesinde KHK'lara bir düzenleme sınırı çizilmiştir. Buna göre KHK'ların anılan maddede belirtilen yasak alanlarda düzenleme içermemesi, bir yetki kanununa dayanması ve yetki kanunu kapsamında olması onların taşıması gereken anayasal bir nitelik, dolayısıyla bir Anayasa'ya uygunluk kriteridir. Bir başka ifadeyle KHK'ların Anayasa'ya aykırı olmaması için, sadece içerik değil aynı zamanda anılan nitelikleri itibarıyla da Anayasa'ya aykırı olmaması gerekmektedir. Bu ise KHK'ların Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın mülga 91. maddesindeki anılan ölçütler ve içerik yönünden olmak üzere iki aşamada gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır.*

23. Bu itibarla KHK'ların yetki kanunu ve yasak alan yönünden yapılan denetimi de Anayasa'ya uygunluk denetiminin bir parçasıdır. Bu bağlamda söz konusu denetimde de kuralın -henüz içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın- yetki kanunu ve yasak alan yönünden Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir. Dolayısıyla KHK'ların içerik yönünden denetimi sonucunda verilen kararların yanı sıra Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca yetki kanunu ve yasak alan yönünden denetimi üzerine verilen kararlar da Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası bağlamında işin esasına girilerek verilen karar kapsamındadır (AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § § 22-23). Anayasa Mahkemesinin bu kararı KHK'ya ilişkindir. Ancak KHK'lar bağlamında Anayasa'nın mülga 91. maddesine göre yapılan yasak alan denetimi konu bakımından yetki unsuruna ilişkin denetim kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla bu kararda KHK'ları yönünden yapılan değerlendirme CBK'lar yönünden yapılacak konu bakımından yetki unsuru yönünden de geçerlilik taşımaktadır.

[467] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2011/88, K.2012/175, 08/11/2012. Mahkeme anılan kararda içeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen bir kuralı içerik yönünden incelemiş, diğer kurallarla ilgili olarak böyle bir talep bulanmadığından söz konusu kuralları sadece mülga 91. madde yönünden incelemiştir.

Kuralın içeriği itibariyle Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü başvurularda ise kuralın daha önce konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırılığının reddedilmiş olması nedeniyle inceleme yapılamayacağı ileri sürülemeyecektir. Ancak bu başvurularda artık kural sadece içerik denetimine tabi tutulacak, kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya uygun olup olmadığı yönündeki inceleme, on yıllık süre geçmeden yapılamayacaktır. Bu inceleme sonucunda kuralın iptal edilmesi yönündeki talep reddedildiğinde ise söz konusu ret kararının yayımından itibaren *içerik bakımından* denetim yönünden on yıllık başvuru yasağı başlayacaktır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin CBK'lara ilişkin verdiği ilk kararları dikkate alındığında Mahkemenin kuralın sadece konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü başvurularda da sadece konu bakımından yetki yönünden denetimle sınırlı bir inceleme yapmadığı kuralın içerik itibariyle de Anayasa'ya uygun olup olmadığını re'sen incelediği görülmektedir.[468] Buna göre Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı değişmediği sürece CBK'lar yönünden on yıllık yasağın, denetimin türüne (konu bakımından yetki yönünden denetim, içerik itibariyle denetim) göre değişmesinin söz konusu olmayacağı söylenebilir.

1.2.3. Başvuru Yöntemi ve Yönteme Aykırılığın Sonuçları

Yukarıda incelendiği üzere Anayasa'nın 152. maddesinde itiraz başvurusunun yapılabilmesi için çeşitli şartlara yer verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde de bu şartların bir kısmının yerine getirilmesinin yöntemi düzenlenmiştir. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre dava mahkemesinin yöntemine uygun bir başvuruda bulunabilmesi için;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini,

dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine göndermesi gerekmektedir. Aynı maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığını inceleyecek ve yöntemine uygun

[468] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, §§ 23-43.

olmayan itiraz başvurularını esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle birlikte reddedilecektir.

Bu çerçevede yöntemine uygun bir başvurudan söz edilebilmesi için öncelikle CBK kuralının Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunu açıklayan *gerekçeli* bir başvuru kararı aranmaktadır. Somut norm denetiminde başvurunun ilk inceleme aşamasında esasa geçilmeksizin reddi sonucunu doğuran en önemli nedenlerden birinin "*gerekçesizlik*" sorunu olduğu gözlemlenmektedir. Dava mahkemeleri birden fazla kuralın Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerken çoğu zaman sadece bir kuralla ilgili Anayasa'ya aykırılık gerekçesine yer vermekte, gösterdikleri gerekçe kapsamı dışında kalan kurallarla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi gerekçesizlik sorunu nedeniyle başvurunun reddine karar vermektedir.[469]

Yöntemine uygun bir başvurudan söz edilebilmesinin ikinci şartını "*başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneği*" oluşturmaktadır. Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varması durumunda *Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakacağı* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre kuralın Anayasa'ya aykırı görülmesi nedeniyle itiraz yoluna başvurulması dava mahkemesi için bir "ön sorun" oluşturacak ve Anayasa Mahkemesinin vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına (ertelenmesine) karar verilecektir. Duruşmalı yapılan davalarda bu işlem bu yönde alınan ara kararın duruşma zaptına işlenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Dosya üzerinden yürütülen davalarda da ön sorunun çözülmesi amacıyla davanın geri bırakıldığının tespiti için bir tutanak tutulmaktadır.

Uygulamada Anayasa Mahkemesinin duruşmalı yapılmayan davalar bakımından gerekçeli kararın aslını yeterli gördüğü, ancak duruşmalı yapılan davalar yönünden gerekçeli başvuru kararının yanı sıra duruşmada verilen kısa kararın onaylı örneğinin de bulunmasını şart koştuğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin duruşmalı işlerde bu usulü daha katı bir şekilde uygulamaya iten hususun bazı mahkemelerce gerekçeli başvuru kararıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına rağmen duruşmada böyle bir ara karar alınmadığı için duruşmaya devam edilmesi olduğu anlaşılmaktadır.[470]

Yöntemine uygun bir başvurunun üçüncü koşulunu başvuru evrakları arasında dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örnekleri

[469] Bkz. AYM, E.2021/53, K.2021/41, 24/06/2021; E.2021/53, K.2021/41, 24/06/2021.

[470] Bkz. AYM, E.2019/25, K.2019/8, 14/03/2019, § 6.

gibi belgelerin bulunması oluşturmaktadır. 40. maddenin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde aranan bu belgeler davanın türüne göre değişebilecek belgelerdir. Buna göre ceza davasında iddianame aranırken hukuk davasında dava dilekçesi aranmaktadır. Ayrıca bentte "*dosyanın ilgili bölümleri*" denilmek suretiyle torba denebilecek bir belge türüne de yer verilmiştir. Buna göre iddianame ve davayı açan belgeler dışında ihtiyaç halinde dosyanın ilgili bölümlerinin de eklenmesi gerekecektir. Anılan bentte sayılan belgelerin aranmasındaki maksadın ise kuralın davada uygulanacak kural olup olmadığının tespit edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre başvuru evrakları arasında bulunmadığı taktirde uygulanacak kuralın tespit edilemediği veya doğru şekilde tespit edilemediği tüm belgelerin bu bent kapsamında başvuru evrakı arasında bulunması gerektiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin nadiren de olsa bu bent kapsamında başvurunun yöntemine uygun olmadığından bahisle ret kararları verdiği görülmektedir.[471]

Kanun'un 40. maddenin (1) numaralı fıkrasının bentleri bağlayan bölümünde ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinde yöntemine uygun bir başvuru için aranan belgelerden biri olarak dizi pusulasına da yer verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin gayet yerinde olarak dizi pusulasının yokluğunu yöntemine uygun başvuru için *bağımsız bir eksiklik* olarak görmediği gözlemlenmektedir. Mahkeme, kararlarında dizi pusulası eksikliğine, ancak başvuruda bulunması gereken diğer belgelerin bulunmaması halinde bir eksiklik olarak yer vermektedir.[472]

Yöntemine uygun başvurunun şartlarından bir diğerine ise 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasında rastlanmaktadır. Buna göre itiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusu bu dosyalar için de bekletici mesele yapılmalıdır. Bu çerçevede dava mahkemesinin elinde Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vardığı kuralın uygulanacağı birden fazla dava dosyası var ise bu dosyalardan sadece birisi için itiraz başvurusunda bulunabilecek, diğer dosyalar için ayrı başvuru yapılamayacaktır. Böyle bir başvuru yapılması halinde ise Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun yöntemine uygun olmadığından reddine karar vermektedir.[473]

Anayasa Mahkemesinin yöntemine aykırılık nedeniyle başvurunun reddine karar vermesi, dava mahkemelerinin söz konusu eksikliği gidererek tekrar başvurmalarına engel teşkil etmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 49. maddesinin (2) numaralı

[471] Bu yönde verilen bir karar için bkz. AYM, E.2018/109, K.2018/88, 06/09/2018.

[472] Bkz. AYM, E.2018/109, K.2018/88, 06/09/2018.

[473] Bkz. AYM, E.2021/45, K.2021/35, 03/06/2021; E.2019/82, K.2019/61, 11/07/2019.

fıkrasında itiraz yoluna ilişkin işlerde eksiklikler nedeniyle esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine ilişkin verilen kararların, mahkemenin eksiklikleri tamamlayarak yeniden başvurmasına engel teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmiştir.

1.2.4. İtiraz Usulünün İşleyişi

Yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrası uyarınca CBK kuralının Anayasa'ya aykırı görülmesi nedeniyle itiraz yoluna başvurulması dava mahkemesi için bir "ön sorun" oluşturacak ve Anayasa Mahkemesinin vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına (ertelenmesine) karar verilecektir.

Anayasa Mahkemesi, anılan maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi uyarınca işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verip açıklayacaktır. Aynı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca ise bu süre içinde karar verilmezse dava mahkemesi davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracaktır. Ancak Anayasa'nın bu hükmü, Anayasa Mahkemesinin kuralla ilgili beş ay içinde karar vermemesi halinde davayı yürürlükte bulunan kanun hükmüne göre sonuçlandırma zorunluluğunu değil bir imkânı ifade etmektedir. Bu çerçevede dava mahkemesi anılan sürede anayasal ön sorunun çözülmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi kararını beklemek zorunda olmayacak ve davayı yürürlükteki kanuna göre sonuçlandırmasının önünde Anayasa'nın 152. maddesinden kaynaklanan hukuki bir engel kalmayacaktır. Bununla birlikte bu hüküm beş aylık süre dolmasına rağmen yine de mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararını beklemesine engel teşkil etmemektedir. Zira anılan hükmün mahkemeleri Anayasa'ya aykırı olduklarını düşündükleri hükmü önlerindeki davaya uygulamalarını zorlamak amacıyla değil mahkemedeki bir ön sorun nedeniyle davanın çok uzun sürmesinin tarafların diğer anayasal haklarının ihlal edilebilmesi ihtimaline binaen bu ihtimalin bertaraf edilmesi amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla amaçsal yorum yapıldığında bu konuda mahkemelerin beş aylık süreden sonra da bekleme yetkilerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Anayasa'nın 138. maddesinde güvence altına alınan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi de mahkemelerin böyle bir konuda karar vermeye zorlanamamalarını ve takdir yetkisine sahip olmalarını gerektirmektedir.

Dava mahkemeleri anılan hüküm uyarınca beş aylık süreden sonra davayı yürürlükte bulunan hükümlere göre sonuçlandırma yetkisine sahip olmakla birlikte Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemenin buna uyma zorunluluğu bulunmaktadır.

Dava mahkemesince Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddî görülmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanacaktır. Buna göre mahkemenin tarafların kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu dolayısıyla kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması taleplerinin reddi biçimindeki ara kararı taraflarca müstakil olarak temyiz edilemeyecek bu husus ancak esas kararla birlikte temyiz incelemesine konu edilebilecektir. Ancak Özbudun'un işaret ettiği üzere buradaki temyiz kavramının içine sadece Yargıtay'ın değil kendi yargı sistemi içinde alt derece mahkemesinin kararını denetleme yeteneğine sahip diğer üst mahkemelerin bu bağlamda istinaf mahkemelerinin de girdiği konusunda bir tereddüt duyulmamalıdır.[474]

2. CBK BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN ÇALIŞMA ve YARGILAMA USULÜ

Anayasa Mahkemesi CBK'ya ilişkin itiraz başvurularını ve iptal davalarını 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü gereği ilk inceleme ve esas inceleme olmak üzere iki safhada incelemektedir.

2.1. İlk İnceleme Aşaması

Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi gerek iptal davalarında gerek ise itiraz başvurularında bir CBK kuralının Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmadan önce yapılan iptal ve itiraz başvurusunun Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinde belirtilen koşulları taşıyıp taşımadığı yönünde incelemekte ve bu koşulları taşımayan başvuruların reddine karar vermektedir. Söz konusu şartları taşıyan başvurularla ilgili olarak ise esas inceleme aşamasına geçilmektedir.

Bu çerçevede 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca iptal davasına ilişkin dilekçenin, 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca ise itiraz başvurusuna ilişkin evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde incelemesi yapılarak davanın ve başvurunun Kanun'da gösterilen şartlara uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 47. ve 48. maddelerine göre iptal davası ve itiraz başvurusu kayda girdikten sonra dosya uzmanlık alanına göre Başkan tarafından raportöre verilmekte, raportörün beş gün içinde iptal davası ve itiraz başvurusuna ilişkin ilk inceleme raporunu hazırlaması gerekmektedir.

İçtüzük'ün 48. maddesi uyarınca ilk inceleme raporunda dava dilekçesinin veya itiraz başvurusunun Kanun'da belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı belirtilecek ve alınması gerekli olduğu düşünülen karar türü ve gerekçeleri açıklanacaktır. Buna göre raporda işin esasına

[474] **Özbudun,** (2019), s. 405.

geçilmesine, başvurunun reddine, eksikliklerin giderilmesi için süre verilmesine, davanın açılmamış sayılmasına veya karar verilmesine yer olmadığına kararlarından birinin verilmesi yönünde düşünce bildirilmesi gerekmektedir.

2.1.1. İptal Davası

İptal davasında davanın Anayasa ve Kanun'da belirtilen şartları taşımadığı tespit edildiğinde davanın reddine karar verilecektir. Buna göre:

aa. Dava:

i. Anayasa'nın 150 ve 6216 sayılı Kanun'un 35. maddesinde sayılan organ ve kişiler tarafından açılmamış ise,

ii. Süresinde açılmamış ise,

davanın reddine karar verilecektir. Bu kararın verilmesi aynı CBK kuralına karşı yetkili organ ve kişilerce süresi içinde dava açılmasına engel olmayacaktır.

ab. Dava yetkili kişi ve organlarca açılmış ancak yöntemine uygun açılmamış ise bu bağlamda dava:

i. Siyasi parti gruplarının genel kurullarının, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alacakları karar üzerine açılmamış ise,

ii. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri tarafından açıldığı takdirde dilekçede, kendilerine Mahkemece tebligat yapılmak üzere, iki üyenin adı gösterilmemiş ise,

iii. Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının en az beşte biri oranındaki milletvekilleri tarafından açılmakta ise dava dilekçesi ile birlikte davayı açanların sıra numarasıyla ad ve soyadlarının, seçildikleri bölgelerinin ve imzaları yer almıyor ise ve bu dilekçenin imzaları içeren her bir sayfasının o sayfada ad ve soyadları ile imzaları bulunanların milletvekili ve imzalarının da kendilerine ait olduğunun ayrı ayrı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı veya belirleyeceği görevli tarafından imza ve mühür konulmak suretiyle onaylanmamış ise,

iv. Siyasi parti grupları tarafından açılan davalarda grup genel kurulu kararının onaylı örnekleri ile dava dilekçesinde imzası olanların, grup başkanı veya vekili olduklarını belirleyen onaylı belge örnekleri dava dilekçesi ile birlikte Genel Sekreterliğe verilmemiş ise,

v. Dilekçesinde Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğu ve gerekçeleri belirtilmemiş ise,

bu eksiklikler Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca kararla saptanarak on beş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması için ilgililere tebliğ edilecektir.

İlk inceleme aşamasında eksikliklerin tamamlanması yönünde bir karar alındığında ilk inceleme toplantısında ilk inceleme kararı verilemeyecek eksikliklerin tamamlanması için çıkarılan tebligatın sonucu beklenecektir. Tebligat sonucu geldiğinde Başkan tarafından dosya tekrar gündeme alınacak ve ikinci ilk inceleme toplantısında ilk inceleme kararı verilecektir. Bu çerçevede eğer saptanan eksiklikler süresi içerisinde giderilmiş ise davanın esasına geçilmesine karar verilecek, eğer eksiklikler tamamlanmamış ise ilk inceleme aşamasında davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

2.1.2. İtiraz Başvurusu

İtiraz başvurusunda da başvurunun Anayasa ve Kanun'da belirtilen şartları taşımadığı veya yöntemine uygun bir başvurunun yapılmadığı tespit edildiğinde başvurunun reddine karar verilecektir. Ancak tespit edilen şartın eksikliğine ve yöntem sorununa göre farklı şekilde kararlar verilecektir.

Buna göre:

i. Başvuran mahkemenin önünde bakılmakta olan bir dava yok ise "*itiraz başvurusunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine"* karar verilecektir.[475] Bu tür durumlarda aynı mahkemenin Anayasa Mahkemesine tekrar başvurması mümkün değildir. Zira mahkeme önündeki davada CBK kuralını uygulamış, dolayısıyla kural davada uygulanacak kural olma vasfını kaybetmiştir.

ii. Başvuran mercii mahkeme sıfatını taşımıyor ise yine "*başvuranın yetkisizliği" veya "yetkisizlik nedeniyle"* başvurunun reddine karar verilecektir.[476] Bu tür durumlarda söz konusu merciin mahkeme sıfatını taşıdığı yönünde Anayasa Mahkemesince bir içtihat değişikliğine gidilmedikçe diğer koşullar oluşsa bile söz konusu merciin Anayasa Mahkemesine aynı kuralın iptali talebiyle başvurması mümkün değildir.

iii. Başvuran mahkeme iptali istenen kurala ilişkin uyuşmazlığa bakmakta görevli ve yetkili değil ise başvurunun "*mahkemenin yetkisizliği*" nedeniyle reddine karar verilecektir.[477] Bu tür durumlarda da mahkemenin söz konusu kurala ilişkin uyuşmazlıkta görevli ve yetkili olması yönünden bir yasal değişiklik veya içtihat

[475] Bkz. AYM, E.2019/91, K.2019/70, 19/09/2019.

[476] Bkz. AYM, E.1963/46, K.1963/43, 28/02/1963; E.1988/2, K.1988/4, 4/2/1988.

[477] AYM, E.2019/29, K.2019/10, 14/03/2019.

değişikliği olmadığı sürece diğer koşullar oluşsa bile söz konusu mahkemenin aynı kuralın iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurması mümkün değildir.

iv. Başvuru açıkça dayanaktan yoksun ise başvurunun "*açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle*" reddine karar verilecektir. Açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilen ret kararı üzerine Mahkemenin diğer koşulları taşımak kaydıyla aynı kuralla ilgili yeniden itiraz başvurusunda bulunması mümkündür.

v. Başvuran mahkeme Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından on yıl geçmeden aynı kuralla ilgili bir başvuru yapmış ise başvurunun " *Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince esas incelemeye geçilmeksizin reddi"*ne karar verilmesi gerekmektedir.[478] Bu ret türünde mahkeme on yıllık süre dolduktan sonra (diğer koşullarda mevcut ise) söz konusu kurala ilişkin başvuruda bulunabilecektir.

vi. Başvuruda;

- İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslının,
- Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin,
- Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerinin,

bulunmaması durumunda Anayasa Mahkemesi başvurunun "*yöntemine uygun olmadığından esas incelemesine geçilmeksizin*" reddine karar vermektedir.[479] Yöntemine aykırılık nedeniyle verilen ret kararı üzerine mahkemenin başvuruda bulunan eksikliği gidererek yeniden başvurması mümkündür. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere İçtüzük'ün 49. maddesinin (2) numaralı fıkrasında bu tür kararların mahkemenin eksiklikleri tamamlayarak yeniden başvurmasına engel teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmiştir.

vii. İtiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması durumunda Anayasa Mahkemesi ilk başvurudan sonra yapılan başvurunun "*yöntemine uygun olmadığından esas incelemesine geçilmeksizin*" reddine karar vermektedir.[480] Pek tabi olarak bu tür başvuruların reddi üzerine Mahkemenin yeniden aynı kurala ilişkin başvuruda bulunması

[478] AYM, E.2018/63, K.2018/38, 02/05/2018, § 9.

[479] AYM, E.2019/67, K.2019/49, 26/06/2019.

[480] Bkz. AYM, E.2019/82, K.2019/61, 11/07/2019, § 5.

mümkün değildir. Mahkeme yaptığı ilk başvurunun sonucunu bekleyerek elindeki diğer dosyaları da bu sonuca göre çözüme kavuşturacaktır.

Anayasa Mahkemesi yaptığı ilk inceleme sonucunda yukarıda belirtilen şartların yerine getirildiğini ve başvurunun yöntemine uygun yapıldığını tespit ettiğinde ise işin esasının incelenmesine karar verecektir.

2.2. Esas İnceleme Aşaması

Kural olarak esas inceleme aşamasında artık iptal davası ve itiraz başvurusunun Anayasa ve Kanun'da belirtilen şartlara sahip olup olmadığı veya iptal davası ve itiraz başvurusunun yöntemine uygun olarak yapılıp yapılmadığı değil bu şartlara sahip olduğu anlaşılan CBK kuralının veya kurallarının Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenecektir.

Bununla birlikte bazen ilk inceleme aşamasında tespit edilemeyen veya ilk inceleme aşamasında henüz kuralla ilgili kapsamlı bir araştırmanın yapılmadığı aşamada değil kapsamlı araştırmanın yapılmasından sonra ortaya çıkan bazı dava ve başvuru şartlarına esas inceleme aşamasında da karar verilebilmektedir. Bu bağlamda örneğin ilk inceleme aşamasında görevli ve yetkili olmadığı hususunda bir tespit yapılmayan mahkemenin esas inceleme aşamasında görevli ve yetkili olmadığına ve bu nedenle kuralın Anayasa'ya aykırılığı incelenmeksizin başvurunun reddine karar verilebilmektedir.[481] Yahut mahkemenin iptali istediği kuralın davada uygulanacak kural niteliği taşımadığı anlaşılabilmektedir. Ancak yine de bu tür durumlarla sıklıkla karşılaşılmamakta esas inceleme aşamasında ağırlıklı olarak kuralın anayasallığı incelenmektedir.

Esas inceleme aşamasında da tıpkı ilk inceleme aşamasında olduğu gibi görevlendirilen raportör tarafından bir rapor hazırlanmakta bu rapor "esas inceleme raporu" olarak adlandırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 50. maddesi uyarınca esas inceleme raporunda, ilk incelemeye ilişkin süreç, kuralın anlam ve kapsamı ve Anayasa aykırılık iddialarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.2.1. Dava Dilekçesi ve Eklerinin İlgili Makamlara Gönderilmesi

6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptal davalarında Anayasa Mahkemesince esasın incelenmesine karar verilmesi hâlinde, dava dilekçesi ile eklerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilmesi gerekmektedir. Fıkranın son cümlesine göre bu

[481] Bkz. AYM, E.2013/87, K.2014/5, 16/01/2014.

makamların, iptal davasıyla ilgili yazılı görüşlerini değerlendirilmek üzere Mahkemeye bildirebilme yetkisi bulunmaktadır.

6771 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişikliklere uyum sağlanması için 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 209. maddesiyle anılan maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "*Başbakanlık*" ibaresi "*Cumhurbaşkanlığı*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik öncesinde dava dilekçeleri Başbakanlığa gönderilirken yeni hükümet sisteminde Başbakanlık bulunmadığından ve yürütme yetkisini tek başına Cumhurbaşkanı kullandığından dilekçeler Cumhurbaşkanlığına gönderilmekte, Cumhurbaşkanlığı da iptali istenen kuralın ilişkili olduğu kamu kurum veya kuruluşuna dilekçeyi havale etmektedir. Uygulamada CBK dışındaki normlar yönünden çoğu zaman söz konusu dava dilekçesine ilişkin görüş bu kurumlar tarafından hazırlanmakta ve söz konusu görüş yazısı Cumhurbaşkanlığının üst yazısıyla Anayasa Mahkemesine gönderilmektedir. CBK'lara ilişkin görüş yazıları ise doğrudan Cumhurbaşkanlığı tarafından hazırlanmaktadır.

Görüş yazılarının bir cevap dilekçesi mahiyeti taşımadığı, bu görüşün bildirilip bildirilmemesinde söz konusu makamların takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Hatta CBK'ların hukuk sistemimize girişinden önce Başbakanlık tarafından sadece bazı davalarda görüş bildirildiği birçok davada görüş bildirilmesine gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda görüş yazılarının anayasa yargısında çok fazla gündeme gelmediği gözlemlenmektedir.

Bununla birlikte CBK'ların yargısal denetimine başlanmasıyla birlikte Cumhurbaşkanlığının neredeyse tüm CBK'lar yönünden görüş yazısı verdiği anlaşılmaktadır. Bunda birçok faktörün etkili olabileceği söylenebilirse de anayasa yargısı açısından önemli olan husus, bu cevap yazıları üzerinden CBK kurallarının düzenlenme amacının anlaşılması imkânına ulaşılabilmesidir. Bilindiği üzere kanunların bir yasama süreci bulunmakta ve bu süreçlerde kanuni düzenlemelerin yazılı gerekçelerine yer verilmektedir. CBK'lar yönünden ise böyle bir durum söz konusu olmadığı gibi çoğu zaman CBK düzenlenmesinde de kuralın amacına yer verilmemektedir. Oysa yukarıda açıklandığı üzere anayasal denetimde kurallar amaç unsuru yönüyle de denetime tabi tutulabilmektedir.

Bu yönüyle söz konusu görüş yazıları CBK düzenlemelerinin düzenlenme gerekçelerine ulaşma imkânı tanımak suretiyle CBK kuralının amaç unsuru yönünden denetlenmesine veri sağlayabilmesi yönüyle ayrı bir önem kazanmış görünmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin CBK'ya ilişkin ilk kararlarından birinde Mahkemenin amaç unsuru yönünden yaptığı değerlendirmeleri söz konusu görüş yazısına dayanarak yaptığı görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk Anayasa Yargısı tarihinde (norm denetiminde) Anayasa Mahkemesi kararlarında görüş yazısına ilk defa yer verilmiştir.

Yüksek Mahkeme 23/1/2020 tarihli E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararında Sağlık Bakanlığının teşkilatı içinde yer alan hastanelerin yönetimine ve teşkilatlanmasına dair hükümler içeren 1 Numaralı CBK'nın 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerini incelerken kuralların düzenleme amacının tespiti amacıyla Cumhurbaşkanlığınca gönderilen görüş yazısından da yararlanmış ve aşağıda belirtilen gerekçelerle kuralın amaç unsuru bağlamında içerik itibariyle Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır:

> "*Kuralların objektif anlamı ve düzenlenme sebebi gözönünde bulundurulduğunda kurallarla hastanelerin yönetimi bağlamında verilen görev ve sorumlulukların gereği gibi yerine getirilmesinin, dolayısıyla sağlık hizmetlerinin etkin bir biçimde sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralların kamu yararı dışında düzenlendiği sonucuna ulaşılmasını gerektirecek bir yönünün bulunmadığı görülmektedir. /Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptalleri talebinin reddi gerekir.*"[482]

Söz konusu görüş yazılarının CBK kuralının amaç unsuru bakımından incelenmesine yardımcı olması dışında Gözler'in de işaret ettiği üzere anayasa yargısında (norm denetiminde) çelişmeli yargılama ilkesinin gerçekleşmesine de katkı sunacağı söylenebilir. Zira görüş yazısının olmadığı durumlarda iptal davalarında davacı tarafından kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki teze yer verilirken kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki anti teze yer verilmemektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığının görüş yazıları kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki anti tezin ortaya konulması, dolayısıyla anayasal denetimin daha sağlıklı bir şekilde yapılması bakımından da önem taşımaktadır.[483]

2.2.2. Sözlü Açıklama

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca gerek iptal davasında gerekse itiraz başvurusunda anayasallık denetimi için duruşma açılmamakta, karar dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu verilmektedir. Ancak bu durum, aynı fıkra hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesinin gerekli görmesi halinde sözlü açıklamalarda bulunmak üzere ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırmasına engel teşkil etmemektedir. Anayasa Mahkemesi re'sen sözlü açıklama yapılması kararı alabildiği gibi davacının veya ilgililerin talebi üzerine de sözlü açıklama yapılmasına karar verebilmektedir. Ancak Mahkemenin sözlü açıklamaya daha çok teknik ve karmaşık meselelere ilişkin konularda başvurduğu gözlemlenmektedir.

---

[482] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, §§ 42-43.

[483] **Gözler,** (2019a), s. 1169-1170.

Cumhurbaşkanı tarafından sözlü açıklama yapılmasına karar verilmesi halinde açıklama 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereği Cumhurbaşkanının tensip edeceği görevli tarafından yapılacaktır.

2.2.3. Taleple Bağlılık ve Gerekçeyle Bağlı Olmama

Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi uyarınca gerek iptal davasında gerekse itiraz başvurusunda CBK'nın Anayasa'ya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna göre hem iptal davası hem de itiraz başvurusunda kuralın Anayasa'ya aykırılık gerekçesine yer verilmesi yöntemine uygun bir başvuru için şart ise de Mahkeme bu gerekçelere bağlı değildir. Bu bağlamda örneğin kuralın Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunun ileri sürülmüş olması, Anayasa Mahkemesinin kuralı kanun önünde eşitlik ilkesinin yer aldığı Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelemesine ve koşulları oluşmuş ise bu maddeye aykırılıktan iptal etmesine engel oluşturmamaktadır.

Esasen bu hüküm Mahkemenin CBK kuralını sadece belli Anayasa maddelerine uygunluğu yönünden değil tüm anayasal hükümler ve ilkeleri gözeterek incelemesi zorunluluğunu ortaya çıkarmakta, böylece iptal davası veya itiraz başvurusu sonucu verilen ret kararı kuralın sadece bazı Anayasa maddeleri yönünden değil Anayasa'nın tüm hükümleri yönünden ve tüm gerekçeler karşısında Anayasa'ya uygun görüldüğünü ortaya koymaktadır.

Belirtmek gerekir ki Anayasa mahkemesinin gerekçeyle bağlı olmaması taleple bağlı olmaması anlamına gelmemektedir. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi iptal davası ve itiraz başvurusunda ileri sürülmeyen bir hükmün Anayasa'ya uygunluk denetimini yapamaz. Ancak aykırılığı ileri sürülen hükmü ileri sürülmeyen bir gerekçeyle iptal etmesi mümkündür. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde "*Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.*" denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmıştır.

2.2.4. Uygulanma Kabiliyeti Kalmayan Dava ve İtiraz Konusu Olmayan Kuralların İptal Edilebilmesi

Başvuru CBK'nın sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da bu madde veya hükümlerin iptali CBK'nın diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesinin, uygulama kabiliyeti kalmayan CBK'nın bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilmesi mümkündür. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında düzenlenen bu hüküm ancak Anayasa Mahkemesinin dava veya başvuru konusu olan kuralın iptali nedeniyle

uygulanma kabiliyeti kalmayan dava veya başvuru konusu olmayan hükümleri için geçerlidir. Aksi taktirde bir şekilde uygulanma kabiliyeti devam eden dava ve başvuru konusu olmayan kuralların iptal edilmesi az önce belirtilen 43. maddenin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine aykırılık teşkil edecektir.

Anayasa Mahkemesinin dava veya başvuru konusu bir kuralı iptal etmesi, bazen *dava ve başvuru konusu olmayan bir kuralı değil* olan bir kuralın uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırabildiğinden bu durumda yukarıda hükme dayanılarak iptal kararı verilip verilemeyeceğinin tartışılması faydalı olacaktır. 43. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca bir kuralın iptaline karar verilmesi dava veya başvuru konusu olmayan bir kuralın dahi iptali imkânını tanıyorsa, bunun uygulanma imkânı kalmayan dava veya itiraz konusu kurallar yönünden evleviyetle geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin de uygulaması bu yönde olup 20/12/2018 tarihli ve E.2016/181, K.2018/111 sayılı kararında 20/7/1966 tarihli ve 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun geçici 10. maddesinin dava konusu birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesini Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal ederken anılan kuralların iptal edilmesi nedeniyle iptali istenen maddenin ikinci fıkrasının dava konusu ikinci ve üçüncü cümlelerinin uygulanma imkânının kalmadığına işaret ederek "*Bu nedenle maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu cümleler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir."* demek suretiyle *dava konusu olan hükümlerin* 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa'ya uygunluğunu incelemeksizin iptaline karar vermiştir.

2.2.5. Müzakere

6216 sayılı Kanun'un 44. maddesi uyarınca Mahkemenin müzakereleri gizlidir. Dolayısıyla müzakereye Anayasa Mahkemesi üyeleri ve ilgililer (dosyanın raportörü ve dosyayla ve ilgili diğer raportörler) dışında kimsenin katılması mümkün değildir. Bununla birlikte İçtüzük'ün 54. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca henüz andiçmemiş üyeler görüş bildirmemek ve oylamaya katılmamak şartıyla toplantı ve görüşmeleri izleyebilirler.

Müzakerelerin düzeni ve yönetimi 6216 sayılı Kanun'un 44. maddesi ve İçtüzük'ün 54. maddesi uyarınca Başkan veya kendisinin toplantıya katılmaması hâlinde görevlendireceği başkanvekili tarafından sağlanır. Üyelere talep sırasına göre söz verilir. Müzakerelerin düzeni ve yönetimi Başkan tarafından sağlandığı gibi İçtüzük'ün 53. maddesi uyarınca Genel Kurul'un gündemini belirleme, bir başka ifadeyle hangi dava dosyalarının ne zaman görüşüleceğine karar

verme yetkisi de Başkana aittir. Müzakerenin yönetimi Başkana ait olmakla birlikte İçtüzük'ün 54. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca üyelerden biri müzakere başlamadan önce, işi yeterli derecede inceleyemediğini ileri sürerse, o işin müzakeresi başka bir güne bırakılmak zorundadır. Buna göre müzakere başlamadan önce üyenin işi yeterli düzeyde inceleyemediğini belirtmesi durumunda Başkanın veya Genel Kurul'un toplantıyı ertelememe yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu erteleme, ancak bir kez yapılabilir.

2.2.6. Oylama ve Karar Nisabı

Müzakerelerin tamamlanmasından sonra oylamaya geçilir. Kanun'un 65. maddesi ve İçtüzük'ün 56. maddesi gereği oylamaya en kıdemsiz üyeden başlanır ve çekimser oy kullanılamaz. İçtüzük'ün anılan hükmü uyarınca kural olarak oylama açık oylama şeklinde yapılır. Ancak Başkanın uygun görmesi ve işin niteliğinin izin vermesi hâlinde elektronik oylama yapılması da mümkündür. Kanun'un anılan hükmü gereği Genel Kurul kararlarını katılanların salt çoğunluğuyla alır. Oyların eşitliği hâlinde Başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur. Buna göre 15 üyeden oluşan Anayasa Mahkemesinde bir CBK kuralının iptal edilmesi veya iptal talebinin reddedilmesi için en az sekiz üyenin oyuna ihtiyaç bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin üye tam sayısıyla yaptığı oylamalarda oyların eşitliği, dolayısıyla Başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda sonucun belirlenmesi, söz konusu değildir. Ancak toplantı yeter sayısının altına düşülmemesi kaydıyla üyelerin birinin veya birden fazlasının heyette bulunmadığı durumlarda oyların eşitliği gündeme gelebilmekte ve Başkan hangi yönde (iptal/ret) oy kullandı ise karar o doğrultuda verilmiş kabul edilmektedir. Buna göre oylama sonucunun 7/7 çıktığı durumlarda Başkan ret oyu kullandıysa CBK kuralının iptal talebi reddedilmekte, iptal oyu kullandıysa kural iptal edilmektedir.

Başkanın uygun görmesi ve işin niteliğinin izin vermesi hâlinde elektronik oylama yapılması da mümkündür. Açık oylama yapıldığı durumlarda oylamaya en kıdemsiz üyeden başlanır. Çekimser oy kullanılmaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Bu başlık altında CBK bağlamında Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların türleri, niteliği (kararların kesinliği, bağlayıcılığı ve geriye yürümezliği), etkisi ve yürürlüğe girmesi ile karar vermenin sınırları incelenecektir.

Ancak bu konulara girmeden önce aşağıda kısaca Anayasa'ya aykırılık iddiası sonucu verilen kararın hükme bağlanması, kararın yazılması, son halinin verilmesi, muhalefet ve farklı gerekçenin karara yansıtılması ve hangi tür kararların Resmî Gazete'de yayımlanacağı hususları üzerinde kısaca durulmasında fayda bulunmaktadır.

Anılan hususlar İçtüzük'ün 57. ve 58. maddelerinde düzenlenmiş olup buna göre Başkan oylama sonucunda verilen kararın özetini, karara katılanların isimlerini ve karara katılanlar ile azınlıkta kalanları bir tutanağa bağlayarak imzalayacaktır.

Anayasa Mahkemesi 2015 yılına kadar ki süreçte iptal konusu edilen normların iptal edilip edilmeyeceğini sadece konu hakkında hazırlanan Esas İnceleme Raporu üzerinden değerlendirirken 2015'ten bu yana Esas İnceleme Raporu'nun yanı sıra konuyla ilgili raportörü tarafından karar taslağı da hazırlanarak önceden üyelere dağıtılmaktadır. Dolayısıyla kararın nasıl formüle edileceği hususunda da Genel Kurul'un önünde tartışılabilecek bir Taslak bulunmakta ve kararın verildiği tarihte kararın gerekçesi de Genel Kurul tarafından (eğer karar oybirliği ile verilmemişse çoğunluk tarafından) belirlenmektedir. Çoğu zaman kararın nasıl gerekçelendirileceği ile ilgili olarak üyeler arasında görüş birliği bulunmaktadır. Ancak kararın yazımına ilişkin bir ihtilaf çıktığında kararın nihai halini İçtüzük'ün 57. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca Başkan belirlemektedir.

Kararın sonucuna veya gerekçesine katılmayan yahut gerekçeye katılmakla birlikte ek gerekçesi olan üyelerin ise karara son hali verildikten sonra birlikte veya ayrı ayrı varsa karşı oy yazısı veya farklı ya da ek gerekçesini, Genel Kurulca karara son şeklinin verilmesinden itibaren on gün içinde Başkanlığa vermeleri gerekmektedir. Anılan süre içerisinde verilen görüşlerin karara eklenmesi zorunludur. Ancak söz konusu sürede görüşlerin Başkanlığa ulaştırılmaması hâlinde karar, bunlar eklenmeksizin yayımlanır.

CBK bağlamında iptal ve itiraz başvurularında *esasa ilişkin olarak verilen* gerekçeli kararların tümünün İçtüzük'ün 58. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanması gerekmekte olup bu konuda Anayasa Mahkemesi Başkanlığının bir insiyatifi bulunmamaktadır. Fakat diğer kararların yani esasa ilişkin olmayanların hangilerinin Resmî

Gazete'de yayımlanacağına Başkanlıkça karar verilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki burada *esasa ilişkin olarak verilen karardan esas inceleme aşamasında* verilen kararlar anlaşılmamalıdır. Burada kastedilen husus işin esasına girilerek verilen kararlardır. Bazı başvurularda Anayasa Mahkemesi esas inceleme aşamasına geçmesine rağmen esastan bir karar vermeyerek usulden bir kararla başvuruyu reddedebilmektedir. Bu bağlamda örneğin başvuran mahkemenin görevsiz olduğuna veya kuralın davada uygulanacak kural olmadığına ilk inceleme aşamasında değil esas inceleme aşamasında karar verdiği durumlar olabilmektedir. Bu şekilde verilen kararlar da esas inceleme aşamasında verilmesine rağmen esastan verilmiş karar olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla bu kararların da Resmi Gazete'de yayımlanma zorunluluğu bulunmayıp bunların yayınlanıp yayınlanmayacağı Başkanın taktirindedir.

1. Kararların Türleri

Anayasa Mahkemesinin CBK bağlamında vereceği kararları ret kararı, iptal kararı, kısmen ret kısmen iptal kararları, karar verilmesine yer olmadığı kararı ve davanın açılmamış sayılması kararı olarak tasnif etmek mümkündür. Aşağıda bu karar türleri sırasıyla incelenecektir. Ayrıca bu başlık altında yorumlu ret kararına değinilecektir.

1.1. Ret Kararı

Anayasa Mahkemesinin verdiği ret kararları usulden, esastan ve şekil bakımından verilen ret kararları olmak üzere üçe ayrılabilir. Aşağıda bu üç ret kararı türü incelenecektir. Ayrıca bu başlık altında anılan ayrımdan bağımsız olarak Anayasa hukuku literatürüne giren yorumlu *ret kararına* değinilecek ve CBK'lar bağlamında bu karar türüne uygun düşen örneklere yer verilecektir.

1.1.1. Usulden Ret Kararları

CBK kuralına ilişkin usulden verilen ret kararlarının kapsamını, Anayasa Mahkemesinin esastan verdiği kararlar dışında kalanlar oluşturmaktadır. Buna göre Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da Anayasa Mahkemesinin iptal ve itiraz başvurusunu inceleyebilmesi için belirlenen ön şartları taşımayan başvuruların, işin esasına girilmeksizin usulden reddedilmesi gerekmektedir. İşte usulden verilen ret kararı tabiriyle bu nitelikteki kararlar kastedilmektedir. Bu çerçevede usulden verilen kararların normun şekil bakımından denetimi sonucu verilen kararları ifade etmediğinin özellikle vurgulanması gerekir.

Doktrinde her ne kadar bazı yazarlarca ret kararları, *ilk incelemeden* verilen ve *esastan* verilen kararlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiş[484] ise de bu nitelendirmenin teknik olarak soruna neden olabileceği düşünülmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere esastan verilen kararlar her zaman esas inceleme aşamasında verilmekte ise de uygulanacak kural olmadığından mahkemenin yetkisizliği ya da itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin davaya bakma görevinin bulunmaması nedeniyle başvurunun reddine ilişkin kararlar gibi usule ilişkin kararlar da esas inceleme aşamasında verilebilmektedir. Dolayısıyla usule ilişkin verilen kararların tamamını ilk incelemeden verilen kararlar olarak nitelemek bazı durumlarda verilen kararları kapsam dışında tutma sorununa neden olabilecektir.[485]

Usulden verilen ret kararları genel olarak ilk inceleme aşamasında verilmektedir. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar CBK kurallarına ilişkin olarak ilk inceleme aşamasında usulden bir ret kararı vermemiştir. Ancak usulden verilecek ret kararları bakımından diğer norm türleri yönünden verilen kararlar ile CBK kuralları arasında hiçbir fark bulunmadığından Anayasa Mahkemesinin CBK kurallarıyla ilişkili olarak usulden aşağıda belirtilen kararları vereceği söylenebilir:

1.1.1.1. Başvuranın Yetkisizliği Nedeniyle Ret Kararı

İptal davası Anayasa'nın 150 ve 6216 sayılı Kanun'un 35. maddesinde sayılan organ ve kişiler tarafından açılmamış ise başvuranın yetkisizliği nedeniyle ret kararı verilecektir.[486] Elbette ki bu başlık altında belirtilen nedenle verilen ret kararı esastan değil usulden verilmiş olacağından aynı CBK kuralına karşı süresinde yetkili kişilerin iptal davası veya herhangi bir süreye bağlı olmaksızın Mahkemeler tarafından itiraz başvurusu yapılmasına engel bir durum söz konusu olmayacaktır.

1.1.1.2. Süre Aşımı Nedeniyle Ret Kararı

İptal davası CBK'nın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren Anayasa'nın 151. ve 6216 sayılı Kanun'un 37. maddelerinde belirtilen altmış günlük süre içerisinde açılmazsa davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilecektir. Anayasa Mahkemesi bu gibi durumlarda şu formülü kullanmaktadır:

---

[484] **Gözler,** (2019a), s. 1172.

[485] Esas inceleme aşamasında verilen herhangi bir kararı ilk incelemeden verilen karar olarak nitelemek mümkün olmadığına göre ilk incelemeden verilen karar tabiriyle ilk inceleme aşamasında verilen kararların kastedildiği anlaşılmaktadır.

[486] Örnek karar için bkz. AYM, E.1974/47, K.1974/49, 28/11/1974.

"*Geçici 3. maddesinin şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olduğuna ve bu yönden iptaline ilişkin başvurunun süre aşımı nedeniyle REDDİNE,…*"[487]

1.1.1.3. Yetkisizlik Nedeniyle Ret Kararı

İtiraz başvurularında CBK kuralına ilişkin olarak başvuran mahkemenin önünde bakılmakta olan bir dava yok ise, başvuran mercii mahkeme sıfatını taşımıyor ise[488], başvuran mahkeme iptali istenen kurala ilişkin uyuşmazlığa bakmakta görevli ve yetkili değil ise ve iptali istenilen kural davada uygulanma imkânına sahip değilse başvurunun "*mahkemenin yetkisizliği*" nedeniyle reddine karar verilmesi gerekmektedir.

1.1.1.4. Yöntemine Uygunsuzluk Nedeniyle Ret Kararı

CBK kuralına ilişkin itiraz başvurularında iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslının, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin, dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerinin bulunmaması durumunda 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesince başvurunun "*yöntemine uygun olmadığından esas incelemesine geçilmeksizin*" reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Keza bir CBK kuralına ilişkin itiraz yoluna başvurulduktan sonra aynı kuralın uygulanacağı başka dava dosyaları yönünden yapılmış olan itiraz başvuruları hakkında da anılan kararın verilmesi icap etmektedir.

1.1.1.5. On Yıllık Süreye Uyulmaması Nedeniyle Ret Kararı

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmeden aynı CBK hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan itiraz başvurularında on yıllık süreye uyulmaması nedeniyle ret kararı verilmesi gündeme gelecektir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere eğer Anayasa Mahkemesinin daha önce yaptığı inceleme sadece CBK kuralının konu bakımından yetki yönünden incelenmesinden ibaret ise on yıllık yasak sadece konu bakımından denetim yönünden geçerli olmalıdır. İçerik yönünden Anayasa'ya aykırılık iddiaları yönünden ise daha önce içerik yönünden bir denetim yapılmadığından bu süre koşulunun aranmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi on yıllık süre yasağına aykırılık hallerinde şu formülü kullanmaktadır.

---

[487] Bkz. AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013.

[488] Bu tür durumlarda "başvuranın yetkisizliği nedeniyle başvurunun reddine" biçiminde kararlar da verilmektedir.

"*…başvurunun, Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,"*[489]

Görüldüğü üzere Mahkeme diğer kararlarında olduğu gibi kararı konusu itibariyle nitelemek yerine ilgili Anayasa ve Kanun maddelerine atıfta bulunmak suretiyle tavsif etmektedir.

1.1.1.6. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararı

6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasında açık bir şekilde dayanaktan yoksun başvuruların, Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin reddedileceği hükmüne yer verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'da böyle bir hüküm bulunmasına rağmen Kanun'un yürürlüğe girdiği 3/4/2011 tarihinden 2020 yılının kasım ayına kadar Anayasa Mahkemesinin bu yönde bir karar vermediği görülmektedir. Yüksek Mahkemenin anılan tarihe kadar bu yönde bir karar vermemiş olması nedeniyle doktrinde de bu konuya çok fazla ilgi gösterilmediği anlaşılmaktadır.[490]

Anayasa Mahkemesinin bu konuda verdiği ilk karardan sonra yapılan ilk Genel Kurul toplantısında başka bir dosyada yeniden açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermesi bu karar türüyle ilgili verilecek karar sayısının artacağına işaret olarak kabul edilebilir. Öte yandan bu tür kararlar verilmesinin anayasa yargısının etkinliğinin arttırılmasına katkı sunacağı düşünülmektedir. Bu nedenlerle diğer norm türleri bakımından olduğu gibi bu çalışmanın konusu olan CBK'lar yönünden de gündeme gelecek açıkça dayanaktan yoksunluk kararı üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır.

Yukarıda açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermenin anayasal temeli tartışılmış idi. Dolayısıyla anılan husus tekrar edilmeyecek, burada bu karar türünün hangi durumlarda verilebileceği, bunun mahiyeti ve sonuçları ile anayasa yargısı bakımından önemi üzerinde durulacaktır.

1.1.1.6.1. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararı Verilmesinin Şartları

Bir kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edildiğinde bir gerekçeye dayanılması bir başka ifadeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin bir tezin ileri sürülmesi

[489] AYM, E.2018/63, K.2018/38, 02/05/2018, § 9.

[490] Bu konuda Gözler'in açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle red kararı verilebileceğini öngören 6216 sayılı Kanun'daki kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürdüğünün hatırlatılması gerekir (**Gözler,** (2019a), s.1148-1149).

gerekmektedir. Ancak 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince kuralın Anayasa'ya aykırılığı yönünde ileri sürülen her gerekçe usulüne uygun bir başvuru için yeterli kabul edilmemekte, söz konusu gerekçenin belli bir mantıki tutarlılık temeline/kanıtlarına sahip olması gerekmektedir. Bu çerçevede söz konusu başvuru incelendiğinde gerekçede gösterilen dayanakların dolaylı bir yorum yapmaksızın daha ilk bakışta açıkça temelsiz olduğu anlaşılabiliyor ise Anayasa Mahkemesine usulüne uygun yapılmış bir itiraz başvurusundan söz edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda başvurunun açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle reddedilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması gereğini şöyle formüle etmektedir: İtiraz başvurusu yapıldığında başvuru kararında gösterilen gerekçenin "*hem iptali talep edilen kuralın hukuki niteliğiyle hem de aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa hükümleriyle detaylı bir incelemeye gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabilen uyumsuzluğunun"* bulunmaması gerekir.[491]

Buna göre Mahkemenin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararıyla ilgili iki boyuta işaret ettiği söylenebilir. Bunlardan birincisi başvuruda kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin gösterilen gerekçenin Anayasa hükümleriyle, ikincisi ise iptali talep edilen kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir uyumsuzluk içerisinde olmasıdır. Bu şartlar kümülatif değildir. Bunlardan herhangi birisi gerçekleştiğinde başvurunun reddine karar verilecektir.

Açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilmesi koşullarının uygulamada nasıl ortaya çıktığını yine Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden takip etmek mümkündür. Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi bugüne kadar bu konuda sınırlı sayıda karar vermiştir. Aşağıda verdiği bu kararlardan ilk ikisi incelenecektir.

Kararlardan ilki 12/11/2020 tarihli ve E.2020/84, K.2020/64 sayılı karardır. Bu kararda İstanbul 9. Asliye Ceza Mahkemesince 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 2/12/2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle eklenen ek 5. maddenin (1) numaralı fıkrasının "*…10 uncu maddesi hükümleri Bakanlıkça yapılan merkezi sınavlar hakkında da uygulanır.*" bölümünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

İptali talep edilen kuralın da yer aldığı söz konusu fıkra şu şekildedir (İptali talep edilen kural altı çizili olarak gösterilmiştir):

[491] Bkz. AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020 § 6; E.2020/92, K.2020/71, 12/11/2020 § 9.

"(1) 17/2/2011 tarihli ve 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 7 nci maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları, 8 inci maddesinin dördüncü fıkrası, 9 uncu maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, yedinci ve sekizinci fıkraları ile zorunlu öğretim kapsamında öğrenim gören öğrenciler hariç 10 uncu maddesi hükümleri Bakanlıkça yapılan merkezi sınavlar hakkında da uygulanır."[492]

[492] 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesi ise şöyledir:

"*Ceza hükümleri*

MADDE 10- (1) Başkanlık tarafından yapılan sınavlarla ilgili olarak, sınav sorularının hazırlanma sürecinden başlamak üzere, görevlendirilen kişiler, başka bir kamu kurumunda veya özel kuruluşta görevli olup olmadığına bakılmaksızın, bu Kanun hükümlerine göre ifa ettiği görev bakımından, kamu görevlisi sayılır.

(2) Bu Kanun hükümlerine göre gizli olan bilgileri, hukuka aykırı olarak elde eden veya elinde bulunduran kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu bilgileri ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Başkanlık tarafından yapılan sınavlarda;

a) Ses veya görüntü nakleden cihaz kullanmak suretiyle kopya çeken veya bu suretle kopya çekilmesine aracılık eden,

b) Başka bir adayın yerine sınava giren veya kendi yerine bir başkasının sınava girmesine katkı sağlayan,

c) Bireysel veya toplu olarak kopya çeken veya Kopya çektirilmesine imkân sağlayan,

kişi; fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Sınav sonuçlarını adayın lehine veya aleyhine olacak şekilde değiştiren kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(5) (Değişik birinci cümle: 2/12/2016-6764/72 md.) Sınavda kopya çektiği veya bu yönde fiiller işlediği tespit edilen adayın sınavı ile çok oturumlu sınavlarda oturumların herhangi birinde kopya çektiği veya bu yönde fiiller işlediği tespit edilen adayın bu oturumlardan oluşan sınavı iptal edilir. Bu aday ve başkasının yerine sınava giren kişi, sınavın yapıldığı tarihten itibaren iki yıl süreyle Başkanlık tarafından yapılan hiçbir sınava ve yerleştirmeye aday olarak başvuramaz ve giremez. Sınavı iptal edilenlerin, iptal kararı verilmeden önce, bu sınavdaki veya yasaklılık süresi içinde girmiş olduğu Başkanlıkça yapılan bir sınavdaki başarısına dayalı olarak bir kamu görevine atanmış veya sair bir hak iktisap etmiş olması hâlinde, ilgili kurum yetkilileri tarafından görevine derhal son verilir ve kendisine sağlanan hak geri alınır. Bu fıkrada yer alan hükümler ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda yer alan fiilleri işleyen adaylar hakkında da uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Bu suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(7) Gizlilik ihlali suretiyle soruların elde edilmiş olmasından yararlanarak kopya çektiği için kendisiyle ilgili sınavın iptaline karar verilen adayın, soruların kimler tarafından temin edildiği ve ne suretle eline geçtiği hususunda bilgi vermesi hâlinde, Yönetim Kurulu kararıyla, sınava giriş yasağının süresi kısaltılabileceği gibi yasak tamamen de kaldırılabilir.

(8) Bu Kanun hükümlerine göre kamu görevlisi sayılan kişiler hakkında, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre, soruşturma izni kararı vermeye ÖSYM Yönetim Kurulu; Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında ise Yükseköğretim Genel Kurulu yetkilidir.

İtiraz konusu kuralda Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının yaptığı merkezî sınavlarda uygulanması öngörülen ve 6114 sayılı Kanunu'nun 10. maddesinde belirtilen suç ve ceza hükümlerinin Millî Eğitim Bakanlığınca yapılan merkezi sınavlarda uygulanması hüküm altına alınmaktadır.

Başvuru kararında Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca suç ve cezaların ancak kanunla düzenlenebileceği, buna göre suç ve ceza hükümlerinin KHK'yla öngörülmesinin mümkün olmadığı, ancak itiraz konusu kuralın KHK'yla düzenlendiği gerekçesiyle kuralın Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruda özetle şu değerlendirmeyi yaparak başvurunun reddine karar vermiştir:

İtiraz konusu kural 652 sayılı KHK metninde yer almasına rağmen KHK'yla düzenlenmemiş, 2/12/2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle düzenlenerek KHK metnine eklenmiştir. Dolayısıyla kuralın hukuki niteliğinin KHK değil kanun olduğu açıktır. Bu itibarla *kuralla Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olarak kanunla yapılması gereken bir işlemin KHK'yla yapıldığı* yönündeki gerekçe açıkça temelsiz olduğundan başvurunun 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince reddedilmesi gerekir.[493]

Buna göre Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca bir suç veya ceza hükmünün KHK'yla düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışmasından bağımsız olarak söz konusu kural yönünden gösterilen gerekçenin kuralın hukuki mahiyetiyle bağdaşmadığı, dolayısıyla kuralın hukuki mahiyetine verilen bu yanlış anlama dayanarak oluşturulan gerekçenin temelsiz olduğu, böyle temelsiz bir gerekçeye dayalı başvurunun esasına geçilemeyeceği sonucuna ulaştığı söylenebilir.

Mahkeme bu konudaki ikinci kararını ise 10/12/2020 tarihli, E.2020/92 ve K.2020/71 sayılı kararla vermiştir.

Anılan başvuruda itiraz yoluna başvuran Mahkeme, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin dördüncü fıkrasının, 30. maddesinin ve 12/1/2011 tarihli ve 6100

---

(9) (Ek: 2/12/2016-6764/72 md.) 9 uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan görevlilerin kimlik bilgilerini, deneme sorularını veya sınavın devam ettiği süre içinde sınavlarda sorulan soruları aynen veya değiştirerek herhangi bir ortamda paylaşan, ifşa eden, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan veya işleyenler hakkında beşbin Türk lirası idari para cezası uygulanır. Fiilin tekerrürü hâlinde ceza her defasında bir kat artırımlı olarak uygulanır. İdari para cezası, 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan yükümlülükleri ve bu Kanunun 10 uncu maddesindeki ceza hükümlerinin uygulanmasını ortadan kaldırmaz. İdari para cezalarına ilişkin karar Yönetim Kurulu tarafından verilir. İdari para cezalarına karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme Başkanlık merkezinin bulunduğu yerdeki idare mahkemeleridir. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ödenir."

[493] AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020 § 11.

sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 11., 12., 13., 36., 37., 138. ve 141. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

492 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 16. ve 30. maddeleri şöyledir (İptali talep edilen kurallar altı çizili olarak gösterilmiştir):

Madde 16

"Değer esası:

Değer ölçüsüne göre harca tabi işlemlerde (1) sayılı tarifede yazılı değerler esastır. Müdahelenin men'i tescil ve tapu kayıt iptali gibi gayrimenkulün aynına taallük eden davalarda gayrimenkulün değeri nazara alınır.

Gayrimenkulün aynına taallük eden davalarda ecrimisil ve tazminat gibi taleplerde de bulunulduğu takdirde harc, gayrimenkulün değeri ile talebolunan tazminat ve ecrimisil tutarı üzerinden alınır.

Değer tayini mümkün olan hallerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburidir. Gösterilmemişse davacıya tesbit ettirilir. Tesbitten kaçınma halinde, dava dilekçesi muameleye konmaz.

Noksan tesbit edilen değerler hakkında 30 uncu madde hükmü uygulanır."

Madde 30-

"Noksan tesbit edilen değer üzerinden harcın ödenmesi:

Muhakeme sırasında tesbit olunan değerin, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunur, takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmaz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409 uncu maddesinde gösterilen süre içinde dosyanın muameleye konulması, noksan olan harcın ödenmesine bağlıdır."

6100 sayılı Kanun'un itiraz konusu 109. maddesi şöyledir:

"Kısmi dava

MADDE 109- (1) Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir."

Başvuru kararında 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesi gereği talep konusunun bölünebilir olduğu durumlarda sadece bir kısmının dava konusu edilebileceği hükmüne yer veriliği hâlde 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca harcın noksan tespit edildiği durumlarda aynı Kanun'un 30. maddesinin uygulanması gerektiğinin ifade edildiği, 30. madde uyarınca ise muhakeme sırasında tespit olunan değerin, dava dilekçesinde bildirilen değerden

fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunacağı ve takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmayacağının öngörüldüğü belirtilerek söz konusu kurallar arasında çelişki bulunduğu, bunun kişilerin hukuki güvenliklerini zedelediği iddia edilmiş, dolayısıyla kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.[494]

Anayasa Mahkemesinin anılan kararında da belirtildiği üzere " *492 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca dava açılması harca tabidir. Kanun'un 28. ve 55. maddelerine göre dava açılırken karar ve ilam harcının bir kısmı ile başvurma harcı peşin olarak ödenir. Kanun'un 15. ve devamı maddelerinde konusu para olan davalarda yargı harçlarının değer ölçüsüne göre nispi esas üzerinden alınacağı belirtilmiştir. Harca esas dava değerini ise dava edilen alacak tutarı oluşturur. Bu itibarla kısmi eda davalarında bu değer edaya konu değer olup talep konusu olmayan fazla kısımla ilgili olarak harç talep edilemez."*[495] Nitekim 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesinde talep konusunun bölünebilir olduğu durumlarda sadece bir kısmının dava konusu edilebileceği vurgulanarak davanın kısmi olarak açılmasına açıkça imkân tanınmıştır. Dolayısıyla kısmi eda davası bakımından dava değerini bölünen alacak tutarı oluşturmakta olup bu miktar ödenmiş ise burada 492 sayılı Kanun'un 16. ve 30. maddeleri uyarınca noksan bir harçtan söz edilemez. Bu itibarla 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun itiraz konusu yukarıdaki hükümleriyle 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesi arasında itiraz başvurusunda iddia edildiği gibi bir çelişkinin değil aksine tam bir uyumun olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de yukarıda belirtilen hususlara vurgu yapmak suretiyle 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesi yönünden yapılan başvurunun açık bir şekilde dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesinin her iki kararında da itiraz başvurusunda gösterilen gerekçenin iptali talep edilen kuralların hukuki niteliğiyle açık bir uyumsuzluk içerisinde bulunmasına dayalı olarak ret kararı verdiği anlaşılmaktadır. Ancak anılan başvurularda söz konusu olmasa da Anayasa Mahkemesinin işaret ettiği üzere gerekçenin Anayasa hükümleriyle açık bir uyumsuzluk içerisinde olduğu durumlarda da açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verileceğinden hangi durumda bu koşula aykırılığın oluşacağının tartışılmasında fayda bulunmaktadır.

---

[494] AYM, E.2020/92, K.2020/71, 12/11/2020 § 13.

[495] AYM, E.2020/92, K.2020/71, 12/11/2020 § 4.

Gösterilen gerekçe ile Anayasa hükmü arasında açık bir uyumsuzluktan söz edilebilmesi için söz konusu uyumsuzluğun tartışmaya açık olmayacak netlikte olması ve dolaylı bir yoruma ihtiyaç bulunmaksızın ilk bakışta anlaşılabilmesi gerektiği söylenebilir. Buna göre Anayasa hükmüne verilebilecek farklı anlamlardan/yorumlardan birinin tercih edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesinin içtihadına uygun olmayan yoruma dayanarak bir başvuru yapıldığında bunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira bu durumda Kanun'un aradığı anlamda açık bir uygunsuzluktan bahsetmek mümkün değildir.

Bu bağlamda örneğin Anayasa Mahkemesi KHK'ya ilişkin içtihadında Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda KHK ile düzenleme yapılmasını Anayasa'ya aykırı görmemektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca memurların atama usullerinin KHK'yla düzenlendiği ve söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğuna dayanan bir başvuru yapıldığında bu başvurudaki gerekçenin Anayasa'nın 128. maddesiyle açıkça uyumsuzluk içinde olduğu nedeniyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira objektif olarak Anayasa'nın 128. maddesini Anayasa Mahkemesinin kabulünden farklı şekilde yorumlamak mümkündür.

Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin içtihadının yanlış olması veya bizzat Yüksek Mahkemenin önceki içtihadından dönebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilecek ret kararının kapsamının bu kadar genişletilmesi kanun metnine ve bu kurumun öngörülmesi amacına aykırı olabileceği gibi Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği kararları tekrar gözden geçirmesini engellemek suretiyle içtihadın geliştirilmesini de engelleyebilir.

Gösterilen gerekçe ile Anayasa hükmü arasında açık bir uyumsuzluğa ilişkin olarak şöyle bir örnek verilebilir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre görev, yetki ve hakları bakımından kanunla düzenleme ilkesine tabi olan kişiler memur ve diğer kamu görevlileri olup özel sektörde çalışan işçilerin bu hüküm kapsamında kalmadıkları açıktır. Durum böyle olmasına rağmen özel sektörde çalışan işçilerin grev haklarıyla ilgili olarak bir normun Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kanuni düzenleme ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönünde bir başvuru yapıldığında buradaki başvuruda gösterilen gerekçe ile Anayasa hükmü arasında açık bir uyumsuzluk söz konusu olacaktır. Dolayısıyla böyle bir başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddedilmesi gerekecektir.

Bu başlık altındaki açıklamalara son verilmeden önce şu hususun da belirtilmesi gerekir. Açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilebilmesi için başvuruda gösterilen her bir gerekçe yönünden yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bir başka ifadeyle itiraz başvurusunda kuralın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin birden fazla gerekçeye dayanılmış ancak bu gerekçelerden herhangi birisi açıkça dayanaktan yoksun değil ise artık başvuru hakkında açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilemez.

Açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararının hangi durumda verilebileceği ve bu konudaki Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı incelendikten sonra bu kararın niteliği, sonuçları ve anayasa yargısı açısından önemi üzerinde de kısaca durulmalıdır.

1.1.1.6.2. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararının Niteliği ve Sonuçları

Açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilen ret kararı Anayasa Mahkemesine usulüne uygun bir başvurunun yapılabilmesi için kanunda öngörülen şartın yerine getirilmemesine ilişkindir. Dolayısıyla bu kararın işin esasına girilerek verilen bir karar değil Anayasa Mahkemesine başvuru usulüne ilişkin bir ret kararı olduğu açıktır. Bu nedenle böyle bir karar verilmiş olmasının gerek başvurusu reddedilen Mahkeme gerekse de diğer mahkemelerce aynı kurala ilişkin yeni bir başvuru yapılmasına engel teşkil eden bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de anılan kararlarında bu hususu şöyle vurgulamıştır:

> *"Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz" hükmüne yer verilmiş, 6216 sayılı Kanun'un "Başvuruya engel durumlar" başlığını taşıyan 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da aynı hüküm tekrarlanmıştır. Açık bir şekilde dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilen ret kararı, işin esasına girilerek verilen kararlardan olmadığından, niteliği gereği aynı kurallar için yeniden yapılacak başvurulara engel oluşturmaz."*[496]

Öte yandan söz konusu kararın usule ilişkin bir karar olmasına rağmen bunun 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen başvuru yöntemine aykırılığa ilişkin kararlardan olmadığının belirtilmesi gerekir. Zira 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde yönteme aykırılık halleri sayılmış olup CBK kuralına ilişkin itiraz başvurularında iptali istenen

[496] AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020 § 7; E.2020/92, K.2020/71, 12/11/2020 § 11.

kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslının, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin, dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerinin bulunmaması durumunda Anayasa Mahkemesince başvurunun "*yöntemine uygun olmadığından esas incelemesine geçilmeksizin*" reddine karar verilmesi gerekmektedir.[497]

Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca itiraz başvurusunda bulunulabilmesi için ya dava mahkemenin re'sen kuralı Anayasa'ya aykırı görmesi ya da taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması gerekmektedir. Ancak her iki halde de Mahkeme hâkimlerinin anılan sonuçlara kendi iç dünyasında ulaşmasının hukuki bir değeri bulunmayıp bunların olgusal temelde hukuki olarak ortaya konulması icap etmektedir. Bir başka ifadeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunun anayasal hükümler temelinde savunulabilecek düzeyde dava mahkemesi tarafından gerekçelendirmesi gerekmektedir. Bu çerçevede başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması Anayasa'ya uygun bir başvuru yapılmasının şartlarından biri olup 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen yönteme ilişkin bir sorun değildir.

Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasında da "*Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.*" hükmüne yer verilmek suretiyle açık şekilde dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilen ret kararlarının yönteme uygun olmayan başvurular nedeniyle verilen ret kararlardan farklı olduğu ifade edilmiştir.

1.1.1.6.3. Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararının Anayasa Yargısı Bakımından Önemi

Anayasa Mahkemesinin 2020 yılına kadar vermediği bu karar türünün itiraz başvuruları yönünden anayasa yargısının etkinliğinin arttırılmasına ciddi bir katkı sunacağı değerlendirilmektedir. Zira soyut norm denetimi ile kuralın Anayasa'ya aykırılığını ileri sürebilme imkânı var iken ayrıca somut norm denetimi yoluyla da kuralın Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesine imkân tanınması ihtiyacı çoğu zaman kuralın henüz uygulanmadığı dönemde soyut olarak ortaya çıkmamış veya bu aşamada öngörülemeyen sorunların uygulama sırasında somut olarak ortaya çıkabileceği ve Anayasa'ya aykırılığın kolay

[497] Keza 6216 sayılı Kanun'un 41. maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca bir CBK kuralına ilişkin itiraz yoluna başvurulduktan sonra aynı kuralın uygulanacağı başka dava dosyaları yönünden yapılmış olan itiraz başvuruları hakkında da anılan kararın verilmesi icap etmektedir.

bir şekilde tespit edilebileceği düşüncesine dayanmaktadır.[498] Bir başka ifadeyle çoğu zaman kuralın Anayasa'ya aykırılığının uygulamada daha açık bir şekilde görülebileceği söylenebilir. Dolayısıyla bu avantajın somut norm denetiminin varlık amaçlarından biri olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak bu yolun varoluş amacına uygun olarak etkin sonuçlar doğurabilmesi için kuralın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin yapılan başvuruların nitelikli olması gerekir. Aksi taktirde yukarıdaki örneklerde olduğu gibi kötü başvuruların yapılması ve Anayasa Mahkemesinin 2020 yılının Kasım ayından önce olduğu gibi bu başvuruları ilk incelemeden reddetmeyerek işin esasını incelemesi halinde bu temelsiz dolayısıyla hemen ilk bakışta elenebilecek gerekçelere dayalı olarak kuralın Anayasa'ya aykırılığını inceleme sorununu gündeme getirecektir.

Anılan başvurular sonrasında esastan verilen ret kararı üzerine aynı kurala ilişkin on yıl süreyle yeniden Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamayacağı da dikkate alındığında bu durumun gerçek anayasal sorunların ortaya konulduğu başvuruların yapılmasını engelleyen bir fonksiyon icra edeceği açıktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin 6216 sayalı Kanun'un 40. maddesinde yer alan açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilmesi hükmünü uygulayarak bu yönde kararlar vermeye başlamasının ve bunu sürdürmesinin somut norm denetiminin öngörülmesiyle amaçlanan faydaların elde edilmesine önemli bir katkı sunacağı değerlendirilmektedir.

1.1.2. Esastan Ret Kararları

İptal davası ve itiraz başvurusunun incelenebilmesi için Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'da öngörülen usuli şartların yerine getirildiğinin tespit edilmesinden sonra Anayasa Mahkemesi CBK kuralının Anayasa'ya uygunluğunu esastan incelemeye geçmektedir. Mahkeme CBK kuralını esastan incelerken kuralla ilgili yapılan başvurunun Anayasa'da öngörülen usule uygun olarak Anayasa Mahkemesinin önüne getirilip getirilmediğine değil kuralda öngörülen düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını denetlemektedir.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi kanunlardan farklı olarak CBK kuralının esas incelemesini iki aşamada yapmaktadır. Bunlardan birincisi kuralın konu bakımından yetki yönünden, ikincisi ise içerik bakımından Anayasa'ya uygunluk incelemesidir. Dolayısıyla Mahkeme CBK kuralına ilişkin her iki yönden inceleme yapıp

---

[498] **Sağlam,** (2013), s.13-14.

kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaştığında konu bakımından yetki ve içerik bakımından iki ayrı ret kararı vermektedir. Aşağıda bu iki ret kararı incelenecektir.

1.1.2.1. Konu Bakımından Yetki Yönünden Ret Kararı

Konu bakımından yetki yönünden yapılan inceleme, esas denetimi kapsamında kalmakta ve bir CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürüldüğünde esas yönünden yapılan incelemede öncelikle kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olup olmadığı incelenmektedir.

CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlenmiş olup Anayasa Mahkemesi bu aşamada CBK kuralının yürütme yetkisine ilişkin konu kapsamında kalıp kalmadığını, yasak alanda (Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler konusunda) düzenleme öngörüp öngörmediğini, kuralla Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen veya kanunda açıkça düzenlenen konularda düzenleme yapılıp yapılmadığını denetlemekte ve CBK'nın bu fıkrada belirtilen kurallara aykırı düzenleme öngörmediği sonucuna ulaşırsa konu bakımından yetki yönünden iptal talebinin reddine karar vermektedir.

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin konu bakımından ret kararı verebilmesi için CBK kuralının 104. maddenin on yedinci fıkrasında geçen dört aşamalı testin tamamından geçebilmesi gerekir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetki yönünden yaptığı denetim *sadece* 104. maddenin on yedinci fıkrası kapsamında yapılmakta, bir başka ifadeyle sonuç yargısında kuralın sadece anılan fıkraya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Esasında bu hüküm kurulurken özellikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca *kuralın münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme öngörmemesi gereği* bakımından yapılan denetimde kuralın Anayasa'nın diğer hükümleriyle de ilgisi bulunduğundan kurala yönelik söz konusu Anayasa hükümleri yönünden de bir sonuç yargısına ulaşılması gerektiği düşünülebilir.

Bu bağlamda söz gelimi Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kanuniliği ilkesine yer verilmiştir. Buna göre idarenin kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. CBK kuralı ile herhangi bir kamu kurumunun teşkilatına ilişkin düzenleme yapıldığında CBK kuralının Anayasa'nın 123. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yapıp yapmadığı yönünden inceleme yapılacaktır.

İşte yapılan bu inceleme sonucunda *kuralın münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yapmadığı* sonucuna ulaşıldığında kuralın hem 123. maddeye hem de 104. maddenin on yedinci fıkrasına aykırı olmadığı yönünde değil sadece 104. maddenin on yedinci fıkrasına aykırı olmadığı yönünde sonuç yargısına ulaşılması gerekmektedir. Zira burada 104. madde testi yapılmakta olup bu testin yapılmasını gerektiren Anayasa maddesi, 123. madde değil 104. maddenin on yedinci fıkrasıdır. Kaldı ki pratik olarak da burada kuralın 123. maddesine aykırı olmadığı belirtildikten sonra içerik yönünden denetim yapılırken kuralın 123. maddeye aykırı olması durumunda bu sefer kuralın içerik yönünden aynı maddeye aykırı olduğunun belirtilmesi tutarlı olmayan sonuçlara ulaşıldığı izlenimi verebilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin de uygulaması bu yönde olup Yüksek Mahkemenin bugüne kadar verilen kararlarında kuralın Anayasa'nın 104. maddesi dışında bir maddeye de aykırı olduğu ileri sürüldüğünde Mahkeme aşağıda gösterilen formüle yer vermek suretiyle konu bakımından yetki yönünden yaptığı denetimi Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası kapsamında yapacağını açıkça vurgulamaktadır:

> *"24. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralların Anayasa'nın 128. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu hususlaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır."*[499]

1.1.2.2. İçerik Yönünden Ret Kararı

Anayasa Mahkemesi CBK kuralının konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaştığında bu sefer kuralı içerik bakımından incelmeye geçmektedir. İçerik denetimi, CBK kuralının konu bakımından yetki ve şekil denetimi dışında kalan yönlerden Anayasa'ya uygun olup olmadığının incelenmesini ifade etmektedir.

Bu bağlamda konu bakımından yetki yönünden yapılan denetimde Anayasa'nın belli konularda CBK çıkarmakla yetkilendirdiği yürütme organının bu yetkisini anılan konularla sınırlı olarak kullanıp kullanmadığı bir başka ifadeyle konu bakımından yetki sınırlarını aşıp aşmadığı, şekil denetiminde CBK kuralının Anayasa'da belirlenen usule uygun olarak vücut bulup bulmadığı incelenmekte iken içerik denetiminde anılan hususlar dışında kalan tüm yönlerden kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenmektedir.

Anayasa Mahkemesi içerik bakımından kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaştığında şu formülü kullanmaktadır:

[499] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 24.

"*…kuralın içeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,… karar verildi.*"[500]

1.1.3. Şekil Bakımından İptal Talebinin Reddi Kararı

Anayasa Mahkemesinin usulden ve esastan verilen ret kararları dışında üçüncü bir tür olarak şekil bakımından iptal talebinin reddi kararından söz edilebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere CBK kuralları diğer norm türlerinden farklı olarak sadece Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılabilmekte ve bu sürece Cumhurbaşkanı dışında kimsenin katılması söz konusu olmamaktadır.[501] Dolayısıyla *basit bir hukuki işlem* niteliği taşıyan[502] CBK yönünden şekil sakatlıklarının ortaya çıkması beklenen bir durum değildir. Bu nedenle CBK'nın şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığı sorununun pek gündeme gelmeyeceği değerlendirilmektedir. Nitekim bugüne kadar da pek çok CBK hakkında dava açılmasına rağmen CBK'nın şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığına ilişkin bir iddia ileri sürülmemiştir. Ancak yine de böyle bir iddiayla CBK kuralının iptali istenildiğinde ve Anayasa Mahkemesi tarafından CBK'nın şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşıldığında CBK'nın şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilecektir.

1.1.4. Yorumlu Ret Kararı

Belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesinin CBK bağlamında vereceği ret kararları üçe ayrılmaktadır. Bunlar usulden, esastan ve şekil bakımından verilen ret kararlarıdır. Anılan ayrımın veya sınıflandırmanın Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'dan kaynaklandığı söylenebilir.

Ancak burada yukarıda belirtilen ayrımla ilgili olmaksızın Anayasa Hukuku literatüründe yer alan yorumlu ret kararına da değinilecektir. Özellikle bu kararın gerekçesinin mahkemeler ve diğer kural uygulayıcıları açısından bağlayıcı olup olmadığı hususu bu karar türüyle ilgili ciddi bir anayasal soruna tekabül ettiğinden CBK bağlamında bu karar türü üzerinde durulmasının önemli bir ihtiyaç olduğu değerlendirilmektedir. Burada öncelikle genel olarak bu karar türünün mahiyeti ile tipik bir örneği üzerinde durulacak, akabinde bu tür kararların gerekçesinin bağlayıcılığı tartışılacak ve son olarak CBK bağlamında bugüne kadar Anayasa Mahkemesince verilen kararlardan yorumlu ret kararı olarak nitelendirilebilecek örnekler incelenmeye çalışılacaktır.

---

[500] Bkz. AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020.

[501] Aynı Yönde: **Atar,** (2019b) s. 252.

[502] **Gözler,** (2019a), s. 1120.

1.1.4.1. Mahiyeti ve Tipik Bir Örneği

Yorumlu ret kararı,[503] gerek iptal davası gerek ise itiraz başvurusunda iptali istenilen kurala verilen *belli bir yorum/anlam kaydıyla* kuralın Anayasa'ya uygun bulunması kararlarını ifade etmektedir.[504] Bu karar türünde Anayasa Mahkemesi "*Tereddütlü hükme Anayasa'ya uygun bir anlam atfeder*", böylece kuralı Anayasa'ya uygun bularak iptal talebinin reddine karar verir.[505] Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesinin kurala ilişkin yaptığı yorum kuralın iptal edilmeyerek ayakta tutulmasını sağlar.

Her ne kadar Gözler yorumlu ret kararı için "*Anayasa Mahkemesi bir kanun hakkında doktrinde ve uygulamada genel kabul görmüş yorumdan farklı bir yorum getirmektedir.*" [506] demek suretiyle bir kararın yorumlu ret kararı olarak nitelendirilebilmesi için kuralın *doktrinde ve uygulamada genel kabul görmüş yorumundan* farklı şekilde yorumlanması gerektiğini ima etmiş ise de aslında bunun tüm yorumlu ret kararları için zorunlu bir şart olmadığının belirtilmesi gerekir. Böyle bir kabul, yorumlu ret kararının kapsam alanının oldukça sınırlanması sonucunu doğurabilecektir. İptal davaları kuralın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde açılmakta olup Anayasa Mahkemesinin iptal davasında bir kuralı yorumladığı aşamada çoğu zaman kuralın nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin doktrin ve uygulama görüşü henüz ortaya çıkmamış olmaktadır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi sadece itiraz başvurularında değil iptal davalarında da yorumlu ret kararı verebilmektedir. Dolayısıyla yorumlu ret kararından söz edilebilmesi için bir kural hakkında "*doktrinde ve uygulamada genel kabul görmüş yorumdan farklı bir yorum getirilmesi"* ölçütünün değil, bunu da kapsayacak şekilde *bir kurala objektif olarak birden fazla anlam verilmesinin mümkün olması durumunda Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya uygun olan anlamı vermesi* ölçütünün esas alınması gerektiği söylenebilir.

Yorumlu ret kararını diğer ret kararlarından ayıran husus, yorumlu ret kararının tamamıyla iptali istenilen kuralın anlamlandırılmasına bağlı ret kararları yönünden gündeme gelmesidir. Buna göre kuralın Anayasa'ya aykırı bulunmaması kurala verilecek objektif

---

[503] Yorumlu ret kararlarının eleştirisi için bkz. **Arslan, Zühtü** (2008) "Anayasa Mahkemesinin 'Yorum Tekeli' Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 62-63; **Özbudun,** (2019), s. 411-412; **İba, Şeref** (2018) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, s.286-289.

[504] **Kaboğlu,** s. 310.

[505] **Gözler,** (2019a), s. 1213. Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesinin bir kanunun anlamıyla ilgili olarak bir treddüt/şüphe varsa kanuna Anayasa'ya uygun olan anlamın verilmesi gerektiği şeklinde genel bir yaklaşıma sahip olduğu kaydedilmiştir (**Oder, Bertil Emrah** (2010) Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, 1.Baskı, İstanbul, Beta, s. 123).

[506] **Gözler,** (2019a), s. 1216. Vurgu tarafımızca yapılmıştır.

anlamlardan herhangi birine öncelik verilmesi nedenine dayanmıyor ise artık bir yorumlu ret kararından söz edilemeyecektir.

Yorumlu ret kararına bazı örnekler verilmesi bu karar türünün mahiyetinin açıklanmasına katkı sunacaktır. Yorumlu ret kararlarına gösterilebilecek en iyi örneklerden birinin Anayasa Mahkemesinin 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "., *bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz*." ibaresi ile aynı Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının incelenmesi sonucu verilen ret kararı olduğu söylenebilir.[507]

2937 sayılı Kanun'un 28. maddesinin iptali talep edilen ibareleri de içeren birinci fıkrasında Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talebin öncelikli olarak yerine getirileceği, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun'un ek 1. maddesinin iptali istenilen ikinci fıkrasında ise Kanun'un 6. maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre (MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden) kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağı bir başka ifadeyle cezai ve hukuki sorumluluklarının doğmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kurallarla ilgili olarak öncelikle şu tespiti yapmıştır:

"*Kurallarla anılan kişilerin MİT'in istemi doğrultusunda yerine getirdiği her türlü talep, faaliyet, görev ve yardımlar, bu çerçevede olası kanun dışı hatta suç teşkil eden eylemler yönünden sorumlu olmayacaklarının öngörüldüğünün kabul edilmesi hâlinde kuralların başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere birçok anayasal ilke ve kurala aykırılık teşkil edeceği açıktır.*"[508]

Görüldüğü üzere Mahkeme bu değerlendirmesiyle kurallara verilebilecek birden fazla anlam olduğunu kabul etmiş ve kurallarla anılan kişilerin yerine getirdikleri her türlü talebin bu çerçevede yasa dışı ve suç teşkil eden eylemlere konu taleplerin dahi karşılanmasının sorumsuzluk kapsamında kaldığının kabul edilmesi halinde kuralların Anayasa'ya aykırı olacağını baştan tespit ederek kuralların anlam ve kapsamına göre ulaşılacak sonucun farklılaşacağını vurgulamıştır.

[507] Bkz. AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015.

[508] AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015 § 179.

Mahkeme kararın devamında yaptığı değerlendirmelerle kuralların yukarıdaki şekilde anlamlandırılmasının isabetli olmayacağını şöyle gerekçelendirmiştir:

"*180. …kuralların lafzı ve yer aldığı Kanun'un diğer hükümleriyle birlikte taşıdığı anlam ve kapsam dikkate alındığında, kurallardan böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.*

181. Zira Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın MİT'in tüm taleplerinin yerine getirileceği öngörülmemekte, sadece "Bu Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde" yapılan taleplerin yerine getirileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, 6. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin tüm fiillerinin değil, bu fiillerden sadece MİT'in görevleri kapsamında kalanlarının hukuki ve cezai sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla Kanun'la MİT'e verilen görev ve yetkiler dışında MİT'in herhangi bir kişi veya kuruluştan talepte bulunması mümkün olmadığı gibi, MİT'in Kanun'da belirtilen görevleri dışında kalan fiiller yönünden herhangi bir kimseye hukuki ve cezai bağışıklık tanınması da mümkün değildir. Kanun'da, MİT'e hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre, dava konusu kurallar uyarınca MİT'in haksız fiil teşkil eden yasa dışı taleplerini veya suç teşkil eden taleplerini yerine getirenlerin ve MİT'e görev ve faaliyetlerinde yardımcı olanların haksız fiil teşkil eden eylemlerinden veya suç teşkil eden fiillerinden sorumlu olacaklarının ve kuralların buna engel olan bir yönünün bulunmadığının kabulü gerekir."[509]

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi dava konusu kuralları, Kanun'un konuyla ilgili diğer kurallarını da dikkate alarak anlamlandırmış ve anılan hükümler dikkate alındığında kurallarda MİT'in her türlü talebinin değil sadece MİT'in kanunda hüküm altına alınan görev ve yetkilerinin yerine getirilmesi kapsamında kalanlarının karşılanması gerektiğine, dolayısıyla sadece bunlar yönünden hukuki ve cezai sorumluluk doğmayacağına hükmetmiştir. Keza MİT'in istihbari faaliyet için görevlendirilenlere de sadece 2938 sayılı Kanun uyarınca birtakım görevler verebileceği ve görevlendirilen kişilerin ancak Kanun'a uygun fillerinin hukuki ve cezai sorumsuzluk kapsamında kalacağını ifade etmiştir.

Mahkeme, 2938 sayılı Kanun'un MİT'in haksız fiil veya suç teşkil eden eylemler yönünden kimseden talepte bulunmasına ve kimseyi görevlendirmesine izin vermediği ve

[509] AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015 §§ 180-181.

hukuk devletinde bir kanunla böyle bir yetki verilemeyeceğine göre kuralların başka şekilde yorumlanmasının doğru olmayacağına karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme Kanun'un izin vermemesine rağmen olası herhangi bir haksız fiil veya suç teşkil eden talebi yerine getirenlerin veya MİT'e görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların haksız fiil ve suç teşkil eden eylemleri nedeniyle hukuki ve cezai sorumluluklarının doğacağını ve dava konusu kuralların buna engel bir yönünün bulunmadığını vurgularken aksinin neden kabul edilemeyeceğini ise şöyle gerekçelendirmiştir:

> *"182. Aksi takdirde Anayasa ve kanunların hiç kimseye, bu çerçevede Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM üyeleri ve konu bağlamında MİT'in görev ve yetkilerini doğrudan yerine getiren görevlilerine bile vermediği bir bağışıklığı, MİT'in görevlendirdiği veya talepte bulunduğu kişilere tanıdığını kabul etmek gerekir ki bunun, başta kuralların yer aldığı Kanun'un genel mantığı olmak üzere hukuk anlayışı ve sistematiğiyle bağdaştırılması olanaksızdır."*

Buna göre Anayasa Mahkemesinin, lafzı dikkate alındığında anlamı ve kapsamı konusunda ilk bakışta tereddüt oluşturabilecek kurallara yine Kanun'un lafzından yola çıkarak ve sistematik yorum yöntemini kullanarak Anayasa'ya uygun olan anlamı atfettiği ve böylece kuralı Anayasa'ya uygun bulduğu anlaşılmaktadır. Ancak Mahkemenin yorumuna göre eğer dava konusu kurallarla haksız fiil ve suç teşkil eden eylemlere bağışıklık öngörülmüyor ise bir başka ifadeyle mevcut kanunlar çerçevesinde dava konusu kurallar bulunmasaydı da anılan kişiler zaten sorumlu olmayacaklar ise o halde bu kurallara neden ihtiyaç duyulduğu sorusu gündeme gelmektedir. Mahkeme bu soruyu ise şöyle cevaplandırmıştır:

> *"183. Dava konusu kuralların düzenlenme ihtiyacının, MİT'in görev ve yetkilerinin özelliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. MİT'e verilen yetki ve görevler, kural olarak yasaklanmış olan ancak Kanun'un verdiği açık yetki nedeniyle hukuka uygun hale gelen fiilleri içerebilmektedir. MİT görevlilerinin Kanun'da kendilerine verilen yetkiye istinaden birtakım faaliyetler yürütmesi, bu çerçevede örneğin 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bazı suçlara mahsus olmak üzere kural olarak gizli olan soruşturma dosyalarından bilgi ve belge istemeleri mümkün bulunmakta ve MİT görevlilerinin bu yetkilerini kullanma noktasında herhangi bir tereddütleri bulunmamaktadır. Ancak aynı durum, bu talepleri karşılamak zorunda olan kişiler yönünden, verilen örnek bağlamında soruşturma savcıları yönünden geçerli değildir. Zira soruşturma savcısının, 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bu bilgileri verme yükümlülüğü bulunduğu gibi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca soruşturmanın gizliliğini sağlama zorunluluğu da*

bulunmaktadır. Dolayısıyla soruşturma savcısının kanunun kendisine yüklediği iki yükümlülükten birini tercih etmesinin sorumluluğuna neden olabileceği, verilen örnek bağlamında anılan bilgilerin MİT'e verilmesi nedeniyle sorumlu tutulabileceği yönünde tereddütleri bulunabilir. Aynı şekilde yasa dışı bir terör örgütünün yapacağı olası eylemlerden önceden haber alınabilmesi amacıyla örgüte üye olan bir MİT görevlisinin "örgüte üye olma" fiilinin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Ancak aynı durum kamu görevlisi sıfatı bulunmayan ve MİT'in görevlendirdiği kişiler yönünden bu ölçüde açık ve belirgin değildir. Kanun'un ek 1. maddesindeki kuralla MİT'in görevlendirdiği veya yardımını talep ettiği kamu görevlisi olmayan kişilerin de MİT'in görev ve yetkisi kapsamında kalan yardım ve faaliyetlerden tıpkı MİT görevlileri gibi sorumlu olmaması esasının sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla, dava konusu kurallarla yapılan düzenlemelerin, bu gibi tereddütleri gidermeye yönelik olduğu anlaşılmakta olup bunların kuralların düzenlenişi için makul nedenler olmadığı söylenemez."

Buradan hareketle şunu söylemek mümkündür. Yorumlu ret kararı verilirken dikkat edilecek hususlardan birisi de kuralı Anayasa'ya uygun hale getiren yorumun hukuken savunulabilir olmasıdır. Bir başka ifadeyle kurala Anayasa'ya uygun şekilde verilen anlam hukuken verilebilir bir anlam olmalıdır. Kural hukuken savunulabilir şekilde objektif olarak Anayasa'ya uygun olarak yorumlanmaya müsait değil ise bu şartlarda böyle bir kararın verilmemesi gerekir. Aksi durum kararın keyfi şekilde verildiği eleştirilerine neden olacaktır.

1.1.4.2. Yorumlu Ret Kararındaki Gerekçenin Bağlayıcılığı Sorunu

Yorumlu ret kararıyla ilgili olarak tartışılması gereken esaslı meselelerden birisi de bu kararlarda kuralın anlamıyla ilgili Anayasa Mahkemesinin yaptığı yoruma diğer mahkemelerin ve kural uygulayıcılarının uyma mecburiyetinin bulunup bulunmadığıdır.

Anayasa Mahkemesine göre Mahkemenin kararlarında gösterdiği gerekçe de mahkemeler ve diğer kural uygulayıcılar bakımından bağlayıcıdır. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin yaklaşımı şöyledir:

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulurdurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere yasama ve yürütme, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır.

Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler."[510]

Doktrinin ekseriyetinin de Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararındaki gerekçelerin mahkemeler ve diğer kural uygulayıcılarını bağladığını kabul ettiği söylenebilir. Bu çerçevede Özbudun yorumlu ret kararlarının "*diğer mahkemeleri, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri*" bağladığını ifade etmiştir.[511] Kaboğlu'na göre yorumlu ret kararı "*söz konusu yasayı uygulayacak başka mahkemelerin yorum ve uygulamalarıyla, yürütme makamlarını etkilemektedir.*"[512] Aliefendioğlu'na göre de "*Anayasa'ya aykırı bulunmayan kuralın, yasa koyucu tarafından yapıldığı andaki anlamını aynen devam ettirdiği söylenemez. Kural Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanarak yeniden biçimlenmiş olur.*"[513]

Ancak doktrinde farklı görüş de bulunmaktadır. Doktrinde Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararının diğer mahkemeler açısından bir bağlayıcılığının bulunmadığı, zira bu ret kararıyla diğer ret kararları arasında bir fark olmadığı, her iki durumda da iptal talebinin reddedilerek iptali istenilen kuralın yürürlükte kalmaya devam ettiği, bu şekilde mahkemelerin yürürlükte kalan kuralı somut olaylara uygularken bunları bağımsız olarak yorumlayacağı, Anayasa Mahkemesinin adli ve idari yargı mercilerinin üst yargı kuruluşu olmadığı, dolayısıyla mahkemelerin bu konuda Anayasa Mahkemesinin yorumuyla kendilerini sınırlamalarını gerektiren bir durumun bulunmadığı, yorumlu ret kararında yorumun hükümde değil gerekçe kısmında yapıldığı, diğer Mahkemelerin ise Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçeleriyle değil hüküm kısmıyla bağlı olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca iptal kararlarının aksine Anayasa Mahkemesinin ret kararlarının kesin hüküm etkisine ve bağlayıcılığına sahip olmadığı, dolayısıyla teorik olarak da yorumlu ret kararındaki yorumun diğer mahkemeleri bağlamayacağı, öte yandan bu yönde bir kabulün Anayasa'nın 138. maddesine belirtilen Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine de aykırı olacağı değerlendirilmiştir.[514]

---

[510] AYM, E.1998/58, K.1999/19, 27/05/1999. Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. AYM, E.1996/51, K.1998/17, 13/05/1998.

[511] **Özbudun,** (2019), s. 411-412. Özbudun, "*Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığından, bu tür yorum kararları bu yasayı uygulayacak başka mahkemelerin yorumlarını ve uygulamalarını ve yürütme makamlarını etkilemektedir*" demek suretiyle anılan kararların kuralı uygulamakla yükümlü mahkemeleri ve yürütme makamları tarafından dikkate alınması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur (**Özbudun Ergun/ Aliefendioğlu, Yılmaz** (1988), "Türkiye Raporu", Anayasa Yargısı (VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: 26-30 Nisan 1987, Lizbon), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, s. 187).

[512] **Kaboğlu**, s. 370.

[513] **Aliefendioğlu,** (1996), s. 311.

[514] **Gözler,** (2019a), s. 1217, 1218. Yorumlu ret kararının bağlayıcı olmadığı konusunda aynı yönde bkz. **Döner, Ayhan (2008)** "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 222-225. Genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarındaki gerekçenin bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. **Hakyemez, Yusuf Şevki** (2008) "Anayasa Mahkemesi

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin ve doktrinin ekseriyetinin kabul ettiği üzere Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararlarının mahkemeler ve diğer uygulayıcılar bakımından dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede yukarıdaki görüşlere en azından yorumlu ret kararı bakımından katılmak mümkün görünmemektedir.

Türk hukuk sisteminde bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığına karar verme yetkisi münhasıran Anayasa Mahkemesine tanınmıştır. Bir başka ifadeyle merkezi Anayasa Mahkemesi sistemini kabul eden Anayasa'mıza göre bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığına Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer mahkemelerin karar verme yetkisi bulunmamaktadır.[515] Bu durumda yorumlu ret kararı ile Anayasa Mahkemesinin anılan yetkisinin *niteliği* dikkate alındığında yorumlu ret kararındaki gerekçelerin diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olmadığının veya en azından bunların gözetilmesinin gerekmediğinin ileri sürülmesi birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olacaktır:

Bu bağlamda öncelikle yorumlu ret kararında Anayasa Mahkemesi bir kuralı ancak belli bir yorum kaydıyla Anayasa'ya uygun bulduğundan bu kaydın dışına çıkılması sonucunu doğuran her türlü yorumun kuralın Anayasa'ya aykırı uygulanmasına izin verilmesi sonucunu doğuracağının göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu çerçevede mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararıyla bağlı olmaksızın kuralı Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği kayıt dışında yorumlayabileceklerinin kabul edilmesi durumunda kuralın Anayasa'ya aykırı haliyle önlerindeki uyuşmazlığa uygulanması gündeme gelecek ancak bunların kuralı iptal veya ihmal etme yetkileri bulunmadığından kuralın iptalini sağlamak için Anayasa Mahkemesine başvurmak dışında bir seçenekleri de bulunmayacaktır. Ancak zaten bu konuda Anayasa Mahkemesi bir ret kararı vermiş olduğundan Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca böyle bir yolu işletmeleri de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla mahkemelerin kuralı Anayasa Mahkemesinin yorumladığı kayıtla yorumlamak ve uygulamak durumunda olmadığının kabulünün, kuralın Anayasa'ya aykırı olacak şekilde uygulanması sonucunu doğuracağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Bunun ise başta Anayasa'nın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını temel bir esas olarak ortaya koyan hukuk devleti ilkesi ile Anayasa hükümlerinin "*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları"* olduğunu ve

Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 394-396.

[515] **Kaboğlu**, s. 322; **Tunç**, s. 343. Merkezi Anayasa Mahkemesi sisteminde genel mahkemelerin anayasallık denetimi yapamayacağı yolunda ayrıca bkz. **Gözler, Kemal** (2020) Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 29.Baskı, Bursa, Ekin,154-155.

kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağını belirten Anayasa'nın 11. maddesi olmak üzere birçok anayasal ilke ve hükümle çelişeceği açıktır.

Yorumlu ret kararının mahkemeler bakımından bağlayıcı olmadığının kabul edilmesinin ne tür sorunlara yol açacağının Anayasa Mahkemesinin yukarıda örneği verilen 2937 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine ilişkin yorumlu ret kararı üzerinden gösterilmesi bu yöndeki bir kabulün vahametinin ortaya konulmasına katkı sunacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere anılan maddede MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağı bir başka ifadeyle cezai ve hukuki sorumluluklarının doğmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Değinildiği üzere Anayasa Mahkemesi madde kapsamında görevlendirilen kişilerin her türlü faaliyetleri sebebiyle değil sadece 2937 sayılı Kanun kapsamında haksız fiil ve suç teşkil etmeyen hukuka uygun fiilleri nedeniyle hukuki ve cezai sorumluluklarının bulunmayacağı, bunların işledikleri suç ve haksız fillerden ise kural gereği sorumlu olmalarını engelleyecek bir durumun bulunmadığına hükmederek anılan kuralı Anayasa'ya uygun şeklide yorumlamıştır.

Mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin bu yorumuyla bağlı olmadığının kabul edilmesi, mahkemelerce kural kapsamında kalan kişilerin suç ve haksız fiil teşkil eden eylemlerden de sorumlu tutulmaması sonucunu doğuracaktır ki böyle bir durumun herhangi bir hukuk devletinde tasvip edilmesi mümkün değildir. Bu yoruma göre kural kapsamında adam öldürme suçunun dahi sorumsuzluk kapsamında kalabileceği düşünüldüğünde bunun hukukla telifinin mümkün olmayacağı daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki böyle bir durumda kural Anayasa Mahkemesince tekrar incelenemeyeceğinden ve başka mahkemelerce de iptal kararı verilemeyeceğinden yasama organı tarafından kural yürürlükten kaldırılmadıkça kuralın bu haliyle uzun süre uygulanması söz konusu olacaktır. Böyle bir durumun hukuk düzeni açısından ciddi bir krize tekabül edeceğini söylemek aşırı bir değerlendirme olmayacaktır.

Esasen burada yorumlu ret kararının bir nevi iptal kararı gibi işlev gördüğünün göz ardı edilmemesi gerekir. Yorumlu ret kararında Mahkeme ancak belli bir anlam kaydıyla kuralı Anayasa'ya uygun gördüğüne göre bu anlamı dikkate almadan sadece hüküm fıkrasını gözetmek yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'ya aykırı hükümlerin Anayasa Mahkemesi kararına rağmen uygulanması sonucunu doğuracaktır. Oysa ret kararının gerekçesi gözetildiğinde kural Anayasa'ya aykırı şekilde uygulanamayacak, dolayısıyla kuralın iptal edilmesiyle elde edilecek kamu yararı gerçekleşmiş olacaktır. Bu yönü dikkate alındığında bu kararların sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunu söylemek Anayasa Mahkemesi

kararlarının bağlayıcı olduğunu ifade eden Anayasa'nın 153. maddesinin etkisizleştirilmesi sorununu da gündeme getirecektir. Zira özellikle yorumlu ret kararında, Anayasa Mahkemesi kararının hüküm fıkrasının gerekçesiyle birlikte bir anlam taşıdığı, aksi yaklaşımın ise kararın verilmesiyle ulaşılmak istenen amacın tam aksine hizmet edeceğinin hatırda tutulması gerekir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin adli ve idari mahkemeler bakımından Yargıtay ve Danıştay gibi üst yargı kuruluşu olmaması nedeniyle yorumlu ret kararında benimsediği Anayasa'ya uygun yorumun, mahkemeleri bağlamayacağı yönündeki görüşe de Anayasa ile Yüksek Mahkemeye verilen görev ve yetkiler dikkate alındığında katılmak mümkün görünmemektedir. Elbette ki adli ve idari uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yetki ve görev verilen mahkemelerin uygulayacakları normları serbestçe yorumlama yetkileri bulunmaktadır. Hatta bu mahkemeler çözmekle yetkili oldukları uyuşmazlıklar bakımından uzman kuruluşlar olduğundan mahkemelerin bu yorumlarına Anayasa Mahkemesinin olabildiğince müdahale etmemesi gerekir. Ancak mesele artık bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususuyla doğrudan ilgiliyse burada bu değerlendirmeyi yapma yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi gereğince nihai olarak Anayasa Mahkemesine aittir.

Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca Anayasa'ya aykırı normları hukuk sisteminden ayıklama yetkisi Anayasa Mahkemesine ait olduğuna ve bu yetkiyi Anayasa Mahkemesi dışında bir organın yerine getirmesi mümkün olmadığına göre Anayasa Mahkemesinin belli bir anlam vermek kaydıyla Anayasa'ya uygun gördüğü aksi taktirde Anayasa'ya aykırı olacak kuralın yorumuyla ilgili olan meselenin, *bir anayasal denetim meselesi* olduğu ve Mahkemenin böyle bir yorum yapmasının yetkisi kapsamında kaldığı hususunda bir duraksama bulunmamaktadır. Anayasa'nın 153. maddesinde de Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve *yargı organlarını*, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı açıkça belirtildiğine göre *anayasal denetim sonucu verilen* ve kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığını doğrudan belirleyen Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararının, mahkemelerce dikkate alınmasının gerekmediğinin, zira Mahkemenin Yargıtay ve Danıştay gibi adli ve idari yargı mercileri üzerinde denetim yetkisine sahip olmadığının savunulması yerinde görünmemektedir.

Mahkemelerin kuralı Anayasa Mahkemesinin yorumladığı biçimde Anayasa'ya uygun olarak yorumlamamaları Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yetkisi tanıyan Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının getiriliş amacıyla da bağdaşmayabilecektir. Zira kural Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanmayarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale ettiğinde buna karşı Anayasa Mahkemesine başvurulabilecek, Anayasa Mahkemesi yorumlu ret kararında ulaştığı gibi ihlalin kuralın anlamlandırılmasıyla ilgili olduğu sonucuna ulaşarak ihlal

kararı verecek ve bu karar doğrultusunda derece mahkemelerinin Anayasa'nın 153. ve 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca kuralı ihlal kararında belirtildiği şekilde yorumlamaları zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

Son olarak Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının kesin hüküm etkisini doğurduğu ve bağlayıcı olduğu ancak ret kararı için bunun geçerli olmadığı yönündeki görüşe de iştirak edilememektedir. Bu çerçevede öncelikle Anayasa'nın 153. maddesinin birinci fıkrasında "*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir*." ve son fıkrasında "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*" kuralları dikkate alındığında her iki anayasal kuralda da bir ayrım yapılarak iptal kararlarının kesin ve bağlayıcı ancak ret kararlarının kesin ve bağlayıcı olmadığına dair bir hüküm bulunmadığı açık olduğuna göre Anayasa'nın metninden böyle bir sonuç çıkarmak mümkün değildir.

Doktrinde ileri sürülen bu görüşün Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca bir kuralın soyut norm denetiminde iptali talebinin reddedilmesi halinde aynı kurala ilişkin on yıllık yasağın itiraz başvuruları için geçerli olmadığı, dolayısıyla Anayasa'nın ret kararları yönünden Anayasa Mahkemesi kararına bir kesinlik ve bağlayıcılık tanımadığı kabulüne dayandığı anlaşılmaktadır.[516]

Hemen belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasına dayanılarak on yıllık yasağın sadece itiraz başvurusu sonucunda verilen ret kararlarından sonra yapılacak yeni itiraz başvuruları için geçerli olduğu, ancak iptal davası sonucu verilen ret kararları yönünden böyle bir yasağın geçerli olmadığı yönündeki doktrin görüşüne karşı Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihadında bunun aksini düşünmekte ve kuralın iptal talebinin iptal davasında reddedilmesi halinde aynı kurala karşı on yıllık süre geçmeden itiraz başvurusunda bulunulamayacağını kabul etmektedir.[517] Bu bağlamda Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasına doktrinin yorumladığı şekilde bir anlam verilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Ancak bu husus esas itibariyle "*Maddi Anlamda Kesin Hüküm*" başlığı altında tartışıldığından bu konuda oradaki açıklamalara bakılabilir.

Öte yandan konuya ilişkin açık Anayasa hükümlerinin lafzı ile getiriliş amaçları dikkate alındığında da Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu, dolayısıyla bunların kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesi uyarınca kural olarak bir daha tartışma konusu yapılmaması ve Anayasa Mahkemesinin önüne getirilememesi gerekmektedir.

[516] Bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1184.

[517] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2003/23, K.2006/26, 22/02/2006; E.2013/77, K.2014/4, 16/01/2014, E.2014/136, K.2014/131, 23/07/2014; E.2020/86, K.2020/79, 30/12/2020.

Ancak Anayasa'da toplumdaki değişim ve gelişmelere bağlı olarak ülkedeki hukuk anlayışında değişiklikler olabileceği, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin de yaklaşımında değişiklikler olabileceği anlayışıyla bu kesinlik kuralına kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak on yıl geçmesi kaydıyla yeniden başvuru yapılabileceği yönünde bir istisna tanınmıştır. Buna göre kural olan Anayasa Mahkemesinin esastan verdiği ret kararına karşı her zaman başvurulabilmesi değil aksine artık bu konuda yeni bir uyuşmazlığın çıkarılamaması ve kuralın iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine yeniden başvuru yapılmasının mümkün olmamasıdır. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği iptal kararları yönünden geçerli olduğu gibi ret kararları yönünden de geçerlidir. Dolayısıyla bu bakımdan da yorumlu ret kararlarındaki yorumların mahkemeler ve diğer uygulayıcılar bakımından dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

1.1.4.3. CBK Bağlamında Yorumlu Ret Kararı Örneklerinin İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi yaklaşık altmış yıla varan geçmişinde CBK dışındaki norm türleriyle ilgili çok sayıda yorumlu ret kararı vermiştir. CBK'ya ilişkin olarak ise 26/11/2021 tarihine kadar sadece on altı karar vermesine[518] rağmen bu kararların en az üç tanesinin yorumlu ret kararı olarak nitelemek mümkündür. Bu durum yorumlu ret kararının diğer norm türleri bağlamında olduğu gibi CBK'lar bağlamında da sık sık gündeme geleceğini, dolayısıyla bu konunun incelenmesinin önemini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi bu konudaki ilk kararını 12/9/2019 tarihli ve (46) numaralı CBK'nın 2. maddesiyle (1) numaralı CBK'ya eklenen 371/A maddesinin iptali talebiyle açılan davada vermiştir.[519] Anılan kuralda Sağlık Bakanlığının (bakanlık) yurt dışı teşkilatı kurmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Dava dilekçesinde CBK ile Bakanlığa yurt dışı teşkilatı kurma yetkisinin verildiği CBK'yla bakanlığa böyle bir yetki verilmesinin Anayasa'nın 106. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§ 14).

Anayasa Mahkemesi bu kurala ilişkin olarak önce konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmış, akabinde kuralın içerik denetimine geçmiştir. Mahkeme söz konusu yorumlu ret kararını içerik denetimi kapsamında vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kuralı yorumlamadan önce kuralın denetlendiği Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasının hüküm ve sonuçlarını ortaya koymuş ve hangi durumda kuralın söz konusu hükme aykırı olacağını şöyle açıklamıştır:

[518] Anılan tarihe kadar Resmî Gazetede yayımlanan kararlar esas alınarak bu tespit yapılmıştır.

[519] AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020.

"35. Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulmasının, kaldırılmasının, görev ve yetkilerinin, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının CBK ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Anılan madde hükmü uyarınca Cumhurbaşkanı CBK'yla idarenin teşkilatlanması alanında Anayasa'nın temel ilkelerine ve bu alanla ilgili öngördüğü kurallarına bağlı kalmak koşuluyla bakanlıkların teşkilat yapısının ne şekilde olacağını belirleme hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda yürütülen hizmetin niteliği de dikkate alınarak bir bakanlıkta yurt dışı teşkilatının oluşturulmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığını belirlemek de Cumhurbaşkanının takdir alanındadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak dava konusu birinci kural uyarınca Bakanlık için yurt dışı teşkilatı oluşturmasında Anayasa'nın anılan maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

36. Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların teşkilatı kapsamında yurtdışı teşkilatı kurulması yetkisi CBK'ya tanınmış olup CBK'ya tanınan bu asli yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür."

Mahkeme özetle Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında yer alan "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" biçimindeki hüküm uyarınca CBK'yla yurt dışı teşkilatının kurulabileceğini, ancak Anayasa'nın 123. maddesindeki idarenin kanuniliği ilkesine istisna getiren bu hüküm uyarınca yurt dışı teşkilatının ancak asli düzenleme yetkisine sahip CBK'yla düzenlenebileceği, CBK dışında bir idari işlemle yurt dışı teşkilatının kurulmasının ve buna ilişkin düzenlemeler yapılmasının kural olarak Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına içerik bakımından aykırı olacağını açıklamıştır.

Mahkeme bununla birlikte bir hususun CBK'yla düzenlenmesinden kastedilenin konunun tüm ayrıntılarının CBK'yla düzenlenmesi anlamına gelmediği, konuya ilişkin temel kuralların ve genel çerçevenin CBK'yla çizilmesinden sonra bu temel ilkeler ve genel çerçeve içerisinde

kalan detayların CBK dışında diğer idari işlemlerle de gerçekleştirilebileceğini vurgulamıştır.[520]

Bu çerçevede dava konusu kuralı inceleyen Mahkeme öncelikle yurtdışı teşkilatının CBK'yla mı yoksa Bakanlığın idari işlemiyle mi kurulduğu sorunu üzerinde durmuş ve yurt dışı teşkilatının "*Bakanlık yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkilidir.*" biçimindeki dava konusu kuralla değil (1) numaralı CBK'nın 353. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Sağlık Bakanlığı; merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluşur.*" hükmüyle kurulduğunu, dava konusu ek 1. maddeyle düzenlenen konunun CBK'yla kurulan yurt dışı teşkilatının faaliyete geçirilmesinden ibaret olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu hususu şöyle gerekçelendirmiştir:

> *"Dava konusu ikinci kuralda (ek 1. madde) Bakanlığın yurt dışı teşkilatını kurmaya yetkili olduğu belirtilmektedir. (1) numaralı CBK'nın bakanlıkların teşkilatlanmasına ilişkin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde kuralda geçen yurt dışı teşkilatının kurulması kavramının CBK ile oluşturulan söz konusu teşkilatın fiilen faaliyete geçirilmesi için gerekli idari tasarrufların Bakanlık tarafından yerine getirilmesini ifade ettiği anlaşılmaktadır."*[521]

Ancak kuralla yurt dışı teşkilatının kurulmasının değil, fiilen faaliyete geçirilmesinin düzenlendiğinin kabulü durumunda da kuralla ilgili anayasallık sorunu tüketilmiş olmamaktadır. Burada esas üzerinde durulması gereken husus kuralla yurtdışı teşkilatı fiilen faaliyete geçirilirken yurt dışı teşkilatıyla ilgili temel kuralların nasıl ve hangi işlemle belirleneceğidir. Eğer kuralın bu yetkiyi de içerecek şekilde Bakanlığa düzenleme yapma yetkisi tanıdığı kabul edilirse, *bu seçenekte* kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Esasen yurt dışı teşkilatı kurulurken *teşkilatın niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı* gibi konularda da düzenleme yapılmasının gerekeceği aksi taktirde yurt dışı teşkilatının faaliyete geçirilmesinin mümkün olmadığı göz önünde bulundurulduğunda kuralın bütün bu konularda Bakanlığa yetki verdiği, bir başka ifadeyle yurt dışı teşkilatı kurulmasına ilişkin temel kuralları ve genel çerçeveyi belirleme yetkisini Bakanlığa bıraktığı şekilde yorumlanması mümkündür.

Fakat kuralın bu hususları düzenleme yetkisini Bakanlığa bırakmadığı tespit edilirse bir başka ifadeyle kuralla yukarıda anılan temel ilkelerin ve genel çerçevenin değil sadece bunun

[520] Belirtmek gerekir ki Mahkemenin bu yaklaşımı, kanun ve diğer idari işlemlerle kurduğu ilişkiye benzemektedir.

[521] AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, § 37.

içinde kalan ayrıntıların düzenlenmesine izin verildiği belirlenebilir ise bu *ikinci seçenekte* kural Anayasa'ya uygun olacak ve iptal talebinin reddine karar verilecektir.

Dolayısıyla burada kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirleyecek husus kurala verilen anlam olacaktır. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede kurala ilişkin ikinci seçenekteki anlamı tercih etmiştir. Mahkeme neden bu seçeneği tercih ettiğini ise şöyle açıklamıştır:

> *"37. …kural söz konusu yurtdışı teşkilatının doğrudan düzenlenmesiyle ilgili bir yetkiyi bu kapsamda örneğin yurtdışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı gibi konularda düzenleme yapma yetkisini Bakanlığa tanımamıştır. Dava konusu kuralın anılan yetkiyi Bakanlığa bırakmadığı tüm bakanlıkların ve Cumhurbaşkanlığının teşkilatını düzenleyen (1) numaralı CBK'nın Ortak Hükümler başlıklı bölümünde düzenlenen 510/B maddesinin başlığından ve içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır. "Yurtdışı teşkilatı kurulma usulü" başlıklı söz konusu maddede "Yurtdışı teşkilatı kurulurken niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı, bağlı veya ilgili olacağı misyon, konsolosluk şefliği ve geçici olanların süresi, Cumhurbaşkanı kararında belirtilir." hükmüne yer verilmiştir.*
>
> *38. Buna göre dava konusu kuralın da yer aldığı (1) numaralı CBK yurtdışı teşkilatının kurulmasına ilişkin olarak yurtdışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı gibi temel kuralları dava konusu kuralla Bakanlığa bırakmamış, bunların düzenlenme yetkisini 510/B maddesiyle Cumhurbaşkanı kararına tanımıştır. CBK ile söz konusu hususlarda düzenleme yapma yetkisinin anayasal olarak Cumhurbaşkanı kararına bırakılıp bırakılamayacağı bu davanın konusunu oluşturmamakla birlikte bu hüküm anılan konularda doğrudan düzenleme yapma yetkisinin Bakanlığa bırakılmadığını göstermektedir. Dolayısıyla kuralla tanınan yetkinin konuya ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve belirlenmeden yurt dışı teşkilatının kurulması veya düzenlenmesini de içerdiğinin söylenemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında CBK ile oluşturulan Bakanlığın yurt dışı teşkilatına ilişkin doğrudan düzenleme yapma yetkisini Bakanlığa bırakmayan dava konusu ikinci kuralın da anılan fıkrayı ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.*
>
> *39. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 106. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir."*

Anayasa Mahkemesi yukarıda gerekçesiyle dava konusu kuralı anlamlandırırken konuyla ilgili diğer CBK kurallarını göz önünde bulundurmuş ve Cumhurbaşkanlığının teşkilatını

düzenleyen (1) numaralı CBK'nın "*Ortak Hükümler"* başlıklı bölümünde düzenlenen 510/B maddesine dayanarak Bakanlığın yurt dışı teşkilatına ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve olan *yurtdışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı* gibi konuların dava konusu kuralın değil aynı CBK'nın 510/B maddesinde düzenlenen kuralın konusu olduğunu, bu maddede anılan hususların Cumhurbaşkanı kararıyla düzenleneceğinin belirtilmiş olmasının, aynı konularda düzenleme yapma yetkisinin Bakanlığa bırakılmadığını ortaya koyduğunu vurgulamıştır.

Gerçekten de aynı CBK'nın farklı hükümleri arasında bir çelişkinin bulunmasının söz konusu olamayacağı, aksine söz konusu hükümlerin birbiriyle uyumlu bir şekilde sistematik olarak yorumlanması gerektiği dikkate alındığında (1) numaralı CBK'nın "*Ortak Hükümler"* başlıklı bölümünde düzenlenen 510/B maddesinde anılan hususların Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği hüküm altına alındıktan sonra dava konusu kuralın anlamı ortaya konulurken bu hükmün dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır.[522]

Dolayısıyla Mahkemenin *objektif olarak savunulabilecek hukuki bir argümana dayanarak* dava konusu kuralla yurt dışı teşkilatına ilişkin temel kuralların belirlenmesi yetkisinin Bakanlığa bırakılmadığı, Bakanlığın ancak anılan hususlarda temel kurallar belirlendikten ve genel çerçeve çizildikten sonra konuya ilişkin detayları düzenleyebileceği şeklindeki yorumu yaptığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar tipik bir yorumlu ret kararı niteliğindedir. Dolayısıyla yukarıda açıklandığı üzere bu kuralın yorumlanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi yaklaşımının mahkemeler ve diğer uygulayıcılar açısından dikkate alınması gerekir. Buna göre Sağlık Bakanlığının yurt dışı teşkilatını faaliyete geçirebilmesi için öncelikle bu konudaki temel kuralların ve genel çerçevenin CBK'yla belirlenmesi gerekmektedir. Bakanlığın herhangi bir idari işlemiyle buna aykırı davranması ve konunun bir şekilde idari yargıya taşınması durumunda idari yargı mercileri de Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararı çerçevesinde kuralı anlamlandırarak karar vermelidir.

---

[522] Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin bu kararındaki kabulüne göre 1 Numaralı CBK'nın 510/B maddesindeki düzenleme Anayasa'ya aykırıdır. Zira maddede yurtdışı teşkilatının düzenlenmesine ilişkin temel kuralların CBK'yla değil Cumhurbaşkanı kararıyla düzenlenmesi öngörülmüştür. Ancak bu durum Anayasa Mahkemesinin incelediği dava konusu kuralı Anayasa'ya aykırı hale getirmemekte ve kuralla ilgili yukarıdaki yorumun yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararında bu duruma şöyle işaret etmiştir:

> *"…CBK ile söz konusu hususlarda düzenleme yapma yetkisinin anayasal olarak Cumhurbaşkanı kararına bırakılıp bırakılamayacağı bu davanın konusunu oluşturmamakla birlikte bu hüküm anılan konularda doğrudan düzenleme yapma yetkisinin Bakanlığa bırakılmadığını göstermektedir…"* (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/06/2020, § 38).

Anayasa Mahkemesi CBK bağlamında bir başka yorumlu ret kararını, 5/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (7) numaralı Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında CBK'nın 3. maddesinin üçüncü cümlesinde yer alan "*Yurtdışı ve…"* ibaresine ilişkin iptal davasında vermiştir.[523] Dava konusu ibarenin de yer aldığı madde şöyledir (Dava konusu ibare alı çizili olarak gösterilmiştir):

"*Cumhurbaşkanına bağlı ve tüzel kişiliği haiz Savunma Sanayii Başkanlığı kurulmuştur. Başkanlık başkan, başkan yardımcıları ve hizmet birimlerinden oluşur. Yurtdışı ve taşra teşkilatı kurmaya yetkilidir."*

Buna göre dava konusu kuralda Savunma Sanayii Başkanlığının (Başkanlığın) yurt dışı teşkilatı kurmaya yetkili olduğu öngörülmüştür.

Dava dilekçesinde CBK'yla Başkanlığa yurt dışı teşkilatı kurma yetkisinin verilemeyeceği bu nedenle kuralın Anayasa'nın 106. ve 123. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§14).

Anayasa Mahkemesi bu kuralla ilgili olarak da yukarıda belirtilen içtihadını tekrarlamış, yurtdışı teşkilatının Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrası uyarınca CBK'yla düzenlenebileceğini, ancak bunun yurt dışı teşkilatıyla ilgili tüm ayrıntıların CBK'yla düzenlenmesini zorunlu kılmadığı, CBK'yla yurt dışı teşkilatına ilişkin temel kurallar belirlendikten sonra konunun detaylarının diğer idari işlemlerle de belirlenebileceğini vurgulamıştır. Akabinde somut kuralı inceleyen Anayasa Mahkemesi bu kural yönünden de yurt dışı teşkilatının Başkanlık tarafından değil CBK'yla kurulacağı, Başkanlığa verilen yetkinin yurt dışı teşkilatını faaliyete geçirmekten ibaret bir yetki olduğunu, (1) numaralı CBK'nın "*Ortak Hükümler"* başlıklı 510/B maddesine dayanarak Başkanlık yönünden de yurt dışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı gibi temel ilkelerin belirlenmesi görevinin Cumhurbaşkanı kararına bırakıldığını, dolayısıyla dava konusu kuralla anılan temel kurallar ve genel çerçeve içerisinde kalan detayların düzenlenmesinin öngörüldüğünü belirterek kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, CBK bağlamında yorumlu ret kararına gösterilebilecek bir başka kararı 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında CBK'nın 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali talebiyle açılan davada vermiştir.[524] Dava konusu kural şöyledir:

[523] AYM, E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, §§ 24-28.

[524] AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020.

"(1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir."

Buna göre (2) numaralı CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının ihdası CBK ile düzenlenebilecektir. Dava dilekçesinde özetle Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kanuniliği ilkesine yer verildiği, idareyi oluşturan en önemli unsurlardan birinin kadrolar olduğu, dolayısıyla kadro ihdası yetkisinin yasama organı tarafından kanunla düzenlenmesi gerekirken bu yetkiyi CBK'ya tanıyan kuralın Anayasa'nın 123. ve 2. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 14).

Anayasa Mahkemesi bu kuralla ilgili yorumlu ret kararını daha önce incelenen iki karardan farklı olarak içerik incelemesi sırasında değil konu bakımdan yetki yönünden yaptığı inceleme aşamasında vermiştir (AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, §§ 15-22).

Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar anayasal meseleler bakımından tartışmalı birçok unsur içermektedir. Ancak burada bu tartışmalı unsurların hepsi üzerinde durulmayacak yorumlu ret kararının tipikliğini en açık bir şekilde ortaya koyan bir yöne işaret edilecektir.

Anayasa Mahkemesi bu kararı oy çokluğuyla ve bir oy farkla vermiştir. Çoğunluk ile azınlık arasındaki görüşlerin farklı olmasında belirleyici olan unsur ise kurala uygulanacak Anayasa hükümlerinin farklı anlamlandırılmasından ziyade yorumlu ret kararlarında açık bir şekilde görüldüğü üzere kuralın anlam ve kapsamının farklı yorumlanması olmuştur.

Anılan kararda başka tartışmalı hususlarda bulunmakla birlikte konumuz bağlamında burada esas itibariyle Anayasa'nın konu bakımından yetki kurallarının düzenlendiği 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlenen iki ölçüt bakımından Anayasa Mahkemesinin kuralı farklı yorumlayarak ret kararı verdiği söylenebilir. Bunlardan birincisi kuralın yürütme yetkisine ilişkin konu kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirirken yaptığı yorumdur. İkinci yorum ise kuralın münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda bir düzenleme getirip getirmediğini denetlerken kural kapsamında ihdas edilen kadroların sadece CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarına ilişkin düzenleme getirip getirmediği hususunda yaptığı yorumdur.

Burada sadece kuralın yürütme yetkisine ilişkin konu kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine ilişkin ölçüt yönünden yapılan yorumlu ret incelenecektir. Bu ölçüt yönünden yapılan değerlendirme yorumlu ret kararının karakteristiğinin ortaya konulması bakımından oldukça iyi bir örnektir. Dolayısıyla yorumlu ret kararının tipikliğini ortaya koymak bakımından bu ölçüt üzerinde durulmasının yeterli olacağı değerlendirilmiş, bu itibarla aynı kararda ikinci ölçüt yönünden yapılan yorumlu ret kararı üzerinde tekraren durulmasına gerek görülmemiştir.

Anayasa Mahkemesi kuralla yürütme yetkisine ilişkin konu kapsamında düzenleme yapılıp yapılmadığını incelerken öncelikle şu yorumu yapmıştır:

"*Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır.*" dolayısıyla kuralın genel olarak yürütme yetkisi kapsamında çıkarıldığının kabul edilmesi gerekir (AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, §§ 17-18).

Ancak Mahkeme bu tespiti yaptıktan hemen sonra bu yorumun kategorik olarak tüm kamu kurum ve kuruluşların kadro düzenlemelerinin *yürütme yetkisi* kapsamında kaldığı anlamına gelmeyeceği, bu çerçevede yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdasıyla ilgili hususun yargı yetkisiyle doğrudan ilişkili olduğundan salt yürütme yetkisine ilişkin bir husus olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla yargı yetkisini kullanan kişilerin kadrolarının CBK'yla ihdas edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu hususu şöyle gerekçelendirmiştir:

> "*20. Belirtmek gerekir ki Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılabilecek konular yürütme yetkisine ilişkin hususlarla sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede yürütme yetkisi dışında kalan bir konuyla ilgili CBK ile düzenleme yapılması Anayasa gereği mümkün değildir. Kuralla da genel olarak kadro ihdasının CBK'yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kuralda kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarından söz edildiğinden buradaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.*
>
> *21. Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir…*"

Buna göre eğer dava konusu kural Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdasını düzenlemekte ise yürütme yetkisine ilişkin olmadığından kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca iptal edilmesi veya en azından yargı yetkisini kullanan kamu görevlileri yönünden Anayasa'ya aykırı bulunması gerekecektir. Ancak kural anılan kadrolar hususunda bir düzenleme öngörmüyor ise kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılması gerekecektir.

Dava konusu kuralda (2) numaralı CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edilebileceği düzenlendiğinden burada öncelikle anılan CBK'nın kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşların tespit edilmesi ve bunlar arasında anılan yargı kurumlarının bulunduğu belirlenirse bu sefer bu yargı kurumlarında çalışan ve yargı yetkisi kullanan kamu görevlileri yönünden (2) numaralı CBK'da bir ayrım yapılıp yapılmadığının incelenmesi icap etmektedir.

(2) numaralı CBK'nın kapsamında hangi kamu kurum ve kuruluşların bulunduğu aynı CBK'nın "*Kapsam*" başlıklı 2. maddesinde düzenlenmiştir. Madde şöyledir:

"(1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanır."

Görüldüğü üzere başka idarelerle birlikte 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler de (2) numaralı CBK kapsamında kalmaktadır. Bu aşamada anılan cetvellerde yukarıda sözü edilen yargı kurumlarının bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvelin ilk on sırası şöyledir:

"I) SAYILI CETVEL

GENEL BÜTÇE KAPSAMINDAKİ KAMU İDARELERİ

1) Türkiye Büyük Millet Meclisi

2) Cumhurbaşkanlığı

3) Anayasa Mahkemesi

4) Yargıtay

5) Danıştay

6) Hâkimler ve Savcılar Kurulu

7) Sayıştay

8) Adalet Bakanlığı

9) Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı

10) Çevre ve Şehircilik Bakanlığı"

Bu çerçevede söz konusu cetvelde Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi bünyesinde yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin bulunduğu kurumların da yer aldığı görülmektedir. Dava konusu kuralda (2) numaralı CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK'yla ihdas edileceği hüküm altına alındığına, (2) numaralı CBK'nın 2. maddesi uyarınca bu kapsama Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların da girdiği açık olduğuna ve CBK'da anılan kurumların yargı yetkisini kullanan personel ile

diğer personel arasında bir ayrım yapılmadığına göre kuralın lafzından CBK'yla yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdasına da izin verildiği sonucu çıkmaktadır. Bu konuda bir tereddüt duyulabilme, dolayısıyla kuralın farklı yorumlanma ihtimalini ise dava konusu CBK'nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının tamamıyla bertaraf ettiği anlaşılmaktadır. Anılan madde şöyledir:

"*MADDE 4 – (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların;*

a) 657 sayılı Kanuna tabi memur kadroları ekli (I) sayılı cetvelde,

b) Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroları (II) sayılı cetvelde,

c) Öğretim elemanı kadroları (III) sayılı cetvelde,

ç) Sözleşmeli personel pozisyonları (IV) sayılı cetvelde,

d) İşçi kadroları (V) sayılı cetvelde,

düzenlenir."

Görüldüğü üzere anılan madenin (1) numaralı fıkrasının b) bendinde hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroların da dava konusu kuralın yer aldığı CBK'ya ekli (II) sayılı cetvelde gösterileceği belirtilmek suretiyle söz konusu yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin de bu CBK kapsamında kaldığı açıkça ifade edilmiştir.

Buna göre Anayasa Mahkemesinin kuralı ve kuralla ilgili diğer CBK ve Kanun hükümlerini bu şekilde yorumlaması halinde dava konusu kuralı kararın 20. ve 21. paragrafında belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırı bulması gerekir idi.

Ne var ki Anayasa Mahkemesinin kuralı bu şekilde yorumlamadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme kararında CBK kapsamına anılan kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlisi kadrolarının dahil olmadığını kabul etmiş bu görüşünü ise şöyle gerekçelendirmiştir:

"21…Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK'yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK'yla ihdas edilmesini içerdiği anlaşılmaktadır.

22. Bu bağlamda CBK'nın 2. maddesinde CBK'nın 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı Cetvel'de yer alan ve yukarıda anılan kurumların da yer aldığı genel bütçeli kamu idarelerine de uygulanacağı belirtilmiş ve yine 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroların (II) sayılı cetvelde gösterileceği öngörülmüş ise de söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir. Buna göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası gibi konuları içermediği anlaşılan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır."

Görüldüğü üzere Mahkeme de kararında CBK'nın 2. maddesiyle 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dikkate alındığında yukarıdaki yorumun yapılamayacağını kabul etmiş ancak dava konusu kuralı anlamlandırılırken anılan hükümlerin değerlendirilmesinin zorunlu olmadığını, zira söz konusu kuralların dava konusu olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme bir anlamda CBK'nın söz konusu 2. maddesiyle 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin zımnen Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmiş ve buradaki anayasal sorunun dava konusu kuraldan değil dava konusu olmayan anılan hükümlerden kaynaklandığını kabul etmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere yorumlu ret kararı verilirken yapılan yorumun objektif olarak hukuken savunulabilir dayanaklarının olması gerekir. Bu yönüyle anılan kararda yapılan yorumun objektif olarak hukuken savunulabilir dayanaklarının bulunduğunu söylemek zordur. Dolayısıyla kanaatimizce dava konusu kural kararda belirtildiği şekilde yorumlanamayacağından salt yürütme yetkisine ilişkin düzenleme içermeyen kuralın en azından yargı yetkisini kullanan kamu görevlileri yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi gereği iptal edilmesi gerekirdi.

Bununla birlikte yine de Anayasa Mahkemesinin kuralla ilgili söz konusu yorumu yapmadan ret kararı vermesi seçeneğindense kuralla ilgili Anayasa'ya uygun bir yorum yaparak bir başka ifadeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olabilecek yönlerini kuraldan ayıklayarak kuralın Anayasa'yı ihlal etmeyecek şekilde uygulanmasını sağlamasının olumlu karşılanması gerektiği düşünülmektedir.

Vurgulamak gerekir ki yukarıda açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararındaki gerekçenin/yorumun mahkemeler ve diğer kural uygulayıcıları yönünden dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle bu kararla ilgili yorum tartışmalı da olsa kuralın uygulanmasında gözetilmelidir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin bu kararına rağmen CBK ile yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin bu bağlamda Anayasa Mahkemesi,

Yargıtay ve Danıştay üyesi gibi kamu görevlilerinin kadrolarının CBK'yla düzenlenemeyeceğinin kabul edilmesi gerekir.

1.2. İptal Kararı

Anayasa Mahkemesinin CBK'ya ilişkin iptal kararlarını şekil ve esas bakımından iptal kararı olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

1.2.1. Şekil Bakımından İptal Kararı

Şekil bakımından denetim işlemin dış unsurlarına göre yapılan denetimi ifade etmektedir.[525] Bu çerçevede CBK'nın Anayasa'da öngörülen şekil kurallarına uygun olarak vücut bulmadığı tespit edildiğinde Anayasa Mahkemesi CBK'nın şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde karar verecektir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi CBK yönünden şekil sakatlığı çıkma olasılığı çok düşüktür. Dolayısıyla şekil bakımından iptal kararına pratikte pek rastlanmayacağı değerlendirilmektedir.

1.2.2. Esastan İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi CBK'nın esas denetimini iki aşamada gerçekleştirdiğinden tıpkı ret kararları gibi iptal kararları da konu bakımından yetki yönünden iptal ve içerik yönünden iptal kararı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1.2.2.1. Konu Bakımından Yetki Yönünden İptal Kararı

Konu bakımından yetki yönünden yapılan denetimde Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesindeki ölçütler uygulanacaktır. Buna göre eğer kural;

Yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalmamakta ise on yedinci fıkranın birinci cümlesi,

Yasak alanda (Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler konusunda) düzenleme öngörüyorsa on yedinci fıkranın ikinci cümlesi,

Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuda hüküm taşıyor ise on yedinci fıkranın üçüncü cümlesi,

Kanunda açıkça düzenlenen konularda düzenleme öngörüyor ise on yedinci fıkranın dördüncü cümlesi uyarınca,

konu bakımından yetki yönünden kuralın iptaline karar verilecektir. Nitekim Mahkemenin de uygulamasının bu yönde olduğu görülmektedir.

[525] **Teziç,** (2018), s. 224; **Ülgen,** (2016), s. 128.

Anayasa Mahkemesinin anılan ölçütleri kural olarak sırasıyla uyguladığı ve önce uyguladığı ölçütün sonucunda iptal sonucuna ulaşmakta ise bir sonraki ölçüt yönünden ayrı bir inceleme yapmadığı söylenebilir. Bu çerçevede örneğin Mahkeme 10/10/2018 tarihli ve (19) numaralı CBK'nın 1. maddesiyle 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) Sayılı Cetvel'in sonuna eklenen sıraları denetlerken verdiği kararda kuralı sadece on yedinci fıkranın birinci cümlesi yönünden incelemiş diğer ölçütler yönünden herhangi bir denetim yapmamıştır.[526]

Bununla birlikte Mahkemenin bu usulü uygularken esnek bir yaklaşım sergilediğinin de belirtilmesi gerekir. Bu çerçevede anılan ölçütlerden herhangi birisi kural bakımından daha açık bir iptal sonucunu doğuruyor ise Mahkeme diğer ölçütleri atlayarak doğrudan o ölçüt/test üzerinden de sonuca ulaşabilmektedir. Örneğin Mahkeme, Türkiye'nin tanıtımına yönelik olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında bütçe dışı avans ödemenin koşullarını düzenleyen (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nın 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrayı incelerken kural bakımından sadece on yedinci fıkranın dördüncü cümlesindeki ölçütü uygulayarak sonuca ulaşmıştır.[527]

Mahkemenin bu istisnai uygulamaya hem yukarıda ifade edildiği üzere daha açık bir iptal nedeni varken daha tartışmalı bir nedene dayanmak istememesi, hem de üyeler arasında her bir ölçüt yönünden ulaşılan sonuçlar üzerinde konsensüs sağlanamaması nedeniyle başvurduğu düşünülmektedir.

Öte yandan Mahkeme konu bakımından yetki yönünden yaptığı denetim sonucunda kuralın genel olarak on yedinci fıkraya aykırı olduğunu belirtmekle yetinmemekte, kuralı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının hangi cümlesine aykırı görüyor ise bunu spesifik olarak vurgulamaktadır.[528]

1.2.2.2. İçerik Yönünden İptal Kararı

CBK kuralının içerik itibarıyla incelenmesi şekil ve konu bakımından yetki yönünden yapılan inceleme dışındaki tüm hususları kapsamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadar vermiş olduğu kararları (2021 yılının Kasım ayına kadar) incelendiğinde içerik yönünden yapılan denetim sonucunda sadece bir davada (iptal davasına konu edilen üç ayrı kural hakkında) iptal karar verildiği görülmektedir.[529] Anılan

[526] Bkz. AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020, §§ 20-24.

[527] Bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, §§ 15-22.

[528] Bkz. AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020, § 22; E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, § 24.

[529] Anılan tarihe kadar Resmî Gazetede yayımlanan kararlar esas alınarak bu tespit yapılmıştır.

davada Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığının her yıl kendi bütçesinin Anadolu Ajansı bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Anadolu Ajansı ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olması; Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine sahip olması; bu denetime ilişkin usul ve esasların Başkanlıkça belirlenmesi ve yapılacak sözleşmede Anadolu Ajansı yöneticilerinin atanma yollarının belirlenmesini düzenleyen 14 numaralı CBK'nın 14. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü cümlesindeki kurallar incelenmiştir. Yüksek Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda söz konusu kuralların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşırken içerik itibariyle yaptığı denetimde birinci cümlenin bazı hükümleri hariç tüm kuralların iptaline karar vermiştir.

Mahkeme bu iptal kararlarını verirken ağırlıklı olarak Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen *"Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır."* hükmüne dayanarak Anadolu ajansının özerk bir kuruluş olduğunu, söz konusu kuralların bir kısmının Anadolu ajansının özerkliğiyle bağdaşmadığını belirterek kuralın Anayasa'nın 133. maddesine içerik itibarıyla aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme anılan maddenin birinci cümlesinde yer alan bazı ibarelerin iptaline karar verirken özerklik temelindeki gerekçesini şöyle açıklamıştır:

> "*41. Kuralın birinci cümlesinde Ajansın bütçesinin yanı sıra faaliyeti, örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerindeki denetimin de merkezî idare tarafından yapılması öngörülmektedir. Ajansın şirket olarak temel amacı, yurt içinde ya da yurt dışındaki olaylarla ilgili doğru, çabuk, tarafsız, çağdaş haber ve fotoğraf, görüntü ve multimedya istihbaratı yaparak topladığı bilgiyi basın ve yayın abonelerine ulaştırmaktır. Bu itibarla Ajansın faaliyetlerinin yürütmenin içinde yer alan ve Cumhurbaşkanlığına bağlı Başkanlıkça denetlenmesi, Ajansın özerkliğiyle bağdaşmadığı gibi yayınlarının tarafsızlığını da etkileme ihtimalini barındırmaktadır.*
>
> *42. Öte yandan Ajansın örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerinde Başkanlığın denetim yetkisine sahip olması da Ajansın kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusundaki serbestisini ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kamu tüzel kişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.*
>
> *43. Açıklanan nedenlerle kuralın birinci cümlesinde yer alan "...faaliyet,...", "...örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi..." ibareleri Anayasa'nın 133. maddesine*

aykırıdır. Kuralda yer alan bu ibarelerin iptalleri gerekir."[530]

Görüldüğü üzere içerik bakımından denetim sonucu verilen bu iptal kararında söz konusu işlemin hangi normla yapıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle bu düzenlemenin aynısı kanunla yapılsaydı da kural yukarıda belirtilen gerekçeler karşısında yine Anayasa'ya aykırı bulunacak idi. Dolayısıyla içerik bakımından verilen iptal kararlarında düzenlemenin hangi norm türüyle yapıldığından bağımsız olarak kuralın maddi olarak öngördüğü hükmün ön plana çıktığı söylenebilir.

1.3. Kısmen Ret Kısmen İptal Kararı

Kısmen ret kısmen iptal kararını, Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'da açıkça yazılmayan ancak iptal ve ret kararlarının Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'a uygun olarak verilmesini sağlamak amacıyla yargısal pratiklerle oluşturulan bir karar türü olarak nitelemek mümkündür. Bu karar türünde iptali istenilen kuralın tümüne ilişkin başvuru reddedilmemekte veya kural iptal edilmemekte, kuralın bir kısmına ilişkin[531] iptal talebi reddedilirken diğer kısmı iptal edilebilmektedir. Zira çoğu zaman iptali istenen kural birçok unsurdan oluşmakta ve bazı unsurları yönüyle kural Anayasa'yla uyumlu iken bazı unsurları yönünden Anayasa'ya aykırı olabilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi de kural hakkında iptal veya ret yönünde kategorik bir karar verememekte, kuralı parçalara ayırarak incelemek ve tabiri caiz ise parçalı bir karar vermek durumunda kalmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu türdeki kararlarına diğer normlar yönünden çok sayıda örnek vermek mümkündür.[532] CBK'ya ilişkin olarak kısa sayılabilecek bir süredir karar vermeye başlanmış olmasına rağmen bu norm türüyle ilgili olarak da karar verildiği anlaşılmaktadır. Anılan karar (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin değiştirilen 14. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptaline ilişkindir.[533] Anayasa Mahkemesi bu kurala ilişkin yaptığı içerik denetiminde kuralı cümlelere ayırarak incelemiş ve anılan fıkranın birinci cümlesine ilişkin olarak kısmen ret kısmen iptal kararı vermiştir. Söz konusu cümle şu şekildedir:

---

[530] AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020, § 41-43.

[531] Kural bir cümleden oluşuyor ise bazı ibareleri veya bölümü, bir fıkradan oluşuyorsa bazı cümlelerinin iptaline veya bu hususta iptal talebinin reddine karar verilebilmektedir.

[532] Birçok karar arasında bkz. Bkz. AYM, E.2020/18, K.2021/38, 03/06/2021; E.2020/35, K.2021/26, 31/03/2021; E.2020/24, K.2021/39, 03/06/2021.

[533] Bkz. AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020.

"Başkanlık her yıl kendi bütçesinin Anadolu Ajansı bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Anadolu Ajansı ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olup; Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine de sahiptir."

Dava dilekçesinde başka Anayasa'ya aykırılık iddiaları yanında kuralla Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığına (Başkanlık) Anadolu Ajansını denetleme yetkisinin verildiği, bunun ise Anayasa'nın 133. maddesinde güvence altına alınan Ajansın özerkliği esasıyla bağdaşmadığı, bu nedenle kuralın iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi de içerik bakımından yaptığı denetimde kuralı Anayasa'nın 133. maddesinde güvence altına alınan özerklik esası yönünden incelemiştir.

Yukarıda metni verilen kural incelendiğinde kuralın "*Başkanlık her yıl kendi bütçesinin Anadolu Ajansı bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Anadolu Ajansı ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olup*" bölümünde Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığının (Başkanlık) Anadolu ajansı ile sözleşme yapabileceği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemenin özerklik ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunmadığı açıktır.

Kuralın kalan kısmında ise Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığına Anadolu Ajansının *faaliyet, bütçe, örgütlenme* ve *insan kaynakları yönetimi* üzerinde denetim yetkisi verilmektedir. Buna göre kuralın kalan kısmıyla Başkanlığa Ajans üzerinde dört temel konuda denetim yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Bunlar; Ajansın faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimidir. Anayasa Mahkemesi bu denetim konularının çoğu yönünden özerklik bakımından sorun görmüş ise de bütçe denetimi açısından problem görmemiştir. Dolayısıyla kuralın kalan kısmını da bütçe ibaresi yönünden Anayasa'ya uygun bulmuştur. Mahkemenin verilen denetim yetkisinin bütçe ibaresi yönünden Anayasa'ya uygun bulmasının gerekçesi şöyledir:

> *"37. Ajansın 1925 yılında merkezî idareden ayrılarak anonim şirket şeklinde özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştürülmesindeki temel amacın Ajansın Anayasa'nın 133. maddesinde güvence altına alınan özerkliği ile tarafsızlığının sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.*
>
> *38. 57 sayılı Kanun'a göre malları devlet malı, personeli ceza hukuku bağlamında devlet memuru sayılan ve bu bakımdan kendine özgü bir yapısı olan Ajansın şirket hisselerinin %47,75'i Hazineye ait olup kalan hisselerinin yarısından fazlasında da Hazine intifa hakkına sahiptir. Şirketteki hisse dağılımında zaman içinde değişiklik olduysa da yapılan değişikliklerde Ajansın özerkliğini muhafaza etmek amacıyla şirket payları içindeki Hazinenin pay oranı hiçbir zaman %50'nin*

üzerine çıkmamıştır. Bu durumun bir sonucu olarak Sayıştay denetimine tabi olmayan Ajansın mali denetimi tüm anonim şirketler gibi 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olarak yapılmaktadır.

39. Her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olsa da Ajansın gelirlerinin büyük çoğunluğunu Başkanlık bütçesi içinde yer alan Ajans ödeneği oluşturmaktadır. Dava konusu kurala göre Başkanlığın Ajans üzerinde denetim yetkisine sahip olduğu alanlardan birisi de bütçedir.

40. Ajansın gelir kaynakları gözönünde bulundurulduğunda Ajansın bütçe denetiminin merkezî idare tarafından yapılmasının kamu yararını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ajansın bütçesinin merkezî idare tarafından denetlenmesinin Ajansın kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda sahip olduğu yetkiyi, başka bir deyişle özerkliğini ve tarafsızlığını olumsuz yönde etkileyecek bir yönü bulunmamaktadır. Bu itibarla Ajansın bütçesinin Başkanlıkça denetlenmesi, Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı değildir."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi Ajansın anonim şirket olsa da kendine özgü bir yapısının bulunduğunu, hisselerinin önemli bir kısmının hazineye ait olduğunu, bir kısmı üzerinde ise hazinenin intifa yetkisinin bulunduğunu, gelirinin önemli bir kısmının Başkanlık bütçesinden karşılandığını, Ajansın gelir kaynakları gözetildiğinde Ajansın bütçesi üzerinde merkezi idarenin denetim yetkisine sahip olmasının kamu yararına yönelik olduğunu ve bunun Ajansın özerkliğini olumsuz yönde etkilemediğini değerlendirmiştir. Buna göre Başkanlığa Ajansın bütçesi üzerinde bir denetim yetkisi tanınmasının Anayasa'nın 133. maddesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi kuralın kalan kısmıyla ilgili olarak *bütçe konusunda* yukarıdaki değerlendirmeleri yaparken diğer konular olan *faaliyet, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi* hususlarında ise farklı sonuca ulaşmış ve aşağıda belirtilen gerekçeyle anılan ibarelerin iptaline karar vermiştir:

"41. Kuralın birinci cümlesinde Ajansın bütçesinin yanı sıra faaliyeti, örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerindeki denetimin de merkezî idare tarafından yapılması öngörülmektedir. Ajansın şirket olarak temel amacı, yurt içinde ya da yurt dışındaki olaylarla ilgili doğru, çabuk, tarafsız, çağdaş haber ve fotoğraf, görüntü ve multimedya istihbaratı yaparak topladığı bilgiyi basın ve yayın abonelerine ulaştırmaktır. Bu itibarla Ajansın faaliyetlerinin yürütmenin içinde yer alan ve Cumhurbaşkanlığına bağlı Başkanlıkça

denetlenmesi, Ajansın özerkliğiyle bağdaşmadığı gibi yayınlarının tarafsızlığını da etkileme ihtimalini barındırmaktadır.

42. Öte yandan Ajansın örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerinde Başkanlığın denetim yetkisine sahip olması da Ajansın kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusundaki serbestisini ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kamu tüzel kişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır."

Buna göre Anayasa Mahkemesi, Başkanlığın Ajansın faaliyet, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine sahip olmasının Ajansın doğru, tarafsız ve güvenilir haber yapmasını ve kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusundaki serbestiyetini etkiyebileceği sonucuna ulaşmış ve bunun Anayasa'nın 133. maddesinde güvence altına alınan kurumun özerkliğini ihlal edeceğini değerlendirmiştir.

Görüldüğü üzere bu örnekte dava konusu CBK kuralı, aynı anda bünyesinde hem Anayasa'ya aykırı olan hem de olmayan hususları barındırmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin bazı yönlerden Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle kuralın tümü bakımından ret kararı vermesi mümkün olmadığı gibi bazı yönleri itibariyle kuralın Anayasa'ya uygun olması nedeniyle kuralın tümü bakımından bir iptal kararı da vermesi mümkün değildir. Bu nedenle Mahkeme ret ve iptal yönünde kategorik bir karar yerine kuralı bölerek bazı ibarelerinin iptaline, iptal ettiği ibareler dışında kalan kural yönünden ise iptal talebinin reddine karar vermiştir. Mahkeme anılan kararı şöyle formüle etmiştir:

43. Açıklanan nedenlerle kuralın birinci cümlesinde yer alan "…faaliyet,…", "…örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi…" ibareleri Anayasa'nın 133. maddesine aykırıdır. Kuralda yer alan bu ibarelerin iptalleri gerekir."

"Kuralın birinci cümlesinin kalan kısmı Anayasa'nın 133. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir."

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin kısmen ret kısmen kabul kararı verebilmesi için sadece kuralın bir yönüyle Anayasa'ya uygun bir yönüyle Anayasa'ya aykırı olması şartının varlığı yeterli değildir. Kuralın bölünebilir olması şartının da gerçekleşmesi gerekir. Eğer bir kural unsurları itibariyle Anayasa'ya uygun ve aykırı olacak şekilde kategorize edilemiyorsa (bölünemiyorsa) kuralın tümüyle iptal edilmesi zorunluluğu gündeme gelecektir. Hata kuralın bölünebilir olmadığı durumlarda kural yüzde doksundokuz oranda Anayasa'ya uygun ancak yüzde bir oranında Anayasa'ya aykırı ise yine iptal edilmesi gerekecektir. Zira herhangi bir yönüyle de olsa Anayasa'ya aykırı olan bir kuralın iptal talebinin reddedilmesi

mümkün değildir.

Bu tür durumlarda, yani kuralın kısmen Anayasa'ya aykırı olduğu ve bölünemediği için kuralın tümü yönünden iptal kararı verildiği durumlarda Anayasa Mahkemesi kuralın hangi yönlerden Anayasa'ya aykırı olduğunu ve hangi yönden kuralda bir anayasal sorun bulunmadığını verdiği kararın gerekçesinde açıklayacaktır. Bu çerçevede kanunlar bağlamında yasama organı CBK'lar bağlamında ise yürütme organı iptal edilen hükme ilişkin yeni bir düzenleme yapmak istediklerinde aykırı olan husus ne ise sadece o yönü dikkate alarak yeni bir kanun veya CBK kuralı çıkaracaklardır.

1.4. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı (KVYO)

Anayasa Mahkemesinin CBK bağlamında verebileceği karar türlerinden bir diğerini de karar verilmesine yer olmadığı (KVYO) kararı oluşturmaktadır. Mahkemenin bu karar türüne iki hâlde başvurduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi CBK kuralına ilişkin açılan davadan sonra kuralda değişiklik yapılması veya kuralın yürürlükten kaldırılmasıdır. İkincisi ise kuralla ilgili Mahkemenin iptal kararı vermesinden sonra aynı kuralın yeniden iptalinin talep edilmesi hâlidir. Aşağıda bu ihtimaller sırasıyla incelenecektir.

1.4.1. CBK Kuralının Yürürlükten Kaldırılması veya Değiştirilmesi

1.4.1.1. CBK Kuralının Yürürlükten Kaldırılması

CBK kuralı yürürlükten kaldırıldığında artık Anayasa Mahkemesinin inceleyerek Anayasa'ya uygun bulacağı veya iptal edeceği, hukuk dünyasında etki doğuran bir hüküm bulunmayacaktır. Bir başka ifadeyle dava konusuz kalacaktır. Bu nedenle yürürlükten kalkan kurallarla ilgili KVYO kararı verilmesi işin doğasının gerektirdiği bir zorunluluktur.[534] Anayasa Mahkemesi de bu tür durumlarda istikrarlı bir şekilde KVYO kararı vermekte olup bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır. Fakat hemen belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi bu tür kararları soyut norm denetimi yoluyla yapılan başvurularda vermekte, somut norm denetimi yoluyla yapılan başvurularda ise kural yürürlükten kalkmış olsa bile kuralın esastan anayasallık denetimini yapmaya devam etmektedir. Zira kural olarak dava mahkemesinin davanın açıldığı zamandaki hukuk kurallarını dikkate alarak önündeki hukuki uyuşmazlığı çözmesi, dolayısıyla dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren değil davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan hüküm doğrultusunda karar vermesi gerekir. Bu itibarla iptal davalarının aksine itiraz başvurularında

[534] İdari yargıda da konusuz kalan davalar hakkında KVYO kararı verilmektedir (**Boz, Selman Sacid/- Eraslan, Yunus** (2020) "İdari Yargılama Usulünde "Karar Verilmesine Yer Olmadığı" Kararları", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Y. 2020, S. 2, s. 397).

kural olarak hükmün yürürlükten kalkmış olması nedeniyle KVYO kararı verilmemektedir.[535]

Bununla birlikte kuralın yürürlükten kaldırılmasıyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun herhangi bir nedenle geçmişe etki doğuracak şekilde uygulanması söz konusu ise bir başka ifadeyle yürürlükten kaldırılan hükmün davada uygulanmasını engelleyecek hukuki bir sebep bulunmakta ise Anayasa Mahkemesi itiraz başvurularında da istisnai olarak KVYO kararı verebilmektedir.[536]

Bu durumun kanunlar yönünden en tipik olarak gündeme geldiği husus ceza hükümlerindeki değişikliklerdir. Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca ceza hükümlerindeki lehe değişiklerin geriye yürütülmesi mecburiyeti bulunmaktadır.[537] Buna göre cezai hükümlerdeki değişiklik sanığın lehine ise veya idari davalarda disiplin cezasındaki değişiklik davacının lehine ise itiraz başvurularında da Mahkeme önündeki hukuki uyuşmazlığa yürürlükten kaldırılan hükmü uygulayamayacağından Anayasa Mahkemesi bu tür durumlarda itiraz başvurularında da KVYO kararı vermektedir.[538]

Belirtmek gerekir ki kanunlar yönünden itiraz başvurularında da lehe ceza hükümleri nedeniyle kuralın yürürlükten kaldırılmasına dayalı olarak KVYO kararı verilmesi uygulamasının CBK'lar yönünden gündeme gelmesi pek mümkün görünmemektedir. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir hususun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca suç ve cezalar ancak kanunla düzenlenebileceğinden ve Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre idari nitelikteki cezalar ile disiplin cezaları da Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere tabi olduğundan CBK ile adli veya idari ceza düzenlenmesi hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla CBK'yla ceza hükümleri konusunda düzenleme yapılması teknik olarak beklenmeyeceğinden bu nedene dayalı KVYO kararı verilecek hükümlerin söz konusu olmaması gerekir.

Ancak yine de uygulamada Anayasa'ya aykırı hükümlerin çıkarılması her zaman mümkündür. Bu şekilde bir ceza düzenlemesi Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi hilafına yine de CBK ile düzenlenir ve fakat daha sonra yürürlüğe

---

[535] Bu durumda KVYO kararı verilmemesi gerektiğine ilişkin aynı yönde bkz. **Azrak**, s. 166; **Özbudun,** (2019), s. 403.

[536] Aynı yönde: **Kadıgil,** s. 271. Ayrıca bu yöndeki kararlar için bkz. AYM, E.2008/36, K.2009/22, 05/02/2009 E.2018/160, K.2019/23, 10/04/2019.

[537] Ceza hükümlerindeki lehe değişiklerin geriye yürütülmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu konusunda bkz. AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019.

[538] Bkz. AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019; E.2018/160, K.2019/23, 10/04/2019.

giren bir başka CBK hükmüyle bu ceza hükmü yürürlükten kaldırılır ise Anayasa Mahkemesinin önündeki iptali istenilen kural somut norm denetimi yoluyla gelmiş olsa da Mahkeme işin esasına incelemeye devam edemeyecek, söz konusu CBK kuralı hakkında KVYO kararı vermesi gerekecektir.

1.4.1.2. CBK Kuralının Değiştirilmesi

İptal davasında dava konusu CBK kuralının yürürlükten kaldırılması durumunda KVYO kararı verilmesi gerektiği gibi tümüyle yürürlükten kaldırılmasa bile kuralda değişiklik yapılması hâlinde de KVYO kararı verilmesi gerekmektedir. Keza itiraz başvurularında da yukarıda belirtilen istisnai durumun gerçekleşmesi hâlinde KVYO kararı verilmesi zarureti doğacaktır. Ancak zaman zaman dava konusu kuralın tümü değil sadece kuralda yer alan bir ibare değiştirilebilmektedir. Bu kapsamda örneğin 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişikliğe uyum sağlamak amacıyla birçok kanunda yer alan "*Bakanlar Kurulu*" ibaresi "*Cumhurbaşkanı*" veya "*Cumhurbaşkanlığı*" şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre anılan örnekte olduğu gibi kuralın tümünün değil sadece bir ibaresinin veya bir bölümünün değiştirildiği durumlarda KVYO kararı verilip verilmeyeceği ve eğer verilecek ise hangi kapsamda bir KVYO kararı verileceğinin bu konuyla ilgili en problemli alanı oluşturduğu söylenebilir.

Bu çerçevede örneğin 1/2/2018 tarihli ve 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Komisyon üyelerinin görevine son verilebilme hallerinden birinin düzenlendiği "*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle hakkında Başbakanlıkça idari soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi,"* biçimindeki (e) bendinin *"...mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı...", "...Başbakanlıkça..." ve "...soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi*," ibarelerinin iptali istenmiştir. Dava açıldıktan sonra dava konusu kurallardan "...*Başbakanlıkça*..." ibaresi 703 sayılı KHK'nın 37. maddesiyle "…*Cumhurbaşkanlığınca*…" şeklinde değiştirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu örnekte dava konusu ibarelerden sadece biri değiştirilmesine rağmen değişiklik yapılmayan ancak aynı cümlede yer alan diğer ibareler hakkında da KVYO kararı vermiştir.[539] Sadece bu kararda değil Anayasa Mahkemesinin birçok kararda benzeri

[539] AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019, §§ 40-41.

yaklaşımı benimsediği anlaşılmaktadır.[540] Buna göre Anayasa Mahkemesinin yakın tarihe kadar uyguladığı içtihadı şöyle özetlenebilir: Bir ibare değişikliği bile olsa herhangi bir kuralda bir değişiklik yapılırsa dava konusu edilen kuralın tümü hakkında KVYO kararı verilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin anılan yaklaşımının bir ibare de olsa bir kuralda değişiklik yapılmış ise artık bu durumda kuralın yeni bir anlam kazandığı, dolayısıyla kuralın yeni hâlinin iptal edilmesinin dava konusu edilmeyen bir kuralın iptali sonucunu doğuracağı, bunun da Mahkemenin görev ve yetki sınırlarını aşacağı düşüncesine dayandığı anlaşılmaktadır.

Mahkemenin anılan yaklaşımına katılmak mümkün görünmemektedir. Dava konusu kuraldaki herhangi bir ibarenin değiştirilmesinin kuralın anlam ve kapsamı üzerinde değişiklikler yaratmadığı söylenemez. Ancak bu durumun tek başına sadece söz konusu ibareye ilişkin değil tüm kuralla ilgili KVYO kararı verilmesini zorunlu kıldığını ileri sürmenin Anayasa'ya uygun ve makul bir yaklaşım olmadığı düşünülmektedir. Zira anılan yaklaşımın katı bir şekilde uygulanmasının Anayasa'nın tanıdığı bir anayasal denetim yolunu işlevsiz hale getirebileceği değerlendirilmektedir.

Şöyle ki bir cümleden oluşan kuralın bir ibaresinde yapılan değişiklik nedeniyle kuralın tamamı hakkında KVYO kararı verilmesi, kuralın değişiklik yapılmayan ve bağımsız bir anayasal denetime konu edilebilecek kısmının KVYO kararı verilen davada incelenme imkânını ortadan kaldıracaktır. Kuralın değişiklik yapılmayan ancak bir ibaresinde değişiklik yapılması nedeniyle KVYO kararı verilen kısmının ibare değişikliği nedeniyle yeni bir davaya da konu edilmesi mümkün değildir. Zira iptal davasının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde açılması gerekmekte olup Anayasa Mahkemesinin KVYO kararı verdiği tarihte bu süre çoktan geçmiş olmaktadır. Dolayısıyla anılan yaklaşımın iptal davası yoluyla bazı kuralların anayasal denetiminin hiçbir zaman yapılmaması sorununu ortaya çıkaracağı, bunun ise "*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası*" açılabileceğini düzenleyen Anayasa'nın 150. maddesiyle bağdaşmayacağı söylenebilir.

Kaldı ki böyle bir yola başvurmak zorunlu da değildir. Bunun yerine her durumda kuralın iptal yoluyla denetimine imkân tanıyan bir yöntemin benimsenmesi gerektiği düşünülmektedir.

[540] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2018/92, K.2019/67, 25/07/2019, §§ 46-47; E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, §§ 204-205.

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde kategorik ve toptancı bir yaklaşım yerine KVYO kararı verilip verilmeyeceğine her bir kuralın somut koşulları dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda karar verilmelidir.

Anayasa Mahkemesinin de 16/07/2020 tarihli ve E.2018/104, K.2020/39 sayılı kararda benimsediği yeni bir anlayışla yukarıda eleştirilen yaklaşımından vazgeçtiği ve bu soruna aşağıda belirtilen yöntemle bir çözüm getirdiği anlaşılmaktadır. Buna göre:

> *i.* İncelenen kural bir cümleden oluşuyorsa ve eğer cümlenin bazı ibarelerinde yapılan değişiklik cümlenin kalanı yönünden bağımsız bir anayasal denetim yapılmasını mümkün kılmayacak şekilde bir etkiye sahipse o cümlenin tümü hakkında KVYO kararı verilmesi gerekir.[541]
>
> *ii.* Ancak değişiklik yapılan ibare çıkarıldığında kuralın kalan kısmı bağımsız bir Anayasaya aykırılık incelemesine konu edilebilecek ise KVYO kararı sadece değişiklik yapılan ibarelerle sınırlı olarak verilmeli ve kalan kısımla ilgili olarak esastan anayasallık denetimi yapılmalıdır.

Mahkeme anılan dosya kapsamında konuya ilişkin belirlediği yeni ilkeyi 6831 sayılı Kanun'un ek 16. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinin iptaline ilişkin kuralı değerlendirirken uygulamıştır:

Kural "*Orman ve Su İşleri Bakanlığınca, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına dönüştürülmesi de mümkün olmayan yerler ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlardan, Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar, Bakanlar Kurulunca belirlenecek usul ve esaslara göre Orman Genel Müdürlüğünce orman sınırları dışına çıkartılarak tapuda Hazine adına tescil edilir."* biçimindeyken 700 sayılı KHK'nin 38. maddesi ile cümlede yer alan "*Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca*" ibaresi "*sınırları*

[541] Mahkemenin bu ilkesi şöyle bir örnek üzerinden somutlaştırılabilir: Dava konusu kural "*Memurların disiplin soruşturmasının usulü yönetmelikle düzenlenir.*" biçimindeyken "yönetmelikle" ibaresi "kanunla" ibaresiyle değiştirilmiş ise bu hususta KVYO kararı verilmelidir. Zira bu cümlede anılan ibareyi çıkardığınızda bu hususta bağımsız bir anayasal denetim yapılamasına imkân bulunmamaktadır. Bu davada kuralın tümü hakkında KVYO kararı verilmesi kuralın daha sonra iptal yoluyla denetlenme imkânını da ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü "yönetmelikle" ibaresini "kanunla" ibaresiyle değiştiren norm hakkında süresi içerisinde söz konusu normun Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde iptal davası açılabilecektir. Anayasa Mahkemesi her ne kadar söz konusu yeni davada sadece "kanunla" ibaresini inceleyecek ise de bu kuralı iptal ettiğinde kuralın kalan kısmı uygulanma kabiliyetine sahip olmayacağından bu kısmı da 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptal edebilecektir.

Cumhurbaşkanınca" şeklinde ve "*Bakanlar Kurulunca*" ibaresi "*Cumhurbaşkanınca*" şeklinde değiştirilmiştir. Kısaca önceki metinde fıkra kapsamındaki sınırlar Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenirken ve yine kurala konu işlemin usul ve esaslarını Bakanlar Kurulu belirlerken getirilen yeni hükümet sistemiyle bağlantılı olarak artık bu hususların Cumhurbaşkanınca belirlenmesi öngörülmüştür. Anılan hususlar dışında kuralda/cümlede bir değişiklik söz konusu olmamıştır.

Dava dilekçesinde özetle "*Anayasa'da orman vasfının kaybedilmesi, dolayısıyla bir alanın orman alanı dışına çıkarılabilmesi için 31/12/1981 tarihinin belirlendiği, bir yerin orman vasfını kaybetmesi dolayısıyla orman alanından çıkarılabilmesi için bu tarihten önce vasıf kaybının gerçekleşmiş olması gerektiği, dava konusu kuralda ise bu tarih dikkate alınmaksızın tahrip edilmiş ya da üzerine yapı inşa edilmiş alanların orman sınırı dışına çıkarılmasına imkân tanındığı, Anayasa'da böyle bir tarih belirlenmesinin temel nedeninin ormanların yakılarak, kesilerek veya başka şekillerde tahrip edilerek orman alanının dışına çıkarılmasını önlemek olduğu, orman varlığının korunmasının insan yaşamı ve yerkürenin geleceği açısından yaşamsal öneme sahip çevresel-ekolojik, sosyo-kültürel ve ekonomik işlevlerin yerine getirilmesine hizmet ettiği, kuralın uygulanmasının ise orman rejimini daraltıcı gelişmelere yol açacağı, öncelikle kural kapsamında değerlendirilen alanların tekrar orman ekosistemi özelliğine kavuşması için gerekli adımların atılması gerektiği, orman içindeki ağaçsız taşlık, kayalık alanların da orman ekosisteminin önemli bir parçası olduğu, bu alanların özellikle yaban hayatı için son derece önem taşıdığı, orman sayılmayan birtakım Hazine arazilerinin orman vasfını kazanmasının 300 yıl gibi uzun bir süreyi gerektirdiği, bu nedenle orman sınırları dışına çıkartılan alanlar karşılığında OGM'ye orman tesis edilmek üzere arazi tahsis edilmesinin orman sınırlarında daralmaya yol açmayacağının söylenemeyeceği, kaldı ki Anayasa'nın devlete orman alanlarını artırma görevini verdiği, orman olarak kullanılması gereken yerlerin orman rejimine alınmasının hiçbir koşul veya karşılık olmaksızın zaten devletin görevi kapsamında olduğu, başka bir orman alanının tahrip edilmesinin başka bir ormanlık alanda daraltma yapılmasının karşılığı olamayacağı, ormanların sadece ağaçlardan oluşmadığı, özellikle de ağaç varlığı açısından marjinal görülen alanların önemli biyolojik çeşitlilik alanları olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu"* iddia edilmiştir.[542]

Görüldüğü üzere dava dilekçesindeki aykırılık gerekçeleri orman sınırları dışına çıkarma işleminin *hangi merci* tarafından karara bağlanacağı hususuyla ilgili olmayıp doğrudan bu

[542] AYM, E.2018/104, K.2020/39, 16/07/2020, § 142.

çıkarma işleminin kendisine yöneliktir. Dolayısıyla değişiklik yapılan ibareler çıkarıldığında da kuralın kalan kısmı bağımsız bir denetim yapmaya elverişlidir. Buna göre dava konusu kuralla ilgili olarak "*Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar, Bakanlar Kurulunca*" ibaresi hakkında KVYO kararı verilerek kuralın kalan kısmına yönelik anayasallık denetimi yapılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin de bu durumu gözeterek kuralın tümü hakkında KVYO kararı vermediği görülmektedir. Bu bağlamda Mahkeme Ek 16. maddenin birinci fıkrasında yer alan "…*Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca*…" ve "…*Bakanlar Kurulunca*…" ibareleri hakkında KVYO kararı vermiş, fıkranın kalan kısmıyla ilgili olarak ise esastan anayasallık incelemesi yapmaya devam etmiştir. [543]

Mahkemenin benimsediği bu yeni yöntem sayesinde iptal yoluyla gelen herhangi bir kuralın denetimsiz kalması söz konusu olmayacaktır. Zira kuralın değişiklik yapılmayan kısmı eldeki davada incelenecek değişiklik yapılan ibareler ise değişiklik yapan ilgili kanunla birlikte Mahkemenin önüne getirilebilecektir.

Esasında bu yaklaşımın Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar ki uygulamalarına yabancı bir yöntem olmadığının da ayrıca vurgulanması gerekir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin önüne sık sık tam bir cümleden oluşan kurallar değil sadece bazı ibareler hatta bazen tek bir sözcük bile getirilebilmekte ve Mahkemece kural sadece söz konusu ibareyle sınırlı olarak incelenmektedir. Anayasa Mahkemesinin benimsediği yeni yöntem de aynı sonucu doğuracaktır. Buna göre bağımsız bir anayasal denetim yapma imkânın söz konusu olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesince sadece değişiklik yapılan ibarelere ilişkin KVYO kararı verilecek ve dava sadece cümlenin kalan kısmına yönelik açılmış gibi inceleme yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesinin anılan kararda sadece yukarıda belirtilen kuralla ilgili değil 942 sayılı Kanun'un 25.maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinde yer alan kuralla ilgili değerlendirme yaparak kuralın tümü hakkında KVYO kararı vermediği görülmektedir. Bu kapsamda aynı dava dosyasında anılan cümlenin "*...bu süre Bakanlar Kurulu tarafından bir defaya mahsus olmak üzere beş yıl süre ile uzatılabilir.*" bölümünün de iptali talep edilmiştir. Ancak iptal davası açıldıktan sonra bölümde yer alan "…*Bakanlar Kurulu*…" ibaresi 700 sayılı KHK'nin 86. maddesiyle "…*Cumhurbaşkanı*…" şeklinde değiştirilmiştir. Mahkeme anılan değişikliğe rağmen dava konusu bölümün tümü hakkında değil sadece "…*Bakanlar Kurulu*…" ibaresi hakkında KVYO kararı vermiş, bölümün kalan

[543] Bkz. AYM, E.2018/104, K.2020/39, 16/07/2020, §§ 140-144.

kısmıyla ilgili olarak ise aşağıdaki açıklamaya yer vererek kuralın kalan kısmının Anayasa'ya aykırılığını esastan incelemiştir:

> *"198. Kanun'un 28. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'un 25.maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "...bu süre Bakanlar Kurulu tarafından bir defaya mahsus olmak üzere beş yıl süre ile uzatılabilir." bölümünde yer alan "...Bakanlar Kurulu…" ibaresinin değiştirilmesinin bölümün anılan ibare dışında kalan kısmı yönünden bağımsız bir anayasal denetim yapılmasını engellemediği anlaşıldığından söz konusu kısım hakkında aşağıdaki inceleme yapılmıştır."*

Kısacası Anayasa Mahkemesinin bu şekilde *bağımsız bir anayasal denetim yapabilme* kriterini geliştirerek değiştirilen ibare dışında kuralın kalan kısmının bağımsız olarak incelenmesinin mümkün olduğu durumlarda esastan inceleme yapılması gerektiğine karar verdiği görülmektedir. Mahkeme aynı kararda bağımsız bir anayasal denetim yapılması mümkün olmayan kuralla ilgili olarak da karar vermiş, böylece söz konusu içtihadının iki yönünü de ortaya koymuştur. Mahkemenin bu kapsamda verdiği karar şöyledir:

> "*30. 6200 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Bakanlar Kurulu…" ibaresi 703 sayılı KHK'nın 69. maddesiyle "Cumhurbaşkanı…" şeklinde değiştirilmiştir. Dava konusu kural "Bakanlar Kurulu kararı, arazi toplulaştırması ve diğer işlemler yönünden kamu yararı kararı sayılır." şeklinde olup kuralın "Cumhurbaşkanı…" olarak değiştirilen "Bakanlar Kurulu…" ibaresi dışında kalan bölümüne ilişkin olarak bağımsız bir anayasal denetim yapılmasına imkân bulunmamaktadır.*
>
> *31. Açıklanan nedenle konusu kalmayan fıkraya ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.*"[544]

Anayasa Mahkemesinin anılan içtihat değişikliğinin son derece yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Mahkemenin böylece herhangi bir kuralın soyut norm denetimi yoluyla denetimsiz kalması sorununun önüne geçtiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi anılan kararlarını kanun bağlamında vermiştir. Ancak söz konusu içtihadın diğer norm türleri yönünden olduğu gibi CBK'lar yönünden de geçerli olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre bir CBK kuralında ibare veya bölüm değişikliği olduğunda kuralın değişiklik yapılan ibare ve bölümü dışında kalan kısmı yönünden bağımsız bir anayasal denetim yapılabilecek ise kuralın sadece değiştirilen ibare ve bölümü hakkında KVYO kararı verilecek kuralın kalan kısmıyla ilgili esastan Anayasa'ya aykırılık incelemesi

[544] Bkz. AYM, E.2018/104, K.2020/39, 16/07/2020, §§ 30,31.

yapılacaktır. Ancak eğer kuralın değişiklik yapılan ibare ve bölümü çıkarıldığında kuralın kalan kısmına ilişkin bağımsız bir anayasal denetim yapılamayacak ise CBK kuralının tümü hakkında KVYO kararı verilecektir.

1.4.2. CBK Kuralı Hakkında Daha Önce İptal Kararı Verilmiş Olması

CBK kuralı hakkında KVYO kararı verilebilecek ikinci hâl kural hakkında daha önce iptal kararı verilmiş olmasıdır. Buna göre eğer Mahkeme ister soyut norm denetimi isterse somut norm denetimi sonrasında bir CBK kuralının iptaline karar vermiş ise aynı kurala ilişkin olarak yeniden bir başvuru yapıldığında KVYO kararı verecektir.

Bu bağlamda Mahkemenin daha önce vermiş olduğu iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmış olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesinin daha önce vermiş olduğu iptal kararı henüz Resmî Gazete'de yayımlanmamış olsa de yine de KVYO kararı verilecektir. Zira Resmî Gazete'de yayımlanma iptal kararının varlığı için değil yürürlüğe girmesi için bir şarttır.

1.4.3. CBK Kuralı Hakkında Esastan Ret Kararı Verilmesinden Sonra Yeniden Yapılan Başvuruda KVYO Kararı Verilebilir mi?

Bu başlık altındaki açıklamalara son verilmeden önce bir CBK kuralının esastan incelenerek ret kararı verilmesinden sonra ve fakat karar Resmi Gazete'de yayımlanmadan önce bir başvuru yapıldığında Mahkemenin KVYO kararı verip veremeyeceği hususunun da tartışılmasında fayda bulunmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki Mahkeme mevcut uygulamasında böyle bir karar verme yoluna pek gitmemektedir. Mahkeme, böyle bir başvuru yapıldığında kuralın esas incelemesine geçerek[545] kuralın Resmî Gazete'de yayımlanmasını beklemekte, karar yayınlandığında da başvuruyu on yıllık süre yasağına uyulmadığı gerekçesiyle reddetmektedir.[546] Burada Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinde düzenlenen on yıllık başvuru yasağının Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra başlayacağı, dolayısıyla karar henüz Resmi Gazete'de yayımlanmamış iken yapılan başvurular bakımından bunun doğru bir yöntem olmayacağı akla gelebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi aşağıda belirtilen gerekçelerle bu düşüncenin yerinde olmadığını değerlendirmektedir:

---

[545] Mahkeme ilk inceleme aşamasında karar henüz Resmî Gazete'de yayımlanmamış olduğundan ilk inceleme aşamasında usulden bir karar vermeyerek esas incelemeye geçilmesine karar vermektedir.

[546] Bkz. AYM, E.1985/33, K.1986/22, 11/09/1986; E. 1988/35, K.1989/13, 14/3/1989; E. 2012/21 K. 2012/124, 20/09/2012; 2012/130, K.2013/47, 28/3/2013; (AYM, E.2018/131, K.2018/98, 17/10/2018.

"*Anayasa'nın 152. maddesinde "Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz" denilmektedir. Anayasa'nın amacı, hem gereksiz başvurmaları önleyerek Mahkemenin çalışma düzenini korumak, hem de uygulamada sürekliliği sağlamaktır.*

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin iptalini istediği 3217 sayılı Yasanın 4. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra içindeki "ve tekele tâbi maddelerden olmaması" ibaresi, bir başka itiraz davasına konu olarak incelenmiş ve buna ilişkin 27/3/1986 günlü, Esas: 1985/31, Karar: 1986/11 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı 9 Mayıs 1986 günlü, 19102 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Böylece gerek Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasının, gerek Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin yedinci fıkrasında öngörülen koşul gerçekleşmiştir. İtirazcı Mahkemenin başvurusu 11/7/1985 tarihini taşımakta ise de esas inceleme aşamasında Anayasa Mahkemesi'nin aynı konu hakkında işin esasına girerek verdiği yukarda belirtilen red kararı yürürlüğe girdiğine göre itirazın incelenmesine olanak yoktur. Zira Anayasa'nın 152. maddesi yalnız dava mahkemelerini değil Anayasa Mahkemesini de bağlar. Anayasa Mahkemesi, önceki kararın yayımı tarihinden sonra karar vermek durumunda ise başvurunun daha önce olup olmamasına bakmadan itirazı reddetmek zorundadır…"[547]

Buna göre Mahkeme kararın Resmî Gazete'de yayımlanmadan önce Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesine dayanarak bir ret kararı veremeyeceğini kabul etmekle birlikte kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra anılan maddelere dayalı bir ret karar verilmesinin önünde bir engel görmemektedir. Zira anılan kararda da belirtildiği üzere on yıllık yasak sadece dava mahkemelerini değil Anayasa Mahkemesini de bağlayan bir hükümdür. Dolayısıyla söz konusu hükümler uyarınca karar Resmî Gazete'de yayımlanmadan önce dava mahkemelerinin Anayasa Mahkemesine başvuru yapmalarına engel bir durumdan söz etmek mümkün değilse de *karar yayınlandıktan sonraki* aşamada karar verecek olan Anayasa Mahkemesi yönünden on yıllık yasağın uygulanma şartlarından olan a) aynı kurala ilişkin daha önce esastan ret kararı verilmiş olması b) bunun Resmi Gazete'de yayımlanmış olması şartlarının her ikisi de gerçekleşmiş durumdadır. Dolayısıyla dava mahkemesi için başvuru anında Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddelerinden kaynaklanan yasağın şartları oluşmamış ise de Anayasa Mahkemesi için *karar vereceği aşamada* anılan hükümlerden

[547] AYM, E.1985/33, K.1986/22, 11/09/1986.

kaynaklanan yasağın uygulanma şartları gerçekleşmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin anılan usulü uygulamasında gerek Anayasa'dan gerek ise kanundan kaynaklanan bir engel bulunmadığı açıktır.

Anayasa Mahkemesinin bu yolu tercih etmesinde hukuken bir sorun bulunmamakla birlikte esasında ilk inceleme aşamasını geçemeyecek bir kuralla ilgili sırf kuralın Resmî Gazete'de yayımlanmasını beklemek amacıyla esasa geçilmesine, dolayısıyla kararın -kısa bir süre için bile olsa- geciktirilmesine lüzum bulunmadığı, Mahkemenin bu tür başvurularda ilk inceleme aşamasında KVYO kararı verebileceği değerlendirilmektedir.

Şöyle ki Anayasa Mahkemesi özellikle 2015 yılından bu yana verdiği kararları (çok kurallı iptal davaları hariç) ortalama otuz/kırk gün gibi kısa bir sürede Resmi Gazete'de yayımlamaktadır. Dolayısıyla başvuru tarihinde verilmiş ve ancak Resmi Gazete'de yayımlanmamış bir iptal kararı, kuralın iptal talebine ilişkin yeni başvurudan kısa bir süre önce verilmiş olmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kuralla ilgili esastan anayasallık incelemesi yaparak kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmış ise kuralla ilgili anayasallık sorununu tüketmiş demektir. Bir başka ifadeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki başvuru konusuz kalmıştır. Dolayısıyla bu durumda Mahkemenin konusuz kalan başvuruyla ilgili KVYO kararı vermesi gerekir.

Hele bir de Mahkemenin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca gerekçe ile bağlı olmayıp incelediği kuralı tüm anayasal hükümler yönünden değerlendirmesi gerektiği, norm denetimi kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi ve yeniden inceleme yolunun açık olmadığı, hatta Mahkemenin kendisinin bile verdiği ancak Resmi Gazete'de henüz yayınlamadığı kararı değiştirme, onun yerine başka bir karar verme yetkisine sahip olmadığı ve Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu dikkate alındığında kısa bir süre önce verilmiş karar ile kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığı yönündeki uyuşmazlığın kesin bir şekilde tüketildiği konusunda bir şüphe duyulmamalıdır.

Bu tüketilme halinin tek istisnası kuralın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıllık sürenin geçmiş olmasıdır ki bu istisnanın getirilme sebebi Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere *durum ve koşulların değişmesi ihtimalidir*.[548] Gerçekten de dinamik toplumsal yaşamdaki değişim ve gelişmelere koşut olarak Anayasa Mahkemesinin anayasal hükümler veya denetlediği normlarla ilgili kabul ve görüşlerinde değişiklik olabilir. Dolayısıyla verilen ret kararı üzerinden on yıl gibi makul bir süre geçtikten sonra aynı kuralın yeniden Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürebilmenin bir ihtiyaç olduğu kabul edilebilir.

[548] AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 16.

Ancak bir CBK kuralının esastan incelenerek Anayasa'ya aykırı olmadığına kısa bir süre önce karar verildikten sonra kuralla ilgili anayasal uyuşmazlığın sona erdiğinin, dolayısıyla kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki yeni başvurunun konusuz kaldığının kabul edilmesi gerekir. Aksi kabul Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasına ilişkin gerekçesinde belirtildiği üzere hukuki istikrar ilkesine aykırı olacağı gibi[549] hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini de zedeleyebilecektir. Bu itibarla kısa bir süre önce karar verilmek suretiyle konusuz kalan başvuru hakkında KVYO kararı verilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesine bugüne kadar bir CBK kuralı ile ilgili olarak esastan yapılan denetim sonucu verilen ret kararından sonra aynı kuralın iptaline ilişkin bir başvuru henüz yapılmamıştır. Ancak böyle bir başvuru yapıldığında ret kararı Resmî Gazete'de yayımlanmamış olsa bile Mahkemenin ilk inceleme aşamasında kuralla ilgili KVYO kararı vermesi gerektiği değerlendirilmektedir.

1.5. Davanın açılmamış sayılması kararı

Anayasa Mahkemesinin CBK kuralına ilişkin olarak vereceği karar türlerinden bir diğeri de davanın açılmamış sayılması kararıdır. Bu karar türü adından da anlaşılacağı üzere sadece soyut norm denetimi yoluyla açılan iptal davalarında gündeme gelmekte olup somut norm denetimi yoluyla yapılan başvurularda verilmesi mümkün değildir.

Davanın açılmamış sayılması kararı, 6216 sayılı Kanun'da belirtilen iptal davasının açılması usulüne aykırılık durumunda verilmektedir. İptal davasında uyulması gereken usuller 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinde belirlenmiştir. Bu usullere aykırı davranışın müeyyidesine ise Kanun'un 39. maddesinde yer verilmiştir. Bu çerçevede 39. maddenin (1) numaralı fıkrasında "*Mahkemece, dava dilekçesinin, 38 inci maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığı, kayıt tarihinden itibaren on gün içinde incelenir. Başvuru dilekçesinde eksiklikler varsa kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması ilgililere tebliğ olunur.*" denilmiştir. Buna göre 38. maddede belirtilen usul ve esaslara aykırı bir durum tespit edildiğinde Mahkemece doğrudan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmeyecek, söz konusu eksikliğin ikmal edilmesi için on beş günden az olmamak üzere davacı tarafa süre verilecektir. 39. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca davacı belirtilen eksikliği süresinde ikmal ederse davanın esasının incelenmesine geçilecek aksi taktirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

---

[549] **Yılmazoğlu/ Perdecioğlu** (Haz.), s. 161.

6216 sayılı Kanun'un 38. ve 39. maddeleri kapsamında iptal davasında hangi kurallara uyulmaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiş idi. Bu nedenle burada aynı hususlar tekrarlanmayacak anılan açıklamalara atıfta bulunulmakla yetinilecektir. Ancak CBK'lar bağlamında bu karar türünün en fazla 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında belirtilen eksiklik durumunda gündeme gelebileceğinin belirtilmesi gerekir. Anılan fıkra uyarınca iptal davalarında, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunlu olup iptal davası dilekçesinde CBK kuralının Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğu yönünde gerekçe gösterilmediğinde Anayasa Mahkemesi öncelikle 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca on beş günden az olmamak üzere söz konusu eksikliğin giderilmesini davacı taraftan isteyecek belirtilen sürede eksiklik yerine getirilmediği durumda davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir.

2. CBK Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Niteliği: Kesinlik ve Bağlayıcılık ile Geriye Yürümezlik

Bu başlık altında CBK bağlamında Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliği incelenecektir. Anayasa'da Anayasa Mahkemesi kararlarından söz edildiği gibi bu kararların niteliği de hüküm altına alınmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi kararları kesindir, herkes bakımından bağlayıcıdır ve iptal kararları ancak ileriye doğru hüküm ve sonuç doğurur. Aşağıda bu nitelikler tek tek ele alınacaktır.

2.1. Kararların Kesinliği

Anayasa'nın 153. maddesinin ilk fıkrasında "*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir.*" hükmüne yer verilmiştir. Genel olarak muhakeme hukukunda mahkeme kararlarının kesinliği deyince iki ayrı anlam akla gelmektedir. Bunlardan birincisi şekli anlamda kesin hüküm diğeri ise maddi anlamda kesin hükümdür.[550]

2.1.1. Şekli Anlamda Kesin Hüküm

Bir kararın şekli anlamda kesin hüküm etkisine sahip olması, o karara karşı hiçbir kanun yoluna başvurulamaması anlamına gelmektedir.[551] Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi kararları kural olarak verildiği anda kesin olup norm denetimi sonucu verilen kararlar yönünden gerek Anayasa'da gerek ise 6216 sayılı Kanun'da buna bir istisna

[550] **Kuru, Baki** (2015) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Legal, s. 574.

[551] **Kuru**, s. 575.

tanınmamıştır. Buna göre Mahkemenin CBK kuralının incelenmesi sonucu verdiği karara karşı başka bir mercii nezdinde temyiz yoluna başvurulması mümkün olmadığı gibi Mahkeme nezdinde de yeniden inceleme veya karar düzeltme yoluna başvurulması mümkün değildir.

Esasen Anayasa gereği Anayasa Mahkemesi bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığını değerlendirerek bunu iptal etme veya kuralın Anayasa'ya uygun olduğunu belirlemeye yetkili ve görevli tek Mahkeme olduğu için zaten onun kararlarına karşı başka bir mahkeme nezdinde bir kanun yolunun öngörülmesi söz konusu olamaz.

Anayasa Mahkemesi nezdinde de yeniden inceleme gibi bir yol öngörülmemiş olup Mahkeme sadece Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılama sonucu verdiği kararlar yönünden yeniden inceleme yapma görev ve yetkisine sahiptir.[552]

2.1.2. Maddi Anlamda Kesin Hüküm

Maddi anlamda kesin hüküm ise kararın bağlayıcılığını ifade etmekte olup kararın ilgili olan herkesi bağlaması sonucunu doğurmaktadır.[553] "*Kesin hükmün otoritesi*" olarak da anılan bu bağlayıcılık uyarınca konusu, sebebi ve tarafları aynı olan bir dava sonucu verilip kesinleşen bir karar bir daha uyuşmazlık konusu edilemez.[554] Bu çerçevede Anayasa'nın 153. maddesinin birinci fıkrasında "*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir*." denildikten sonra aynı maddenin son fıkrasında "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*"

---

[552] Bu konuyu düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 58. maddesi şöyledir:

> "*Yeniden inceleme*
>
> *MADDE 58- (1) Yüce Divan tarafından verilen hükme karşı yeniden inceleme başvurusu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili, sanık, müdafi, katılan veya vekili tarafından yapılabilir.*
> *(2) Yeniden inceleme başvurusu hükmün açıklanmasından itibaren onbeş gün içinde Yüce Divana bir dilekçe verilmesi suretiyle yapılır. Hüküm, yeniden incelemeye başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar.*
> *(3) Yüce Divan yeniden incelemeyi dosya üzerinden yapar. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekilinin, sanığın veya katılanın istemi üzerine ya da resen incelemenin duruşma açılarak yapılmasına da karar verilebilir.*
> *(4) İncelemenin duruşma açılarak yapılmasına karar verilmesi hâlinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekiline, sanığa, katılana, müdafi ve vekile duruşma günü tebliğ edilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafi ile de temsil ettirebilir.*
> *(5) Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili, hazır bulunması hâlinde sanık, müdafi, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar; yeniden inceleme başvurusunda bulunan tarafa önce söz verilir. Her hâlde son söz sanığındır.*
> *(6) Yeniden inceleme, yalnızca başvuruda belirtilen hususlarla sınırlı olarak yapılır. Başvurunun yerinde görülmesi hâlinde aynı zamanda başvuru konusu hakkında da karar verilir. Yeniden inceleme başvurusu üzerine verilen kararlar kesindir.*"

[553] **Gözler,** (2019a), s. 1183.

[554] **Gözler,** (2019a), s. 1183.

hükmüne yer verilmek suretiyle Mahkeme kararlarının kesinliğinin maddi anlamda sonucu olan bağlayıcılık açıkça Anayasa'da güvence altına alınmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin somut ve soyut norm denetimi sonucu verdiği tüm kararlar kesin ve dolayısıyla bağlayıcı olup kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesinden yararlanırlar ve kural olarak bir daha uyuşmazlık konusu yapılamazlar.

Burada bir kuralın iptali istemiyle yapılan başvuruda iptal ve itiraz davalarında farklı gerekçelere dayanılabileceği, dolayısıyla sebep birliği bulunmadığından özellikle ret kararları yönünden kesin hükümden söz edilemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak maddeye ilişkin Anayasa Komisyonunun gerekçesinde de vurgulandığı üzere 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi bir kuralın iptali istemiyle ilgili inceleme yaparken dava dilekçesindeki veya başvuru kararındaki gerekçeyle bağlı olmayıp kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığını tüm yönleriyle değerlendirmek durumundadır.[555] Dolayısıyla Mahkemenin yaptığı denetim sonucu verdiği ret kararının herhangi bir sebebe özgülenmesi mümkün olmadığından sebep birliği bulunmaması nedeniyle de ret kararlarının kesin hüküm doğurmayacağından söz edilemez.[556]

Esasen kesin hüküm nedeniyle uyuşmazlık konusu hakkında verilen kararın bir daha tartışma konusu yapılamaması hukukun genel ilkelerinden olan *hukuki istikrar* için gerekli olduğu gibi[557] Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinin hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri yönünden de bir zorunluluktur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığının en azından belli bir süreyle de olsa belirli olmaması ve her an iptal edilebilecek nitelikte olması bir belirsizliğe neden olacak ve kişilerin kendilerini kurala göre ayarlayabilme imkanlarını ellerinden alarak hukuki güvenliklerini zedeleyebilecektir.

Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere anayasa koyucu Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasında bu ilkeye esastan verilen ret kararları yönünden bir istisna tanımış ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl geçtikten sonra aynı kurala ilişkin Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunmaya izin vermiştir. Ancak bu durum nedeniyle Anayasa Mahkemesi ret kararlarının maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmadığı söylenemez. Bu kural kararın verilmesinden itibaren on yıl gibi uzun bir süre geçtikten

[555] Anayasa Komisyonunun konuya ilişkin gerekçesi şöyledir*: "Her ne kadar sebep birliği olmadıkça muhkem kaziyeden bahsolunamazsa da Anayasa Mahkemesi, kararında, davanın dayandığı gerekçeyle bağlı olmadığından Anayasaya aykırılığı her türlü neden yönünden araştırmak zorundadır."* (**Yılmazoğlu/ Perdecioğlu** (Haz.), s. 954).

[556] Belirlenen on yıllık sürenin eleştirisi ve bu bağlamda Anayasa Komisyonunun gösterdiği gerekçenin bir eleştirisi için bkz. **Özbudun,** (2019), s.407.

[557] Anayasa maddesinin gerekçesinde bunun amacı hukuki istikrar olarak belirtilmiştir.

sonra toplumsal değişmelere ve gelişmelere bağlı olarak hukuk anlayışında değişiklikler olabileceği, dolayısıyla daha önce Anayasa'ya aykırı olmadığı tespit edilen bir kuralın Anayasa'ya aykırı görülebileceği düşüncesinden kaynaklanan bir istisna niteliğindedir.[558] İstisnalar kaideyi bozmayacağına göre anılan istisna Anayasa Mahkemesinin ret kararları yönünden de maddi anlamda kesin hükmün tüm sonuçlarını doğurduğu sonucu üzerinde bir etki yaratmamaktadır.

Ancak daha önce de ifade edildiği üzere yukarıda belirtilen sebeple değil ama Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasına verilen farklı anlam nedeniyle *bir kuralın iptal davası sonucu esastan reddedilmesinden sonra herhangi bir süreye bağlı olmaksızın kuralın yeniden itiraz yoluyla Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebileceği* iddiasına dayanılarak Anayasa Mahkemesinin verdiği ret kararlarının kesin ve bağlayıcı olmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre eğer Anayasa iptal davasında esastan verilen ret kararından sonra herhangi bir süreye bağlı olmaksızın kuralın itiraz yoluyla yeniden Anayasa Mahkemesinin önüne iptal istemiyle getirilmesine izin veriyor ise o halde burada ret kararları yönünden kesin hüküm otoritesinden söz edilmesi mümkün değildir.[559]

Yukarıda da işaret edildiği üzere öncelikle Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğu belirtilirken bu hükümlerde iptal ve ret kararına göre bir ayrım yapılmadığı açık olduğuna göre bu görüşün Anayasa'nın anılan hükümleri karşısında savunulması zordur.

Öte yandan gerek lafzi gerekse sistematik yorum yapıldığında Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasına yukarıda belirtilen yorumdaki gibi bir anlam verilmesinin yerinde olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin son on yıllık istikrarlı içtihadı da *iptal davası sonucu verilen ret kararı üzerinden on yıl geçmeden aynı hükme karşı yeni bir itiraz başvurusunda bulunulmasının mümkün olmadığı* yönündedir.[560] O halde burada söz konusu görüşlerin muhtemel dayanaklarının ve bunların yerinde olup olmadığının tartışılmasında fayda bulunmaktadır:

---

[558] Nitekim bu durum Anayasa Komisyonunun konuya ilişkin gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: "*Bundan başka kanunların zamanla Anayasa'ya aykırı hale geldiği de düşünülebilir, ancak bunun için makul bir sürenin geçmesi de şarttır.*" Özbudun da "*Hukuk normu aynı kaldığı halde, toplumun ve onun değer yargılarının değişmesi, dolayısıyla belli bir anda Anayasa'ya aykırı görülmeyen bir normun daha sonra böyle görülmeye başlaması her zaman mümkündür.*" demek suretiyle bu gerçeğe işaret etmiştir.

[559] **Gözler,** (2019a), s. 1183-1184.

[560] Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2003/23, K.2006/26, 22/02/2006; (AYM, E.2010/48, K.2010/70, 20/05/2010; E.2013/77, K.2014/4, 16/01/2014, E.2014/136, K.2014/131, 23/07/2014; E.2020/86, K.2020/79, 30/12/2020.

Anayasa'nın 152. maddesinin iptal davası sonucu verilen esastan ret kararları üzerine değil sadece itiraz başvurusu sonucu verilen ret kararları üzerine yeni bir itiraz başvurusu yapılmasını engellediği yönündeki görüşlerin ilk dayanağının fıkranın yazılış tarzı/biçimi olduğu ileri sürülmüştür.[561] Fıkranın yazılış biçimi denildiğine göre burada fıkranın lafzının ve Anayasa metninde aldığı yerin kastedildiği söylenebilir.

Anayasa'nın itiraz yolunu düzenleyen "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlıklı 152. maddesinin son fıkrası şöyledir:

"*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*"

Görüldüğü üzere anılan fıkrada ilk başvuruya ilişkin verilen karardan söz edilirken "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının"* ibaresi kullanılmış olup kuralda Anayasa Mahkemesinin verdiği ret kararının iptal davası ya da itiraz başvurusunda verilmesine ilişkin bir ayrımdan söz edilmemektedir. Dolayısıyla fıkra uyarınca ister iptal davası isterse itiraz başvurusu sonrasında verilmiş olsun kurala ilişkin esastan bir ret kararı verildikten sonra on yıl geçmedikçe aynı kurala ilişkin yeni bir başvuruda bulunulması mümkün değildir.[562]

Diğer taraftan itiraz başvurusunun düzenlendiği Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle de bu hükmün doktrinde ileri sürüldüğü şekilde anlaşılmasını gerektirecek bir yön bulunmamaktadır. Bu hükmün 152. maddede yer alması hükümdeki her unsurun mutlaka 152. maddeyle ilgili olmasını zorunlu kılmadığı gibi kuralın ilgisi nedeniyle de tam da itiraz başvurusunun şartlarının hüküm altına alındığı 152. maddede düzenlenmesi gerektiği söylenebilir. Zira bir kuralla ilgili ikinci başvurunun iptal davası olma ihtimali çok zayıf olup bu nedenle anılan hükmün iptal davasının düzenlendiği yerde yer almasının işin doğasıyla uyumlu olmayacağı açıktır. Şöyle ki:

Kural Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra altmış gün içinde iptal davası açılması gerekmektedir. Oysa itiraz başvurusu için böyle bir süre bulunmamaktadır. Bu nedenle bir kuralın yürürlüğe girdikten hemen sonra bir uyuşmazlığa konu olması, ilgili dava mahkemesinin bunu Anayasa'ya aykırı görerek itiraz başvurusunda bulunması, Anayasa

[561] **Aliefendioğlu,** (1996), s. 166; **Özbudun,** (2019), s. 406; **Gözler,** (2019a), s. 1150. Fendoğlu da on yıllık yasağın sadece itiraz başvuruları sonucu verilen kararlar için geçerli olduğunu savunmaktadır (bkz. **Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2017) Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin, s 123).

[562] Metnin lafzından anılan şekilde bir sonuç çıkarılamayacağına ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. **Ergül, Ozan** (2014) "On Yıl Süreli Denetim Yasağının Kapsamını Genişleten Anayasa Mahkemesi İçtihadı: Anayasa'ya Uygunluk Denetiminde Sessiz Bir Geri Adım", İçinde Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, s. 872.

Mahkemesinin kuralı esastan inceleyerek reddine karar vermesi ve aynı kural hakkında altmış gün bitmeden bir iptal davasının açılması koşulların hepsinin altmış günlük süre içerisinde gerçekleşmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte pratikte pek mümkün değildir.

Burada gerçekleşmesi muhtemel esas senaryo kuralın *ilk aşamada* iptal davası (soyut norm denetimi) veya itiraz başvurusu (somut norm denetim) yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelip itiraz başvurusunun reddine karar verilmesinden sonra *ikinci aşamada* tekrar itiraz başvurusunu konu olmasıdır. Bir başka ifadeyle birinci aşamada karara konu olan başvuru iptal davası veya itiraz başvurusu olma imkânına sahip iken ikinci başvurunun işin tabiatı gereği itiraz başvurusu olma mecburiyeti bulunmaktadır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'da itiraz başvurusunun düzenlendiği kısımda yer alması ikinci aşamadaki başvurunun ancak itiraz başvurusu olabileceği kabulüne dayanmaktadır. Bu nedenle on yıllık süre yasağı hükmünün itiraz başvurusunun düzenlendiği maddede yer almasının da kuralın doktrinde belirtildiği şekilde yorumlanmasını haklı kılan bir yönü bulunmamaktadır.

Ayrıca "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*" biçimindeki hükümde altı çizili "*tekrar*" sözcüğüne yer verilmiş olması da birinci başvurunun mutlaka ve sadece itiraz başvurusu olmasını gerektirmemektedir. Zira ilk aşamadaki başvuru ister iptal davası ister itiraz başvurusu olsun aynı kurala ilişkin yapılan başvuru her durumda tekraren yapılmış bir başvuru olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla hükümde "*tekrar*" ibaresine yer verilmesinin bu nedene dayandığı kabul edilebilir.

İptal davası sonucu verilen ret kararından sonra herhangi bir süreye bağlı olmaksızın itiraz başvurusunda bulunulabileceği yönündeki görüşü destekleyen bir başka gerekçe de somut norm denetiminde anayasal sorunların daha iyi bir şekilde tespit edilebileceği düşüncesidir. Buna göre soyut norm denetimi aşamasında henüz kural uygulanmamış, dolayısıyla meydana getirdiği anayasal problemler henüz tam olarak ortaya çıkmamış olabilir. Oysa somut norm denetiminde kural uygulandığı için buradaki anayasal sorunları somut olarak görmek kolaydır ve bu çerçevede soyut norm denetiminin yanı sıra herhangi bir süreye bağlı olmaksızın somut norm denetimine de yer verilmelidir.[563] Böylece Anayasa'ya aykırı normların hukuk sisteminden ayıklanması sağlanarak anayasa yargısının etkinliği arttırılmış olacaktır.[564]

[563] **Sağlam,** (2013), s.13-14.

[564] AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967.

Gerçekten de soyut norm denetimi sonucu verilen ret kararından sonra somut norm denetimi yoluyla da kuralın bir kez daha incelenmesine izin verilmesinin Anayasa'ya aykırı normların hukuk sisteminden ayıklanmasına katkıda bulunarak anayasa yargısının etkinliğini arttırmada fayda sağlayacağı söylenebilir. Ancak öncelikle bunun için Anayasa'da pozitif bir dayanak bulunması gerekir.

Öte yandan ve bundan daha önemlisi bunun Anayasa'ya aykırı hükümlerin hukuk sisteminden ayıklanması yönünde olumlu bir yanı bulunmaktayken madalyonun öbür yüzünde Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin hükmün etkisini doğuramaması, dolayısıyla kesin hükümle elde edilmesi amaçlanan kamu yararının ortadan kalkması sakıncası bulunmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere kararın maddi anlamda kesin hüküm otoritesine sahip olmasının en önemli amacı hukuki istikrarı sağlamaktır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek Anayasa'ya aykırı bulmadığı bir kuralı kısa bir süre sonra Anayasa'ya aykırı bulabilme ihtimalinin bulunduğu bir yerde hukuki belirlilikten ve dolayısıyla hukuki öngörülebilirlikten söz etmek zor olacaktır. Dolayısıyla bu yönüyle birlikte düşünüldüğünde anayasa koyucunun bilinçli bir tercihle tıpkı iptal kararlarında olduğu gibi ret kararlarına da kesin hükmün bağlayıcılığı sonucunu bağladığı ve bu konuda Anayasa'nın 153. maddesinde iptal ve ret kararları diye bir ayrıma gitmeden Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğu hükümlerine yer verdiği anlaşılmaktadır. Esasen anayasal denetim sonucu verilen iptal kararı kesin iken aynı durumun ret kararları yönünden geçerli olmadığının söylenmesi teorik tutarlılık açısından da izah edilmesi zor bir durumdur.

On yıllık yasağa ilişkin hükmün "*her ne kadar sebep birliği olmadıkça muhkem kaziyeden bahsolunamazsa da Anayasa Mahkemesi, kararında, davanın dayandığı gerekçeyle bağlı olmadığından Anayasaya aykırılığı her türlü neden yönünden araştırmak zorundadır. Bundan başka kanunların zamanla Anayasa'ya aykırı hale geldiği de düşünülebilir, ancak bunun için makul bir sürenin geçmesi de şarttır."* biçimindeki madde gerekçesi gözetildiğinde Anayasa koyucunun yukarıda izah edilmeye çalışılan zıt yöndeki iki kamu yararını Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasıyla telif etmeye, dengelemeye çalıştığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 152. ve 153. maddelerinin konuya ilişkin açık hükümleri ve yukarıda gösterilen madde gerekçesi birlikte düşünüldüğünde Anayasa koyucunun hukuki istikrarı ve belirliliği sağlamak amacıyla ayrım yapmaksızın Anayasa Mahkemesi kararlarına kesin hüküm niteliği verdiği, ancak toplumsal gelişmelerle birlikte *kanunların zamanla Anayasa'ya aykırı hale gelebileceğini* değerlendirerek esastan verilen ret kararları bakımından bu kesinliğe bir istisna tanıdığı, fakat bunun için de on yıl gibi makul bir sürenin geçmiş olmasını şart koşarak bu sefer bu istisnanın kesin hükmün otoritesini zedelemesini engellemek istediği söylenebilir.

Sonuç itibariyle Anayasa Mahkemesinin mevcut içtihadı ve konuya ilişkin anayasal hükümler ve bunların gerekçeleri nazara alındığında Anayasa Mahkemesinin CBK bağlamında vereceği iptal veya ret kararları hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kesin hükmün tüm sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla iptal davasında bir CBK kuralına ilişkin hem konu bakımından yetki hem de içerik bakımından işin esasına girilerek verilen ret kararından sonra Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasında belirtilen on yıllık süre geçmeden yeni bir itiraz başvurusunda bulunulamayacaktır.

2.2. Kararların Bağlayıcılığı

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi kararlarının bir diğer niteliği de bunların bağlayıcı olmasıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının doktrindeki bazı aksi görüşlere rağmen hem iptal hem de ret kararlarını kapsadığı yukarıda ifade edilmiş idi.[565] Burada esas itibariyle CBK kuralı bağlamında Anayasa Mahkemesi kararının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamları, gerecek ve tüzel kişiler bakımından bağlayıcılığının nasıl ortaya çıktığı ve bundan ne anlaşılması gerektiği konusu üzerinde durulacaktır.

CBK bağlamında Anayasa Mahkemesi kararının birinci muhatabı yürütme organıdır. Zira CBK çıkarma yetkisi Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca yürütme yetki ve görevini tek başına yerine getiren Cumhurbaşkanı'na aittir. Buna göre bir CBK kuralının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve aykırılık talebinin reddine karar verildiğinde bunun yürütme organı açısından önemli bir sonucu olmayacaktır. Çünkü ret kararına kadar yürütme organı ilgili CBK kuralını uyguladığı gibi bundan sonra da uygulamaya devam edecektir. Bu kararın Gözler'in tüm norm türleri yönünden ifade etiği üzere hukuk dünyasında yarattığı bir sonuç olmayacak, [566] sadece kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde bir tereddüt varsa bu giderilmiş olacaktır.

İptal kararı bakımından ise Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasının "*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.*" biçimindeki hükmü uyarınca iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren (eğer iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesine ilişkin bir karar verilmemiş ise) CBK kuralı

[565] Gören'e göre de Anayasa Mahkemesinin hem iptal hem de ret kararları herkesi bağlar (**Gören**, s. 399).

[566] **Gözler,** (2019a), s. 1189.

yürürlükten kalkmış olacaktır. Dolayısıyla yürütme organı artık söz konusu CBK kuralını uygulayamayacak, bunu esas alarak herhangi bir hukuki işlem yapamayacaktır.

Burada akla şu soru gelmektedir. Acaba yürütme organı Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği CBK kuralını yeniden çıkarabilir mi? Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılığı acaba yürütme organının aynı konuda bir daha düzenleme yapmamasını da kapsamakta mıdır?

Doktrinde bazı yazarlarca ve Anayasa Mahkemesinin eski tarihli kararlarında Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının bunu da gerektirdiği ileri sürülmüştür. Bu çerçevede Aliefendioğlu ve Turan kanun bağlamında dile getirdikleri görüşlerinde Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanunu TBMM'nin bir daha çıkaramayacağını iddia etmişlerdir.[567] Arslan, Özbudun, Gözler ve Can ise Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra kanun koyucunun aynı konuda yeni bir kanun çıkarmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığını ifade etmişlerdir.[568] Anılan yazarların görüşleri Anayasa Mahkemesinin denetlediği norm türü ve normu yapan organa göre değişiklik arz etmeyeceğinden söz konusu görüşlerin CBK'lar bağlamında yürütme organı yönünden de geçerli olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi de 2013 yılına kadar ki içtihadında Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanun hükmüyle aynı konuda yeni bir kanun çıkaramayacağını ve böyle bir düzenleme yapılması halinde ise kuralın anılan maddenin son fıkrasında belirtilen *Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama organını bağlayacağı* yönündeki hükme dayanılarak iptal edilmesi gerektiği görüşünde idi.

Mahkeme kararlarında anlan yaklaşımını şöyle ortaya koymakta idi:

> "*Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı belirtilmiştir.*
>
> *Yasakoyucu, yasa düzenlemelerinde hukuk ve Anayasa'nın üstün kurallarına bağlıdır. Buna göre Anayasa'ya aykırı bulunan kuralların yeniden yasalaştırılmaması gerekir. Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce saptanmış kuralların aynı amaç*

[567] **Aliefendioğlu,** (1996), s. 293-294; **Yıldırım, Turan** (1993) "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", Argumentum, S:34, s. 605.

[568] **Arslan,** (2008), s. 66-67; **Özbudun,** (2019), s.413; **Gözler,** (2019a), s. 1196-1203; **Can, Osman** (2008) "Anayasa Yargısında Yokluk", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 187-189.

doğrultusunda yeniden yasalaştırılması, kararı etkisiz duruma düşürmek anlamına gelir.(...)

Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kuralla içeriği yönünden "aynı" ya da "benzeri" olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada iki kuralın özdeş olması yetmeyecek, kurallar arasında "teknik içerik ve kapsam" bakımından da benzerlik aranacaktır.

Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü, böyle bir anlayış 153. maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir."[569]

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesinin anılan kararına göre yasama organının Anayasa Mahkemesinin daha önce iptal ettiği bir konuda değil aynı düzenlemeyi yapması benzeri bir düzenleme yapması bile Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık taşımakta ve düzenlemenin- Anayasa'nın başka maddelerine aykırı olup olmadığına bakılmaksızın- iptalini gerektirmektedir.[570]

Gerek Anayasa Mahkemesinin anılan kararına gerekse bu yöndeki doktrin görüşlerine katılmak mümkün değildir. Zira böyle bir kabul, Anayasa Mahkemesinin belli bir dönemdeki anlayışına göre Anayasa'ya aykırı görülen bir kuralın ilanihaye yasalaştırılamaması sonucunu doğurur ki bunun değişen ve gelişen koşullara göre toplumun "*değer yargılarında da değişiklikler olabileceği"*[571] dolayısıyla daha önce Anayasa'ya aykırı bulunan bir kuralın daha sonra aykırı görülmeyebileceği gerçeğini dışlayan bir yaklaşım olacağı açıktır. Dolayısıyla bu yaklaşımın hukukun donmasına ve hukukun değişen ve gelişen toplum ihtiyaçlarına cevap verememesine yol açabileceği ortadadır.

Kaldı ki böyle bir yaklaşım yasama ve yürütme organının Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir konuda aynı yönde yeni bir düzenleme yapmasını engelleyeceği gibi Anayasa

---

[569] AYM, E.1991/27, K.1991/50, 12/12/1991. Benzer yöndeki başka kararlar için bkz. E.1995/56, K.1995/60, 01/12/1995; E.2010/26, K.2011/161, 08/12/2011.

[570] Seçim barajları açısından aynı yöndeki bir karar ve kararın incelenmesi için bkz. **Sezer, Abdullah** (2014) Seçim Barajları, İstanbul, Legal Yayınları, 256-264.

[571] **Özbudun,** (2019), s.407.

Mahkemesinin de aynı konuda farklı bir değerlendirme yapamamasını ve belli bir anda verdiği kararında hiçbir değişikliğe gidememesini ve içtihadın donmasını gerektirir. Oysa mahkeme kararları değişebilmektedir. Esasen değişen toplum yaşamı karşısında mahkeme içtihatlarının da değişmesi bir tür zorunluluk olup bunu dikkate almayan bir anlayışın hukuka giydirilmiş bir deli gömleği fonksiyonu icra edeceği tartışmasızdır.

Bu değişimi Anayasa Mahkemesi üzerinden de gözlemlemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi uzun yıllar boyunca kamusal alanda başörtüsü takılmasını Anayasa'ya aykırı görmüş ve hatta kararlarında böyle bir serbesti tanınmasının Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir.[572]Ancak aynı Anayasa Mahkemesi yasalarda hiçbir değişiklik olmadığı halde duruşmada başörtüsü takılamayacağı iddiasıyla duruşma salonundan çıkarılan avukatın yaptığı bireysel başvuruda kadınların kamusal alanda başörtüsü takmasının din ve vicdan özgürlüğü kapsamında bir hak olduğunu kabul etmiştir.[573] Hatta Mahkeme bu kadarla da yetinmemiş buna aykırı davranışın dini özgürlükler kapsamında ayrımcılık yapılamayacağı yasağını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.[574]

Bu çerçevede Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında CBK kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde kararın yürütme organı bakımından bağlayıcılığı, anılan organının iptal edilen kurala iptal kararına rağmen geçerlilik tanıyamaması ve ona dayanarak herhangi bir işlem icra edememesinden ibaret olup bunun dışında söz konusu iptalin ayrıca aynı yönde yeni bir düzenleme yapılmasını yasakladığı söylenemez.[575]

Nitekim Anayasa Mahkemesinin de 2013 yılından itibaren verdiği kararlarda yukarıda belirtilen içtihadından vazgeçtiği ve Anayasa'nın 153. maddesindeki bağlayıcılık hükmünü bir önceki paragrafta belirtildiği kapsamda yorumlamaya başladığı görülmektedir.

---

[572] Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 07/03/1989; E.2008/16, K.2008/116, 05/06/2008.

[573] Din ve vicdan özgürlüğü bağlamında başörtüsü sorunu ile ilgili kapsamlı bir değerlendirme için bkz. **Arslan, Zühtü** (2005) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, s.72-96.

[574] Bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014. Bu ihlalle ilgili olarak kararın 153. ve 154. paragrafları şöyledir:

> *"153. Somut olayda, başvurucunun dini inançlarının bir gereği olarak kullandığı başörtüsü ile duruşmalara katılmasının engellenmesinde makul ve nesnel bir temel gösterilmediği gibi başvurucunun taktığı başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerini yararlanmalarına engel ve toplumsal çatışma ve gerilimlerin kaynağı olduğu yönünde hiçbir iddia ve somut olgulara dayalı veri de ortaya konulabilmiş değildir. Sonuç olarak, başörtülü bir avukat, duruşmalara girmesinin engellenmesi suretiyle başörtüsü takmayanlara göre dezavantajlı duruma düşürülmüştür.*
>
> *154. Bu gerekçelerle, Anayasa'nın 24. maddesiyle birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."*

[575] Kanun bağlamında benzer görüşler için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1195-1196.

Mahkeme söz konusu içtihadını değiştirdiği ilk kararını kamuoyunda üçüncü yargı paketi olarak bilinen 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin iptali talebiyle açılan davada vermiştir.

İptali talep edilen kuralda[576] özetle basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar ile cezaların infazının ertelenmesi öngörülmüştür.

---

[576] Kural şöyledir:

> *"(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;*
>
> *a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,*
>
> *b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,*
>
> *c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,*
>
> *karar verilir.*
>
> *(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.*
>
> *(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.*
>
> *(4) Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.*
>
> *(5) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması hâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.*
>
> *(6) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adlî Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.*
>
> *(7) Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adlî sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.*
>
> *(8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza*

Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla aynı konuyu düzenleyen 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasının "... *basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup* ..." ibarelerinin Anayasa Mahkemesinin 19.9.2000 tarihli ve E.1999/39, K.2000/23 sayılı kararı ile iptal edildiği, dava konusu kuralla iptal edilen kuralla aynı amaçta ve içerikte yeni bir düzenleme yapılmasının Anayasa'nın 153. maddesinin sonuncu fıkrasını ihlal ettiği, zira aynı konuda Anayasa Mahkemesince bir iptal kararı varken yeni bir düzenleme yapılmasının Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama organı yönünden bağlayıcı olduğu hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.[577]

Anayasa Mahkemesi kuralın Anayasa'nın 153. maddeye aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verirken aşağıdaki gerekçeye dayanmış ve böylece Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılıkla ne kastedildiğini açıkça ortaya koymuştur:

> "*Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın bu kuralı Mahkemenin somut olarak Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği hükümlerin bağlayıcılığıyla sınırlı olup, bu bağlayıcılık yasa koyucunun iptal edilen konuyla ilgili olarak ileriye yönelik farklı bir kanunda yeni bir düzenleme yapamayacağı ve eğer yaparsa yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı hale geleceği anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kuralın, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilemez. / Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 10. ve 153. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.*"[578]

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme kararında özellikle bağlayıcılığın iptal edilen somut kuralla ilgili olduğuna ve bunun iptal edilen kurala ilişkin konuda ileriye yönelik başka kanunlarla düzenleme yapılması üzerinde bir etki doğurmayacağına vurgu yapmıştır. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi iptal kararının bağlayıcılığının iptal davasına konu somut hukuk kuralının yukarıdaki karar bağlamında 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasının "... *basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup* ..." ibaresinin yürürlükten kalkması ve artık bu hükmün geçerli bir hukuk kuralı sayılamaması ile sınırlamıştır. Mahkeme bunun ayrıca yeni bir kanun ile basın yoluyla yahut sözlü ve

---

Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz."

[577] AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013.

[578] AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013.

görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş suçlara ilişkin soruşturma, kovuşturma ve cezaların infazının ertelenmesine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmasına engel olmayacağı, bu bağlamda dava konusu edilen 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesiyle aynı konuda yeniden düzenleme yapılmasının Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılığı ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen ve kanun bağlamında 2013'ten beri benimsediği yeni yaklaşımının normu yapan organ ve norm türüne göre farklılık arz etmediği açık olduğuna göre bu yaklaşımın CBK kuralı ve yürütme organı açısından da aynen geçerli olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin CBK kuralına ilişkin verdiği iptal kararından sonra CBK ile aynı konuda yeni bir düzenleme yapılmasının Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesini ihlal etmeyeceği ve bu nedenle bir iptal kararı vermeyeceği söylenebilir.

Burada elbette Anayasa Mahkemesi daha önce incelediği ve Anayasa'ya aykırı bulduğu kuralla aynı şekilde düzenleme yapan CBK kuralını önceki kararında belirtilen aynı nedenlerle ve aynı Anayasa hükümlerine dayanarak iptal edebilecektir. Ancak bu iptal Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık nedeniyle olmayacaktır.

CBK kuralına ilişkin verilen kararın yürütme organı açısından bağlayıcılığı incelendikten sonra yasama organı bakımından bunun ne anlam ifade ettiği üzerinde durulabilir.

Anayasa Mahkemesinin ret kararının yürütme organı yönünden olduğu gibi yasama organı üzerinde de önemli bir etkisinin bulunmayacağı söylenebilir. Zira CBK kuralının iptal talebi reddedilmekle hukuk dünyasında meydana gelen yeni bir durum söz konusu olmayacaktır. İptal hükmü yönünden ise yasama organı faaliyetlerinde iptal edilen hükmün artık geçerli bir hukuk normu olmadığını dikkate almak zorunda olacaktır.

Yargı organı ve bu bağlamda mahkemeler açısından diğer iki organdan farklı olarak ret kararlarının bağlayıcılığının önemli bir görünümü gündeme gelmektedir. Bu çerçevede hem konu bakımından yetki hem de içerik bakımından iptal talebi reddedilen bir kuralla ilgili olarak mahkemelerin on yıl geçmedikçe kuralın iptali yönünde Anayasa Mahkemesine yeni bir başvuru yapma yetkileri bulunmamaktadır. Buna göre CBK koyucu tarafından yürürlükten kaldırılmadıkça ya da aynı konuda bir kanun çıkarılarak CBK kuralı hükümsüz hale getirilmedikçe mahkemelerin önlerindeki davalara ilgili CBK kuralını uygulamaları gerekmektedir. İptal kararları yönünden ise Mahkemelerin yürürlükten kalkan CBK kuralına geçerlilik atfetmemeleri ve buna dayanarak herhangi bir karar vermemeleri icap etmektedir.

Ret kararının idare makamları, gerçek ve tüzelkişiler yönünden bağlayıcılığı da tıpkı yasama ve yürütme organları üzerindeki etkisine benzemektedir. İptal kararları yönünden ise

idare makamları söz konusu CBK kuralına dayanarak artık herhangi bir idari işlem tesis etmeyeceklerdir. Ancak iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesinden önce yapılan ve tamamlanan idari işlemler üzerinde bir etkisi olmayacak ve idarenin bu işlemleri yeniden tesis etmesi gibi bir zorunluluk söz konusu olmayacaktır. Gerçek ve tüzel kişiler yönünden de iptal kararından sonra CBK hükümlerinin anılan kişileri bağlayan bir yönü kalmayacaktır.

2.3. Kararların Geriye Yürümezliği

2.3.1. Mahiyeti ve Önemi

Anayasa'nın 153. maddesinin beşinci fıkrasında "*İptal kararları geriye yürümez.*" denilmek suretiyle Anayasa Mahkemesi kararlarının bir başka niteliği olan *geriye yürümezlik* esası güvence altına alınmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi bir iptal kararı verdiğinde bu karar Anayasa'nın anılan maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak ve iptal edilen CBK normu -kararın yürürlüğü ertelenmemiş ise- en erken kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra geçerliliğini yitirecektir. Bu nedenle söz konusu kuralın iptal edilmesi sadece ileriye yönelik etkiler doğurabilecek kararın CBK kuralının iptal edilmeden önce buna dayanılarak yapılan bireysel işlemler üzerinde bir etkisi bulunmayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği esasının hukuki güvenlik ve istikrarı sağlamak amacıyla öngörüldüğü açıktır.[579] Kanunlar ve CBK'lar çıkarıldığı anda Anayasa'ya uygunluk karinesinden yararlanır ve bunlar iptal edilene kadar Anayasa'ya uygun kabul edilirler.[580] Zaten bunun aksi düşünülemez. Yoksa bunlara dayanılarak herhangi bir hukuki işlemin yapılması veya bunların hukuk düzeni yönünden geçerli olarak doğması söz konusu olamaz. Özbudun'un da işaret ettiği üzere iptal kararlarının geriye yürümezliği esasıyla iptal kararına kadar norma dayanılarak yapılan çok sayıda bireysel işlemin geçerliliği korunarak kişilerin hukuk dünyasında var olan norma güven duymaları ve ona göre hareket etmeleri nedeniyle herhangi bir zarar görmemeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Aksi taktirde kişiler yönünden hukuki güvenliğinin devlet yönünden ise hukuki istikrarın korunması mümkün olmayacaktır.[581]

---

[579] **Özbudun,** (2019), s.418; **Gözler,** (2019a), s. 1186-1187.

[580] **Gözler,** (2019a), s. 1130.

[581] **Özbudun,** (2019), s.418. İptal kararlarının geriye yürütülmesi gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz. **Uler, Yıldırım** (1988) "Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür" Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, s. 515-532.

2.3.2. Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerinden Bazı Örnekler

Meselenin bazı örnekler üzerinden ortaya konulması kararların geriye yürümezliği esasının hukuk düzeni açısından ne kadar önemli bir fonksiyon icra ettiğini göstermesi açısından faydalı olacaktır.

Kanun koyucu zaman zaman af yasaları çıkarabilmektedir. Çıkarılan bu af yasaları bazen hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının azaltılmasına veya para cezalarının ortadan kaldırılmasına ilişkin olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise bazen bu af kanunlarını hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden veya başka nedenlerle iptal edebilmektedir.[582] Anayasa'nın 153. maddesinde iptal kararlarının geriye yürümezliği esası benimsenmemiş olması durumunda iptal kararı verilene kadar af kanunlarından yararlanarak tahliye edilen kişilere "*pardon*" denilerek bunların tekrar ceza infaz kurumlarına alınması gerekirdi ki bunun hiçbir hukuk devletinin kabul edemeyeceği biçimde kişilerin hukuki güvenliklerini zedeleyeceği ortadadır. Aynı durum para cezası ödeme yükümlülüğünden kurtarılan kişiler için de geçerli olup kişinin ekonomik durumunu kanuna göre düzenleme imkânı ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu tür durumlarda Anayasa Mahkemesinin hukuk güvenliğini tanımlarken yaptığı açıklamalarda sıklıkla vurguladığı üzere kişilerin devlete güven duyabilmesi mümkün olmaz.[583]

Yukarıdaki örnek, *kişilerin hukuki güvenliği* açısından söz konusu esasın önemini ortaya koyarken Anayasa Mahkemesinin tutukluluk süresine ilişkin verdiği bir kararın incelenmesi, bu esasın *devlet bakımından hukuki istikrarın sağlanması*nda nasıl kritik bir öneminin olduğunun anlaşılmasına katkı sunacaktır.

6352 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 10. maddesinin beşinci fıkrasının iptali talebiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi kuralda öngörülen azami tutukluluk süresinin Anayasa'ya uygunluğunu

---

[582] Mahkemenin af düzenlemesini Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal ettiği bir karar için bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

[583] Anayasa Mahkemesinin hukuki güvenliği tanımladığı formül paragrafları şöyledir:

> "*4. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*" AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015, § 4.

denetlemiştir.[584] Söz konusu kuralda genel hüküm niteliği bulunan 5271 sayılı Kanun'un 102. maddesine istisna tanınmış ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan, devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devletin sırlarına karşı işlenen bazı suçlarda, 5271 sayılı Kanun'da öngörülen tutuklama sürelerinin iki kat olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kuralda ağır cezalık suçlarda beş yıl olan azami tutukluluk süresinin, kural kapsamındaki suçlar yönünden on yıl olarak uygulanması öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi anılan kuralı iptal etmiştir. [585]

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca iptal kararının geriye yürümesi durumunda iptal kararı verilene kadar kural kapsamındaki suçlardan beş yıldan daha uzun süre tutuklu kalanların sırf bu nedenle devlet tarafından haksız bir şekilde tutulduğunun kabul edilmesi ve bu kararı veren kamu görevlilerinin de bundan sorumlu tutulmaları gerekir idi. Böyle bir durumda ise hiçbir kamu görevlisinin elindeki yetkileri kullanması mümkün olmaz, bunların kural bir gün iptal edilebilir endişesi ile görevini yerine getirmede en azından tereddüt yaşaması söz konusu olurdu. Böyle bir sonucun hukuki istikrarla bağdaştırılması mümkün olmayıp bunun devlet aygıtının işleyişinde birçok soruna neden olabileceği açıktır.

2.3.3. Kuralın Uygulanması ile İlgili Karşılaşılan Sorunlar

Bununla birlikte uygulamada özellikle idari yargı mercilerinin Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği esasını yeterince benimsemedikleri veya bu esasa uygun davranmakta zorlanabildikleri gözlemlenmektedir. Bunda idari yargıdaki iptal kararının niteliği ile anayasa yargısındaki iptal kararının niteliğinin karıştırılmasının veya en azından idari yargıdaki bu anlayışın yarattığı alışkanlıkların etkili olduğu değerlendirilmektedir.

İdari yargıda bir idari işlemin iptaline ilişkin verilen karar o idari işlem hiç yapılmamış gibi bir etki doğurup idari işlemin ortaya çıkardığı tüm hukuki sonuçları ortadan kaldırmaktadır.[586] Anayasa Mahkemesinin iptal kararları için de Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen geriye yürümezlik esasına yer verilmese idi bunların da idari yargıdaki iptal kararına

[584] AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013.

[585] Bkz. AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013.

[586] **Onar,** (1966a), s.1790-1791; **Zabunoğlu, Yahya Kazım** (2012) İdare Hukuku, C. 2, Ankara, Yetkin, s.319-32; **Gözübüyük, A.Şeref** (1996) Yönetsel Yargı, 10.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.214; **Tan**, s.905; **Gözler,** (2019a), s. 1187; **Uler, Yıldırım** (1970) İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 16; **Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut** (2017) İdare Hukuku Genel Esaslar, C. II, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 573-574; **Ulusoy,** (2020), s. 437, 828-829; **Karahanoğulları, Onur** (2011) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler Ankara, Turhan, s. 612-613; **Gözler, Kemal/- Kaplan, Gürsel** (2020), s.412; **Torun, Fatih** (2021) İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Ankara, Seçkin, s. 94.

benzer şekilde uygulanması söz konusu olabilir veya bu yönde en azından farklı görüşler ileri sürülebilirdi. Ancak Anayasa'nın anılan açık hükmü karşısında Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütülmesinin Anayasa'ya uygun bir uygulama olmayacağının vurgulanması gerekir.

2.3.4. Kuralın Anayasal İstisnaları

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütülemeyeceği açık olmakla beraber bazı hallerde Anayasa'dan kaynaklanan nedenlerle iptal kararının geriye yürütülmesi gerekmektedir. Burada bu haller üzerinde de kısaca durulmasında fayda bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi itiraz yoluna başvuran Mahkemenin başvurusu sonucu iptal edilen kuralın söz konusu davadaki uyuşmazlığa uygulanması, dolayısıyla davanın taraflarının Anayasa'ya aykırı olan hükmün iptalinden geçmişe etkili olacak şekilde yararlandırılmasıdır.[587]

Bunun Anayasa'nın 152. maddesinden kaynaklanan bir istisna olduğu söylenebilir. Zira Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir CBK hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakmak ve Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse buna uygun hareket etmek zorundadır.

Buna göre bir kişi hakkında yürürlükteki CBK kuralına göre bir bireysel işlem uygulanmış ve akabinde söz konusu kural iptal edilmiş ise bunun geçmişe yürütülerek söz konusu bireysel işlem üzerinde bir etki doğuramaması gerekir. Ancak kişi bu bireysel işlemin iptali talebiyle dava açmış ve davanın dayanağı olan CBK kuralının iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasını istemiş ve mahkeme bu iddiayı ciddi bularak Anayasa Mahkemesine başvurmuş ise artık Anayasa'nın 152. maddesinin 153. maddeye getirdiği istisna nedeniyle burada verilecek iptal kararının somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuran mahkemedeki davanın taraflarına geçmişe etkili olsa bile uygulanması gerekecektir. Aksi taktirde dava mahkemesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğü kuralla ilgili Anayasa Mahkemesine başvurmasının önündeki somut uyuşmazlık bakımından anlamı olmayacağı gibi beş ay süreyle itiraz başvurusunu bekletici sebep yapması da bir anlam taşımayacaktır.

Bu konudaki ikinci istisnayı da Anayasa Mahkemesinin ceza hükümleri yönünden verdiği iptal kararları oluşturmaktadır.[588] Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi bir suç veya ceza

[587] **Özbudun,** (2019), s.418; **Gözler,** (2019a), s. 1187.

[588] **Özbudun,** (2019), s.418-419; **Gözler,** (2019a), s. 1187.

hükmünü iptal ettiğinde bu iptal kararı sadece ileriye yönelik etki doğurarak kişilerin bundan sonra iptal edilen hüküm uyarınca cezalandırılamaması sonucunu doğurmayacak aynı şekilde geçmişte anılan hüküm nedeniyle cezalandırılan kişilerin de cezasının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, iptal edilen kanuna dayanılarak verilen ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerine ilişkin kararlar üzerinde etkisinin Anayasa'da belirtilmediği, ancak yine de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca suç ve ceza hükümlerine ilişkin Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümesi ve cezanın icrası ile diğer sonuçlarının kendiliğinden ortadan kalkması gerektiği dile getirilmiş, aksi durumun adalete ve ceza hukuku ilkelerine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir.[589]

Gerçekten de Anayasa'nın ilgili hükümleri incelendiğinde bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı söylenebilir. Bu çerçevede Anayasa'nın konuya ilişkin 38. maddesinin birinci fıkrasında "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."* hükmüne yer verilmiş ise de bunun işlendiği sırada suç teşkil etmeyen veya suç teşkil etse bile suçun işlenmesinden sonra ağırlaştırılan ceza hükümlerinin faillere uygulanmasını engellediği, bir başka ifadeyle aleyhe ceza hükümlerinin geriye uygulanmamasını garanti ettiği, ancak kanunda suçun işlenmesinden sonra yapılan lehe değişikliklerin geçmişe uygulanması zorunluluğunu içermediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu Anayasa kuralında ceza hükümlerinde yapılan lehe değişikliklerin geçmişe yürütülebileceği konusunda açık bir hüküm bulunmadığından doktrinde ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesinin ceza hükümlerine ilişkin iptal kararlarının geriye yürütülmesi gerekliliğine ilişkin Anayasa'da bir dayanak bulunmadığı söylenebilir. Fakat bu durumda Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürütülemeyeceği yönünde bir hüküm bulunmakta iken bu hükme Türk Ceza Kanunu hükümlerine veya ceza hukukunun genel ilkelerine dayanılarak bir istisna getirilebileceğini savunmak eleştiriye açık olacaktır. Zira Anayasa kuralına Anayasa kuralı dışında bir kuralla istisna getirilmesi, bir başka ifadeyle bir norma onu koyan mercii dışında bir merciin istisna getirmesi mümkün değildir.[590]

---

[589] **Özbudun,** (2019), s.418.

[590] **Gözler,** (2020a), s.317.

Bu sorunu Anayasa Mahkemesinin 2019 yılında vermiş olduğu bir kararla çözdüğünün belirtilmesi gerekir. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasının kapsamını açıklayan Anayasa Mahkemesi 38. maddenin birinci fıkrasında güvence altına alınan suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin sadece aleyhe ceza hükümlerinin geriye yürütülmesini değil lehe hükümlerin de geriye yürütülmesini zorunlu kıldığına karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

"*15. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan özel önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir.*

16. Bu bağlamda toplumun ihtiyaçlarına göre suç sayılan fiiller için uygulanacak cezalar, nitelik ve nicelik olarak zamanla değişebilmektedir. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunla bir suç için daha hafif bir ceza öngörülebileceği gibi daha ağır bir ceza da belirlenebilir. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin gereği olarak Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmüyle aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasaklanmıştır. Ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasını düzenleyici nitelikteki bu kural kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağı olarak ifade edilmektedir. Bu yasak kişi özgürlüğü lehine kabul edilmiş bir güvence niteliğindedir.

17. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun aynı fiili suç olmaktan çıkarması veya aynı suç için daha hafif bir ceza öngördüğü durumlarda ise diğer bir alt ilke olan lehe kanunun uygulanması ilkesi gündeme gelmektedir. Sonraki kanunun fiili suç olmaktan çıkarması veya daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda lehe kanundan söz edilir. Aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağından farklı olarak lehe kanunun uygulanması ilkesine ilişkin bir hükme Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte aynı maddede suç için mutlaka fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezanın verilmesi yönünde bir kural da bulunmamaktadır.

18. Fiilin işlenmesinden, hükmün kesinleşmesine kadar geçen ceza muhakemesi sürecinde bir suç için fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan ve daha sonra yürürlüğe giren kanun olmak üzere uygulanması mümkün birden fazla kanun hükmü söz konusu

olabilmektedir. Suç nedeniyle başta hürriyeti bağlayıcı cezalar olmak üzere uygulanan çeşitli ceza ve güvenlik tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğundan, Anayasa cezayı ağırlaştıran kanunun yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlara uygulanmasını açık biçimde yasaklamıştır. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin bir sonucu olan bu yasak, aynı zamanda suçun işlendiği tarihteki kanuna göre lehe olan sonraki kanunun uygulanmasını da gerekli kılmaktadır. Zira işlendiği tarihte suç sayılan bir fiilin daha sonra yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılması veya ilga edilen kanuna nazaran anılan suç fiiline daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda mülga kanunun aleyhe hükümlerinin uygulanmaya devam edileceğinin kabul edilmesi, suçların ve cezaların ancak kanunla belirleneceğini emreden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında bireylerin objektif olarak beklemeyecekleri dolayısıyla öngöremeyecekleri bir ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır. Bunun ceza hukuku alanında kişilerin hukuki güvenliklerini anayasal güvenceye bağlamayı amaç edinen suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

19. Öte yandan lehe ceza kanununun geçmişe uygulanması hukuk devletiyle bağlantılı olarak adalet ve hakkaniyet ilkelerinin de bir gereğidir. Gelişen sosyal düzen ve değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında artık suç oluşturmadığı kabul edilen veya daha hafif ceza öngörülen bir fiilin yalnızca daha önce işlenmiş olması nedeniyle daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

20. Anılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde ceza yargılamasında lehe kanunun uygulanmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılmaktadır."[591]

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu kararıyla Anayasa'nın 38. maddesinin kapsamına lehe ceza hükümlerinin geçmişe yürütülmesi zorunluluğunun da girdiğine hükmetmiş, böylece anılan güvenceyi birey hakları lehinde geniş bir şekilde yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesinin anılan kararıyla birlikte ceza hükmü taşıyan bir kuralın iptal edilmesi üzerine söz konusu lehe durumdan hakkında iptal kararından önce mahkûmiyet kararı verilip kesinleşen kişilerin de yararlanacağı konusunda *anayasal bir dayanak bulma sorunu*

[591] AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, §§ 15-20. Mahkemenin aynı yöndeki diğer kararları için bkz. AYM, E.2020/16, K.2020/33, 25/06/2020; E.2020/81, K.2021/4, 14/01/2021.

kesin bir şekilde ortadan kalkmıştır. Bu çerçevede Anayasa'nın 38. maddesinin Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesinin istisnası olduğunu söylemenin önünde bir engel bulunmamakta olup bu hususta Türk Ceza Kanunu veya ceza hukukunun genel ilkeleri gibi tartışmalı olabilecek dayanaklara yaslanılması ve bunlar üzerinden bir istisna kuralı gösterilmesine gerek kalmamıştır.

2.3.5. CBK Bağlamında İptal Kararının Geriye Yürütülemeyeceğine İlişkin Bir Örnek İle İstisnaların Uygulanması

İptal kararlarının geriye yürümezliği esasının, anayasal denetime tabi diğer norm türleri yönünden geçerli olduğu gibi CBK'lar yönünden de geçerli olduğunda bir kuşku bulunmamakta, dolayısıyla bir CBK kuralının iptaline ilişkin kararın da geriye yürütülmemesi gerekmektedir.

Bu bağlamda örneğin Anayasa Mahkemesi Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilmesini düzenleyen (1) numaralı CBK'nın 287. maddesinin (2) numaralı fıkrasını konu bakımından yetki yönünden iptal etmiştir.[592]

Ancak bu iptal kararı, etkisini ileriye yönelik gösterme gücüne sahip olup bunun kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasına kadar olan süreçte anılan hükme dayanılarak Kültür Bakanlığının yurt dışından yaptığı hizmet alımlarına ilişkin hukuki işlemlerin geçerliliği üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Bu çerçevede anılan hükme dayanılarak yapılan ödemelerin hukuka aykırı olarak yapıldığı ve bu ödemeden dolayı ödemeyi yapan kamu görevlilerinin sorumluluğunun doğmayacağı açıktır.

İptal kararının geriye yürümezliğinin yukarıda belirtilen istisnalardan da birincisinin CBK bağlamında uygulanmasının mümkün olduğu diğerinin ise uygulanmasının söz konusu olmayacağı söylenebilir.

Bu çerçevede önündeki davada CBK kuralını uygulayacak dava mahkemelerinin Anayasa mahkemesine itiraz başvurusunda bulunmaları üzerine Anayasa Mahkemesince bir iptal kararı verildiğinde dava mahkemeleri bu iptal kararını geriye yürütecek ve önlerindeki davada iptal hükmünün gereği doğrultusunda tarafları iptal kararından yararlandıracaklardır.

[592] AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020, §§ 15-22.

Ancak suç ve ceza hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptali nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinden kaynaklanan istisna hükmü uyarınca iptal kararının yarattığı lehe hükmün geriye yürütülmesinin CBK'lar yönünden gündeme gelmemesi gerekir. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri uyarınca Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar ve kişi hakları ile Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuların CBK'yla düzenlenmesi mümkün değildir.

Hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suç ve ceza hükümleri Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında bir düzenlemeye karşılık gelmektedir. Öte yandan bu hükümler Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla anılan konularda CBK ile düzenleme yapılması anayasal olarak mümkün olmadığına göre söz konusu istisnanın CBK hükümleri yönünden gündeme gelmeyeceği söylenebilir.

Bu durum adli suç ve cezalar yönünden geçerli olduğu gibi idari para cezaları, kabahatler ve disiplin suç ve cezaları için de geçerlidir. Zira bu sefer söz konusu müeyyideler kişilerin malvarlıkları üzerinde etki doğuracağından bunların Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında mülkiyet hakkının düzenlenmesi kapsamında kaldığı ileri sürülebilecektir.

Bu tür düzenlemelerin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında mülkiyet hakkına ilişkin yasak alanda bir düzenleme olmadığı, dolayısıyla bunlara ilişkin CBK ile düzenleme yapılabileceği kabul edilse bile bu sefer kuralın anılan fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamında kalması nedeniyle CBK'yla düzenlenmemesi gereği ortaya çıkmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesinin 38. maddeye ilişkin istikrarlı bir içtihadı bulunmakta olup Yüksek Mahkemeye göre Anayasa'da adli suç ve cezalarla diğer cezalar arasında bir ayrıma gidilmediğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi idari suç ve cezalar ile kabahat ve disiplin suç ve cezaları için de geçerlidir.[593]

---

[593] Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımı şöyledir:

> *"5. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek suçun kanuniliği ilkesi; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" ifadesine yer verilerek cezanın kanuniliği ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.*
> 6. *Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayrım*

2.3.6. CBK Kuralını Yürürlükten Kaldıran Kuralın İptalinin Sonuçları

Bu başlık altındaki açıklamalara son verilmeden önce bir CBK kuralını ilga eden CBK kuralının iptal edilmesinin, daha önce yürürlükten kaldırılan kuralın yeniden yürürlüğe girmesine neden olup olmayacağı sorunu üzerinde durulması ve bunun Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürütülemeyeceği kuralıyla ilişkisinin ortaya konulması faydalı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki bir kuralın ilga edilmesiyle o kural artık yürürlükten kalkmakta dolayısıyla hukuk dünyasında ölü bir norm haline gelmektedir. Söz konusu kuralı yürürlükten kaldıran kuralın daha sonra iptal edilmesi ise kuralı yürürlükten kaldıran kuralın da hukuk dünyasında ölü norm olması sonucunu doğurmakta ve bunun iptali daha önce yürürlükten kaldırılan normun tekrar canlanmasına imkân tanımamaktadır. Doktrinde bu yönde görüş bildirildiği gibi [594] Yargıtay[595] ve Danıştay'ın[596] da görüşü aynı yöndedir.

---

yapılmadığından her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı olan ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değerin ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.

7. Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine imkân tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olması, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değerin ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin adli suç ve cezalar ile idari suç ve cezalara aynı kapsam ve düzeyde uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda yasama organının ağır işleyen yapısı karşısında ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları doğrultusunda idari suç ve cezaların adli suç ve cezalara göre daha sık değiştirilme ihtiyacının belirmesi de suçun ve cezanın kanuniliği ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanmasını gerektirmektedir.

8. Buna karşılık suçta ve cezada kanunilik ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin olarak kanun metninde yalnızca genel bir atıfla yetinilmesi yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14/1/2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere idari suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek nitelikte olmalıdır." AYM, E.2018/14, K.2018/112, 20/12/2018, §§ 5-8.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki bir başka kararı şöyledir:

"*Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "suç ve cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir."* AYM, E.2014/100, K.2015/6, 14/01/2015.

[594] **Gözler,** (2019a), s. 1188.

[595] Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 1982/1, K. 1982/1, 24/5/1982 (5 Temmuz 1982 tarihli ve 17745 sayılı Resmi Gazete, s. 27).

[596] Bkz. Danıştay 3. Dairesi E.1970/444, K.1971/40, 9/1/1971 (Danıştay Dergisi, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s. 69-70); Danıştay Genel Kurulu E.1971/22, K.1971/36, 24/5/1971 (Danıştay Dergisi, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s.71-75).

Bununla birlikte eğer idari yargıda geçerli olduğu üzere bir kuralın iptali, bir idari işlemin iptal edilmesi gibi o işlem hukuk dünyasında hiç yapılmamış gibi bir etki doğuruyor ise yürürlükten kaldıran kuralın iptal edilmesiyle yürürlükten kaldırma işleminin de hiç yapılmamış gibi kabul edilmesi gerektiği, dolayısıyla ilga edilen normun iptalle birlikte kendiliğinden yürürlüğe gireceği düşünülebilir veya en azından bu tartışma konusu yapılabilir.[597]

Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen geriye yürümezlik kuralının, böyle bir tereddüt veya tartışmanın gündeme gelmesini baştan engelleyici bir fonksiyonun da bulunduğunun belirtilmesi gerekir. Buna göre iptal kararı geriye yürümeyeceğine göre iptal kararı verilene kadar CBK kuralının doğurduğu sonuçlar hukuken geçerli olacak ve iptalin bu sonuçlar üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Dolayısıyla yürürlükten kaldıran (ilga eden) kural iptal kararı verildikten sonra hükümsüz hale gelecek, bu hükümsüzlük baştan itibaren geçerli bulunmadığından bu iptalin ilga işlemi üzerinde bir etkisi bulunmayacaktır.

Bu itibarla idari yargıda iptal edilen bir *idari işlem* olduğundan anayasa yargısında ise iptal edilen bir CBK kuralı (*norm*) olduğundan ve Anayasa'nın 153. maddesinde iptal kararının geriye yürümeyeceği, bir başka ifadeyle ancak iptal tarihinde hüküm ve sonuç doğurabileceği açıkça belirtildiğinden Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir CBK kuralının ilga ettiği CBK kuralının kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceği konusunda bir tereddüt duyulması söz konusu olmayacaktır. Eğer ilga edilen norm yeniden yapılmak isteniyor ise burada yapılacak tek şey Cumhurbaşkanı'nın aynı kuralı yeniden ihdas etmesidir.[598]

3. CBK Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkisi

Doktrinde Özbudun'un Anayasa yargısına tabi tüm normlar yönünden belirttiği üzere Anayasa Mahkemesinin CBK kuralını iptal etmesi durumunda kural Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yürürlükten kalkmış olacağından bu iptal herkes yönünden (erga omnes) etki doğurur.[599]

Bu soyut norm denetimi sonucu (iptal davasında) verilen kararlar için böyle olduğu gibi somut norm denetimi sonucu (itiraz başvurusunda) verilen kararlar için de böyledir. Bir başka ifadeyle somut norm denetimi sonucu verilen kararlar da bireysel başvuruda verilen kararlardan

[597] Nitekim Danıştay 3. dairesinin ve Danıştay Genel Kurulunun yukarıda belirtilen kararına konu olayda kuralın Başbakanlık tarafından böyle yorumlandığı ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası iptal edilen kanun ile yürürlükten kaldırılan kanunun kendiliğinden yürürlüğe gireceğinin benimsendiği ancak Danıştay'ın bu görüşü kabul etmediği anlaşılmaktadır.

[598] Kanunlar bağlamında aynı yöndeki görüş için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1188.

[599] **Özbudun,** (2019), s. 415-416.

farklı olarak sadece başvuruda bulunan mahkemedeki davanın taraflarıyla sınırlı (inter partes) bir etki doğurmamakta herkes yönünden (erga omnes) hüküm ve sonuç doğurmaktadır.[600]

4. CBK Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlüğe Girmesi

4.1. Kural Olarak Kararın Yürürlüğe Girişi: Resmi Gazete'de Yayım

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "*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.*" denilmek suretiyle Anayasa Mahkemesi kararının ne zaman yürürlüğe gireceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre karar verildiği anda değil kural olarak Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe girecek ve iptal edilen CBK kuralı da aynı tarihte yürürlükten kalkacaktır.

Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*". Keza Anayasa'nın 153. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz*". Dolayısıyla iptal kararının gerekçesi yazılmadan Resmî Gazete'de yayımlanması mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi 2015 yılına kadar olan uygulamasında iptal kararının gerekçesini yazmadan açıklamış, hatta bu konuda zaman zaman resmi basın duyuruları yapmıştır.[601] Anayasa hükmüne açıkça aykırı olan bu uygulamaya 2015 yılından itibaren son verilmiştir. 2015 yılından bu yana Anayasa Mahkemesi hiçbir iptal hükmünü, gerekçesi yazılmadan açıklamamıştır.[602]

---

[600] **Özbudun,** (2019), s. 415-416; **Gözler,** (2019a), s. 1184.

[601] Geçmişte Mahkeme üyeliği de yapan Aliefendioğlu Anayasa'nın açık hükmüne rağmen basın açıklaması yapılması yoluyla kararın açıklanmasını şöyle açıklamaktadır: "*Anayasa iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz diyor. Özellikle Kamunun ilgi odağı durumuna gelen yasalar hakkında verilen kararları açıklamama çok halde olanaklı olmamaktadır. Doğru bilgi edinemeyen kitle iletişim araçları mensupları kendilerine göre yorum yaparak, çok halde okuyucularına yada izleyicilerine gerçek dışı haberler ulaştırabilmektedirler. Bu sakıncanın giderilmesi için, uygulamada, Mahkeme, kısa kararlarını haber niteliğinde basın mensuplarına duyurmaktadır."* (**Aliefendioğlu,** (1996), s. 299). Ancak doktrinde Mahkemenin bu tutumu ciddi eleştirilere maruz kalmıştır (Bkz. **Kanadoğlu, O. Korkut** (2004) Anayasa Mahkemesi, Beta Basım, İstanbul, s. 284-285; **Bilgen, Pertev** (1995) "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması" Anayasa Yargısı, C. 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1995, s. 186; **Yıldırım,** (1993), s. 602; **Küçük, Adnan** (2014) "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 3, C. 1 s. 344; **Gözler,** (2019a), s. 1181).

[602] Zaman zaman basında bireysel başvuru sonucu verilen ihlal kararları yönünden kararın gerekçesiz açıklanmasının Anayasa'nın anılan hükmüne aykırı olduğu yönünde haberler yapıldığı görülmektedir. Anayasa'nın 153. maddesinin gerekçesi yazılmadan açıklanmayacak kararları, Anayasa Mahkemesinin norm

4.2. İptal Kararının Yürürlüğe Girmesinin Ertelenmesi

Kural olarak iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanmakla yürürlüğe girmesine rağmen Anayasa'da buna bir istisna tanınmıştır. 153. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre "*Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir."* Anayasa'da Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğe girmesini "*Gereken hallerde*" erteleyebileceği belirtilmiş ancak bu gereken halin ne olduğu açıklanmamıştır. 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin üçüncü fıkrasında da "*Mahkeme gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabilir."* denilmek suretiyle bu husus düzenlenmiş, ancak burada da gereken hal meselesinin ne olacağı belirtilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesine karar verdiğinde genellikle şu formül paragrafları kullanmaktadır:

"*34. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na 9/5/2018 tarihli ve 7141 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 362/a maddesinin "8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında faaliyet gösteren okullar…taşınır ve taşınmaz malları,…içinde bulunulan eğitim ve öğretim yılı sonunda haczedilir." bölümünün "8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında faaliyet gösteren okullar…" yönünden iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.*"[603]

"5.12.1951 günlü, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 146. maddesiyle değiştirilen ek 10. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinin birinci cümlesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın

denetimi sonucu verdiği iptal kararları ile sınırlı tuttuğu açık olup bireysel başvuruda verilen ihlal kararları için böyle sınırlama bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi 2015 yılından itibaren gerekçesi yayınlanmadan karar açıklama usulünden vazgeçtikten sonra kararın Resmi Gazete'de yayımlanma hızında çok ciddi bir artış olmuştur. Eskiden yılları bulabilen gerekçe yayımlanma süresinin çok nitelikli dosyalar hariç ortalama 1-2 ay içinde yayımlandığı gözlemlenmektedir.

[603] AYM, E.2019/59, K.2020/61, 22/10/2020, § 34. (Vurgular tarafımıza aittir.)

Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür."[604]

Buna göre Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğünün ertelenmesi için öncelikle iptal edilen hüküm nedeniyle ortaya bir hukuksal boşluk çıkması, ikinci olarak ise bunun kamu düzenini veya kamu yararını ihlal edecek boyutta olması şartlarını aradığı söylenebilir.

Anayasa'nın 153. maddesinde Mahkemenin iptal hükmünün yürürlüğünü erteleyebileceği maksimum süre belirlenmiş olup Mahkemenin bunu en fazla erteleyebileceği süre kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren bir yıldır.

Doktrinde iptal kararı verilmesinden sonra iptal hükmünün yürürlüğünün ertelenebilmesi eleştirilmiştir. Buna göre Anayasa'ya aykırılığı tespit edilen ve iptal edilen bir hükmün yürürlüğünün bir yıla kadar uzanabilen bir süreyle devam ettirilmesi sakıncalıdır. Böyle bir kural teknik olarak geçerliliğini sürdürmekte ise de sosyolojik olarak geçerliliğini ve meşruiyetini kaybetmiştir.[605]

Kanımızca Anayasa'da böyle bir hükme yer verilerek iptal hükmünün yürürlüğünün belli bir süreyle ertelenmesine karar verilebilmesi bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Gerçekten zaman zaman bir kuralın iptal edilmesi kamu düzeni veya kamu yararı açısından öyle ciddi hukuki boşlukların ortaya çıkmasına neden olmaktadır ki bu tür durumlarda norm koyucuya iptal edilen kuralın yerine yenisini ihdas edecek bir süre tanınmadan iptal hükmünün yürürlüğe girmesi, telafisi imkânsız zararların doğmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle bu tür durumlarda anılan hükmün kullanılabilmesi ciddi bir ihtiyaca tekabül etmektedir.[606]

Anayasa'da Yüksek Mahkemeye böyle bir yetki verilmesinin, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının Anayasa'ya aykırı gördükleri dolayısıyla iptal edilmesini düşündükleri kurallarla ilgili kamu düzeni bakımından herhangi bir endişe duymadan karar vermelerine yardımcı olan bir fonksiyon icra ettiği de söylenebilir. Böyle bir imkânın bulunmaması durumunda karar verecek olan Anayasa Mahkemesi yargıcının, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna kanaat getirmesi halinde bile iptal kararıyla ortaya çıkacak hukuksal boşluğun yaratacağı sakıncaların

---

[604] AYM, E.2014/62, K.2014/125, 03/07/2014. (Vurgular tarafımıza aittir.)

[605] **Özbudun,** (2019), s. 417.

[606] Bu bağlamda örneğin Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararıyla 2/7/2018 tarihli ve 702 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin tümünü yetki kanunu kapsamında düzenleme yapmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir (bkz. AYM, E.2018/115, K.2020/81, 30/12/2020). Nükleer enerji gibi çok hassas bir konuda iptal kararının ertelenme ve dolayısıyla iptalin yaratacağı hukuki boşluğun neden olacağı sakıncaları engelleme imkânının bulunmamasının kamu güvenliği ve sağlığı açısından çok ciddi tehditlere yol açabileceği izahtan varestedir.

daha ağır bastığını düşünerek iptal yerine ret kararı vermesi ihtimal dahilindedir. Bunun ise Anayasa'ya aykırı normların hukuk düzeninden kaldırılmayarak geçici de olsa kamu düzeni yönünden yaratacağı tehlike nedeniyle bir anlamda bunlara katlanma eğilimini arttıracağı söylenebilir. Böyle bir eğilimin anayasa yargısının varlık amaçlarından olan Anayasa'ya aykırı normların hukuk sisteminden ayıklanması amacıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Kaldı ki Özbudun'un da belirttiği üzere bu yetki Mahkemenin her zaman kullanmak zorunda olduğu bir yetki değildir.[607] Dolayısıyla Mahkeme bu yetkisini gerçekten buna ihtiyaç duyulan durumlarda ve süreyle kullandığında bu yetkinin kullanılmasıyla elde edilen kamu yararı iptal edilen hükmün bir süre daha yürürlükte kalmasından kaynaklanacak mahsura göre daha yüksek olacağından Mahkemenin böyle bir yola başvurmasına yetkili kılınmasının makul olmadığı söylenemez.

Doktrinde iptal edilen ancak iptal kararının yürürlüğünün Anayasa Mahkemesi tarafından ertelendiği kurallarla ilgili olarak da Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurulabileceği belirtilmiştir.[608]Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kuralla ilgili olarak Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda Mahkeme aynı konuda daha önce karar verip kuralı iptal ettiğinden bahisle başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verebilecektir. Dolayısıyla böyle bir durumda dava mahkemesinin itiraz başvurusunda bulunmaksızın kuralın iptaline ilişkin hükmün yürürlüğe girmesini beklemesi en doğru yol olacaktır.[609] Zira daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da itiraz yoluna başvuran mahkeme bakımından itirazın sonuçlanması için beş aylık süre öngörülmüş ise de bu, anılan süre geçtikten sonra mahkemenin iptali istenilen kuralı mutlaka önündeki davaya uygulaması zorunluluğunu ifade etmemekte, mahkemeye isterse itirazın sonucunu beklememe imkânı vermektedir. Bu nedenle beş ayı aşması halinde de mahkemenin iptal hükmünün yürürlüğe girmesini beklemesi mümkündür.

Danıştay Beşinci Dairesi bir kararında Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği ancak kararın yürürlüğünü ertelediği kurallarla ilgili olarak mahkemelerin bu iptal kararını bildikleri halde önlerindeki uyuşmazlıkları Anayasa'ya aykırı olduğu saptanmış kurallarla çözümlemelerinin Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine aykırı olacağını belirterek Anayasa Mahkemesinin erteleme kararını dikkate almamıştır. Daireye göre böyle bir yetki tanınmasının nedeni norm koyuculara Anayasa Mahkemesi gerekçesi ışığında Anayasa'ya uygun yeni

[607] **Özbudun,** (2019), s. 417.

[608] **Armağan,** (1967), s. 136-137; **Kıratlı**, s. 78; **Boyacıoğlu, Ahmet** (1962) "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def'i Yol ile Denetlenmesi", Adalet Dergisi, Yıl: 53, S. 7-8, s. 725.

[609] **Azrak**, s. 164-165; **Özbudun,** (2019), s. 418.

normun yapılması için süre tanınması olup erteleme kararı, mahkemeler için önlerindeki uyuşmazlığa iptal edilmiş hükmün uygulanması zorunluluğunu doğurmaz.[610]

Doktrinde de ifade edildiği üzere Dairenin bu görüşüne katılmaya imkân bulunmamaktadır.[611] Zira her ne kadar Anayasa'ya aykırılığı saptanmış bir kuralın davada uygulanmasının bir sorun teşkil ettiği açık ise de bunun Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunduğunu söylemek mümkün değildir. İptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi Anayasa'nın 153. maddesinin verdiği açık yetkiyle ve yukarıda belirtilen zorunluluklar nedeniyle verilmekte olup iptal kararı yürürlüğe girmeden karara konu kuralın geçersiz olduğunu söylemek ve bu doğrultuda bir uygulama yapmak Anayasa'nın açık hükmüne muhalefet edilmesi anlamına gelecektir.[612] Bunun yerine yukarıda ifade edildiği gibi iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin beklenmesi en uygun yol olacaktır.

4.3. Yürürlüğün Ertelenmesine İlişkin CBK Bağlamında Ortaya Çıkabilecek Bir Mesele

Burada Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğünü ertelemesi durumunda CBK bağlamında tartışılması gereken bir husus daha bulunmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesi CBK kuralını iki aşamada incelemekte, öncelikle kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekte, eğer kuralı bu yönden Anayasa'ya uygun bulursa daha sonra kuralı içerik bakımından denetlemektedir.

Mahkeme içerik bakımından kuralı Anayasa'ya aykırı bulup iptal ettiğinde ve iptalin kamu düzeni veya kamu yararını zedeleyeceğine karar verdiğinde iptal hükmünün ertelenmesine karar verebilecektir. Bu durumda CBK koyucu belirlenen süreyi aşmayacak şekilde yeni bir düzenleme yapma imkânına kavuşacak ve Anayasa'ya uygun yeni bir düzenleme yaptığında sorun ortadan kalkacaktır.

CBK'yla ilgili anayasal denetimin esas kritik ve zorlu kısmını içerik denetimi değil, konu bakımından yetki yönünden yapılan denetim oluşturmaktadır. Zira Anayasa CBK yönünden sıkı denebilecek yetki kurallarına yer vermiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin CBK'ya ilişkin iptal kararlarının çoğunluğunu konu bakımından yetki yönünden verilen kararların oluşturacağı söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadarki (2021 yılının Kasım ayı itibariyle) iptal kararlarından sadece birisi içerikten kalanı konu bakımından yetki unsuru yönünden verilmiştir.

---

[610] Danıştay Beşinci Dairesi, E. 1992/1219, K. 1992/3872, Danıştay Dergisi,1993, Yıl 23, Sayı 87, s.272-277.

[611] **Bilgen**, s. 187; **Gözler,**(2019a), s. 1186.

[612] Aynı yöndeki görüş için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1186.

Konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddenin on yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkranın birinci cümlesi uyarınca CBK'nın yürütme yetkisine ilişkin olması; ikinci cümlesi uyarınca Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevleri düzenlememesi; üçüncü cümlesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda olmaması ve dördüncü cümlesi uyarınca daha önce kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapmaması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin incelediği bu kurallarla ilgili herhangi bir konuda bir sorun tespit ederek kuralın iptaline karar vermesi kural olarak bu konuda CBK'yla değil kanunla düzenleme yapılması gereğini ortaya koyacaktır.

Durum bu iken Anayasa Mahkemesi bir CBK kuralını yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına aykırılık nedenlerinden herhangi biri nedeniyle iptal ettiğinde bu iptalin yarattığı hukuki boşluk nedeniyle acaba Anayasa Mahkemesi yine de iptal hükmünün belli bir süreyle ertelenmesine karar verebilecek midir?

Bu soru şu bakımından problemli bir alana temas etmektedir. İptale konu kural CBK değil kanun olsa idi Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kural yasama organının ihdas ettiği ve yine boşluğu da yasama organının doldurması gerektiği bir kural olacak idi. Ama bu seçenekte iptal edilen CBK kuralını yürütme organı ihdas etmiş iken bu kural yerine Anayasa'ya uygun kuralı ihdas ederek boşluğu dolduracak olan organ yürütme değil yasama organı olacaktır.

Bu soru cevaplandırılırken öncelikle belirtilmelidir ki kanunlar gibi asli düzenleme yetkisine sahip olan CBK kuralı yönünden verilen iptal kararı nedeniyle de hukuk düzeninde ciddi bir boşluğun doğması ve bunun kamu düzeni veya kamu yararını kritik bir şekilde tehdit eden bir soruna tekabül etmesi mümkündür. Bu çerçevede kanunlar yönünden bir kuralın iptal edilmesiyle ortaya çıkacak hukuki boşluğun doldurulmasına imkân tanınması ne kadar elzem ise CBK kuralı yönünden de aynı oranda elzemdir.

Öte yandan konuya ilişkin Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası incelendiğinde fıkrada iptal hükmünün ertelenmesine ilişkin *kuralı ihdas eden* veya *ortaya çıkacak hukuki boşluğu dolduracak* organa göre bir ayrım yapılmadığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle "*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.*" biçimindeki hükümde herhangi bir spesifik organa yönelik bir süre tanınması söz konusu değildir.

Esasen yukarıda ifade edildiği üzere bu hükmün konuluş amacı belli bir norm yapıcısı yönünden ortaya çıkan sorunun giderilmesi değil genel olarak kamu düzeni ve kamu yararı açısından ortaya çıkan boşluğun neden olabileceği ciddi sakıncaların giderilmesine imkân tanımaktır. Dolayısıyla bunun hangi organ tarafından giderileceği bu açıdan bir önem arz etmemektedir.

Bu çerçevede yukarıda belirtilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin CBK kuralına ilişkin konu bakımından yetki yönünden verdiği iptal kararı yönünden de iptal kararının yürürlüğünü ertelemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Burada kurallaştırma faaliyetini yürütme organının başlattığı ve Anayasa Mahkemesinin kararı nedeniyle yasama organının belli bir yönde yasama faaliyetinde bulunmaya zorlandığı veya en azından yönlendirildiği bunun ise kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyebileceği düşüncesi akla gelebilirse de bu düşüncenin yerinde olmayacağı değerlendirilmektedir.

Zira her şeyden önce Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararı sonrasında kanun koyucunun düzenleme yapıp yapmaması kendi taktirindedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin kanun hükümlerinin iptaline ilişkin kararlarda verdiği yürürlüğü erteleme kararlarında bile muhatap doğrudan yasama organı olmasına rağmen yasama organının düzenleme yapmadığı olaylarla karşılaşıldığının hatırlanması gerekir.

İkinci olarak kuvvetler ayrılığı ilkesi Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirtildiği üzere "*erklerin birbirleriyle bağlantısız bir şekilde çalışmalarını değil, aksine Anayasa'nın Başlangıç'ında belirtildiği üzere medeni bir iş bölümü ve işbirliği içerisinde çalışmalarını gerektirmektedir. Bu çerçevede erklerin yetki alanları içerisindeki faaliyetlerinin zaman zaman birbirleriyle kesişmesi mümkün olup gözetilmesi gereken hususun her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalmasının ve diğer erklerin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanmasıdır".*[613] Buna göre bir yargı mercii olan Anayasa Mahkemesinin Anayasa tarafından kendisine verilen yetki uyarınca bir kuralın hangi organ tarafından ihdas edilmesi gerektiği yönündeki uyuşmazlığı çözerek kuralın ancak kanunla düzenlenebileceğinden bahisle bir iptal kararı vermesi ve kuralın iptalinin yaratacağı hukuki boşluğun sakıncalarını gidermek üzere iptalin yürürlüğünü ertelemesi nedeniyle, kanun koyucunun gündemine (isterse yapıp isterse yapmayacağı)bir düzenlemenin gelmesi, kuvvetler aykırılığı ilkesini ihlal eden bir durum olarak nitelendirilemez.

[613] AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04/07/2013.

Bir kuralın iptali nedeniyle ortaya çıkan hukuki boşluğun kamu düzenine ve kamu yararına vereceği zarar, o kuralı yapan veya onun yerine kuralı ihdas edecek organın sorumluluğunda olmayıp Anayasa'nın başlangıç kısmında belirtilen anlayışa göre tüm erklerin medeni bir iş bölümü içerisinde çözmeleri gereken bir sorundur.[614] Dolayısıyla her bir organ kendi görev ve yetki sahası kapsamında meydana çıkan sorunu gidermeye çalışacaktır. Zaten bu nedenle de Anayasa'nın 153. maddesinde belli bir organa göre bir kural düzenlenmesi yoluna gidilmemiştir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 153. maddesinin dördüncü fıkrasında "*İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar."* hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün CBK kuralının iptali nedeniyle ortaya çıkan ama ancak kanuni düzenleme yapılması suretiyle giderilebilecek hukuki boşluklar yönünden de geçerli olduğu söylenebilir. Fakat burada öncelikle TBMM üyeleri verilen erteleme kararı nedeniyle bir kanuni düzenleme yapıp yapmayacağını takdir edecek ve yapmaya karar verip bu hususta bir teklif verirlerse söz konusu teklif diğer kanun tekliflerine nazaran öncelikle görüşülüp karara bağlanacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de kurala konu düzenlemenin CBK ile değil kanunla yapılması gerektiği gerekçesiyle verdiği bir iptal kararında iptal nedeniyle ortaya çıkan boşluğun kamu yararını zedeleyeceğini değerlendirdiği bir durumla karşılaşmış ve bu konuda yapılacak yeni düzenlemeyi CBK koyucunun değil kanun koyucunun yapması gerektiği halde bu hususta iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesine ve yasama organına süre verilmesine karar vermiştir.[615] Dolayısıyla Mahkemenin içtihadının da yukarıda belirtilen görüşle aynı yönde ortaya çıktığının belirtilmesi gerekir.

5. Anayasa Mahkemesinin Karar Verme Sınırı: Pozitif Norm Koyucu Olma Yasağı[616]

Anayasa Mahkemesinin genel olarak norm denetimi, konumuz bağlamında ise CBK'nın yargısal denetimine ilişkin görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında

---

[614] Anayasa'nın Başlangıç kısmında bu husus şöyle ifade edilmiştir: "*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;... TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur."*

[615] Bkz. AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021.

[616] Bu konuda bir inceleme için bkz. **Yelken, Hamit** "Anayasa Mahkemesinin Hukuk Yapımı": Balı, Ali Şafak (Ediör) (2016) Hukuk Politikası, Ankara, Astana Yayınları, 241-261.

tanımlanmıştır. Buna göre "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu"* denetleme görev ve yetkisini sahiptir. Ancak Anayasa'da Mahkemeye verilen bu görev ve yetkinin ne olduğunun açıklanmasıyla yetinilmemiş, 153. maddenin ikinci fıkrasında "*Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.*" denilmek suretiyle anılan yetkinin kapsam ve sınırları çizilmiştir.[617]

Yukarıdaki hükümler birlikte yorumlandığında Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen CBK normuyla ilgili olarak görev ve yetkisinin söz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığını tespit etmek ve eğer aykırı ise bunu iptal etmekten ibaret olduğu söylenebilir.[618] Bir başka ifadeyle Mahkeme Anayasa'ya aykırı olan normun iptal edilmesiyle neyin hukuk olamayacağına karar verme yetkisiyle yetkilendirilmiş olup bunun dışında neyin hukuk olacağına karar verme (*pozitif kanun koyucu olma*) yetkisine sahip kılınmamıştır.[619]

Ne var ki Anayasa Mahkemesinin geçmişte uyguladığı bazı yöntemler nedeniyle iptal kararı verirken adeta pozitif kanun koyucuya dönüştüğü ve neyin hukuk olamayacağına değil neyin hukuk olması gerektiğine karar verdiği gözlemlenmiştir[620]:

Bu bağlamda verilecek en iyi örneklerinden birinin 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 22. maddesiyle değişik 159. maddesinin beşinci fıkrasının iptali talebiyle açılan davada verilen iptal kararı olduğu ifade edilmiştir.[621]

Dava konusu kural şöyledir:

"*Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; ancak bir aday için oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.*"

---

[617] **Yelken,** s. 244. Anayasa Mahkemesinin karar verme sınırlarıyla ilgili kavramsal bir çalışma için bkz. **Ece, Göztepe** (2008) "Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin "367 Kararı" İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 339-363.

[618] **Yelken,** s. 244. Yerindelik ve hukukilik ilişkisi ile yasama organı ile Anayasa mahkemelerinin arasındaki ilişkinin analizi bakımından bkz. **Kanadoğlu**, (2004), s. 16-20.

[619] **Arslan,** (2008), s.62; **Yelken,** s. 244.

[620] **Yelken, s.** 248-258.

[621] Bu karar Anayasa Mahkemesinin 07/07/2010 tarihli ve E.2010/49, K.2010/87 sayılı kararıdır (**Yelken,** s. 249).

Dava konusu kuralda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna (HSYK) seçilecek bazı üyelerin seçim usulü düzenlenmiş olup kural uyarınca Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her bir üye, birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilecek Kurul üyeliği için de her bir hâkim ve savcı ancak bir aday için oy kullanabilecektir.

Dava dilekçesinde kuralın tümünün iptali talep edilmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kuralla ilgili yaptığı inceleme sonucunda sadece kuralda altı çizili olan "…*ancak bir aday için…"* ibaresini seçerek iptal etmiştir. Böylece kuralda öngörülen seçim anayasa koyucunun takdir ettiği üzere her bir adaya ancak tek bir oyun verilebildiği bir sistemden çıkmış her bir aday için her seçmenin *aday sayısı kadar oy kullandığı* bir sisteme dönüşmüştür. Birbiriyle oldukça farklı sonuçlar doğuran bu seçim yöntemlerinden çoğulcu bir temsile izin vermediği yönünde eleştirilen ikincisi anayasa koyucunun aksi yöndeki iradesine rağmen Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla uygulamaya geçmiştir.

Görüldüğü üzere bu örnekte Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırı bulduğu kuralı iptal ederek sadece neyin hukuk olamayacağına değil, kural içindeki bir ibareyi seçerek iptal etmek suretiyle yeni bir uygulamaya yol açmış ve neyin hukuk olması gerektiğine karar vermiştir.[622]

Bu yöndeki bir başka kararın 28/8/1999 tarihli ve Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ibarenin iptali talebiyle açılan davada verilen iptal kararı olduğu belirtilmiştir.[623]

Dava konusu ibarenin de yer aldığı madde şöyledir (Dava konusu ibare altı çizili olarak gösterilmiştir.):

"*23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dahil, basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl veya daha az şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir.*

Halen cezalarını çekmekte olanlar hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır.

İlgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı birinci fıkrada sayılanlar hakkında henüz takibata geçilmemiş veya

[622] **Yelken,** s. 250. Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini incelemesinin kapsamlı bir eleştirisi için bkz. **Yazıcı, Serap** (2008) "Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 770-777.

[623] **Yelken,** s. 253.

hazırlık soruşturmasına girişilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm kurulmamış veya verilen hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir."

Dava konusu kuralda özetle 23 Nisan 1999 tarihine kadar basın ve yayın yoluyla işlenen ve kanundaki cezasının üst sınırı on iki yılı geçmeyen suçlardan on iki yıl veya daha az şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazının ertelenmesi ayrıca aynı konuda haklarında dava açılmamış veya dava açılsa bile henüz hükmü kesinleşmemiş dosyalarda davanın açılmasının veya kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi hükme bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde maddenin tümünün değil sadece ilk fıkrasında yer alan ve yukarıda altı çizili olarak gösterilen "*…basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup…"* ibaresinin iptali talep edilmiş, Anayasa Mahkemesi de bu talebe uygun olarak anılan ibarenin iptaline karar vermiştir.

Bu çerçevede iptalden önce kanun koyucunun yapmak istediği düzenleme ifade ve basın hürriyetinin demokratik toplumdaki önemi nedeniyle sadece basın yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlara ilişkin soruşturma, dava ve cezaların ertelenmesi iken Anayasa Mahkemesinin uyguladığı kısmi iptal yöntemi nedeniyle Kanun'un kapsamı oldukça genişlemiş ve değişmiştir. Bu kararla birlikte sadece basın suçlarına ilişkin soruşturma, dava ve cezalar değil kanundaki üst sınırı on iki yılı geçmeyen hırsızlık, sahtecilik, dolandırıcılık gibi yüz kızartıcı suçlar da dahil tüm suçlar yönünden soruşturma, dava ve cezaların infazının ertelenmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Bu örnekte de Mahkeme sadece Anayasa'ya aykırılığını tespit ettiği bir kuralı iptal etmek suretiyle neyin hukuk olamayacağına karar vermemiş, tipik bir pozitif kanun koyuculuk yaparak neyin hukuk olacağına karar vermiştir. Zira burada kanun koyucunun amacı sadece ifade ve basın özgürlüğünün alanını genişletmek iken Anayasa Mahkemesi onun murat ettiği bağlamın dışına çıkarak birçok suçun kuralın kapsamına dahil edilerek bunların failleriyle ilgili soruşturma, dava ve cezaların infazının ertelenmesine yol açmış, Anayasa'nın 153. maddesinin ifadesiyle yeni bir uygulamaya yol açmıştır.[624]

Kanaatimizce Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin kuralın içinden kimi sözcükleri seçmek suretiyle kurala yeni bir anlam ve kapsam verecek, dolayısıyla yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde iptal kararı vermemesi gerekir. Bu tür durumlarda kuralın Anayasa'ya aykırılığı sabit ise bu yola başvurulması yerine

[624] **Yelken,** s. 254.

imkânı varsa kuralın tümünü iptal etmelidir. Verilen son örnek bağlamında eğer Anayasa Mahkemesi sadece belli suçlar yönünden bir ceza ertelemesi öngörülmesini Anayasa'ya aykırı buluyor ise kuralın tümünü iptal edip bu konuda yeni bir düzenleme yapılıp yapılmayacağını kanun koyucunun taktirine bırakmalıdır. Yoksa yukarıda yapıldığı gibi kısmi bir iptal kararı vererek kanun koyucunun belki de yapılmasını hiç istemediği bir düzenlemenin ortaya çıkmasına neden olabilecektir ki bunun kanun koyucunun halk adına politika tercihinde bulunma yetkisine bir müdahale olarak yorumlanması mümkündür.[625]

Örnek gösterilen son karar bağlamında şu ileri sürülebilir: Dava dilekçesinde sadece belirli bazı ibarelerin iptali talep edildiğine ve Anayasa Mahkemesi de taleple bağlı olduğuna göre Anayasa Mahkemesinin kuralın tümünü iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada kısmi iptal kararı verilmesi dışında bir yol yoktur.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre taleple bağlı olup kural olarak talep edilmeyen bir kuralın iptaline karar veremeyeceğinden yukarıdaki örnekte maddenin tümünün iptal edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Ancak kanaatimizce Mahkemenin burada Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca yeni bir uygulamaya meydan verecek şekilde karar vermesinin mümkün olmadığını, davacının da kuralın tümünü dava etmediğini belirterek maddenin tümü hakkında bir karar vermesinin mümkün olmadığına işaret ederek dava konusu ibareye ilişkin iptal talebini reddetmesi gerekir idi.[626] Nitekim üye Yalçın Acargün de bu nedenle davanın ret edilmesi gerektiği görüşüyle söz konusu karara muhalif kalmıştır.

Esasında yukarıdaki son örnek bağlamında Anayasa Mahkemesinin kendisinin de bu şekilde hareket edilmemesi gerektiğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Mahkeme eski tarihli bir kararında bu hususu şöyle açıklamıştır:

> "*Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol*

---

[625] Bu bağlamda Hakyemez, Anayasa Mahkemesinin rejimin demokratik niteliğinin zarar görmemesi için "*siyasal alanın aktörlerine anayasa ile tanınan takdirler[in]e"* müdahale etmekten kaçınması gerektiğine işaret etmiştir (**Hakyemez, Yusuf Şevki** (2009) Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin, s. 18).

[626] Bu tür durumlarda ret kararı verilmesi gerektiğine ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. **Gözler,** (2019a), s. 1230. Gözler bu görüşü şu şekilde ifade etmektedir:

> "*Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırı olduğunu beyan ettiği bir hükmü, 153'üncü maddenin 2. fıkrasına getirilen 'kanun koyucu gibi bir hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis' etme yasağına dayanarak iptal etmekten kaçınabilecektir. O hâlde sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin bir hükmü anayasaya aykırı görmesi durumunda bile, iptal kararı vermeyeceği hâllerin olduğu söylenebilir. Bu hâllerde, Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde, denetlediği hükmün Anayasaya aykırı olduğu yolundaki kanısını açıklamakla birlikte hüküm fıkrasında, bu hükmü iptal etmeyebilecektir. Böyle bir karar, yasama organını uyarma fonksiyonuna sahiptir.*"

açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasa'nın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür eksiklikler yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. (...)Yasa maddesine, içindeki kimi sözcükleri ayıklayarak yeni bir kural niteliği vermek Anayasa'ya uygunluk denetimiyle bağdaşmaz. Ay(kı)rılıklar bu sonucu yaratmadan iptal edilir, bu sonucun doğmaması için de yasakoyucuya süre verilir. Bunun gibi, bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenilemez…"[627]

Mahkeme sadece eski tarihli kararlarında değil 2014 yılında verdiği bir kararında da bu hususu tekrarlamıştır.[628] Saptayabildiğimiz kadarıyla Anayasa Mahkemesinin özellikle 2014 yılından bu yana bir kuraldaki kimi ibareleri seçerek yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde iptal kararı verme yoluna gitmediği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki örnekler bağlamında kanun koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde karar vermemesi gerektiği kanunlar bakımından geçerli olduğu gibi CBK'lar bağlamında da geçerlidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin kanunlar yönünden benimsediği mevcut içtihadını CBK'lar bakımından da sürdüreceği ve pozitif norm koyucu gibi hareket etmekten kaçınacağı yönünde bir öngörüde bulunulabilir.

6. Yargılamanın Yenilenmesi

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sonucu verdiği kararlar nedeniyle yargılamanın yenilenmesi kurumunun gündeme gelmesi söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal davası ve itiraz başvurusu üzerine yaptığı inceleme bir yargılama değil bir denetim işlemidir.[629] 6216 sayılı Kanun'da yargılamanın yenilenmesi hükümlerine yer verilmiş ise de (67. madde) Mahkemeye sadece siyasi parti kapatma davalarında veya Yüce Divan

[627] AYM, E.1988/3, K.1989/4, 18/01/1989.

[628] AYM, E.2013/114, K.2014/184, 04/12/2014, § 51. Kararın ilgili paragrafı şöyledir: "*Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırı bulduğu kuralları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Kanun koyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasa'nın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışında, kanun koyucunun isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi, iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Anayasa'nın öngördüğü, düzenlenmesini zorunlu kıldığı bir konu, aykırılık nedeni sayılarak iptal nedeni yapılmakla birlikte, kanun koyucunun anayasal ilkelere aykırı düşmeyen bir düzenlemeyi aynı veya benzer durumdaki kişiler yönünden öngörmemesi, iptal nedeni olarak kabul edilemez.*"

[629] **Özbudun,** (2019), s. 414. Anayasa Mahkemesi de bu faaliyeti kapsamında kendisini bir dava mahkemesi olarak nitelendirmemektedir.

sıfatıyla verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabileceği bu hükümlerde açıkça belirtilmiştir.

Esasen kuralların Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulmasıyla hedeflenen amaç ile yargılamanın yenilenmesinin varlık amacı arasında bir ilişki de bulunmamaktadır.[630] Dolayısıyla CBK'nın yargısal denetimi sonucu verilen kararlar yönünden de yargılamanın yenilenmesinden söz edilmesi mümkün değildir.

[630] **Gözler,** (2019a), s. 1231.

SONUÇ

Türk hukuk düzenine ilk olarak 1982 Anayasası'yla giren ve Anayasa'nın ilk halinde düzenleme alanı oldukça sınırlı olan CBK, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği neticesinde, yürütme organının elinde bulunan çok *önemli* bir düzenleyici işlem türüne dönüşmüştür. Hiç kuşkusuz ki bu işlem türünün *önemi* iki nedene dayanmaktadır. Bunlardan biri CBK'yla artık sadece çok sınırlı bir konunun değil kural olarak *yürütme yetkisine ilişkin tüm konuların* düzenlenebilmesidir. Diğeri ve daha önemlisi ise CBK'nın yürütmenin diğer işlemlerinden farklı olarak *türevsel* değil *asli* düzenleme yetkisinin kullanılmasına ilişkin olmasıdır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı -kural olarak- yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla herhangi bir konuyu daha önce kanunlarla düzenlenmiş olmasına ihtiyaç duymaksızın -tıpkı kanunlar- gibi ilk elden düzenleme yetkisine sahip kılınmıştır.

Bu şekilde bir yetki verilmesi anayasal sistem açısından çok ciddi bir değişikliğe tekabül etmektedir. Zira ilk elden düzenleme yetkisine sahip olunması bu yetkinin doğal bir parçası olarak temel hakları ilgilendiren düzenlemelerin yapılabilmesi potansiyelini de beraberinde getirmiştir. Bu durum ise anayasal demokrasinin ve hukuk devletinin adeta alameti farikası olan *yargısal denetim yoluyla temel hakların korunması mekanizmasının* yasama organına karşı olduğu gibi yürütme organına karşı da oluşturulması ihtiyacını doğurmuştur.

Öte yandan CBK ile yasama organının yanı sıra yürütmeye de asli düzenleme yetkisinin verilmesi iki erkin de aynı anda düzenleme yapabileceği kesişen bir alanın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu durum, anılan kesişme alanında kimin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu sorununun çözülmesine ilişkin kuralların konulması zaruretini ortaya çıkarmıştır.

Nitekim anılan hususların anayasa koyucuyu, yeni hükümet sisteminin işlerliğinin önemli bir ögesi olarak yürütme organına CBK ile çok geniş bir alanda düzenleme yetkisi tanırken bu yetkinin temel hak ve özgürlüklere dokunmasını önleyen ve yürütmenin hangi konularda düzenleme yapabileceğini açıklığa kavuşturan *konu bakımından yetki kuralları* belirlemesine sevk etiği anlaşılmaktadır.

Buna göre anayasa koyucunun bir taraftan yürütmenin güçlendirilmesi amacıyla yürütmeye asli düzenleme yetkisi verirken, öbür yandan bunun Anayasa'ya karakterini veren devletin demokratik niteliği, yasama yetkisinin genelliği ve güçler ayrılığı gibi temel ilkelerin zedelenmesini önleyen bir sistem öngördüğü söylenebilir.

Diğer yandan anayasa koyucunun, sadece konu bakımından yetki kurallarına yer vererek CBK'nın temel hak ve özgürlük alanına dokunmasını ve temel anayasal ilkeleri ihlal etmesini engelleyecek koruyucu düzenlemelerle yetinmediği, anayasal demokrasinin ve hukuk devletinin bir gereği olarak bu anayasal düzenlemelere uygun davranılıp davranılmadığını denetleyecek bir yargısal denetim yetkisini de düzenlediği ve bunu Anayasa Mahkemesine verdiği görülmektedir.

Bu bağlamda anayasa koyucunun, yeni hükümet sisteminde devletin temel organları olan yasama ile yürütme arasında düzenleyici işlem yapma konusunda yürütme lehine yeni bir kuruma yer vererek iki erk arasındaki iş bölümünü ve ilişkiyi yeniden düzenlerken, bunun devletin demokratik niteliği ve diğer evrensel hukuk devleti değerlerini ihlal etmesini engelleyecek kurallara yer verdiği ve bu kuralların doğru ve objektif uygulanmasını teminat altına almak üzere hukuk devletindeki üçüncü güç olan yargı organını yetkilendirdiği anlaşılmaktadır. Buna göre anayasa koyucunun CBK'ya ilişkin düzenlemede yasama, yürütme ve yargı arasında kendi içerisinde tutarlı, dengeli ve demokratik hukuk devletinin dayandığı temel felsefeye uygun yeni bir ilişki kurmayı ve buna uygun bir yetki haritası belirlemeyi amaçladığı söylenebilir.

Ancak daha önce "GİRİŞ" bölümünde referanslarıyla birlikte ifade edildiği üzere parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçiş yapılırken Anayasa, bir bütün olarak başkanlık sistemine göre yeniden yazılmamış, parlamenter sisteme göre dizayn edilmiş bir sisteme bazı hükümler eklenmek suretiyle yeni sisteme geçilmeye çalışılmıştır. Bu durum ise Anayasa'dan kendi bütünlüğüne uyum arz eden, tutarlı, anlamlı ve işleyen bir CBK sisteminin okunmasını epeyce zorlaştırmıştır.

Diğer taraftan Anayasa'da CBK'nın düzenleme yetkisi alanı ile ilgili olarak sadece 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki genel hükme değil bununla birlikte CBK'yla düzenleme yapılabilecek konuları özel olarak belirten beş ayrı hükme daha yer verilmiştir. Bu da gerek doktrinde gerekse uygulamada anılan hükümlerin Anayasa'nın bütünü içerisinde nasıl anlamlandırılacağı ile ilgili tartışmaları ve fikir ayrılıklarını daha da arttırmıştır.

CBK ile düzenleme yapılabilecek konulara ilişkin Anayasa hükümleri arasındaki uyumu sağlamaktaki zorluk öyle bir boyuta ulaşmıştır ki bu, CBK düzenlemeleri ile birlikte Anayasa'da adeta içinden çıkılması mümkün olmayan kaotik bir durumun oluştuğu yorumlarının yapılmasına neden olmuştur. Bazı yazarlar ise CBK'nın sadece belirli konularda (yasama organının yanı sıra) yürütme organına da asli düzenleme yetkisi tanıyan bir düzenleme

aracından ibaret olmadığını ileri sürmüşlerdir: Mahfuz alan görüşü olarak adlandırılan bu yoruma göre CBK birçok konuda asli düzenleme yapma yetkisine sahip yegâne/tek araçtır ve bu konularda yasama organının artık yasama faaliyetinde bulunması mümkün değildir. Yasama organını asli görevi olan yasama faaliyetinin *önemli bir kısmından* dışlayan bu görüşü, devletin demokratik niteliği, yasamanın genelliği ve güçler ayrılığı gibi Anayasa'nın temel felsefesinin dayanağını oluşturan ilkeleri zorlayan bir yaklaşım olarak nitelemek yanlış olmayacaktır.

Anılan anlayışın karşı ucunda Anayasa'da açıkça CBK ile düzenleme yapılacağı belirtilen konularda dahi CBK ile ilk elden düzenleme yapılamayacağını veya ancak çok sınırlı düzenlemeler yapılabileceğini savunan görüşler yer almıştır. Bu görüşler ise CBK'ya ilişkin Anayasa'da yer alan açık hükümleri görmezden gelme, dolayısıyla anayasa koyucunun bu kurumu öngörmesini anlamsızlaştırma eleştirisiyle karşılaşmıştır.

Bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin anılan sorunların *nihai* olarak çözümlenmesi hususunda belirleyici bir işlev göreceği kuşkusuzdur. Zira Anayasa, bu konuda *son sözü* söyleme görev ve yetkisini diğer norm türleri yönünden olduğu gibi CBK'lar bakımından da Anayasa Mahkemesine vermiştir.

Ancak yapılacak yargısal denetimle söz konusu sorunların nihai olarak çözülebilmesi için öncelikle CBK'nın denetiminde gözetilecek usul ve esasların (ilkelerin) Anayasa'nın bütününe uygun olarak tutarlı bir şekilde ortaya konulabilmesi gerekir. Çalışmada yukarıda değinilen tüm zorluklara rağmen Anayasa hükümlerinin sistematik bir şekilde ele alınarak anayasa koyucunun bu kurumu öngörme amacına uygun ve Anayasa'nın dayandığı temel ilke ve değerleri zedelemeyen bir yorumun yapılarak CBK'ya ilişkin tutarlı, anlamlı ve işleyen bir *yargısal denetim sisteminin* inşa edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

Bu bağlamda öncelikle CBK'nın kuramsal dayanağı üzerinde durulmuş, akabinde CBK'nın yargısal denetim sürecinin tüm aşamaları incelenerek bu aşamalarda uygulanacak anayasal ilke ve kurallar ele alınmış ve nihayetinde Anayasa'nın bütünüyle uyumlu bir *CBK denetim sistemi*ne dayanak teşkil edebilecek usul ve esaslar (ilkeler) tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bu çerçevede doktrinde kanun koyucuyu çok geniş bir düzenleme alanından dışlayan *mahfuz alan* ve bunun karşı ucundaki görüşlere gerek olmaksızın ve bu konuda öteden beri gerek doktrinde gerekse anayasa yargısı uygulamalarında kabul edilen *yorum ilkeleri* benimsenerek Anayasa'nın CBK'ya ilişkin hükümleri ile diğer hükümleri arasında hem

anayasa koyucunun CBK'yı öngörme amacına uygun olan yürütme organının güçlendirilmesi hem de Anayasa'nın üzerine inşa edildiği demokratik hukuk devleti anlayışı gibi amaç ve değerlerle çelişmeyen, dolayısıyla Anayasa'nın temel felsefesi ve tasarımıyla uyum arz eden bir CBK denetim sisteminin ortaya konulabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

CBK'nın yargısal denetimine ilişkin olarak tutarlı esas ve usullerin belirlenmesinde ikili bir ayrımdan söz etmek mümkündür. Bu çerçevede CBK'nın anayasal denetime tabi diğer norm türlerine benzeyen ve bunlardan tamamıyla ayrılan iki yönü/boyutu bulunmaktadır. Yapılan inceleme neticesinde CBK'nın diğer norm türlerine benzeyen yönüne diğer norm türleri bakımından ortaya çıkan ve altmış yıllık yargısal denetim tecrübesinden süzülen yerleşik esas ve usullerin (içtihadın) uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla CBK'nın bu boyutuna ilişkin yargısal denetimle ilgili bir sorun çıkmayacağı öngörülebilir.

Bu durumda geriye CBK'nın diğer norm türlerinden ayrışan yönüne ilişkin yargısal denetim ilkelerinin ortaya konulması sorunu kalmaktadır. Bununla ilgili olarak da çalışmada CBK'nın yargısal denetim süreci, ilk inceleme aşamasından karar aşamasına kadar ele alınmış ve CBK'nın bu yönüyle ilgili yargılama usul ve esaslarının (ilkelerin) belirlenmesinde ortaya çıkabilecek sorunların, kurumun hukuki mahiyetinden kaynaklandığı, bazı zorluklara rağmen Anayasa'nın sistematik bir şekilde yorumlanarak bunlara çözümler bulunabileceği kanaatine varılmıştır.

Bu şekilde 2017 Anayasa değişikliği ile anayasal sisteme yeni bir konseptle konulan ve devletin temel erkleri olan yasama, yürütme, yargı arasındaki ilişkinin ve yetki haritasının yeniden düzenlenmesine neden olan CBK'nın, buna ilişkin belirlenecek yargısal denetim ilkeleriyle demokratik hukuk devletinin genel işleyişi bakımından temel anayasal dengeleri ve sistemi bozmadan işletilebileceği değerlendirilebilir.

Nitekim CBK'nın yargısal denetimine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin pratiği ele alındığında, Mahkemenin CBK'ya ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmeden veya yürürlüğe girdiği tarihlerde bulunan birçok belirsizliği ve tartışmayı ortadan kaldıracak kararlar verdiği görülmektedir. Bu bağlamda CBK'ya ilişkin Anayasa hükümlerini yorumlayan Anayasa Mahkemesinin parlamentonun kanun koyma faaliyetinin önemli bir kısmından dışlanması sonucunu doğuracak görüşleri kabul etmeyerek bu konudaki en önemli tartışma konusunu açıklığa kavuşturduğu söylenebilir. Keza Mahkeme Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası ile diğer hükümleri arasındaki çatışmanın çözümüne ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Ayrıca Mahkeme, ilk bakışta yeni hükümet sisteminin işlerliği bağlamında bazı makul olmayan sonuçlara yol açtığı değerlendirilen Anayasa hükümlerinin nasıl anlaşılması gerektiğini tespit

etmiş, böylece bunların anlamlı ve tutarlı bir şekilde nasıl uygulanacağı konusundaki yolu göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu süreçte sadece CBK'nın esasına ilişkin değil yargısal denetim sürecinin usulüne ilişkin de anayasa yargısı literatüründe tartışılan ve tartışılabilecek sorunların çözümüne ilişkin içtihatlar ortaya koymuştur.

Elbette Mahkemenin bugüne kadar verdiği kararlarının hepsinin isabetli olduğu, dolayısıyla bunlarda eleştirilecek hususların bulunmadığı söylenemez. Dahası Mahkemenin verdiği kararlarda benimsediği içtihadı kendisinin de zaman içerisinde değiştirmesi mümkündür. Ancak bunlar, yapılacak yargısal denetimle CBK'ya ilişkin sorunların büyük oranda çözülebileceği sonucuna ulaşmaya engel değildir.

İfade edilmelidir ki gelinen aşamada CBK'ya ilişkin tüm yargısal denetim esas ve usullerinin belirlendiği, dolayısıyla bu kurumun uygulanmasıyla ilgili hiçbir sorunun ortaya çıkmayacağı söylenemez. Bu bağlamda CBK'yla ilgili akla gelmeyen, doktrinde gündeme getirilmemiş, ancak uygulamayla ortaya çıkabilecek sorunlar bulunduğu gibi hali hazırda mevcut olan sorunlarla ilgili cevap bulmamış bazı sorular da bulunabilir. Ancak bu bir süreç meselesi olup bugüne kadar ortaya çıkan ve bu çalışmada üzerinde durulan veriler dikkate alındığında söz konusu sorunların konuya ilişkin doktrin görüşleri ve Anayasa Mahkemesinin vereceği kararlarla makul bir şekilde çözüme kavuşturulabileceği öngörülmektedir.

KAYNAKÇA

Açıl, Murat (2018) "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İÜHFM, C. LXXVI, S. 2, s. 725-756. (Açıl 2018a)

Açıl, Murat (2018) Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Akad, Mehmet Vural/ Dinçkol, Bihterin/ Bulut, Nihat (2018) Genel Kamu Hukuku, 14.Baskı, İstanbul, Der Yayınları.

Akartürk, Ekrem Ali (2010) Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları.

Akbulut, Emre (2013) Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, İstanbul, Beta Basım.

Aksoylu, Ürger Özge (2018) "Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri", 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Ed. Kemal Şenocak, Elazığ, Asos Yayınevi, s. 137-160.

Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil (2021) Türk İdare Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi.

Akyılmaz, Cemre (2019) "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S.1, s.191-207.

Aldıkaçtı, Orhan (1960) Modern Demokrasilerde ve Türkiyede Devlet Başkanlığı, İstanbul, Doçentlik Tezi.

Aliefendioğlu, Yılmaz (1984) "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, C.1, s. 101-137.

Aliefendioğlu, Yılmaz (1996) Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara, Yetkin.

Alkan, Haluk (2018) Kurumsalcı Yaklaşım Işığında Yeni Siyasetin Analizi: Cumhurbaşkanlığı Sistemi, Ankara, Liberte Yayınları.

Anayasa Mahkemesi Araştırma ve İçtihat Birimi (Ar-İç) 27/9/2019 Tarihli ve 2019/26 numaralı Raporu, Ankara, Anayasa Mahkemesi Arşivi. (Ar-İç Raporu)

Anayurt, Ömer (2008) "Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 21-58.

Anayurt, Ömer (2019) 1958 Fransız Anayasasında Kanun Anlayışı: Kanunun Genelliğinden "Sınırlı - Tahsisli Kanun"a Geçiş, Ankara, Seçkin.

Anayurt, Ömer/ Erdoğan, Murat/ Ekinci, Ahmet "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerindeki Etkisi": Kendigelen, Abuzer/ Yüksel, Saadet (Editör) (2019) Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 183-225.

Anayurt, Ömer (2020) Anayasa Hukuku Genel Kısım, Ankara, Seçkin.

Ardıçoğlu, M. Artuk (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, s.19-51.

Arıkan, Cengiz (2011) Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Ankara, Yetkin.

Armağan, Servet (1967) Anayasa Mahkememizde Kazai Mukarabe Sistemi, İstanbul, İÜHF Yayını.

Armağan, Servet (1978) 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Arslan, Zühtü (2005) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu.

Arslan, Zühtü (2008) "Anayasa Mahkemesinin 'Yorum Tekeli' Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 59-86.

Aslan, Volkan (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanuna Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine" Anayasa Yargısı, C. 36 (1), s. 139-161. (Aslan, (2019a))

Aslan, Volkan (2019) Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi, İstanbul, Onikilevha Yayınları. (Aslan, (2019b))

Atar, Yavuz (2019) Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin. (Atar, (2019a))

Atar, Yavuz (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi" Anayasa Yargısı, C.36 (1), 241-259. (Atar, (2019b))

Atar, Yavuz "Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İki Yılı": Ömer Temel (Editör) (2020) Demokratik Hukuk Devletini Yeniden Düşünmek Sempozyumu 4, İstanbul, Lale Yayıncılık, s.250-256.

Aydın, Hüseyin (2020) Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu, Ankara, Yetkin.

Azaklı, Murat (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi" Anayasa Yargısı, C.36 (1), s. 73-103.

Azrak, Ali Ülkü (1984) "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", Anayasa Yargısı, C.1, s. 151-164.

Bahçeci, Barış (2008) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Devlet Başkanının Veto Yetkisi, Ankara, Yetkin.

Barın, Taylan (2020) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Başgil, Ali Fuat (2019) Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Birinci Cilt, 1960 Tarihli Baskıdan Tıpkı Basım, İstanbul, Yağmur Yayınevi.

Başlar, Kemal "Anayasa Yargısında "Davaya Bakmakta Olan Mahkeme" Kavramı" : Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 219-257.

Başlar, Kemal (2008) "Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdasının Anayasallığı Sorunu", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 127-163.

Batum, Süheyl (2017) Demokrasi Dışı Bir Anayasa Değişikliği, Güncel Hukuk, S. 159, s.36-39.

Bilgen, Pertev (1995) "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması" Anayasa Yargısı, C. 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1995, s. 171-191.

Boyacıoğlu, Ahmet (1962) "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def'i Yol ile Denetlenmesi", Adalet Dergisi, Yıl: 53, S. 7-8.

Boyar, Oya (2009) **"**Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve "Executive Orders": Karşılaştırmalı Gözlemler": (2019) Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, 15-28.

Boz, Selman Sacid/ Eraslan, Yunus (2020) "İdari Yargılama Usulünde "Karar Verilmesine Yer Olmadığı" Kararları", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Y. 2020, S. 2, s.389-421.

Boztepe, Mehmet (2018) "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1, s. 5-30.

Bulut, Nihat (2009) Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Can, Osman (2008) "Anayasa Yargısında Yokluk", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s.175-213.

Çağlar, Bakır (1989) Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı, İstanbul, BFS Yayınları.

Çelik, Demirhan Burak (2018) "Türk Tipi Başkanlık Sisteminde Yürütmenin Yapılanması", Güncel Hukuk, S. 173, 33-35.

Demirel, Tanel (2017) "Anayasa Değişiklik Teklifi Üzerine", Liberal Düşünce Dergisi, Y. 22, S. 85, s. 137-155.

Döner, Ayhan (2008) "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 215-233.

Duran, Lütfi (1965) "İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", İÜHFM, C. 31, S. 1-4, s.284-353.

Duran, Lütfi (1983) "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", "İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi", C. IV, S. 1-3, s. 33-42.

Epstein, Leon D. "Parliamentary Government" : David L. Sills (Editor) (1968) International Encyclopedia of the Social Sciences, , Vol. 11, New York, 1968, The Macmillian Company and The Free Press, s. 419-426.

Eren, Abdurrahman (2019) "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi" Anayasa Yargısı, C.36 (1), s.1-72.

Eren, Abdurrahman (2020) Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Ergül, Ozan (2014) "On Yıl Süreli Denetim Yasağının Kapsamını Genişleten Anayasa Mahkemesi İçtihadı: Anayasa'ya Uygunluk Denetiminde Sessiz Bir Geri Adım", İçinde Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı,863-895.

Ergül, Ozan (2018) "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Güncel Hukuk S. 173, s.30-32.

Erol, Ömer Faruk (2019) "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi": (2019) Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, 65-87.

Esen, Selin (2008) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, 1.Baskı, Ankara, Adalet.

Esen, Selin (2008) "1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hallerde Vatandaşlara Getirilebilecek Para, Mal ve Çalışma Yükümlülükleri", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 235-256.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2017) Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi (Karşılaştırmalı)", Kendigelen, Abuzer/ Yüksel, Saadet (Editör) (2019) Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 491-553. (**Fendoğlu**, (2019a))

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2019) Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 3.Baskı, Ankara,

Yetkin.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2020) Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Grabenwarter, Cristoph, "Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa", Çev. Hilal Kafkas, Anayasa Teorisi, Çeviri Ed. İlyas Doğan, Ankara, Kalkan Matbaacılık, 2014, s. 403-427.

Göl, Mevlüt (2017) Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Gönenç, Levent (2008) "Ortaçağ Avrupasında Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 267-291.

Gören, Zafer (2020) Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Gözler, Kemal (2012) "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ozan Ergül (Haz.), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 15-120.

Gözler, Kemal (2018) Mahalli İdareler Hukuku, 1.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2018) Mahalli İdareler Hukukuna Giriş, 1.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2019) İdare Hukuku, C. 1, 3.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2019) İdare Hukuku, C. 2, 3.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2019) Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları. (Gözler, (2019a))

Gözler, Kemal (2020) Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 29.Baskı, Bursa.

Gözler, Kemal (2020) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 12. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.

Gözler, Kemal (2020) Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 13.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Bursa, Ekin Yayınları. (**Gözler,** (2020a))

Gözler, Kemal (2020) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, 2. Baskı, Bursa, Ekin, Yayınları.

Gözler, Kemal (2020) Devletin Genel Teorisi, 10.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) Genel Hukuk Bilgisi, 20.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) Hukukun Temel Kavramları, 18.Baskı, Bursa, Ekin. (**Gözler,** (2020b))

Gözler, Kemal (2020) Hukuka Giriş, 17.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) İnsan Hakları Hukuku, 3.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 2.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) Kısa Anayasa Hukuku, 18.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 25. Baskı. Bursa, Ekin Yayınları. (Gözler, (2020c))

Gözler, Kemal (2020) Türk Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları, 10.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2020) Türk Anayasa Hukukuna Giriş, 16.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal (2021) Türkiye'nin Yönetim Yapısı (T.C. İdari Teşkilatı), 3.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel (2020) Kısa İdare Hukuku, 14.Baskı, Bursa, Ekin.

Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel (2020) İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.

Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel (2020) İdare Hukukuna Giriş, 26. Baskı, Bursa, Ekin

Göztepe, Ece (2008) "Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin "367 Kararı" İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 339-363.

Göztepe, Ece (2017) "Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", Güncel Hukuk, S. 159, s. 46-51.

Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut (2017) İdare Hukuku Genel Esaslar, C. II, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut (2019) İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Gözübüyük, A.Şeref (1996) Yönetsel Yargı, 10.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Günday, Metin (2017) İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayınları. (Günday, (2017a))

Günday, Metin (2017) "OHAL İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum", Ankara Barosu Dergisi, S. 2017/1, s. 29-38.

Güneş, Turan (1965) Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, Sevinç Matbaası.

Güran, Sait (1964) "Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği Meselesi", İÜHFM,

C. XXX, S. 1-2, s. 1000-1034.

Habermas, Jürgen "Hukuk Devleti ile Demokrasi Arasındaki İçsel İlişki Üzerine" Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 259-268.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2007) "Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", Anayasa Yargısı, C. 24, s. 525-568.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2008) "Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorun", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 365-398.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2009) Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin.

Hakyemez, Yusuf Şevki "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi" : Ömer Temel (Editör) (2020) İçinde Demokratik Hukuk Devletini Yeniden Düşünmek Sempozyumu 4, İstanbul, Lale Yayıncılık, 272-278.

Harris, David/ O'Boyle, Micheal/ Bates, Ed/ Buckley, Carla/ Harvey Paul/ Kamber, Kresimir/ Lafferty, Michelle/ Cumper, Peter/ Green, Heather (2018) Law of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, United Kingdom, Oxford University Press.

Huber, John D. (1998) "Executive Decree Authorıty in France", Executive Decree Authority, Ed. John M. Carey, Matthew Soberg Shugart, New York, Cambridge University Press, s.233-253.

lancu, Bogdan (2012) Legislative Delegation: The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag.

Işıktaç, Yasemin (2018) Hukuk Felsefesi, 5.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

İba, Şeref (2018) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi.

İba, Şeref/ Kılıç, Abbas (2019) Anayasa Yargısı Dersleri, 3.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Kaboğlu, İbrahim Ö. (2020) Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 15. Baskı, İstanbul, Legal Yayınları.

Kadıgil, Ülkü Müge "İtiraz Başvurularında 'Davada Uygulanacak Kural' Sorunu": Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.259-290.

Kanadoğlu, O. Korkut/ Duygun, Ahmet Mert (2017) "6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'a İlişkin Değerlendirmeler", Güncel Hukuk, S. 159, 60-62.

Kanadoğlu, O. Korkut/ Duygun, Ahmet Mert/ Bilgehan, Deniz (2018) "Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Güncel Hukuk, S. 173, s. 24-29.

Kanadoğlu, **O. Korkut** (2004) *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, Beta Basım.

Kanadoğlu, O. Korkut (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", GÜHFD, S. 2, s.

641-642.

Kapani, Münci (2015) Politika Bilimine Giriş, 42.Baskı, Ankara, BB101.

Karahanoğulları, Onur (2011) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler Ankara, Turhan Yayınevi.

Karatepe, Şükrü (2018) Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 3.Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.

Kaya, Yusuf Enes (2019) Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Kelsen, Hans (1967) Pure Theory of Law, 2. Baskı, Çev. Max Knight, New Jersey, 2005, The Lawbook Exchange, 2005.

Kıratlı, Metin (1966) Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara, Sevinç Matbaası.

Kili, Suna/ Gözübüyük, A.Şeref (2000) Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze), 2.Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Koçak, Mustafa (2006) Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar – Yeni Anlamlar), 1.Baskı, Ankara, Seçkin.

Köker, Levent (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bazı Tesbitler ve Eleştiriler", http://leventkoker.blogspot.com/2017/01/cumhurbaskanlg-kararnamesi-

uzerine-baz.html.

Kuru, Baki (2015) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Legal.

Kuzu, Burhan (1987) Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Kuzu, Burhan (1985) Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul, Üçdal Neşriyat.

Kuzu, Burhan (2012) Her Yönü ile Başkanlık Sistemi, 2.Baskı, İstanbul, Babıali Kültür Yayıncılığı.

Kuzu, Burhan "Parlamenter Sistemden Cumhurbaşkanlığına Geçiş Süreci" : Ömer Temel (Editör) (2020) İçinde Demokratik Hukuk Devletini Yeniden Düşünmek Sempozyumu 4, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 292-295.

Küçük, Adnan (2014) "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 3, C. 1 s. 311-357.

Küçük Adnan/ Doğan Bayram (2019) "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı", SDÜHFD, C. IX, S. 1, s. 1-59.

Lijphart, Arend/ Bruneau, Thomas C./ Diamandouros, P. Nikiforos/ Gunther, Richard, Çağdaş Demokrasiler Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, (Çeviren: Özbudun, Ergun/Onulduran, Ersin (1995), Ankara, Yetkin Yayınları.

Lındseth, Peter L. (2004) "The Paradox Of Parliamentary Supremacy: Delegatıon, Democracy, and Dictatorship in Germany and France 1920s-1950", The Yale Law Journal, C. CXIII, S. 7, s.1341-1415.

Locke, John (1980) Second Treatise of Government, (Çeviren: Bakırcı, Fahri (2012), Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, 2. Baskı, Ankara, Ebabil Yayınları.

Nomer, Mert (2013) ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Oder, Bertil Emrah (2010) Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, 1.Baskı, İstanbul, Beta.

Onar, Erdal (2003) Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara. (Onar, E)

Onar, Erdal "Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetiminde Öncüler": Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.1-40.

Onar, Sıddık Sami (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3.Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası. (Onar, Sıddık Sami (1966a))

Onar, Sıddık Sami (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, 3.Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.

Oytan, Muammer (1977) "Fransa, Almanya ve Türkiye'de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", Onar Armağanı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 541-616.

Özay, İl Han (2004) Günışığında Yönetim, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Özbudun, Ergun (2014) Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özbudun, Ergun (2019) Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özbudun Ergun/ Aliefendioğlu, Yılmaz (1988), "Türkiye Raporu", Anayasa Yargısı (VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: 26-30 Nisan 1987, Lizbon), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, s. 181-206.

Özcan, Mehmet Tevfik (2008) Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Özkaya, Kadir "Sınırlama Sorunu ve 'Davada Uygulanacak Kural' Kavramıyla İlişkisi", Turhan, Mehmet/ Tülen, Hikmet (Editör) (2006) Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.291-327.

Özsoy Boyunsuz, Şule (2014) Başkanlı Parlamenter Sistem Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği, 2.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Özsoy Boyunsuz, Şule (2017) Dünyada Başkanlık Sistemleri, 1.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi.

Öztürk, Burak (2009) Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Öztürk, Kazım (Hazırlayan), (1971) Gerekçeli Anayasa, Ankara, Bilgi Yayınevi.

Perdecioğlu, İsmail Emrah (2019) Pozitif Yükümlülükler Kavramı ve Mülkiyet Hakkı Üzerindeki Görünümü, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Sabuncu, Yavuz (2012) Anayasaya Giriş, 15. Baskı, Ankara, İmaj Yayınları, s. 286-287.

Sağlam, Fazıl (1982) Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Sağlam, Fazıl (1984) "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaştırılmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı, C.1, s. 261-271.

Sağlam, Fazıl (2013) Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa.

Schmitt, Carl "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı" Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 118-145.

Sezer, Abdullah (2014) Seçim Barajları, İstanbul, Legal Yayınları.

Sezer, Abdullah (2019) "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" Anayasa Yargısı, C.36 (1), s. 380-389.

Söyler, Yasin (2018) Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara, Seçkin Yayınları.

Sözer, Bülent (2018) State Organs and Their Rule Making Powers Under The New Constitution of The Rebuplic of Turkey, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Şahin, Cenk (2010) Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon", İstanbul, Onikilevha Yayıncılık.

Şanlı Atay, Yeliz (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), s. 579-593.

Şirin, Tolga (2019) Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan (2017) "Anayasa Değişikliğinde Cumhurbaşkanı", Güncel Hukuk, S. 158, s. 12-14.

Tan, Turgut (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi (2018) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta, s. 565.

Taşdöğen, Salih (2016) Anayasa Hukukunda Karşı-İmza Kuralı, Ankara, Seçkin.

Teziç, Erdoğan (1972) Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Teziç, Erdoğan (2018) Anayasa Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Torun, Fatih (2021) İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Tögel, Akif (2016) Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı, Ankara, Adalet.

Tunaya, Tarık Zafer (1980) Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Bası İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Tunç, Hasan/ Bilir, Faruk/ Yavuz, Bülent (2014) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi.

Tunç, Hasan (2018) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi.

Turhan, Mehmet (2018) "Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 203-226.

Tümay, Murat (2015) Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri Tunus Anayasası Örneği, Ankara, Yetkin.

Türk, Ender (2013) 1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi, Ankara, Seçkin.

Uler, Yıldırım (1970) İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara, Sevinç

Matbaası.

Uler, Yıldırım (1988) "Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür" Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, s. 515-532.

Ülgen, Özen (2016) "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.137-138, s.125-157.

Ülgen, Özen (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", GÜHFD, S. 2, s. 619-636.

Ülgen, Özen (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, s.3-39. (Ülgen (2018a))

Ülgen, Özen (2019) "Kanun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar" Anayasa Yargısı, C. 36 (1), s. 261-277.

Ülgen, Özen/ Şirin, Tolga (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanı Kararnamesi", Güncel Hukuk, S. 170, Mart-Nisan, s. 30-32.

Ulusoy, Ali (2018) "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", www.anayasa.gen. tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (7/7/2021).

Ulusoy, Ali D. (2020) Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Uluşahin, Nur (2007) Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme

Yapılanması, Ankara, Yetkin.

Uluşahin, Nur (2008) "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 675-737.

Uygun, Oktay (2017) Hukuk Teorileri, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık.

Vergin, Nur (2013) Siyasetin Sosyolojisi, İstanbul, Doğan Kitap.

Yasin, Melikşah (2011) İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Yasin, Melikşah (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri" Anayasa Yargısı, C. 36 (1), s. 315-333.

Yayla, Ahmet "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi": (2019) Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, 56-64.

Yazıcı, Serap (2008) "Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 739-810.

Yazıcı, Serap (2013) Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Yeniay, Lokman/ Yeniay Gülden (2019) "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" Anayasa Yargısı, C. 36 (1), s. 105-138.

Yelken, Hamit "Anayasa Mahkemesinin Hukuk Yapımı": Balı, Ali Şafak (Editör) (2016) Hukuk Politikası, Ankara, Astana Yayınları, 241-261.

Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/ Karan, Nur/ Özdemir, H.Eyüp/ Üstün, Gül/ Okay, Tekinsoy (2012) İdare Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları

Yıldırım, Turan (1993) "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", Argumentum, S:34, s. 601-606.

Yıldırım, Turan (2005) Türkiye'nin İdari Teşkilatı, 4.Baskı, İstanbul, Alkım Yayınevi.

Yıldırım, Turan (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XXIII, S.2.

Yıldırım, Turan (2019) "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", Anayasa Yargısı, C.36 (1), s. 293-314.

Yıldırım, Turan (Editör) (2020) İdare Hukuku, 8.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Yokuş, Sevtap (2010) Türkiye'de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yokuş, Sevtap (2018) "24 Haziran 2018 Seçimlerinden Sonra Cumhurbaşkanlığı Sistemi ve Parlamento", Güncel Hukuk, S. 172, s. 10-12.

Yılmazoğlu, Yunus Emre/ Perdecioğlu, İsmail Emrah (Hazırlayan) (2019), Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara.

Yücel, Bülent (2009) Parlamenter Hükümet Siteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yüksel, Saadet "6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundaki Denge-Denetim Mekanizmalarına İlişkin Genel Değerlendirme", Kendigelen, Abuzer/ Yüksel, Saadet (Editör) (2019) Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 1043-1062.

Yüksel, Saadet "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Güvence Altına Alınması Bağlamında Denge-Denetim Mekanizmaları": (2019) Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınevi, s. 10-14.

Yükselbaba, Ülker (2008) "Habermas'ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti", İÜHFM, C. LXVI, S.1, s. 221-252.

Yüzbaşıoğlu, Necmi (1996) Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnamelere Rejimi, İstanbul, Beta.

Zabunoğlu, Yahya Kazım (2012) İdare Hukuku, C. 1, Ankara, Yetkin.

Zabunoğlu, Yahya Kazım (2012) İdare Hukuku, C. 2, Ankara, Yetkin.

ANAYASA MAHKEMESİ NORM DENETİMİ KARARLARI

AYM, E.1963/46, K.1963/43.

AYM, E.1963/4, K.1963/71.

AYM, E.1963/16, K.1963/83.

AYM, E.1963/192, K.1963/161.

AYM, E.1964/51, K.1965/3.

AYM, E.1964/25, K.1964/59.

AYM, E.1963/199, K.1965/16.

AYM, E.1965/18, K.1965/53.

AYM, E.1966/16, K.1966/28.

AYM, E.1967/15, K.1967/15.

AYM, E.1966/31, K.1967/45.

AYM, E.1974/47, K.1974/49.

AYM, E.1985/33, K.1986/22.

AYM, E.1988/2, K.1988/4.

AYM, E.1988/3, K.1989/4.

AYM, E. 1988/35, K.1989/13.

AYM, E.1990/25, K.1991/1.

AYM, E.1991/6, K.1991/20.

AYM, E.1990/39, K.1991/21.

AYM, E.1991/27, K.1991/50.

AYM, E.1992/12, K.1992/7.

AYM, E.1996/51, K.1998/17.

AYM, E.1998/42, K.1998/65.

AYM, E.1998/58, K.1999/19.

AYM, E.2000/13, K.2000/4.

AYM, E.2001/4, K.2001/332.

AYM, E.2004/85, K.2009/69.

AYM, E.2010/49, K.2010/87.

AYM, E. 2012/21 K. 2012/124.

AYM, E.2012/100, K.2013/84.

AYM, E.2014/46, K.2014/38.

AYM, E.2014/62, K.2014/125.

AYM, E.2014/172, K.2014/170.

AYM, E.2013/114, K.2014/184.

AYM, [GK], B. No: 2014/8881.

AYM, E.2014/100, K.2015/6.

AYM, E.2015/39, K.2015/62.

AYM, E.2014/122, K.2015/123.

AYM, E.2015/55, K.2016/45.

AYM, E.2016/135, K.2016/129.

AYM, E.2015/42, K.2017/8.

AYM E.2016/140, K.2017/92.

AYM, E.2015/41, K.2017/98,

AYM, E.2017/110, K.2017/133.

AYM, E.2018/63, K.2018/38.

AYM, E.2018/8, K.2018/85.

AYM, E.2017/163, K.2018/90.

AYM, E.2016/181, K.2018/111.

AYM, E.2018/14, K.2018/112.

AYM, E.2019/29, K.2019/10.

AYM E.2017/33, K.2019/20.

AYM, E.2018/156, K.2019/22.

AYM, E.2019/9, K.2019/27.

AYM, E.2019/67, K.2019/49.

AYM, E.2019/82, K.2019/61.

AYM, E.2016/205, K.2019/63.

AYM, E.2018/73, K.2019/65.

AYM, E.2019/91, K.2019/70.

AYM, E.2018/106, K.2019/80.

AYM, E.2018/90, K.2019/85.

AYM, E.2019/50, K. 2019/96.

AYM, E.2020/2, K.2020/1.

AYM, E.2018/125, K.2020/4.

AYM, E.2019/31, K.2020/5.

AYM, E.2019/78, K.2020/6.

AYM, E.2018/91, K.2020/10.

AYM, E.2018/122, K.2020/14.

AYM E.2018/119, K.2020/25.

AYM, E.2018/155, K.2020/27.

AYM, E.2019/105, K.2020/30.

AYM, E.2019/112, K.2020/35.

AYM, E.2018/104, K.2020/39.

AYM, E.2018/113, K.2020/48.

AYM, E.2018/124, K.2020/56.

AYM, E.2019/59, K.2020/61.

AYM, E.2020/84, K.2020/64.

AYM, E.2018/162, K.2020/66.

AYM, E.2020/92, K.2020/71.

AYM, E.2020/86, K.2020/79.

AYM, E.2019/71, K.2020/82.

AYM, E.2014/122, K.2015/123.

AYM, E.2019/77, K.2021/2.

AYM, E.2020/71, K.2021/33.

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621.

Adnan Alver, B. No: 2014/5800.

Ayten Yeğenoğlu, B. No: 2015/1685.

Muzaffer Peker, B. No: 2016/7192.

Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169.

Naci Altınbulduk, B. No: 2017/38608.

DANIŞTAY KARARLARI

E.1970/444, K.1971/40, 9/1/1971

E.1971/22, K.1971/36, 24/5/1971

E. 1992/1219, K. 92/3872

İNTERNET KAYNAKLARI

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-57-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/ E.T: 28/6/2021.

https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf ET: 7/6/2021.

https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf E.T. 8/6/2021.

http://leventkoker.blogspot.com/2017/01/cumhurbaskanlg-kararnamesi-uzerine-baz.html

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/bireysel-basvurunun-8-yili-sempozyumu-acis-konusmasi/

https://www.anayasa.gen. tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (7/7/2021), s. 5.

http://mahmudcelaleddinoktenaihl.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/44/10/761717/dosyalar/2019_10/13124433_Fransa_AnayasasY.pdf E.T: 22.2.2021).