

**ANAYASA MAHKEMESİNİN CUMHURBAŞKANLIĞI
KARARNAMESİ KARARLARINA DAİR İLK GÖZLEMLER**
(PRELIMINARY REMARKS ON THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S
DECISIONS ON PRESIDENTIAL DECREES)

Ahmet Mert Duygun*

I. Giriş

Osmanlı-Türk Anayasacılığında 1909 senesinden beri uygulanan parlamenter rejimin yerine başkancı bir hükümet sistemi olan Türk Tipi Başkanlık Sistemi'ne¹ (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi) geçilmesini öngören 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından yaklaşık 2 sene geçmesine karşın hükümet sistemine ilişkin gerek akademik gerek siyasal düzlemde tartışmalar sönümlenmemiştir. Bu tartışmaların başında ise Anayasa Mahkemesi (AYM) Başkanı Zühtü Aslan'ın tabiriyle "*yeni rejimin alamet-i farikaları*"² olan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği, hangi alanlarda çıkarılabileceği; normlar hiyerarşisindeki yeri ve kanunlarla olan ilişkisi gelmektedir. Bu nedenle cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasa'da mahfuz bir alanın olup olmadığı tartışması başta olmak üzere çok sayıda konuda AYM'nin vereceği kararlardaki tespitler uzun zamandır beklenmekteydi. İlk cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yayımlanmasından sonra neredeyse 2 senelik bir sürenin ardından nihayet 13.05.2020 tarihinde yayımlanan 3 kararı³ ile AYM, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimine ilişkin bazı tespitlerde bulunmuştur.

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı ahmetmertduygun@gmail.com

¹ Kavram ilk kez, o dönem başbakanlık görevini yürüten Recep Tayyip Erdoğan ile 2012'de yapılan bir söyleşide kullanılmıştır. Bkz. <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/derya-sazak/-baskanlik-ta-turk-sistemi-1625059>

² Zühtü Aslan'ın bu değerlendirmeyi yaptığı konuşma metni için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/anayasa-mahkemesi-57-kurulus-yildonumunu-kutluyor>

³ AYM E.2018/125 K:2020/4; AYM E.2019/31 K:2020/5; AYM E.2019/78 K:2020/6.

Bu kısa yazıda öncelikle Mahkemenin bu 3 kararda varmış olduğu ortak tespitler ve çelişkiler kısaca özetlenecek; ardından bu kararlar değerlendirilecektir.

II. Anayasa Mahkemesinin Tespitleri ve Buna İlişkin Bazı Eleştiriler

AYM'nin tespitlerini kısa açıklamadan önce belirtilmesi gereken ilk husus; Mahkemenin vermiş olduğu kararda, beklenenin aksine cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimine ilişkin hususları detaylıca ortaya koymaktan kaçındığı ve birçok soruyu cevapsız bıraktığıdır. Örneğin Mahkeme, cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun ile olan ilişkisini incelerken dahi onun normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmiş değildir.⁴ Mahkemenin bu çekingenliği sadece cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hukuki rejime ilişkin değildir; AYM, 2018'de uygulanmaya başlanan yeni hükümet sisteminin niteliğine ilişkin de hiçbir değerlendirmede bulunmamış; sadece AYM üyelerinden Yusuf Şevki Hakyemez karşı oy yazısında yeni hükümet sistemine ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlenme amacına kısaca değinmiştir.⁵ Oysaki Mahkemenin "By-Pass Yasası" olarak bilinen ve Cumhurbaşkanı'nın üçlü kararnamelere ilişkin yetkisini azaltan kanun değişikliğine ilişkin kararında, Mahkeme 1982 Anayasası'nın öngördüğü parlamenter rejime ilişkin uzun uzun değerlendirmelerde bulunmuştur.⁶ Benzer şekilde karşılaştırmalı hukukta Federal Alman Anayasa Mahkemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin "Brokdorf" kararında⁷ bu hakka ilişkin tüm detayları ortaya koymuş ve bu sebeple bu karar "toplantı gösteri yürüyüşü hakkının ders kitabı (*Lehrbuch*)" olarak değerlendirilmiştir.⁸ Bu tespitin ardından şimdi Mahkemenin kararında varmış olduğu sonuçları özetleyebiliriz:

⁴ Sadece AYM üyesi Engin Yıldırım, karşı oy yazılarında cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanunların altında olduğunu belirtip bu konuyu irdelenmiştir.

⁵ AYM E.2018/125, bkz. Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oy yazısı.

⁶ AYM E: 1992/37 K: 1993/19.

⁷ BVerfGE 69, 315.

⁸ Bkz. C Gusy, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit: 69,315, JUS 1986, s.608 vd.

a) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetiminde İzlenecek İkili Yol: AYM, her üç kararında da cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin yapacağı denetimde şu yolu izleyeceğini belirtmiştir: Öncelikle AYM'nin önündeki cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından anayasaya uygunluğu belirlenecek; cumhurbaşkanlığı kararnamesi eğer konu bakımından anayasaya uygunsa kararnamenin içeriğinin anayasaya uygunluğu denetlenecektir. Bu yazıda AYM'nin sadece konu bakımından cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin tespitleriyle yetinilecektir.

b) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarma Yetkisinin Türev Bir Yetki Olduğu Tartışması: AYM, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin en belirgin özelliğinin ilk elden düzenleme yetkisi içeren asli bir yetki olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, böylece geçtiğimiz hafta ilk defa bir başka kararında⁹ da ortaya koyduğu, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmenin ancak türev bir yetki olması sebebiyle kanunların uygulanmasına yönelik çıkarılabileceğine ilişkin görüşü¹⁰ benimsememiştir.

AYM'nin bu tespitinin ışığında 6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonucunda yürütmenin cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile fonksiyonel açıdan yasama işlevi gören işlemler ihdas etme yetkisine sahip olduğu kesin olarak söylenebilir.¹¹

c) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Konusu Olarak Yürütme Yetkisine İlişkin Konular: Mahkeme, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilecek olduğunu belirtmekle beraber yürütme yetkisine ilişkin konulardan ne anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymamaktadır. Ancak Mahkemenin yurkarıda yapmış olduğu tespitten de hareketle cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılabileceği alan olan yürütme yetkisine ilişkin konuların sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda değil, yürütme erkini ilgilendiren her konuda -Anayasa'nın kararnameler için ortaya koyduğu sınırla-

⁹ AYM E: 2018/91 K: 2020/10. AYM bu kararında yürütmenin türevselliği ilkesinin cumhurbaşkanlığı kararnameleri istisnası dışında geçerli olduğundan bahsederek, bu tespiti yapmaktadır.

¹⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, Şubat 2019, s.437-438.

¹¹ Aynı yönde K. Kanadoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/2, s.641vd.

rı ihlal etmemek kaydıyla- cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğini tespit ettiğini söylememiz mümkündür.

Diğer bir ifadeyle Mahkeme, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 3 ve 4. maddelerindeki sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla yasama ve yargı organlarının yapısı, görevleri, yetkileri gibi konular dışındaki tüm alanların¹² yürütmeye ilgili olabileceğini kabul etmektedir.

d) Münhasıran Kanun ve Kanunda Açıkça Düzenlenen Konu Kavramları: AYM, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan ve çokça tartışılan "münhasıran kanun" kavramına da açıklık getirmektedir. Anayasa'nın metninde "münhasıran kanunla" düzenlenmesi gereken konular açıkça belirlenmediğinden, münhasıran kanunla düzenlenecek alanın, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen tüm konuları mı yoksa sadece "ancak kanunla" düzenleneceği belirtilen halleri mi kapsadığı, 2017 Anayasa Değişiklikleri yürürlüğe girdiğinden bu yana en çok tartışılan hususların başında gelmekteydi.¹³ AYM, hâlihazırda 2017 Anayasa Değişiklikleri öncesi dönemde vermiş olduğu karar ile "temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları vb." konuların münhasıran kanunla düzenlenmesi ve bu kanunla genel çerçeve ve esasların düzenlenmesi gerekliliğini aramaktaydı.¹⁴ Mahkeme, cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin son kararlarında ise Anayasa'da "münhasıran, yalnızca, ancak, sadece vb" kavramlarının kullanılmasını aramaksızın, bir konunun kanunla düzenleneceğinin belirtilmesinin, o konunun "münhasıran kanunla düzenlenecek alan" olarak nitelendirilmesi gerektirdiğini söylemiştir.¹⁵ Şüphesiz bu durum, cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisinin konu bakımından kapsamını oldukça sınırlamıştır.

¹² Benzer yönde bkz. Y. Atar, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, s.247.

¹³ Bkz. Yılmaz/Yayla, Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin

Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kuramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, http://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Didem_Yilmaz_Ahmet_Yayla.pdf, s.4-5.

¹⁴ Örneğin bkz. AYM E. 2014/177, K. 2015/49, AYM E. 2013/50, K. 2015/38.

¹⁵ Benzer yönde bkz. T. Barın, AYM'nin İlk CBK Kararlarının Kısa Tahlili, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/aymnin-ilk-cbk-kararlarinin-kisa-tahlili/> 13.05.2020

Mahkeme, ayrıca "kanunlarla düzenlenecek münhasır alan kavramından" hareketle, kanunlar ile olsa bile bu alanda cumhurbaşkanlığı kararnamesine düzenleme yetkisi verilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁶ Bu sebeple iptal davasına konu olan bütçe dışı ve avans ödemelerine ilişkin yasal düzenlemeleri içeren 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesindeki "*ilgili kanunların veya cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödemelerine ilişkin hükümleri saklıdır*" hükmü, iptal davasına konu olan cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle anayasaya aykırılığını ortadan kaldırmamıştır. Mahkemeye göre Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenen konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini tanımaması, kanun koyucunun bu tür bir yetki devri ile o alanda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasına izin vermesini olanaklı kılmamaktadır. Bu tespit, kuşkusuz 2017 Anayasa Değişiklikleri öncesinde AYM'nin "*Cumhurbaşkanlığı bütçesinde yer alan örtülü ödeneğin kullanılma yeri, giderin kimin tarafından yapılacağı, hesapların tutulma ve kapatılma yöntemi, gideri yapanın değişmesi halinde yeni yetkiliye hangi belgelerin aktarılacağı ve örtülü ödeneye ilişkin giderlerin hangi esaslara göre gerçekleştirileceği ve ödeneceği hususlarının*" mülga 107. madde uyarınca düzenleme alanı sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile sınırlı olan cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenmesini anayasaya aykırı bulmadığı kararı¹⁷ göz önünde bulundurulduğunda olumlu bir gelişmedir.

Mahkeme, açıkça kanunla düzenlenen alanlarda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına dair hükme ilişkin de değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre sadece cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlediği alanın önceden kanunla düzenlenmesi yeterli olmamakta; o alandaki kanunun açık olmasını aramaktadır.

AYM münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanlar için yaptığı bu tespitlerin, mülga 91. maddeye dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için de geçerli olduğunu belirtmiştir.¹⁸ Diğer bir

¹⁶ AYM E:2019/31 K:2020/5; kanunlarda çeşitli hususların cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörülmesinin doğurabileceği sorunlar hakkında bkz. V. Aslan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine, Anayasa Yargısı C.36, s.154 vd.

¹⁷ AYM E:2015/42 K:2017/8.

¹⁸ AYM E:2019/78 K: 2020/6.

ifadeyle eğer cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmek istenen alanı açıkça düzenleyen bir kanun hükmünde kararname hükmü bulunmaktaysa o alanda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

e) İdarenin Kanuniliği İlkesi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi: 2017 Anayasa Değişikliklerinin gündeme getirdiği bir diğer sorun ise idarenin kanuniliği ilkesi ve idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olarak kanunla düzenleneceği hükmü (Anayasa m. 123) ile cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki bağıntının nasıl kurulacağıydı. Bu kapsamda AYM, idarenin kuruluş ve görevlerinin bir bütün olarak kanunla düzenleneceğini tekrar etse de Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında, bakanlıkların cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de kurulabilmesinin öngördüğünü belirterek, her iki hüküm arasında özel - genel norm ilişkisi kurmakta ve 106. maddede tanınan yetkiyi 123. maddede ortaya konan genel ilkenin istisnası haline getirmektedir.¹⁹ Bu durumda akla gelen bir diğer husus ise taşra teşkilatlarının kurulması hususunda da cumhurbaşkanlığı kararnamesini yetkili kılan bu hüküm karşısında 123. maddeden geriye ne kalacağıdır.

Mahkemenin bu değerlendirmeleri yaptığı karardaki bir diğer çelişkili husus ise kararın 31. paragrafında sağlık bakanlığının teşkilatına ilişkin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabileceğini kabul ederken, 33. paragrafta bu düzenleme kapsamının o teşkilata ilişkin (dava konusu kararnamede koordinatör başhekim) atama yapılmasına ilişkin bir normu ihtiva etmeyeceğine ilişkin tespittir. Mahkeme böylece "çoğun içindeki azın" çokluğa dahil olmayacağı gibi çelişkili bir hükme varıp; Anayasa'nın atamalara ilişkin 128. maddesi ile Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkra hükmü arasındaki bağıntısı hususunda açık ve net bir incelemeden kaçınmıştır.

f) Sadece Cumhurbaşkanı Kararnameleri ile Düzenlenecek Mahfuz Bir Alan Öngörülüp Öngörülmediği Sorunu: Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin en yoğun tartışma, sadece cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenecek mahfuz bir alanın olup olmadığıdır. Çok kısaca açıklamak gerekirse, Anayasa'nın 4 ayrı hükmünde - m. 104/9 (üst kademe yöneticilerinin usul ve esasları), m. 106/son (bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ve merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması), m. 108/son (Devlet Denetle-

¹⁹ AYM E: 2019/31 K: 2020/5.

me Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri) ve m. 118/son (Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevleri) - belirtilen hususların cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörülmesi karşısında yasa koyucunun kanun ile bu alanlarda düzenleme yapıp yapamayacağı hususunda öğreti iki farklı görüş geliştirmiştir: Bu satırların yazarının desteklediği birinci görüş²⁰, bu 4 hususta sadece cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılabileceğini belirtmekteyken; aksi yöndeki görüş²¹ ise yasamanın genelliği ilkesinin bu 4 alan için de geçerli olduğunu; cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu alanda düzenleme yapılacağına ilişkin hükmün yasa koyucunun bu alanda kanun yapılmasına engel olmayacağı, anayasanın kanunlarda olduğu gibi cumhurbaşkanlığı kararnamesi için "münhasır" bir alan öngörmediğini belirtmekteydi. Bu konudaki tartışmanın çözümü için daha önce belirtildiği üzere AYM'nin vereceği karar oldukça önem taşımaktaydı.

İlk bakışta AYM'nin vermiş olduğu kararlarda mahfuz alan tartışması yapmadığı; bu konuya ilişkin sessizliğini koruduğu ileri sürülebilse de kararların satır aralarında Mahkemenin "mahfuz alan" tezini reddettiği söylenebilir. AYM, 2019/31 esas numaralı kararında Anayasa'nın cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceğini özel olarak öngördüğü konular açısından, kanun dışında cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de bu hususların düzenlenmesine izin verdiği vurgusunu yapmaktadır. Diğer bir deyişle, Anayasada yer alan tüm konulara ilişkin kanunla düzenleme yapılabileceği ancak sadece cumhurbaşkanlığı kararnamesinin adının zikredildiği yerler açısından kararname ile düzenlemeye de "izin" verildiği söylenmektedir.

Özetle; genel kural tüm konuların sadece kanun ile düzenlenmesi iken istisna sadece cumhurbaşkanlığı kararnamesinin adının zikredildiği yerlerde cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasına izin verilmesidir. Şüphesiz bu yorum; haklı olarak Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında niçin kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörüldüğü sorusunu akla getireceği için detaylı bir açıklamaya muhtaçtır. Yine Mahkemece, bakanlıkların teşki-

²⁰ Bkz. K. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, 2. Bası, s.887; Kanadoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s.645; Yılmaz/Yayla, s. 6-7.

²¹ Bkz. T. Şirin, İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:/ Sayı 14, s. 326vd.

lat yapısına ilişkin olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 106/son hükmünün kapsamına girdiği tespit edilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi için öncelikle bu alanda çıkarılmış bir kanun olup olmadığının aranması da Mahkemenin mahfuz alan tezini kabul etmediği şeklinde yorumlanabilir.²² Kanımca böyle bir yorum, 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanun'da düzenlenmiş geçici 21. maddede cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen değişiklikler için ayrı, kanunla ve içtüzükle yapılması gereken değişiklikler için ayrı süreler belirterek, cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenecek mahfuz bir alana işaret eden tali kurucu iktidarın iradesine de aykırıdır. 2017 Anayasa Değişikliklerini yapan tali kurucu iktidarın, asli kurucu iktidarın sınırlarını aşır aşmadığı yönündeki soru ise bambaşka bir tartışmayı gerektirmektedir.²³

Özetle, AYM cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin ilk kararlarında "mahfuz alan" tartışmasına açıktan değinirse de Anayasa'da sadece cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek bir alanın olmadığı yönünde ipuçları vermiştir. Mahkemenin bu konuda daha net bir tespit ortaya koymaması ise kararın kıl payı alınması ve muhtemel içtihat değişikliklerine açık kapı bırakılması ile gerekçelendirilebilir.²⁴ Aşağıda bu durum ve olasılığa da kısaca değinilecektir.

g) Başkan'ın Mahkemesi ve Muhtemel İctihat Değişikliği: Kararla ilgili son dikkati çeken husus, AYM'nin 2019/31 esas sayılı kararında oyların eşitliği sebebiyle 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olmasıdır. Daha önce bireysel başvuru yolunda verilen ve Barış İçin Akademisyenler Bildirisi kararı olarak da bilinen "Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri"²⁵ başvurusunda da gözlediğimiz ve -esasında başkan ve üyelerin, karar alma süreçlerindeki eşit konumlarına aykırı bir sonuca

²² AYM E: 2019/31 K: 2020/5.

²³ Bu hususta bkz. M. Duygun, Başkanlık Sistemi Tartışması ve Cumhuriyet Kavramı, Güncel Hukuk, Ocak 2017.

²⁴ Nitekim Taylan Barın da karara farklı gerekçe yazan 4 üyenin tespitlerine dikkat çekmektedir. Bkz. Barın, <https://blog.lexpera.com.tr/aym-nin-ilk-cbk-kararlarinin-kisa-tahlili/>

²⁵ AYM, Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri, B. No: 2018/17635.

yol açan- bu durum başarısız bir anayasa mühendisliğinin²⁶ sonucudur. Çünkü 6216 Sayılı Kanun, Mahkemeyi örgütsel bir bütün olarak idare ve temsil ile görevli olan Başkan'a üyelerin hangi bölümlerde çalışacaklarını belirlemeye kadar varan çok geniş yetkiler tanımakta, Mahkemeyi adeta Başkan'ın mahkemesi haline getirmektedir.²⁷ Yakın gelecekte üye kompozisyonundaki olası bir değişim, Mahkemenin başta mahfuz alanla ilgili olmak üzere cumhurbaşkanlığı kararname rejimine ilişkin vermiş olduğu kararlarından dönme ihtimalini de ortaya çıkarabilecektir.

III. Sonuç

Yazının başında da belirtildiği üzere AYM'nin uzun zamandır beklenen cumhurbaşkanlığı kararname kararı; tamamen olmasa da yeni sayılabilecek bu işlem türüne ilişkin tüm hukuki sorunlara bir açıklama getirmemektedir. Ancak ilk bakışta söylenebilecek, Mahkemenin beklenenin aksine cumhurbaşkanlığı kararname bakımından yasa koyucunun alanını yürütme karşısında tali kurucunun öngördüğünün de ötesinde geniş tuttuğudur. Yine de gerek "mahfuz alan" tartışmasına ilişkin açık olmayan değerlendirmeler, gerek kararların kıl payı alınması ve karara muhalif üyelerin karşı oy yazıları; her an cumhurbaşkanlığı kararname konusunda yürütmenin düzenleme yetkisini genişleten yeni içtihatlarla karşılaşabileceğimizi bizlere göstermektedir.

Son olarak, cumhurbaşkanlığı kararname konusu kamu hukuku öğretisini uzun süre meşgul edeceğe²⁸ benzese de 2017 Anayasa Değişikliklerinin anayasa ve idare hukuku açısından getirdiği sorunların çözümünün yürütmenin düzenleme alanını sınırlayarak "rasyonelleştirilmiş" bir başkanlık sistemi yaratmada değil, Osmanlı-Türk anayasacılık geleneğinin gerektirdiği parlamenter rejimin daha etkin bir şekilde, erk-

²⁶ Anayasa mühendisliği kavramı ve bu mühendisliğin olması başarısızlığı ihtimalleri hakkında bkz. G. Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği (çev: E. Özbudun), Yetkin Yayınları, s.257-258.

²⁷ Bkz. K. Kanadoğlu, AYM Tasarısı ve Anayasal Eksiklikler, Cumhuriyet Gazetesi, 3 Şubat 2011.

²⁸ Bu meşguliyyete yol açan sebeplerden biri de 6771 Sayılı Kanun'un karmaşık bir biçimde kaleme alınmasıdır. Bu yöndeki eleştiri için bkz. Gözler, s.888-889. Yavuz Atar da anayasanın "münhasır bir cumhurbaşkanlığı kararname" ile ilgili bir istisnaya yer vermesinin daha doğru olacağını belirtmiştir. Bkz. Atar, s. 247.

ler ayrılığını güvence olarak nasıl yeniden inşa edileceğini tartışmakta yattığını belirtmekte fayda bulunmaktadır.