

KARAR İNCELEMESİ / **REVIEW OF DECISION-JUDGEMENT**

ANAYASA MAHKEMESİNİN OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ HAKKINDA VERDİĞİ SON KARARLAR ÜZERİNE BAZI GÖZLEMLER*

*(SOME OBSERVATIONS ON THE LATEST JUDGEMENTS OF THE
CONSTITUTIONAL COURT ON THE EMERGENCY DECREES HAVING THE
FORCE OF LAW)*

Ender Türk**

ÖZ

Anayasa'nın 148'inci maddesine göre, olağanüstü hal veya sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin esas ve şekil bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi 1991 yılında oluşturduğu ve sonrasında devam ettirdiği içtihadında, bu tür kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğini kişi, zaman, konu ve yer yönünden yetki unsurları üzerinden belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi verdiği son kararlarda ise bu içtihadını değiştirmiş ve kendi kendisini yalnızca kişi ve zaman yönünden yetki denetimiyle sınırlandırmıştır. Bu makalede, Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliği hukuki bir açıdan tartışılmaktadır. Makalenin sonunda ise olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimi yasağının yalnızca iptal davası için geçerli olduğu savunulmakta ve itiraz yoluyla yargısal denetim bir seçenek olarak okuyuculara önerilmektedir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 07.12.2016 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 10.12.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

** Araştırma Görevlisi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü hal, kanun hükmünde kararname, anayasa mahkemesi, içtihat değişikliği, yargısal denetim.

ABSTRACT

*According to Article 148 of the Constitution, decrees having the force of law issued during a state of emergency or martial law shall not be brought before the Constitutional Court alleging their unconstitutionality as to form or substance. Nevertheless, the Constitutional Court, which established its jurisprudence on such decrees having the force of law in 1991 and afterwards, determined the legal nature of these decrees in terms of *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione materiae* and *ratione loci*. However, the Constitutional Court changed this jurisprudence in its latest judgements and restricted itself to exercise jurisdiction only *ratione personae* and *ratione temporis*. In this article, the Constitutional Court's change of jurisprudence is discussed from a legal point of view. At the end of the article, it is argued that the ban on judicial review of such decrees having the force of law is only valid for the annulment action and judicial review through the claim of unconstitutionality before other courts is offered to readers as an option.*

Keywords: *State of emergency, decrees having the force of law, the constitutional court, change of jurisprudence, judicial review.*

15 Temmuz darbe girişimi ardından ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiş ve bunun üzerine şimdiye kadar¹ 12 adet olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi (OHAL KHK)² çıkarılmıştır. Çıkarılan

¹ 6 Aralık 2016.

² 1982 Anayasası'nın terminolojisinde, "olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi" ya da "olağanüstü hal veya sıkıyönetim dönemi kanun hükmünde kararnamesi" gibi bir ayrım yoktur. Bunun yerine olağan dönemlerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler (m. 91) ile olağanüstü hal veya sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler (m. 121, m. 122), farklı maddelerde düzenlenmiştir. Bununla birlikte olağan dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ile olağanüstü hal veya sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler birbirlerinden çok farklı özelliklere sahiptir. Dolayısıyla bu farklılıkları vurgulamak için doktrinde anayasal terminolojiden farklı bir terminoloji kullanıldığı gözlemlen-

OHAL KHK'larından bazıları bir süre sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üyeleri tarafından iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu başvurular hakkında geçtiğimiz haftalarda karar vermiş ve şimdiye kadar 4 adet OHAL KHK'sının anayasaya aykırılık iddiasını eski içtihadından dönerek reddetmiştir³. Bu yazıda Mahkemenin karar gerekçelerinden yola çıkılarak tamamen "hukuki" bir perspektiften bu içtihat değişikliğinin kısaca değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak öncesinde ülke genelinde yaşanan olağanüstü hal sürecini, çıkarılan OHAL KHK'larını ve Anayasa Mahkemesi kararlarını kronolojik olarak hatırlamakta fayda vardır.

I. 15 Temmuz Sonrası Olağanüstü Hal Süreci

Ülkemizde yaşanan 15 Temmuz darbe girişiminin ardından, 20 Temmuz 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 21 Temmuz 2016 Perşembe günü saat 01.00'dan itibaren 90 gün süreyle ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmesine karar verilmiştir⁴. Söz konusu karar TBMM Genel Kurulunun 21 Temmuz 2016 tarihli 117'nci Birleşiminde onaylanmıştır⁵.

Bu gelişmeler üzerine Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 22 Temmuz 2016 tarihinde 667⁶ sayılı OHAL

mektedir. Doktrinde olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri, olağan dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerden ayırt etmek için "olağanüstü kanun hükmünde kararnameler", "olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri" veya "bunalım kararnameleri" gibi terimler tercih edildiği gözlemlenmektedir (Bkz. Ender Türk, 1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi, Ankara: Seçkin, 2013, s. 84).

³ Çıkarılan OHAL KHK'ları iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmadan önce, Anayasa Mahkemesi üyeleri Erdal Tercan ve Alparslan Altan hakkında 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinin 1 numaralı fıkrasına dayanılarak "meslekten çıkarma" tedbiri uygulanmış ve Anayasa Mahkemesi bu tedbiri geçmiş içtihatlarının aksine "geçici" nitelikte kabul etmemiştir (4 Ağustos 2016 tarihli E. 2016/6 ve K. 2016/12 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı (Değişik İş). Bu konuda ayrıca bkz.: Tolga Şirin, "Anayasa Hükmünde Kararnameler", Güncel Hukuk, Kasım 2016, s. 19.

⁴ 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29777, 21 Temmuz 2016.

⁵ 1116 sayılı TBMM Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29778, 22 Temmuz 2016.

⁶ 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29779, 23 Temmuz 2016.

KHK'sı, 25 Temmuz 2016 tarihinde 668⁷ ve 669⁸ sayılı OHAL KHK'ları çıkarılmıştır.

Olağanüstü hal kapsamında çıkarılan OHAL KHK'larının ardından TBMM Genel Kurulunun 26 Temmuz 2016 tarihli 118'inci Birleşiminde "Fethullahçı Terör Örgütünün (FETÖ/PDY) 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişimi İle Bu Terör Örgütünün Faaliyetlerinin Tüm Yönleriyle Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Bir Meclis Araştırması Komisyonu Kurulmasına İlişkin Karar" verilmiştir⁹.

15 Ağustos 2016 tarihinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 670¹⁰, 671¹¹, 672¹², 673¹³ ve 674¹⁴ sayılı OHAL KHK'ları çıkarılmıştır.

Ülke genelinde devam etmekte olan olağanüstü hal, 5 Ekim 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 19 Ekim 2016 Çarşamba günü saat 01.00'dan itibaren geçerli olmak üzere 3 ay süreyle uzatılmış ve söz konusu karar TBMM Genel Kurulunun 11 Ekim 2016 tarihli 5'inci Birleşiminde onaylanmıştır¹⁵.

⁷ 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler İle Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29783 (2. Mükerrer), 27 Temmuz 2016.

⁸ 669 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29787, 31 Temmuz 2016.

⁹ 1117 sayılı TBMM Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29789, 2 Ağustos 2016.

¹⁰ 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29804, 17 Ağustos 2016.

¹¹ 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29804, 17 Ağustos 2016

¹² 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29818 (Mükerrer), 1 Eylül 2016.

¹³ 673 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname,, Resmi Gazete, Sy. 29818 (2. Mükerrer), 1 Eylül 2016.

¹⁴ 674 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29818 (2. Mükerrer), 1 Eylül 2016.

¹⁵ 1130 sayılı TBMM Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29856, 13 Ekim 2016.

Cumhurbaşkanı başkanlığında tekrar toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 3 Ekim 2016 tarihinde 675¹⁶ ve 676¹⁷ sayılı OHAL KHK'ları ile 31 Ekim 2016 tarihinde 677¹⁸ ve 678¹⁹ sayılı OHAL KHK'ları çıkarılmıştır.

Çıkarılan OHAL KHK'ları üzerine TBMM, çıkardığı kanunlarla 18 Ekim 2016 tarihinde 667 sayılı OHAL KHK'sının²⁰, 8 Kasım 2016 tarihinde 668 sayılı OHAL KHK'sının²¹, 9 Kasım 2016 tarihinde 669²² ile 671 sayılı OHAL KHK'sının²³ ve 10 Kasım 2016 tarihinde 674 sayılı OHAL KHK'sının²⁴ değiştirilerek kabul edilmesine karar vermiştir.

12 Ekim 2016 tarihinde toplanan Anayasa Mahkemesi ise 668²⁵ ve 669²⁶ sayılı OHAL KHK'larının anayasaya aykırılık iddialarını incele-

¹⁶ 675 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29872, 29 Ekim 2016.

¹⁷ 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29872, 29 Ekim 2016.

¹⁸ 677 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29896, 22 Kasım 2016.

¹⁹ 678 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete, Sy. 29896, 22 Kasım 2016.

²⁰ 18 Ekim 2016 tarihli 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Resmi Gazete, Sy. 29872, 29 Ekim 2016.

²¹ 8 Kasım 2016 tarihli 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Resmi Gazete, Sy. 29898, 24 Kasım 2016.

²² 9 Kasım 2016 tarihli Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesi Hakkında Kanun, Resmi Gazete, Sy. 29898, 24 Kasım 2016.

²³ 9 Kasım 2016 tarihli Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Resmi Gazete, Sy. 29898, 24 Kasım 2016.

²⁴ 10 Kasım 2016 tarihli Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Resmi Gazete, Sy. 29898, 24 Kasım 2016.

²⁵ 12 Ekim 2016 tarihli E. 2016/166 ve K. 2016/159 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29878, 4 Kasım 2016.

²⁶ 12 Ekim 2016 tarihli E. 2016/167 ve K. 2016/160 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29878, 4 Kasım 2016.

miş ve iptal taleplerini reddetmiştir. 2 Kasım 2016 tarihinde tekrar toplanan Anayasa Mahkemesi, bu sefer 670²⁷ ve 671²⁸ sayılı OHAL KHK'larının anayasaya aykırılık iddialarını incelemiş ve iptal taleplerini aynı şekilde reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin çıkardığı bu 4 karar; gerekçelendirme olarak birebir aynı olup Mahkemenin OHAL KHK'ları hakkında uzun yıllardır sürdürdüğü önemli bir içtihadından döndüğünü göstermektedir. Dolayısıyla bu kararları değerlendirmeye geçmeden önce Anayasa Mahkemesinin önceki içtihadını kısaca hatırlatmak gerekir.

II. Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'ları Hakkındaki Eski İctihadı: Yargısal Denetim Yasağının Hukuki Niteleme Yoluyla Aşılması

OHAL KHK'ları, olağan dönem KHK'larının aksine anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava konusu olamamaktadır. OHAL KHK'ları hakkındaki yargısal denetim yasağının pozitif dayanağı, Anayasa m. 148 hükmüdür: “*Anayasa Mahkemesi, ..kanun hükmünde kararnamelerin... Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler... Ancak olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*”.

OHAL KHK'ları açısından getirilen yargısal denetim yasağı, 424 ve 425 sayılı OHAL KHK'ları hakkında açılan iptal davasında oluşturulmaya başlanan Anayasa Mahkemesi içtihadıyla bir ölçüde aşılmıştır. Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılığı iddia olunan bir düzenlemenin hukuki niteliğinin kendisi tarafından belirleneceği ve bu düzenlemeye yasama veya yürütme organları tarafından verilen isimle Mahkemenin bağlı sayılamayacağı prensibinden yola çıkarak OHAL KHK'sı adı verilen düzenlemelerin yargısal denetimi yasaklanmış gerçek bir OHAL KHK kuralı olup olmadığının kendisi tarafından belirleneceği içtihadında bulunmuştur²⁹.

²⁷ 2 Kasım 2016 tarihli E. 2016/171 ve K. 2016/164 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29882, 8 Kasım 2016.

²⁸ 2 Kasım 2016 tarihli E. 2016/172 ve K. 2016/165 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, Resmi Gazete, Sy. 29882, 8 Kasım 2016.

²⁹ 10 Ocak 1991 tarihli E. 1990/25 ve K. 1991/1 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

Bu karar ve devamındaki kararlarda Mahkeme, anayasaya aykırılığı iddia olunan ve olağanüstü hal veya sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan bazı KHK hükümlerinin, denetim yasağı öngörülen gerçek bir OHAL KHK kuralı niteliğinde olup olmadığını denetlemiş ve bu konuda bazı ölçütler oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesi, KHK adı verilmiş bir düzenlemenin OHAL KHK'sı olarak nitelendirilebilmesi için Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından (kişi unsuru) "olağanüstü hal ilân edilen yerlerde" (yer unsuru), "olağanüstü hal süresince uygulanmak üzere" (zaman unsuru), "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" (konu unsuru) çıkarılması gerektiğini belirtmiş ve "OHAL KHK'larıyla yasalarda değişiklik yapılamayacağı" içtihadında bulunmuştur³⁰. Örneğin bu nedenlerle Mahkeme, 2935 sayılı OHAL Kanunu'nda değişiklik yapan KHK hükümlerinin de OHAL KHK'sı olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek iptaline karar vermiştir³¹.

Bu ölçütlerin belirlenmesinin ardından Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'sı niteliği taşımayan KHK hükümlerini nitelendirme sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme, OHAL KHK'sı olarak nitelendirmediği hükümleri, "dönüştürme kuramı"³² uyarınca olağan KHK olarak nitelendirmiş ve dolayısıyla bu KHK hükümlerinin yetki kanununa dayanmadıkları gerekçesiyle iptaline karar vermiştir (m. 91)³³.

III. Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'ları Hakkındaki Yeni İçtihadı: Yargısal Denetim Yasağının Benimsenmesi

Anayasa Mahkemesi geçen haftalarda yayımlanan kararlarıyla OHAL KHK'ları hakkında geliştirdiği yukarıda özetlenen köklü içtihadından dönmüş ve iptal davası konusu OHAL KHK hükümlerinin ana-

³⁰ 10 Ocak 1991 tarihli E. 1990/25 ve K. 1991/1 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 3 Temmuz 1991 tarihli E. 1991/6 ve K. 1991/20 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 26 Mayıs 1992 tarihli E. 1992/30 ve K. 1992/36 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 22 Mayıs 2003 tarihli E. 2003/28 ve K. 2003/42 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

³¹ 10 Ocak 1991 tarihli E. 1990/25 ve K. 1991/1 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

³² Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi", Ankara Barosu Dergisi, Sy. 4, 1990, s. 587; Kemal Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi, Ekin: Bursa, 2000, s. 224 vd.

³³ 10 Ocak 1991 tarihli E. 1990/25 ve K. 1991/1 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 3 Temmuz 1991 tarihli E. 1991/6 ve K. 1991/20 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 22 Mayıs 2003 tarihli E. 2003/28 ve K. 2003/42 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

yasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararlarındaki gerekçeleri birebir aynı olup şu şekilde özetlenebilir³⁴:

Anayasa'ya göre OHAL KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz (m. 148/1). İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olmasını düzenleyen m. 125, OHAL KHK'larının yargısal denetimine istisna getiren anayasal hükümlerin (m. 148/1) varlığını ve uygulanmasını etkilemez. Anayasa'da yargı denetimini kısıtlayan başka maddeler de bulunmaktadır (m. 90/5, m. 125/2, m. 159/10).

Anayasa koyucu OHAL KHK'larının denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istemiştir. Anayasa m. 121'in Danışma Meclisi gerekçesi³⁵ ile m. 148'in görüşülmesi sırasında Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı'nın yaptığı açıklamalar³⁶ buna dayanaktır. Ayrıca m. 121 ve m. 122'de OHAL KHK'larının Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulması ve bunların TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usulün TBMM İçtüzüğü'nde belirlenmesi öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın hukuki niteliğini maddi veya şekli kritere göre belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte hangi kriter benimsenirse benimsen bu nitelenmenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin (m. 148) dışına çıkması ve OHAL KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin geliştirdiği eski içtihadında (K. 1991/1; K. 1991/20, K. 1992/36, K. 2003/28) maddi kriteri benimsemiş ve başvuru konusu KHK hükümlerinin denetim yasağı öngörülen OHAL

³⁴ 12 Ekim 2016 tarihli E. 2016/166 ve K. 2016/159 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 12 Ekim 2016 tarihli E. 2016/167 ve K. 2016/160 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 2 Kasım 2016 tarihli E. 2016/171 ve K. 2016/164 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 2 Kasım 2016 tarihli E. 2016/172 ve K. 2016/165 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

³⁵ "Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabii âfet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir."

³⁶ "Olağanüstü hallerde çıkartılacak kanun hükmünde kararnameler, daha önce düzenlenen ve istisnaları olan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak, fert hak ve hürriyetlerini ve diğer sosyal hakları da sınırlayabileceklerdir. Onun içindir ki, bu denetime tabi tutulmamalıdır... Biz diyoruz ki, bu tip kanun hükmünde kararnameler, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değildir..."

KHK'sı olup olmadıklarını yer, süre ve konu unsuru bakımından incelemiştir. Anayasa Mahkemesinin eski içtihadında benimsediği bu ölçütler, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmiştir. Böyle bir değerlendirme ise kuralların esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmuştur.

OHAL KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa m. 148 lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda OHAL KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Buna rağmen yapılacak yargısal denetim Anayasa m. 6 ve m. 11 hükümleriyle bağdaşmayacaktır.

Sonuç olarak Mahkeme; OHAL KHK'larını yalnızca olağanüstü hal süresi (zaman) ve Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu (kişi) unsurları yönünden denetleyerek dava konusu hükümleri OHAL KHK'sı olarak nitelemiş ve esasa geçilerek yargısal denetim yapılması mümkün olmadığı gerekçesiyle iptal taleplerinin reddine karar vermiştir.

IV. İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi

Mahkemenin içtihat değişikliğinin değerlendirilmesine geçmeden önce belirtelim ki burada asıl eleştirilmesi gerekenin OHAL KHK'larına getirilen yargısal denetim yasağının kendisi, yani bizzat Anayasa'nın m. 148 hükmü olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi hangi içtihadı benimserse benimsesin, burada asıl sorun yaratan Anayasa hükmünün kendisidir ve bunun değiştirilmesi için türev kurucu iktidarın ortaya çıkması gerekir.

Türev kurucu iktidarlardan hiçbirisinin söz konusu hükmü değiştirmeye teşebbüs etmemesi karşısında, Anayasa Mahkemesi 1991 yılında oluşturduğu ve sonrasında devam ettirdiği içtihadıyla OHAL KHK'larının şekil ve esas bakımından denetimi yasağından doğabilecek sakıncaları bir ölçüde hafifletmeye çalışmıştır. Mahkemenin bu içtihadı doktrinde genel olarak kabul görürken³⁷, bazı yazarlar tarafından eleştiriye de uğramıştır³⁸.

³⁷ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2014, s. 265 vd.; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta, 2014, s. 43 vd.; Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türki-*

Mahkemenin eski içtihadına pozitif yaklaşan görüşlere göre OHAL KHK'ları hakkındaki yargısal denetim yasağı, OHAL ve sıkıyönetim rejimlerinin de kendine özgü bir hukuk rejimi olması gerekliliğine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı niteliktedir³⁹. Yine bu görüşlere göre söz konusu yasağın, OHAL ve sıkıyönetim dönemlerinde dahi temel hak ve özgürlüklerin “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler” ile “ölçülülük” ilkesine aykırı olmamak koşuluyla durdurulabileceği (m. 15/1) ve “çekirdek haklara” dokunulamayacağı güvencelerini (m. 15/2) fiilen ortadan kaldırmaktadır⁴⁰. Sonuç olarak bu görüşlere göre Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'ları hakkındaki eski içtihadı, bu sakıncaları kısmen telafi etmesi nedeniyle doktrinde genel olarak kabul görmüş ve olumlu karşılanmıştır.

Mahkemenin eski içtihadını eleştiren görüşlere göre ise Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'ları hakkında yaptığı denetimle aslında kendisi için getirilen denetim yasağına aykırı davranmış ve yetkisi olmayan bir alanda kararlar vermiştir. Bu görüşlere göre Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'larının niteliğini “maddi kriter” kullanarak belirlemiş ve bunun sonucunda aslında OHAL KHK'larının esas denetimini yapmıştır. Bu görüşe göre OHAL KHK'larının hukuki niteliği “şekli kriter” kullanılarak belirlenmeli ve bir KHK'nın Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olması onun OHAL KHK'sı olarak nitelendirilmesi için yeterli kabul edilmelidir⁴¹.

Anayasa Mahkemesinin yeni içtihadının gerekçesinde, eski içtihadını eleştiren bu görüşlerden oldukça yararlanmış olduğu izlenimi edilmektedir. Mahkeme yeni içtihadının gerekçesinde, eski içtihadında OHAL KHK'larını maddi kriter kullanarak nitelendirdiğini ve böylelikle yetkisiz olduğu bir alanda “esas denetimi” yapmış olduğunu belirterek

ye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, İstanbul: Beta, 1996, s. 200; Selin Esen, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara: Adalet, 2008, s. 278 vd.; Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, İstanbul: Beta, 2004, s. 160 vd.

³⁸ Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s. 219 vd.; Burhan Kuzu, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul: Kazancı, 1993, s. 378.

³⁹ Özbudun, s. 264; Kanadoğlu, s. 160.

⁴⁰ Özbudun, s. 265; Teziç, s. 44.

⁴¹ Gözler, 2000, s. 223-224.

söz konusu görüşleri birebir benimsemiştir. Bu görüşlere ek olarak Mahkemenin tarihsel yorum yöntemiyle m. 148 hükmündeki yargısal denetim yasağına ayrıca dayanak kazandırma çabası içinde olduğu da görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin eski içtihadından dönme gerekçesi ve yeni içtihadını benimserken kullandığı dayanaklar birçok açıdan eleştiriye açıktır.

İlk olarak; Anayasa Mahkemesinin eski içtihadında OHAL KHK'larının hukuki niteliğini maddi kriter kullanarak belirlediğini ve böylelikle esas denetimi yapıldığını belirttiği görüşlere katılma olanağı bulunmadığını belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi eski içtihadını kullandığı kararlarının hiçbirinde OHAL KHK'sı hükümlerinin içerik olarak anayasaya uygun olup olmadığını incelemiş değildir. Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'sı adı verilen düzenlemelerin hukuki niteliğini bazı kararlarında "esasın incelenmesi" başlığı altında yapmış⁴² ve hatta "işin esasının incelenmesine" girmiş olduğunu belirtmiş olsa bile (K. 2003/42), aslında yapılan bir içerik denetimi olmamış, denetim konusu düzenlemelerin hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Gerçekten de Mahkeme tüm kararlarında denetim konusu düzenlemelerin hukuki niteliğini belirlemeye çalışmış ve OHAL KHK'sı olarak belirlediği düzenlemeler açısından iptal isteminin m. 148 gereğince "yetkisizlik nedeniyle reddine" karar verirken; OHAL KHK'sı olarak belirlemediği düzenlemeler açısından iptal isteminin kabulüne karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi eski içtihadında bir düzenlemenin OHAL KHK'sı olarak nitelendirilebilmesi için aslında bir yetki incelemesi yapmıştır⁴³. Denetim konusu hükümlerin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılıp çıkarılmadığını (kişi bakımından yetki), olağanüstü dönemde çıkarılıp çıkarılmadığını (zaman bakımından yetki), olağanüstü hal bölgesine ilişkin olup olmadığını (yer bakımından yetki) ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılıp çıkarılmadığını (konu bakımından yetki) denetlemiştir.

⁴² Anayasa Mahkemesinin şekil bakımından anayasaya aykırılık iddialarını da "esasın incelenmesi" başlığı altında yapabildiğine ilişkin özellikle bkz.: Özen Ülgen, "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Sy. 137-138, 2016, s. 150.

⁴³ Ülgen, 2016, s. 140.

Anayasa Mahkemesinin “yetki” yönünden yaptığı denetim; doktrinde esas bakımından denetim değil, (geniş anlamda) şekil bakımından denetim olarak nitelendirilmektedir⁴⁴. Buna rağmen Mahkemenin yeni içtihadında, eski içtihadına göre “esas bakımından denetim” yapıldığını belirtmesinin nedeni, “konu bakımından yetki” unsuru yönünden yaptığı denetimi “esas bakımından denetim” olarak düşünmesinden kaynaklanmış olabilir. Bununla birlikte konu bakımından yetki unsurunun *maddi* yönü, onun da yetki unsurunun bir parçası olduğu ve bu nedenle (geniş anlamda) şekil denetiminin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerçeğini değiştirmemelidir⁴⁵. Bu sebeplerle Mahkemenin eski içtihadından dönmeye dayanak olarak kullandığı “esas denetimi” yapıldığı gerekçesinin gerçeği yansıtmadığı ve kavram karmaşası yarattığı belirtilebilir.

Anayasa Mahkemesi yeni içtihadıyla OHAL KHK’larının hukuki niteliğini artık yalnızca Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından (kişi bakımından yetki) olağanüstü hal süresinde çıkarılıp çıkarılmadığını (zaman bakımından yetki) denetleyerek belirlemeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesi bu belirlemede “konu bakımından yetki” unsurunu açıkça dışlamış ve bu yönden bir denetim yapmayı esas bakımdan denetim olarak nitelendirmiştir. Mahkemenin “yer bakımından yetki” unsuru denetimi yapmamış olmasının nedeni ise olağanüstü halin ülke genelinde ilan edilmiş olması dolayısıyla bu konuda bir denetime gerek görmemesi ya da bu unsuru da örtülü olarak “konu bakımından yetki unsuru” kapsamında kabul etmiş olması⁴⁶ olabilir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin bu kararlarıyla artık OHAL KHK’larını nitelendirme ölçütünü “daraltılmış şekli kriter” (kişi ve süre bakımından yetki) olarak benimsemiş olduğu söylenebilir.

⁴⁴ Özbudun, s. 431; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta, 2011, s. 526. Nitekim Anayasa Mahkemesi de örneğin olağan KHK’ların yetki unsuru (dayandıkları yetki kanununa uygunluğu) denetiminin esas bakımından denetim değil, şekil bakımından denetim olduğunu birçok kararında vurgulamıştır (Ülgen, 2016, s. 146-147).

⁴⁵ Ülgen, 2016, s. 130.

⁴⁶ Doktrinde de OHAL KHK’larının yer bakımından yetki unsuru, Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olması karşısında OHAL KHK’larının konu bakımından yetki unsuru kapsamında değerlendirilebilmektedir (Mehmet Turhan, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 25, Sy. 3, 1992, s. 31).

Aslına bakılırsa Anayasa Mahkemesinin yeni içtihadıyla kaçındığı husus, OHAL KHK'lerinin "şekil" ve "esas" bakımından denetim yasağına aykırı davranmamak (m. 148) ve Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanmamaksa eğer (m. 6), OHAL KHK'lerinin maddi veya şekli veya hatta daraltılmış şekli kritere göre nitelendirilmesinin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi yasağı açısından farklı bir sonuca götürmeyeceğini de belirtmek gerekir. Nitekim m. 148'de asıl yasaklanan, ilk inceleme veya esasın incelenmesi aşaması ayırt edilmeksizin Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'lerini "esas" ve "şekil" bakımından denetlemesidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi iddia edildiği gibi maddi kriteri kullanarak oluşturduğu eski içtihadıyla gerçekten "esas" bakımından denetim yapmış olsa bile⁴⁷, şekli kriteri kullanarak oluşturduğu içtihadında da ister istemez "şekil" bakımından denetim yapmak zorunda kalacaktır. Böylelikle her iki ihtimalde de Anayasa Mahkemesi m. 148'ten kaynaklanan yargısal denetim yasağına aykırı davranmak zorunda kalmaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi denetim konusu işlemin hukuki nitelenmesini yapmak zorunda olduğu için aslında bir bakıma buna da mecburdur⁴⁸. Nitekim Mahkeme son içtihadını oluşturduğu kararlarında bile OHAL KHK'lerinin hukuki niteliğini, kişi ve zaman bakımından yetki unsurlarıyla daraltılmış da olsa bir "şekil denetimi" yaparak belirlemek zorunda kalmıştır. Bu nedenlerle Mahkemenin son içtihadıyla bile yapmaktan kaçındığı denetimden kurtulamadığı belirtilebilir⁴⁹. Hukuken kaçınılmaz olan bu sondan kurtulmanın tek yolu, şüphesiz söz konusu yargısal denetim yasağının kaldırılmasıdır.

Diğer yandan Anayasamıza göre OHAL KHK'lerinin hukuki niteliği belirlenirken "konu bakımından yetki" unsuru ile "kişi", "zaman" ve "yer" bakımından yetki unsurları arasında da bir ayrıma gidilmemesi gerekir. Çünkü bu unsurlar Anayasamızın m. 121/3 ve m. 122/2 hükümlerinde ayrıca belirtilmiş ve vurgulanmıştır. Bu maddelerde OHAL KHK'lerinin ancak "Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu" tarafından "olağanüstü hal süresince/sıkıyönetim süresinde",

⁴⁷ Burada bir yanlış anlamaya fırsat vermemek adına, Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'leri açısından yaptığı denetimde esas bakımından denetim değil, (geniş anlamda) şekil bakımından denetim yapmış olduğunu düşündüğümüzü tekrar hatırlatalım.

⁴⁸ Türk, s. 153.

⁴⁹ İbrahim Kaboğlu, "OHAL-KHK ve AYM'nin Varlık Nedeni", Birgün, 10 Kasım 2016.

“olağanüstü halin/sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda”⁵⁰ çıkarılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle de OHAL KHK’larının hukuki nitelendirmesi yapılırken Anayasa Mahkemesinin “konu bakımından yetki” unsurunu dışlamadan ayrıca incelemesi gerekli ve zorunludur.

İkinci olarak; Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde bir diğer dayanak noktası olan m. 148’e ilişkin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanının sözleri ile m. 121’in Danışma Meclisi gerekçesi, Mahkemenin tarihsel yorum yöntemiyle içtihat değişikliğine ayrıca dayanak aradığını göstermektedir. Tarihsel yorum yönteminin diğer geleneksel yorum yöntemlerinin aksine normatif yönünün olmaması, bu yöntemi diğer yorum yöntemlerinin karşısında ikincil/tamamlayıcı bir role büründürmektedir. Bu nedenlerle tarihsel yorum yönteminin özellikle norm çok yeni olmadıkça geri planda kalması veya diğer yorum yöntemleriyle çatıştığına dikkate alınmaması gerekmektedir⁵¹.

OHAL KHK’larının yargısal denetim yasağı, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu’nun hazırladığı ilk Anayasa tasarısında yer almamıştır. Bu nedenle kurucu iktidarın başlangıç itibariyle OHAL KHK’larının yargısal denetimini kısıtlama amacı gütmemiş olduğu belirtilebilir. Söz konusu denetim yasağı ilk olarak Turhan Güven ve arkadaşlarının değişiklik önergesiyle gündeme gelmiş, ardından Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı’nın daha detaylı önergesiyle görüşülmeye başlanmıştır⁵². Danışma Meclisi tutanakları incelendiğinde, Meclis üyelerinin hüküm hakkında doyurucu bir tartışma yapmamış olduğu görülmektedir. Nitekim Orhan Aldıkaçtı yalnızca sorulan bir soru üzerine bu değişikliğin gerekçesini ortaya koyan ifadelerde bulunmuş⁵³ ve bu ifadeler 35 yılı aşkın bir süre sonra Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliğinin gerekçelerinden biri haline gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliğine giderken kullandığı Danışma Meclisi gerekçesinin kararda bağımsız ölçü norm olarak kulla-

⁵⁰ OHAL KHK’larının olağanüstü halin/sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilmesi, bu türden KHK’ların “olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilen yer” ile sınırlandırılmasını da ifade eder (Turhan, s. 31).

⁵¹ Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta, 2010, s. 308.

⁵² Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 10, B. 148, 10 Eylül 1982, s. 194.

⁵³ *Ibid.*, s. 195.

nılan m. 148'in değil, m. 121'in gerekçesi olması da eleştiriye açıktır. Çünkü OHAL KHK'larının yargısal denetimi konusu m. 121'de değil, m. 148'te düzenlenmiştir. Abesle iştiğal etmeyen anayasa koyucunun madde gerekçesinde düzenleme yapmadığı konuya ilişkin bir gerekçe getirmeyeceği açıktır. Dolayısıyla m. 121 gerekçesinde yer alan OHAL KHK'larının yasama denetimi altında çıkartılacağı ifadesinin, aslında yargısal denetimi dışlama amacıyla değil, OHAL KHK'larının da aynı olağan KHK'lar gibi yasama denetimine tabi olduğunu vurgulamak için kullanılmış olduğunun kabulü gerekir.

Bu içtihatla birlikte Anayasa Mahkemesi, son 5 yıl içinde hem olağan hem de olağanüstü KHK'lar hakkında uzun yıllardır devam ettirdiği kökleşmiş iki içtihadından dönmüş olmaktadır. Burada 2011 yılında olağan KHK'lar açısından yapılan içtihat değişikliğini hatırlatmamızın nedeni, tarihsel yorum yönteminin Anayasa Mahkemesi tarafından tutarsız bir şekilde kullanılmış olduğuna dikkat çekmektir. Bilindiği üzere Mahkeme, 2011 yılında olağan KHK'ların "acil", "ivedi" ve "zorunlu" durumlarda çıkarılması gerektiğine ilişkin kökleşmiş içtihadından da dönmüştür⁵⁴. Anayasa Mahkemesi bu içtihadını oluşturup kökleştirdiği kararlarında özellikle tarihsel yorum yöntemi sonucunda ulaştığı bulgulara dayanırken; 2011 yılındaki içtihadında bu yöntemin getirdiği dayanaklardan hiçbirini kullanmamış ve yeni içtihadının dayanaklarını tarihsel yorum yöntemini dışlayarak oluşturmuştur⁵⁵. Olağan KHK'lar açısından içtihat değişikliğine giderken tarihsel yorum yöntemini dışlayan Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'ları açısından içtihadını değiştirirken tarihsel yorum yöntemini dışlama eğiliminin aksine bu yöneme sıkı sıkıya bağlı kalmıştır. Mahkemenin en azından içtihat değiştirirken benzer konularda benzer yorum yöntemlerini tercih etmesi, hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkelerine daha uygun olacaktır.

Üçüncü olarak; OHAL KHK'larının hukuki rejiminin pratiği göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesinin yeni içtihadının çeşitli sakıncalara yol açabileceğini şimdiden öngörmek gerekir. Mahkemenin bu içtihadıyla artık olağanüstü hal veya sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun "KHK" adı altında düzenlediği her hüküm, bir OHAL KHK'sı olarak nitelenecek ve yargı-

⁵⁴ 27 Ekim 2011 tarihli E. 2011/60 ve K. 2011/147 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

⁵⁵ Türk, s. 120-122.

sal denetimden muaf olacaktır. Böylelikle Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından anayasal çerçevedeki yetki sınırları aşılarak “olağanüstü halin gerekli kılmadığı konularda” çıkarılan, kanunlarda kalıcı değişiklikler yapan veya temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya durdurulmasındaki güvenceleri (m. 15) gözetmeyen hükümler de OHAL KHK’sı olarak nitelenecektir. Başka bir deyişle, aslında OHAL KHK’sıyla yapılamayacak düzenlemeler denetimden muaf tutulacaktır. Kısacası; bu içtihatla yürütmeye, yargı eliyle sınırsız bir yasama yetkisi devredilmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK’larının denetiminin yasama organı tarafından yapılacağı beklentisi ise hukuki pratikle bağdaşmamaktadır. Kasım 2013 itibariyle, yayımlanan 557 adet KHK’dan yürürlükte olan 247 adet KHK’nın TBMM tarafından anayasaya aykırı şekilde yıllarca görüşülmeden yürürlüğünü sürdürdüğü tespit edilmiştir⁵⁶. Yasama organı bu eğilimini OHAL dönemlerinde de sürdürmektedir. Nitekim son dönemde yayımlanan 12 adet OHAL KHK’sından yalnızca 667, 668, 669, 671 ve 674 sayılı OHAL KHK’ları değiştirilerek kabul edilmiş ve kanunlaşmıştır⁵⁷.

Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliğinden sonra OHAL KHK’larının belirlenen sürelerde TBMM tarafından görüşülerek kabul veya reddedilmesinin önemi daha da artmıştır. TBMM İçtüzüğü’ne göre OHAL KHK’larının öncelik ve ivedilikle en geç 30 gün içinde görüşülmesi ve karara bağlanması gerekir (m. 128/1). TBMM’nin ancak bu sürelerle riayet etmesi halinde OHAL KHK’larının içtihat değişikliğinden doğan sakıncalar bir nebze hafifleyebilecektir. Nitekim 30 gün içinde görüşülen OHAL KHK’larından TBMM tarafından reddedilenler yürürlükten kalkarken; değiştirilerek kabul edilenler kanunlaşacak ve her kanun gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacaktır. Bununla birlikte OHAL KHK’larının değiştirilerek kabul edilmesine dair kanunların kabul tarihleri göz önüne alındığında TBMM’nin hiçbir OHAL KHK’sını TBMM İçtüzüğü’nde belirtilen 30 günlük süre içinde görüşüp karara bağlamadığı tespit edilmiştir. Her devlet organı gibi TBMM’nin de Anayasa ve TBMM İçtüzüğü’nde belirtilen hükümlere uyması yine bizzat Anayasa gereğidir (m. 11 ve m. 95).

⁵⁶ Ibid., s. 163-224.

⁵⁷ Bkz.: 20 ila 24 numaralı dipnotlar.

Dördüncü olarak; Anayasa Mahkemesinin teleolojik yorum yöntemi ile uluslararası insan haklarına uygun yorum yönteminden kaçınmasının da eleştiriye açık olduğu vurgulanabilir⁵⁸. Nitekim Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m. 4/1), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (m. 15) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarına göre de olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin askıya alınması rejimi; “yer”, “zaman”, “konu” bakımından sınırlandırılmış ve “ölçülülük” ilkesiyle “uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle uygun davranma” ilkesine riayet edilip edilmediği denetlenebilir şekilde düzenlenmiştir⁵⁹. Anayasa Mahkemesi OHAL KHK’larının niteliğini “olağanüstü halin gerekli kıldığı konular” yönünden belirlemekle olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde dokunulamayacak haklara doğrudan atıf yapmamış örtülü bir koruma getirmiştir⁶⁰. Mahkemenin yeni içtihadıyla “konu bakımından yetki” denetimi yönünden kendi kendini kısıtlaması (*judicial self-restraint*) ise olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde dokunulamayacak haklara ilişkin olarak getirilen bu güvenceleri ortadan kaldırmıştır (m. 15/2). Sonuç olarak, Mahkemenin temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü yönetim usullerinde askıya alınması rejimine ilişkin uluslararası insan hakları hukuku içtihatlarından hiç yararlanmaması, yeni içtihadını gerekçelendirme yönünden zayıf kılmış ve uluslararası insan haklarına uygun yorum yöntemiyle de bağdaşmamıştır.

V. Gelecek Açısından Bir Öneri: İtiraz Yoluyla Yargısal Denetim

OHAL KHK’larının yargısal denetimi m. 148 gereğince yasaklanmış olsa da bu yasağın “itiraz yolu” açısından geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır⁶¹. Bunun nedeni m. 148 hükmünün “...*olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname*lerin *şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı*

⁵⁸ Aynı yönde bkz.: Kaboğlu.

⁵⁹ Oya Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta, 2013, ss. 104-111.

⁶⁰ Ibid., s. 107.

⁶¹ Bkz. Zafer Üskül, “Türkiye’de Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi”, Olağanüstü Hal Üzerine Yazılar, İstanbul: Büke, 2003, s. 67 vd.; Yüzbaşıoğlu, s. 193-194; Kuzu, s. 377.

iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Bir görüşe göre “dava açılmaz” ibaresindeki *dava*, “iptal davası” olarak yorumlanmalıdır. Çünkü anayasal sistematığe göre her iki denetim yolu farklı maddelerde düzenlenerek itiraz yolu “dava” olarak nitelendirilmemiş ve yargısal denetimde itiraz yolu kapatılmak istendiğinde bu açıkça düzenlenmiştir (bkz. m. 148/2)⁶². Bu görüşe destek olarak, doktrinde de itiraz yolunun “dava” niteliğinde görülmediği sıklıkla vurgulanmaktadır⁶³. Dolayısıyla bu görüş uyarınca denetim yasağı kapsamındaki OHAL KHK’ları; anayasaya aykırılığı “itiraz yolu” ile iddia edilenler değil, yalnızca “iptal davası” ile iddia edilenler olmalıdır.

Anayasa’nın lafzı, sistematığı ve teleolojik yorumu çerçevesinde bu görüşte haklılık payı bulunduğu açıktır. Ancak buna rağmen mülga 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun, OHAL KHK’larının yargısal denetimi yasağının kapsamını “itiraz yolu” ile genişletmiş (m. 19) ve Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla yapılan başvuruları yasak kapsamında değerlendirmek zorunda kalmıştır⁶⁴. 2010 Anayasa değişikliği sonrasında ise 2949 sayılı Kanun’un bu hükmü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluşu... Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmış ve yerine muadili bir hüküm konulmamıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin önündeki yasal engel kalkmış ve Anayasa doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir⁶⁵. Buna göre m. 148 hükmü gereğince anayasaya aykırılığı iddia edilen OHAL KHK’ları “iptal davası” ile denetlenemese de artık “itiraz yolu” ile denetlenebileceklerdir.

Bununla birlikte 2010 Anayasa değişikliğiyle m. 149/2’ye eklenen “iptal ve itiraz davalarına” Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun bakaçağına ilişkin düzenlemeyle itiraz yolunun da “dava” olarak nitelendirilmiş olması, yukarıdaki görüşe bir itiraz olarak öne sürülebilir. Bu hükmün sonraki bir hüküm olması (*lex posterior*) nedeniyle anayasal normlar arası yorumlamada esas alınması gerektiği de iddia edilebilir. Buna rağmen türev kurucu iktidarın bu değişikliği anayasal sistematikte-

⁶² Üskül, s. 67-68.

⁶³ Özen Ülgen, Anayasa Yargısında İlk İnceleme, İstanbul: Beta, 2013, s. 193.

⁶⁴ 26 Mayıs 1992 tarihli E. 1992/30 ve K. 1992/36 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı; 22 Mayıs 2003 tarihli E. 2003/28 ve K. 2003/42 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

⁶⁵ Türk, s. 149.

ki “iptal davası” ve “itiraz yolu” ayrımını bilinçli olarak kaldırma amacıyla yaptığına ilişkin bir veri elimizde bulunmamaktadır. Diğer yandan anayasal sistematik halen her iki denetim yolunun farklı maddelerde düzenlenmiş olması ile yargısal denetim itiraz yolu açısından kaldırılmak istendiğinde bunun açıkça ifade edilmiş olması üzerine kuruludur. Ayrıca Anayasamıza göre KHK’ların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi kural, OHAL KHK’larının denetlenememesi ise istisna niteliğinde olduğuna göre bu istisnai hükmün de dar yorumlanması ve yasak kapsamının “itiraz yolu” ile genişletilmemesi gerekir.

İtiraz yolunun kapsamının düzenlendiği m. 152 de görüşümüze paralel olarak olağan veya olağanüstü hal ve sıkıyönetim ayırt etmeksizin “kanun hükmünde kararnameler” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre eğer ki bir davada uygulanacak olan OHAL KHK’sı olursa, davaya bakmakta olan mahkeme, davada uygulanacak OHAL KHK hükümlerini anayasaya aykırı görür veya taraflardan birinin aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, uyuşmazlığı Anayasa Mahkemesine taşımalı ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakmalıdır (m. 152). OHAL KHK’larının yargısal denetimi yalnızca iptal davası açısından yasaklanmış ve itiraz yoluyla denetimde herhangi bir yasak öngörülmemiş olduğu için, Anayasa Mahkemesinin itiraz konusu OHAL KHK hükümlerinin anayasaya uygunluğunu şekil ve esas bakımından denetlemesinin önünde ise herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

BOYAR Oya, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta, 2013, ss. 97-111.

ESEN Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara: Adalet, 2008.

GÖZLER Kemal, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi", Ankara Barosu Dergisi, Sy. 4, 1990, ss. 561-590.

GÖZLER Kemal, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Bursa: Ekin, 2000.

KABOĞLU İbrahim, “OHAL-KHK ve AYM’nin Varlık Nedeni”, Birgün, 10 Kasım 2016.

KANADOĞLU Korkut, Anayasa Mahkemesi, İstanbul: Beta, 2004.

KUZU Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul: Kazancı, 1993.

ODER Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul: Beta, 2010.

ÖZBUDUN Ergun Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin, 2014.

ŞİRİN Tolga, “Anayasa Hükmünde Kararnameler”, Güncel Hukuk, Kasım 2016.

TANÖR Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta, 2011.

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta, 2014

TURHAN Mehmet, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 25, Sy. 3, 1992, ss. 13-36.

TÜRK Ender, 1982 Anayasası’na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi, Ankara: Seçkin, 2013.

ÜLGEN Özen, “Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Sy. 137-138, 2016, ss. 125-157.

ÜLGEN Özen, Anayasa Yargısında İlk İnceleme, İstanbul: Beta, 2013.

ÜSKÜL Zafer, “Türkiye’de Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi”, Olağanüstü Hal Üzerine Yazılar, İstanbul: Büke, 2003, ss. 31-74.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, İstanbul: Beta, 1996.