

**1982 ANAYASASI 40. YIL ÖZEL DOSYASI -**  
**HAKEMLİ MAKALELER/40 TH ANNIVERSARY OF**  
**THE 1982 CONSTITUTION-SPECIAL FILE/PEER-**  
**REVIEWED ARTICLES**

**MAKALELER/ARTICLES**

- Araştırma Makalesi -

**⚡ OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNİN OLAĞAN YÖNETİMDE**  
**SÜREGELEN ETKİLERİ\***

*(THE CONTINUING EFFECTS OF THE STATE OF EMERGENCY REGIME ON  
ORDINARY TIMES)*

**Fazıl Sağlam<sup>1</sup>**  
**Osman Can Serttaş<sup>2</sup>**

**ÖZ**

OHAL KHK'lerinin denetlenememesi anayasal meşruiyetini yer ve zaman itibariyle geçici olmasından ve anayasanın olağanüstü hâl re-

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bu makale 16.07.2022 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 30.07.2022 tarihinde birinci hakem; 05.08.2022 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

<sup>1</sup> Prof. Dr., İstanbul Gedik Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: saglamfazil@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7298-1122

<sup>2</sup> Arş. Gör., İstanbul Gedik Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: can.serttas@gedik.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3472-0850

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; Sağlam, Fazıl, Serttaş, Osman Can “Olağanüstü Hâl Rejiminin Olağan Yönetimde Süregelen Etkileri”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 11, Sayı No.: 22, 2022, s. 385-420.

Jim için öngördüğü diğer kurallara uygun olmasından almaktadır. Olağanüstü hâl rejiminde alınan tedbirlerin olağan dönemde etkilerini sürdürmesinin hukuk düzenimizin kanıksanmış bir gerçeği olması olası görünüyor. AYM'nin K. 2021/45 sayılı kararı bu iddiamızın çıkış noktasını teşkil etmektedir. AYM'nin kararında OHAL KHK'leri ile kamu görevinden ihraç edilenlerin bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmayacağı düzenlemesine ilişkin değerlendirmesi, OHAL KHK'leri, olağanüstü hâli aşacak boyutta genişletme ve onlara, normal dönemde dahi etkisini sürdüreceği yeni bir işlev kazandırmaktadır. OHAL KHK'leri yasaya dönüşükten sonra yapılacak denetim, OHAL'i olağan döneme yayıp meşrulaştırırsa, buna Anayasa anlamında bir denetim denilemeyecektir. Olağanüstü hâl rejiminin olağanüstü dönem ile sınırlı kalmaması tehlikesiyse yalnızca 15 Temmuz sonrasındaki OHAL ile sınırlı kalmayacak bundan sonraki olağanüstü hâller için de geçerli olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** OHAL KHK'leri, OHAL Komisyonları, Masumiyet Karinesi, Belirlielik, Ölçülülük, "Anayasa Hükmünde Kararname", Olağanüstü Hâl Rejimi, Geçicilik

### **ABSTRACT**

*The constitutional legitimacy of the State of Emergency Decree-Laws not being subject to the judicial review derives from the fact that they are temporary regarding their period and area of application, and that they comply with other rules prescribed by the Constitution for the state of emergency regime. It seems possible that the effects of the measures taken in the state of emergency regime continue to be effective in the ordinary times as recognized by our legal order. The decision of the Turkish Constitutional Court (TCC) numbered K. 2021/45 constitutes the starting point of our claim. The TCC's assessment in its decision regarding the State of Emergency Decree-Law regulation that those dismissed from public service cannot be employed in public service again, gives the State of Emergency Decree-Laws a new function that will continue to be effective even in the ordinary time. If the review to be carried out after the State of Emergency Decree Laws become statute will extend the state of emergency to the ordinary time and legitimize it, it cannot be called a review in the constitutional sense. The risk that the state of emergency regime is not limited to the emergency time will not*

only be limited to the state of emergency after 15 July but will also apply to the future applications of the state of emergency.

**Keywords:** *State of Emergency Decree-Laws, State of Emergency Commissions, Presumption of Innocence, Certainty, Proportionality, "Decree Having the Force of Constitution", State of Emergency Regime, Temporariness*

\*\*\*

## Giriş

Olağanüstü hâl<sup>3</sup> rejiminin OHAL kaldırıldıktan sonra da olağan yönetimde etkilerini sürdürmesi, anayasa hukuku pratiğinin acı bir gerçeği olmaya aday gözüküyor. Böyle bir olasılığa kapı aralayan yeni bir AYM kararı (24.06.2021 tarih ve K. 2021/45) hareket noktamız oldu. Bu karar, 7086 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında KHK'nin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un soyut norm denetimi sırasında alındı.

Bu makalede, Anayasa'da ve Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almayan yetkilerin, hiçbir denetimi olmayan OHAL KHK'leri aracılığı ile nasıl devreye girebileceğinin ve yetkilerin OHAL KHK'lerinin yasaya dönüştürülmesiyle nasıl olağan yönetim içinde varlığını sürdürebileceğinin açıklanması amacı güdüyor.

OHAL KHK'lerinin denetlenememesi, anayasal meşruiyetini, ancak OHAL'in gerekli kıldığı konularda çıkarılabilmesinden, temel hak ve özgürlüklere ancak durumun gerektirdiği ölçü içinde kalarak müdahale edebilmesinden ve OHAL'in yer ve zaman itibariyle geçici bir yönetim olmasından almaktadır. AYM, anılan kararıyla, anayasal meşruiyet sınırlarının aşılmasına kapı aralamış bulunuyor.

Makalemiz, konunun ya da inceleme konusu kararın tümünü kapsama iddiası taşımıyor. Kararın makale başlığıyla doğrudan ilgili kesim-

<sup>3</sup> Anayasa'da (olağanüstü hal) olarak geçen yazım yerine, TDK Yazım Kılavuzunda gösterilen "olağanüstü hâl" yazımını tercih ettik. Çünkü TDK'nın yazım kurallarına göre, durum anlamında kullanılan "hâl" sözcüğünü, sebze ve/veya balık halinden ayırmak için şapka işaretinin kullanılması gerekiyordu. Yalnızca kanun adında (Olağanüstü Hal Kanunu), Anayasa'da ya da tırnak içinde yapılan alıntılarda geçen şapkasız kullanımları aynen bıraktık.

lerinin eleştirel bir gözle seçilmesinin ve bu sınırlar içinde eleştirilmesinin amacımızı yeterince yansıtacağını düşünüyoruz.

## **I. 15 TEMMUZ DARBE GİRİŞİMİ ÖNCESİNDE OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ**

Anayasalar, olağan yönetim usullerinin yanında olağanüstü yönetim usullerine de yer vermektedir. Olağanüstü yönetim usulleri, devletin olağan hukuk düzeninin kuralları ile karşılaşmasının mümkün olmayan olağanüstü bir tehdit veya tehlike karşısında başvurduğu özel yönetim usulleri olarak tanımlanmaktadır.<sup>4</sup> Karakteristik özellikleri, zorunluluk veya aciliyet hali olarak ifade edilebilir.<sup>5</sup> Olağanüstü rejimlerde özgürlük-otorite dengesi özgürlük aleyhine bozulmakta,<sup>6</sup> kamu otoritelerine olağanüstü yetkiler tanınmakta, yürütme ve yürütme işlemleri yasama organı ve yasa aleyhine ön plana çıkmaktadır.<sup>7</sup> Buna koşturuk olarak temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemde öngörülenden daha fazla sınırlandırılmasına da izin verilmektedir.<sup>8</sup> Bu bağlamda olağanüstü yönetim usulleri aciliyet ve zorunluluğa gönderme yapan metaforlarla açıklanmaktadır. Normal zamanda zararlı bir yöntem olan kemoterapinin, kanser hastalarının tedavisi için zorunlu olması<sup>9</sup> veya bir binanın tamamının yanmasını önlemek amacıyla itfaiye erlerinin yanar yerin camını kırarak mülkiyet hakkına müdahalede bulunması<sup>10</sup>, bu tür metaforların tipik örnekleridir.

### **A. Zaman ve Yer Yönünden Geçicilik**

Olağanüstü yönetim usullerinin sivil olanına Türk anayasa hukukunda verilen isim “olağanüstü hâl”dir. Anayasa’nın 119. maddesinde sınırlı sayıda belirtilmiş nedenlerden birinin gerçekleştiği kanısında olan

<sup>4</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 371.

<sup>5</sup> Tolga Şirin, “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü hâl Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 5, sy 10 (2016): 478.

<sup>6</sup> İbrahim Ö Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Yenilenmiş 7. baskı (Ankara: İmge Kitabevi, 2013), 98.

<sup>7</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta, 2014), 157.

<sup>8</sup> Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2020), 244.

<sup>9</sup> Tolga Şirin, “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü hâl Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak”, 478.

<sup>10</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2020), 424.

Cumhurbaşkanı, süresi 6 ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebilmektedir. Olağanüstü hâlin yurdun tamamında veya bir bölgesinde ilan edilmesi mümkündür.<sup>11</sup> Olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanının talebiyle TBMM tarafından 4 aylık sürelerle uzatılabilir.<sup>12</sup> Olağanüstü hâl rejiminin yürürlüğe girmesiyle Cumhurbaşkanı olağan dönemde sahip olmadığı yetkileri kullanabilmektedir.

1982 Anayasası'na göre olağanüstü yönetim usulleri, özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından apayrı bir rejim oluşturmaktadır. Bu rejimin belirleyici özelliği, olağanüstü yönetim usullerinde “temel hak ve özgürlükler için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler” alınabilmesidir. Bu anlamda denilebilir ki 1982 Anayasası adeta iç içe iki Anayasa içermektedir.<sup>13</sup> Gerçi temel hak ve özgürlükler için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınabilmesi, ancak “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla” ve “durumun gerektirdiği ölçüde” mümkündür. Ayrıca 15/2. maddede sayılan hak alanlarının dokunulmazlığı da bir başka kesin sınır oluşturur. Ne var ki anayasal güvencelere aykırı önlemlerin OHAL KHK'lerle alınması halinde, bunun denetimi mümkün değildir. Özellikle AYM'nin yeni içtihadı bu alanda mutlak anlamda denetimsiz bir alan yaratmıştır. Bu konuya birazdan dönülecektir.

Buna koşut olarak Anayasa'nın 119/6. maddesi, Cumhurbaşkanına, normal yönetim dönemlerinde tabi olduğu anayasal sınırlara<sup>14</sup> uymaksızın KHK çıkarma yetkisi tanımaktadır.

<sup>11</sup> AY m. 119/1

<sup>12</sup> AY m. 119/4

<sup>13</sup> Fazıl Sağlam, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, Anayasa Yargısı, 1984, 262.

<sup>14</sup> Burada sözü geçen anayasal sınırlar, Anayasa'nın 104/17. maddesinde birer emir normu olarak şöyle sıralanmıştır: “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. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

Yürütmeye tanınan bu geniş yetkiler, amaç unsuruna bağlı olarak yer ve zaman yönünden sınırlıdır. Olağanüstü yönetime ilişkin çağdaş Batı anlayışı; olağanüstü dönem yetkilerinin geçici, sınırlı ve olağan dönemde kanun koyucu tarafından OHAL öncesinde belirlenmesi ilkelerine dayanmaktadır.<sup>15</sup> Uluslararası sözleşmeler ve insan hakları belgeleri de toplumun ve devletin karşılaştığı krizin aşılmasında geçicilik ve istisnailik ilkelerini öngörmüştür. Buna göre; olağanüstü hâli aşmak için alınan önlemlerin tehlike aşılar aşılmaz yürürlükten kalkması zorunlu olduğu gibi, tehlike ile mücadele etmede geçen zamanla orantılı olarak tedbirler hafifletilmelidir.<sup>16</sup> Zira aksi yönde bir uygulama olağanüstü yönetimlerin “olağanlaşması” tehlikesini taşır.<sup>17</sup> Cumhurbaşkanıya olağan dönemde kullanması mümkün olmayacak bu yetkilerin tanınmasının amacı; olağanüstü hâlin ilanına yol açan sebeplerin ortadan kaldırılması, olağan döneme dönülmesini sağlayacak koşulların hazırlanabilmesidir. Hattâ olağanüstü hâlin sonra ermesiyle –kanunlaşmamış- OHAL KHK’lerinin kendiliğinden yürürlükten kalktığı kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>18</sup> Olağanüstü hâlin bu istisnai niteliğine koşut olarak olağanüstü hâl yetkileri de ancak olağanüstü hâlin ilan edildiği bölge ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı olarak kullanılabilir, olağanüstü hâl sırasında kullanılan yetkilerin etkileri olağan döneme taşmamalıdır.

## **B. OHAL KHK’lerinin Yargısal Denetimi**

Olağanüstü hâl ilanının temel haklar rejimi açısından en önemli sonuçları, yasallık ilkesinin bir istisnası olarak temel hak ve özgürlüklerin OHAL KHK’lerle<sup>19</sup> ile sınırlanabilmesi ve olağanüstü hâle yol açan

<sup>15</sup> Tekin Akıllıoğlu, “Temel Hakların Durdurulması”, Anayasa Yargısı 33, sy 1 (01 Haziran 2017): 67.

<sup>16</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, 1. Bası (İstanbul: BDS Yayınları, 1991), 52.

<sup>17</sup> Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 100.

<sup>18</sup> Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 1034.

<sup>19</sup> 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden başlayarak Anayasa’da kanun hükmünde kararname (KHK) yerine -yapılan değişikliğe de uygun olarak- cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) terimi kullanılmaya başlanmıştır. Ancak olağanüstü yönetim usullerinde çıkarılan cumhurbaşkanı kararnamelerinin “kanun hükmünde” olduğu açıkça belirtildiğinden (AY m. 119/6 son cümle), bu maddede eski kısaltmanın (OHAL KHK) kullanılmasında bir sakınca görülmemiştir. Kısacası maddede kullanılan “OHAL KHK” kısaltması, yürürlükteki Anayasa’nın 119/6. maddesinde

tehlikeyi bertaraf etmek için alınacak önlemlerin 13. maddeye göre çok daha düşük bir koruma öngören 15. maddeye tabi olmasıdır.<sup>20</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere 15/1. madde, “temel hak ve hürriyetler ... için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler” alınabilmesinin önünü açmış bulunmaktadır. Yine Anayasa’nın 148. maddesi uyarınca olağanüstü hâllerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere karşı AYM’de iptal davası açma yolunun kapatılması, özellikle AYM’nin bu alanda yaptığı köklü içtihat değişikliğinden sonra, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceleri, dolaylı bir korumadan da yoksun bırakmıştır.

Bu bağlamda hemen belirtelim ki bu iki özellik, tipik bir 12 Eylül düzenlemesi olup daha önceki anayasalarımızda yer almış değildir.<sup>21</sup> Öte yandan daha dar kapsamda da olsa olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin korunmasına olan ihtiyaç, normal dönemlerden daha az değildir. Hatta denilebilir ki bireysel düzeyde bu ihtiyaç daha da yoğunlaşabilir. Bunu sağlayacak olan da yargısal denetimin ilkesel düzeyde açık olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, 2016 öncesi içtihadında olağanüstü hâl rejiminin istisnai ve geçici niteliğini dikkate alarak OHAL KHK’lerinin etkilerinin olağan döneme taşmasını önemli ölçüde engelleyebilmişti. Anayasa Mahkemesi’nin uygulayacağı hukuk normunun metninde yer alan isimle bağlı olamayacağı, inceleyeceği işlemin hukuki nitelendirmesini yapmaya yetkili olduğu, dolayısıyla önüne getirilen KHK’lerin OHAL KHK’si olma koşullarını taşıyıp taşımadığını denetleyebileceği ilk olarak öğretide savunulmuştur.<sup>22</sup> AYM de aynı çizgiyi izleyerek

---

yer alan olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnamesini de kapsayacak anlamda kullanılmıştır.

<sup>20</sup> Anayasa madde 15: “Savaş, seferberlik (...) veya olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi 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.

<sup>21</sup> Fazıl Sağlam, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, sy 13 (2018): 29.

<sup>22</sup> Kemal Gözler, “Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, Ankara

OHAL KHK niteliği taşımayan düzenlemeleri, olağan KHK hükmü niteliğinde değerlendirerek bunları yargısal denetime tâbi kılmıştır.<sup>23</sup> Buna karşılık OHAL KHK niteliği taşıyan düzenlemeleri -anayasaya aykırı olsalar bile- denetlemekten kaçınmıştır.<sup>24</sup> Bu nedenle AYM'nin 15 Temmuz öncesinde benimsediği içtihadıyla Anayasa'nın 148/1. maddesinin 2. cümlesinde öngörülen denetim yasağını aştığı, dolayısıyla Anayasa'da yer almayan bir yetkiyi kullandığı şeklinde yapılan değerlendirme yanlıştır.

15 Temmuz darbe girişiminden önceki içtihadının ana gerekçesi, Mahkemenin kendi ifadesiyle şöyle formüle edilmiştir:

*“Anayasa'nın 121. maddesinin öngördüğü KHK'ler yalnızca, olağanüstü hâl süresince ve olağanüstü hâl bölgesinde uygulanmak üzere ve olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda düzenlemeler yapan KHK'lerdir. Ancak, bu koşulları taşıyan KHK kurallarına karşı Anayasa'nın 148. madde hükmü gereğince biçim ve öz yönlerinden Anayasa'ya aykırılık savı ile dava açılmaz. KHK ile yürürlüğe konulan kural, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konuya ilişkin olsa bile başka bir zamanda*

---

Barosu Dergisi 47, sy 4 (1990): 586. Hemen belirtelim ki yazar bu makalesinde ileri sürdüğü görüşü daha sonra değiştirmiştir. Yazarın eski görüşüne ve eski görüşünü benimseyen AYM içtihadına ilişkin eleştirilerinin özeti için bkz. Kemal Gözler, “Olağanüstü Hâl ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenebilir mi”, [www.anayasa.gen.tr/ouhkhk-aym.htm](http://www.anayasa.gen.tr/ouhkhk-aym.htm).

<sup>23</sup> AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, Kt. 10.1.1991, RG. 05.03.1992-21162;

<sup>24</sup> Bir örnek vermek gerekirse: AYM 10.01.1991 E.1990/25, K. 1991/1, (IV B 2 b dd): “Yeniden düzenlenen 285 sayılı KHK'nin 7. maddesiyle de “Bu KHK ile Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz.” hükmü getirilmektedir. Bu hükmü hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırabilmek olanağı yoktur. Anayasa'nın 125. maddesinin yedinci fıkrası olağanüstü yönetimlerde yasanın yürütmenin durdurulması karar verilmesini sınırlayabileceğim belirtmektedir. Bu hükmün karşıt anlamından olağanüstü yönetim usullerinde dahi iptal davası açılmasını engellemeyeceği anlaşılmaktadır. Olağanüstü hal bir keyfilik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde yetkili makamların yaptıkları bireysel ve düzenleyici işlemlerin idari yargı denetimine bağlı olması gerektiğinden kuşku duyulamaz. Özgürlükçü demokratik düzeni benimsemiş ülkelerde bunun tersi düşünülemez. Ancak, bu madde 2935 sayılı Olağanüstü Hal Yasası'nda değil yalnızca Olağanüstü Hal Bölgesi için çıkarılmış olan 285 sayılı Olağanüstü Hal KHK'sinde değişiklikler yapmaktadır ve Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında çıkarılabileceği ve 148. maddesinde biçim ve öz yönlerinden Anayasa'ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmayacağı öngörülen KHK kuralı niteliğindedir. Bu nedenle, bu maddeye yönelik iptal isteminin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir.”:



*veya başka bir yerde olağanüstü hâl ilân edilmesi durumunda yürürlüğe girebiliyorsa, başka bir anlatımla, kural konulmasına neden olan olağanüstü hâlin sona ermesine karşın geçerliliğini yitirmeyip yürürlüğünü sürdürüyorsa olağanüstü hâl KHK kuralı sayılamazlar. Olağanüstü hâl KHK kuralı niteliğinde görülmeyen kurallar ise Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamına girerler.”*

Böylece olağanüstü hâl süresini ve bölgesini aşan ya da yasalarda değişiklik yapan OHAL KHK hükümlerinin iptali sağlanabilmiştir.<sup>25</sup> AYM'nin bu yorumu, anayasal yetki alanında kaldığı gibi, OHAL KHK'leri anayasa yargısının denetimine kapatan kuralın yürütme organınca kötüye kullanılmasının önlenmesine de katkı sağlamıştır.

### **C. OHAL'in Olağan Döneme Taşan Etkilerini Önleme Bakımından Başarılı Bir Yargı İçtihadı: 1989 Tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>26</sup>**

#### **1) Genel Açıklamalar**

Olağanüstü hâlin olağan döneme taşan etkilerini önlemede yargı organının üstlenebileceği rolü ve hukukta yorumun önemini göstermesi bakımından bir diğer başarılı örnek, “Türk Kamu Hukuku'nun yüz akı”<sup>27</sup> olarak da nitelendirilen 7.12.1989 tarihli, K. 19 89/4 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararıdır.<sup>28</sup> Bu kararla Türkiye yüksek yargı organlarının özgürlükler lehine yaratıcı bir işlev üstlendiğini görüyoruz.<sup>29</sup>

Danıştay'ın bu kararı, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2/8. maddesinde yer alan bir kuralın yorumlanmasıyla ilgiliydi. Bu kural, sıkıyönetim komutanının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personelinin bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmamasına ilişkin bir ya-

<sup>25</sup> Bkz. AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, Kt. 3.7.1991, RG. 08.03.1992-21165; AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, Kt. 22.5.2003, RG. 16.03.2004-25404.

<sup>26</sup> Karara ilişkin değerlendirmede büyük ölçüde şu eserden yararlanılmıştır; Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, 1. bs (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013), 345-48.

<sup>27</sup> Makalede karar olağanüstü hâlin istisnailiği dışında diğer yönlerden de incelenmektedir; Celal Erkut, “Danıştay'ın ‘1402’likler Kararı’: Türk Kamu Hukuku'nun Yüzakı”, içinde Tunaya'ya Armağan (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1992), 71.

<sup>28</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 1988/6, K. 1989/4, Kt. 7.12.1989, RG. 09.02.1990-20428.

<sup>29</sup> Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 111.

sak içeriyordu. Bu yasak 12 Eylül Askerî Yönetimi döneminde 1402 sayılı Kanun'da yapılan bir değişiklikle getirilmişti. Bu nedenle yasağın Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa geçici m. 15/3 nedeniyle ileri sürüleliyordu. Bu şekilde görevlerine son verilen binlerce kamu görevlisi, Sıkıyönetim yürürlükten kalkmış bulunmasına rağmen görevlerine dönemiyordu. Bunların arasında üniversite öğretim üyeleri (yardımcı doçentler, doçentler, profesörler ve dekanlar) ve diğer öğretim elemanları da yer almaktaydı. Bu kişiler hakkında hiçbir ceza kararının ya da sivil yönetimlerce tesis edilmiş idarî bir işlemin mevcut olmaması ya da haklarında açılmış bir davada yargı kararı ile **aklanmış olmaları**, durumda bir değişiklik yaratmıyordu.

“Olağanüstü yönetim usulünün olağan olduğu gibi bir hukuksal çelişkiye yol açan”<sup>30</sup> bu uygulama, istisnai bir rejimde öngörülen yetki ve önlemlerin normal dönemde etkisini sürdüreceğ biçimde kullanıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>31</sup>

Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, hukuk devleti ile hiçbir şekilde bağdaşmayan bu haksızlığı yorum yoluyla aşmayı başarmıştır.

## 2) Kararın Temel Özellikleri

Yorum ilkeleri açısından büyük önem taşıyan bu kararın temel özellikleri şöyle sıralanabilir:

a) Danıştay, genetik yoruma göre, “**bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar**” biçimindeki kuralın **sürekli bir yasaklama hükmü** olarak düzenlendiğini, ancak salt genetik yorumun, **ilgili kuralın anlamını yasanın kabul edildiği tarihteki koşullarla sabitlemiş olacağının altını çiziyor**. Böylece Danıştay, “**objektif kuram**”a bağlı kalarak, “**amaçsal yorum**”u, “**yasanın uygulandığı koşullardaki anlamını araştırma**” olarak benimsiyor.

<sup>30</sup> Rona Aybay, “1402’liklerin Göreve Döndürülmemesi Hukuka Aykırıdır”, içinde Bahri Savcı’ya Armağan (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988), 194.

<sup>31</sup> “Sıkıyönetim kaldırılmakla bu yetkinin anayasal mesnet ve ölçütü de ortadan kalkmış olmaktadır. Başka bir deyişle sıkıyönetim komutanının temel hakları durdurma ve bunlara ilişkin güvenceleri kaldırma yetkisi, ancak sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak tanınabilir. Sıkıyönetim istisnai bir rejimdir. İstisnai bir rejim için öngörülen yetki ve önlemler, normal dönemde etkisini sürdüreceğ biçimde kullanılamaz.” Fazıl Sağlam, “1402’nin Kaderi Danıştay 5. Daire’de”, Cumhuriyet Gazetesi, 11 Kasım 1987, 13, <https://egazete.cumhuriyet.com.tr/oku/192/1987-11-11/0>.

Buna ek olarak “*anayasaya uygun yorum*” yönteminin uygulanması gerektiğini vurguluyor.

b) Gereçede ayrıca, kuralın genetik anlamının varacağı abes sonuçlara işaret edilmekte ve yasanın objektif anlamıyla böyle bir amaç gütmüş olamayacağı vurgulanmaktadır: Kesin hüküm giymiş kişiler bile, **tecil, memnu hakların iadesi**, adlî sicildeki hükümlülük kaydının silinmesi gibi yollarla **yeniden kamu hizmetine** girebilecekken, haklarında suçluluklarına ilişkin herhangi bir yargı kararı bulunmayan kişiler, savunmadan da yoksun olarak bu haktan ömür boyu yoksun kalacak, böylece **yargılanmış, suçluluğu hükmen sabit olmuş kişilere göre daha olumsuz bir hukuki durumun** içine sokulmuş olacaklardır.

c) Kararda “hakkında hukuk yollarına başvurma olanağı bulunmayan **işlemler** bu işlem için öngörülen **yaptırım arasında adil bir denge** kurulmasının hak, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olduğu vurgulanıyor. Bunu “oranlılık” ilkesinin, dolayısıyla “ölçülülük ilkesinin bir ifadesi olarak değerlendirmek de mümkün.

d) Gereçede altı çizilen bir başka nokta, **sıkıyönetimin geçici bir nitelik taşıması**, dolayısıyla sıkıyönetim komutanlığınca **alınan önlemlerin de sıkıyönetim süresi ile sınırlı bulunması** ve sıkıyönetim halinde temel hak ve özgürlüklerin ancak “*durumun gerektirdiği ölçüde*” sınırlandırılabilmesidir (Anayasa m. 15).

e) Bütün bu özellikler bir arada değerlendirildiğinde, “... **bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar.**” ibaresini sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak değerlendirmek ve bunun sadece sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğurabileceğini kabul etmek gerekmektedir”.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Bu sonucu karardaki ifadeyle yansıtmak gerekirse: “Bir yandan... hakkında hukuk yollarına başvurma olanağı bulunmayan işlemler bu işlem için öngörülen yaptırım arasında adil bir denge kurulmasının hak, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olması; öte yandan dayanağını Anayasa’nın 122. maddesinden alan ve bu maddede belirtilen durumlara bağlı olarak yürürlüğe konulan sıkıyönetimin geçici bir nitelik taşıması, dolayısıyla sıkıyönetim komutanlığınca alınan önlemlerin de sıkıyönetim süresi ile sınırlı bulunması; Anayasa’nın 15. ve 122. maddelerinde sıkıyönetim halinde temel hak ve özgürlüklerin durumun gerektirdiği ölçüde kısıtlanabileceğinin veya durdurulabileceğinin,...açıklanmış olması nedenleri ile 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan “...bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar.” ibaresini sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir

Danıştay'ın bu kararıyla insan haklarının ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine ve olağanüstü hâlin olağan dönemde de etkilerini sürdürmesine yol açan önemli bir hukuksal sorun çözülebilmiştir. TBMM de bu çözüme paralel bir yasa değişikliğini<sup>33</sup> ancak 5 yıl gibi bir süre sonra gerçekleştirebilmiştir.

## **II.15 TEMMUZ DARBE GİRİŞİMİ SONRASINDA OLAĞANÜSTÜ HÂLİN OLAĞAN DÖNEMDE ETKİLERİNİ SÜRDÜRMEŞİ**

### **A.15 Temmuz'da OHAL Rejiminin ve Yargısal Denetiminin Geçirdiği Dönüşüm**

15 Temmuz darbe girişiminin<sup>34</sup> ardından 20.07.2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla 21.07.2016 tarihinden itibaren ülke genelinde OHAL ilan edilmiş ve 18 Temmuz 2018'e kadar sürmüştür. Bu olağanüstü hâl sürecinde hem OHAL rejiminin uygulanması hem de OHAL rejimine ilişkin yargı içtihatları konusunda radikal dönüşümlere tanık olunmuş ve buna yönelik eleştiriler de yoğunlaşmıştır.

### **1. OHAL Rejiminin Uygulanışı ile İlgili Eleştiriler**

Yukarıda açıklandığı üzere yürütme organına olağanüstü hâl yetkileri verilmesinin amacı olağanüstü hâle yol açan tehditlerin bertaraf

---

hüküm olarak değerlendirmek ve bunun sadece sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğurabileceğini kabul etmek gerekmektedir.”

<sup>33</sup> 6.10.1994 tarih ve 4045 sayılı Yasa, 1402 sayılı Yasanın 2. maddesinin sekizinci fıkrasını değiştirmiş ve maddeye bunu izleyen iki ek fıkra eklemiştir: “(Değişik: 4045 - 26.10.1994) Sıkıyönetim komutanlarının; bölgelerinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre sıkıyönetim bölgesi dışına atanma veya sıkıyönetim bölgesi dışına atanmak üzere görevden uzaklaştırılma istemleri ilgili kurum ve organlarca derhal yerine getirilir./ (Ek Fıkralar: 4045 - 26.10.1994) Sıkıyönetim komutanlarının sekizinci fıkradaki nedenlerle mahallî idarelerde çalışanların görevden uzaklaştırılması istemleri, ilgili mahallî idare yetkililerince derhal yerine getirilir. Bu suretle görevden uzaklaştırılanlar sıkıyönetim bölgesi dışındaki mahallî idarelerde görev ve iş bulmaları ve bu idarelerin ilgiliyi görev ve işe almayı istemeleri halinde, mahallî idare yetkililerince görevden uzaklaştırma kararı derhal kaldırılır ve bunların atamaları öncelikle yapılır./ Görevden uzaklaştırılanların aylık ve ödemeleri hakkında ilgili olduğu mevzuat hükümleri uygulanır.”

<sup>34</sup> Darbe teşebbüsü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYM, Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, Kt. 20.6.2017, RG. 30.06.2017-30110, §§ 12-25.

edilmesidir. Kısacası, OHAL KHK'leri olağanüstü hâlin gerektirdiği konularla ilgili olmalıdır. 20 Temmuz 2016 tarihli olağanüstü hâl, 15 Temmuz gecesi başlatılan darbe girişiminin ardından, darbe tehdidine yol açan tehlikeleri bertaraf etme amacıyla ilan edilmiştir. Darbe ilanının öncesinde alınan 498 sayılı Milli Güvenlik Kurulu kararında da OHAL ilanının nedeni aşağıdaki şekilde açıklanmıştır:

*“Fetullahçı terör örgütü adı verilen bir ihanet çetesi, 15 Temmuz 2016 tarihinde, türk silahlı kuvvetleri içindeki mensupları vasıtasıyla silahlı bir darbe girişimi başlatmıştır. Bu örgüt, kuruluş aşamasından itibaren etkisi altına aldığı eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, medya kuruluşları, ticari kuruluşlar ve kamu görevlileri aracılığıyla milleti ve devleti kontrol altında tutmayı amaçlamaktadır... Bu çerçevede, demokrasimizin, hukuk devleti ilkesinin, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla, anayasamızın 120. Maddesi gereği, hükümete olağanüstü hâl ilan edilmesi tavsiyesinde bulunulması kararlaştırılmıştır. Bu tavsiye, sadece ve sadece demokrasiye, hukuk devletine, hak ve özgürlüklere yönelik tehditlerin ortadan kaldırılması için yapılacak çalışmalara kolaylaştırma amacına yöneliktir.”<sup>35</sup>*

Görüldüğü üzere olağanüstü hâlin amacı 15 Temmuz darbe girişiminin ardından demokrasiye, hukuk devletine ve hak ve özgürlüklere yönelik tehditlerin ortadan kaldırılmasıdır. 15 Temmuz'dan sonra yaşanan olağanüstü hâl sürecinde ise bu amaçla ilgili olmayan birçok OHAL KHK çıkarılmıştır. Bu durumu yansıtan en çarpıcı örnek belki 687 KHK<sup>36</sup> ile taşıma araçları için getirilen kış lastiği zorunluluğudur. *Gözler*; olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan bir KHK ile olağanüstü hâl ilanına yol açan sebepler arasındaki ilgisizliği “Acaba 15 Temmuz darbe girişimi, yolcu ve eşya taşımalarında kullanılan araçların kış lastiği tak-

<sup>35</sup> “20 Temmuz 2016 Tarihli Toplantı”, Pub. L. No. 498, § Milli Güvenlik Kurulu (2016), <https://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplantı>.

<sup>36</sup> 687 sayılı KHK madde 2:

“13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa 65 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 65/A maddesi eklenmiştir.

“Kış lastiği zorunluluğu

MADDE 65/A – Yolcu ve eşya taşımalarında kullanılan araçların kış lastiği kullanmaları, illerin hava ve iklim şartlarına göre Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından yılın belirli dönemi için zorunlu tutulur.”

maması yüzünden mi gerçekleşmiştir?”<sup>37</sup> sorusuyla ortaya koymaktadır.<sup>38</sup> Doğrusu aranırsa bu tür hükümler, 15 Temmuz kararnameleri içinde en masum olanıdır. OHAL KHK ile değiştirilen sayısız yasa, normal dönemlerde de varlığını ve geçerliliğini sürdüreceğinden “OHAL’in gerekli kıldığı konular” kapsamında olamaz.<sup>39</sup> Kuşkusuz olağanüstü durumlarda alınacak önlemlerde aciliyet ön plandadır. Ama Anayasa ve İktüzük yasa değişikliklerini sağlayacak başka yollar da öngörmüştür. Aynı dönemin yasa değişiklikleri normal döneme ilişkin KHK’ler yoluyla da yapılabilirdi.

15 Temmuz döneminde çıkarılan OHAL KHK’lerine ilişkin eleştiri konusu olan ikinci önemli husus, bu kararnamelerdeki şablon ifadeyle “*terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler*”in başkaca hiçbir işleme gerek kalmadan kamu görevinden çıkarılmasıdır. Bu KHK’lerle on binlerce kamu görevlisi görevden çıkarılmıştır. Bu konuda yazılan çok sayıda haklı eleştirinin tümünü kapsama iddiasında değiliz.<sup>40</sup> Konu özü bakımından öylesine vahim boyutlar içeriyor ki yapılan eleştirileri yeterli olarak de-

<sup>37</sup> Kemal Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, sy 1 (2017): 52.

<sup>38</sup> Olağanüstü hâlin gerektirdiği konularla hiçbir ilgisi olmayan KHK’lara ilişkin daha fazla örnek için bkz; Gözler, 51-54; Metin Günday, “OHAL, İhraç KHK’ları ve Hukuki Durum”, Ankara Barosu Dergisi, sy 1 (2017): 31-32.

<sup>39</sup> Bu bağlamda Gözler’in tespitleri dikkat çekicidir: “15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan KHK’lerle yapılan düzenlemelerin ezici çoğunluğu, sadece olağanüstü hâl süresince uygulanmak için değil, kalıcı olarak yapılmıştır. Hükümler kalıcı olsunlar diye kaleme alınmıştır”, Gözler, Tolga Şirin’in, “anayasa hükmünde kararname” nitelemesini “filiyattaki durumu tasvir etmek bakımından isabetli” bulmakta, 15 Temmuz sonrası çıkarılan OHAL KHK’ların pek çok hükmünü, “adeta hukuk boşluğu ortamında beliren bir aslı kurucu iktidarın işlemlerine” benzetmektedir. Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, 58 vd.

<sup>40</sup> Örnek olarak bkz; İbrahim Ö Kaboğlu, “Parlamentar Rejimin Olağanüstü hâlde Kaldırılması (16 Nisan 2017 Referandumu ile ‘Kabul Edilen’ Anayasa Değişikliğine İlişkin İlk Gözlemler”, çev. Gülten Kurt, Ankara Barosu Dergisi, sy 4 (2017): 32-33; Kerem Altıparmak, “Bu Bir Olağanüstü hâl KHK’si Değildir”, Bianet - Bağımsız İletişim Ağı, erişim 02 Temmuz 2022, <https://www.bianet.org/bianet/hukuk/177136-bu-bir-olaganustu-hal-khk-si-degildir>.

ğerlendirmek de mümkün değildir. Burada sorunun işlediğimiz konuyla bağlantılı yönleri üzerinde duracağız.

OHAL KHK'lerine yönelik eleştirilerin “olağanüstü hâlin geçiciliği” ve “olağanüstü hâlin gerektirdiği konulara ilişkin olma zorunluğu” unsurlarında yoğunlaştığını söyleyebiliriz.<sup>41</sup> Özellikle, 15 Temmuz darbe girişimini gerçekleştiren FETÖ ile mücadele etme ve bu örgüte bağlı kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarından tasfiyesini sağlama amacıyla çıkarıldığı iddia edilen KHK'lerin “ekli (1) sayılı listelerinde” öyle isimler yer almıştır ki bunların adı geçen örgütle herhangi bir ilişkisi olduğuna kimsenin inanması beklenemez.<sup>42</sup> Bir başka önemli eleştiri öbeği, KHK'lerle uygulanan tedbirin süre yönünden sınırlı olmamasıdır. Özellikle ilgili kişiler için öngörülen “bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmama” yasağının olağanüstü hâl süresini aştığı ve bu yönüyle geçici bir tedbir olmadığı kuşkusuzdur. Öyle ki bu tür OHAL KHK'ler kanunla onaylanmadan önce olağanüstü hâl yürürlükten kalkarsa, ekli listesinde yer alan isimlerin hiçbir işleme gerek olmadan, kendiliğinden görevlerine dönmesi gerekir.<sup>43</sup>

Yargı organları, özellikle de AYM, olağanüstü hâlin geçici etkisini aşan bu tür tedbirleri iptal etmek şöyle dursun; olağanüstü hâlde alınan tedbirlerin geçici olduğu yönündeki eski yaklaşımından açıkça vazgeçmiştir.<sup>44</sup> 15 Temmuz'dan sonraki OHAL sürecinde çıkarılan OHAL'in amacına, sınırlı konusuna ve doğasına aykırı bu KHK'lerle *Gözler*'in ifadesiyle, olağanüstü hâl rejim ifsat edilmiştir.<sup>45</sup>

## 2. OHAL KHK'lerinin Yargısal Denetimindeki Dönüşüm

Anayasa Mahkemesi; 15 Temmuz'dan sonra ilan edilen olağanüstü hâl sürecinde OHAL KHK'lerine ilişkin önceki içtihadından dönmüş bulunmaktadır. AYM'nin yeni içtihadına göre olağanüstü hâl kanun

<sup>41</sup> Bu KHK'lere yönelik “apolojist” olarak nitelendirebileceğimiz bir yaklaşım içinse bkz; Recep Narter ve Semih Batur Kaya, *Olağanüstü hâl Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim*, 1. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 229-39.

<sup>42</sup> Kemal Gözler, “Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu ve Doç. Dr. Murat Sevinç'in Kamu Görevinden Çıkarılması Hakkında Bir Açıklama”, [www.anayasa.gen.tr/kaboglu-sevinc.htm](http://www.anayasa.gen.tr/kaboglu-sevinc.htm), 09 Şubat 2017.

<sup>43</sup> Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, 58.

<sup>44</sup> Tolga Şirin, “Anayasa Hükmünde Kararnameler”, *Güncel Hukuk*, Kasım 2016, 155.

<sup>45</sup> Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, 64.

hükmünde kararnamelerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu edilmesi mümkün değildir.<sup>46</sup> AYM, içtihat değişikliğine giderken AYM'nin 148. maddesinin lafzına ve Danışma Meclisi'nde ilgili maddeyle ilgili görüşmelere dayanarak sözel ve genetik yorumu esas almıştır.<sup>47</sup> AYM'ne göre, böyle bir yetkinin kullanılması, 6. maddede öngörülmuş bulunan, hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin yasağa aykırıdır. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi AYM, eski içtihadında OHAL KHK niteliğinde gördüğü düzenlemeleri -anayasaya aykırı olsalar bile- denetlemekten kaçınmıştır. Bu nedenle AYM'nin Anayasa'da yer almayan bir yetkiyi kullandığı görüşü gerçeği yansıtmamaktadır.

Öğretide AYM'nin bu içtihat değişikliğini olumlu bulan yazarlar olduğu gibi<sup>48</sup>, AYM'nin yeni içtihadını eleştiren yazarlar da bulunmaktadır.<sup>49</sup>

Aslında AYM, yeni içtihadında da önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme hususunda takdir yetkisi olduğunu ilke olarak kabul etmekte, ancak yapılan nitelemenin OHAL KHK'lerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>50</sup> Oysa AYM, başka düzenlemelerde, örneğin bir kanun hükmünün seçim hükmü olup olmadığını değerlendir-

<sup>46</sup> AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, RG. 4.11.2016-29878, § 18.

<sup>47</sup> AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, RG. 4.11.2016-29878, § 13-15.

<sup>48</sup> Gözler, "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", 60; Taylan Barın, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK'larının Yargısal Denetimi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 75, sy 2 (27 Mayıs 2020): n. 2.

<sup>49</sup> Sağlam, "Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü", 29-30; Şirin, "Anayasa Hükmünde Kararnameler"; Ender Türk, "Anayasa Mahkemesi'nin Olağanüstü hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler", Anayasa Hukuku Dergisi 5, sy 10 (569 551): 561-67.

<sup>50</sup> AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, RG. 4.11.2016-29878, § 19; "Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvuru usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabilir. Hangi kriter esas alırsa alınsın yapılan nitelemenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir."



dirmede düzenlemenin içeriğine bakarak karar vermekte ve bu nitelendirmeye göre sonuç çıkarabilmektedir.<sup>51</sup>

Öte yandan AYM'nin yeni içtihadında Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan denetim yasağı açısından sırf genetik yoruma dayanması eksik bir değerlendirmedir. Mahkeme, amaçsal ve sistematik yorum ilkeleriyle pratik uyuşum ilkesini ihmal etmiştir. Oysa Anayasa'nın 148/1. maddesinde öngörülen denetim yasağı, Anayasa Mahkemesi için ne denli bağlayıcı ise, Anayasa'nın 15 ve 119. maddelerinde belirlenmiş olan sınırlar da aynı derecede bağlayıcıdır. Anayasa Mahkemesi bunlar arasında bir tercih yapamaz. Arada bir çelişki görüyorsa, o zaman yapması gereken şey, her üç madde arasında her birinde azami hukuksal etki bırakacak şekilde pratik uyuşum ilkesini uygulamaktır.<sup>52</sup> AYM eski içtihadının bu yönde atılmış bir adım olduğu söylenebilir. Çünkü Mahkeme'nin yorumu, bir istisna kuralı olan denetim yasağının geçerlilik alanını belirleme, dolayısıyla genişletici yorumdan kaçınma ve geçerlilik alanı içinde gördüğü düzenlemelerde yasağa uygun davranmanın ötesine geçmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında ihmal edilen bir başka önemli nokta, Anayasa'nın 15 ve 119. maddeleriyle belirlenen sınırlı uygulama alanının, yalnızca somut birel işlemlerde değil, yasalarda ve düzenleyici işlemlerde de geçerli olmasıdır. Bunun en açık kanıtı, Anayasa'nın 119/5. maddesidir. Bu maddeye göre, "*Olağanüstü hâllerde ... 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı ... kanunla düzenlenir.*"

Ne var ki AYM, 2016'daki içtihat değişikliği ile OHAL KHK'leri için mutlak denebilecek ölçüde denetimsiz bir alan yaratmıştır.<sup>53</sup> Oysa AYM, eski kararlarında olağanüstü yönetimleri, kaynağını Anayasa'da bulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimler olarak nitelendirmekteydi.<sup>54</sup>

AYM'nin yeni içtihadıyla mutlak bir denetim yasağı olarak yorumladığı OHAL KHK'ler, kanunlaştıktan sonra bu sorunun Mahkemeye nasıl değerlendirdiğine gelince, bunu, raportörlerinden Taylan Ba-

<sup>51</sup> AYM, E. 2019/14, K. 2019/16, Kt. 14.3.2019, RG. 26.3.2019-30726, § 14.

<sup>52</sup> Bu konuda daha fazlası için bkz; Sağlam, "Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü", 71-73.

<sup>53</sup> Sağlam, 29.

<sup>54</sup> AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, Kt. 10.1.1991, RG. 05.03.1992-21162, s. 12.

rın'ın bir makalesinden özetlemek uygun olur. Barın'a göre, OHAL KHK'sinin kanunlaşması ile ortaya çıkan kanun ile olağanüstü hâl arasında bir bağlantı yoktur. Ancak kanunlaşan OHAL hükümlerinin yalnızca OHAL süresince geçerli olan kurallar ihtiva etmesi halinde, ilgili hükümlerin anayasa uygunluk denetiminin olağanüstü rejime tabi kural- lar çerçevesinde yapılması gerekir.<sup>55</sup> AYM'nin yaklaşımı da ilke olarak bu yönde olmuştur. AYM'ne göre OHAL KHK'sinin onaylanmasıyla ortaya çıkan kanun hükmünün Anayasa'nın olağan rejimine de olağanüs- tü rejimine de tabi olması mümkündür. AYM'nin bu şekilde önüne gelen bir kuralın denetimine başlarken ilk adımı kuralın hangi rejime tabi ol- duğunu belirlemektir. Buna göre kanunlaşarak yargısal denetime açılan kural olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelikse ve **olağanüstü hâlin süresiyle sınırlı olarak uy- gulanıyorsa**, Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olmakta ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi bakımından Anayasa'nın 15. maddesi esas alınmaktadır. Bu yöndeki de- netimde önce ilgili kuralların olağan dönemde Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenmektedir. Kuralın Anayasa'nın olağan dönem için ön- gördüğü güvencelere aykırı olduğunun tespiti halinde ikinci aşamaya geçilmektedir. Bu aşamada; kuralın Anayasa'nın 15. maddesine uygun olup olmadığı denetlenmektedir.<sup>56</sup> Bu şartları sağlamayan kurallar içinse 15. madde hiç gündeme gelmemektedir. Bu kurallar Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olmakta, dolayısıyla sadece Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü kurallara uygunluğu açısından incelenmektedir.<sup>57</sup>

Bu yaklaşıma objektif ölçülere göre ve ilkesel düzeyde bağlı ka- lınmış olsaydı, büyük bir olasılıkla OHAL'in olağan dönemde devam eden etkileri sorunu da gündeme gelmeyebilirdi. Ancak bunun ön koşu- lu, OHAL KHK'nin yöneldiği amaçtan ve orada açıkça belirtilen tercih- lerden bağımsız kalabilmektir. Kararların objektif ölçülere göre seyret- mediğini birazdan göreceğiz.

Bu bağlamda son bir noktaya daha değinmekte yarar var: AYM, bu kararnamelerin bireysel düzeyde yarattığı subjektif hak ihlallerinin

<sup>55</sup> Barın, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında", 567-68.

<sup>56</sup> AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, Kt. 24.12.2020, RG. 8.4.2021-31448, § 22.

<sup>57</sup> AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, Kt. 24.12.2020, RG. 8.4.2021-31448, § 11-12

somut olay bazında anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) yoluyla denetlenmesinde de bir engel görmemektedir.<sup>58</sup> Bu hususta da önce başvurucuya uygulanan tedbirin OHAL ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelelerin bertaraf edilmesine yönelik olup olmadığını ve OHAL süresiyle sınırlı olarak uygulanıp uygulanmadığını denetlenmektedir. Bu şartların gerçekleştiği sonucuna varılırsa önce Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü temel hak ve özgürlükler rejimine uygun bir tedbir olup olmadığını denetlenmektedir. Eğer tedbir Anayasa'nın 13. maddesine uygun değilse, bu durumda 15. maddeye uygun olup olmadığını denetleme aşamasına geçmektedir. Uygulanan tedbirin 15. maddede öngörülen ölçütlere de uymadığı tespit edilirse ihlal kararı verilmektedir.<sup>59</sup>

### **B. OHAL'in Olağan Döneme Taşan Etkilerini Önleme Bakımından Başarısız Bir Yargı İçtihadı: K. 2021/45 Sayılı AYM Kararı**

AYM, Resmî Gazete'de 26 Ocak 2022'de yayımlanan K. 2021/45 sayılı kararıyla<sup>60</sup> bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmamak üzere “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan” ve ekli listelerde yer alan kişilerin başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmasını öngören kanunlaşmış OHAL KHK'si hükümlerinin anayasaya uygunluğunu denetlemiştir. Karara konu olan 7086 sayılı Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle, emniyet teşkilatında çalışan 417, jandarma teşkilatında çalışan 893, Millî Eğitim Bakanlığı bünyesinde çalışan 2.585, Yüksek Öğretim Kurumu'na bağlı olarak çalışan 330, çeşitli kamu kurumlarında çalışan 239 kişinin görevine başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın son verilmiştir. Daha sonra çıkarılanlarla birlikte toplam 31 OHAL KHK ile devletin çeşitli kurumlarından 125.000'in üzerinde kamu görevlisi meslekten çıkarılmıştır. Bunlar yalnızca FETÖ örgütüyle sınırlı değildir. Darbe girişimi ve olağanüstü hâl ilanı ile hiçbir ilgisi bulunmayan sol örgütler ya da üniversite mensupları üzerinde de aynı işlem uygulanmıştır. Aşağıda bu karar, özellikle olağan döneme taşan etkileri yönünden

<sup>58</sup> Sağlam, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, 74-77.

<sup>59</sup> AYM, Ömer Kılınç [GK], B. No: 2018/30965, Kt. 29.9.2021, RG. 18.1.2022-31723, § 59-61; bu yöndeki bir kararın denetimi için bkz. Sağlam, 77-81.

<sup>60</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731.

incelenecektir. AYM, bu kararın ardından yine aynı nitelikte bir kanun hakkında başka bir karar daha vermiştir.<sup>61</sup> Ancak iki karar sonuçları ve gerekçeleri açısından neredeyse aynıdır. Dolayısıyla Resmî Gazete’de daha önce yayımlanan K. 2021/45 sayılı karar hakkında yaptığımız değerlendirmeler diğer karar için de geçerlidir.

Yukarıda belirtildiği üzere kanun haline gelen OHAL KHK’leri incelerken AYM’nin çözmeye çalıştığı ilk mesele, kanunun denetiminin olağan hâl rejimine göre mi olağanüstü hâl rejimine göre mi yapılacağı sorudur. AYM, incelediği kanundaki kuralların olağanüstü hâli gerektiren tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik olduğunu ve olağanüstü hâl dönemini aşan genel bir düzenleme niteliği taşımadığını belirterek; denetimini olağanüstü hâl rejimine göre gerçekleştirmiştir.<sup>62</sup> AYM’nin bu yaklaşımı, olağanüstü tedbirlerin olağan döneme taşınmasında belirleyici bir rol oynamıştır. Aşağıda somut birkaç kural üzerinde yapacağımız inceleme, bu görüşümüzü doğrulayacaktır.

### **1. Masumiyet Karinesine Aykırılık Nedeniyle İptal: “Üyeliği” ve “Mensubiyeti” İfadeleri**

AYM, “üyelik” ve “mensubiyet” ifadelerinin ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler hakkında terör örgütü üyeliği suçuna ilişkin ceza yargılaması süreci tamamlanıp suçlu olduklarına dair kesin hüküm tesis edilmişken terör örgütü üyesi ve mensubu olarak nitelendirilmelerine sebebiyet verebileceğini belirtmiştir. Buna göre haklarında kesinleşmiş bir mahkûmiyet bulunmadan kişilerin suçlu sayılmasına neden olabilecek ifadeler içeren kuralın Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesine aykırı olması nedeniyle olağan dönemde Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna ulaşan AYM, kuralı 15. madde açısından incelemiştir. Masumiyet karinesi Anayasa’nın 15. maddesinde öngörülen OHAL’de dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlüklerin sert çekirdek alanında yer aldığından Anayasa’nın olağanüstü hâl rejimine de aykırı olduğu sonucuna ulaşarak, bu ifadeleri iptal etmiştir.<sup>63</sup>

15 Temmuz sürecindeki OHAL KHK’lerin onaylanmasıyla ortaya çıkan kanunlardaki bu ifadelerin masumiyet karinesine aykırı olması ne-

<sup>61</sup> AYM, E. 2018/75, K. 2021/61, Kt. 22.9.2021, RG. 2.2.2022-31738.

<sup>62</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 53.

<sup>63</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 58-62

deniyle çoğunlukla iptal edildiği görülmektedir.<sup>64</sup> Öğretide de KHK'lerde yer alan bu ifadelerin Anayasa'nın 15. maddesine aykırı olduğu savunulmaktaydı.<sup>65</sup>

## 2. “İltisak” ve “İrtibat” Kavramları

AYM'nin bu iki ifade bakımından farklı sonuca varması, ceza hukukumuzda terör örgütüyle iltisaklı veya irtibatlı olmak şeklinde bir suç tanımlanmamış olmasından kaynaklanmış olabilir. AYM, bu ifadeler yönünden yaptığı incelemeyi de olağanüstü hâl için öngörülen denetim rejimine göre gerçekleştirmiştir.

### a) Kavramların Belirginliği Sorunu

AYM; iltisaklı ve irtibatlı kavramlarının genel kavram niteliğinde olduğunu, objektif anlam ve kapsamının sınırlarının durum ve şartlara göre yargı içtihatlarıyla belirlenebileceğini dolayısıyla kategorik olarak belirsiz olduklarının söylenemeyeceği yönündeki içtihadını<sup>66</sup> bu kararda da tekrarlamıştır.<sup>67</sup> AYM'nin yaklaşımına göre; iltisaklı ve irtibatlı olma değerlendirmesi kişinin cezai sorumluluğundan bağımsız ve somut olgulara dayalı olarak; bu şart hangi durum için aranmışsa kişinin bu duruma uygun olup olmadığının değerlendirilmesinden ibarettir. Kişinin terör örgütleriyle irtibatlı veya iltisaklı olma durumuyla farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden kanun koyucunun bunları önceden belirlemesi ve tek tek sayması beklenemeyecektir.<sup>68</sup>

AYM'nin sözünü ettiği kavramlar hukuk literatüründe zaten “belirsiz kavramlar” (unbestimmte Rechtsbegriffe) olarak adlandırılır. Ama irtibat ve iltisak kavramlarındaki belirsizlik, teknik terimin boyutunu aşan bir belirsizliktir. İlk kez 15 Temmuz Darbe Girişiminden sonra çı-

<sup>64</sup> Örnek olarak bkz. AYM, E. 2021/80, K. 2021/99, Kt. 16.12.2021, RG. 16.3.2022-31780.

<sup>65</sup> Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, 56. Ancak, ilerde de belirteceğimiz gibi üye ve mensup ile irtibat ve iltisak arasında AYM'nin yaptığı ayırım Gözler tarafından benimsenmiş değildir. Gözler her dört sözcüğü, aralarında herhangi bir ayırım yapmaksızın üyelik kavramında bütünleştirmiştir.

<sup>66</sup> AYM, E. 2018/89, K. 2019/84, Kt. 14.11.2019, RG. 13.2.2020 – 31038, § 30-31.

<sup>67</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 78.

<sup>68</sup> AYM, E. 2018, K. 2019/84, Kt. 14.11.2019, RG. 13.2.2020 – 31038, § 32-33.

karılan OHAL KHK'lerinde dile getirilen bu iki kavramın, olağanüstü yönetime, sınırı objektif olarak belirlenemeyecek yetkiler sağlama amacıyla kullanıldığı açıktır. Başka bir deyişle böyle bir amaç, OHAL dönemi açısından bile bir belirginliğe sahip değildir. Zaten kavramlar da bunun için seçilmiştir. AYM'nin OHAL KHK'leriyle ilgili yeni içtihadı çerçevesinde bu belirsizliği denetlememesi, bir ölçüde bu içtihadı uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Ancak bu KHK'ler yasaya dönüşükten sonra, yani yeni içtihadının ürünü olan mutlak denetim yasağı artık geçerliliğini yitirdikten sonra, Mahkeme'nin hâlâ bu kavramların belirliliğinden söz etmesi, kendi 60 yıllık tarihi açısından en hafif tanımla ancak bir "talihsizlik" olarak değerlendirilebilir.

Kaldı ki AYM, üyelik ve mensubiyet ile irtibat ve iltisak terimleri arasında kendi yaptığı ayırımla adeta çelişircesine, şöyle bir saptamada bulunmaktadır: "Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan her bir kişi yönünden kamu görevinden çıkarma nedeni (üyelik, mensubiyet, irtibat ya da iltisak) **ayrı ayrı belirtilmemiştir**. Dolayısıyla ... "üyelik ve mensubiyet" ibaresinin iptal edilmesi, Kanun'a ekli (1) sayılı liste yönünden kurallarda herhangi bir belirsizliğe yol açmamaktadır".<sup>69</sup> Zaten asıl sorun da "listede yer alan her bir kişi yönünden kamu görevinden çıkarma nedeni(nin) (üyelik, mensubiyet, irtibat ya da iltisak) **ayrı ayrı belirtilmemiş**" olmasından kaynaklanıyor. Başlı başına bu saptama dahi "irtibat ya da iltisak" kavramlarının belirsizliğini, daha doğru bir ifadeyle onlara yüklenmiş bulunan "yedeklik" işlevini göstermeye yeterlidir.

Listede adı geçenlerin -ayırım gözetmeksizin- bu dört kavramla tanımlanmış olması karşısında bunlardan bazılarının sonradan "üye ve mensup" olarak ayrılmasını ve masumiyet karinesinden yalnızca bunların yararlandırılmasını, sağlıklı bir hukuk mantığı olarak değerlendirmek güçtür. Hattâ üyelik ve mensubiyete göre çok daha belirsiz olan, ama aynı listede yer alıp, sonradan yine ölçüsü belirsiz bir biçimde irtibatlı ya da ve iltisaklı olarak tanımlananların masumiyet karinesinden neden yararlanamadıkları açıklamak bize daha da sorunlu gözükmemektedir. Esasen FETÖ bir tüzel kişi olmadığından üyelik kavramı ile yetinilmesi zaten mümkün değildi. Üyeliğin yanı sıra mensup, irtibatlı ve iltisaklı sözcüklerinin kullanılmış olmasının nedeni de bu olsa gerektir. Bu nedenle mensup, irtibatlı ve iltisaklı sözcükleri, gizli bir örgütte olası bir açık kapı bırakmamak amacıyla kullanılmış yedek sözcüklerdir.

<sup>69</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 80.

Nitekim, Kemal Gözler de 686 sayılı KHK TBMM tarafından 7086 sayılı yasaya dönüştürülmeden önce 2017 yılında yazdığı makalede mensup, irtibatlı ve iltisaklı sözcüklerini “üyelik” teriminde bütünleştirerek masumiyet karinesini listelenen isimlerin tümünü kapsayacak biçimde yorumlamıştır.<sup>70</sup>

Altı çizilmesi gereken önemli bir husus daha var; hukuk düzenimiz bu iki kavramla tanışalı 6 yıl oldu. Bu kavramların içerdiği belirsizliğin yargı içtihatlarıyla giderilebileceğine ilişkin AYM kararı 2 yıl önce verildi.

Gerek AİHM<sup>71</sup> ve gerekse AYM<sup>72</sup>, kanunların, insan yaşamında önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan sayısız birçok duruma uygulanabilir olmasının ve bunu sağlamak üzere belli ölçüde soyutluk içermesinin zorunlu olduğunu kabul etmektedir. Aksi yöndeki bir yöntem, kanunların açıkça öngörülmemiş durumlara uygulanmasını olanaksız kılan bir katılığa yol açacaktır. Ancak, bir hukuk devletinde bireylerin de davranışlarına hangi sonuçların bağlandığını öngörebilecek durumda olmaları gerekir. Dolayısıyla kanun metninde var olan belirsizliğin yargı içtihatlarıyla açığa kavuşturulması bir zorunluluktur. Ancak; bunca geçen sürenin ardından hâlâ derece mahkemelerinin bu kavramları belirgin hale getirdiğini görememekteyiz. AYM de hâlâ konuyla ilgili olarak verdiği ilk kararlara atıf yapmakta ve bu iki kavramın belirgin hale getirebileceğini söylemekte ve kendisi de bunu sağlayacak ölçütler ortaya koymayı deneme yoluna gitmemektedir. Bu durum ise anılan kavramların “belirginleştirilmeye” uygun olmadığını gösteren bir başka işarettir.

### **b) Yasallık İlkesi**

AYM, OHAL KHK’lerinin 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu kapsamında düzenlenmesi gerektiği, bu açıdan kanunilik ilkesinin ihlal edildiği itirazını reddetmiştir. AYM’ye göre dava konusu düzenleme, Anayasa’nın 119. maddesi kapsamında kanun ile getirilmiştir. Bu nedenle 119. maddeyi ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.<sup>73</sup> Acaba bu saptama, anayasal gerçeği ne ölçüde yansıtıyor?

<sup>70</sup> Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, 56.

<sup>71</sup> AİHM, Delfi AS/Estonya [BD], B. No: 64569/09, 16/6/2015, § 120-122.

<sup>72</sup> AYM, Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, RG. 3/8/2021 – 31557, § 70-72.

<sup>73</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 81.

Anayasa'nın 119/5. maddesine göre, "Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği **kanunla** düzenlenir."

Görülüyor ki bu madde, tek tek saydığı sınırlama tedbirlerinin ancak **kanunla** düzenlenebileceğini emrediyor. Başka bir deyişle Anayasa'nın 13. maddesine koşut olarak bu tür sınırlamaların münhasır bir kanun alanı oluşturduğunu belirtiyor.

Olağanüstü Hal Kanunu'na baktığımızda, bu Kanunda irtibat ya da iltisak kavramları yer almadığı gibi bu kavramlara bağlanan sonuçlara ilişkin herhangi bir yetkiye de yer verilmediğini görebiliyoruz. Bu sorunu daha iyi kavrayabilmemiz için önce bu kavramlara bağlanan yetkilerden söz edelim: Örneğin Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarılmaları, memuriyetlerinin alınması, bu kişilere ayrıca tebligat yapılmasının gerekmemesi gibi.

Olağanüstü Hal Kanunu'nun "Şiddet Hareketlerinde Alınacak Tedbirler" başlıklı üçüncü bölümünün "Tedbirler" başlıklı 11. maddesine bakıyoruz, bu maddede "**başka hiçbir işleme ve tebligata gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarma**" diye bir yetki göremiyoruz. 11. maddenin atıfta bulunduğu 9. maddeye bakıyoruz. Orada da böyle bir yetki yok. Benzer yetkilerin Sıkıyönetim Kanunu'nda yer aldığını hatırlarsak, Olağanüstü Hal Kanunu'nda bu yetkilere yer verilmemiş olmasının ne anlama geldiğini çok daha açık bir biçimde görmüş ve kavramış oluruz.

O zaman sormak gerekir? AYM nasıl olup da OHAL KHK ile alınmış bulunan tedbirlerin yasaya dönüştürülmekle artık yasallık ilkesinin ipso iure yerine geldiğine karar verebiliyor? Bize göre Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almayan bir yetki, Anayasa'yı yansıttığı ve somutlaştırdığı ölçüde OHAL KHK'leri ile de sağlanamaz. Çünkü Anayasa bu somutlaştırmanın yasa ile yapılmasını emrediyor. Bu açık gerçeğe rağmen, **OHAL KHK'lerinde bu tür yetkilerin bulunması, Anayasaya aykırı olmadıklarından değil, AYM'nin yeni içtihadı uyarınca bu kararnamelerin olağanüstü hâl süresince hiçbir halde denetleneme-**



**mesinden kaynaklanan bir sonuçtur.**<sup>74</sup> Aynı şey, 2017 Anayasa değişikliğinden sonra olağanüstü hâllerde çıkarılan cumhurbaşkanlığı karar-namelerinin Anayasanın 104/17. maddesinde öngörülen sınırlamalara tâbi olmaması açısından da geçerlidir. Çünkü Cumhurbaşkanının bu yetkisi yalnızca olağanüstü hâlin süresi içinde geçerli bir yetkidir. Bu sürenin dışına taşan bir sonuç doğuramaz.

OHAL yürürlükten kalktığı anda<sup>75</sup> ya da OHAL KHK'lerinin yasa-ya dönüştürüldüğü anda denetimsiz alanın varlığı da sona erer. Normal bir dönemde, daha somut bir deyişle AYM'nin yargısal denetiminin geri döndüğü bir dönemde, OHAL KHK'lerinin anayasaya aykırı hükümlerini anayasaya uygun hale getirmek mümkün değildir. “6/2/2018 tarihli ve 7086 sayılı *Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun*”un olağanüstü hâlin kaldırılmasından önce yürürlüğe girmiş olması da bu gerçeği değiştiremez.

2017 Anayasa değişikliğinden sonra olağanüstü hâl yönetimi tek bir maddede toplanmıştır. 119 maddenin 6. fıkrasına göre “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*”. Görülüyor ki burada öngörülen yetki konu bakımından sınırlı bir yetkidir. Bu sınırlılık, aynı maddede Anayasa'nın 104/17. maddesine gönderme yapılan anayasal sınırlardan bağımsız bir konu sınırlamasıdır. CBK konu sınırlamasından muaf tutulmuş değildir. Şu halde Anayasa Mahkemesi'nin OHAL KHK'leri üzerindeki denetim yasağı kalktığı an-

<sup>74</sup> Karş. Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri - Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, 60: “15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan 667-687 sayılı olağanüstü hâl KHK'lerinde yer alan pek çok hüküm Anayasamıza apaçık bir şekilde aykırıdır. Yine yukarıda açıklandığı gibi, pek çok düzenlemenin olağanüstü hâl ilân sebebiyle uzaktan yakından ilgilisi yoktur. Kanımızca 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü hâl KHK hükümlerinin yarısından çok fazlası Anayasamıza aykırıdır. Ne var ki, bu olağanüstü hâl KHK'lerinin apaçık bir şekilde Anayasaya aykırı olmaları bunların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecekleri anlamına gelmez. Bu KHK'lerin Anayasaya aykırılığı bir şey, bunların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmeleri başka şeydir. Anayasa Mahkemesinin bu tür KHK'leri denetleme yetkisi yoktur”.

<sup>75</sup> Türkiye'de 15 Temmuz darbe girişimiyle ilgili olarak 20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilmiş bulunan olağanüstü hâl, 7 kez uzatılmış ve 18 Temmuz 2018 tarihinde kaldırılmıştır.

da OHAL KHK'sinin konu sınırlamasına aykırı düzenlemeler üzerindeki genel denetim yetkisi geri döner.

### 3) Üniversite Öğretim Elemanlarıyla İlgili Anayasa Yasağına Aykırı Önlemler

Kararda göze çarpan bir başka sorunlu nokta, üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanlarının kamu görevinden çıkarılmasıyla ilgilidir. Anayasa'nın 130/7. maddesine göre, "Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca **her ne suretle olursa olsun** görevlerinden uzaklaştırılmazlar."

AYM önce, üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanlarının bu güvenceye aykırı olarak görevden alınmalarını Anayasa'nın sözüne aykırı bulmuştur. Gerekçenin izleyen bölümünde ise tedbir uygulanırken bireyselleştirme sağlanmamış olması nedeniyle 13. maddede yer alan ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>76</sup> Ne var ki bunun arkasından, söz konusu kuralın Anayasa'nın olağanüstü hâl için öngördüğü denetim rejimine uygunluğunu inceleme aşamasına geçmiştir. Ancak bunu yaparken 130. maddede yer alan "her ne suretle olursa olsun" ifadesinin olağanüstü hâl için de geçerli olup olmadığı yönünde bir sınıma ya da tartışma yapma yoluna gitmemiştir.<sup>77</sup>

Bize göre "her ne surette olursa olsun" ifadesi, sözel anlamıyla olağanüstü hâli de kapsar bir kesinlik göstermektedir. Öyle ki bu kesinliğin 15 madde anlamında "temel hak ve hürriyetler ... için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler" alabilme yetkisi kapsamında olmadığı bile söylenebilir. Çünkü "her ne surette olursa olsun" gibi istisna tanımayacak ölçüde kesinlik içeren bir ifade, "temel hak ve hürriyetler"e ilişkin güvencelerden çok üniversite özerkliğini korumaya yönelik bir işleve sahiptir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili boyutu, Anayasa'nın 130/7. maddesinin koruma kapsamının öğretim elemanlarını da içermesinden kaynaklanır.

<sup>76</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 82-89.

<sup>77</sup> Bu yönde bkz. Tolga Şirin, "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü hâl Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", 511-12.

“**Her ne suretle olursa olsun**” ifadesi, yukarıda adı geçen 130/7. madde dışında Anayasa’nın iki yerinde daha geçer: Anayasa m. 24/5, Anayasa m. 42/8 cümle 2. Ayrıca Anayasa’da aynı kesinliği içeren başka maddeler de vardır: Örneğin Anayasa m. 25/2 “Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”. Bu sayılanlardan Anayasa’nın 24/5 ve 25/2. maddelerinde yer alan yasakları, Anayasa’nın 15/2. maddesi, zaten olağanüstü hâller de dahi dokunulamaz alanlar olarak vurgulamıştır. Bundan hareketle “**Her ne suretle olursa olsun**” gibi kesin ifadelerle tanımlanmış bulunan yasak alanların, Anayasa m. 24/5 ile m.25/2 dışında olağanüstü halleri kapsayamayacağı ileri sürülebilir. Ancak bu görüşün geçerli olacağı varsayılsa bile, üniversite öğretim elemanlarının Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca görevden alınması, OHAL KHK’lerin denetlenememesinden kaynaklanan bir durumdur. Kararname yasalaştığı ya da olağanüstü hâl sona erdiği anda bu geçici durumu olağan dönemde geçerli kılmak, yasağın kesinliği karşısında artık mümkün değildir.

Bütün bu açıklamalara rağmen, OHAL KHK’lerle böylesine mutlak bir yasağa aykırı önlemlerin alındığı, artık meçhulümüz değildir. Ama yasaya dönüştürüldükten sonra bu mutlak yasağın neden anayasal etkisini ve bağlayıcılığını kazanamadığının makul bir açıklamasını yapmak bize mümkün gözükmemektedir.

Bu bağlamda AYM’nin gerekçesi hiç inandırıcı değildir. AYM’nin gerekçesine bakılırsa, öğretim elemanları için Anayasa’nın 130. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olarak kamu görevinden çıkarılma ve memuriyetin alınması tedbirini öngören kuralların, dolayısıyla kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın, Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında durumun gerektirdiği ölçüde olmadığı değerlendirilemez.<sup>78</sup> Hemen belirtelim ki bu gerekçe söz konusu tedbirin yasaya dönüşüp sürekli bir varlık kazanmasından sonrasında ilgili bir gerekçedir. Bize göre bunun tek bir anlamı olabilir: OHAL kalktıktan sonra da etkisi normal döneme taşabilir. Böylesine bir anlam saptırmasını Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralıyla (AY m. 11/1) bağdaştırmak mümkün değildir.

<sup>78</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 129.

#### 4) Kamu Görevinden Çıkarma Tedbirinin Ölçülülüğü ve OHAL Komisyonları

AYM, “kamu görevinden çıkarılma” tedbirinin olağanüstü hâlin gerektirdiği ölçüde olduğu sonucuna ulaşırken gerekçesini iki temele dayandırmaktadır.

İlki, FETÖ’nün hiyerarşik yapısıdır. Örgütün hiyerarşik yapısı, devlet içinde daha alt konumda olan bir kişinin kendisinin üstü olan kişiden daha üst pozisyonda olabilmesini ve böylece üstlerine emir ve talimat verebilmesini sağlamaktadır. AYM’ye göre bu durum, üst pozisyonlardaki kamu görevlilerine kamu görevinden çıkarma tedbiri uygulanırken, alt seviyedeki kamu görevlilerine daha hafif tedbirler uygulanmasını imkânsız kılmaktadır. Bu nedenle AYM’ye göre “söz konusu örgütle irtibatlı ya da iltisaklı olan tüm kamu görevlilerinin devlet nezdinde aynı ölçüde tehlike arz ettiği kabul edilerek nispeten daha az önem taşıyan pozisyonda görev yapan kişiler için de tedbirlerin uygulanmasının millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, kamu hizmetinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amaçlarına ulaşma bakımından gerekli olduğu söylenebilir”.<sup>79</sup>

Mahkeme’nin bu gerekçesi yukarıda “üye, mensup, irtibatlı ve iltisaklı” sözcüklerinin neden arka arkaya sıralandığını aydınlattığı gibi bu kavramlar arasında ayırım yapılamaması konusundaki görüşümüzü de doğrulamaktadır.

AYM’nin ikinci gerekçesinde Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonunun kurulmuş olmasına kilit bir rol verilmiştir. AYM’ye göre tedbirin alındığı anda durumun koşulları karşısında sağlanamamış olan bireyselleştirme, bu şekilde ileriye dönük olarak gerçekleştirilebilmiştir. Bu süreçte yargısal güvenceler sağlanmış ve olağanüstü hâle sebebiyet veren tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik kuralların bu amaç dışında keyfi bir şekilde uygulanmasını engelleyecek yollar öngörülmüştür.<sup>80</sup> Mahkeme’nin tedbir uygulandıktan sonra da olsa, bir denetim mekanizması öngörülmesine verdiği önem açıktır. Örneğin aynı kararda, kamu görevinden çıkarılan kişilerin pasaportlarının iptal edileceğine ilişkin düzenlemeyi; pasaport iptallerine karşı herhangi bir başvuru

<sup>79</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 104-106.

<sup>80</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 127-128

yolunun bulunmadığı, etkili bir denetim mekanizmasının öngörülmediği gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>81</sup>

Bununla birlikte kamu görevinden çıkarma işlemi topluca yapıldığı ve bireyselleşme sonradan sağlandığı için, sonradan öngörülen yargısal denetimin daha da büyük bir önem kazanması gerektiği gerçeği, AYM tarafından ihmal edilmiştir. Bunun gibi AYM, OHAL Komisyonu kurulduktan sonraki süreçte yaşananları dikkate almaya gerek yokmuş gibi davranmıştır.

685 sayılı KHK, TBMM tarafından kabul edilerek 1/2/2018 tarihli ve 7075 sayılı Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'la yürürlüğe konulmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu Komisyon bireysel başvuru yapmadan önce tüketilmesi gereken, ulaşılabilir, etkili ve yeterli giderim kapasitesine sahip bir iç hukuk yoludur.<sup>82</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aynı kanıdadır.<sup>83</sup> Buna karşın OHAL Komisyonu öğretide; yapısı, çalışma usulü, kararlarının niteliği, kararlarına karşı yapılacak yargısal denetimin etkililiği ve ihlalden sonra kurulan bir hukuk yolu olması yönlerinden eleştirilmiştir.<sup>84</sup> Özellikle, Komisyon'un önündeki iş yükü ve bunu bağlı olarak karar vermedeki yavaşlığı sadece öğretide değil çeşitli yerlerde yakınma konusu olmuştur. OHAL Komisyonu'nun kararlarına karşı idare mahkemelerine başvuru imkânı öngörüldüğü; idare mahkemesinin kararına karşı da bireysel başvuru yapılabilirdiği düşünüldüğünde durum daha da kötü hale gelmektedir. Olağanüstü hâlin koşulları altında haksız biçimde böyle bir işleme maruz kalan kişi zaten oldukça yavaş çalışan Komisyon'un kararını bekledikten sonra bir de idare mahkemesinin kararını beklemek zorunda kalacak ve hakkının ihlal edildiği iddiasını ancak yıllar sonra AYM ve AİHM'in önüne taşıyabilecektir. Kendisine olağanüstü hâl rejimi içinde terör örgütüyle iltisaklı veya irtibatlı damgası vurulan kişinin olağan döneme geçildikten yıllar sonra bu etiketten kurtulabilmesi dahi ayrı bir hak ihlali teşkil edebilecektir. AYM'nin kararıysa dışarıdan bir

<sup>81</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 273.

<sup>82</sup> AYM, Remziye Duman, B. No: 2016/25923, Kt. 20.7.2017, RG. 26.7.2017 – 30155.

<sup>83</sup> AİHM, Köksal/Türkiye (k.k.), B. No: 70478/16, 06/06/2017.

<sup>84</sup> Kerem Altıparmak, "Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu", Ankara Barosu Dergisi, sy 1 (2017): 73-88.

okuyucuya OHAL Komisyonu'nun sanki geçen yıl kurulmuş olduğu izlenimini verebilecek bir anlatım içermektedir.

### **5) Bir Daha Kamu Görevinde Çalıştırılmama Sonucunu Doğuran Yasak**

Olağanüstü hâl önlemlerinin normal yönetim döneminde olağanlaştırılması açısından kararın doruk noktası, artık tarihe karıştığını sandığımız “bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” şeklinde formüle edilmiş olan yasağın, olağan yönetim döneminin bir parçası olarak meşrulaştırılmış olmasıdır.

AYM'nin inceleme konusu kararının, olağanüstü hâlin istisnailiği ve geçiciliği kuralı açısından en sorunlu kısmı kanaatimizce KHK'ye ekli listede yer alan kişiler için öngörülen “bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmama” yasağını Anayasa'ya uygun bulmasıdır. AYM, bu tedbirin de olağanüstü hâl ile ilgili olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte AYM, kişilerin bütün hayatı için geçerli olan bir yasağın olağanüstü hâl süresini aştığını kabul etmek zorunda kalmıştır.<sup>85</sup> Mahkeme'ye göre bu tedbirin Anayasa'nın olağanüstü hâl rejimi için öngördüğü denetime tabi olmasının sebebi genel ve herkesi bağlayıcı bir düzenleme niteliğinde olmamasıdır.<sup>86</sup> AYM bu kararıyla; ilerideki herhangi bir olağanüstü hâl sürecinde OHAL KHK'leriyle kişilerin bütün yaşamları boyunca geçerli olacak birel işlem tesis edilmesinin önünü açmıştır.

Bunun sonucu olarak AYM'nin 33 yıl önce verilmiş bulunan ve “Türk Kamu Hukukunun yüz akı” olarak övülen Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın hak ve özgürlükleri koruyucu düzeyinden ne kadar uzak kaldığını görmek, bir hukukçu için son derece üzücü bir gözlemdir. Üstelik Danıştay, Sıkıyönetim Kanunu'nda yer alan “bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” şeklindeki yasağı, sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir kural olarak yorumlarken, anılan yasağın Anayasa'nın geçici

<sup>85</sup> Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, 56: “15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan KHK'lerle yapılan düzenlemelerin ezici çoğunluğu, sadece olağanüstü hâl süresince uygulanmak için değil, kalıcı olarak yapılmıştır. ... Hatta tereddüt hasıl olmasın diye kalıcılık ayrıca ve açıkça da pek çok defa vurgulanmıştır. Örneğin kamu görevinden çıkarılanların “bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği” bütün KHK'lerde ayrıca hükme bağlanmıştır”.

<sup>86</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 154.

m. 15/3 nedeniyle Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmek bile mümkün değildir.

Bunun dışında AYM'nin tedbiri ölçülülük kriteri açısından değerlendirirken dayandığı bir gerekçe de –olağanüstü hâlin geçiciliği ile ilgili olmasa da- kanımızca ayrı bir eleştiriyi hak etmektedir. Mahkemenin bu kararında “Kural, kişilerin devletin kamu otoritesiyle bağlantılı olmayan özel sektör alanında istihdam edilme imkânını ortadan kaldıracak herhangi bir kısıtlama da getirmemektedir” şeklinde bir gerekçe yer almaktadır.<sup>87</sup> Bir hakka yönelik sınırlama incelenirken kişinin başka haklara hâlâ sahip olduğu gösterilerek sınırlamanın haklı çıkarılması, hak ve özgürlükler açısından son derece tehlikeli bir yaklaşımdır. Anayasa'daki haklar birbirinin alternatifi olmayıp, bireyin –en azından yurttaşın- bütün temel haklara sahip olması gerekir. Bizim Anayasamız haktan yoksun bırakma kurumunu da öngörmemiştir. Kişinin hakkına getirilen sınırlama olağanüstü hâlde dahi hakkı kalıcı biçimde ortadan kaldıramaz. AYM'nin kullandığı cümle ise kişilerin kamu hizmetine girme hakkını kaybettiği, ancak hâlâ çalışma hakkına sahip olduğu gibi bir izlenim uyandırmaktadır.

### C. Kararın Mağdura Gösterdiği Yol

Basında çıkan haberlere göre Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu kanun hükmünde kararname (KHK) ile bugüne kadar meslekten ihraç edilen ve kapatılan bazı kurum ve kuruluşlara ilişkin 127 bin 130 başvurudan 124 bin 235'ini sonuçlandırmıştır. Başvurulara ilişkin kabul ve ret kararları arasındaki fark ise çarpıcıdır. 17.265 başvuruda kabul kararı verilmişken 106.970 başvuru reddedilmiştir.<sup>88</sup> Bu sayılar göz önünde bulundurulduğunda Anayasa Mahkemesi'nin mağdurlara gösterdiği yol, şöyle bir görüntü içeriyor:

Olağanüstü yönetim koşulları altında –“kurunun yanında yaşta yanar” misali-, suçsuz olsa da bir kimse FETÖ ile irtibatlı ya da iltisaklı olduğun iddiasıyla, bir daha çalıştırılmamak üzere kamu hizmetinden çıkarılabilir. Anayasa Mahkemesi'nin anlatımıyla:

<sup>87</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 165.

<sup>88</sup> Gazete Duvar, “OHAL Komisyonu anlattı: Kararlar nasıl verildi?”, Text, <https://www.gazeteduvar.com.tr/ohal-komisyonu-anlatti-kararlar-nasil-verildi-haber-1567017> (Gazete Duvar, 01 Haziran 2022), <https://www.gazeteduvar.com.tr/ohal-komisyonu-anlatti-kararlar-nasil-verildi-haber-1567017>.

“Kurallarla devlete sadakat bağı ile hizmet etmesi gerektiği halde millî güvenliğe açık ve yakın tehlike oluşturan terör örgütü veya benzeri yapı ve oluşumlarla **iltisaklı veya irtibatlı** oldukları tespit edilen kamu görevlileri hakkında uygulanan kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması tedbirlerinin olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu açıktır”<sup>89</sup>

“Kurallar Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle **defaten uygulanmış ve belli kişiler hakkında hükmünü icra etmiştir**. ... geleceğe yönelik genel, soyut ve herkesi bağlayıcı bir etki meydana getirmedeği açıktır. Bu yönüyle kurallar olağanüstü hâl dönemini aşan genel bir düzenleme niteliği taşımamaktadır.”<sup>90</sup>

AYM’ye göre, böyle bir işleme maruz kalsan da hukuk yolları açıktır: Bu amaçla kurulmuş bir Komisyon vardır. Bu komisyona yapılacak başvuru “bireysel başvuru yapmadan önce tüketilmesi gereken, ulaşılabılır, etkili ve yeterli giderim kapasitesine sahip bir iç hukuk yoludur”. Orada aklanma mümkün olmazsa, yetkili ve görevli idare mahkemesine başvurma yolu açıktır. Orada da ret kararı çıkarsa, AYM’ne bireysel başvuru yapılabilir. O da olmazsa AİHM’ye başvurup ihlal kararı alınabilir.

AYM kararına göre, böylece ilgili kişiye kendisine OHAL KHK ile yapılandırılmış bulunan iltisaklı ya da irtibatlı sıfatlarından kurtulma imkânı tanınmış oluyor. Bizim buna ekleyebileceğimiz tek bir koşul kalıyor: “Tabii bu süre içinde sağlığını koruyup hayatta kalabilirse”.

AYM’nin, OHAL Komisyonu kararı sonrasında yapılacak başvurulardan dolayı yoğun bir iş yüküyle karşılaşacağını tahmin etmek güç değildir. Anayasa Mahkemesi’nin bu başvurularda daha hak odaklı bir yaklaşım takip edeceğini de tahmin edebiliyoruz. Bu durum, AYM’nin sorunların çözümünü ancak bireysel boyutta bireysel başvuruya erteleyip norm denetiminde yargısal pasifizizm göstermesinin bir başka örneğini teşkil etmektedir.

## SONUÇ

İnceleme konumuzu oluşturan 7086 sayılı Kanuna ilişkin AYM kararı, OHAL KHK’lerini, olağanüstü hâli aşacak boyutta genişletme ve

<sup>89</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 65.

<sup>90</sup> AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731, § 66.



onlara, normal dönemde dahi etkisini sürdürecektir yeni bir işlev kazandırmaktadır.

OHAL KHK'ler, AYM'nin yeni içtihadıyla kendi geçerlilik alanı yönünden bile denetlenemezken, yasalaşma sürecinden sonra bu karar-namelerin artık denetlenebilir hale gelmiş olması, biçimsel düzeyde bir farklılıktan ibaret olmamalıdır. OHAL KHK yasaya dönüştükten sonra yapılacak denetim, OHAL'i olağan döneme yayıp meşrulaştıracaksa, buna Anayasa anlamında bir denetim denilemeyeceği kuşkusuzdur. AYM bu kararıyla, -aslında provokatif (düşünmeye tahrik edici) bir amaçla ortaya atıldığını düşündüğümüz- "anayasa hükmünde kararname" tezine<sup>91</sup> hukuksal bir gerçeklik kazandırmış olmaktadır. Bu gerçeklik, yalnızca 15 Temmuz sonrasındaki OHAL ile sınırlı kalmayacak bundan sonra yaşanacak olası olağanüstü hâller için de kalıcı bir tehdit özelliği taşıyacaktır.

### KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin. "Temel Hakların Durdurulması". Anayasa Yargısı 33, sy 1 (01 Haziran 2017): 61-82.

Altıparmak, Kerem. "Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu". Ankara Barosu Dergisi, sy 1 (2017): 69-88.

Aybay, Rona. "1402'liklerin Göreve Döndürülmemesi Hukuka Aykırıdır". İçinde Bahri Savcı'ya Armağan, 192-97. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988.

Barın, Taylan. "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK'lerinin Yargısal Denetimi". Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 75, sy 2 (27 Mayıs 2020): 557-87.

Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu. 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta, 2014.

Ergun Özbudun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Erkut, Celal. "Danıştay'ın '1402'likler Kararı': Türk Kamu Hukuku'nun Yüzakı". İçinde Tunaya'ya Armağan, 71-86. İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1992.

<sup>91</sup> Tolga Şirin, "Anayasa Hükmünde Kararnameler", Güncel Hukuk, Kasım 2016, 155.

Gemalmaz, Mehmet Semih. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları. 1. Bası. İstanbul: BDS Yayınları, 1991.

Gözler, Kemal. “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”. Ankara Barosu Dergisi, sy 1 (2017): 39-67.

———. Anayasa Hukununun Genel Esasları Ders Kitabı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2020.

———. İnsan Hakları Hukuku. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2020.

———. “Olağanüstü hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlanması Sistemi ve Olağanüstü hâl Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”. Ankara Barosu Dergisi 47, sy 4 (1990): 561-90.

———. Türk Anayasa Hukuku. 4. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2021.

Günday, Metin. “OHAL, İhraç KHK’ları ve Hukuki Durum”. Ankara Barosu Dergisi, sy 1 (2017): 29-38.

Kaboğlu, İbrahim Ö. Özgürlükler Hukuku. Yenilenmiş 7. baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 2013.

———. “Parlamentar Rejimin Olağanüstü hâlde Kaldırılması (16 Nisan 2017 Referandumu ile ‘Kabul Edilen’ Anayasa Değişikliğine İlişkin İlk Gözlemler”. Çeviren Gülden Kurt. Ankara Barosu Dergisi, sy 4 (2017): 25-43.

Narter, Recep, ve Semih Batur Kaya. Olağanüstü hâl Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Sağlam, Fazıl. Anayasa Hukuku Ders Notları. 1. bs. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.

———. “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”. Anayasa Hukuku Dergisi 7, sy 13 (2018): 21-102.

———. “Kanun Hükümünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”. Anayasa Yargısı, 1984, 261-71.

Şirin, Tolga. “Anayasa Hükümünde Kararnameler”. Güncel Hukuk, Kasım 2016, 155.

———. “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü hâl Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak”. Anayasa Hukuku Dergisi 5, sy 10 (2016): 475-526.

Türk, Ender. “Anayasa Mahkemesi’nin Olağanüstü hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler”. *Anayasa Hukuku Dergisi* 5, sy 10 (569 551): 2016.

### **İnternet Kaynakları**

20 Temmuz 2016 Tarihli Toplantı, Pub. L. No. 498, § Milli Güvenlik Kurulu (2016). <https://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplanti>

Altıparmak, Kerem. “Bu Bir Olağanüstü hâl KHK’si Değildir”. *Bianet - Bağımsız İletişim Ağı*. Erişim 02 Temmuz 2022. <https://www.bianet.org/bianet/hukuk/177136-bu-bir-olaganustu-hal-khk-si-degidir>.

Duvar, Gazete. “OHAL Komisyonu anlattı: Kararlar nasıl verildi?” *Text*. <https://www.gazeteduvar.com.tr/ohal-komisyonu-anlatti-kararlar-nasil-verildi-haber-1567017>. *Gazete Duvar*, 01 Haziran 2022. <https://www.gazeteduvar.com.tr/ohal-komisyonu-anlatti-kararlar-nasil-verildi-haber-1567017>.

Gözler, Kemal. “Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu ve Doç. Dr. Murat Sevinç’in Kamu Görevinden Çıkarılması Hakkında Bir Açıklama”. [www.anayasa.gen.tr/kaboglu-sevinc.htm](http://www.anayasa.gen.tr/kaboglu-sevinc.htm), 09 Şubat 2017.

———. “Olağanüstü Hâl ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenebilir mi”, [www.anayasa.gen.tr/ouhkhk-aym.htm](http://www.anayasa.gen.tr/ouhkhk-aym.htm).

Sağlam, Fazıl. “1402’nin Kaderi Danıştay 5. Daire’de”. *Cumhuriyet Gazetesi*, 11 Kasım 1987. <https://egazete.cumhuriyet.com.tr/oku/192/1987-11-11/0>.

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

AİHM, Delfi AS/Estonya [BD], B. No: 64569/09, 16/6/2015

AİHM, Köksal/Türkiye (k.k.), B. No: 70478/16, 06/06/2017.

### **Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararları**

AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, Kt. 10.1.1991, RG. 05.03.1992-21162.

AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, Kt. 3.7.1991, RG. 08.03.1992-21165.

AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, Kt. 22.5.2003, RG. 16.03.2004-25404.

AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, RG. 4.11.2016-29878.

AYM, E. 2019/14, K. 2019/16, Kt. 14.3.2019, RG. 26.3.2019-30726.

AYM, E. 2018/89, K. 2019/84, Kt. 14.11.2019, RG. 13.2.2020 – 31038.

AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, Kt. 24.12.2020, RG. 8.4.2021-31448.

AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, Kt. 24.6.2021, RG. 26.1.2022-31731.

AYM, E. 2018/75, K. 2021/61, Kt. 22.9.2021, RG. 2.2.2022-31738.

AYM, E. 2021/80, K. 2021/99, Kt. 16.12.2021, RG. 16.3.2022-31780.

### **Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları**

AYM, Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, Kt. 20.6.2017, RG. 30.06.2017-30110.

AYM, Remziye Duman, B. No: 2016/25923, Kt. 20.7.2017, RG. 26.7.2017 – 30155.

AYM, Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, RG. 3/8/2021 – 31557.

AYM, Ömer Kılınç [GK], B. No: 2018/30965, Kt. 29.9.2021, RG. 18.1.2022-31723.

### **Diğer Kararlar**

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 1988/6, K. 1989/4, Kt. 7.12.1989, RG. 09.02.1990-20428.