

“ ...

29/04/2017 tarihli ve 30052 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 688 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 07/02/2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşülerek yasalaşmıştır. 08/03/2018 tarihli ve 30354 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 7088 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun” ile olağanüstü hal kapsamında ihtiyaç duyulan bazı tedbirlere yönelik düzenlemeler yapılarak; terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan kişilerin kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılması, 1416 sayılı Kanun kapsamında yurtdışında öğrenim gören bazı kişilerin aynı gerekçeyle öğrencilikle ilişkilerinin kesilmesi, olağanüstü hal kapsamındaki kanun hükmünde kararnamelerle doğrudan kamu görevinden ihraç edilen ancak yapılan inceleme sonucunda söz konusu terör örgütleri, yapı, oluşum veya gruplarla bağlantılı olmadığı tespit edilen bazı kişilerin kamu görevine iade edilmesi, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan bazı kurum ve kuruluşların kapatılması; daha önce olağanüstü hal kapsamındaki kanun hükmünde kararnamelerle doğrudan kapatılan ancak yapılan inceleme sonucunda söz konusu terör örgütleri, yapı, oluşum veya gruplarla bağlantılı olmadığı tespit edilen bazı kurum ve kuruluşlar hakkındaki hükümlerin kaldırılması ve kapatılan özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurtları ve pansiyonlarının faaliyetlerinin sürdürüldüğü dönemde üzerlerinde bulundukları taşınmazların devredildiği üçüncü kişilerin terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya irtibatı olması halinde, taşınmaz üzerinde kapatılma işleminden önceki faaliyete devam edildiğine bakılmaksızın devir işlemlerinin muvazaalı kabul edilmesi amaçlanmıştır.

Dava konusu düzenleme Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından OHAL KHK’si olarak çıkarılmış ve TBMM tarafından onaylanarak yasa adı altında yayımlanmıştır. Ancak aşağıda açıklanacak nedenlerle söz konusu düzenleme yok hükmündedir ve Anayasa Mahkemesinin bu yokluğu tespit etmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi yokluk tezine katılmazsa gene aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak nedenlerle dava konusu düzenleme şekle aykırılık dolayısıyla Mahkemece iptal edilmelidir. Aşağıda belirtilecek yokluk nedenlerinin iptali istenen düzenlemenin hem TBMM tarafından onaylanması öncesine ilişkin boyutları hem de onaylama aşaması sonrasına ilişkin boyutları bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin önüne daha önce yetki ve şekil sakatlıklarının bu derece ağır olduğu bir metin gelmemiştir. Bu nedenle “yokluk” iddiamızın öncelikle değerlendirilmesi zorunludur.

A. İptali İstenen Düzenlemenin TBMM Onayı Öncesine İlişkin Yokluk Nedenleri

Dava konusu düzenleme pek çok nedenle yok hükmündedir.

1. İptali İstenen Düzenleme Yetki Gaspsı Suretiyle Çıkarılmıştır

Öncelikle Anayasa ile olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna tanınan yetkinin tamamen dışına çıkılarak olağanüstü halin süresini ve

kapsamını aşacak şekilde tedbirler alınarak anayasal yetkilerini tamamen aşarak bireylerin temel hak özgürlüklerine ömür boyu müdahale edecek şekilde kalıcı işlemler yapmıştır. Anayasa tarafından Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna, olağanüstü hal süresini aşan, kalıcı nitelikte ve temel hak ve özgürlüklere müdahale yapma yetkisi verilmemiştir. Bu, yargı organlarına ve idareye tanınan yetkilerin açıkça gaspı anlamına gelmektedir ve Anayasa Mahkemesinin çeşitli defalar belirttiği gibi yetki gaspı suretiyle yapılmış düzenlemeler yoklukla maluldür.

Çağdaş demokrasilerde olağanüstü yönetim usulleri devletin ya da ulusun varlığına yönelmiş olağanüstü bir tehdit veya tehlikenin mevcudiyeti halinde, bu tehdit ve tehlikenin olağan tedbirlerle ortadan kaldırılamayacak derecede ciddi olması durumunda bu tehdit veya tehlikeyi ortadan kaldırmayı ve olağan düzene dönmeyi amaçlayan rejimlerdir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü yönetimler anayasal düzeni korumak ve savunmak amacı taşıyan rejimlerdir. Bütün olağanüstü yönetim usulleri gibi, olağanüstü hal de çağdaş anayasal demokrasilerde geçici nitelikte olan hukuki ve anayasal bir rejimdir. Bunun anlamı, olağanüstü halin yürütme organına istediğini yapma olanağını tanıyan keyfi bir rejim olmamasıdır. Olağanüstü hal, anayasal demokratik rejimin askıya alınması değil, devletin veya ulusun varlığına yönelik ciddi bir tehdit veya tehlikenin hızlı bir şekilde ortadan kaldırılması ve en kısa sürede olağan hukuk düzenine dönüşmesini sağlamak amacıyla geçici bir süreyle yürütme organına hızlı ve etkili tedbirler alma ve temel hak ve özgürlüklere müdahale olanağı verir. Ancak Anayasa bu yetkilerin sınırını açık bir şekilde çizmiştir ve yürütme organının hukuk devleti dışına çıkmasına olanak tanımaz. Yürütme organı, olağanüstü hallerde de çerçevesi ve sınırları anayasa ve kanunlarla çizilen sınırlar içinde hareket etmek zorundadır.

Olağanüstü hallerin amacı, olağanüstü hal ilanına neden olan durumu en kısa sürede ortadan kaldıracak tedbirleri almak ve olağanüstü hal ilanı öncesi döneme geri dönmektir. Olağanüstü hal yönetimini, anayasal düzeni ve hukuk sistemini yeniden düzenlemenin bir aracı olarak kullanmak olağanüstü hal yönetiminin mahiyetiyle bağdaşmaz. Bu nedenle olağanüstü hal döneminde yürütme organının alacağı tedbirler geçici ve istisnai nitelik taşımalıdır. Bu önlemler olağanüstü hal sona erdikten sonra da etkisini sürdürecektir nitelikte olamaz, bir başka ifadeyle olağan dönemde de uygulanamaz.

1982 Anayasası 121. maddesinde olağanüstü hallerde yürütme organına özel bir yetki vererek Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma olanağı tanımıştır. Ancak bu kanun hükmünde kararnamelerin Anayasanın 91. maddesinde düzenlenen KHK'lerden önemli farklılıkları vardır ve Cem Eroğul'un deyiimiyle bunlar arasında ad benzerliği dışında hiçbir benzerlik yoktur (bkz. Cem Eroğul, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması" Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, Cilt 54, Sayı 4, s. 38). 121. maddeye göre olağanüstü hallerde kanun hükmünde kararnameler Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılır. Bu kanun hükmünde kararnameler bir yetki yasasına dayanmaz. Bu kanun hükmünde kararnameler, Anayasa'nın 91. maddesinde olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnameler için getirilmiş konu sınırlamasına bağlı değildir. Anayasa'nın 91. maddesinin olağan kanun hükmünde kararnameler için koyduğu konu sınırlandırmalarına bağlı olmadıklarından, bu tür kanun hükmünde kararnamelerle temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevler de düzenlenebilir. Ancak bu hükmün aşağıda açıklanacağı gibi 121/2. madde ile birlikte yorumlanması gerekir. Ayrıca bu kararnameler ile yalnızca olağanüstü halin gerektirdiği tedbirler alınabilir. Dolayısıyla bu KHK'lar ile yapılacak düzenlemelerle olağanüstü halin konusu, kapsamı ve süresiyle sınırlı tedbirler alınabilir ve bunu aşan düzenleme yapılamaz. Aşağıda açıklanacağı gibi aslında bu

düzenlemelere kanun hükmünde kararname denilmesi yanıltıcıdır. Bunlarla sürekli ve genel düzenlemeler yapılması mümkün olmadığından bunların kanun hükmünde olduğunu söylemeye de olanak bulunmamaktadır (bkz. Cem Eroğul, age, s. 38).

Öncelikle Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci fıkrasında belli konuların Olağanüstü Hal Kanununda düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre "119. madde uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne surette alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri Olağan Üstü Hal Kanununda düzenlenir". Burada sayılan belirli konuların Olağanüstü Hal Yasası'nda düzenlenmesi zorunlu olduğundan bu konular KHK'larla düzenlenemeyecektir (Merih Öden, "Anayasa Mahkemesi Ve Olağanüstü Hal Ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.3 (2009), s. 664)

Dolayısıyla temel hakları sınırlandıran ya da durduran düzenlemeler doğrudan OHAL KHK'ları ile yapılamaz. Ancak Olağanüstü Hal Kanununda yapılan düzenlemelerin somut uygulaması niteliğindeki düzenlemeler OHAL KHK'sı ile yapılabilir. Bir örnek vermek gerekirse Anayasanın 19. maddesinde güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkının olağanüstü hal dönemlerinde nasıl kısıtlanacağı ancak OHAL Kanunu ile düzenlenebilir. Mesela gözaltı süresinin ne kadar uzatılabileceği ancak OHAL Kanunu ile düzenlenebilir. OHAL KHK'sı ile ise ancak kanunda belirtilen süreyi aşmamak üzere somut OHAL döneminde gözaltı süresinin ne kadar uygulanacağı düzenlenebilir. Yani OHAL KHK'ları ile temel haklar doğrudan düzenlenemez, ancak OHAL Kanununun uygulamasını gösteren düzenlemeler yapılabilir. Anayasa'nın 121/2 maddesinin doğal ve mantıki sonucu budur. Bunun sonucu olarak OHAL KHK'ları ile Olağanüstü Hal Kanununda değişiklik yapılması da mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi bunu açık bir şekilde belirtmiştir (bkz. AYM Kararı, E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.1.1991; E. 1991/6, K. 1991/20, K.T. 3.7.1991).

İkinci olarak, Anayasa'nın 121/3. maddesi gereğince olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri "olağanüstü halin gerekli kıldığı konular"da çıkarılabilir. Dolayısıyla olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisi konu bakımından sınırlıdır. Bir düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı bir konu olup olmadığı, Anayasanın konuyla ilgili bütün maddeleri (md. 119., 120., 121., 15. vb) göz önünde bulundurularak yapılır. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı olarak çıkarılmaları gerekir. Anayasa Mahkemesi de olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin amaç ve kapsamını demokratik hukuk devletine uygun olarak yukarıdaki biçimde belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle getirilen düzenlemeler olağanüstü halin amacını ve sınırlarını aşmamalıdır. "Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içerisinde 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda' uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür kanun hükmünde kararnamelerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılabilecek KHK'lere Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte incelendiğinde başkaca işlevler yüklenemez. Bunun tersi bir anlayış; Anayasa ve Olağanüstü Hal Yasası dışında yeni bir olağanüstü hal yönetimi yaratmaya neden

olur. Oysa, Anayasa, olağan anayasal düzenden ayrı ne gibi olağanüstü yönetimler kurulabileceğini saptamış ve bunların statülerinin de yasayla düzenlenmesini öngörmüştür. Olağanüstü yönetim usulleri; olağanüstü haller ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinden ibarettir. Anayasa, bu olağanüstü yönetimlerin hangi ilkelere göre düzenleneceğini açıkça göstermiştir. O halde, bu sayılanlar dışında farklı bir olağanüstü yönetim usulü, yasayla dahi düzenlenemez." (E. 1990/25, K.1991/1; E. 1991/6, K.1991/20)."

Üçüncü olarak, olağanüstü halin belirli bir bölge veya bölgelerde ilan edilmesi halinde, çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler ile alınacak önlemlerin sadece olağanüstü hal ilân edilen bölge için geçerli olması, bölge dışına taşırılmaması gerekir.

Dördüncü olarak, olağanüstü hal belirli bir süreyle de sınırlıdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılan kanun hükmünde kararnameler, bu hallerin ilân edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Kanun hükmünde kararnameler ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hal öncesine uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hal sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hal ilânı durumunda uygulanmak üzere geçerliklerini korumaları olanaksızdır.

Son olarak, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisi olağanüstü hal bölgesi ve süresiyle sınırlı olduğundan, Anayasa Mahkemesinin de isabetle belirttiği üzere, "... olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile, yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarının devamı isteniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü hal bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konular' olamaz." (E. 1990/25, K.1991/1; E. 1991/6, K.1991/20). Bir başka ifadeyle, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle yürürlükteki kanunlarda genel ve sürekli değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hal ve sıkıyönetimin kanunla belirlenmiş statülerinde olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleriyle değişiklik yapılması, ayrıca Anayasa'nın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne, 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine, Başlangıç kısmındaki "... Kuvvetler ayırımının, ... belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" temel ilkesine ve 11. maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine de aykırılık oluşturur (E. 1991/6, K.1991/20).

Özetlemek gerekirse, OHAL KHK'leri ile Anayasanın 15. maddesine aykırı düzenleme yapılamaz, temel haklar sınırlandırılmaz ve durdurulamaz; Olağanüstü Hal Kanununun uygulaması niteliğinde düzenlemeler yapılabilir ancak Olağanüstü Hal kanununda değişiklik yapılamaz; Anayasanın kanunla düzenlenmesini emrettiği konularda düzenleme yapılamaz mesela, suç ve cezalar düzenlenemez; Olağanüstü halin konusunu, süresini ve kapsamını aşan düzenlemeler yapılamaz bunun sonucu olarak olağanüstü hal süresini aşan tedbirler alınamayacağı gibi, kanunlarda genel ve sürekli değişiklikler yapılamaz ve uygulaması olağanüstü halin süresini aşan genel ve sürekli düzenlemeler de yapılamaz. Olağanüstü halin ilan edildiği bölgenin dışında uygulanacak tedbir alınamaz ve düzenlemeler yapılamaz (Bkz. Cem Eroğul, age. s.39)

Anayasa, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna OHAL KHK'si adı altında, bireylerin hukuki statüsünü kalıcı olarak değiştiren birel işlem niteliğinde

düzenleme yapma, ya da sürekli olarak uygulanacak kurallar koyma yetkisi vermemiştir ve yetkinin bu şekilde kullanılması açıkça yargısal yetkinin ve bireysel işlem yapma yetkisinin gaspı anlamına gelir. KHK çıkarma yetkisi her ne kadar yürütme organına tanınmış ise de özünde bir yasama yetkisidir ve yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesinin (Anayasa m. 7) anayasadan kaynaklanan bir istisnasını oluşturmaktadır. Ne var ki bu, KHK çıkarma yetkisinin genel, düzenleyici, kural işlemler için kullanılması gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Yürütme organı KHK çıkarırken geçici olarak yasama yetkisi kullanmaktadır ve bir KHK'nin nitelik olarak kanunlara benzemesi kaçınılmazdır. Yasama organının bireysel işlemler niteliğinde kanun çıkaramayacağı doktrinde kabul edilmektedir (Ergun Özbudun, s. 202). Bir kuralın somut olguya uygulanması niteliğindeki bireysel işlemlerin, kural işlem şeklinde yapılması yetki gaspı anlamına gelir. Daha sonra TBMM tarafından onaylanarak yasalaşan (6749 sayılı Kanun) 667 sayılı KHK'nin 4. maddesinde bu işlemlerin hangi kurumlar tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Yasa ile kurumlara tanınan yetki, yasanın uygulanması şeklindeki bireysel işlemlerin geçici yasama yetkisi kullanan Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca OHAL KHK'si şeklinde kullanılmıştır. Yukarıda açıklandığı gibi bu yola sırf söz konusu işlemleri yargı denetimi dışına çıkarmak amacıyla başvurulmuştur. Bu kötü niyetli ve yetkisiz işlem Anayasa'nın 121 maddesine açıkça aykırı olduğu gibi, "yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmünü içeren Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır.

Bir bireyin terör örgütüne üye olup olmadığına karar verme yetkisi yargısal bir yetki olduğu gibi bir yapının ya da oluşumun terör örgütü olduğuna karar vermek de yargısal bir yetkidir. Yokluğunun tespiti talep edilen dava konusu düzenleme "Fonksiyon Gaspı" suretiyle yargı organının yerine geçerek ek listedeki tüzel ve özel kişilerin terör örgütü üyesi vd. olduğuna hükmetmektedir. Aynı şekilde Anayasa Md. 118'de düzenlenen Milli Güvenlik Kurulunun icrai yetkilere sahip olmadığını, sadece tavsiye niteliğinde kararlar alma yetkisiyle donatıldığını hatırlatmak gerekir. Ne var ki, 8 Mart 2018 tarihinde yayınlanan Kanunlara ekli ihraç listeleri terör örgütü üyeliği, vd suçlarından hüküm kurma yetkisini MGK'ya vermektedir. Yani MGK tarafından terör örgütü olduğuna karar verilen yapı ve oluşumlarla ilişkili kişilerin kamu görevinden çıkarılmasını ve diğer yaptırımlara tabi tutulmasını, aynı durumdaki kurumların ise kapatılmasını öngörmektedir. Kısaca MGK yargı organının yerine geçerek işlem yapmış ve hangi oluşumların terör örgütü olduğuna karar vermiştir. (Oysa, MGK'nun OHAL ilanı için yaptığı tavsiye kararı, OHAL'in anayasal çerçevesine vurgu yapıyor ve kamuoyu ile CB tarafından paylaşılıyordu: "MGK üyeleri olarak yaptığımız kapsamlı değerlendirme sonunda terör örgütünün bertaraf edilebilmesi için anayasamızın 120. Maddesi uyarında OHAL ilan edilmesini hükümete tavsiye etme kararı aldık. Bakanlar Kurulumuz da Türkiye'de 3 ay OHAL ilan edilmesi kararını aldı. Bu uygulama kesinlikle demokrasiye, hukuka, özgürlüklere karşı değildir. Tam tersine bu değerleri koruma, yükseltme, geliştirme adıdır. Olağanüstü Hal ilanının amacı ülkemizde demokrasiye, hukuk devletine, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerine yönelik bu tehdidi ortadan kaldırmak için gereken adımları en etkin ve hızlı şekilde atabilmektir" (CB, 20 Temmuz 2016).

Diğer taraftan dava konusu düzenleme ağır ve bariz yetki tecavüzü içermektedir. Anayasanın 130. 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." Buna rağmen dava konusu düzenleme ile çok sayıda öğretim elemanı görevden uzaklaştırılmıştır. Anayasanın üniversitelerin yetkili organlarına tanıdığı yetki Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından kullanılmıştır ve bu ağır ve bariz yetki tecavüzü fonksiyon gaspı sonucunu doğurmaktadır.

Aynı zamanda Anayasanın açık hükümleri yok sayılarak bireysel temel hak ve özgürlüklere müdahale edilerek fiili yol oluşturulmuştur. Anayasanın 15., 121. ve 130. maddelerinin açık bir şekilde yasakladığı müdahalelerin yapılması hukukun ve anayasanın askıya alınması, dolayısıyla hukuk devletinin tamamen reddi anlamına gelmektedir. Bu Anayasanın kuvvetler ayrılığını düzenleyen Başlangıcına, hukuk devletini güvence altına alan 2. maddesine devlet yetkilerinin anayasadan kaynaklamasını öngören 6. maddesine, yasama, yürütme ve yargı yetkilerini düzenleyen 7., 8., ve 9. maddelerine, anayasanın üstünlüğünü düzenleyen 11. maddesinin de hiçe sayılması anlamına gelmektedir. Aşağıda açıklanacağı gibi bu aslında anayasanın fiilen askıya alınması ve anayasasızlaştırma sonucunu doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi yetki gaspı suretiyle yapılan düzenlemelerin yokluk ile malul olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme yokluk ölçütlerini şu şekilde belirlemiştir:

Bir kanunun yokluğundan söz edilebilmesi ise yasama organının bu yönde bir iradesinin olmaması ya da anayasal düzende yasama organına verilmeyen bir yetkinin fonksiyon gaspı suretiyle kullanılması gibi hukuk âleminde hiçbir zaman varlık kazanamayacak olan durumlarda mümkündür. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getiren yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin, diğerinin yerine geçmesi sonucunu doğuracak şekilde karar almaları “fonksiyon gaspına” yol açacağından, yasama organının, yasama fonksiyonu kapsamında yer almayan hususlarda “kanun” adı altında yapacağı düzenlemelerin hukuk âleminde varlık kazanabilmesi mümkün olmayacaktır. Belirtilen haller dışında kalan, kanunların veya kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlarda Anayasa'ya aykırılığının saptanması ise ilgili kanun veya kanun hükümlerinin yokluğunu değil, iptalini gerekli kılar.” (AYM Kararı: E.2014/57, K.2014/81, K.T. 10/04/2014, R.G. 14/05/2014t., 29000s.)

Mahkemenin bu kararında yasama organı için belirtilen fonksiyon gaspının, geçici yasama yetkisi kullanan yürütme organı için de geçerli olduğu açıktır. Dolayısıyla fonksiyon gaspı suretiyle yapılan işlemler yok hükmündedir.

Anayasanın Başlangıcına, 2., 6., 7., 8., 9., 11., 15., 121. ve 130. maddelerine açıkça aykırı olarak fonksiyon gaspı suretiyle çıkarılan dava konusu düzenlemenin yokluğunun tespitine karar verilmesi gerekir.

2. (Cumhurbaşkanlığı Başkanlığında Toplanan) Bakanlar Kurulunun İradesi Oluşmadan Dava Konusu Düzenleme Çıkarılmıştır, Bu Nedenle Yok Hükmündedir

OHAL KHK'lerinin hazırlanması ve çıkarılması sürecindeki şekil eksikliklerinin özellikle de işlem yapma iradesinin oluşup oluşmadığını Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi gerekir. Bilindiği üzere, OHAL KHK'leri için gerekli olan şekil ve usul koşulları Anayasa'nın 121. Maddesinde belirtilmektedir. Buna göre:

1. Kararnameler, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmalıdır.

2. Kararnameler, Resmî Gazete'de yayımlanır.

3. Kararnameler aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

4. Kararnamelerin TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir.

Esas Sayısı : 2018/54

Karar Sayısı : 2018/73

5. İçtüzüğün 128'inci maddesine göre ise, TBMM olağanüstü hâl KHK'lerini otuz gün içinde görüşüp sonuçlandırır.

KHK, hukuki niteliği itibarıyla bir kolektif işlem türüdür. Kolektif işlemlerde gerçekleştirilen işlemlerin hukuk dünyasında var olabilmesi için o işlemi gerçekleştirmeye yetkili olan organda yer alan bireylerin iradelerinin tümünün aynı zamanda ve aynı doğrultuda açıklanmış olması gerekmektedir. Bakanlar Kurulu'nun iradesinin oluşmasına dair birbiriyle de bağlantılı iki sorun vardır.

İlk olarak, söz konusu iradenin somut olayda oluşmuş sayılabilmesi için, KHK'lerin ana metinleriyle birlikte, kurum kapatma ve ihraç kararlarında isimlerin tek tek okunmuş olması gerekir. Ne var ki her bir KHK'nın kapsamının genişliği ve ekli olan ihraç ve kapatma listelerinin yüksek miktardaki sayıları dikkate alındığında, ilgili Bakanlar Kurulu toplantısında bu düzenlemelerin tamamının ve ekli listelerde yer alan isimlerin okunmadığına dair ciddi emareler bulunmaktadır. Sırf bu nedenle dahi Bakanlar Kurulu'nun iradesinin oluşmamış olduğu söylenebilir.

Bakanlar Kurulu tarafından bir oylama yapılmış olması da iradenin oluştuğu anlamına gelmemektedir. KHK'lere ekli ihraç ve kapatma listelerindeki isimlerin tek tek okunmadığına ilişkin en inandırıcı kanıt bizzat Başbakan Binali Yıldırım'dan gelmiştir:

"Takdir edersiniz ki önümüze gelen binlerce listeyi kontrol edip, doğru yanlış yapıldığını bilemeyiz. ...Samimiyetle söylüyorum. Tek tek olaylarla ilgilenmedim. 100 bin kişi diyor ki bana da bak ona da bak. Mümkün değil. Hassasiyet gözetiyoruz. Geneline bakıyoruz. Kamuoyundaki etkilere göre önlem alıyoruz. Başka yöntem bulamadık."

Yine aynı doğrultuda Yıldırım'ın şu sözleri, ekli ihraç listelerinin Başbakan başta olmak üzere altında imzası bulunan bakanlar kurulu üyeleri ve Cumhurbaşkanı tarafından okunmadığına dair aksi ispatlanamayacak bir kanıt niteliğindedir.

"Takdir edersiniz ki biz önümüze gelen binlerce listeyi inceleyip, 'Efendim buradan kim hakkında işlem yapıldı. Doğru mu yapıldı, yanlış mı yapıldı? 'Böyle bir mekanizmamız yok, yapamayız da. Ancak ne zaman bilgimiz oluyor biliyorsunuz? Bunlar olduktan sonra haberlerde çıkıyor, sizler tabii araştırıyorsunuz bilinen isimleri, çıkıyor ondan sonra haberimiz oluyor. Bu da gayet doğal."

Söz konusu düzenlemelerin tamamının ve ekli listelerdeki isimlerin Bakanlar Kurulu üyeleri ve Cumhurbaşkanı tarafından okunmasının zaten hayatın olağan akışına da uygun olmadığı Başbakanın şu sözlerinden anlaşılmaktadır:

"İnsan kapasitesinin yeteceği bir şey değil. Bu hassasiyeti gözetmemiz lazım. Bu bir hak, hukuk meselesi yani birinin konusuyla ilgilenip, diğerini görmezden gelirsek orada da adaletsiz bir durum ortaya çıkar mı? Geneline bakıyoruz. Şikayetleri, kamuoyunda oluşturduğu etkileri dikkate alarak, önlem almaya çalışıyoruz. Başka türlü bir yöntem bulamadık doğrusu."

İkinci sorun ise, anılan Bakanlar Kurulu toplantı tarihleri ile ardı ardına çıkarılan KHK'lerin Resmi Gazete'de yayımlanma tarihleri arasındaki tutarsızlıklardır. Bir dizi KHK Resmi Gazete'de farklı tarihlerde yayımlanmış olmasına rağmen, bu kararnamelerin kabul edildiği Bakanlar kurulu toplantısı tarihi 2 Ocak 2017 olarak görülmektedir. Bu kararnameler sayıları ve Resmi Gazete'de yayımlanma tarihleri sırasına göre şu şekildedir:

679, 680 ve 681 Sayılı KHK'lar, Resmi Gazete yayınlanma tarihi: 6 Ocak 2017

683, 684 ve 685 Sayılı KHK'lar, Resmi Gazete yayınlanma tarihi: 23 Ocak 2017

686 Sayılı KHK, Resmi Gazete yayımlanma tarihi: 7 Şubat 2017

687 Sayılı KHK, Resmi Gazete yayımlanma tarihi: 9 Şubat 2017

Bu görünüm karşısında, anılan KHK'lerin kabul edilmesi aşamasında ayrı ayrı KHK çıkarılmadığı, 2 Ocak tarihinde gerçekleştirilen Bakanlar Kurulu toplantısında (belki de boş kâğıda) bakanların imzalarının alınarak, KHK'lerin ve ek listelerinin sonradan eklendiği izlenimi uyanmaktadır. Nitekim şu haber de bu izlenimi doğrular niteliktedir:

“CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu, 2 Ocak'tan sonraki kararnamelere ilişkin “Bu tarihten sonra yayımlanan bütün kararnameler usulsüz. Süre ve kapsam bakımından sıkıntılar var. Bu kararnameler yetki bakımından da sorunlu. Saray karar veriyor, bakanlar imza atıyor, geriye dönük imza hali söz konusu, suçüstü haliyle karşı karşıyayız” dedi... Bunun en büyük kanıtlarından biri de 2 Ocak toplantısına atfen bir kararnameyle ihraç edilenlerden bazıları, aynı toplantıya atfen ilan edilen bir başka kararnameyle göreve iade ediliyor”

Özetle, tarihler arasındaki tutarsızlık ve Binali Yıldırım'ın sözleri, KHK metnlerinin ve eklerinin KHK'nın altında imzası bulunan Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu dışındaki bir aktör veya organ tarafından hazırlandığına ve bu eklerin 2 Ocak 2017 tarihinde belki de boş kâğıda Bakanlar Kurulunun atmış olduğu imzaya eklendiğine işaret etmektedir. Diğer yandan bir kararnameyle ihraç edilen bir kişinin aynı toplantıda kabul edilen bir başka kararnameyle iade edilmiş olması da, KHK metin ve eklerinin Bakanlar Kurulu üyeleri ve Cumhurbaşkanı tarafından okunmadığına- ve evleviyetle- hazırlanmamış olduğuna dair önemli bir kanıt teşkil etmektedir.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, OHAL KHK'larını çıkarmaya yetkili olan makam Cumhurbaşkanı Başkanlığında toplanan bakanlar kuruludur. Öte yandan bu yetkinin kullanılması aksi Anayasa'nın 121. maddesinde ayrıca belirtilmediğine göre, karşı-imza kuralına tabidir. Anayasa'ya göre “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.”(Md. 105)

Bunun sonucu da anılan KHK'lerin altında isimleri yer alan Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nun hukuki ve siyasi açıdan KHK'lerin içeriğinden sorumlu olmasıdır. Tüm bunlar dikkate alındığında Anayasa tarafından Bakanlar Kurulu'nun başkanı olarak düzenlenen (Md.112) Başbakanın yukarıda anılan ifadelerini; bakanlar kurulunun iradesinin oluşmadığının ilk elden itirafı olarak okumak gerekir.

Bakanlar Kurulu 2 Ocakta toplandığı halde, ilerleyen hafta ve aylarda ve farklı tarihlerde birden çok KHK çıkarıldığına göre, bunlar çok büyük olasılıkla ek listeler (bürokratlar tarafından) hazırlandıkça 2 Ocak toplantısında alınan imzaların sonradan gelen KHK'lara eklendiği ve bu nedenle aslında Bakanlar Kurulu üyelerinin bu KHK'ların altına imza atmamış oldukları ihtimali oldukça yüksektir. Bu nedenle 2 Ocak sonrası tarihe sahip olan KHK'ler açısından; adları belirtilmiş olsa da Bakanlar Kurulu üyelerinin ıslak imzalarının bulunmamış olduğunu teyit edilmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre yetkili organın iradesinin oluşmamış olması işlemin yokluğuna neden olur (AYM Kararı: E.2014/57, K.2014/81, K.T. 10/04/2014, 14/05/2014 tarihli ve 29000 sayılı R.G.) Ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle iptali istenen düzenleme Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun iradesi oluşmadan çıkarılan düzenleme yok hükmündedir. Anayasa Mahkemesinin bu yokluğu tespit etmesi gerekir.

3. Anayasa ve İçtüzükte Öngörülen Sürede Onaylanmayan KHK Yok Hükmündedir

Anayasa'nın 121. maddesine göre OHAL KHK'larının Resmi Gazetede yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulması gerekmektedir. Onaylanma süresi ve usulünün düzenlenmesi ise İçtüzüğe bırakılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmündeki kararnamelerinin görüşülmesi başlıklı 128. maddesi uyarınca;

“Anayasanın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır.”

Görüldüğü gibi İçtüzüğün 128. maddesi onaylamanın 30 gün içinde tamamlanmasını öngörmektedir. 30 gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından görüşülmeyen kanun hükmünde kararnamelerin hukuki durumuna ilişkin olarak doktrinde bu KHK'ların kendiliğinden yürürlükten kalkacağı yönünde güçlü bir görüş bulunmaktadır. Tanör-Yüzbaşıoğlu (1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (YKY, 2001), s.411) ve Teziç (Anayasa Hukuku, (Beta, 2003), s. 39) gibi yazarlar 30 gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından görüşülmeyen kanun hükmünde kararnamelerin kendiliğinden reddedilmiş sayılacağını ileri sürmektedir. Bu yazarlara göre 30 gün içinde kabul, ret ve değiştirilerek kabul edilmeyen KHK'lar kendiliklerinden yürürlükten kalkarlar ve yokluk ile malûldürler. Bunların yokluğu her mahkeme tarafından saptanabilirler.

Kuzu (Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi (1993) s. 262) ve Gözler (Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi (Bursa, Ekin, 2000) s. 60) gibi başka bazı yazarlar ise otuz gün içinde TBMM'ce onaylanmayan OHAL KHK'larının “idari işlem” olarak kalacaklarını ileri sürmektedirler.

Bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin öngörülen 30 günlük süre içinde OHAL KHK'larının TBMM tarafından onaylanmamış olması halinde bu KHK'ların OHAL KHK'sı niteliğini kaybedeceği görülmektedir. Bu durumda 30 günlük süre geçmiş olmasına rağmen TBMM'ce onaylanmamış olan OHAL KHK'larının sonradan onaylanmakla yeniden yürürlüğe gireceklerini söylemeye olanak bulunmamaktadır.

Sonuç olarak yukarıda açıklanan her üç nedenle iptali istenen düzenleme yok hükmündedir ve bu yokluğun Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi gerekir.

B. TBMM Tarafından Onaylama Sonrasına İlişkin Yokluk Nedenleri

Yukarıda açıklandığı gibi OHAL KHK'ları ile ancak geçici tedbirler alınabileceğinden, bunların kanun hükmünde olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Genel ve sürekli düzenlemeler yapması mümkün olmayan ve kanunları değiştiremeyen bir işlemin maddi olarak kanun niteliğinde olduğu söylenemez. Cem Eroğul'un isabetle belirttiği gibi Anayasa'nın 121. maddesinde yer alan düzenlemenin doğal ve mantıki sonucu OHAL KHK'larının biçimsel olarak yürütme işlemi olduğu gibi, maddi olarak da yürütme işlemi olarak kabul edilmesidir. Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen olağan KHK'ler biçimsel olarak yürütme işlemi iken maddi anlamda yasama işlemidir ve genel ve sürekli olarak uygulanmak üzere çıkarılırlar ve kanunlarda değişiklik yapabilirler. Oysa OHAL KHK'leri doğaları gereği geçici olmak durumundadır ve sürekli etki doğuracak şekilde çıkarılamazlar. Bunun sonucu olarak olağan KHK'ler ile OHAL KHK'lerinin TBMM'ce onaylanması da tamamen farklı hukuki niteliğe sahiptir ve farklı sonuçlar doğurur. Olağan KHK'lerin TBMM tarafından onaylanması bir kanun yapma işlemidir ve önüne gelen kanun tasarıları gibi bunları kanunların görüşülmesi usulüne uygun olarak görüşür ve kabul eder, böylece ortaya yeni bir kanun çıkar. Oysa geçici tedbirler niteliğindeki OHAL KHK'leri maddi açıdan bir yürütme işlemidir ve bunların onama kararının bir meclis kararı ile alınması gerekir (Bkz. Cem Eroğul, age. s.42). Zira Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen TBMM onayı, bir yasalaştırma işlemi değil, siyasal denetim işlemidir. Diğer bütün siyasal denetim işlemlerinde olduğu gibi bunun da bir kanunla değil, meclis kararı ile alınması gerekir. Ancak bu şekilde Anayasa'nın 148. maddesindeki OHAL KHK'lerinin denetimi yasağı anlamlı hale gelir. Zira Anayasa Mahkemesinin yetkisi, yasaları ve yasa gücündeki işlemleri denetlemektir. Anayasa koyucu maddi anlamda yürütme işlemi olan OHAL KHK'lerini siyasi denetime tabi tutmuştur.

TBMM onayının kanun şeklinde yapılması OHAL KHK'lerinin geçici niteliği ile bağdaşmaz ve Anayasa'nın 121. maddesine aykırı olur. Çünkü kanun ile onaylanması OHAL KHK'lerini OHAL süresini aşan sürekli ve genel düzenlemelere dönüştürür ki, bu yasama yetkisinin Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna devri anlamına gelir ve fonksiyon gaspı teşkil eder. Özellikle geçici tedbir niteliğinde olmayan ve sürekli uygulanma olasılığı bulunan ve yukarıda açıklandığı gibi esasen Anayasa'nın 121. maddesinin Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna tanımadığı kalıcı düzenlemelerin, TBMM tarafından kanun şeklinde onaylanması yasama yetkisinin Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna devri anlamına gelir ve Anayasa'nın 7. maddesine açık bir aykırılık oluşturur.

İptali istenen düzenleme kanun adı altında onaylanmak ve yayımlanmakla hukuk düzeninde sürekli ve kalıcı bir nitelik kazanmıştır. Olağanüstü hal kalksa dahi bu kurallar uygulanmaya devam edecektir. Bu da açıkça fonksiyon gaspı olduğunu göstermektedir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme yok hükmündedir.

Geçici tedbir niteliğindeki düzenlemelerin kanun şeklinde onaylanması ise onların geçici niteliği ile bağdaşmaz ve aşağıda açıklandığı üzere Anayasal normlar hiyerarşisini ve hukuk düzeninin tutarlı normlardan oluşması ilkesini altüst eder. Bu ise hukuk devleti ilkesinin temel koşullarından biri olan hukuk düzeninin öngörülebilir ve tutarlı olması gereği ile bağdaşmaz. Nitekim 2016 yılına kadar hukuk düzenimizde kanunlaştırma şeklinde onaylanmış herhangi bir OHAL KHK'si bulunmamaktadır. Onaylamanın kanun şeklinde yapılması ile OHAL KHK'sinin akıbetinin ne olduğu da belli değildir. OHAL KHK'sinin hala yürürlükte olduğuna işaret eden bazı uygulamalar görülmektedir. Mesela, 8 Mart yasalarında daha önce yasalaştırılmış olmasına rağmen atıfların yasaya değil KHK'ye yapılmaya devam edildiği ve değişikliklerin yasalar üzerinde değil, KHK'ler üzerinde yapıldığı görülmektedir. Bu da hukuk düzeninin alt üst olduğunun en somut kanıtıdır.

Ayrıca başvuru konusu işlemlerin kanun olmadığını önemle belirtmek gerekir. Doktrinde kanun kavramı şekli ve maddi kanun olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan ilkinde göre bir metnin üzerinde “kanun” yazıyorsa ve TBMM tarafından kabul edilmişse o kanundur. İkinci olarak maddi kanun anlayışına göre ise metnin içeriğine bakılır. Bir metin genel, objektif ve kişilik dışı kuralları içeriyorsa o metin kanundur. Anayasa Mahkemesinin bu aşamada maddi kanun anlayışını benimsediğini belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadına göre; Anayasa Mahkemesi denetim yetkisini kullanırken işlemi yapan organın nitelemesiyle bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi’nin önüne kanun adıyla gelen bir işlemin kanun olmadığını tespit etme yetkisi vardır. Anayasa’nın 148. maddesine göre “kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılar yapılmadığı” hususuyla sınırlıdır. Anayasa Mahkemesinin “kanunları” denetleme yetkisi bu şekilde Anayasa tarafından tanındığına göre, Mahkemenin önüne gelen bir işlemin kanun olup olmadığını tespit yetkisi de denetleme yetkisinin ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmek gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin bir işlemin kanun olup olmadığını tespit etme yetkisi olduğuna göre, 8 Mart kanunlarının bazılarında yer alan ihraç, kurum kapatma ve iadelere ilişkin listeleri ele almak gerekir.

Anılan listelerin ve üzerine eklendiği dörder maddelik metinlerin maddi açıdan kanun olmadığı genel, kişilik dışı ve objektif hukuk kuralları değil özel, belirli kişi ve kurumlara yönelik ve öznel (sübjektif) birel işlemler olduğuna kuşku yoktur. Şekli açıdan bakıldığında bile her bir kanunun ilk dört maddesinden sonra yer alan kapatma, ihraç ve iade listeleri de bir kanunun sahip olması gereken kenar başlığı, madde numarası ve paragraf gibi asgari şekil unsurlarından yoksundur. Yukarıda belirtildiği gibi OHAL KHK’lerinin gerçek anlamda kanun olmadığı göz ardı edilerek ilk dört maddenin kanun olduğu kabul edilse bile, ekli listelerdeki isim ve kurumlar o kanunun uygulandığı idari işlemler midir? Burada, şu çelişkiye de dikkat çekmek gerekir: erkler ayrılığı ilkesinin doğal sonucu, yasama, yürütme ve yargı gibi devletin farklı fonksiyonlarının gerçekleştirildiği işlemlerin birbirinden ayrılması gerekliliğidir. Bir işlem, yasama (veya düzenleyici) veya idari (birel) ya da yargısal nitelik taşıyabilir. Kamu hukuku genel ilkelerine göre de bu üç tür fonksiyonun iki veya üçünün bir arada bulunduğu karma işlem kategorisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla hem yasama, hem yürütme hem de yargı işlemi niteliği taşıyan dava konusu düzenlemenin fonksiyon gaspı suretiyle yapıldığı açıktır.

Diğer taraftan TBMM söz konusu düzenlemeleri onaylarken ekli listeler hiçbir şekilde okunmamış ve üyelerce incelenmemiştir. Yüz binden fazla isim hakkında herhangi bir görüşme ya da tartışma gerçekleşmemiştir. Bir kişiyi terör örgütü ile ilişkili olarak tespit eden, onu kamu görevinden çıkaran, ömür boyu tekrar kamu görevine girmesini ve kamu hizmetinde çalışmasını yasaklayan, belli özel sektör işlerine girme yasağı öngören, pasaportlarını iptal eden bu işlemlerin TBMM’nin iradesiyle oluştuğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. İrade yokluğu aynı zamanda işlemin de yokluğuna sebebiyet verir.

Eğer Anayasa Mahkemesi OHAL KHK’si adı altında düzenlenmekle birlikte, maddi niteliği açısından OHAL KHK’si olamayan işlemleri denetlemeye kendisini yetkili gördüğü; yerleşik ve Anayasanın tüm hükümleriyle uyum içinde olan eski içtihadından vazgeçmeyip; 2016 sonrası dönemde yürütme organının OHAL KHK’si adı altındaki Anayasaya aykırı olarak gerçekleştirdiği kimi işlemler hakkında denetim yetki ve görevini yerine getirmiş olsaydı, böyle bir durumla karşılaşılması olmayacaktı.

Diğer taraftan yukarıda açıklandığı gibi Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından geçerli olarak çıkarılmamış olan, dolayısıyla yok hükmünde olan düzenlemelerin TBMM tarafından onaylanmış olması onları kendiliğinden geçerli hale getirmez. Yani geçerli bir onaylama kararından söz edebilmek için öncelikle onaylanabilir nitelikte geçerli bir işlemin bulunması gerekir. Oysa yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı gibi ortada onaylanabilecek nitelikte ve onaylamaya elverişli bir işlem bulunmamaktadır. Bu nedenle geçerli olarak var olmayan bir işlemin onaylanması mümkün değildir. Olmayan işlem onay ile varlık kazanmaz, yok olmaya devam eder.

Anayasanın Başlangıcına, 2., 6., 7., 8., 9., 11., 15., 121. ve 130. maddelerine açıkça aykırı olarak fonksiyon gaspı ve irade yokluğu suretiyle çıkarılan dava konusu düzenlemenin yokluğunun tespitine karar verilmesi gerekir.

C. Eylemli İçtüzük Değişikliği Dolayısıyla TBMM'nin Onama Kararı Geçersizdir

Olağanüstü kararnamelere ilişkin Anayasa ve İçtüzük özel bir yasalaşma süreci öngörmüştür. Bu yasalaşma sürecinde ilk göze çarpan husus yasalaşma sürecindeki süre şartıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmündeki kararnamelerinin görüşülmesi başlıklı 128. maddesi uyarınca;

“Anayasanın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır.”

Ancak 689 sayılı KHK'nin görüşülmesinde içtüzüğün zorunlu kıldığı usule uyulmamıştır. 689 sayılı KHK, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sevk edilmesinin ardından 30 günlük sürede Genel Kurul'da görüşülmemiştir. Yukarıda yokluğa ilişkin savlarımızın kabul edilmemesi halinde İçtüzükteki yoruma açık olmayacak netlikteki süre şartına uyulmaması, niteliği itibarıyla eylemli içtüzük değişikliğidir. Daha somut bir ifadeyle, TBMM OHAL KHK'lerinin görüşülmesinde 30 günlük zaman sınırını ihlal etmek yoluyla konuya ilişkin İçtüzük hükmünü (md. 128) fiili olarak ilga etmiştir. Anayasa Mahkemesi T.B.M.M. İçtüzüğü'nü denetlemeye yetkili olduğuna göre, iş bu fiili İçtüzük değişikliği de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi parlamento kararlarını eylemli İçtüzük değişikliği adı altında denetlemiştir:

- Başkanlık Divanı'nın oluşumundaki usulsüzlükler (E.1973/43, K.1973/39, k.t. 25.12.1973.)

- Cumhurbaşkanının seçiminde Anayasa ve onun doğrudan atıfta bulunduğu İçtüzük kuralına uyulmaması (E.2007/45, K.2007/54, k.t.1.5.2007.)

- Bakanlar Kurulu göreve başlarken, güvenoyu için öngörülen karar yeter sayısı hakkında Anayasa ve İçtüzük'te özel bir hüküm olmamasına rağmen, bu hususta Genel Kurul kararı yoluyla, karar yetersayısı hakkındaki Anayasa'nın ilgili genel hükmüne aykırı bir kuralın tesis edilmiş olması E.1996/19, K.1996/13, k.t.14.5.1996).

- Olağanüstü hal ilanı ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına ilişkin sürenin uzatılmasında Anayasa ve İçtüzükte herhangi bir kural olmamasına rağmen Genel Kurul kararı yoluyla yeni bir uygulama yaratılması(E.1996/20, K.1996/14, k.t.14.5.1996)

- Seçimlerin yenilenmesi kararının değiştirilmesi hakkındaki önerenin usulde paralellik ilkesi uyarınca tekrar ilgili komisyonda görüşülmeden doğrudan Genel Kurul gündemine alınmasına ilişkin Genel Kurul kararı. E.1996/21, K.1996/15, k.t.14.5.1996.

Bir başka deyişle; Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlükler ile parlamenter demokrasi ilkelerine aykırı bulduğu kimi parlamento kararlarını, eylemli İçtüzük değişikliği olarak değerlendirmiş ve bu konuda denetim yetkisi önündeki anayasal sınırları aşarak Anayasa ve İçtüzük hükümlerine aykırı olarak alınan kimi parlamento kararlarını denetlemiştir. Bu bağlam, 30 gün şartı başta olmak üzere aynı zamanda İçtüzük kuralı da olan diğer kurallar için de geçerlidir. Bunun yanında bu başlık altındaki eylemli İçtüzük değişikliğinin dava açma süresi 10 değil, 60 gündür.

“Sessiz anayasa” olarak nitelendirilen TBMM İçtüzüğü ancak Anayasaya uygun olarak değiştirilebilir. Eğer eylemli bir değişiklikle İçtüzük metni değiştirilirse, bu durum TBMM kararını sadece İçtüzüğe değil, Anayasaya da aykırı hale getirir. İş bu talebimizle, Anayasa Mahkemesi’nin parlamento kararının usul saptırması yoluyla yargı denetiminden kaçırılmasının önüne geçme içtihatlarına uygun olarak yapması gereken süre şartına uyulmaması sebebiyle iptali gerekir.

D. OHAL KHK’ları İle “Anayasasızlaştırma” Sürecine Girilmiş, Anayasa Askıya Alınmıştır

Yokluğunun tespiti ve iptali talep edilen bu kanun, içerdiği hükümler bakımından, anayasada bir değişik yapmamakla birlikte, tam aksine hükümler içermektedir. Bir başka deyişle, kimi hükümleri ile, Anayasanın “tam aksine kurallar konulmakta ve çatışma durumunda da Anayasa hükümleri değil, bu KHK’lerin hükümleri uygulanmaktadır.” (Kemal Gözler). Bu bağlamda, iş bu iptali talep edilen kanun, maddi olarak anayasa değişikliği niteliğinde olduğu için Anayasa’nın 148 ve 175. Maddelerinin bir arada okunması suretiyle anayasaya şekil bakımından aykırıdır.

Anayasanın 148. maddesi, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesinde kanunlara nazaran daha geniş bir alan tanımaktadır. Buna göre bir anayasa değişikliği en az 184 milletvekili tarafından yazılı olarak teklif edilmeli, bu teklif iki kere görüşülmeli ve en az 330 oyla kabul edilmiş olmalıdır. İşte Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerine ilişkin bu üç temel aşamayı denetleyebildiğine göre, kanun niteliğini almış kanunların anayasa değişikliği olarak tanımlanabilmesi halinde yukarıda bahsedilen tüm sakatlıklar şekil bozukluğu olarak değerlendirilmelidir. Mademki kimi madde hükümleri anayasa değişikliğidir, en az 184 milletvekili ile iki kere görüşülerek en az 330 oy alması gereken bir metin; TBMM’nin önüne Başbakan tarafından getirilmiş ve sadece bir kere görüşülmüştür. Ayrıca ilgili kanunun TBMM’deki kabul oyları da 330’dan düşüktür. Kaldı ki kabul oyları 330’un üzerinde olsa bile bu oyların TBMM tamsayısının üçte ikisini (2/3) (367 MV) bulmadığı takdirde Cumhurbaşkanınca yayımlanarak yürürlüğe konulması mümkün değildir. Cumhurbaşkanı bu tür anayasa değişikliği kanunlarını ancak referanduma sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlayabilir.

1982 Anayasası gibi kazuistik anayasalar, kanunlara yol gösterici genel ilkeler yanında doğrudan uygulanabilir kuralları da içermektedir. Doğrudan uygulanabilir Anayasa kuralı demek ayrıca bir yasal düzenlemeye gerek kalmaksızın bir Anayasa hükmünün hukuk dünyasında sonuç doğurmasıdır. 1982 Anayasası uyarınca Anayasa Mahkemesi önünde tanınan bireysel başvuru hakkı çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin anayasa hükümlerine doğrudan uyguladığını düşündüğümüzde, 1982 Anayasasının anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabileceğine cevaz verdiğini söylemek mümkündür.

OHAL döneminde doğrudan uygulanabilecek Anayasa kurallarının eylemli olarak değiştirildiğine dair şu örnek verilebilir:

Terör örgütlerine üyelik, bunlarla irtibat, iltisak halinde bulunduğu ileri sürülen yüksek öğretim mensuplarının ihracıyla ilgili olarak: Anayasa'nın 130'ncü 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." Bir taraftan bu maddedeki "her ne suretle olursa olsun" vurgusu(nun), OHAL'de dokunulamaz çekirdek haklar kategorisine, özel nitelikte (*lex specialis*) ek bir hak getireceği" ileri sürülebilir (Tolga Şirin, "Anayasa Hükmünde Kararnameler", Güncel Hukuk, Kasım 2016, Sayı 155). Kaldı ki yukarıda açıklandığı gibi Anayasanın 15. Maddesine göre OHAL sürecinde "temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilmesi Anayasanın 121/2 maddesine göre ancak OHAL Kanunu yoluyla yapılabilir ve OHAL Kanununun da Anayasaya aykırı olmaması gerekir. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa'nın 130. Maddesi (*a contrario*) yüksek öğretim personel rejiminde doğrudan uygulanabilecek bir anayasa kuralı getirmektedir: Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanlarını görevden uzaklaştırmaya yetkili olan makam Yükseköğretim Kurulu veya üniversitenin yetkili organlarıdır. Bu doğrultuda, bu norm alanına giren işlemlerin iş bu kanunlaştırma süreciyle fiilen Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na verilerek, Anayasa'nın 130. maddesinin ilga ettiği dikkate alınmalıdır.

Daha önce 668, 669, 670 ve 671 sayılı KHK'lere dair yaptığımız başvurulara dair Anayasa Mahkemesi'nin Kararları (AYM E:2016/166 K: 2016/159) ana hatlarıyla şu şekilde özetlenebilir:

- Mahkeme öncelikle, hukuk devletinin yargısal denetimi zorunlu kıldığını belirtip, bazı durumların buna istisna getirdiğini anlatmıştır. Mahkeme'ye göre Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi de bu kapsamdadır.

- Mahkeme, Anayasa'nın 121. maddesinin "“Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabii afet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir... Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir.” şeklindeki gerekçesinin, anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'lerinin denetiminin parlamentoya bırakıldığını gösterdiği düşüncesindedir.

- Yine Mahkeme'ye göre, Danışma Meclisinde Anayasa Komisyonu Başkanının "“Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabii afet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir... Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir.” şeklindeki ifadesi, kuralın gerekçesi mahiyetindeki açıklamaları, Anayasa

koyucunun olağanüstü dönem KHK'lerinin yargı denetimi dışında bırakılmasını ve bu konuda sadece yasama meclisinin denetiminin varlığını amaçladığını ortaya koymaktadır

- Mahkeme bu amaç doğrultusunda, Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'lerinin yargı denetimi dışında bırakılmasını ve bu konuda sadece yasama meclisinin denetiminin varlığını amaçladığını tespit etmektedir.

- Mahkeme 1990'lı yıllarda verdiği ve OHAL KHK'lerinin Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından bu KHK'leri inceleyerek; bu 3 kriter açısından OHAL ile bağdaşmayan KHK'leri iptal ettiği kararlarını eleştirmiştir. Mahkeme'ye göre böyle bir inceleme mutlaka ilgili KHK'nin içeriğinin de incelenmesini gerektirmektedir. Bu durumda da mahkeme, tıpkı olağan dönemde yapacağı gibi bir anayasallık denetimi yapmak durumunda olacak ve bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarabilecektir.

- Mahkeme, bu tür bir yaklaşımı da Anayasa'nın kimsenin kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin 6. Maddesine aykırı görmektedir.

- Mahkeme, daha sonra ise iptal davasının konusu olan OHAL KHK'lerinin 15 Temmuz 2016 gecesı Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde örgütlenmiş olan bir cunta tarafından demokratik anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırma teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında çıkarıldığını belirtmiştir.

- Tüm bu açıklamalar ışığında Mahkeme, iptal davası konusu olan KHK'lerin iptal taleplerinin yetkisizlik sebebiyle reddine oybirliğiyle karar vermiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin bu kararları ile OHAL KHK'sı adı altında her konunun herhangi bir yetki kanununa dayanmadan ve hiçbir kamusal tartışmaya olanak tanınmadan yürütme organı tarafından düzenlenmesinin önü açılmıştır. OHAL başlangıçta çok kısa bir süre için ilan edilmiş ve hükümet yetkililerince en kısa sürede sona erdirileceği açıklanmış olmasına rağmen kamu güvenliğine yönelik güncel bir tehdidin varlığı yönünde hiçbir gerekçe göstermeden sürekli yenilenmiş ve son olarak altıncı kez üç ay süreyle uzatılmıştır. Bu süreç boyunca bugüne kadar 31 KHK çıkarılmıştır. 1194 maddeden oluşan 31 KHK ile mevzuatta 1000 maddenin üzerinde yeni düzenleme yapılmıştır. Onlarca kanunda OHAL ile ilgisi olmayan yüzlerce değişiklik yapılmıştır. (bkz. KHK'ların Mevzuat Üzerindeki Etkileri Raporu, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf). Bu KHK'ler ile yüz binden fazla kamu görevlisi herhangi bir savunma hakkı verilmeden adil yargılanma ilkelerine uyulmadan kamu görevinden çıkarılmış, binlerce dernek, vakıf, sendika, yayın organı kapatılmıştır (bkz. IHOP, Olağanüstü Hal Tedbir ve Uygulamaları, Güncellenmiş Durum Raporu, http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/01/OHALdurumraporu_31122017.pdf)

Anayasa Mahkemesi, 2016 yılında verdiği yukarıda söz edilen kararlarında anayasa koyucunun OHAL KHK'lerinin denetimini yasama organına bıraktığını belirtmiştir. Bu tespit doğru olmakla birlikte, bu denetimin işlevsel olması Anayasa Mahkemesinin Anayasayı ve anayasal temel hak ve özgürlükleri koruma yönünde Anayasanın kendine verdiği yetkiyi etkin bir şekilde kullanmasına bağlıdır. Zira yasama ve yürütme organlarının anayasaya uygun davranmasını sağlamak Anayasa Mahkemesinin görevidir. Demokratik hukuk devleti ilkesi, demokratik yöntemlerle seçilmiş organların anayasaya uygun hareket etmesini zorunlu kılar. Yasama ve yürütmenin anayasaya uygun hareket etmesi ise ancak Anayasa Mahkemesi

tarafından yapılacak etkin bir anayasallık denetimi ile sağlanabilir. Anayasa Mahkemesinin yasama ve yürütme organlarına ne derece Anayasaya aykırı hareket ederlerse etsinler denetim yapmayacağı konusunda açık güvence verecek kararlar vermesi halinde, bu organlardan Anayasaya uygun hareket etmelerine beklemek gerçekçi olmayacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarından sonra 26 KHK daha çıkarılmış ve bunlar uzun süre boyunca TBMM tarafından görüşülerek karara bağlanmamıştır. Bunların bir kısmının çıkarılmasının üzerinden bir buçuk yıldan daha uzun bir süre geçtikten sonra tamamı bir hafta içinde TBMM’de herhangi bir şekilde tartışılmadan sadece oylanarak kabul edilmiştir. Bu KHK’lar ile pek çok bireyin temel hak ve özgürlüklerine önemli müdahaleler yapılmıştır ve bu müdahalelerin hukuka uygunluğunun denetimi yapılamamıştır. Diğer taraftan bu KHK’lar ile onlarca kanunda olağanüstü hal ile hiçbir ilgisi olmayan ve olağanüstü halin süresiyle sınırlı olmayan yüzlerce değişiklik yapılmıştır. Yasama yetkisi fiilen yürütme organı tarafından kullanılmıştır ve kullanılmaya devam edilmektedir. Üniversite rektörlerinin seçiminden, kış lastiği takma zorunluluğuna kadar pek çok konu yasama organı ve kamuoyu tarafından hiçbir şekilde tartışılmadan doğrudan yürütme organı tarafından KHK ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin fonksiyon gaspı suretiyle yapıldığı açıktır. Parlamentoda tek başına çoğunluğa sahip iktidar partisi yasama yetkisini fiilen kendi yöneticilerinden oluşan yürütme organına devretmiştir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesinin 148. maddeye ilişkin yorumu ile Anayasanın başta değiştirilemez hükümleri olmak üzere tamamının işlevsiz hale getirilmesi mümkün hale gelmiştir. Mahkemenin bu yorumunun doğru olmadığı, temel anayasal yorum ilkeleri ile bağdaşmadığı açıktır. Temel yorum ilkelerinden biri sistematik yorum ilkesi olup, anayasal hükümlerin amaçlarını da göz önünde tutarak bir bütün halinde ele alınmasını ve hükümlerin birbiriyle uyumlu olarak yorumlanmasını gerektirir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında sistematik yorum ilkesine atıf yapmış ve sistematik yorumun teleolojik yorum ile iç içe uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Yani bir normun anlamını tespit ederken bir taraftan anayasanın bütünlüğü içinde diğer normlar arasındaki bağlamını dikkate almayı aynı zamanda da bağlamı tespit ederken normların amacının göz önünde tutulmasını gerekli görmüştür. Bir normun teleolojisi de tek başına, diğer normlardan soyut olarak değil, bütün normların ortak amacı dikkate alınarak tespit edilebilir. Mahkemeye göre “Anayasa kural ve ilkeleri etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birisinin diğerine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur.” (E.2001/309, K.2002/91, K.T.15.10.2002). Bu çerçevede Anayasa’nın 148. maddesinde yer alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin şekil ve esas bakımından denetlenemeyeceğine ilişkin hükmün Anayasa’nın 121., 15. ve diğer maddelerinde olağanüstü hal yetkilerine ilişkin hükümlerle birlikte ele alınması ve ancak bu maddelerde öngörülen sınırlar içinde kullanılan bir KHK çıkarma yetkisinin anayasal denetim dışında tutulması, hem demokratik hukuk devleti ilkesinin amacına uygun olacak hem de Anayasa’nın 15. ve 121 maddesinde öngörülen kurallar ancak bu halde bir anlam ifade edecektir.

Anayasa koyucu bir taraftan kamu düzeni ve güvenliğinin olağan tedbirlerle giderilemeyecek derecede bozulduğu durumlarda olağanüstü yetkiler yoluyla tehdidin bir an önce savuşturulması için çıkarılacak KHK’ların denetimini geçici olarak yasaklarken diğer taraftan bu yetkinin sadece mevcut tehlikeyi ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri almak için kullanılmasını ve bu yetki kullanılırken durumun gerektirdiği ölçünün aşılmamasını, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranılmamasını ve bazı haklara bu düzenlemeler yoluyla müdahale edilmemesini öngörmüştür. Bu hükümlerin ortak amacının

demokratik hukuk devletini güvence altına almak, demokrasiyi ve hukuk devletini korumak olduğu açıktır. Demokratik hukuk devletinin özünde ise bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunması yer almaktadır. Yapılacak yorumun bu amaç ile uyumlu olması zorunludur. Bir anayasa hükmünün, yürütme organına keyfi ve sınırsız yetki verdiği şeklinde yorumlanması hem sistematik hem de teleolojik yorum ilkelerine aykırı olacaktır. Böyle bir yorum, 148. maddenin lafzının 15. ve 121. maddelere üstün tutulması hatta yukarıda açıklandığı gibi anayasanın bütün diğer maddelerinin fiilen yok sayılması anlamına gelecektir ki böyle bir sonuç saçma olacaktır. Hukuksal yorumun temel ilkelerinden birisi de absürt sonuçlardan kaçınmaktır.

Ayrıca sistematik yorum ilkesinin bir sonucu da istisnaların dar yorumlanmasıdır. Unutulmamalıdır ki 148. maddede OHAL KHK'leri için öngörülen denetim yasağı bir istisna hükmüdür ve dar yorumlanmalıdır. Genel kural her türlü yasal düzenlemenin anayasallık denetimine tabi tutulmasıdır. OHAL KHK'ları bu genel kurala bir istisna teşkil etmektedir. Bu nedenle denetim yasağının kapsamı dar yorumlanmalıdır. Oysa Mahkemenin sözü edilen yaklaşımıyla istisna genel kural, hatta tek kural haline gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen OHAL KHK'larına ilişkin 2016 tarihli kararlarda 148. maddenin anlamını ortaya koymak amacıyla tarihsel yorum yöntemine başvurduğu ve söz konusu denetim yasağını Danışma Meclisinde öneren üyenin "OHAL KHK'leri ile temel haklara müdahale imkânı tanındığı bu nedenle denetlenmemeleri gerektiği" yönündeki açıklamalarına atıf yaparak anayasa koyucunun bu düzenlemelerin denetlenmemesi yönünde bir iradesinin olduğu sonucuna ulaştığı görülmektedir. Tarihsel yorum diğer yorum yöntemleri ile metnin anlamının tespit edilememesi halinde başvurulabilecek yardımcı bir yorum yöntemi olmakla birlikte, toplumun hızla değiştiği bir ortamda ihtiyatla yaklaşılması gereken bir yöntemdir. Yukarıda belirtildiği gibi sistematik ve teleolojik yorum yöntemleriyle 148. maddedeki denetim yasağının kapsamını belirlemek mümkündür ve Anayasa Mahkemesi bu belirlemeyi 1991 yılında oldukça başarılı bir şekilde ortaya koymuştur.

Diğer taraftan hukukun toplumsal gelişmelere uyumunu sağlayan önemli bir yorum ilkesi de dinamik yorum yöntemidir. Dinamik yorum, bir normun konulduğu andaki anlamından ziyade toplumsal gelişmeler dikkate alınarak normun güncel anlamının ortaya konulmasını gerektirir. Bir darbe sonrasında, cunta yönetiminin belirlediği ve hiçbir şekilde demokratik temsil kabiliyeti olmayan bir danışma meclisinde yapılan ve modern anayasacılığın gerekleriyle hiçbir şekilde bağdaşmayan bir açıklamanın bir istisna hükmünün kapsamının belirlenmesinde temel dayanak olarak alınması üzüntü vericidir. Söz konusu açıklamada OHAL KHK'ları ile temel haklara müdahale imkânı tanındığı için denetim yapılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Modern anayasacılığın özünde temel hakların korunması amacı vardır. Anayasaların ve anayasa yargısının varlık nedeni temel hakların korunmasıdır. Temel haklara en ağır müdahalelerin yapıldığı olağanüstü hallerde bu müdahaleyi yapan düzenlemelerin denetim dışında bırakılmasının anayasacılık düşüncesiyle hiçbir ilgisinin olmadığı, hatta anti anayasacı bir yaklaşım olduğu açıktır. 1982 Anayasasında yer alan temel hakları aşırı derecede kısıtlayan anti demokratik hükümlerin ayıklanması amacıyla onlarca kez değişiklik yapılmış ve Anayasanın maddelerinin yaridan fazlası neredeyse tamamen yenilenmiştir. Demokratikleşme ve temel hakların geliştirilmesi yönündeki bunca gelişmenin yok sayılarak bir istisna hükmünün, 35 yıl önce yapılmış ve anayasacılığın amaçlarına tamamen ters bir açıklamaya dayalı olarak anlamlandırılmasının dinamik yorum ilkesi ile de bağdaşmadığı açıktır.

Mahkemenin bu yeni içtihadındaki "amaçsal", "sistematik" ve "dinamik" yorum eksikliği, hukuk disiplininde, özellikle hukuki pozitivizm anlayışı çerçevesinde bir ölçüye

kadar haklı görülebileceği düşünülse de iş bu iptalini talep ettiğimiz kanunun eylemli anayasa değişikliği olduğu düşüncesi tam da hukuki pozitivizmin temel mantığı gereğidir. Hans Kelsen'e göre hukuk ahlak kurallarından arındırılarak ele alınmalıdır. Hukuku ahlak kurallarına dayanarak değerlendirmek politikleşme tehlikesini de getirir.

Hukuk biliminin konusu farklı hukuk kurallarının birbiriyle birleşerek tek vücut halinde çalıştığı bir sistemdir. Bu sisteme de “hukuk düzeni” adı verilir. Bu sistem bir tür piramit olarak yapılanmıştır. En tepede Anayasa, onun altında kanunlar ve onun da altında idarenin düzenleyici işlemleri bulunur. Aslında Anayasanın da üstünde bir “Temel Norm” vardır. Temel Normun ne olduğu farklı yazarlar tarafından farklı yorumlansa da genel kanı tüm hukuk düzeninin geçerliliğini sağlayan bir unsur olduğudur. (HansKelsen, Pure Theory of law; translation from the Second German edition by Max Knight.Union, N.J. :Lawbook Exchange, 2002, s. 72.).

İşte bu sistemin mekanik işleyişi altta yer alan normun üstte yer alan normun belirlediği usul ve şekillerle çıkarılması anlamına gelir. Burada iki husus önemlidir. 1) Hukuk aynı fizik kurallarında olduğu gibi rasyonel bir işleyişe sahip olan bir iç işleyişe sahiptir. Bu iç işleyiş içinde tek tek her bir normun varlığı, yürürlüğü ve geçerliğinin üst normun varlığına bağlı olarak tanımlanmasıdır. 2) Aynı rasyonel işleyiş tüm hukuk düzeni için geçerlidir ve hukuk düzeni çökerse bu düzen içindeki her bir norm da çöker. Bu sistemi yıkma denemeleri olabilir. Bunlara “devrim” adı verilir. Devrimler, şiddet yoluyla gerçekleştiği gibi barışçıl yollarla da olabilir. Devrim başarıya ulaşırsa temel normla birlikte tüm normlar hiyerarşisi çöker, ulaşamazsa mevcut hukuk düzenindeki eylemine karşılık gelen normların yaptırımına maruz kalır.(Kelsen, s. 209)

İş bu iptali talep edilen kanunun, bu anlamda getirdiği en büyük sorun aynı normun, normlar hiyerarşisinde farklı kademelerdeki konumları aynı anda işgal etmesidir. Bu aslında Kelsen'in ileri sürdüğü temel normun ve bu nedenle tüm hukuk düzeninin çöküşü anlamına gelir. Bu duruma bir örnek olarak, halihazırda OHAL KHK'leri ile ihraç edilen kamu personelinin durumu verilebilir. Bu kişilere ait dosyalar OHAL komisyonu önündedir. OHAL Komisyonu'nun yetkileri de yine kanunlaşan OHAL KHK'leri ile belirlendiğine göre, bu haliyle ihraç listelerinin idari işlem mi kanun mu olduğu hususu değerlendirilmelidir. Eğer kanun ise, OHAL komisyonunun vereceği karar Anayasa Mahkemesinin yetkisinde olan kanunların esas açısından denetlenmesi yetkisini kullanma anlamına gelecektir. Bu durum ve yarattığı sorunun çözümsüzlüğü hukuki pozitivizmin sistematik yorumunun da ötesinde temel mantık kuralları açısından da bir tür paradoks niteliğindedir. Bir yandan ihraç listeleri kanun haline getirilmiş, diğer yandan OHAL komisyonuna iade yetkisi verilmek suretiyle her bir ihraç işleminin idari işlem statüsünde olduğu düzenlenmiştir.

İkinci olarak 1982 Anayasasının ön gördüğü normlar hiyerarşisi “tepetaklak olmuştur” . Anayasanın “tam aksine kurallar konulmakta ve çatışma durumunda da Anayasa hükümleri değil, bu KHK'lerin hükümleri uygulanmaktadır.”

Sonuç olarak; Yüce Mahkeme'nin tüm bu ayrıntılı açıklamalarımız doğrultusunda “torba kanunlaştırma” usulü ile peş peşe yasa numaraları verilerek 8 Mart 2018 tarihinde resmi gazetede yayınlanan kanunların tamamı için “yokluk bildirimi”nde bulunması, eğer bunu yapmaz ise iptal etmesi gerekir.

Yokluk bildirimi, OHAL KHK'leri denetimden kaçınırken Yüce Mahkemenin başvurduğu tarihsel ve lafzi yorum yöntemi ile de tutarlı olacaktır. Zira, Anayasa Mahkemesi

Esas Sayısı : 2018/54

Karar Sayısı : 2018/73

2016 sonrası içtihat değişikliği sonucu verdiği yukarıda adı geçen kararlarında, özetle, “denetim yetkim olmadığına göre, konu bakımından OHAL KHK’si olan ve olmayan ayrımını yapamam” demiştir. Şimdi ise AYM, OHAL KHK başlığı altında yapılan işlemler dizisi üzerinde irdeleme, saptama, gözlem ve değerlendirme yetkisine sahiptir. Bunlardan kaçınmak, kendi varlık nedenini inkar etmek anlamına gelir.

İptal bakımından; Anayasa madde 2’de öngörülen hukuk devleti, şekli anlamda, yani mekanizma olarak Anayasanın bütününe hakim bir kavramdır. Bu da, hukuki yapılanma bakımından “normlar hiyerarşisi” kavramında somutlaşmaktadır. 8 Mart 2018’de yasa sayıları verilen bir dizi OHAL KHK’si, Olağanüstü Hal Kanunu gibi bir dizi yasayı yürürlükten kaldırmış olmasının ötesinde, Anayasa’nın da birçok maddesini etkisiz hale getirmiş ya da yürürlükten kaldırma girişimi niteliği taşımaktadır. Bu da, mekanizma olarak hukuk devleti iskeletine dayanan anayasal sistemin çökmesi anlamına gelmektedir ki, bunun yaptırımını uygulamak, AYM’nin varlık nedenidir.

İş bu sebeple 08/03/2018 tarihli ve 30354 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 7088 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun”un öncelikle Anayasanın Başlangıcına, 2., 6., 7., 8., 9., 11., 15., 121. ve 130. maddelerine açıkça aykırı olarak fonksiyon gaspı ve irade yokluğu suretiyle çıkarılan dava konusu düzenlemenin yokluğunun tespitine karar verilmesi, bu görüşün kabul edilmemesi halinde eylemli içtüzük değişikliği ve eylemli anayasa değişikliği dolayısıyla iptali gerekir.

III. SONUÇ VE İSTEM

08/03/2018 tarihli ve 30354 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 07/02/2018 tarih ve 7088 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun”un yok hükmünde sayılmasına, yok hükmünde sayılmadığı takdirde ise şekil bakımından Anayasaya aykırılıklarının değerlendirilerek iptaline karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”