

“ ...

A. 6771 sayılı Yasa ile Yapılan Anayasa Değişiklikleri Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönemde Olağanüstü Halin ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Niteliği ile 1982 Anayasasında Olağanüstü Hal ve Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi

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.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 1991 tarihli kararlarında “... demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa’da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca, olağanüstü hal yönetimlerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde sonuçta bir ‘hukuk rejimi’ dir.” (10.1.1991 günlü ve E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı karar) diyerek, olağanüstü hal rejiminin hukuki ve sınırlı; aynı zamanda da anayasal düzeni askıya almayı değil, korumayı ve savunmayı amaçlayan bir yönetim biçimi olduğunu vurgulamıştır.

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 taşımaktadır. Bu önlemler olağanüstü hal sona erdikten sonra da etkisini sürdürecektir nitelikte olamaz, bir başka ifadeyle olağan dönemde de uygulanamaz.

Anayasa, 2017 değişiklikleri yürürlüğe girmeden önceki dönemde olağanüstü hal döneminde uygulanacak hukuk rejimini çeşitli maddelerde ortaya koymuştu. Öncelikle olağanüstü halin hangi hallerde ve kim tarafından ve nasıl ilan edileceği, hangi yetkilerin kullanılacağı 119 ilâ 121 maddelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisinin usulü ve kapsamı belirlenmiştir. Diğer taraftan Anayasa’nın 15. maddesi olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamaların kapsamını ve sınırlarını belirlemiştir. Nihayet 148. maddede OHAL KHK’larının anayasal denetimi konusu düzenlenmiştir. Dolayısıyla OHAL rejiminin hukuki çerçevesi başta

bu hükümler olmak üzere Anayasanın bütünü ve özellikle de temel ilkeler gözetilerek belirlenebilir.

1982 Anayasası çağdaş anayasal demokrasilere uygun olarak, olağanüstü yönetim usullerini ve bunların sınırlarını 119-122. maddeler arasında olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali olarak belirlemişti. Olağanüstü hal tabii afet ve ağır ekonomik bunalım (md. 119) ile şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması (md. 120) sebepleriyle Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından yurdun bir ya da birden fazla bölgesinde ya da tamamında süresi altı ayı aşmamak üzere ilan edilebilirdi. Anayasa'nın 120. maddesine göre olağanüstü hal ilan edilebilmesi için Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü alması gerekir. Söz konusu karar TBMM'nin onayına sunulur.

1982 Anayasası 121. maddesinde olağanüstü hallerde (122. maddesinde sıkıyönetimde) yürütme organına özel bir yetki vererek Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma olanağı tanımıştır. Anayasa, 91. ve 121. maddelerinde olağanüstü dönemlerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameleri bakanlar kurulunun olağan zamanlarda sahip olduğu kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinden bazı açılardan farklı düzenlemektedir. 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.

Söz konusu düzenlemelerden olağanüstü hallerde yürütme organının kanun hükmünde kararnameler yoluyla yetki alanını sınırsız bir biçimde genişlettiği sonucu elbette çıkarılamaz, çıkarılmamalıdır. 1982 Anayasası anayasal demokrasiye dayalı hukuk devleti ilkesini benimsemiştir. Anayasayı yorumlama tekeline sahip Anayasa Mahkemesi de çok sayıda kararında 1982 Anayasasının bu özelliğini vurgulamaktadır.

Öncelikle Anayasanın 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 Anayasanın 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 OHAL KHK'ları ile Olağan Üstü Hal Kanununda değişiklik yapılması da mümkün değildir (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. Yüce Mahkemeye 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 ilân 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 ayrımının, ... 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).

Olağanüstü hallerde yürütme organı kendisine tanınan yetkileri ancak demokratik hukuk devletinin temel ilkelerine uygun olarak kullanabilir. Olağanüstü hal dönemlerinde yürütme organının hukuk içinde kalmasını sağlayacak en etkili denetim kuşkusuz ki yargısal denetimdir. Demokratik olmayan rejimler de olağanüstü hal ilan edebilir. Bir rejimin demokratik niteliği, olağan dönemler kadar olağanüstü dönemlerde de yürütme organının bu dönemde kullandığı yetkileri keyfi biçimde veya kötüye kullanıp kullanmadığının, temel hak ve özgürlüklerin kullanımını durumun gerektirdiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırıp sınırlandırmadığının tarafsız ve bağımsız yargı tarafından denetlenip denetlenemediğinde kendini gösterir. Bir başka ifadeyle, yürütme organının olağanüstü halde alacağı tedbirlerin Anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde alınıp alınmadığının, demokratik anayasal düzeni koruma ve savunma amacına yönelik olup olmadığının, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının denetimi yargı organı tarafından yapılır.

Diğer taraftan Anayasa’nın 15. maddesi de olağanüstü hal hukuki rejiminin önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Bu maddede olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin çerçevesi ve sınırları belirlenmektedir. Buna göre, “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

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 bundan dolayı suçlanamaz, suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme karar ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” denilmektedir.

Bu hükme göre, olağanüstü hallerde alınacak önlemler hem “ölçülülük ilkesine” hem de “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler”e aykırı olmamalıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler, olağanüstü halde alınacak tedbirlerin hukukun genel ilkelerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Uluslar arası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (UMSHS), 1949 Cenevre Sözleşmeleri gibi Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin kurduğu ve sözleşme hükümlerini yorumlayan yargısal ve yarı-yargısal organların kararlarına aykırı düşmemesi anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi de “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler”i bu şekilde ifade etmektedir (E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K.1991/20).

Diğer taraftan 15. maddenin ikinci fıkrasında olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Dolayısıyla, olağanüstü hallerde bazı temel hak ve özgürlüklere olağan dönemlerdekine göre daha fazla müdahale edilmesine izin verilmiş olmakla birlikte, bu yetkilerin keyfi olarak ve tamamen denetimsiz bir şekilde kullanılabileceği ve temel hak ve özgürlüklere sınırsız bir şekilde müdahale edilebileceği anlamına gelmemektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi öncelikle temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin durumun gerektirdiği ölçüyü aşmaması gerekir. Buradaki ölçülülük Anayasa’nın

13. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesine göre daha katı bir ölçülülük anlamına gelmektedir. Uluslararası hukuka yapılan atıf dolayısıyla başta Avarupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi olmak üzere olağanüstü hallerle ilişkin hüküm içeren ve Türkiye'nin taraf olduğu tüm sözleşmelerdeki ilgili hükümler ve bunlara ilişkin uluslararası organların kararları göz önüne alınmalıdır. Mesela AİHS'in 15. maddesi olağanüstü hallerde temel haklara yapılacak müdahalelerin "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü" aşmamasını gerektirmektedir. Aynı şekilde Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin (UMSHS) 4. maddesinde de temel haklara yapılacak müdahalenin "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü" aşmamasını öngörmektedir. Bu da, buradaki ölçülülük gereğinin katı bir ölçülülük olduğunu daha açık bir şekilde ifade etmektedir. Dolayısıyla kamu otoriteleri bir temel hakka olağan dönemdekine göre daha fazla müdahale ettiklerinde niçin bu müdahalenin mutlak bir gereklilik olduğunu açıklamaları gerekir.

AİHM özellikle devletlerin krizin gerektirdiği ölçüyü aşıp aşmadıklarını denetleme konusunda kendini yetkili görmektedir. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken, askıya almanın etkilediği hakların niteliği, olağanüstü durumun süresi ve olağanüstü duruma yol açan nedenler gibi, konuyla ilgili çeşitli etmenleri gözönünde bulundurur. (Brannigan and McBride/Birleşik Krallık, & 43; Lawless v. İrlanda, & 36-38, İrlanda/Birleşik Krallık, & 205; Aksoy/Türkiye, & 68; Nuray Şen/Türkiye, &25).

UMSHS hükümlerinin taraf devletler tarafından sınırlandırılmasına ve askıya alınmasına ilişkin ölçütleri belirleyen 1985 tarihli BM Siracusa İlkelerine (U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985)) göre, devletin sözleşme hükümlerini askıya aldığı herhangi bir tedbir, ulusun yaşamına karşı oluşan tehdidi ortadan kaldırmak için mutlak olarak gerekli ve tehdidin mahiyetiyle ve yaygınlığıyla orantılı olmalıdır (& 51). Bu tedbirlerin durumun mutlak biçimde gerektirdiği nitelikte olup olmadığının tespitinde ulusal makamların değerlendirmesi kesin olarak kabul edilemez (&57).

Anayasanın 15/2. maddesi olağanüstü hallerde bile askıya alınamayacak ya da ihlal edilemeyecek bir hak ve özgürlükler alanı yaratmaktadır: "Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

AİHS ve UMSHS de Anayasa'nın 15/2. maddesinde olduğu gibi olağanüstü hallerde de ihlal edilemeyecek çekirdek bir hak ve özgürlükler alanı öngörmektedir. AİHS'nin 15/2. maddesi ile yaşam hakkı (m.2), işkence ve kötü muamele yasağı (m.3), kölelik ve kulluk yasağı (m.4) ile suç ve cezaların kanuniliği (m. 7) ilkelerinin olağanüstü dönemlerde bile ihlal edilmesi yasaklanmaktadır. Bunlara 6 No.lu Protokol ile getirilen ölüm cezası yasağı ile 7 No.lu Protokolün bir suç nedeni ile iki kez yargılanmayı yasaklayan hükmünü de eklemek gerekir. Ayrıca, AİHM'ye göre, AİHS'de açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, doğası ve niteliği gereği askıya alınması mümkün olmayacak başka bazı haklar da vardır. AİHM'ye göre, Sözleşmenin 15/2. maddesinde yer almamakla birlikte 14. maddede öngörülen ayrımcılık yasağı bu nitelikteki haklar arasında yer alır (İrlanda v. Birleşik Krallık, 18.1.1978, & 225). AİHS'nin taraf devletlere ve kişilere Sözleşmede tanınan hakları kötüye kullanamayacağına ilişkin 17. maddesi ile hak ve özgürlüklere yapılacak sınırlamaların öngörülen amaca uygun olmasını şart koşan 18. maddesi de niteliği gereği sınırlamaya konu olamaz. UMSHS'nin 4. maddesi de Sözleşmenin yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, ayrımcılık yasağı, borç nedeniyle

hapis yasağı, suç ve cezaların kanuniliği, kişi olarak tanınma hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin maddelerinin taraf devletler tarafından askıya alınmasına izin vermemektedir.

Dolayısıyla Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan dokunulmaz haklar uluslararası hukuka yapılan atıf dolayısıyla da biraz daha genişlemiştir. Mesela AHİS 15. maddesi Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan kölelik ve kulluk yasağı hakkını da dokunulamayacak haklar arasında saymıştır. UMSHS'nin 4. maddesinde de salt akdi yükümlülüğü yerine getirememiş olma dolayısıyla hapsedilememe (m.11), herkesin hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı (m.16), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.18) hakları dokunulamaz haklar arasında sayılmıştır. Sonuç olarak Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hakların yanısıra, birinci fıkradaki uluslararası hukuka atıf dolayısıyla bu sözleşmelerde yer alan dokunulmaz haklar da sınırlandırılmayacak haklar arasında yer almaktadır. Anayasa'nın 15/2. maddesinde yer alan hak ve özgürlükler AİHS ve UMSHS gibi Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmeleri çerçevesindeki dokunulmaz haklarla birlikte ele alınmalı ve yorumlanmalıdır.

Olağanüstü halin hukuki rejimini belirleyen kurallardan biri de Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin denetlenemeyeceğini öngören hükümdür. Buna göre olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

Bu hükmün anlam ve kapsamının anayasanın bütünlüğü içinde ele alınması kaçınılmazdır. Sistematik yorum ilkesi bir anayasa hükmünün anlamının anayasanın diğer bütün kuralları ile birlikte ele alınarak anayasa kurallarının bir biri ile uyumlu bir şekilde anlamlandırılmasını gerektirir. Nitekim Anayasa Mahkemesi pek çok kararında sistematik yorum ilkesine dayanarak hiçbir sınırlama hükmü içermeyen temel hakların Anayasanın diğer hükümlerinden kaynaklanan sınırlarının olduğuna dikkat çekmiştir.

Kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisi özü itibarıyla bir yasama yetkisidir ve Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine bizzat Anayasa tarafından öngörülmüş bir istisnadır. Olağan dönemde bu yetki Anayasa'nın 91. maddesi gereği TBMM tarafından çıkarılacak bir yetki kanunu üzerine kullanılabilirken olağanüstü dönemlerde herhangi bir yetki kanununa dahi ihtiyaç duyulmadan doğrudan yürütme organı tarafından kullanılabilir. Diğer taraftan olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler düzenlenemezken olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri bu hükümden istisna tutulmuştur. Dolayısıyla yürütme organı herhangi bir yetki kanununa dayanmaksızın temel hak ve özgürlükleri de düzenleyebilecek kanun hükmünde kararnameler çıkarabilecek ancak bu kanun hükmünde kararnameler Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyecektir.

Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan denetim yasağının kapsamını belirlerken öncelikle Anayasa'nın 15. ve 121. maddelerinde öngörülen ve yukarıda açıklanan mutlak sınırlamalar göz ardı edilemez. Buna göre öncelikle kanun hükmünde kararnamenin 121. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen konulara ilişkin olmaması gerekir. Zira burada sayılan konular ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilir. İkinci olarak, KHK olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılmış olmalıdır. Üçüncü olarak olağanüstü halin uygulandığı bölge

ve süre ile sınırlı olarak uygulanabilecek düzenlemeler içermelidir. Diğer taraftan olağanüstü halin gerektirdiği mutlak zorunluluğu aşacak şekilde temel hak ve özgürlüklere müdahale etmemeli ve nihayet dokunulmaz hakları etkilememelidir. Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınmış olan demokratik hukuk devleti ilkesi Anayasanın bütün diğer hükümleri yorumlanırken kaçınılmaz olarak göz önünde tutulmalıdır. Hukuk devleti özü itibarıyla keyfi yönetimin reddi olup, tüm kamusal yetkilerin anayasaya ve hukuka uygun olarak kullanıldığı, bireylerin haklarının keyfi müdahalelere karşı korunduğu ve tüm bireylerin hukuk önünde eşitliğinin güvence altına alındığı bir hukuki ve siyasi sistemi ifade eder.

Demokratik hukuk devleti ilkesi, bir taraftan egemenliği ulus adına kullanacak organların serbest seçimler yoluyla bizzat halk tarafından seçilmesini, diğer taraftan bu organların da doğrudan milletin iradesi olan Anayasaya uygun hareket etmesini ve yetkilerini anayasal ilke ve kurallar çerçevesinde kullanmasının güvence altına alınmasını gerektirir. Anayasa yargısını ve anayasa mahkemelerini ortaya çıkaran bu sınırlı demokrasi ilkesi olup, anayasal demokrasi olarak nitelenmektedir. Anayasa yargısı, anayasal demokrasi ilkesinin ürünüdür. Anayasamızda anayasal demokrasi ilkesi ifadesini cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerini düzenleyen 2. maddede insan haklarına saygılı, demokratik laik hukuk devleti şeklinde bulmuştur.

Bu ilkenin somut yansımalarından biri de Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı ilkesidir. Bu ilke, hem kişiler hem de organlar açısından geçerlidir. Bu hüküm gereği ne yasama, ne yürütme ne de yargı organları anayasada yer almayan bir yetki kullanamayacaklardır.

Anayasa Mahkemesi geçmişte bütün bu ilkeleri göz önünde tutarak, kendi yetki sınırını aşmaksızın diğer organların da anayasal yetki sınırlarını aşmalarını önlemek amacıyla bir işlemin anayasaya uygunluk denetiminin kapsamına giren bir işlem olup olmadığının belirlenmesinde işlemi yapan organın nitelendirmesine bağlı olmayıp bu nitelermeyi işlemin niteliğini göz önünde tutarak kendisinin yapacağı yönünde bir içtihat geliştirmiştir ve bu içtihat yerleşmiştir (Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 2005, s.242). Anayasa Mahkemesi bu kapsamda işlemi yapan organın tanımlaması ile kendisini bağlı saymamış ve OHAL KHK'sı adı altında çıkarılan bir düzenlemenin gerçekten "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkarılıp çıkarılmadığını dolayısıyla Anayasanın 148. maddesindeki denetim yasağının kapsamına girip girmediğini incelemiştir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 121. maddesine dayanılarak çıkarılan bir kanun hükmünde kararnameyi nitelendirmesi, onu Anayasanın öngördüğü anlamda "olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi" kılacak bütün öğeleri yönünden inceleyip değerlendirmesini gerektirir.

Mahkemenin yaklaşımına göre "Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi 'olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi' adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir 'olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi' niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. ... Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmayan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal kanun hükmünde kararname kuralı sayılamazlar ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlıdırlar." (E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K. 1991/20; E.2003/28, K. 2003/42).

Anayasanın 121. maddesine dayanılarak çıkarılan bir kanun hükmünde kararnamenin niteliği, onun dışsal nitelikteki “yetki” ve “şekil” öğelerini ve “bütünü”nü göz önünde tutarak yapılacaktır. Ancak yetkinin kapsamı belli konularla sınırlanmış olduğundan, yürütme organının yetkisinin bulunup bulunmadığı yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde ancak düzenlemenin içeriğine bakılarak tespit edilebilir. Yani bir düzenlemenin OHAL KHK’sı ile düzenlenebilecek bir konu olup olmadığı ancak o düzenlemenin içeriğine bakılarak anlaşılabilir. Anayasa Mahkemesine göre, “Bu tür KHK’lerin düzenleme alanları, Anayasa’nın 121. maddesinin üçüncü ve 122. maddesinin ikinci fıkraları gereğince “olağanüstü halin veya sıkıyönetim halini(n) gerekli kıldığı konular”la sınırlıdır. Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hal KHK’leriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlan edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında, amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hal KHK’lerinin “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir” (E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.1.1991; E. 1991/6, K. 1991/20, K.T. 3.7.1991). Olağanüstü halin ilân edilmiş neden ve amaçları, Anayasa’nın 121. maddesine dayanılarak çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin konusunu, yani bu durumlarda başvurulacak önlemlerin içerik ve kapsamını sınırlar. Anayasa Mahkemesi, bu kanun hükmünde kararnamelerin dayandığı nedenlerin, yerindeliğini değilse de, daha önce olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânına yol açan nedenlere uygunluğunu elbette araştırabilir (Merih Öden, s.673).

Anayasa Mahkemesi önüne getirilen düzenlemenin niteliğini tespit ederken düzenlemenin içeriğinin anayasaya uygunluğunu denetlenme şeklinde yapamaz. Yani düzenlemenin içeriğine ancak 121., 15. ve diğer maddelerde öngörülen yetki kapsamının aşılmış olmadığı yönünden bakılmalı, getirilen düzenlemenin içerdiği hükümlerin “esası”nın yani “içerik ve muhtevasının” Anayasanın diğer hükümlerine uygun olup olmadığı incelenmemelidir. Böylece denetim yasağının kapsamı da ortaya çıkacaktır.

Özetlemek gerekirse, Anayasa Mahkemesi, öncelikle OHAL KHK’sı adı altında önüne getirilen bir düzenlemenin, denetimi yasaklanan gerçek bir OHAL KHK’sı olup olmadığını belirlemelidir. Bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasa’nın öngördüğü anlamda “olağanüstü halin gerekli kıldığı konular”da çıkarılmış gerçek bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığının belirlenmesinde Anayasanın konuya ilişkin bütün hükümlerinin göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 121/3. maddesinde yer alan ve kanun hükmünde kararnamelerin konu öğesini olağanüstü halin “gerekli kıldığı konularla” sınırlandıran hükmünün, Anayasa’nın 121/2. ve 15. maddeleri ile birlikte ele alınması kaçınılmazdır. Dolayısıyla olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılacak KHK’ların temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi halinde öncelikle bunun 121/2. madde kapsamında OHAL kanunuyla düzenlenmesi gereken bir husus olup olmadığı ve eğer bu kapsamda değilse OHAL’in zorunlu olarak gerektirdiği ölçünün ötesinde temel haklara müdahale edip etmediği veya dokunulmaz haklara ilişkin olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Yani konu sınırının aynı zamanda katı ölçülülük ilkesi ile birlikte ele alınması gerekir.

Ölçülülük ilkesi, Anayasa Mahkemesinin çok sayıdaki kararında da ifade ettiği gibi, sınırlama amacı ile bu amaca ulaşmak için seçilen araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmasını; önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını; amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını gerektirir (E.2014/122, K. 2015/123; E. 2013/158, K. 2014/68;

E.2013/32, K.2013/112). Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir (E. 2015/29, K.2015/95,). Dolayısıyla Anayasanın 121/3. maddesi olağanüstü hal kararnamesiyle başvurulacak araçlar ile olağanüstü hal ilanına yol açan tehlikeleri giderip olağan duruma geri dönmek amacı arasında uygun bir ilişkinin varlığını da şart koşturmaktadır. Bunun da ötesinde OHAL KHK'sı temel haklara müdahaleyi öngörüyorsa bu müdahalenin dokunulmaz hakları kapsamaması ve OHAL'in zorunlu kıldığı ölçüyü de aşmaması zorunludur.

Diğer taraftan OHAL'in belli bir bölgede ya da bazı bölgelerde ilan edilmesi halinde kanun hükmünde kararnameler ile alınacak önlemlerin sadece olağanüstü hal ilân edilen bölge için geçerli olması, bölge dışına taşırılmaması gerekir.

Ayrıca olağanüstü hal ve sıkıyönetim belirli bir süreyle de sınırlıdır. Olağanüstü halin veya sıkıyönetimin, gerekli kıldığı konularda çıkartılan kanun hükmünde kararnameler 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. Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'larının niteliğini tespit ederken bunların süreli olmasının sonucu olarak sürekli uygulanacak yasalarda değişiklik yapamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bir başka ifadeyle, OHAL KHK'ları ile yürürlükteki kanunlarda genel ve sürekli değişiklik yapılması olağanüstü halin ve OHAL KHK'sı çıkarma yetkisinin geçiciliği ile bağdaşmaz. 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 ayrımının, ... 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).

Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımını uzun yıllar sürdürmüş olmasına rağmen, 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin iptal başvurusunu yukarıdaki ilkeler açısından bir inceleme yapmaksızın yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir. E. 2016/166, K.2016/159 sayılı ve 12.10.2016 tarihli kararında Mahkeme özetle, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olmasının hukuk devletinin gereği olduğu ancak anayasal hükümlerle yargı denetimine bazı istisnalar getirildiği ve Anayasa'nın 148. maddesinde OHAL ve sıkıyönetim KHK'ları için getirilen anayasal denetim yasağının bu istisnalardan biri olduğu, anayasa koyucunun bu KHK'ların denetimini yasama organının yapmasını istediği ve Anayasanın düzenlemesinin bu yönde olduğu belirtilerek bu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesinin 148. maddenin hükmü karşısında Anayasa'nın 11. ve 6. maddelerine aykırı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen bir kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğuna işaret edilerek maddi ya da şekli kritere göre niteleme yapılabileceği belirtilmiştir (para. 19). Bununla birlikte hangi kriter esas alınırsa alınsın anayasanın çizdiği sınırın dışına çıkılmaması ve OHAL KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetimi sonucunu doğurmaması gerektiği belirtilmiştir.

Mahkeme yukarıda sözü edilen eski kararlardan niçin döndüğünü açıklama kapsamında eski kararlarda maddi kriteri esas alan Mahkemenin, bir düzenlemenin OHAL KHK'sı olup olmadığını belirlemek için yer, süre ve konu ölçütlerini geliştirdiği ve süre, yer ve konu bakımından OHAL ile ilgili olmayan düzenlemeleri denetleme yoluna gittiğini belirterek bu ölçütleri uygulayabilmek için de zorunlu olarak KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirdiği, böyle bir değerlendirmenin ise kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracağı sonucuna ulaşmıştır (para.21-22).

Mahkeme daha sonra, bir OHAL KHK'sının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için onun anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesinin yeterli olmadığını aynı zamanda denetim yetkisinin açıkça tanınması gerektiğini belirterek OHAL KHK'larının herhangi bir ad altında denetlenmesinin kendi yetki kapsamı dışında olduğu ve böyle bir denetimin Anayasa'nın 11. ve 6. maddelerine aykırı olacağı sonucuna ulaşmış ve önüne gelen metnin niteliğini belirleme çabasına girmeden yetkisizlik nedeniyle ret kararı vermiştir. Mahkeme bu tutumunu 669, 670 ve 671 sayılı OHAL KHK'ları aleyhine açılan iptal davalarında da sürdürmüştür. (E.2016/167, K.2016/160, K.T.12.10.2016; E.2016/171, K.2016/164, K.T.2.11.2016; E.2016/172, K.2016/165, K.T. 2.11.2016).

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 ülke tam iki yıl boyunca olağanüstü hal altında yönetilmiştir. Bu süre boyunca 32 OHAL KHK'sı çıkarılmıştır. Binin üzerinde maddeden oluşan 32 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'lar ile yüz elli bine yakın 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)

TBMM içtüzüğünün 128. maddesine göre OHAL KHK'larının 30 gün içinde TBMM'de görüşülmesi öngörülmüş olmasına rağmen bu KHK'ların büyük çoğunluğu çok uzun süre TBMM Genel Kurulu önüne getirilmemiş, bir buçuk yıl sonra gündeme alındığında da hiçbir görüşme yapılmadan, yüzlerce maddelik bir KHK'nın sadece geneli hakkında siyasi partilere 10 dakikalık söz hakkı verilerek oylanmış ve iktidar partisine mensup milletvekillerinin oyuyla kabul edilmiş ve kanun şeklinde yayınlanmıştır. İktidar partisine mensup TBMM Başkanı Anayasa'nın 121. ve İchtüzüğün 128. maddelerinin amir hükümlerine açıkça aykırı davranarak yasama yetkisini fiilen kendi partisinin yönetici ve üyelerinden oluşan yürütme organına devretmiştir.

Mahkemenin yukarıda belirtilen ret gerekçelerinin yerinde ve hukuka uygun olmadığı açıktır. Öncelikle karar gerekçesi kendi içinde çelişmektedir. Bir taraftan önüne getirilen düzenlemenin niteliğini belirleme konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunduğu ve bu belirlemeyi maddi ve şekli kriterlere göre yapabileceğini belirtirken diğer taraftan OHAL KHK'sı adı altında önüne getirilen bir düzenlemenin niteliğini belirlemek için yapacağı

incelemenin anayasal denetim anlamına geleceğini belirterek buna yetkisinin olmadığını ileri sürmüştür. Oysa Mahkemenin önüne gelen bir düzenlemenin niteliğini belirlemeye yönelik incelemenin Mahkemenin kendi yetkisinin bulunup bulunmadığını tespit için yapması gereken bir ön inceleme olduğu açıktır. Yani Mahkemenin yapacağı nitelik belirleme incelemesi ilk incelemenin bir parçası olup, esas inceleme niteliği taşımamaktadır. İlk incelemenin Anayasaya göre yapılması da kaçınılmazdır. Nitelik belirleme incelemesinin KHK'nın içeriğine bakılmasını zorunlu hale getirdiği bu nedenle böyle bir incelemenin yapılamayacağını söylemek, nitelik belirleme incelemesinin maddi kritere göre yapılamayacağını kabulü demektir. Zira bir düzenlemenin içeriğini incelemekten maddi olarak niteliğini tespit etmek olanaksızdır. Maddi kriter demek, düzenlemenin içeriğine bakmak demektir. Dolayısıyla Mahkeme başta söylediğinin tam aksine bir sonuca ulaşmış ve önüne getirilen bir düzenlemenin niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisi olmadığını, bu çerçevede maddi kriteri esas alarak nitelik belirlemesi yapamayacağını, düzenlemeyi yapan organın nitelemesi ile bağlı olduğunu kabul etmiştir.

Mahkemenin bu yaklaşımından şekli kriteri de esas alamayacağı anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu yaklaşımı mesela, Cumhurbaşkanının imzası olmadan yayınlanan ya da Cumhurbaşkanının katılmadığı bir toplantıda kabul edilen ve olağanüstü hale ilişkin tedbirler başlığını taşıyan bir düzenlemeyi de denetleyemeyeceği anlamına gelmektedir. Zira Anayasanın 121. maddesine bakmadan OHAL KHK'sının Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca çıkarılması gerektiğini anlamak mümkün değildir. Bir düzenlemenin yetkili organ tarafından çıkarılması bir şekil denetimi olup, Anayasanın 148. maddesi olağanüstü dönemlerde çıkarılan KHK'ların şekil denetimini de yasaklamaktadır.

Mahkemenin yaklaşımının doğru olmadığı ve absürt sonuçlar doğuracağı açıktır. Zira nitelik belirlemek için yapılacak inceleme bir ön inceleme olup bunun anayasal denetim olarak nitelenmesi mümkün değildir. Nitelik belirlemesinin maddi ve şekli kriterler esas alınarak yapılması, demokratik hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup, mahkemenin yetkisinin kapsamını tespit etmek için zorunlu olarak yürütme organının anayasal yetkisinin kapsamına bakmasını gerektirmektedir. Anayasa yürütme organının OHAL KHK'sı çıkarma yetkisine sınırlar getirdiği gibi, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisine de sınırlama getirmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin yetkisinin sınırı, yürütme organının kendi anayasal yetki sınırlarına uymasıdır. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi, yürütme organının Anayasanın kendisine tanıdığı istisnai yetkinin sınırlarına uyduğunu tespit etmesi halinde, kendi denetim yetkisinin bulunmadığını da tespit edecektir.

Ancak yürütme organına tanınan istisnai nitelikteki OHAL KHK'sı çıkarma yetkisinin kötüye kullanılması ve Anayasada öngörülen koşullara uyulmaması halinde Mahkeme söz konusu düzenlemenin denetimi yasaklanan OHAL KHK'sı olmadığını tespit ederek bunun bir olağan KHK olduğuna karar verirse, o takdirde Anayasa'nın 148. maddesinde olağan KHK'ları denetleme yetkisi kendisine tanındığından denetim yetkisini kullanacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen kararlarında dile getirilen bir OHAL KHK'sının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için onun anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesinin yeterli olmadığı, aynı zamanda denetim yetkisinin açıkça tanınması gerektiği ve OHAL KHK'larının herhangi bir ad altında denetlenmesinin Anayasanın 11. ve 6. maddelerine aykırı olacağı saptaması da gerçeği yansıtmamaktadır. Zira Mahkemenin önüne getirilen her düzenlemenin niteliğini tespit etmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. Mahkeme önüne getirilen herhangi bir düzenlemeye verilen ad ile kendisini bağlı sayamaz. Mesela bir bakan kendi bakanlığının yetki alanını düzenleyen bir metni kanun adı altında Resmi Gazetede yayınlarsa ve bu metin aleyhine bir dava açılrsa kendisini metne verilen ad ile bağlı sayıp denetleme yapma

yoluna gitmesi mümkün değildir. Kendi denetim yetkisini saptayabilmek için Mahkeme her halükarda önüne gelen her metni öncelikle nitelemek zorundadır. Bu nitelemeyi hem şekli hem de maddi kritere göre yapması da kaçınılmazdır.

Nitekim Mahkeme yetkisizlik nedeniyle ret kararı verirken de önüne getirilen metinleri OHAL KHK'sı olarak niteleyerek denetim yetkisinin olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Sadece bu nitelemeyi neye göre yaptığını açıklamamıştır. Dolayısıyla Mahkemenin, nitelik belirlemesi yapmak kaçınılmaz olarak anayasallık denetimidir, bu da yasaklanmıştır şeklindeki açıklaması kendi içinde tutarsızdır ve absürt sonuçlar doğurur.

Diğer taraftan Mahkeme kendi argümanının ispatı olarak önceki kararları arasında çelişki bulunduğunu belirtmiştir. Buna göre Mahkeme 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı KHK'nın 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen 7. maddesinde yer alan "Bu KHK ile Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz" hükmünü K.1991/1 sayılı kararında olağanüstü hâl KHK'sı hükmü olduğu gerekçesiyle denetlemekten kaçınmışken aynı hükmü 2003 yılında verilen 2003/42 sayılı kararında 125. maddeye aykırı olduğu bu nedenle OHAL KHK'sı niteliğinde olmadığı gerekçesiyle denetleyerek Anayasa'nın 91. maddesine aykırılık nedeniyle iptal etmiştir. 2016 yılında verdiği kararlarda Mahkeme 2003 yılında verilen karardaki yaklaşımın Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirdiğini dile getirmiştir.

Mahkemenin 2003 yılında verdiği 2003/42 sayılı kararda gerekçenin iyi açıklanmadığı ileri sürülebilir. Zira Mahkeme bu kararda aslında iptali istenen düzenleme doğrudan 125. maddeye aykırıdır bu nedenle gerçek OHAL KHK'sı değildir dememektedir. Aksine, 125. maddenin OHAL döneminde dahi yargı denetimine kısıtlama getirilemeyeceğini öngördüğünü ileri sürmektedir. Bunu da doğrudan olağanüstü hâllere ilişkin altıncı fıkranın mefhum-u muhalifinden çıkarmaktadır. 125/6. maddeye göre "Kanun olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim, seferberlik, ve savaş hâllerinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir." Mahkeme, bu hükmü dayanarak olağanüstü hâllerde yargı denetimine getirilebilecek sınırlamanın açıkça düzenlendiğini belirtmiş ve bunun dışında kısıtlama getirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bunu da olağanüstü halin gerektirdiği durumları belirleyen sınırlayıcı bir hüküm olarak değerlendirmiştir. Ancak gerekçe bu hususu iyi bir şekilde açıklayamamış görünmektedir. Mahkemenin 125. maddenin olağanüstü hâllerde yargı denetimine sınırlama getirilemeyeceğini zımni bir şekilde düzenlediği şeklindeki yorumu kendi içinde tutarlı bir yorumdur.

2016 yılında verilen kararlarda yer alan, 2003 kararındaki yaklaşıma yönelik eleştiri, belli ölçüde haklılık taşısa bile, bu 1991 yılında verilen kararlardaki yaklaşımın yanlış olduğunu göstermemektedir. Sadece 1991 yılında ortaya konulan kriterlerin 2003 yılında verilen kararda uygulanırken meramın iyi ifade edilmediğini ve normal bir anayasallık denetimi izlenimi doğurduğunu göstermektedir. Nitekim aynı kural 1991 yılında Mahkemenin önüne geldiğinde, Mahkeme aynı kriterleri uygulayarak denetim yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. 2003 yılında verilen karara muhalefet şerhi yazan üyeler de nitelik belirlemesinin mahkeme tarafından yapılamayacağına değil, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 121. maddesinde belirlenen niteliklere sahip olması dolayısıyla denetlenemeyeceğini dile getirmişlerdir. Muhalif üyeler şöyle demektedir; "Ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi yapması için önüne getirilen yasa veya kanun hükmünde kararnamenin hukuksal niteliğini bu düzenlemelere verilen adla bağlı kalmaksızın belirlemek olanağına sahiptir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı

gerçekten bir Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi niteliğinde olup olmadığını, zaman, yer ve metnin içeriği bakımından incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Çünkü Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olan düzenlemeler yönünden anayasal denetim yapılmasına engel oluşturur.” (Bkz. E. 2003/28 K.2003/42, K.T. 22.05.2003, üyeler Samia Akbulut, Yalçın Acargün, Ali Hüner, Ertuğrul Ersoy ve Tülay Tuğcu tarafından yazılan karşıoy yazısı).

Anayasa Mahkemesi, 2003 yılında nitelik tespitine ilişkin içtihadını uygularken meramını iyi ifade edememiş olmakla birlikte, Mahkemenin 1987 yılında çıkarılan 285 sayılı KHK'nın on beş yıl boyunca TBMM'de görüşülerek kanunlaştırılmamış olması karşısında hak arama özgürlüğünü Anayasaya açıkça aykırı bir şekilde ortadan kaldıran bir düzenlemenin ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla, önce denetlemeyi reddettiği bir metni denetleme yoluna gittiği görülmektedir. Mahkeme demokratik hukuk devleti ilkesini ağır bir şekilde zedeleyen bu durumu düzeltmek için önceki ret kararının aksine kuralı denetleme yoluna gitmiştir. Mahkeme bunu meramını iyi anlatarak 125. madde üzerinden yapabileceği gibi hiç 125 maddeye başvurmadan, aradan geçen on yıldan fazla süreyi dikkate alarak 121. madde kapsamında da kararını temellendirebilirdi. Zira Anayasa'nın 121 maddesi OHAL KHK'larının hemen TBMM'nin denetimine sunulmasını öngörmektedir. Denetim süresini ise İçtüzüğe bırakmıştır. İçtüzüğün 128. maddesi ise denetimin bir ay içinde tamamlanmasını öngörmektedir. Bu sürenin sonunda onaylanması halinde düzenleme anayasallık denetimine de açılmış olacaktır. Oysa söz konusu düzenleme on yıldan daha uzun süre geçmiş olmasına rağmen TBMM tarafından görüşülerek onaylanmamış ve yargı denetimine açılmamıştır. Mahkeme, 121. maddede öngörülen denetim koşuluna uyulmadığını tespit ederek, düzenlemenin OHAL KHK'sı niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşabilirdi.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin bir ölçütü bir kararında yanlış uygulamış olması o ölçütün yanlış olduğu anlamına gelmez ve söz konusu ölçütün tamamen terk edilmesini meşrulaştıramaz.

Anayasa Mahkemesi, 2016 yılında verdiği yukarıda söz edilen kararlarında anayasa koyucunun OHAL KHK'larının 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 27 OHAL KHK'sı daha çıkarılmış ve bunlar çok uzun bir süre boyunca TBMM tarafından görüşülerek karara bağlanmamıştır. Gündeme alındığında da gerçek bir görüşmeye tabi tutulmadan sadece oylanarak geçilmiş ve 26 KHK bir hafta içinde TBMM'de iktidar partisine mensup milletvekillerinin oylarıyla 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. 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. OHAL'in devam ettiği iki yıl boyunca bu düzenlemelerin hiç birisinin anayasaya uygunluğunun denetimi yapılamamıştır. OHAL KHK'ları ile yeni bir hukuk düzeni oluşturulmuştur. Niteliği gereği kanunlarda değişiklik yapamaması gereken OHAL KHK'ları ile yüzlerce kanunda binlerce değişiklik yapılmış ve OHAL rejimi olağan hale getirilmiştir. Bu aslında anayasal düzenin anayasaya aykırı olarak değiştirilmesidir. Sadece OHAL süresince kullanılabilecek bir yetki ile olağan düzen şekillendirilmiştir. Bugün olağanüstü hal kalkmış olmasına rağmen OHAL'de çıkarılan hükümler yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla olağanüstü hal kaldırılmamış, aksine sürekli hale getirilmiştir.

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 yukarıda etraflı bir şekilde açıklanmıştır. Bir KHK ile yürütme organının Anayasa Mahkemesini kaldırması, ya da tüm üyelerinin görevine son vererek yeni üyeler atanmasını düzenlemesi halinde bu içtihat uyarınca Anayasa Mahkemesinin yapabileceği hiçbir şey bulunmamaktadır.

Oysa Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen 2016 yılında verdiği kararlar temel yorum ilkeleri açısından da oldukça sorunludur. Mahkeme kararını lafzi ve tarihsel yorum kurallarına dayanarak vermiş, sistematik, amaçsal ve dinamik yorum yöntemlerini göz ardı etmiştir. Sistematik, amaçsal ve dinamik yorum yöntemlerini göz ardı ederek yalnızca lafzi ve tarihsel yorum yöntemine dayanan bir yorumun yanlış sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Sözü edilen sistematik, amaçsal ve dinamik yorum yöntemleri tamamen göz ardı edilerek bir yorum yapılması esasen mümkün de değildir doğru da değildir. Nitekim 2016 yılında verilen kararlarda bu durum görülmektedir. Mahkeme sistematik, amaçsal ve dinamik yorum yöntemini kullanmış olsaydı, Anayasanın lafzına da uygun, anayasacılığın amaçları ile uyumlu, insan haklarına dayalı demokratik bir hukuk devletinin gereklerine cevap veren bir karar ortaya çıkabilirdi.

Yukarıda belirtildiği gibi 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 yükümlülöklere 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 ifade etmek gerekir ki sistematik ve teleolojik yorum yöntemlerine başvurulması Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devleti ilkesinin ve 11. maddede yer alan Anayasanın üstünlüğü kuralının da zorunlu bir gereğidir. Anayasanın üstünlüğü ancak bu şekilde korunabilir.

Ayrıca sistematik yorum ilkesinin bir sonucu da istisnaların dar yorumlanmasıdır. Unutulmamalıdır ki, 148. maddede OHAL KHK'ları 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'ları 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 görölmektedir. 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 yarısından 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.

Bütün bu açıklamaların sonucu olarak, Anayasa Mahkemesi 2016 yılındaki yaklaşımını tekrar gözden geçirmeli ve açıklanan tüm yorum yöntemlerini göz önünde tutarak Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan OHAL KHK'lerinin denetlenemeyeceğine ilişkin istisna hükmünün kapsamını Anayasa'nın 121., 15. ve diğer maddelerini göz önünde tutarak belirlemelidir. Sistematik, teleolojik ve dinamik yorum yöntemleri bu istisna hükmünün sınırlı ve dar yorumlanmasını gerektirmektedir.

Bu çerçevede Anayasa'nın 121. maddesinde yer alan bir OHAL KHK'sının "olağanüstü halin gerekli kıldığı konuda" çıkarılmış olması koşuluna ilişkin olarak 1991 tarihli kararlarda ortaya konan içtihat yeniden hayata geçirilmelidir. Yani çıkarılan KHK'nın kapsamının yer, süre ve konu bakımından olağanüstü halin gerekleri ile uyumlu olmaması halinde, bu KHK'nın OHAL KHK'sı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir ve Anayasa Mahkemesinin bu nitelikteki KHK'ları denetleme yetkisi bulunmaktadır. Olağanüstü hal ilanı ve uygulaması, ülkenin içinden geçtiği özel durumla ilgili ve ilişkilidir. Bu durum ortaya çıkacak hukuki sorunlar için de yol gösterici olmalıdır. Yürütme organı bu düzenlemelerle, ortaya çıkan sorunu hedef almalı, olağanüstü hal ilan edilen bölge ve süre ile sınırlı hukuki tasarrufla bulunmalıdır. OHAL KHK'ları ile yürürlükteki kanunlarda genel ve sürekli değişiklikler yapılması olağanüstü halin geçici olması kuralı ile bağdaşmaz. OHAL KHK'ları ile ancak kanunların belli hükümlerini olağanüstü hal bölgesi ve süresi ile sınırlı olarak askıya alacak düzenlemeler yapılabilir.

İkinci olarak, 121. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hususlar ancak OHAL Kanunu ile düzenlenebileceğinden bu konularda OHAL KHK'ları ile düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuların OHAL KHK'sı ile düzenlenmesi halinde yürütme organı anayasal yetkisi dışına çıkacaktır ve böyle bir düzenlemenin OHAL KHK'sı olarak nitelenmesine olanak yoktur.

Üçüncü olarak, Anayasa Mahkemesinin yürütme organının Anayasa'nın 121 maddesine dayanarak çıkardığı bir kanun hükmünde kararnamenin 15. maddedeki güvencelere uyup uymadığını denetlemesi de yukarıda açıklanan yorum yöntemlerinin ve demokratik hukuk devleti anlayışının zorunlu bir sonucudur. Böyle bir yaklaşım, olağanüstü hal rejiminde temel hak ve özgürlüklerin korunmasına çok önemli bir katkı sağlayacaktır. Elbette Mahkeme, Anayasa'nın 121. maddesine dayanılarak çıkarılan KHK'ları Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkelere uygunluk açısından değerlendirirken bu KHK'ların konu ögesinin Anayasaya aykırılığın görece daha kolay saptanabildiği nesnel noktalara ağırlık verip, daha öznel, dolayısıyla daha takdirli noktalarında yürütme organının takdir yetkisini geniş yorumlayabilir. (Merih ÖDEN, s. 687).

Bu kapsamda üç husus dikkate alınmak durumundadır. Öncelikle OHAL KHK'ları ile temel haklara getirilen sınırlamalar olağanüstü halin gerektirdiği ölçüyü aşmamalıdır. İkinci olarak yapılan müdahaleler uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmemelidir. Bu kapsamda özellikle AİHS, m. 15 ve ilgili içtihat ile UMSHS, m.4 ve ilgili içtihat göz önünde tutulmalıdır. Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, temel haklara yapılacak müdahalenin durumun zorunlu olarak gerektirdiği ölçüyü aşmamış olması ilkesidir. Bu da, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi katı ölçülülük denetimi zorunluluğu anlamına gelmektedir. Üçüncü olarak, söz konusu düzenlemeler müdahale yasağı kapsamındaki haklara yönelik herhangi bir tedbir içermemelidir. Yukarıda belirtildiği gibi bu haklar 15. maddenin ikinci fıkrasındaki haklara ilave olarak uluslararası hukuka yapılan atıf dolayısıyla sözü edilen uluslararası sözleşmelerde yer alan dokunulmaz hakları da içerecektir.

Sonuç olarak, bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'nın ilgili bütün hükümlerini dikkate alarak 121/3. maddede belirtilen "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkarılmış gerçek bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığını araştırmak ve bu nitelikte olmayan düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlemek demokratik hukuk devletin gereği olarak Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi ve görevidir.

Diğer taraftan dava konusu 701 sayılı OHAL KHK'sı, bu ilkelerin ortaya konulması açısından son fırsattır. Çünkü 6771 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler 9 Temmuz 2018 tarihinde Cumhurbaşkanının yemin ederek göreve başlamasıyla yürürlüğe girmiştir ve OHAL KHK'sı kavramı yürürlükten kalkmıştır. Bundan sonra böyle bir düzenleme yapılması mümkün değildir. Ancak yeni değişiklikle 119 maddede yapılan düzenlemelerle Cumhurbaşkanına olağanüstü hallerde kararnama çıkarma yetkisi tanınmıştır ve bu kararnamelerin de denetlenemeyeceği kuralına yer verilmiştir. Bu bakımdan ilkelerin ortaya konulması hayati önem taşımaktadır.

Ayrıca 20 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla olağanüstü hal sona ermiştir. Olağanüstü hallerde yapılan işlemlerin olağanüstü hal sona erdikten sonra geçerliliklerini sürdürmesi mümkün değildir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 07.12.1989 tarihli E. 1988/6, K.1989/4 sayılı kararında, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan "... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmünün, sıkı yönetim yürürlükten kalktıktan sonra uygulanamayacağı ve adı geçen madde uyarınca sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilen memurların, diğer kamu görevlilerinin ve kamu hizmetlerinde görevli işçilerin, ilk kez kamu görevine girdikleri tarihte bu görev için yasa ve yönetmeliklerde öngörülen nitelikleri kaybetmemiş olmaları koşuluyla, işlerine son verildiği bölgede sıkıyönetim kalktıktan sonra, kurumlarınca eski görevlerine iade edilmeleri gerekeceğine karar vermiştir.

Mahkeme bu sonuca ulaşırken sıkıyönetimin Anayasada düzenlenen geçici niteliğine vurgu yaparak her he kadar 1402 sayılı yasanın 2. maddesine eklenen son fıkrada yer alan "... bir daha kamu görevinde çalıştırılmazlar" kuralının gerekçesinde sürekli uygulanmak üzere bu hükmün konulduğu belirtiliyorsa da sıkıyönetimin anayasal niteliği dikkate alındığında, geçici nitelikteki bir yönetimin temel anayasal ve yasal güvenlere uymaksızın aldığı kararların sıkı yönetim sona erdikten sonra etkilerini sürdüremeyeceği sonucuna varmıştır. Ülkemizde hukuk devleti ilkesini yücelten Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun bu kararı ortadayken, geçici nitelikteki olağanüstü hal yönetiminin işlemlerinin olağanüstü hal sona erdikten sonra da geçerliliğini sürdürmeye devam edeceğini kabul etmek, olağanüstü halin sürekli hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır. 12 Eylül Hukukun bile kabul etmediği bir

Esas Sayısı : 2018/114

Karar Sayısı : 2018/91

uygulamayı 2018 Türkiye’inde uygulamaya çalışmak, 12 Eylül hukukunun gerisine düşmek sonucunu doğuracaktır.

İçtüzüğün 128. maddesine göre OHAL KHK’larının TBMM Genel Kurulunda 30 gün içinde onaylanmaları gerekirken, bu süre geçmesine rağmen 701 sayılı KHK TBMM’ce onaylanmamıştır ve TBMM tatile girdiğinden yeni yasama yılına kadar onaylanması da mümkün görünmemektedir. Hem olağanüstü halin sona ermiş, hem de TBMM’ce onaylanmamış olduğu dikkate alındığında 701. sayılı KHK’nın yürürlüğünü sürdürdüğünü söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle öncelikle 701 sayılı OHAL KHK’sının yürürlükte olmadığının tespiti gerekir.

B. 701 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Hükümlerinin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1) 701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. maddesi ve ekli (1) sayılı liste.

İptali talep edilen düzenleme ile 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 olduğu belirtilen ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarıldığı hüküm altına alınmış ve bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu kişilerin haklarında özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edileceği kuralına yer verilmiştir.

İptali istenen ikinci fıkra, kuralın birinci fıkrası gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkûmiyet kararı aranmaksızın rütbe ve/veya memuriyetlerinin alındığı ve bu kişilerin görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmeyecekleri; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmeyecekleri, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyecekleri; bunların uhdelerinde bulunan her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerin de sona ermiş sayılacağı kuralı yer almaktadır. Bu fıkra da ayrıca birinci fıkra kapsamında görevlerine son verilen kişilerin silah ruhsatlarının, gemi adamlığına ilişkin belgelerinin ve pilot lisanslarının iptal edileceği ve bu kişilerin oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacakları, bu kişiler hakkında bakanlıkları ve kurumlarınca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulacağı ve bu bildirim üzerine pasaport birimlerince pasaportlarının iptal edileceği kuralına yer verilmiştir.

İptali istenen üçüncü fıkra ise birinci fıkra kapsamında kamu görevinden çıkarılanların, varsa uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamayacakları ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları kuralı yer almaktadır.

Anayasa’nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bir düzenlemenin gerçekten OHAL KHK’sı olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte olmayan düzenlemeleri denetlemek demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve görevidir (Any.md.2).

a. İptali İstenen Kurallar Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi Niteliği Taşımamaktadır

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle Anayasanın 148. maddesindeki denetim yasağı kapsamına girmemektedir. İlk olarak ekli (1) sayılı listede gösterilen kişilerin sürekli olarak kamu görevinden çıkarılmasını ve hiçbir zaman kamu görevine dönememesi öngören söz konusu KHK'nın 1. maddesinin, Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırı olarak olağanüstü halin gereklerini aşan nitelikte olduğu, süre yönünden herhangi bir belirleme içermediği, etkilerini olağanüstü halden sonra da devam ettirdiği, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2 maddesine göre ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilecek hususlarda düzenleme öngördüğü, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında sayılan suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal ettiği görülmektedir. Üçüncü olarak Anayasa'nın 125/6 maddesinde olağanüstü hallerde müdahale edilebilecek alanın dışına çıkılarak, söz konusu işlemlerle ilgili olarak fiilen yargı denetiminin ortadan kaldırıldığı, Anayasa'nın 128/2. maddesinde "diğer özlük hakları" kapsamında sadece kanunla düzenlenmesi öngörülen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işlemlerinin, disiplin suç ve cezalarının iptali istenen kural ile düzenlendiği ve uygulandığı, Anayasanın 130. maddesine göre sadece üniversitelerin yetkili kurullarına verilmiş olan öğretim elemanlarını görevden uzaklaştırma yetkisinin Bakanlar Kurulunca kullanıldığı görülmektedir.

Bütün bu nedenlerle iptali istenen düzenleme OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle de Anayasa'nın 148 maddesinde öngörülen denetim yasağı kapsamında değildir ve Anayasa Mahkemesince denetlenmesi gerekir. Yukarıdaki paragrafta belirtilen nedenler aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki, 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, soyut, sürekli nitelikte kural işlemler için kullanılması gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Yürütme organı KHK çıkarırken geçici olarak yasama yetkisi kullanmaktadır ve bir KHK'nın nitelik olarak kanunlara benzemesi kaçınılmazdır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği her konuda kanun çıkarılabilir ise de yasama organının bireysel işlemler niteliğinde kanun çıkaramayacağı doktrinde kabul edilmektedir (Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku, 8. Bası, Yetkin, Ankara, 2005, s. 202). Bir kuralın somut olguya uygulanması niteliğindeki bireysel işlemlerin, kural işlem şeklinde yapılamaması gerekir.

İptali istenen kurallar ile ekli (1) numaralı listede yer alan kişilerin statülerinde doğrudan doğruya daimi değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu işlemlerin bireysel idari işlem niteliğinde olduğu, bir düzenleyici işlem olmadığı görülmektedir. Zira, idarenin kamu gücüne dayalı olarak ve ilgisinin rıza ve muvafakatine bağlı olmaksızın, tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirdiği idari işlemler tek taraflı idari işlem olarak adlandırılır (Metin Günday, İdare Hukuku, 6. Bası, 2002, s. 109). Tek taraflı idari işlemler "bireysel" ya da "düzenleyici" işlem niteliğinde olabilir. Bir idari işlem belli bir kişi ve duruma ilişkin değilse ve genel ve soyut hukuk kuralları koyuyorsa, kısacası bu işlemlerle sürekli, soyut, nesnel ve genel durumlar belirleniyorsa o işlem düzenleyici işlem olarak nitelendirilecektir (Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 5. Bası, 2007, s. 410). Belli kişi ve duruma ilişkin olarak uygulanan atama, çıkarma, kamulaştırma vs. gibi işlemler ise bireysel işlemler olarak adlandırılmıştır. Bu işlemlerle belli kişiler için hukuki durumlar yaratılmakta, değiştirilmekte veya kaldırılmaktadır (Metin Günday, age, s. 111). Sadece belli bir kişiye, nesneye yahut olaya uygulanan bu işlemler

neticesinde sadece bunlar için geçerli bir hukuki durum oluşmaktadır (Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, age, s. 411).

O halde bir işlemin bireysel idari işlem niteliğinde olup olmadığının tespiti için, işlemin içeriğinin incelenmesi, yani maddi yönden değerlendirme yapılması gerekir (Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları-Ankara 2000, s. 34). Eğer bir işlem, genel, soyut ve zaman içinde belli bir sürekliliği olacak biçimde açıklanmış bir kural ise bu işlemin düzenleyici nitelikte olduğu tespit edilebilir. Ancak bir kural, tek veya belli bir grup kişi veya nesneye, onun statüsünün somutluğunda ve anlık kurucu/değiştirici etki ile uygulanmışsa, yani kural, tekil duruma indirgenmiş ise, bireysel işlem den bahsetmek gerekecektir (Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme) Turhan Kitabevi, Ankara, 2011).

Bu ilkeler gözetildiğinde, bireylerin kamu görevinden çıkarılması, statülerinin, rütbe ve memuriyetlerinin, silah ruhsatlarının, gemi adamlığı ve pilot lisanslarının, pasaportlarının iptal edilmesi, unvan, meslek adı ve sıfatlarını kullanmalarının yasaklanması genel, soyut, sürekli nitelikte bir kural işlem değil, sadece ekli (1) sayılı listede adı bulunan kişileri etkileyen bireysel nitelikte bir işlem olduğunu göstermektedir.

Bireysel işlemler ile düzenleyici işlemler farklı usule ve farklı yargısal denetime tabi tutulmuştur. İdarenin düzenleyici işlemleri tüzük, yönetmelik ve diğer adsız işlemler şeklinde gerçekleşebilir ve bunların her birisi için farklı bir usul ve denetim öngörülmüştür. KHK çıkarma yetkisi ise yukarıda belirtildiği gibi istisnai bir yasama yetkisidir. Bir bireysel işlemin, yasama işlemi şeklinde yapılması fonksiyon gaspı anlamına geldiği gibi, böyle bir yola başvurulmasının temel nedeninin bireysel işlemleri yargı denetiminin dışına çıkarmak olduğu anlaşılmaktadır. Aşağıda açıklanacağı gibi böyle bir yaklaşım Anayasa'nın 125. maddesinde olağanüstü haller için öngörülen yetkinin kapsamı dışına çıkıldığını ve söz konusu düzenlemenin OHAL KHK'sı niteliği taşımadığını göstermektedir. Ancak sırf yargı denetimi dışına çıkarmak amacıyla bireysel işlemlerin OHAL KHK'sı şeklinde yapılması yürütme organına tanınan OHAL KHK'sı çıkarma yetkisinin kötüye kullanıldığını da göstermektedir. Bir anayasal yetkinin kötü niyetli kullanımını, Anayasa'nın 121/3 maddesinde öngörülen olağanüstü halin gerekli kıldığı konuda çıkarılmış bir KHK olarak kabul etmeye olanak bulunmamaktadır.

Anayasanın 121/3 maddesine ikinci aykırılık, iptali istenen düzenlemenin olağanüstü halin neden ve amacıyla sınırlı bir işlem olmamasından kaynaklanmaktadır. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 20.7.2016 tarihinde, Anayasa'nın 120. maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3/1. maddesinin (b) bendine göre ülke genelinde 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hal ilan edilmesine Milli Güvenlik Kurulu'nun 20.7.2016 tarihli ve 498 sayılı tavsiye kararı göz önünde bulundurularak karar verilmiştir. Bu karar 21.7.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. TBMM, olağanüstü halin ilanına ilişkin 2016/9064 sayılı söz konusu Bakanlar Kurulu kararını 21.7.2016 tarihli 117. birleşiminde onaylamıştır. TBMM kararı 22.7.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Daha sonra Bakanlar Kurulu tarafından müteaddit defalar üçer ay süreyle uzatılmış ve TBMM tarafından bu uzatma kararları onaylanmıştır.

Milli Güvenlik Kurulunun 498 sayılı Tavsiye Kararı'nda,

“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.

...

Demokrasimizin, hukuk devleti ilkesinin, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla, Anayasamızın 120. maddesi gereği, hükümete olağanüstü hal ilan edilmesi tavsiyesinde bulunulması kararlaştırılmıştır. Bu tavsiye, sadece ve sadece demokrasiye, hukuk devletine, hak ve özgürlüklere yönelik tehditlerin ortadan kaldırılması için yapılacak çalışmaları kolaylaştırma amacına yöneliktir.” (<http://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplanti>) denilerek olağanüstü hal ilanının 15 Temmuz 2016 tarihinde Fethullahçı Terör Örgütünün yaptığı belirtilen darbe girişimi nedeniyle şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulması karşısında hukuk devletine, vatandaşların hak ve özgürlüklerine yönelik olarak ortaya çıkan tehditlerin ortadan kaldırılması amacıyla karara bağlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 120. ve 121. maddeleri uyarınca, 701 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin amaç ve kapsamı 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ilan edilen olağanüstü hal ilan sebebine uygun olmalı, bu sebebi ortadan kaldırarak en kısa sürede olağan yönetime dönmeyi amaçlamalıdır.

Bakanlar Kurulu’nun 2016/9064 sayılı kararıyla olağanüstü hal ilan edilmesinin sebebi ve amacı her türlü terörle mücadeleyi olağanüstü hal rejimi altında yürütmek değil, Fethullahçı terör örgütünün yaptığı darbe girişimi sonucunda bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmektir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü hal, başarısız darbe girişimine katılan, bunu düzenleyen ve destekleyenlere karşı etkili ve hızlı önlem alma amacıyla ilan edilmiştir. Oysa iptali istenen maddede darbe girişimine katılan, bunu düzenleyen ve destekleyenlerden söz edilmemekte, terör örgütleriyle veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan kişilerden söz edilmektedir. Dolayısıyla getirilen düzenlemenin kapsamı olağanüstü halin ilan edilme amacından çok daha geniş tutulmuştur. Olağanüstü halin ilan edilme amacını aşan bir düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarıldığını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle kural Anayasa’nın 121/3. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan olağanüstü hal geçici süreli bir yönetim biçimi olup, olağanüstü hal KHK’ları ile alınan önlemlerin olağanüstü hal süresince geçerli olması geçici yönetimin doğası gereğidir. Ancak iptali istenen kurallar ile söz konusu kişiler hakkında alınan önlemlerin, OHAL süresiyle sınırlı olmadığı, aksine bu kişilerin ömür boyu statüsünü etkileyeceği anlaşılmaktadır. Bu kişilerin ömür boyu, kamu hizmetinde çalışması, unvan ve sıfatlarını, ruhsat ve lisanslarını ömür boyu kullanması yasaklanmaktadır. Bu kişilerin darbe girişimi ile ilişkisi kurulmadan, örgüt yapı, oluşumlarla irtibat, iltisak gibi içeriği belli olmayan kavramlar çerçevesinde ve hangi kriterlere göre ve nasıl belirlendiği belli olmayan bir saptamaya dayalı olarak adlarının Resmi Gazetede yayınlandığı anlaşılmaktadır. Bu kişiler böylece terörist olarak damgalanmış ve ömür boyu kamuda çalışmaları yasaklandığı gibi özel sektörde iş bulmaları da neredeyse olanaksız hale getirilmiştir. Bu haliyle bu kişiler birer medeni ölüye

dönüştürülmüştür. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ve olağanüstü hal sona erdikten sonra da etkisini devam ettirecek bu tedbirleri düzenleyen kuralların olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarıldığını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan OHAL KHK'ları ile alınan önlemlerin ölçülü olması, yani kamu düzeni için oluşan tehdidi ortadan kaldırmaya yönelik ve bu tehdidi ortadan kaldırmak için zorunlu olması gerekir. Alınan önlemlerin mevcut tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli ve daha hafif başka bir tedbir ile tehlikeyi bertaraf etmenin mümkün olmaması gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi düzenleme kapsamına alınan kişilerin darbe teşebbüsü ile ilgisinin bulunması aranmadığı gibi, kamu düzeni için herhangi bir tehdit oluşturacak görevlerde bulunmayan akademisyen, doktor, öğretmen, imam, ebe, hemşire, müstahdem, hizmetli, şoför, teknisyen vb. meslekleri icra edenler de düzenleme kapsamında kamu görevinden çıkarılmış ve ömür boyu kamu görevinde ve kamu hizmetinde çalışmaları yasaklandığı gibi pek çoğu için özel sektörde çalışmak da imkânsız hale gelmiştir. Diğer taraftan bu kişilerin pasaportlarının iptal edilmesi suretiyle yurt dışına çıkma ve oralarda yaşamlarını sürdürmeleri için çalışma olanakları da ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca uygulamada sadece bu kişilerin değil, aynı zamanda eş ve çocuklarının da pasaportlarının iptal edildiği, haklarında herhangi bir soruşturma ya da adli tedbir olmamasına rağmen bu kişilerin de iş, eğitim, sağlık veya turizm gibi nedenlerle yurt dışına çıkmalarına izin verilmediği bilinmektedir.

Objektif, tarafsız ve şeffaf bir soruşturma yapmadan ve ilgili kişilere savunma hakkı tanınmadan, hangi ölçü ve delillere dayalı olarak alındığı belli olmayan bir karara dayalı olarak kişiler hakkında uygulanan bu yaptırımların kişilerin hayatını sürdürmesini olanaksız hale getirdiği açıktır. Bu süreçte pek çok hatanın yapıldığı ve mağduriyetlerin ortaya çıktığı da görülmektedir. Kamuoyuna en sağlam delil olarak sunulan bylock uygulamasıyla ilgili mor beyin yazılımı dolayısıyla binlerce kişinin mağdur olduğu, bunlardan iki bine yakınının 697 sayılı KHK ile işlerine iade edildiği bilinmektedir. Ayrıca geçmişte çıkarılan pek çok KHK'da olduğu gibi dava konusu 701 sayılı KHK'nın da 2. maddesiyle hatalı olarak kamu görevinden çıkarıldıkları gerekçesiyle bazı kişilerin işlerine iade edildiği görülmektedir. Ne kamu görevinden çıkarmaların ne de iadelerin hangi ölçülere göre yapıldığı, nasıl bir usul uygulandığı bilinmemektedir.

Bütün bunlar dikkate alındığında iptali istenen düzenlemenin ölçülü olmadığı, kamu düzeni için ortaya çıkan tehdidi ortadan kaldırmak için elverişli ve gerekli olmadığı açıktır. Bu nedenle kuralın olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarıldığını söylemeye olanak bulunmamaktadır ve Anayasa'nın 121/3. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2 maddesine göre "olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı ve durdurulacağı halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumunda ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir". Yukarıda açıklandığı gibi bu hüküm Anayasa'nın 91. maddesinde temel hakların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenememesi ilkesine olağanüstü hal ve sıkıyönetim hali için öngörülen istisnanın kapsamını sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla OHAL KHK'ları ile temel haklarda düzenleme ancak yukarıdaki hüküm ile münhasıran Olağanüstü Hal Kanununa tanınan alanın dışında kalan konularda mümkün olacaktır. Ya da Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenen hususların somut durumda nasıl uygulanacağına ilişkin hususlar OHAL KHK'sı ile düzenlenebilir. Bunun dışına çıkan temel haklara ilişkin düzenlemeler ultra vires, yani

yetkisizlik dolayısıyla geçersiz olacaktır. Bu hükmün gereği olarak OHAL KHK'ları ile Olağanüstü Hal Kanununda değişiklik yapılamayacağı da yukarıda açıklanmıştır.

İptali istenen kural ile söz konusu kişilerin pek çok temel hakkına sınırlama getirildiği görülmektedir. Başta Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı olmak üzere, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 20. maddede güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı, 23. maddede güvence altına alınan seyahat özgürlüğü, 35. maddede güvence altına alınan mülkiyet hakkı, 38. maddede güvence altına suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ve masumiyet karinesi, 48. ve 49. maddelerde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü ve 60. maddede güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarında doğrudan ya da dolaylı olarak sınırlamalar getirilmiştir. Dava konusu maddeye ek listede yer alan başta akademisyen ve öğretmenler olmak üzere pek çok kişinin bilim-sanat, araştırma özgürlükleri ellerinden alındığı gibi, bakmakla yükümlü oldukları kişilerin eğitim hakları da ihlal edilmiştir. Ayrıca dolaylı olarak hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına da önemli kısıtlamalar getirilmiştir. Anayasa'nın 121/2. maddesi gereği bu sınırlamaların ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile yapılması mümkündür ve OHAL KHK'sı ile yapılamaz.

Ayrıca Anayasa'nın 121/2. maddesine göre görevlilerin durumunda ne gibi değişiklikler yapılacağı da ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilir. Kamu görevlilerinin görevine son verilmesinin de bu kapsamda olduğuna kuşku bulunmamaktadır.

Dolayısıyla açıklanan iki nedenle de iptali istenen kural Anayasanın 121/2. maddesine aykırıdır ve yetkisizlik dolayısıyla OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre olağanüstü hallerde de suç ve cezalar geçmişe yürütülemez ve suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. İptali istenen kural ile her iki ilkenin de ihlal edildiği görülmektedir.

İptali istenen düzenleme “milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı oluşum ve gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği, aidiyeti, veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı” olduğu tespit edilen kamu görevlilerinin kamu görevinden, bir daha dönmemek üzere çıkarılmasını öngörmektedir. Bu kural, bir disiplin normu gibi görünmekle birlikte adil yargılanma hakkı açısından bir ceza normu niteliği taşıdığından kuşku yoktur. Belirtmek gerekir ki, iptali istenen kuralın öngördüğü işleme benzer vakalar, Doğu Avrupa ülkelerindeki ayıklama (lustration) uygulamaları kapsamında AİHM'in önüne gelmiş, Mahkeme özellikle Polonya vakalarında gerçekleştirilen işlemleri yaptırımın niteliği ve ağırlığı gibi unsurlar çerçevesinde “cezai isnat” kapsamında değerlendirmiştir (Matyjek/ Polonya (dec.), no. 38184/03, 30.05.2006, para. 48-59). AİHM, bu değerlendirmeyi yaparken Polonya ayıklama vakalarında izlenen muhakeme usulünün ceza muhakemesine yakın olması ile birlikte işlenen suçun niteliği ve verilen cezanın ağırlığını dikkate almıştır. Bu davalarda, başvuruçular, hapis cezasına mahkum edilmediği gibi para cezasına da çarptırılmamıştır. Ne var ki, Komünist geçmişi ile ilgili yalan söylediği saptanan kişiler 10 yıla kadar kamu hizmetinde çalışma ve siyasete katılma hakkından mahrum bırakılmıştır. AİHM, bu yaptırımları diğer unsurlarla birlikte değerlendirerek cezai bir isnat olduğu yönünde karar vermiştir.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi içtihatlarına da yansıdığı gibi disiplin suç ve cezaları da Anayasanın ceza normları için öngördüğü kurallara tabidirler. Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin ilkeler hem ceza hukuku hem de disiplin hukuku kapsamındaki suçlar açısından geçerlidir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında Anayasa'nın

38. maddesindeki ilkelerin disiplin suç ve cezaları için de geçerli olduğuna karar vermiştir (bkz. E.2014/100, K.2015/6, K.T. 14.1.2015; E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011).

İptali istenen kuralda yer alan aidiyet, iltisak ve irtibat kavramları hukukumuzda ilk defa 22 Temmuz 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 667 sayılı KHK'nın 4. maddesiyle girmiştir. Bu tarihten önce hukukumuzda bu fiiller tanımlanmadığı gibi suç ya da disiplin suçu olarak da düzenlenmiş değildir. Bu kavramların içeriği ne 667 sayılı KHK'da ne de daha sonra çıkarılan KHK'larda tanımlanmadığı gibi iptali istenen kuralda da tanımlanmamıştır. Hangi fiillerin bu kavramın kapsamına girdiğini açıklayan bir yargı kararı ya da alt bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle kurala tabi olanlar açısından hangi fiillerin yasaklanmış olduğunu öngörmek mümkün değildir. Bu yönüyle düzenleme, kanunilik ilkesini ihlal ettiği gibi bu kurallar geçmişe yürürlü olarak da uygulanmıştır. Geçmişe yürürlüğün de iki boyutu bulunmaktadır. Bir taraftan bu kavramlar hukukumuzda ilk defa girdiği 22.07.2016 tarihinden önceki fiillere de uygulanmıştır. Diğer taraftan terör örgütü ya da Milli Güvenlik Kurulunca milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı oluşum ve grupların tespiti açısından da geçmişe yürürlü olarak uygulanmıştır. Hukukumuzda bir örgütün terör örgütü olduğuna kesinleşmiş yargı kararı ile karar verildiği tarihten sonra üye olan ya da üyeliğini sürdürenler yaptırıma tabi tutulur. Aynı şekilde bir yapı oluşum veya grubun milli güvenliğe tehdit oluşturduğu Milli Güvenlik Kurulunca tespit edildikten sonra hala bu yapılara üyeliğini devam ettirenler açısından yaptırım uygulanması gerekir. Bu tespit geçmişe yürürlü olarak uygulanmaz. Burada Milli Güvenlik Kurulunun siyasi ve idari bir organ olduğu da göz önünde tutulmalıdır. İdari bir organın tespitine dayalı olarak yaptırım uygulanması da ayrıca hukukilik sorunu doğuracaktır. Kaldı ki MGK bir danışma organı olup ancak tavsiye kararları alabilir. MGK'nın icrai nitelikte karar alma yetkisi bulunmamaktadır. MGK, 1982 Anayasasının ilk şeklinde bile ancak Bakanlar Kurulu'na iletmek üzere tavsiye kararı alabilirken, bu yetki de 2001 Anayasa değişikliği ile daraltılmıştır. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulu'na ait olan karar alma yetkisinin MGK'ye kullandırılmasının yetki gasbı ve yok hükmünde olduğu vurgulanmalıdır (Any. M.118). Öte yandan hukukumuzda bir örgütün terör örgütü olup olmadığına karar verme yetkisi yargı organlarına ait olup, bu yargısal yetkisinin idari ve siyasi karar organlarıncı kullanılması Anayasa'nın sürekli ihlal edildiğini göstermektedir.

İptali istenen kurallar ve ekli (1) sayılı listede adı olanların tespitinde yukarıda belirtilen iki yönlü geçmişe yürürlük uygulanmıştır. Bu kişilerin tespitinde açık bir soruşturma yürütülerek ilgililere savunma hakkı tanınmadığından bu kişilerin tespitinde sadece belirtilen tarihten sonraki fiillerin esas alınıp alınmadığı da anlaşılamamaktadır. AİHM içtihadına göre, eğer devam eden bir durum söz konusu ve kanundan önce ve sonra işlenmiş fiiller mevcut ise, yargılama ve mahkûmiyetin sadece kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki eylemler için verildiği açıklanmamışsa 7. maddenin ihlali ortaya çıkacaktır (Ecer ve Zeyrek/Türkiye, nos. 29295/95 and 29363/95, 27.02.2001, para. 33-37; Veeber/Estonya (No.2), no. 45771/99, 21.01.2003, para. 35-38; Puhk/Estonya, no. 55103/00, 10.02.2004, para. 38-41). Dolayısıyla sadece belirtilen tarihten sonraki fiillerin esas alınarak yaptırım uygulandığı açıklanmadığına göre suç ve cezaların geçmişe yürürlü uygulandığını kabul etmek kaçınılmazdır. Bu da Anayasa'nın 15/2 maddesine aykırı olarak dokunulamaz haklara müdahale edildiğini göstermektedir ve iptali istenen düzenleme bu nedenle OHAL KHK'sı olarak nitelendirilemez.

İkinci olarak Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suçluluğu bir mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı ilkesi de Anayasa'nın 15/2. maddesinde dokunulmaz haklar arasında sayılmıştır. İptali istenen kural ve ekli (1) sayılı listede toplam 18 632 kişinin isimleri herhangi bir soruşturma ve yargı kararı olmaksızın terör örgütü ile ilişkili oldukları şeklinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Böylece kişiler haklarında hiçbir

yargı kararı hatta pek çoğu hakkında herhangi bir idari ya da adli soruşturma olmadan terör örgütleri ile ilişkili olmakla damgalanmışlardır. Bu şekilde masumiyet karinesine müdahale edildiği açıktır. İptali istenen düzenleme ile Anayasa'nın 15/2 maddesine aykırı olarak dokunulamaz haklara müdahale edilmiştir, bu nedenle OHAL KHK'sı olarak nitelendirilemez.

Diğer taraftan iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 125. maddesinde olağanüstü hallerde yargı denetimi için getirilebileceği öngörülen sınırlamanın ötesine geçerek OHAL KHK'ları için belirlenen anayasal çerçevenin dışına çıkmıştır. Anayasa'nın 125/6. maddesine göre “Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.” Görüldüğü gibi Anayasa olağanüstü hallerde yargı denetimine getirilecek sınırlamanın ne olduğunu açıkça düzenlemiştir. Buna göre olağanüstü hallerde yalnızca yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlandırılması mümkündür. Ne var ki, iptali istenen düzenleme ile bireysel idari işlem niteliğindeki kamu görevinden çıkarma, ruhsat, lisans, pasaport iptali, unvan ve sıfatların geri alınması ve kullanılmasının yasaklanması, lojmandan çıkarma gibi işlemler doğrudan OHAL KHK'sı adı altında yapılmakla yargı denetimine kapatılmıştır. Daha önce çıkarılan KHK'larla yapılan benzer işlemler için idari yargıda açılan davalar ortada dava konusu idari işlem olmadığı gerekçesiyle görevsizlik nedeniyle reddedilmiştir. Her ne kadar 685 sayılı KHK ile bir OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuşsa da Komisyon yasal süresinde kurulmamış, uzun süre başvuru almamış, başvuru almaya başladıktan sonra da uzun süre herhangi bir karar vermemiştir. Komisyonun tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda ciddi kuşklar bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK ile tesis edilen işlemler, Bakanların tayin ettiği bürokratlardan oluşan bir komisyon tarafından değerlendirilecektir. Diğer taraftan Komisyon dosya üzerinden işlem yaptığından kişiler burada da haklarındaki iddiaları öğrenme ve yapılan suçlamalara cevap verme olanağından yoksun bulunmaktadır. Verdiği kararlar da kamuya kapalı olup hangi başvuruda hangi ilkelere göre karar verdiğini anlamak mümkün olmamaktadır. Her ne kadar bu Komisyonun kararlarına karşı idari yargıda dava açma olanağı getirilmiş ise de açılacak davanın konusu komisyonun kararı olup, KHK ile tesis edilen işlem değildir.

Dolayısıyla iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 125 maddesine aykırı olarak olağanüstü hal dolayısıyla yapılan işlemleri yargı denetimine kapatmış olup, yürütme organına tanınan yetkinin dışına çıkmıştır. Bu nedenle iptali istenen kurallar OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 128. maddesinde “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmü yer almaktadır. İptali istenen kural ile tesis edilen kamu görevinden çıkarma vb hususların diğer özlük işleri kapsamında olduğu açıktır. Anayasanın açıkça kanunla düzenlenmesini emrettiği bir konuda yürütme organının KHK çıkarması kendine tanınan anayasal yetki alanının aşılması anlamına gelmektedir. Yürütme organının Anayasanın kendine tanıdığı yetki alanını aşarak tesis ettiği işlemin olağanüstü halin gerekli kıldığı konuda çıkarılan ve yargı denetimine kapatılan bir OHAL KHK'sı olmadığı açıktır.

Sonuç olarak, iptali istenen kurallar Anayasa'nın 121/3 maddesinde öngörülen olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılmamış, kapsamı, süresi ve konusu itibarıyla olağanüstü halin gereklerini aşmıştır. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2. maddesi ile münhasıran Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebileceği öngörülen hususları

düzenlemektedir. Bu bakımdan, yetkisizlik nedeniyle geçersizdir. Ayrıca Anayasa'nın 15/2 maddesine göre olağanüstü hallerde dokunulamayacak haklara müdahale etmiştir. İlaveten, Anayasa'nın 125. maddesi ise olağanüstü hallerde yargı denetimine ilişkin getirilebilecek sınırlamaları aşarak işlemleri tamamen yargı denetimine kapatmıştır. Son olarak da Anayasa'nın 128/2. ve 130 maddelerinde başka organlara tanınan yetkilerin kullanılması söz konusudur. Bütün bu nedenlerle iptali istenen kurallar olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımamaktadır ve Anayasanın 121. maddesine aykırıdır. Bu nedenle iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 148. maddesinde yargı denetimine kapatılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımamaktadır ve Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine açıktır.

b. Kuralın Esas Bakımından Anayasaya Aykırılığı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sı niteliği taşımayan dava konusu düzenleme, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirtildiği gibi- olsa olsa Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında çıkarılan bir olağan KHK olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 91. maddesine göre bir KHK ancak TBMM tarafından yetki kanunuyla verilen yetkiye dayalı olarak çıkarılabilir. Amacını, kapsamını, ilkelerini ve kullanma süresini gösteren yetki kanununa dayanması KHK'nın kurucu unsurudur. Yetki kanununa dayanmayan bir KHK salt bu nedene dayalı olarak iptal edilebilir. Olağan KHK kuralı niteliğinde olan 1. madde ve ekli (1) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Diğer taraftan, 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, soyut, sürekli nitelikte kural işlemler için kullanılması gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Yürütme organı KHK çıkarırken geçici olarak yasama yetkisi kullanmaktadır ve bir KHK'nın nitelik olarak kanunlara benzemesi kaçınılmazdır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği her konuda kanun çıkarılabilir ise de 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'nın 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'sı 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.

Kaldı ki dava konusu 1. madde ile ekli (1) sayılı liste görünürde Bakanlar Kurulu işlemi gibi görünmekle birlikte aslında ayrı işlemler olduğu da görülmektedir. İki paragraflık madde metni ile 18 binden fazla kişinin ismini içeren ek (1) sayılı liste hem zaman hem de işlemin niteliği bakımından farklı işlemler olarak görülmektedir. 701 sayılı KHK'nın 4/6/2018 tarihli

Bakanlar Kurulu toplantısında kararlaştırıldığı belirtilmektedir. Oysa KHK 8/7/2018 tarihinde yayınlanmıştır. Yani Bakanlar Kurulu kararının üzerinden bir aydan daha uzun bir süre geçtikten sonra KHK Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Bu da ekli listelerin Bakanlar Kurulunca belirlenmediğini, normatif metnin Bankalar kurulunca kararlaştırıldığını uygulama işlemi niteliğindeki listelerin ise sonradan çeşitli kurumlarca tespit edildiğini ve listelerin normatif metne eklendiğini göstermektedir. Bunu kamuoyuna yapılan açıklamalar da doğrulamaktadır. KHK'nın yayınlanacağı kamuoyuna açıklandıktan sonra yayınlanmanın gecikmesi üzerine sorulan soruya Başbakan işlemlerin yetişmediğini söyleyerek yanıt vermiştir. Bir aydan daha uzun süre önce verilmiş bir kararın 35 gün sonra yayınlanması da listelerin Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca kararlaştırılmadığını açıkça göstermektedir. Bu da ekli listelerin bir Bakanlar Kurulu işlemi, dolayısıyla KHK olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan iptali istenen düzenlemenin içeriği ve uygulama işlemi niteliğindeki ekli (1) sayılı liste Anayasa'nın pek çok maddesini ihlal etmektedir. Suç işlemleri nedeniyle kamu görevlilerinin görevden çıkarılması mümkün ise de bunun için ulusal ve uluslararası hukuktaki ilkelere uyulması gerekmektedir. Bu konuda uluslararası hukukta ilkeler saptanmış ve standartlar oluşturulmuştur.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, özellikle insan hakları ve demokrasiye ciddi tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kamu görevlilerinin devletten arındırılmasının Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine uygun olabilmesi için belli koşulların sağlanması gerektiğine karar vermiştir. Buna göre bu uygulamalar ancak, meşru amaca ulaşmak için objektif ve makul ölçütlere dayalı olarak adil yargılanma güvencelerine uyularak yapılacak bireysel değerlendirme sonucu yapılabilir (M.K., et. al v. Slovakia, Communication No. 2062/2011, 23.03.2016, §§ 9.3-9.4).

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri N. Muiznieks KHK'lar ile ilgili olarak idare ve yürütmeden sorumlu kişilere sınırsız takdir yetkisi tanındığı, uygulamada erkler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ve insan hakları temel ilkelerinden ayrıldığını tespit etmiştir. KHK'ların uygulanmasındaki keyfilığe dikkat çeken Komiser ihraçların basmakalıp ve kişisel nedenler belirtilmeden yapıldığına, kamudan hayat boyu yasaklama tedbirinin de ölçülülük açısından sıkıntılı olduğuna dikkat çekmiştir. Komiser KHK'ların uygulanması, ihraçlardaki hukuksuzluk ve keyfilığe özellikle vurgu yapmıştır. (Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, by Nils Muiznieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH(2016)35, 07.10.2016)

Venedik Komisyonu OHAL uygulamalarını değerlendirdiği raporunda, OHAL uygulamalarında çok ileri gidildiği, alınan tedbirlerin, Türk Anayasası ve Uluslararası hukukun çok ötesine geçtiği, kamu görevlilerinin atılmasına ilişkin kararların doğrulanabilir kanıtlardan yoksun olduğu, ihraç listelerinin hazırlanma hızının işten çıkarmalarda asgari usul teminatlarına uyulmadığına işaret ettiği tespiti yapılmıştır. (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted follo wing the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e])

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükme bağlanmış ve 4. maddesinde bu kuralın değiştirilmesi yasaklanmıştır. Hukuk devleti keyfi yönetimin karştı olup yönetimin hukuka tabi olması anlamına gelmektedir. Yöneticilerin tabi olacağı hukukun da yönetilenlere hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu çerçevede hukuk kurallarının bireyler açısından açık, erişilebilir ve

öngörülebilir olması hukuk devleti ilkesinin en temel gerekleri arasında yer almaktadır. Hukuki güvenlik yoksa, hukuk devletinden söz edilemez.

Bu kuralın devamı olarak Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bireyler ancak işlendiği zaman yürürlükteki kanunların suç saydığı fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilirler ve ancak fiil işlendiği zaman kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilirler. Bu kuralın gereği olarak ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanun yoluyla konulabilir. Kanun altı düzenlemeler, hatta KHK'lar ile ceza normu konamaz. İkinci olarak suçlar ve cezalar geçmişe yürütülemezler. Aynı şekilde suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilebilmesi için bunu düzenleyen yasa hükmünün bireyler açısından en azından bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması, yani bireylerin hangi fiillerin yasaklandığını ve yaptırıma tabi tutulduğunu öngörebilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi iptali istenen düzenleme bir disiplin yaptırımı olarak kişilerin sürekli olarak kamu görevinden çıkarılmalarını, unvan, meslek adı ve sıfatlarının geri alınmasını ve kullanmalarının yasaklanmasını, ruhsat, lisans ve pasaportlarının iptalini ve kamu lojmanlarından çıkarılmalarını öngörmektedir. Bu kuralların dört yönden Anayasa'nın 38. maddesini ihlal ettiği açıktır. Anayasanın 15/2 maddesinde düzenlenen ve insan haklarının sert çekirdeğini oluşturan, her zaman, her yerde ve herkes için geçerli güvenceler arasında yer alan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi hukuk devletinin özünü oluşturmaktadır.

Öncelikle suç ve cezaların kanunla konulması ilkesi ihlal edilmiştir. KHK ile suç ve ceza öngörülmüştür.

İkinci olarak getirilen düzenlemenin içeriği belirsiz ve öngörülemezdir. Dava konusu KHK'da suç olarak düzenlenmiş olan "milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı, oluşum ve gruplara ya da terör örgütlerine aidiyet veya iltisak ya da bunlarla irtibat" fiilleri oldukça muğlak olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu ve bu suçlar arasındaki farkın ne olduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Üstelik, "tesbit eden" organ olarak belirtilen MGK bu konuda karar alma yetkisine sahip değildir. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırıma tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Adı geçen kavramların içeriği ve ağırlığı belirli olmamakla birlikte uygulanacak yaptırımın ağırlığı bakımından da bir belirleme bulunmayıp tamamı aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu derece muğlak ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de hukuk devletine, temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık mevcuttur. Nitekim Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e]) 128-131. paragraflarında bu duruma açıkça dikkat çekmiş ve kavramların içeriğinin açıklığa kavuşturulmasını tavsiye etmiştir.

Üçüncü olarak iptali istenen kural ile getirilen belirsiz norm, geçmişe yürütülerek ekli (1) sayılı listede yer alan kişilere uygulanmış ve kuralda yer alan işlemler tesis edilmiştir. Bu ise suçların ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceğine ilişkin ilkenin ihlali anlamına gelmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi kural iki yönden geçmişe yürütülerek uygulanmıştır. Tekrara girmemek için yukarıda yazılan hususlar burada tekrar edilmeyecektir. Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (CDL-AD(2016)037) 127. paragrafında bu duruma açıkça dikkat çekmiştir.

Son olarak yukarıda açıklandığı gibi haklarında herhangi bir yargı kararı, hatta adli veya idari soruşturma açılmadan kişilerin adlarının terör örgütleri ile ilişkili oldukları şeklinde damgalanarak Resmi Gazetede yayımlanması masumiyet karinesini açıkça ihlal etmektedir ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.

Bir başka nokta da Anayasa'nın 15. maddesine göre olağanüstü hallerde temel hakları sınırlayıcı nitelikteki tedbirlerin durumun zorunlu kıldığı ölçüyü aşmaması gereğidir. Burada öngörülen ölçülülük ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde olağan dönemler için öngörülen ölçülülük ilkesine göre daha sıkı kurallara tabidir, zira burada zaten olağan dönemde alınamayacak tedbirler alınmaktadır. İptali istenen düzenleme milli güvenliğe tehdit oluşturduğuna karar verilen yapılarla herhangi bir ilişki düzeyini bile kamu görevinden temelli çıkarma nedeni olarak düzenlemiştir. Aşağıda ayrıca açıklanacağı gibi bireylerin itibar, özel hayat, çalışma, kamu görevine girme gibi pek çok anayasal hakkını esaslı bir şekilde etkileyen ve yukarıda belirtildiği gibi oldukça muğlak ve içeriği belirsiz bir düzenleme ile bu derece ağır bir yaptırımın öngörülmesi hiç bir şekilde olağanüstü halin zorunlu kıldığı bir tedbir olmadığı gibi olağan dönem açısından da kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge gözetildiğini söylemeye olanak yoktur. Bu nedenle iptali istenen düzenleme ve bu düzenleme çerçevesinde uygulanan kamu görevinden çıkarma işlemi ölçüsüz olup Anayasa'nın hem 13. hem de 15. maddelerine aykırıdır. Öte yandan yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi iptali istenen kural ile Anayasa'nın 15/2. maddesinde öngörülen olağanüstü hallerde dokunulamayacak haklara müdahale edilmiştir. Hem ceza normlarının geçmişe yürütülmezliği, hem de masumiyet karinesine müdahale edilmiş olup açıkça Anayasa'nın 15 aykırılık söz konusudur.

Diğer taraftan iptali istenen kural ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı da ihlal edilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda açıklandığı gibi KHK kapsamında görevine son verilen ve diğer yaptırımlara tabi tutulan kişilerin yargıya başvuru hakkı ortadan kaldırılmıştır ve bu adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir.

Diğer taraftan iptali istenen kural ile uygulanan yaptırımlar adil yargılanma hakkı kapsamında cezai yaptırım niteliği taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşmenin 6. maddesine ilişkin içtihadına bakıldığında suç ve ceza kavramlarının özerk yorumlandığı ve iç hukukta ceza hukuku alanında kabul edilmese bile suçlamaların niteliği, uygulanan usul, uygulanan yaptırımların ağırlığı vb unsurları dikkate alarak Sözleşmenin ilgili güvenceleri kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu çerçevede kamu görevlilerinin görevine son verilmesi de suçlamanın niteliği ve yaptırımın ağırlığı dikkate alınarak Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir (Matyjek/ Polonya (dec.), no. 38184/03, 30.05.2006, para. 48-59). İptali istenen düzenlemenin de hem suçlamanın niteliği (terör örgütü ile bağlantı) hem de yaptırımın ağırlığı (bir daha dönmek üzere kamu görevinden çıkarmak) dikkate alındığında cezai nitelik taşıdığına kuşku bulunmamaktadır. Ancak söz konusu yaptırımlar uygulanırken AİHS'in 6. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 36. maddesi kapsamında değerlendirdiği usule ilişkin güvencelerden hiçbirine uyulmamıştır. İlgili kişilere suçlamalar bildirilmemiş, savunmaları alınmamış, tarafsız ve bağımsız bir soruşturma süreci yürütülmemiş, içeriği belirsiz ve muğlak ceza normu geçmişe yürütülerek uygulanmış ve sonuçta verilen karar için herhangi bir yargısal denetim olanağı tanınmamıştır. Bu nedenle adil yargılanma hakkı cezai boyutu yönünden bir bütün olarak ihlal edilmiştir. Aynı şekilde kamu görevinden çıkarma ve diğer yaptırımların Sözleşmenin 6. maddesi bağlamında kişilerin medeni haklarına müdahale teşkil ettiğinde kuşku bulunmamaktadır. Aynı usulî güvenceler medeni haklar bakımından da geçerli olup bu

haklardan hiç birine riayet edilmemiştir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı bir bütün olarak medeni haklar bakımından da ihlal edilmiştir. Sonuç olarak Anayasa'nın 36. maddesi hem mahkemeye erişim hakkı, hem de medeni ve cezai yönden bir bütün halinde ihlal edilmiştir.

Öte yandan iptali istenen düzenleme ile tesis edilen işlemler ilgili kişilerin başta Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan itibar hakkı olmak üzere, 20. maddede güvence altına alınan özel ve aile hayatının korunması hakkına müdahale teşkil etmektedir ve bu haklar için öngörülen güvencelere uyulmadığından ihlal teşkil etmektedir. Gerçek bir savunma hakkı verilmeden uygulanan işlemlerin AİHS ve AİHM içtihatlarına aykırı olduğu ve ilgili kişilerin anayasal temel haklarını ihlal ettiği açıktır. Sözleşmede kamu görevine girme hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHM kamu görevinden çıkarmalarla ilgili şikâyetleri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. Bu çerçevede temel usulü güvencelere ve savunma haklarına saygı göstermeden gerçekleştirilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir (bkz. Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, para. 29; Sidabras ve Džiautas/Litvanya, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004; Pfeifer/ Avusturya, no. 12556/03, 15.11.2007, para. 35; Özpınar/Türkiye, no: 20999/04, 19/10/2010, para. 45; D.M.T. and D.K.I./Bulgaristan, no. 29476/06, 24.07.2012; Oleksandr Volkov/Ukrayna, no. 21722/11, 09.01.2013, para.165-166; Şahin Kuş/Türkiye no. 33160/04, 07.06.2016; Kulykov ve Diğerleri/Ukrayna, nos. 5114/09, 19.01.2017, para.138). Anayasa Mahkemesi de benzer yönde kararlar vermiştir (Ş. K., B. No. 2013/1614, 03.04.2014, para. 66; Serap Tortuk, 2013/9660, 21.01.2015, para. 59-61; Ata Türkeri, B.No. 2013/6057, 16.12.2015, para. 52).

İptali istenen kural ile ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler, usulü güvencelere uyulmadan içeriği muğlâk ve belirsiz bir norm geçmişe yürütülerek terör örgütleri ile bağlantıları olduğu şeklinde damgalanarak kamu görevinden çıkarılmışlardır. Bu damgalama ile kişilerin toplum nezdinde itibarları / ve haysiyeti / zedelenmiştir. Bu nedenle pek çoğunun toplumda ayrımcı muamelelere maruz kalacağı açıktır. İlgili kişilerin özel sektörde iş bulmaları neredeyse imkânsız hale getirilmiştir. Bu da ilgili kişilerin hukuki durumunu medeni ölüye dönüştürmüştür. Bu kişilerin çalışmadan ailelerini geçindirmeleri mümkün değildir. Bu kişilerin ve ailelerinin açlığa mahkûm edilmesi hem itibar haklarına hem de maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına yönelik ağır bir ihlal oluşturmaktadır. Diğer taraftan bu durum özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının da ihlalini teşkil eder. Bu nedenle iptali istenen kural Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan ekli (1) sayılı liste ile ilgili kişilerin isimleri ve bazı kimlik bilgileri terör örgütleri ile bağlantılı oldukları belirtilerek Resmi Gazetede ve internet sitesinde yayımlanmıştır. Bu listeler bütün medya organlarında ve başka pek çok kişi ve kurumun internet sayfasında yer almaktadır. Resmi Gazetenin internet sitesinde bu liste sürekli erişime açık tutulmaktadır ve dünyanın her tarafından her an ulaşılması mümkündür. Hiçbir yargılama ve gerçek anlamda soruşturma yürütmeden, hangi usulle tespit edildiği belli olmayan bu listelerin kamuoyuna açıklanması bu kişileri ve ailelerini her türlü taciz ve saldırıya açık hale getirmiştir. Bu kişilerin herhangi bir özel iş yerinde iş bulma veya özel iş yapmaları konusunda önemli zorluklar çıkaracaktır. Nitekim AİHM Estonya'da bir kişinin isminin Resmi Gazete'de eski KGB çalışanı (şoför) olarak yayınlanmış ve "işgalci" olarak damgalanmış olmasını hem kişinin üzerindeki olumsuz etkileri hem de kamu yararı açısından sağlayacağı bir katkı olmaması nedeniyle Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir (Söro/Estonya, 22588/08, 03.09.2015, para. 56-64). Bu nedenle, ekli (1) sayılı liste ile kişilerin isimlerinin ve kimlik bilgilerinin Resmi Gazetede

yayınlanması da ayrıca Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleri ile güvence altına alınan itibar ve özel hayata saygı haklarını ihlal etmektedir.

Diğer taraftan, gerekli usulü güvencelere uyulmadan kişilerin kamu görevinden çıkarılmaları ve ruhsat ve lisanslarının iptal edilmesi ve unvan ve sıfatlarının geri alınması nedeniyle ilgili kişilerin hem maaş ve bağlı hakları hem de sosyal güvenlik haklarında olumsuz sonuçlar doğmuş olup, bu kayıplar Anayasa'nın 35 ve AİHS'e ek 1 nolu Protokolün 1. maddelerinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Ne var ki bu müdahale ilgili maddede öngörülen koşullara ve usulü güvencelere ve Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uyulmadan yapılmış, ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 35. maddesine aykırıdır.

İptali istenen kural ile bu kişilerin sadece hususi ve hizmet pasaportları değil bütün pasaportları iptal edilmiştir. Hatta uygulamada daha önceki KHK'lar ile kamu görevinden çıkarılanların sadece kendilerinin değil eşlerinin ve hatta çocuklarının da pasaportları iptal edilmiştir. Bu kişilere ve ailelerine normal pasaport da verilmemektedir. Bu kişiler hakkında herhangi bir adli tedbir kararı bulunmamasına rağmen pasaport verilmemesi suretiyle yurt dışına çıkmalarının engellenmesi Anayasa'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat ve yerleşme özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Ne var ki bu müdahale ilgili maddede öngörülen koşullara ve Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uyulmadan yapılmış, ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 23. maddesine aykırıdır.

İptali istenen kural ile ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin özel güvenlik şirketlerinde çalışamayacakları, bu şirketlerin kurucusu ve ortağı olamayacakları hükmüne yer verilmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi bu kişiler hiçbir usulü güvenceye uyulmadan ve herhangi bir savunma hakkı verilmeden kamu görevinden çıkarılmışlardır. Bu kişilerin ayrıca özel sektörde çalışmaları da bu hükümle sınırlandırılmıştır. Bu Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve teşebbüs özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Nitekim AİHM eski KGB çalışanları için on yıl boyunca bazı özel sektör firmalarında çalışma yasağı getiren Litvanya kanununun sözleşmenin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir (Sidabras ve Džiautas/Litvanya, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004). Mahkeme bu sonuca ulaşırken eski işgal gücünün gizli servisinde çalışan kişilerin ülkeye bağlılığı konusundaki kuşkuvarın, bunların özel sektörde çalışmalarına engel olmak için yeterli gerekçe oluşturmayacağı tespitinde bulunmuştur.

İptali istenen kural ile ilgili kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı veya çalışanı olmalarına getirilen yasağın hem usulü güvencelere uyulmamış olması, hem de herhangi bir süreye tabi olmaksızın ömür boyu uygulanacak olması dolayısıyla ilgili maddelerde öngörülen koşullara ve Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uyulmadan yapılmış, ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler usulü güvencelere uyulmaksızın kamu görevinden çıkarılmış ve ömür boyu yeniden kamu görevine girmeleri ya da kamu hizmetinde çalışmaları yasaklanmıştır. Bu Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına müdahale teşkil etmektedir. Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmeti girme her Türk vatandaşı için bir hak olarak tanınmış ve kamu hizmetine girmede hizmetin gerektirdiği niteliklerin dışında hiçbir koşulun aranmayacağı belirtilmiştir. İptali istenen kural ile kamu görevine girme hakkına yapılan müdahale ilgili maddede öngörülen

koşullara ve Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uyulmadan yapılmış, ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 70. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı gibi Anayasanın 128. maddesine göre kamu görevlilerinin disiplin işleri kanunla düzenlenir. Ancak ekli (1) sayılı listede adı geçen kişilerin kamu görevinden çıkarılmasını öngören düzenleme KHK ile yapılmıştır ve bu açıkça Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Aynı şekilde Anayasa'nın 129. maddesine göre kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. Oysa yukarıda açıklandığı gibi ekli (1) sayılı listede isimleri yer alan kişilerin çok büyük bir çoğunluğu hakkında herhangi bir idari soruşturma açılmadan doğrudan kamu görevinden çıkarılmışlardır. Soruşturma açılanlara ise somut suçlamalar bildirilmeden sadece ilgili yapılarla ilişkiniz var mı şeklinde sorular sorulmuştur. Bu kişilerin çok büyük çoğunluğu da ilişkisi olmadığını söylemekle yetinmiştir. Böyle bir soruşturmanın usulü güvenceleri sağlamadığı ve gerçek bir savunma hakkı tanımadığı açıktır. Suç teşkil eden fiil tanımlanmadan ve ilgili fiilin niçin suç teşkil ettiği açıklanmadan, salt olarak ihbar ve fişlemelere dayalı istihbari bilgiler çerçevesinde kişilere terör örgütü ile ilişkisi olduğu belirtilerek ilişkisinin olmadığını ispatlamasının istenmesi savunma hakkı olarak nitelenemez. Bu nedenle kural açıkça Anayasanın 129. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 130. maddesinde öğretim elemanlarının Yüksek öğretim Kurulunun veya üniversitenin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca "her ne surette olursa olsun" görevden uzaklaştırılmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Oysa ekli (1) sayılı listede pek çok öğretim elemanı da yer almaktadır. Bu kişiler önce Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca görevden uzaklaştırılmıştır. Ancak Bakanlar Kurulu üniversitenin yetkili kurulu değildir. Dolayısıyla kural açıkça Anayasanın 130. maddesine aykırıdır.

Sonuç olarak, iptali istenen kural ve ekli (1) sayılı liste Anayasa'nın 91., 121., 8., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 128., 129. ve 130. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2) 701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesi ve ekli (4) sayılı liste.

İptali istenen kural ile Türk Silahlı Kuvvetlerinden emekliye sevk edilen, kendi isteğiyle emekli olan, istifa eden veya başka bir sebeple ayrılan, 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 olduğu değerlendirilen ve ekli (4) sayılı listede yer alanların rütbelerinin alınacağı ve emekli kimliklerinin iptal edileceği hükme bağlanmıştır. Bu kişilerin kamu görevine yeniden kabul edilmeyeceği, doğrudan veya dolaylı görevlendirilemeyecekleri, uhdelerinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamayacakları ve bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir. Ayrıca bu kişilerin uhdelerinde bulunan her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerin sona ermiş sayılacağı hükmüne yer verilmiştir. Diğer taraftan bu kişilerin silah ruhsatları, pilot lisansları ve ilgili pasaport birimlerinde pasaportlarının iptal edileceği kuralına yer verilmiştir. Son olarak bu kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olmaları da yasaklanmıştır.

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bir düzenlemenin gerçekten OHAL KHK'sı olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte olmayan düzenlemeleri denetlemek demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve görevidir.

a. İptali İstenen Kurallar Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi Niteliği Taşımamaktadır

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle Anayasa'nın 148. maddesindeki denetim yasağı kapsamına girmemektedir. İlk olarak ekli (4) sayılı listede gösterilen Türk Silahlı Kuvvetlerinden emeklilik veya istifa nedeniyle ayrılmış kişilerin rütbelerinin alınmasını ve emekli kimliklerinin iptal edilmesini öngören söz konusu KHK'nın 3. maddesinin, Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırı olarak olağanüstü halin gereklerini aşan nitelikte olduğu, süre yönünden herhangi bir belirleme içermediği, etkilerini olağanüstü halden sonra da devam ettirdiği, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2 maddesine göre ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilecek hususlarda düzenleme öngördüğü, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında sayılan suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal ettiği görülmektedir. Üçüncü olarak Anayasa'nın 125/6 maddesinde olağanüstü hallerde müdahale edilebilecek alanın dışına çıkılarak, söz konusu işlemlerle ilgili olarak fiilen yargı denetiminin ortadan kaldırıldığı, Anayasa'nın 128/2. maddesinde "diğer özlük hakları" kapsamında sadece kanunla düzenlenmesi öngörülen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işlemlerinin, disiplin suç ve cezalarının iptali istenen kural ile düzenlendiği ve uygulandığı görülmektedir.

Bu hususlar yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. 1. maddeye ilişkin açıklamalar aynı şekilde 3. madde için de geçerlidir. 1. maddede yer alan kamu görevinden çıkarma ve buna bağlı yaptırımlar ile 3. maddede yer alan rütbelerin alınması ve emekli kimliklerinin iptal edilmesi ve buna bağlı diğer yaptırımlar içeriği farklı olmakla birlikte, anayasal sonuçları açısından aralarında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle 1. maddeye ilişkin açıklamalar burada tekrarlanmayacaktır. Aynı açıklamalar 3. madde açısından da geçerlidir. Burada 1. maddeye ilişkin açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir. İptali istenen kural Anayasa'nın 212/3 maddesinde öngörülen olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılmamış, kapsamı, süresi ve konusu itibarıyla olağanüstü halin gereklerini aşmıştır. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2. maddesi ile münhasıran Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebileceği öngörülen hususları düzenlemektedir bu nedenle yetkisizlik nedeniyle geçersizdir. Ayrıca Anayasa'nın 15/2 maddesine göre olağanüstü hallerde dokunulamayacak haklara müdahale etmiştir. İlaveten, Anayasa'nın 125. maddesi ise olağanüstü hallerde yargı denetime ilişkin getirilebilecek sınırlamaları aşarak işlemleri tamamen yargı denetimine kapatmıştır. Son olarak da Anayasa'nın 128/2. maddesi ile münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen hususları düzenlemektedir.

Bütün yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 148. maddesinde yargı denetimine kapatılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımamaktadır ve Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine açıktır.

b. Kuralın Esas Bakımından Anayasaya Aykırılığı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sını niteliği taşımayan dava konusu düzenleme, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirtildiği gibi Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında çıkarılan bir olağan KHK olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 91. maddesine göre bir KHK ancak TBMM tarafından yetki kanunuyla verilen yetkiye dayalı olarak çıkarılabilir. Amacını, kapsamını, ilkelerini ve kullanma süresini gösteren yetki kanununa dayanması KHK'nın kurucu unsurudur. Yetki kanununa dayanmayan bir KHK salt bu nedene dayalı olarak iptal edilebilir. Olağan KHK kuralı niteliğinde olan 3. madde ve ekli (4) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Diğer taraftan yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda ayrıntılı olarak açıklanan nedenler, 3. maddede pasaport iptali öngörülmediğinden sadece Anayasa'nın 23. maddesi dışındaki, Anayasa'nın 121., 8., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine ilişkin olarak belirtilen aykırılık gerekçeleri aynı şekilde 3. madde ve ekli (4) sayılı liste için de geçerlidir. Yukarıda açıklanan gerekçeler burada tekrarlanmayacak, sadece atıf yapmakla yetinilecektir.

Gerekçesi yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda açıklanan nedenlerle iptali istenen 3. madde ve ekli (4) sayılı liste Anayasa'nın 91., 121., 8., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

3) 701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesi ve ekli (5) sayılı liste

İptali istenen kural ile Emniyet Genel Müdürlüğünden emekliye sevk edilen, kendi isteğiyle emekli olan, istifa eden, müstafi sayılan, devlet memurluğundan çıkarılan veya başka bir sebeple ayrılan, 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 olduğu değerlendirilen ve ekli (5) sayılı listede yer alanların rütbelerinin alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu kişilerin kamu görevine yeniden kabul edilmeyeceği, doğrudan veya dolaylı görevlendirilemeyecekleri, uhdelерinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamayacakları ve bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir. Ayrıca bu kişilerin uhdelерinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerin sona ermiş sayılacağı hükmüne yer verilmiştir. Diğer taraftan bu kişilerin silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri, pilot lisansları ve ilgili pasaport birimlerince pasaportlarının iptal edileceği kuralına yer verilmiştir. Son olarak bu kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olmaları da yasaklanmıştır.

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bir düzenlemenin gerçekten OHAL KHK'sı olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte olmayan düzenlemeleri denetlemek demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve görevidir.

a. İptali İstenen Kurallar Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi Niteliği Taşımamaktadır

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle Anayasa'nın 148. maddesindeki denetim yasağı kapsamına girmemektedir. İlk olarak ekli (5) sayılı listede gösterilen Emniyet Genel Müdürlüğünden emeklilik veya istifa nedeniyle ayrılmış kişilerin rütbelerinin alınmasını öngören söz konusu KHK'nın 4. maddesinin, Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırı olarak olağanüstü halin gereklerini aşan nitelikte olduğu, süre yönünden herhangi bir belirleme içermediği, etkilerini olağanüstü halden sonra da devam ettirdiği, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2 maddesine göre ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilecek hususlarda düzenleme öngördüğü, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında sayılan suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal ettiği görülmektedir. Üçüncü olarak Anayasa'nın 125/6 maddesinde olağanüstü hallerde müdahale edilebilecek alanın dışına çıkılarak, söz konusu işlemlerle ilgili olarak fiilen yargı denetiminin ortadan kaldırıldığı, Anayasa'nın 128/2. maddesinde "diğer özlük hakları" kapsamında sadece kanunla düzenlenmesi öngörülen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işlemlerinin, disiplin suç ve cezalarının iptali istenen kural ile düzenlendiği ve uygulandığı görülmektedir.

Bu hususlar yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. 1. maddeye ilişkin açıklamalar aynı şekilde 4. madde için de geçerlidir. 1. maddede yer alan kamu görevinden çıkarma ve buna bağlı yaptırımlar ile 4. maddede yer alan rütbelerin alınması ve emekli kimliklerinin iptal edilmesi ve buna bağlı diğer yaptırımlar içeriği farklı olmakla birlikte, anayasal sonuçları açısından aralarında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle 1. maddeye ilişkin açıklamalar burada tekrarlanmayacaktır. Aynı açıklamalar 4. madde açısından da geçerlidir. Burada 1. maddeye ilişkin açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir. İptali istenen kural Anayasa'nın 212/3 maddesinde öngörülen olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılmamış, kapsamı, süresi ve konusu itibarıyla olağanüstü halin gereklerini aşmıştır. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2. maddesi ile münhasıran Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebileceği öngörülen hususları düzenlemektedir bu nedenle yetkisizlik nedeniyle geçersizdir. Ayrıca Anayasa'nın 15/2 maddesine göre olağanüstü hallerde dokunulamayacak haklara müdahale etmiştir. İlaveten, Anayasa'nın 125. maddesi ise olağanüstü hallerde yargı denetime ilişkin getirilebilecek sınırlamaları aşarak işlemleri tamamen yargı denetimine kapatmıştır. Son olarak da Anayasa'nın 128/2. maddesi ile münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen hususları düzenlemektedir.

Bütün yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 148. maddesinde yargı denetimine kapatılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımamaktadır ve Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine açıktır.

b. Kuralın Esas Bakımından Anayasaya Aykırılığı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sını niteliği taşımayan dava konusu düzenleme, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirtildiği gibi Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında çıkarılan bir olağan KHK olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 91. maddesine göre bir KHK ancak TBMM tarafından yetki kanunuyla verilen yetkiye dayalı olarak çıkarılabilir. Amacını, kapsamını, ilkelerini ve kullanma süresini gösteren yetki kanununa dayanması KHK'nın kurucu unsurudur. Yetki kanununa dayanmayan

bir KHK salt bu nedene dayalı olarak iptal edilebilir. Olağan KHK kuralı niteliğinde olan 4. madde ve ekli (5) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Diğer taraftan yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda ayrıntılı olarak açıklanan nedenler, 4. maddede pasaport iptali öngörülmediğinden sadece Anayasa'nın 23. maddesi dışındaki, Anayasa'nın 121., 8., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine ilişkin olarak belirtilen aykırılık gerekçeleri aynı şekilde 4. madde ve ekli (5) sayılı liste için de geçerlidir. Yukarıda açıklanan gerekçeler burada tekrarlanmayacak, sadece atıf yapmakla yetinilecektir.

Gerekçesi yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda açıklanan nedenlerle iptali istenen 4. madde ve ekli (5) sayılı liste Anayasa'nın 91., 121., 8., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

4) 701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesi ve ekli (6) sayılı liste

İptali istenen kural ile Jandarma Genel Komutanlığından emekliye sevk edilen, ilişkisi kesilen, sözleşmesi feshedilen, kendi isteğiyle emekli olan, istifa eden, müstafi veya çekilmiş sayılan, disiplin nedeniyle askerlikten veya devlet memurluğundan çıkarılan veya başka bir sebeple ayrılan, 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 olduğu değerlendirilen ve ekli (6) sayılı listede yer alanların rütbelerinin alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu kişilerin kamu görevine yeniden kabul edilmeyeceği, doğrudan veya dolaylı görevlendirilemeyecekleri, uhdelерinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamayacakları ve bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir. Ayrıca bu kişilerin uhdelерinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerin sona ermiş sayılacağı hükmüne yer verilmiştir. Diğer taraftan bu kişilerin silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri, pilot lisansları ve ilgili pasaport birimlerinde pasaportlarının iptal edileceği kuralına yer verilmiştir. Bu kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olmaları da yasaklanmıştır. Son olarak bu kişilerden herhangi bir nedenle kamu konutlarında oturanlar varsa onbeş gün içinde tahliye etmeleri hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bir düzenlemenin gerçekten OHAL KHK'sı olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte olmayan düzenlemeleri denetlemek demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve görevidir.

a. İptali İstenen Kurallar Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi Niteliği Taşımamaktadır

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle Anayasa'nın 148. maddesindeki denetim yasağı kapsamına girmemektedir. İlk olarak ekli (6) sayılı listede gösterilen Jandarma Genel Komutanlığından emeklilik, istifa, sözleşme feshi, disiplin nedeniyle çıkarma veya başka bir nedenle ayrılmış kişilerin rütbelerinin alınmasını ve emekli kimliklerinin iptal edilmesini öngören söz konusu KHK'nın 5. maddesinin, Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırı olarak olağanüstü halin

gereklerini aşan nitelikte olduğu, süre yönünden herhangi bir belirleme içermediği, etkilerini olağanüstü halden sonra da devam ettirdiği, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2 maddesine göre ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilecek hususlarda düzenleme öngördüğü, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında sayılan suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal ettiği görülmektedir. Üçüncü olarak Anayasa'nın 125/6 maddesinde olağanüstü hallerde müdahale edilebilecek alanın dışına çıkılarak, söz konusu işlemlerle ilgili olarak fiilen yargı denetiminin ortadan kaldırıldığı, Anayasa'nın 128/2. maddesinde "diğer özlük hakları" kapsamında sadece kanunla düzenlenmesi öngörülen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işlemlerinin, disiplin suç ve cezalarının iptali istenen kural ile düzenlendiği ve uygulandığı görülmektedir.

Bu hususlar yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. 1. maddeye ilişkin açıklamalar aynı şekilde 5. madde için de geçerlidir. 1. maddede yer alan kamu görevinden çıkarma ve buna bağlı yaptırımlar ile 5. maddede yer alan rütbelerin alınması ve emekli kimliklerinin iptal edilmesi ve buna bağlı diğer yaptırımlar içeriği farklı olmakla birlikte, anayasal sonuçları açısından aralarında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle 1. maddeye ilişkin açıklamalar burada tekrarlanmayacaktır. Aynı açıklamalar 5. madde açısından da geçerlidir. Burada 1. maddeye ilişkin açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir. İptali istenen kural Anayasa'nın 212/3 maddesinde öngörülen olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılmamış, kapsamı, süresi ve konusu itibarıyla olağanüstü halin gereklerini aşmıştır. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2. maddesi ile münhasıran Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebileceği öngörülen hususları düzenlemektedir bu nedenle yetkisizlik nedeniyle geçersizdir. Ayrıca Anayasa'nın 15/2 maddesine göre olağanüstü hallerde dokunulamayacak haklara müdahale etmiştir. İlaveten, Anayasa'nın 125. maddesi ise olağanüstü hallerde yargı denetime ilişkin getirilebilecek sınırlamaları aşarak işlemleri tamamen yargı denetimine kapatmıştır. Son olarak da Anayasa'nın 128/2. maddesi ile münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen hususları düzenlemektedir.

Bütün yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 148. maddesinde yargı denetimine kapatılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımamaktadır ve Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine açıktır.

b. Kuralın Esas Bakımından Anayasaya Aykırılığı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sını niteliği taşımayan dava konusu düzenleme, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirtildiği gibi Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında çıkarılan bir olağan KHK olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 91. maddesine göre bir KHK ancak TBMM tarafından yetki kanunuyla verilen yetkiye dayalı olarak çıkarılabilir. Amacını, kapsamını, ilkelerini ve kullanma süresini gösteren yetki kanununa dayanması KHK'nın kurucu unsurudur. Yetki kanununa dayanmayan bir KHK salt bu nedene dayalı olarak iptal edilebilir. Olağan KHK kuralı niteliğinde olan 5. madde ve ekli (6) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Diğer taraftan yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda ayrıntılı olarak açıklanan nedenler, 5. maddede pasaport iptali öngörülmediğinden sadece Anayasa'nın 23. maddesi dışındaki, Anayasa'nın 121., 8., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine ilişkin olarak belirtilen aykırılık gerekçeleri aynı şekilde 4. madde ve ekli (6) sayılı liste için de geçerlidir. Yukarıda açıklanan gerekçeler burada tekrarlanmayacak, sadece atıf yapmakla yetinilecektir.

Gerekçesi yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda açıklanan nedenlerle iptali istenen 5. madde ve ekli (6) sayılı liste Anayasa'nın 91., 121., 8., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

5) 701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesi ve ekli (7) sayılı liste

İptali istenen kural ile 8/4/1929 tarihli ve 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanuna tabi öğrencilerden, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olduğu belirtilen ve ekli (7) sayılı listede yer alan kişinin öğrencilikle ilişkisi kesilmiştir. Bu kişi hakkında 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 4. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları hükümlerinin uygulanacağı, bunların bu kapsamda gördüğü eğitimlere ilişkin olarak denklik işlemlerinin yapılmayacağı ve bu kişinin söz konusu eğitimleri kapsamındaki akademik unvan ve derecelerine bağlı haklardan yararlanamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu listede resmi devlet burslusu statüsünde yurt dışında lisansüstü eğitim gören bir öğrenci yer almaktadır. İptali istenen kural ile bu öğrencinin yalnızca bursunun kesilmesi ile yetinilmemiş, yurt dışında aldığı eğitim de Türkiye'de geçersiz sayılmıştır. Bu kişinin yurt dışında aldığı yüksek lisans ve doktora diplomaları bütün dünyada geçerli olmaya devam edecek ancak Türkiye'ye gelmesi halinde denklik verilmediğinden geçersiz sayılacak, aldığı akademik unvanlardan yurt içinde yararlanamayacaktır.

Diğer taraftan bu kişi bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyecek, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyecek, varsa silah ruhsatı, gemi adamlığı ve pilot lisansları iptal edilecek, özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacaktır.

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bir düzenlemenin gerçekten OHAL KHK'sı olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte olmayan düzenlemeleri denetlemek, demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve görevidir.

a. İptali İstenen Kurallar Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi Niteliği Taşımamaktadır

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle Anayasa'nın 148. maddesindeki denetim yasağı kapsamına girmemektedir. İlk olarak ekli (7) sayılı listede gösterilen Resmi Devlet Burslusu statüsündeki öğrencinin bu statüsünün sona erdirilmesini ve aldığı eğitimin ve akademik unvanların Türkiye'de tanınmamasını, bu kişinin kamu hizmetinde istihdamının yasaklanmasını öngören söz konusu KHK'nin 6. maddesinin, Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırı olarak olağanüstü

halin gereklerini aşan nitelikte olduğu, süre yönünden herhangi bir belirleme içermediği, etkilerini olağanüstü halden sonra da devam ettirdiği, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2 maddesine göre ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilecek hususlarda düzenleme öngördüğü, Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkı ve 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına yönelik ağır sınırlamalar getirdiği, hatta bu hakları ortadan kaldırdığı görülmektedir. Oysa olağanüstü hal dolayısıyla bu haklara yönelik sınırlamalar ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile yapılabilir ve bu konuda KHK çıkarılamaz.

Öte yandan, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında sayılan suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal ettiği görülmektedir. Suç ve cezaların geri yürütülmesi ve masumiyet karinesi konusunda yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde yapılan açıklamalar aynı şekilde bu madde açısından da geçerlidir. Tekrara girmemek açısından yukarıda yapılan açıklamalar burada tekrarlanmayacaktır.

Ayrıca, Anayasa'nın 125/6 maddesinde olağanüstü hallerde müdahale edilebilecek alanın dışına çıkılarak, söz konusu işlemlerle ilgili olarak fiilen yargı denetimini ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Bu hususlar yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. 1. maddeye ilişkin açıklamalar aynı şekilde 6. madde için de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 148. maddesinde yargı denetimine kapatılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararname niteliği taşımamaktadır ve Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine açıktır.

b. Kuralın Esas Bakımından Anayasaya Aykırılığı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sı niteliği taşımayan dava konusu düzenleme, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirtildiği gibi Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında çıkarılan bir olağan KHK olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 91. maddesine göre bir KHK ancak TBMM tarafından yetki kanunuyla verilen yetkiye dayalı olarak çıkarılabilir. Amacını, kapsamını, ilkelerini ve kullanma süresini gösteren yetki kanununa dayanması KHK'nın kurucu unsurudur. Yetki kanununa dayanmayan bir KHK salt bu nedene dayalı olarak iptal edilebilir. Olağan KHK kuralı niteliğinde olan 6. madde ve ekli (7) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Diğer taraftan, yukarıda 1. maddenin iptal talebine ilişkin kısımda ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 121. ve 8. maddelerine de aykırıdır. Bireysel idari işlem niteliğindeki resmi devlet burslusu öğrenci statüsünün sona erdirilmesi ve devamı yaptırımlara ilişkin işlemlerin geçici yasama yetkisi kullanımı olan KHK şeklinde yapılması Anayasa'nın 121. ve 8. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan resmi devlet burslusu öğrenci statüsünün kaldırılmasına ilişkin işlem muğlak ve içeriği belirsiz bir ceza normunun geçmişe yürütülmesi suretiyle ve hiçbir usulü

güvenceye uyulmaksızın gerçekleştirilmiştir. Uygulanan yaptırımların niteliği, ağırlığı ve süresi dikkate alındığında bir disiplin yaptırımının çok ötesine geçtiği, cezai nitelik taşıdığı görülmektedir. Diğer taraftan burslu öğrencilik statüsünün sona erdirilmesi, diplomaların ve akademik unvanların tanınmaması, kamu hizmetine girişin yasaklanması ve bazı ruhsat ve lisansların iptal edilmesi ve bazı özel sektör kuruluşlarında çalışmanın yasaklanması, medeni haklara ağır bir müdahale niteliğindedir. Bu bir taraftan Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının hem cezai hem de medeni boyutu yönlerinden bir bütün olarak ihlali, ve 38. maddede güvence altına alınan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık anlamına gelirken, diğer taraftan eğitim ve kamu hizmetine girme haklarının ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarına yapılan müdahalenin kanuni dayanağı olmadığını da göstermektedir. Diğer taraftan bireylerin temel haklarına yapılan bu müdahale Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde öngörülen koşullara da uymamaktadır. Müdahalenin kanuni dayanağı olmadığı gibi, eğitim ve kamu hizmetine girme hakları yönünden, hakların tamamen ortadan kaldırılmasıyla hakların özüne dokunulmuş ve ölçüsüz müdahale edilmiştir. Ayrıca bu kişinin isminin herhangi bir yargı kararı olmadan, terör örgütleriyle ilişkisi olduğu şeklinde damgalanarak Resmi gazetede yayınlanmasıyla hem itibar (haysiyet) hakkı hem de masumiyet karinesi ihlal edilmiştir. Bu nedenle iptali istenen kural, Anayasa'nın 13., 15., 17., 36., 38., 42. ve 70. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen 6. madde ve ekli (7) sayılı liste Anayasa'nın 91., 121., 8., 13., 15., 17., 36., 38., 42. ve 70. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

6) 701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesi ve ekli (8) sayılı liste

İptali istenen kuralın birinci fıkrası, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu belirtilen ve ekli (8) sayılı listede yer alan kurum ve kuruluşların kapatıldığı hükmünü içermektedir.

İkinci fıkrada ise birinci fıkra kapsamında kapatılan kurum ve kuruluşlara ait olan taşınırılar ile her türlü malvarlığı, alacak ve haklar, belge ve evrakın Hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayılacağı, bunlara ait taşınmazların tapuda resen Hazine adına, her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak tescil edileceği ve bunların her türlü borçlarından dolayı hiçbir şekilde Hazineden bir hak ve talepte bulunulamayacağı hükmü yer almaktadır. Devre ilişkin işlemlerin ise ilgili tüm kurumlardan gerekli yardımı almak suretiyle Maliye Bakanlığı tarafından yerine getirileceği kuralına yer verilmiştir.

Ekli (8) sayılı listede oniki dernek, üç gazete ve bir televizyon olmak üzere toplam 16 kuruluş yer almaktadır. İptali istenen kural ile bu kuruluşlar temelli olarak kapatılmış, malvarlıkları alacak ve hakları hazineye geçirilmiş, borçlarından dolayı ise hazineden hiçbir talepte bulunulamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bir düzenlemenin gerçekten OHAL KHK'sı olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte olmayan düzenlemeleri denetlemek demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve görevidir.

a. İptali İstenen Kurallar Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi Niteliği Taşımamaktadır

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle Anayasanın 148. maddesindeki denetim yasağı kapsamına girmemektedir. İlk olarak ekli (8) sayılı listede gösterilen dernek, gazete ve televizyonların temelli kapatılmasını öngören söz konusu KHK'nin 7. maddesinin, Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırı olarak olağanüstü halin gereklerini aşan nitelikte olduğu, süre yönünden herhangi bir sınırlama öngörmediği, etkilerini olağanüstü halden sonra da devam ettirdiği, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan iptali istenen kuralın Anayasa'nın 121/2 maddesine göre ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilecek hususlarda düzenleme öngördüğü görülmektedir. Zira derneklerin kapatılması Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil eder. Bu hükme göre derneklerin kapatılmasına ancak hâkim kararıyla karar verilebilir. Anayasa'nın 121/2 maddesine göre bu hakta sınırlama ya da durdurma ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile yapılabilir, bu konuda KHK ile düzenleme yapılamaz. Aynı şekilde Anayasanın 28., 29. ve 30. maddelerinde basın özgürlüğü ve basın araçlarının korunması düzenlenmiştir. Basılı eserlere ancak hâkim kararı ile el konulabilir, basın araçları ise hiçbir şekilde suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt veya müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz. Bu konularda da KHK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Ayrıca iptali istenen kuralın Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında sayılan suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal ettiği görülmektedir. Masumiyet karinesinden tüzel kişilerin de yararlanacağı açıktır. Suç ve cezaların geri yürütülmesi ve masumiyet karinesi konusunda yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde yapılan açıklamalar aynı şekilde bu madde açısından da geçerlidir. Tekrara girmemek açısından yukarıda yapılan açıklamalar burada tekrarlanmayacaktır.

Öte yandan, Anayasa'nın 125/6 maddesinde olağanüstü hallerde müdahale edilebilecek alanın dışına çıkılarak, söz konusu işlemlerle ilgili olarak fiilen yargı denetiminin ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Bu hususlar yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. 1. maddeye ilişkin açıklamalar aynı şekilde 7. madde için de geçerlidir. Anayasanın 33. maddesine göre derneklerin kapatılmasına ancak hâkim kararı ile karar verilebilecek olmasına ve 38. maddeye göre müsadere cezası verilmesi yasaklanmış olmasına rağmen bu işlemler KHK ile yapılmış ve bunlara karşı yargı denetimine başvurulması fiilen yasaklanmıştır. Aynı şekilde Anayasa'nın 30. maddesi basın araçlarına el konulmasını veya işletilmesinin durdurulmasını yasaklamış olmasına rağmen KHK ile gazeteler kapatılmış ve her türlü malvarlığına el konulmuştur. Bu işleme karşı ise yargı denetimine başvuru fiilen yasaklanmıştır. Bu konuda 1. maddeye ilişkin açıklamalar bu hüküm açısından da geçerlidir.

Sonuç olarak iptali istenen kural Anayasa'nın 121/3 maddesinde öngörülen olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılmamış, kapsamı, süresi ve konusu itibarıyla olağanüstü halin gereklerini aşmıştır. Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2. maddesi ile münhasıran Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebileceği öngörülen hususları düzenlemektedir bu nedenle yetkisizlik nedeniyle geçersizdir. Ayrıca Anayasa'nın 15/2 maddesine göre olağanüstü hallerde dokunulamayacak haklara müdahale etmiştir. İlaveten, Anayasa'nın 125. maddesi ise olağanüstü hallerde yargı denetime ilişkin getirilebilecek sınırlamaları aşarak işlemleri tamamen yargı denetimine kapatmıştır.

Bütün açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 148. maddesinde yargı denetimine kapatılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararname niteliği taşımamaktadır ve Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine ağıttır.

b. Kuralın Esas Bakımından Anayasaya Aykırılığı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sını niteliği taşımayan dava konusu düzenleme, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirtildiği gibi Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında çıkarılan bir olağan KHK olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 91. maddesine göre bir KHK ancak TBMM tarafından yetki kanunuyla verilen yetkiye dayalı olarak çıkarılabilir. Amacını, kapsamını, ilkelerini ve kullanma süresini gösteren yetki kanununa dayanması KHK'nın kurucu unsurudur. Yetki kanununa dayanmayan bir KHK salt bu nedene dayalı olarak iptal edilebilir. Olağan KHK kuralı niteliğinde olan 7. madde ve ekli (8) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Diğer taraftan yukarıda 1. maddenin iptal talebine ilişkin kısımda ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 121. ve 8. maddelerine de aykırıdır. Bireysel idari işlem niteliğindeki kurumların kapatılması ve mal varlıklarının hazineye devrine ilişkin işlemlerin, geçici yasama yetkisi kullanımı olan KHK şeklinde yapılması 121. maddeye ve 8. maddeye aykırıdır.

Öte yandan, yukarıda açıklandığı gibi Anayasa'nın 28., 29. ve 30. maddelerinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve basın araçlarının korunması hakları gazetelerin ve televizyonun kapatılması ve mal varlıklarına el konulması suretiyle ölçsüz bir şekilde ortadan kaldırılmıştır. Burada hakların sınırlandırılması ya da durdurulması değil hakkın ortadan kaldırılması söz konusudur. Anayasa basın araçlarına el konulmasını açık bir şekilde yasaklamış ve buna herhangi bir istisna öngörmemişken gazetelerin matbaa, baskı makinesi vb basın araçları dahil bütün malvarlığına el konulmuştur. Bu işlemler yapılırken herhangi bir usulü güvenceye uyulmamış, gerçek bir soruşturma çerçevesinde suçlamalar ve deliller bildirilerek ilgililerin savunması alınmamış, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yürütülmemiştir. Bu nedenle kural açıkça Anayasa'nın 28., 29. ve 30. maddelerine aykırıdır.

Ayrıca derneklerin kapatılması ve malvarlıklarına el konulması bakımından Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğü, Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, müsadereyi yasaklayan Anayasanın 38. Maddesi, açık ve ağır bir şekilde ihlal edilmiştir. Temel haklara müdahale ancak uygun usulü güvencelere uyularak yapılabilir. Hiçbir soruşturma açılmadan, suçlama ve deliller bildirilerek savunma alınmadan ve tarafsız ve bağımsız bir soruşturma ve kovuşturma yürütülmeden derneklerin kapatılması 33. maddede yer alan güvencelerin tamamını anlamsız hale getirir. Ceza normlarının geçmişe yürütülerek uygulanması hakka yapılacak müdahalenin kanuniliğini ortadan kaldırır. Yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde açıklandığı gibi aidyet, iltisak ve irtibat kavramları mevzuatımıza 667 sayılı KHK ile girmiştir. Bu kavramlar muğlak ve içeriği belirsiz olduğu gibi ayrıca geçmişe yürütülerek uygulanmıştır. Bu şekilde uygulama, Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu gibi diğer haklara yapılan müdahalelerin de kanunilik şartını taşımadığını gösterir.

Kapatılan tüm kurumların bütün malvarlıklarına el konulması açık bir şekilde Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkını ve 38. maddede öngörülen müsadere yasağını ortadan kaldırmıştır. Hakların bu şekilde ortadan kaldırılması açık bir şekilde Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan hakların özüne dokunma yasağını da ihlal etmektedir.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen 7. madde ve ekli (8) sayılı liste Anayasa'nın 91., 121., 8., 11., 13., 15., 28., 29., 30., 33., 35., 36. ve 38. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali istenen kuralları yukarıda açıklandığı gibi Anayasa'nın pek çok maddesine aykırıdır ve uygulanması halinde telafisi imkânsız sonuçlar doğuracağı açıktır. Bu düzenleme bir OHAL KHK'si olmasına rağmen, olağanüstü halin kaldırılmış olmasına rağmen uygulamadadır ve sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir. Üstelik bu KHK İçtüzüğü'nün emredici hükmüne rağmen 30 günlük süre içinde TBMM tarafından da onaylanmamıştır. Bu nedenle kuralların iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletin temel gereğidir. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

701 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin

1) 1. maddesi ve ekli (1) sayılı liste, Anayasa'nın 91., 121., 2., 8., 11., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 128., 129. ve 130. maddelerine,

2) 3. maddesi ve ekli (4) sayılı liste, Anayasa'nın 91., 121., 2., 8., 11., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine,

3) 4. maddesi ve ekli (5) sayılı liste, Anayasa'nın 91., 121., 2., 8., 11., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine,

4) 5. maddesi ve ekli (6) sayılı liste, Anayasa'nın 91., 121., 2., 8., 11., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine,

5) 6. maddesi ve ekli (7) sayılı liste, Anayasa'nın 91., 121., 2., 8., 11., 13., 15., 17., 36., 38., 42. ve 70. maddelerine,

Esas Sayısı : 2018/114

Karar Sayısı : 2018/91

6) 7. maddesi ve ekli (8) sayılı liste, Anayasa'nın 91., 121., 2., 8., 11., 13., 15., 28., 29., 30., 33., 35., 36. ve 38. maddelerine,

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”