

“ ...

A. Anayasaya Göre Olağanüstü Hal Hukuki Rejimi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Niteliği

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 devlet organlarına istediğini yapma olanağı 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 dönülmesini 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 devlet organlarının hukuk devleti dışına çıkmasına olanak tanımaz. Tüm devlet organları, 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.*” (E. 1990/25, K. 1991/1 K.T. 10.1.1991) 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.

1. Olağanüstü Halin Tabi Olduğu Hukuki Rejim

Anayasa, olağanüstü hal döneminde uygulanacak hukuk rejimini çeşitli maddelerde ortaya koymuştur. 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 belirlemiştir. 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 edilebilir. Anayasa'nın 120. maddesine göre olağanüstü hal ilan edilebilmesi için Cumhurbaşkanının 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 Cumhurbaşkanının 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 pek çok açıdan 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 Anayasa'nın 121/2. maddesi ile birlikte yorumlanması gerekir.

Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci fıkrasında belli konuların Olağanüstü Hal Kanununda düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre *"119. madde uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere 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).

Dolayısıyla Anayasanın 91 maddesinde belirtilen OHAL KHK'ları ile temel hakların düzenlenebileceği kuralı, bütün temel hakların doğrudan bu KHK'lar ile düzenlenebileceği anlamına gelmemektedir. Aksine 121/2. maddede belirtildiği gibi temel hakların OHAL'de nasıl sınırlandırılacağı ancak OHAL Kanunu ile düzenlenebilir. OHAL Kanununda öngörülmemen bir temel hak sınırlandırmasının doğrudan OHAL KHK'sı ile yapılması mümkün değildir. OHAL KHK'larının temel haklara ilişkin düzenleme alanı ancak OHAL Kanununda yer alan sınırlamaların somut olağanüstü halde nasıl uygulanacağını belirlemektir.

91. maddeye dayanarak temel hakların doğrudan OHAL KHK'ları ile düzenlenebileceğini kabul etmek 121/2. maddeyi yok saymak anlamına gelecektir. Doğrudan olağanüstü hali düzenleyen 121. maddeyi göz ardı ederek 91. maddedeki istisna hükmünün OHAL KHK'ları ile temel hakları mutlak bir şekilde düzenleme yetkisi verdiğini kabul etmek mümkün değildir.

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 belirlenebilir. 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. AYM'ye 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 ayırımının, ... belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" temel ilkesine ve 11. maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine de aykırılık oluşturur (E. 1991/6, K.1991/20).

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 denetlenmediğinde 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.

2. Olağanüstü Halde Temel Haklar Rejimi

Olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükler rejiminin nasıl etkileneceği de Anayasanın çeşitli maddelerinde ortaya konulmuştur. Anayasa'nın 15. maddesi 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 kullanılabilmesi 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 Avrupa 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 alınan etkilediği hakların niteliği, olağanüstü durumun süresi ve olağanüstü duruma yol açan nedenler gibi, konuyla ilgili çeşitli etmenleri göz önünde 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 sınırlanmasına 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'e göre, AİHS'de açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, doğası ve niteliği gereği askıya alınması mümkün olmayacak başka bazı haklar da vardır. AİHM'e 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 AİHS'in 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 dokunulmaz haklar arasında sayılmıştır. Sonuç olarak Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hakların yanı sıra, 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.

Yukarıda açıklandığı gibi Anayasanın 15. maddesinde öngörülen ilave sınırlamalar Anayasanın 121/2. maddesi gereği ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilir. Doğrudan OHAL KHK'ları ile temel haklara yönelik sınırlama öngörülemez. Ancak OHAL Kanununda yapılan düzenlemelerin somut OHAL sürecinde nasıl uygulanacağına ilişkin düzenlemeler OHAL KHK'sı ile yapılabilir. Bir konu OHAL Kanununda düzenlenmemişse KHK ile doğrudan düzenlenmesi Anayasanın 121/2 maddesine aykırılık oluşturur.

3. OHAL KHK'larının Hukuki Niteliği ve Onaylanması

Bu ilkeler çerçevesinde olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemelerinin niteliğini ve onaylanmasını da açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Yukarıdaki ilkeler çerçevesinde OHAL KHK'ları sadece olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde ve olağanüstü hal süresince uygulanmak üzere çıkarılabilecek düzenlemelerdir. Dolayısıyla OHAL KHK'ları niteliği itibarıyla geçici olup, sürekli etki doğuracak şekilde hükümler ve düzenlemeler içeremezler. Bu nedenle, ne Olağanüstü hal kanununda ne de diğer kanunlarda değişiklik yapamazlar. Diğer taraftan OHAL KHK'ları ile temel hak özgürlükler doğrudan sınırlandırılmaz ve durdurulamaz. Çünkü Anayasa'nın 121/2 maddesinde bu yetkinin yalnızca Olağanüstü Kanunu ile kullanılabileceği düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak sınırlama ve durdurma hükümleri OHAL Kanunu ile düzenlenebilecek, bu sınırlamaların OHAL'de somut olarak nasıl uygulanacağı ise OHAL KHK'sı ile belirlenebilecektir. Mesela, özgürlük ve güvenlik hakkının OHAL'de yargıç önüne çıkarmadan ne kadar süreyle gözaltında tutulmak suretiyle sınırlandırılacağı ancak OHAL Kanunu ile düzenlenebilir. OHAL KHK'sı ise somut OHAL uygulamasında Kanundaki bu sınırlama hükmünün nasıl uygulanacağını düzenleyebilir. Aksi halde Anayasanın 121/2 maddesine aykırılık oluşacaktır.

Bu açıdan OHAL KHK'larının TBMM tarafından onaylanmasının hukuki niteliğini de açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Her ne kadar Anayasa'da ve İttüzükte KHK'ların TBMM tarafından onaylanmasından söz edilmekte ve görüşmelerin kanunların tabi olduğu usule göre gerçekleştirileceği belirtilmekteyse de onaylamanın bir karar ile mi yoksa kanun şeklinde mi olması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Uygulamada ise TBMM onaylamayı kanun şeklinde yapmaktadır. Bunu da uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi ayrı bir onay kanunu ile değil, doğrudan metni onaylayarak kanunlaştırma şeklinde gerçekleştirmektedir. Doğrusu OHAL KHK'larının TBMM tarafından onaylanması ilk defa 2016 yılında gerçekleştirilmiştir. Daha önceki OHAL uygulamalarında TBMM herhangi bir onay kararı almamıştır. Bunda o dönemde İttüzükte onay için herhangi bir süre öngörülmemiş olmasının da etkisi olduğu söylenebilir. İttüzüğün OHAL KHK'larının bir ay içinde onaylanmasını zorunlu tutan 128. maddesi 16.5.1996 tarihli 424 numaralı Kararla İttüzüğe eklenmiştir.

Ancak daha önce açtığımız yokluğun tespiti ve şekil denetimi davasında ileri sürdüğümüz gibi onaylamanın bu şekilde yapılması OHAL KHK'larını sürekli kanunlara dönüştürmekte ve OHAL'in geçiciliği ile bağdaşmayacak şekilde OHAL işlemlerini kalıcı hale getirmektedir. Sadece OHAL süresince uygulanacak tedbirleri düzenleyebilen bir KHK'nın kanun şeklinde onaylanarak sürekli hale getirilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Diğer taraftan dava konusu düzenlemede olduğu gibi KHK adı altında bir kişinin kamu görevinden çıkarılması, bir yayın organının kapatılması, bir mala el konulması gibi bireysel işlemlerin yapıldığı durumlarda mesele daha da içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Zira bir kanun ancak başka bir kanun ile yürürlükten kaldırılabilir veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Bunun dışında bir kanunun yürürlükten kaldırılması söz konusu olamaz.

Bu durumda KHK ile yapılan işlemlerin hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde ancak yeni bir kanun ile bu işlemi düzeltmek gerekecektir. Ancak 7075 sayılı Yasa ile kurulan Komisyona, KHK ile yapılan işlemleri inceleme ve başvuruları kabul etme yetkisi tanınmıştır. Başka bir deyimle kanun hükmünü bir idari komisyonun ortadan kaldırmasına olanak tanınmıştır. Bu bile tek başına yapılan işlemlerin hukuk düzenini nasıl altüst ettiğini göstermeye yeterlidir.

Doğrusu geçici nitelikte olan OHAL KHK'larını TBMM kararı ile onaylamaktır. Ancak bu şekilde OHAL uygulaması yürürlükten kaldırıldığında OHAL KHK'ları da kendiliğinden yürürlükten kalkar. Aksi halde OHAL KHK'larının TBMM onayı ile kanun haline geldiğinin kabul edilmesiyle doğası gereği geçici nitelik taşıması gereken düzenlemeler genel ve sürekli kurallara dönüşür ki, bu Anayasanın öngördüğü OHAL rejimine tamamen aykırı olarak yasama yetkisinin fiilen yürütme organına geçirilmesi anlamına gelir. Yasama çoğunluğunun, yürütme organını elinde bulunduran partiye ait olduğu göz önüne alındığında OHAL fiilen yasamanın by-pass edilmesi anlamına gelecektir ki son iki yılda yaşananlar bunu açık bir şekilde göstermiştir.

4. OHAL KHK'larının Denetimi

Anayasa'nın 148. maddesine göre olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnamelemlerin 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 kararname çıkarma yetkisi özü itibariyle 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. Ancak OHAL KHK'ları ile genel ve sürekli düzenlemeler yapılması mümkün değildir. Anayasanın 121. maddesinde OHAL KHK'ları konu yer ve süre bakımından sınırlandırılmıştır. Buna göre OHAL KHK'ları ile ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı hususlar düzenlenebilir. Bu da bu KHK'larla konu, yer ve süre bakımından sınırlı düzenlemeler yapabileceği anlamına gelmektedir. Olağanüstü halin genel rejimi OHAL Kanunu ile düzenleneceğinden OHAL KHK'ları ile ne OHAL Kanununda ne de diğer kanunlarda değişiklik yapılamaz. Yukarıda açıklanan OHAL hukuki rejimi ve temel haklar rejimi ile OHAL KHK'larının kapsamı bu şekilde sınırlandırıldığı için Anayasa koyucu bu KHK'ların yargısal denetimini yasaklamıştır.

Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan OHAL KHK'larının denetim yasağının kapsamının öncelikle Anayasa'nın 15. ve 121. maddelerinde öngörülen ve yukarıda açıklanan mutlak sınırlamaların göz önünde tutularak belirlenmesi ve bu sınırlamalara uymayan düzenlemelerin OHAL KHK'sı niteliği taşımadığından denetim yasağı kapsamı dışında tutulması demokratik hukuk devleti olmanın zorunlu sonucudur ve Anayasanın sistematik yorumu bunu gerektirir. Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınmış olan demokratik hukuk devleti ilkesi Anayasanın bütün diğer hükümleri yorumlanırken kaçınılmaz olarak göz önünde tutulmalıdır. Hukuk devleti özü itibariyle 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 Anayasa'nın 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).

Mahkemenin bu değerlendirmesi Anayasanın sistematik, amaçsal ve dinamik yorumuna uygun ve demokratik hukuk devletinin gereklerini güvence altına almanın tek yolu iken ne yazık ki Mahkeme 2016 yılında verdiği kararlar ile lafzi ve tarihsel yorum yöntemine dayanarak bu içtihadından dönmüş ve içeriği ne olursa olsun OHAL KHK'sı adı altında yapılan hiçbir işlemi denetleyemeyeceğine karar vermiştir. (E. 2016/166, K.2016/159, K.T. 12.10.2016; 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).

Anayasa Mahkemesinin bu kararları ile OHAL KHK'sı adı altında her konunun herhangi bir yetki kanununa dayanmadan ve hiçbir kamusal tartışmaya olanak tanınmadan yürütme organı tarafından düzenlenmesinin önü açılmıştır. OHAL başlangıçta çok kısa bir süre için ilan edilmiş ve hükümet yetkililerince en kısa sürede sona erdirileceği açıklanmış olmasına rağmen kamu güvenliğine yönelik güncel bir tehdidin varlığı yönünde hiçbir gerekçe göstermeden sürekli yenilenmiş ve son olarak yedinci kez üç ay süreyle uzatılmıştır. Bu süreç boyunca bugüne kadar 31 KHK çıkarılmıştır. 1200'e yakın maddeden oluşan 31 KHK ile mevzuatta 1000 maddenin üzerinde yeni düzenleme yapılmıştır. Onlarca kanunda OHAL ile ilgisi olmayan yüzlerce değişiklik yapılmıştır. (bkz. KHK'ların Mevzuat Üzerindeki Etkileri Raporu, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf). Bu KHK'lar ile yüz binden fazla kamu görevlisi herhangi bir savunma hakkı verilmeden adil yargılanma ilkelerine uyulmadan kamu görevinden çıkarılmış, binlerce dernek, vakıf, sendika, yayın organı kapatılmıştır (bkz. IHOP, Olağanüstü Hal Tedbir ve Uygulamaları, Güncellenmiş Durum Raporu, http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/01/OHALdurumraporu_31122017.pdf)

Anayasa Mahkemesi 2016 yılında verdiği kararlarda eski içtihadından dönerken sistematik, amaçsal ve dinamik yorum ilkelerini göz ardı ederek tarihsel ve lafzi yorum yöntemlerine dayanmıştır.

Mahkeme önüne gelen metnin niteliğini değerlendirmesinin kendine yasaklanmış olan denetim yetkisinin kullanılması anlamına geleceğini belirterek bir anlamda önüne getirilen metne onu çıkararan organın verdiği isimle bağlı olduğunu kabul etmiş ve OHAL KHK'sı adı altında çıkarılan ve Anayasa'da öngörülen konu, yer ve süre bakımından öngörülen sınırlamaların hiç birine uymayan metinleri denetlemekten kaçınarak bir anlamda yürütme organına istediği her konuyu OHAL KHK'sı adı altında düzenleme olanağı tanımıştır.

Mahkemenin 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 kriterlere göre yapılamayacağını kabulü demektir. Zira bir düzenlemenin içeriğini incelemeyi 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 nitelikleme ile bağlı olduğunu kabul etmiştir.

Mahkemenin bu yaklaşımından şekli kriteri de esas alamayacağı anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu yaklaşımı mesela, Cumhurbaşkanının imzası olmadan yayınlanan 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 uymasındır. 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 yayımlasa 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.

Anayasa Mahkemesinin kendi argümanının kanıtı olarak ileri sürdüğü nitelik denetimi yapabileceğine ilişkin eski kararları arasında çelişki bulunduğu tezi de eleştiriye açıktır. 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 sürülebilirse de esas denetimi yaptığı tezi doğru değildir. Zira Mahkeme bu kararında 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 hallerle ilişkin altıncı fıkranın mefhum-u muhalifinden çıkarmaktadır. 125/6. maddeye göre "*Kanun olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik, ve savaş hallerinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.*" Mahkeme, bu hükme dayanarak olağanüstü hallerde 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. Yani OHAL KHK'sı ile düzenlenemeyeceği açıkça Anayasa ile belirtilen bir konunun düzenlenmiş olması dolayısıyla kuralın OHAL KHK'sı niteliği taşımadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak gerekçe, bu hususu iyi bir şekilde açıklayamamış

görülmektedir. Ne var ki bu mahkemenin kendi içinde çeliştiği anlamına gelmemekte ve 1991 yılında ortaya konulan ölçütlerin yanlış olduğunu göstermemektedir. Ayrıca ölçütlerin bir ya da iki kararda yanlış uygulandığı kabul edilse bile, bu ölçütlerin yanlış olduğu değil, somut olayda yanlış uygulandığını gösterir.

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 onaylanmamış olması dolayısıyla düzenlemenin OHAL KHK'sı niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşabilirdi.

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 etmelerini beklemek gerçekçi olmayacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarından sonra 26 KHK daha çıkarılmış ve hiçbir uzun süre boyunca TBMM tarafından görüşülerek onaylanmamıştır. Daha sonra ise tamamı birden gündeme alınarak üzerinde hiçbir görüşme yapılmadan sadece oylama yapılmak suretiyle kabul edilerek onaylanmıştır. Yüzlerce madde içeren KHK'ların görüşülmesinde siyasi parti temsilcilerine sadece 10 konuşma süresi verilmiş, toplamda yarım saatte tüm konuşmalar tamamlanmıştır. Parlamentodaki siyasi parti dağılımı göz önüne alındığında bu oylamanın gerçek bir parlamenter denetim niteliği taşıdığını söylemeye de olanak bulunmamaktadır.

Olağanüstü hal sürekli uzatılmakta ve yeni KHK'lar çıkarılmaya devam edilmektedir. Bu KHK'lar ile pek çok bireyin temel hak ve özgürlüklerine önemli müdahaleler yapılmıştır ve bu müdahalelerin hukuka uygunluğunun denetimi yapılamamıştır. Bu KHK'lar ile onlarca kanunda olağanüstü hal ile hiçbir ilgisi olmayan ve olağanüstü halin süresiyle sınırlı olmayan yüzlerce değişiklik yapılmıştır. Yasama yetkisi fiilen yürütme organı tarafından kullanılmıştır ve kullanılmaktadır. Üniversite rektörlerinin seçiminden, kış lastiği takma zorunluluğuna kadar pek çok konu yasama organı ve kamuoyu tarafından hiçbir şekilde tartışılmadan doğrudan yürütme organı tarafından KHK ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin hiç birisinin anayasaya uygunluğunun denetimi yapılamamıştır.

Bu durumda Anayasa Mahkemesinin 148. maddeye ilişkin yorumu ile Anayasanın başta değiştirilemez hükümleri olmak üzere tamamının işlevsiz hale getirilmesi mümkün hale gelmiştir. 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 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 kararnamelelerinin 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 aşılmasını, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklere aykırı davranılmamasını ve bazı haklara bu düzenlemeler yoluyla müdahale edilmemesini öngörmüştür. Bu hükümlerin ortak amacının demokratik hukuk devletini güvence altına almak, demokrasiyi ve hukuk devletini korumak olduğu açıktır. Demokratik hukuk devletinin özünde ise bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunması yer almaktadır. Yapılacak yorumun bu amaç ile uyumlu olması zorunludur. Bir anayasa hükmünün, yürütme organına keyfi ve sınırsız yetki verdiği şeklinde yorumlanması hem sistematik hem de teleolojik yorum ilkelerine aykırı olacaktır. Böyle bir yorum, 148. maddenin lafzının 15. ve 121. maddelere üstün tutulması hatta yukarıda açıklandığı gibi anayasanın bütün diğer maddelerinin fiilen yok sayılması anlamına gelecektir ki böyle bir sonuç saçma olacaktır. Hukuksal yorumun temel ilkelerinden birisi de absürt sonuçlardan kaçınmaktır.

Ayrıca sistematik yorum ilkesinin bir sonucu da istisnaların dar yorumlanmasıdır. Unutulmamalıdır ki 148. maddede OHAL KHK’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 görülmektedir. Tarihsel yorum diğer yorum yöntemleri ile metnin anlamının tespit edilememesi halinde başvurulabilecek yardımcı bir yorum yöntemi olmakla birlikte, toplumun hızla değiştiği bir ortamda ihtiyatla yaklaşılması gereken bir yöntemdir. Yukarıda belirtildiği gibi sistematik ve teleolojik yorum yöntemleriyle 148. maddedeki denetim yasağının kapsamını belirlemek mümkündür ve Anayasa Mahkemesi bu belirlemeyi 1991 yılında oldukça başarılı bir şekilde ortaya koymuştur.

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

Gelinen noktada pek çok yasal düzenleme ve birel işlem OHAL KHK'ları ile yapılmış ve bunlar TBMM tarafından kanun adı altında onaylanmıştır. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeleri denetlerken Anayasanın 15., 121. ve olağanüstü hale ilişkin hüküm içeren diğer maddelerini de göz önüne almak zorundadır.

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 içtihadı uygun olarak çıkarılan bir KHK'nın kapsamının yer, süre ve konu bakımından olağanüstü halin gerekleri ile uyumlu olmaması halinde, bu KHK'nın OHAL KHK'sı olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ve böyle bir KHK'nın TBMM tarafından onaylanamayacağını tespit etmelidir. 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 edilmesine neden olan konu, OHAL 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 belli yetkilerin olağanüstü hal bölgesi ve süresi ile sınırlı olarak nasıl kullanılacağını belirten 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 takdiri 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 uluslar arası 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, Anayasa Mahkemesi önüne getirilen bir OHAL KHK'sını TBMM tarafından onaylanmış olsa bile öncelikle Anayasa'nın OHAL KHK'ları için belirlediği sınırlara uyup uymadığı yönünden denetlemeli, bu sınırlamalara uymayan kuralları doğrudan iptal etmelidir. Bu düzenlemelere normal bir kanun muamelesi yapılması mümkün değildir. Eğer onaylanan bir OHAL KHK'sı normal bir kanun gibi değerlendirilirse Türkiye'de OHAL hiçbir zaman sona ermeyecektir. Çünkü böylece yürütme organı TBMM'yi tamamen by-pass ederek her türlü düzenlemeyi OHAL KHK'sı adı altında yapacak ve fiilen yasama yetkisini kullanacaktır. Hatta istemezse bu düzenlemeleri TBMM gündemine de almayarak dava konusu düzenlemede olduğu gibi aylarca hatta yıllarca görüşülmeksizin kalmasını ve denetimden kaçırılmasını da sağlayabilecektir.

Böyle bir yönetimin Anayasa'da öngörülen herhangi bir ilkeye uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu, Anayasanın fiilen askıya alınması anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni Anayasayı korumaktır. Anayasayı korumak, insan haklarına saygılı, demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin korunmasıdır. İnsan haklarına saygılı, demokratik hukuk devletini ortadan kaldıracak uygulamalara göz yumulursa Anayasa Mahkemesi varlık nedenini yadsımış olur ki, bu durumda varlığının bir anlamı kalmaz. Bu nedenle 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 devletinin

gereği olarak Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi ve görevidir. Bu nitelikleri taşımayan bir düzenleme salt olarak TBMM'de onaylandığı gerekçesiyle normal bir kanun olarak kabul edilirse Anayasanın olağanüstü hale ilişkin öngördüğü sınırlamaların hiçbir uygulaması ve geçerliliği olmayacaktır.

B. 7084 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un Hükümlerinin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1. 06.02.2018 tarih ve 7084 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin ve ekli (1) sayılı Listenin Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme ile 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 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 fıkrada, 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 edilemeyecekleri, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyecekleri; bunların uhdelelerinde 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 fıkrada 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 birimince pasaportlarının iptal edileceği kuralına yer verilmiştir.

İptali istenen üçüncü fıkrada ise birinci fıkra kapsamında kamu görevinden çıkarılanların, varsa uhdelelerinde 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.

a) Anayasa'nın 121. Maddesine Aykırılık Nedenleri

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir ve bu nitelikteki KHK'lar TBMM tarafından onaylanabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle bu kuralların TBMM tarafından onaylanması Anayasanın 121. maddesine aykırıdır.

İlk olarak ekli (1) sayılı listede gösterilen kişilerin sürekli olarak kamu görevinden çıkarılmasını ve hiçbir zaman kamu görevine dönememesi öngören söz konusu KHK'nin 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 görülmektedir. Ayrıca ekli (1) sayılı listede pek çok öğretim elemanının kamu görevinden çıkarıldığı görülmektedir. Oysa Anayasanın 130. maddesine göre öğretim elemanları Yüksek öğretim kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne surette olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar.

Bütün bu nedenlerle iptali istenen düzenleme OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle de TBMM tarafından onaylanması Anayasanın 121. maddesine aykırıdır.

Yukarıdaki paragrafta belirtilen nedenleri açıklamak gerekirse öncelikle Anayasa'nın 121/3 maddesine göre KHK ile alınacak tedbirlerin olağanüstü halin neden ve amacıyla sınırlı olması gerekir. 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 gözönünde 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 OHAL yedi kez uzatılmıştır.

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, OHAL döneminde çıkarılacak Kanun Hükmünde Kararnemelerin 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 belirtilen 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 yayımlandığı anlaşılmaktadır. Bu kişiler böylece terörist olarak damgalanmış ve ömür boyu kamuda çalışmaları yasaklandığı gibi özel sektörde iş bulmaları da neredeyse olanaksız hale getirilmiştir. 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 edenlerde 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 görülmektedir.

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 pek çok KHK'da 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 sınırlandırılacağı 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 Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenmiş olan sınırlamaların somut olağanüstü hal süresince nasıl uygulanacağını belirlemesiyle sınırlıdır. 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. 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. Bu nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımayan kuralın TBMM tarafından onaylanması Anayasanın 121/2. maddesine aykırıdır.

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 dönmek üzere çıkarılmasını öngörmektedir. Bu kural bir disiplin normu gibi görünmekle birlikte adil yargılanma hakkı açısından bir ceza normu niteliği taşıdığına kuşku yoktur. Belirtmek gerekir ki, iptali istenen kuralın öngördüğü işleme benzer vakalar Doğu Avrupa ülkelerindeki ayıklama (lustration) uygulamaları kapsamında AIHM'in önüne gelmiş, Mahkeme özellikle Polonya vakalarında gerçekleştirilen işlemleri, yaptırımın niteliği ve ağırlığı gibi unsurlar çerçevesinde “cezaî isnat” kapsamında değerlendirmiştir (*Matyjek/ Polonya* (dec.), no. 38184/03, 30.05.2006, para. 48-59). AIHM 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, başvurucular, hapis cezası yatmadığı 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 yürürlüğü 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.

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 anlaşılabilir. 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 sayılmayacağı ilkesi de Anayasa'nın 15/2. maddesinde dokunulmaz haklar arasında sayılmıştır. İptali istenen kural ve ekli (1) sayılı listede binlerce 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. Bu nedenle kuralın TBMM tarafından onaylanması Anayasanın 121. maddesine aykırıdır.

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. Bu işlemler için idari yargıda açılan davalar ortada dava konusu idari işlem olmadığı gerekçesiyle görevsizlik nedeniyle reddedilmiştir. Her ne kadar 685 sayılı KHK (7075 sayılı Kanun) 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. Buna rağmen kuralın TBMM tarafından onaylanması Anayasanın 121. maddesine aykırıdır.

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. Aynı şekilde Anayasanın 130. maddesinde öğretim elemanlarının Yüksek Öğretim Kurulu ve üniversitelerin yetkili organları dışında kalan makamlarca her ne surette olursa olsun görevlerinden

uzaklaştırılmayacakları hükmüne yer verilmiştir. Yürütme organının Anayasanın kendine tanıdığı yetki alanını aşarak tesis ettiği işlemin olağanüstü halin gerekli kıldığı konuda çıkarılan bir OHAL KHK'sı olmadığı açıktır. Buna rağmen kuralın TBMM tarafından onaylanması Anayasa'nın 121. maddesine aykırıdır.

Sonuç olarak, iptali istenen kurallar 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 dokunulmayacak haklara müdahale etmiştir. İlâveten, 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. ve 130 maddelerinde başka organlara tanınan yetkilerin kullanılması söz konusudur. Bütün bu nedenlerle iptali istenen kurallar olağanüstü hal kanun hükmünde kararname niteliği taşımamaktadır, ancak buna rağmen TBMM tarafından onaylanmıştır. Onaylama işlemi Anayasa'nın 121. maddesine aykırıdır iptali gerekir.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sını niteliği taşımayan iptali istenen düzenleme, 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 nedenle iptal edilmelidir. Böyle bir KHK'nın TBMM tarafından onaylanmış olması da bu anayasal sorunu ortadan kaldırmaz. Bu nedenle iptali istenen 1. madde ve ekli (1) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

b. Fonksiyon Gaspı Dolayısıyla Anayasanın Başlangıcı, 8. ve 9. Maddelerine Aykırılık Nedenleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iptali istenen kural TBMM tarafından kanun adı altında onaylanmıştır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği her konuda kanun çıkarılabilir ise de yasama organının bireysel işlemler ya da yargı kararı niteliğinde kanun çıkarmayacağı 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 Günay, 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 Günay, 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.

Diğer taraftan söz konusu kuralın TBMM tarafından kanun adı altında onaylanması açık bir şekilde fonksiyon gaspı niteliğindedir. Zira Anayasa, TBMM'ye bireylerin hukuki statüsünü kalıcı olarak değiştiren bireysel işlem niteliğinde düzenleme yapma, yetkisi vermemiştir ve yetkinin bu şekilde kullanılması açıkça yargısal yetkinin ve bireysel işlem yapma yetkisinin 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, OHAL KHK'sının kanun şeklinde onaylanması suretiyle TBMM tarafından kullanılmıştır.

Diğer taraftan bu bireysel işlem bireylerin terör örgütüne ya da MGK tarafından milli güvenlik aleyhine faaliyette bulunduğu karar verilen yapı oluşum ve gruplara üyeliği, aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olduğu tespitine dayanmaktadır. Bir bireyin bir terör örgütüne üye

olup olmadığına karar verme yetkisi yargısal bir yetki olduğu gibi bir yapının ya da oluşumun terör örgütü olduğuna karar vermek de yargısal bir yetkidir.

Dolayısıyla iptali istenen kural kanun adı altında hem yargısal hem de bireysel işlem niteliğinde karma bir işlem niteliği taşımaktadır. Bu yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının tek organda toplandığını göstermektedir. Tüm fonksiyonların tek bir organda toplanması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gibi yürütme ve yargı fonksiyonlarının TBMM tarafından gaspı anlamına da gelmektedir.

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, kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen Anayasa'nın başlangıcına, yürütme yetkisini düzenleyen 8. maddesine ve yargı yetkisini düzenleyen 9. maddesine de aykırıdır.

c. Esas Bakımından Anayasanın Diğer Maddelerine Aykırılık Nedenleri

İptali 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 gerekir. Bu konuda uluslararası hukukta ilkeler saptanmış ve standartlar oluşturulmuştur.

İptali istenen işlemlere benzer uygulamalar dünyanın farklı ülkelerinde otoriter yönetimlerden demokrasiye geçiş sonrasında otoriter rejim döneminde yaygın insan hakları ihlallerine karışan kişilerin kamu görevinden çıkarılması şeklinde gerçekleştirilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, otoriter yönetimler ya da çatışma sonrası demokrasiye geçiş sürecinde bir geçiş adaleti yöntemi olarak eski rejimin suça karışmış ajanlarını kamudan arındırma politikaları ile Türkiye'deki uygulamalar arasında çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle, o ülkelerdeki uygulamalar ile Türkiye'deki durum arasında tam bir benzerlik olduğu söylenemez. Arındırma uygulamaları kapsamı, yöntemi, yaptırımların ağırlığı gibi ölçütler açısından ele alındığında KHK ile yapılan işlemlere göre çok daha dar kapsamlı olduğu görülmektedir. Özellikle komünist rejimlerin çöküşü sonrasında demokratikleşme süreci yaşayan orta ve doğu Avrupa ülkelerinde kapsamı oldukça farklı arındırma uygulamalarına gidilmiştir. Pek çok ülkede arındırmanın kapsamı eski gizli poliste çalışma ya da gizli polis ile işbirliği ile sınırlı tutulmuştur. Bu uygulamaya bütün kamu görevlileri değil, sadece doğrudan güvenlik ve haklara müdahale yetkisi olan ordu, polis, yargı, üst kademe yöneticilik görevleri ve bazı ülkelerde politik adaylıklar açısından söz konusu olmuştur. Pek çok ülkede arındırma kanunları belli görevleri yapanların veya o görevlere talip olanların gizli polis ile ilişkileri konusunda bir beyanda bulunmasını zorunlu tutmuştur. Olumlu beyanda bulunmak çoğunlukla görevden alınmaya neden olmamış yalnızca bu kişilerin kamuoyuna açıklanmasını gerektirmiştir. Görevden alma yalnızca ilişkileri konusunda yalan beyanda bulunanlar için öngörülmüştür¹. Görevden alınanların belli bir süre boyunca (genellikle 5 yıl)

¹ Bu konuda temel bilgiler için bkz Wojciech Sadurski, "De-communisation", "Lustration" and Constitutional Continuity: Dilemmas of Transitional Justice in Europe" UIE Working Paper, Law 2003/15; Vlidamira Dvorakova and Anđelko Milordavić (eds) **Lustration and Consolidation of Democracy and the Rule of Law in Central and Eastern Europe** (PSRC, Zagreb, 2007); Cynthia M. Horne, "Lustration and Trust in Central and East Europe: Assessing the Impact of Lustration on Trust in Public Institutions and National Government", **Comparative Political Studies**, Vol. 45, No. 4 (2012); Posner and Vermeule, "Transitional Justice as Ordinary Justice", Chicago L. School, Working Papers, 2003; Martha Minow, **Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence** (1998); Adam Michnik & Vaclav Havel, "Justice Or Revenge?", **Journal of Democracy**, Volume 4, Number 1, January 1993. Bruce Ackerman, Future of Liberal Revolution, (Yale UP, New Haven, 1992); Magdalena Kaj, Megan Metzger, "Justice or Revenge? The Human Rights Implications of Lustration in Poland"

tekrar kamu görevine girmesi yasaklanmıştır. Görevden almaların çok sınırlı sayıda kamu görevlisi için söz konusu olduğu hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla Türkiye'deki uygulama ile arındırma uygulamaları arasında çok büyük bir farklılık vardır. Ancak bu uygulamalara en yakın uygulamalar arındırma politikaları olduğundan, arındırma uygulamaları ve buna ilişkin olarak gelişen uluslararası standartların hatırlanması Türkiye'de yapılan uygulamaların değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır.

Bir hukuk devletinde herhangi bir yaptırım uygulanması söz konusu olduğunda temel usulü güvencelere uyulması hayati bir gerekliliktir. Arındırmaya ilişkin uluslararası standartlar arasında en fazla önem verilen hususlardan birisi arındırma uygulamalarının usulü güvencelere sıkı sıkıya uyularak yapılması zorunluluğudur. Ayrıca arındırma uygulamalarının tarafsız ve bağımsız komisyonlar tarafından yapılması gerektiği açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri (BMİHYK) tarafından 2006 yılında hazırlanan hukuk devletine ilişkin rehber ilkelere geçiş dönemi personel reformunun bir komisyon şeklinde oluşturulmuş özel bir kurum tarafından yönetilmesi gerektiği, sürecin adil, tarafsız ve meşru bir şekilde yönetilmesi için bu komisyonun bağımsız olması gerektiği, bunun için de seçkin ve nitelikleri ve tarafsızlıkları konusunda kimsenin kuşkusu olmayan saygın yurttaşlardan oluşması gerektiği ve ülke vatandaşı olmayan yabancıların bulunmasının komisyonun bağımsızlığını artıracığı belirtilmiştir².

Aynı belgede uyulması gereken temel hukuki ilkelere de yer verilmiştir. Burada vurgulanan temel hususlar; arındırma uygulamalarında grup sorumluluğundan kaçınılması bireysel sorumluluk esasının kabul edilmesi, adil yargılama ilkeleri cezai olmayan idari nitelikteki soruşturmalarda da uygulanacağından yürütülecek soruşturmalarda temel adil yargılama ilkelerine ve savunma haklarına saygı gösterilmesi, soruşturmada ve haklarındaki iddialardan kişilerin haberdar edilmesi ve dosyalara erişimine olanak tanınması, avukat ile temsile izin verilmesi, soruşturma süreçlerini yürütecek komisyonların tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanması, verilen kararların gerekçeli olması, delil olarak kullanılan eski gizli polis kayıtlarının güvenilirliğine ilişkin tereddütleri giderecek tedbirlerin alınması, verilen kararlara karşı yargı denetiminin açık olması gibi gerekliliklerdir³. Ayrıca şüpheli kişinin kamu görevi yapmaya uygun olmadığını ispat yükü soruşturma makamlarındadır. Bu nedenle suçluluk karinelerinden mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Ancak ağır insan hakları ihlaline karıştıkları bilinen gruplara aidiyetin kesin olarak ortaya konulması halinde ispat yükünün tersine çevrilmesinin mümkün olabileceği belirtilmiştir⁴.

Ayrıca yerleşik hukuk devletlerinde kamu görevine uygun olamayanların görevden çıkarılmasına ancak olağan disiplin soruşturması yoluyla karar verilebileceği, geçiş dönemindeki ülkelerde ortaya çıkan özel zorluklar dolayısıyla bu olağan süreçlerin işletilmesinin mümkün olmaması halinde özel yöntemlere başvurulabileceği ayrıca ifade edilmiştir⁵.

<http://www.humanityinaction.org/knowledgebase/165-justice-or-revenge-the-human-rights-implications-of-lustration-in-poland>

² BMİHYK, Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Vetting, An Operational Framework (2006)

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVetting.pdf>

³ Rule of Law Tools, s. 20 vd.

⁴ Rule of Law tools s.26.

⁵ Rule of Law tools s.29.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1996 yılında Eski Komünist Totaliter Sistemlerin Mirasını Ortadan Kaldırmaya Yönelik Tedbirlere ilişkin 1096⁶ sayılı kararı kabul etmiştir.

Bu çerçevede demokratik bir hukuk devletinin totaliter komünist sistemden kurtulmak için hukuk devletinin usulü gereklerine uyması gerektiği, aksi halde kurtulmaya çalıştığı totaliter sistemden farkının kalmayacağına işaret edilmiştir. Demokratik bir hukuk devletinin suçluları cezalandırarak, adaleti sağlayacak yeterli imkânlarla sahip olduğu ve ölç alma arayışına giremeyeceği belirtilerek, hukuk devletinde yöneticilerin geçmiş rejimde kendilerine tanınmayan adil yargılanma ve savunma temel haklarını yönetimdeyken kendilerine tanımayanlara da tanınmaları gerektiği vurgulanmıştır. Bir hukuk devletinin komünist tehlikeyle hukuk devleti ilkelerine uyarak mücadele edebileceği bunun için ceza ve idare hukuku olanaklarının yeterli olduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca karar ekinde yer alan dokümanda “Arındırma Yasaları ve benzer tedbirlerin hukuk devleti gereklerine uygunluğunu sağlayacak rehber ilkeler”e de yer verilmiştir. 7568 sayılı Dokümanın⁷ 46. paragrafında 13 ilke yer almaktadır. Bu ilkelerden başlıcaları şunlardır: arındırma bağımsız bir komisyon tarafından gerçekleştirilmelidir; arındırma yalnızca sağlıklı bir demokrasi kurulması için tehdit oluşturan ve bulunduğu pozisyon itibarıyla insan haklarını ihlal edebilecek ya da demokratikleşmeyi engelleyebilecek konumda olanları hedef almalıdır; arındırma cezalandırma ya da ölç veya intikam alma amacıyla kullanılmamalı, geçmiş fiiller için cezalandırma ancak olağan ceza yasalarına uygun olarak tüm usulü güvencelere uyulması suretiyle mümkün olmalıdır; arındırma sadece demokrasi ve insan haklarına ciddi tehdit oluşturduğuna inanmak için yeterli sebep olan makamlarla sınırlı olarak uygulanmalıdır; seçimle gelinen makamlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır; özel ve yarı özel kurumlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır, arındırmaya dayalı görevden uzaklaştırma beş yıldan daha uzun olmamalıdır; ciddi insan hakları ihlali fiillerini işleyenler, emir verenler ya da yardım edenler kamu görevinden yasaklanabilir; hiç kimse işlendiği zaman hukuku uygun bir fiil ya da hukuka uygun olarak kurulmuş bir derneğe üyelik dolayısıyla arındırmaya tabi tutulmamalıdır; gönüllü işbirlikçilerin arındırması yalnızca kamu görevine fiilen katılan kişiler için söz konusu olmalıdır; fiili işlediği zaman 18 yaşın altında olanlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır; usulü güvencelere ve savunma haklarına riayet edilmeden kimse arındırmaya tabi tutulmamalıdır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından benimsenen bu ilkeler 2006 yılında yeni bir AKPM kararıyla tekrarlanmıştır. 1481 sayılı AKPM kararında⁸ totaliter komünist rejimlerin suçlarının kınanmasına ilişkin kararda yapılacak arındırmalarda 1096 sayılı karar ve eki dokümanda belirtilen ilkelere uyulması gerektiği vurgulanmıştır.

Venedik Komisyonu çeşitli ülkelerde hazırlanan arındırma yasalarıyla ilgili olarak verdiği görüşlerde yukarıda açıklanan ilkelere vurgu yaparak hazırlanan yasalarda yer alan bu ilkelere aykırı hükümlerin yasalardan çıkarılması yönünde görüş vermiştir⁹.

⁶ 27 Haziran 1996 (22. Oturum Tartışma, 23. Oturum Kabul) (Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi raporu Doc. 7568). <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16507&lang=en>

⁷ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7506&lang=EN>

⁸ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17403&lang=en>

⁹ Venedik Komisyonu Arnavutluk, Makedonya ve Ukrayna Arındırma Yasalarına ilişkin görüş vermiştir. Bu görüşlerde 1096 sayılı AKPM kararı, AIHM içtihatları ve ulusal Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarına uygun olarak görüşlerini oluşturmuştur. Bkz. Venice Commission, CDL-AD(2009)044, Amicus Curie on the Law on the Cleanliness of the Figure of High Functionaries of the Public Administration and Elected Persons of Albania, Opinion no. 524/2009, 13 October 2009; 20 Venice Commission, CDL-AD(2012)028, Amicus Curie Brief on Determining a Criterion for Limiting the Exercise of Public Office, Access to Documents and Publishing, the Co-operation with the Bodies of the State Security, Opinion no. 694/2012, 17 December 2012; Venice

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde 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). AİHM aynı şekilde arındırma uygulamalarında müdahalenin usulü güvencelere uyulmaksızın gerçekleştirilmiş olması ya da müdahalenin hukuka uygunluğunu denetlemek için gerekli yargısal olanakların etkili ve yeterli bir şekilde sağlanmamış olması dolayısıyla hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir. Mesela *Turek v. Slovakia*¹⁰ davasında başvurusunun adının işbirlikçi olarak tespiti aleyhine açtığı davanın çok uzun sürmesi, açtığı davada belgelere ulaşmasına olanak tanınmamış olması ve iddialarını etkili bir şekilde mahkemeler önünde dile getirmesine olanak sağlanmamış olması dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Slovakya aleyhine yapılan birkaç başvuruya ilişkin kararında arındırma konusunu inceleme olanağı bulmuştur. Söz konusu başvurular, Slovak İstihbarat Servisinde çalışırken yeni çıkan arındırma kanunu kapsamında 2003 yılında amirleri tarafından istifaya zorlanan kişilerce yapılmıştır. Komite kararında özellikle insan hakları ve demokrasiye ciddi tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kamu görevlilerinin devletten arındırılmasının kategorik olarak Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Ancak bu uygulamaların Sözleşmeye uygun olabilmesi için belli koşulların sağlanması gerekir. 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).¹¹

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 ayrıldığı tespit etmiştir. KHK'ların uygulanmasındaki keyfiliğe 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 keyfiliğe 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

Commission, CDL-AD(2015)012, Final Opinion on Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine, Opinion no. 788/2014, 19-20 June 2015.

¹⁰ *Turek v. Slovakia*, Application No. 57986/00, 14 February 2006.

¹¹ *M.K., et. al v. Slovakia*, Communication No. 2062/2011, 23.03.2016, §§ 9.3-9.4

https://www.mzv.sk/documents/10182/2093446/Stanovisko+V%C3%BDboru+OSN+pre+%C4%BEuds k%C3%A9+pr%C3%A1va+2062_2011/14e6d04c-70e2-4b28-b228-4b631c8f2922

uyulmadığına işaret ettiği tespiti yapılmıştır. (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])

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükme bağlanmış ve 4. maddesinde bu kuralın değiştirilmesi yasaklanmıştır. Hukuk devleti keyfi yönetimin karşılığı 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.

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.

Öncelikle suç ve cezaların kanunla konulması ilkesi ihlal edilmiştir. KHK ile suç ve ceza öngörülmüştür. Bu KHK'nın TBMM tarafından onaylanmış olması da Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır.

İkinci olarak getirilen düzenlemenin içeriği belirsiz ve öngörülemezdir. Dava konusu kuralda 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. 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 alınmayacak tedbirler alınmaktadır. İptali istenen düzenleme milli güvenliğe tehlikeli olduğuna 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 muğlâk 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 ölçsüz 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. maddesine 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 iptali istenen kural ile 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 36. maddesi kapsamında değerlendirdiği usulü 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 usulü 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 oluşturmakta 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 (*Şengül Kayan*, 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 muğlak ve belirsiz bir norm geçmişe yürütülerek terör örgütleri ile bağlantıları olduğu şeklinde damgalanarak kamu görevinden çıkarılmışlardır. Bu damgalama ile kişilerin toplum nezdinde itibarları zedelenmiştir. Bu nedenle pek çoğunun toplumda ayrımcı muamelelere maruz kalacağı açıktır. İlgili kişilerin SGK kaydına düşülen kayıt ile 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 (*Sđro/Estonya*, 22588/08, 03.09.2015, para. 56-64). Benzer şekilde Polonya’da 1992 yılında Parlamento, parlamento üyeliğine aday olanlar veya kamu görevlerine, hâkimlik, savcılık ve avukatlığa başvuranlara ilişkin olarak İçişleri bakanlığının eski rejim döneminde gizli polis ile işbirliği yapmış olanları açıklamasını öngören bir karar almıştır. Karar insan onuruna müdahale oluşturduğu ve incelemeye tabi tutulanlara herhangi bir güvence sağlamadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince anayasaya aykırı bulunmuştur¹². Mahkeme düzenlemenin incelemeye tabi tutulanların kişisel itibarını güvencesiz bir şekilde zedelediğinden hukuk devleti ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir¹³.

Makedonya’da da 2012 yılında çıkarılan arındırma kanununda Komisyonun bir kişinin işbirlikçi olduğunu tespit etmesi halinde bu kişinin, Kanun’un yürürlükte olduğu sürece (Komisyonun kurulmasından itibaren on yıl boyunca) kamu görevi yürütemeyeceği, ayrıca Komisyonun kararlarının internet sitesinde yayınlanacağı ve Parlamento’ya, hükümete ve seçim komisyonuna bildirileceği hükmüne yer verilmiştir. Komisyonun kararında işbirlikçi olarak tespit edilen kişinin kimlik bilgileri yer alacak, delil olarak kullanılan belgeler yayınlanacak ve incelemeye tabi tutulan kişiler sonuçtan haberdar edilecektir. Komisyonun kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir. Venedik Komisyonu 2012 tarihli Kanunla ilgili vermiş olduğu *amicus curiae* görüşünde kişilerin isimlerinin bir mahkeme kararı olmadan yayınlanmasının itibarlarına geri dönüşü olmayan zararlar vereceğini ve Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edeceğini belirtmiştir. 2015 yılında çıkarılan ve 1 Eylül 2015 tarihinde yürürlüğe giren bir Kanun (Resmi Gazete 143/2015) ile 2012 tarihli Arındırma Kanunu yürürlükten kaldırılmış, bütün soruşturmaların sona erdiği ve Komisyonun görevinin sona erdiği hükme bağlanmıştır. Makedonya Anayasa Mahkemesi 2010 yılında (24.03.2010, U.br.42/2008) 2008 tarihli Arındırma Kanunu’nun bazı maddelerini iptal etmiştir. Bunlar arasında İşbirlikçi olarak tespit edilenlerin isimlerinin Resmi Gazetede yayınlanmasına ilişkin hüküm de bulunmaktadır. Mahkeme bu hükmün kanunun işbirlikçilerin kamuda çalışmasını önleme amacı ile orantısız olduğuna ve gereksiz bir şekilde kişilerin manevi bütünlüğüne ve itibarına zarar verdiğine karar vermiştir. Görüldüğü gibi herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin isimlerinin terörist veya işbirlikçi olarak kamuoyuna açıklanması insan hakları normlarına ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

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.

¹² Decision U. 6/92, 19.06.1992

¹³ Sadurski, *De communication*, s.27.

İptali istenen kural ile bu kişilerin sadece hususi ve hizmet pasaportları değil bütün pasaportları iptal edilmiştir. Hatta uygulamada kamu görevinden çıkarılanların sadece kendilerinin değil eşlerinin ve 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 hükümlerle sınırlandırılmıştır. Bu Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve teşebbüs özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Nitekim AIHM 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 güvenceye 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 güvenceye 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 hizmetine 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. Ayrıca bu kişilerin bir daha ömür boyu kamu görevine atanma ve doğrudan ya da dolaylı olarak kamu hizmetinde çalıştırılmalarının yasaklanması kamu hizmetine girme hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturur. Yukarıda belirtildiği gibi Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi aldığı tavsiye kararında arındırma uygulamalarının en fazla beş yıl süreli olmasını tavsiye etmiştir. Oysa iptali istenen düzenleme bu kişilerin ömür boyu kamu hizmetinden yasaklanmasını öngörmektedir.

Kamu hizmeti geniş yorumlanarak pek çok serbest meslek bu çerçevede değerlendirilmekte ve bu kişilerin o serbest meslekleri icra etmesi de yasaklanmaktadır. Pek çok KHK'da bu kişilerin çeşitli serbest meslekleri yapmaları da yasaklanmıştır. Buna göre kamu görevinden çıkarılan kişiler bilirkişilik ve arabuluculuk yapamayacaklardır. Avukatlık

yapmalarını önlemeye yönelik davlar açıldığı ve idare mahkemelerince bu davaların kabul edildiği görülmektedir. Bu kişilerin ortağı ya da yöneticisi oldukları şirketlerin kamu ihalelerine girmeleri dahi KHK ile yasaklanmıştır. Tüm bu müdahalelerin ölçülü olmadığı açıktır. Nitekim Arnavutluk Anayasa Mahkemesi 1993 yılında çıkarılan bir kanun ile komünist partide belli görevlerde bulunanların ve gizli polis işbirlikçilerinin beş yıl süreyle avukatlık yapmasını yasaklayan kanunu anayasanın pek çok maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Özellikle avukatlığın serbest meslek olduğu, çalışma hakkı, kuvvetler ayrılığı ve masumiyet karinesine vurgu yapmıştır¹⁴.

Bütün bu nedenlerle 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 uzaklaştırılmış daha sonra da ilgili kural TBMM tarafından onaylanmıştır. Ne bakanlar kurulu ne de TBMM üniversitenin yetkili kurulu değildir. Dolayısıyla kural açıkça Anayasanın 30. maddesine aykırıdır.

Sonuç olarak, iptali istenen kural ve ekli (1) sayılı liste Anayasa'nın Başlangıcına, 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 91., 121., 125., 128., 129. ve 130. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2. 06.02.2018 tarih ve 7084 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 2. maddesinin ve ekli (2) sayılı listenin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kural ile Emniyet Teşkilat Kanununun 55. maddesine göre resen emekliye sevk edilen, kendi isteğiyle emekli olan, disiplin hükümlerine göre meslekten veya devlet memurluğundan çıkarılan veya müstafi sayılanlardan milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit

¹⁴ Wojciech Sadurski, "De-communisation", "Lustration" and Constitutional Continuity: Dilemmas of Transitional Justice in Europe" UIE Working Paper, Law 2003/15, s. 22.

edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan ve ekli (2) sayılı listede yer alanların rütbelерinin alınacağı, 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 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, 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.

a. Anayasa'nın 121. Maddesine Aykırılık Nedenleri

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir ve bu nitelikteki KHK'lar TBMM tarafından onaylanabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kurallar pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle bu kuralların TBMM tarafından onaylanması Anayasa'nın 121. maddesine aykırıdır.

İlk olarak ekli (2) sayılı listede gösterilen Emniyet teşkilatından emeklilik, müstafi sayılma veya disiplin hükümleri gereği ayrılmış kişilerin rütbelерinin alınmasını öngören iptali istenen 2. maddenin, 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 2. madde için de geçerlidir. 1. maddede yer alan kamu görevinden çıkarma ve buna bağlı yaptırımlar ile 2. maddede yer alan rütbelерinin alınması 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 2. madde açısından da geçerlidir. Burada 1. maddeye ilişkin açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir. İptali 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. İlâveten, 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 olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımamaktadır ve böyle bir düzenlemenin TBMM tarafından onaylanması Anayasa'nın 121. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sı niteliği taşımayan iptali istenen düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirttiği 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 nedenle iptal edilmelidir. Böyle bir KHK'nın TBMM tarafından onaylanmış olması da bu anayasal sorunu ortadan kaldırmaz. Bu nedenle iptali istenen 2. madde ve ekli (2) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

b. Fonksiyon Gaspı Dolayısıyla Anayasanın Başlangıcı, 8. ve 9. Maddelerine Aykırılık Nedenleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iptali istenen kural TBMM tarafından kanun adı altında onaylanmıştır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği her konuda kanun çıkarılabilir ise de yasama organının bireysel işlemler ya da yargı kararı 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 (2) numaralı listede yer alan kişilerin statülerinde doğrudan doğruya daimi değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu işlemlerin bireysel idari işlem niteliğinde olduğu, bir düzenleyici işlem olmadığı görülmektedir. Aynı şekilde ekli (2) sayılı listede yer alan kişilerin Milli güvenlik aleyhine faaliyette bulunduğu karar verilen terör örgütleri ve yapılar ile ilişkisini tespit etmek, terör örgütüne üye olduğuna karar vermek de yargısal bir yetkidir. Bu konuda yukarıda 1. maddede gerekli açıklamalar yapılmıştır. Kamu görevinden çıkarma ile rütbelerin iptal edilmesi farklı işlemler olmakla birlikte işlemlerin bireysel idari işlem oluşu ve anayasal sonuçları açısından bir farklılık bulunmamaktadır.

Dolayısıyla iptali istenen kural kanun adı altında hem yargısal hem de bireysel işlem niteliğinde karma bir işlem niteliği taşımaktadır. Bu yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının tek organda toplandığını göstermektedir. Tüm fonksiyonların tek bir organda toplanması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gibi yürütme ve yargı fonksiyonlarının TBMM tarafından gaspı anlamına da gelmektedir.

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, kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen Anayasa'nın başlangıcına, yürütme yetkisini düzenleyen 8. maddesine ve yargı yetkisini düzenleyen 9. maddesine de aykırıdır.

b. Esas Bakımından Anayasanın Diğer Maddelerine Aykırılık Nedenleri

İptali istenen düzenlemenin içeriği ve uygulama işlemi niteliğindeki ekli (2) sayılı liste Anayasa'nın pek çok maddesini ihlal etmektedir. Yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda ayrıntılı olarak açıklanan nedenler, Anayasa'nın Başlangıcına, 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 91., 121., 125., 128. ve 129. maddelerine ilişkin olarak belirtilen aykırılık gerekçeleri aynı şekilde 2. madde ve ekli (2) sayılı liste için de geçerlidir. Yukarıda açıklanan gerekçeler burada tekrarlanmayacak, sadece atıf yapmakla yetinilecektir.

Gerekçesi yukarıda 1. maddeye ilişkin kısımda açıklanan nedenlerle iptali istenen 2. madde ve ekli (2) sayılı liste Anayasa'nın Başlangıcına, 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 91., 121., 125., 128. ve 129 maddelerine aykırıdır, iptali gerekir

2. 06.02.2018 tarih ve 7084 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 5. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile ekli (5) sayılı listenin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kuralın birinci fıkrasında terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu belirtilen ve ekli (5) sayılı listede yer alan derneklerin kapatıldığı hükmüne yer verilmiştir. İkinci fıkrada ise kapatılan derneklere ait olan taşınır ve her türlü mal varlığı, alacak ve haklar, belge ve evrakın Hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayılacağı, bunlara ait taşınmazların tapuda resen Hazine adına, her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden arı olarak tescil edileceği, bunların her türlü borçlarından dolayı hiçbir şekilde Hazineden bir hak ve talepte bulunulamayacağı ve devire ilişkin işlemlerin ilgili tüm kurumlardan gerekli yardımı almak suretiyle Maliye Bakanlığı tarafından yerine getirileceği hükmüne yer verilmiştir.

Ekli (5) sayılı listede 83 dernek yer almaktadır. İptali istenen kural ile bu dernekler temelli olarak kapatılmış, malvarlıkları alacak ve hakları hazineye geçirilmiş, borçlarından dolayı ise hazineden hiçbir talepte bulunulamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

a. Anayasa'nın 121. Maddesine Aykırılık Nedenleri

Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir ve bu nitelikteki KHK'lar TBMM tarafından onaylanabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali istenen kural pek çok nedenle OHAL KHK'sı niteliği taşımamaktadır; bu nedenle bu kuralın TBMM tarafından onaylanması Anayasa'nın 121. maddesine aykırıdır.

İlk olarak ekli (5) sayılı listelerde gösterilen derneklerin kapatılmasını ve tüm taşınır ve taşınmaz mallarının ve haklarının hazineye devrini öngören 5. maddenin birinci fıkrasının, 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. 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 derneklerin kapatılması ve malvarlıklarının hazineye devri işlemlerinin 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 itibariyle olağanüstü halin gereklerini aşmıştır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 121/2 maddesine göre ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebilecek hususlarda düzenleme öngördüğü Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan dernek kurma hakkına ağır bir müdahalede bulunulduğu ve maddede öngörülen hiçbir güvenceye uyulmaksızın 83 derneğin kapatıldığı görülmektedir., Olağanüstü hal dolayısıyla bu haklara yönelik sınırlamalar ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile yapılabilir ve bu konuda KHK çıkarılamaz. Aynı şekilde Kapatılan bütün derneklerin malvarlığına el konulması suretiyle hem Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına hem de genel müsadere yasağı getiren 38. maddeye müdahale edildiği açıktır. Bu konularda da OHAL KHK'sı ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

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. İçeriği belirsiz kavramlar geçmişe yürütülerek dernekler kapatılmıştır. 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 4. madde için de geçerlidir.

Bütün yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımamaktadır ve böyle bir düzenlemenin TBMM tarafından onaylanması Anayasa'nın 121. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 121 maddesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek OHAL KHK'sını niteliği taşımayan iptali istenen düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirttiği 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 nedenle iptal edilmelidir. Böyle bir KHK'nın TBMM tarafından onaylanmış olması da bu anayasal sorunu ortadan kaldırmaz. Bu nedenle iptali istenen 5. maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile ekli (5) sayılı liste bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

b. Fonksiyon Gaspı Dolayısıyla Anayasanın Başlangıcı, 8. ve 9. Maddelerine Aykırılık Nedenleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iptali istenen kural TBMM tarafından kanun adı altında onaylanmıştır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği her konuda kanun çıkarılabilir ise de yasama organının bireysel işlemler ya da yargı kararı 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 (5) sayılı listede yer alan derneklerin statülerinde doğrudan doğruya daimi değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu işlemlerin bireysel idari işlem niteliğinde olduğu, bir düzenleyici işlem olmadığı görülmektedir. Aynı şekilde ekli (5) sayılı listede yer alan kurumların Milli güvenlik aleyhine faaliyette bulunduğu karar verilen terör örgütleri ve yapılar ile ilişkisini tespit etmek, terör örgütüne üye olduğuna karar vermek, bunları kapatmak ve malvarlıklarına el koymak yargısal bir yetkidir. Bu konuda yukarıda 1. maddede gerekli açıklamalar yapılmıştır. Kamu görevinden çıkarma ile bir derneğin kapatılması farklı işlemler olmakla birlikte işlemlerin bireysel idari işlem olması bakımından anayasal sonuçları açısından bir farklılık bulunmamaktadır.

Dolayısıyla iptali istenen kural kanun adı altında hem yargısal hem de bireysel işlem niteliğinde karma bir işlem niteliği taşımaktadır. Bu yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının tek organda toplandığını göstermektedir. Tüm fonksiyonların tek bir organda toplanması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gibi yürütme ve yargı fonksiyonlarının TBMM tarafından gaspı anlamına da gelmektedir.

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, kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen Anayasa'nın başlangıcına, yürütme yetkisini düzenleyen 8. maddesine ve yargı yetkisini düzenleyen 9. maddesine de aykırıdır.

b. Esas Bakımından Anayasanın Diğer Maddelerine Aykırılık Nedenleri

Anayasa'nın 33. maddesinde örgütlenme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Buna göre herkes önceden izin almaksızın dernek kurma, derneklere üye olma ve üyelikten çıkma özgürlüğüne sahiptir. Dernekler, kanunda öngörülen hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten men edilebilir. İfade özgürlüğünün bir boyutunu oluşturan örgütlenme özgürlüğü demokrasinin temel gereklerinden biridir. Sağlıklı bir demokrasinin vazgeçilmez bir niteliği olan çoğulculuk, ancak farklı görüş ve kanaatlere sahip kişilerin güçlerini birleştirerek kendi ideal amaçları doğrultusunda faaliyette bulunması suretiyle gerçek anlamda hayata geçirilebilir. Demokratik devlet ilkesinin en önemli gereklerinden biri olan örgütlenme özgürlüğüne ancak demokratik bir toplumda zorunlu hale geldiğinde ve usulü güvencelere uyulmak suretiyle ve yargı kararıyla kapatılabilir. Yukarıda açıklandığı gibi iptali istenen kuralla dernekler doğrudan KHK ile kapatılmış ve TBMM bu KHK'yı onaylamak suretiyle bu kapatma işlemine katılmıştır. Bu işlem gerçekleştirilirken Anayasal ve yasal güvencelerden hiç birine uyulmamış, kapatılan dernekler hakkında herhangi bir soruşturma bile açılmamış, haklarında ne tür suçlamalar olduğu bildirilmemiş, suçlamalarla ilgili savunmaları alınmamış, haklarında herhangi bir yargılama yapılmamış, herhangi bir mahkumiyet kararı verilmemiştir. Bu şekilde derneklerin kapatılmasının 33. maddede öngörülen güvenceye açıkça aykırı olduğu ortadadır.

Diğer taraftan yukarıda 1. maddeye ilişkin bölümde açıklandığı gibi derneklerin kapatılma nedeni olarak gösterilen terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat kavramları hukukumuzda 667 sayılı KHK ile girmiştir. Bu kavramlar muğlak ve içeriği belirsiz olduğu gibi, ayrıca geçmişe yürütülerek uygulanmıştır. Bu şekilde uygulama Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu gibi örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahalelerin de kanunilik şartını taşımadığını gösterir. Ceza normlarının geçmişe yürütülerek uygulanması hakka yapılacak müdahalenin kanuniliğini ortadan kaldırır.

Ayrıca iptali istenen kural ile kapatılan derneklerin tüm taşınır ve taşınmaz mallarına ve haklarına el konulduğu görülmektedir. Bu şekilde malvarlığına el koymanın hiçbir hukuki temeli bulunmamaktadır. Anayasaya göre ancak konusu suç oluşturan ya da suçtan elde edilen mallar mahkumiyet kararına dayalı olarak yargı kararıyla müsadere edilebilir. Yukarıda açıklandığı gibi kapatılan derneklerin çoğunluğu hakkında hiçbir soruşturma dahi açılmış değildir. 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. Muğlak ve içeriği belirsiz irtibat ve iltisak gibi kavramlara dayanılarak ve bunlar geçmişe yürütülerek kapatma kararları verilmiştir. Bu müdahaleler söz konusu kurumların hem Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan usulü haklarına hem de Anayasa'nın 33. ve 35. maddelerinde güvence altına alınan maddi haklarını ihlal etmektedir. Örgütlenme özgürlüğü ile mülkiyet haklarına yapılan müdahalelerin kanuni dayanağı olmadığı gibi, usulü güvencelere uyulmadan yapıldığı ve ölçüsüz olduğu görülmektedir. Bu nedenle kural açıkça Anayasa'nın 33., 35., 36. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Kapatılan derneklerin 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.

Diğer taraftan kapatılan derneklerin taşınmazlarının her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak hazine adına tescil edileceği, bunların her türlü borçlarından dolayı hiçbir şekilde Hazine'den bir hak ve talepte bulunulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Buna göre mesela kapatılan bir derneğin taşınmazı üzerinde ipotek söz konusuysa bu ipotek geçersiz sayılacaktır. Aynı şekilde derneğin bir çalışanın ücret alacağı varsa bu alacağını hiçbir şekilde tahsil etmesi mümkün değildir. Çünkü dernek kapatılmış ve bütün malvarlığı hazineye geçmiştir bu durumda alacağını dernekten tahsil etmesi mümkün değildir. Hiçbir alacak için hazine'den talepte bulunulamayacağından alacağını hazine'den talep etmesi de mümkün değildir. Bu hükümlerin de üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını ağır bir şekilde ihlal ettiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen 5. maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile ekli (5) sayılı liste Anayasa'nın Başlangıcına, 8., 9., 13., 15., 33., 35., 36., 38., 91., 121. ve 125. maddelerine aykırıdır iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

7084 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un iptali istenen kuralları yukarıda açıklandığı gibi Anayasa'nın pek çok maddesine aykırıdır ve uygulanması halinde telafisi imkânsız sonuçlar doğuracağı açıktır. Dava konusu kurallarla pek çok kişi hiçbir usulü güvenceye uyulmadan kamu görevinden çıkarılmış ve ömür boyu kamu görevine girmeleri ve kamu hizmetlerinde çalıştırılmaları yasaklandığı gibi bazı özel işlerde çalışmalarını da yasaklanmış ve pasaportlarının iptal edilmesi dolayısıyla yurt dışına çıkmaları da engellenmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi bu düzenlemeler dolayısıyla ilgililerin pek çok temel hakkına ölçüsüz bir şekilde müdahale edilmiş ve kişiler bir tür medeni ölüme dönüştürülmüştür. Bu hak ihlalleri ve Anayasaya aykırılıklar bir an önce giderilmezse daha sonra AİHM'e yapılacak başvurularda ülkemiz ciddi sıkıntılarla karşılaşacaktır. Bu nedenle kuralların iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin 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

7084 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirlerin Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un;

1) 1. maddesi ve ekli (1) sayılı listenin, Anayasa'nın Başlangıcına, 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 91., 121., 125., 128., 129. ve 130. maddelerine,

2) 2. maddesi ve (2) sayılı listenin, Anayasa'nın Başlangıcına, 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 91., 121., 125., 128. ve 129 maddelerine,

3) 5. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile (5) sayılı listenin, Anayasa'nın Başlangıcına, 8., 9., 13., 15., 33., 35., 36., 38., 91., 121. ve 125. 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.”