

YÜRÜTME ORGANI TARAFINDAN OLAĞANÜSTÜ DÖNEMDE YAPILAN KANUN GÜCÜNDEKİ NÖRMLARIN ANAYASA UYGUNLUK DENETİMİ KONUSUNDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ YORUMU

*(Interpretation Of The Constitutional Court Decisions Concerning The
Constitutionality Review For The Norms Having The Force Of Law Which
Was Issued In State Of Emergency Periods By Executive Power)*

Dr. Öğr. Üyesi Rukiye Mehtap ÖZLÜ¹

ÖZ

2017 Anayasa değışiklikleriyle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin inşa edilmesi neticesinde olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yerini alarak, Türk hukuk sistemine girmiştir. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi konusu, hukuk devleti ilkesi gereğince incelenmesi gereken güncel bir sorundur. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin henüz bir kararı yoktur ancak olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini, iptal davasına konu etmesi bakımından iki farklı içtihadı bulunmaktadır. Çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihatlarının hukuki gerekçeleri ve hukuken yarattığı sonuçlar değerlendirilerek bu kararların olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesine etkisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: OHAL, kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa Mahkemesi, içtihat

ABSTRACT

As a result of the construction of the presidential government system via 2017 constitutional amendments, the presidential decree in the state of emergency has substituted the decrees having the force of law in the state of emergency, by this way it has entered into the Turkish Judicial System. The examination of the presidential decrees in state of

¹ Gaziosmanpaşa Üniversitesi, İİBF, Kamu Yönetimi, mehtap.dolek@gop.edu.tr, (356)25216 16/2369.

emergency periods, in accordance with the principle of the rule of law, is a current problem. The Constitutional Court has not examined about the presidential decrees issued in the state of emergency yet, but has two different jurisprudences concerning to annulment action for the decrees having the force in the state of emergency. In this article, the judicial reasons and consequences of these two different jurisprudences and their effects to examination of the presidential decrees in the state of emergency by the Constitutional Court, are evaluated.

Keywords: state of emergency, decrees, presidential decree, constitutional court, jurisprudence.

GİRİŞ

İç karışıklık, ayaklanma, savaş tehlikesinin baş göstermesi, savaş hali, doğal afet, ağır ekonomik bunalım ve bunlara benzer nedenlerle devletin ve toplumun güvenliğini büyük ölçüde sarsan durumlarla karşılaşıldığında, her ülke olağanüstü yönetim biçimlerine başvurabilir. Olağanüstü yönetim biçimlerine başvurulması demokratik ülkelerde hukuka aykırı uygulamalar yapılacağı anlamına gelmez. Hatta olağanüstü hal yönetimlerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Olağanüstü yönetim biçimleri; kaynağını anayasada bulup, anayasada belirtilen kurallara göre yürürlüğe giren yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını devam ettirebilen rejimlerdir. Bu yönetim şeklinde yürütme organı; çok önemli yetkilerle donatılır, hatta hak ve özgürlükleri belli ölçüde sınırlama yetkisine dahi sahiptir. Bununla birlikte bu durumlar bu yönetimleri hukuk dışı yapmaz. Çünkü bu yönetim biçimleri ülkelerin anayasal düzenlerinin izin verdiği ve gerekli kıldığı ölçüde kullanılan rejimlerdir.

Diğer demokratik ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de olağanüstü yönetim usulleri ayrıntılı bir biçimde anayasayla düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nın 119. maddesi olağanüstü hal yönetimi kenar başlığıyla bu yönetimlerin ilan sebepleri ve ilanı;

“Cumhurbaşkanı; savaş, savaş gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.

Olağanüstü hal ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazete’de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayına sunulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.” şeklinde ifade edilmektedir.

Olağanüstü hal (OHAL) ilan edilmesinin en önemli sonucu; Cumhurbaşkanının, olağanüstü yönetimin gerekli kıldığı konularda 104/17. maddesinin ikinci cümlesinde² belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesidir. Bu sayede olağanüstü hal yönetiminde, yürütme organının karar alma ve uygulama yetkileri genişlemektedir. Bu yüzden OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi konusu, hukuk devleti ilkesi gereğince incelenmesi gereken güncel bir sorundur. Bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin henüz bir kararı yoktur ancak olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini (OHAL KHK’larını), iptal davasına konu etmesi bakımından iki farklı içtihadı bulunmaktadır.

Öte yandan 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³, kısaca 2017 Anayasa değişiklikleri, öncesinde Parlamenter sistem mevcuttu ve yürütme organı tarafından OHAL KHK’ları çıkartılırdı. Şöyle ki, Anayasa’da meydana gelen değişikliklerinden önce Anayasa’nın 119. ve 120. maddelerinde “olağanüstü haller” ile 122. maddesinde “sıkıyönetim⁴, seferberlik ve savaş hali” olmak üzere iki tür olağanüstü yönetim biçimi öngörülmüştü. Olağanüstü yönetim usullerinin ilan sebepleri,

- 2 Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmez.
- 3 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı RG. 24 Haziran 2018 seçimlerinin akabinde halk tarafından seçilen ilk Cumhurbaşkanının 9 Temmuz 2018 tarihinde göreve başlamasıyla bu değişiklikler yürürlüğe girmiştir.
- 4 2017 Anayasa değişiklikleriyle Sıkıyönetim rejimi tamamen kaldırılmıştır. “Ülke çapında ciddi bir iç savaş veya çok büyük çaplı bir iç karışıklık çıksa da sadece OHAL ilan edilebilecek; yönetimin askerlere geçtiği sıkıyönetim hiçbir zaman ilan edilemeyecektir. Bu tür hassas dönemlerde yönetimin askerlere geçmesinin arzulanmamış olduğu anlaşılmaktadır ve bu tercihin tutarlı nedenleri olan bir siyasi tercih olduğu kuşkusuzdur”. ULUSOY, Ali, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?”, www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017).



ilgili maddelerde açıklanmıştı. Olağanüstü hal ya da sıkıyönetim, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca, yurdun bir ya da birden fazla bölgesinde veya bütününde altı ayı aşmamak üzere ilân edilmekteydi. Karar, Resmi Gazete'de yayımlanıp Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulmaktaydı. Eğer Meclis tatilde ise derhal toplantıya çağrılarak olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan kararı görüşülür gerekirse meclis olağanüstü hal veya sıkıyönetimin süresini değiştirebilirdi veya bu yönetimi kaldırabilirdi. Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine her defasında dört ayı geçmemek üzere, olağanüstü yönetime izin veren kararların süresi uzatılabilirdi. Olağanüstü yönetim usulü ilan edilmesinin en önemli sonucu ise, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na olağanüstü yönetimin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarma yetkisinin vermesiydi.

OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, OHAL KHK'ları yerine düzenlenen hukuki metinler olarak, doktrin tarafından *kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*⁵ olarak adlandırılmaya başlamıştır. Bu iki norm arasında sadece yetki ve şekil unsuru bakımından bir takım farklılıklar vardır. Yani usulüne uygun şekilde OHAL ilan edilen dönemlerde; OHAL KHK'ları çıkarma yetkisi, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmış Bakanlar Kurulu'na ait iken OHAL Cumhurbaşkanı kararnamesi çıkarma yetkisi, tek başına Cumhurbaşkanına aittir. Bunun haricinde OHAL Cumhurbaşkanı kararnameleri de OHAL KHK'ları gibi kanun gücündedir. Ayrıca Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz hükmü eskiden OHAL KHK'ları için geçerliydi.

Sayılan sebeplerden ötürü OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi konusu, OHAL KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi konusu üzerinden incelenecektir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda iki birbirine zıt içtihadı mevcuttur. 1982 Anayasası'nın eski 148. maddesi ve mülga 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa hükümleri açıkça olağanüstü dönem KHK'larını anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakmışken 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla *olağanüstü hâl KHK'larının* denetlenmesinin önü açılmıştı. Bu yöndeki uygulama 2016 yılına kadar devam etmişti. 15 Temmuz 2016 gecesini darbe girişimi sonrasında ilan edilen OHAL kapsamında

5 GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 21. Baskı, Bursa, 2017, s. 367.



çıkarılan 668 ve 669 sayılı OHAL KHK'larına karşı açılan iptal davaları neticesinde Anayasa Mahkemesi, içtihat değişikliğine gitmişti. Çalışmada öncelikle, OHAL KHK'larının anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulabilmesi konusu, Yüksek Mahkeme'nin gerekçeleri etrafında incelenecektir. Akabinde Mahkeme'nin içtihat değişikliğine giderek OHAL KHK'larını anayasaya uygunluk denetimine tabi tutamayacağı yönündeki kararlarının sebepleri, sonuçları ve etkileri değerlendirilecektir.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİNİ DENETLEYEBİLMESİ

Anayasa Mahkemesi'nin OHAL KHK'larını denetlemesi konusundaki tartışmalar, 09.05.1990 günlü, 424 ve 425 sayılı KHK'ların Ana Muhalefet Partisi (Sosyal Demokrat Halkçı Parti) TBMM Grubu adına Grup Başkanvekili, Hasan Fehmi Güneş, tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesiyle başlamıştı.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın (eski) 148. madde hükmüne rağmen 18.7.1990 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında 425 sayılı KHK'nın esasının incelenmesine oy çokluğuyla karar vermişti⁶. Mahkeme bir yandan gerekçesini, Anayasa'nın "yargı yolu" başlıklı 125. maddesi ilk fıkrasına göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması zorunluluğuna dayandırmıştı. Diğer yandan Mahkeme gerekçesini, 425 sayılı KHK'nın Anayasa'nın (mülga) 121. maddesinin üçüncü fıkrasında ifade edilip (eski) 148. maddesinin birinci fıkrasında da biçim ve öz yönünden Anayasa'ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı öngörülen kararname niteliğinde olmadığına dayandırmıştı. Böylelikle Mahkeme, OHAL KHK'sı adını taşıyan bir hukuki metni iptal davasına konu etmişti. Yüksek Mahkeme, öncelikli olarak KHK'ları maddi kıstas yönünden değerlendirerek iptali istenen hükümlerin içeriğine önem verip tahvil (dönüştürme) kuramı gereğince hüküm vermişti⁷. Bu yöndeki içtihadını da, 2016 yılında içtihadını değiştirene kadar, yıllar içinde yinelemişti⁸.

6 Anayasa mahkemesi üyelerinden Servet Tüzün, Oğuz Akdoğanlı, İhsan Pekel, Erol Cansel ve Yavuz Nazaroğlu; "424 ve 425 sayılı KHK'lerin Anayasa'nın 91. ve 121. maddelerine uygun olarak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda düzenlenmiş olması nedeniyle Anayasa'nın 148. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 19. maddelerine göre davanın yetkisizlik yönünden reddi gerekeceği" yolunda karşı oy kullandıklarının hatırlatılması gereklidir.

7 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K: 1991/1.

8 AYM, 03.07.1991, E: 1991/6, K: 1991/20; AYM, 26.05.1992, E: 1992/30, K: 1992/36; AYM, 22.05.2003, E: 2003/28, K: 2003/42.



A. Maddi Anlamda Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamesi

Esasen tüm kamu hukuku işlemleri; biri maddi diğeri şekli olmak üzere iki kritere göre tanımlanabilir. Maddi anlamda; kamu hukuku işlemleri, işlemin içeriğine, muhtevasına bakılarak tanımlanmaktadır. Şekli anlamda ise kamu hukuku işleminin yapılış usulleri dikkate alınır. O halde şekli manada OHAL KHK'sı, yetki kanununa gerek olmadan usulüne uygun ilan edilen olağanüstü hal ya da sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK'lara denir. Maddi anlamda OHAL KHK'sı da; olağanüstü dönemlerde, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan hukuki metinler olarak tanımlanabilir.

Anayasa Mahkemesi 1991 tarihinde geliştirdiği önceki içtihadında OHAL KHK'larının⁹, Anayasaya uygunluk denetimi ilk incelemesini yaparken maddi kriteri esas almıştı. Mahkeme'ye göre, iptali istenen KHK'lar anayasal sınırları içinde bulunsalardı, olağanüstü durumla ve uygulama bölgesiyle sınırlı kalsalardı anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulamayacakları için ilk inceleme evresinde iptal istemi reddedilir, esas incelemeye geçilemezdi¹⁰. Bu durumda Anayasa'nın (eski) 148. maddesi gereğince olağanüstü duruma ilişkin KHK'lara karşı dava açılmazdı, açılrsa da bakılmazdı. İlk inceleme sonunda esastan incelemeye geçilerek karar verilen 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında, "OHAL KHK'sı" adı altında yapılan düzenlemelerin içerikle Resmi Gazete'de konulan adı arasındaki uyumun kontrol edilmesi gerekliliği benimsenmişti. Gerekçesinde Mahkeme, iptali istenen KHK hükümlerinin, Anayasa'nın öngördüğü ve anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı OHAL KHK'sı niteliğinde olup olmadığını incelemek zorunda olduğunu ifade etmişti. Bu sebeple Yüksek Mahkeme, OHAL KHK'sından söz edebilmek için geçerli konu, yer ve zaman ölçütlerini ortaya koymuştu¹¹.

9 9.5.1990 günlü, 424 sayılı "Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamesi" ile 9.5.1990 günlü, 425 sayılı "2935 Sayılı Kanun ile 283 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamesi".

10 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K: 1991/1.

11 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K: 1991/1.

1. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Konusu Yönünden Değerlendirmesi

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'ları, Anayasa'nın (mülga) 91. maddesinde yer alan olağan KHK'lar için geçerli olan konu sınırlandırmalarına bağlı değildiler. Yani OHAL KHK'ları ile temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler düzenlenebilirdi. Bu düzenleme yetkisi ise sınırsız değildi. Anayasa ve Uluslararası Hukuktan kaynaklanan kısıtlamalar dikkate alınmalıydı. Şöyle ki, Anayasa'nın (mülga) 121. maddesinin ikinci fıkrasında "119. madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir" hükmü yer almaktaydı. Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü yönetim durumunda milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulup bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Açıklanan Anayasa maddeleri ışığında, maddelerde yer verilen konuların 1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Yasası'nda düzenlenmesi gerekmekteydi. Yani OHAL KHK'larında konu sınırlaması olmaması demek her alanda sınırsız şekilde hüküm içerebilecekleri anlamına gelmemekteydi.

Bilindiği üzere bir hukuki işlemin konu unsuruna, sebep unsuru üzerinden ulaşılabilir çünkü aralarında bir sebep-sonuç ilişkisi vardır. Hukuki işlemler, hukuk kurallarınca belirlenmiş olan bir sebebe dayanmak zorundadırlar. Bu anlamda hukuki işlemin sebebi genel olarak *kendilerinden önce var olan ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir etkidir*¹². Bir hukuki işlemin konusu ise onun doğurduğu hukuki sonuç yani hukuk alanında meydana getirdiği değişikliktir¹³. Sebep ve konu unsurları arasında bir nedensellik ilişkisi olduğuna göre "olağanüstü hal ve sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konuların" neler olduğu, sebep unsuruna bakılarak tespit edilebilir¹⁴.

12 GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj, 10. Baskı, Ankara, 2015, s.152.

13 GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s.157-158.

14 GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin, Bursa, 2000, s. 199 vd.



Ayrıca 1982 Anayasası'nda olağanüstü halin ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konuların neler olduğu belirtilmemişse de, olağanüstü hal ve sıkıyönetimin sebepleri belirtilmişti (Anayasa eski m.119 ve mülga m.122). Anayasa Mahkemesi, de 1991 tarihli kararında *“Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hal KHK'larıyla düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlân edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hal KHK'larının “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir”* tespitini yapmıştı¹⁵. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi; OHAL KHK'sı adını taşıyan hukuki metinlerin, gerekçede açıklanan nitelikleri taşıyıp taşımadığını değerlendirerek bu nitelikleri taşımadığı durumlarda anayasaya uygunluk denetimi yapmasının kaçınılmaz olduğuna karar vermişti¹⁶.

2. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Uygulanacağı Yer ve Zaman Yönünden Değerlendirilmesi

1991 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında, konu kriterinin yanında yer ve zaman kriterlerinin de incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiği görüşü yer almıştı. Anayasa'nın mülga 120. madde hükmüne göre şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması durumunda Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde olağanüstü hal ilân edebilmekteydi. Düzenlemeyle, Anayasa'nın mülga 121. maddesine göre yürürlüğe konulacak KHK ile getirilen önlemler, yer bakımından sınırlandırılmaktaydı. Bir başka anlatımla OHAL ilan edilen yerlerde, OHAL KHK'ları ile gerekli tedbirler alınabilmekteyken OHAL ilân edilmeyen bir bölgede OHAL KHK'ları ile kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması veya durdurulması dolayısıyla olağanüstü hal yönetimi uygulamasına Anayasa olanak vermemekteydi.

Bununla birlikte olağanüstü yönetimler süre bakımından sınırlandırılmaktadırlar. Anayasa eski hükümlerine göre olağanüstü yönetimler Bakanlar Kurulu'nca en fazla altı ay için ilân edilebilmekteydi. TBMM, olağanüstü hal ile sıkıyönetim sürelerini

15 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K:1991/1.

16 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K:1991/1.

değiştirebileceği gibi Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilirdi (Anayasa eski 119. ve mülga 120. maddeleri). Olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edildiği süre boyunca Olağanüstü Hal Yasası ya da Sıkıyönetim Yasası uygulanmaktaydı. Olağanüstü hallerin kaldırılmasına karar verildiğinde bu yasaların uygulanmasına son verildiği gibi OHAL KHK'ları da yürürlükten kalkmaktaydı. Yani OHAL sona erdiğinde OHAL KHK'sı hükümleri uygulanmamalıydı. Nitekim olağanüstü hal bölgesi veya bölgeleri dışında ya da olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içeriği, doğal olarak, "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla" sınırlı olmayacaktı. Bu sebeplerle, kural olarak OHAL KHK'ları ile yasalarda değişiklik yapılamazdı. Ayrıca olağanüstü hal KHK'sı çıkarma yetkisi olağanüstü hal süresiyle sınırlı olduğundan KHK ile getirilen kuralların uygulanmak üzere geçerliliklerini korumaları olanaksızdı. Sayılan sebeplerden ötürü Anayasa Mahkemesi 1991 tarihli kararında, olağanüstü hal KHK'sının yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere yürürlükte kalması gerektiğinden dava konusu hükümlerin, anayasaya uygunluk denetimi yapılmasının zorunlu olduğu kararına varmıştı¹⁷. OHAL KHK'larının içeriğini inceleyen ve değerlendiren Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın eski 148. madde hükmüne aykırı kararlar alamayacağından ancak bu OHAL KHK'larını dönüştürme yoluna giderek iptal edebilmişti.

B. Tahvil (Dönüştürme, Conversion) Kuramının Uygulanması

Anayasa Mahkemesi, 424 ve 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerinin, OHAL KHK'sı niteliğinde olmadığına dönüştürme yani tahvil kuramından faydalanarak karar vermişti. Tahvil kuramından faydalanmak konusunda 1990 yılında Gözler tarafından kaleme alınan "Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi" başlıklı makalede ortaya konulan fikirler, Anayasa Mahkemesi tarafından 1991 yılında verilen kararda benimsenmiş ve tatbik edilmişti.

Aslında tahvil kuramı daha çok özel hukukta uygulanmaktadır. Tahvil konusunda Türk Medeni Kanunu'nda açık bir madde olmamakla beraber doktrin ve içtihat böyle bir kuramın varlığını kabul edip, zaman zaman kurama başvurmaktadır¹⁸. *Tahvil, geçerlilik şartlarını taşınamaması nedeniyle batıl olan bir hukuki işlemin yapılması sebebiyle geçerlik şartları*

17 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K:1991/1.

18 ESENER, Turhan, "Hukuki Muamelelerde Tahvil", *AHFD*, 1959, C.XII, S.1-4, s. 243-245)



gerçekleşen bir başka hukuki işleme ikame edilmesidir¹⁹. Tahvil kuramı sadece medeni hukuk, ticaret hukuku alanında değil kamu hukuku gibi hukukun her alanında uygulama alanı bulabilir²⁰. Hatta Onar, tüzüğün Danıştay incelemesinden geçirilmesi “unsurunun yokluğu veya sakatlığı nizamnamenin yokluğunu intaç etmez, mahiyetini değiştirerek onun diğer neviden bir idarî kaide-tasarruf inkılâp etmesini intaç eder” yorumunu yaparak kamu hukukunda ilk defa tahvilden bahsetmiştir²¹.

Anayasa Mahkemesi, özel hukukta uygulama alanı bulan kamu hukukunda da dillenen bu *kuramın isminden* faydalanarak 1991 yılında OHAL KHK'larını denetleme olanağı bulmuştu. Mahkeme kararında, “...bu koşulu taşımayan KHK'lar OHAL KHK'ları olarak kabul edilemez ve olağan KHK sayılabilirler” demek suretiyle tahvil kuramına başvurmuştu. Mahkeme kararında, açıkça OHAL KHK'sı, olağan dönem KHK'sına dönüştürüldü ifadesine yer vermeyerek üstü kapalı olarak dönüştürme kuramını uygulamıştı. Böylece, Mahkeme tarafından OHAL KHK'sı olarak Anayasa Mahkemesi denetimi dışında kalan KHK'lar, denetim dâhilinde olan olağan dönem KHK'larına dönüştürülmüştü²². Bu yöndeki uygulama yıllar içinde tekrarlanarak OHAL KHK'larının anayasaya uygunluk denetimi yapıldı²³. Yüksek Mahkeme, kararlarında, OHAL KHK'sından olağan KHK'ya dönüşen normların, ortaya çıkması için gerekli şartları taşıyıp taşımadığını Anayasa'nın mülga 91. maddesi gereğince değerlendirdi. Bu maddeye göre olağan dönemlerde öncelikle TBMM, çıkaracağı bir yetki kanunuyla Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi vermekte; akabinde Bakanlar Kurulu, KHK çıkarmakta ve daha sonra da çıkarılan KHK, Meclis tarafından aynen veya değiştirilerek onaylanmakta ya da reddedilmekteydi. 2003 yılında Anayasa Mahkemesi, iptali istenen OHAL KHK'sının, Anayasa'nın (eski) 121. maddesine aykırı olması nedeniyle, olağan KHK olduğunu ifade ederek bu KHK'ların ortaya çıkabilmesi için gerekli olan yetki kanunu olmaması gerekçesiyle Anayasa'nın (mülga) 91. maddesine aykırı bularak KHK hükmünü iptal etmişti²⁴.

19 HAVUTÇU, Ayşe, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Kudret Ayiter'e Armağan, Ankara, 1987, S. 1-4, s. 651.

20 HAVLUTÇU, s. 644.

21 ONAR, Siddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, Cilt I, s.138.

22 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K: 1991/1.

23 AYM, 03.07.1991, E: 1991/6, K: 1991/20; AYM, 26.05.1992, E: 1992/30, K: 1992/36; AYM, 22.05.2003, E: 2003/28, K: 2003/42.

24 AYM, E.2003/28, K.2003/42.

Bununla birlikte ne Yüksek Mahkeme ne de Mahkeme'nin bu kararı vermesini geliştirdiği doktrinle sağlayan Gözler, özel hukukta uygulama alanı bulan tahvil kuramının tanımından ve koşullarından bahsetmiştir. Ayrıca bu kuramın özel hukuktan kamu hukukuna aktarılabilirliği ile kamu hukukunda uygulanabilirliği de tartışılmamıştır, ancak *kuramın isminden* faydalanılmıştır. Daha sonra kaleme aldığı makalesinde Gözler, bu durumu bizzat kendisi eleştirmiştir²⁵.

Anayasa Mahkemesi; uygulamasını, 2016 yılına kadar devam ettirmiş olsa da Mahkeme'nin tahvil (dönüştürme) kuramından faydalanmasının hukuki dayanakları zayıf olduğundan değiştirmek ve güncellemek zorunda kalmıştır.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ

15 Temmuz 2016 gecesi darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan OHAL KHK'larına karşı açılan iptal davaları neticesinde Anayasa Mahkemesi içtihat değişikliğine gitmiştir. Mahkeme, 12.10.2016 tarihli toplantısında, 668 ve 669 sayılı OHAL KHK'larının bazı kurallarının iptallerine yönelik talepleri, ön incelemede yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir. Bu yaklaşımı 1991 yılında benimsediği ve zaman zaman tekrarladığı yaklaşımdan bir geri dönüştür. Bu sayede OHAL KHK'ları Anayasa'nın (eski) 148. maddesine uygun olarak Anayasa Mahkemesi tarafından olağan dönem KHK'larına dönüştürülmemeyerek şekil ve esastan denetlenmediler.

Anayasa yargısında içtihat değişikliği gerçekleşmişse kararlar arasındaki farklılığın ayrıntılı gerekçelerle açıklanması gerekmektedir. Nitekim Mahkeme'yi içtihat değişikliği yapmaya bir takım gelişmeler itmiş olabileceği gibi hukuki yorum farklılıkları da itmiş olabilir. Birtakım gelişmelerin varlığı Anayasa Mahkemesi kararının değişmesini haklı ve hatta gerekli kılabilir. Bu bakımdan çalışmanın bu kısmında öncelikli olarak Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliklerinin sebeplerine yer verilip akabinde bu değişikliğin sonuçları incelenecektir.

A. İchtihat Değişikliğinin Sebepleri

Türkiye Cumhuriyeti kurulduğu günden beri çeşitli sebeplerle; sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel ve hukuksal değişim ve dönüşüm sürecinden geçmektedir. Bazı yazarların tespit ettikleri gibi Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde yaşadığı toplumsal, siyasal ve

25 GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s.219-220.



kurumsal değişimler, bir bütün olarak yargıda, özelde Anayasa Mahkemesi'nde bakış açısı farklılaşmasına yol açmaktadır²⁶.

Buna ilaveten içtihat değişiklik sebeplerini sadece içinde bulunan değişim dönüşüm sürecine de bağlamamak gerekmektedir. Yıldırım, idari yargıda içtihat farklılıklarını altı sebebe dayandırır²⁷: Haklı sebepler, yargının (yargıçların) siyasal-ideolojik duruşu, yargının (yargıçların) güçlü yürütmeden yani idareden çekinmesi, mahkeme yapısındaki yani üye sayısındaki değişim, hukuk kurallarının yorumunda farklılık-hukuk kurallarının farklı yoruma müsait olması, yargının boşluk doldurma konusunda bilgi eksikliği. Bu altı maddede sayılmış sebepler kanımızca Anayasa yargısında ortaya çıkan içtihat değişikliğini de açıklamakta kullanılabilir.

Haklı sebep olarak, iki durum söz konusu olmaktadır. İlki, mevzuat değişikliği olması durumudur. Bağımsız mahkemelerin içtihat değişikliğine gitmelerinin en makul ve haklı sebebi kuşkusuz mevzuatta yaşanan değişikliklerin tatbik edilmesinden kaynaklanır. Mahkeme kararını, yenilenmiş, güncel mevzuata göre belirleyeceğine göre kararın etkilenmesi hatta değişmesi tabii bir durum olmaktadır. İkincisi, idareye tanınan takdir yetkisinin farklı uygulamalara yol açmasının yarattığı durumdur. Mevzuat değişikliği olmasa dahi, takdir yetkisi sebebiyle, idare tarafından ortaya konulan farklı uygulamalar, farklı yönde kararlar verilmesine sebep olabilir. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu içtihat değişikliğine gitmesinde herhangi bir mevzuat değişikliği olmadığı gibi idarenin takdir yetkisinden kaynaklı uygulama farklılığı da yoktur.

Yıldırım'ın ifade ettiği ikinci ve üçüncü sebepler kısaca yargının siyasallaşması olarak değerlendirilebilir. Yargının siyasallaşması demek hâkimin kararlarını, benimsediği ya da kendine dayatılan siyasal görüşü hesaba katarak oluşturması demektir. Yani hâkim, önündeki davaya tarafsız bir gözle bakma ve öylece değerlendirme melekesini yitirmiştir. Hem yargının (yargıçların) siyasal-ideolojik duruşu hem de yargının yürütmeden çekindiği izlenimi yargıyı itibarsızlaştırmaktadır²⁸. Bu durum yargının güvenilirliğine büyük zarar verdiği için dikkate alınmalıdır²⁹. Anayasa yargısının söz

26 CAN Osman, ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu, "Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine", **MÜHF - HAD**, 2017, C.23, S.1, s. 31-32.

27 YILDIRIM, Turan, "İdari Yargıda İctihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", **Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu**, 2017, s. 137.

28 YILDIRIM, s. 137-138.

29 Kaldı ki istatistiki veriler de bu yöndedir. Kadir Has Üniversitesi tarafından yapılan Türkiye

konusu içtihat değişikliğine gitmesi, direkt olarak Mahkeme'nin siyasallaştığı anlamına getirilmemelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, resmi ideolojiyi korumak maksadıyla temel hak ve hürriyetleri daraltamayacağı gibi yasama ve yürütmenin takdir alanını da daraltmamalıdır³⁰. Anayasa hükümleri açıktır ve yürütmenin OHAL sürecinde çıkardığı OHAL KHK'larının Mahkemece denetlenmesi engellenmiştir. Mahkeme, anayasanın üstünlüğünü sağlamak için ve hukuk devletinin koruyucusu olarak, görev yapmaktadır. Mahkeme için Anayasa'nın bütün hükümleri aynı hukuksal değerdedir, yani biri diğerinden daha üstün değildir. Doğal olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ontolojik işlevine uygun bir yargısal pratik içinde olması siyasi aktivizm olarak değerlendirilmemelidir aksine varlık nedenlerinin bir ifadesi, dolayısıyla hukuki meşruiyetlerini sürdürebilmelerinin yegane yolu olarak algılanmalıdır³¹. Ayrıca Mahkeme, kararlarını verirken yargı bağımsızlığı ilkesini benimser. Yargı bağımsızlığı Anayasa'nın 2. maddesinde yerini alan hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz unsurudur. 1982 Anayasası'nın 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı, buna Anayasa Mahkemesi de dahil, açıklanmıştır. Maddede *"hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz"* hükmü yer alır. Yüksek Mahkeme hakimlerinin; bağımsız şekilde, yasama ve yürütme organının yetki alanlarına girmeden ve daraltmadan kararlarını vermeleri beklenmektedir.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi içtihat değişikliğinin sebebi Yıldırım tarafından geliştirilen idari yargı içtihat değişikliği nedenlerinden hukuk kurallarının yorumunda farklılık-hukuk kurallarının farklı yoruma müsait olmasıyla açıklanabilir. Anayasa Mahkemesi hâkimleri, OHAL KHK'larını farklı şekilde değerlendirdikleri için içtihat değişikliğine gitmişlerdir. Hakimlerin farklı yorumlara başvurusu halinde önemli olan bu kararın gerekçelerini hukuki sebeplere dayanarak açıklamalarıdır. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi'nin 2016 tarihli iki kararında eski içtihatlarıyla arasına mesafe koyup bunu hukukî gerekçelere dayandırması çok önemlidir. Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken, hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği

Sosyal-Siyasal Eğilimler Araştırması'na göre toplumun yargıya güveni 2011 yılında % 38,8 iken 2012 yılında bu oran yüzde 37,2 olmuş ve 2013 yılında %26,5'e düşmüştür.

30 CAN, ŞİMŞEK AKTAŞ, s. 31-32.

31 CAN, ŞİMŞEK AKTAŞ, s. 31-32.



kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almak zorundadır. Bu yüzden 2016 tarihli içtihat değişikliğine gittiği kararında Mahkeme, önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklayıp yeni görüşünü temellendirmesi gerektiğini vurgulamıştır³². Mahkeme gerekçesini, hem OHAL KHK'larını şekil kriterine göre tanımlamasına hem de tahvil kuramının hiçbir suretle bu konuda uygulanamayacağına dayandırmaktadır.

1. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Tanımlanmasında Maddi Kriterden Şekli Kriteria Geçiş

Anayasa Mahkemesi önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Başka bir deyişle bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kriterle veya işlemi tesis eden organ ve başvuru usuller esas alınarak şekli kriterle göre nitelendirilebilir. 1991 tarihli içtihadında Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten OHAL KHK'sı olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak KHK hükümlerinin içeriğini değerlendirme yolunu seçmişti. Bu yaklaşım, Anayasa'nın (eski) 148. maddesindeki OHAL KHK'larının şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hale getirmişti. 2016 tarihli yeni içtihadında ise Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'larını tanımlarken şekli kriteri göz önüne alarak maddi kriteri göz ardı etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2016 tarihli ilk inceleme kararında önüne gelen hukuki metinleri şöyle tanımlar³³: “Cumhurbaşkanının başkanlığında 20.7.2016 tarihinde toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması ve şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra yurt genelinde, 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan etmiş ve bu karar 21.7.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Olağanüstü hâl ilan edilmesine yönelik söz konusu karar, TBMM’nin onayına sunulmuş ve Genel Kurulun 21.7.2016 tarihli ve 1116 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.

Olağanüstü hâlin ilan edilmesi ve bu kararın TBMM tarafından onaylanmasından sonra Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar

32 AYM, 12.10.2016, E: 2016/167, K:2016/160; AYM, 12.10.2016, E: 2016/166, K: 2016/159.

33 AYM, 12.10.2016, E: 2016/167, K:2016/160; AYM, 12.10.2016, E: 2016/166, K: 2016/159.

Kurulu tarafından, yurdun tamamında geçerli olmak üzere 25.7.2016 tarihinde 668 ve 669 sayılı KHK'lar çıkarılmış, 27.7.2016 tarihli ve 29783 (2. Mükerrer) ile 31.7.2016 tarihli ve 29787 sayılı Resmî Gazetelerde yayımlanmış ve yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmuşlardır. Dolayısıyla dava konusu kuralları da içeren söz konusu KHK'lar, Anayasa'nın 121. maddesine dayanılarak olağanüstü hâlin geçerli olduğu dönem içerisinde çıkarılmış olan olağanüstü hâl KHK'larıdır".

Esasen ister maddi kriter ister şekli kriter dikkate alınsın, yapılan nitelemenin anayasanın çizdiği çerçevenin dışına çıkmaması, başka bir ifadeyle OHAL KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir. Anayasa'nın lafzı açık olup bütün maddeleri eş değerdedir yani hükümleri arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin üstünlüğü ilkesi açıklanıp Anayasa'nın 6. maddesinde de hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK'larının şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde Anayasa hükümlerinin, Anayasa Mahkemesini de bağladığı ve yargı yetkisinin kaynağını ve sınırlarını belirlediği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Bu denetim yasağı, hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁴, eleştirile de bilir. Ancak Anayasa'nın (eski) 148. maddesinin lafzı, çok açık olup yoruma yer vermemektedir.

2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde olağanüstü halin veya sıkıyönetim halinin ilân edilmesi, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal veya sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilmesi için hukuken gerekiyordu. Bunun yeterli olup olmadığı ise doktrini ikiye bölmüştü. Anayasa lafzına göre yeterli görenler vardı³⁵. Yeterli görmeyerek şekli kriterin maddi

34 ÖZBUDUN, Ergun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", **Anayasa Yargısı**, 1986, S.2, s. 265; ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 242; SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, İstanbul, Gerçek yayınevi, 11.B., 1997, s.231; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 371; YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname İle İhraç Edilen Kamu Görevlisinin Yargı Kararı İle Görevine Dönmesi ve Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme", **TİDSAD**, 2017, Y. 4, S. 12, s. 153; CAN& ŞİMŞEK AKTAŞ, s.35.

35 ÖDEN, Merih, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, C.58 S.3, s. 671.

kriterle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar da vardı. Günday, 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra çıkarılan OHAL KHK'larını irdelediği çalışmada, bu kararnamelerin bazılarında olağanüstü halin gerektirdiği konularla uzaktan yakından ilgisi olmayan alanlarda birçok hükmün yer almasını eleştirmekteydi³⁶. Gözler de aynı yönde görüş bildirerek OHAL süresince çıkarılan farklı tarihlerde Resmi Gazete'de yayımlanmış KHK'ların aynı Bakanlar Kurulu toplantısının tarihini taşıyor olmasını eleştirmiştir. KHK'ların kolektif bir işlem olması sebebiyle yetkili makamı teşkil eden kişilerin yani Bakanlar Kurulu'nun *iradesinin hepsinin aynı anda ve aynı yönde açıklanması* gerektiği kuralına uygulamada uyulmadığı iddiasıyla Gözler, Bakanlar Kurulu toplantısında okunmayan, incelenmeyen KHK'ların, şekil hatta aynı zamanda yetki unsuru bakımından sakat olduğu sonucuna varmıştır³⁷. Bu sakatlığın yaptırımının da yokluk olabileceğini değerlendirmektedir³⁸.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre idari işlemin bir unsuru da yapılış sürecine ilişkin başından sonuna kadar işletilen tüm kurallara uyulması anlamındaki şekil unsurudur. Şekil kurallarına aykırılık söz konusu işlemi, şekil yönünden sakat kılar. Ancak İdari Yargı Mercileri tarafından şekil kurallarına aykırılık asla yokluk yaptırımına tabi tutulmamıştır. Yokluk, bir idari işlemin kurucu unsurlarının hiç mevcut bulunmaması veya fonksiyon gaspı, yetki gaspı ve ağır ve bariz yetki tecavüzü gibi çok ağır sakatlıklar için düşünülen bir yaptırımdır. Bununla birlikte her sakatlık, söz konusu işlemin iptalini de gerektirmez. Danıştay tarafından şekil kurallarında birincil ve ikincil kural ayrımı yapılmıştır. Kararın esasını yani sonucunu etkileyen kurallar birincil kural, etkilemeyen sakatlıklar da ikincil kural olarak değerlendirilmiştir. Sadece birincil şekil sakatlıkları iptal sebebi olarak nitelendirilmiştir. Birincil şekil sakatlıklarına; ilgililerin görüş ve savunması alınması gerekirken alınmaması³⁹, karar alan kurulun yasaya uygun biçimde oluşturulmaması⁴⁰, kararnamede imza eksikliği, karar

36 GÜNDAY, Metin, "OHAL, İhraç KHK'LERİ ve Hukuki Durum", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, S.1, s. 31-32.

37 GÖZLER, "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", s. 45.

38 GÖZLER, "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", s. 45.

39 Danıştay, 8. D., 08.07.2005, E: 2004/5164, K: 2005/3452.

40 Danıştay, 10. D., 15.01.2001, E: 2000/1392, K: 2001/57.

alma yeter sayısına uyulmaması⁴¹, başvuru yollarının gösterilmemesi⁴², gibi örnekler verilebilir. Bununla birlikte Parlamenter sistemde vücut bulan Bakanlar Kurulu, kurul halinde karar almakla beraber çalışma usulü diğer kurullardan farklıdır. Bakanlar Kurulu çalışma ilkeleri arasında kolektif sorumluluk ilkesi yanında homojenlik, kolejyalik ve dayanışma ilkeleri yer almaktadır. Yani Bakanlar Kurulu karar alırken somut olarak her zaman oylama yapmasına gerek yoktur, kararın her zaman oybirliği ile alındığı varsayılır. Başka bir ifadeyle Bakanlar Kurulu'nda muhalefet olmaz, bütün Bakanların ortak bir siyasal çizgiye sahip oldukları varsayılır. Bakanlar Kurulu toplantısında farklı görüşte fikir beyanı olsa dahi istifa edilmedikçe her Bakan, Kurul kararları imzalamak ve uygulamak zorundadır. Bu yüzden Gözler tarafından iddia edilen şekil sakatlıkları olsa dahi sonucu etkilemeyecek nitelikte oldukları düşünüldüğünden OHAL KHK'larının iptalini gerektirmez.

2. Tahvil Kuramının Uygulanamazlığı

Anayasa Mahkemesi'nin 1991 tarihli kararının verilmesinde Gözler'in 1990 tarihli *Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi* adlı makalesinde değindiği tahvil (dönüştürme) kuramı yol gösterici olmuştur. Gözler dahi ilerleyen yıllarda tahvil kuramına dayanan gerekçeyi eleştirip uygulanamaz bulmuştur⁴³. Gözler, "olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesinin bir olağan dönem kanun hükmünde kararnamesine dönüşmesi mümkün değildir. Bunu bir "sihirli kutudan başka bir şey olmayan "dönüştürme kuramı" da başaramaz. Aslında 1990 yılında bu konuda dönüştürme kuramını ortaya atmamızın tek nedeni, o günlerde, 424 ve 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi yolundaki arzumuzdur" diyerek gerçek niyetinin Anayasa'nın eski 148. maddesine rağmen OHAL KHK'larının iptalini sağlayacak bir formül icat etmek olduğunu itiraf etmiştir⁴⁴.

Özel hukukta uygulama alanı bulan tahvil kuramının OHAL KHK'larının olağan KHK'lara dönüştürmekte kullanılabilmesi olanaksızdır. Tahvil, şekil şartları nedeniyle geçersiz olan bir işlemin, geçersizliğinin, adil olmayan sonuçlarının önlenmesi sebebiyle geçersizlikten kurtarma maksadıyla başvurulabilen bir yöntemdir.

41 Danıştay, 6. D., 09.05.1951, E: 1951/108, K: 1951/1136.

42 Danıştay, 4. D., 03.11.2006, E:2005/134, K: 2006/2156.

43 GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, s. 219-221.

44 GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, s. 226-227.



Böylece şekilde ilgili kuralın mutlaklığı yumuşatılmak istenmiştir⁴⁵. Özel hukukta tahvil kuramının uygulandığı birçok örnek vardır⁴⁶: Ölüme bağlı bağışlama vaaadinin vasiyetnameye tahvili⁴⁷, bononun adi borç ikrarına tahvil edilmesi⁴⁸, taşınmaz satışı olarak düzenlenen senetlerin satış vaadi olarak tahvil edilmesi⁴⁹ vs.

*Tahvil, kanunun uyulmasını zorunlu kıldığı şartlara uygun olmamakla birlikte, benzer maksat ve sonuçları taşıyan diğer bir işlemi; geçersizliği bilmiş olsalardı tarafların yapacağı kabul edilebiliyorsa; geçerli olmayan işlemin, geçerlik şartlarını taşıyan işleme dönüştürülerek varlığını sürdürebilmesini sağlayan bir kurumdur*⁵⁰. Tanımdan hareketle tahvilin şartları şöyle sıralanabilir: Öncelikli olarak batıl bir hukuki işlem olmalıdır. Bu hukuki işlem tarafların öngördüğü haliyle şekil şartına uymadığından batıl olduğu için tahvil kuramı sayesinde başka bir işleme dönüştürülüp geçerlilik kazanır. Bunun yanında dönüştürülecek hukuki işlemin gereklerini de batıl olan işlem sağlamalıdır. Son olarak, tarafların irade boşluğunun olmaması gerekmektedir. Yani gerçekte tarafların tahvil yoluyla ayakta tutulacak işleme yönelik gerçek bir irade beyanları yoktur. Bu bakımdan tahvil yoluyla ayakta tutulan işleme yönelik varsayılan bir iradenin varlığı kabul edilmektedir.

Tahvilin şartlarından hareketle OHAL KHK'larının neden olağan dönem KHK'larına dönüştürülemeyeceği şöyle izah edilebilir: Öncelikle tahvilin uygulanması için şekli şartlara uymaması sebebiyle batıl olan bir hukuki işlem olmalıdır. Ancak ne 424 ve 425 sayılı OHAL KHK'ları ne de 668 ve 669 sayılı OHAL KHK'ları şekli kurallara göre batıl hukuki metinlerdir. Bunlar, OHAL ilanı sırasında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmış Bakanlar Kurulu tarafından yapılmışlardır. Yani hukukî nitelikleri açısından söz konusu KHK'lar, bir kolektif işlem olup işlemin oluşabilmesi için yetkili makamı teşkil eden kişilerin iradesinin hepsinin aynı anda ve aynı yönde açıklandığı işlemlerdi. Bu bakımdan şeklen bu KHK'lar; sakat olmayan, hukuka uygun metinlerdi.

45 HAVUTÇU, s. 644.

46 HAVUTÇU, s. 668-677.

47 Ölüme bağlı tasarruflar vasiyet veya miras sözleşmesi şeklinde yapılır. Vasiyet, miras bırakanın tek taraflı iradesiyle meydana gelen bir hukukî işlem iken miras sözleşmesi iki taraflıdır. Keza bağışlama da iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan bir sözleşmedir. Bu yüzden yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesi, miras sözleşmesinin şekline uygun yapılmalıdır. Yargıtay, 16. HD., 13.10.1989, E: 1989/10845, K: 1989/14561. Yapılmadığı durumda geçersiz olan bu sözleşmeler, tahvil yoluyla vasiyete dönüştürülebilir. ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, Dördüncü Bası, Ankara, 2010, s. 151.

48 Yargıtay, 4.HD., 07.05.1968, E: 1968/ 5118, K: 1968/ 3999.

49 Yargıtay, 1. HD, 15.04.1971, E: 1971/2912, K: 1971/2518.

50 HAVUTÇU, s. 651.

İkinci olarak, dönüştürme sağlandığında batıl olan işlem hukuken geçerli bir işleme dönüşmelidir. 1991 sayılı Anayasa Mahkemesi içtihadında ise dönüştürme kuramı sayesinde batıl olmayan işlem batıl olmayan ancak Mahkeme tarafından denetlenebilen bir işleme dönüştürülmüştür. Bununla birlikte olağan dönem KHK'ları çıkarmak için Bakanlar Kurulu'nun TBMM'den alacağı bir yetki kanununa ihtiyacı vardır. Yetki kanununa dayanmadan Bakanlar Kurulu'nun çıkarmış olduğu metne olağan dönem "kanun hükmünde kararnamesi" denemez⁵¹. Tahvil kuramının uygulanabilmesi için, her şeyden önce, birbirine dönüştürülen işlemlerin aynı süjeden çıkmış olması gerekir⁵². OHAL KHK'ları Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından olağan KHK'lar ise Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır. Gözler'in de ifade ettiği gibi "*Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu*" ile "*Bakanlar Kurulu*" birbirinden farklı iki organdır. Nasıl Bakanlar Kurulunun olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarması düşünülemezse, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun da olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarması düşünülemez. Keza, olağan dönem ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin temelinde bulunan yetki de birbirinden tamamıyla farklıdır. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri bir yetki kanununa, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ise doğrudan doğruya Anayasanın bir maddesine (m.121) dayanmaktadır⁵³. Son olarak tahvilde aynı kişiler tarafından çıkan batıl işlemin değişmesi konusunda olumlu bir irade olmalıdır. OHAL KHK'larının olağan KHK'lara dönüşmesi konusunda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun böyle bir iradesinin olduğu yönünde karineye ise asla sahip olunamaz.

Sayılan sebeplerle 2016 tarihli kararlarında Yüksek Mahkeme, tahvil kuramını uygulamaktan vazgeçerek üstü kapalı olarak bu kuramın uygulanamaz olduğunu şöyle ifade eder: *Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır*⁵⁴.

B. İchtihat Değişikliğinin Sonuçları

Kamu hukukunda bir hukuki işlemin sakatlığının yaptırımları, yokluk ve iptaldir. OHAL KHK'larının Anayasa Mahkemesi'nde

51 GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 227.

52 GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 226-227

53 GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 226.

54 AYM, 12.10.2016, E: 2016/167, K:2016/160; AYM, 12.10.2016, E: 2016/166, K: 2016/159.



iptal davasına konu edilebilmesi sorunu, bu hukuki kaynakların yok sayılıp sayılamayacağı ile iptal edilip edilemeyeceği noktalarından irdelenecektir. Yokluk ve iptal yaptırımlarında ayırım yapılması için sakatlık halinde mevcut olan *geçerlilik ve varlık koşullarının* incelenmesi gerekir yani geçerlilik koşulları mevcut değilse işlemin sadece iptali gerekirken, varlık koşullarının oluşmaması halinde işlemin yokluğundan söz edilir⁵⁵. Bir diğer deyişle yoklukta hukuki işlem çok ağır bir sakatlıkla batıldır. Bir normun yokluğu, hukuk dünyasında hiç ortaya çıkmamış olmasının ifadesidir. Kanunlar bakımından yokluk, *parlamento iradesinin bulunmaması*⁵⁶, olduğu gibi bir OHAL KHK'sı bakımından yokluk Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanmış Bakanlar Kurulu iradesinin olmaması gibi durumlarda, başka bir ifadeyle normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı takdirde, söz konusu olabilecektir. Şahbaz'a göre Anayasa Mahkemesi'nin 1992 tarihli kararı uyarınca Mahkeme'nin yokluk kararı verme yetkisi vardır⁵⁷. Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ettiği kanunların, yasama organınca tekrar çıkarılması durumunda kullanabilir hatta kullanmalıdır⁵⁸. OHAL KHK'ları için Anayasa Mahkemesi'nin yokluk kararı verebilme yetkisini tartışan Gözler ise bu soruya olumsuz cevap vermiştir. Gözler'e göre OHAL KHK'ları maddi kriterden incelenip konu, yer ve süre bakımından sakatlığı tespit edilmiş olsa dahi Türk Anayasa Hukuku sisteminde yokluk yaptırımı uygulanamaz çünkü Anayasa Mahkemesi'nin "yokluk" kararı vermeye yetkisi yoktur⁵⁹. Anayasa Mahkemesi'nin 2018 tarihli kararı da bu yöndedir: *Yokluktan farklı olan hukuka aykırılık hâli ise hukuk âleminde var olan normun, hukukun öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde çıkarılmaması anlamını taşımaktadır. Hukuka aykırılık hâli ne kadar ağır ve açık olursa olsun bir normun hukuka aykırı olması, zorunlu koşullarının bulunması suretiyle var olan o normun yokluğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenle kanunların veya kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlarda Anayasa'ya aykırılığının tespiti, ilgili kanun veya kanun hükümlerinin yokluğunu değil iptalini gerekli kılar*⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen iptal davasında, 668 ve 669 sayılı OHAL KHK'larının Anayasa'nın (mülga) 121. maddesi uyarınca

55 ŞAHBAZ, İbrahim, "Anayasa Yargısında Yokluk", **Ankara Barosu Dergisi**, 1999, C.4, s. 25; ERKUT, Celal, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", **İHİD**, 1988, S.1-3, Y.9, s. 71.

56 AYM, 31.05.2018, E :2018/37, K : 2018/64, RG 30.06.2018- 30464 (2. Mükerrer).

57 ŞAHBAZ, s. 33; AYM, 17.09.92 E: 1992/26, K: 1992/48.

58 detaylı bilgi için bkz. ŞAHBAZ, s. 33 vd.

59 GÖZLER, **Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, s. 227-228.

60 AYM, 31.05.2018, E: 2018/37, K: 2018/64.

olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı anayasal hükmüne göre esasa geçilerek yargısal denetiminin yapılması mümkün değildir, tespitini yaparak oy birliği ile iptal taleplerinin yetkisizlik nedeniyle reddine karar verdi. Mahkeme kararında, *“Olağanüstü hâl KHK’larının Anayasa’ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir”* diyerek Anayasa’nın (eski) 148. maddesi uyarınca OHAL KHK’larının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal davasına konu edilemeyeceklerine karar vermiştir⁶¹. Nitekim Anayasa’nın 11. maddesine göre OHAL KHK’larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenbilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Ancak Anayasa’nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, OHAL KHK’larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Bu kararlardan sonra OHAL KHK’larının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal davasına konu edilemeyeceği kesinleşti.

III. İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNİN ETKİSİNİN OLAĞANÜSTÜ HAL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2017 Anayasa değişiklikleri neticesinde OHAL KHK kurumu sona ermiş olup yerine OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurumu gelerek hukuk sistemimizde yer almaya başlamıştır. OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi konusu, hukuk devleti ilkesi gereğince incelenmesi gereken güncel bir sorun olduğundan Anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesi’nin içtihat değişikliği üzerinden incelenecektir.

A. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Hukuki Niteliği

Aslında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Türk hukukuna yabancı bir hukuki düzenleme değildir. 1982 Anayasası’nın mülga 107. maddesinde yer alan *“Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir”* ibaresi ile ilk defa düzenlenmiştir. Bununla

61 AYM, 12.10.2016, E: 2016/167, K:2016/160; AYM, 12.10.2016, E: 2016/166, K: 2016/159.



birlikte 2017 Anayasa değişiklikleriyle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa maddeleri incelendiğinde, üç farklı hukuki niteliği olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ortaya çıktığı görülmektedir. İlki, Anayasanın 104/17. maddesinde öngörülen yürütmeye ilişkin konularda çıkarılabilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesidir. İkincisi, Anayasanın 104/9⁶², 106/11⁶³, 108/4⁶⁴, 118/6⁶⁵, 123/3⁶⁶ ve 124/1⁶⁷. maddelerinde öngörülen idari örgütlenmeye ve işleyişe ilişkin konularda çıkarılabilecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Son olarak, olağanüstü hal yönetimi ilan edildiğinde Anayasa'nın 119. maddesine göre çıkarılması öngörülen OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bulunmaktadır. İlk iki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çok farklı hukuki nitelikleri olan düzenlemelerdir. Anayasa 104/17. maddesinde *"Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."* ifadeleriyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin nitelikleri sıralanmıştır. OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise Anayasa'nın 119. maddesinde düzenlenen kanun gücündeki hukuki metinlerdir.

OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile OHAL KHK'larının hukuki niteliği ise birbirine çok benzer. Bu iki norm da *sui generis* bir başka deyişle nevi şahsına münhasır nitelikte normlardır. Yürütmenin bir faaliyeti olan bu normlar, kanun gücündedirler. Bu metinler üç

62 Cumhurbaşkanı, üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.

63 Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.

64 Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.

65 Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.

66 Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

67 Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

aşamadan geçerek ve değişime uğrayarak ortaya çıkar. İlk aşamayı, OHAL ilan edilmesi; ikinci aşamayı bu normların yürütme organı tarafından yapım aşaması; üçüncü aşamayı ise TBMM tarafından tasdik edilme aşaması oluşturmaktadır. Yürütme organı tarafından hazırlanan bu metinler, TBMM’ce değişiklikle ya da aynen kabul edildikleri tarihte yasama işlemi niteliğini kazanırlar. TBMM tarafından onaylanmadan önce, bu normların hukuki niteliği, idari işlem olarak nitelendirilebilir⁶⁸. Öte yandan bu hukuki metinler, hiçbir şekilde, yasama tasarrufu değildirler. Yasama yetkisinin herhangi bir nedenle ve sınırlı da olsa devri olanaksızdır⁶⁹, ancak bu normlar yasa gücündedir. Başka bir ifadeyle ivedi durumlarda, yürütmenin temelde yasamaya dayalı genel, düzenleyici işlemi olan bu hukuki düzenlemeler kullanılmaktadır⁷⁰. Bu yüzden doktrin tarafından *kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*⁷¹ olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Bu hukuki metinlerin amacı OHAL’in ilanına yol açan sebeplerin ortadan kalkması iken; konusu, OHAL’in gerekli kıldığı konularla sınırlanmıştır.

Ayrıca 2017 Anayasa değişiklikleriyle, Anayasanın eski haliyle 148/1. maddesinin OHAL KHK’larının anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulmasına ilişkin hükmü, OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için aynen korumuştur. 1982 Anayasası’nda OHAL KHK’ları için öngörülen sistem, değişiklikler neticesinde OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de sürdürülmüş olmaktadır⁷².

Bu iki norm arasında sadece yetki ve şekil unsuru bakımından farklılık vardır. Yani usulüne uygun şekilde OHAL ilan edilen dönemlerde; OHAL KHK’ları, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmış Bakanlar Kurulu kararı iken OHAL Cumhurbaşkanı kararnamesi, tek başına Cumhurbaşkanının tasarrufu olacaktır. Sayılan sebeplerden ötürü Anayasa Mahkemesi tarafından OHAL KHK’ları için verilen kararlar, dikkate alınarak OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin denetlenmesi konusu irdelenecektir.

68 KUZU, Burhan, “Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Niteliği Tabi Olacakları Rejim ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1983, C.4, S.1-3, s. 87; DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 474.

69 Anayasa 6. madde; AYM, 06.02.1990, E: 1988/62, K: 1990/3.

70 AYM, 1991, Yılmaz Aliefendioğlu Karşı oy gerekçesi.

71 GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 21. Baskı, Bursa, 2017, s. 367.

72 KÜÇÜK, Adnan, “Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 22, Sayı: 85, Kış 2017, s. 174; ESEN, s.60-61.



B. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetlenmesi Sorunu

OHAL dönemlerinde çıkarılan OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün TBMM’nin onayına sunulur. Bu aşamada OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Meclisin denetimine tabi olacaktır. Bu denetim kuşkusuz siyasi bir nitelik taşıyacaktır. Anayasa’nın 119. maddesinde bu denetim düzenlenmiştir. Maddeye göre, savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar. Bu düzenleme, bu kararnameler üzerinde yasama organının siyasi denetimini sağlaması bakımından anlamlıdır. 2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde OHAL KHK’larının TBMM’de onaylanması için kesin ve net bir süre öngörülmemesi sorun teşkil ettiğinden⁷³ OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM’de onaylanması için meclise 3 aylık süre verilmiş olması önemli bir gelişmedir. Siyasi denetimin yeterliliği ise tartışılabilir. Esen tarafından siyasi denetimin düzenlendiği Anayasa maddesi, mücbir sebebinin ne olduğunun ve hükmün amacının anlaşılabilmesi, üç aylık değerlendirme süresinin uzun bulunması ve TBMM’nin reddettiği bir kararnameyi Cumhurbaşkanının yeniden çıkarmasının önünde bir engel olmaması gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi tarafından OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin denetlenmesi problemi ise iki şekilde değerlendirilecektir. Mahkeme, biri iptal davası yani soyut norm denetimi diğeri itiraz yolu yani somut norm denetimi olarak iki tür norm denetimi yapmaktadır.

1. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin İptal Davasına Konu Edilemezliği

İptal davası, Anayasamızın 150. ve 151. maddelerinde düzenlenerek iptal davası açma yetkisi; Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere verilmiştir. İptal davası neticesinde kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclis İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı

⁷³ ULUSOY, s.9.

⁷⁴ ESEN, s.60-61.



iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulur. Mahkeme, önüne gelen hukuki normun anayasaya uygunluğunu denetler ve uygun bulmaz ise iptal eder. Böylelikle iptal edilen bu norm hükümleri; yürürlükteyse, yürürlükten kalkar, değilse hiç uygulanma imkânı bulmadan yok olur.

2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde Anayasa'nın eski 148/1. maddesinde yer alan ve OHAL KHK'larını Anayasa Mahkemesi denetimi dışında tutan maddesi, bu hukuki metinler yerine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ibaresi konulmak suretiyle aynen muhafaza edilmiştir. Anılan maddeye göre, *olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.* Dolayısıyla OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasa uygunluk denetimine tabi tutulmaları için yeterli olmamalıdır. Zira OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça Mahkemeye tanınması gerekir. Anayasanın 148. maddesine rağmen OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi aynen OHAL KHK'larının denetlenmesi konusunda olduğu gibi Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmayacaktır.

Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve 2016 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş iki karar⁷⁵ göz önünde bulundurulduğunda, OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, hiçbir gerekçeyle anayasa yargısında iptal davasına konu edilmemelidir. O halde Anayasa Mahkemesi, önüne gelebilecek olan usulüne uygun ilan edilmiş OHAL döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tamamının ya da bazı maddelerinin anayasaya aykırı olması iddiasıyla iptaline yönelik talepleri, yetkisizlik nedeniyle reddetmelidir. Bu durum, hem Anayasaya hem de hukuka uygundur. Böylece Anayasa Mahkemesi tarafından bir içtihat birliği de sağlanmış olacaktır. Doktrin de bu yönde görüş bildirmektedir⁷⁶.

75 AYM, 12.10.2016, E: 2016/167, K:2016/160; AYM, 12.10.2016, E: 2016/166, K: 2016/159.

76 YILDIRIM, Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", **MUHF - HAD**, C.23, S.2, s. 18; ARDIÇOĞLU, Murat, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s. 34; ESEN Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/4, s.61; KÜÇÜK, Adnan, s.174.

2. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin İtiraz Davasına Konu Edilebilirliği

Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen itiraz yolu yani somut norm denetimi Anayasa'nın 152. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre *“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır”* hükmü yer alır. Yani görülmekte olan bir davada, taraflardan biri ya da hakim resen, somut olayda uygulanacak olan kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri hakkında anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilmektedirler. Taraflardan birinin çağrısı üzerine ya da hakim resen kanaati üzerine ortaya atılan anayasaya aykırılık iddiası öncelikle çözümlenmesi gereken bir ön mesele olarak değerlendirilir⁷⁷. Ancak Mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Yani bu karar, bir ara karar niteliğinde olup tek başına temyiz edilemez ancak esas kararla birlikte temyiz merciinde değerlendirilmeye tabi tutulur.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verip açıklamak durumundadır. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa'nın 152. maddesinin son paragrafında *“Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz”* hükmü yer almaktadır. İstisnaların dar yorumlanması gereğinden hareketle bu kuralın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için uygulanamayacağı⁷⁸ düşünülmektedir.

OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, TBMM'ce onaylandıktan sonra kanun haline geldiklerinden somut norm denetimine tabi olabilecektir. Meclis bu kararnameleri üç ay içinde görüşecek, gerekli görürse değiştirecek ve bu kararnameler onaylanmış biçimleriyle yasaya

77 GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, Bursa, 2017, s. 429.

78 GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 431. 2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden önce yaptığı tensipte Gözler, bu kuralın KHK'ler için uygulanamayacağını keza Anayasa metninin sadece kanunları kapsayacak şekilde kaleme alındığına vurgu yapmaktadır.

dönüşecektir. Bu konudaki benzer hükümler, OHAL KHK'ları için de geçerliydi⁷⁹. OHAL ve Sıkıyönetim KHK'ları birer kanun hükmünde kararname olarak kaldıkları sürece yani Meclisçe onaylanıp kanuna dönüşmedikleri sürece, yargı denetimi dışında kalmışlardı. Anayasa, denetim yasağını, olağanüstü hal KHK'larının yasallaşmadan önceki evresi için koymuştu⁸⁰. Nitekim yasalaşan KHK'lar, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilirdi. Venedik Komisyonu Raporu'nda da uygulamanın bu yönde olduğuna yer verilmiştir⁸¹.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önüne gelen somut davada uygulayacağı OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin içeriğinin anayasaya uygun olup olmadığını denetleyebilecektir. Bu şekilde Mahkeme, OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, 1982 Anayasası'nın 119. maddesi gereğince olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılıp çıkarılmadığını değerlendirebilme imkanı bulacaktır. Fakat şeklen inceleme, somut norm denetiminde mümkün değildir (Anayasa 148. madde). İptal davasına konu edilmeyen ve anayasaya aykırı olan OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise itiraz davasına konu edilip iptal edilinceye kadar yürürlükte kalmasının bir takım sorunlara yol açacağı düşünülmektedir.

C. Hukuk Devleti İlkesi Açısından Değerlendirme

Anayasası'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti olmasının pek çok unsurundan biri de kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetime tabi olmasıdır⁸². Türkiye'de kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemi, ilk defa 1961 Anayasası ile düzenlenmiştir. 1924 Anayasası döneminde kanun koyucunun Anayasaya aykırı kanunlar çıkarmasından kaynaklanan olumsuz tecrübeler, Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasına sebep olmuştur⁸³. Anayasa Mahkemesi kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından; Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından uygunluğunu denetler.

79 Meclis bu kararnameleri hemen görüşerek gerekli görürse değiştirerek meclis tarafından onaylanmalarıyla birlikte yasaya dönüşmekteydi. Bu yasalar ise Anayasa Mahkemesi'nce somut norm denetimine tabi olabilmekteydiler.

80 AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K: 1991/1; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 245.

81 Venedik Komisyonu'nun 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişiminin Ardından Çıkarılan 667-676 No'lu Kanun Hükmünde Kararnameler Üzerine Türkiye Raporu, 12 Aralık 2016, Strazburg, s. 42.

82 GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 41.

83 GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 41.



Kanun koymak asli bir görev olduğundan sınırlandırılması şarttır. Kanımızca kanun gücünde olan bütün hukuki metinlerin anayasa yargısının denetimine tâbi olması gerekmektedir.

Dolayısıyla OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de kanun gücünde olan hukuki metinler olduklarına göre bu metinlerin de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsurudur. Olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesini zedelediği düşüncesiyle eleştirilmekteydi⁸⁴. Aynı konudaki eleştiriler, OHAL KHK'larının yerine OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konularak yinelenmektedir⁸⁵. Böyle düşünenlerin aksine, bu durumu anayasal düzenin parçası görenler de mevcuttur⁸⁶.

Hem OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hem de OHAL KHK'larının, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmemesi pozitif hukuk açıdan “mantıklı ve tutarlı” olmakla birlikte, hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğünü bütünüyle tehlikeye düşürecek mahiyettedir⁸⁷. Bir başka deyişle 2016 tarihli Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki gerekçelerinin yerindeliği ve doğruluğu, tartışamayacak niteliktedir. Fakat sonuçları bakımından hukuk devleti ilkesini zedelemektedir. Kuşkusuz “hiçbir anayasal düzen, kendi öngördüğü biçimsel hukuki kurumlar ve kurallar kullanılmak suretiyle kendinin ortadan kaldırılmasına izin vermez. Anayasal düzenin kendini korumak için öngördüğü imkânlar, anayasal düzenin etkinliğini ve geçerliliğini ortadan kaldırmak, ona zarar vermek için kullanılamaz”⁸⁸. Ayrıca 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında da OHAL KHK'larının Anayasa'nın (eski) 148. maddesine rağmen denetlenme gerekçelerinde hukuk devleti ilkesini zedelememek yer almaktaydı. Şöyle ki, “Anayasa'ya karşı dolanlı yol türünde adını “Olağanüstü Durum KHK'sı” koyup içeriğini bu kararnamelerle bağdaşmayan konu ve işlevlerle doldurmak hukuk dışı uygulamalara araç kılarak Anayasa'ya aykırı duruma getirmek, böylece yargı denetimini engellemek tutumu her zaman izlenebilir. Böylesi sakıncaları önlemek, hukuka karşı çıkışları, direnişleri

84 ÖZBUDUN, Ergun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, s. 265; ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 242; SOYSAL, Mümtaz, s.231; GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 371. YAVUZDOĞAN, s. 153; CAN& ŞİMŞEK AKTAŞ, s.35.

85 ESEN, Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/ 4, s. 60;

86 KÜÇÜK, Adnan, s.174.

87 CAN& ŞİMŞEK AKTAŞ, s. 35.

88 CAN& ŞİMŞEK AKTAŞ, s. 39.



engellemek, yargı denetimini etkin biçimde sürdürerek Anayasa'ya egemen kılma için öze önem vererek inceleme yapıp yapılamayacağını belirlemek gereği, Anayasa Mahkemesi'nin ilke düzeyine gelmiş kararlarıyla kurulmuş bir gelenektir" demek suretiyle Anayasa yargısını, hukuk devleti ilkesinin bir parçası saymıştır⁸⁹.

Ancak Gözler bu görüşü paylaşmamaktadır. Gözler'e göre "anayasa yargısının hukuk devletinin bir şartı olduğu varsayımının doğruluğunun ispatlanması mümkün değildir". Gözler gerekçesini şöyle açıklar: "Bir an, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutulmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu kabul etsek bile, pozitif hukuk bakımından değişen hiçbir şey olmaz. Çünkü, hukuk devleti ilkesini öngören norm (m.2) da, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında bırakan norm (m.148) da, aynı Anayasa'nın normlarıdır"⁹⁰. Kaldı ki bu durumun asli kurucu iktidarın tercihi olduğu ve bu tercihin de savunulabileceğini iddia etmektedir⁹¹. Bununla birlikte OHAL KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi de Anayasaya aykırı olamaması gerektiğini savunur⁹². Sorunun kaynağı olarak Anayasa'nın 148/1. maddesini işaret eden Gözler; sorunu Anayasa Mahkemesi'ne çözdürtmek yerine Anayasa'nın 148/1. madde son cümlesinin ilga edilmesiyle sorunun çözümleneceğini savunur⁹³.

Öte yandan, olağanüstü yönetim usullerinde başkanlara kararnama çıkarma yetkisinin verildiği Latin Amerika tipi başkanlık sistemlerinde dahi bu kararnameler yargı denetimi dışında tutulmamaktadırlar. Aksine, bu kararnameler yargı organının sıkı denetimi altındadır⁹⁴. Bu yüzden OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından soyut norm denetimine tabi olmasını düzenleyen anayasa değişikliği, yasama organınca yeniden gündeme alınmalıdır.

SONUÇ

Türkiye'de 15 Temmuz 2016 günü gerçekleşen başarısız darbe girişiminden sonra ülkenin bütününde olağanüstü hal ilan edilmesinin

⁸⁹ AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K: 1991/1.

⁹⁰ GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 213 vd.

⁹¹ GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 213 vd.

⁹² GÖZLER, Kemal, "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", s. 61.

⁹³ GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s.371.

⁹⁴ ESEN, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet, Ankara, 2008, s.136.



ardından yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler, içerikleri ve uygulama sürelerinin genişliği sebebiyle tartışılmıştır hatta halen tartışılmaktadır. Bu kanun hükmünde kararnamelerin bazı hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiası ile muhalefet partisi milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştı. Muhalefet tarafından OHAL KHK'ları aleyhine açılan ilk iptal davaları bu davalar değildir. Olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi tartışması ilk defa 1991 yılında ortaya çıkmıştı. 1982 Anayasası'nın (eski) 148/1 maddesinde *olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz ifadesi yer almasına rağmen*; Anayasa Mahkemesi, olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri iptal davasına konu edebilmenin formülünü üretmişti. Böylelikle *olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri de anayasaya uygunluk denetimine tabi olabiliyordu*. Mahkeme, bu yöndeki içtihadını yıllar içinde yinemişti. Ancak 2016 yılında Yüksek Mahkeme, eski içtihadıyla arasına mesafe koyarken hukuki gerekçelerini tartışmaya yer vermeyecek şekilde izah etmişti. Mahkeme, OHAL KHK'larını tanımlarken maddi kriter yerine şekli kriteri tercih ederek 1991 yılındaki kararının temel dayanağı olan tahvil kuramından faydalanamayacağını hukuki gerekçeleriyle açıklamıştı.

Yüksek Mahkeme, olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri Anayasa'nın (eski) 148/1. maddesi uyarınca anayasaya uygunluk denetimine tabi tutma hususunda kendini yetkisiz ilan etmiş ve önüne gelen davayı ilk incelemede esasa geçmeden reddetmişti. Böylelikle OHAL KHK'larının ne sebeple olursa olsun anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulamayacakları kesinleşti.

OHAL KHK'larının anayasaya uygunluk denetimine tabi olmaması durumunun yarattığı olumsuzlukların, 2017 Anayasa değişiklikleri sayesinde ortadan kalktığı düşünülebilir. Nitekim cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin inşa edilmesi neticesinde hem OHAL KHK'ları hem de olağan dönem KHK'ları adındaki normlar artık yapılmayacaktır. Fakat OHAL KHK'ları yerine benzer hukuki niteliği olan OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ihdas edilmiştir.

Ayrıca Anayasanın 148/1. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılında gerçekleştirdiği içtihat değişikliği dikkate alınıp değerlendirildiğinde OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin de hiçbir suretle Anayasa Mahkemesi soyut norm denetimine tabi



tutulamayacağı açıktır. Anayasanın lafzı ve Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve gerekçeleri değerlendirildiğinde OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmemesi, 1982 Anayasası'na uygundur. Ancak unutulmamalıdır ki olağanüstü rejimler hukuk dışı ve keyfi rejimler değil, tam aksine anayasa tarafından öngörülen esaslar içinde devam eden rejimdirler. Bu nedenle OHAL süresince anayasal yargı denetimi devre dışı olmamalıdır. Hatta Anayasamızın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler de OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebildiği için daha faal şekilde anayasaya uygunluk denetimi yapılmalıdır. Anayasa mevcut haliyle buna imkân vermemektedir. Bu yüzden kanımızca, yasama organı yeni bir anayasa değişikliğini gündeme alarak Anayasa'nın 148/1. maddesinde düzenlenen istisnayı ortadan kaldırmalıdır.



KAYNAKLAR

ARDIÇOĞLU, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s. 22-51.

CAN Osman, ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu, “Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, **MÜHF - HAD**, 2017, C.23, S.1, s. 13-44.

DURAN, Lütfi, “Kanun Hükmünde Kararname”, **AİD**, 1975, C.8, S.2, s. 303-319.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.

ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İHİD**, 1988, S.1-3, Y.9, s. 69-91.

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

ESEN, Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/ 4, s45-73.

ESENER, Turhan, “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, **AHFD**, 1959, C.XII, S.1-4, s. 234-259.

GÖZLER, Kemal, “Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1990, Yıl 47, S. 4, s. 561-590.

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

GÖZLER, Kemal, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017, S.1, s. 39-67.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2017.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara, 10. Baskı, 2015.

GÜNDAY, Metin, “OHAL, İhraç KHK’LARI ve Hukuki Durum”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017, S.1, s. 29-38.

HAVUTÇU, Ayşe, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, **DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr.Kudret Ayiter’e Armağan, Ankara, 1987, S. 1-4, s. 640-681.

KUZU, Burhan, “Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Niteliği Tabi Olacakları Rejim ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 1983, C.4, S.1-3, s. 83-93.



KÜÇÜK, Adnan, “Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl: 22, Sayı: 85, Kış 2017, s. 157-189.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, Cilt I.

OYTAN, Muammer, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, içinde **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977, s. 541-616.

ÖDEN, Merih, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009,C.58 S.3, s. 659-691.

ÖZBUDUN, Ergun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, **Anayasa Yargısı**, 1986, S.2, s. 227-238.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2014.

ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, Dördüncü Bası, Ankara, 2010.

ŞAHBAZ, İbrahim, “Anayasa Yargısında Yokluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1999, C.4, s. 23-48.

TEZİÇ, Erdoğan, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, **Amme İdaresi Dergisi**, 1972, c. V, S. 1, s. 3-14.

TEZİÇ, Erdoğan, **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul, 1980.

Venedik Komisyonu’nun 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişiminin Ardından Çıkarılan 667-676 No’lu Kanun Hükmünde Kararnameler Üzerine Türkiye Raporu, 12 Aralık 2016, Strazburg.

YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname İle İhraç Edilen Kamu Görevlisinin Yargı Kararı İle Görevine Dönmesi ve Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, **TİDSAD**, 2017, Y. 4, S. 12, s. 147-165.

YILDIRIM, Turan, “İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu**, 2017, s.137-153.

YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **MÜHF - HAD**, C.23, S.2, s. 13-28.



ULUSOY, Ali, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?”, www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017).

AYM, 06.02.1990, E: 1988/62, K: 1990/3, RG. 12.10.1991-20663

AYM, 10.01.1991, E: 1990/25, K: 1991/1, RG. 05.03.1992-21162.

AYM, 03.07.1991, E: 1991/6, K: 1991/20; RG. 08.03.1992-21165.

AYM, 26.05.1992, E: 1992/30, K: 1992/36; RG. 18.12.1993-21792.

AYM, 17.09.1992, E: 1992/26, K: 1992/48, RG. 29.11.1992-21420.

AYM, 22.05.2003, E:2003/28, K:2003/42, RG. 16.03.2004-25404.

AYM, 12.10.2016, E: 2016/167, K:2016/160, RG. 4.11.2016-29878.

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

AYM, 31.05.2018, E: 2018/37, K: 2018/64, RG. 30.06.2018- 30464 (2. Mükerrer).

Danıştay, 6.D., 09.05.1951, E: 1951/108, K: 1951/1136.

Danıştay, 10.D., 15.01.2001, E: 2000/1392, K: 2001/57.

Danıştay, 8. D., 08.07.2005, E: 2004/5164, K: 2005/3452.

Danıştay, 4. D., 03.11.2006, E:2005/134, K: 2006/2156.

Yargıtay, 4.HD., 07.05.1968, E: 1968/ 5118, K: 1968/ 3999.

Yargıtay, 1. HD, 15.04.1971, E: 1971/ 2912, K: 1971/ 2518.

Yargıtay, 16. HD., 13.10.1989, E: 1989/10845, K: 1989/14561.