

ATİPİK KHK'LER ve DAİMİ HUKUKSUZLUK: OHAL KHK'si ile erkeği kadın, kadını erkek yapamazsınız!

Kerem Altıparmak

Diğer Demirkent

Murat Sevinç

27 Nisan 2018

Parlamentar sistemin anavatanı olan İngiltere'de meclisin gücünü anlatmak için, "İngiliz parlamentosu erkeği kadın, kadını erkek yapamaz; bunun dışında her şeye kâdirdir" denilir. Yasama yetkisinin 'genelliği' ilkesinin en güçlü biçimde ifadesi de diyebiliriz buna. Türkiye yirmi bir ayı aşkın süredir OHAL ve OHAL KHK'leri ile yönetiliyor. OHAL KHK'leri ile yapılamayacak nitelikte işlemler yapılıyor, yapılabiliyor; çünkü Anayasa Mahkemesi (AYM) OHAL KHK'lerini incelemeyeceğine hükmetti. Bu durumda bizlerin, 'AYM tarafından denetlenemeyen OHAL KHK'leri ile kadını erkek, erkeği kadın yapmak mümkün mü?' sorusunu yöneltmemiz, çok mu absürt olur?

Meşhur bir fıkradır. İstihbarat örgütleri arasında bir yarışma yapılmış. Yarışmaya KGB, CIA, MOSSAD ve MİT katılmış. Hedef ormandan tavşan getirmekmiş. Sırayla tüm istihbarat örgütleri ormandaki tek tavşanı bulmak için gönderilmiş ve farklı sürelerle tavşanla geri gelmişler. Son olarak sıra MİT'e gelmiş. MİT kısa bir süre sonra bir filele geri dönmüş. Yarışma organizatörleri "Tavşan getirecektiniz, fil değil" deyince ağzı burnu dağılmış fil atılmış "Yemin ederim ben tavşanı abim" demiş.

21. ayını dolduran olağanüstü hal döneminde çıkarılan OHAL Kanun Hükmünde Kararnemelerine (KHK) bakınca benzer bir düşünceye kapılmadan edemiyor insan. File "Ben tavşanı" dedirtme örneğinde olduğu gibi OHAL KHK'si ile ilgisi olmayan metinlere zorla OHAL KHK'si dememiz isteniyor. O OHAL KHK'lerine İngiltere'de Parlamente'ya verilen yetkiler kadar geniş yetkiler verilmek isteniyor. Ama nasıl tavşan fil olmazsa, OHAL KHK'si olmayan bir metin de zorla OHAL KHK'si olamaz. Ne var ki tavşan getirilecek bir yarışmada fil getirirseniz bunun yaptırımı bellidir, yarışmayı kazanamazsınız. Peki OHAL KHK'si olmayan bir metne OHAL KHK'si muamelesi yaptığınızda yaptırımı ne olmalıdır? Bu yazıda, hukuk düzenimizin file tavşan demeye izin verip vermediğini saptamaya çalışacağız.

Kısa bir süre önce yazdığımız raporda, 20 Temmuz 2016 tarihinde başlayan (bundan sonra "20 Temmuz Rejimi" olarak adlandıracağız) OHAL rejiminin

atipikliğini bu dönemde çıkan belirli bir tür KHK üzerinden incelemiştik.¹ Anılan yazıda 20 Temmuz rejimi KHK'lerini iki gruba ayırarak ele almıştık. Hatırlatmak gerekirse;

- a. OHAL ile ilgisi olmayan ve olağan yasalarla düzenlenmesi gereken konuları düzenleyen ve dolayısıyla yasama yetkisinin devri niteliğini taşıyan KHK'ler.
- b. Genel, soyut ve kişilik dışı kurallar içermeyen, kişiselleştirilmiş cezalandırma niteliğinde olan ve bu nedenle yargı yetkisinin devri niteliğini taşıyan KHK'ler.

İlk değerlendirmemiz yukarıdaki ayırmada gösterilen ikinci tip KHK'lere ilişkindi. İlk tip KHK'ler ve daha genel olarak 20 Temmuz Rejimi KHK'lerinin hukuki değerlendirmesini ise bir başka çalışmaya bırakmıştık. İkinci tip KHK'lerden farklı olarak ilk tip KHK'ler 'genel, kişilik dışı ve soyut' kurallar koydukları için ilk bakışta "kanun hükmünde" olabilir KHK'ler olarak karşımıza çıkıyorlar. Ancak bu KHK'ler açısından da birbirine bağlı üç soru ortaya çıkıyor:

Birincisi bu KHK'lerin gerçekten OHAL KHK'si olup olmadığı sorusu. **İkinci olarak** OHAL KHK'sinin bir yasaya dönüşüp dönüşmeyeceği meselesi. **Üçüncüsü** ise bu hususun AYM tarafından denetlenip denetlenemeyeceği konusu.

AYM'nin 2016 Kararı ve Sonraki Denetime Etkisi

İncelemeye son sorudan başlamak gerekiyor. Çünkü bilindiği gibi AYM, 2016 yılında OHAL KHK'leri hakkında verdiği kararlar 'önceki' içtihadından dönmüş ve OHAL KHK'lerinin anayasallık denetimine tabi olmadığını saptamıştı.² Bu denetlenemezlik halinin OHAL KHK'lerinin 'yasalaşmasından sonra' da söz konusu olup olmadığı önemlidir.

Şüphesiz AYM, bu KHK'ler yasalaştıktan sonra, herhangi bir yasayı denetlediği gibi bu yasaları esas bakımından Anayasaya aykırı bulup iptal edebilir. Buradaki sorun, ya da bizim sorumuz bu değil. **Sorun, AYM'nin yasalaşmış OHAL KHK'lerinin OHAL KHK'si olup olmadığını denetleyip denetleyemeyeceği.** Çünkü eğer OHAL KHK'si, OHAL KHK'si olduğu sırada denetlenemiyorsa, bu denetimin yapılabileceği tek aşama kuralın yasalaşması sonrası olabilir. Bu aşamada da bir KHK'nin OHAL KHK'si olup olmadığı denetlenemiyorsa, esasen OHAL KHK'lerinin hiçbir şekilde denetlenemediği sonucu ortaya çıkacak, OHAL KHK'lerinin tamamen denetlenemez bir düzenleme tipi olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bir başka deyişle, OHAL KHK'siyle, OHAL'le ilgili olsun olmasın her konu düzenlenebilecek ve bu durum 'getirilen kural' KHK iken OHAL KHK'si olup olmadığı denetlenemediği gibi, yasa olduktan sonra da denetlenemeyecektir.

¹ "Atipik OHAL KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk Artık Yasaları İdare mi İptal Edecek" Olağanüstü Hal ve Uygulamaları Bilgi Notu 1, İnsan Hakları Ortak Platformu, 8 Mart 2018

² E.2016/166, K. 2016/159, 12.10. 2016; E. 2016/167, K.2016/160, 12.10. 2016; E. 2016/171 K. 2016/164, 2.11.2016; E. 2016/172 K. 2016/165, 2.11. 2016.

Bir kez daha vurgulamak zorunlu görünüyor: Burada söz konusu edilen denetim, yasa haline gelmiş bir kuralın diğer tüm yasalar gibi esas bakımından denetimi değildir. Örneğin 7072 Sayılı Yasa ile 680 Sayılı KHK yasalasmıştır. Bu yasada OHAL'le ilişkilendirilemeyecek çok sayıda hüküm vardır: Örneğin Yasanın 6. maddesi uyarınca 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9/A maddesinin birinci cümlesinde yer alan "en az yetmiş puan almak kaydıyla" hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. AYM, tüm diğer yasa hükümlerinde olduğu gibi bu değişikliğin esas bakımından Anayasaya aykırı olduğuna karar verebilir. Ancak burada sormak istediğimiz soru şudur: Bu hüküm ve diğerleri açısından, AYM esasa bakmadan kuralın OHAL'le ilgisi olmadığını saptayıp bu nedenle OHAL KHK'si olmayan bir hükmün sonrasında kanun haline de gelmeyeceğini saptayabilir mi? AYM'nin daha önceki içtihadattan dönen 2016 kararları bu konuyu açıklığa kavuşturmamıştır.

AYM'nin OHAL KHK'lerini denetlememe konusundaki tutumu, bu satırların yazarları da dahil olmak üzere çok sayıda kamu hukukçusu tarafından eleştirilmiştir. Eleştirileri tekrar etmeyi anlamlı bulmuyoruz. Bununla birlikte AYM bu kararda bir yandan kendi içtihadından saparken, diğer yandan 'denetlenemezlik' alanının sınırlarını da çizmiştir. Şöyle ki:

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Kanun hükmündeki düzenlemeler, yargı denetimine konu yapılabildikleri ölçüde temel hak ve özgürlükler etkili şekilde korunmuş ve güvence altına alınmış olur. [...] Ancak bu durum, yargısal denetime istisna getiren anayasal hükümlerin varlığını ve uygulanmasını etkilemez. Anayasa'da, 90. maddenin beşinci fıkrası, 125. maddenin ikinci fıkrası, 159. maddenin onuncu fıkrası gibi yargı denetimini kısıtlayan kimi istisnai maddelere yer verilmiştir."³

Bu durumda 'kural' yargısal denetimin yapılması; 'istisna' ise buna Anayasa'da açık istisnalar getirilmesidir. AYM'ye göre 148. madde bu istisnalardan biridir. Ancak bu durum kabul edilse bile bu temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan istisnaların dar yorumlanması gerektiği açıktır. OHAL KHK'lerinin Anayasaya uygunluk denetimi yapılamamaktadır çünkü, "Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'lerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır."⁴

İstisnaların dar yorumlanması gereği Anayasa'nın sistematik bir şekilde yorumlanmasını da gerektirir. **OHAL KHK'lerinin yargısal denetime kapalı olmasının nedeni, Anayasa'nın bütününden anlaşılabilir.** OHAL döneminde normal zamanlarda alınacak önlemlerin ötesine geçmek ve olağan zamanlarda geçerli olamayacak önlemleri süratle almak gerekebilecektir. Bu önlemlerin de

³ E.2016/166, K. 2016/159, 12.10. 2016, para. 12.

⁴ Aynı karar, para. 23.

yargısal denetim tehdidi ile geciktirilmesi bu dönem için uygun görülmemiştir. **Ancak yine Anayasa, OHAL KHK'lerinin TBMM onayına sunulmasını zorunlu kılarak bu durumun ilelebet sürmesine müsaade de etmemiştir.** O halde OHAL KHK'lerinin yargısal denetim dışında kalacağı dönemin geçici olması ve sadece OHAL KHK'si oldukları dönem için geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.⁵

Aşağıda açıklanacağı gibi biz, **OHAL KHK'lerinin yasa olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını** düşünüyoruz. Ancak aksinin kabulü halinde bile, yasa olarak mecliste onaylanan metnin OHAL KHK'si olmadığının tespiti halinde, içeriğine bakılmaksızın iptalinin gerektiği, AYM'nin kısıtlayıcı yorumu çerçevesinde dahi mümkün görünmektedir.

Bir başka deyişle, OHAL KHK'sinin OHAL KHK'si olup olmadığına ilişkin yargısal denetimi iki ayrı zaman diliminde incelemek gerekir. Birincisi, OHAL KHK'si Meclis'te onaylanmadan önceki; ikincisi, OHAL KHK'sinin Meclis'te onaylanmasından sonraki dönemler. AYM'ye göre Anayasa'nın 148. maddesi nedeniyle **geçici ve kısa olması gereken ilk dönemde** yargısal denetim yapılamayacaktır. Ancak OHAL KHK'si Meclis'te onaylandıktan sonra, söz konusu düzenleme OHAL KHK'si niteliğini kaybettiği için, 148. maddede öngörülen yargı kısıtlaması da kalkmış olacaktır.⁶

Somut duruma bakacak olursak, TBMM tarafından onaylanarak yasalaşan 7080-7097 sayılı yasalar, artık 'yasa niteliğini' taşıdıkları için AYM denetimine açılmıştır. Artık, bu düzenlemelerin 'her bir maddesinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenebilir oluşunun yanında, ilk düzenlendiği anda OHAL KHK'si niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti yoluyla iptali de mümkün olacaktır. **Bu yaklaşım kabul edilirse, yukarıdaki örneği esas alırsak, hakimlik sınavındaki barajı kaldıran hükmün esas denetimine girmeksizin, salt OHAL'le ilgisi bulunmadığı için iptali gerekecektir.**

Anayasa ve İçtüzüğe göre yasaların nasıl yapılacağı açıktır. Bir yasanın usulüne uygun olarak yasalaşması için öncelikle bu süreci başlatacak hukuki bir işlem olması ve bu işlemin de usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Daha da somutlaştırmak gerekirse; nasıl yasa teklifi yapmaya yetkisi olmayan bir kişinin teklifi, ilgili komisyondan geçmez ve doğal olarak Genel Kurul'da oylanıp yasa haline gelemese; OHAL KHK'si olmayan bir metin de Genel Kurul'da bu sıfatla onaylanıp yasalaşamaz. Böyle bir yasanın içeriği ne olursa olsun iptali

⁵ "Olağanüstü hâl KHK'leri Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayından sonra kanuna dönüşeceğinden bu kanunların Anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceği doğaldır. Diğer bir deyimle Anayasa, denetim yasağını ancak onaydan önceki safha için koymuştur". Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 216.

⁶ Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarih ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 27, Cilt 1, s.95.

gerekir. Bunu yapabilecek tek yer de, yasa haline geldikten sonra o metinleri inceleme yetkisi olan AYM'dir.

Bir OHAL KHK'si Yasa Haline Gelebilir mi?

AYM'nin yargısal denetimine ilişkin kısıtlamanın OHAL KHK'sinin TBMM tarafından onaylanmasıyla kalktığını saptadığımızı göre yukarıda sorduğumuz ilk soruya geri dönebiliriz. **Bir OHAL KHK'si yasa haline gelebilir mi?**

İlk raporumuzda, bir metnin 'yasa' adını alabilmesi için taşıması gereken nitelikler anlatılmıştı. Buna göre bir yasanın maddi anlamda yasa olması için kişiye özel olmaması, genel ve soyut olması gerekir. OHAL KHK'leri, doğal olarak hem yasalardan hem de olağan dönem KHK'lerinden farklı özellikler taşıyan metinlerdir. Aslında, adı dışında olağan dönem KHK'si ile bir benzerliği olmayan, tümüyle farklı bir düzenleme tipi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Nedir bu farklar? Çok kısaca şu şekilde özetleyebiliriz: Her ne kadar her ikisi de bakanlar kurulunun bir işlemi gibi görünse de, OHAL KHK'si ve olağan KHK'ler, iki ayrı organ tarafından çıkarılır. OHAL KHK'si, diğerinden farklı olarak ancak 'Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu' tarafından çıkarılabilir. Yine, OHAL KHK'si için yetki kanununa gerek yoktur. OHAL KHK'si, OHAL ilan edilen yer dahilinde, OHAL için gerekli konularda ve OHAL süresinde geçerlidir. Dolayısıyla OHAL KHK'si konu açısından sınırlı ve süre açısından geçicidir. Öte yandan, OHAL KHK'si olağan KHK'nin yapamadığı bir şeyi yapabilir. Anayasa'nın 91. maddesine göre "sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez". Bu farkın nedeni de kolayca anlaşılabilir, temel hakları kalıcı olarak etkileyecek işlemlerin bir idari işlemle yapılması uygun görülmemiştir. Geçici ve acil nitelikte olan durumlarda ise bu kurala istisna getirilmiştir. OHAL KHK'sinin amacı, olağan dönem koşullarına bir an önce dönülmesi için gerekenlerin yapılmasıdır. Yukarıda altını çizdiğimiz gibi, iki KHK'nin yalnızca adı ortaktır.

Bu durumda, olağan KHK'lerin tek sınırı 91. maddede gösterilen konularda çıkarılma yasağıyken, OHAL KHK'lere istisnai bir düzenleme alanında sınırlı bir sürede geçerli olmak üzere izin verilmiştir.

Burada, 'sorunun' daha iyi anlaşılması için belki bir iki cümleye daha gereksinim var: **Eğer OHAL KHK'si, günümüz Türkiye'sinde olduğu gibi, bir OHAL KHK'sinin taşıması gereken niteliklere sahip değilse, yasa haline gelebilir mi? Hayır, biz tam olarak bu sorunun yanıtını aramıyoruz. Bizim sorumuz şu: Bir OHAL KHK'si, taşıması gereken tüm niteliklere sahip olsa dahi, 'yasa' olabilir mi?** Sorumuzun yanıtı, kaçınılmaz olarak ilk sorunun cevabını da içerecektir.

O halde aslında bireysel işlem niteliğinde olmayan ve kural koyan OHAL KHK'lerini de ikiye ayırmak mümkündür. a. OHAL KHK'lerinin taşıması gereken

özellikleri taşımayan KHK'ler; b. OHAL KHK'lerinin taşıması gereken özellikleri taşıyan KHK'ler. O zaman sorumluyu ikiye bölebiliriz: (a)daki KHK'ler yasalaşabilir mi?, (b)deki KHK'ler yasalaşabilir mi?

(a) tipindeki KHK'ler aslında ilk yazımızda tartıştığımız KHK'lerdeki eksiklikleri taşımayan KHK'lerdir. Bir başka deyişle, bu KHK'ler bir yasanın taşıması gereken özelliklere sahiptir. Genel, kişilik dışı ve soyuttur. Sorun şudur ki bu KHK'ler; yer, zaman, konu bakımından hiçbir sınır tanımamaktadırlar. Son dönem çıkarılan KHK'ler bu tür kurallarla doludur. Gerçekten de 20 Temmuz Rejiminde toplam 154 yasada 1000i aşkın maddede değişiklik yapılmıştır. ⁷ Bu değişikliklerin büyük bir çoğunluğu kalıcı niteliktedir ve mevzuatta ciddi değişikliklere yol açmıştır.⁸ Oysa, OHAL KHK'lerinin nitelikleri, konu, yer ve süre bakımından sınırlı olmaları, bir OHAL KHK'si ile yasada değişiklik yapılamayacağı anlamına gelir. Eğer OHAL KHK'lerinin OHAL bölgesi dışında ya da OHAL sona erdikten sonra da uygulanması isteniyorsa, bu durumda düzenlemenin yasayla yapılması zorunludur. Bu durumda, eğer bir OHAL KHK'si geçici bir durumu düzenlemiyor, kalıcı bir şekilde yasayı değiştiriyorsa bu aslında o KHK'nin o geçici duruma ilişkin olmadığını itirafıdır ve bu nedenle o KHK artık OHAL KHK'si olamaz.

Nitekim, öğretilerde bu görüşü destekleyen tutarlı görüşler mevcuttur. Ergun Özbudun'a göre, "KHK ile getirilen kuralların, nasıl olağanüstü hal öncesine uygulanması olanaksız ise olağanüstü hal sonrasında uygulanmaları veya başka bir zamanda ve yerde olağanüstü hal ilanı durumunda geçerliliklerini korumaları olanaksızdır."⁹ Bir diğer anayasa hukukçusu Cem Eroğul da, AYM'nin bazı OHAL KHK'lerini (gerekli nitelikleri taşımadıkları, dolayısıyla birer OHAL KHK'si sayılamayacakları güçlü varsayımıyla) incelediği kararlarına atıf yaptığı makalesinde, Özbudun ile aynı kanıyı paylaşıyor.¹⁰ OHAL KHK'leri ile yasal düzenleme yapılamayacağını savunan Eroğul'a göre, olağan KHK ile OHAL KHK'si arasında yalnızca ad benzerliği vardır ve olağan KHK'ler gerçek KHK'lerdir çünkü yasa alanında düzenleme yapabilirler. Oysa, yasa alanında düzenleme

⁷ Hangi kanunların hangi KHK ile değiştiğine dair tam liste için bkz. İHOP (2018), Güncellenmiş OHAL Durum Raporu, 21 Temmuz 2016-20 Mart 2018 Olağanüstü Hal Uygulamaları, s. 68 vd.

⁸ Mevzuatta hangi alanda değişiklik yapıldığının ayrıntılı bir incelemesi ve ilgili tablolar için bkz. İsmet Akça vd. (2018), Olağanlaşan Ohal: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri.

⁹ Ergun Özbudun (2011) Türk Anayasa Hukuku (Yetkin: Ankara), s.260. AYM Kararı, E.1990/25, K. 1991/1, KG 10.01.1991, Resmi Gazete 05.03.1992

¹⁰ Cem Eroğul (1999), *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnemelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu*, A.Ü. SBF Dergisi, 54/4: 32-46. Cem Eroğul'un atıf yaptığı AYM Kararları: E.1990/25, K. 1991/1, KG 10.01.1991, Resmi Gazete 05.03.1992, 21162; E. 1991/6, K. 1991/20, KG 3.07.1991, Resmi Gazete 08.03.1992, 21165; E. 1992/30, K. 1992/36, KG 26.05.1992, Resmi Gazete 18.03.1993, 21792.

yapamayacak olan OHAL KHK'si gerçek bir KHK sayılamaz. OHAL KHK'leri yasa gücünde değildir.¹¹ Dolayısıyla OHAL KHK'leri ile yasalarda değişiklik yapılamaz.

Peki (b) tipi KHK'ler? Genel, soyut, kişilik dışı olan ve fakat kalıcı olmayan düzenleme getiren KHK'ler? (a) tipinden farklı olarak bunlar olağanüstü hale ilişkindir ve o nedenle OHAL KHK'sidir. Ancak bunların da yasalaşması söz konusu olamaz, çünkü yasalaştıkları anda geçici ve olağanüstü hale ilişkin olmaktan çıkıp (a) tipine dönüşüp kalıcı olurlar. OHAL KHK'leri, yasalardan tümüyle farklı niteliklere sahip olduğu için, yasalarda bir değişiklik yapamayacağı gibi, kendisi de bir yasa olamaz. Aslında bu durumu bir cümleyle şu şekilde özetlemek mümkündür: **Bir metin OHAL KHK'si ise yasa, yasa ise OHAL KHK'si değildir.** Bu durumda ne (a) tipi ne de (b) tipi KHK'lerin yasalaşması mümkündür.

Bu açıklamalarımız sonrasında şu soru sorulabilir. Madem yasaları değiştiremiyor o halde OHAL KHK'lerinin adı neden KHK'dir? Bu sorunun cevabını Anayasa'nın sistematik yorumunda bulmak mümkündür. Anayasa bir yandan genel esasları arasında egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanılacağını söyleyip (md. 6), yasama yetkisinin devredilemez olduğunu belirtip (md. 7), bir yandan da her konunun sınırsız bir şekilde OHAL KHK'leri ile düzenlenmiş olmasını imkan veriyor olamaz. Sistematik yorum, bir hukuk metni içindeki farklı kuralların bütün halinde birbiriyle tutarlı bir şekilde okunmasını gerektirir. Bu tutarlılık, OHAL KHK'lerinin adının KHK olmasının, onların yasayı değiştirebilme gücünden değil yasaya etki gücünden gelmesi halinde mümkündür. OHAL KHK'leri yasaları değiştiremez ama askıya alabilirler, ki isimleri de buradan gelmektedir. OHAL KHK'leri, yukarıda açıkladığımız nedenlerle, olağan dönem KHK'lerinden farklı olarak yasaları kalıcı olarak değiştiremezler ama acil ihtiyaç nedeniyle yasama organının yetki yasası olmaksızın geçici olarak yasaları askıya alırlar. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin bile bu kurullarla yapılabilmesinin nedeni de budur. Sınırlı bir süre, yer ve konuya ilişkin olan düzenleme yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyeceği için genel esaslarda belirtilen ilkeler de çiğnenmiş olmaz. Eğer geçici düzenleme yeterli değilse yasama yetkisini kullanan TBMM normal usuller çerçevesinde yasa çıkartabilir. Anayasa'nın 121. maddesindeki "119 uncu 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, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı 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 de ancak bu şekilde bir anlam kazanmaktadır. Eğer her yasa OHAL KHK'leri ile düzenlenebilecek ve değiştirilebilecek olsaydı, bu hükmün hiçbir anlamı kalmazdı. Oysa OHAL KHK'leri sadece acil durumlara

¹¹ Eroğul, a.g.m., s.38.

yönelik geçici bir etki gösterdiği için kalıcı değişikliklerin Olağanüstü Hal Kanunu ve diğer yasalarda olağan yollar izlenerek yapılması gerekmektedir.

OHAL KHK'lerinin TBMM tarafından 'onaylanması' süreci de bu yorumla tamamen uyumludur.

Anayasa'da, konuyu İçtüzük'e bırakan (md.121-122) düzenlemeye karşın, İçtüzük'te OHAL KHK'lerinin onayına dair süre ve usul konusu 1996 yılındaki TBMM kararına kadar yer almamıştır. 1996'da gerçekleştirilen kapsamlı İçtüzük değişikliğiyle, söz konusu kararnameler için 'özel' yöntem ve süre belirlenmiştir (md.128). Düzenlemeye göre OHAL KHK'leri komisyonlarda (diğer KHK, yasa tasarısı ve tekliflerinden önce) ve Genel Kurul'da en geç 30 gün içinde görüşülür ve karar bağlanır. Bir OHAL KHK'sinin 30 gün içinde görüşülüp karara bağlanmadığı durumda reddedilip reddedilmemiş sayılacağı ise, doktrinde tartışmalıdır. Ergun Özbudun'a göre bu durumun bir 'zımni ret' olarak kabul edilmesi mümkün değildir.¹² Özbudun, İçtüzük'teki süreye ilişkin düzenlemenin 'manevi bir bağlayıcılık' dışında gerçek bir müeyyidesinin olmadığı kanısındadır.¹³

Ergun Özbudun, konunun devamında, doktrinde genel kabul gören görüşü dile getiriyor. Buna göre, sıkıyönetim ve olağanüstü halde çıkarılan KHK'ler, TBMM tarafından onaylandıktan sonra 'yasa' olur ve AYM denetimine açılır. Cem Eroğul ise yukarıda sunduğumuz çerçeveye uyumlu bir şekilde daha tutarlı bir tez ileri sürmektedir.

Eroğul'a göre bir 'onay' aşamasından söz edilebilmesi, bu kararnamelerin yalnızca bir yürütme işlemi olduğu göz önünde bulundurulduğunda mümkün olabilir. Burada sözü, uzunca bir alıntıyla Cem Eroğul'a bırakalım: "Kanımca, 121. ve 122. maddelerde sözü edilen 'onay', bir siyasal denetim aracıdır. Siyasal denetim aracı olduğuna göre de, öteki siyasal denetim araçları için olduğu gibi, yalnızca meclis kararı yoluyla kullanılabilir. Bu denetimin yasa yoluyla gerçekleşmesi anayasaya aykırı olur... Olağanüstü YGK'lerin niteliği böyle anlaşılırsa, bunların niye Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında bırakıldığı ve niye ancak meclisin yürüteceği bir siyasal denetime bağlandığı kolayca görülür. Anayasa Mahkemesi'nin asli işlevi yasaların ya da yasa niteliği taşıyan düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlemektir... Meclis'in görevi, belli bir somut olağanüstü durumda, yürütmenin aldığı önlemlerin devletin temel niteliklerine; dolayısıyla da ülkenin siyasal

¹² Ergun Özbudun, a.g.e., s.261.

¹³ Kemal Gözler benzer bir sonuca ulaşarak şöyle söylüyor: "Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi otuz gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından görüşülüp onaylanmaz ise kanun hükmünde kararname ne kabul edilmiş ne reddedilmiş sayılabilir. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olarak yürürlükte kalır ve bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder." Kemal Gözler (2000), Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Bursa: Ekin Yayınları, s.401-402). Necmi Yüzbaşıoğlu, "1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi" eserinde, aksi yönde görüş belirtiyor. (İstanbul: Beta, 1996, s.188.)

çıkarlarına genel olarak uygun olup olmadığına bakmaktır. Uygun bulursa, bir meclis kararı ile onayını verir. Uygun bulmazsa, yine bir meclis kararı ile, olağanüstü kararnamelerin bütününe ya da uygun bulmadığı bölümlerini yürürlükten kaldırır. Bu iki kararın dar anlamda yasama işlemleriyle hiçbir ilgisi yoktur.”¹⁴ Tabii, eğer OHAL KHK’leri ile yasalarda değişiklik yapılamazsa, yani bu kararnameler yasa gücünde değilse, TBMM’nin bu kararnamelere ‘değiştirerek onay’ vermesi de, bir yetki gaspı kabul edilmelidir; zira TBMM’nin yetkileri anayasada sayılmıştır. Onay verebilir, onaylamayabilir, ancak değiştiremez. **Dolayısıyla İçtüzük’te OHAL KHK’leri için öngörülen ‘onay’ yöntemi Anayasa’ya aykırıdır.**

Demek ki, OHAL KHK’leriyle, olağan dönem KHK’lerinden farklı olarak yasalar değiştiremez. Bir OHAL KHK’si, yasaya dönüştürülemez.

Sorunu kavramak için tersten gidelim. Birinci yazıda incelediğimiz ihraç kararnamelerinin neden yasa haline getirilemeyeceğini açıklarken OHAL konusu ve süresi ile sınırlı “tedbir” kavramına başvurmuş, bunun sürekli hale getirilemeyeceğini belirtmiştik. Bu tedbirlere ilişkin genel ve soyut ilkeler Anayasa ve Olağanüstü Hal Kanunu’nda çizilmiştir. İhraç kararnamelerine benzer bir konu olan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’na dayanarak bir daha geri dönmek üzere işlerinden çıkarılanlar sorunu, tedbir ile yasa arasındaki farkı ortaya koymak için çok iyi bir örnek sunar.

1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu’na 2301 ve 2766 sayılı Kanunlar ile sıkıyönetim komutanına sakıncalı bulunduğu kişilerin görevlerine son verme yetkisi verme yetkisi eklenmiş ve görevine bu şekilde son verilenlerin bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmayacakları hükme bağlanmıştır. Bu genel ve soyut kural nedeniyle binlerce kişi bir daha kamu hizmetine dönmek üzere görevinden uzaklaştırılmış ya da sürgün edilmiştir. Mahkeme yolu ise kapatılmıştır. Danıştay 07.12.1989 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile Sıkıyönetim Kanunu’nda verilen yetkinin sıkıyönetim süresini aşacak biçimde etki doğuramayacağını belirterek kanunda çerçevesi çizilen yetkinin “tedbir” niteliğini ortaya koymuştur.¹⁵

20 Temmuz rejiminin OHAL KHK’lerinde gördüğümüz durum ise bir yandan maddi anlamda yasa niteliği taşıyamayacak KHK hükümlerinin yasalastırılması bir yandan da yasa yapma prosedürüne uyularak çıkarılması gereken normların OHAL KHK’leri ile düzenlenmesidir. Danıştay’ın 1989 tarihli içtihadı birleştirme kararına sebep olan olayların seyri izlendiğinde, yasa ve idari işlem arasında ayırım yapmak hem şekil hem de esas bakımından mümkündür. Yasa, yasa yapma prosedürlerine uyularak yapılmış 1402 Sayılı Sıkıyönetim Yasası’dır. İdari işlemler ise sıkıyönetim komutanının kararlarıdır. Danıştay’ın kararının özü ise sıkıyönetim yasasının yalnızca sıkıyönetim dönemi ile sınırlı bir yetki verdiğidir.

¹⁴ Cem Eroğul, a.g.m., 42-43.

¹⁵ Danıştay, İBGK, E. 1988/6, K. 1989/4.

Dolayısıyla sıkıyönetim dönemi sona erdiğinde söz konusu yasaya dayanılarak alınan kararları geçerliliği de ortadan kalkar.

İşte OHAL KHK'lerinin yaptığı Danıştay'ın saptadığı bu hukuka aykırılığı çok genişletmekten başka bir şey değildir. 20 Temmuz rejimi bir yandan bireysel işlemleri, öte yandan ise o işlemleri değiştiren KHK'leri yasalaştırarak kalıcı hale getirmiştir. Danıştay, salt idari işlemin bile kalıcı olmasının Anayasa'ya aykırı olduğunu saptamışken, 20 Temmuz rejiminde hem idari işlemler hem de genel, soyut, kişilik dışı kurallar OHAL'le sınırlı olmayacak kalıcı kurallar haline dönüşmüştür. Eğer Danıştay'ın 1989 kararı Anayasa'nın gereğiye, yeni durumun Anayasal geçerliliğinin olamayacağı da açıktır.

OHAL KHK'lerinin yasalaşmasının mümkün olmadığı görüşünü açık biçimde kabul eden Ersan Şen de onay prosedürü ile yasa yapma prosedürünün farklı olduğuna dayanarak KHK'lerin hiçbir şekilde yasalaşamayacağını savunmuştur. Eğer KHK'de yer alan bir hüküm kalıcı kılınmak isteniyorsa bu konuda yasa yapma prosedürüne uyularak bir yasa çıkarılması gerekir. "KHK onayının kanun olarak değerlendirilmesinin nedeni, OHAL'den sonra da değişikliklerin kalıcı olmasını sağlama amacına dayanmaktadır. Anayasa ise; KHK'nın onayına "kanun" demez, sadece "onay" der ve m.121/3 ve 122/3'de de "onay" kelimesinden bahseder."¹⁶

20 Temmuz rejimi kararnamelerini yasa haline getiren tasarrufun hukuki statüsünü belirlemek bile mümkün değildir. Bu belirsizliğin kaynağı söz konusu 20 Temmuz rejimi atipik OHAL KHK'lerinin İçtüzüğü'nün 128. Maddesi uyarınca TBMM Genel Kurulu'na getirilerek yasalaştırılmasının hukuk düzenimiz içinde yeri olmamasıdır. Bilindiği gibi halihazırda 20 Temmuz rejimi altında çıkarılan OHAL KHK'leri Meclis tarafından onaylanarak yasaya dönüştürülmüştür. Hâl böyleyken, TBMM onayından sonra bu kararnameler AYM önüne geldiğinde; AYM, OHAL KHK'lerinin içeriğini inceleme fırsatı bulacağından, **öncelikle söz konusu düzenlemelerin bir yasa hükmü olamayacağını saptamalı sonra da bu dönemde TBMM'den yasa olarak geçen tüm KHK'leri iptal etmelidir.**

Yasa Olarak Onanan OHAL KHK'sine Yönelik Yaptırım Ne Olabilir?

Görüldüğü gibi OHAL KHK'lerinin yasalaşması Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Bu aykırılığın hukuki yaptırımının ne olduğunun da ayrıca tartışılması gerekir. OHAL KHK'lerinin olağan dönem KHK'lerinden farklı olarak yasa gücünde olma niteliğinin yasaları değiştirebilmesinden değil, onları belli bir süre için askıya alabilmesinden geldiğini belirtmiştik. OHAL ilanını gerektiren koşulların ortadan kaldırılması için alınacak tedbirlerin geçici niteliği açıktır. Olağanüstü Hal Kanunu'nun yalnızca OHAL ilanını takip eden ve OHAL süresince geçerli olan

¹⁶ Ersan Şen, "KHK'dan Kanun Olur mu" <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2256905-khkdan-kanun-olur-mu> son güncelleme: 15.02.2017

kurallar koyduğu düşünüldüğünde, Anayasa ve OHAL kanununa dayanarak çıkarılan OHAL KHK'lerinin "tedbir" niteliğini aşacak biçimde yasalaşması ve süreklileşmesi mümkün değildir. Tedbir niteliğindeki kararları alacak organ ve kararlaşma usulü ile yasayı önerecek, görüşecek, kabul edecek organlar ve yasalaşma usulleri birbirinden tamamen farklıdır. Dolayısıyla burada sorun nesnel, genel, soyut ve sürekli kuralların konması konusunda izlenecek usulün ihlali durumunda ne tür bir yaptırımın söz konusu olacağıdır.

20 Temmuz rejiminin atipik OHAL KHK'lerinin bu yazıda incelenen türünün özelliği genel, soyut ve sürekli kuralları içermesidir. Bunlar maddi bakımdan kanun niteliği taşımaktadır. Peki yetki kanunu olmadan, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı bu kararnamelerin TBMM tarafından "onayı" onları yasa haline getirir mi? Daha açık bir biçimde, 'maddi anlamda yasa niteliği taşıyan bir metin' TBMM Genel Kurulu'na bir insan hakları ve iki anayasa hukukçusundan oluşan bu makalenin yazarları tarafından sunulursa, Genel Kurul bu metni görüşüp yasalaştırabilir mi? Kararnamelerin yasalaşmasındaki usul sorunu bu kadar açıktır ve bunun hukuk düzenindeki anlamı yokluktur.

Maddi anlamda yasa niteliği taşıyan normların hangi organlar tarafından ve hangi usuller izlenerek konacağı Anayasa ve İÇTüzük'te gösterilmiştir. Özbudun'un da belirttiği gibi olağanüstü halin süresinin, konusunun ve bölgesinin sınırlarını aşan kuralların yasa ile düzenlemesi gerekir. Yasa ile düzenlemek demek yasama prosedürlerine uyulması demektir. Yasa tasarısı ya da teklifinin sunulması, komisyonlarda ve genel kurulda görüşülmesi bu prosedürlerin temel aşamalarıdır. Yasa tasarısı ve teklifinin kim tarafından verilebileceği, komisyon ve genel kurulda görüşme usulleri de Anayasa ve İÇTüzük'te belirtilmiştir. İÇTüzüğün 128. maddesine dayanarak komisyonlarda görüşülmeden doğrudan TBMM Genel Kurulu'na getirilen KHK'lerin yasa olarak kabul edilmesi yasaya geçerlilik kazandıran bütün prosedürlerin atlanması anlamına gelecektir ki bu hukuken mümkün değildir. Bu durumda esasen, yasama organının iradesi sakat olduğu için ortada bir yasa da mevcut değildir. Normal koşullarda, bu eksikliğin saptanması ve ilgili yasa değişikliklerinin "yok" hükmünde olduğu tespit edilmelidir. Ancak Anayasa hukukunda AYM'nin yokluğu tespit etmesi gibi bir usul olmadığı ve Resmi Gazete'de yasa ismiyle yayımlanan tüm metinlerin sonuçları hemen doğduğu için tek hukuki yol bu yasaların esasa girmeksizin AYM tarafından iptal edilmesidir.

Bu durumda OHAL KHK'lerinin yasalaşmasının ardından Anayasa Mahkemesi nasıl karar verecektir? Yukarıda belirtildiği gibi eğer bir OHAL KHK'si TBMM'de yasalaşmasından sonra da OHAL KHK'si olarak denetlenemiyorsa bu onun hiçbir zaman denetlenemeyeceği anlamına gelir ki bu olağanüstü hali anayasal bir kurum olmaktan çıkarır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu yasaları sıradan bir denetime tabii tutması mümkün değildir. Mahkeme'nin önüne gelen yasa maddelerinin anayasaya uygunluk denetiminden önce bu maddelerin içinde yer aldıkları OHAL KHK'lerinin OHAL KHK'si olarak anayasal denetiminin yapılması gerekir.

İkincisi KHK ve yasa arasındaki anayasal fark ortaya konmalıdır ki bu önümüzdeki sorun bakımından olağanüstü bir anayasal öneme sahiptir. Yukarıda ayrıntılı biçimde tartışıldığı gibi OHAL KHK'lerinin yasa haline gelmesi hiçbir bakımdan mümkün değildir. OHAL koşullarını ortadan kaldırmak için geçici tedbirler koymak için düşünülmüş ve anayasa koyucu tarafından bununla sınırlandırılmış bir yetki olan Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmış Bakanlar Kurulu'nun OHAL KHK'si çıkarma yetkisi, asli ve genel bir yetki olan yasama yetkisinin yerini alamaz. Yani İçtüzüğün 128. Maddesine dayanılarak OHAL KHK'lerini yasalaştırmak, geçici tedbirleri, yasa yapma prosedürlerine uymadan yasalaştırmak hukuk düzenimiz içinde olanaklı değildir. Bir yasa metni ancak Anayasa'da belirtilen usuller izlenerek kabul edilirse yasa niteliği kazanır.

Yasalaşmış olan tüm OHAL KHK'leri bakımından durum aynı olduğu için yani bir OHAL KHK'sinin yasa olması mümkün olmadığı esasen yok hükmünde olan tüm yasaların bu kural kapsamında iptal edilmesi gereklidir. Dahası hiç yürürlüğe girmemiş olması gereken bu düzenlemelere ilişkin verilecek iptal kararının da normal iptal kararlarından farklı olması gerekir. AYM'nin iptal ettiği hükümlerin kaldırdığı yasa hükümleri iptal kararı sonrasında yürürlüğe girmez. Oysa yok hükmünde olan bir yasa hükmünün iptali, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği kuralından da etkilenemez. Bir başka deyişle yasayı değiştirme gücü olmayan bir düzenlemeyle yasa değiştirilemeyeceğine göre KHK'lerin kaldırdığı tüm hükümlerin de hiç kaldırılmamış gibi yürürlüğe girmesi gerekecektir.

Mahkeme'nin burada sergileyeceği tavır Türkiye'de anayasal denetimin var olup olmadığını gösterecek turnusol kağıdı niteliğindedir. Çünkü bu aşamada Mahkeme'nin yasa olarak önüne getirilen metinlerin "bire yasa olarak yok hükmünde" olduğunu tespit etmekten başka tek seçeneği vardır. O seçenek de hukuk devletinin en büyük kazanımlarından olan anayasa mahkemesinin fiili olarak ilgasıdır.