

# “Anayasa Mahkemelerinin Olağanüstü Hâllerde Temel Hakların Korunmasındaki Rolü”

*Prof. Dr. Ayhan Döner*  
*Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Çok teşekkür ediyorum tabi Tekin hocam tarihi ve felsefi boyutlarıyla olağanüstü yönetimlerde, olağanüstü yönetimler döneminde yetki konularına girdi. Gerçekten çok istifade ettim hocamın konuşmasından. Ben de bu olağanüstü dönemlerde genişleyen yetkilerin denetimi mevzuuna gireceğim. Hepimizin bildiği üzere toplumlar savaş, silahlı kalkışma ayaklanma, tabii afet gibi olağanüstü şartlar ile karşı karşıya kalabilirler ve bir ulusun varlığı ciddi tehlikeye düşebilir. Tabii bu olağanüstü şartlarda olağan kurallarla aşılması mümkün olmadığı için Tekin hocamın da derin bir tarihsel süreç içerisinde ve felsefi süreç içerisinde anlattığı üzere hukuk devletlerine daha geniş yetkiler verilir Özellikle de yürütme organına geniş yetkiler verilir ki ve bu tehdit ve tehlikeyi bertaraf edebilsin, ancak anayasal devlette bu dönemlerde yetki genişlemesine rağmen yine de devlet sınırlı bir devlettir, yetkileri geniş ama sınırlı bir devlettir.

Tabi bu yetkilerin sınırı modern devlet yapısı anayasalarda belirlenir. Yine bu anayasalarda bu sınırlara uyulup uyulmadığının denetimi mekanizmaları da öngörülür. Nitekim bizim anayasamız da yine bu genel mantıktan hareketle olağanüstü şartlarla mücadele edebilmesi tehdit ve tehlikelerle mücadele edebilmesi açısından devlete ve devlet içerisinde yürütme organına geniş yetkiler tanımıştır. Özellikle de bu dönemde daha hızlı ve etkili karar alabilmesi açısından yürütme organına kanun hükmünde kararnameler çıkartma yetkisi tanınmıştır.

Benim konum da işte bu noktaya geliyor. Sayın Mehmet Hoca'mın da raportörlüğü yaptığı Anayasa Mahkemesi'nin kararında da vurgulandığı üzere bu yetkilerin sınırını kim nasıl nereye kadar denetleyecek meselesine geliyor. Anayasalara baktığımızda bu denetim konusunda siyasi ve yargısal

mekanizmalar öngörüldüğünü görüyoruz. 1982 Anayasası'na baktığımızda ise bu iki mekanizmadan siyasi mekanizmayı kabul ettiğini, yargısal mekanizmayı olağanüstü hal sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelelerinden ise benimsemediğini görüyoruz.

Siyasi mekanizmayı kabul ettiğini nereden çıkartıyoruz? Anayasanın 121 ve 122. maddelerine göre olağanüstü hal sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleleri Resmi Gazete'de yayınlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulur diyor. Dolayısıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması demek onun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından siyasi denetime tabi tutulması demektir. Ancak yargısal denetim konusunda 148. madde açık bir şekilde yargısal denetimi kapatıyor. 148. maddenin ilk fıkrasındaki hüküm şu şekilde: Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameleler şekil ve esas bakımından, yani sadece şekli özgülemiyor, esası özgülemiyor. İkisi birden anayasaya aykırılık iddiası ile anayasa mahkemesine dava açılmayacağı şeklinde açık bir düzenlemeye yer veriyor ve bu şekilde yargısal denetimi kapatmış oluyor. Bu açık hükme rağmen 1991 yılında ve 2003 yılında vermiş olduğu 3 karar ile Anayasa Mahkemesi yargısal denetim yasağını yorum yolu ile aşmıştı, hocam da en başta bunu söyledi. Doktrindeki birçok yazar tarafından da Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu olumlu karşılanmıştı.

Ancak 2016 yılında Anayasa Mahkememiz haklı ve yerinde olarak, birazdan gerekçelerini anlatacağım, bu içtihadından vazgeçti ve anayasa hükmünün açık olduğunu ve bunu denetleyemeyeceği yönünde kararını verdi.

Şimdi 1991 yılındaki Anayasa Mahkemesi'nin, daha sonra 2003'te de bunu tekrar eden Anayasa Mahkemesi'nin içtihadının temel dayanak noktası, Mehmet hocamın da konuşmasında belirttiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen metnin ismi ile bağlı olmayacağı, metnin nitelendirilmesinin kendisinin yapacağı görüşüdür. Nitekim bunu birçok konuda uygulamıştır ve 91 yılında olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelelerinden da uygulayarak metnin isminin kendisini bağlanmadığını, kendisinin nitelendirmeyi yapacağını tespit etmiş bu tespitten hareketle önüne gelen metni nitelendirilmiş ve nitelendirdikten sonra da denetlemeye başlamıştır. Şimdi aslında nitelendirme noktasında Anayasa Mahkemesi haklı. Her mahkeme gibi Anayasa Mahkemesi'nin de önüne gelen metnin ilk önce ne olduğuna karar vermesi gerekir.

Yani gerçekten de bu konuda takdir yetkisi vardır önüne gelen metin kanun mu kanun hükmünde kararname mi, tüzük mü, yönetmelik mi? Kanun hükmünde kararname ise bu denetime tabi olan olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi mi yoksa olağanüstü hal sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi mi olup olmadığını tespit etmeden kendi fonksiyonunu icra edemez. Dolayısıyla buraya kadar aslında bir sorun yok Anayasa Mahkemesi'nin metni nitelendirmesinde. Sorunumuz acaba Anayasa Mahkemesi bu nitelendirmeyi nasıl yapacak, yani evet Resmi Gazete'de ismi ile bağlı değil ama ismi ile bağlı olmadığı metnin ne olduğunu neye göre tespit edecek? Yine değerli hazirunun tamamının bildiği üzere bu nitelendirme konusunda iki kıstas uygulanmaktadır. Maddi kıstas ve şekli kıstas olmak üzere. Maddi kriterde bir normun nitelendirilmesi o normun içeriğine bakılarak yapılıyor: İçeriğine bakılıyor, neyi düzenliyor, neyi getiriyor. Buna göre de o normun ne olduğunun ismi ve niteliği tespit edilmiş oluyor. Bu açıdan yapan organa bakılmıyor. Dolayısıyla eğer bir metin genel objektif soyut bir işlem yapıyorsa bu yasama işlemi, subjektif bir işlem yapıyorsa yürütme işlemi ve bir iddia ve tespit işlemi yapıyorsa yargısal işlemdir. Özetle anlatıyorum tabi.

Şekli kriterde ise bir metnin içeriğine girilmiyor onun yapılaş şekli ve yapan organa bakılıyor ve şekil itibariyle hangi usul işletiliyor hangi organ tarafından yapılıyor ise ona göre de bir işlemin ne olduğunun ismi konuluyor. Buna göre de yasama, yürütme, yargı organından çıkan işlem ve idareden çıkan işlem de idari işlem şeklinde isimlendiriliyor.

Genel olarak Türk Kamu Hukuku doktrinine bakıldığında kural olarak Türk Kamu Hukuku düzeninde normların nitelendirilmesinin, daha doğru ifade ile, işlemlerin nitelendirilmesinin şekli esas alınması gerektiği yüksek oranda savunulmaktadır, istisnai olarak doktrinde görüşler bulunmakla birlikte genel kabul bu şekildedir. Yani yapan organa ve yapılaş usulüne göre. Neden? Çünkü uygulamadan örnekler veriliyor, yasama organı subjektif birel işlem yapabildiği gibi yargısal işlem yapıyor. Eğer biz bunu şekli olarak nitelendirmezsek, maddi olarak nitelendirecek olursak bunu yasama işlemi olarak saymamamız gerekir. Bu durumda farklı prosedürleri işletmemiz gerekir gibi örnekler veriliyor. Bunlar bilindiği için biraz hızlı geçiyorum. Şimdi bizim 91 yılında Anayasa Mahkememiz bu kriterlerden maddi kriteri kullanmıştır ve maddi kriteri kullanarak önüne gelen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin özüne girmiştir. Yani esasına girmiş ve kanun

hükmünde kararnamenin neyi düzenlediğini incelemiştir. Ve bu incelemeyi yaptıktan sonra da kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü halin süresini, yerini aştığını konu itibariyle olağanüstü halin gerekli kılmadığı konularda düzenleme yaptığını tespit ederek böyle bir düzenleme yapan normun maddi itibariyle yani özü itibariyle, esası itibariyle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olamayacağını, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olamayınca da Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olduğu görüşünü ortaya koymuştur.

Yaklaşık 25 yıl boyunca da bu içtihat doktrinde birçok yazar tarafından olumlu karşılanmıştır. Şimdi, bu esas denetiminden başka bir şey değildir aslında... Hepimizin bildiği üzere esas denetimi bir normun içeriğinin muhtevasının anayasaya uygun olup olmadığının incelenmesidir. Bir normun muhtevasının da anayasaya uygun olup olmadığının tespiti açısından, sebep, amaç ve konu unsuru açısından bir inceleme yapar yargıç... Olaya baktığımızda olağanüstü hal kararnamelerinin sebebi ve amacı değilse de konusu açık bir şekilde denetlenmiştir. Konusuna girilmiş ve konusunun olağanüstü halin gerektirdiği konularda düzenleme yapıp yapmadığını zaten açık ve uzun şekilde Anayasa Mahkemesi bunu kendi gerekçesinde açıklıyor ve gerekli konularda düzenleme yapmadığını tespit ederek normu iptal ediyor.

Anayasaya baktığımızda anayasa açık bir şekilde esas bakımından denetimi yasaklıyor. Bu şu anlama geliyor, yani ben normun nitelemesini yapıyorum diyerek esas denetimi yapıyorum. O zaman anayasanın denetim yasağı boşa çıkmış oluyor. Şimdi tabii ki olması gereken açısından temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması açısından bu görüş savunulabilir bir görüş. Olağanüstü hallerde, özellikle de olağanüstü hallerde, temel hak ve hürriyetlerin büyük bir risk altında olduğu, dolayısıyla bu dönemde genişletilmiş yetkiye sahip olan yürütme organının evleviyetle denetlenmesi gerektiği fikri savunulabilir bir fikirdir ki nitekim biz de bu görüşe katılıyoruz. Ancak ortada olan hukuk var. Olan hukuk açık bir şekilde anayasanın 148. maddesi şekil ve esas bakımından dava açılmaz şeklindedir. Bu olan hukuk karşısında olması gerekenle hareket etmemiz hukuk düzeni açısından ciddi sakıncaları da beraberinde getirmektedir. En başta yine üstün bir değer olan hukuk belirlilik ilkesi açısından sorun çıkartmaktadır. Çünkü bu defa da en azından kötü de olsa bir belirgin normla karşı karşıyayız ancak hâkimin zihnindeki normun ne olduğunu bilebilecek pozisyonda değiliz.

Eğer hâkime bu kapıyı açacak olursak nerede duracağını tespit edemeyeceğimiz için belki bu defa hâkimler üzerinden özgürlüklerimiz tehdit altında olacaktır. Bu nedenle de olan hukuk açısından hareket etmek her zaman, her zaman demeyelim, büyük oranda belirlilik açısından güvence sağlayacaktır. Yine aynı şekilde bir normu eleştirmek o normun yok olduğu anlamına gelmemektedir, evet bu norm vardır ve hukuk uygulayıcıları olması gerekenle değil olanla hareket etmek zorundadır. Maalesef 1991 ve 2003 yıllarında Anayasa Mahkememiz olan değil, olması gereken hukuku üzerinden hareket etmiştir. Bu açıdan sıkıntılıdır.

Şimdi o dönemdeki içtihada baktığımızda Anayasa Mahkemesi şunu söylüyor: “Bir kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi olabilmesi için olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, olağanüstü hal ilan edilen yerlerde ve olağanüstü hal süresince uygulanması gerekir ve bu şartlara uyulması halinde de kanunlarda da değişiklik yapılmaması gerekir. Neden? Çünkü yer ve zaman itibarı ile sınırlı olduğu için süreli olduğu için süresiz normlarda değişiklik yapılamaz temel mantığına dayanmaktadır. Şimdi Anayasa Mahkemesi’nin buraya kadar anlaşılacağı üzere kendi kanaatimce böyle bir denetim yetkisi yok. Bir an için var olduğunu varsayacak olsak dahi Anayasa Mahkemesi bu içtihadı ciddi eleştiriye açık bir içtihattır. Neden? Çünkü her bir kullandığı kıstas, kriter tamamen izafi yerindelik denetimine açık bir kıstas, kriterdir ki nitekim Anayasa Mahkemesi’ni yıpratmak bir izafilik ortaya çıkartmaktadır. Sırasıyla bunlara bakacağım temel hareket noktası Anayasa Mahkemesi’nin hareket noktalarının biri, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ile kanunlarda özellikle de olağanüstü hal kanununda değişiklik yapılamaz görüşünü savunuyor, temel noktası bu. Süre ve yer zaten zaten buna bağlı durumlar oluyor.

Anayasa Mahkemesi’ne göre olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri olağanüstü hal süresi ve olağanüstü hal bölgesinde uygulanmak üzere, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda düzenleme yapan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu KHK’lar ile yürürlüğe konulan kural olağanüstü halin gerekli kıldığı konuya ilişkin olsa bile başka bir zamanda veya başka bir yerde olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda yürürlüğe girebiliyor ise başka bir anlatımla kural konulmasına neden olan olağanüstü halin sone ermesine karşın geçerliliğini sürdürüyorsa olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi kuralı sayılamaz.

Çünkü olağanüstü hal ilan edilen yeri ve süreyi aşmıştır bununla kanunu değiştiremez, çünkü yer ve süre ile sınırlıdır. Özetlemeye çalışıyorum dolayısıyla biraz burada şey yapıyorum. Şimdi bu görüşe katılmamız tabi ki mümkün değildir. Çünkü olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ya kanun hükmündedir ya değildir. Kanun hükmünde ise bir kanunla yapılması gereken her şey onunla yapılabilir. Her şey derken anayasanın çizdiği sınırlar dairesinde yapılabilecek her şey yapılabilir. Nitekim bizim anayasamıza baktığımızda bu işlemlere kanun hükmünde ismini vererek bunların kanun gücünde ve kuvvetinde olduğunu açık bir şekilde tanımıştır.

Kanun gücünde ve kuvvetinde olduğunu tanıyınca da bir kanun ile yapılabilecek anayasanın çizdiği sınırlar içerisinde her türlü değişiklik ve düzenlemenin yapılabileceği kanaatindeyim. Sınırı nedir? Sınırı Anayasanın 15. maddesi ve anayasanın 121 ve 122. maddesinde öngörülen, gerekli kıldığı konulardır. Bu sınırlara uymak şartı ile kanun hükmünde kararname ile kanaatimce kanunlarda değişiklik yapılabilir. Nitekim yakın tarihte hepimizin bildiği üzere 15 Temmuz darbe girişimi ile karşılaştık. 15 Temmuz darbe girişimi ile gördüğümüz olay neydi, Fethullahçı Terör Örgütü diğer adıyla Paralel Devlet Yapılanması yaklaşık 40 yıl boyunca devletin içerisine özellikle de orduya, ordunun içerisinde de orduya insan yetiştiren kurumlara yerleşmiştir. Hepimizin bildiği üzere bu kurumların hepsi de kanunla düzenlenmektedir. Eğer biz olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ile bu kanunlarda değişiklik yapılamayacağını kabul edecek olursak ki biz bunu kabul etmediğimizi belirttik. Bu durumda tek tek bu kurumlara 40 yıl boyunca yerleştirilmiş insanları tespit etmemiz, tespit ettikten sonra da teker teker ihraç etmemiz gerekecektir ki tahmini bu yıllar alacaktır. Bu şu anlama gelecektir biz bunları bir anda tespit edip tasfiye edemeyeceksek her an yeni bir darbe ile karşı karşıya kalacağız demektir. O zaman biz olağanüstü hali niye ilan ettik? Olağanüstü halin gereğini yerine getirmeyecek olağanüstü hali ilan etmemizin bir anlamı yoktur. Bunun gereği nedir; orduya ve orduya insan yetiştiren bu kurumları kanunla düzenlenen bu kurumları bir anda yapacağımız bir kanun değişikliği ile yapısını değiştirmek ve gerekirse kapatmak ve bu şekilde de olağanüstü halin gerektirdiği yeni bir darbe ile karşılaşmamanın gereğini yapmak olacaktır.

Tabi süre konusunda, yer konusunda sınır meselesine de katılmıyoruz o dönemde girişilen. Tekin hocamın da belirttiği gibi bu muhtemelen yayınlanacaktır orada bu görüşlerimize yer verilebilir soru gelirse. Sonuç

itibariyle peki o zaman bu şu anlama mı geliyor; kanun hükmünde kararname çıkartan yürütme organı denetimsiz midir? Hayır denetimlidir. Denetimi de anayasa öngörmüştür. Bu bir anayasal tercihtir. Bu tercih eleştirilebilir, yanlış olduğu ortaya konulabilir ama mevcut düzen bunu öngörmektedir, o denetim de kime aittir? Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Yani siyasi denetim vermiştir. Doktrini hemen ittifakla kabul ettiğine göre birkaç istisna olmakla birlikte kanun meclisin onayına sunulur, meclis bunu hem hukuka uygunluk açısından, tabi anayasaya uygunluk açısından ve hem yerindelik açısından denetler ve meclis bunu değiştirerek veya aynen onaylar ve onaylaması ile birlikte de kanuna dönüşür. Kanuna dönüşünce de diğer tüm kanunlar gibi bu da Anayasa Mahkemesinin denetimine açılır ancak denetimine açılır derken şu noktayı da belirtmek istiyorum; denetime açılır derken olağan dönemdeki gibi bir denetimi açılmaz olağanüstü hal ve sıkıyönetim devam ettiği sürece bu kanunlar Anayasa'nın 15. maddesi ve Anayasa'nın 121 ve 122. maddesindeki şartlara uygunluk açısından denetlenir.

Anayasanın 15 maddesinin de ki kıstasları hepimiz biliyoruz onlara uyulmuş mu uyulmamış mı ve yine 121. maddedeki kıstasımız da olağanüstü halin gerekleri açısından denetler. Şimdi bu gerekler tabi çok izafi ve yerindelik denetimine açık bir konudur. Bir şeyin neyin gereği olduğu maslahata uygun olup olmadığının incelenmesidir ki bütün hukuk sistemlerinde yargıçlara bu yetki verilmemektedir. Açık bir takdir hatası olmadığı sürece... Dolayısıyla bu denetimin de sınırlı olduğu kanaatindeyim. Saygılar sunuyorum hocam, teşekkür ediyorum sabırla dinlediğiniz için...