

Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi*

The Issue of Judicial Review of Presidential Decrees in State of Emergency in the Context of the Rule of Law Principle

Seniha Begüm ŞENTOP**

ÖZ

Hukuk devleti ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının ve hukuk güvenliğinin sağlanmasının teminatıdır. Bu ilke gereğince devlet organlarının faaliyetlerinin yargı denetimine tabi olması esastır. Olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin yargısal denetimi ise Anayasa'nın 148. maddesi ile engellenmiştir. Bu kararnamelere yönelik yargısal denetim yasağı, 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinden önce olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri bağlamında çokça tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili iki farklı içtihadta bulunmuştur. 1991 yılında Anayasa Mahkemesi olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerini esastan inceleyebileceğini savunmuştur. 2016 yılına dek bu kararını benzer gerekçelerle tekrarlamıştır. 2016 yılında ise Mahkeme bu içtihadını değiştirmiş ve Anayasa'nın 148. maddesindeki yasak sebebiyle bu kararnameleri incelemeye yetkisinin olmadığını belirtmiştir. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin yerini olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri almıştır. Söz konusu kararnamelerin, savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin toplanamaması hali dışında, üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülerek karara bağlanacağı, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü de Anayasa'ya eklenmiştir. Bu hüküm, hukuk devleti ilkesi açısından olumlu ve önemli bir gelişmedir. Fakat bu kararnamelerin Meclis'te kanunlaşmadan önceki aşaması için denetim yasağının korunmuş olması, bu konudaki tartışmaların süreceğinin göstergesi sayılabilir. Bu çalışmayla eski ve yeni kararnameler, unsurları açısından karşılaştırılarak, Anayasa Mahkemesi içtihatları kapsamında yargısal denetim yasağı hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

* Makale gönderim tarihi: 09.12.2021. Makale kabul tarihi: 16.02.2022. Seniha Begüm Şentop, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 73-11; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.03>

** Araştırma Görevlisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6939-1765, seniha.sentop@medipol.edu.tr.

Anahtar kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, hukuk devleti ilkesi, kanun hükmünde kararname, olağanüstü hâl, yargı denetimi yasağı, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

The principle of the rule of law is the guarantee of the protection of fundamental rights and freedoms and the provision of legal security. Pursuant to this principle, it is essential that the activities of state organs be subject to judicial review. The judicial review of the decrees issued in the state of emergency is prevented by Article 148 of the Constitution. The prohibition of judicial review of these decrees, was widely discussed in the context of the decrees in the state of emergency before the constitutional amendment in 2017. The Constitutional Court has made two different jurisprudence on the subject. In its 1991 decision, the Constitutional Court argued that it could examine the decrees in the state of emergency on the merits. Until 2016, it repeated this decision on similar grounds. In 2016, the Court changed its jurisprudence and stated that it did not have the authority to examine these decrees due to the prohibition in Article 148 of the Constitution. With the constitutional amendment of 2017, the decrees in state of emergency have been replaced by presidential decrees in the state of emergency. It has been added to the Constitution that the said decrees will be debated and decided in the Grand National Assembly of Turkey within three months, unless the Grand National Assembly of Turkey cannot convene due to war and force majeure events, otherwise they will automatically be annulled. This provision is an affirmative and important development in terms of the rule of law. However, the fact that the prohibition of judicial review was preserved for the stage before the enactment of these decrees in the Parliament can be considered as an indication that the debates on this issue will continue. In this article, by comparing the elements of the old and new decrees, the prohibition of judicial review will be evaluated in the scope of the Constitutional Court's jurisprudence within the framework of the rule of law.

Keywords: Constitutional Court, Decree-law, Presidential decrees, prohibition of judicial review, rule of law, state of emergency

Giriş

Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesi, devletin hukuk kuralları ile bağlı olması ve bu kurallara uygun olarak idare edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kuralları ile bağlılığını ise

1 Zühtü Arslan, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 77.

yargı denetimi garantiler². Bu bakımdan gerek olağan gerekse olağanüstü dönemlerde hukuk devleti ilkesini hâkim kılmak açısından yargı denetimi önem arz etmektedir.

Devletin olağan hukuk düzeninin kuralları ile bertaraf edemeyeceği olağanüstü tehlikelerle karşılaştığında yöneldiği yönetim usulü olağanüstü hâl rejimidir. Olağanüstü hâl ilanı, sebebe bağlı bir işlemdir ve ilan sebepleri Anayasa'nın 119. maddesinde sayılmıştır³. Bu olağan dışı dönemleri atlatabilmek ve olağan düzene ivedi şekilde dönebilmek adına olağanüstü yönetim usullerine geçiş, demokratik devletlerin anayasalarında da düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu yönetim usulleri her türlü kısıtlama ve sınırlamalara cevaz vermesine rağmen hukuki rejimlerdir⁴. Olağan hukuk düzeni kuralları ile baş edilemeyecek olağanüstü durumlara özgü rejimler tahsis edilmesi hukuk devleti ilkesi ile de uyum içindedir⁵.

Olağanüstü yönetim usulüne geçişin başlıca sonucu yürütme organının daha etkin bir role bürünerek olağanüstü hâl kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini haiz olmasıdır⁶. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri (OHAL KHK), yeni sisteme uygun olarak, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine (OHAL CBK) dönüşmüştür. Olağanüstü hallerde çıkarılan kararnameler bakımından en tartışmalı nokta ise Anayasa'da yer alan yargısal denetim yasağıdır. OHAL CBK'lerinin henüz bir anayasal denetime konu olmamasına karşın yasağın korunmuş olması, olağanüstü hâllerde çıkarılan kararnamelere ilişkin tartışmaların devam edeceğinin göstergesi sayılabilir.

2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 119. maddesinde, olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin, savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) toplanamaması hali hariç, üç ay içerisinde TBMM'de görüşülerek karara bağlanacağı, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hüküm altına alınmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki

2 Friedrich A. Hayek (Terc. Sevda Gültekin Aktolga, Ali Rıza Çoban), "Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti", Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 126.

3 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 379.

4 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165); AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

5 Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 947.

6 Mithat Konuk, "Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 2179.

bu kararnameler Meclis'te kanunlaştığında diğer kanunlar gibi yargı denetimine tabi olur⁷. Ancak bu denetim, OHAL kararnamelerinin kanunlaşmasından sonraki aşama için geçerlidir. Öyle ki Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca eski OHAL KHK ve yeni OHAL CBK'lerine yargısal denetim yolu kapalıdır.

Yürütmenin yetkilerini çokça genişleten, temel hak ve özgürlükler de dahil birçok konuda düzenleme yapmayı mümkün kılan OHAL kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) denetimine tabi olmaması uzun süreli bir tartışmanın konusudur. Bu noktada 1982 Anayasası döneminde AYM'nin iki farklı içtihadı bulunduğunu belirtmek gerekir. AYM, 1991 yılında geliştirdiği ve istikrarlı olarak 2016 yılına dek tatbik ettiği içtihadı ile OHAL KHK'lerine sınırlı denetim yolunu açmıştır. Bu bağlamda AYM, önüne gelen düzenlemenin gerçek bir OHAL KHK'si olup olmadığının tespitinin gerektiğini savunmuş ve OHAL KHK unsurlarını taşımayan düzenlemeleri olağan dönem KHK'si sayarak incelemeye tabi tutmuştur⁸. 2016 yılında ise AYM, içtihat değişikliğine gitmiş ve 148. maddenin lafzi yorumundan yola çıkarak OHAL KHK'lerinin yargısal denetime tabi tutulmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir⁹.

Bu çalışma, bütün bu gelişmelere hukuk devleti ilkesi açısından bakmayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda hukuk devletinin temel unsurlarından yargı denetiminin yürütmenin etkinleştiği olağanüstü hallerde çok daha büyük önem arz ettiği kabul edilmelidir. Nitekim olağanüstü hâl önlemlerinden biri olan OHAL CBK'leri ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, hatta askıya alınması mümkündür¹⁰. Hâl böyleyken bu önlemlerin yargısal denetim dışında bırakılarak sadece siyasal denetime tabi tutulması, hukuk devleti ilkesi bağlamında önemli bir tartışma konusudur. Bu kapsamda çalışmada ilk olarak hukuk devleti ilkesi anlamlandırılarak olağanüstü hâl rejimlerinin hukukiliğine değinilecektir. İkinci olarak ise OHAL CBK'lerinin unsurları belirlenecek ve bu bağlamda OHAL KHK'leri ile ayrılan yönler tespit edilecektir. AYM'nin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi konusundaki iki farklı içtihadı ele alınacak ve nihayetinde yargısal denetim yasağı, hukuk devleti ilkesi bağlamında tartışılacaktır.

7 Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 429.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).; Kararnameler bakımından TBMM'de gerçekleştirilen onayın kanunla değil kararla olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. 122 numaralı dipnot.

8 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165); AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, 26.05.1992, (RG., 18.12.1993, S. 21792); AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, 22.05.2003, (RG., 16.03.2004, S. 25404).

9 AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

10 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 342.

I. Hukuk Devleti İlkesi ve Olağanüstü Hal Rejimleri

A. Hukuk Devleti İlkesinin Anlamı

İktidarın sınırlandırılması, Antik çağlardan beri üzerine düşünülmüş ve tartışılmış bir meseledir¹¹. Bununla birlikte hukuk devleti, kavram olarak nispeten yenidir ve ilk olarak 19. yüzyıl başlarında Alman hukukçular tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir¹². Nitekim hukuk devleti (Rechtsstaat), Almanca hukuk (Recht) ve devlet (Staat) kelimelerinin birleşiminden oluşmuş ve Kıta Avrupası'nda bu minvalde tercüme edilmiştir. Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde *rule of law* (hukukun üstünlüğü), Fransızca'da *état de droit*, ABD'de ise *due process of law* (hukuki usullere bağlılık) şeklinde yer almaktadır¹³.

Demokrasi, insan hakları gibi kavramlar üzerinde evrensel olarak nitelendirilebilecek ortak bir tanımlamaya varılamamışken, hukuk devleti kavramı birbirinden farklı ideolojilerde kabul görmüştür. Bununla birlikte, hukuk devleti ilkesinin anlamı konusunda fikir birliği sağlanamamıştır¹⁴. Nitekim Nazi Almanyası da bir hukuk devleti olduğunu iddia etmiştir¹⁵. Hukuk devleti (Rechtsstaat) ve hukukun üstünlüğünün (rule of law) gerek tarihsel gerekse felsefi anlamda birbirinden farklı olduğu da savunulmakla birlikte¹⁶, iki kavramın ortak olarak iktidarın sınırlandırılması anlamına geldiği¹⁷ ve aynı ifadeyi karşıladığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi de farklı dillerde farklı terminolojiler kullanılmasına karşın hukuk devleti ilkesinin (rule of law) kapsamı konusunda birleşilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁹. Uluslararası hukukta hukuk devleti ilkesinin evrensel bir tanımı bulunmamakla beraber ilke bağlamında ortak unsurlar sıralanmaya çalışılmıştır. Bu unsurlar Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) raporunda²⁰ *yasallık (legality)*, *hukuki*

11 Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 307.

12 Mithat Sancar, "*Devlet Aklı*" *Kıskacında Hukuk Devleti*, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 33.

13 Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2018, s. 113-114.; Eren, s. 361.; Sancar, s. 32-33.

14 Uygun, s. 306.

15 Sancar, s. 31.

16 Mustafa Yaylalı, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 23, Sayı: 91-92, Yaz-Güz 2018, s. 96.

17 Arslan, s. 77.

18 Döner, s. 126.; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 113.

19 Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1594 (2007), "The Principle of the Rule of Law", <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17613&lang=en> (17.01.2022).

20 Venice Commission, CDL-AD(2011)003rev, Report on the Rule of Law, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e) (17.01.2022).

belirlilik (legal certainty), keyfilik yasağı (prohibition of arbitrariness), idari işlemlerin yargısal denetimi de dahil bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adalete erişim (access to justice before independent and impartial courts), insan haklarına saygı (respect for human rights), ayrımcılık yapmama ve kanun önünde eşitlik (non discrimination and equality before the law) olarak sayılmıştır²¹.

Unsurları verilen hukuk devleti ilkesi, en kısa şekilde, devletin tüm faaliyetlerinde hukuk kuralları ile bağlanmasını ve bireylerin hukuk güvenliğinin sağlanmasını ifade etmektedir²². Raz, hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir sistemi bireyler için insan onuruna yaraşır koşulların oluşturulup sürdürülmesi olarak görür²³. Bu bakımdan hukuk devleti ilkesi hem özgürlüğün hem güvenliğin üzerinde yer alır ve ikisini de kapsar. Zira hukuk güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuk devleti ilkesi, özgürlüklerin varlığı için gerekli olan hukuk düzenini de güvence altına alır²⁴. Söz gelimi bir üst başlık olarak hukuk devleti; adaletin korunması ve sağlanmasını, hukuk düzeninin oluşturulmasını, devletin organları arasındaki ilişkiyi ve hukuk güvenliği ile hukuka güvenin teşkil etmesini içermektedir²⁵.

Bu bağlamda Hayek, hukuk devletini kanunların hakimiyeti değil, hukukun nasıl olması gerektiğine ilişkin bir kural, hukuk ötesi bir öğreti veya politik bir ideal olarak ele almıştır²⁶. Nitekim Hayek, hukuk devletinde (rule of law) kastedilen hukukun keskin bir kavrayış gerektirdiğini belirterek, yasama organının yasama faaliyeti olan kanunların bu anlamda bizzat hukuk olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir²⁷. Bu idealde, tam anlamıyla gerçekleşmesi mümkün olmasa da, zorlayıcı güce sahip yürütme organına bırakılan takdir yetkisinin olabildiğince azaltılması temel noktadır²⁸. Bu bakımdan hukuk devleti ilkesi, yöneticilerin keyfi davranışlarının önlenmesi amacıyla, iktidarın tüm faaliyetlerinin denetime tabi olmasını esas almaktadır²⁹.

Hukuk devleti idealini oluşturan temel ilkeler, özel kişilerden ziyade devle-

21 Eren, s. 362-363.

22 Özbudun, s. 126.

23 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, New York, 1979, s. 210.

24 Nihat Bulut, "Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan*, Der Yayınları, 2012, s. 307.

25 Philip Künig, "Der Rechtsstaat", *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerichts*, Peter Badura & Horst Dreier, Mohr Siebeck, 2001, s. 424.

26 Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960, s. 206, (The Constitution of Liberty).

27 Hayek, *The Constitution of Liberty*, s. 207.

28 F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge Classics, 2006, s. 76.

29 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 23. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, s. 162.

tin erklerine hitap etmektedir. Bu bakımdan ikincil kurallar olarak adlandırılan bu ilkeler düzene ilişkindir ve devlet erklerince oluşturulacak birincil kuralların ne şekilde oluşturulup değiştirileceğini ve ihlali durumundaki işleyişi düzenler. Hukuk devletinin zorunlu unsurlarından hukuki belirlilik ve hukuki güvenliğin sağlanması için devlet erklerinin keyfilikliğini engelleyen bu kurallar olmazsa olmazdır³⁰. Bu anlamda barındırdığı alt başlıklar ile hukuk devleti, keyfi yönetimlere karşı en güçlü “panzehir” olarak görülmüştür³¹.

Hukuk devleti ilkesi geniş tanımıyla insanların hukuka uyması ve hukuk ile yönetilmesi, hukuk teorisinde daha çok dar anlamıyla iktidarın hukuk ile bağlı olması ve yönetilmesi olarak ele alınmaktadır³². Bu doğrultuda hukuk devleti ilkesi, aynı hukuk kurallarının hem devleti hem bireyleri bağlaması ve devletin tüm faaliyetlerinin yargısal denetiminin sağlanması şeklinde iki temel şartı öngörmektedir³³. Bu iki koşul birbiri ile sıkı ilişki içindedir, nitekim iktidarın hukuk kurallarına bağlı kalmasının ancak yargı denetimi ile sağlanabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte esas olarak yürütmenin işlemlerinin yargı denetimine bağlanması hukuk güvenliğinin sağlanması açısından önemli ve yeterli addedilmiştir. Nitekim tarihsel süreçte de hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin genellikle yürütme organından kaynaklandığı görülmüştür³⁴. Kişilerin günlük yaşamda genellikle muhatap olduğu ve ilişkide bulunduğu devlet organının yürütme ve onun uzantısı olan idare olması dolayısıyla ihlaller gerçekten de daha çok bu organdan kaynaklanmaktadır³⁵. İktidarlar sınırlandırılmadıkları durumda keyfilik yöneldiğinden bireylerin dokunulmaz alanları ancak hukuk kurallarına bağlılığı denetleyecek bağımsız ve tarafsız yargı ile teminat altına alınabilir³⁶.

Hukuk devleti ilkesi ile demokrasinin birlikteliği ise zorunlu görülmemektedir³⁷. Söz gelimi demokratik olmayan bir hukuk sistemi, ilke olarak, hukuk devletinin (rule of law) gereklerine, “daha aydınlanmış” Batı demokrasinden daha iyi uyum sağlayabilir³⁸. Bununla birlikte demokrasi ve taşıdığı ilkeler, hu-

30 Sururi Aktaş, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 2020/1, s. 7-8.

31 Arslan, s. 85.

32 Raz, s. 212.

33 Ahmet Ulvi Türkbağ, “Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti”, *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 204.

34 Özbudun, s. 126-127; Atar, s. 113.

35 Döner, s. 131.

36 Türkbağ, s. 209.

37 Aktaş, s. 20.

38 Raz, s. 211.

kuk devleti idealinin sürekliliğinin önemli bir güvencesidir³⁹. Hukuk devleti ilkesi, bireylerin özgürlük alanlarını tespit ve tüm devlet faaliyetlerinin düzenli ve ölçülebilir oluşunu talep eden liberalizmin sürdürülebilirliğinin de ön koşuludur⁴⁰. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi, demokratik düzenin ve liberal devlet anlayışının vazgeçilmez bir unsurudur. Bu çerçevede günümüz demokrasileri devlet iktidarını anayasa ile sınırlayarak kişilerin özgürlük alanlarını genişletme çabasıdadır⁴¹. Bu bağlamda demokratik ve liberal devletlerde hak ve özgürlüklerin kanun koyucuya karşı korunması da anayasa mahkemeleri ile sağlanmaktadır⁴².

Demokratik bir hukuk devleti olarak tanımlanan Türkiye Cumhuriyeti'nde yürütmenin uzantısı olan idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilmiştir. Yürütme organı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi de Anayasa'nın 148. maddesinde belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanmaktadır. Ancak yine Anayasa tarafından olağan dönem ile olağanüstü dönem arasında bir ayırım yapılmış ve olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olmadığı belirtilmiştir. Bu çerçevede OHAL CBK'leri açısından öngörülen tek denetim, TBMM tarafından gerçekleştirilecek siyasi denetimdir. Bununla birlikte olağanüstü hallerde kendisine istisnai yetkiler tanınan yürütme organının siyasi denetimin yanında yargısal denetime de tabi tutulmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu ifade edilmektedir⁴³. Zira devletin hukuk ile bağlılığının pratiğe geçirilerek işletilmesi ancak etkin bir yargı denetimi ile sağlanabilir⁴⁴.

B. Olağanüstü Hâl Rejimlerinin Hukukiliği

Olağan dönem kuralları ile baş edilemeyecek bir olağanüstü tehlike veya tehdit karşısında devletin başvurduğu usuller, olağanüstü hâl yönetimleridir⁴⁵. Olağanüstü dönemlerde devlet, ortaya çıkan olağan dışı durumu olağan uygulama ve tedbirlerle çözememekte, bu nedenle anayasa ve kanunlarında öngö-

39 Aktaş, s. 20-21.

40 Werner Thieme, "Liberalismus und Grundgesetz", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 113, H. 2, 1957, s. 287.

41 Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 17. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 185.

42 Teziç, s. 217.

43 Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 272, (Karşılaştırmalı Hukuk).

44 Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 290.

45 Özbudun, s. 333.

rülmüş unsur ve usuller çerçevesinde söz konusu durumu bertaraf etmek için istisnai tedbirleri devreye sokmaktadır⁴⁶. Bu yönetim usulleri ülkelere göre çeşitlenebilmekle birlikte bu usullerin ortak noktaları yürütme organının etkin role bürünmesi ve devletin temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisinin genişlemesidir⁴⁷. En kısa sürede olağan şartlara dönebilmek adına hukuk devletleri, olağanüstü dönemlere uygun yönetim usullerine ait hukuk kurallarını önceden belirlemek zorundadır. Bu dönemlere özgü kuralların da anayasalar ile öngörülmüş olması hukuk devletinin bir gereğidir⁴⁸. Bu nedenle karşılaşılan olağanüstü durumun aşılmasında olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulabilmesi birçok liberal anayasada düzenlenmiştir. Devlet karşı karşıya olduğu tehlikeyi bertaraf etmek üzere bu hukuki çareyi kullanmaktadır⁴⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 119. maddesinde olağanüstü hâl yönetimi başlığı ile olağanüstü hâl rejimi belirtilmiştir. Buna göre “*Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı 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 ciddî 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.*”. AYM de olağanüstü hâl yönetim usullerini “*devletin ve toplumun varlığını ve güvenliğini büyük ölçüde sarsan ve olağan yönetimlerin gidermede yetersiz kaldığı durumlarla karşılaşıldığında yürütmenin yetkilerini arttırarak ivedi tedbir ve kararlar almayı mümkün kılan yönetim biçimleri*”⁵⁰ olarak tanımlamıştır.

Olağanüstü dönemlerde devletin temel hak ve özgürlüklere geniş müdahalesi mümkün olmakla birlikte bu tip müdahalelerin sınırları yine anayasalar ile çizilmiştir. Bu bakımdan olağanüstü hâl yönetim usulleri, demokratik devlet-

46 Mehmet Boztepe, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 2018, s. 380.

47 Özbudun, s. 333.

48 Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996, s. 160.

49 A.Ersin Bayra, *Güvenlik Devleti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 163.

50 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165); AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

lerde uygulanan hukuki rejimlerdir⁵¹. Bu minvalde hukuk devletinde özgürlüklerin zeminini oluşturan güvenliği sağlamak adına gerçekleştirilen müdahalelerin, demokratik toplumlarda yer alan temel standartlarla uyum içinde olması esastır⁵². Yürütme organının olağanüstü hâl ilan yetkisinin yasama organının onayına bağlı olması ve olağanüstü hâlin istisnai ve orantılı olma zorunluluğu, hukuk devleti ilkesinin olağanüstü hâl rejimine yansımalarıdır⁵³. Bu bağlamda olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının şartları Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 15. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerden birinin varlığı; milletlerarası huktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi; ölçülülük ilkesine uyulması ve "çekirdek haklara"⁵⁴ dokunulmaması zorunludur⁵⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde (MSHS) düzenlenen ve Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında da yer verilen bu haklar olağanüstü dönemlerde de hak ve özgürlüklere yönelik sınırların sınırır⁵⁶.

Olağanüstü hâl yönetim usulleri, istisnai yönetimler olmalarının yanı sıra "hukuktan istisna" değildir. Olağanüstü hâl rejimi, demokratik bir hukuk rejimidir⁵⁷. Bu bağlamda olağanüstü hâl rejimlerinde geniş yetkilerle donatılan yürütmenin bu yetkilerini kullanımının özellikle yargı organınca denetlenebilir oluşu, demokratik olan ve olmayan devletler arasındaki ayrımı ortaya koymaktadır. Bu noktada olağanüstü hâl rejimlerinin hukukiliğinin temel şartlarından olan yasallık ilkesi çerçevesinde olağanüstü hâl yönetim usulleri anayasa ya da

51 Merih Öden, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 3, 2009, s. 663.; Yüzbaşıoğlu, s. 161.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

52 Bulut, s. 317.

53 Akad, Vural Dinçkol, Bulut, s. 327.

54 Çekirdek hakların Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında sayılı haklardan ibaret olmadığı ifade edilerek Anayasa, AİHS ve MSHS'nin birlikte değerlendirilmesi ile çekirdek haklar "yaşama hakkı, (AY m. 17., AİHS m. 2., MSHS m. 6); işkence ve kötü muamele yasağı (AY m. 17/2, AİHS m.3., MSHS m.7); kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AY m. 18., AİHS m.3., MSHS m.8/1-2); kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, masumiyet karinesi, suç ve cezaların geçmişe yürümemesi ilkesi (AY m.38., AİHS m.7, MSHS m. 15); borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (AY m.38/7, AİHS 4. Protokol m.1, MSHS m.11); kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz (AY m. 15/2, MSHS m. 18); kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı (AY m. 12/1, MSHS m. 16)" olarak sayılmıştır. Bkz. Eren, s. 612.

55 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s. 398, (Türk Anayasa Hukuku); Atar, s. 380-381.

56 Bulut, s. 313-314.

57 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1994, s. 228.

kanunlar ile belirlenmiş ve sınırları netleştirilmiş olmalıdır. Nitekim bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin yürütmenin genişleyen yetkileri ile daha fazla sınırlandırılabilmesi mümkündür⁵⁸. Bu bakımdan da yürütme organının denetiminin sağlanması, hukuk devleti ilkesi açısından önem arz etmektedir⁵⁹. Olağanüstü dönemlerde devletin organları arasındaki dengenin olabildiğince korunması açısından yargısal mekanizmaların etkin olması gereklidir⁶⁰.

Devletin eylem ve işlemlerinin yargı tarafından denetlenebilir oluşu, hukuk devletinin temel unsurlarından olmasının yanı sıra ilkenin diğer unsurlarının da teminatı olarak görülmektedir⁶¹. AYM de hukuk devleti tanımında, devletin bütün davranış ve eylemlerinin hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetime tabi olması esasını vurgulamaktadır. Nitekim AYM de yargı denetiminin hukuk devleti ilkesinin diğer bileşenlerinin güvencesi olduğuna işaret etmiştir⁶². Bu bağlamda hak ve özgürlükleri sınırlamaya yönelik güvenlik de dahil her türlü sebebe dayanan düzenlemelerin denetimi hukuk devletinde bağımsız yargı ile sağlanmaktadır⁶³.

Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas yönünden Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı düzenlenmiştir. 2017 yılındaki değişiklik öncesinde yine 148. maddede olağanüstü hâlde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için öngörölmüş düzenlemenin söz konusu değişiklik ile korunduğu görölmektedir. Buna göre eski OHAL KHK ve yeni OHAL CBK'lerinin yargısal denetime tabi olmadığı bizzat Anayasa ile hükme bağlanmıştır.

Olağanüstü hallerde yürütme organının etkinliğini artırması zorunludur⁶⁴. Bu bakımdan yürütmenin genişleyen yetkilerinin denetlenmesi önemli bir me-

58 Atar, s. 379.

59 Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 35.

60 Canel Rüzgâr, *1982 Anayasası'nda Hukuk Devleti İlkesi ve Geçici 15. Madde*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1999, s. 60.

61 Nuri Alan, "(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 1, 2003, s. 3.

62 "Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da açıklandığı üzere, hukuk devleti demek, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Aslında yargı denetimi, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturan temel öğedir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasaya uymayan bir yönetimi, bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç, yargı denetimi gücü ve yetkisidir." AYM, E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977, (RG., 21.4.1977, S. 15916).

63 Bulut, s. 318.

64 Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s. 71, (Kararnameler).

seledir. Olağanüstü hallerin “olağanüstü” şartları nedeniyle olağan dönemden farklı işlese de yürütme organının hem siyasal hem yargısal denetim altında olması bir gerekliliktir⁶⁵. Hukuk devletinde olağanüstü hâl rejimi ancak bu şekilde keyfilikten uzak tutulabilir⁶⁶. Olağanüstü hallerde çıkarılan kararnameler ile alınacak önlemler bağlamında Anayasa’nın 15. maddesindeki ilkelerin sağladığı güvence de yargı denetimi ile anlamlıdır⁶⁷.

Buna karşın 1982 Anayasası’nın devlet otoritesini güçlendirmeye yönelik bir anlayış ile oluşturulduğu ve bu minvalde denetim yasağının da hukuk devleti ilkesini en çok ihtiyaç duyulduğu olağanüstü hallerde zayıflatan bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan olağanüstü hallerde yürütme organınca çıkarılan OHAL KHK/OHAL CBK’lerine bu yasak ile yargı bağımsızlığı sağlandığı ileri sürülmektedir⁶⁸. Bu yasağın, olağanüstü hallerin hak ve özgürlükleri sınırlandırmasına karşın hukuki bir rejim olması gerekliliğine ters düştüğü savunulmaktadır⁶⁹. Nitekim olağanüstü hallerde alınacak tedbirler Anayasa’da belirtilen sınırlar içerisinde kalmalıdır. Bu bakımdan denetim yasağının hem hukuk devleti hem de Anayasa’nın kendisi ile çeliştiği belirtilmektedir⁷⁰.

II. Ohal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi

A. Parlamenter Sistemin Tecrübesi: OHAL KHK’leri

1982 Anayasası’nın 2017 yılında gerçekleştirilen değişiklik öncesi metninde olağanüstü yönetim usulleri başlığı ile 119 ila 121. maddelerde “olağanüstü haller”, 122. maddede ise “sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali” düzenlenmişti. Olağanüstü yönetim usulünün devreye girmesinin başlıca sonuçlarından biri, yürütmenin olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilme yetkisine sahip olmasıdır⁷¹. Bununla birlikte olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin yetki, konu, sebep, süre ve yer gibi birtakım unsurları barındırması gerektiği kabul edilmektedir.

2017 yılı Anayasa değişikliği ile getirilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi içerisinde OHAL KHK’lerinin yerini OHAL CBK’leri almıştır⁷². Bununla birlikte

65 Kuzu, Kararnameler, s. 68.

66 Kapani, s. 243; Özbudun, s. 345.

67 Teziç, s. 43-44.

68 Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 109-110.

69 Özbudun, s. 342.

70 Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, Kazancı Kitap, İstanbul 1993, s. 388, (Olağanüstü Hal).

71 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1088.

72 Bu kararnamelere ilişkin bir isimlendirme Anayasa metninde bulunmamaktadır. Öğretide “olağanüstü hâl kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” (Gözler, Türk Anayasa

OHAL KHK'lerinin unsurları büyük ölçüde korunmuş, OHAL CBK'leri için yeni sisteme uygun olarak düzenlenmiştir⁷³.

1982 Anayasası'nın mülga 121 ve 122. maddelerine göre olağanüstü hallerde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na aitti. Bu noktada Bakanlar Kurulu'nun OHAL KHK'si çıkarma yetkisinin olağan dönemlerden farklılık arz ettiğini belirtmek gerekir. Kurul, OHAL KHK çıkarma yetkisini doğrudan Anayasa'dan almakta ve bu nedenle olağan dönem KHK'lerinden farklı olarak yetki kanununa ihtiyaç duymamaktaydı⁷⁴. Cumhurbaşkanı'nın imzası da olağan dönem KHK'lerinde şekli bir unsurken OHAL KHK'lerinde yetkiye dair asli bir unsurdu⁷⁵. Konuya ilişkin düzenlemelerden de açıkça anlaşıldığı üzere OHAL ve sıkıyönetim KHK'si çıkarma yetkisi yürütme organına bizzat Anayasa tarafından verilmişti⁷⁶. Bu bağlamda OHAL KHK'si çıkarma yetkisinin kullanılmasının yürütmenin asli düzenleme yetkisinin bir yansıması olduğu kabul edilmekteydi⁷⁷. AYM de “*olağanüstü hallerde ve sıkıyönetimde KHK çıkarabilmek için bir yetki yasasına gerek bulunmadığını, Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinin bu durumlarda çıkarılacak KHK'lerin anayasal dayanağını oluşturduğunu*” belirtmiştir⁷⁸.

2017 yılında gerçekleştirilen değişiklik öncesi 1982 Anayasası'nın 121. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmış Bakanlar Kurulu'nun OHAL KHK'si çıkarabilmesi için 119 ya da 120. maddelerde sayılan olağanüstü hâl sebeplerine dayalı bir olağanüstü hâl ilan kararı var olmalıdır. Buna göre 119. maddede sayılan tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri ile 120. maddede yer alan “*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması*” halleri, olağanüstü hâl ilanın sebeplerini oluşturmaktaydı.

Hukuku, s. 1024) ya da “olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” (Atar, s. 381; Eren, s. 938) şeklinde isimlendirmeler mevcuttur.

73 Eren, s. 940.

74 Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 47, Sayı: 4, 1990, s. 580, (Olağanüstü Hal Rejimleri).; Ender Türk, *1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, s. 76.

75 Osman Can, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukukî Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2020, s. 140.

76 Kuzu, Kararnameler, s. 31.

77 Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 183-184, (Kanun Hükmünde Kararnameler).

78 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

Benzer şekilde sıkıyönetim KHK'si çıkarmak için 1982 Anayasası'nın 122. maddesi uyarınca olağanüstü hâl ilanını gerektiren sebeplerden daha vahim şiddet olaylarının yaygınlaşması, savaş ve seferberlik hallerine dayalı bir sıkıyönetim ilan kararı bulunmalıydı. Bu bağlamda OHAL ve sıkıyönetim KHK'leri sebebe bağlı işlemlerdir⁷⁹ ve usulüne uygun olağanüstü hâl ve sıkıyönetim ilan kararı, bu dönemlerde çıkarılacak KHK'lerin sebep unsurunu oluşturmaktaydı⁸⁰. Bu noktada olağanüstü halin ya da sıkıyönetimin KHK çıkarılmadan önce ilan edilmiş olması zorunluydu⁸¹.

Olağanüstü hâl yönetim usullerinde çıkarılan KHK'ler ile düzenlenebilecek konulara ilişkin 1982 Anayasası'nın 2017'deki Anayasa değişikliğinden önceki metninin 119 ila 122. maddelerinde herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı⁸². 1982 Anayasası'nın 91. maddesindeki olağan dönem KHK'leri ile düzenlenebilecek konularla ilgili sınırlama da olağanüstü dönem KHK'leri için geçerli olmadığından, OHAL KHK'leri ile tüm temel hak ve özgürlüklerin düzenlenebileceği kabul edilmiştir⁸³. AYM de OHAL KHK'leri için konu sınırlandırması bulunmadığını ve temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin de bu KHK'ler ile düzenlenebileceğini ifade etmiştir⁸⁴.

Bu noktada OHAL KHK'lerinin kural olarak herhangi bir konu sınırlamasına tabi olmadığı söylenebilir⁸⁵ de Anayasa'nın 15, mülga 121 ve mülga 122. maddelerinde belirtilen sınırlamalara uygun olması gerekmektedir⁸⁶. 15. maddede olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliği kabul edilirken, bu sınırlamalarda milletlerarası yükümlülükler ve ölçülülük ilkesine riayet edilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu dönemlerde dahi sınırlandırılmayacak çekirdek hak ve özgürlükler sayılmıştır.

Bunun yanı sıra OHAL KHK'lerinin sadece bu dönemin gerektirdiği konularda çıkarılması gerekliydi. Zira Anayasa'nın mülga 121. maddesinin 3. fıkrasına göre "olağanüstü halin gerekli kıldığı" ve mülga 122. maddesinin 2. fıkrası

79 Gözler, Kanun Hükümünde Kararnameler, s. 184.

80 Türk, s. 77.

81 Gözler, Kanun Hükümünde Kararnameler, s. 185.

82 Seçkin Yavuzdugan, *1982 Anayasası'nda Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnameleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2003, s. 38.; Gözler, Kanun Hükümünde Kararnameler, s. 187.

83 Osman Can, Duygu Şimşek Aktaş, "Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1, 2017, s. 19.

84 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

85 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 22.

86 Türk, s. 78.; Yavuzdugan, s. 49.; Gözler, Kanun Hükümünde Kararnameler, s. 188.

sına göre “sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı” konularda KHK çıkarılabilir⁸⁷. Bu maddeler OHAL KHK’lerinin konu sınırını oluşturduğundan, bu düzenlemelere uygun düşmeyecek şekilde ve olağanüstü dönemin gerekli kıldığı konular dışında OHAL KHK’si ile düzenleme yapılması Anayasa’ya aykırı olacaktır⁸⁸. Bu bağlamda OHAL KHK’lerinin, mülga 121 ve mülga 122. maddelerde gösterilen sebeplerin yarattığı tehlikeleri bertaraf etme amacıyla olduğu ve olağan döneme geçmek için getirilen tedbirlerin de konusunu oluşturduğu savunulmaktaydı⁸⁹.

B. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Olağanüstü hallerde, devlet ve toplumun karşı karşıya kaldığı demokratik hukuk düzenine yönelik tehlikeler sebebiyle, geçici bir süre için, olağan dönemde öngörülen rejimden daha sınırlı bir rejime geçilmektedir. Bu doğrultuda devlet, temel hak ve özgürlükler dahil birçok konuda olağan dönemlere nazaran çok daha geniş müdahalelerde bulunabilmektedir⁹⁰. Bu dönemlerde yürütme organı tıpkı bir yasama organı gibi hareket ederek, Anayasa’dan aldığı yetki ile, herhangi bir yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir⁹¹.

Olağanüstü hallerde çıkarılacak kararnamelerin, OHAL KHK’lerinde olduğu gibi, yetki, konu, sebep, süre ve yer gibi birtakım unsurları barındırması gerektiği kabul edilmektedir. Bu noktada 2017 yılındaki Anayasa değişikliğiyle getirilen yeni sistem ile OHAL KHK’lerinin yerini OHAL CBK’leri almıştır.

1. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’nin Unsurları

a. Yetki Unsuru

Anayasa’nın 119. maddesine göre olağanüstü dönemlerde kararname çıkarma yetkisi tek başına Cumhurbaşkanındadır. Bu bağlamda yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanı hem olağanüstü hâl ilanında hem de OHAL CBK’lerinin çıkarılmasında yetkili makamdır⁹². Bunun dışında OHAL CBK’leri de OHAL KHK’leri gibi kanun hükmündedir⁹³.

87 Konuk, s. 2182.

88 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 207.

89 Öden, s. 672.

90 Rukiye Mehtap Özlü, “Yürütme Organı Tarafından Olağanüstü Dönemde Yapılan Kanun Gücündeki Normların Anayasa Uygunluk Denetimi Konusunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 12, 2018, s. 614.

91 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1025.; 2017 Anayasa değişikliği ile geçilen yeni sisteme uygun olarak olağan dönemlerde kararname çıkarma yetkisi tek başına Cumhurbaşkanına aittir ve bu olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de yetki kanuna ihtiyaç yoktur, bu yetki doğrudan Anayasa’dan kaynaklanır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 993 vd.

92 Boztepe, s. 383.; Eren, s. 940.

93 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1024; Atar, s. 287.; Özlü, s. 616.

b. Sebep Unsuru

OHAL CBK'leri bakımından sebep unsuru da OHAL KHK'leri ile aynı doğrultudadır. Buna göre 1982 Anayasası'nın değişiklik öncesi metninde 119, 120 ve 122. maddelerde sayılan olağanüstü rejime geçiş sebepleri tek madde halinde 119'da olağanüstü hâl yönetimi başlığı ile toplanmış, sıkıyönetim sebepleri de olağanüstü hâl kapsamına alınarak sıkıyönetim hali kaldırılmıştır⁹⁴. Bu çerçevede 119. maddede öngörülen “*savaş, savaş gerektirecek bir durumun başgöstermesi, 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*” durumlarına dayalı olarak olağanüstü hâl ilan edilmiş olması, OHAL CBK'sinin ön şartını oluşturmaktadır⁹⁵.

c. Konu Unsuru

104. maddenin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanının olağan dönemlerde çıkaracağı kararnamelerin konu sınırları düzenlenirken 119. maddede bu sınırlara tabi olmadan OHAL CBK'si çıkarabileceği hükme bağlanmıştır. Nitekim 119. maddeye göre “olağanüstü halin gerekli kıldığı” konularda OHAL CBK'si çıkarılabilir. Bu noktada OHAL CBK'leri ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin de yapılabileceği açıktır. Bununla birlikte OHAL CBK'leri ile olağanüstü halin gerektirmediği konularda ve 15. maddede öngörülen sınırlamaları aşacak şekilde düzenleme yapılamaz⁹⁶. Buna göre OHAL CBK'leri konu bakımından gereklilik, ölçülülük, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etme ve çekirdek alana dokunmama şartlarına tabidir⁹⁷.

1982 Anayasası'nın değişiklik öncesi metninde de yer alan “olağanüstü halin gerekli kıldığı” konular ibaresinin mevcut metinde korunması ile aslında OHAL KHK'leri için çizilmiş konu sınırlarının OHAL CBK'leri bakımından da kabul edildiği söylenebilir⁹⁸. Bunun yanı sıra hem OHAL KHK'lerinin hem de OHAL CBK'lerinin amacı; olağanüstü dönemin tehlikelerini bertaraf edip olağan döneme ivedi şekilde dönmeyi sağlamak olduğundan, bu kararnamelerin konu

94 Özbudun, s. 252.; Boztepe, s. 384.

95 Atar, s. 287.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1025.

96 Döner, s. 423-424.; Atar, s. 287.

97 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1033-1034.

98 Eren, s. 941.; Boztepe, s. 386-387.

unsurunun yer ve süre unsurları ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁹. Bu bakımdan OHAL CBK'leri ile OHAL KHK'lerinin konu unsurları paralellik gösterdiğinden, AYM'nin OHAL KHK'leri bağlamında tartıştığı konu unsuru, OHAL CBK'leri açısından da günceldir ve önem arz etmektedir.

Bu bağlamda AYM, olağanüstü halin sebep unsuru ile kaynaşmış amacının OHAL'in konu unsurunun tespitinde yol gösterici olduğunu, dolayısıyla olağanüstü hâl sebepleri ile tespit edilen amaç unsurunun olağanüstü halin gerekli kıldığı konuların sınırı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁰. Nitekim Anayasa'da olağanüstü hâl konuları gösterilmemişse de olağanüstü hâl sebepleri mevcuttur ve sebep ile konu unsurları arasındaki kopukluk, hukuki işlemi konu unsuru bakımından sakat hale getirmektedir¹⁰¹. Zira hukuki işlemin sebep ve konu unsuru arasındaki sıkı nedensellik bağı dolayısıyla olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü hâl sebeplerine bakılarak tespit edilebilir¹⁰².

d. Süre Unsuru

Anayasa'nın 119. maddesinin 6. fıkrasında Cumhurbaşkanının “olağanüstü hallerde” OHAL CBK'si çıkarabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, OHAL KHK'lerinde olduğu gibi, OHAL CBK'leri de yalnızca olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılabilir. Süre unsuru bakımından ilgili maddedeki düzenlemede değişiklik öncesindeki ifade birebir korunmuştur. Bu bakımdan OHAL KHK'lerinin olağanüstü hâl ilanı öncesinde ya da olağanüstü hâl sona erdikten sonra çıkarılamayacağı, aksi halde “zaman bakımından yetkisizlik” ile sakat olacağı¹⁰³ şeklindeki değerlendirme OHAL CBK'leri açısından da geçerlidir.

OHAL KHK'lerinin olağanüstü dönem sona erdikten sonraki akıbetiyle ilgili ise Anayasa'da hüküm bulunmamaktaydı. AYM, OHAL KHK'leri ile ilgili değerlendirmesinde, olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'lerin ancak bu hallerin devamı süresince uygulanabileceğini ve olağanüstü halin sona ermesiyle bu dönemde çıkarılan KHK kurallarının uygulanmaya devam etmesinin “olanaksız” olduğunu belirtmiştir¹⁰⁴. Öğretide de bu KHK'lerin olağanüstü dönem sona erdikten sonra uygulama kabiliyetlerini yitirecekleri konusunda görüş birliği olmasına karşın KHK'lerin yürürlük durumu

99 Türk, s. 80.

100 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

101 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 208.

102 Yavuzdugan, s. 63.

103 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 202.

104 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

hakkında farklı görüşler mevcuttur¹⁰⁵. Bazı yazarlar olağanüstü halin sona ermesi ile bu KHK'lerin kendiliğinden yürürlükten kalktığını savunurken¹⁰⁶, bazı yazarlar ise uygulama alanlarını yitirmesine rağmen bu KHK'lerin yürürlükte kaldığını ifade etmiştir¹⁰⁷. OHAL KHK'leri dönemindeki bu değerlendirmelerin, süre unsurunun korunmuş olması sebebiyle, OHAL CBK'leri açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

2017 tarihli Anayasa değişikliği ile 119. maddeye OHAL CBK'lerinin, savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması dışında, üç ay içinde TBMM'de görüşülerek karara bağlanacağı, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü eklenmiştir. Bununla birlikte, bu kararnamelerin TBMM'de görüşülmesine kadarki süreçte yargısal denetimi meselesi halen tartışılmaya devam etmektedir, zira 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile bu konuda yeni bir düzenleme getirilmemiştir. Anayasa'nın 148. maddesine göre OHAL CBK'lere yargısal denetim yolu kapalıdır.

e. Yer Unsuru

Anayasa'da OHAL CBK'lerinin yer unsuru bakımından bir sınırlama bulunmamakla birlikte 119. maddenin 1. fıkrasına göre "yurdun tamamında veya bir bölgesinde" olağanüstü hâl ilan edilebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda OHAL KHK'leri ile OHAL CBK'leri arasında bir fark bulunmamaktadır. OHAL KHK'leri açısından olağanüstü hâl ya da sıkıyönetimin sadece belirli bir bölge kapsamında ilan edildiği durumlarda, olağanüstü dönemin gerekli kaldığı konu ibaresinin yer unsurunu da içinde barındırdığı kabul edilmektedir¹⁰⁸. Bu doğrultuda, OHAL CBK'leri ile olağanüstü hâl bölgesi dışında düzenleme yapılması, yer unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil edecektir¹⁰⁹. AYM de olağanüstü halin belirli bir bölge için ilan edildiği durumlarda OHAL KHK'leri ile getirilen düzenlemelerin bu bölgeler dışına taşmaması gerektiğini, zira bu KHK'lerin uygulama alanının sadece belirlenen bölgeyle sınırlı olduğunu ifade etmiştir¹¹⁰. Bu çerçevede olağanüstü hâl ilan edilen bölge dışında da düzenlemeler getiren OHAL KHK'lerinin "yer bakımından yetkisizlik" sebebiyle sakat olduğu söylenebilir¹¹¹.

105 Türk, s. 80.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 203.

106 Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 451; Yavuzdugan, s. 65.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1034.; Kısmen katılan görüş için bkz: Döner, s. 433-435.

107 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 248.; Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 261.

108 Türk, s. 81.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 205.

109 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1035.; Aksi yönde görüş için bkz: Döner, s. 435-436.

110 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

111 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 205.

Ancak bu noktada yer unsurunun dar yorumlanmaması gerektiği ve her olağanüstü hâl bölgesi dışına taşan düzenlemenin yer unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılamayacağı savunulmaktadır¹¹². Bu bakımdan olağanüstü halin ilan edileceği yer konusunda takdir yetkisi, 2017 yılındaki değişiklik öncesi 1982 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu'ndayken değişiklik ile tek başına Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bu açıdan yer unsuru bakımından OHAL KHK'lerine ilişkin bu değerlendirmelerin OHAL CBK'leri açısından da geçerliliğini koruduğu söylenebilir. Zira yer unsurunun takdir yetkisinin artık tek başına Cumhurbaşkanında olması dışında OHAL CBK'leri için farklı bir düzenleme öngörülmemiştir.

2. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nde Usul ve Şekil Unsuru

OHAL CBK'lerinin çıkarılmasına dair izlenecek usul aslen olağan dönem CBK'leri ile aynıdır, bu CBK'leri de Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girmektedir. Bununla birlikte 119. maddeye göre olağan dönem CBK'lerinden farklı olarak OHAL CBK'leri Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmak zorundadır¹¹³.

2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile OHAL kararnamelerinin usulüne ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. Mülga 121. maddenin 3. fıkrasında OHAL KHK'lerinin TBMM'deki onay sürecine ilişkin süre ve usulün TBMM İçtüzüğünde belirleneceği ifade edilmişti. Ancak OHAL KHK'lerinin İçtüzükte belirtilen 30 günlük süre içerisinde TBMM'de görüşülmemesi durumundaki akıbetlerine ne söz konusu mülga maddede ne de İçtüzükte yer verilmişti. 2017 tarihli değişiklik ile mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması durumu hariç olmak üzere OHAL CBK'lerinin üç ay içinde TBMM'de görüşüleceği, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı düzenlemesi getirilmiştir¹¹⁴. Bu sayede hem OHAL CBK'lerinin TBMM'de görüşüleceği süre hem de süreye uyulmaması durumundaki yaptırım bizzat Anayasa ile hükme bağlanmıştır¹¹⁵.

C. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile OHAL Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Karşılaştırılması

1982 Anayasası'nın 2017 yılı Anayasa değişikliği öncesi metninde yer alan OHAL KHK'lerinin yerini değişiklik ile OHAL CBK'leri almıştır. Bununla birlikte aslen OHAL KHK'lerinin birçok unsuru, Anayasa değişikliği ile getirilen

112 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 208-209.

113 Atar, s. 287.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.

114 Selin Esen, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2016, s. 60, (Değişiklik Teklifi).

115 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.

yeni sisteme uygun birtakım değişiklikler dışında, OHAL CBK'lerinde muhafaza edilmiştir. Bu bakımdan OHAL KHK'leri ile OHAL CBK'lerinin konu, süre ve yer unsurlarında herhangi kayda değer bir değişiklik ya da farklılık bulunmamaktadır.

Anayasa değişikliği ile getirilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bir gereği olarak yürütme organının tek başına Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilmesi ile OHAL KHK'lerinin yetki unsurunda değişiklik olmuştur. Bu noktada 1982 Anayasası'nın değişiklik öncesi halinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, bir yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın OHAL KHK'si çıkarabilmekteydi¹¹⁶, nitekim bu makam parlamenter sistemin yürütme organını temsil etmekteydi. 2017 yılındaki değişiklik ile Bakanlar Kurulu kaldırıldığından OHAL CBK'leri bakımından bu yetki, yürütmeyi tek başına temsil eden Cumhurbaşkanına verilmiştir.

Anayasa değişikliği öncesi metnin 119, 120 ve 122. maddelerinde sayılan OHAL KHK'lerinin sebep unsuru, 2017'deki değişiklik ile tek madde olarak 119. maddede toplanmış ve 122. maddedeki sıkıyönetim hali kaldırılmıştır. Bu bakımdan OHAL CBK'leri ile OHAL KHK'lerinin sebep unsurları arasındaki en önemli fark, sıkıyönetimin artık olağanüstü hâl yönetim usullerinden biri olarak sayılmayarak OHAL CBK'si çıkarılması için de bir sebep teşkil etmemesidir.

Diğer bir önemli değişiklik ise OHAL CBK'lerinin çıkarılma usulüne yöneliktir. 2017 yılı değişikliği öncesinde Anayasa metninde OHAL KHK'lerinin Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM onayına sunulacağı belirtilmiş, KHK'lerin onaylanmasına ilişkin usul ve sürenin ise İçtüzük ile belirleneceği ifade edilmişti. Bu bakımdan Anayasa metninde, TBMM'de işletilecek usul için İçtüzük gösterilmekteydi. İçtüzüğün 2018 tarihli değişiklik öncesi metninin 128. maddesinde de TBMM onayına sunulan OHAL KHK'lerinin komisyon ve Genel Kurul'da ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülerek karara bağlanacağı, komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan KHK'lerin doğrudan Genel Kurul gündemine alınacağı belirtilmişti¹¹⁷. Bununla birlikte ne Anayasa metninde ne de İçtüzükte bu sürelerle uyulmaması durumunda KHK'lerin akıbetinin ne olacağına dair bir düzenleme bulunmaktaydı.

116 Yüzbaşıoğlu, s. 175.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 182.

117 16.5.1996 tarihli ve 424 numaralı Karara göre İçtüzüğün 128. maddesi “*Anayasanın 121 ve 122nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır.*”

Nitekim belirtilen sürelerle çoğunlukla uyulmadığı ifade edilmiştir¹¹⁸.

2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile 119. maddeye OHAL CBK'lerinin üç aylık süre içinde TBMM'de görüşülmesi gerektiği, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü eklenmiştir. Aynı hüküm 2018 tarihli İçtüzük değişikliği ile İçtüzüğün 128. maddesinde de yer almıştır¹¹⁹. Bu şekilde OHAL CBK'lerinde usule uyulmaması hali bir yaptırıma bağlanmış, hak ve özgürlüklerin korunması noktasında siyasi denetim güçlendirilmiştir¹²⁰. OHAL CBK'lerinin yargısal denetimi meselesi de TBMM onayına kadar öngörülen bu üç aylık süre için önem arz etmektedir¹²¹. Zira OHAL CBK'leri TBMM tarafından üç aylık süre içinde görüşülecek, onaylanırsa kanunlaşacak ve diğer kanunlar gibi yargı denetimine tabi olacaktır¹²². Nitekim yakın zamanda AYM, TBMM'de onaylanarak kanunlaşan OHAL kararnamelelerini, kanunlaşmaları sebebiyle daha doğru bir ifade ile kanun hükmünde kararnamenin kabul edilmesine dair kanunları, incelemiştir. AYM, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca OHAL kararnamelelerinin yargısal denetiminin mümkün olmadığını, ancak TBMM'de onaylanarak kanunlaşan OHAL kararnamelelerinde yer alan kuralların diğer kanun hükümleri gibi yargı denetimine tabi olduğunu belirtmiştir¹²³.

118 Lütfi Duran, "Bunalım Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 50, Sayı: 3, 1995, s. 146, (Bunalım Kararnameleri); Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.

119 09.10.2018 tarihli ve 1200 numaralı Kararla İçtüzüğün 128. maddesi "*Anayasanın 119 uncu maddesi çerçevesinde ilan edilen olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan ve Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Meclis onayına sunulan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hali hariç olmak üzere üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde öncelikle görüşülür ve karara bağlanır. Söz konusu kararnameler bir ay içinde komisyonlarda görüşülmediği takdirde, Meclis Başkanlığına doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır. Genel Kurul, geriye kalan iki ay içinde bu kararnameler hakkında karar verir. Üç ay içinde görüşülüp karara bağlanamayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kendiliğinden yürürlükten kalkar.*" şeklinde değiştirilmiştir. (RG., 16.10.2018, S. 30567).

120 Eren, s. 940.

121 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1036.; Özbudun, s. 346.

122 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 267.; Eren, s. 943.; Döner, s. 429.; Özbudun, s. 346.; Atar, s. 288.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); Öğretideki aksi yöndeki görüşe göre OHAL KHK/CBK'lerinin TBMM'deki onay ya da ret işlemi kanun değil "karar" şeklinde olmalıdır. Bu durumda OHAL KHK/CBK'leri kanunlaşmamakta ve KHK/CBK şeklindeki varlıklarını sürdürmektedir. Bunun sonucu olarak da bu KHK/CBK'ler açısından 148. maddedeki denetim yasağının devam edeceği ifade edilmektedir. Ayrıntılı tartışma için bkz: Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026-1032; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 152-153.

123 "*Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz"* hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem KHK'ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır.(..)Bununla birlikte olağanüstü hâl KHK'larının TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.(..) Bu itibarla dava konusu kurallar diğer kanun hükümleri gibi Anayasa

III. Ohal Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

A. Yargısal Denetim Yasağı

2017'deki Anayasa değişikliği öncesi 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz". Bu madde uyarınca OHAL KHK'lerine yargısal denetim yolu kapatılmış, bu KHK'ler için tek ve asıl denetimin TBMM tarafından gerçekleştirilecek siyasal denetim olduğu kabul edilmiştir¹²⁴. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile OHAL CBK'leri açısından da bu yargısal denetim yasağı birebir korunmuştur.

OHAL kararnamelerinin yargısal denetim dışında bırakılmış olması çokça eleştirilmiştir. Nitekim öğretilerde söz konusu hükmün, Anayasa'da olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükleri korumak adına öngörülen güvencelerin hukuki değerini ortadan kaldırdığı savunulmuştur¹²⁵. Bu yasağın, olağanüstü dönemlerin de nihayetinde birer hukuk rejimi olmaları gerekliliğine aykırı olarak, hukuk devleti ilkesine de zarar verdiği¹²⁶, hatta hukuk devleti idealinin gerçekleştirilmesinde bir engel teşkil ettiği ileri sürülmüştür¹²⁷. 2017 yılındaki değişiklikte denetim yasağının korunması sebebiyle Cumhurbaşkanınca OHAL CBK'leri ile hukuk düzeninde kalıcı değişiklikler yapılmasının mümkün hale geldiği, zira yasak ile yürütmeye geniş yetkiler verilerek yargısal denetimin zayıf tutulduğu ifade edilmiştir¹²⁸.

OHAL KHK/CBK'lerinin yargısal denetimiyle ilgili öğretilerdeki, sınırlı olmakla birlikte, bir diğer tartışma da söz konusu maddedeki "dava açılmaz" ifadesinin kapsamıdır. Bir görüşe göre "dava açılmaz" ifadesi ile sadece iptal davası kastedilmiştir ve bu bağlamda OHAL KHK'lerine karşı AYM'de itiraz yolu açıktır¹²⁹. Anayasa'da yasaklanmayan itiraz yolunu 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 19. maddesinin¹³⁰ kapattı-

Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte kuralların olağanüstü hâle yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.(..)"AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, 24.06.2021, (RG., 26.01.2021, S. 31731); AYM, E. 2018/75, K. 2021/61, 22.09.2021, (RG., 02.02.2022, S. 31738).

124 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 387.; Can, Şimşek Aktaş, s. 26.; Teziç, s. 46.

125 Öden, s. 660.; Teziç, s. 44.

126 Özbudun, s. 342; Türk, s. 150.

127 Alan, s. 9.

128 Esen, Değişiklik Teklifi, s. 61.

129 Yüzbaşıoğlu, s. 193.

130 "Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasanın 121 ve 122nci Maddeleri gereğince çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmaz ve mahkemelerde anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez." (RG., 13.11.1983, S. 18220).

ğı ve bu sebeple maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu da iddia edilmiştir¹³¹. Ancak 6216 sayılı Kanun ile 2949 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, söz konusu madde yeni kanunda yer almamıştır. Bu nedenle itiraz yolunun OHAL KHK'leri için mümkün olduğu ileri sürülmüştür¹³². Bu görüş “dava” kelimesini daraltıcı şekilde yorumlaması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa koyucunun sadece iptal davasını yasaklama amacında olması halinde, söz konusu maddede bunu “iptal davası” ifadesi ile belirteceğine dikkat çekilmiştir¹³³. Ayrıca iptal davasına konu edilemeyen KHK'lerle ilgili itiraz yolunun işletilmesi de mümkün olmamalıdır, nitekim iki hal de aynı sonuca ulaşmayı amaçlamaktadır¹³⁴. Bu bakımdan 148. maddede yer alan “dava” kelimesinin hem iptal davasını hem de itiraz yolunu kapsayarak OHAL KHK/CBK'lerinin yargısal denetime kapatıldığı savunulmuştur¹³⁵.

AYM, denetim yasağı karşısında iki farklı tavır sergilemiştir. 1991 yılında OHAL KHK'leri bağlamında verdiği ve istikrarlı şekilde yineleyerek içtihadı dönüştürdüğü kararlarında OHAL KHK'lerini “sınırlı” denetime tabi tutmuş, 2016 yılında ise bu içtihattan dönerek 148. maddedeki yargısal denetim yasağına uymuştur. AYM'nin iki farklı içtihadı da, 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önceki tarihlere denk geldiğinden, değişiklik öncesi Anayasa maddeleri çerçevesinde değerlendirilmiştir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin 1991 İçtihadı

1990 yılında, dönemin ana muhalefet partisi olan Sosyal Demokrat Halkçı Parti TBMM Grubu adına Grup Başkanvekili Hasan Fehmi GÜNEŞ tarafından 424 ve 425 sayılı OHAL KHK'lerinin iptali istemiyle AYM'de açılan dava ile yargısal denetim yasağı tartışmaları başlamıştır¹³⁶.

Davaya konu 424 sayılı “Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname”¹³⁷, yürürlükten kaldırılan ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda değişiklikler öngören 413 sayılı OHAL KHK'sindeki tedbirleri tekrarlamaktaydı. Ancak 424 sayılı KHK ile bu tedbirler 285 sayılı OHAL KHK'sine ilave edilmekteydi ki bu KHK olağanüstü hâl bölgesinde yürürlükte bulunmaktaydı. Bununla birlikte

131 Yüzbaşıoğlu, s. 194.; Aksi yönde görüş için bkz. Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, Ankara 1984, s. 61.

132 Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 460.

133 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1242.

134 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 377.

135 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1243.; Tülen, s. 95.

136 Özlü, s. 617.; Yüzbaşıoğlu, s. 196.

137 RG, 10.5.1990, S. 20514, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20514.pdf> (08.01.2022).

424 sayılı KHK 1. maddesinde İçişleri Bakanına her türlü basılı esere ilişkin olağanüstü hâl bölgesi ile sınırlı kalmayan önlemler alma yetkisi vermektedir¹³⁸. 424 sayılı KHK de 430 sayılı KHK¹³⁹ ile yürürlükten kaldırılırken tartışmalara sebep olan hükümleri 430 sayılı KHK'ye eklenmişti¹⁴⁰.

425 sayılı “2935 Sayılı Kanun ile 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ise 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nda değişiklik yapılmasını öngörmekteydi¹⁴¹.

AYM bu KHK’lerle ilgili ilk incelemesinde 5 üyenin söz konusu KHK’lerin birer OHAL KHK’si olması dolayısıyla yetkisizlik sebebiyle iptal davasının reddedilmesi gerektiği yönündeki karşı oylarına¹⁴² rağmen oyçokluğu ile KHK’lerin esastan incelenmesine karar vermiştir¹⁴³. AYM ilk incelemesinde esasa geçme yönündeki kararını, söz konusu KHK’lerin “Anayasa’nın 148. maddesinin birinci fıkrasında biçim ve öz yönünden Anayasa’ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmayacağı öngörülen kararname niteliğinde olmadığı” tezine dayandırmıştır¹⁴⁴.

AYM söz konusu kararında OHAL KHK’lerinin taşıması gereken yetki, sebep, konu, yer ve süre unsurlarını açıklayarak 148. maddede yer alan yargısal denetim yasağının konusu olan KHK’lerin “yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK’ler” olduğunu belirtmiş ve “bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde sayılamazlar ve Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlıdır” sonucuna ulaşmıştır¹⁴⁵.

AYM görüşünü şu şekilde izah etmiştir: “Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metne verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal KHK’si adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa’nın öngördüğü ve

138 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 588.

139 RG, 16.12.1990, S. 20727, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20727.pdf> (08.01.2022).

140 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 214.

141 RG, 10.5.1990, S. 20514, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20514.pdf> (08.01.2022).

142 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162): “..”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”(..).

143 Özlü, s. 617.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

144 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

145 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir olağanüstü hal KHK'si niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kurallı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.”¹⁴⁶

Bu gerekçelerle AYM, 425 sayılı KHK'nin Olağanüstü Hal Kanunu'nda değişiklik öngören maddelerinin, Anayasa'nın mülga 121. maddesi kapsamında düzenlenebilecek konulardan olmadığına değinerek “148. maddenin birinci fıkrasında da biçim ve öz yönlerinden Anayasa'ya aykırılığı savıyla dava açılmayacağı öngörülen KHK kuralları niteliğinde olmamaları” sebebiyle iptaline karar vermiştir¹⁴⁷. AYM benzer gerekçelerle 430 sayılı KHK'yi de incelemeye tabi tutmuş ve bazı maddelerinin iptaline karar vermiş¹⁴⁸, 1992 ve 2003 yılında verdiği kararlarda da içtihadını devam ettirmiştir¹⁴⁹.

Bazı yazarlar AYM'nin bu görüşüne katılmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre AYM, önüne gelen davada iptali istenen işlemin hukuki tavsifini yapmak zorundadır. Bu bağlamda 148. maddedeki yasak, ancak bu inceleme sonrasında bir OHAL KHK'si ile karşı karşıya olunduğunun tespit edilmesi ile başlamaktadır¹⁵⁰. Bu bakımdan AYM'nin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi açısından 148. maddeyi dar yorumladığı iddia edilmiştir¹⁵¹. Buna göre AYM, 148. maddedeki yasağın ancak OHAL KHK'leri bakımından geçerli olduğunu ve OHAL KHK'sinin unsurlarını taşımayan bir metni OHAL KHK'si olarak nitelendiremeyeceğini, dolayısıyla bu metnin yasak kapsamında olmayacağını savunmuştur¹⁵².

146 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

147 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

148 AYM bu kararını 5'e karşı 6 oy şeklinde oy çokluğu ile “sınırdan” almıştır. Bkz. Kuzu, Olağanüstü Hal Kavramı, s. 384.; Karşı oy gerekçesi: “(..)olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasa'nın 121. ve 122. maddeleri gereğince çıkarılan KHK'lere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmayacağı ve mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceği 2949 sayılı Kanununun 19. maddesi ve Anayasa'nın 148. maddesinin, âmir hükümleri gereğidir.”(..) AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162)

149 AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, 26.05.1992, (RG., 18.12.1993, S. 21792); AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, 22.05.2003, (RG., 16.03.2004, S. 25404).

150 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 586; Yüzbaşıoğlu, s. 196.; Türk, s. 149.

151 Öden, s. 668.

152 Ekrem Ali Akartürk, “Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHAL KHK'lerinin Hukukla İmtihani(!)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2016, s. 202.; Hikmet Tülen, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, 2004, s. 110.

Nitekim AYM, esasa ilişkin incelemesinde de OHAL KHK'lerinin taşıması gereken unsurları irdeleyerek sebep, amaç ve konu unsurları arasında ilişki kurmuş; olağanüstü hâl ilanının sebep ve amacının OHAL KHK'sinin de sebep ve amacını, aynı zamanda da konusunu belirlediğini ifade etmiştir¹⁵³. Bu belirlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda OHAL KHK'si çıkarılabileceği şeklindeki konu sınırlaması ve Anayasa'nın 15. madde bağlamında ölçülülük ilkesi ile de uyum içinde olduğu, AYM'nin de OHAL KHK'lerinin sebeplerinin yerindeliğini değilse de olağanüstü hâl ilan sebeplerine uygunluğunu araştırabileceği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Öğretide farklı bir görüş ise AYM'nin, bir metnin OHAL KHK'si olarak nitelendirilerek 148. maddedeki yasağa dahil edilebilmesi için OHAL KHK'sinin yetki, sebep, konu, süre ve yer unsurlarının tümünü haiz olması gerektiği şeklindeki yaklaşımını savunmaktadır. Buna göre bir OHAL KHK'sinden bahsedebilmek için Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca çıkarılmış olmasının yanı sıra 119 veya mülga 120. maddedeki sebeplere uygun bir olağanüstü hâl ilanı ve bu ilan belirli bölgeye ilişkinse OHAL KHK'sindeki düzenlemelerin bu bölge içinde kalması zorunludur¹⁵⁵. Bu bağlamda 148. maddedeki yargısal denetim yasağının ancak olağanüstü hâl süresince, bölgesinde ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK'leri kapsadığı ileri sürülmüştür¹⁵⁶. Bu bakımdan içerik itibarıyla OHAL KHK'si gereklerine uymayan KHK'lerin olağan dönem KHK'si olarak değerlendirilmesinin hukuk devleti ilkesine de uygun düştüğü ifade edilmiştir¹⁵⁷.

AYM de söz konusu kararlarındaki ilk incelemesinde maddi kriteri esas alarak ilgili KHK'lerin OHAL KHK'leri için öngörülen anayasal sınırlar çerçevesinde kalmamaları sebebiyle esas inceleme aşamasına geçmiştir¹⁵⁸. AYM'nin maddi kriterlere göre değerlendirme yapması, Türk pozitif hukukunda işlemin içeriğini esas alan maddi kriterin değil, işlemi yapan organ ve işlemin yapılış şeklini esas alan şekli kriterin geçerli olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁹. Buna göre şekli kriter esas alınarak bir KHK'nin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olmasının OHAL KHK'si olarak nitelendi-

153 Öden, s. 672.

154 Öden, s. 673.

155 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 587.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 205.; Yüzbaşıoğlu, s. 195.

156 Akartürk, s. 206.

157 Tülen, s. 90.

158 Özlü, s. 618.

159 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 221-222.

rilmesi için yeterli görülmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁰. Zira maddi kriter kabul edilerek yapılan ilk incelemede, zaten esas incelemede yapılacak denetimin gerçekleştirilmiş olacağı, dolayısıyla da 148. maddedeki denetim yasağının bir anlamı kalmayacağı savunulmuştur¹⁶¹. Bununla birlikte 148. maddenin OHAL KHK'leri için hem şekle hem esasa yönelik denetimi kapsadığı, bu nedenle maddi kriter ile esasın incelendiğine yönelik eleştirinin şekli kriter bakımından da söz konusu olması gerektiği de ifade edilmiştir. Zira şekli kritere göre şekil bakımından bir denetimin yapılması gerekeceğinden iki kriterde de AYM'nin 148. Maddedeki yasağa aykırı davranması sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁶².

AYM'nin OHAL KHK'si unsurlarını taşımayan metnin olağan dönem KHK'sine dönüştürülmesi şeklindeki savı ise bir hukuk normunun kendiliğinden başka bir norma dönüşmeyeceğinden bahisle eleştirilmiştir¹⁶³. Gerçekten de AYM, söz konusu KHK'ler ile ilgili değerlendirmelerinde OHAL KHK'si niteliğinde olmayan kuralın olağan dönem KHK'si sayılabileceğini, bu halde de olağan dönem KHK'leri için gereken yetki kanunu bulunmadığından kuralın iptalinin gerektiğini ileri sürmüştür¹⁶⁴. Gözler, AYM'de söz konusu davanın açıldığı dönemde kaleme aldığı makalesinde dönüştürme (tahvil) kuramına değinmiş¹⁶⁵, AYM de gerekçelendirmesinde Gözler'in açıkladığı şekilde bu kurama başvurmuştur. Ancak yine Gözler tarafından 2000 yılında bu uygulama eleştirilmiştir. Gözler, hem AYM'nin hem de bizzat kendisinin kuramla ilgili gerekli açıklamayı yapmadığını, diğer taraftan aslen dönüştürme kuramının kamu hukukunda uygulanmasının ne öğretide ne de içtihatlarda benimsendiğini, öte yandan bu kuramın uygulanması için gerekli kriterlerin iki KHK bağlamında da mevcut olmadığını belirtmiştir¹⁶⁶.

Öğretide bazı yazarlar AYM'nin 1991 içtihadını, OHAL KHK'lerinin yargısal denetim dışında kalışının getirdiği sakıncaları gidermeye yönelik bir adım olarak nitelendirmiştir¹⁶⁷. Bu hususta diğer bir görüşe göre ise, asli kurucu iktidarın bir tercihi olması dolayısıyla, OHAL KHK'lerine getirilen yargısal denetim yasağının geçerliliğinin ve yerindeliliğinin tartışılması birbirinden ayrı konular-

160 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 223.

161 Boztepe, s. 393.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 224.

162 Türk, s. 149.

163 Can, Şimşek Aktaş, s. 27.

164 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

165 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 587.

166 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 225-226.

167 Yüzbaşıoğlu, s. 196.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 143.; Tülen, s. 110.; Öden, s. 670.; Türk, s. 150.

dır¹⁶⁸. Bu görüşe göre OHAL KHK'lerinin yargısal denetimden muaf tutulması hukuk devleti ilkesi bakımından eleştirilebilir olsa da, 2. maddedeki hukuk devleti ilkesi de 148. maddedeki yargısal denetim yasağı da aynı Anayasa'nın maddeleridir. Bu bakımdan söz konusu maddeler arasında bir hiyerarşi söz konusu değildir¹⁶⁹. Bu minvalde Anayasa'nın mevcut 148. maddesinin mevcudiyetinde OHAL KHK'lerinin yargısal denetiminin mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁰. Zira ilgili madde ile yargısal denetim açıkça yasaklanmaktadır¹⁷¹. AYM ise bu açık hüküm gereği davayı reddetmesi gerekirken bahsedilen gerekçeler ile KHK'leri incelemeye tabi tutmuştur¹⁷².

C. Anayasa Mahkemesi'nin 2016 İçtihadı

15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından OHAL KHK'leri çıkarılmıştır. Ana muhalefet partisi Cumhuriyet Halk Partisi 668 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"¹⁷³ ile 669 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname"¹⁷⁴ Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile AYM'ye başvurmuştur. AYM bu davalarda 1991 içtihadını terk etmiş ve söz konusu KHK'ler hakkında yetkisizlik kararı vermek suretiyle esasa girmeden davaları reddetmiştir¹⁷⁵.

668 sayılı KHK'nin iptali talebiyle açılan davada OHAL KHK'lerinin denetimini tartışırken AYM'nin, metodolojik gerekçelendirme usulü ile içtihat değişikliğine değindiği ve katı pozitivist bir tutumla 148. maddenin lafzi ve tarihsel yorumunu esas aldığı ileri sürülmüştür¹⁷⁶. Bu bağlamda AYM, hukuk devleti ilkesince idarenin tüm işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu; ancak bu kabulün 148. maddenin yargısal denetime istisna getiren hükmünün uygulan-

168 Yavuzdugan, s. 105.; Döner, s. 427.

169 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 213.; Yavuzdugan, s. 105.

170 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1036.; Döner, s. 427.; Eren, s. 946.; Özlü, s. 643.

171 Taylan Barın, "2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa'ya Uygunluk Denetimi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, 2019, s. 365.

172 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 378.

173 RG, 27 Temmuz 2016, Sayı: 29783, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160727M2.pdf> (08.01.2022).

174 RG, 31 Temmuz 2016, Sayı: 29787, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160731.pdf> (08.01.2022).

175 Akartürk, s. 206-207.

176 Can, Şimşek Aktaş, s. 30.

masını etkilemeyeceğini belirtmiştir¹⁷⁷.

AYM, OHAL KHK'leri bakımından Anayasa koyucunun siyasal denetim öngördüğüne işaret ederek “*Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK'lerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa'nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır*” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır¹⁷⁸.

AYM, önüne gelen hukuki işlemin tavsifini maddi ya da şekli kritere göre yapabileceğini kabul etmekle beraber, bu nitelendirmenin hiçbir surette OHAL KHK'lerinin şekil ve esas yönünden denetlenmesi sonucunu doğurması gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada AYM, Mahkeme'nin önceki içtihadına değinerek “*olağanüstü hâl KHK'si şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yapılan incelemenin, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirdiğini, böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracağını*” savunmuştur¹⁷⁹. Nitekim AYM, 148. maddedeki yasağın bulunmaması durumunda da KHK'ler bakımından yapılacak incelemenin bundan ibaret olduğundan bahisle, bu yaklaşımın şekil ve esas bakımından getirilen denetim yasağını anlamsız kılarak “*olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmayı mümkün hale getirdiğini*” belirtmiştir¹⁸⁰.

AYM, “*olağanüstü hâl KHK'lerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasa-ma belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'lerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır*” şeklinde gerekçelendirerek söz konusu KHK'ye yönelik iptal talebini yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir¹⁸¹. Bu kapsamda 2016 yılında 669¹⁸², 670¹⁸³ ve 671¹⁸⁴ sayılı

177 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

178 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

179 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

180 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

181 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

182 AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

183 AYM, E. 2016/171, K. 2016/164, 02.11.2016, (RG., 8.11.2016, S. 29882).

184 AYM, E. 2016/172, K. 2016/165, 02.11.2016, (RG., 8.11.2016, S. 29882).

KHK'ler ve 2018 yılında 701¹⁸⁵ sayılı KHK ile ilgili de aynı tavrını sürdürmüş ve benzer gerekçelerle 148. madde karşısında ilgili KHK'ler bakımından yetkisiz olduğuna hükmetmiştir.

AYM'nin bu içtihat değişikliğini savunan bazı yazarlar, OHAL KHK'lerinin yargısal denetiminin yararlı olması ile AYM'nin OHAL KHK'lerini denetleme yetkisini haiz olmasının farklı konular olduğuna dikkat çekmiştir. Bu görüşe göre AYM'nin bu KHK'ler bakımından Anayasa ile kendisine ayrıca ve açıkça verilmiş bir yetki olmadığı müddetçe denetim gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır¹⁸⁶. Nitekim Anayasa'nın açık hükmü OHAL KHK'lerinin yargısal denetime tabi tutulamayacağı yönündedir.

Nitekim bir hükmün hukuk devletine uygunluğunun eleştirilmesi ile var olan hükmün yok sayılmasının farklı meseleler olduğunu belirtmek gerekir. Hatta Anayasa'nın açık hükmünün uygulanmamasının bizzat hukuk devletinin amaçlarından olan hukuki güvenliğini de zedeleyeceği ileri sürülmüştür¹⁸⁷. Bu nedenle Anayasa'nın 148. maddesi değişmediği sürece OHAL KHK'leri yargısal denetime tabi tutulamamalıdır¹⁸⁸. Bu bağlamda OHAL KHK'lerinin açıkça Anayasa'ya aykırı olmaları durumunda dahi AYM'ye bu KHK'leri denetleme yetkisi verilmemiştir¹⁸⁹. Ayrıca OHAL KHK'lerinin üç ay içinde TBMM'de kanunlaşarak yargı denetimine tabi olmaları nedeniyle yasağın hukuk devleti açısından ölçüsüz olmadığı da ifade edilmiştir¹⁹⁰. Söz gelimi Anayasa koyucu, OHAL KHK'leri ile olağan dönem KHK'leri bakımından farklı rejimler öngörmüş ve OHAL KHK'lerini sadece siyasal denetime tabi tutmuştur¹⁹¹.

Öte yandan öğretilerde diğer bir görüş AYM'nin bu içtihat değişikliğini eleştirmişdir. Bu kapsamda AYM'nin OHAL KHK'leri bakımından yetkisizliğini gerekçelendirirken sadece tarihsel yoruma başvurduğu, bu durumun Anayasa'nın özgürlükler ve hukuk devleti bakımından öngördüğü güvencelerin anlamını yitirmesine sebep olduğu, zira AYM'nin varlık amacı doğrultusunda tercih etmesi gereken yorum biçiminin her zaman özgürlüklerden yana olması gerektiği savunulmuştur¹⁹². AYM'nin 1991 içtihadı doğrultusunda süre, yer ve konu

185 AYM, E. 2018/114, K. 2018/91, 25.09.2018, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2018-91-nrm.pdf> (08.01.2022).

186 Kemal Gözler, "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2017, s. 59, (İnceleme); Eren, 946.

187 Döner, s. 427.

188 Yavuzdugan, s. 95.

189 Özlü, s. 637.; Gözler, İnceleme, s. 60.

190 Eren, s. 946-947.

191 Barın, s. 365.; Eren, s. 943.

192 Can, Şimşek Aktaş, s. 34.

bağlamında yaptığı incelemenin sınırlı bir denetimken bu içtihadı terk etmesi ile OHAL KHK'lerinin "mutlak denetimsizlik" içine hapsedildiği ileri sürülmüştür¹⁹³. Zira AYM'nin önceki içtihadının usul ve teknik açıdan birtakım sorunlar içermesine rağmen OHAL KHK'lerinin anayasal sınırlarda kalmasını temin etmeye çalıştığı belirtilmiştir¹⁹⁴.

Nitekim OHAL KHK'si nitelendirmesi için sadece yetki unsurunun yeterli olmadığını ve Anayasa'da yer alan tüm unsurların mevcut olması gerektiğini ifade eden yazarlar, bir düzenlemenin OHAL KHK'si olup olmadığını ve bu bağlamda yargısal denetime tabi tutulup tutulamayacağını tespitinin AYM'nin görevi olduğunu savunmuştur. Bu bakımdan siyasal denetimin yargısal denetim yerini tutamayacağı ve bu içtihat değişikliğinin keyfi yönetimlere yol açacağı ileri sürülmüştür¹⁹⁵.

2017 yılı Anayasa değişikliği ile OHAL KHK'leri OHAL CBK'lerine dönüşürken 148. maddedeki yargısal denetim yasağı korunmuştur, dolayısıyla OHAL KHK'lerine uygulanan sistem OHAL CBK'leri bakımından da devam etmektedir¹⁹⁶. Bu bağlamda OHAL CBK'leri ile ilgili olası bir iptal davasında AYM'nin yetkisizliğine hükmetmesinin hem Anayasa'nın 148. maddesine hem de AYM'nin 2016 sonrası içtihadına uygun düşeceği ifade edilmektedir¹⁹⁷.

IV. Yargısal Denetim Yasağı ve AYM İçtihatlarının Hukuk Devleti Açısından Değerlendirilmesi

Hukuk devleti ilkesinin temel şartı devletin üç erki olan yasama, yürütme ve yargının hukukla bağlılığıdır¹⁹⁸. Devlet faaliyetlerinde keyfiliğin engellenmesi ile kuralların önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş olması, hukuk devleti ilkesinin iki temel sonucudur. Hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde bu şekilde hukuk güvenliği sağlanır¹⁹⁹. Yargı denetimi, devletin hukukla bağlılığının sağlanması açısından hukuk devleti ilkesinin yapıcı unsurlarındandır²⁰⁰. Özellikle olağanüstü hallerde bu keyfiyet büyük önem arz etmektedir. Nitekim olağanüstü hâl rejimleri, hukuki rejimler olmalarının yanı sıra, hak ve özgürlüklere müdahale açısından yürütme organına önemli yetkiler vermektedir. Olağanüstü şartların hâkim olduğu bu dönemlerde, olağanüstü hâl ilanı ve alı-

193 Akartürk, s. 209.

194 Can, Şimşek Aktaş, s. 35.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 155.

195 Akartürk, s. 210-211; Özbudun, s. 345.

196 Özlü, s. 635.; Döner, s. 427.

197 Özlü, s. 637.

198 Atar, s. 106.

199 Uygun, s. 306.

200 Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 114.

nacak önlemler bir bütün olarak, denetime tabi tutulmalıdır. Bu çerçevede yargı denetimi hem hukuka uygunluğu sağlama hem de bu dönemler için öngörülen siyasal denetimi güçlendirme noktasında elzemdir²⁰¹.

1982 Anayasası'nın 2017 yılındaki Anayasa değişikliği öncesi metninin 121. maddesinin 3. fıkrasında OHAL KHK'lerinin aynı gün içinde TBMM'nin onayına sunulması hükmü yer almakla birlikte, bu onaylama ile ilgili süre ve usulün İctüzük ile belirleneceği yazmaktaydı. Ancak 1996 yılına dek İctüzükte OHAL KHK'lerinin TBMM'de onaylanmasıyla ilgili bir düzenleme öngörülmemiş, dolayısıyla 1996 yılına değin OHAL KHK'leri açısından ne yargısal ne de tam anlamıyla siyasal denetimin işletilmesi mümkün olmuştur. OHAL KHK'leri için Anayasa tarafından siyasal denetim öngörülmesine rağmen, gerekli düzenlemeler uzun süre yapılmadığından, bu denetimin etkili şekilde gerçekleştirilememesi nedeniyle AYM'nin hukuk devleti ilkesini bizzat uygulamaya giriştiği savunulmuştur²⁰². Nitekim AYM de, OHAL KHK'lerinin TBMM'deki onay sürecine ilişkin süre ve usul için İctüzük gösterilmesine karşın gerekli düzenlemenin yapılmamış olması sebebiyle, bu KHK'lerin TBMM'de ne zaman görüşüleceğinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir²⁰³. Bu bağlamda Anayasa'nın 148. maddesi açık şekilde OHAL KHK ve şimdiki OHAL CBK'lerinin yargısal denetimini engellemekle birlikte, AYM'nin 1991 içtihadı ile OHAL KHK'lerinin bütünüyle yargı denetimi dışında kalmasını engelleyerek hukuk devleti ilkesini uygulamaya çalıştığı iddia edilmiştir²⁰⁴.

1996 yılında İctüzükteki değişiklik ile OHAL KHK'lerinin 30 gün içerisinde TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi gerektiği İctüzüğe eklenmişti²⁰⁵. Bununla beraber süreye uyulmaması halinde KHK'lerin akıbetinin ne olacağıyla ilgili bir düzenlemeye İctüzükte yine yer verilmemişti. Bu bakımdan siyasal denetim için süre unsuru düzenlenmesine rağmen süreye riayetsizliğe karşı bir yaptırım öngörülmediği için siyasal denetimin halen etkin olmadığı belirtilmişti²⁰⁶. Bu nedenle öngörülen sürelerle uyulmamasının yaptırıma bağlanmamış oluşunun OHAL KHK'lerinin siyasal denetiminin yararını azalttığı ifade edilmekteydi²⁰⁷. Nitekim uygulamada da bu süreye genellikle riayet edilmemişti²⁰⁸. Bu durumun

201 Gemalmaz, s. 65.

202 Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 146-147.

203 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

204 Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 285.

205 Yüzbaşıoğlu, s. 186.

206 Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 158.

207 Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 240.

208 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 146.

ortadan kaldırılması için süreye uyulmama halinin bir yaptırıma bağlanması gerektiği, bunun için KHK'lerin en çok bir ay içinde görüşülmediği takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacağına öngörülmesi savunulmuştu²⁰⁹.

2017 tarihli Anayasa değişikliği ile 119. maddede tek madde olarak toplanan olağanüstü hâl düzenlemesine, OHAL CBK'lerinin üç ay içerisinde TBMM'de görüşüleceği, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı ifadesi eklenmiştir. Bu bakımdan değişiklik öncesi metinde İçtüzükte düzenleneceği öngörülen siyasal denetimin süre unsuruna değişiklik ile bizzat Anayasa metninde yer verilmiştir. Daha da önemlisi, ne önceki metinde ne de İçtüzükte bulunan görüşülmeme durumunda CBK'lerin akibetinin ne olacağı hususuna doğrudan Anayasa'da yer verilmiştir. Bu çerçevede TBMM'nin OHAL CBK'lerini belirtilen süre içerisinde görüşüp karara bağlamaması durumunda CBK'lerin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı yaptırım olarak düzenlenmiştir. Benzer doğrultuda 2018 yılında İçtüzüğün ilgili maddesinde de değişiklik yapılmıştır.

OHAL KHK/CBK'lerinin denetimine ilişkin değerlendirmeler bağlamında, AYM'nin 1991 içtihadı döneminde siyasal denetimin etkin işletilememesine sebep olan düzenleme eksikliği önem arz etmektedir. AYM benzer kararı 2003 yılında da vermiştir²¹⁰, zira bu dönemde de etkinleştirilememiş bir siyasal denetim söz konusudur. 2016'daki içtihat değişikliği ile ise AYM, siyasal denetimin yerini doldurma çabasından geri adım atmıştır. Bu noktada 2017 yılındaki Anayasa değişikliği devreye girerek denetimsizliğe neden olan bu eksikliği kapatmıştır²¹¹. Nitekim Anayasa'ya ve İçtüzüğe eklenen siyasal denetimin gerçekleşmemesi durumunda öngörülen kendiliğinden yürürlükten kalkma yaptırımı, OHAL CBK'leri için öngörülen siyasal denetimin etkisini güçlendirmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki süreç takip edildiğinde yapılan düzenlemeler hukuk devleti lehinedir.

Anayasa koyucunun OHAL kararnameleleri için öngördüğü denetimin siyasal denetim olduğu aşikardır, yargısal denetim yolu bu kararnameleler için açıkça Anayasa tarafından kapatılmıştır. Bununla birlikte etkinliği arttırılmış olsa dahi siyasi denetimin yeterli olmadığı ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından yargısal denetimin yerini tutamayacağı ileri sürülmektedir²¹². Zira hukuk devleti ilkesinin özü temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınmasıdır. Bu noktada Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklara yer verilmişken bu hallerde çıkarılan KHK/CBK'lerin

209 Yüzbaşıoğlu, s. 208.

210 AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, 22.05.2003, (RG., 16.03.2004, S. 25404).

211 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.

212 Özbudun, s. 346.

15. maddeye uygunluğunun da ancak yargısal denetimle sağlanabileceği ifade edilmektedir²¹³. Nitekim olağanüstü hallerde devletin erkleri arasındaki denge bozularak yürütme güçlendiğinden hukuka aykırılığın ortaya çıkması çok daha olasıdır²¹⁴. Bu bakımdan 148. maddede yapılacak bir değişiklik ile denetim yasağının kaldırılması, eski adıyla OHAL KHK'lerinin yeni sisteme göre OHAL CBK'lerinin yargısal denetimi konusunda en uygun çözüm olarak savunulmaktadır²¹⁵. Hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla uygulanabilmesi için bu ilkenin zorunlu unsurlarından olan yargısal denetimin OHAL CBK'lerinde de belirli sınırlar dahilinde işletilmesi gerekmektedir.

Sonuç

Hukuk devleti ilkesi hukuka güvenin ve hukuki güvenliğin sağlanmasını amaçlar. Devletin tüm işlemlerinde hukuk ile bağlılığının sağlanması ile kişi hak ve özgürlüklerine yönelik müdahaleler engellenir ya da öngörülebilir kılınır. Bu bakımdan tarihsel süreçte özellikle yürütme organından kaynaklanan bu müdahalelere karşı devletin hukukla sınırlanması, hukuk devletinin temel unsuru olan yargı denetiminin etkili kılınması ile sağlanmıştır. Anayasa ile düzenlenmesi açısından hukuki rejimler olan olağanüstü hâl rejimleri de yürütmenin yetkilerinin arttığı yönetim usulleridir. Olağanüstü dönemlerde yürütmenin sahip olduğu aktif rol, çoğunlukla OHAL kararnamelele ile hukuk düzenine yansımaktadır. Bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin dahi geniş ölçüde sınırlandırılabilmesi nedeniyle, yürütmenin bu yetkisinin anayasal sınırlar içerisinde kalması hukuk devleti açısından da önem arz etmektedir.

1982 Anayasası'nın 2017 yılındaki değişiklik öncesi metninde, OHAL KHK'lerinin unsurlarından bazıları Anayasa'da açıkça belirtilmekteyken konu unsuru bakımından açık bir düzenleme öngörülmeyip "olağanüstü dönemin gerekli kıldığı konular" tanımlaması ile yetinilmişti. Bu durum unsurların bir arada ve bağlantılı şekilde değerlendirilerek OHAL KHK'lerinin gerçek muhtevasının tespit edilebileceği yorumlarına yol açmıştı. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile getirilen OHAL CBK'leri bağlamında da aynı durum devam etmektedir.

2017 yılındaki değişiklik öncesinde, OHAL KHK'lerine yargısal denetim yolunun Anayasa ile kapatılması sebebiyle, AYM'nin 1991 yılında verdiği karar ve 2016 yılına dek devam ettirdiği içtihadı tartışmalara sebep olmuştur. Bazı yazarlarca AYM'nin OHAL KHK'lerini maddi kriter bağlamında inceleyerek bir bakıma sınırlı bir denetimden geçirmesinin Anayasa'nın 148. maddesine aykırı

213 Kuzu, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 421.

214 Rüzgâr, s. 62.

215 Gözler, İnceleme, s. 60.; Yüzbaşıoğlu, s. 208.; Özlü, s. 643.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 157.

olduğu savunulmuştur. Buna karşın AYM'nin olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükleri koruma amacıyla sınırlı denetime başvurmasının hukuk devleti ilkesine uygun düştüğünü ileri süren yazarlar da mevcuttur. Aynı tartışmalar, 2016 yılında AYM'nin içtihat değişikliğine giderek OHAL KHK'lerinde ilk incelemede yetkisizlik kararı vermesi ile devam etmiştir ve görülen odur ki devam edecektir. Zira OHAL KHK'leri bağlamında öngörülen yargısal denetim yasağı, 2017 tarihli Anayasa değişikliğinin getirdiği yeni sisteme uygun şekilde düzenlenen OHAL CBK'leri bakımından da varlığını sürdürmektedir.

Hukuk devleti ilkesi gereğince devlet organlarının yargısal denetimi, özellikle yürütmenin güçlendiği olağanüstü dönemlerde büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın 148. maddesine göre, yürütme organı tarafından çıkarılan OHAL KHK/CBK'lerine yargısal denetim yolu kapalıdır ve TBMM onayına bağlanan bu KHK/CBK'ler için sadece siyasal denetim öngörülmüştür. 2017 yılı Anayasa değişikliği öncesi dönemde siyasal denetime işaret eden mülga 121. maddede TBMM'de izlenecek usul için İçtüzük işaret edilmesine karşın ilgili düzenlemenin uzun süre yapılmaması sebebiyle TBMM'de süreç işletilmediğinde OHAL KHK'lerinin akıbeti belirsiz kalmıştır. 2017'deki Anayasa değişikliği ile OHAL CBK'lerinin TBMM'de görüşülerek onaylanması için öngörülen süreye bizzat Anayasa'da yer verilmiş ve süreye uyulmaması durumu yine Anayasa'da OHAL CBK'lerinin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı yaptırımına bağlanmıştır. 2018 yılında da bu düzenlemeye paralel şekilde İçtüzükte değişiklik yapılmıştır.

Bu bakımdan 2017 yılına dek siyasal denetimin etkin şekilde işletilmesine yönelik gerekli düzenlemelerin var olmadığı açıktır. AYM'nin 1991 içtihadının da bu bağlamda olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin etkisiz siyasal denetim yüzünden tamamen denetim dışı kalmasının engellenmesi amacını taşıdığı savunulmaktadır. Anayasa'nın OHAL KHK/CBK'lerine yargısal denetim öngörülmediği açık olmasına karşın AYM eli ile 148. maddedeki denetim yasağı aşılmaya çalışılmıştır. 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile 119. maddeye savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması hali dışında OHAL CBK'lerinin üç ay içinde TBMM'de görüşülerek karara bağlanması, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü eklenmiştir. Buna göre OHAL CBK'leri TBMM'de onaylanarak kanunlaşacak ve diğer kanunlar gibi yargı denetimine tabi olacaktır. Üç aylık kısa bir süre içerisinde OHAL CBK hükümlerinin yargı denetimine nakli açısından bu hüküm oldukça önemli ve değerlidir. Bu açıdan bakıldığında 2017'deki değişikliğin, siyasal denetimi güçlendirilmesi ile yargısal denetim açısından da bir gelişim olduğunu belirtmek gerekir.

Bununla birlikte hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde devletin bütün işlemlerinin yargı denetimine tabi olması esastır. Özellikle Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan güvenceler ve çekirdek haklar bakımından yargı denetimi elzemdir. Nitekim devlet organları arasındaki dengenin bozulduğu kriz hallerinde hukuka aykırılıklarla karşılaşmanın daha muhtemel olduğu bir gerçektir. Çekirdek alana müdahale yasağının işler kılınmasını da bağımsız ve tarafsız mahkemelerce gerçekleştirilecek yargı denetimi garantileyecektir. Burada önemli nokta, olağanüstü halin ilan edilmesini gerekli kılan olağan dışı durumun mahiyeti göz önünde tutularak 15. maddedeki güvenceler ile olağanüstü dönemin koşulları arasında bir denge kurulmasının sağlanmasıdır. Bu bağlamda siyasal denetimin etkinleştirilerek makul sürede kanunlaşan OHAL CBK hükümlerinin yargı denetimine ulaştırılması ile hukuk devleti ilkesine bir nebze yaklaşmıştır, sorumlu olacaktırlar.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Alan, Nuri, “(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 1, 2003, s. 1-9, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36187>
- Akad, Mehmet, Vural Dinçkol, Bihterin, Bulut, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 17. Baskım, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- Akartürk, Ekrem Ali, “Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHAL KHK’lerinin Hukukla İmtihanı (!)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2016, s. 197-213, https://yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf.
- Aktaş, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 2020/1, s. 1-32, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/983688>.
- Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 65-85.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Barın, Taylan, “2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa’ya Uygunluk Denetimi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, 2019, s. 353-380, <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2020/1/gsuofd-2019-2-872.pdf>.
- Bayra, A.Ersin, *Güvenlik Devleti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Boztepe, Mehmet, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 2018, s. 378-395, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626326>.
- Bulut, Nihat, “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, *Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan*, Der Yayınları, 2012, s. 297-318.
- Can, Osman, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2020, s. 133-192, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1382047>.
- Can, Osman, Şimşek Aktaş, Duygu, “Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1, 2017, s. 13-44, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331955>.
- Döner, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Duran, Lütfi, “Bunalım Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 50, Sayı: 3, 1995, s. 141-158, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36417>.
- Duran, Lütfi, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, Ankara, 1984, s. 57-87, https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6320/lutfi_duran.pdf.
- Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Esen, Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2016, s. 45-73, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398633>.

- Esen, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartlar*, 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1994.
- Gözler, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.
- Gözler, Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 47, Sayı: 4, 1990, s. 561-590, <https://www.anayasa.gen.tr/olaganustuhal.pdf>
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.
- Gözler, Kemal, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2017, s. 39-67, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-1/2.pdf>.
- Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960
- Hayek, F. A., *The Road to Serfdom. Routledge Classics*, 2006, (first published 1944).
- Hayek, Friedrich A. (Terc. Sevda Gültekin Aktolga, Ali Rıza Çoban), “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti”, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2008.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Konuk, Mithat, “Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 2177-2194, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/621660>.
- Kunig, Philip, “Der Rechtsstaat”, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerichts*, Peter Badura & Horst Dreier, Mohr Siebeck, 2001, s. 421-444.
- Kuzu, Burhan, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, Kazancı Kitap, İstanbul, 1993.
- Kuzu, Burhan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.
- Öden, Merih, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 3, 2009, s. 659-691, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625637>.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Özlü, Rukiye Mehtap, “Yürütme Organı Tarafından Olağanüstü Dönemde Yapılan Kanun Gücündeki Normların Anayasa Uygunluk Denetimi Konusunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 12, 2018, s. 613-646, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/596374>.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law. Oxford University Press*, New York, 1979.
- Rüzgâr, Canel, *1982 Anayasası’nda Hukuk Devleti İlkesi ve Geçici 15. Madde*, Yayımlanmamış.

lanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1999.

- Sancar, Mithat, “*Devlet Aklı*” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2018.
- Thieme, Werner, “Liberalismus und Grundgesetz”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 113, H. 2, 1957, s. 285-300, <https://www.jstor.org/stable/40748475>.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 23. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019.
- Tülen, Hikmet, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, 2004, s. 79-110, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1881259>.
- Türk, Ender, 1982 *Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti”, *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 200-211.
- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yaylalı, Mustafa, “Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 23, Sayı: 91-92, Yaz-Güz 2018, s. 93-109, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/653307>.
- Yazıcı, Serap, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- Yavuzdugan, Seçkin, 1982 *Anayasası'nda Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2003.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996.

İnternet Kaynakları

- Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1594 (2007), “The Principle of the Rule of Law”, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17613&lang=en> (17.01.2022).
- Venice Commission, CDL-AD (2011)003rev, Report on the Rule of Law, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e) (17.01.2022).
- <https://www.resmigazete.gov.tr> (08.01.2022).
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2018-91-nrm.pdf> (08.01.2022).