



Dr. Levent Gönenç¹
Merkez Direktörü

Hukuk Çalışmaları Merkezi

OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİNE DAİR GÖZLEMLER

Yürürlükteki 1982 Anayasası'nın 120. Maddesine göre; "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde..." olağanüstü yönetim usullerinden biri olan "olağanüstü hal" ilan edilebilir. Bu maddeye göre, olağan yönetim usullerinden olağanüstü yönetim usullerine geçişin sebebi, toplum ve devlet hayatında olağan yönetim usulleri ile aşılamayacak bir kriz durumunun ortaya çıkmış olmasıdır. Çağdaş liberal demokratik anayasaların çoğunda bu tür olağanüstü tedbirler içeren hükümler mevcuttur.

Türkiye 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında bir olağanüstü yönetim usulü olan "olağanüstü hal" ile yönetilmeye başlandı. Ve haklı sebeplerle 21 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal ile birlikte olağanüstü hal rejimine özgü bir hukuki enstrümanı olan "olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri" (OHAL KHK) birbiri ardına yayımlanmaya başladı.

Başlangıçta, 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında alınması gerekli görülen tedbirleri içeren KHK'ler zamanla bu makul sınırların ötesine geçip "olağan bir yönetme enstrümanı" gibi kullanılmaya başlandı. Normal şartlar altında kanun konusu olması gereken düzenlemeler OHAL KHK'lerinin içine yerleştirildi. Üniversitelerde görev yapan araştırma görevlilerinin statüsünden kıs lastiği takma zorunluluğuna kadar olağanüstü halle ilgisi olmayan pek çok

¹ http://www.tepav.org.tr/tr/ekibimiz/s/1279/Levent+Gonenc_+Dr.

farklı konu KHK ile düzenlendi. Daha da önemlisi, OHAL son erdikten sonra yürürlükte kalıp kalmayacakları hukuken tartışmalı olan bu KHK'lerle "kalıcı" olabilecek kurum ve kurallar ihdas edildi.

Bu "Politika Notu"nda yürürlükteki Anayasamıza göre "olmaması gereken" bu durumun sebep ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin Rolü

Anayasa Mahkemesi (AYM), geçmişte olağanüstü halin gereklerini aşan KHK'leri denetleyip iptal ederken, 15 Temmuz 2016 sonrası geçmişteki içtihadını değiştirip OHAL KHK'lerini denetlenemeyeceğini karara bağladı. Anayasanın ilgili hükmünü çok dar yorumladığı kararlarında AYM şu gerekçeye yer verdi²:

Olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hal 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 yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'lerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hükme rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmaz.

AYM'nin bu içtihadıyla birlikte OHAL KHK'leri "denetimsiz norm" niteliğini kazandı ve AYM yürütme organına özgürce hareket edebileceği bir icra alanı açmış oldu. Daha da önemlisi, olağan dönemde büyük ihtimalle AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunup iptal edilecek düzenlemeler, olağanüstü halin gereklerini aşacak biçimde, hukuk hayatında etki ve sonuç doğurmaya başladı.

AYM bu kararlarıyla içtihat kapısını kapattıktan sonra geriye bir tek yol kalıyordu: TBMM'nin bu KHK'leri kabul edip "kanun" haline dönüştürmesi ve AYM'nin bu normları "kanun olarak" denetlemesi. Nitekim bildiğimiz kadarıyla, TBMM bugüne kadar beş OHAL KHK'sini kabul edip kanunlaştırdı ve bunlar Ana Muhalefet Partisi tarafından denetlenmek üzere AYM'ye götürüldü.

"Hukuk Devleti" ilkesinin OHAL rejimi altında hayata geçirilmesine hizmet edebilecek bu olumlu adımın arkası gelmedi. Bugüne kadar yürürlüğe giren OHAL KHK'lerinin sayısı (ilki 23 Temmuz 2016'da, sonuncusu ise 24 Aralık 2017 tarihinde yayımlanan toplam 30 adet KHK) şu an itibarıyla kanunlaşan KHK sayısının altı katına ulaşmış durumda. Bu bağlamda, Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olarak, yürütme ve yasama organlarının OHAL KHK'lerini

² AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, KT. 12.10.2016; E. 2016/167, K. 2016/160, KT. 12.10.2016.

kanunlaştırma adına başlangıçta attığı olumlu adımları sürdürmesi ve böylece KHK'lerin AYM'ye Anayasaya uygunluk denetimi için götürülebilmesini mümkün kılması büyük önem taşımakta.

OHAL KHK'lerinin Olağan Yönetim Enstrümanına Dönüşmesinin Sakıncaları

“OHAL KHK'lerinin olağan yönetim enstrümanı olarak kullanılması Anayasamızın öngördüğü OHAL rejimi ve Hukuk Devleti ilkesi açısından sorunludur.” Bu tespitimizi temellendirebilmek için, karşılaştırmalı bir bakış açısıyla, öncelikle bir hukuki enstrüman olarak kanunun ve kanun hükmünde kararnamenin avantajları ve dezavantajları üzerinde durmamız yerinde olur.

Çağdaş liberal demokratik hukuk sistemlerinde tüm toplumu ilgilendiren ve bağlayan ve özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin konuların kanunla düzenlenmesi esastır. Çünkü:

1. Kanunlar, “yasama süreci” olarak adlandırdığımız prosedürel aşamalardan geçerek hukuk sistemine dahil olurlar. Bu süreç çerçevesinde kanunlar, kanun-koyucular tarafından tartışılır ve olgunlaştırılır. Daha da önemlisi, bu aşamalar kamuoyuna açık bir biçimde gerçekleşir.

OHAL KHK'leri ise, böyle bir tartışma ve olgunlaştırma sürecinden geçmeksizin, kamuoyuna kapalı bir prosedür çerçevesinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır.

2. Kanunlar “gerekçeli” olarak hazırlanır. Bir kanunun uygulanması aşamasında gerekçesi ilgili hükümlerin açıklanması ve yorumlanması açısından yol göstericidir.

OHAL KHK'leri gerekçe içermez.

3. Kanunlar AYM'nin denetimine tabidir. Anayasaya aykırı kanunlar AYM'nin denetimi sayesinde hukuk sisteminden ayıklanırlar. Bu, özellikle temel hak özgürlükler açısından önemli bir güvencedir.

OHAL KHK'leri ise, kural olarak, AYM'nin denetimine tabi değildir. Özellikle AYM'nin son içtihat değişikliğinden sonra OHAL KHK'lerinin mevcut durumda denetlenme imkanı tamamen ortadan kalkmış bulunmaktadır.

Bütün bu dezavantajlarına rağmen OHAL KHK'lerinin yürütme organı açısından önemli bir avantajı olduğu da gerçektir: OHAL KHK'leri yürütme organının hızlı ve kolay bir biçimde karar almasını ve uygulamasını mümkün kılar.

Özetle, OHAL KHK'leri kamuoyuna kapalı bir ortamda, tamamen yürütme organının inisiyatifıyla hazırlandıkları ve ayrıca gerekçesiz ve denetimsiz oldukları için yürütme organı tarafından asıl yönetme enstrümanı olarak tercih edilebilmektedir.

695 ve 696 sayılı KHK'ler

OHAL KHK'leri yürütme organının işini kolaylaştırırsa da yukarıda değindiğimiz dezavantajları dolayısıyla ciddi hukuki tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Son yayımlanan 695 ve 696 sayılı KHK'ler bağlamında meseleyi somutlaştıralım:

Bu KHK'lerle ilgili öncelikle şu tespit yapılabilir: Yürütme organı OHAL ile hiç ilgisi olmayan konuları KHK ile düzenleme tercihini sürdürmektedir. Hatta yürütme organının OHAL KHK'lerini "torba kanun" gibi kullanmaya başladığı görülmektedir. 696 sayılı KHK çoğu OHAL ile ilgisiz 137 maddeden oluşmaktadır. Münhasıran kanun konusu olması gereken ekonomiyle ilgili OHAL ile ilgisi olmayan şu iki düzenleme örnek olarak verilebilir: Hazine'ce bütçe ve borçlanma yasası limitlerinin devre dışı bırakılarak borçlanma senedi ihraçları yapılmasını düzenleyen madde (m. 6), Türkiye Varlık Fonu'na ya da kuracağı şirket ya da alt fonlara dış borç devri, dış borç ikrazı ya da Hazine garantisi sağlanmasına ilişkin madde (m. 86).

Bunun yanında özellikle 696 sayılı KHK'de yer alan bir düzenleme, OHAL KHK'lerinin yukarıda değindiğimiz dezavantajlarının uygulamada nasıl sıkıntılara yol açabileceğini açıkça göstermektedir.

696 sayılı KHK'nin 121. Maddesine göre:

(2) Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.

Kamuoyunda "sivil cezasızlık" olarak nitelendirilen bu düzenleme; muğlak ifadeler içerdiği ve bu haliyle Anayasa'nın öngördüğü OHAL'in hukuki çerçevesinin dışına taşıdığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Gerçekten maddede yer alan "...bunların devamı niteliğindeki eylemler..." ibaresi, 15-16 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan olayların yanında; bu tarihlerden sonra, şimdi veya gelecekte yaşanacak benzer olaylar için de sivillere böyle bir cezasızlık hükmü getirileceği kanısını uyandıracak şekilde kaleme alınmıştır. "Devam niteliğindeki" eylemlerin neler olduğu, toplumsal olayların karmaşık ve kaotik ortamında bunların nasıl tespit edileceği ve bu ibarenin hangi zaman dilimini kapsadığı hukuken tartışmaya açık hususlardır.

Eğer bu düzenleme kanunla yapılmış olsaydı, TBMM'de yasama sürecinde tartışılıp olgunlaştırılacak ve gerekçesiyle birlikte kabul edilip yürürlüğe girecekti. Eğer böyle yapılmış olsaydı, büyük ihtimalle kamuoyunda tartışma konusu olan noktalar yürürlüğe girmeden önce netleştirilecek ve kanun belirsizliklerinden ayıklanmış olarak hukuk sistemine dahil olacaktı.

Hukuk Devleti ilkesi tüm toplumu ilgilendiren ve bağlayan; genel, objektif ve soyut kuralların "bilinebilir" ve "anlaşılabilir" olmasını gerektirir. Bu bilinebilirlik ve anlaşılabilirlik; yönetilenlerin toplumsal hayat içerisinde yaşam projelerini şekillendirebilmeleri ve eylem ve davranışlarının biçimini tayin edebilmeleri açısından önemli olduğu kadar, yöneticilerin iktidarlarını keyfi bir biçimde kullanmalarının engellenmesi açısından da önemlidir. Dolayısıyla, bir hukuk

devletinde hukuk kurallarının, özellikle kanunların, muğlak ifadeler içermemesi esastır. 696 sayılı KHK'de yer alan düzenlemenin özellikle bu bağlamda tartışılması gerekir.

Oysa yaşanan son gelişmeler aksi yöndedir. Söz konusu düzenleme etrafında yapılan tartışmalar bize göstermektedir ki, "hukuk" unutulup hukuki konular kolaylıkla siyasi alana çekilebilmektedir. Saflar belirlenmekte, taraflar keskinleşmekte ve açıklamalar sertleşmektedir. Özellikle yürütme kanadından yapılan açıklamalar, bu düzenlemenin tartışma konusu dahi yapılmasının istenmediğini ortaya koymaktadır. Oysaki hukuk kurallarının ve dolayısıyla hukuk sisteminin mükemmelleşmesi ve sağlıklı bir şekilde işlemesi en başta yöneticilerin meşruiyetini pekiştirecek bir durumdur. Unutulmamalıdır ki, hukuk kurallarının muğlaklığı iktidar-muhalefet, herkes için bir sorundur. 2007 yılında Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin bitmesinin ardından patlak veren Cumhurbaşkanı'nın seçimine ilişkin anayasal krizi hatırlayalım. Bu kriz ve AYM'nin çok tartışılan "367 Kararı" Anayasa'nın 96. maddesindeki muğlaklıktan kaynaklanmamış mıydı?

Sonuç olarak, şunun hiçbir zaman unutmamalıyız: Hiçbir hukuk kuralı mükemmel değildir. Dolayısıyla, her hukuk kuralı tartışılabilir ve eleştirilebilir. Hukuk âleminde mükemmel ulaşmanın yolu bu fikri olgunluktan geçer. Bugün en çok ihtiyacımız olan şey, hukuku "hukuk" olarak, evrensel hukuk ilkelerinin ışığında tartışmaktır. Aksi takdirde son yıllarda ciddi biçimde hasara uğramış olan hukuk sistemi daha da fazla hasara uğrayacaktır. Bunun telafisi ise fevkalade güçtür...