

Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleriyle Kişilerin Meslekten veya Kamu Görevinden Çıkartılması İşlemine Karşı Yargı Yolu

Avukat Fahrettin Kayhan- Avukat Neslihan KAYHAN

15 Temmuz 2016 büyük krizinden sonra 20 Temmuz 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu 21 Temmuz 2016 saat 01.00'dan itibaren 90 gün süreyle olağanüstü hâl ilanına karar vermiştir¹. Olağanüstü hâlin ilanından bu makalenin yazımı tarihine kadar Anayasanın 121 inci maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 4 üncü maddesine göre, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca sekiz adet olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarılmıştır².

Olağanüstü hal kapsamında alınması gereken tedbirler arasında 667 sayılı Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesinde, yargı mensupları ile bu meslekten sayılanların meslekten çıkartılmasının, 4. maddesinde ise kamu görevlilerin kamu görevinden çıkarılmasının şartları ve yöntemi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen yargı mensupları

¹ Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3ncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, 21.7.2016 Perşembe Günü Saat:01:00'dan itibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında 2016/9064 sayılı Karar, 21 Temmuz 2016 tarih ve 29777 sayılı Resmi Gazete.

² 22/7/2016 tarih ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, 23/7/2016 tarih ve 29779 sayılı **Resmi Gazete**; 25/7/2016 tarih ve 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 27/7/2016 tarih ve 29783 sayılı **Resmi Gazete**; 25/7/2016 tarih ve 669 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 31/07/2016 tarih ve 29787 sayılı **Resmi Gazete**; 15/8/2016 tarih ve 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 17/8/2016 tarih ve 29804 sayılı **Resmi Gazete**; 15/8/2016 tarih ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 17/8/2016 tarih ve sayılı 29804 **Resmi Gazete**; 15/8/2016 tarih ve 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname, 1/9/2016 tarih ve 29818 (mükerrer) sayılı **Resmi Gazete**; 15/8/2016 tarih ve 673 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 1/9/2016 tarih 29818 (2. mükerrer) ve sayılı Resmi Gazete; Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname; 1/9/2016 tarih ve 29818 (2. mükerrer) sayılı **Resmi Gazete**.

ile bu meslekten sayılanlar meslekten, kamu görevlileri ise kamu görevinden çıkarılacaktır. Kararnamede, çıkarma işleminin hangi organ tarafından ve ne şekilde yapılacağı da her bir meslek veya görev türü için ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

667 sayılı Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımından dört gün sonra çıkartılan 668 sayılı olağanüstü Kanun hükmünde kararnamenin 2. Maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ise milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan Kararname ekindeki (1) sayılı listede yer alan asker kişiler Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarıldığı ilan edilmiştir. Yeni kararnamedeki bu maddeyle 667 sayılı Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. Maddesinde belirlenen usûlden vazgeçildiği ya da onun yanında yeni bir usul benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu ikinci kanun hükmünde kararnamede kamu görevinden çıkartılan kişilerin isim listesi yayınlanmak suretiyle haklarında işlem tesis edildiği görülmektedir. Sonraki 669, 670, 672 sayılı Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin 2. maddelerinde de kişilerin isim listeleri yayınlanarak haklarında kamu görevinden çıkartılarak bireysel işlem tesis edilmeye devam edilmiştir.

Bundan başka söz konusu kanun hükmünde kararnamelerle bazı temel kanunlarda değişiklik yapılmış, soruşturma ve kovuşturmalara ilgili olarak olağanüstü hâl süresince kişilerin savunma hakkına kısıtlamalar getirilmiştir.

Siyasi ve hukuki çevrelerde bu kanun hükmünde kararnameler birçok yönden yoğun tartışmalara yol açmıştır. CHP, kararnamelerin Anayasaya aykırılığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvuru yapma hazırlığı içerisine girmiştir.

Bu konudaki tartışmalar iki noktada toplanmaktadır. Birincisi 15 Temmuz sonrası çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülüp sürülemeyeceği, ikincisi ise bu kanun hükmünde kararnamelerle haklarında Türk Silahlı Kuvvetlerinden ve Kamu görevinden çıkarılanların dava hakkı olmadığı meselesidir.

Tartışılan konulardan biri de, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle kişilerin meslekten veya kamu görevinden çıkartılması işlemine karşı yargı yolunun açık olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Anayasanın 148. Maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre: **“...Olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”** Bu

hükümden hareketle, kamuoyunda 15 Temmuz sonrası çıkartılan olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle ilgili yargı yolunun kapalı olduğu yolundaki görüş sıkça ifade edilir olmuştur. Anayasanın bu hükümden hareketle olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerle Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fetullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlendiği gerekçesiyle meslekten veya kamu görevinden çıkarılmasına karar verilenlerin bu işlem hakkında dava açamayacağı yönünde görüşler ifade edilir olmuştur.

Bu görüşü ifade edenlere göre: Anayasanın 148. Maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre bu Kanun hükmünde kararnameler hakkında Anayasaya aykırılık ileri sürülemeyeceğinden açılacak iptal davalar da otomatik olarak reddolunacaktır.

Bu makalemizde, 15 Temmuz 2016 krizinden sonra çıkartılan olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin yargı denetimine tabi olup olmadığı ve buna bağlı olarak Fetullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlendiği gerekçesiyle meslekten, kamu görevinden çıkarılmasına karar verilenlerin bu işlem hakkında dava açıp açamayacakları meselesini ele alacağız.

Makalemizin ilk bölümünde olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin niteliği, unsurları, düzenleme alanı, kanunlarla ilişkisi kısaca ele alınacaktır. İkinci bölümde olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi incelenecektir. Üçüncü bölümde ise olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile meslekten, kamu görevinden çıkarılması işlemine karşı yargı yolu ele alınacaktır.

A. Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi

1. Yargısal Denetim Yasağı ve Kapsamı

Kanun hükmünde kararname, Bakanlar Kurulunun doğrudan Anayasadan veya yasama organından yetki kanunu ile aldığı sınırlı yetkiye dayanarak yaptığı hiyerarşik olarak kanun seviyesinde olan düzenleyici işlemdir.

Anayasamızda iki tür kanun hükümde kararname öngörülmüştür. Anayasanın 91. Maddesinde düzenlenmiş olan olağan kanun hükmünde kararnamelerdir. Olağan dönemlerde çıkarılabilecek Kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak Anayasanın 91. Maddesi aynen şöyledir:

MADDE 91 - Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın

ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir.

Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz.

Kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir.

Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Kanun hükmünde kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir.

Kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.

Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür.

Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazetede Yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer.

Makalemizin konusunu oluşturan olağanüstü hâllerde çıkartılabilecek Kanun hükmünde kararnameler ise Anayasanın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasanın 121. Maddesi ise aynen şöyledir:

MADDE 121 - Anayasanın 119 ve 120 nci maddeleri uyarınca olağanüstü hal ilânına karar verilmesi durumunda, bu karar Resmî Gazetede yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır. Meclis, olağanüstü hal süresini

değiştirebilir. Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.

Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir.

Anayasanın 122. Maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde çıkartılacak kanun hükmünde kararnameler düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Anayasanın 121. Maddesindeki düzenlemeyle aynı cümlelerle ifade edilmiş olup, hukuksal statüleri bakımından olağanüstü hâllerde çıkartılabilecek kanun hükmünde kararnamelerle, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde çıkartılacak kanun hükmünde kararnameler arasında hukuksal bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretilerde bu kararnameler, olağanüstü kararnameler, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri gibi farklı adlarla ifade

edilmiştir³. Biz, bu makalede, “olağanüstü kanun hükmünde kararname” terimini tercih ediyoruz.

Olağanüstü kanun hükmünde kararnameler, olağan kanun hükmünde kararnamelerden farklı birçok özelliğe sahip olmasına karşın, bu ikisi arasında birçok yönden benzerlik bulunmaktadır⁴. Bu iki kanun hükmünde kararname türünü düzenleyen Anayasa hükümleri arasında “genel hüküm-özel hüküm” ilişkisi bulunmaktadır. Buna göre olağan kanun hükmünde kararnameleri düzenleyen 91.madde genel hüküm, olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri düzenleyen 121. maddesinin üçüncü fıkrası ile 122. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası ise özel hüküm niteliğindedir⁵. Bu nedenle olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle ilgili 121. maddesinin üçüncü fıkrası ile 122. Maddesinde hüküm bulunmayan hallerde, genel hüküm niteliğindeki 91. Madde uygulanacaktır.

Olağan Kanunun hükmünde kararnamelerle, olağanüstü Kanun hükmünde Kararnameler arasındaki en tartışmalı fark bunların yargısal denetimine ilişkindir. Konuyu düzenleyen Anayasanın 148. Maddesi şöyledir:

MADDE 148 - Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler **(Ek ibare: 5982 - 7.5.2010 / m.18)** “ve bireysel başvuruları karara bağlar”. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

Madde metninden anlaşılacağı üzere Anayasanın 148. Maddesi, kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas yönünden yargı denetimine tabi olduğunu belirtirken, olağanüstü kanun hükmünde kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesine dava açılmayacağını hükme bağlamıştır.

Olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin, olağan kanun hükmünde kararnamelerin aksine Anayasaya uygunluk açısından denetlenemeyeceği hükme bağlanmakla birlikte, bu yasağın hem iptal davaları hem de itiraz yolunu kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışmalıdır.

³ Ender, TÜRK: 1982 Anayasasına Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi, Seçkin Yayınları, 2013, Ankara s. 19.

⁴TÜRK: s. 85

⁵ Kemal, GÖZLER: Kanun Hükmünde Hukuki Rejimi, Ekin Yayınları, Bursa, S.178.

İptal davası, Anayasanın 150. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasî partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır.

İtiraz yolu ise Anayasanın 152. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. Fıkrasına göre: Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Bir görüşe göre, Anayasanın 148. Maddesindeki, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak **“Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz”** ibaresi sadece Anayasanın 150. Maddesinde düzenlenmiş olan **“iptal davası”** açılması yolunu kapatmaktadır. olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin itiraz yoluyla Anayasaya aykırılığının denetlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Buna göre, 148. Maddenin metninde, **“itiraz yoluna başvurulmaz,”** “görülmekte olan bir davada Anayasaya aykırılık definde bulunulamaz” gibi bir düzenleme yapılmamış, sadece **“Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz”** ibaresi kullanılmıştır. Anayasa, itiraz yolunu da kapamak isteseydi, bunu açıkça hükme bağlardı. Kaldı ki **“iptal davası”** ve **“itiraz yolu”** Anayasanın iki ayrı maddesinde düzenlenmiş ve itiraz yolu için “dava” nitelmesi kullanılmamıştır⁶. Ayrıca kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi kural, denetim yasağı istisnadır. Dolayısıyla tüm yasaklar gibi, dar yorumlanmalı, yasağın kapsamı genişletilmemelidir⁷.

Anayasa'daki bu düzenlemeye karşın 2949 sayılı mülga Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 19. Maddesinde “Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasanın 121 ve 122. Maddeleri gereğince çıkartılan kanun hükmünde kararnamelere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmaz ve

⁶ Zafer, ÜSKÜL: “Türkiye’de Olağanüstü Hal Hukuksal Çerçevesi,” Olağanüstü Hal Üzerine Yazılar, Buke Yayınları, İstanbul, 2003, s.67-68

⁷ TÜRK: s.148-149

mahkemelerde anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez” şeklinde düzenlenmişti. Mülga Kanunun bu hükmünün Anayasaya aykırı olup olmadığı öğretilerde tartışılmıştır. Bu kanun yürürlükteyken, Anayasa Mahkemesi olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak yapılan “itiraz başvurularını” yasak kapsamında değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre:

“...Nitekim, 2945 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 19. maddesi hükmüne göre "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasa'nın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmaz ve mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülemez."

Yasa'nın 19. maddesi birlikte değerlendirilmesinden bu tür kanun hükmünde kararnameler hakkında gerek iptal davası açılması, gerekse itiraz başvurusunda bulunulması durumlarında bunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi olanaksızdır.

Bu nedenlerle olağanüstü hal kanun hükmünde kararname kuralı olan itiraz konusu kuralın iptaline ilişkin istemin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir⁸.

Ne var ki, 2949 sayılı kanun 3. Nisan 2011'de yürürlükten kalkmış, yerine konulan 6216 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununda ise 2949 sayılı kanunun 19. Maddesinde yer alan hükme benzer bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanmasının önünde bir engel kalmamıştır. Anayasanın 148. Maddesinin yukarıda özetlenen yorumu çerçevesinde, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunun itiraz yoluyla denetlenmesinin yasak kapsamına olmadığı söylenebilir⁹.

Kuşkusuz itiraz yoluyla Anayasaya aykırılığın ileri sürülebilmesi için, bu aykırılığın görülmekte olan bir dava içinde taraflarca ileri sürülmesi, bu iddianın mahkeme tarafından ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulması gerekmektedir.

⁸ Anayasa Mahkemesinin 26 Mayıs 1992 tarih ve 1992/30 E. 1992/36 K. sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr

⁹ TÜRK: S.149

İşte meselenin **“gordiyum düğümü”** de bu noktada atılmış gözükmektedir. Olağan halde kamu görevinden çıkarma ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma işlemi ilgili personel yasalarına göre tesis edilen bireysel idari işlem niteliğindedir ve bu işlemlere karşı idari yargı da dava açmak ve bu davada idari işlemin tesisinde dayanılan kanun maddesinin Anayasaya aykırılık defini ileri sürmek mümkün gözükmektedir. Mahkeme Anayasaya aykırılık defini **“ciddi bulursa”** bunu Anayasa Mahkemesine taşıyacaktır.

15 Temmuz krizi sonrası 668, 669, 670, 671,672 sayılı kanun hükmünde kararnamelerde kamu görevinden çıkarmalarla ilgili olarak, genel, soyut ve kişilik dışı düzenlemeler yapılmamış, tersi bir yöntemle asker ve sivil kişiler hakkında **milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan”** nitelmesi yapılarak Liste halinde çıkarılanların isimleri yayınlamak suretiyle her biri hakkında kanun hükmünde **“bireysel işlem”** tesis edilmiştir. Bu işlem kanun gücünde olduğu için ilk bakışta bireysel idari işlemler gibi **“iptal davasının”** konusu olamayacak gibi gözükmektedir. Gerçekten de, kamu görevinden çıkarılanların, açacakları iptal davaları, İdari yargı organları tarafından işlemin kanun hükmünde kararname olduğu, ortada bir idari işlem olmadığı, dolayısıyla işlemin idari yargının görev alanına girmediği gerekçesiyle davayı görev yönünden de reddedebilecektir.

Gelinen noktada, kamu görevinden çıkarmalarla ilgili olarak kanun hükmünde kararnameyle tesis edilen işlem İdari yargının ve Anayasa Mahkemesinin denetiminden çıkarılmış ve yargısal denetim yasaklanmış gözükmektedir.

2. Yargısal Denetim Yasağının Ortaya Çıkardığı Hukuksal Sorunlar

Hemen belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü kanun hükmünde kararname çıkarmak konusunda bazı Anayasal sınırlamalara tabidir. Bu makalede ele aldığımız sorun açısından olağanüstü Kanun hükmünde kararnamelerin **“konu”** ve **“süre”** bakımından sınırları önem taşımaktadır.

Anayasanın “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlığını taşıyan 15. Maddesi şu şekildedir:

MADDE 15 - Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) (*) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz

Bu maddeye göre olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlükler, Anayasada öngörülen güvencelere aykırı olarak milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla durumun gerektirdiği ölçüde sınırlandırılabilir. Olağanüstü kanun hükmünde kararnameler de, olağanüstü hallerde çıkarıldığına göre, bu kararname türü temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasında ve sınırlandırılmasında düzenleme aracı olarak kullanılabilir. Dolayısıyla Anayasanın 15. Maddesinin olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri **“konu unsuru bakımından”** sınırlandırmaktadır.

Konu unsusu bakımından sınırlandırmanın ilki **“milletler arası hukuktan doğan yükümlülüklerdir.”** İkincisi ise, Anayasanın 15. Maddesinin ikinci fıkrasında yazılı haklar, mutlak korumadan yaralanacaktır. Olağanüstü Kanun hükmünde Kararnamelerle savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) (*) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamayacaktır¹⁰.

Öte yandan, Anayasanın 121 ve 122. Maddelerine göre olağanüstü kanun hükmünde kararnameler “ ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilir. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin sebebini oluşturan olaylardır. Dolayısıyla bu kararnameler, olağanüstü hale neden olan şeyleri ortadan kaldırmak için çıkartılabilir. Olağanüstü hale neden olan durumları ortadan kaldırmayı amaçlamayan veya bu amaç için elverişli olmayan konularda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarılamayacaktır. Olağanüstü hal ilanının amacı, olağanüstü hale neden olan olayları ortadan kaldırarak olağan hale dönüşü sağlamaktır. Anayasa Mahkemesi, konu unsuru yönünden, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru aracı, amacı

¹⁰ Murat, ÖZLER: 1982 Anayasasına Göre Olağanüstünün Olağanlaşması ve Kriz Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.s.152-153

gerçekleştirmeye elverişli olması, araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması gerektiğine karar vermiştir¹¹.

Olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin **“süre unsuru”** yönünden de sınırı vardır. Anayasanın 121 ve 122. Maddelerine göre olağanüstü kanun hükmünde kararnameler, yalnızca olağanüstü hal devam ettiği süre boyunca çıkarılabilirler. Olağanüstü hal ilan edilmeden önce veya olağanüstü hal kalktıktan sonra olağanüstü kanun hükmünde kararname çıkarılamaz. Bu şekilde çıkarılan kararname, **“zaman bakımından yetkisizlikle”** malül bir işlem olur¹².

Öte yandan, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle, Olağanüstü hâl kanunu ve diğer kanunlarda değişiklik yapıp yapılamayacağı tartışma konusu olmuştur. Öğreti, ağırlıklı olarak olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle diğer kanunlarda değişiklik yapılamayacağı, ancak olağanüstü hal ve sıkıyönetim bölgesi ve süresi ile sınırlı olmak üzere diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerle çelişen düzenlemeler yapılabileceği, olağanüstü hal kalktıktan sonra bu düzenlemelerin de uygulanmayacağı konusunda ittifak halindedir¹³. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle, diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde sürekli nitelikte değişiklik yapılamayacağını içtihat etmiştir¹⁴.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri konusunda Anayasanın 148. Maddesindeki düzenlemeyle, bunların yargı denetimine kapatılması; olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak konulan anayasal sınırları anlamsız ve etkisiz kılmaktadır. Özellikle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerin Anayasanın 15. Maddesinde öngörülen sınırları aşıp aşmadığı yargısal olarak denetlenemeyecek, bu maddede öngörülen güvencelerin pratik işlevi veya değeri kalmayacaktır. Bu kararnamelerin tümünden yargısal denetim dışında bırakılması halinde yürütme organı, Anayasadaki bu sınırlamalara aldırmadan “olağanüstü kanun hükmünde kararname” adı altında Anayasaya açıkça aykırı olarak yaptığı düzenlemeleri hayata geçirebilecektir.

Ayrıca, Anayasanın 125. Maddesinin birinci fıkrasında “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü yer almaktadır. Aynı

¹¹ Anayasa Mahkemesinin 3.7.1991 tarih ve 1991/6 E. 1991/20 K. sayılı kararı. Bkz. www.anayasa.gov.tr

¹² GÖZLER: s. 202

¹³ TÜRK: s. 84.

¹⁴ Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarih ve 1990/25 E. 1991/1 K. sayılı kararı, Anayasa Mahkemesinin 3 Temmuz 1991 tarih ve 1991/6 E. 1991/20 K. sayılı kararı

maddesinin altıncı fıkrasında ise, “Kanun olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir” denilmektedir. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, olağanüstü hallerde yargı yolunun kapatılamayacağı, sadece açılacak idari davalarda yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin “kanunla” sınırlayabileceği anlaşılmaktadır. Bu noktadan bakıldığında, olağanüstü hal yöneticilerinin işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan düzenlemeler içeren olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin Anayasanın 125/6 maddesine açıkça aykırı olacaktır.

Olağanüstü Kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimini yasaklandığında, Anayasanın 2, 15, 121/3, 122/2 ve 125/1-6 maddelerinde yer alan ilke ve normlar etkinliğini tamamen yitirecek, kağıttan kurallara (*rule of paper*) dönüşmüş olacaktır.

3. Yasağın Aşılması: Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi

Anayasa Mahkemesi, aktivist bir tutum benimseyerek, Anayasanın 148. Maddesiyle olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimine getirilen yasaklamayı daraltmıştır.

Anayasa Mahkemesi, başka konularda da benimsediği bir içtihattan hareketle¹⁵, bir düzenleyici işlemin adının “olağanüstü kanun hükmünde kararname” olarak yazılmış olmasının, tek başına, o metnin “olağanüstü kanun hükmünde” olarak nitelenerek Anayasa mahkemesinin denetim yetkisi dışında tutulması için yeterli olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında, bir işlemin, onu yapan organ tarafından yapılan hukuksal nitelendirmeyle kendini bağlı saymamış, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin, gerçekten olağanüstü kanun

¹⁵ Anayasa Mahkemesi İçtüzüklerin yargısal denetimi konusunda verdiği **1.5.2007 tarih 2007/45 Esas 2007/54 Karar sayılı kararında şu gerekçeyi ileri sürmüştür.** “...Ancak Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi görevini, önüne gelen yasama işleminin taşıdığı adla bağlı kalarak yerine getirmez.” Yasama organınca, Anayasada Anayasa Mahkemesinin denetim alanı içinde gösterilen işlemlerden başka isimler altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan yasama işlemleri de, eğer etkileri, nitelikleri ve içerikleri bakımından Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı yasama işlemleriyle eş durumda ise, bunların da Anayasa Mahkemesinin denetim alanı içinde olduğu, Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararıdır. Anayasa Mahkemesi pek çok olayda, adı içtüzük veya içtüzük değişikliği olmadığı ve içtüzüklerin yapım ve değiştirilmesindeki yöntemler uygulanarak oluşturulmadığı halde, değer ve etki bakımından birer içtüzük düzenlemesi veya değişikliği niteliğinde olan yani içtüzüğün bir kuralını değiştiren veya yeni bir içtüzük hükmü yaratan **Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarını veya uygulamalarını** içtüzük kuralı sayarak denetim alanı içinde görmüştür.”

hükmünde kararname olup olmadığını denetleme yetkisinin kendisine ait olduğunu içtihat etmiştir. Mahkemenin bu konudaki görüşü şu şekildedir¹⁶:

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında "Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz." denilmektedir.

Fakat, Anayasa Mahkemesi bir metnin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı olup olmadığını incelerken veya Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken o metni meydana getiren yasama veya yürütme organının o metni şu veya bu nitelikte kabul etmesiyle bağlı tutulamaz. Anayasa denetiminin amacı, Anayasa Mahkemesi'ni incelemesi için önüne getirilen metni nitelendirmesini zorunlu kılar; tersi durumda yasama veya yürütme organının nitelemede yanılıya düştükleri bir metnin denetim dışında kalması kabul edilmiş olur ki bu da Anayasa koyucu'nun Anayasa'ya uygunluk denetimi koymakla güttüğü amaca aykırı olur.

Bu nedenlerle, ilk incelemede 430 sayılı KHK'nin dava konusu 1-9. maddelerinin, Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında çıkarılabileceği ve 148. maddesinin birinci fıkrasında da biçim ve öz yönünden dava açılmayacağı öngörülen kanun hükmünde kararname kuralları niteliğinde olup olmadığının saptanabilmesi bakımından işin esasına girilmesi kararlaştırılmıştır. Bu durumda 430 sayılı KHK'nin maddelerinin olağanüstü hal KHK kuralları niteliğinde olup olmadığının saptanması zorunludur.

Anayasa Mahkemesi bu içtihadına başka kararlarında da bağlı kalmıştır¹⁷. Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında, olağanüstü hal veya

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarih ve 1990/25 E. 1991/1 K. sayılı kararı. Bkz. R.G. Tarih-Sayı :08.03.1992-21165

¹⁷ Anayasa Mahkemesinin 3.7.1991 tarih ve 1991/6 Esas, 1991/20 Karar sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı :08.03.1992-21165; Anayasa Mahkemesinin 22.5.2003 tarih 2003/28 Esas ve 2003/42 Karar sayılı kararı Resmi Gazete tarih/sayı: 16.03.2004/25404

sıkıyönetim süresince Anayasanın yetkili kıldığı organ tarafından çıkartılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında bırakılan olağanüstü kanun hükmünde kararname sayılabilmesi için Anayasanın 119, 120, 121 ve 122. Maddelerinde öngörülen koşulları taşıması gerekir. Bu koşulları taşımayan bir düzenleyici işlem, sadece adı “olağanüstü kanun hükmünde kararname” konulduğu için ya da olağanüstü halin devamı süresince çıkarıldığı için olağanüstü kanun hükmünde kararname olarak nitelendirilemezler.

Anayasa Mahkemesi düzenleyici işlemlerle ilgili genel yaklaşımını bu şekilde tespit ettikten sonra, her hangi bir düzenleyici işlemin olağanüstü kanun hükmünde kararname olarak nitelendirilebileceği konusundaki kıstasları da kendisi belirlemiş ve dava konusu işlemlerin hukuksal niteliğini bu kıstasları esas alarak belirlemiştir. Anayasa Mahkemesinin muhtelif kararlarında bir kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü kanun hükmünde kararname sayılabilmesi için göz önünde tutulması gereken kıstaslar şu şekilde belirlenmiştir:

(a) Anayasanın 119, 120 ve 122. Maddeleri gereğince “olağanüstü hâl” veya “sıkıyönetim” muayyen süreler için ilan edilir. Bu nedenle olağanüstü hâl rejimleri belli sürelerle sınırlıdır. Bu nedenle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin sadece olağanüstü hal süresince uygulanabilecek nitelikteki kuralları içermesi gerekir. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerin nasıl, olağanüstü hal öncesine uygulanması mümkün değil ise, aynı şekilde olağanüstü hal sonrasında da uygulanması yahut başka yer veya zamanda uygulanmak üzere geçerliliğini korumaları mümkün değildir. Bu nedenle, olağanüstü kanun hükmünde kararnameler ile yapılan düzenlemelerin, olağanüstü hal süresi dolduktan sonra uygulanmaya devam edilmez. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 148/1 maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi yasaklanmış bir olağanüstü kanun hükmünde kararnameden söze edebilmek için, bu kanun hükmünde kararnamelerin sadece olağanüstü hal süresiyle sınırlı olarak uygulanabilecek nitelikte kurallar içermesi gerekir. Olağanüstü hâlin sona ermesinden sonra da uygulanabilecek kurallar içeren bir kanun hükmünde kararname, olağan kanun hükmünde kararnameler olarak değerlendirilir. Bu nitelikte kanun hükmünde kararnameler Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir.

(b) Olağanüstü hal veya sıkıyönetim yurdun tamamında veya belli bir yada birden fazla bölgesinde ilan edilebilir. Şayet ülkenin tamamında olağanüstü hâl ilan edilmemişse, bu durumda olağanüstü hal veya sıkı yönetim yer unsuru itibarıyla sınırlıdır. Bu durumda olağanüstü kanun

hükmünde kararnamelerin sadece olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilen yerde uygulanabilecek nitelikte kurallar içermesi, bölge dışına taşırılmaması gerekir.

(c) Anayasanın 121 ve 122. Maddesinde olağanüstü hâl veya sıkıyönetimin “gerekli kıldığı konularda” olağanüstü kanun hükmünde kararnameler çıkartılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu noktadan bakıldığında, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin konu unsuru bakımından da sınırlı olduğu açıktır. Olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle, istenilen her konuda düzenle yapılması düşünülemez. Bu kararnamelerle, Anayasada geçici bir hâl olarak düzenlenmiş olan olağanüstü hal veya sıkıyönetimin gerekli ve zorunlu kıldığı konularda düzenleme yapılabilir.

(d) Anayasa Mahkemesine göre, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle, yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hâl rejimler, olağan kanun hükmünde kararname çıkarmayı yahut kanun çıkarmayı yasaklamış değildir. Bu nedenle, kanunlarda yapılacak değişikliklerin bu düzenleme araçları kullanılarak yapılması gerekir. Olağanüstü hâl ilan edilen bölgesi dışında veya olağanüstü halin devamından sonra da uygulanmak istenilen normların düzenlediği konular, “olağanüstü halin gerekli kıldığı konular” değildir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, Anayasanın 148. Maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi dışında tutulan bir olağanüstü kanun hükmünde kararnameden bahsedebilmek için bu kararnamelerin az yukarıda açıklanan şartları taşıması gerekmektedir. Ancak bu şartları taşıyan bir kanun hükmünde kararname, olağanüstü kanun hükmünde sayılabilir ve böyle bir kararname Anayasa Mahkemesi tarafından denetlemez. Bu koşulları taşımayan bir kararname ise, olağan kanun hükmünde kararname olarak değerlendirilir ve kararnamelerin Anayasaya uygun olup olmadıkları Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir.

1982 Anayasasının 121. Maddesi; olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarabileceğini öngörmektedir. Anayasada olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri hakkında başka her hangi bir ölçüt getirilmemiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetiminin yasaklanmasının muhtemel sakıncalarını göz önünde tutarak anayasada yer almayan bir takım kıstasları yorum yoluyla kendisi belirlemiştir. Anayasa Mahkemesinin yorumundaki en önemli dayanak olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin, “olağanüstü halin gerekli

kıldığı konularda” çıkarılabilecek olmasıdır. Anayasa Mahkemesinin çoğunluk görüşüne göre, bu sınırlama, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin yer ve zaman bakımından sınırlı olmasını ve kanunlarda herhangi bir değişiklik yapılmamasını zorunlu kılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararlarında, azınlıkta kalan muhalif üyeler, Anayasanın 121. Maddesindeki düzenlemenin Anayasa mahkemesine olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri denetleme yetkisi vermediği görüşünü savunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesinin olağan kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetim yasağını yorum yoluyla daraltması, hukuk devleti ilkesi, anayasacılığın gerekleri ve insan hakları öğretisi bakımından çok önemli bir güvence yaratmıştır. Bu açılardan kararın dayandığı gerekçeler ve doğurduğu sonuç oldukça tutarlı ve isabetlidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin belirlediği kıstaslar, doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin çoğunluğu oluşturan üyeleri Anayasanın 121. Maddesindeki “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” ibaresinden yola çıkarak yorum yoluyla Anayasada olmayan bir takım kıstaslar belirleyerek olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya uygunluk denetimini yapmışlardır. Azınlıkta kalan üyeler ise, Anayasanın 121. maddesindeki bu ifadeden yola çıkarak bu kıstasların üretilmeyeceğini ileri sürerek karara karşı çıkmışlardır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı, çoğunlukta mahkeme üyelerinin sahip oldukları kişisel siyasi ve felsefi görüşlere dayanmaktadır¹⁸.

4. 15 Temmuz 2016 krizi sonrası çıkarılan olağanüstü kanun hükmünde kararname adıyla çıkarılan Düzenlemelerin Hukuksal Niteliği ve Anayasa Mahkemesi tarafından Denetimi

15 Temmuz 2016 büyük krizinden sonra Olağanüstü hâlin ilanından bu makalenin yazımı tarihine kadar Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nca sekiz adet olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarılmıştır. 15 Temmuz krizi sonrası 668, 669, 670, 671,672 sayılı kanun hükmünde kararnamelerde kamu görevinden çıkarmalarla ilgili olarak, genel, soyut ve kişilik dışı düzenlemeler yapılmamış, tersi bir yöntemle asker ve sivil kişiler hakkında milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan” nitelemesi yapılarak Liste halinde çıkarılanların isimleri

¹⁸ **Serdar,KORUCU:** Yargısal Aktivizm Anayasal Sınırların Yargısal Yolla Belirlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, S. 70

yayınlamak suretiyle her biri hakkında kanun hükmünde “bireysel işlem” tesis edilmiştir.

Bu kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olup olmadığı siyasi çevrelerde yoğun tartışmalara yol açmıştır CHP, 22 Eylül Cuma günü bu kararnamelerin iptali için Anayasanın 150. Maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvuracağını duyurmuştur.

CHP tarafından açılacak olan iptal davasının yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmesi ihtimali nedir? Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 148. Maddesinde yer alan “olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” hükmüne dayanarak iptal davasının reddine mi karar verecek, yoksa şu ana kadar geliştirdiği içtihat çerçevesinde davranıp bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyecek midir?

Bu sorunun cevabı, Anayasa Mahkemesinin olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetim yasağını daraltan yerleşik içtihadından dönüp dönmeyeceğine bağlıdır. Anayasa 10 Ocak 1991 tarih ve 1990/25 E. 1991/1 K. sayılı kararında belirlediği sonraki kararlarda da bağlı kaldığı yerleşik içtihadını sürdürecektir. iptal davasıyla önüne gelen 15 Temmuz krizi sonrasında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyecektir. Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihadından dönecek olur ve bu içtihadın tesis edildiği kararlardaki azınlık üyelerin görüşünü benimseyecek olursa Anayasanın 148. Maddesi gereğince bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetlemeyi reddedecek ve yetkisizlik kararı verecektir.

Hukukun temel prensiplerinden biri olan eşitlik ve hukuki güvenlik ilkesi yargısal içtihatların uyumlu ve tutarlı olmasını gerekli kılar. Bu nedenle, yargısal içtihatların her hukuk sisteminde derecesi farklı olmakla birlikte normatif, bağlayıcı bir güce sahip olduğu kabul edilir¹⁹. Yargı organlarının benzer olaylarda benzer kararlar vermesi, hukuksal öngörülebilirliği sağlamak açısından oldukça önemlidir. Bu nedenle, önceki karardaki olaya benzer bir olay dava konusu olduğunda, mahkemelerin önceki kararlarında benzer bir karar vermesi beklenir. Bu nedenle yerleşik içtihatları gözardı ederek verilen yargı kararları “**aktivist**” kararlar olarak nitelendirilmiştir²⁰.

Anayasa Mahkemesinin içtihatları otantik ve yatay bir içtihattır. Eğer hukuku uygulayan merciin kararına itiraz yolu hukuken mümkün değilse ve

¹⁹ Fahrettin, KAYHAN: “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/25. 345-347.

²⁰ KORUCU: S. 112

pozitif hukuk karara hukuki sonuçlar bağlamışsa, o karar otantiktir. Pozitif hukuk gereği, otantik yoruma, itiraz edilemez, iptal edilemez. Otantik yorum, kesindir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin içtihatları otantiktir. Otantik yorum yetkisine sahip, yargı organı tarafından konulmuş bir içtihat, o yargı organı dışındaki ilgilileri kesin olarak bağlar. Otantik içtihattan, ancak o içtihadı koyan makam dönebilir²¹. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, önceki içtihadına uygun olarak 15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği gibi, bu içtihadından dönerek yetkisizlik kararı da verebilecektir. Bir başka seçenek de bu kararnamelerin denetimini mümkün kılan önceki içtihadından farklı kıstaslar geliştirmesidir. Mahkemenin nasıl davranacağı büyük ölçüde Anayasa Mahkemesi üyelerinin sahip oldukları siyasi ve felsefi görüşler belirleyecektir.

Anayasa Mahkemesinin önceki içtihadına uygun davranacağını varsayarak önceki yerleşik içtihadında benimsediği kıstaslara göre 15 Temmuz sonrası çıkartılan kararnamelerin hukuki nitelmesini belirlemeye çalışalım.

Eğer Anayasa Mahkemesi önceki içtihatlarına uygun davranacak olursa, öncelikle bu kararnamelerin başlığındaki “Olağanüstü Hal Kapsamında” adlandırmasını dikkate almaksızın bu düzenleyici işlemlerin gerçekten olağanüstü hal kararnameleri olup olmadığını tespit edecektir.

Anayasa Mahkemesi bu kararnamelerin gerçek niteliğini tespit ederken önceki içtihadında benimsediği kıstaslarla bağlı kalırsa yapılan düzenlemeleri öncelikle süre unsuru yönünden inceleyecektir. Anayasanın 119, 120 ve 122. Maddeleri gereğince “olağanüstü hâl” veya “sıkıyönetim” muayyen süreler için ilan edilir. Bu nedenle olağanüstü hâl rejimleri belli sürelerle sınırlıdır. Bu nedenle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin sadece olağanüstü hal süresince uygulanabilecek nitelikteki kuralları içermesi gerekir.

Süre unsuru yönünden bu kararnameleri incelediğimizde, olağanüstü hal bittiğinde de uygulanacak veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da etkilerini sürdüreceği bazı düzenlemeler içerdiğini görmekteyiz. Geçekten de bu kararnameler incelendiğinde, olağanüstü hal sona erdikten sonra uygulanacak şekilde birçok kanunda değişiklik yapıldığını görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle, yasalarda değişiklik yapılamaz. İncelenen Kanun hükmünde kararnameler Anayasa Mahkemesinin belirlediği bu kıstasa da aykırıdır.

²¹ KAYHAN: S. 348.

15 Temmuz sonrası yayınlanan ikinci olağanüstü kanun hükmünde kararname olan 668 sayılı olağanüstü Kanun hükmünde kararnamenin 2. Maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ise milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan Kararname ekindeki (1) sayılı listede yer alan asker kişiler Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarıldığı ilan edilmiştir. Bu ikinci kanun hükmünde kararnamede kamu görevinden çıkartılan kişilerin isim listesi yayınlanmak suretiyle haklarında işlem tesis edildiği görülmektedir. Sonraki 669, 670, 672 sayılı Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin 2. maddelerinde de kişilerin isim listeleri yayınlanarak haklarında kamu görevinden çıkartılarak bireysel işlem tesis edilmeye devam edilmiştir. Kararnamelerin sonraki hükümlerinde, çıkarma işlemine ek yaptırımlar bağlanmıştır. Bu işlemin Anayasanın 121 ve 122. Maddesinde olağanüstü hâl veya sıkıyönetimin “gerekli kıldığı konularda” bir düzenleme olduğu ve “ölçülü” bir düzenleme olduğu oldukça tartışmalıdır.

Öte yandan olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri konu bakımından sınırlandıran Anayasanın 15. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca “suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” hükmüne aykırı olarak haklarında çıkarma kararı verilen kişiler “milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan” ibaresiyle nitelendirilerek kanun hükmünde kararnameyle “suçlu” ilan edilmişlerdir. Bu yönden de bu düzenlemenin, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle yapılamayacağı düşünülebilir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, meslekten ve kamu görevinden çıkarmaya ilişkin kararname hükmünün, “düzenleyici bir işlem” olmayıp, “bireysel işlem” niteliğinde olmasıdır. Kanun hükmünde kararnamelerin “düzenleyici işlemler” olduğu konusunda öğretisi ve uygulamada görüş birliği vardır. Kanun hükmünde kararnameler, tıpkı kanunlar gibi genel, soyut ve kişilik dışı hükümler içermesi gerekir. Bu nedenle kanun hükmünde kararnamelerle bireysel idari işlem niteliğinde işlemlerin tesis edilememesi gerekir.

Şu haliyle, Anayasa Mahkemesi önceki yerleşik içtihadına uyarak bir değerlendirme yapacak olursa bu Kanun hükmünde kararnameleri olağanüstü kanun hükmünde olmadığına hükmederek Anayasaya uygunluğunu denetlemesi ve bu denetim sonucunda bu kararnameleri olağan kanun hükmünde kararname olarak niteleyerek esastan incelemesi mümkün gözükmemektedir.

B. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleriyle Kişilerin Meslekten veya Kamu Görevinden Çıkarılması İşlemine Karşı Yargı Yolu

Olağanüstü Kanun hükmünde kararnamelerle tesis edilen bireysel işleme meslekten veya kamu görevinden çıkarılanlar bu işleme karşı yargı yoluna başvurabilecekler midir?

Bu soru ilk bakışta, “kanun hükmünde kararnamelerle tesis edilen bireysel bir işlem için idari yargı yolu kapalıdır” şeklinde yanıtlanabilir. Gerçekten de kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır. Kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimi idari yargıda yapılamaz. Anayasanın 152. Maddesinin birinci fıkrasına göre: Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Buna göre meslekten veya kamu görevinden çıkartma işlemine karşı idari yargıda bir iptal davası açılması, davaya bakacak olan mahkemenin kanun hükmünde kararnamenin o davaya uygulanacak çıkarma hükmünü Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması ve itiraz yoluyla meseleyi Anayasa Mahkemesine taşıması gerekmektedir.

Ancak, iptal davalarında iptali istenen bir bireysel “idari işlem” ve bu işleme uygulanması söz konusu olan bir kanun veya kanun hükmünde kararname vardır. İncelediğimiz vakada ise, iptali istenecek bağımsız bir idari işlem bulunmamaktadır. Bireysel idari işlem, doğrudan kanun hükmünde kararname normu olarak düzenlenmiştir. Kanun hükmünde kararnameler ise idari yargı denetiminde değildir.

O halde, meslekten veya kamu görevinden çıkarma işlemi hakkında dava yolu kapalı mıdır? Böyle bir çözüm Anayasanın 125. Maddesinin birinci fıkrasında “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmünün açık bir ihlali olacaktır.

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesinin olağanüstü Kanun hükmünde kararname adı altında çıkarılan düzenlemelerin gerçek hukuksal niteliğini belirleme yetkisini kendinde gördüğü gibi, İdari yargı organları da Anayasa Mahkemesinin bu içtihadını benimseyerek olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin gerçek niteliğini tespit etme yetkisini kendinde görebilir.

Yukarıda açıkladığımız gibi Anayasa Mahkemesi, belirlediği kıstaslara uygun olmayan olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri, olağan kanun hükmünde kararname kabul ederek anayasaya uygunluk denetiminde bulunmaktadır.

Kanaatimizce, incelediğimiz kanun hükmünde kararnamelerin meslekten ve kamu görevinden çıkarmalarla ilgili hükümlerinin gerçek niteliği **“bireysel idari işlemdir”**. İdare, tesis ettiği işlemi anayasaya uygunluk denetimi ve idari yargı denetimine tabi kılmamak için bireysel idari işlem niteliğindeki işlemi olağanüstü kanun hükmünde kararnameye dahi ederek tesis ettiği anlaşılmaktadır. İncelenen hükümler bu yönden olağanüstü kanun hükmünde kararname normları olarak nitelenemeyeceği gibi, olağan kanun hükmünde kararname hükmü olarak da değerlendirilemez. Kanaatimizce Kanun hükmünde kararnamenin meslekten ve kamu görevinden çıkarmaya ilişkin bireysel düzenlemelerin gerçek hukuksal niteliği, bakanlar kurulu kararı mahiyetinde bireysel idari işlemdir. Bu nedenle, bu işlemler hakkında idari yargıda iptal davası açılabileceği kanısındayız. Açılacak iptal davasında, Anayasanın 152. Maddesi uyarınca “itiraz yolu” ile bu kararnamelerin anayasaya uygunluk denetimi de sağlanabilir.

Ne var ki, İdari yargının bu konuda benimseyeceği tutumu öngörmek mümkün değildir. 15 Temmuz krizi sonrası çıkarılan olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin yarattığı hukuksal sorunlar oldukça karmaşıktır. Görünen o ki, açılacak muhtemel iptal davalarının sonucunu Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi davaya bakacak hâkimlerin sahip oldukları siyasi ve felsefi görüşler belirleyecektir.

SONUÇ: Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Anayasanın 148. Maddesiyle olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin anayasa uygunluk denetiminin yasaklanmış olması, Anayasanın birçok hükmüyle çelişki halindedir. Anayasa Mahkemesi, yerleşik içtihatlarıyla bu yasağın kapsamını daraltmış, Anayasanın 148. Maddesindeki düzenlemeye rağmen, kendi geliştirdiği bazı kıstaslara uymayan olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya uygunluğunu denetlemiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı hukuk çevrelerinde olumlu karşılanmakla birlikte Mahkemenin 15 Temmuz krizi sonrası çıkartılan olağanüstü kanun hükmünde kararnameler için önceki içtihadına uygun değerlendirme yapıp yapmayacağını kestirmek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi içtihadından dönerek, Anayasanın 148. Maddesi gereğince olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin denetiminden kaçınabilir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadındaki kriterler esas alınarak 15 Temmuz sonrası olağanüstü kanun hükmünde kararnameler incelendiğinde bu kararnamelerin olağanüstü kanun hükmünde kararname vasfında olmadığı, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu düşünülmektedir.

15 Temmuz krizi sonrası çıkartılan kanun hükmündeki kararnamelerde meslekten ve kamu görevinden çıkarmalara ilişkin hükümlerin, genel, soyut ve kişilik dışı düzenlemeler olmayıp, “bireysel işlem” niteliğinde olduğu, Anayasa Mahkemesinin içtihadına uyarak işlemin gerçek niteliği araştırıldığında bu işlemlerin gerçekte bakanlar kurulu kararı mahiyetinde **“bireysel idari işlem”** niteliğinde olduğu ve idari yargı denetimine konu olabileceği ve itiraz yoluyla Anayasaya aykırılık denetimi yapılabileceği düşünülmektedir.

15 Temmuz krizi sonrası çıkartılan kanun hükmündeki kararnameler, birçok karmaşık hukuksal meselenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu kararnamelerin ortaya çıkardığı hukuksal sorunlar, hukuk ve siyaset çevrelerinde uzun yıllar tartılacak karmaşıklıktadır.

Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere yargı organlarının önüne gelen meseleleri ne şekilde çözüme kavuşturacağını Anayasaya, kanunlara veya önceki uygulamalara bakarak kestirmek mümkün gözükmemektedir.

Bu anlamda pozitif hukukumuzun öngörülebilirlik derecesinin oldukça düştüğünü söylemek mümkündür. Görünen o ki, bu kararnamelerden kaynaklanan davalarda, davanın sonucunu pozitif ve öngörülebilir hukuk kuralları değil, davalara bakacak hâkimlerin sahip oldukları siyasi ve felsefi görüşlerin belirlemesi kuvvetle muhtemeldir.

KAYNAKLAR

GÖZLER, Kemal: Kanun Hükmünde Hukuki Rejimi, Ekin Yayınları, Bursa.

KAYHAN, Fahrettin “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2, s.3400-363

KORUCU, Serdar: Yargısal Aktivism Anayasal Sınırların Yargısal Yolla Belirlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÖZLER, Murat: 1982 Anayasasına Göre Olağanüstünün Olağanlaşması ve Kriz Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleriyle Kişilerin Meslekten veya Kamu
Görevinden Çıkarılması İşlemine Karşı Yargı Yolu

TÜLEN, Hikmet: “Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları,” AÜEHFD, C. VIII, Sayı: 3-4 (2004),s.79-110.

TÜRK, Ender: 1982 Anayasasına Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi, Seçkin Yayınları, 2013, Ankara.

ÜSKÜL, Zafer: “Türkiye’de Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi,” Olağanüstü Hal Üzerine Yazılar, Buke Yayınları, İstanbul, 2003.