

OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNDE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ ve OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİN HUKUKİ REJİMİ

Ar. Gör. Kemal GÖZLER (*)

GİRİŞ

Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, 10 Nisan ilâ 10 Mayıs 1990 tarihleri arasında 4 adet Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi (KHK) çıkardı. Bunlardan ilki, 413 sayılı «**2935 Sayılı Kanun İle 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**» (1) başlığını taşıyordu. İkincisi ise, ilkinin düzelten ve onunla aynı başlığı taşıyan 421 sayılı KHK'dir (2). Bu iki KHK üzerinde şiddetli tartışmalar sürerken, bunların yayımlanmalarından tam bir ay sonra, 10 Mayıs 1990 tarihinde 424 sayılı KHK ile, bu iki kararname yürürlükten kaldırıldı. «**Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname**» (3) başlığını taşıyan 424 sayılı KHK'de, 413 sayılı KHK'deki düzenlemeler bir iki küçük değişiklikle tekrarlanıyor; 413'de yer alan bazı hükümler ise, 425 sayılı «**2935 Sayılı Kanun İle 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**»ye (4) alınıyordu.

Söz konusu KHK'lerin yayımlanmasıyla birlikte, Türk hukuk

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilimdalı.

(1) Resmi Gazete, 10 Nisan 1990 - 20488.

(2) Resmi Gazete, 13 Nisan 1990 Mükerrer - 20491.

(3) Resmi Gazete, 10 Mayıs 1990 - 20514.

(4) Resmi Gazete, 10 Mayıs 1990 - 20514.

çevrelerinde olağanüstü hal KHK'leri üzerinde yoğun bir tartışma başladı (5).

Bu makale de, söz konusu gelişmeye paralel olarak yazılmıştır. Ama makalede, doğrudan adı geçen Kararnameler değil, genel olarak, olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması/durdurulması sistemi ve bu sınırlandırmayı/durdurmayı yapacak olan olağanüstü hal KHK'lerinin hukukî rejimi incelenecektir.

Başka bir anlatımla, bu makalede, kriz dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından 1982 Anayasasının benimsediği sistem ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ayrıca ortaya konulan bu sistem, söz konusu olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasaya uygunluğu sorununun çözümü için bir teorik çerçeve, bir anahtar rolü de üstlenecektir.

Makale iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemi, ikinci bölümde ise bu sınırlandırmada kullanılacak olan olağanüstü hal KHK'lerinin hukukî rejimi incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNDE TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ

Bu bölümde, 1982 Anayasasına göre, olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemi incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce, bir «önsorun»u hal etmek zorunludur. Bu önsorun, 1982 Anayasasında, olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sisteminin, hangi maddede düzenlendiğinin saptanması sorunudur.

- (5) Örneğin bkz. Yahya K. Zabunoğlu, «Anayasa ve Kararname», *Cumhuriyet* 21 Nisan 1990; Güner Yiğitbaş, «Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameler», *Cumhuriyet*, 9 Mayıs 1990; Çetin Özek, «'Yumuşatma' Değil 'Aldatmaca'», *Cumhuriyet*, 22 Mayıs 1990. Ayrıca bkz. Bülent Tanör, Yıldırım Uluer, Bakır Çağlar, Semih Gemalmaz'ın beyanatlari, in Turan Yılmaz, «Yargının Denetimi Zorunlu», *Cumhuriyet*, 17 Nisan 1990; Metin Günday, Önder Sav, Kazım Yenice'nin beyanatlari, in «Hukukçular: 424 Anayasaya Aykırı», *Cumhuriyet*, 12 Mayıs 1990.

I. ÖNSÖRÜN: 13 MÜ, 15 Mİ?

Ya da 1982 ANAYASASINDA KAÇ ANAYASA VAR?

1982 Anayasası, genel olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini 13'üncü maddesinde düzenlemiştir. «Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması» başlığını taşıyan Maddenin metni şöyledir :

«Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.»

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının çerçevesini çizen madde, görüldüğü gibi, sınırlandırmanın sınırı olarak beş ilke benimsemiştir. Bu ilkeler şunlardır:

- 1) Sınırlama ancak «kanun»la yapılabilir.
- 2) Sınırlama «Anayasanın sözüne ve ruhuna» uygun olmak zorundadır.
- 3) Sınırlama ancak, Anayasanın 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen genel sebeplerle ve «ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle» yapılabilir.
- 4) Sınırlama «demokratik toplum düzeninin gereklerine» uygun olmak zorundadır.
- 5) Ve son olarak sınırlamada ölçülülük ilkesine uyulmalıdır.

Öte yandan 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak çerçeve çizen bir maddesi daha vardır: 15'inci madde. «Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması» başlığını taşıyan maddenin metni şöyledir :

«Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal 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 ile, ölüm cezalarının infazı dışında; kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din ve vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.»

Görüldüğü gibi madde, «savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde» özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkindir. Madde, bu hallerde «temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulabi(leceğini) veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabi(leceğini)» öngörmekte, bunun sınırı olarak da üç güvence getirmektedir:

1) «Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler(in) ihlal edilmeme(si) kaydı».

2) Ölçülülük ilkesi.

3) Maddenin 2'nci fıkrasında sayılan hak ve ilkelere ilişkin olarak oluşan çekirdek alana dokunma yasağı.

Burada tartışacağımız önsorun şudur: Olağanüstü hal rejimlerinde özgürlüklerin sınırlandırılması sistemi nedir? Bu sistem 13'üncü madde mi; yoksa 15'inci madde mi belirlenmiştir? Eğer 15'inci maddede belirlenmişse, bu maddenin öngördüğü sistem yanında 13'üncü maddenin öngördüğü sistem de uygulanır mı? Diğer bir anlatımla, olağanüstü hallerde özgürlükler sınırlandırılırken, 15'inci maddede olmayan ama 13'üncü maddede yer alan güvenceler (kanunla sınırlama, genel ve özel sebeplere uygun olma, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma) uygulama alanı bulur mu? Hatta daha ileri giderek, Anayasanın diğer maddelerinde (örneğin, m. 20, 21, 22, 28, ...) getirilen güvenceler geçerli midir?

Kanımca, 1982 Anayasası, bu soruların cevabını çok açık bir şekilde vermiştir. Anayasanın 15'inci maddesine göre «savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde... temel hak ve hür-

riyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için **Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir** (abç).» Bu ifadeden açıkça anlaşılmaktadır ki, olağanüstü hal rejimlerinde, sadece 15'inci madde uygulanır; Anayasanın diğer maddelerinde belirtilen güvenceler geçerli değildir.

Buna göre, olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemi 1982 Anayasasının 15'inci maddesinde belirtilmiştir. Yani olağanüstü hallerde özgürlükler, 15'inci maddeye uygun olmak şartıyla, başta 13'üncü maddeye, sonra diğer maddelere aykırı olarak sınırlandırılabilir. Örneğin olağanüstü hallerde yapılan özgürlük sınırlandırmalarının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması şartı aranmaz. Yine, yapılan bir düzenlemeyle olağanüstü hallerde, 15'inci maddenin koşullarına uygun olmak şartıyla, basın özgürlüğü (m. 28) ya da seyahat özgürlüğü (m. 23) Anayasanın ilgili maddelerine aykırı olarak sınırlandırılabilir.

Açıkçası, olağanüstü hal düzenlemelerinin Anayasaya uygunluğu/aykırılığı tartışılırken araştıracağımız tek şey, sınırlamanın 15'inci maddede belirtilen üç ilkeye uygun olup olmadığıdır.

O halde şu sonuca ulaşıyoruz: 1982 Anayasası, olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından 13'üncü maddenin dışında ve ötesinde bir sınırlandırma sistemi öngörmüştür. Bu sistem 15'inci maddede ifade edilmiştir. Buna göre, 13'üncü madde ile 15'inci madde özgürlüklerin sınırlandırılmasında ayrı sistemler getiren iki çerçeve maddedir. Diğer bir ifadeyle, bu iki madde, alternatif sınırlandırma sistemleri getiren paralel maddelerdir. Şöyle ki, olağan hallerde özgürlükler 13'üncü maddeye, olağanüstü hallerde ise, 15'inci maddeye göre sınırlandırılır; 15'inci madde uygulandığında 13'üncü madde uygulanmaz. Bu anlamda denilebilir ki, **1982 Anayasası, içiçe geçmiş iki sınırlandırma sistemi, adeta iki anayasa içermektedir.** Bunlardan birincisi olağan dönemlerin anayasası, diğeri ise olağanüstü dönemlerin anayasasıdır (6).

(6) 1982 Anayasasının içiçe adeta iki Anayasa içerdiği keşfi Fazıl Sağlam'a aittir. Bkz. Fazıl Sağlam, «Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar», **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 262. Yazar bu yorumu, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin verdiği bir karardan yola çıkarak, 1961 Anayasası için de yap-

Ulaşılan bu sonuca göre, olağanüstü dönemlerde yapılan bir özgürlük sınırlandırmasının Anayasaya uygunluğu tartışılırken, gözönünde tutulması gereken Anayasa, normal Anayasadan farklıdır. Bu Anayasa tek bir maddeden oluşur; o da 15'inci maddedir (7). Düzenlemenin 15'inci maddenin dışındaki bir maddeye aykırı olması, onun Anayasaya aykırı olduğu anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, 15'inci maddenin dışındaki maddeler, bu düzenlemelerin Anayasaya uygunluğu tartışmasında referans oluşturmazlar.

Biz burada 1982 Anayasasına göre, olağanüstü hal rejimlerinde özgürlüklerin sınırlandırılması sistemi açısından hangi maddenin geçerli olduğu sorununu çözmeye çalıştık. Açıklamalarımız, 1982 Anayasasının benimsediği sistemin ortaya konulması, olanın açığa kavuşturulmasından ibarettir.

Bununla beraber, 1982 Anayasasına göre, olağanüstü hal rejimlerinde, özgürlüklerin sınırlandırılması açısından, olağan dönemlerde öngörülen sınırlandırma sisteminin (m. 13) dışında ve ötesinde ayrı bir sistem (m. 15) öngörüldüğü yolundaki görüşümüzün lehinde ya da aleyhinde çeşitli kanıtlar ileri sürülebilir.

miştir. «Mahkemenin bu yaklaşımı, sıkıyönetimi Anayasa çerçevesinde bir rejim olmaktan çıkararak, adeta yedek bir Anayasaya sahip, kendine özgü bir rejim (abc) durumuna getirmiştir.» Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s. 183.

- (7) Şüphesiz, bu ikinci Anayasanın en önemli maddesi, 15'inci maddedir. Ancak, olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemeler getiren diğer maddeler de bu Anayasanın içindedir. Başta, 119, 120, 121 ve 122'inci maddeler olmak üzere, 91'inci maddenin 1'inci ve 5'inci fıkraları da olağanüstü hallerle ilgili olduklarından bu Anayasanın içindedir. Daha başka, Anayasanın çeşitli maddeleri arasında, olağanüstü hallerle ilgili hükümler varsa bunlar da, bu Anayasanın içindedir. Örneğin Anayasanın 125'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına göre, «kanun olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.» Doğaldır ki, bu hüküm de olağanüstü hal Anayasasının içindedir. Dolayısıyla olağanüstü hal düzenlemelerinin 15'inci maddeye uygunluğu araştırılacağı gibi 125'inci maddeye uygunluğu da araştırılmalıdır. Örneğin, 425 sayılı KHK'nin 4'üncü maddesi, «Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmasını yasaklamıştır. Kanımca bu hüküm, Anayasanın 125'inci maddesinin 5'inci fıkrasına aykırıdır. Çünkü, bu fıkranın mefhum-u muhalifinden olağanüstü hallerde bile dava açma hakkının sınırlanamayacağı, sadece yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanabileceği anlaşılmaktadır.

Şimdi bu kanıtların incelenmesine geçelim.

1) Önce lehteki kanıtları inceleyelim.

a) Lehteki **birinci** kanıt şudur: Olağanüstü halin gereklerinin, genellikle olağan anayasa düzeninin olanaklarını aştığı söylenebilir. Dolayısıyla olağanüstü hal, anayasada öngörülen olağan rejimin dışında ve ötesinde ayrı bir sınırlandırma sistemine ihtiyaç gösterir. Bu kanıt, İngiliz Hakim Lord Scrutton'un Birinci Dünya Savaşı sırasında söylediği şu cümleyle çarpıcı bir şekilde özetlenebilir: «**Magna Carta prensipleriyle bir savaş yürütülemez**» (8).

b) Olağanüstü hallerde, olağan hallerde öngörülen sistemin dışında ve ötesinde ayrı bir sınırlandırma sisteminin geçerli olduğu görüşünü destekleyen **ikinci** kanıt ise Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunuyla ilgili olarak verdiği bir kararında, olağanüstü hallerde, olağan hallerde öngörülenden ayrı bir sınırlandırma sisteminin geçerli olduğu görüşünü savunmuştur. Mahkemeye göre,

«temel hürriyetlere ilişkin özel hükümlerde ve genel olarak 11 inci maddede yer alan yasa ile kısıtlama olanaklarının sıkıyönetim gerekleri ve gerçekleri bakımından da yeterli ve sıkıyönetim yetkilerinin de bu kısıtlamalarla sınırlı olduğu kabul edilirse o zaman değişik 124 üncü maddenin son fıkrasında... 'hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ...kanunla gösterilir' deyimini yersiz bir tekrarlama durumuna düşer. Oysa (Anayasa) Koyucunun yersiz tekrarlamalara yer vermesi düşünülemez... Anayasa Koyucu hürriyetlerin kısıtlanması bakımından özel maddelerinde ve 11 inci maddedeki hükümlerin sağladığı olanakları sıkıyönetim isterlerinin aşması ve o olanakların bu alanda yetersiz kalması olasılığını düşünmüş ve sıkıyönetimi başlı başına ve özel bir sınırlama nedeni olarak ele almayı ve hürriyetleri sıkıyönetim gerekleri bakımından kanunla kayıtlama veya durdurma yetkisine öteki sınırlama kurallarından ayrı olarak (abç) sıkıyönetimi düzenleyen Anayasa maddesi içinde yer vermeyi öngörmüştür» (9).

Özetle Anayasa Mahkemesi bu kararında, olağanüstü hallerde, özgürlüklerin Anayasanın maddeleriyle bağlı olmaksızın sınırlanabileceğini savunmaktadır.

(8) Aktaran: Munci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayını, Ankara, 1981, s. 239.

(9) 15 ve 16 Şubat 1972, E. 1971/31, K. 1972/5, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 10, s. 170.

c) Lehteki üçüncü kanıt ise şudur: 1982 Anayasasında olağanüstü hal rejimlerinde, olağan dönemlerde öngörülen sistemden (m. 13) ayrı bir özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini (m. 15) öngördüğü görüşünün kabulü, reddine göre mantıksal bakımdan daha tutarlıdır. Şöyle ki, Anayasa özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini, zaten 13'üncü maddesinde düzenlediğine göre, eğer olağanüstü hallerde de bu sistemin yeterli olacağını düşünseydi, ayrıca birde gereksiz bir tekrarla 15'inci maddeye ihtiyaç duymazdı. Diğer bir anlatımla, 13'üncü maddenin olağanüstü hal rejimlerinde de geçerli olduğu kabul edilirse, haklı olarak, olağanüstü hal rejimlerinin olağan halden ne farkı olduğu sorulabilir.

d) Lehteki dördüncü kanıt ise, 1982 Anayasasının 121'inci maddesinin 2'nci fıkrasından çıkartılabilir. Fıkraya göre, «olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda (abç) temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı ve durdurulacağı... Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.» Açıkça anlaşıldığı üzere, olağanüstü hallerde özgürlüklerin sınırlandırılması, «Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda» olacaktır.

2) Şimdi de aleyhteki kanıtları incelemeye geçelim.

Aleyhteki ilk üç kanıt Özbudun'un yazdıklarından çıkarılabilir. Yazar, olağanüstü hallerde, Anayasanın 15'inci maddesinde yer alan üç güvenceye ek olarak 13'üncü maddenin 2'nci fıkrasında yer alan iki güvencenin de uygulama alanı bulabileceğini, diğer bir anlatımla, bu hallerde de sınırlandırmaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması ve öngörülükleri amaç dışında kullanılmamaları gerektiğini savunmaktadır.

a) Özbudun'un birinci kanıtı şudur: «Anayasanın 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrası 'temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar'dan söz ettiğine (göre) ve 15'inci maddede sayılan olağanüstü durumları da bir 'özel' sınırlandırma sebepleri arasında saymak gerek»ir (10).

Görüldüğü gibi, yazara göre, 15'inci madde, 13'üncü maddenin karşısında bir «özel sınırlama»dır. Ancak bununla birlikte Yazar, 13'üncü ile 15'inci madde arasında bir genel hüküm-özel hüküm

(10) Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara, 1986, s. 94.

ilişkisi görmemektedir. Zira, Yazara göre, 15'inci madde uygulandığı halde, 13'üncü maddedeki güvenceler yine uygulama alanı bulur.

Kanımca, 13'üncü madde ile 15'inci madde arasında bir özel hüküm-genel hüküm ilişkisi olmadığı gibi, 15'inci madde 13'üncü maddenin karşısında bir «özel sınırlandırma» getiren madde olarak da görülemez. Bu iki madde, alternatif maddeler, paralel maddelerdir.

Kaldı ki, Özbudun'un bir an haklı olduğunu kabul etsek bile, kullandığı kanıt sadece 13'üncü maddenin 2'inci fıkrasındaki güvenceler için geçerlidir. Diğer bir anlatımla yukarıdaki kanıt, bize sadece, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterinin ve ölçülülük ilkesinin olağanüstü hallerde uygulanabileceğini gösterir; ama, 13'üncü maddenin 1'inci fıkrasında sayılan, kanunla sınırlama, genel ve özel sebeplere uygun olma ve Anayasanın ruhuna ve sözüne uygun olma kayıtlarının olağanüstü hallerde geçerli olduğunu kanıtlamaz.

b) Özbudun'un ikinci kanıtına göre ise, «zaten 15'inci maddede, milletlerarası yükümlülükler dolayısıyla değinilen milletlerarası insan hakları sözleşmeleri, demokratik rejimlerde genellikle kabul edilen temel hak ve hürriyetleri güvenceye bağladığından olağanüstü hallerdeki sınırlamaların da 'demokratik toplum düzeninin gereklerine' uygun olmalarında zorunluluk vardır» (11).

Kanımca, bu cümleler doğrudur; ama, 15'inci maddenin yanında 13'üncü maddenin 2'inci fıkrasının da uygulanabileceği görüşüyle ilgisizdir. Zira, Yazarın belirttiği durumda dahi, 13'üncü maddenin 2'inci fıkrası (demokratik toplum düzeninin gerekleri) değil, 15'inci maddenin 1'inci fıkrası (milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme) uygulanmış olur.

c) Özbudun'un üçüncü kanıtına göre ise, «demokratik toplumlarda olağanüstü haller, gene de bir hukuk rejimidir. Olağanüstü hal, idarenin hukukla bağlılığını ve bu bağlılığın bağımsız yargı organlarınca denetlenebilmesini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla bizde de, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlama ve durdurmaların hukuk devleti ilkesine aykırı düşecek ölçülere varmaması gerekir» (12).

(11) Özbudun, s. 94.

(12) Özbudun, s. 94.

Bu argümanda, kanımca doğru; ama, görüşümüzü çürütmekten uzaktır. Çünkü, olağanüstü hallerde, Anayasanın sadece 15'inci maddesinin geçerli olması, 13'üncü maddenin ve hatta Anayasanın diğer maddelerinin uygulanamaması, bir **hukuksuzluk rejimi değildir**. 15'inci maddenin öngördüğü sistem, 13'üncü maddenin öngördüğü sisteme göre, belki biraz daha az özgürlükçüdür; belki biraz daha az demokratiktir; ama bu onun daha az hukukî olduğu anlamına gelmez. 15'inci maddenin öngördüğü sistem de, tıpkı 13'üncü maddenin öngördüğü sistem gibi Anayasa tarafından getirilen bir düzenlemedir. Kaldı ki, 15'inci maddenin getirdiği üç ilke de, olağanüstü hallerde bile, temel hak ve özgürlüklere etkin bir güvence sağlar (13).

d) Özbudun'un kanıtları dışında, olağanüstü hal rejimlerinde sadece 15'inci maddenin geçerli olduğu yolundaki görüşümüze karşı **dördüncü** bir itiraz daha ileri sürülebilir. Şöyle ki, olağanüstü hal düzenlemelerinin sadece 15'inci maddeye tâbi olduğu görüşü, başta anayasanın bütünlüğü ve kuvvetler ayrılığı olmak üzere, kamu hukukunun temel ilkelerine ters düştüğü söylenebilir. Zira, bu görüş kabul edildiğinde şu sorular gündeme gelmektedir: Bir olağanüstü hal KHK'si ile Anayasanın temel ilkelerine aykırı düzenleme yapılabilir mi? Örneğin, «egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir» diyen Anayasanın 6'ncı maddesine aykırı olarak, başta yasama ve yargı olmak üzere devletin tüm yetkileri bir «vali»ye verilebilir mi? Keza, Türkiye Büyük Millet Meclisi kapatılabilir; Anayasa Mahkemesi ilga edilebilir mi? Tüm bu sorulara «evet» cevabının verilememesi, yukarıdaki görüşün yanlış olduğunu gösterir.

Kanımca, tüm bu zorlu sorulara «evet» cevabının verilememesi olağanüstü hallerde sadece 15'inci maddenin geçerli olduğu yolundaki görüşümüzü yanlışlamaya yetmez. Zira, savduğumuz görüşe göre de, yukarıdaki sorulara «evet» yanıtı verilemeyecektir. Çünkü, 15'inci maddenin benimsediği ölçütlerden birisi olan «ölçülülük ilkesi»ne göre, olağanüstü hallerde amaca varmak için Türkiye Büyük Millet Meclisinin ya da Anayasa Mahkemesinin kapatılması, genellikle, elverişli, gerekli ve oranlı, tek kelimeyle, ölçülü bir tedbir olmayacaktır. Çok uç bir ihtimal olarak, eğer olağanüstü

(13) 15'inci maddenin getirdiği sistemi aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimizden, burada bu güvencelere daha fazla değinmiyoruz.

halin amacına ulaşılması için, Türkiye Büyük Millet Meclisinin ya da Anayasa Mahkemesinin kapatılması gerekli, elverişli ve orantılı bir tedbir ise, yukarıda ki sorulara ancak o zaman «evet» yanıtı verilebilir. Ama kanımca, böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi imkansız denecek derecede zordur.

1982 Anayasasının olağanüstü hal rejimlerinde, olağan dönemlerde öngörülen özgürlüklerin sınırlandırılması sisteminin (m. 13) dışında ve ötesinde ayrı bir sınırlandırma sistemi (m. 15) öngördüğü yolundaki görüşümüzü bu şekilde kanıtladıktan sonra, artık 15'inci maddede öngörülen sistemi ayrıntılarıyla incelemeye geçebiliriz.

II. 15'İNCİ MADDEYE GÖRE OLAĞANÜSTÜ HALLERDE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ

Bu başlık altında, olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında 1982 Anayasasının 15'inci maddesinde öngörülen sistem incelenecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 15'inci madde, özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak üç ilke öngörmüştür. 1) Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydı. 2) Ölçülülük ilkesi. 3) Maddenin 2'inci fıkrasında sayılan hak ve ilkelerden oluşan çekirdek alana dokunma yasağı.

1. Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülüklerin İhlal Edilmemesi Kaydı

Anayasanın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası, olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesini, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydına bağlamıştır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel prensipleri, sonra da Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükler girer (14). O halde, olağanüstü hallerde yapılan düzenlemeler, önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine, sonrada Tür-

(14) Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 163.

kiye'nin imzaladığı sözleşmelere uygun olmak zorundadır. Bu sözleşmelerin başında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (15) gelir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerden daha fazla sınırlanabileceğini, hatta geçici olarak tümüyle ortadan kaldırılabilceğini, Sözleşmeye katılan tarafın, Sözleşmeye göre üstlendiği yükümlülüklerine aykırı tedbirler alabileceğini kabul etmiştir.

Sözleşmenin 15'inci maddesi şöyledir :

«Harb veya milletin varlığını tehdit eden diğer umumi bir tehlike halinde her Yüksek Akid Taraf ancak durumun iktiza ettiği nispette ve devletler hukukundan doğan diğer mükellefiyetlere tezat teşkil eylememek şartıyla işbu sözleşmede derpiş olunan mükellefiyetlere aykırı tedbirler alabilir.

Yukarıdaki hüküm, meşru harb fiilleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz».

Peki, neler getirmiştir, Sözleşmenin 2'nci, 3'üncü, 4'üncü ve 7'nci maddeleri? Şimdi bunları görelim.

«Madde 2. — Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasden öldürülemez.»

«Madde 3. — Hiç kimse işkenceye, gayriinsani yahut hay-siyet kırıcı ceza ve muameleye tâbi tutulamaz.»

«Madde 4. — (1'inci fıkra) Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.»

«Madde 7. — Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya çarptırılmaz» (16).

(15) İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme, Adı geçen Sözleşme 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imza edilmiş, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 18 Mayıs 1954 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmıştır. Bkz. Resmi Gazete, 19.3.1954 - 8662.

(16) Sözleşmenin resmî çevirisinden alıntı yapılmıştır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TODAİE Yayını, Ankara, 1981. Ayrıca Sözleşmenin serbest çevirileri için bkz. Muzaffer Sencer, İnsan Hakları: Ana Kuruluşlar ve Belgeler, TODAİE Yayını, Ankara, 1986, s. 178-195; Munci Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1987, s. 137-158.

Görüldüğü gibi 1982 Anayasasının 15'inci maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15'inci maddeleri arasında büyük bir benzerlik vardır. Hatta, tuhaf bir raslantı, her iki maddenin numaraları da aynıdır (17).

Bu durumda, Anayasanın 15'inci maddesi, AIHS'nin 15'inci maddesinin bir tekrarı olduğundan olağanüstü hal düzenlemelerinin, Anayasanın 15'inci maddesine uygunluğunu tartıştıktan sonra, birde söz konusu düzenlemelerin AIHS'nin 15'inci maddesine uygunluğunu tartışmak gereksizdir.

2. Ölçülülük İlkesi

1982 Anayasasının 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin, ancak «**durumun gerektirdiği ölçüde**» sınırlandırılmasını öngörmüştür. Bu husus, doktrinde «**ölçülülük ilkesi**» olarak isimlendirilmektedir. Bu ilke, genel olarak, «sınırlandırmada başvurulan aracın sınıflama amacını gerçekleştirmeye **elverişli** olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından **gerekli** olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir **oran** bulunmamasını ifade eder» (18).

Görüldüğü gibi ölçülülük ilkesi üç alt ilkeye ayrılabilir. Bunlar, **elverişlilik, gereklilik ve oranlılık** ilkeleridir.

a) Elverişlilik İlkesi

Yukarıdan da çıkarılabileceği gibi, elverişlilik ilkesi sınırlamada başvurulan **aracın**, sınırlama amacının gerçekleşmesine elverişli olmasını ifade eder. Bunun içinde başvurulan tedbirin, ulaşmak istenilen sonuca bir **katkıda** bulunması gerekir (19). Daha başlangıçta, öngörülen tedbirin, hedeflenen amacın gerçekleşmesine bir katkıda bulunmayacağı anlaşılıyorsa, düzenlemenin elverişlilik ilkesine dolayısıyla ölçülülük ilkesine aykırı olduğu söylenebilir.

(17) Anayasanın 15'inci maddesiyle AIHS'nin 15'inci maddesi arasında paralellik konusunda bkz. Mümtaz Soysal, «İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği», **Anayasa Yargısı**, 3. Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1987, s. 43-45.

(18) Özbudun, s. 86.

(19) Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, s. 114.

Söz konusu Olağanüstü Hal KHK'leri, elverişlilik ilkesi açısından inceleyebiliriz. Ancak görüldüğü gibi elverişlilik ve keza ölçülülük değerlendirmesi yapabilmek için KHK'lerde öngörülen tedbirlerin bilinmesi yetmemekte, bunlarla ulaşılmak istenen amaç da bilinmesi gerekmektedir. Zira, söz konusu değerlendirme bu iki unsur arasında bir karşılaştırmayı içermektedir. Diğer yandan araçla amacın bilinmesi de yetmemekte, bu aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve oranlı olması gerekmektedir. Bunun saptanması ise, bölge hakkında sosyolojik, politik, ekonomik coğrafî ve askerî bilgilere sahip olmayı gerektirmektedir. Bu bilgilere sahip olmadan ölçülülük incelemesinin yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, burada adı geçen KHK'lerin getirdikleri düzenlemeleri, tek tek ölçülülük ilkesi açısından incelemeyeceğiz. Bununla birlikte, yukarıda oluşturulmaya çalışılan teorik çerçeveyi örneklendirmek amacıyla bir kaç çarpıcı hüküm ölçülülük ilkesi açısından incelenecektir.

Önce, olağanüstü hal düzenlemelerindeki amacı saptamamız gerekmektedir. Amacı, genel olarak, Anayasanın 120'inci maddesinden çıkarabiliriz. Maddeye göre, «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 hallerinde» olağanüstü hal ilan edilmektedir. O halde, olağanüstü halin amacı da, söz konusu durumların önlenmesidir.

Aynı amaç, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 1'inci maddesinin b bendinden de çıkarılabilir.

Keza, 424 sayılı KHK'nin 1'inci maddesi de amacı, benzer şekilde dile getirmiştir: «Genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla...»

Amacı böylece saptadıktan sonra, şimdi de örnek olarak başvurulan bir tedbirin, amacın gerçekleşmesine elverişli olup olmadığını araştıralım.

285 sayılı KHK'nin 7'nci maddesini değiştiren 425 sayılı KHK'nin 4'üncü maddesi, «bu Kanun Hükümünde Kararnameyle Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılmasıyla ilgili işlemler hakkında iptal davası açılmaz» hükmünü getirmektedir.

Kanımca, bu maddede başvuru yolu kapatmak tedbiri, «kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacı»nın gerçekleşmesine **elverişli değildir**; çünkü, yurttaşların Bölge Valisinin işlemlerine karşı iptal davası açmamasının, «kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacı»nın gerçekleşmesine bir **katkıda** bulunacağı düşünülemez; zira iptal davası açmanın, kamu düzenini bozucu ve şiddet olaylarını yaygınlaştırıcı bir etkisi yoktur. Bunun aksinin kabulü hukuk ile kamu düzeninin çatıştığı, hukukun teröre hizmet ettiği gibi fevkalade tehlikeli ve sapık bir varsayıma dayanır.

b) Gereklilik İlkesi

Ölçülülük ilkesinin ikinci alt ilkesini, gereklilik ilkesi oluşturmaktadır. Fazıl Sağlam'dan yararlanarak bu ilkeyi şöyle açıklayabiliriz. Gereklilik ilkesi «sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından **en yumuşak aracın seçilmesi** gereğine işaret etmektedir... Bu seçim, amaca ulaşmak için **aynı derecede etkili** olan araçlar arasından yapılmalıdır. Başka bir deyişle temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılacak sınırlandırma Anayasaya aykırı olur» (19a).

Söz konusu Olağanüstü Hal KHK'lerinden gereklilik ilkesine aykırılığa bir örnek verelim: 424 sayılı KHK'nin 1'inci maddesine göre, İçişleri Bakanına, her türlü basılmış eserin, «basılmalarını, çoğaltılmalarını, yayınlanmalarını ve dağıtılmalarını süreli veya süresiz yasaklamak, gerektiğinde bunları basan matbaaları kapatmak» yetkisi verilmiştir. Bu tedbire başvurulmasındaki amaç, maddede ifade edildiği gibi, «bölgedeki faaliyetleri yanlış aksettirmek veya gerçek dışı haber ve yorumlar yapmak suretiyle bölgedeki kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına veya bölge halkının heyecanlanmasına» engel olmaktır. Bu **amaç** içinse, yukarıdaki **araca** başvurulmuştur. Kanımca burada gereklilik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü, sınırlamada başvuru yolu **araç**, ulaşılmak istenen

(19a) Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, s. 115.

amaç için gerekli değildir; Çünkü, aynı amacı sağlamaya elverişli araçlardan en yumuşağı, ilgili özgürlüğü en az sınırlayanı seçilmiştir. Şöyle ki, basılmış eserleri, bölge içine sokmamak tedbiri, aynı amacı sağlamaya yeterken, «bölge içinde veya dışında basılmış olup olmadığına bakılmaksızın; basılmalarını, çoğaltılmalarını, yayınlanmalarını ve dağıtılmalarını süreli veya süresiz yasaklamak» tedbirine başvurulmuştur. Hatta bununla da yetinilmemiş, «bunları basan matbaaları kapatmak» önlemine de başvurulmuştur. Bölge içine sokulma dışında tüm bu tedbirler, gereklilik ilkesinin tipik bir ihlalidir. Zira, bu tedbirler, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli tedbirlerin en yumuşağı değil, en ağır, özgürlükleri en çok sınırlayanıdır.

c) Oranlık İlkesi

Oranlıkta iki değişkenin karşılıklı ilişkisi söz konusudur. Bu ilkeye göre, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru olan araç, ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır (19b).

Bu ilkenin ihlaline 424 sayılı KHK'den bir örnek vermek gerekirse, 4'üncü ve 5'inci maddelerini gösterebiliriz. 4'üncü madde, Olağanüstü Hal Bölgesinde görev yapan yetkililerin kişisel haklarına basın yoluyla saldırıda bulunulması halinde, bu görevli ve yetkililerin alacağı tazminat miktarını belirlemektedir. Buna göre, «tazminatın miktarı yayının mevkuteler ile yapılması halinde, mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının toplam satış bedeli tutarının; mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevkuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının yüzde doksanından az olamaz.» Bu tedbirin amaçla ölçülü bir oran içinde bulunup bulunmadığını saptamak için kaba bir hesap yapalım. En çok satan mevkutenin günlük tirajının 700.000 ve fiyatının 700 TL olduğunu kabul edersek, tazminat miktarı en az 441.000.000.— TL'dir.

$$(700.000 \times 700 = 490.000.000 \times \frac{90}{100} = 441.000.000).$$

(19b) Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması*, s. 116.

Bu şu demektir: Yeni yayına giren bir mevkute ya da mevku-
te niteliğinde bulunmayan bir basılı eserle, Bölgedeki bir görev-
liye hakaret edilirse, görevli en az 441 milyon TL. manevi tazminat
alacaktır. Kanımca bu araç, Bölgedeki görevlilerin kişilik hakları-
nı korumak olan amaç ile ölçüsüz bir oran içinde bulunmaktadır.

Keza adı geçen KHK'nin 5'inci maddesi, Olağanüstü Hal Böl-
gesi görevlilerine karşı, Türk Ceza Kanununun 480'inci maddesinin
son fıkrasında düzenlenen yazılı hakaret suçunun işlenmesi halin-
de, «faillere ilgili maddelerde yazılı cezalara ilave olarak otuz mil-
yon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir» hük-
münü getirmektedir. TCK'nun 480'inci maddesinin son fıkrasına
göre ise, bu suç «altı aydan üç sene kadar hapis ve 1000 liradan
5000 liraya kadar ağır para cezası»nı gerektirmektedir. Görüldüğü
gibi aynı suçun, bölgede görev yapmayan birine karşı işlenmesi ile
bölgede görev yapan birine karşı işlenmesi arasında para cezası
bakımından otuz bin kat fark vardır. Kanımca bu kadar büyük
bir farkın hiç bir makul sebebi olamaz. O halde başvuru bu
aracın, kişilik haklarının korunması amacıyla ölçüsüz bir oran
içinde bulunduğu söylenebilir.

3. Çekirdek Alana Dokunma Yasası

1982 Anayasasının 15'inci maddesinin 2'nci fıkrası, bir takım
çok önemli hak ve ilkelerden oluşan bir «çekirdek alan» öngörmüş-
tür. Anayasaya göre, bu çekirdek alana, olağanüstü hallerde, hatta
savaş halinde bile dokunulamaz.

Mutlak olarak korunması gereken, bu dokunulmaz hak ve il-
keler şunlardır :

a) «Savaş hukukuna uygun fiiler sonucu meydana gelen ölüm-
ler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına,
maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz.»

b) «Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya
zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz.»

c) «Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez.»

d) «Suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse
suçlu sayılamaz.»

Böylece, olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydı ve ölçülülük ilkesine uyulmak şartıyla, yukarıda sayılan hak ve özgürlüklerin dışında kalan hak ve özgürlükler, örneğin basın, seyahat, haberleşme, toplantı ve gösteri, grev ve lokavt hak ve özgürlükleri sınırlandırılabilir, hatta bu hak ve özgürlüklerin «kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir»lecektir. Ancak, «savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında», hiç bir şekilde kişinin yaşama hakkına dokunulamayacak; onlara işkence edilemeyecek; din, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacak; ve bunlardan dolayı kınanamayacak; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamayacaktır.

Söz konusu Olağanüstü Hal KHK'leri, acaba bu çekirdek alana dokunmuş mudur? Kararnameler, genellikle, yukarıda sayılan haklara ilişkin düzenlemeler getirmemiştir. Bu bakımdan çekirdek alana dokundukları söylenemez. Ancak, 424 sayılı KHK'nin 1'inci maddesinin b bendinin 15'inci maddenin 2'nci fıkrasındaki «suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz» hükmünü ihlal edip etmediği tartışılabilir. Adı geçen bent, Olağanüstü Hal Bölge Valiliğine Bölgede, «genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından isteyerek veya zor veya baskı ile zararlı faaliyette bulunanlardan gerekli görülenleri» bölge dışında «belirlenecek yerlerde ikamete mecbur tutmak» yetkisi verilmiştir. Bu «ikamete mecbur tutma»nın ne olduğu tartışılmalıdır. Bu bir «sürgün» cezası mıdır; yoksa, seyahat ve yerleşme özgürlüğünü sınırlandıran basit bir tedbir midir? Eğer bu hüküm bir «sürgün» cezası olarak yorumlanırsa, 15'inci maddenin 2'nci fıkrasında «suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz» şeklinde belirtilen «masumluk ilkesi»ne aykırıdır.

Diğer tartışılır hüküm ise, 24 sayılı KHK'nin Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinde öngörülen cezaları arttıran 5'inci ve 6'ıncı maddeleridir. Burada yorumlanması gereken husus ise, Anayasanın 15'inci maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan «suç ve cezalar geçmişe yürütülemez» hükmüdür. Bilindiği gibi, ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi «kanunilik ilkesi»dir. Bu ilkenin çeşitli anlamları vardır. Birinci anlamına göre, bu ilke, suç ve cezaların, diğer düzenleyici işlemlerle değil de, ancak «kanun»la konulması gerektiğini ifade eder. Buna «kanunun tekelciliği ilkesi» denir. Diğer

bir anlamına göre ise kanunîlik ilkesi, ceza kanunlarının geçmişe uygulanmamasını; kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmamasını ifade eder. Buna «geçmişe uygulanmazlık ilkesi» denir (20). İşte burada tartışmamız gereken sorun, «suç ve cezalar geçmişe yürütülemez» (21) hükmünün «kanunun tekelciliği ilkesi»ni yoksa, «geçmişe uygulanmazlık ilkesi»ni mi ifade ettiği sorunudur. Bu sorunu tartışmış olan Mümtaz Soysal'a göre, söz konusu hüküm, «yasadışı ceza olmaz», yani «kanunun tekelciliği ilkesi» anlamına gelir. Yazara göre bu hüküm, «suçların mutlaka yasalarla gösterilmesini ve cezaların yasayla belirlenmesini zorunlu kılar (abç)» (22).

Kanımca, Anayasanın 15'inci maddesinin 2'inci fıkrasında «suç ve cezalar geçmişe yürütülemez» tabiri, «kanunun tekelciliği» için değil, «ceza kanunlarının geçmişe uygulanmazlığı» ilkesini anlatmak için kullanılmıştır. Madde de hiç bir şekilde «kanun» kelimesi geçmemektedir. Bu sonuca, maddenin alındığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15'inci maddesinin gönderme yaptığı 7'nci maddesinden de ulaşılabilir. Adı geçen maddeye göre, «hiç kimse işlendiği zaman millî veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamaz.» Görüldüğü gibi, madde suç ve ceza ihdas eden kanunların geçmişe uygulanmamasını ifade etmektedir. Maddede suç ve cezaların «kanun» ile ihdas edilmesi gerektiğini belirten her hangi bir kayıt yoktur. Hatta madde, «milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil» eden bir fiilden bahsettiğine göre, suç

(20) «Kanunun tekelciliği» ve «geçmişe uygulanmazlık» ilkeleri için bkz. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1988, s. 20, 33.

(21) «Cezanın geriye yürümezliği anlaşılıyor da, suçun geriye yürümezliği biraz hukuk bakımından zor anlaşılır bir kavram» Bkz. Soysal, **Anayasa Yargısı** 3, s. 45. Soysal'ın yukarıdaki eleştirisine cevap veren Orhan Aldıkaçtı şöyle demiştir: «Suçun geriye yürürlüğü kavramı, Kendileri tabii memleketimizin yetişkin ve kaymak tabakasında bulunan bir anayasacıdır. Sorunu anlamış, fakat sanıyorum ki, herkes anlamıştır. Suçun geriye tepmemesi, yahut geriye yürümemesi demek; yani makabule şamil suç olmaz vesaire... demektir. Bu da pekala anlaşılmalıdır.» Bkz. Mümtaz Soysal'ın adı geçen tebliğini izleyen tartışma, **Anayasa Yargısı** 3, s. 52.

(22) Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 202.

yaratan tek kaynağın« kanun» olamayacağını da zımnen kabul etmektedir.

Bu sonuca göre, 424 sayılı KHK'nin TCK'nın bazı maddelerindeki cezaları arttıran 5'inci ve 6'ncı maddelerinin Anayasanın 15'inci maddesinin 2'inci fıkrasına aykırı olduğu söylenemez.

Görüldüğü gibi Anayasanın 15'inci maddesinde getirilen üç ilke, olağanüstü hallerde özgürlüklerin sınırlandırılmasında etkin ve güvenceli bir sistem oluşturmaktadır.

Böylece, olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini gördükten sonra, şimdi de, bu sınırlandırmayı yapacak olan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelelerinin hukukî rejimini inceleyelim.

İKİNCİ BÖLÜM

OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ

1982 Anayasası, olağanüstü hallerde çıkarılabilen ve olağan KHK'lerden farklı, bir ikinci tür KHK'ye yer vermiştir. Bu tür KHK'ler, olağan KHK'lerden temelde dört bakımdan önemli farklılıklar taşımaktadır.

I. YETKİ UNSURU BAKIMINDAN

Olağan dönem KHK'lerinde, KHK çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir (m. 91/1). Olağanüstü hal KHK'lerinde ise, bu yetki, «Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu»na aittir (m. 121/3).

Yetki unsuru bakımından ikinci fark ise, yetki kanunu açısından ortaya çıkmaktadır. Olağan KHK'ler için, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılacak bir yetki kanununa ihtiyaç vardır (m. 91/1, 2). Oysa olağanüstü hal KHK'leri için böyle bir yetki kanununa gerek yoktur (23). Zira, olağan KHK'lerin yetki kanununa dayanması zorunluluğunu getiren 91'inci madde, 5'inci fık-

(23) Son olağanüstü hal KHK'leriyle ilgili tartışmalarda bunun aksinin de savunulduğu olmuştur. Örneğin Çetin Özek'e göre, «anayasanın 91. ve

rasında, açıkça, bu zorunluluğu kaldırmaktadır. Fıkraya göre, «sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır.» Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal KHK'si çıkarma yetkisinin düzenlendiği 121'inci maddenin 3'üncü fıkrasında ise, yetki kanunundan bahsedilmeksizin ,adı geçen Kurulun, «olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname çıkarabileceği» söylenmektedir. Özbudun, bu anlamda olağanüstü hal KHK'lerini, «yürütmenin 1982 Anayasasına göre sahip olduğu özerk veya aslî düzenleme yetkisinin tipik bir örneği» olarak görmektedir (24).

II. KONU UNSURU BAKIMINDAN

Anayasamız, olağan dönemlerde KHK çıkarma yetkisini konu bakımından sınırlandırmıştır. 91'inci maddenin 1'inci fıkrasına gö-

121. maddelerinde yetki kanunu açısından bir ayrıcalık konulmuş değildir. Bu nedendir ki olağanüstü hal durumlarında, anayasanın 91. maddesine uygun olarak 'çıkartılacak KHK'nin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla KHK çıkarılıp çıkarılmayacağı' gösteren bir yetki kanunu bulunmadıkça KHK çıkartılamaz.» Görüldüğü gibi Yazar, 91'inci maddenin 2'nci fıkrasına dayanmakta ve bu madde de «yetki kanunu açısından bir ayrıcalık hükmü konulmuş değildir» demektedir (Özek, Cumhuriyet, 22 Mayıs 1990). Eğer Yazar aktardığı fıkranın iki altında yer alan 5'inci fıkrayı okumuş olsaydı bir ayrıcalık hükmü getirildiğini görecekti. Zira 91'inci maddenin 5'inci fıkrası, yukarıda da aktardığımız gibi şöyle demektedir: «Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır.»

Kanımca, olağanüstü hal KHK'leri için yetki kanununa gerek olup olmadığı sorunu, 10 Nisan 1990'dan sonra ortaya atılmış «sahte bir sorun»dur. Zira, bu tarihten önce, aksi görüşü savunana rastlanmamıştır. Tüm yazarlar, olağanüstü hal KHK'lerinin olağan KHK'lerden çeşitli bakımlardan farklı olduğunu bu farklılıklardan birinin de bu KHK'lerin yetki kanununa ihtiyaç göstermemesi olduğunu açıkça yazmaktadırlar. Örneğin bkz. Özbudun, s. 207; Soysal, Anayasanın Anlamı, s. 343. Sağlam da bu görüştedir. Yazar sunduğu bir tebliğinde, «olağanüstü yönetimlerde çıkarılabilecek olan KHK'lerin 91. maddede düzenlenmiş olan koşullardan bağımsız» olduğunu savunmuştur. Bkz. Sağlam, Anayasa Yargısı, 1984, s. 262. Görünen odur ki, çözülmüş olan bir problem, Çetin Özek tarafından önümüze tekrar sunulmaktadır.

(24) Özbudun, s. 207.

re, «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.» Oysa olağanüstü hal KHK'lerinde konu sınırlaması yoktur. Çünkü sınırlamayı getiren fıkra, yukarıda aktardığımız cümlelerin hemen başında, açıkça, «sıkıyönetim ve olağanüstü hal-ler saklı kalmak üzere» demektedir. Ayrıca, maddenin 5'inci fıkrasında, yukarıda aktardığımız gibi, olağanüstü hal KHK'leriyle ilgili hükümlerin saklı olduğunu belirtmektedir. Söz konusu KHK'leri düzenleyen 121'inci maddenin 3'üncü fıkrasında ise, bir sınırlama yapılmaksızın, «olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda» denmektedir. Bu hükümler karşısında hiç tereddüte yer olmaksızın, olağanüstü hal KHK'lerinde bir konu sınırlaması olmadığını söyleyebiliriz (25).

III. USUL VE ŞEKİL UNSURU BAKIMINDAN

Anayasa 121'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında olağanüstü hal KHK'leri hakkında şekil ve usul unsuru açısından şu hükümleri getirmiştir: «Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul İçtüzükte belirlenir.» Olağan KHK'lerin şekil ve usul hükümleri ise, Anayasada (m. 91/6, 7, 8) biraz farklı şekilde ifade edilmişlerdir. Birinci farklılık şudur: Olağan KHK'ler «Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.» Olağanüstü hal KHK'leri ise, «Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına (abç) sunulur.

(25) Aynı yönde bkz. Özbudun, 207-208; Soysal, **Anayasanın Anlamı**, s. 343.

Karşı görüş için bkz. Zabunoğlu, **Cumhuriyet**, 21 Nisan 1990. Yazar bu konuda şunları yazmaktadır: «Anayasamızın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceği ilkesi kabul edildiğine göre, ayrıca yine anayasamızın 121. maddesinde, olağanüstü hallerde, 'temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya durdurulacağı'nın Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenleneceğinin' belirtilmiş olması karşısında, burada söz konusu olan 'tedbir'lerin ancak yasama organı tarafından ve yasa yolu (abç) ile belli edilebileceği ortadadır... Anayasa koyucu her iki hükümde (m. 91, 121) de açıkça temel hak ve özgürlükler ile düzenlemelerin KHK'lar ile yapılabileceğini ifade etmiş değildir... Kısacası TC Anayasası olağanüstü hallerde özgürlüklerin ve temel hakların kısıtlanması ve sınırlandırılması ve hatta tamamen ortadan kaldırılması gibi yaşamsal önem taşıyan bir konunun düzenlenmesini ancak yasa ile olanaklı saymış»tır.

Bu «onay» kelimesi farklılığından kimi yazarlar, olağanüstü hal KHK'lerinin, olağan KHK'lerden farklı olarak, TBMM'de komisyonlarda görüşülmeden, doğrudan doğruya Genel Kurula sunulması gerektiği sonucunu çıkarmaktadırlar (26).

Kanımca, bu «onay» kelimesinden bir farklılık yaratıldığı sonucu çıkarılamaz. Zira, gerek öğretisi, gerek Anayasa Mahkemesi, KHK'ler üzerindeki TBMM işleminin bir karar değil, bir kanun biçiminde ortaya çıkması gerektiği yolundadır (27). Diğer yandan TBMM'nin onay kanununun, KHK'yi bir «kanun» haline dönüştürdüğü kabul edilmektedir (28). Buna göre, olağanüstü hal KHK'leri de, aynen kabul edilebileceği ya da reddedilebileceği gibi değiştirilerek de kabul edilebilir. Bu nedenle, olağanüstü hal KHK'lerinin de önce, komisyonlar da görüşülüp olgunlaştırılması, sonra Genel Kurula indirilmesi gerekir.

Olağan KHK'ler ile olağanüstü hal KHK'leri arasında usul bakımından ikinci fark ise şudur: Olağan KHK'ler, «Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür» (m. 91/8). Oysa olağanüstü hal KHK'lerinin «Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul İçtüzükte belirlenir

(26) Örneğin, Güner Yiğitbaş'a göre, «anayasanın 121. maddesinde, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri'nin ...Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulacağıının belirtilmesiyle yetinil(miştir)... Anayasanın 91. maddesinde yer alan görüşme usulünün, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine tatbik edilemeyeceği açıkça anlaşılmaktadır... 413 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, Meclis Başkanı tarafından Meclis Komisyonlarına havale edilmeksizin, doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kuruluna havale edilerek... kabul veya reddi konusunda karar verilmesi... anayasal bir zorunluluktur.» Yiğitbaş, **Cumhuriyet**, 9 Mayıs 1990. Hemen belirtelim ki, Meclisin sahibi olduğu tek imkan, bu KHK'leri kabul ya da reddi değildir. Meclis, bunları **değiştirerek de** kabul edebilir. Kaldı ki, yazar, bu KHK'lerin Anayasanın 121'inci maddenin 3'üncü fıkrasına dayanarak, komisyonlara havale edilmeksizin Genel Kurula havale edilmesini savunmaktadır. Ancak gösterdiği fıkrada, «komisyonlara havale edilir» denmediği gibi «Genel Kurula havale edilir»de denmemekte; sadece «Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur» denmektedir. Bu ibareden herhalde, doğrudan doğruya bu Meclisin Genel Kurulu anlaşılabilir.

(27) Özbudun, s. 204. Ayrıca bkz. 14.10.1975, E. 1975/45, K. 1975/198, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 13, s. 558.

(28) Özbudun, s. 205.

(m. 121/3). Görünen odur ki, Anayasa, olağan KHK'lerinin öncelikle ve ivedilikle kanunlaşmasını isterken, olağanüstü hal KHK'leri için bunu pek istememektedir; hiç olmazsa, istediğini vurgulamamaktadır.

Bu arada belirtelim ki, Anayasa açıkça, bu kararnamelerin «Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İctüzükte belirlenir» demesine rağmen, bu güne kadar bu konuda bir İctüzük çıkarılmamıştır.

IV. OLAĞANÜSTÜ HAL KHK'LERİNİN DENETİMİ

Olağanüstü hal KHK'leri üzerinde iki tür denetim söz konusu olabilir. Birincisi siyasal, ikincisi yargısal denetimdir.

1. Siyasal Denetim

Siyasal denetim, olağanüstü hal KHK'lerinin TBMM tarafından denetlenmesini ifade eder. Anayasa (m. 121/3) olağanüstü hal KHK'lerinin TBMM'nin onayına sunulacağını belirttiğine göre, TBMM, bu kararnameleri, görüşecek, uygun görmüyorsa onaylamayabilecek, daha doğrusu red edebilecektir. Böylece, siyasal denetim gerçekleşmiş olacaktır.

2. Yargısal Denetim

Anayasa bu tür KHK'lerin yargısal denetim yolunu kapatmıştır. 128'inci maddenin 1'inci fıkrasına göre, «olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.»

Anayasanın bu hükmü, hukukçular tarafından eleştirilmiştir.

Örneğin Özbudun'a göre, «bu hüküm, olağanüstü hal rejimlerinin, idarenin takdiri yetkilerinin genişlemesine ve hürriyetlerin normal zamanlara oranla daha aşırı ölçülerde sınırlandırılmasına rağmen, gene de bir hukuk rejimi olması gerektiği yolundaki yerleşmiş kamu hukuku ilkesine aykırı düşmektedir. Üstelik, yargısal denetim yokluğu, Anayasanın 15'inci maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bile vatandaşlara tanınmış olan 'mahfuz alan'ı fiilen etkisiz kılabilir» (29).

(29) Özbudun, s. 208.

Soysal'a göre, «böylece, yargı denetimine en çok gereksinme duyulabilecek olan bir sırada yargı denetimi büsbütün kaldırılmaktadır». Bu durumda, «olağanüstü koşullarda, yasa hükmünde kararname yolu yönetime müthiş bir kolaylık sağlamaktadır ama, yargı denetimine hiç girmeyen bir kolaylıktır bu: haklar ve özgürlükler için en ciddi tehlikeyi oluşturan, Anayasanın koruculuğunu ortadan kaldıran bir kolaylık. 1982 Anayasasının en çok eleştirilebilecek olan yönlerinden biri budur» (30).

Tanör de bu hükmü eleştirmektedir. Yazara göre, «MGK yasalarından sonra 'denetlenemez normlar'ın insan hakları ve hak arama özgürlüğü açısından ikinci büyük paketi olağanüstü dönemlerde çıkartılan kanun hükmünde kararnamelerdir... Olağanüstü durumlarda yargı denetimine getirilen bu önemli istisna başka kaçamakları da besleyip özendirilmektedir... Olay, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü aleyhine Anayasaya sokulan 'denetimsizlik bölgesi'nin nasıl yayılmaya elverişli bir tehlike oluşturduğunu, anayasal-siyasal sistemin yeni yasak ve denetimsizlikler üretebilme yeteneğini de ortaya koymaktadır» (31).

Bu durumda olağanüstü hal KHK'leri üzerinde yapılabilecek tek denetim olarak «siyasal denetim» kalmaktadır. Ne var ki, siyasal denetimin «yargısal denetimin yerini tutabileceği ve yargısal denetim yokluğunun hukuk devleti ilkesi açısından yarattığı sınıncayı ortadan kaldırabileceği elbette iddia edilemez» (32). Zira, bu KHK'leri çıkaran Bakanlar Kurulu ile, bunları denetleyecek olan Meclis çoğunluğu genellikle aynı siyasal partiye mensuptur. Diğer bir anlatımla, Bakanlar Kurulu ile Meclis çoğunluğu arasındaki, siyasal özdeşlik, siyasal denetimi anlamsızlaştırır. Kaldı ki, bu denetim dahi ülkemiz de etkin olarak yapılamamaktadır. Çünkü, yukarıda da belirtildiği gibi, bu kararnamelerin onaylanmasına ilişkin süre ve usulü düzenlemesi öngörülen İctüzük, henüz çıkarılamamıştır. Bu durumda, olağanüstü hal KHK'lerin TBMM'de ne zaman görüşülecekleri bilinmemektedir. Örneğin, daha 1987 yılında çıkarılan 285 sayılı Olağanüstü Hal KHK'si Meclisce görüşülmemiştir.

(30) Soysal, *Anayasanın Anlamı*, s. 343.

(31) Bülent Tanör, *Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1990, s. 226.

(32) Özbudun, s. 208.

Özbudun, yargısal denetimi sağlayıcı bir çözüm yolu olarak, bu tür KHK'lerin TBMM'de bir an önce karara bağlanmasını önermektedir. Zira, «olağanüstü hal KHK'leri, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayından sonra, diğer KHK'ler gibi kanuna dönüşeceğinden, bu kanunların Anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenebileceği doğaldır. Diğer bir deyimle Anayasa, denetim yasağını ancak onaydan önceki safha için koymuştur. Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu kararnameleri mümkün olan süratle karara bağlaması söz konusu tehlikeyi bir ölçüde hafifletebilecektir» (33).

Yöneltelen eleştiriler ne kadar haklı olursa olsun, ortada tartışılmaz bir gerçek var: Anayasanın, olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasaya uygunluğu denetimi yolunu kapattığı gerçeği. Ancak, kanımca bu, söz konusu KHK'ler üzerinde her hangi bir yargısal denetim yapılamayacağı anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü hal KHK'lerinin anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulması, yargısal denetimin «sıfır noktası» (34) olarak görülemez.

Kanımca söz konusu KHK'ler üzerinde, bir inceleme yapılabilir. Bu inceleme, «olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi» adı altında getirilen hükümlerin, gerçekten de bir «olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi» olup olmadıklarını incelemekten ibarettir. 148'inci maddede getirilen hükmün, bu incelemenin yapılmasını yasakladığı düşünülemez. Zira, Anayasa Mahkemesi, denetlemesi için önüne getirilen bir düzenleyici işlemin, Resmî Gazete'de konulan adıyla bağlı değildir. Mahkemenin her şeyden önce, inceleyeceği işlemin hukukî tavsifini serbestçe yapma yetkisi vardır. Bu nedendir ki, Anayasa Mahkemesi «olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi» adı altında yapılan düzenlemelerin, hukukî tavsifini serbestçe yapacak, bunların gerçekten birer «olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi» olup olmadıklarını saptayacaktır. 148'inci maddede ki yasak, ancak, Anayasa Mahkemesinin bu incelemeyi yapmasından, söz konusu işlemin bir «olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi» olduğunu saptadıktan sonra başlar.

Bir işlemin «olağanüstü hal KHK'si» olarak nitelendirilebilmesi içinse, sadece, «Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan

(33) Özbudun, s. 208-209.

(34) Terim Bakır Çağlar'a aittir. Bkz. Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 163.

Bakanlar Kurulu»nca çıkartılmış olması yetmez; başka şartlar da aranır. Her şeyden önce, böyle bir KHK'nin çıkartılabilmesi için, Anayasanın 119'uncu veya 120'nci maddesi anlamında bir «olağanüstü hal» olmalıdır. Sonra, doğaldır ki, olağanüstü hal ülkenin sadece bir bölgesine hasredilmişse, yapılan düzenlemenin bu bölge dışına taşmaması gerekir. Bu koşullar olmadan, «Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu»nun çıkaracağı her KHK, bir «olağanüstü hal KHK'si» olamaz. Belki de olsa olsa, «dönüştürme (conversion) kuramı» uyarınca «olağan hal KHK'si» olur. «Olağan hal KHK'leri» ise, Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbidir. Anayasa Mahkemesi de, bu KHK'yi muhtemelen, başta bir yetki yasasına dayanmadığından, sonra, konu bakımından KHK'ye kapalı alan olan temel hak ve özgürlükleri sınırladığından Anayasaya aykırı bularak iptal edecektir.

Bu açıklamaların ışığında gündemde olan Olağanüstü Hal KHK'lerini inceleyelim.

Yürürlükten kaldırılan 413 sayılı KHK'nin ilk 5 maddesi 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununu değiştirmekteydi. Söz konusu Kanun Türkiye'nin bütünü için yürürlükte olan genel nitelikte bir kanundur. Bu Kanunda öngörülen tedbirler, her hangi bir zaman, **her hangi bir yerde** olağanüstü hal ilan edildiğinde, kendiliğinden uygulamaya girerler. 413 sayılı KHK, bu Kanunda değişiklik yaptığına göre, sadece söz konusu Olağanüstü Hal Bölgesinde değil, tüm Türkiye için geçerli olan bir Kanunda değişiklik yapmış demektir. Oysa yukarıda açıklandığı gibi, Olağanüstü Hal KHK'leri ile, ancak olağanüstü hal bölgesinde düzenleme yapılabilir. Olağanüstü hal bölgesinin dışına taşan hükümler, bir olağanüstü hal KHK'si değildirler. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarıldıklarından bir olağan hal KHK'si olarak görülebilirler. Bu itibarla da, Anayasaya gerek şekil, gerek esas bakımdan uygunlukları incelenebilir. Bu incelemede de muhtemelen, Anayasa Mahkemesi tarafından, başta bir yetki kanununa dayanmadığından, sonra temel hak ve özgürlükleri sınırlandırdığından, ayrıca Anayasanın çeşitli maddelerine (örneğin, m. 38, 125) aykırı olduğundan iptal edilecektir.

424 Sayılı KHK ise, adeta, 413 sayılı KHK'nin yukarıda açıklanan sakatlığını gidermek için çıkarılmıştır. Zira, 424 sayılı KHK'nin tüm maddeleri, 413 sayılı KHK'de alınan tedbirleri tekrarlamakta; ama bunları, tüm Türkiye için geçerli olan 2935 sayılı Ola-

ğanüstü Hal Kanununa değil, sadece Olağanüstü Hal Bölgesinde yürürlükte olan 285 sayılı Olağanüstü Hal KHK'sine eklemektedir. Bu bakımdan 424 sayılı KHK, gerçekten de bir «Olağanüstü Hal KHK'si»dir ve bu bakımdan Anayasa Mahkemesince de denetlene-
mez. Ne var ki, 424 sayılı KHK'nin 1'inci maddesinin a bendi bu bakımdan tartışmalıdır. Zira söz konusu bend, İçişleri Bakanına, «bölge içinde veya dışında basılmış olup olmadıklarına bakılmak-
sızın» her türlü eser hakkında bir takım tedbirler alma yetkisi ta-
nımlanmaktadır. Kanımca bu hüküm, Olağanüstü Hal Bögesi dışına ta-
şan kısmıyla bir «olağanüstü hal KHK'si» hükmü değil, bir «ola-
ğan hal KHK'si»dir. Bu itibarla da Anayasa Mahkemesinin dene-
timine tâbidir. Anayasa Mahkemesi de muhtemelen bu «olağan hal
KHK'si» hükmünü, KHK'lere kapalı alan olan basın özgürlüğünü
sınırladığından iptal edecektir.

425 sayılı KHK ise, 413 sayılı KHK gibi, 2935 sayılı Olağanüs-
tü Hal Kanununu değiştirdiğinden, yukarıda açıklanan aynı ne-
denle, bir «olağanüstü hal KHK'si» değil, bir «olağan hal KHK'si»
dir; ve bu itibarla da Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbidir.
Mahkeme de, bu KHK'yi muhtemelen, başta yetki kanununa da-
yanmadığından, sonra temel hakları sınırladığından Anayasaya
aykırı bularak iptal edecektir.

Ayrıca belirtelim ki, Bakır Çağlar, olağanüstü hal KHK'leri-
nin bir yargısal denetim imkanına daha işaret etmektedir. Bu, mil-
li-üstü hukuk planında yargısal denetim imkanıdır. Çağlar'a göre,
«Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna ferdi başvuru hak-
kını ve Avrupa Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımıştır. Komis-
yona ferdi başvuru hakkını kayıtlı tanımıştır; ama Avrupa Mah-
kemesi'nin 29 Nisan 1988 tarihli kararına göre genel nitelikteki çe-
kinceler sözleşmeye aykırıdır. Bu durumda komisyona ferdi baş-
vuru hakkı kayıtsız kullanılabilir» (35).

Böylece Türkiye'de denetlenemeyen Olağanüstü hal KHK'leri
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetlenebilecektir.
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, denetimini, Avrupa İnsan Hak-
ları Sözleşmesinin 15'inci maddesine uygunluk açısından yapacak-
tır. Yukarıda incelediğimiz gibi, Sözleşmenin 15'inci maddesi, 1982
Anayasasının 15'inci maddesinin de benimsediği, milletlerarası hu-

(35) Bakır Çağlar'ın Beyanatı, in Turan Yılmaz, «Yargının Denetimi Zo-
runlu», Cumhuriyet, 17 Nisan 1990.

kuka uygunluk kaydını, ölçülülük ilkesini ve çekirdek alana dokunma yasağını getirmektedir. Özetle, Avrupa Mahkemesi, bizim Anayasa Mahkememizin inceleyemediği ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını ve çekirdek alana dokunulup dokunulmadığını denetleyebilecektir (36).

SONUÇ

1982 Anayasası, olağanüstü hal rejimlerinde özgürlüklerin sınırlandırılması açısından, olağan dönemlerde öngörülen sınırlandırma sisteminin (m. 13) dışında ve ötesinde bir sınırlandırma sistemi (m. 15) öngörmüştür. Bu anlamda denilebilir ki 1982 Anayasası, biri olağan, diğeri olağanüstü dönemlerin olmak üzere, **adeta iki anayasa** içermektedir. Bu nedenle, olağanüstü hal düzenlemelerinin Anayasaya uygunluğu tartışılırken, gözönünde tutulması gereken Anayasa, olağanüstü hal dönemlerinin Anayasası (m. 15) dir.

Olağanüstü hal dönemlerinin Anayasasını oluşturan 15'inci madde ise, «savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde... temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler» alınabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak madde, bunun için de **üç güvence** getirmiştir. Bunlardan birincisi, **milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydı**, ikincisi **ölçülülük ilkesi** ve üçüncüsü ise, maddenin 2'inci fıkrasında sayılan bir takım hak ve ilkelerden oluşan **çekirdek alana dokunma yasağıdır**. Bu üç ilke, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında güvenceli bir sistem oluşturur.

1982 Anayasası, olağanüstü hallerde çıkarılabilen ve olağan KHK'lerden farklı, bir ikinci tür KHK'ye yer vermiştir. «Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi» olarak isimlendirilen bu tür KHK'ler, olağan KHK'lerden temelde **dört bakımdan farklıdır**.

Birinci farklılık **yetki unsuru** bakımındandır. Olağan KHK çıkarma yetkisi, Bakanlar Kuruluna aitken, olağanüstü hal KHK'si çıkarma yetkisi «Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Ba-

(36) Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lawles vak'asında, ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğini araştırmıştır. Bkz. Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 164 ve dipnot 1'de andığı kaynaklar.

kanlar Kurulu»na aittir. Diğer yandan, olağan KHK çıkarmak için yetki kanununa ihtiyaç varken, olağanüstü hal KHK'si çıkarmak için böyle bir yetki kanununa gerek yoktur.

İkinci farklılık, **konu unsuru** bakımındandır. Olağan KHK'ler ile, temel haklar, kişi hakları ve siyasi haklar düzenlenemez. Oysa olağanüstü hal KHK'leri, böyle bir konu sınırlamasına tâbi değildir. Bu KHK'ler ile, tüm hak ve özgürlükler düzenlenebilir.

Üçüncü farklılık **şekil ve usul unsuru** bakımındandır. Anayasada, olağan KHK'lerin Türkiye Büyük Millet Meclisinde «öncelikle ve ivedilikle» görüşüleceği belirtilmişken, olağanüstü hal KHK'lerinin «öncelikle ve ivedilikle» görüşüleceği belirtilmemiş, sadece, bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usulün İçtüzükte belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Dördüncü farklılık, **yargısal denetim** bakımından ortaya çıkmaktadır. Olağan KHK'ler Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbidir. Oysa, olağanüstü hal KHK'leri için Anayasa yargısal denetim yolunu kapatmıştır. Anayasanın bu hükmü, yazarlarca, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu için eleştirilmiştir.

Kanımca, Anayasanın bu hükmü, yargısal denetimin «**sıfır noktası**» olarak görülemez. Zira, Anayasa Mahkemesi her şeyden önce, önüne gelen işlemin, Resmî Gazetede konulan adıyla bağlı olmaksızın hukukî tavsifini serbestçe yapma yetkisi vardır. Eğer Anayasa Mahkemesi, önüne gelen işlemin bir «olağanüstü hal KHK'si» olmadığı kanaatine varırsa, bu işlemi denetleyebilecektir. Anayasa Mahkemesinin bu denetimi, yukarıda belirtilen denetim yasağının kapsamına girmez. Çünkü, o denetim yasağı, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından «olağanüstü hal KHK'si» olarak nitelendirilen işlemler için geçerlidir.

Diğer yandan, olağanüstü hal KHK'lerinin **milli-üstü hukuk planında yargısal denetim yolu** da açıktır. Zira, Türkiye Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkını ve Mahkemenin yetkisini tanımıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, olağanüstü hal KHK'lerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15'inci maddesine uygunluğunu denetleyebilecektir. Bizim Anayasanın 15'inci maddesinin kaynağı olan Sözleşmenin 15'inci maddesi, olağanüstü hallerde özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak, **milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydını, ölçülülük ilkesini** ve bir takım önemli hak ve ilkelerden oluşan **çekirdek alana dokunma yasağını** getirmiştir.