

AVRUPA KONSEYİ ANAYASAL BİRİKİMİ IŞIĞINDA 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ*

(2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT IN THE LIGHT OF COUNCIL OF
EUROPE'S CONSTITUTIONAL ACCUMULATION)

Erkan Duymaz**

Giriş

1982 Anayasası günümüze kadar birçok değişiklik geçirmiştir. Bu değişikliklerin gerçekleştiği zaman ve koşullara bakıldığında ulusal siyasi faktörlerin yanı sıra Avrupa hukuk düzeninin de da önemli bir etkisi, teşviki hatta bazen zorlaması olduğu görülmektedir. Söz konusu Avrupa hukuk düzeni, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi hukukunun ortaklaştığı demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları alanlarındaki asgari gerekliliklerden oluşmaktadır. Ne var ki bu gerekliliklerin etkisi her Anayasa değişikliğinde değil de Avrupa devletleriyle ve kurumlarıyla ilişkilerin iyi olduğu siyasi konjonktürde ortaya çıkmaktadır. Bunun en güzel örnekleri 2001 ve 2004 yılları Anayasa değişiklikleridir. 1999 yılında gerçekleşen Helsinki Zirvesi'nde Avrupa Birliği'ne aday ülke ilan edilen Türkiye, tam adaylık için şart koşulan Kopenhag kriterlerinin siyasi ayağını¹ karşılamak amacıyla 2001 yılında son derece önemli bir Anayasa değişikliği paketi kabul etmiştir.² Bu değişiklik paketinin gerekçesine bakıldığında, AB'ye üyelik amacı kadar İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile uyumlu bir temel hak ve özgürlükler rejimi kur-

* Bu metin, ANAYASA-DER tarafından 21.10.2017 tarihinde düzenlenen "Anayasal Kazanımlar Bilançosu" başlıklı çalıştayda sunulan bildirinin gözden geçirilmiş şeklidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.

¹ Bu kriterlere göre, aday ülke, kurumlarında demokrasiyi güvence altına alacak istikrarı sağlamalı, hukukun üstünlüğünü, insan haklarına saygıyı ve azınlıkların korunması ilkelerini başarıyla yerine getirebilmelidir. Bkz. Ahmet Sözen, "Türkiye'de Kopenhag Kriterleri Çerçevesinde Demokratikleşme ve Türk Dış Politikalarına Yansımaları", Bülent Tanör Armağanı, Legal, 2004, s. 621.

² Bu konuda bkz. Feridun Yenisey, "2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme", Anayasa ve Uyum Yasaları, TBB Yayınları, 2003, ss. 190-209.

ma isteğinin de önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. 2004 Anayasa değişiklikleri ise Anayasa md. 90'a yeni bir fıkra ekleyerek insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalarla uyumsuzluk halinde yasa üstü bir statü tanımıştır. Ölüm cezasının kaldırılması da aynı yıl gerçekleşmiştir. Ancak 2000'li yıllarından başlarında gerçekleşen bu hayati reformlar gerekli uyum yasalarının çıkarılmaması nedeniyle hukuk dünyasında köklü değişiklikler meydana getirememiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar önünde uygulama önceliği tanıyan AY md. 90/son beklenen etkiyi yaratmamış, İHAM'ın ulusal mahkemeler tarafından uygulanması ve dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadının iç hukuka aktarılması süreci gerçekleşmemiştir.³ Ulusal yargı organlarının Avrupa insan hakları standartlarına gösterdiği direnç 2010 yılında kabul edilen Anayasa değişikliği ile teorik olarak kırılan bir hale gelmiştir. Bu değişiklik paketi, daha sonra değinilecek önemli kurumsal değişimlerin dışında, Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru yolunun açılmasına olanak tanımıştır. Asıl amacı İHAM tarafından Türkiye'ye karşı verilen mahkûmiyet kararlarının önüne geçmek olan bu mekanizma 2012 yılında işlemeye başlamış ve takip eden birkaç yıl içerisinde İHAM içtihadının belirli bir ölçüde ulusal hukuk üzerinde etkili olmasına vesile olmuştur. Avrupa Konseyi'nin güçlü teşviki ile hukukumuza giren Anayasa şikâyeti kurumu bilhassa ifade özgürlüğü alanında İHAM içtihadının AYM tarafından benimsenmesi ve kamuoyunu yakından ilgilendiren başvurularda⁴ uygulanması ile demokrasi ve insan hakları alanlarında Avrupa standartlarını yakalamaya elverişli yeni bir olumlu atmosfer yaratmıştır. Ne var ki AYM'nin bu çabası henüz tam anlamıyla meyvesini vermeden, başka bir deyişle diğer yargı organlarının da benimsediği bir hukuk kültürü oluşturmadan, önce Haziran 2013'te Gezi olayları, erte-sinde 17-25 Aralık 2013 soruşturmaları krizi ve son olarak 15 Temmuz 2016 darbe girişimi yaşanmıştır. Öte yandan, "barış süreci" ile kesintiye uğrayan silahlı çatışmalar ve şiddet olayları tekrar baş göstermiş, yurdun birçok yerinde büyük can kayıplarına yol açan terör saldırıları yaşanmış-

³ Atilla Nalbant, "İnsan Hakları Avrupa Hukuku İlkeleri Işığında Yüksek Mahkemele-rin Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme, AYHD-7, 2015, s. 230.

⁴ Örn., Yaman Akdeniz ve diğerleri, başvuru no: 2014/3986, 2/4/2014/(Twitter kararı); Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri, başvuru no: 2014/4705, 29/5/2014; Erdem Gül ve Can Dündar, başvuru no: 2015/18567, 25/2/2016.

tır. 20 Temmuz 2016 tarihinde olağanüstü hâl ilan edilmiş, bugüne kadar uzatılarak devam etmiştir.

Bu süreçte bir yandan mevcut hukuki sorunlar derinleşerek varlığını sürdürmüş diğer yandan OHAL rejimi ile çok daha geniş çaplı sorunlar ortaya çıkmıştır. Nitekim, Türk Ceza Kanunu md. 299'a ve 301'e, sırasıyla Cumhurbaşkanı hakaret ve Türklüğe hakaret suçları, sulh ceza hakimlikleri ve tutuklama tedbirleri, basın özgürlüğü ve yargı bağımsızlığı gibi temel meseleler üzerindeki tartışmalar devam ederken; OHAL ile yargı denetimine tabi olmayan kararname yoluyla toplu ihraçlar, dernek, vakıf, şirket kapatmalar, savunma hakkında kısıtlamalar gibi çok sayıda temel hak ve özgürlüğe doğrudan müdahale teşkil eden düzenlemeler yapılmıştır.

Bu süreç aynı zamanda Avrupa Konseyi ile ilişkilerin belki de hiç olmadığı kadar bozulduğu, Avrupa Konseyi hukukunun büyük ölçüde reddedildiği ve bu kurumun öncülüğünde elde edilen kazanımların belirsiz bir süreliğine terk edildiği bir süreç olarak değerlendirilmelidir. 2001, 2004 ve 2010 Anayasa değişikliklerine destek veren Venedik Komisyonu ya da AK organları bu süreçte birçok yasayı ve uygulamayı eleştiren raporlar hazırlamış, ciddi sorunlara işaret etmiştir. Hatırlatmak gerekirse,

- Türk Ceza Kanunu'nun 216., 299., 301. ve 316. maddeleri hakkında görüş;
- Sokağa çıkma yasaklarının hukuki çerçevesi hakkında görüş;
- 5651 sayılı İnternet yasası hakkında görüş;
- Anayasa md. 82/2'nin (yasama dokunulmazlığı) askıya alınması hakkında görüş;
- 667 ve 676 sayılı OHAL kanun hükmünde kararnameleri hakkında görüş;
- Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişi hakkında görüş;
- 21 Ocak 2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) kabul edilen ve 16 Nisan 2017 tarihinde halkoylamasına sunulacak olan Anayasa değişikliği teklifi hakkında görüş;
- Basın özgürlüğü bakımından yakın dönem OHAL KHK'ları ile öngörülen tedbirler hakkında görüş;
- 674 sayılı OHAL KHK'sının yerel demokrasinin uygulanmasına ilişkin hükümleri üzerine görüş.⁵

⁵ Görüşlerin tam metnine aşağıdaki bağlantıdan erişilebilir: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=31&year=all>

Aslında iki yıllık bir zaman dilimi içerisinde Türkiye'nin herhangi bir talebi olmadan bu kadar çok görüşün kaleme alınması dahi Avrupa standartlarından uzaklaşıldığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) 25 Nisan 2017 tarihinde, demokratik kurumların işleyişinde ciddi bozulmalar olduğu gerekçesiyle Türkiye'yi siyasi denetim altına almaya karar vermiştir. Böylece, gerçekleştirdiği reformlar sayesinde 2004 yılında denetim sürecinden çıkan Türkiye, 13 yıl sonra tekrar demokrasisi sağlıklı işlemeden ülkeler sınıfına dahil olmuştur.

Ekleme gerekir ki, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muijnicks de bu süreçte yaptığı açıklamalar ve yayımladığı memorandumlarla insan haklarının korunmasına ilişkin kaygılarını birçok kez dile getirmiş, özellikle OHAL uygulamasına son verilmesi ve OHAL kapsamında alınan tedbirlerin amacı dışında kullanılmaması gerektiği uyarısında bulunmuştur.⁶

Avrupa Konseyi ile ilişkilerin hem siyasi hem de hukuki açıdan derinden sarsıldığı bu dönemde gündeme gelen 2017 Anayasa değişiklikleri bir yandan bu kopuşun önemli halkalarından birini oluşturmuş öte yandan bu kopuşu sürekli kılabilecek köklü değişiklikler getirmiştir. Venedik Komisyonu tarafından 10-11 Mart 2017 tarihinde kabul edilen anayasa değişikliği hakkında görüş bu durumu çok iyi bir şekilde özetlemektedir. Komisyon hem anayasa değişikliği süreci ve izlenen usul hem de değişikliğin içeriği bakımından bir dizi eleştiri dile getirmiştir.

I. Anayasa değişikliğinde izlenen usul bakımından

Venedik Komisyonu daha önce bildirdiği bir görüşünde muhalefeti, sivil toplumu ve kamuoyunu da içine alacak şekilde olabildiğince geniş, açık ve kapsamlı bir süreçte 1982 Anayasasının yerine geçecek eksiksiz bir anayasa değişikliğini desteklediğini dile getirmişti.⁷ Komis-

⁶ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin Türkiye hakkında yaptığı açıklamalar ve hazırladığı memorandumlar ve ilgili dokümanların tam metinlerine aşağıdaki bağlantıdan Türkiye seçilmek suretiyle erişilebilir:

<https://www.coe.int/en/web/commissioner/country-reports-by-country>

Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum için bkz. <https://rm.coe.int/16806db768>

⁷ Türkiye'deki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hakkındaki Kanun Tasarısına İlişkin Geçici Görüş (27 Eylül 2010), CDL-AD(2010)042, §§ 11, 16.

yon, 2010 yılında yayımladığı anayasa değişikliğine ilişkin raporunda, anayasanın meşruiyetinin sağlanması, anayasaya aidiyet duygusunun oluşması ve anayasal geleneklerin bütünleşmesi için kamuoyuna ve kurumlara tartışma olanağı tanıyan, tüm siyasi unsurların ve sivil toplumun dahil olduğu, açık ve şeffaf, usulüne uygun işleyen ve uygun bir zamanlamayla yürütülen bir sürecin emek ve zaman gerektirmekle birlikte gerekli olduğunu belirtmişti.⁸ Komisyon, böyle bir sürecin gerçekleşebilmesi için barışçıl toplantı ve gösteri ve ifade özgürlüklerinin güvence altına alınması ayrıca sürece ilişkin tartışmaların basında adil, yeterli ve kapsamlı bir şekilde yer almasını kolaylaştıracak bir ortamın sağlanması yönünde devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu da hatırlatmıştı.⁹

Böylece Komisyon, bir anayasa değişikliğinin demokratik standartlara uygun olabilmesi için katılımın sağlanması, iç hukukta öngörülen usule uygunluk, uygun zamanlama ve temel siyasi hak ve özgürlüklerin korunması şeklinde koşullar ortaya koymuştur.

Bu asgari ölçütler ışığında 2017 anayasa değişiklik sürecini ele alan Komisyon, ilk önce, 20 Mayıs 2016 tarihinde kabul edilip 8 Haziran 2016 tarihinde yürürlüğe giren anayasa değişikliği ile birçok milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırıldığını ve Halkların Demokratik Partisi üyesi 11 milletvekilinin Meclis'teki oylama sırasında tutuklu olduğunu hatırlatmıştır. Böylece Komisyon, sağlıklı ve demokratik bir anayasa değişikliği sürecinin temel kriterlerinden olan siyasi katılımın sağlanması konusunda ciddi bir sakatlığın henüz sürecin başında oluştuğuna dikkat çekmektedir.¹⁰

Komisyon ikinci olarak usule uygunluk bakımından bir değerlendirme yapmıştır. Bu kapsamda, gizli oylama kuralının açıkça ihlal edildiğini belirten Komisyon, Anayasa'da öngörülen usule aykırılık oluşturan bu durumun video görüntüleriyle sabit olduğunu eklemiştir.¹¹

Komisyonun eleştirilerine hedef olan bir başka husus değişikliğe ilişkin Meclis görüşmelerinin çok hızlı bir şekilde (12 gün) tamamlanmış olmasıdır. Buna rağmen değişiklik teklifinin 13 gün boyunca Meclis'te

⁸ Anayasa değişikliği hakkındaki Raporu, CDL-AD(2010)001, §§ 204, 205.

⁹ İbid.

¹⁰ Par. 21.

¹¹ Par. 22-23.

bekletilmesi ve Cumhurbaşkanı'nın onayından önce 14 gün daha bekletilmesi ilk etapta sergilenen aceleci tutumla tezat oluşturmıştır.¹²

Meclis görüşmelerine dair bir başka eleştiri televizyon yayınları konusunda yöneltilmiştir. Meclis görüşmelerine uygulanan olağan yayın kurallarına riayet edilmiş olmakla birlikte, konunun önemi dikkate alındığında müzakerelerin devam ettiği gece saatlerinde de canlı televizyon yayınlarına devam edilmemiş olması Komisyon tarafından bir eksiklik olarak not edilmiştir.¹³

Anayasa değişikliği sürecinde en çok tartışılan konulardan biri de OHAL uygulaması devam ederken hükümet sistemi dahil birçok önemli değişikliğe yol açacak bir anayasa değişikliğinin ve bu değişikliği kabul etmek için bir referandumun düzenlenip düzenlenemeyeceği olmuştur. Bu mesele Venedik Komisyonunun başka ülkelerde gerçekleştirilen anayasa değişikliklerine dair raporlarda tartışılmıştır. Komisyon, Ukrayna, Romanya ve Azerbaycan anayasalarının değiştirilmesi hakkında bildirdiği görüşlerde, en yalın şekliyle, değişiklik müzakerelerinin kamuya açık ve özgürce yapılmasına olanak sağlayan bir ortamda yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴ Yine Komisyon, 2010 anayasa değişiklikleri raporunda uluslararası hukukta, savaş, sıkıyönetim uygulaması, örfi idare veya olağandışı tedbir gibi olağanüstü hâllerde anayasa değişikliği yapılmasını engelleyen resmi bir kural bulunmadığını ancak birçok anayasada bu gibi hallerde anayasa değişikliği yapılmasının yasaklandığını kaydetmiştir.¹⁵ Bu tür yasaklar, OHAL sürecinin meclisin normal işleyişinde kısıtlamalara ve kitlesel iletişimin gerçekleşmesindeki sınırlamalara ayrıca ifade ve toplanma gibi siyasal özgürlüklerin kullanılmasında da ciddi sınırlamalara yol açacağı endişesinden kaynaklanmaktadır. Kısacası, OHAL koşulları altında anayasa değişikliğinin demokratik bir süreçte gerçekleşmesinin tam anlamıyla teminat altına alınamayacağı kaygısı Komisyon tarafından daha önce de dile getirilmiştir.¹⁶

¹² Par. 24.

¹³ Par. 25.

¹⁴ Par. 28.

¹⁵ Söz konusu devletler şunlardır: Arnavutluk, Estonya, Gürcistan, Litvanya, Moldova, Karadağ, Polonya, Portekiz, Romanya, Sırbistan, İspanya, Ukrayna. Par. 29.

¹⁶ Par. 30.

Benzer şekilde, Komisyon, OHAL devam ederken devletlerin seçime veya referanduma gitmesini engelleyecek bir uluslararası hukuk kuralını bulunmadığını belirtmiş ancak içlerinde Hırvatistan, İtalya, Almanya, Yunanistan, Polonya, Litvanya, Slovenya, İspanya, Macaristan ve Kanada'nın olduğu birçok devletin anayasalarında olağandışı bir durumun seçimleri erteleyeceğini veya parlamentonun görev süresini uzatma olanağını tanıdığını vurgulamıştır.¹⁷

Venedik Komisyonu, 2007 yılında yayımladığı Referandumlara dair İyi Uygulama Kodunda da olağanüstü hâl esnasında seçimlerin özgür ve adil olması bakımından gerekli birtakım kriterler sıralamıştır. Bu belgede, birçok koşulun yanı sıra yayınlarda tarafsızlık ve temel insan haklarının korunması, bilhassa ifade ve toplanma ve örgütlenme özgürlükleri sağlanmadan adil ve özgür bir seçimden bahsedilemeyeceği dile getirilmiştir.¹⁸ Ayrıca, bu temel özgürlüklere getirilecek kısıtlamalarda İHAS'ın öngördüğü hukuki bir dayanak, meşru amaç ve ölçülülük koşullarına uyulması gerektiği vurgulanmıştır.

Öte yandan, 2009 yılında yayımlanan Gürcistan Anayasasındaki değişikliklere ilişkin anayasa hukuku taslağı hakkında görüşte OHAL esnasında veya sıkıyönetim süresi boyunca hatta OHAL'in kalkmasının üstünden 60 gün geçene kadar seçim yapılamayacağını öngören anayasa hükmü hakkında Komisyon olumlu görüş bildirmiştir. Nitekim Komisyon'a göre, seçimlerin özgür bir ortamda gerçekleşebilmesi için sakin bir politik atmosferin yanı sıra insan hakları ve özgürlüklerinin tamamının güvence altına alınması, kamu düzeninin ve güvenliğin sağlanması gereklidir.¹⁹

Bu bilgiler ışığında Türkiye'deki OHAL koşullarını irdeleyen Komisyon, OHAL KHK'leri ile ifade ve basın özgürlüklerinin önemli ölçüde müdahaleye uğradığı yönündeki önceki tespitlerini ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin aynı yöndeki uyarılarını hatırlatmıştır.²⁰

¹⁷ Par. 31.

¹⁸ Referandumlara dair İyi Uygulama Kodu, CDL-AL(2007)008.

¹⁹ Gürcistan Anayasasındaki değişikliklere ilişkin anayasa hukuku taslağı hakkında görüş, CDL-AD(2009)030, § 5.

²⁰ Par. 37.

Komisyon, buna ek olarak, 687 sayılı OHAL KHK'si ile Yüksek seçim Kurulu'nun seçim ve referandum kampanyaları süresince tek taraflı yayın yapan özel radyo ve televizyon kanallarına ceza verme yetkisinin de ortadan kaldırıldığını, doğrudan OHAL ile bir ilgisi olmayan bu düzenlemenin anayasa değişikliği referandumu ile ilişkili olduğu kanısına varıldığını kaydetmiştir.²¹

Komisyon ilaveten başta Ankara olmak üzere birçok ilde OHAL gerekçe gösterilerek barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklandığını vurgulamıştır.²²

Venedik Komisyonu, son aşamada, Türkiye'de 2002 yılında yapılan genel seçimler sırasında da yurdun bir bölümünde OHAL'in yürürlükte oluşuna ve Fransa'nın ülke genelinde OHAL ilan edilmişken başkanlık ve milletvekili seçimlerinin gerçekleşecek olmasına değinerek bir karşılaştırma yapmıştır. Komisyon'a göre 2002 yılındaki OHAL genel bir nitelikte olmayıp demokrasinin temel ilkelerinin nispeten korunabildiğini; Fransa'da yürürlükte olan OHAL'in ise kurumların, siyasi ve kişisel hakların işleyişini ciddi bir şekilde engellemediğine dikkat çekmiştir.²³

Sonuç olarak, raporun bu kısmı, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılacak anayasa değişikliği referandumunun Avrupa demokrasi geleneğinin temel ilkelerini karşılayacağından kuşku duyulmaktadır tespitiyle sona ermektedir.²⁴ Böylece Komisyon, anayasa değişikliği sürecini katılım, meclis görüşmelerinde ve oylamada izlenen usul, OHAL koşulları ve özellikle ifade, basın ve gösteri özgürlükleri üzerindeki kısıtlamalar açılımlarından inceleyerek Avrupa standartlarının asgari gereklerinin karşılanmadığı sonucuna ulaşmıştır.

II. Anayasa değişikliğinin içeriği bakımından

Venedik Komisyonu'nun 2017 anayasa değişikliklerine yönelttiği eleştirilerin ikinci kısmı öngörülen maddi değişikliklere ilişkindir. Komisyon'un yaptığı tahlilin önemli bir kısmı kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı konularında yoğunlaşmıştır.

²¹ Par. 38.

²² Par. 39.

²³ Par. 40.

²⁴ Par. 41.

Komisyonun eski tarihli görüşlerine bakıldığında hükümet sistemleri arasında bir veya birkaçının öne çıkarılmadığı, Komisyon'un kural olarak bütün sistemleri demokrasiyle bağdaştırabildiği görülmektedir.²⁵ Bu raporlardan çıkan en nemli ölçüt parlamentonun güçsüz bırakılması ve bilhassa yürütmeyi denetlemesine elverişli imkân ve araçlarla donatılmasıdır. Örneğin Ermenistan Cumhuriyeti'ndeki anayasa değişikliklerine ilişkin geçici görüşünde, Komisyon, parlamentonun yetkilerinde bir güçlendirme yapılmaksızın yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin genişlemesini ülkenin demokratik yaşantısı bakımından tehlikeli bulmuştur.²⁶ Buna karşın, Ukrayna, Kırgızistan ve Gürcistan anayasa değişikliklerine ilişkin görüşte belirtildiği gibi başkanın yetkilerini azaltıp, meclisin yetkilerini artıran değişiklikler Komisyon tarafından olumlu karşılanmıştır.²⁷ Bu raporlardan çıkan mesaj hukukun üstünlüğü, erkler ayrılığı ve yargı bağımsızlığının sağlanması için gerekli temel ilkelerin ihmal edilmesi durumunda hükümet sistemi ne olursa olsun bir dikta rejimine kayış tehlikesinin mevcut olduğudur. Bununla birlikte olası krizlerin çözümünde siyasi uzlaşmayı esas alan parlamenter sistemlerde bu tehlikenin başkanlık sistemine nazaran daha az olduğu da bu raporlarda vurgulanmıştır.²⁸

Komisyon, erkler ayrılığı bakımından giriştiği tahlilde Cumhurbaşkanı ile Meclisin yetkilerini karşılaştırmış ve anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanıya tanıdığı yeni yetkiler Meclisin karşı yetkilerinin yetersiz kaldığını, Meclisin yürütme karşısında dengeleyici bir güç oluşturmasının olasılık dışı olduğunu ifade etmiştir. Komisyon bilhassa Cumhurbaşkanı yardımcılarının, bakanların ve üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usulünü; Cumhurbaşkanı'nın olağanüstü hâl ilan etme ve OHAL kararname çıkarma yetkisini; olağan dönemde çıkarılabilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin düzenlemeleri; Cumhurbaşkanı'nın Meclis'i fesih yetkisini; Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili seçimlerinin eş zamanlı yapılması kuralını; Cumhurbaşkanıya tanınan bütçe yasası teklifi hazırlama yetkisini; Cumhurbaşkanı'nın kanunları veto ve TBMM'ye mesaj verme yetkilerini; HSK ve

²⁵ Par. 44.

²⁶ Ermenistan Cumhuriyeti'ndeki Anayasa Değişikliklerine ilişkin Geçici Görüşü CDL-AD(2004)044, par. 42.

²⁷ Par. 44.

²⁸ Ibid.

AYM'ye üyelerinin atanış usulünü; yürütmenin siyasi sorumsuzluğunu ayrı ayrı değerlendirerek bu sonuca ulaşmıştır.²⁹

Yargı bağımsızlığı açısından ise Komisyon özellikle yeniden şekillendirilecek olan HSK'nin üyelerinin belirlenmesi üzerinde durmuştur. Bilindiği gibi 2017 anayasa değişikliği ile HSYK'nin adı HSK olarak değiştirilmiş, üye sayısı 22'den 13'e indirilmiştir. Yeni sistemde, üyelerden 4'ü doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta, Adalet bakanı ve müsteşarı Kurul'un doğal üyesi olarak görev yapmaktadır. Geriye kalan 7 üye ise TBMM tarafından belirlenecektir.

Venedik Komisyon'u 2010 yılında bildirdiği yargı bağımsızlığına ilişkin görüşünde, HSK benzeri kurulların üyelerinin en az yarısının meslektaşları tarafından seçilmiş hakimlerden oluşmasının Kurul'un bağımsızlığı ve sağlıklı işleyişi için zorunlu olduğunu kaydetmişti.³⁰ Yine Komisyon'un 2010 anayasa değişikliği ile şekillenen HSYK hakkındaki geçici görüşünde mevcut sistemin Avrupa standartlarını büyük ölçüde karşıladığı ancak TBMM'nin müdahalesinin daha fazla olması gerektiğini belirtmişti.³¹

Yeni HSK'nin bu kriterleri karşılamadığı açıktır. Nitekim Adalet Bakanı ve müsteşarının da Cumhurbaşkanı tarafından atandığı dikkate alındığında 13 HSK üyesinin 6'sının Cumhurbaşkanı tarafından belirlendiği görülmektedir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının bir siyasi partiye üye olabildiği ve başkanlık yapabildiği düşünüldüğünde HSK'nin bağımsız bir organ olarak teşekkül etmesinin Venedik Komisyonu'nun ölçütlerine göre mümkün olmadığı açıktır. Öte yandan Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili seçimlerinin eş zamanlı yapılması ile Meclis çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı'nın aynı siyasi partiden veya kamptan olma olasılığı çok güçlüdür. Bu olasılık gerçekleştiğinde TBMM'nin seçtiği adaylar da diğerleri gibi aynı siyasi irade tarafından belirlenmiş olacaktır. Komisyon'un da işaret ettiği gibi bu kurul üzerindeki kontrolü ele almak, bilhassa da hakimlerin sıkça görevden alındığı ve tayinlerinin

²⁹ Par. 46-109.

³⁰ CM/Rec(2010)12 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 27 ve 46.

³¹ Venedik Komisyonu'nun Türkiye'deki hakimler ve savcılar yüksek kurulu hakkındaki kanun teklifine dair Geçici Görüşü (27/09/2010 tarihli), CDL-AD(2010)042.

de artık genel bir uygulama haline geldiği bir ülkede, hâkim ve cumhuriyet savcılarını üzerindeki kontrolü ele almak anlamına gelecektir.³²

Oysa İHAM'ın da sıklıkla belirttiği gibi bir organın İHAS kapsamında bağımsız ve tarafsız olarak kabul edilebilmesi için, bilhassa yürütmenin kontrolü altında bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca üyelerin seçilme usulleri ve görev süreleri ile bu organı veya mahkemeyi dış basıklardan koruyacak mekanizmaların var olup olmadığı İHAM tarafından incelenmektedir. İHAM son olarak dış görünüşün de belirleyici olabileceğini belirtmiş, söz konusu organın görünür bir bağımsızlığa sahip olması gerektiğini ifade etmiştir.³³ Bununla birlikte, yürütme ve yargı arasındaki ilişkilerin nasıl olması gerektiği konusunda İHAM'ın belirli bir veya birkaç model önermediğini, yalnızca "erkler ayrılığı" ilkesinin günümüzde giderek artan bir öneme sahip olduğunu sıklıkla vurguladığını hatırlatmakta fayda vardır.³⁴

HSK'nin oluşumunun AYM üyelerinin seçilmesinde önemli bir etkisi vardır. Nitekim Anayasa'nın 146. maddesine göre Cumhurbaşkanı, üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca her boş yer için gösterecekleri üçer aday içerisinden seçmektedir. Yargıtay üyelerinin tamamının ve Danıştay üyelerinin dörtte üçünün HSK tarafından seçildiği düşünüldüğünde, bağımsızlığı tartışmalı olacak bir HSK'nin Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığını da tartışmalı hale getireceği söylenebilir. Komisyonun da altını çizdiği gibi HSK üyelerinin belirlenmesinde yapılan değişiklikler ile yürütmenin yargı ve Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi artmıştır.³⁵

Askeri Yargıtayın ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kaldırılması ile Anayasa Mahkemesinin üye sayısı 17'den 15'e düşmüştür. Bu üyelerden üçü TBMM tarafından, geriye kalan 12 üyenin tamamı Cumhurbaşkanı tarafından (dördü doğrudan sekizi ise kendisine sunulan listelerden olmak üzere) seçilmektedir. AY md. 105/son hükmüne göre Cumhurbaşkanı suçlandığında, AYM Yüce Divan sıfatıyla Cumhurbaşkanı'yı yargılayacaktır. Böyle bir olasılığın gerçekleşmesi durumunda,

³² Par. 119.

³³ Örn. bkz., Brudnicka ve diğerleri/Polonya, İHAM, 54723/00, 03/03/2005, par. 38.

³⁴ Bkz., Oleksandr Volkov/Ukrayna, İHAM, 09/01/2013, 21722/11, par. 103; Kleyn ve diğerleri/Hollanda, İHAM, Büyük Daire, 06/05/2003, 39343/98; 39651/98; 43147/98 ve 46664/99, par. 193.

³⁵ Par. 121.

Cumhurbaşkanı, bir kısmını doğrudan bir kısmını ise dolaylı olarak atadığı yargıçlar tarafından yargılanacaktır.

Anayasa Mahkemesi öte yandan KHK'ler için TBMM tarafından çıkarılan yetki kanunlarını denetleme yetkisini 2017 değişiklikleri ile kaybetmiştir. Yeni sistemde kararname çıkarma yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanına verilmiş ve kararname çıkarma için TBMM tarafından yetkilendirme mekanizmasını kaldırmıştır. Kısacası AYM ile ilgili yapılan doğrudan değişiklik sayısı fazla olmasa da 2017 değişiklik paketinin AYM'nin bağımsızlığını zayıflattığı ve yetkilerini azalttığı rahatlıkla söylenebilir.

Yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak varılabilecek genel sonuç değişiklik ile yürütmenin yargı teşkilatı üzerindeki kontrolünün artacağıdır. Halihazırda yargı bağımsızlığı en temel sorunlardan biri olarak karşımıza çıkarken, yürütme üzerindeki yargı denetiminin zayıflaması, yasama denetiminin de zayıflaması ile birlikte ele alındığında, sorumsuz ve denetimsiz bir yürütme ile karşı karşıya kalınacağı ihtimali güç kazanmaktadır.

Değerlendirme

Venedik Komisyonunun büyük ölçüde önceki rapor ve görüşlerinden yola çıkarak yaptığı bu değerlendirmeler şu tespitlerle son bulmaktadır: “2017 anayasa değişiklikleri Türkiye'ye, dikta rejimine dönüşmesinin engellenmesi için gereken denge ve denetleme mekanizmalarından yoksun bir başkanlık rejimi getirmektedir. Venedik Komisyonu, teklif edilen anayasa değişikliklerinin özünde, Türkiye'nin anayasal demokrasi geleneğinde geriye atılacak tehlikeli bir adım olduğu görüşündedir. Venedik Komisyonu, teklif edilen sistemin bozularak dikta rejimine ve kişisel bir rejime dönüşme tehlikesinin altını çizmek istemektedir. Ayriyeten zamanlama da son derece talihsiz olup başlı başına bir endişe sebebi: mevcut olağanüstü hâl, anayasa referandumuna layık demokratik bir ortam temin etmemektedir”.³⁶

Venedik Komisyonunun bu önemli görüşü ve girişte bahsedilen yakın tarihli diğer görüşler, İnsan Hakları Komiserinin tespit ve eleştirileri ve nihayet AKPM'nin Türkiye'yi denetim altına alma kararı bir arada değerlendirildiğinde, Konseyin anayasa, demokrasi ve insan hakları alanlarında eksiğiyle fazlasıyla oluşturmuş olduğu birikimin açıkça red-

³⁶ Par. 133.

dedildiği ve hem ulusal hem de uluslararası kazanımların geriye götürüldüğü bir dönem yaşandığı söylenebilir. 2017 anayasa değişikliklerinden önce başlamış olan bu süreçle özdeşleşen birtakım olgular sıralamak mümkündür.

Avrupa kurumlarından gelen her türlü tespit ve eleştiriye kategorik olarak kapıların kapatılması: Hükümet yetkilileri Venedik Komisyonu ve İnsan Hakları Komiserinin ziyaretlerini kabul etmiş, sorulara cevap vermiş ve ilgili her konuda görüş bildirmiştir. Ne var ki kabul edilen rapor ve görüşler genellikle siyasi ve taraflı şekilde nitelenerek reddedilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu görüşlere ve bilhassa anayasa değişikliği hakkında görüşe karşı bilimsel kayda değer bir eleştiri yöneltilmemiştir. Oysa yukarıda aktarılmaya çalışıldığı gibi Komisyonun 2017 anayasa değişikliklerine yönelttiği eleştirilerin hemen hepsi daha önce başka ülkelerdeki anayasal reformlar vesilesiyle ortaya konmuş veya referandum ve anayasa değişikliği gibi temel anayasal meselelere ilişkin görüşlerde sıralanmış ilkelere dayanmaktadır. Hiç kuşku yok ki Komisyonun görüşleri bilimsel açıdan tartışılıp eleştirilebilir. Bununla birlikte Komisyonun çalışmalarına bir bütün olarak bakıldığında, yukarıda değinilen eleştiriler önceki rapor ve görüşlerde yapılan değerlendirmelerle örtüşmekte, Komisyonun tarafsızlığına gölge düşürecek herhangi bir tutarsızlık içermemektedir. Dolayısıyla Komisyonun çalışmalarını kategorik olarak reddetmenin nesnel bir dayanağı olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Avrupa Konseyi'nin temel değerlerine karşı söylem: 15 Temmuz darbe girişiminin hemen ertesinde, ölüm cezasının geri getirilmek istenmesi siyasi iktidarın resmi politik söyleminin bir parçası haline gelmiştir. Ölüm cezasının günümüzde Avrupa değerleriyle bağdaşmadığı ve Avrupa Konseyi üye ülkelerinin bu tartışmayı geride bıraktığı, İHAS'a ek protokollerle geriye dönmeyecek bir şekilde bu tartışmanın kapandığı rahatlıkla söylenebilir. 2017 anayasa değişikliği referandum kampanyasında ölüm cezasının geri getirileceği vaatleri "Evet" tarafının sıklıkla kullandığı propaganda araçları arasında yer almıştır. Referandum sonrası da gündemden düşmeyen bu tür propaganda ve vaatler Avrupa insan hakları sisteminden kopuş bakımından en dikkat çekici tutumdur.

Yargı denetimi dışında bırakılan işlem ve kararlarla "hukuk" yaratılması: Bu şekilde üretilen hukuk normları ve yargı kararları kanunlara, Anayasa'ya ve ulusal üstü insan hakları hukukuna aykırı olsa dahi geçerliliğini korumakta, dahası ülke yönetiminin kaderini belirle-

mektedir. Örneğin Yüksek Seçim Kurulu kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen mühürsüz oy pusulalarının geçerli olacağına kesin bir şekilde karar vermiştir. Diğer yandan, OHAL kararnameleri Anayasa'nın 15. ve 121. maddelerinin hilafına OHAL ilanını gerektiren nedenlerle ilgisi olmayan düzenlemeler yapılmış, OHAL ile sınırlı olmayan tedbirler hayata geçirilmiştir. Yüz binden fazla kamu görevlisinin terör örgütleri ile ilişkilendirilerek ihraç edilmesi ve yüzlerce derneğin, vakfın, şirketin, yayın organının süresiz kapatılması bu tür tedbirlerdendir. Bu tedbirlerin, OHAL durumunda dahi dokunulamayan güvencelerden biri olan suçsuzluk karinesi ilkesiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmalıdır. AYM, içtihat değişikliğine giderek konu ve doğurduğu etki bakımından OHAL kararnamelerinin kapsamını aşan bu KHK'ler üzerinde hukuki bir denetim uygulamaktan imtina etmiştir. İlâveten, bu KHK'ler üzerinde Meclis denetimi de gerçekleşmemiş, birkaç OHAL KHK'sı dışında Resmi Gazete'de yayımlanan KHK'lar TBMM'nin onayına sunulmamıştır.

İHAM içtihadı ve Türkiye'nin bu alandaki birikimi sistematik olarak görmezden gelinmesi: Bu süreçte başta ifade ve basın özgürlükleri, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve özgürlük ve kişi güvenliği hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlük İHAM'ın belirlediği kriterler gözetilmeden sınırlandırılmıştır. Bunun en açık örneği, terör örgütü üyeliği, terör örgütü propagandası ve üye olmamakla beraber terör örgütüne yardım suçlarının toplumun geniş kesimine yöneltilmiş olmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında öngörülebilirlik şartı bakımından oldukça sorunlu olan bu suçlulaştırma süreci, Türkiye'nin 2000'li yıllarda bu alanda yaptığı görece ilerlemeyi tersine çevirmiştir.

İnsan haklarını koruma mekanizmalarının etkisizleşmesi: AYM, OHAL kararnameleri üzerinde denetim yapmaktan kaçınarak binlerce mağdur gerçek ve tüzel kişiyi hukuki güvenceden yoksun bırakmıştır. Artan başvurular nedeniyle bireysel başvuru mekanizması da bu süreçte kilitlenmiş, bu mekanizmanın etkililiği zayıflamıştır. Nihayet İHAM bu süreçte pasif bir rol üstlenmeyi tercih etmiş, iç hukuk yollarının tüketilmesi kabul edilebilirlik kriterini esnek yorumlamayarak mağdur olduğunu iddia eden kişilerin başvurularını ulusal yargı organlarına veya OHAL Komisyonu'na havale etmiştir. Böylece Türkiye'nin Avrupa insan hakları hukuku birikiminden uzaklaşmasını engelleyebilecek hukuki bir mekanizma bu süreçte kalmamıştır.

Sonuç

Kuşkusuz bu tespit ve gelişmelerin hepsi doğrudan 2017 anayasa değişiklikleri ile ilişkilendirilemez. Anayasa değişikliğine bu sürecin bir halkası olarak bakılabileceği gibi uzun zamandır gündemde olan ama ancak böyle bir kopuş sürecinde mümkün olan bir sistem değişikliği olarak da yaklaşılabilir. Nitekim bu süreç, aşırı güçlenmiş ve yargı denetimi dışında kalan işlemlerle hukuk kuralları tesis eden bir yürütme, zayıflamış ve yürütmeyi denetleme görevini yerine getiremeyen bir parlamento, hukukun üstünlüğü ve insan hakları standartlarını gözetme kaygısını yeterince taşımayan ve her geçen gün kendi hareket alanını gönüllü olarak daraltan bir yargı ile mümkün olmuştur. 2017 Anayasa değişiklikleri bu koşulların devam ettirilmesi için uygun bir sistem öngörmektedir. Gerçekten de yukarıda dile getirilen eleştiriler de aynı noktada birleşmektedir: Güçlü yürütme, denetleme fonksiyonunu yerine getiremeyen zayıf bir parlamento ve yine zayıflamış, yürütmeden bağımsızlığı tartışmalı bir yargı. Bu açıdan bakıldığında, 2017 değişiklikleri bu demokrasi ve insan hakları kazanımlarından geriye gidişi sürdürülebilir kılan ve kurumsallaştırma riski barındıran bir anayasal çerçeve sunmaktadır.