

**“ DEVLET GÜÇLERİNİN OHAL KHK REJİMİ VE
2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNDEN SONRAKİ GÖRÜNÜMÜ*
(THE POWERS OF THE STATE AFTER THE STATE OF EMERGENCY-DECREE
LAW REGIME AND THE 2017 CONSTITUTIONAL REFORM)**

Fazıl Sağlam**

ÖZ

FETÖ örgütüne yapılan darbe girişimi arkasından ülkede OHAL ilan edildi ve ülke OHAL KHK’leri ile yönetilmeye başlandı. AYM, daha önce sınırlarını belirlediği ve bu sınırlar dışına çıkılması halinde OHAL KHK’lerini denetleyebileceğine ilişkin yerleşik içtihadından döndü ve bu Kararnameleri hiçbir şekilde denetleme yetkisi bulunmadığına karar verdi. Bu karardan sonra OHAL KHK ile çok sayıda kanunda değişiklik yapıldı, aralarında iki AYM üyesinin de bulunduğu onbinlerce insanın görevine son verildi. Yüzlerce kuruluş kapatıldı. OHAL KHK rejimi altında 2017 Anayasa Değişikliği gerçekleştirildi. Bu değişiklik, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak adlandırılan bir rejim değişikliğini birlikte getirdi. OHAL KHK’leri düzenleyici işlem düze-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 30.05.2018 tarihinde Yayınemimize ulaşmış olup, 11.09.2018 tarihinde birinci hakem; 17.09.2018 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir (ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7298-1122).

Bu makalenin bir yıllık bir çalışmanın ürünü olduğunu söyleyebilirim. Konuyla bağlantılı gelişmelerin hızına ayak uydurmak son derece güçtü. Bu gelişmeler, makale hacminin giderek büyümesine yol açtı. Ulaştığım son metni eleştirel bir gözle okuyarak yaptıkları düzeltmelerle ve getirdikleri önerilerle makaleye katkıda bulunan değerli meslektaşlarım Selda Çağlar, Kemal Gözler, Polat Soyer, Tolga Şirin ve Durmuş Tezcan’a teşekkür borçluyum. Herbirinden çok yararlandım ve katkılarını gücüm yettiği oranda metne yansıtmaya çalıştım. Ancak Kemal Gözler’in “Bu yazıda üç ayrı makale var. Bunları ayırmak biçimsel olarak daha uygun olur” şeklindeki önerisini yerine getiremedim. Nedeni, öneriyi benimsememiş olmam değil, üç ayrı makaleye dönüştürmenin zahmetini göze alamamış olmamdır. Bu yılgınlığı aşabildim, kuşkusuz daha uygun olurdu.

** Prof. Dr., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

yinde denetimsiz bir alan olarak kalmakla birlikte, AYM bir süre sonra OHAL KHK'lerinin uygulanmasıyla anayasal hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmesi halinde bu işlemleri bireysel başvuru yoluyla denetleyebileceğine karar verdi. Ama, bu karar beklenen etkiyi doğurmadı. Bazı gazetecilerle ilgili bireysel başvurularda ihlâl kararı vermesine rağmen ilgili ağır ceza mahkemeleri bu karara karşı direndi. Bu durum ülkeyi bir yargı kaosunun içine düşürdü. AIHM'nin Türkiye'de bireysel başvuru yolunun etkisizliğine karar vermesine ramak kaldı. Bu krizin eşliğinden dönülmesi, ancak Cumhurbaşkanının Yargıtay'ın açılış yıldönümünde yaptığı konuşma ile sağlanabildi. Böylece 2017 Anayasası ile getirilen Cumhurbaşkanlığı sisteminde güçlerin Cumhurbaşkanına kaydığı, yapılan anayasa değişikliklerine koşut olarak somut bir olayda da fiilen kendini göstermiş oldu.

Anahtar Kelimeler: Darbe girişimi, OHAL KHK'larının denetlenemezliği, bireysel başvuru yoluyla denetlenmesi, OHAL altında rejim değişikliği, güçler ayrılığı, devlet güçlerinin cumhurbaşkanına kayması, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, bireysel başvuru yolunun etkisizliği.

ABSTRACT

After FETO's failed coup attempt, Turkey declared a state of emergency and emergency decrees became the preferred instrument of governing. Constitutional Court renounced the established case-law that granted the Constitutional Court the authority to review the emergency decrees in case of an infringement of the predetermined limitations and ordered that the Constitutional Court would not have a supervisory power over the emergency decrees. After that, a number of amendments were made and tens of thousand of people including two members of the Constitutional Court were dismissed under emergency decree. Hundreds of associations across the country were shut down. The 2017 Constitutional Reform passed under the State of Emergency-Decree Law. This reform also brought about a regime change known as presidential system. Though State of Emergency-Decree Law remained unregulated in its rulemaking activity, the Constitutional Court later ruled that it is possible to review the implementations of State of Emergency-Decree Law through individual applications on the grounds that constitutional rights and freedoms have been violated. However this decision did not produce

the expected impact. Although the Constitutional Court ruled in favor of some journalists in their individual applications regarding violation, the concerned High Criminal Courts resisted against the decision. This situation caused a jurisdiction turmoil in the country. The ECHR almost decided that individual application procedure in Turkey had lost its instrumentality. The crisis was overcome only after the President of the Republic gave a speech on the anniversary of Supreme Court. Thereby it became apparent in a concrete situation that the presidential system introduced in 2017 Constitution granted sweeping powers to the president as it was evident in the amendments to the Constitution.

Keywords: *Coup attempt, to review through individual application, regime change under the state of emergency, lack of review of state of emergency decrees, separation of powers, güçler ayrılığı, sweeping powers to the president, presidential decree, ineffectiveness of individual application.*

I. Giriş Yerine: Genel Gözlemler¹

1) Türkiye’de “başkanlık” adı altında yürütülen tartışmalardan bağımsız olarak, anayasa hukuku kitaplarının çoğunda güçler ayrılığı ve güçler birliği ile ilgili iki klasik ifade yer alır. Bu iki ifade kendi kitabımda şöyle formüle edilmiştir:

- **“Öncelikle yargının diğer güçlerden ayrılması, yargı işlevinin doğasından kaynaklanan bir zorunluluktur. Çünkü diğer güçlerden bağımsızlığı sağlanmamış bir yargı, zaten ayrı bir devlet işlevi olarak değerlendirilemez”.**

- **“Güçlerin yürütmede toplanması, yönetimi demokratik olmaksızın çıkarır.”**

İşte 16 Nisan Halk Oylaması sonuçlarına göre yürürlüğe girmiş olan Anayasa Değişikliği’nin özü, aktardığım bu iki cümleden ibarettir. **Yürütme gücü Cumhurbaşkanına verilmiş, yasama Cumhurbaşkanının vesayeti altına alınmıştır. Yargı ise yoğunlaşmış yürütme**

¹ “Genel Gözlemler” başlıklı bölümün hazırlanmasında aşağıdaki çalışmamdan geniş ölçüde yararlanılmıştır: Fazıl Sağlam, “Anayasa Değişikliği Girişimi Üzerine Bazı Notlar”: Hukuk Defterleri, Sayı 5 – Ocak/Şubat 2017, s. 24-28.

gücüne bağımlı durumu getirilmiş, hak ve özgürlükleri koruyucu bir gücü ve etkisi kalmamıştır. İşin özeti budur. Kemal Gözler'in çarpıcı makalesine "*Elveda Kuvvetler Ayrılığı*" başlığını vermesi" aynı gerçeği yansıtmaktadır. Başlığın bir de devamı var: "*Elveda Anayasa*". Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin ünlü 16. maddesinden esinlenmiş. Buna da aynen katılıyorum. Zira "*Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının olmadığı bir toplumda anayasa yoktur*".

2) **2017 Anayasa Değişiklerinin arka planı** üzerine bir fikir sahibi olmak için Sayın Cumhurbaşkanı'nın önceki söylemlerine bakmak yeterlidir.

"10 Ağustos'ta Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesiyle Türkiye'de bir dönem fiilen bitmiştir. ... parlamenter sistem, ... geri dönüşü olmamak üzere milletimiz tarafından bekleme odasına alındı. Bu bekleme ne zamana kadar sürecektir; ya mevcut uygulamaya anayasal zemin kazandırılana kadar ya da bunun yerine yeni bir sistem ikame edilene kadar...".

Cumhurbaşkanı birkaç ay sonra bu söylemini daha da netleştirmiştir: "*İster kabul edilsin ister edilmesin, Türkiye'nin yönetim sistemi bu anlamda değişmiştir. Şimdi yapılması gereken bu fiilî durumun hukukî çerçevesinin yeni bir Anayasa ile netleştirilmesi, kesinleştirilmesidir*".

Meslektaşımız Kemal Gözler, bu söylemi, o sıralarda içinde girdiğimiz "**anayasasızlaştırma**" sürecinin açık bir itirafı olarak nitelmişti.

Görülüyor ki AKP'nin Anayasa arayışının, **güçler birliğine dayalı Türk Tipi "Başkanlık"** dışında bir uzlaşmaya konu olamayacağı, daha bu konuşmalardan açıkça belli olmuştu.

Daha sonra "Türk Tipi Başkanlık" arayışına beklenmedik bir destek geldi. Önceleri her türlü başkanlık arayışlarına şiddetle karşı çıkan MHP Genel Başkanı Devlet Bahçeli, uzunca bir süredir anayasaya uymayan fiili duruma anayasal bir zemin kazandırılması gerektiğini belirterek bunu ortadan kaldıracak bir anayasa değişikliğine destek vereceklerini açıkladı. Bu açıklama, AKP liderlerini hemen harekete geçirdi. Kısa sürede yeni bir anayasa değişikliği hazırlamak üzere AKP+MHP koalisyonu oluşturularak ortak bir metin üzerinde uzlaşıldı. Bu metin, alışılmadık bir hızla Meclisten geçti ve yeni koalisyon or-

takları, son oylamada TBMM üye tam sayısının beşte üçünün oyunu sağlayarak ilk aşamayı gerçekleştirmiş oldular.²

3) 2107 Anayasa Değişikliği ile ilgili olarak önce bilgisizliğe dayanan ya da kasten anlamazlıktan gelinen bir kavramdan başlayalım. “**Parlamentar sistemde iki başlılık**”. İktidar çevrelerinde “*İki başlı yönetim olur mu?*” gibi söylemlerden geçilmiyor. Oysa “iki başlılık” anayasa hukuku öğretisinin parlamenter sistemlerde yürütme organının özelliğini açıklamak üzere kullandığı **teknik bir terim**. Bir yanda yürütme işlerinde yetkili olan ve meclise karşı siyaseten sorumluluk taşıyan bakanlar kurulu (yürütme organının yetkili ve sorumlu kanadı). Diğer yanda yürütme alanında yalnızca sembolik yetkilerle donatılmış bulunan, ama gerçekte hükümet etme **yetkisi olmadığı için meclise karşı siyasi sorumluluk taşımayan** yürütme organının ikinci başı: devlet başkanı (cumhurbaşkanı). Öte yandan cumhurbaşkanı aynı zamanda devletin de başı. Şu halde yetkiler ve sorumluluklar belli. Anayasa’nın 105. maddesinin değişiklikten önceki metnine göre, “**Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.**”

Görülüyor ki bu maddeye göre, cumhurbaşkanının iki türlü işlemi var:

- Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda tek başına yapabileceği belirtilen işlemler: Bunlar daha çok **devletin başı sıfatıyla** yetkili olduğu alanı gösteriyor.

- Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlara göre ancak, başbakan ve ilgili bakanın imzalarıyla yapabileceği işlemler. İşte bunlar

² Meclisten geçen metnin ayrıntılı bir analizi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Üzerine Teknik Bilimsel Rapor (Bu rapor, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (ANAYASADER) tarafından, “Önce Demokrasi” inisiyatifi çerçevesinde anayasa hukuku ve siyaset bilimi uzmanlarının katkıları ile hazırlanmıştır: Bertil Emrah Oder, Berke Özenç, Didem Yılmaz, Ersin Kalaycıoğlu, Fazıl Sağlam, İbrahim Ö. Kaboğlu, İrem Berksoy, Murat Somer, Oktay Uygun, Ozan Erözden, Sibel İnceoğlu, Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, Tolga Şirin, Tuncer Özyavuz, Yunus Emre, Yüksel Taşkın). Raporun 20.03.2017 tarihinde güncellenmiş olan son metnine <http://anayasader.org/turkiye-cumhuriyeti-anayasasinda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi/> adresinden ulaşılabilir.

da **yürütme organının özgül alanını** oluşturuyor. Bu alanda yetki bakanlar kuruluna ait olduğu için meclise karşı sorumlu olan da bakanlar kuruludur.

Bunun tarihsel süreçten gelen bir mantığı ve demokratik bir içeriği var. Önceleri kralların mutlak olarak sahip oldukları yasama ve yürütme yetkileri, büyük mücadeleler sonunda halkın seçtiği meclislere ve onun güvenini kazanmış olan hükümetlere geçmiş. Bu iki alan görev olarak birbirinden ayrılmış, biri diğerini denetleyecek **eşit silahlara sahip bir yapı** içinde parlamenter sistemi oluşturmuş. Bu mücadele, 1215 Magna Carta'dan günümüze kadar uzanan bir zamanı kapsıyor. Bizdeki başlangıç noktası 1876 Anayasası. Bugün Avrupa'da krallık yine var. Ama yetkileri devletin birliğini temsil dışında yasama ve yürütme organlarına geçmiş. Krallığın kaldırıldığı yerlerde ise, kral yerine aynı sembolik işleve sahip cumhurbaşkanları gelmiş. İşte cumhurbaşkanının tarafsız statüsü de buradan kaynaklanıyor.

Şimdi 2017 Anayasa Değişikliği, ülkemizdeki varlığı 150 yıla yaklaşan bir siyasal sisteme son vermek ve cumhurbaşkanına, **Meşrutiyet Anayasalarındaki padişah yetkilerini bile aşan kimi yetkiler** aktarmak üzere hazırlanmış. Doğrusu aranırsa, içinde yaşadığımız siyasal gündemde **parlamenter sistem zaten fiilen ortadan kalkmıştı.** AKP'nin hedefi ise hiçbir zaman anayasa hukuku öğretisinin anladığı anlamda bir başkanlık ya da yarı başkanlık sistemi olmamıştı.

4) Sonuçta benzeri olmayan, hiçbir ülkede görülmeyen Sayın Cumhurbaşkanı'nın kişiliğine özgülenmiş bir yönetim biçimi anayasallaşmış oldu. Ama bunun yerine **gerçekten Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) başkanlık modeli** getirilmiş olsaydı, sonuç çok mu farklı olurdu? Bence fazla bir şey değişmezdi. Anayasa'daki parlamenter sistemi neye benzettilerse, başkanlık da fazlasıyla aynı akıbete uğradı. Sebebi gayet basit: Çünkü tüm eleştirilen yanlarına rağmen başkanlık sistemini ABD'de demokratik bir model olarak başarılı kılan koşullar bizde hiç bulunmuyor.

- Bir kere bizde siyasal iktidarın bölünmesi anlamına gelen **federatif** yapı yok, tam karşıtı **üniter** bir devlet yapısı var. Ama bu üniter yapı, Sevr antlaşmasıyla parça parça edilmiş ülke ve ulus bütünlüğünü yeniden kurmanın zorunlu bir yolu olarak seçilmiş. Onların federatif yapısı ise İngiliz tahakkümüne karşı eyaletlerin birleşmesinden kaynak-

lanıyor. Yani **iki ayrı ve farklı tarihsel süreç**. İkisi de kendi içinde tutarlı ve haklı.

- Demokratik siyasal yaşamımızın vazgeçilmez unsurları olarak benimsenen siyasal partiler, ABD'den farklı olarak ideolojik bir temele ve bunun gerektirdiği parti disiplinine sahip.

- Parti disiplininin lider sultasına kaymasını önleyecek olan **parti içi demokrasi, güya anayasal bir ilke; ama fiilen yok**; Siyasi Partiler Kanunu'nda tüm ayrıntılarıyla düzenlenmiş bulunan **önseçimi uygulamak, Turgut Özal** zamanında yapılan bir değişiklikle **partilerin takdirine bırakılmış**. Önseçim olmayınca milletvekili adayları, parti lideri ve çevresince belirleniyor.

- Seçim sistemimiz, yüksek barajlı bir nispi temsil; partiye kim hâkimse adayları da o belirliyor. Bu da lidere bağımlı milletvekilleri blokunu üretiyor ve adeta bir güçler kaynaşımına yol açıyor. 2017 Anayasa Değişikliği bu durumu daha da koyulaştırmış durumda.

- Meclis tek yapılı. Kendisine bağımlı milletvekilleriyle Meclis'e hâkim olan lider, yasama-yürütmeye de bütünüyle hâkim oluyor.

- Buna ek olarak yargının demokratik meşruiyetini sağlıyoruz aldatmacasıyla 12 Eylül 2010 Anayasa Değişikliği sonunda yargı da yürütmenin tam etkisine alındı ve o zamanki koalisyon ortağı olan FETÖ'ya teslim edildi. Şimdi ise HSYK'nın yapısı, ileride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere FETÖ'den temizleme adına daha da siyasallaştırılıyor ve cumhurbaşkanına bağımlı bir duruma getiriliyor. **Yargının kendi mensuplarınca yönetilmesi ise tarihe karışmış** durumda.

- Uzlaşma kültürü desen hiç yok. Daha önce tarafsız bir cumhurbaşkanı üzerinde bile uzlaşamayan, anayasa değişikliklerinde ya da yeni anayasa yapma iddialarında hiçbir **uzlaşma aramayan dayatmacı** bir siyasal yapıda uzlaşma kültüründen söz etmek zaten abesle iştigal olurdu.

- Başkanlık sistemi katı bir güçler ayrılığını gerektiriyor. Sayın Cumhurbaşkanımız ise güçler ayrılığından şikâyetçi. 2017 Anayasa Değişikliği, yürütme gücünü cumhurbaşkanına vermiş diğer güçleri de onun vesayeti altına almayı amaçlamış.

Şimdi ülkenin içinde bulunduğu koşullar bu denli farklı iken, ABD modeli bir başkanlık sisteminden söz etmek, zaten milleti kandırmak olurdu. Nitekim AKP'nin ilk önerisinde "*Türkiye'ye özgü*", bir başkanlık

sisteminden söz ediliyordu. Şimdi ise hiçbir yerde bulunmayan “Cumhurbaşkanlığı sistemi” gibi yapay bir terim seçilmiş bulunuyor.

Bu nedenle 2017 Anayasa Değişikliği ile ilgili değerlendirmelerde anayasa öğretisinin ortak terimleri olan **parlamentar, başkanlık ya da yarı başkanlık** terimlerini Türkiye’deki güncel gelişmelerle ilgili olarak kullanmaktan vazgeçmek gerekir. Çünkü bu terimler, Türkiye bağlamında öz anlamlarını yitirdiği gibi, siyasal iktidarca sabırla ve kararlılıkla kurgulanan “yeni bir Türkiye düzeni”ni **maskeleyen** başka bir işe yaramıyor.

5) Şimdi bu açıklamaları parlamento tarihimizle karşılaştıralım. Birinci TBMM tüm güçleri kendinde toplamıştı. Ama buradaki güçler birliği, işgal altındaki bir ülkenin kurtuluş mücadelesinin zorunlu kıldığı bir yönetim biçimiydi. I. Dünya Savaşı’nda çok şeyini kaybetmiş bezgin bir halkı, bu kez bir kurtuluş savaşı için seferber etmek, yeni bir ölümlük mücadelesi içine çekmek, Mustafa Kemal’in deyimi ile “**ülkeden önce halkı kazanmak**”la mümkündü. Bunun için de ulusal kurtuluş savaşını halka mal etmek ve hareketin önderliğine seçimle gelmek gerekiyordu³. Ancak Birinci TBMM, savaşın en yoğun döneminde bile Mustafa Kemal’in istediği olağanüstü yetkileri, üç aylık sürelerle bağlı olarak verdi ve yoğun bir denetim çemberi içine aldı. 1924 Anayasası’nı yapan İkinci TBMM ise, Mustafa Kemal’in tartışılmaz otoritesine rağmen, o zamanki anayasa komisyonunun cumhurbaşkanı için önerdiği üstün yetkilerin hiçbirini kabul etmedi:

- Cumhurbaşkanına TBMM’ni **fesih yetkisini** vermedi;
- yasaları geri çevirme yetkisinin **ancak nitelikli çoğunlukla** aşılabilmesine ilişkin bir öneriyi reddetti;
- **hükümetin tutacağı yolu meclise bildirmesini** yeterli görmedi; **güvenoyunda ısrar etti**.

İkinci TBMM milletvekillerinin gösterdiği bu direnç, günümüzün, parti disiplini ile lidere bağımlı milletvekilleri için anlamlı bir ders olmalı. Mustafa Kemal’in, Meclis’in gösterdiği direnci, liderliğine ve kurmak istediği rejime bir karşı çıkış olarak değerlendirmemiş olması ise, günümüzün siyasal liderlerinin tarihimizden öğrenebilecekleri bir başka demokrasi dersidir.

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tanör, Türkiye’de Yerel Kongre İktidarları, Afa Yayınları İstanbul 1992.

Oysa 2. Meşrutiyet'in Meclisi Mebusan'ı bile o zamanki Anayasa'da yer almadığı halde, yani 1909 Anayasa değişikliğinden önce, padişahın hükümetini güvenoyu istemeye zorlamış, hatta siyasal sorumluluğu fiilen harekete geçirerek hükümet düşürmeyi başarmış bir meclisti.

Şimdi görevde bulunan TBMM üyeleri, **Padişah'tan koparılan, ama Mustafa Kemal'e bile verilmeyen** yetkileri cumhurbaşkanına vermekte tereddüt etmediler.⁴ Meclisi Mabusan üyeleri ile Birinci ve İkinci TBMM üyelerinin kemikleri sızlamış olmalı. Türkiye, tarihsel birikimi ve deneyimiyle bunu hak etmiyor.

6) 12 Eylül İle Hesaplaşma Masalı: Bir de özellikle 2010 Anayasa Değişikliği sırasında kullanılmış olan bir çarpıtma yöntemi var: **“12 Eylül ile hesaplaşma”**. Bu söylem, **“YETMEZ AMA EVET”**çilerin de ana sloganı olmuştu. Şimdiki değişiklik için de benzer şeyler söylendi. Oysa bugünkü OHAL KHK'lar Düzenine Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanan mutlak anlamda **denetimsiz bir alan** şemsiyesi, **12 Eylül ruhunun en karakteristik yansımasıdır. “Temel hak ve hürriyetler için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alabilme”** (AY m.15/1) ve **“OHAL KHK'lerin yargısal denetime kapalı olması** (AY m.148/1 cümle 3) gibi düzenlemeler, 1982 Anayasası'ndan önceki anayasaların hiçbirinde yer almamıştır. Bunları titizlikle koruyan ve **15 Temmuz darbe girişiminden sonra kurulan OHAL KHK düzenini bu maddelere dayandıran** bir anlayışın, 12 Eylül'le hesaplaşmaktan söz etmesi, kaba bir ironi örneğidir.

7) OHAL Koşullarında Rejim Değişikliği

AYM, OHAL KHK'larının dolaylı yoldan denetlenmesini sağlayan içtihadından dönmüş⁵ ve hiçbir denetimi olmayan bir OHAL KHK rejimine yol açmıştır. Böylece **geçici bir yönetim olan OHAL'e** adeta bir

⁴ Bu konuda Cem Eroğul'un girişimiyle ve birlikte hazırladığımız TBMM üyelerine yönelik iyi niyetli bir açık mektubu aşağıdaki linkten okuyabilirsiniz: Cem Eroğul – Fazıl Sağlam, “Milletvekillerine Açık Mektup”: <http://www.birgun.net/haber-detay/anayasa-hukukculari-erogul-ile-saglam-dan-vekillere-acik-mektup-tarih-ile-yuz-yuzesiniz-142861.html>

⁵ Bkz. AYM, 12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159: RG 04.11.2016 – 29878, kararın ayrıntılı bir eleştirisi için bkz aşağıda altbaşlık IV 2.

kalıcılık sağlamıştır. Tolga Şirin, bu yönelişi, “**Anayasa Hükümünde Kararname**” deyimiyile kavramlaştırmıştır⁶.

İşte yeni Anayasa Değişikliği böyle bir ortamda yapılmıştır. Bu koşullarda yapılan halk oylamasına referandum denilemeyeceği, anayasa hukukunun ABC bilgileri arasında yer alır. Bu tür halkoylamalarının anayasa hukuku öğretisindeki adı “**plebisit**”tir. **Bu tür plebisitlere daha çok faşizan yönetimlerde rastlanır.**

8) Bu genel görünümünden çıkarılabilecek sonuçlar şöyle özetlenebilir:

■ 2017 Anayasa Değişikliği bir uzlaşmanın ürünü değildir. Zaten oylama sonuçları bunu açıkça göstermektedir. Mühürsüz oyları geçerli salmasına ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararı, oylamaya gölge düşürmüştür. Bir an için bu karar hiç verilmemiş sayılsa bile, 2017 Anayasa Değişikliği’nin çok küçük bir farkla kabul görmüş olması, bu değişikliğin “**Ulusun Anayasası**” denebilecek kalıcılıkta bir hukuksal yaşam kazanamayacağını göstermektedir.

■ Ulusun Anayasası, ancak barajsız bir seçimle ulusu tam olarak temsil edecek bir kurucu meclis eliyle hazırlanırsa, bu sığata hak kazanabilir.

■ Anayasa Mahkemesi’nin yardımıyla OHAL KHK’lerine kalıcı bir etkinin sağlandığı, HAYIR kampanyasının gözle görülür ölçüde baskı altında tutulduğu, buna karşılık EVET kampanyasının tüm devlet olanakları seferber edilerek yürütüldüğü bir ortamda halk iradesinin serbestçe oluştuğunu söylemek mümkün değildir.⁷

II. Cumhurbaşkanına Diğer Devlet Güçleri Karşısında Üstünlük Kazandıran Değişiklikler

2017 Anayasa Değişikliği, güçler ayrılığı ilkesini bozmuş, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin sistemin merkezindeki konumunu kaldırarak

⁶ Tolga Şirin, “Anayasa Hükümünde Kararnameler”: Güncel Hukuk Kasım 2016 s. 155: <http://www.guncelhukuk.com.tr/guncel-hukukta-bu-ay/ana-dosya-yeniden-anayasa-khk-doneminde-hukuk.html>; aynı yazıyı aşağıdaki linkten de okuyabilirsiniz: http://www.academia.edu/29209473/Anayasa_H%C3%BCkm%C3%BCnde_Kararna_me.docx.

⁷ Bkz. Kemal Gözler, “Referandumdan Önce Son Gözlemler”: <http://www.anayasa.gen.tr/son-gozlemler.html>

Cumhurbaşkanı'na **yargı ve yasama organlarına hâkim ve üstün** bir konum kazandırılmıştır. Oysa yapılan Anayasa Değişikliği'ne rağmen güçler ayrılığı ilkesi, tanımıyla ve değişmez niteliği ile Anayasanın Başlangıç bölümündeki yerini korumaktadır. Anayasa'nın 2. maddesine göre **“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”**

İşte güçler ayrılığı ilkesi de değişmez niteliği ile Başlangıçta belirtilen temel ilkelere biridir ve şöyle tanımlanmaktadır: **“Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;”** (Başlangıç Bölümü fıkra 4).

Anayasa Hukuku Ders Notları başlıklı kitabımızda Başlangıç Bölümünün hangi temel ilkeleri içerdiğini ve dolayısıyla değişmezlik kapsamına alındığını açıklarken, bunlardan biri olan “güçler ayrılığı” ile ilgili olarak şunları yazmışım:

“Güçler ayrılığı ilkesinin Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere olduğu kuşkusuzdur. Ancak güçlerdeki ayrılığın boyutu, ülkeden ülkeye, daha doğrusu demokratik bir siyasal sistemden başka bir demokratik siyasal sisteme göre değişiklik göstermekte ve ayrılık derecesine göre “yumuşak ve sert güçler ayrılığı” gibi sıfatlar kazanmaktadır. Başlangıç'ta kastedilen güçler ayrılığının da anayasada somutlaştırılmış olan parlamenter düzendeki güçler ilişkisini açıklamak üzere kullanıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre güçler ayrılığı, devlet organları arasında bir üstünlük sıralaması anlamına gelmez. Belli devlet yetki ve görevlerinin ayrı organlarca kullanılması ve bunun gerekli kıldığı medeni bir işbölümü ve işbirliği olarak anlaşılmalı; üstünlük ise ancak Anayasa ve kanunlarda olmalıdır. İşte bu şekilde anlaşılması gereken **güçler ayrılığı ilkesi, anayasanın ve hukukun üstünlüğü yerine, güçlerden birinin diğerlerine üstünlüğüne ve egemenliğine dönüştürülürse, örneğin yasama ve yargı yetkileri karşısında halkın seçtiği bir devlet başkanına yürütme organı sıfatıyla bir üstünlük tanınırsa, bunun Başlangıç'ta gösteri-**

len temel ilkelerden birini, dolayısıyla Anayasa'nın değişmez ilkelerinden birini ihlâl etmiş olacağı açıktır.”⁸

Bu satırlar, 2017 Anayasa Değişikliği'nden **5 yıl kadar önce** yazılmıştır. O sıralarda “*cumhurbaşkanlığı sistemi*” gibi bir terim ortaya atılmamıştı. Herhangi bir anayasa değişikliği de gündemde değildi. Dolayısıyla yukarıdaki alıntı, 16 Nisanda gerçekleşen Anayasa Değişikliği'den bağımsız, bilimsel açıdan objektif (nesnel) bir değerlendirmeyi yansıtır. Ama ne yazık ki 16 Nisan 2017 tarihinde halk oylamasına sunulup küçük bir farkla kabul gören anayasa değişikliği, tam da 5 yıl önce yaptığımız bu değerlendirmeye uymaktadır.

1) Bir kere yürütme erki artık tamamen Cumhurbaşkanına aittir. Anayasa'nın 8. maddesinin yeni şekline göre, “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*”. Maddenin eski metninde yürütmenin Meclise karşı sorumlu kanadı olarak yer alan **Bakanlar Kurulu'na** 2017 Anayasa Değişikliği'nde yer verilmemiştir. Buna koşut olarak “A. Bakanlar Kurulunun Kuruluşu, B. Göreve Başlaması ve Güvenoyu, C. Görev Strasında Güvenoyu, D. Görev ve Siyasi Sorumluluk, E. Bakanlıkların Kurulması ve Bakanlar, F. Seçimlerde Geçici Bakanlar Kurulu” başlıklı tüm maddeler (AY eski metin m. 109, 110, 111, 112, 113, 114) kaldırılmıştır.

2) **Cumhurbaşkanının tarafsızlığı** sadece yemin metninde kalmıştır. Bu tarafsızlığın anayasal simgesi olan “*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir*” (AY m. 101/4 eski metin) şeklindeki kural yeni metinde çıkarılmıştır. **Böylece partili Cumhurbaşkanı**, hatta hem Cumhurbaşkanı hem de partisinin genel başkanı olma yolu açılmış bulunmaktadır. Böyle bir çözüm hararetle beklenmiş olmalıdır. Çünkü anılan düzenleme, 2017 Anayasa Değişikliği'nin halkoylamasında kabulü ile birlikte yürürlüğe girmesi gereken nadir maddeler arasında yer almaktadır. 6771 sayılı Yasanın 18. maddesinin c) bendine göre: “...101 inci maddesinin son fıkrasında yer alan “*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir*” ibaresinin ilgası bakımından yayımı tarihinde, yürürlüğe girer”. Nitekim 2017 Anayasa Değişikliği'nin 16 Nisan Halk Oylaması'ndan kabul edilmesinden bir ay kadar sonra yapılan AKP

⁸ Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2013, s. 378.

3. Olağan Kongresi'nde Cumhurbaşkanı Erdoğan, yeniden AKP Genel Başkanı seçilmiştir. Böylece partili Cumhurbaşkanı dönemi de başlatılmıştır. Bunun rejim üzerinde ne gibi sonuçlar yaratacağını ileride yeri geldikçe açıklamaya çalışacağız.

3) Cumhurbaşkanı bu çerçevede tanınan yetkileri daha yakından görmek yerinde olur:

a) Anayasa'nın 104. maddesinin yeni metnine göre, cumhurbaşkanı hem devletin başıdır. Hem de yürütme yetkisi cumhurbaşkanına aittir. Her iki sıfatı kendinde birleştiren, partisinin lideri olmakta devam eden bir cumhurbaşkanının aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Türk Milleti'nin birliğini nasıl temsil edeceğine ikna edici bir cevap bulmak mümkün değildir.

b) 104/7. maddeye göre cumhurbaşkanı, "**Kanunların, Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğünün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açar.**" Cumhurbaşkanı olarak seçilen kişinin makamında sürekli kalacağı varsayılmış olmalı ki bu maddede cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle dava açılmasından hiç söz edilmemiştir. Oysa eski metinde kanun hükmünde kararnameler (KHK) de cumhurbaşkanının açacağı iptal davasına konu olabiliyordu. Cumhurbaşkanı her seçimde değişebilir. Yeni seçilen cumhurbaşkanının eskisinin çıkardığı cumhurbaşkanlığı kararnamesi aleyhine neden dava açamayacağını anlamak ve açıklamak mümkün değildir.

c) Anayasa'nın 104/8. maddesine göre, cumhurbaşkanı, yardımcıları ile bakanlarını doğrudan atayabileceği gibi görevlerine de son verebilir. Eski metinde, atanan bakanların meclisten **güvenoyu almaları gerekliydi**. Görev sırasında Meclis'in **güvenini kaybedenlerin ise düşürülmesi** mümkündü. 2017 Anayasa Değişikliği ile TBMM, bu konularda tamamen devre dışı bırakılmış bulunmaktadır.

d) Anayasa'nın 104/9. maddesine göre "**Üst kademe kamu yöneticilerini atamak, görevlerine son vermek**" cumhurbaşkanının yetkisine verildi. Daha önce çift imza ile yapılan bu tür atamalar, şimdi doğrudan cumhurbaşkanı tarafından yapılacak, Bu tür atamalara ilişkin usul ve esaslar da cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek. Bu bir **münhasır** yetki midir? Yoksa bu konuda yasa da devreye girebilir mi? Anlaşılamıyor. Maddenin sözü bunun bir münhasır yetki olduğu anlamına daha yakın görünüyor. Ama bunu doğru olup olmadığını saptayabilmek

için “**yasa-cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisi**” ile ilgili hükümlere de bakmak gerekir. Bu konuya birazdan dönecektir.

e) Anayasa'nın 104/13. maddesine göre milli güvenlik politikalarını belirlemek ve gerekli tedbirleri almak da cumhurbaşkanının yetkileri arasında yer alıyor. Yalnız bu bağlamda bir başka maddeye göre de cumhurbaşkanı, millî güvenliğin sağlanmasından ve silahlı kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, **Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı sorumlu** olacak (AY m.117). Siyasal sorumluluğu çağrıştıran bu maddenin **sehven** Anayasa'da bırakıldığı anlaşılıyor. Çünkü yeni sistemde bu sorumluluğun nasıl sağlanacağı, kimler tarafından hangi hukuksal araçla harekete geçirileceği belirtilmemiştir. Bunu yorumlamak ya da anayasa öğretisinin verileriyle buna anlamlı bir açıklama getirmek çok zor. Anlaşılan üzerinde hiç düşünülmeden eski metinde yer alan bakanlar kurulu çizilerek yerine cumhurbaşkanı konulmuş. Bu değişikliği yapanlar, ya meclise karşı sorumlu olmanın ne anlama geldiğini bilmiyorlar ya da yeni sistemde meclise karşı sorumlu bir yürütme organı bırakılmadığını unutup, anlamı boşaltılmış bir sorumluluk yaratmışlar.

f) Yürütme yetkisine ilişkin konularda cumhurbaşkanına adeta **meclisin yasama yetkisine paralel bir kararname çıkarma yetkisi** verilmiş bulunmaktadır (AY m.104/17). Ayrıca daha önce Anayasa'da “**kanun hükmünde kararname**” ibaresi geçen yerler, “**cumhurbaşkanlığı kararnamesi**” olarak değiştirilmiştir. Buna koşut olarak bu tür kararnamelerin Meclis tarafından çıkarılacak bir **yetki yasasına dayanması zorunluğu da kaldırılmıştır**.

g) “**Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.**” (AY m.104/17) şeklindeki kural için bir istisna öngörülmüş: **Klasik haklar** (AY m. 12 ve 40 arası ile AY m. 66 ve 74 arasında düzenlenen temel haklar) **cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecek**. Bunun karşıt kavramından sosyal ve ekonomik hakların (AY m. 41-65 arası) cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğini anlıyoruz. Daha önce de bu konu, aynı kuralı içeren kanun hükmünde kararnameler (KHK) dolayısıyla tartışılmıştı. Bize göre sadece, kullanılmaları devletin olumlu bir edimini gerektiren sosyal haklar, başka bir deyişle devlet ödevi olarak formüle edilmiş olan sosyal haklar, KHK'lerle düzenlenebilecektir. Çünkü hak ve özgürlükler alanında yasallık ilkesi asıldır. Temel haklar ancak bir yasa ile sınırlanabilir. Esasen yukarıdaki kuralda da **sınırlamadan değil düzenlemeden**

söz edilmektedir. Bu açıdan düzenlemeye elverişli hak alanları, kullanılabilirleri devletin olumlu bir edimini gerektiren sosyal haklardır. Bunlar zaten devlet yükümlülüğü olarak formüle edilmişlerdir. Esasen istisna da bunlar için konulmuştur. Buna karşılık yapıları klasik haklardan farklı olmayan sendika, toplu sözleşme ve grev haklarının cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi, ilke olarak onların sınırlanması sonucunu doğurur ki bu da istisna ile güdülen amaca aykırıdır.

h) Nitekim yukarıdaki kuralın hemen arkasından gelen “*Anayasa-da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” şeklindeki düzenleme de görüşümüzü doğrulamaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, normal yönetim biçiminde “münhasıran kanunla” yapılması gereken bir işlemdir.

i) “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” şeklindeki düzenleme ise, bıraktığı izlenim kadar açık değildir. Bu kurallara göre meclisin çıkardığı kanunun öncelik taşıması gerekir. Ne var ki kurulan yeni sistem içinde bu önceliği yaşama geçirmek kâğıt üzerinde kalabilir. Çünkü yeni sistemde inisiyatif üstünlüğü cumhurbaşkanına geçmiş durumdadır. Siyasal yaşamın normal akışında Mecliste ona karşı çıkacak bir güç bırakılmamıştır. Bu kural ancak, cumhurbaşkanı ile meclis çoğunluğunun farklı partilerden olması durumunda işletilebilir.

j) Ayrıca 2017 Anayasa Değişikliği, belli alanların münhasıran cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği anlamına gelebilecek kurallar içermektedir.

aa) Örneğin Anayasa’nın 118. maddesinin son fıkrasına göre, “*Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenir*”. Bu alanda daha önce yürürlükte olan kurala göre, bu düzenlemenin kanunla yapılması gerekiyordu. Anayasa’daki bu değişiklik **tarihsel yorum**⁹ kuralına göre yorumlamak ge-

⁹ Tarihsel yorum, farklı zamanlarda yürürlükte olan iki ayrı norm arasında (özellikle yürürlükten kaldırılmış olan eski normla, onun yerine konulduğu varsayılan yeni norm arasında) yapılacak bir karşılaştırmayla, yeni normun objektif anlamının araştırılmasıdır. bkz, Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, YDÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2013, s. 45 vd.

rekirse, Anayasakoyucunun iradesinin anılan işlemin artık cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılması yönünde olduğu söylenebilir. İşte bu da cumhurbaşkanını üstün kılmaya yönelik somut düzenlemelerden biridir.

bb) Bunun gibi tarihsel yorum ilkesi, Devlet Denetleme Kurulu ile ilgili düzenlemelerde de gündeme geliyor ve Cumhurbaşkanı için ayrı bir münhasır yetki alanı¹⁰ sağlanmış olduğunu gösteriyor:

■ Anayasa'nın 108. maddesinin ilk fıkrasında daha önce yalnızca inceleme, araştırma ve denetleme yetkisi verilmiş olan Devlet Denetleme Kurulu'na "idari soruşturma" yapma yetkisi de verilmiş ve böylece kurulun denetim gücü ve baskısı artırılmış olmaktadır.

■ 108/3'e göre, Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyeleri Cumhurbaşkanınca atanır. Oysa önceki metne göre, bu kişilerin "kanunda belirtilen nitelikteki kişiler" arasından atanması gerekiyordu.

■ Bu koşul yeni metne alınmadığı gibi, Devlet Denetleme Kurulunun daha önce kanunla düzenlenmesi gereken işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, **artık kanunla değil Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle** düzenlenecek. Buna göre, başkan ve üyelerin nitelikleri de Cumhurbaşkanının takdirine kalmış oluyor.

4) **Meclise karşı sorumlu olan başbakan ve bakanların yerini artık meclise karşı siyasal sorumluluğu bulunmayan cumhurbaşkanı almış**, yürütme işlevine ilişkin tüm yetkiler onda toplanmıştır. Cumhurbaşkanının meclise karşı siyasal sorumluluğu bulunmadığı gibi, doğrudan atama yetkisine sahip olduğu, **yardımcılarının ve bakanlarının da meclise karşı siyasal sorumlulukları yoktur**. Gerek cumhurbaşkanıyla yardımcıların ve gerekse bakanlarının **göreve başlaması**, meclisten alacakları **güvenoyuna** bağlı değildir. Bunun gibi bakanların meclis tarafından denetlenmesini ve güvensizlik halinde düşürülmesini sağlayacak en önemli araç olan "gensoru" da kaldırılmıştır. Meclisin sözlü soru yöneltme hakkı, yazılı soruya dönüştürülmüştür. "**Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanlığı yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir.**". Görülüyor ki burada yazılı soru cumhurbaşkanına değil, sadece onun yardımcılarına ya da bakanlarına yöneltilebilecektir. Oysa eski metne göre soru, "**Bakanlar Kurulu adına, sözlü veya yazılı**

¹⁰ Karş. Ece Göztepe, "Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği": Güncel Hukuk Mart 2017/3, s. 49 vd.

olarak cevaplandırılmak üzere Başbakan veya bakanlar”a yöneltilebiliyordu. Tüm yürütme yetkisinin cumhurbaşkanında toplandığı bir sistemde **meclisin ona soru dahi yönelmemesi**, cumhurbaşkanını üstün ve sorumsuz kılan bir anlayışın ürünü olsa gerektir.

5) **Ceza sorumluluğu** ise kağıt üzerinde bırakılmış; eskisine oranla adeta kullanılamayacak derecede yüksek teklif ve karar yetersayılarına bağlanmıştır.

a) Eski düzenlemeye göre, başbakan ve bakanların cezai sorumluluğunu harekete geçirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisi **üye tamsayısının en az onda birinin önerge vermesi** yeterliydi. Yeni düzenlemede bu oran **salt çoğunluk** olarak belirlemiştir (AY m. 106/5).¹¹ Eski düzenlemeye göre bu önergenin karara bağlanması için nitelikli karar yetersayısı öngörülmemiştir. Oylamaya katılanların salt çoğunluğu yeterliydi. Oysa yeni düzenlemeye göre, Meclis, ancak **üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına** karar verebilecektir (AY m. 106/5 cümle 2).

Yüce Divan’a sevk kararı için eski düzenlemeye göre meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu yeterliyken yeni düzenlemede bu oran üçte ikiye çıkarılmıştır (AY m. 106/7).¹²

Bu arada eski 100. maddenin son fıkrasında gizli oyun bir çeşit güvencesi olarak yer alan “*Meclisteki siyasî parti gruplarında Meclis soruşturması ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz*” şeklindeki kural da yeni düzenlemeye alınmamıştır. Böylece siyasi parti gruplarında meclis soruşturması ile ilgili hususların görüşülüp karara bağlanması

¹¹ AY m. 100/1 eski metin: “Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve gizli oyla karara bağlar.”; “AY m. 106/5: “Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.” (kalın puntolu vurgular, karşılaştırmayı kolaylaştırmak amacıyla tarafımdan yapılmıştır).

¹² AY m.10/3 cümle 2 eski metin: “Yüce Divana sevk kararı ancak üye tam sayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır”; “AY m. 106/7 cümle 2: “Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir.” (kalın puntolu vurgular, karşılaştırmayı kolaylaştırmak amacıyla tarafımdan yapılmıştır).

yolu da açılmış olmaktadır. Bu yolun açılması, ceza sorumluluğu sürecini daha da güçleştirmekte ve gizli oy ilkesini etkisiz bırakmaktadır.

Yeni 106. maddenin 8. fıkrası, cumhurbaşkanı yardımcılılarıyla bakanların, görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlar bakımından, **görevleri bittikten sonra da** aynı maddenin 5, 6 ve 7. fıkra hükümlerinin sağladığı korumadan yararlanacaklarını öngörülmektedir. Bu kişilerin meclisin güvenoyuna gerek kalmaksızın cumhurbaşkanı iradesiyle bu göreve geldikleri gözönünde tutulursa, bu korumanın boyutu, cumhurbaşkanının meclis karşısındaki üstünlüğünü artıran bir başka etken olarak kendini göstermektedir.

b) Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna gelince, eski metne göre cumhurbaşkanı yalnızca vatana ihanetten dolayı ve meclis üye tamsayısının en az **üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararlar**la suçlandırılır. 1961 Anayasasında aynı konu şöyle düzenlenmişti: “*MADDE 99 - Cumhurbaşkanı, vatan hainliğinden dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az üçte ikisinin Meclislerin birleşik toplantısında vereceği kararlar*la suçlandırılır.” Görülüyor ki her iki Anayasa’da da teklif yeter sayısı meclis üye tamsayısının üçte biridir. Karar yetersayısının üçte ikiden dörtte üçe çıkarılması, 12 Eylül Askeri rejiminin darbenin lideri Kenan Evren’i koruma refleksi olarak değerlendirilebilir.

2017 Anayasa Değişikliği ise cumhurbaşkanının tarafsız, yetkisiz ve dolayısıyla sorumsuz statüsünü kökünden değiştirerek yürütme yetkisini tamamıyla ona vermiş, yasama ve yargı yetkileri üzerinde ise hukuken ve fiilen etkili olmasını sağlamıştır. Ancak ceza sorumluluğuna ilişkin güvencesi, önceki düzenlemelerde başbakan için öngörülen güvencenin çok üstünde tutulmuştur. 2017 Anayasa Değişikliği, cumhurbaşkanı yardımcılılarıyla bakanlar için öngördüğü koruma ve güvenceye, başka bir deyişle zorlaştırılmış teklif ve karar yetersayılarına paralel bir düzenlemeyi cumhurbaşkanının ceza sorumluluğu için de öngörmüştür. Anayasa’nın 105/1. maddesine göre, “*Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.*”

Görülüyor ki bu konuda eski düzenlemeye göre soruşturma önergesi için Meclis üye tam sayısının üçte biri yeterliyken, yeni metinde bu

oran üye tam sayısının salt çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Ayrıca Anayasa'daki eski düzenlemede, soruşturma önergesinin kabulü için ayrı bir nitelikli yetersayı öngörülmemişken, yeni düzenlemede soruşturma açılmasının karara bağlanması için meclis üye tam sayısının üçte ikisinin oyuna bağlı kılınmıştır. Yüce Divana sevk kararı ise 1961 Anayasası'nda olduğu gibi üçte iki olarak belirlenmiştir (AY m. 105/3).

Bu vesile ile –kuramsal düzeyde de kalsa- cumhurbaşkanı hakkında zorlaştırılmış koşullarla soruşturma açılma olasılığının gerektirdiği olumlu bir düzenlemeden de söz etmek gerekir: 105. maddesinin 4. fıkrasına göre “*Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, seçim kararı alamaz.*” Cumhurbaşkanıya tanınan **koşulsuz fesih hakkının tek istisnası** burada kendini göstermektedir. Ne var ki bu kural, meclisten kendisi hakkında soruşturma açılması kararı çıkabileceğini düşünen bir cumhurbaşkanının bu karar gerçekleşmeden meclisi feshetmesine bir engel oluşturmamaktadır.

Bu arada cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanlarının görev süresi tamamlandıktan sonra da aynı soruşturma sürecine tabi olmalarını öngören düzenlemenin (AY m. 106/8) cumhurbaşkanı için de aynen korunmuş olduğunu belirtmekle yetinelim (AY m. 105/6).

6) 2017 Anayasa Değişikliğine göre, cumhurbaşkanı, -yukarıda belirtilen istisna dışında (AY m. 105/4)- istediği zaman **hiçbir koşula bağlı olmaksızın TBMM seçimlerinin yenilenmesine** karar verebilecektir (AY m. 116/2). Bu konu üzerinde daha ayrıntılı durmak yerinde olacaktır:

a) Koşulsuz fesih yetkisinin ilk bakışta yarattığı izlenimle bazı söyleşi ya da konuşmalarında cumhurbaşkanının, salt görev süresinin bir dönem daha uzatılmasını sağlamak amacıyla da fesih yetkisini kullanabileceğini belirtmişim¹³. Metni daha yakından ve dikkatle incelediğimde, bunun sözcük anlamıyla hatalı bir değerlendirme olduğunu fark ettim. Anayasa'nın 116/3. maddesine göre, “*Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir*”. Şu halde cumhurbaşkanı için görev süresini uzatma olasılığı, kendisinin koşulsuz fesih yetkisiyle değil, sadece meclisin seçim yenileme kararını Cumhurbaşkanı'nın son döneminde alması halinde, gündeme gelebilecektir. Tabii ver-

¹³ Örneğin bkz.Şükran Soner'le yaptığım söyleşi, 14.02.2017 tarihli Cumhuriyet, s. 12: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/675505/_Bunun_adi_Reislik_sistemi_.html

diğim ilk anlamın, dolaylı yoldan örneğin cumhurbaşkanının meclis çoğunluğu üzerindeki fiili etkisini kullanmasıyla yaşama geçirilmesi her zaman mümkündür.

b) Cumhurbaşkanının koşulsuz fesih hakkına karşılık, meclisin kendi seçimlerini yenilemesi, ancak nitelikli karar yetersayısına ulaşmakla mümkündür. Anayasa'nın yeni 116. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre **“Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir.”**

Şu halde meclisin kendi seçimlerini yenilemesi, **anayasa değişikliği için gerekli olan asgari karar yetersayısı ölçüsünde zorlaştırılmıştır**. Seçimlerin yenilenmesi koşullarında görülen **bu eşitsizlik**, Cumhurbaşkanına tanınan **üstünlüğün somut bir kanıtıdır**.

c) Bu bağlamda bir ara siyasal iktidar ileri gelenlerince başlatılan *“Anayasa Değişikliğinde Cumhurbaşkanının fesih yetkisi var mı, yok mu?”* şeklindeki polemik karşısında, polemğin güncelliğine kaybettiği bu aşamada bir tavır almayı gereksiz buluyorum. Bunun ne denli absürd bir soru olduğunu GÖZLER iki yeni makalesinde kanıtlarıyla ortaya koymuştur.¹⁴ Özetle: *“Anayasa, Cumhurbaşkanına yasama organının seçimlerini normal yasama dönemi sona ermeden yenileme yetkisi vermiş ise, bu yetkiye siz isterseniz “fesih”, isterseniz “yenileme”, isterseniz “dissolution”, isterseniz “Auflösung”, isterseniz “disolución”, isterseniz “Pingrof”, isterseniz “ontbinding”, isterseniz “Oppløsningsrett”, isterseniz “pocnyck”, isterseniz “hajottaminen”, isterseniz “X”, isterseniz “Y” deyin bir şey değişmez; ortada hep aynı yetki, hep aynı işlem vardır. ... Son dört beş gündür yaşadığımız “fesih yetkisi var mı, yok mu” tartışması, gerçeklikte herhangi bir değeri olmayan, tamamen laf üzerine kurulu bir tartışmadır. Laf üzerine kurulu argümanlar, bir kelime oyunundan başka bir şey değildir.”*¹⁵

¹⁴ Bu konuda yazılmış birbirini tamamlayan iki makale için bkz. Kemal Gözler, “‘Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’ Farklı Kavramlar mı? ‘Cumhurbaşkanının Meclisi Fesih Yetkisi Yoktur’ İddiası Üzerine Bir İnceleme”: <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>; aynı yazar, “Adalet Bakanı Bekir Bozdağ’ın ‘Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’nin Farklı Şeyler Olduğu Yolundaki Açıklaması Hakkında Bir İnceleme”: <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-bozdag.html>

¹⁵ Gözler, <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>, s. 9.

Şu halde adına ister fesih, ister TBMM seçimlerinin yenilenmesi deyin, ortada apaçık bir gerçek var. Cumhurbaşkanı, hakkında soruşturma açılması hariç- hiçbir koşula bağlı olmaksızın istediği zaman TBMM'nin anayasal görev süresini seçildiği yasama döneminden önce sona erdirmeye yetkisine sahiptir. Buna karşılık TBMM'nin kendi görev süresini seçildiği yasama döneminden önce sona erdirebilmesi, 3/5 gibi nitelikli bir çoğunluğu sağlamasına bağlıdır. Böyle bir eşitsizlik karşısında cumhurbaşkanının iradesine tanınan bariz üstünlüğü kelime oyunları ile örtmek mümkün değildir. Ayrıca bu üstünlük, her iki organın **eş-zamanlı** olarak görev yapacağı iddiasını da kâğıt üzerinde bırakmaktadır.

d) Kaldı ki ortada bir başka çelişki daha var: 1961 ve 1982 Anayasalarında fesih yerine “seçimlerin yenilenmesi” teriminin kullanılmış olması, Birinci TBMM'ne duyulan derin saygının bir ifadesidir. 1921 Anayasası yasama, yürütme ve bir ölçüde de yargı gücünü TBMM'de toplamıştır. Güçleri kendinde toplamış olan bir meclisi feshedecek bir organ zaten yoktur. İlk kez 05.09.1336 (1920) tarihli Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun 1. maddesinde ifadesini bulan “istimrar ilkesi” (“*Büyük Millet Meclisi, ... gayesinin husulüne kadar ... müstemirren inikat eder*”) aynı gerçeğin bir başka ifadesidir. 1924 Anayasası ise görevler ayırımını gerçekleştirerek parlamenter sisteme belirgin biçimde adım atmış olmasına rağmen, cumhurbaşkanına ya da hükümete fesih yetkisi tanımamıştır. Bu yönde bir girişimin nasıl sert bir tepkiyle karşılaştığını yukarıda açıklamıştık.¹⁶ Parlamenter sisteme geçişi daha da netleştiren 1961 Anayasası ise aynı saygı ve hassasiyetin etkisi altında fesih terimini kullanmaktan kaçınmış, bunun yerine seçimlerin yenilenmesi terimini tercih etmiş ve bunu oldukça zor koşullara bağlamıştır.¹⁷ Ne var ki 1961 AY döneminde bu zor koşullar aşılabilmiş olsaydı, hükümetin başvurusu üzerine cumhurbaşkanının seçimleri yenileme kararı alması, meclisin anayasal görev süresini, seçildiği yasama döneminden önce sona erdirmeye açısından fesihten daha farklı bir sonuç doğurmayacaktı. İstimrar ilkesi-

¹⁶ Bkz. yukarıda I, 5.

¹⁷ 1961 AY m. 104: “Anayasa'nın 89'uncu ve 104'üncü maddeleri uyarınca verilen güvensizlik oyu sebebiyle, onsekiz aylık bir süre içinde, Bakanlar Kurulu iki defa düşmüş ve üçüncü defa güvensizlik oyu verilmiş olursa, Başbakan, Cumhurbaşkanından, Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesini isteyebilir. Bu istek üzerine, Cumhurbaşkanı, Meclislerin Başkanlarına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Yenilenme kararı Resmî Gazete'de yayınlanır ve hemen seçime gidilir.”

nin bir çeşit yansıması olarak 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan “Yenilenmesine karar verilen Meclisin yetkileri, yeni Meclisin seçilmesine kadar sürer.” (1961 AY m. 69/3; 1982 AY m. 77/3) şeklindeki kural ise, GÖZLER’in isabetli belirttiği gibi, fesih kavramını belirleyici bir unsur olmayıp, feshin sonucu ile ilgili anayasal bir tercihin ifadesidir.¹⁸

Kısacası TBMM’nin Cumhuriyet Anayasaları dönemindeki saygın ve merkezi konumuna gölge düşürmeme endişesini yansıtan bir hassasiyetin¹⁹, aynı meclisin yetkilerini kırıp cumhurbaşkanına aktaran ve cumhurbaşkanına Padişah’ın bile sahip olmadığı koşulsuz fesih yetkisini sağlayanlarca bir kelime oyunu konusu yapılması, talihsiz bir çelişki ve acı bir ironi örneğidir.

e) Bu bağlamda TBMM Seçimleriyle Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin eş zamanlı olması nedeniyle koşulsuz fesih yetkisinin siyasal rejim üzerinde yaratabileceği bir başka olumsuz etkisinden de söz etmek yerinde olacaktır: Meclis çoğunluğu ile cumhurbaşkanının farklı partilerden oluşması, demokratik bir ortamda belki belli bir dengenin kurulmasını sağlayabilir. Önümüzdeki seçimlerde (24 Haziran 2018) böyle bir olasılığın gündeme gelebileceği üzerinde durulmaktadır. Ancak 2017 Anayasa Değişikliği ile gelen “cumhurbaşkanlığı sistemi”, böyle bir dengenin kurulmasına imkân tanımamaktadır. Çünkü cumhurbaşkanına tanınan sınırsız fesih hakkının bu durumda derhal devreye gireceğini tahmin etmek için kâhin olmak gerekmemektedir. Somutlaştırırsak Recep Tayyip Erdoğan 2018 Cumhurbaşkanlığı seçimlerini kazanıp da kendisine karşıt bir meclis çoğunluğu ile karşı karşıya kaldığında, her iki sonucun da ulusal iradenin ürünü olduğuna bakmayıp fesih hakkını kullanabilecektir. Bu olasılık yeni sistemin Cumhurbaşkanına tanıdığı

¹⁸ “Feshedilen, yani seçimleri yenilenecek olan parlâmentonun yeni seçimlerin yapılmasına kadar görevde kalıp kalamayacağı sorunu, feshin kendisiyle değil, sonuçlarının yürürlük tarihiyle ilgili ayrı bir sorundur. ”: <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>, s. 4; “... yenilenmesine karar verilen Meclisin görevine yeni seçimlere kadar devam etmesi, “seçimlerin yenilenmesi” kavramından çıkan doğal bir sonuç değil, Anayasanın bu konudaki özel bir hükmünden kaynaklanan bir sonuçtur”: <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-bozdog.html>, s.3.

¹⁹ Karş Gözler, “Türkiye’de 1961 ve 1982 Anayasasını hazırlayanlar, 1876 Anayasası dönemindeki fesih uygulamasına tepki olarak “fesih” terimini değil, aynı anlamda “seçimlerin yenilenmesi” terimini kullanmışlardır.”: <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>, s. 5.

üstünlüğün en somut göstergesidir. Tabii fesih hakkının bu yönde kullanılmasının hukuksal açıdan önemli bir risk taşıdığını da eklemek gerekir. Gerçi cumhurbaşkanının ikinci kez seçilmiş olması, fesih yetkisini kullanmaya engel değildir. Ancak bu kez “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*” (AY m. 101/2 cümle 2) kuralına takılacağı için, kendisi aday olamaz. Belirtmeye gerek yok ki böyle bir adaylık, ancak bağımsız bir Yüksek Seçim Kurulu veya bağımsız bir AYM’nin varlığı ile önlenebilir.

7) Daha önce cumhurbaşkanının sahip olduğu yasaları geri çevirme yetkisi, veto yetkisine dönüştürülmüştür. Zira cumhurbaşkanının geri çevirdiği bir yasada Meclisin ısrar edebilmesi için geri çevrilen yasayı üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul etmesi gerekiyor. Oysa değişiklikten önceki kural, böyle bir nitelikli çoğunluk aramıyordu. Böylece cumhurbaşkanına yasama etkinliği açısından meclise karşı bir başka üstünlük daha sağlanmış oluyor. 1924 Anayasası ile ilgili benzer bir önerinin, Mustafa Kemal Atatürk’ün oluşumunda etkili olduğu İkinci TBMM’nde de nasıl bir tepkiyle karşılandığını yukarıda açıklamıştık (Bkz. yukarıda I, 5). Her iki meclis arasındaki nitelik farkı bu bağlamda bir kez daha kendini göstermektedir.

8) Parlamentoların kökeni olan vergiyle ilgili 73. maddenin üçüncü fıkrasına göre “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi*”, artık meclise karşı sorumlu olan bakanlar kurulundan meclise karşı siyasal sorumluluk taşımayan cumhurbaşkanına geçmiş bulunmaktadır. Bu da parlamento tarihi açısından bir başka talihsizliktir.

9) Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini, malî yılbaşından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunar. Bütçe teklifi bütçe komisyonunda görüşülür. Komisyonun ellibeş gün içinde kabul edeceği metin genel kurulda görüşülür ve malî yılbaşına kadar karara bağlanır (AY m.161/3-yeni metin). Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilme oranına göre artırılarak uygulanır (AY m.161/4-yeni metin).

Kısacası bütçeyi de cumhurbaşkanı hazırlıyor. Meclisten geçmezse eski bütçe yeniden değerlendirilme oranına göre artırılarak uygulanacak. Burada da inisiyatif cumhurbaşkanına kaydırılmış durumda²⁰.

10) Anayasa'nın 119. maddesinde yapılan değişiklikte sıkıyönetim kaldırılarak olağanüstü yönetim tek bir maddeye indirgenmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda göze çarpan hususlar şöyle özetlenebilir:

a) **Cumhurbaşkanı**; aynı maddenin ilk fıkrasındaki koşulların²¹ gerçekleşmesi halinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, **süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilecektir** (AY m. 119/1). Maddede tanımlanan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği tamamıyla cumhurbaşkanının takdirine bırakılmıştır. Ancak cumhurbaşkanının bu işleminin aynı gün TBMM'nin onayına sunulması gerekir (AY m. 119/2). TBMM, gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir (AY m. 119/3). Cumhurbaşkanının talebiyle TBMM, her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz (AY m. 119/4). Görülüyor ki bu alanda da inisiyatif cumhurbaşkanında olmakla birlikte kararın denetimi meclisin yetkisinde gözükmektedir. Ancak TBMM'nin 2017 Anayasa Değişikliği ile uğratıldığı hukuki ve fiili güç kaybı karşısında bu denetimin etkili olabileceği kuşkuludur.

b) Aynı maddenin 5. fıkrasına göre, "*Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği*" gibi hususların **kanunla** düzenlenmesi gerekir. Kanaatimizce bu kural, münhasır kanun alanı

²⁰ Karş. Ece Göztepe, "Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği": Güncel Hukuk Mart 2017/3, s. 48.

²¹AY m. 119/1: "Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir."

olarak anlaşılmalıdır. Kural bu anlamıyla temel hak ve özgürlükler için önemli bir güvence oluşturabilirdi. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin OHAL KHK'larla ilgili yeni içtihadı²² karşısında bu kural, büyük bir etki ve önem kaybına uğratılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin eski içtihadına göre bu tür kararnamelerin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla sınırlı olması, dolayısıyla olağanüstü halin uygulanma süresini ve coğrafi sınırını aşan etkiler doğurmaması gerekiyordu. Bunun doğal sonucu olarak da **OHAL KHK'larla yasalarda değişiklik yapılamıyordu**. Oysa Anayasa Mahkemesi, yeni içtihadıyla bu alanda hiçbir denetim yetkisinin bulunmadığına karar verdi. Böylece 15 Temmuz Darbe girişiminden sonra çıkarılan OHAL KHK'larda TBMM saf dışı bırakılarak yasalarda sayısız değişiklikler yapılmasının önü açılmış oldu. Bu gelişme karşısında Anayasa'nın 119/5. maddesinde öngörülen yasa kaydı güvencesi, adeta işlevsiz bırakılmış olmaktadır.

c) Kağıt üzerinde kalan bu fıkranın yerini aynı maddenin 6. fıkrasındaki düzenleme aldı. Bu fıkraya göre: **“Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanını, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104. maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara²³ tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur”**.

Cumhurbaşkanının normal zamanlarda çıkardığı kararnamelerde yer almayan “kanun hükmünde” vurgusunun bu kuralda kullanılmış olması dikkat çekicidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi'nin OHAL KHK ile ilgili eski içtihadına göre bu kararnamelerle yasalarda değişiklik yapılamıyordu. Anayasakoyucu, Anayasa Mahke-

²² AYM, 12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159; RG 04.11.2016 - 29878.

²³ AY m. 104/17: “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” Kalın punto ile vurguladığım bölümler, olağanüstü hallerde geçerli olmayan sınırlamaları göstermektedir.

mesi'nin yeni içtihadını ayakta tutma amacıyla bu eklemeyi yapmış olmalı.

d) Olağanüstü hallerde çıkarılacak cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hangi anayasal sınırlamalardan bağışık kılındığını daha yakından görmek üzere, bu düzenlemeyi 104. maddenin 17. fıkrasının 2. cümlesiyle bağlantılı olarak biraz daha açmak gerekir:

aa) Bilindiği üzere normal zamanlarda klasik haklar (yâni AY m. 12 ve 40 arası ile AY m. 66 ve 74 arasında kalan haklar) cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemezler. Buna karşılık cumhurbaşkanı, kendi ilân ettiği olağanüstü halde çıkaracağı kararnamelerle bu hakları da sınırlama imkânına sahip kılınmış olmaktadır. Esasen bu imkân, daha önce de cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun çıkaracağı kanun hükmünde kararnamelerle kullanılabilirdi.

bb) Buna ek olarak “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” şeklindeki sınırlama da olağanüstü hallerde çıkarılacak olan cumhurbaşkanlığı kararnamelerini bağlamayacaktır. Buna Anayasa'nın 119/5. maddesinde öngörülen ve klasik hakların düzenlenmesi bakımından sadece münhasır kanun alanı olan yasa kaydı da dahildir.

cc) Keza “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” şeklindeki sınırlama da olağanüstü hallerde bağlayıcı olmayacak.

dd) Aynı şekilde “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*” kuralı, olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanını bağlamayacak.

e) Anayasa'da bu geniş kapsamlı yetkiye karşı tek bir sınır öngörülmüş. “*Olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.*” (AY m. 119/7).

Şayet 2017 Anayasa Değişikliği ile yasama ve yürütme arasında gerçek anlamda bir güçler ayrılığı tesis edilmiş olsaydı, bu çözüm önemli sayılabilirdi. Ancak yukarıdan beri sunmaya çalıştığımız tablo, meclisin önemli ölçüde güç kaybına uğradığını ve bu kaybın konusu olan kamusal güçlerin cumhurbaşkanına geçtiğini oldukça net bir biçimde göstermektedir. Ayrıca cumhurbaşkanı, kendi partisinin lideri olarak

meclis çoğunluğu üzerinde hukuken ve fiilen de etkili bir konumdadır. Bu nedenle cumhurbaşkanının olağanüstü hallerdeki sınırsız yetkisine denge olabilecek bir TBMM'nin oluşması son derece güçtür.

11) Kamu Tüzelkişiliği ve Cumhurbaşkanı

Kamu tüzelkişiliği, konusunda adeta bir yarışmalı yetkinin söz konusu olduğu söylenebilir. Kamu tüzelkişiliği kanunla konulabileceği gibi **kanunun açıkça yetkili kılma koşulu aranmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle** de kurulabilecek.²⁴

III. TBMM'nin Gücünü Azaltan Değişiklikler

Yukarıda cumhurbaşkanının yasama organına karşı üstünlüğünü sağlayan ve dolayısıyla gücünü artıran değişiklikler açıklanırken, bunların büyük bir çoğunluğunun TBMM'nin yetkisini azaltma pahasına gerçekleştirildiğini gördük. Aşağıda bu genel tespit yanında, bazıları kısmen tekrar niteliğinde de olsa, TBMM'nin uğradığı güç ve yetki kaybı açısından özellik taşıyan durumlara ayrıca dikkati çekmek, genel tablonun tamamlanması ve daha net bir görüntü sağlanması bakımından yararlı olacaktır.

1) Cumhurbaşkanı 2017 Anayasa Değişikliği ile aynı zamanda partisinin genel başkanı olabileceğinden, meclise de dolaylı yoldan hâkim olacaktır. Çünkü partisinin milletvekili adaylarını listedeki sırasıyla birlikte hukuken ya da fiilen kendisi belirleyecektir. Seçim Kanunu'na göre halk zaten sadece parti listelerine oy veriyor. Üstelik liste sıralamasında bir tercih hakkı da yok. Parti içi demokrasi Anayasa'ya rağmen işletilemiyor. Bu durumda meclis çoğunluğu – olağan siyasal akışta- zaten siyasal varlığını cumhurbaşkanına borçlu olan milletvekillerinden oluşacak. Böyle bir yapıdan azaltılmış yetkilerini bile serbestçe kullanabilecek bir meclis çıkmaz

2) Meclisin hükümeti denetleme imkânları sembolik bir düzeye indirgenmiştir. 2017 Anayasa Değişikliğinden önceki düzenlemelere göre, seçimlerden sonra oluşan yürütme organının göreve başlaması bile meclisten güvenoyu almasına bağlıydı. Bu durum artık tarihe karışmış bulunuyor. Göreve başlayan yürütmenin görev sırasında hükümeti denetleme, güven duymadığı hükümeti düşürme yetkisi de kalmadı:

²⁴ AY m. 123/3: “ Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.”

Gensoru ve sözlü soru yetkisi kaldırıldı. **Yürütmenin başına meclisin soru bile yönelmemesi, TBMM yetkilerindeki azalmanın somut göstergesidir.** Artık hükümeti siyaseten sorumlu tutabilecek yapıda bir meclisten söz etmek mümkün değildir.

3) Normal dönemlerin kanun hükmünde kararnamelerinin içeriği, meclis tarafından belirleniyordu. Bu kararnamelerin vazgeçilmez koşulu bir yetki yasasına dayanmaları ve kanun hükmünde olma niteliğini bu yetki kanunu ile uyumlu olacakları varsayımından almalarıydı. 2017 Anayasa Değişikliği, yetki yasası koşulunu kaldırarak bu alanı tamamıyla cumhurbaşkanının takdir ve inisiyatifine bırakmıştır. Böylesine güçlendirilmiş bir cumhurbaşkanına karşı meclisin kendi iradesini üstün kılma gücü kalmamıştır. Değişiklikten önceki Anayasada geçen “kanun hükmünde kararname” terimi yerine cumhurbaşkanlığı kararnamesi teriminin konulmuş olması, bu kararnamelerin kanun gücünde olma niteliğini değiştirmemiş, aksine onun yerine geçmiştir. Oysa 87/1. maddenin eski metinde yer alan “**Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek**” yerine, çoğu maddede yapıldığı gibi “Cumhurbaşkanına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek” şeklinde bir değişiklik de yetinilebilirdi. Bunun yeni sistemin mantığına ters düşen bir yanı da yoktu. Aksine Meclis’in yasamadaki belirleyici ve başat rolünü doğrulaması bakımından uygun olanı da buydu. Ama, bu yola gidilmedi. Çünkü değişikliğin amacı, cumhurbaşkanına meclisten bağımsız bir çeşit yasama yetkisi tanımaktı. Böylece **yürütme organına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin yasama organınca verilmesi ilkesinden tamamıyla vazgeçilmiş oldu.** Buna bağlı olarak meclisin vereceği yetkiyle kanun hükmünde kararname çıkarmanın sair koşullarını ayrıntılı olarak düzenleyen, yetki yasasının unsurlarını somutlaştıran 91. madde de bütünüyle kaldırıldı. Bu kuralların kaldırılmış olması, TBMM’nin uğratıldığı güç kaybının en çarpıcı ve en somut örneklerinden biridir.

4) Buna koşut olarak meclisin yasa çıkarma yetkisi de zayıflatılmıştır. Meclisin çıkardığı yasalar cumhurbaşkanınca geri çevrildiğinde, meclisin kendi iradesinde ısrar etmesi, ancak üye tamsayısının

salt çoğunluğu ile mümkündür²⁵. Oysa önceki düzenlemeye göre, meclisin kendi iradesinde ısrar etmesi için Anayasa'nın 96/1. maddede öngörülen toplantı ve karar yetersayılarına²⁶ uyulmak kaydıyla oylamaya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınması yeterliydi. Burada da meclisin doğal görev ve yetki alanı olan yasama işlevine getirilen kısıtlamanın bir başka somut kanıtını görüyoruz. Bu vesileyle benzer bir kısıtlama önerisinin 1924 Anayasası'nda benimsenmediğini (Bkz. yukarıda I, 5) ve 1961 ve 1982 Anayasalarının da aynı çizgiyi izlediğini yeniden hatırlatmak gerekir.

5) Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yasaların çatışması halinde yasaların üstün olacağına dair düzenlemenin hukuksal etkisini gösteremeyeceği ve büyük ölçüde kâğıt üzerinde kalacağını belirtmek yanlış olmayacaktır. Çünkü bir kere cumhurbaşkanının aynı zamanda partisinin de başkanı olması, –olağan siyasi akışta- meclis çoğunluğu üzerinde hukuki ve fiili bir vesayet etkisi yaratacaktır. İkinci olarak bu engelin kişilikli milletvekillerinin olası varlığıyla aşılabileceği varsayılsa bile, Anayasa Mahkemesi'nin bu çatışmayı denetleyecek güç ve yapıda olduğunu söylemekte güçlük çekiyoruz.

Kaldı ki içinde yaşadığımız **olağanüstü hal** yönetiminde de görüldüğü gibi, bu gibi koşullarda çıkarılacak cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yasaların çatışması halinde yasaların üstün olacağına ilişkin ilke de geçerli olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin eski içtihadından dönerek yarattığı mutlak denetimsiz alan, bu konuda fazla bir umut bırakmamaktadır. Bu konunun ayrıntılarına ileride yargı bölümünde tekrar dönecektir.

6) Münhasır yasa konusu olan alanlarda cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılamayacak olması ya da temel hak ve özgürlüklerin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğine ilişkin kurallar, işlevine bağlı bir Anayasa Mahkemesi'nin varlığı halinde bir anlam ka-

²⁵ AY m. 89/3 (yeni metin): “Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır. ...”

²⁶ 1982 AY m. 96: “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlemlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.”

zanabilirdi. Bu tür kurallar, yargı bağımsızlığının kayba uğraması ölçüsünde kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdur. Kaldı ki yasa koyucunun münhasır yetkisinde olan kimi alanlar 2017 Anayasa Değişikliği ile cumhurbaşkanına devredilmiş durumdadır. Bunlarda hangi düzenlemenin üstün olacağı belirsizdir. Yeni yapısıyla Anayasa Mahkemesi'nin burada da devreye girmekten kaçınacağını söylemek için kâhin olmak gerekmez.

7) TBMM'nin üye sayısının 600'e çıkarılması, parti içi denge hesaplarının daha rahat yapılmasını sağlayabilir. Ama yetkileri azaltılmış bir meclisin üye sayısını artırmak, sadakat ödülü dağıtmada biraz daha kolaylık sağlama dışında bir işlev yerine getiremeyecektir.

IV. 2017 Anayasa Değişikliğine Göre YARGI'yı Cumhurbaşkanının Etkisine Bağlayan Değişiklikler

A. Yargıda ilk göze çarpan değişiklik, "**Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu**" adından "**Yüksek**" sıfatı kaldırılmış olması. Bence çok tutarlı ve isabetli bir değişiklik. Çünkü, 2010 Anayasa Değişikliği'nden bu yana "**Yüksek**" sıfatını hak edecek bir yargı üst kurulu zaten kalmamıştı. 12 Eylül 2010 Anayasa Değişikliği ile –ki ben buna İkinci 12 Eylül" diyorum- yargı zaten FETÖ'ye teslim edilmişti. Bunu artık yadsıyan da kalmadı. Anayasa Mahkemesi, kendi üyeleriyle ilgili kararında bu teslim edilişi bütün çıplaklığı ile açıklıyor. Karar gerekçesinin 23 No.lu paragrafından yorumsuz olarak aktarıyorum:

"23. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile hâkim ve savcılar kendi aralarından HSYK'ya üye seçmelerine imkân tanınmıştır. Buna göre hâkim ve savcılar adli yargıdan yedi asıl, dört yedek; idari yargıdan üç asıl iki yedek üyeyi seçeceklerdir. Belirlenen seçim sistemine göre her bir seçmen adli yargı için on bir, idari yargı için beş adaya oy verme hakkına sahiptir. 2014 yılında yapılan seçimlerde Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) ve Yargıda Birlik Platformu (YBP) seçimde destekledikleri adaylarını açıklamıştır. Bu iki yargı örgütünün desteklediklerinin dışında bazı adaylar seçime bağımsız olarak (bir başka adayla birlikte hareket etmeden) girdiklerini ifade etmişlerdir. Seçim sonuçları incelendiğinde; seçime bağımsız olarak girdiğini beyan eden ve hukuk çevrelerinde söz konusu yapılanmaya mensup ya da bu yapı ile irtibatlı olduklarına dair iddialar ileri sürülen adli yargıdan on aday binlerce hâkim savcıdan blok olarak oy almış,

bunlardan ikisi HSYK yedek üyeliğine; idari yargıdan beş aday ise yüzlerce hâkimden blok olarak oy almış ve bunlardan ikisi HSYK asıl üyeliğine seçilmiştir. Bu durum, kamuoyunda FETÖ/PDY'nin yargı organları içerisinde önemli ölçüde örgütlenmesinin olduğu tartışmalarını yaygınlaştırmıştır.”²⁷

“İkinci 12 Eylül” modeli Ergun Özbudun ve arkadaşlarının AKP’ye sundukları anayasa taslağından²⁸ esinlenmiştir. Bu modelin nasıl sonuç vereceğini 12 Eylül 2010 halk oylamasından 6 ay önce 12 Nisan ile 17 Nisan 2010 tarihleri arasında Cumhuriyet’te yayımlanmış olan yazı dizisinde açıklamıştım.²⁹

“Yükselme beklentisi içindeki yargıçlar, ... HSYK’nun belirleyici unsuru haline getirilmekte, Adalet Bakanı ile müsteşarının Kurul’daki varlığı daha da güçlü bir biçimde sürdürülmekte ve ayrıca buna Cumhurbaşkanlığınca doğrudan seçilen 4 üye daha eklenmektedir. Bu yapı, pazarlık ve kulis etkinliklerine ve yargının siyasallaşmasına son derece elverişli bir yapıdır.”

O aşamada bu sakıncayı gidermenin tek bir yolu vardı: Yaş ve konumları itibarıyla yüksek yargı kurumlarında mesleğinin zirvesine ulaşmış olan, ilerisi için hiçbir beklentisi bulunmayan, kimseye bir şey vaat etme ihtiyacı taşımayan, kimseye manen borçlu olmayan yargıçların kendi genel kurullarınca Kurul üyesi olarak seçilmelerini sağlamak. Bunun için de HSYK’yı bu tür kişiliklerin çoğunlukta olacağı bir yapı içinde düzenlemek gerekiyordu. Esasen AB Komisyonu uzmanlarınca Türk yargı düzeniyle ilgili olarak hazırlanan “İstişarî Ziyaret Raporları”nda da aynı çözüm önerilmişti.

Ne var ki 2010 Anayasa Değişikliği’ni izleyen yasa karmaşası, yüksek yargıya da darbesini indirdi. Gerek Yargıtay ve gerekse

²⁷ AYM 04.08.2016, E. 2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12; AYM üyeleri Alparslan Altan ile Erdal Tercan’ın ihracı ile ilgili bu kararda, FETÖ’nün ne denli tehlikeli bir örgüt olduğu sayfalarca açıklanmaktadır. Açıklanmayan tek şey, bu iki üyenin FETÖ ile nasıl bir ilişki içinde olduğudur. Bu konuda karar gerekçesinde tek bir satır bulmak mümkün değildir.

²⁸ Özbudun Taslağı ile ilgili eleştirel bir çalışma için bkz. Fazıl Sağlam, “Anayasal Gelişim Sürecinde Dikkati Çeken Tehlikeler”: Ülkü Azrak 75 Yaş Armağanı, İstanbul 2008, s. 503 – 522.

²⁹ Aynı yazı dizisi güncelleştirilerek MÜLKİYE Dergisinin 267. Sayısında da yayımlanmıştır, bkz. Fazıl Sağlam, AKP’nin Anayasa Değişikliği Paketi Üzerine Düşünceler” MÜLKİYE, Yaz/2010, Cilt XXXIV, s. 15 – 46, alıntı, s. 27.

Danıştay'ın görevdeki **deneyimli kadroları, deneyimsiz niceliğin sayısal üstünlüğüne kurban verildi.** Sözde iş yükünü hafifletme iddiasıyla sayıları artırılan dairelere önceden hazırlanmış blok listeler atandı. Böylece Yargıtay ve Danıştay'ın da yapısı bozuldu. Nitelik, liyakat ve deneyim geri plana itildi. Ama bununla da yetinilmedi. Daha önce siyasal iktidar ortakları tarafından elbirliği ile yozlaştırılan yüksek yargı düzeni, bu kez **paralel yapının tasfiyesi** bahanesiyle aynı yöntemle ikinci kez yozlaştırıldı. Anayasa Mahkemesi emekli Başkanı Haşim Kılıç'ın deyimiyle “*Yargıtay'a, Danıştay'a otobüslerle, kamyonlarla adam taşır gibi üye yaparak*”³⁰ nitelik, liyakat ve deneyimin unutulduğu bir başka yüksek yargı şişkinliği yaratıldı. Üç yıl kadar önce de 15.02.2014 gün ve 6524 sayılı *Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile birlikte yeni bir tasfiye yaşandı. Böylece İkinci 12 Eylül modelinin iflas ettiği kanıtlanmış oldu. Ama aynı zamanda bu süreç sonunda ortaya çıkan yargı karmaşası içinde 1961 Anayasası'nın “kooptasyon” yöntemine dönmenin de bir anlamı kalmadığı, artık iyice siyasallaştırılmış olan yargı düzeninin, anayasal işlevinden tamamen koparılarak, düşünsel olarak bağlı olduğu odaklara hizmet vermeye devam edeceği anlaşıldı.

B. İşte 2017 Anayasa Değişikliği de, mevcut fiili yargı düzenini, Cumhurbaşkanı odaklı yeni siyasal sisteme eklemlenmekten başka bir şey yapmadı. Kurulun üye sayısı 22'den 13'e indirildi. Bunlardan dördünü Cumhurbaşkanı seçecek. Adalet Bakanı ve müsteşarı Kurul'un doğal üyeleri. Adalet Bakanı aynı zamanda Kurul'un başkanı. Yeni sisteme göre her ikisini de Cumhurbaşkanı atayacak. Geri kalan yedi üyeyi TBMM'nin seçecek olması, birazdan açıklayacağımız nedenlerle çok da farklı bir durum yaratmayacak. **Yüksek Mahkemelerin ve/veya birinci sınıfa ayrılmış yargıçların kendi temsilcilerini doğrudan seçme hakları ise artık tarihe karışmış bulunuyor.**

Kurulun TBMM tarafından seçilecek üyelikleri için Anayasa'da yapılan değişikliğe gelince: Bu düzenlemeye göre, meclis başkanlığı kendisine yapılan başvuruları anayasa ve adalet Komisyonları üyelerinden kurulu bir **karma komisyona** gönderir. Komisyon her bir üyelik

³⁰ Cumhuriyet Gazetesi, 29.12.2014: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/175807/Hasim_Kilic_tan_sert_mesaj.html#

için üç aday, üye tamsayısının **üçte iki** çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının **beşte üç** çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında **ad çekme** usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Bu şekilde belirlenen üç aday arasından TBMM genel kurulunda yapılacak olan oylamada da aynı nitelikli çoğunluklar ve aynı ad çekme usulü geçerli olacaktır. Bu köklü değişikliğe ilişkin geçici maddede ise, ilke olarak aynı yöntem öngörülmeyle birlikte, ad çekilecek aday/üye sayısı, bir kereye mahsus olmak üzere iki katına çıkarılarak, siyasallaşmanın sözde yumuşatılmak istendiği izlenimi yaratılmaya çalışılıyor.

Görünüşte adil bir yöntem, ama aldatıcı. Çünkü sonuçta her bir üyelik için ad çekilecek adaylar, iktidar partisinin belirleyeceği adaylar olacak. Bugünkü meclisin yapısından hareket ederek örnek verelim ve her partinin kendisine yakın gördüğü adaylara oy verdiğini düşünelim. Karma komisyonun toplam üye sayısı 30 AKP + 12 CHP + 6 HDP + 4 MHP = 52. Geçici maddeye göre yapılacak seçimlerde anayasa değişikliğinin mimarları olan AKP ve MHP'nin fiili bir koalisyon gibi hareket edip diğer partilere şans tanımayacakları, anayasa referandumuyla ilgili olarak izlediğimiz kampanyalarda kendini açıkça gösteren neredeyse sabit bir varsayım. Sözde gizli olması gereken meclis oylamasında bile, anayasa değişikliğine EVET diyeceklerini gösteri yaparcasına beyan eden partilerin üye toplamı 34, HAYIR diyeceğini beyan etmiş olan partilerin üye toplamı ise 18. Normal koşullar altında her bir boş üyelik için yapılacak olan oylamalarda adayların uzlaşma olmaksızın 2/3 veya 3/5 çoğunluğu sağlaması güçtür. Çünkü bu durumda öngörülen son oylamada en çok oy alanlar arasında ad çekileceği bilinmektedir. Ama yukarıdaki sayısal veriler, seçimin ad çekme riskine kalmadan sonuçlanacağını göstermektedir. Çünkü koalisyon ortaklarının sayısı toplam komisyon sayısının üçte ikisini bulmaktadır. Kısacası buradan koalisyon ortaklarının uzlaşacağı blok listeyi delebilecek başka bir yargıç çıkamaz. Bu öngörü, Türkiye'de son yıllarda alıştığımız uzlaşmasız ve dayatmacı siyaset profilinin doğal bir sonucudur. Görülüyor ki yeni yöntem, "**her boş oy için sonuçta koalisyon ortaklarının belirleyeceği kişi seçilir**" demenin dolambaçlı bir yoludur.

C. Bu görünümün hukuk devleti ilkesi ile olan bağdaşmazlığını daha açık görebilmek için, hâlâ “yavruvatan” dediğimiz KKTC Anayasası ile küçük bir karşılaştırma yapmak yararlı olur³¹.

■ YAK’da mesleklerinin zirvesinde olan yüksek mahkeme başkanı ve üyeleri kurulda büyük çoğunluğu oluşturur. Oysa HSK’da yüksek mahkeme üyeleri biri Danıştay ve üçü Yargıtay olmak üzere 4 kişi ile temsil edilmektedir. Ancak 2017 Anayasa Değişikliği’ne göre, bunları artık Yargıtay ve Danıştay’ın Genel Kurulları değil TBMM seçecektir.

■ YAK’ın cumhurbaşkanınca atanmış tek bir üyesi varken, HSK’da bu sayı dördüttür. Ancak, 2017 Anayasa Değişikliği’ne göre, adalet bakanı ve müsteşarını da doğrudan cumhurbaşkanı atayacağı için bu sayı gerçekte altıdır. YAK’da Cumhuriyet Meclisi’nce seçilmiş tek bir üye varken, TBMM’nin seçeceği üye sayısı yedidir.

■ YAK’nın doğal üyeleri yüksek mahkeme başkan ve üyeleriyle cumhuriyet başsavcısından, yani yargı organı içinden oluşmaktayken, HSK’nın doğal üyeleri adalet bakanı ve onun müsteşardır.

■ YAK’da KKTC Barolar Birliği’nce seçilen bir üye görev yaparken, Türkiye’de TBB kurulda temsil edilmez.

■ YAK’nın başkanı Yüksek Mahkeme’nin başkanı iken, HSK’nın başkanı adalet bakanıdır ve HSK’nın yönetimi ve temsili de adalet bakanına aittir.

■ YAK’da alt mahkemelerinden üye yokken, yeni anayasa değişikliğine göre HSK’na alt mahkemeden gelecek üye sayısı Cumhurbaşkanınca seçilmek üzere dörde indirilmiştir.³²

■ HSK eski ve yeni yapısıyla siyasi iktidarın etkisine açıkken YAK’da siyasi iktidarın etkisinden ve siyasallaşmadan söz edilemez.

³¹ Karşılaştırma metninde YAK bizim HSK’nın KKTC’deki muadili olan “Yüksek Adliye Kurulunun” kısaltılmasıdır.

³² Bu bağlamda YAK’da alt mahkemelerinden hiç üye bulunmaması da eleştirilebilir. Alt mahkemelerce seçilecek bir ya da iki üyenin YAK’da yer alması, hem alt mahkemeler açısından kurulun saydamlık kazanmasına hizmet eder hem de onların kurul içinde seslerini duyurmalarını sağlar.

■ HSK'nın genel sekreteri de, kurulun önereceği üç aday arasından adalet bakanınca atanırken, YAK sekreterlik görevini Yüksek Mahkeme'nin "baş mukayyidi" (genel sekreteri) yerine getirir.

■ YAK' da savcılar yalnızca cumhuriyet başsavcısı tarafından temsil edilmektedir. Savcılarının güvencesi ise "Yüksek Savcılar Kurulu" adı altında yasa ile kurulmuş ayrı bir kurulda sağlanmakta ve bu kurulda Yüksek Mahkeme'nin de tek bir temsilci bulunmaktadır. HSK'da ise yargıç ve savcı arasındaki işlev ayrılığı hiç nazara alınmaksızın savcı ve yargıçlar aynı çatı içinde yer almaktadır.³³

V. Anayasa Mahkemesi'nin Değişim Geçiren İşlevi

A. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesinde gözlemlenen işlev değişimini belirleyen üç kavramdan söz etmek yerinde olur: "vesayet", "yargının demokratik meşruiyeti" ve "yargısal aktivizm"³⁴

Bu üç kavram, Türkiye'de genellikle Anayasa Mahkemesi'ni yıpratma amacıyla, yerine göre keyfi anlamlara büründürülerek, siyasal iktidara bağımlı bir yargı düzeni yaratmak amacıyla kullanılmıştır. Ve ne yazık ki amaçlanan düzen bugün yaşama geçirilmiş durumdadır. Kavramları ortaya atanların tümü bunu istedi diyemem. Ama Türkiye'de bu üç kavramın ulaşabileceği yer objektif olarak önceden belirlenebilir nitelikteydi. Bu nedenle onların bu sonucu isteyip istememeleri de benim için fazla önem taşımıyor.

Yargısal aktivizm tartışması açısından daha çok soyut norm dene-timini ön plana almak gerekir. Bu davalarda Anayasa Mahkemesi, özellikle son yedi yıllık süreçte **yargısal aktivizm bir yana, anayasal işlevini ihmal edecek düzeyde bir "yargısal pasifizm"** içine girmiştir.

³³ Ayrıntılar için bkz. Fazıl Sağlam, KKTC Anayasa Hukuku Dersleri, YDÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2016. Yargı bağımsızlığı ilkesindeki düşüşün Latin Amerikadaki başkanlık sistemlerinde dahi eşi bulunmadığını gösteren ampirim bir çalışma için bkz. Tolga Şirin, "2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirmesi": Anayasa Hukuku Dergisi, C.6, S.11, 2017.

³⁴ Ayrıntılar için bkz. Fazıl Sağlam, "Anayasa Mahkemesi Bir Vesayet Kurumu mudur? – Anayasa Mahkemesi Olmadan da Ülke Yönetilebilir mi?": Türkiye'nin Anayasa Gündemi, 27 Uzman, 66 Soru-Yanıt, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.

Yargının demokratik meşruiyeti ise yargı düzenini siyasal iktidarın etkisine, çoğunluğun egemenliğine tâbi kılmayı meşrulaştıran bir anlam kazanmıştır. Oysa yargı, bilen bilmeyenin katıldığı bir oylama süreci değildir. Yargı işlevi, nitelik, liyakat ve deneyim ve bilgi birikimini gerektirir. Bu tür nitelikler ise, genel oya bağımlılık anlamında bir “*demokratik meşruiyet*” ile sağlanamaz. Bunu sağlayacak olan, “*güçler ayrılığına dayalı anayasal meşruiyet*”tir. Ancak böyle bir meşruiyet ulus adına yargı yetkisini kullanabilir. Ulusun bir bölümünü oluşturan siyasal iktidara bağımlı kılınmış bir yargı düzeni, anayasanın öngördüğü anlamda ulus adına yetki kullanan bir makam olamaz.

Yargı bütünlüğü içinde anayasa mahkemelerinin meşruiyeti, ulusal irade ile kurulacak organik bir bağdan çok, Anayasa’nın siyasal iktidara karşı bu organa sağladığı bağımsız statüde, halkın ona duyduğu güvende ve onun halk nezdinde kazandığı saygınlıkta aranmalıdır.

Bireysel başvuru uygulamasında beklenenin üstünde başarı gösteren Anayasa Mahkemesi, Dündar-Gül kararından sonra hızını kesmiş gözükmemektedir. Sayın Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi’nin Dündar-Gül kararını şöyle değerlendirmiştir: “*Bu karara sadece sessiz kalırım, o kadar. Ama onu kabul etmek durumunda değilim. Verdiği karara da uymuyorum, saygı da duymuyorum. Niye, çünkü ortada bir gerçek var. Bu bir beraat kararı değildir. Tahliye kararıdır. Aslında onlarla ilgili kararı veren mahkeme kararında direnebilirdi. Eğer Mahkeme kararında direnmiş olsaydı, bu bireysel başvuru veya Anayasa Mahkemesinin verdiği karar boşa çıkacaktı.*”³⁵

Bu bakış açısına göre, Anayasa Mahkemesi yargısal aktivizmi hiç bırakmamış, hâlâ devam ettirmekte. Derece Mahkemesi, “yargının demokratik meşruiyeti” (!) çerçevesinde siyasal iktidarın istemlerini göz önünde tutarken, Anayasa Mahkemesi ortaya çıkıp, vesayete kaçan aktivizmi ile bu meşruiyeti bozuyor. Normal yargı direnseydi Anayasa Mahkemesi kararı boşa çıkacaktı. Buna karşılık aktif kamuoyunun gözüyle bakıldığında, Dündar-Gül kararı boğucu bir hukuk ortamına temiz bir hava getirdi. İşte “vesayet” ve ona eklenen kavramlar, böylesine göreceli kavramlar.

Olay Sayın Cumhurbaşkanı’nın sitem ve azarıyla sınırlı kalmış olsaydı, Mahkemeler belki bu baskıyı aşabilirdi. Ancak, 15 Temmuz

³⁵ 29.02.2016 tarihli Hürriyet Gazetesi’nin birinci sayfasından aynen aktarılmıştır.

Darbe girişiminin arkasından gelen OHAL KHK rejimi, yargı organının –ve özellikle de Anayasa Mahkemesi’nin anayasal işlevini sarsacak ölçüde etkili oldu. Böyle bir ortamda gerçekleştirilen 2017 Anayasa Değişikliği ise, yargının cumhurbaşkanının etkisi altına girmesine ve Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru davalarında da yargısal pasifizme kaymasına yol açtı.

Aslında bu gelişme, çoğulcu demokrasiyi benimsememiş siyasal iktidarların gönlünde yatan bir hedeftir. Çünkü çoğulcu demokrasiyi kavramakta güçlük çekenlerin gözünden Anayasa Mahkemesi bir ayak bağıdır.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi’nin olmadığı yerde siyasal iktidar odağının ve onun liderinin vesayetinin başlaması da kaçınılmaz bir gerçektir.

2010 Anayasa Değişikliği’nde Anayasa Mahkemesi’nin oluşumu ile ilgili olarak 1982 Anayasası’nın cumhurbaşkanı odaklı seçme yöntemi, daha da genişletilerek korunmuştu. Doğrusu aranırsa 2017 Anayasa Değişikliği’nin bu alana doğrudan getirdiği önemli bir değişiklikten söz edilemez. Bu değişiklikte, Askerî Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin kaldırılmış olmasına koşut olarak Anayasa Mahkemesi üye sayısı 17’den 15’e indirilmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu da –askeri yargı kontenjanından gelenlerin görev süresi sona erinceye kadar 12 yerine 10 üye ile toplanabilecektir (AY m. 149/1).³⁶

B. İşlev Değişikliğini Somutlaştıran Gelişmeler

Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz darbe girişiminin arkasından verdiği iki kararla, anayasal işlevini büyük ölçüde azaltmıştır. Bu işlev kaybını anlayabilmek için bu iki kararı daha yakından incelemek gerekir.

³⁶ Bu vesile ile Askeri Mahkemelerin asgari bir görev alanıyla (disiplin) sınırlandırıldığını, buna koşut olarak Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin kaldırıldığını da eklememiz gerekir.

1) Anayasa Mahkemesi'nin İki Üyesiyle İlgili Olarak Verdiği Karar³⁷

a) Öndeyiş

(1) Bu kararın eleştirisine geçmeden önce, bir noktanın altını çizmemiz gerekir. Anayasa Mahkemesi eski üyeleri Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın FETÖ Örgütüne mensup olup olmadıklarını bilemeyiz. Biz onları daha çok karşı oy yazılarından tanıyoruz. Bu karşı oyların önemli bir kısmı, oldukça nesnel gerekçeler içermekte olup, bunları belli bir görüşün hizmetinde kabul etmek bize mümkün görünmemektedir. Ama doğaldır ki anılan kişilerin FETÖ örgütüne mensup olmaları ve kimi karşı oyları örgütten gelen talimat üzerine kaleme aldıklarının kanıtlanması halinde, yazdıkları karşı oyların nesnel içerikleri onları sorumluluktan kurtarmaz. Darbe girişiminde bulunan FETÖ örgütüne ve mensuplarına hukukun öngördüğü yaptırımları uygulamak elbette gerekli ve zorunludur. Ama OHAL koşullarında da olsa, bu uygulamalar, hukuk içinde kalmalıdır. Aksi takdirde onlara yöneltilen işlemlerin, FETÖ darbeye başarıya ulaşmış olsaydı, yaşama geçireceği işlemlerden farkını açıklamak çok zor olur.

(2) Öte yandan anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığından kaynaklanan yetkileriyle ülkede anayasal bütünlüğü sağlama açısından bağlayıcı karar verme yetkisine sahip bir yüksek mahkeme üyeliğinin uluslararası hukukta gördüğü özel korumadan da ayrıca söz etmek gerekir. İçeriği ve konusu inceleme konumuz olan AYM kararından farklı olsa da, “**26 Haziran 2016 Tarihli Baka-Macaristan Büyük Daire Kararı**”nın anlam ve ilkelerinin en azından AYM üyeleri için öngörülmüş özel güvence normlarının uygulanması açısından gözönünde tutulması gerektiğini düşünüyorum.³⁸ Aradaki farktan söz etmek gerekirse BAKA'nın

³⁷ AYM 04.08.2016, E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/717f7c20-b696-4379-84f6-dfb568f8844a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).

Bu ve müteakip kararlar ilgili açıklamalar, Prof. Dr. Emrah Oder yönetiminde anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) kuramı ve uygulaması ile ilgili olarak hazırlanmış olan Web sitesi için verdiğim kısa makalenin genişletilmiş ve güncelleştirilmiş metnidir. Adı geçen Web sitesinin Ekim 2017 sonuna doğru faaliyete geçmiş bulunmaktadır.

³⁸ Kararın kısa bir analizi için bkz. Durmuş Tezcan, “Hâkim Güvenceleri Açısından 26 Haziran 2016 Tarihli Baka – Macaristan Büyük Daire Kararı İle İlgili Bazı

görevine yasa ile son verilmişken. TERCAN ve ALTAN, **667 sayılı KHK'ye** dayanılarak ihraç edilmişlerdir.

b) Kararın Gerekçeleri

Her iki üyenin meslekten çıkarılmasına ilişkin kararı bütün titizliğimizle okuduk. Kararda FETÖ'nün ne denli tehlikeli bir örgüt olduğu sayfalarca anlatılıyor, ama bu anlatılanlar arasında iki Anayasa Mahkemesi üyesinin bu örgütle ne gibi bir bağlantı içinde olduğuna dair hukuksal anlamda ciddi bir gerekçe yer almıyor. Mahkeme kararında açıklanan gerekçeler şöyle özetlenebilir:

■ Tedbirin uygulanması için, darbe teşebbüsüyle AYM üyeleri arasında bağ kurulması aranmamış; MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen “yapı”, “oluşum” veya “gruplar”la bağ kurulması yeterli görülmüştür (par.84).

■ Meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın, yapıya, oluşuma veya gruba “üyelik” veya “mensubiyet” şeklinde olması zorunlu olmayıp “iltisak” ya da “irtibat” şeklinde olması da yeterlidir (par.85).

■ Bu bağın “**sübut**” derecesinde ortaya konulması da aranmamış, Anayasa Mahkemesi genel kurulunca “değerlendirilmesi” yeterli görülmüştür. Bu da salt çoğunlukla oluşacak bir “kanaati” ifade etmektedir. Kuşkusuz bu kanaat cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak sadece meslekte kalmanın uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirmeden ibarettir (par.86).

■ Bunun için **belli bir tür delile dayanma zorunluluğu öngörülmemiş**, AYM Genel Kurulu'nun salt çoğunluğunun takdirine bırakılmıştır. Burada önemli olan belli bir **kanaate varılırken keyfilikten uzak durulmasıdır** (par.87).

Görülüyor ki Anayasa Mahkemesi, üyeleriyle ilgili kararını adeta **667 sayılı KHK'nin otomatik bir sonucu** olarak vermiştir. Ortada mahkeme olarak verilmiş bir yargı kararının asgari unsurlarını göremiyoruz. Aksine bu karar, Anayasa Mahkemesi Genel Kurul üyelerinden her birinin sübjektif kanaatinin toplamından ibarettir. Kararda “**keyfilikten uzak**” durulduğuna işaret eden bir gerekçe bile yer almamaktadır. Aksine kararda, “... anılan yapı ile ilgileri olduğuna dair sosyal çevre bilgisi”nden ve “**Anayasa Mahkemesi üyelerinin zaman içinde oluşan**

Gözlemler”: Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları'na Armağan – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Özel Sayı, 2016/4, s. 3687-3694.

ortak kanaatler”inden söz edilmektedir. Bu ifadelerin keyfilikten uzak duruşla bağdaşır bir yanı yoktur.

c) Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Güvenceleri

Oysa Anayasa Mahkemesi, kendi üyeleri hakkında meslekten çıkarma istemiyle ilgili bir kararı verirken, gerek yetki ve gerekse görev bakımından 667 sayılı KHK'nin varsayımlarından önce, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un amir hükümlerine bakmalıydı. Bunların ayrıntılarına girmek bu makalenin konusunu aşar. Ancak bazılarını işaret etmek de konunun daha iyi aydınlatılması için zorunludur.

■ *“Başkanlık ve üyeli(ğın) ... hâkimlik ve savcılık mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı kesin hüküm giyilmesi ... hâlinde Mahkeme üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararıyla ... sona”* ereceğini belirten kural (6216 s. Yasa m.13/3).

■ Burada özellikle vurgulamak gerekir ki bu **kuralın kaynağı Anayasa'nın 147/2. maddesidir**: *“Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.”*

■ *“Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ... için soruşturma açılması”*nı genel kurul kararına bağlı kılan kural (6216 s. Yasa m. 16/1);

■ Soruşturma Kurulu'nun CMK'nun Cumhuriyet Savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olduğunu belirten kural (6216 s. Yasa m.16/5);

■ *“Soruşturma Kurulu ... kamu davası açılmasını gerekli görürse, düzenleyeceği iddianameyi ve dosyayı görevleriyle ilgili suçlarda Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesine, kişisel suçlarda ise Yargıtay Ceza Genel Kuruluna tevdi olunmak üzere Başkanlığa”* göndereceğine ilişkin kural (6216 s. Yasa m.17/5).

Bütün bu kurallar, Anayasa Mahkemesi üyelerinin bağımsızlığını sağlamak üzere getirilmiş güvence normlarıdır. Milletvekilleri bakımından bu kuralların karşılığı yasama dokunulmazlığıdır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki hükümlere göre hareket etseydi, üyelerinin yargılanması sonuçta belki yine genel hükümlere göre yürütü-

lebilecekti. Ama o zaman Mahkeme, en azından anayasal konumuna yaraşır bir davranış içinde olurdu.

Öte yandan meslekten çıkarma bir tedbir değil, yukarıdaki hükümlere göre ağır bir ceza yaptırımıdır. Unutmamak gerekir ki “**masumiyet karinesi**”, Anayasa’nın 15/2. maddesi gereği savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde de geçerlidir.³⁹

Kaldı ki meslekten çıkarma kararının, 667 sayılı KHK’nin 3. maddesinin “sözde” “ipso iure” bir sonucu olarak değerlendirilebileceği de kuşkuludur. Bu maddenin Anayasa’ya uygun yorumu, meslekten çıkarma yetkisinin ancak Anayasa’ya ve mahkemenin kendi özel yasasına uygun olarak kullanılabilmesini gerektirir. Aksi takdirde Anayasa’nın olağanüstü hallerde dahi koruduğu “masumiyet karinesi” (AY m.15/2), bu kuralın önde gelen koruyucusu olması gereken Anayasa Mahkemesi tarafından çiğnenmiş olur.

d) Kararın Çağrıştırdığı Sorunlar

Anayasa Mahkemesi’nin iki üyesi ile ilgili ihraç kararının gerekçeleri, ileride OHAL KHK’lerinin mağduru olarak anayasa şikâyeti yoluyla hak arayacak olan kişilere de fazla bir umut ışığı yakmamaktadır. Kamu Hukukçuları Platformunun V. Toplantısına sunduğum bildiride Anayasa Mahkemesi’nin iki yıllık anayasa şikâyeti uygulamasının, özellikle soyut norm denetimi ile karşılaştırıldığında, beklenenin çok üstünde bir başarıyı yansıttığını belirtmiş ve sözlerimi, “*Bu gidişin daha da hızlanarak devam etmesi yürekten dileğimizdir.*” cümlesiyle tamamlamıştım.⁴⁰

Ne yazık ki bu dileğimiz, kararın yukarıda açıklanan zaafı karşısında gerçekleşmesi kuşkuyla bir aşamaya gelmiş bulunuyor.

e) Kararın Yeni Uzantıları: Alparıslan Altan ve Erdal Tercan’ın Bireysel Başvurularına İlişkin AYM Kararları Üzerine Notlar

Yukarıda ulaştığımız ara sonucu doğrulamak üzere, tamamlayıcı bir gelişmeden, Anayasa Mahkemesi’nin, Alparıslan Altan’ın ve Erdal Tercan’ın başvuruları üzerine bu yıl verdiği iki karardan da söz etmek

³⁹ AY m. 15/2: “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, ... suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz.”

⁴⁰ Ayrıntılar için bkz. Kamu Hukukçuları Platformu, V. Toplantı: Fazıl Sağlam, Toplantı Konusunun Tanıtımı: “Anayasa Mahkemesini Bireysel Başvuru, Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması” TBB Yayını, Ankara 2017.

gerekir.⁴¹ Bu iki kararın ayrıntılı bir çözümlemesine girmeyeceğiz. Yalnızca yukarıda incelenen 04.08.2016, E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12 sayılı kararla bağlantı içinde olan yönleri üzerinde duracağız.

aa) Tespitler

(1) Önce şunun altını çizelim: Anayasa Mahkemesi, iki üyesinin meslektan çıkarılmasıyla ilgili kararında -araştırma bir yana- değinmeye bile gerek görmediği bilgi ve belge ve kanıtlara Alparslan Altan ve Erdal Tercan kararlarında geniş ölçüde yer vermektedir. Ama bunların hiçbiri Mahkemenin kendi Yasasına göre yapmakla yükümlü olduğu araştırma, soruşturma ve değerlendirmenin ürünü değildir. Oysa Mahkeme'den beklenen, yukarıda özetlenen özel yargılama usulüne uyarak bu tür bilgi, belge ve kanıtlara ulaşması ve bunların icabına göre bir karar vermesiydi. Mahkeme bunu yapacak yerde sulh ceza mahkemeleri ile fezlekelerin söylediklerini nakletmekle yetinmektedir. Üstelik bunu yaparken, sanki bir seyirci rolüne geçmekte ve yaptığı aktarmalara ilişkin kendi görüşünü örtülü tutmaya olabildiğince çaba göstermektedir. Bunun için başvurduğu formül de dikkat çekicidir. Bu formülü birkaç örnekle somutlaştıralım:

“... söz konusu suçun kişisel suç olarak nitelendirilmesinin **temelsiz ve keyfî bir yaklaşım olduğu söylenemez.** ... Alparslan Altan Kararı par: 123).

“... suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin **olgusal ve hukuki temelden yoksun ve keyfî olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir.** (Alparslan Altan Kararı par:128)

“... Bir suçun niteliğinin (kişisel suç mu, görev suçu mu olduğu) belirlenmesi soruşturma ve kovuşturma süreçlerini yürüten adli mercilere aittir. ... Hukuk kurallarının yorumlanmasında **-Anayasa'ya bariz şekilde aykırı olarak- keyfilik bulunması, bunun temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet vermesi hâli dışında** suçun niteliğinin belirlenmesine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır ... söz konusu suçun kişisel suç olarak nite-

⁴¹ AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15586: RG 19.01.2018 – 30306 (Alparslan Altan Kararı); AYM 12.04.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15637: RG: 22.05.2018 – 30428 (Erdal Tercan Kararı).

lendirilmesinin temelsiz ve keyfî bir yaklaşım olduğu söylenemez (“Erdal Tercan Kararı, par.140)

“ ... başvurucuya isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçu yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin **olgusal ve hukuki temelden yoksun ve keyfî olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir**” (Erdal Tercan Kararı, par. 145)

(2) Görülüyor ki bütün bu formüller, Mahkeme'nin kendi değerlendirmesi olmayıp. C. Savcıların, Sulh Ceza ve/veya Ağır Ceza Yargıçlarının sanık AYM üyeleriyle ilgili değerlendirmeleridir. Temel dayanağı da AYM'nin bu konularda kendisini yetkili görmemesidir. Oysa 6212 sayılı AYMKYUK'nun 16, 17. maddelerine uyarınca -ilgili maddelerde yer alan istisnaların tespiti de dahil olmak üzere- bu konularda doğrudan yetkili ve görevli olan mahkeme AYM'dir. Aksi takdirde o maddelerde yer alan güvence kurallarının hiçbir anlamı kalmaz. Şu halde AYM derece mahkemelerinden naklettiği değerlendirmeleri önce kendisinin yapması ve gerektiğinde genel hükümlere göre soruşturma ve kovuşturma yapılmak üzere dosyayı yetkili ve görevli makamlara havale etmesi gerekirdi. O zaman aynı sonuç hasıl olsa bile öncelikle doğru yargılamanın güzel bir örneği verilmiş olurdu. Üstünlüğü ve bağlayıcılığı Anayasa'dan kaynaklanan, üst hukuk normlarını nihai olarak yorumlama yetkisine sahip bir yüksek mahkemenin böyle bir seyirci görünüm sergilemesi, uğradığı işlev kaybının hazin bir görüntüsüdür. Bu ayırımın zorunlu olarak bağlı olduğu niteliksel değerlendirme farklılıkları üzerinde birazdan durulacaktır.

(3) 6216 sayılı Kanununun 16 ve 17. maddelerinde yer alan istisnalar üzerinde ayrıca ve daha ayrıntılı durmakta yarar vardır. Gerek Alparslan Altan ve gerekse Erdal Tercan'la ilgili kararda, Mahkeme olaya yabancı kalışını, 6216 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddelerinde yer alan istisnaya dayanmak suretiyle haklı çıkarmaya çalışmaktadır: Gerçekten de 16/1 maddeye göre “*Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.*”⁴² Bu kuralın istisnai ni-

⁴² 17/1. Maddede de aynı istisnalara yer verilmiştir: Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Başkan

teligi 17. maddenin ilk fıkrasında çok daha açık bir biçimde vurgulanmıştır: “**Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere**, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Başkan ve üyeler hakkında koruma tedbirlerine ancak bu madde hükümlerine göre karar verilebilir.”

Bu düzenlemelerin açık anlamına göre, asıl olan AYM’nin yapacağı değerlendirmedir. Kendi üyelerinin suç teşkil ettiği ileri sürülen eylemlerinin 6216 sayılı AYMKYUK’nun ilgili maddelerinde belirtilen istisnaya girip girmediğine karar verme yetkisi de AYM’ne aittir. Eylemi istisna kapsamı içinde görürse, soruşturma ve kovuşturmanın genel hükümlere göre yürütülmesi için konuyu yetkili ve görevli yargıç ya da mahkemelere havale eder. Aksi takdirde **asıl yetkinin derece mahkemelerine ait olduğu** iddia edilmiş olur ki, böyle bir yaklaşım. 16 ve 17. madde ile getirilmiş bulunan güvence kurallarının işlevsiz bırakır. İşte AYM, bu konunun önemini ihmal etmiş olmanın bedelini, Şahin Alpay başvurusu ile verdiği bağlayıcı karara karşı Ağır Ceza Mahkemesi’nce direnilmiş olmasıyla oldukça ağır bir biçimde ödemek zorunda kalmıştır. Bu özel konuya birazdan dönecektir.

(4) AYM, başvuruçuların eylemlerinin “suçüstü hali” kapsamına nasıl girdiğini kendisi tarafından yapılacak bir değerlendirme sonunda açıklaması gerekirken, bu konuya yabancı kalışını da şöyle açıklamaktadır:

ve üyeler hakkında koruma tedbirlerine ancak bu madde hükümlerine göre karar verilebilir.”/(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. İddianame hazırlanması hâlinde kovuşturma (Değişik ibare: KHK/680 - 2.1.2017/m.15) “Yargıtay ilgili ceza dairesince” yapılır./ (3) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli dışındaki görevden doğan veya görev sırasında işlendiği iddia edilen suçlar ile kişisel suçlarda Soruşturma Kurulu, soruşturma sırasında 5271 sayılı Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan koruma tedbirlerinin alınması talebinde bulunursa, Genel Kurulca bu konuda karar verilir./ (4) Soruşturma Kurulu soruşturmayı tamamladıktan sonra kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. Kurul, kamu davası açılmasını gerekli görürse düzenleyeceği iddianameyi ve dosyayı görevleriyle ilgili suçlarda Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesine, kişisel suçlarda ise (Değişik ibare: KHK/680 - 2.1.2017/m.15) “Yargıtay ilgili ceza dairesine” tevdi olunmak üzere Başkanlığa gönderir. Soruşturma Kurulunun vereceği kararlar şüpheliye ve varsa şikâyetçiye tebliğ olunur. (Maddedeki kalın harfli vurgular tarafımdan yapılmıştır).

“...ağır cezalı suçüstü hâlinin ise somut olayda söz konusu olmadığı yönündeki itirazlar; tutuklamaya karar veren Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından **isnat edilen silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu ve olayda suçüstü hâlinin bulunduğu**, bu itibarla başvuru hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere tabi olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir.” (Alparslan Altan kararı par.120).

Anayasa Mahkemesi aynı yorumu, bu kez fezlekeye dayanarak sürdürmekte,⁴³ ama daha sonra bu yaklaşımını şöyle açıklamaktadır:

“*Hukuk kurallarının yorumlanmasında -Anayasa'ya bariz şekilde aykırı olarak- keyfîlik bulunması ve bunun temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet vermesi hâli dışında suçun niteliğinin belirlenmesine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Başvuru hakkındaki tutukluluğa ilişkin belgeler başta olmak üzere soruşturma dosyasında yer alan tespit ve değerlendirmeler karşısında söz konusu suçun kişisel suç olarak nitelendirilmesinin **temelsiz ve keyfî bir yaklaşım olduğu söylenemez (123)**”*

Buna bağlı olarak Mahkeme “Yargıtay’ın yerleşik uygulaması”na atıfta bulunarak **silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğunu**, dolayısıyla **suçüstü kapsamında** değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (125, 126). Gördüğümüz kadarıyla Yargıtay’a atfen verilen örnekler, yüksek yargı mensuplarına ilişkin güvence normları açısından darbe teşebbüsünden sonraki kararlara ilişkindir. Hatta bunlardan biri, “olumsuz görev uyuşmazlığı” sonunda, yani ağır ceza mahkemesinin güvence kurallarına dayanarak verdiği görevsizlik kararı sonunda verilmiştir⁴⁴. Ancak Yargıtay kararları kendi yasasının ya da Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun öngördüğü güvence kuralları kapsamında verilmiş kararlar olup, Anayasa Mahkemesi üyeliği için getirilmiş güvencelerle doğrudan ilgili değildir.

⁴³ Bkz. Alparslan Altan kararı paragraf: 121, 122.

⁴⁴ “İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davada bu Mahkeme ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesine ilişkin kararında, anılan suçun temadi eden suçlardan olduğunu belirtmiş ve isnat edilen suçların kişisel suç olduğuna da değinerek Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir.” (Bkz. Alparslan Altan kararı paragraf 126).

(5) AYM, Alparslar Altan kararında bu konuya ilişkin gerekçelerini yeterince inandırıcı bulmamış olmalı ki bu eksikliği, Erdal Tercan kararında Yargıtay kararlarına daha geniş ölçüde yer vererek gidermeye çalışmıştır (Bkz paragraf 71-74). Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-997, K.2017/404 sayılı ilamının referans gösterilmesi, özellikle bu açığı kapatma amacına yönelik olduğu izlenimini uyandırmaktadır: Bu kararda yer alan bir vurgu konumuz bakımından da önem taşımaktadır: “... *ana kural, soruşturma işlemlerinin yürütülmesi ve kovuşturma makamlarının belirlenmesi açısından genel hükümlerin uygulanması olup, bu husustaki özel hükümler ise; failin sıfatı ve/veya suçun niteliğine bağlı olarak, belirli ilkeler doğrultusunda ve mevzuatta açıkça belirtilen istisnai hallerde uygulanmaktadır.*”

Hemen belirtelim ki yukarıda yapılan alıntı da dahil olmak üzere 71 ve 74 No.lu paragraflarda yer verilen kararların, AYM başkan ve üyeleri için yasanın öngördüğü özel güvence normlarıyla bir ilgisi yoktur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun konusu olan dava, **Hakimler ve Savcılar Kanunu**’nun kapsamı içinde kalan kişilerle ilgilidir. Başka bir deyişle adı geçen dava Yargıtay Başkan ve üyeleriyle ilgili değildir. Bu nedenle yukarıdaki alıntıda “*ana kuralın, soruşturma işlemlerinin yürütülmesi ve kovuşturma makamlarının belirlenmesi açısından genel hükümlerin uygulanması olduğu*” yönündeki açıklamanın AYM başkan ve üyeleri için öngörülmuş olan güvence normlarıyla hiçbir bir ilgisi yoktur. Anayasa Mahkemesi, **Hakimler ve Savcılar Kanunu** ile ilgili bir konuyu referans gösterecek yerde kendi kuruluş kanununun 16 ve 17. maddelerini dikkatle okusaydı, hangi kuralın asıl ve hangi kuralın istisna olduğu konusunda herhangi bir kuşkuyla kapılmazdı. Ayrıca bu ayrımları tespit ve gereğine göre karar verme yetkisinin de kendisine ait olduğunu görürdü.

(6) Bir başka sorun daha var. Bu sorun, şimdiye kadar yaptığımız açıklamaların çok daha önemli bir boyutunu ilgilendiriyor. Zira yukarıdaki açıklamalar, 6216 sayılı Yasa’nın 16 ve 17. maddeleriyle getirilen güvencelerle bağlantılı, yani yasa düzeyinde yapılmış açıklamalardır. Anayasa Mahkemesi’nin kendi iki üyesinin meslekten çıkarılmasıyla ilgili kararı ise, aynı zamanda Anayasa’da açıkça yer almış bir güvenceyle doğrudan ilgilidir: Yukarıda da değindiğimiz gibi, Anayasa’nın 147/2. maddesine göre “*Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı*

hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.

Buradaki güvence, doğrudan Anayasa'nın getirdiği bir güvencedir. Buna karşılık 6216 sayılı Yasanın 16 ve 17. maddelerinde yer alan güvenceler, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin (AY m. 138 ve 139) Anayasa Mahkemesi üyelerine uyarlanmış bir kesittir. Şu halde Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetki alanı ile derece mahkemelerinin yetki alanını belirlemek amacıyla dile getirdiği “*kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır*” cümlesi anayasal güvenceler için geçerli değildir. Bu nedenle Alparslan Altan ve Erdal Tercan kararında meslekten çıkarma ile ilgili saptamaların öncelikle bu bakış açısıyla değerlendirilmesi zorunludur. Ayrıca Mahkeme üyelerinin anayasanın öngördüğü nedenler dışında görevlerine son verilmesi açısından AIHM'nin BAKA kararını⁴⁵ da gözönünde tutmak isabetli olurdu. Ne var ki Mahkeme, bu konuyu sadece dava yollarının tüketilmemiş olması açısından ele almıştır. Mahkemeye göre, “*685 sayılı KHK'da, 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilenlerin kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya dava açabilecekleri ve bu kişilerden daha önce dava açmış olanların idare mahkemelerinde derdest olan veya karar verilen dosyalarının Danıştaya gönderileceği hükme bağlanmıştır*” (Alparslan Altan Kararı par.173). Mahkeme buna dayarıdak 685 sayılı KHK ile belirginleştirilen dava yolunun başvuru durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz, etkili bir yargı yolu olduğu belirterek, bu başvuru yolu tüketilmeden başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincillik niteliği" ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşmaktadır. (Alparslan Altan Kararı par. 175).

Kararın bu bölümünü okuduktan sonra tam bir şaşkınlık geçirdiğimi belirtmek zorundayım. Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir kanıtı gerek görmeksizin sosyal çevre bilgileriyle zaten ulaştığı bir

⁴⁵ AIHM'nin 26 Haziran 2016 Tarihli Baka – Macaristan Büyük Daire Kararı. Bu kararda başvuranın eski yüksek mahkeme başkanlığının, süresinin bitiminden üç buçuk yıl önce sona erdirilmesinin, davalı devletin yargı bağımsızlığını koruma göreviyle bağdaşmadığı belirtilmiştir (par.172).

sonuç, dava yollarını tüketecek “etkili” bir yol olmak üzere Danıştay’a gönderilecek ve oradan Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararı düzeltecek bir karar beklenecek. Şaka gibi. Bu mantığın Anayasa’nın Anayasa Mahkemesi’ne verdiği işlevle bağdaşır bir yönü yoktur. Bu yolun etkili bir yol olduğunu belirtmek, - kendi işlev ve varlığını yadsımak istemiyorsa- Anayasa Mahkemesi’nin aklına bile getirmemesi gereken bir çözümdür.

bb) Sorular

Bu tespitlerin arkasından şu sorular gündeme gelmektedir:

■ Yukarıdaki tespitlerin tümü Anayasa Mahkemesi’nin Alparslan Altan ve Erdal Tercan kararından aktarılmıştır. Bunlardan hiçbirisi Anayasa Mahkemesi’nin kendi üyelerinin meslekten ihracı ile ilgili kararında yer almamaktadır. Buna makul bir açıklama bulmak mümkün müdür? Meslekten ihraç kararında 6216 sayılı Yasa’da yer alan güvence kurallarının adı bile geçmiyor ki istisnalarından söz edilmiş olsun. “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halî*” ya da “*silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu*”na ilişkin Yargıtay kararlarına o kararda hiç yer verilmemiş. Yer verilmiş olsaydı, en azından aşağıda bir alt soru grubunda değineceğimiz başka soruları gündeme getirmemiz mümkün olacaktı.

■ “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halî*”, **anayasal ve/veya yasal güvencelerin istisnasını** oluşturan bir kural değil midir? Genel hukuk öğretisine göre **istisna kurallarının dar yorumlanması gerekmez mi?** Hele bu genel kural çok daha özgül bir alanla ilgiliyse, başka bir deyişle özgürlüklerin korunmasında belirleyici role sahip “*yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi*”nin somutlaşmış bir ifadesi olarak 6218 sayılı Yasanın güvence normlarıyla doğrudan ilgiliyse, burada “*in dubio pro libertate*” kuralının uygulanması gerekmez mi? **Yargıtay’ın gönderme yapılan ve yerleşmiş olarak nitelenen içtihadında geliştirilen yorum, “suçüstü” kavramının bir çeşit genişletilmesi değil midir?**

■ Bu bağlamda altını çizmekten kendimizi alamıyoruz: Keşke Anayasa Mahkemesi de Yargıtay içtihadını kendi üyeleri ile bağlantılı olarak değerlendirmeye tâbi tutsaydı. O zaman şu soru gündeme gelecekti: Suçüstü halini 667 sayılı KHK’de olduğu gibi “**terör örgütüyle irtibatlı veya iltisaklı olma**” olgusuna kadar yaymak, anayasaya uygun yorum yöntemiyle bağdaştırılabilir mi? Bu konuda, anayasaya

uygunluk konusunda son ve bağlayıcı sözü söylemek Anayasa Mahkemesi'nin görev ve işlevi içinde değil mi?

■ Son bir soru zinciri: “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali*”, **anayasal ve/veya yasal güvencelerin bir istisnası ise**, bu istisnayı “terör örgütüyle irtibatlı veya iltisaklı olma” olgusuna kadar yaymanın, istisnayı kural haline getirmekten ne farkı var?

■ Benzer bir istisna Anayasa'nın 83/2. maddesinde de yer alıyor: “*Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır.*” O zaman Anayasa, “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*” ile “*seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” arasında neden bir ayırım yapma ihtiyacını hissetti? Buna doğrudan bağlı bir başka soru: “Yargıtay'ın yerleşik uygulaması”na atfen, “**silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu**, dolayısıyla **suçüstü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği**” görüşü, milletvekili dokunulmazlığı açısından da geçerli ise, o zaman HDP milletvekillerinin dokunulmazlıklarını etkisizleştirmek için yapılan anayasa değişikliğine ne gerek vardı?

cc) Bu Bölüme İlişkin Ara Sonuçlar:

(1) Yukarıda gündeme gelen sorular, Anayasa Mahkemesi'nin işlevindeki düşüşün çağrıştırdığı sorulardır. Bunlar en az FETÖ örgütü ile siyasal ve hukuksal yönden mücadelenin zorunlu olması kadar önemli sorulardır. Bunlara kayıtsız kalan bir Anayasa Mahkemesi, FETÖ örgütü ile siyasal ve hukuksal mücadeleye olumlu bir katkıda bulunmuş olmaz. Çünkü bu mücadele, hukuk devleti ilkelerine bağlı kalındığı ölçüde güçlü olur.

(2) Adil yargılanma, herkesin hakkıdır. Hatta bir suçlunun, daha çarpıcı bir örnekle bir teröristin ya da darbe girişimcisinin bu hakka olan gereksinimi, normal vatandaşın çok daha fazladır. Çünkü bu hak, onlara karşı duyulan tepkinin yargısız bir infaza dönüşmesini, yasada onlar için öngörülen cezanın aşılmasını önler, dolayısıyla hukuk devleti sınırları içinde kalınmasını sağlar.

(3) AYM, kendi üyeleriyle ilgili suçlamalarda Anayasa'nın ve kendi yasasının sağladığı ek güvenceleri bir sulh ceza yargıcının gözüyle

değil kendi yorumu ile değerlendirmek zorundadır. Kendi yasasının ilgili maddeleri bunu emretmektedir: “*Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır*”. (6216 s. Yasa m. 16/1). Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda incelenen kararlarında bu kurala tam anlamıyla yabancı kalmıştır.

(4) İsnat edilen suçun “*ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri*”nden olması durumunda da bu niteliğin AYM’nce belirlenmesi gerekir. Çünkü, adil yargılanma hakkının ihlâl edilip edilmediği konusunda son ve bağlayıcı kararı verme yetkisi AYM’ne aittir.

(5) “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri*” ile ilgili uygulama, kuralın istisnai niteliği gözardı edilerek” -mütemadi suçlar açısından tutuklamanın önkoşulu olarak gösterilen “*suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler*” unsuruna indirgenmiş bulunmaktadır. Bu yorum tarzı, istisna olarak konulmuş bir kuralının genişletici bir yoruma tabi tutulması demektir. Üstelik böyle bir yaklaşım, sözel yorum sınırlarını da aşar. Çünkü, suçüstü kavramı bakımından işlenmekte olan suç, **işlendiği görülen, gözlemlenen** suçtur. Bu tanım, mütemadi suç bakımından da geçerlidir. Bu nedenle **mütemadi suçlarda suçüstü kavramını, tutuklamanın ön koşulu ile özdeş kılmak mümkün değildir.**

(6) Kaldı ki mütemadi suç yönünden yüksek yargıçları da kapsayan bir “*yerleşik*” içtihattan söz etmek de doğru olmaz. Örneğin şimdiki Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cerit, İlhan Cihaner aleyhine açılan kamu davasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 28/09.2010 gün ve 2010/YYB-162 Esas ve 2010/179 sayılı kararına karşı kaleme aldığı karşı oy yazısında şu gerekçeye de yer vermiştir: “... *sanığa atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçunun mütemadi bir suç olması, örgütten çekilme, teslim olma veya yakalanma gibi fiili bir nedenle ya da iddianame düzenleme gibi hukuki bir nedenle temadinin kesilmesine kadar suçun devam etmesi sebebiyle Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik uygulamasında da açıklandığı gibi suç tarihi hukuki ve fiilî kesintinin olduğu tarihtir. Gözaltına alındığı ana kadar silahlı terör örgütüne üye olmayı sürdürdüğü ve yakalandığı anda örgüte üye olma suçunu işlediği iddia edilen sanığın yakalanmasının CMK’nun 2/j-1 maddesindeki “işlenmekte olan suç” kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle suçüstü hükümlerine göre genel usulün uygulanması gerekmektedir.*”

Oysa Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu gerekçeye itibar etmemiş ve dosyanın, yüksek görevli mahkeme olarak Yargıtay 11. Ceza Dairesine gönderilmesine karar vermiştir⁴⁶. Bu örnek, “yerleşik” olduğu söylenen bir içtihadın, yüksek yargıçların anayasal ve yasal güvenceleri yönünden taşıdığı zaafı göstermesi bakımından önemlidir.

2) AYM'nin OHAL KHK'lerle İlgili İctihadından Dönmesi

Anayasa'nın 148/1. maddesinin son cümlesine göre, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin (OHAL KHK) Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmek mümkün değildir. Bu kural bugün de yürürlüktedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, yakın zamana kadar süregelen içtihadıyla bu yasağı olabildiğince dar yorumlamayı başarabilmişti. Bu içtihadın ana gerekçesi şöyleydi:

*“121. maddesinin öngördüğü KHK'ler yalnızca, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü hal bölgesinde uygulanmak üzere ve **olağanüstü halin gerekli kaldığı** konularda düzenlemeler yapan KHK'lerdir. Ancak, bu koşulları taşıyan KHK kurallarına karşı... Anayasa'ya aykırılık savı ile dava açılmaz. KHK ile yürürlüğe konulan kural, olağanüstü halin gerekli kaldığı konuya ilişkin olsa bile başka bir zamanda veya başka bir yerde olağanüstü hal ilân edilmesi durumunda yürürlüğe girebiliyorsa, ... olağanüstü hal KHK kuralı sayılamazlar. **Olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde görülmeyen kurallar ise Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamına girerler.**”⁴⁷*

İşte Anayasa Mahkemesi, bu gerekçeyi OHAL KHK'ların belli hükümleri üzerinde somutlaştırarak, bunlardan **olağanüstü halin süresini ve bölgesini aşan ya da yasalarda değişiklik yapan hükümleri iptal** etmiştir.⁴⁸

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz Darbe girişiminden sonra çıkarılan OHAL KHK'ları ile ilgili yeni kararlarında bu içtihadından dönmüş bulunmaktadır.⁴⁹ Bir mahkemenin zaman içinde görüş değiştir-

⁴⁶ Bu karara dikkatimi çeken ve karar metnini bana veren Av. Turgut Kazan'a teşekkür borçluyum.

⁴⁷ AYM 10.1.1991, E.90/25, K.91/1: AYMKD 27/1, s. 105.

⁴⁸ AYM 10.1.1991, E.90/25, K.91/1: AYMKD 27/1, s. 107; ayrıca bkz. aynı dergi, s.402-405.

⁴⁹ Bkz. AYM, 12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159: RG 04.11.2016 - 29878.

mesinde ilke olarak yadırganacak bir husus yoktur. Öğreti için de aynı şey geçerlidir. Ancak bu değişim, **normun yapısal özellikleri ve hukuk metodününün denetleyici işleviyle haklı kılınmış**, ikna edici bir gerekçeye dayanmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yeni kararları, ne yazık ki bu nitelik ve özelliklere sahip değildir.

Bu bağlamda Mahkeme'nin gözden kaçırdığı önemli bir özelliğe öncelikle işaret etmek gerekir. 148/1. maddede öngörülen denetim yasağı, Anayasa Mahkemesi'nin KHK'ler üzerindeki **genel denetim yetkisine getirilmiş bir istisnadır. Buna göre istisna kurallarının dar yorumlanması gerekir. Bu tür kurallarda genişletici yorum yapmak her şeyden önce sözel yorum ilkesine aykırıdır.** Çünkü gerçek anlamda bir sözel yorum, OHAL KHK'lerinde denetim yasağı öngören kuralın kendi **geçerlilik alanını tespitle** başlar.

Anayasa Mahkemesi'nin bu karardaki ana gerekçesi **genetik**⁵⁰ yorumla belirlenmiştir. Oysa "**sözel, genetik, sistematik ve amaçsal yorum**"dan oluşan **klasik yorum yöntemleri bir bütündür.** Aralarında hiyerarşik bir üstünlük yoktur.⁵¹ Mahkeme'nin yorumu ise, **yasama sürecinde dile getirilen subjektif görüşlerin dışına çıkamamış** ve sözel yorumu da yalnızca bu çerçevede gerekçesine almıştır. **Anayasanın aynı derecede bağlayıcı ve üstün olan başka kurallarını ise adeta yok saymıştır.** Oysa bu kurallara bakılmadan yapılacak bir sözel yorum bile yarım kalır. Nitekim yarım kalmıştır. Şöyle ki:

Denetim yasağının konusunu oluşturan kurallara göre (AY m. 121/3, m. 122/2) cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, **ancak olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda** KHK çıkarma yetkisine sahiptir. Görülüyor ki denetim yasağı, önce **konu bakımından sınırlı bir alana** yöneliktir. Bu sınırın aşıldığı yerde Anayasa Mahkemesi'nin KHK üzerindeki genel denetim yetkisi geri döner.

Gerekçede **sistematik yoruma hiç başvurulmamış**, amaçsal yorum ise **ilgili kuralların objektif anlamlarına değil, yasa sürecindeki görüş açıklamalarına** dayandırılmıştır. Bunun adı amaçsal yorum değil,

⁵⁰ "Belli bir hukuk kuralının oluşumu sırasında geçirdiği aşamalarla yasa koyucunun öznel (subjektif) iradesini araştıran yorum yöntemine genetik yorum diyoruz.": Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, YDÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2013, s. 46.

⁵¹ Aynı yer s. 46 vd.

genetik yorumdur. Ayrıca Anayasa'nın yine OHAL'le ilgili 15. maddesine bakılmadan denetim yasağının kapsamını belirlemek mümkün değildir. Olağanüstü yönetim usulleriyle bağlantılı olarak şöyle diyor 15. madde: “*temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” (AY m.15/1). Ama aynı madde bu tür tedbirlerin sınırlarını da gösteriyor:

■ Alınacak tedbirler “*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl etmeyecek*” ve “*durumun gerektirdiği ölçü*” içinde kalacak.

■ Daha da önemlisi, OHAL KHK çıkarma yetkisinin, **yorum** yer bırakmayacak kesinlikte bir alanla sınırlanmış olmasıdır. Öğretilen bu alanı temel hak ve özgürlüklerin sert çekirdeği olarak adlandırıyoruz. 15/2. madde, OHAL rejiminde dahi dokunulamayacak alanları şöyle tanımlıyor: “... *savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*”

Anayasa'nın 148/1. maddesinde öngörülen denetim yasağı, Anayasa Mahkemesi ve diğer devlet organları için ne denli bağlayıcı ise, Anayasa'nın 15. ve 121. maddelerinde belirlenmiş olan sınırlar da aynı derecede bağlayıcıdır. Anayasa Mahkemesi bunlar arasında bir tercih yapamaz. Arada bir çelişki görüyorsa, o zaman yapması gereken şey, her üç madde arasında **her birinde azami hukuksal etki bırakacak şekilde pratik uyum** ilkesini uygulamaktır.

Görülüyor ki Anayasa Mahkemesi'nin yeni içtihadı, sonuçta düzenleyici işlem olarak hiçbir denetimi olmayan bir OHAL KHK rejimi yaratmıştır. Oysa 15 ve 121. maddelerle belirlenen sınırlı alan yalnızca somut birel işlemlerde değil, düzenleyici işlemlerde de geçerlidir.

C. OHAL KHK'larının Uygulandıkları Somut Olayda Denetlenebilmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi İlke Kararı

Ancak hemen belirtelim ki Anayasa Mahkemesi'nin yeni içtihadı, bu kararnamelerin yarattığı hak ihlallerinin somut olay bazında anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) yoluyla denetlenmesine engel değildir. Nite-

kim Anayasa Mahkemesi de 2017 yılında verdiği yeni kararlardan birinde ilke olarak buna yetkili olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵² Bu karar bizde, bir çeşit **günah çıkarma** izlenimi uyandırmıştır. Mahkeme bu kararı ile OHAL KHK'larında düzenleyici işlem olarak gözdardı ettiği anayasal sınırların, bu kararnamelerin somut olayda uygulanmasına bağılı olarak dikkate alınacağını açıkça benimsemiş bulunuyor. Mahkemeye göre, olağanüstü hal rejiminde 15/1. maddeye göre temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınabilmesi şu koşulların gerçekleşmesine bağılıdır: Bu tedbirler,

■ 15. maddenin 2. fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunmamalı,

■ milletlerarası hukuktan doğan yükümlülöklere aykırı bulunmamalı ve

■ durumun gerektirdiğı ölçüyü aşmamalıdır (par. no: 186).

Bu temel üzerinde mahkeme, Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin koşulları şöyle özetlemektedir:

■ olağanüstü durumun bulunması ve ilan edilmesi (par. no:188 ve 189).

■ Tedbirin olağanüstü durumla bağılantılı olması: “... *tedbirin olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış olması yeterli olmayıp aynı zamanda olağanüstü durumun ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesiyle de ilgili olması gerekir*” (par. no:190). Böyle bir ilginin “*kurulamadığı durumlarda temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bir tedbir olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış olsa bile bu tedbire ilişkin başvurula-*

⁵² AYM 20.06.2017 Bireysel Başvuru No: 2016/22196: RG 30.06.2017 -30110. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı belirtilirken ... bu hâllerde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin bireysel başvuruya konu edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Anayasa'nın diğer maddelerinde de böyle bir hüküm yer almamıştır. Bu bağlamda olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu buna ek protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğı iddiasıyla yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesinin inceleme yetkisi bulunmaktadır” (Anılan karar Kenar No 180, 181).

rın incelenmesinde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda denetimin Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.”

■ Bu konuda “*kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir yetkisinin aşılmış aşılmadığı hususunda nihai değerlendirme Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır*” (par. no:191).

Bu koşullar uyarınca Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak incelemenin kapsamı ise kararda şöyle belirlenmektedir:

1) Anayasa'da Öngörülen Güvencelere Aykırı Tedbir Olup Olmadığı

■ Bu açıdan “*yapılacak incelemede tedbirin Anayasa'nın 15. maddesi dışındaki maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olmadığı tespit edilirse doğal olarak ayrıca Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütler yönünden bir inceleme yapılmayacak ve müdahalenin bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmediği sonucuna varılacaktır*” (par. no:194).

■ müdahalenin Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan ölçütlerden birine ya da birden fazlasına aykırı olduğu anlaşılırsa bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüğün ihlâl edildiğine karar verilecektir (par. no:195).

2) Güvencelere Aykırı Tedbirin Olağanüstü Dönemde Meşru Olup Olmadığı

■ Anayasa'daki Çekirdek Haklarla İlgili Olup Olmadığı: Anayasa'da yer alan güvencelere aykırı tedbir, anılan çekirdek haklarla ilgiliyse Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru kabul edilmez ve başka bir inceleme yapılmaksızın ilgili hak ve özgürlüğün ihlâl edildiği sonucuna varılır.

■ Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülüklerle Aykırı Olup Olmadığı: Bu yükümlülüklerin başında taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir. Ancak insan haklarına ilişkin önemli sözleşmelerde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı, Anayasa'nın 15/2. maddesinde yer almış olsa da kimi sözleşmelerde bunlara ek olarak dokunulmaz sert çekirdek niteliğinde başka temel hak ve özgürlüklere de yer verilmiştir. Örneğin ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana gelse de hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez ve kesin bir hü-

kümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ayrıca bu dönemde de herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin "ırk", "renk", "cinsiyet", "dil", "din", "toplumsal köken" gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir (par. no:198, 199, 200). Dolayısıyla bunlar **Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer alması da** anılan hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez (par. no:201).

3) Durumun Gerektirdiği Ölçüde Olup Olmadığı

■ Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçülülük, olağanüstü yönetim usullerinin uygulanmasına neden olan durum karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Bu itibarla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlüklere daha fazla müdahale etmeye izin vermektedir (par. no: 203).⁵³

■ Ölçülülüğün unsurlarının tespitinde tedbirin alındığı **dönemin tüm koşulları, hak ve özgürlüğün niteliği, tedbirin alındığı zaman, tedbirin süresi, kapsamı ve ağırlığı**, bir arada değerlendirilmeli (par. no: 205,206, 207, 208), temel hak ve özgürlüklere yönelik ölçüsüz veya keyfî müdahaleler karşısında bireylere, bunlara karşı koyabilecekleri usule ilişkin güvencelerin sağlanmalıdır. Bireylerin bu güvencelerden önemli ölçüde yoksun bırakılmaları ölçülülük ilkesiyle bağdaşmaz (par. no:209).

■ Bu hususlarda alınacak önlemler, bireysel başvuruya konu edildiğinde alınan tedbirin kamu makamlarına tanınan geniş takdir alanını aşmadığını incelemek Anayasa Mahkemesi'nin görevidir (par. no:210).

■ Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının **durdurulması** niteliğinde alınan tedbirler de ölçülülük ilkesinin yukarıda belirtilen esaslarına uygun olmalıdır.

⁵³ “Anayasa'nın 15. Maddesine göre alınacak önlemler olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikenin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca ulaşılmak istenen amaç doğrultusunda ortaya çıkan kamu yararı ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandıran tedbirin birey üzerindeki olumsuz etkisi arasında orantısızlık bulunmamalıdır (kıyasen birçok karar arasından bkz. AYM, E.2013/57, K.2013/162, 26/12/2013)”: (anılan karar par. no:204).

A- Bütün bu ilkelerin altının çizilmesi yerindedir. Ama bundan da önemlisi, ilkelerin somut olaylarda yaşama geçirilmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin soyut olarak belirlediği bu ölçü ve ilkelerin somut olaylara yansıtılmasını beklemek ve görmek her hukukçunun en doğal hakkıdır. Aksi takdirde bu ilkeler, akademik bir süs olarak kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm olur. İçinde yaşatıldığımız olağanüstü hal döneminin önlediği tehdit ve tehlike ne denli büyük de olsa, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yargı organı, OHAL rejiminin sonuçta anayasal bir rejim olduğunu hatırlayarak kendisini bir an önce bu dönemin ağırlığından ve etkisinden kurtarması ve olağanüstü hali de kapsayan anayasal işlevine geri dönmesi gerekir. Bu beklenti 2018'in ilk ayında kısmen gerçekleşmiş bulunmaktadır.

D. Anayasa Mahkemesi İlke Kararının Uygulanmasına İlişkin Tipik Örnekler

1) Şahin Alpay Kararı

Anayasa Mahkemesi, koyduğu ilkeleri üç olayda somutlaştırmış ve her üçünde de aynı doğrultudaki gerekçelerle ihlâl tespit etmiştir⁵⁴. Bunlardan Turan Güney ile ilgili karar üzerinde durmayacağız. Çünkü Anayasa Mahkemesi, Turhan Güney'le ilgili ihlâl kararı verdiğinde Güney zaten karardan birkaç ay önce tahliye edilmiş bulunuyordu. Buna karşılık Şahin Alpay ve Mehmet Altan ile ilgili ihlâl kararları, üzerinde durulmaya değer bir önem ve özellik arz etmektedir. Çünkü ilgili Ağır Ceza Mahkemesi bu kararları uygulamamıştır. Bunun yol açabileceği sorunlar üzerinde durulması zorunludur.

Gerek Şahin Alpay ve gerekse Mehmet Altan, akademik etkinlik içinde de olan, ama gazeteci kimlikleri ön plana çıkan kişilerdir. Her iki kararda da iki yönlü ihlâl tespit edilmiştir. Bunlardan ilki **kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlâli**; ikincisi ise **ifade ve basın özgürlüklerinin ihlâli**. Her iki kararın gerekçeleri birbirine benzemektedir. Alpay ve Altan'ın yazınsal etkinlikleri farklılık gösterse de karar gerekçelerinin aynı çizgide olması karşısında her iki kararı ayrı ayrı incelemek, bu maddenin kapsamını zorlar. Bu nedenle yapacağımız incelemede Şahin

⁵⁴ AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/50972: RG 19.01.2018 – 30306 (Turan Güney Kararı); AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/23672: RG 19.01.2018 - 30306 (Mehmet Altan Kararı), AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/16092: RG 19.01.2018 - 30306 (Şahin Alpay Kararı 1)

Alpay kararını esas alacağız. Aşağıda özetleyeceğimiz ana gerekçede parantez içinde verilen numaralar Alpay kararının ilgili paragraflarını göstermektedir.

a) Tutuklama Yönünden Anayasa Mahkemesi Kararındaki Ana Gerekçeler

■ Suçlamaya konu yazılar, yayımlandığı dönemde (2013 yılı sonunda ve 2014 yılının başlarında), gerçekleştirilen 17-25 Aralık soruşturmalarını ve hükümet tarafından bu soruşturmalara gösterilen tepkileri konu almaktadır (97). Başvurucu; suça konu yazılarda isimleri geçen hükümet üyelerinin yargı önünde hesap vermeleri gerektiği, bu konuda hükümetin gerekenleri yapmaması nedeniyle cumhurbaşkanının ve iktidar partisi içindeki bazı kişilerin harekete geçmesinin uygun olacağı yönünde görüşler dile getirmiştir (98). Suçlamaya konu yazılarda hükümetin görevden zorla uzaklaştırılması gerektiği yönünde bir ifade yer almamaktadır. Aksine başvuru bu yazılarında iktidarın oy kaybettiğine ve hükümetin seçim yoluyla değişeceğine dair öngörülerde bulunmuştur. Başvurucu darbe teşebbüsünden bir gün önceki yazısında da darbeye karşı olduğu yönündeki görüşlerini açıklamıştır (99).

■ Bu tür yazıların FETÖ/PDY'nin amaçlarına hizmet etmek için yazıldığı kabulünü gerektiren nedenler tutuklama kararında veya iddianamede somut olgularla açıklanmamıştır. Başvurucunun bu görüşlerini Zaman gazetesinde yayımlanan yazılarında dile getirmiş olması da bu yazıların FETÖ/PDY'nin amaçları bilinerek ve bu amaçlar doğrultusunda kaleme alındığına dair -tek başına- yeterli bir olgu olarak değerlendirilemez” (100).

■ Bu itibarla somut olayda "suç işlendiğine dair kuvvetli belirti"nin yeterince ortaya konulmadığı, sonucuna varılmıştır (101).

b) "Suç işlendiğine dair kuvvetli belirti" Bulunmamasına Bağlı Sonuçlar

Mahkeme, her iki başvuru ile ilgili kararlarında tutuklamanın önkoşulunun gerçekleşmediği sonucuna vardıldıktan sonra, ayrıca tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığı ve tutuklamanın ölçülü olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmasına gerek görmemiştir. Bu aşamaya kadarki gerekçeler olayın normal zamanlarla ilgili boyutunu açıklayan ve **oybirliği** ile alınan kararları yansıtmaktadır.

c) Olağanüstü Yönetim Koşulları Açısından Yapılan Değerlendirme

Mahkeme bundan sonra ulaştığı sonucu, önceki ilke kararına uygun olarak, içinde bulunduğumuz olağanüstü yönetim döneminin koşulları ve özgül kuralları açısından da test etme yoluna gitmiştir. Bu yöndeki gerekçeler şöyle özetlenebilir:

■ Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfi olmaması, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir (108).

■ (Bu) güvencelerin başında suç işlendiğine dair belirtinin ortaya konulması gelmektedir. Bu zorunluluk, tutuklama tedbiri için ön koşul olduğundan aksi durumun kabulü, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin tüm güvencelerin anlamsız hâle gelmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla OHAL döneminde de kişilerin suç işlediklerine dair belirti bulunmadan tutuklanmaları "*durumun gerektirdiği ölçüde*" bir tedbir olarak kabul edilemez (109).

■ Bu itibarla ... Anayasa'nın 15. maddesi, başvurusunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılamaz (110).

Bu gerekçeler, oyçokluğu ile alınmış bir kararın ifadesidir. Mahkeme Genel Kurulu'nun 17 üyesinden 6'sı (Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL) kararın bu yönüne katılmamıştır⁵⁵.

d) İfade ve Basın Özgürlüğünün İhlâl Edildiğine İlişkin Gerekçeler

Mahkemenin tutuklama ile ilgili olarak başvurucuların belli yazıları ve/veya konuşmaları üzerinden yaptığı değerlendirme, zorunlu olarak düşünce ve basın özgürlüğünün ihlâli iddiasının değerlendirilmesine de yansımıştır. Mahkemeye göre:

■ Başvurucu, esas olarak **gazete yazıları** (ve/veya konuşmaları) nedeniyle suçlanmaktadır. Bu bağlamda başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin bu yazıların içeriğinden bağımsız olarak

⁵⁵ Mehmet Altan'la ilgili kararda ise Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL kararın bu yönüne katılmamışlardır.

kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yanında ifade ve basın özgürlüklerine yönelik de bir müdahale oluşturduğu anlaşılmaktadır (134).

■ Müdahalenin ihlâl oluşturmaması için sadece kanuni dayanağın ve meşru amacın bulunması yeterli değildir. ... somut olayın demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük koşulları yönünden de incelenmesi gerekir (137).

■ ... isnat edilen suçlamalara dayanak olarak gösterilen **temel olgunun başvuruya konu yazılar (ve/veya konuşmalar) olduğu gözetildiğinde hukukilik şartını sağlamayan tutuklama gibi ağır bir tedbir, ifade ve basın özgürlükleri bakımından demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez (138).**

■ Ayrıca suça konu yazı (ve/veya konuşmaların) yayımlandığı dönemde kamuoyunun bir kesiminin ve muhalefet partilerinin liderlerinin dile getirdiklerine benzer görüşler olduğu gözönünde tutulduğunda, başvuru hakkında **tutuklama tedbirine başvurularak ifade ve basın özgürlüklerine müdahale edilmesinin hangi "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç"tan kaynaklandığı ve demokratik toplum düzeninde neden gerekli olduğu somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılamamaktadır (139).**

■ Öte yandan demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuru ve genel olarak basın üzerindeki **muhtemel "caydırıcı etkisi" de dikkate alınmalıdır.** Başvuru konusu olayda **tutuklama gerekçelerinde, yayımlanan yazılar (ve/veya konuşmalar) dışında herhangi bir somut olgu ortaya konulmadan başvuru kişinin tutuklanmış olmasının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği de açıktır (140).**

Oybirliği ile bu görüşe varan Mahkeme, ilke kararında belirlediği yönetime uygun olarak, yapılan müdahalenin olağanüstü yönetim döneminin koşulları ve özgül kuralları açısından haklı kılınıp kılınamayacağını da sorgulamıştır. Bu yöndeki gerekçeler şöyle özetlenebilir:

■ İfade ve basın özgürlükleri dokunulması yasaklanan çekirdek haklar (AY m. 15/2) arasında değildir. Dolayısıyla olağanüstü hâllerde bunlarla ilgili anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür (143).

■ Bununla birlikte müdahalenin "durumun gerektirdiği ölçüde" olup olmadığının incelenmesi gerekir. Suç işlendiğine dair belirti olduğu ortaya konulmadan tutuklama tedbirinin uygulanması **durumun gerek-**

tirdiği ölçüde bir müdahale olarak değerlendirilemez. Somut olayın koşulları dikkate alındığında ifade ve basın özgürlükleri yönünden bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır (145).

■ Bu itibarla Anayasa'nın 15. maddesinin, başvurusunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik **güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı sonucuna varılmıştır** (146).⁵⁶

2) Ağır Ceza Mahkemesinin Kendisi İçin Bağlayıcı Nitelik Taşıyan Anayasa Mahkemesi Kararına Uymaması ve Gerekçeleri

a) Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

aa)Anayasa Mahkemesi'nin, yukarıda özünü yansıtmaya çalıştığımız iki kararına göre her iki gazetecinin de Anayasa'nın 153/6. maddesi uyarınca derhal tahliye edilmeleri gerekiyordu. Anılan maddeye göre, Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra yalnızca yasama, yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri değil, **yargı organını da bağlar.**" Buradaki bağlayıcılık Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında tüm mahkeme kararları için genel olarak öngörülen bağlayıcılıktan farklı ve özel bir kuraldır. Dikkat edilirse, 138. maddedeki bağlayıcılığın yalnızca yasama ve yürütme organları ile idareye yöneltilmiş olduğu görülür. Bu maddede bağlayıcılığın yargıya yöneltilmemiş olması, alt ve üst mahkemelerin kararları arasındaki ilişkinin özelliğinden kaynaklanır. Alt mahkemelerden birinin verdiği karar temyizde bozulmuşsa, bu mahkeme ona uymak zorunda değildir. Kendi kararında direnebilir. Alt mahkemenin direnme kararı temyiz edilirse, temyiz incelemesi bu kez Yargıtay'ın ilgili dairesinde değil, konusuna göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ya da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda yapılır. Alt mahkeme, ancak bu aşamadan sonra ve sadece o olayla sınırlı olarak üst mahkemenin kararı ile bağlı olur. Ama benzer bir başka bir olayda –kararının bozulma riskini göze alırsa- yine eski görüşünde ısrar edebilir. Ama Yargıtay Daireleri ve genel kurulları arasındaki uyumsuzluk "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları" ile çö-

⁵⁶ Çoğunluk görüşünü yansıtan bu gerekçelere Mahkeme üyelerinden Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL katılmamışlardır. Mehmet Altan'la ilgili kararda ise çoğunluk gerekçesine katılmayan üyeler şunlardır: Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL.

zülmüşse, artık adli yargının tüm mahkemeleri buna uymak zorundadır. Benzer bir süreç idari yargı düzeni için de geçerlidir.

Buna karşılık 153. maddedeki bağlayıcılık, yasama ve yürütme organları yanında yargı organını da kapsayan bir bağlayıcılıktır. Anayasa Mahkemesi kararları açısından getirilmiş bulunan bu farklılık, diğer yüksek mahkemelere karşı ona bir üstünlük sağlamak amacıyla konulmamış, Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin yetki tekeline korumak amacıyla öngörülmüştür.⁵⁷

bb) Bu genel açıklamaları somut olaya bağlamak gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin Şahin Alpay'ın başvurusu üzerine verdiği ihlâl kararı, ipso iure tahliye sonucunu doğurur mu? Başka bir deyişle ihlâl kararı tahliye yönünden bağlayıcı bir nitelik taşır mı?

“AYM'nin ve Derece Mahkemelerinin Yetki Kesişimi Tartışması: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Özelinde Bazı Notlar” başlıklı yazısında⁵⁸ Tolga Şirin, AYM'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında bir ihlâl kararı vermesi durumunda bu ihlâl kararının otomatikman tahliye sonucunu doğurmayacağını, hatta bunun ana kural olduğunu, derece mahkemelerinin, ilgili ihlâli gidererek bir sonuca ulaşabileceklerini belirtiyor ve arkasından **Şahin Alpay** kararı ile ilgili olarak şu tespitte bulunuyor: “**Bu olayda AYM kararının hüküm kısmında, tahliye yönünde bir ifadeye yer vermemiştir. Öte yandan AYM “tedbiren tahliye” şeklinde bir karar da vermemiştir. Dolayısıyla bu konuda da prensip olarak ana kural geçerlidir.**”

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Anayasa'nın 19/3. maddesine göre, “**Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti**” nin varlığı, tutuklamanın ön koşuludur. Bu koşul, Anayasa'da **kişi özgürlüğün için getirilmiş bir ek güvencedir**. Derece mahkemesinin gerekçesi bunu karşılayamamışsa

⁵⁷ Karş. Fazıl SAĞLAM, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 32, Ankara 1996, s. 57 vd.

⁵⁸ Bkz. Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesinin Şahin Alpay Kararı Hakkında Notlar”, Anayasa Hukuku Dergisi, S. 13, 2018. Tolga Şirin, “AYM'nin ve Derece Mahkemelerinin Yetki Kesişimi Tartışması: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Özelinde Bazı Notlar” (İzleyen dip notlarında “yetki kesişimi” olarak kısaltılacak): [https://www.tolgasirin.com/single-post/2018/01/17/AYM-ve-Derece-Mahkemelerinin-Yetki-Kesişimi-Tartışması-Kişi-Özgürlüğü-ve-Güvenliği-Hakkı-Özelinde-Notlar](https://www.tolgasirin.com/single-post/2018/01/17/AYM-ve-Derece-Mahkemelerinin-Yetki-Kesişimi-Tartışması-Kişi-Özgürlüğü-ve-Güvenliği-Hakkı-Özelinde-Notlar;);

verilen ihlâl kararı, Anayasa gereği tahliyeyi gerektirir. Bunun kararda ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. AYM, 2. Şahin Alpay kararında bunu şöyle açıklıyor: “*Derece mahkemelerince, tutuklama tedbirinin uygulanması için ön koşul olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin somut olgulara dayalı olarak ortaya konulması, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anayasal bir gerekliliktir.*”

b) Bağlayıcı Karara Uyulmamış Olmasının Ana Gerekçesi

Anayasa'nın 153/6. maddesinin açık hükmüne rağmen Ağır Ceza Mahkemesi'nin Şahin Alpay'la ilgili AYM kararına uymaması, bütün bu yazı çerçevesinde yansıtmaya çalıştığımız **işlev kaybının hazin bir sonucudur**. Üstelik ilgili Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin yetki sınırlarını aştığına ilişkin bir gerekçeli karar vermekten de çekinmemiştir. İşte bu aşama, içinde bulunduğumuz “**yargı kaosu**”nun somut bir göstergesidir. Böyle bir durum Anayasa Mahkemesi tarihinde ilk kez gerçekleşmektedir. Örnek olarak seçtiğimiz İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.01.2018 tarih ve Değişik İş No: 2018/39 sayılı kararı⁵⁹, “**A-) Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurular Üzerine Hak İhlali Tespitine Dair Karar Verme Yetkisinin Sınırları**” başlıklı bir bölümle başlamaktadır. Başlıbaşına bu başlık, yukarıda “**yargı kaosu**” olarak nitelendirdiğimiz durumun adeta bir özeti gibidir. Bu genel tespitten sonra 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin oy çokluğu ile verdiği bu kararın gerekçesine geçelim.

Mahkeme bu kararında özellikle 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49/6 maddesindeki kurala dayanmaktadır. Bu kurala göre “*Bölmelerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölmelerce **kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz***”. Kuralda kalın harflerle ve altı çizili olarak yapılan vurgu Mahkemeye aittir. Mahkeme bu vurguya dayanarak Anayasa Mahkemesi'nin ağır ceza mahkemesince verilmiş olan tutuklama kararına karşı “**delil değerlendirmesi**” yapamayacağını belirtmektedir. 13. Ağır Ceza Mahkemesi, kanundan başka bir hukuk kaynağına bakma gereksinimi duymamış olmalı ki altı çizilen bölümün Anayasa'nın 148/4 maddesinin bir tekrarı olduğunun farkında

⁵⁹ Bu kararı bana ulaştıran değerli meslektaşım Ozan Ergül'e teşekkür ederim.

değildir: “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”. Bu ifadenin konunun uzmanı olmayan kişilerce hazırlanmış bulunduğunu, anlamsızlığa varacak ölçüde belirsizlikler içerdiğini, dolayısıyla ehil olmayan yerlerce yanlış uygulanabileceğini ilgili anayasa değişikliğinden bu yana sık sık dile getirmiştik. Ama hakkını verelim: Bu kural Anayasa Mahkemesi uygulamasında herhangi bir sorun yaratmamıştı. Ancak anılan kural, anayasa hukuku perspektifine yabancı ellerde acemice bir yorumla hukuk yaşamımıza geldi ve oturdu.

c) Gerekçenin Değerlendirilmesi

Oysa bu sorun, bir ağır ceza mahkemesi üyeliği formasyonu ile algılanması mümkün olmayan hukuksal incelikler içeriyor. Bundan 6 yıl kadar önce yayımlanan “Anayasa Şikâyeti-Anlamı Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar” başlıklı makalemizden özetlemeye çalışalım.⁶⁰

“2010 Anayasa Değişikliği ile Anayasa’nın 148. maddesine eklenen dördüncü fıkraya göre: “**Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz**”. Bu ifade, anayasa koyucunun konuya ne denli yabancı olduğunun açık bir göstergesidir. Çünkü, anayasa şikâyeti konusu olan uyuşmazlıklar, ilke olarak aynı zamanda “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar”dır. Daha açık bir deyişle “kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus” anayasa şikâyeti konusu değildir. Ama anayasa şikâyeti kapsamındaki her hususun ilke olarak aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerekir. Aksi halde kanun yollarının tüketilmesi koşulunun bir anlamı kalmaz.

Sözü geçen kuralın, Anayasa Mahkemesi’ne gelecek ağır yükü önleme, anayasa şikâyetinin kapsamını daraltma ve belki de diğer yüksek mahkemelerden geleceği düşünülen tepkiyi azaltma amacıyla konulduğu anlaşılıyor. Ancak bu formül, sözcük anlamıyla ciddiye alınırsa anayasa şikâyetinin hiçbir konusu kalmayabilir. Anılan formül, yasal düzenlemede de herhangi bir somutlaştırma yapılmaksızın aynen tekrarlanmıştır. Gerekçesi de cümlelerin anlaşılmasını sağlayacak açıklıktan yoksundur. Abesle iştilal edilmek istenmiyorsa, “Kanun yolunda gözetilmesi gere-

⁶⁰ Ayrıntılar için bkz. Fazıl SAĞLAM, “Anayasa Şikâyeti – Anlamı Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”: Ece GÖZTEPE – Aykut ÇELEBİ, Demokratik Anayasa –Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları İstanbul 2012, s. 435 – 440.

ken hususlar” formülüne, anayasa şikâyeti konusu olan hak ve özgürlüklere aykırı uygulamaları içermeyecek bir anlam verilmek gerekir.”

Makalede bu genel tespitten sonra anılan kurala verilebilecek anlamlar üzerinde durulmuştur. Bunların ayrıntılarına girmeden genellikle benimsenen anlamını özetlemekle yetinelim. Bu açıdan Alman Anayasa Mahkemesi’nin kullandığı **Heck** formülü⁶¹ bizde de kullanılmaya elverişli gözükmektedir:

“Anayasa Mahkemesi’nin bir mahkemece verilmiş yanlış bir kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz mercü gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şikâyetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesi’nin bu alandaki özel görevine uygun düşmez. Yöntemin belirlenmesi, maddi olgunun tespit ve değerlendirilmesi, sade yasaların yorumu ve bireysel olaya uygulanması, bunun için görevli ve yetkili kılınmış olan mahkemelerin işi olup, bu alanda Anayasa Mahkemesi’nin denetim yapması söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi sadece spesifik (özgül) anayasa hukukunun Mahkemelerce ihlâl edilmesi halinde anayasa şikâyeti üzerine müdahaleye hak kazanır. ...”

Alman Anayasa Mahkemesi, daha yeni bir kararında da bu formülü şöyle özetlemektedir: **“Anayasa Mahkemesi, ancak uzman mahkemece yapılan yorumun temel hakların çizdiği çerçeveyi aşması halinde düzeltici müdahalede bulunabilir”**⁶²

Heck Formülünü Türk Usul Kanunlarının öngördüğü temyiz nedenlerine uyarlamamız da bizi benzer bir sonuca götürmektedir: Ayrıntı bir tarafa bırakılırsa, her üç yargılama hukukunda da en önemli temyiz nedeni, **“hukuka aykırılık”** olarak belirlenmiştir. Esasen anayasa şikâyeti kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlâli halinde, **“hukuka aykırılık”** da gerçekleşmiş olur. O halde **“kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar”** formülünden anlaşılması gereken, yalnızca **“yasaya aykırılık”** olmalıdır. Çünkü yasanın yorumu ve uygulaması ilke olarak derece mahkemelerinin işidir. Ancak bu yorum ve uygulamanın da temel hak ve özgürlüklerin devlet organlarını bağlayıcı niteliğini gözönünde tutması gerekir. Bu yaklaşım ihmal edilirse, Anayasa

⁶¹ BVerfGE 1, 418. 420; BVerfGE 18, 85, 92.

⁶² BVerfGE 65, 322, aktaran Klaus SCHLAICH- Stefan KORIOH, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2004, s.196.

Mahkemesi bireysel başvuru üzerine devreye girer ve alt mahkemenin (derece mahkemesinin) anayasal hak ve özgürlüğü ihlâl edecek biçimde yaptığı yanlış yorumu düzeltir.

İşte 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kavrayamadığı nokta, bu ince-liklerdedir. Esasen yasa kıskacında çalışmaya alışmış, anayasa kurallarının ve özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal kurallarının bağlayıcı niteliğini dikkate almaya alışkın olmayan, bu yönde deneyim edinmemiş bir yargı düzeni, hak ve özgürlükleri korumada yetersiz kaldığı içindir ki anayasa şikâyeti, özel bir hak arama yolu olarak benimsemiştir. Anayasa şikâyeti kurumunun varlık nedeni budur.

Kısacası bir an için ağır ceza mahkemesinin Anayasa Mahkemesi'nin yetki sınırını belirleyebileceği var sayılsa bile, dayandığı ana gerekçe kendisini haklı kılacak bir hukuksal anlam ve içeriği sahip değildir. Ağır ceza mahkemesinin kendisini Anayasa Mahkemesi'nin yetki sınırları üzerinde karar vermeye yetkili görmesi ise –tüm vahim sonuçlarına rağmen- hukuken ciddiye alınamayacak derecede abes bir iddiayı yansıtır. Nitekim kararı veren Ağır Ceza Mahkemesi'nin bir üyesi, bundan duyduğu rahatsızlığı karşı oy yazısı ile belirtme ihtiyacını hissetmiştir: “... heyetin tüm görüşlerine katılmakla birlikte 6216 sayılı yasanın 66/1. maddesine gereğince Anayasa Mahkemesinin 2016/16092 başvuru sayılı kararının kesin ve bağlayıcı nitelikte olması nedeniyle Sayın heyetin tutukluluk haline ilişkin herhangi bir karar verilmesine yer olmadığına dair kararına katılmadığımı ve başvurucu sanığın amir hüküm gereğince tahliye edilmesi gerektiğini düşünüyorum”. Bu karşı oy yazısında bile Anayasa'nın üstün ve bağlayıcı kuralı olan 153/6. madde yerine, yasanın 66/1. maddesinden söz edilmesi, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı perspektifinden ne denli uzak kaldığına bir işarettir. Böylesine dar alanda hüküm veren bir mahkemeden, temel hak ve özgürlüklerin, (somut olay bağlamında kişi özgürlüğü ile ifade ve basın özgürlüklerinin) bağlayıcı etkisini idrak etmeleri beklenemez.

d) AYM Kararına Karşı Direnmenin İkincil Nitelikteki Gerekçeleri

aa) Yerindelik

Ağır Ceza Mahkemesi'nin ikincil nitelikli gerekçesi Anayasa Mahkemesi'nin “**yerindelik incelemesi ve denetimi**” yapamayacağına (6216 s.Y. m.50/1, AY m. 153/2 ve 124/4) ilişkindir. Bu gerekçeyi, üzerinde durmaya değer nitelikte göremiyoruz. Çünkü Anayasa Mahkemesi

kararında yapılan **yerindelik denetimi değil, keyfilik denetimidir**. Anayasa Mahkemesine göre, **keyfilik yasağı**, OHAL dönemlerinde de geçerli olan temel bir güvencedir. **Suç işlendiğine dair belirtinin ortaya konulması**, tutuklama tedbiri için **ön koşuldur**. “*Aksi durumun kabulü, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin tüm güvencelerin anlamsız hâle gelmesi sonucunu doğurur.*”⁶³ Ağır Ceza Mahkemesi “yerindelik denetimi yasağı” ile “keyfilik yasağı”nı birbirine karıştırmaktadır. Üstelik yerindelik, ister yasa koyucu yerine geçme, ister idari makam yerine geçme anlamında kullanılsın anayasaya aykırı olmayan takdir seçenekleri arasında yapılacak bir seçimi ifade eder. Kısacası, yerindelik denetimi veya yasağı diye bir şey, ceza hukukunun doğasında yer almaz. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlâli konusunda yapılacak tespitin yerindelikle hiçbir ilgisi yoktur.

bb) İhsas-ı Rey Yasağı

Anayasa Mahkemesi, bu gerekçeyi aşağıda değineceğimiz Şahin Alpay 2 kararında yeterli ölçüde, hatta zarif ve öğretici denebilecek bir üslupla karşılamıştır. Niyetimiz bunu belirtmekle yetinmekti. Ancak Tolga Şirin’in adı geçen yazısında bu konuya da değinildiği için, üzerinde durmaya değer. Şirin yazısında şöyle diyor: “*Türkiye pratiğinde mahkemeler, ihsas-ı rey yasağı uyarınca kendilerini kuvvetli suç şüphesi sonucuna ulaştıran birçok delili gerekçelerine yansıtılmakta ve şüphe belirlemelerini somutlayamamaktadırlar. Eğer somut olayda, dava dosyasında bu türden bir delil varsa; derece mahkemelerinin, sahip olduğu kuvvetli suç şüphesini, bu deliller ile bağlantısını kurarak, ilgili ve yeterli gerekçeyle açıklamaları ve bu yolla tutukluluğa devam kararı vermeleri mümkündür.*”

Anayasa Mahkemesi’nin keyfi tutuklama için verdiği ihlâl kararının sanığın tahliyesi yönünden bağlayıcı olduğu sonucuna ulaştıktan sonra, bu **bağlayıcılığı “ihsası rey” yasağı ile etkisiz kılmak da mümkün değildir**. “İhsas-ı rey”de bulunma endişesiyle gerekçenin eksik bırakılması, her şeyden önce hukuk etiğiyle bağdaşmaz. Ama, AYM’nin 2. Şahin Alpay kararında isabetle vurguladığı üzere “...suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin somut olgulara dayalı olarak ortaya konulması, Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anayasal bir gerekliliktir. ... Bu itibarla ihsas-ı rey yasağı gerekçesiyle anayasal bir zorun-

⁶³ Şahin Alpay Kararı 1, paragraf 109.

luluğun yerine getirilmesinden kaçınılamaz. Kaldı ki 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir (2. Şahin Alpay Kararı par. 77)”. Anayasal ve yasal zorunluluklara karşı oluşmuş bir “Türkiye pratiği”nden söz etmek doğru değildir.

Ancak, **dosyaya sonradan intikal etmiş bir başka güçlü kanıt ortaya çıkarsa**, buna dayanılarak yeniden tutuklama kararı verilebilir ki bunun adı *“tutukluluğa devam”* değil, yeni bir anayasa şikâyetine konu olabilecek nitelikte *“yeni bir tutuklama kararı”* dır.

3) Anayasa Mahkemesi'nin İkinci Şahin Alpay Kararı

Ağır Ceza Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi kararına karşı direnmesi öylesine abes bir karardı ki ömrü ancak iki ay sürdü. Alpay'ın yaptığı 2. başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, 15.03.2018 tarihinde verdiği kararda ihlâl tespitini yinelemiş ve başvurucuya 20.000,-TL manevi tazminat ödenmesini hükme bağlamıştır.⁶⁴ Bu karardan seçtiğimiz ve yukarıdaki açıklamalarımızı da doğrulayan alıntılar şöyle sıralanabilir:

■ “Anılan kararda bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerden biri olan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden Anayasa'nın 19. maddesinde açıkça düzenlenen bir güvenceye ilişkin inceleme yapılmıştır. Bunun “kanun yolunda gözetilmesi gereken bir hususun incelenmesi” ve ya “yerindelik denetimi” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca ... Anayasa Mahkemesinin buradaki incelemesi, başvurucu hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması ile yargılamanın muhtemel sonuçlarından bağımsız olarak tutukluluğun hukukiliğinin değerlendirilmesiyle sınırlıdır. Bu itibarla anılan ihlal kararının başvurucu hakkındaki ceza davasının esasına ilişkin bir değerlendirme içerdiği söylenemez” (78).

■ “Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ihlal kararları başka bir merci tarafından Anayasa'ya veya Kanun'a uygunluk yönünden denetlenemez. Başvurucunun tahliye taleplerini karara bağlayan derece mahkemelerinin aksi yöndeki değerlendirmelerinin anayasal ve yasal bir da-

⁶⁴ AYM 15/3/2018, Bireysel Başvuru No: 2018/3007 : RG 19.03.2018-30365 (Şahin Alpay Kararı 2).

yanığı bulunmamaktadır. Ayrıca ... ihlal kararının hukuki sonuç doğurabilmesi için Resmi Gazetede yayımlanması gerekli olmayıp, ilgili merciye tebliği (veya gönderilmesi) yeterlidir.” (79).

■ “Somut olayda derece mahkemelerinin görevi, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin kapsamını değerlendirmek değil, Mahkemece tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktır. Bu zorunluluk, ... mahkemelere verilmiş bir emir veya talimatın yerine getirilmesi değil, bir hukuk devletinde mahkemeye erişim hakkının hayata geçirilmesidir. Nitekim ... Anayasanın 153. Maddesinin altıncı fıkrasında, 138. Maddeden farklı olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı organları yönünden de bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir.” (80).

4) Ağır Ceza Mahkemesinin Direnme Kararının Yarattığı Siyasal Çağrışımlar ve Direnmenin Yerleşik Bir Uygulamaya Dönüşmesinin Getireceği Kaçınılmaz Sonuçlar

a) Siyasal Çağrışımlar

Daha önce de belirttiğimiz gibi Sayın Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi'nin Dündar-Gül kararını şöyle değerlendirmiştir: “*Bu karara sadece sessiz kalırım, o kadar. Ama onu kabul etmek durumunda değilim. Verdiği karara da uymuyorum, saygı da duymuyorum. Niye, çünkü ortada bir gerçek var. Bu bir beraat kararı değildir. Tahliye kararıdır. Ashında onlarla ilgili kararı veren mahkeme kararında direnebilirdi. Eğer Mahkeme kararında direnmiş olsaydı, bu bireysel başvuru veya Anayasa Mahkemesinin verdiği karar boşa çıkacaktı.*”⁶⁵

Nitekim Sayın Cumhurbaşkanı'nın tavsiyesi, iki yıl sonra somut etkisini göstermiş, AYM'nin Mehmet Altan ve Şahin Alpay⁶⁶ ile ilgili ihlâl kararları ilgili ağır ceza mahkemesince uygulanmamıştır. Ağır ceza mahkemesinin Anayasa Mahkemesi kararına karşı direnmesinde Sayın Cumhurbaşkanının “**tavsiye ve telkin**”inin rolü olmadığını söylemek, 2017 Anayasa Değişikliği'nin yarattığı hukuksal atmosferde pek de inandırıcı gözükmemektedir. Ancak bu bağlamda işin daha vahim ve hazin olan yanı şöyle özetlenebilir: Cumhurbaşkanının olayın sıcaklığı içinde Dündar kararına tepki olarak açıkladığı düşüncelerle mahkemenin

⁶⁵ 29.02.2016 tarihli Hürriyet Gazetesi'nin birinci sayfasından aynen aktarılmıştır.

⁶⁶ AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/16092: RG 19.01.2018 – 30306 (Şahin Alpay Kararı 1); AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/23672: RG 19.01.2018 – 30306 (Mehmet Altan Kararı).

o paralelde vereceği karar arasında büyük bir nitelik farkı vardır. Etkisi büyük olmakla birlikte, birisi bir siyasi kimliğin düşünce açıklamasıdır, siyasal etki dışında hukuksal bir bağlayıcılığı yoktur.

Ağır ceza mahkemesinin direnme kararı ise, Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş ihlâl kararına rağmen, bir insanın özgürlük ve güvenliği ile ilgili anayasal haklarından yoksun bırakılmasıdır. Mahkemenin bunun ayırdına varamamış olması, hukuk devleti açısından yüklendiği anayasal konumu adına büyük bir talihsizliktir. Çünkü anayasal konumu o mahkemeye bağımsız olması gerektiğini buyurmaktadır. Ülkemizde yaşanan fiili durum, siyasal baskıdan çok mahkemelerin yargı bağımsızlığını içselleştirememiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Nitekim Sayın Cumhurbaşkanı, derece mahkemelerinin verdiği bu görüntüden tedirgin olmuş olmalı ki Yargıtay'ın 150.Yılı Sempozyumunda yaptığı konuşmada: *“Zaman zaman mahkemelerimizin, yüksek yargı kurumlarımızın, Anayasa Mahkememizin kararlarını eleştirdiğimiz olmuştur. Bundan sonra da olacaktır. Ama hiçbir zaman bu kararları yok saymadık. Gereğini yerine getirme konusunda asla tereddüde düşmedik. ... adaletin tecellisi konusunda farklı bir görüşe sahip olduğumuz için eleştirme hakkına elbette sahibiz. Ama bunlara uyup uymama konusunda layüsel değiliz. Herkes gibi biz de mahkemelerimizin kararlarına neticede uyuyoruz, uymaya da devam edeceğiz”* demek ihtiyacını hissetmiştir.⁶⁷ Konuşmanın yapıldığı tarih 6 Mart 2018'dir. Bu konuşma, daha önce Sayın Cumhurbaşkanı'nın Can Dündar kararına yönelttiği tepkide **amacını aşan** unsurlar bulunduğu bir ifadesi olarak değerlendirilmelidir. Ama daha da önemlisi, anılan konuşmanın, ağır ceza mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararına karşı direnmeleri ve bunun yol açacağı vahim sonuçları önlemek üzere yapılmış önemli bir uyarı niteliği taşımasıdır. Nitekim bu konuşmadan 10 gün sonra Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay 2 kararını vermiş ve bu karar henüz Resmi Gazete'de yayımlanmadan ağır ceza mahkemesinden tahliye kararı çıkmıştır.

Bütün bu gelişmeler sırasında Alpay ve Altan'ın AİHM'ne yaptıkları bireysel başvurularla ilgili olarak Mahkemenin karar aşamasına geldiği de biliniyordu. Yanlıştan dönülmesinde bu sürecin de etkili olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim aradan 10 gün bile geçmeden AİHM, Alpay ile

⁶⁷ <http://m.akparti.org.tr/site/haberler/cumhurbaskani-erdogan-yargitayin-150.-yili-sempozyumunda-konustu/97988#1> (erişim tarihi: 16.03.18)

ilgili olarak beklenen kararını vermiş bulunmaktadır. Kararda Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluk gerekçelerine paralel ifadeler yer almakta, karara direnilmesinin olası sonuçlarına işaret edilmektedir. Ayrıca başvuru için 21.500,00 Avro tazminata hükmedilmiştir.⁶⁸

Şimdi merak ediyoruz ve anayasa hukuku öğretisinin bir mensubu olarak bu merakı duymaya da hakkımız var: Acaba mahkemelerimiz Sayın Cumhurbaşkanı'ndan uyarı almadan ne zaman bağımsız bir karar verecekler? Dileğimiz odur ki Sayın Cumhurbaşkanı'nın 6 Mart konuşması mahkemelerimizi daha bağımsız karar vermeye özendirir ve yönlendirir.

b) Anayasa Mahkemesi Kararına Karşı Direnmenin Yerleşik Bir Uygulamaya Dönüşmesi Halinde Ortaya Çıkacak Kaçınılmaz Sonuçlar

Bu konuda ayrıntılı açıklamalar yapmaya gerek görmüyoruz. Kaçınılmaz sonuç bellidir ve Avrupa Konseyi sözcülerince de açıkça belirtilmiştir⁶⁹. AİHM'nin yukarıda anılan kararlarında da aynı sonuca açık bir biçimde işaret edilmiştir. Böyle giderse AİHM'nin Türkiye'de bireysel başvuru yolunun etkisiz bir yol olduğuna karar vermesi, alışılmış ve bilinen bir sürecin kaçınılmaz sonucudur. Son gelişmelerin bu tehlikenin önlenmesine yönelik bir amacı olmadığını düşünmek ise aşırı bir iyimserlik olur.

5) Selahattin Demirtaş Kararı Üzerine Notlar

Anayasa Mahkemesi'nin Selahattin Demirtaş ile ilgili olarak verdiği karar⁷⁰, özellikle siyasal hakların kullanılması yönünden üzerinde durmaya değer bir önem taşımaktadır. Bu kararın Anayasa Mahkemesi'nce belirlenen ilkelere ne ölçüde uyduğunun doyurucu bir değerlendirilmesi, aslında ayrı bir yazının konusudur. Bununla birlikte bu çok yön-

⁶⁸ AİHM, 20.03.2018, ŞAHİN ALPAY - TÜRKİYE, (Başvuru No. 16538/17); Ayrıca Bkz. Cumhuriyet, 21 Mart 2018 s. 10 ve Rıza Türmen'in orada yer alan kısa analizi; İbrahim Kaboğlu, "Avrupa Mahkemesi Kararları: Kapsam ve Etkisi": Birgün, 22 Mart 2018.

⁶⁹ Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Thobjorn Jagland: " Anayasa Mahkemesi kararlarına saygı gösterilmezse, bu mahkemeye yapılan başvuruların tamamı doğrudan AİHM'ye gelir. AİHM, Anayasa Mahkemesinin artık etkili bir iç hukuk yolu olmadığı sonucuna varırsa, bu dosyalar hakkında karar verir": Cumhuriyet 16.03.2018, s. 8).

⁷⁰ AYM 21/12/2017, Bireysel Başvuru No: 2016/25189: Resmi Gazete: 01.02.2018 – 30319.

lü sorun yumağının öncelikli yönlerine işaret etmek bu bölümdeki çözümlenmeleri tamamlamak bakımından yararlı olur.

a) İlk Bakışta Göze Çarpan Özellikler

Selahattin Demirtaş Kararında ilk bakışta dikkati çeken özellik, başvuru nedenlerinin **açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilmez nitelikte bulunmuş olmasıdır.**

İkinci olarak dikkati çeken özellik, **açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilmez bulunan iddialardan** ikisine⁷¹ ilişkin kararların **oy çokluğu** ile alınmış olmasıdır. Bir üye, her iki iddia ile ilgili olarak kaleme aldığı karşı oy yazısında, çoğunluk kararının gerekçelerini sarsacak derecede ciddi argümanlar dile getirmiştir.

Bu iki özellikte bağlantılı olarak dikkati çeken üçüncü bir özellik, Mahkeme'nin, **açıkça dayanaktan yoksun** olduğunu belirttiği iddiaları reddetmek üzere 53 sayfalık bir kararı kaleme alma gereksinimini duymuş olmasıdır. Diyelim ki bu 53 sayfanın 29 sayfası kararlarda alışkın olduğumuz şekilde başvuru iddiaları, ilgili hukuk kaynakları gibi rutin açıklamaları içermektedir. Ama sonraki yirmiye yakın sayfa, doğrudan Mahkeme'nin çoğunluk gerekçesine ayrılmıştır. Açıkça dayanaktan yoksun bulunan iddiaların çürütülmesi için yirmiye yakın sayfanın ayrılması, kaçınılmaz olarak, bu iddiaların pek de dayanaktan yoksun olmadığı izlenimini uyandırmaktadır. Buna karşılık bir üyenin Mahkeme çoğunluğunca açıkça dayanaksız bulunan her iki iddiaya karşı son derece ciddi gerekçelerle karşı oy yazması ise bu izlenimi somutlaştıran bir başka olgu olarak göze çarpmaktadır. Başka bir deyişle bir üyenin karşı çıktığı ya da yetersiz bulduğu gerekçeler, başvurunun açıkça dayanaksız olmadığı somut bir göstergesidir.

Karar ve karşı oy yakından incelendiğinde, çoğunluk görüşünün önemli bir bölümünün karşı oy yazarınca da kabul görmesi bir başka dikkat çekici özelliktir.

b) Davanın Diğer Davalara Göre Farklılık Taşıyan Özellikleri

Yukarıda değinilen çelişki ya da daha doğru bir ifadeyle ortaya çıkan uyumsuz tablo nereden kaynaklanmaktadır? Bu sorunun cevabına

⁷¹ Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddia ile tutuklanma dolayısıyla ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlâl edildiğine ilişkin iddia.

geçmeden önce bu kararı diğer kararlardan ayıran önemli özelliklerin altını çizmek gerekir.

Başvuran herhangi bir birey değildir. Yüzde 14 civarında oy almış ve son seçimlerde Meclisteki sandalye sayısı ile üçüncü parti durumuna gelmiş bir partinin lideridir.

Bu liderin, daha önce girdiği Cumhurbaşkanlığı seçiminde de yüzde ona yakın oy almış olması, demokratik sürecin bir başka olgusudur. Başvurucu bu özellikleriyle ülkede ciddi bir seçmen topluluğunu temsil etmektedir.

Demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü gibi değerleri ciddiye alan hiçbir mahkeme, bu özellikleri yok saymamalı, görmezden gelmemelidir. Aksi takdirde kendimizi bağlı kıldığımız ve kararlarına uymakla yükümlü olduğumuz AİHM, bunları ön plana çıkarır ve vereceği kararı belirleyecek önemli unsurlar olarak dikkate alır. Olay AİHM önüne gelirse, daha ilk aşamada AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin aksine, başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına girebilir. Böyle bir durum, ülkenin zaten pek de parlak olmayan imajını önemli ölçüde zedeleyebilir.

Kararın bütünü, karşı oy yazısıyla birlikte okunduğunda, çoğunluk kararında bu özelliklerin dikkate alınmadığı, yukarıda anılan ve demokrasi kavramının unsurlarıyla bağlantı içinde olan hiçbir özelliğin etkili olmadığını söylemek mümkündür. Karardaki uyumsuz görünüm, bu özelliklerin gözönünde tutulmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Böyle bir yaklaşım anayasal hak ve özgürlüklerin çatışması halinde uygulanması zorunlu olan pratik uyum ilkesini daha başlangıçta devre dışında bırakmaktadır.

c) Çoğunluk Kararı ile Karşı Oyun Çatıştığı Noktalar

Karşı oy yazısından özet olarak aktardığımız aşağıdaki alıntılar, yukarıda açıklamaya çalıştığımız uyumsuzluğun boyutunu ana hatlarıyla göstermektedir:

■ Uzun süreden beri terör olaylarının cereyan ettiği bir bölgede siyasi parti temsilcilerinin basiretli ve öngörülü davranması beklenmekle beraber, siyasi basiretsizlik ve öngörüsüzlük en temel anayasal haklardan olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ölçsüz bir müdahalede bulunulmasını meşru kılmaz (11).

■ Gerekenden daha ağır bir koruma tedbiri, tedbir niteliğinden uzaklaşp ceza niteliğine bürünecektir. Bu kapsamda daha hafif bir ted-

birle beklenen amaca ulaşmanın olanaklı olması durumunda daha ağırına başvurmak ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır (12).

■ Başvurucunun TBMM'de temsil edilen en büyük üçüncü partinin eş genel başkanı olarak yaptığı konuşmaların ve hakkındaki fezlekelerde belirtilen diğer iddiaların **kuvvetli suç belirtisi oluşturduğu kabul edilse bile** tutuklama tedbirine başvurulması başvurucunun konumu ve taşıdığı sıfatlar düşünüldüğünde demokratik toplum düzeninde baskılayıcı acil bir toplumsal ihtiyaca denk düşmemektedir (13).

■ Cezanın ağırlığının tek başına kaçma şüphesi için yeterli sayılması kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının çok dar ve katı yorumlanması sonucunu doğuracaktır. Başvurucunun ifade vermeye gitmemesinin kaçma şüphesi olarak değerlendirilmesi tespitine katılmak mümkün değildir, zira başvuru ifade vermeyi reddettikten sonra kamuoyu önünde siyasi faaliyetlerine devam etmiş ve kaçma yönünde herhangi bir teşebbüste bulunmamıştır (15).

■ Başvurucu hakkındaki dokunulmazlığın kaldırıldığı tarih 20.05.2016, yakalanarak tutuklandığı tarih ise 04.11.2016'dır. Yaklaşık altı ay olan bu süre zarfında başvurucunun olağan siyasi çalışmalarına ve yasama faaliyetlerine devam ederek hiçbir şekilde kaçmaya teşebbüs etmediği görülmektedir. Başvurucunun dokunulmazlığını kaldıran anayasa değişikliği 08.06.2016'da yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten gözaltına alınarak tutuklandığı 4 Kasım 2016 tarihine kadara 10'larca kez yurt dışına gidip döndüğü pasaport kayıtları ile sabittir. Başvurucunun kaçma ve delilleri karartma ihtimalinin varlığı ifadesi, tek başına bir gerekçe oluşturmamaktadır (16).

■ Önümüzdeki olayda başvuru hakkında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını daha az sınırlayıcı bir tedbire başvurulmasının suç ve suçlulukla mücadeleyi nasıl aşırı derece güçleştireceğinin somut olarak ortaya konulmadığını söylemek hatalı olmayacaktır (18).

■ Başvurucu milletvekilliğinin yanı sıra bir siyasi partinin (HDP) eş genel başkanıdır ve bu sıfatla 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasında da belirtildiği üzere partiyi temsil yetkisine sahiptir. HDP, en son yapılan 1 Kasım 2015 genel seçimlerinde aldığı 5.148.085 oy itibarıyla dördüncü, milletvekili sayısı yönünden de üçüncü büyük siyasi partidir (21).

■ Hakkında suç işlediğine dair kuvvetli bir belirti bulunan bir milletvekili ve parti (eş) genel başkanı, yasama dokunulmazlığının usulüne uygun kaldırılmasından sonra elbette tutuklanabilir ancak bu tedbir, risk-

lerin de değerlendirildiği somut olgusal temellere dayanmalıdır. Böyle bir temeli olmayan, ölçülülük ilkesiyle uyuşmayan tutuklama uygulamaları **siyasi faaliyetler üzerinde caydırıcı** bir etki yaratarak demokratik toplum düzeninin yerleşmesine ve gelişmesine zarar vermiş olacaktır(22).

■ Başvurucunun tutuklanmasının siyasi faaliyetlerini yerine getirmesine engel olarak yasama faaliyetine katılma hakkını engellendiği kuşkusuzdur. Benzer şekilde, beş milyondan fazla oy alan bir siyasi partinin eş genel başkanı için somut olgulara dayanan kaçma şüphesi, delilleri yok etme ve gizleme gibi durumlar olmadan **sadece işlediği iddia edilen suçun katalog suçlardan olması** ve başsavcılıkların **ifade verme çağrısını reddetmesinden** dolayı tutuklama tedbirine başvurulmasının **partinin temsil ettiği seçmenlerin demokratik toplumsal hayata katılımlarını olumsuz etkileyeceğini** söyleyebiliriz (23).

Bütün bu karşı gerekçeler, **en azından başvuru iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı**nın kanıtıdır. Ama çok daha önemlisi, bu karşı oy gerekçeleri bize hukukta bütünden koparılmış bir yorumun söz konusu olamayacağını, anayasal değerler arasında çatışma ortaya çıktığı oranda bunlardan birini diğerine feda etmeyen, herbirine optimal geçerlilik sağlayan pratik uyum ilkesinin uygulanması gerektiğini göstermektedir.

Selahattin Demirtaş'ın Cumhurbaşkanı adayı olması ve seçim kampanyasını hapisanede sürdürmesi ise, karardaki gerekçe zaafını zirveye çıkaran yeni bir durumdur. Bu nedenle Demirtaş'ın avukatları, Demirtaş'ın tutukluluğunun devam ettirilmesinin Cumhurbaşkanlığı seçimine gölge düşüreceği, bu hususun rakiplerince de dile getirildiği, bu koşullarda tutukluluğun devamının ağır bir ihlâl oluşturduğu gerekçesiyle AYM'ne yeniden bireysel başvuruda bulunmuştur⁷². Bu makale tamamlanmak üzereyken, AYM'nin bu başvuruyu reddettiği haberi geldi. Bu satırların yazıldığı sırada gerekçeli karar henüz yayımlanmamıştı. Ama gerekçeyi göznüne getirebilmek için ilk karara bakmak sanırım yeterli olacak. Buna göre, Anayasanın bütünlüğü, pratik uyum ilkeleri üzerinde kafa yorulduğunu da düşünemiyoruz. İçinde bulunduğumuz koşullarda Sayın Cumhurbaşkanı'nın bu adaylığa ilişkin bilinen

⁷² <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/demirtas-tahliye-icin-anayasa-mahkemesine-basvurdu-40851131>

tavır ve söyleminin⁷³ kararda belirleyici olduğu iddiasının, AYM'nin sevdiği deyimle "keyfi ve temelsiz" olduğunu ileri sürmek ne derece inandırıcı olur? Şurası yalın bir gerçek ki Türkiye Tarihi, henüz hüküm giymeden Cumhurbaşkanlığı seçim kampanyasını hapiste yürüten bir siyasetçiyi ilk kez yaşamaktadır. Bu bağlamda Sayın Cumhurbaşkanının, en azından yeniden Partisinin başına geçmesine ve Meclis'e girmesine yol açan siyasal ve yasal süreci hatırlaması beklenirdi. Biraz empatinin Sayın Cumhurbaşkanı'na ve ülkeye iç bir zararı olmaz. Aksine böyle bir tavır Türkiye'de demokrasinin gelişmesine önemli bir katkı sunar.

SONUÇ Yerine Genel Değerlendirmeler:

1) OHAL KHK rejimi altında yapılan 2017 Anayasa Değişiklikleri yeni bir siyasal rejim ve sistem getirmiştir. Sistemin resmi adı "Cumhurbaşkanlığı Sistemi"dir.

2) Bu sistemde Cumhurbaşkanı yeni siyasal rejim ve sistemin merkezine alınmıştır. Yasama ve yargı güçleri geleneksel yetkilerinde Cumhurbaşkanı lehine kayba uğratılmış ve devlet güçleri, doğrudan ya da dolaylı olarak Cumhurbaşkanına kaydırılmıştır. Bu yoğunlaşmada Cumhurbaşkanına kaydırılan güçler, kendisinin aynı zamanda parti lideri olarak kalabilmesi nedeniyle, anayasal (ve hukuksal) çerçeveyi de aşabilecek biçimde yapılandırılmıştır.

3) Bu yoğunlaşma, ancak cumhurbaşkanı ile siyasal iktidarın ayrı partiler ya da koalisyonlar şeklinde ayrışmasıyla esnetilebilir. Ama bu kez de devletin işleyişinde zaaf ortaya çıkabilir. Böyle bir durum cumhurbaşkanlığı ve yasama organı seçimlerinin eşzamanlı olması ve cumhurbaşkanının koşulsuz fesih hakkını kullanmasıyla siyasal bir bunalıma da dönüşebilir. Örneğin 2018 seçimlerinde böyle bir tablonun ortaya çıkması halinde, koşulsuz fesih hakkının kullanılması şaşırtıcı olmayacaktır. 7 Haziran 2015 seçimlerinde fiilen sağlanan sonuç, bu kez anayasal bir yetki devreye sokularak gerçekleştirilmeye çalışılacaktır. Gerçi yorum kurallarına göre, şimdiki Cumhurbaşkanının ikinci kez

⁷³ En son örneklerden biri: "Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, 1,5 yıldır tutuklu bulunan Halkların Demokratik Partisi (HDP) cumhurbaşkanı adayı Selahattin Demirtaş'ın seçimlerde yarışmaması gerektiğini söyledi. Erdoğan, "Bir eksiklik, yanlışlık var. Burada illa mahkumiyeti adaylık şartları arasında saymamamız lazım. Tutuklu olan kişi aday olamaz, olmamalı" ifadelerini kullandı.": <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-44478425>

seçilmesi halinde böyle bir fesih yetkisini kullanması, kendisinin üçüncü kez seçilememesi sonucunu doğurur. Ancak, bugünkü yapısıyla Yüksek Seçim Kurulu'nun, 21.01.2017 gün ve 6771 sayılı T.C. Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesinin b bendine dayanarak, 101.maddede yapılan değişikliğin bu seçimlere ilişkin takvimin başladığı tarihte yürürlüğe gireceğini, dolayısıyla "en fazla iki kez cumhurbaşkanı seçilebilme" kuralının etkisini ancak bu seçimden sonra göstereceğini belirtmesi de bir sürpriz olmayacaktır. Bu yorumun yanlışlığı hukuksal açıdan tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Çünkü "en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralı" değişiklikten önce de 101. maddede aynen yer almış ve değişik 101. maddenin yürürlüğe gireceği ana kadar aynı ifadeyle kesintisiz olarak yürürlükte kalmıştır. Başka bir deyişle "Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir." şeklindeki kural, 101. maddenin her iki metninde de harfi harfine aynıdır. Sorun şurada kendisini gösteriyor: Bu doğru yorumu benimseyip Sayın Cumhurbaşkanının üçüncü kez aday olamayacağına karar verebilecek bir Yüksek Seçim Kurulu mevcut mudur? Ya da onun benimsememesi halinde yapılacak bir bireysel başvuru üzerine doğru yorumu devreye sokacak bir Anayasa Mahkemesi kalmış mıdır? İşte bu soruların akla gelmesi bile yargıda ulaştığımız aşamanın hüznün verici görüntüsünü yansıtmaktadır. Umarız Yüksek Seçim Kurulu ya da Anayasa Mahkemesi, konu önlerine geldiğinde, bu soruları dile getirdiğimiz için bizi utandıracak bir karara varırlar.

4) Yargı organının uğradığı güç kaybı böylesine göz tırmalayıcı bir boyuttur. Oysa güçler ayrılığı ilkesi açısından yargı organı gerek parlamenter, gerek başkanlık ve gerekse yarı başkanlık sistemlerinde diğer devlet güçlerinden katı bir biçimde ayrılmıştır. Yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve yargıç güvencesi bu katı ayrılığı somutlaştıran alt ilkelerdir. Bunların hukuken ve fiilen etkili olmadığı bir sistemde adalet gerçekleşemez. Bu koşulların yerleşik olmadığı bir düzen, güçleri kendisinde toplayan devlet organına da bir hayır getirmez. Çünkü denetimsiz bir güce sahip olanlar, giderek yanılmazlık hasletine sahip oldukları inancına kapılırlar. Böyle bir inanç ise, gerek siyasal ve gerekse hukuksal yönden arka arkaya hata yapmanın kapısını açar.

5) İşte bu nedenlerle Türkiye halkı bir an önce bütünlüğünü koruyarak, II. Mahmut'la başlayan İslahat ve onu izleyen Tanzimat, Meşrutiyet ve Cumhuriyet aşamalarının tarihsel çizgisini daha da ileriye

götürecek bir anlayış içine girmeli ve demokrasisini, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayanan bir niteliğe ulaştırmalıdır.

KAYNAKÇA

I. Kitap ve Makaleler

Cem Eroğul-Fazıl Sağlam, “Milletvekillerine Açık Mektup”: <http://www.birgun.net/haber-detay/anayasa-hukukculari-erogul-ile-saglam-dan-vekillere-acik-mektup-tarih-ile-yuz-yuzesiniz-142861.html>

Kemal Gözler, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi?-Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme”: <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>

Kemal Gözler, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı-Elveda Anayasa”: <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.htm>.

Kemal Gözler, *Elveda Anayasa*, Ekin Yayınevi, Bursa Mart 2017.

Kemal Gözler, “Referandumdan Önce Son Gözlemler”: <http://www.anayasa.gen.tr/son-gozlemler.html>

Kemal Gözler, “‘Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’ Farklı Kavramlar mı? ‘Cumhurbaşkanının Meclisi Fesih Yetkisi Yoktur’ İddiası Üzerine Bir İnceleme”: <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>; aynı yazar, “Adalet Bakanı Bekir Bozdağ’ın ‘Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’nin Farklı Şeyler Olduğu Yolundaki Açıklaması Hakkında Bir İnceleme”: <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-bozdag.html>

Kemal Gözler, <http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>, s. 9.

Ece Göztepe, “Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”: *Güncel Hukuk* Mart 2017/3, s. 46-51.

İbrahim Kaboğlu, “Avrupa Mahkemesi Kararları: Kapsam ve Etkisi”: *Birgün*, 22 Mart 2018.

Fazıl Sağlam, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”: *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 32, Ankara 1996, s. 57 vd.

Fazıl Sağlam, “Anayasal Gelişim Sürecinde Dikkati Çeken Tehlikeler”: *Ülkü Azrak 75 Yaş Armağanı*, İstanbul 2008, s. 503-522.

Fazıl Sağlam, “AKP’nin Anayasa Değişikliği Paketi Üzerine Düşünceler” *MÜLKİYE*, Yaz/2010, Cilt XXXIV, s. 15-46.

Fazıl SAĞLAM, “Anayasa Şikâyeti-Anlamı Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında olası Sorunlar”: Ece GÖZTEPE-Aykut ÇELEBİ, *Demokratik Anayasa –Görüşler ve Öneriler*, Metis Yayınları İstanbul 2012, s. 419-465.

Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2013.

Fazıl Sağlam, KKTC Anayasa Hukuku Dersleri, YDÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2016.

Fazıl Sağlam, “Anayasa Mahkemesi Bir Vesayet Kurumu mudur?-Anayasa Mahkemesi Olmadan da Ülke Yönetilebilir mi?": Türkiye'nin Anayasa Gündemi, 27 Uzman, 66 Soru-Yanıt, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.

Fazıl Sağlam, “Anayasa Değişikliği Girişimi Üzerine Bazı Notlar”: Hukuk Defterleri, Sayı 5-Ocak/Şubat 2017, s. 24-28.

Fazıl Sağlam “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”, Teoman Ergül’e Armağan, TBB Yayını Ankara 2017, s. 373-444.

Fazıl Sağlam, “Kamu Hukukçuları Platformu VI. Toplantı Konusunun Tanıtımı”: Anayasa Mahkemesini Bireysel Başvuru, Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, TBB Yayını, Ankara 2017.

Klaus Schlaich - Stefan Koriot, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2004.

Tolga Şirin, “Anayasa Hükmünde Kararnameler”: Güncel Hukuk Kasım 2016 s. 155: <http://www.guncelhukuk.com.tr/guncel-hukukta-bu-ay/ana-dosya-yeniden-anayasa-khk-doneminde-hukuk.html>, aynı yazıyı aşağıdaki linkten de okuyabilirsiniz: http://www.academia.edu/29209473/Anayasa_H%C3%BCkm%C3%BCnde_Kararname.docx

Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesinin Şahin Alpay Kararı Hakkında Notlar”, Anayasa Hukuku Dergisi, S. 13, 2018.

Tolga Şirin, "2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirmesi": Anayasa Hukuku Dergisi, C.6, S.11, 2017.

Tolga Şirin, “AYM'nin ve Derece Mahkemelerinin Yetki Kesişimi Tartışması: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Özelinde Bazı Notlar”: <https://www.tolgasirin.com/single-post/2018/01/17/AYM-ve-Derece-Mahkemelerinin-Yetki-Kesişimi-Tartışması-Kişi-Özgürlüğü-ve-Güvenliği-Hakkı-Özelinde-Notlar>

Durmuş Tezcan, “Hâkim Güvenceleri Açısından 26 Haziran 2016 Tarihli Baka-Macaristan Büyük Daire Kararı İle İlgili Bazı Gözlemler”: Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları'na Armağan-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Özel Sayı, 2016/4, s. 3687-3694.

Bülent Tanör, *Türkiyede Yerel Kongre İktidarları*, Afa Yayınları İstanbul 1992.

Rıza Türmen, (AİHM Alpay ve Altan kararının kısa analizi): *Cumhuriyet*, 21.03.2018, s. 10.

II. Yargı Kararlar

AİHM, 20.03.2018, ŞAHİN ALPAY - TÜRKİYE, (*Başvuru No. 16538/17*)

AİHM, 26.06.2016 Tarihli BAKA-MACARİSTAN Büyük Daire Kararı.

AYM 10.1.1991, E.90/25, K.91/1: AYMKD 27/1, s. 105.

AYM 10.1.1991, E.90/25, K.91/1: AYMKD 27/1, s. 107.

AYM 04.08.2016, E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/717f7c20-b696-4379-84f6-dfb568f8844a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

AYM, 12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159: RG 04.11.2016-29878

AYM 20.06.2017, Bireysel Başvuru No: 2016/22196: RG 30.06.2017 -30110.

AYM 21/12/2017, Bireysel Başvuru No: 2016/25189: Resmi Gazete: 01.02.2018-30319 (Selahattin Demirtaş Kararı).

AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/50972: RG 19.01.2018-30306 (Turan Güney Kararı).

AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/16092: RG 19.01.2018-30306 (Şahin Alpay Kararı 1);

AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/23672: RG 19.01.2018-30306 (Mehmet Altan Kararı).

AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15586: RG 19.01.2018-30306. (Alparslan Altan kararı)

AYM 15/3/2018, Bireysel Başvuru No: 2018/3007: RG 19.03.2018-30365 (AYM Şahin Alpay 2. Kararı).

AYM 12.04.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15637: RG: 22.05.2018-30428 (Erdal Tercan Kararı)

BVerfGE 1, 418, 420; BVerfGE 18, 85, 92.

BVerfGE 65, 322.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28/09.2010, E. 2010/YYB-162, K. 2010/179.

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, 12.01.2018,Değişik İş No: 2018/39.

III. Gazete Kaynakları

<http://odatv.com/parlamentar-sistem-bekleme-odasina-alindi--2403151200.html>

http://www.milliyet.com.tr/erdogan-turkiye-nin_yonetim/siyaset/detay/2102172/default.htm

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/345623/_Turkiye_nin_yonetim_sistemi_filen_degisti_.html

BBC, 15.8.2015, http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/08/150814_erdogan_sistem

<https://www.youtube.com/watch?v=YaECGxHgY0I>

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/175807/Hasim_Kilic_tan_sert_mesaj.html#

<http://www.birgun.net/haber-detay/bahceli-den-baskanlik-sistemi-aciklamasi-131541.html>

Şükran Soner, “Fazıl Sağlam’la Söyleşi”, 14.02.2017 tarihli Cumhuriyet, s. 12: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/675505/_Bunun_adi_Reislik_sistemi_.html

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/demirtas-tahliye-icin-anayasa-mahkemesine-basvurdu-40851131>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-44478425>