

SUNUŞ

“ANAYASA’YA SAYGILI YASA” İÇİN “ANAYASA MAHKEMESİ”

Olağanüstü Hâl (OHAL) ortam ve koşullarında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile, çoğulcu siyasal rejimlerin ortak paydalarını oluşturan anayasacılık ilkeleri terkedildiği gibi, **ulusal anayasal kimlikten** de uzaklaşıldı.

Buna karşılık; Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri ve Anayasa’nın değişmez hükmü olarak “**insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti**”, bir eksen ve üstün norm ilkesi olarak, Anayasa Mahkemesi için geçerliliğini sürdürmektedir. Bu temel norm, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) açısından “**anayasaya uygun yasa**” çıkarmanın bir gereği olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi (AYM) için de çerçeve oluşturan bir denetim ölçütüdür.

Bu nedenle; Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine dönülmesi için AYM’ye tarihsel bir sorumluluk düşüyor.

AYM’nin üç dizi kararının, OHAL’in asgari standartlarını bile ihlal eder nitelikte olduğu unutulmamalıdır:

- “**Sosyal çevre ve kalıcılık**” kriterleri: İki üyesi hakkındaki ilk kararı (4.8.2016), hukuki ölçütlere yabancıdır.

- **Yorum yöntemlerinin eksik kullanımı ve Anayasanın bağlayıcılığı**: AYM’nin, OHAL KHK’si denetiminden, Anayasa metninin sözel (lafzi) ve tarihsel yorumuna vurgu yapıp, sistematik ve amaçsal yorumu kullanmayarak kaçınmış olduğunu hatırlatalım (bkz. KHK/668-671, AYMK, E. 2016/159-160; R.G. 4 ve 12 Kasım 2016).

-**Toptan ret ve pilot karardan kaçınma**: OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHALİİK), başvuruları almaya başlayınca AYM, önünde bekleyen 70.771 başvuruyu reddetti (4.8.2017). Oysa AYM, en azından, OHALİİK kararlarına esas teşkil edebilecek bir ilke kararı (“pilot karar” şeklinde) vermeli idi.

7145 sayılı yasa (RG: 31.07.18) ile AYM’nin iki önemli mazereti ortadan kalktı.

7145 sayılı yasa ile; 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun’a aşağıdaki geçici madde eklendi:

GEÇİCİ MADDE 2- (1) *Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında olup, münhasıran bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenir.”*

Böylece, Tazminat Komisyonu'na binlerce dosyanın devredilmesiyle AYM'nin iş yükü azaldı.

18 Temmuz 2018'de OHAL'in sona ermesi ile, AYM açısından Anayasa madde 148 engeli de ortadan kalkmış oldu.

Kısacası, AYM'nin şu iki mazereti ortadan kalkmış oldu: Anayasa engeli ve iş yükü sorunu.

Hâliyle, 27. yasama döneminde oylanan ve yürürlüğe konulan yasaların çok büyük bir kısmının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle, Anayasa Mahkemesi, yeniden tarihsel sorumluluğu ile karşı karşıya getirmiş bulunuyor. (Bunlara, çok sayıda CBK de eklenmeli.)

Bilindiği üzere, Türk Anayasa Mahkemesi, dava yolu (soyut norm), itiraz yolu (somut norm) ve bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) üzerine olmak üzere, en geniş denetim yetkisine sahip olan bir anayasal yargı organıdır. Asıl olan, üç farklı yoldaki denetimde kullanılan ölçütler arasında paralellik bulunması ve kararların iç tutarlılığı ilkesidir.

Üzerinde **soyut norm denetimi** yapılacak ve AYM önünde olan (ve önüne gelmesi muhtemel olan) hukuki işlemler, **dört kategoride** toplanabilir:

1) **KHK**: Başta 703 sayılı KHK olmak üzere Yetki Kanunu çerçevesinde çıkarılan KHK'ler.

2) **Yasalaştırılan OHAL KHK'leri**: Söz konusu olan, kendilerine yasa sayısı verilen, ancak yasa niteliğinden yoksun ve onbinlerce kişinin adlarını içeren listelerden oluşan hacimli metinlerdir. Bakanlar Kurulu'nun toplanma tarihleri ile söz konusu kararnamelerin tarihleri farklı olduğu gibi, KHK'nin altında imzası bulunan siyasal şahsiyetler ile KHK ek listelerini hazırlayan kişiler (muhtemelen bürokratlar) birbirinden farklı; üstelik KHK maddelerinde yapılan tanımlar da, Anayasa hükümleri ile örtüşmüyor. Buna karşılık, öngörükleri yaptırımlar, "*kapsam, mekân ve zaman*" bakımından fazla geniş ve belirsizdir. OHAL rejiminin temel ilkelerine ve asgari standartlarına aykırı olan düzenlemelere, olağan dönemde asla hukuki geçerlilik atfedilemez.

3) **27. Yasama dönemi Kanunları**: TBMM'nin 27. dönemde ilk icraati olan OHAL'in 3 yıl daha uzatılmasına dair 7145 sayılı Kanun, 3 yıllık geçiş dönemi olarak adlandırılan, ancak "yasa yolu ile fiili ve örtülü" biçimde OHAL'i sürdüren bir torba yasa olarak düzenlenmiştir. 7145 sayılı Yasa'dan, 7159 sayılı olanına kadar -uluslararası anlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlar dışındaki- yasaların çoğunluğu, Anayasa'ya açıkça aykırıdır veya bu yönde hükümler içeriyor.

4) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (**CBK**): Bu kararnameler, sadece 2017 Anayasa değişikliği ile çizilen çerçeveye değil, yasalara da aykırıdır. Burada sadece iki kategoriye işaret edilebilir: Münhasır yasa alanı ve yasa ile düzenlenen konular. CBK için öngörülmüş bulunan bu anayasal çerçeve ve yasaklar, kanun hükmünde kararname KHK/703) ile dolanılmıştır. CBK'ler, say-

dam olmayan yapım tarzı, gerekçe yokluğu ve yetki fetişizmi ile “**hukuk güvenliği**” ilkesini de ihlal etmektedir.

Bu çerçevede AYM’nin, **denetimde referans** alacağı normlar, üç düzlemde toplanabilir:

- Anayasa,
- Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler,
- Hukukun genel ilkeleri.

AYM’nin vereceği kararlar, Türkiye’de hukuka dönüş umudunu yeşertmesi bakımından yaşamsaldır. Aksi hâlde, **meşruluk** sorunu ile sakat olan Anayasa değişikliğinin **mer’iyet** sorunu da gündeme gelir. AYM kararları, şu ikilemin aşılması bakımından da yaşamsal nitelikte olacaktır: Türkiye, bir demokratik hukuk devleti mi olacak, yoksa “**tek kişinin iradesi**”ne indirgenmiş bir “**kişi-parti devleti**” mi olacak?

Bu sayıdan itibaren AYHD’de, (Tolga Şirin’in bu sayıdaki makalesi örneğinde olduğu gibi) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri vb. konularda AYM kararlarına ışık tutucu bilimsel araştırmalara daha çok yer vermek dileğiyle, iyi okumalar.

27 Aralık 2018
İbrahim Ö. Kaboğlu

FOREWORD

CONSTITUTIONAL COURT FOR "LAWS RESPECTFUL OF THE CONSTITUTION"

Together with the amendments to the Constitution made under the State of Emergency (OHAL), constitutional principles which shape the common ground of pluralistic political regimes were abandoned, and the **constitutional identity of the nation** was also left behind.

Despite this, a "**democratic state of law which respects human rights**" continues to be valid for the Constitutional Court as the character of the Republic of Turkey and the unchangeable, pivotal and supreme norm. The foundational norm that "**legislation must be compatible with the constitution**" is both a norm that Parliament (TBMM) must observe and the framework criterion for constitutional review that the Constitutional Court (AYM) must uphold.

For this reason, it is the historical responsibility of AYM to honour the principle of the supremacy of the Constitution and its binding nature.

It should be kept in mind that three different judgements of AYM violate the minimum standards of OHAL.

- Criteria of "**Social environment and continuance**": The first judgement regarding its two members (04.04.2016), departs from legal standards.

- **Missing aspects of legal interpretation methods and the binding nature of the Constitution**: Let's remember that AYM avoided the review of legislative decrees (KHK) under OHAL, by emphasising verbal and historical methods of interpretation, while not applying the systemic and teleological methods. (e.g. KHK/688-671, AYMK, E. 2016/159-160; R.G. 4 and 12 November 2016).

- **Complete refusal to act and avoiding pivotal judgements**: When the Commission for Reviewing OHAL Procedures (OHALİİK) began to receive complaints, AYM refused 70.771 complaints which it had already received. However, AYM could at least have made a pivotal judgement which could serve as a foundation for future OHALİİK decisions.

In law 7145 (RG: 31/07/2018), two important excuses that had been used by AYM were removed.

Law 7145 added the provision below to Law 6384 dated 09/01/2013 (Law on the Settlement of Some Complaints lodged with the European Court of Human Rights by means of paying Compensation):

“PROVISIONAL ARTICLE 2- (1) *Individual applications which are covered by the (a) and (b) clauses of the 2nd article of the Law and are exclusively pending before the Constitutional Court on the effective date of the article, shall be reviewed by the Commission within three months following the inadmissibility decision, given on the merits of non-exhaustion of legal remedies.*”

Thus, thousands of applications were handed over to the Compensation Commission, which decreased the workload over AYM.

On the termination of the OHAL on the 18th of July, 2018, the obstacle of the 148th Article of the Constitution was also removed for the Constitutional Court.

In brief, these two excuses were removed: Constitutional restraint and the problem of workload.

Naturally, the fact that the large majority of laws that were approved and enacted during the 27th Period of Legislation were incompatible with the Constitution, means that the Court is once again face to face with its historical responsibility. (Many Presidential Decrees should also to be considered.)

As is known, the Turkish Constitutional Court possesses the largest jurisdiction of its kind, including the case remedy (abstract norm), contestation remedy (concrete norm) and individual application (constitutional complaint).

Legal acts which are subject to **abstract review of norms** and already pending before AYM - and possible others - can be put in **four categories**:

1) **Legislative Decrees (KHK)**: Legislative decrees which were produced in the framework of the Empowering Act, principally KHK no. 703.

2) **Legislative Decrees that are codified**: These are the voluminous ones which were numbered as codes although lacking legal qualities and containing the names of tens of thousands of people. Not only are the dates of the Cabinet decisions and the dates of the Decrees different, but the political figures who signed and the people who drafted the KHK appendixes (possibly bureaucrats) are different too. Moreover, the definitions that had been made in KHK articles do not match the constitutional provisions. Despite this, the prescribed sanctions in these Decrees are very large and vague in terms of "*coverage, location and time*". These are regulations which are already in violation of the basic principles and minimum standards of the OHAL. The regime could not be regarded as valid under ordinary state of affairs.

3) **Legislation passed during the 27th Period**: The first task that TBMM undertook in the 27th Period was the law which was branded as being

for a 3-year transition period but was in fact an omnibus bill, no. 7415, expanding OHAL for 3 years "through codification in a disguised way". From law 7415 to 7159 (with the exception of the one that was on approval of international agreements) the majority include clear violations of the Constitution or articles in such direction.

4) **Presidential Decrees (CBK)**: These are not only in violation of the 2017 Amendments but also of various laws. Two categories can be identified here; the field exclusively to be regulated by codification and issues regulated through codes and acts. The restraints and constitutional framework that were prescribed for CBK was overturned with the help of KHK 703. CBKs violate the principle of "**legal certainty**" because they are not drafted transparently, lack reasoning and bear the fetichism of authority.

Based on this, three different categories of norms **to be considered in review** by AYM can be identified.

- Constitution
- International Conventions which Turkey is a party
- General principles of law

Decisions by AYM are essential for revitalizing hope of a return to law in Turkey. Otherwise, the constitutional amendment which was already crippled by the problem of **legitimacy**, could be viewed problematic in means of validity as well. AYM decisions will be vital in overcoming this dilemma: Will Turkey - as the constitutional supreme norm requires - become a democratic state of law, or a "**person-party state**" which is reduced to the "**will of one person**" ?

We wish to provide more scientific research to enlighten AYM decisions. Begining in this issue in AYHD, with "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" by Tolga Şirin, have a good read.

December 27th
İbrahim Ö. Kaboğlu