

# **KARAR İNCELEMELERİ/** **REVIEW OF DECISIONS/JUDGEMENTS**

## **“SİVİLLERE YARGI MUAFİYETİ” Mİ? Anayasa Mahkemesinin 2018/31 E., 2020/38 K. Numaralı Kararının Yakın Bir Okuması**

*(“JUDICIAL IMMUNITY FOR CIVILIANS?”*

*A Close Reading of the Constitutional Court’s Judgment 2018/31 E., 2020/38 K.)*

**Buğrahan Fertelliöđlu\***

Anayasalcılık bir bağlamda, kamu gücünün keyfi kullanımından, yasal ve hemen her alanda yargısal denetime tabi olarak kullanılmasına doğru evrilen bir tarihsel süreç olarak tasvir edilebilir. Bu nedenle modern anayasal sistemlerde kamu gücü ile tesis edilen her türlü işlem ve eylemin yargı denetimine tâbi olması kural, belirli işlem ve eylemlerin bu denetimden muaf tutulması ise istisnadır.<sup>1</sup> Bunun yanında modern hukuk sistemlerinin en mühim fonksiyonlarından biri de, şiddetin hukuk kişileri arasındaki ilişkilerden tamamen yalıtılmış olmasıdır. Bu bakımdan şiddet kullanma ruhsatı ancak yasal sınırlar ölçüsünde kamu organlarına ve ajanlarına verilmiş ve bu kullanımın kati meşru nedeni olarak kamu yararı belirlenmiştir. Benzer şekilde kamu organları tarafından fiziksel şiddet kullanma yasağı birçok açıdan kural, şiddet kullanımı ise istisnadır. Hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde şiddet kullanımına müsaade eden istisnalar yargısal muafiyet istisnalarına nazaran çok daha sınırlı sayıdadırlar. Ceza hukuku yazınında hukuka uygunluk halleri başlığı altında yer alan bir grup özel vaziyetin dışında bu duruma yönelik düzenlemelerle sık karşılaşılmaz. Denilebilir ki, şiddet kullanımının kamu-

---

\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü doktora öğrencisi. (bfertelli@gmail.com)

<sup>1</sup> Anayasanın “Yargı Yolu” başlıklı 125’inci maddesinin ilk cümlesi bu temel kuralı ifade eder: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”

sal organlar tekelinde bırakılmasına yönelik tutuculuk yine modern devletin tarihsel uğraklarından biri olarak belirir.<sup>2</sup>

Anayasa Mahkemesi (“AYM”) tarafından yakın tarihte verilen bir karar<sup>3</sup> yukarıda zikredilen durumların ulusal hukuk dogmatığında işgal ettiği yerin idraki açısından oldukça ilgi çekicidir. İlgili karar, kamuoyunda ve ulusal basında “Sivillere Yargı Muafiyeti”<sup>4</sup> başlığı ile tartışılan bir Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamesi normunun anayasallık denetimine ilişkindir. Bu yazıyla, anılan kararın anayasa hukuku ve ceza hukuku bakımından incelenmesi amaçlanmaktadır.

### Kararın Kısa Özeti

İptal davasına konu edilen norm, 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 113. maddesiyle 8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 37. maddesine eklenen (2) numaralı fıkradır. İlgili norm şu şekildedir:

“...Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.”

<sup>2</sup> Hukukun şiddet tekeline dair ayrıca bkz: Walter Benjamin, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine” içinde Aykut Çelebi (haz.) Şiddetin Eleştirisi Üzerine (çev. Ece Göztepe Çelebi, 2.Baskı, Metis 2014), 23.

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E. 2020/38 K., 16.07.2020.

<sup>4</sup> Bkz: “AKP'den Sivillere Yargı Muafiyeti Açıklaması” (bianet.org, 25.12.2017), <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/192741-akp-den-sivillere-yargi-muafiyeti-aciklamasi-erisim-tarihi-02.12.2020>; “KHK ile 'cezazsırlık' düzenlemesi: Hukukçular ne düşünüyor?” (bbc.com, 24.12.2017) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-42471577> erişim tarihi 02.12.2020; “Sivile yargı muafiyeti maddesi değişecek mi? Hükümetten açıklama geldi” (hurriyet.com.tr, 26.12.2017) <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/sivile-yargi-muafiyeti-maddesi-degisecek-mi-hukumetten-aciklama-geldi-40690703> erişim tarihi 02.12.2020.

Normun atıfta bulunduğu birinci fıkrada özetle 15.07.2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsü ve terör eylemlerine karşı mücadele kapsamında karar alan yahut eylemde bulunan kamu görevlilerinin bu karar ve eylemleri neticesinde mali, idari, hukuki ve cezai sorumluluklarının olmayacağı durumu düzenlenmiştir. İptal davası açan milletvekilleri ilkin, bu normun bir “af” niteliği taşıdığını iddia etmiş ve bu nedenle ancak TBMM üye tam sayısının beşte üçlük bir çoğunluğunun iradesiyle kanunlaşabileceğini öne sürmüşlerdir. Bu iddia iptal davasının şekli yönünü oluşturmaktadır. Akabinde ise ilgili normun başta yaşam hakkı ve işkence yasağı olmak üzere birçok temel hakkı sınırladığı öne sürülmüş ve bu bakımdan Anayasanın 15’inci maddesi başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlük normunun ihlal edildiği öne sürülmüştür. Son olarak ise ilgili kuralın belirlilik kriterini taşımadığı, bu bakımdan ise hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak Anayasanın 2’inci maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.<sup>5</sup>

AYM yapmış olduğu inceleme neticesinde ilkin kuralın af niteliğine haiz olmadığını ifade etmiş ve bu doğrultuda Anayasanın 96’ncı maddesi bakımından herhangi bir aykırılık tespit etmemiştir.<sup>6</sup> Akabinde ise kuralın temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmadığından bahisle 15’inci madde bakımından bir inceleme yapmamış<sup>7</sup>, “belirlilik” kriteri yönünden ise anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>8</sup> Kararla ilgili incelenmesi gereken ilk husus yönetsel niteliktedir.

### **Kuralla Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Söz Konusu Değil midir?**

Temel hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamanın çerçevesi anayasa ile çizilmiştir. Bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklere olağan dönemlerde getirilecek sınırlandırmalar Anayasanın 13’üncü maddesine uygun olmak zorundadırlar. Bunun yanında savaş, seferberlik ve olağanüstü hal durumlarında ölçü norm Anayasanın 15’inci maddesidir. Sayılan durumlarda yapılan sınırlandırma yahut durdurmaların ise bu norma uygun olmaları gerekir.

---

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi, (n 3) § 6-7.

<sup>6</sup> ibid § 8-17.

<sup>7</sup> ibid § 5.

<sup>8</sup> ibid § 18-34.

Anayasa Mahkemesi bir kuralın anayasaya aykırılığını incelerken ilkin o kuralın bir temel hak ve özgürlüğü sınırlayıp sınırlamadığını tespit etmektedir. Eğer sınırlama durumu söz konusu ise bu normun sınırlama rejimine bağlı olarak 13'üncü veya 15'inci maddede çizilen çerçeveye uygun olması gerekir. Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan OHAL KHK'lerinin denetiminde de benzer bir yöntem seyredilmiştir. Eğer kural, olağanüstü halin ilanına neden olan tehdidin bertaraf edilmesi amacıyla ihdas edilmiş ve de olağanüstü hal süresi ile sınırlı olarak etki doğurmuş ise 15'inci madde, aksi durumda ise 13'üncü madde ölçü norm olarak kullanılmaktadır.<sup>9</sup>

Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararında anayasallık denetimine tabi tutulan normun temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla bir bağlantısının olmadığını ifade etmiş ve 13-15'inci maddeler bakımından bir inceleme yapmamıştır:

“...Aşağıda açıklandığı üzere kuralla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması söz konusu olmadığından kural yönünden anılan sorun çerçevesinde bir araştırma ve inceleme yapılması gerekli değildir...”<sup>10</sup>

Hemen belirtmek gerekir ki kararın ilerleyen bölümlerinde bu konuyla ilgili hususi bir değerlendirme yapılmamış, yalnızca normun içeriğinin açıklanmasıyla yetinilmiştir. Peki, gerçekten de ilgili normla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması söz konusu değil midir?

İptal başvurusunda bulunan milletvekilleri iptal taleplerinin gerekçesinde bunun aksini öne sürmektedirler. İddiaya göre bu norm, etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında yaşama hakkı ve işkence yasağı başta olmak üzere, itibar hakkı, mülkiyet hakkı ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakları gibi birçok anayasal hakka yönelik sınırlama mahiyetindedir.<sup>11</sup>

Gerçekten de ilgili normun içeriği dikkate alındığında akla ilk keredede birçok temel hakka yönelik fiili müdahaleler gelmektedir. AYM, kararın devamında normda ifade edilen “bastırma” eyleminin içeriğini açıkça somutlaştırmamıştır. Buna karşın, darbe teşebbüsünün kendine mahsus niteliği gereği, terör eyleminde bulunan ve saldırıları gerçekleştiren kimselerin önemli bir bölümünün kamu görevlileri olması nedeniy-

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi, 2018/74 E. 2019/92 K., 24.12.2019, § 11-12.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi, (n 3), § 5.

<sup>11</sup> ibid § 7.

le bu eylemlerin bastırılmasında meşru kamu gücü kullanan kamu organlarının tek başına yeterli olamayacağı vurgulanmıştır.<sup>12</sup> Mahkeme duruma özgü yapmış olduğu bu değerlendirmeye birlikte normun “egemenlik hakkını kullanan vatandaşların” zarara uğrama ihtimalini bertaraf etme amacına yöneldiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda olağan dönemde kamu organları ve kamu ajanları tarafından yasal çerçevede kullanılan fiziksel kuvvetin, durumun hususi niteliği uyarınca vatandaşlar tarafından da hukuka uygun olarak kullanılabilceği ifade edilmiştir.

Bastırma sözcüğü ilk kertede belirli bir gücü bertaraf etmek üzere uygulanan karşı güç olarak anlaşılmaktadır. Bu istikamette iradi bir şekilde eyleyen bir öznenin bu eyleminin ağır bir hukuka aykırılığa sebep olacağından bahisle engellenmesi ifade edilmektedir. Bastırma eylemi, iradi eylemin irade dışı bir sonuç doğurmasını sağlar. Bu bakımından en az bir temel hak ve özgürlüğün kullanımına ilkesel anlamda sınırlama getirmek durumundadır. Örnek vermek gerekirse, kaçmak isteyen darbe müteşebbisinin tutulması (kişi özgürlüğü ve güvenliği), halka ateş açan müteşebbisin öldürülmesi, yaralanması (yaşam hakkı) yahut silahının ve diğer eşyalarının elinden alınması (mülkiyet hakkı vs.) durumları bu başlık altında sayılabilirler. İradi eylemin netice doğurmadan engellenmesi durumunda herhangi bir özgürlüğün sınırlanmaması mümkün görünmemektedir. Darbe teşebbüsünde ve terör eylemlerinde bulunan failer anayasal özgürlüklerini kötüye kullanmaktadırlar. Bu bakımdan tüm eylemler bütün olarak Anayasanın 14’üncü maddesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Buna karşın ilkesel olarak bu kötüye kullanılan hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların da yine anayasaya uygun olması gerektiği söylenebilir. Fakat başka bir yönden bakıldığında “bastırma” eylemlerinin herhangi bir temel hak ve özgürlüğün kullanımına yönelmediği de ifade edilebilir. Burada, bastırmanın yöneldiği darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bir hakkın yahut özgürlüğün kullanımı olarak değerlendirilemeyeceğinden bahisle bunlara yönelen eylemlerin de sınırlama niteliği taşımadığı kabul edilir. Bu görüş ceza hukuku yazınında “düşman ceza hukuku” olarak anılan öğretiyi akla getirmektedir. Çalışmanın kapsamı bakımından burada uzunca açıklanamayacak olmakla beraber bu öğreti, kamusal gücün yöneldiği kişinin bir hak öznesi olmaması fikrinden hareket eder. Suçlunun daha az yurttaş hatta bazı bağlamlarda

---

<sup>12</sup> ibid § 29.

toplumsal sözleşmenin tarafı olmaktan çıkmış bir düşman olarak tanımlanması, bu yurttaşın netice doğuran eylemlerinin hak kullanımı olarak değerlendirilmesinin de önüne geçer.<sup>13</sup> Bu şekilde yaklaşıldığında bastırmanın yöneldiği eylemlerin ilkesel olarak bir hak kullanımı içerdiği ifade edilemeyecektir. Bunun bir neticesi olarak da “bastırma” anayasal çerçevede bir müdahale ya da sınırlama olmaktan çıkacaktır.

Her ne kadar “bastırma” eylemi yapısı gereği en az bir hakkı sınırlar nitelikte görünse de, bu sınırlama doğrudan iptal davasına konu normun kullanılması suretiyle gerçekleşmediğinden normun bu sınırlamaların kaynağı olarak ele alınması gerekmez. Zira yalnız belirli bir tarihsel aralıkta gerçekleşen “bastırma” eylemlerinin normatif dayanağı iptal davasına konu olan norm değildir. Bu norm, “bastırma” eylemlerinin hukuki açıdan yaptırıma bağlanmasıyla ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin ilgili normu temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla bağlantılı olarak görmeyişi bu dairede anlaşılabilir. Buna karşın “bastırma” eyleminde bulunan kişilerin bu eylemleri neticesinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar karşısında yargısal muafiyete sahip olmaları yine de temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla alakalı olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda ilkin yaşam hakkı ve işkence yasağının usûli boyutuna yönelik etkili soruşturma yükümlülüğü akla gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) tarafından içtihat yoluyla geliştirilen bu yükümlülük, taraf devletlere insan hakları ihlallerine karşın etkili bir soruşturma yürütme sorumluluğu yüklemektedir.<sup>14</sup> Yaşam hakkı özelinde ilkin kamu görevlilerinin neden olduğu hak ihlallerinin etkili bir şekilde soruşturulması gerekliliği olarak beliren yükümlülük, zamanla failin belli olmadığı durumlara doğru genişlemiştir. Mevcut AİHM uygu-

<sup>13</sup> Düşman Ceza Hukuku kavramının felsefi kökenlerinden bahsederken Günther Jakobs Fichte’yi alıntılar: “Her kim yurttaşlık sözleşmesini kısmen terk eder-iradi veya dikkatsizlikle olsun- ve bu hal onun ihtimamsızlığına yüklenebilirse; artık o, bir insan ve bir yurttaş olarak kıymetini yitirir ve böylelikle hukuk dışı kalı.” Bu istikamette bastırma eylemlerinin hak kullanımlarına yönelmediğini söylemek bir noktada eylemleri bastırılan öznelere hukuk dışına itilmelerini söylemek anlamına gelebilir. Günther Jakobs, ‘Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku’ içinde Yener Ünver ed., Terör ve Düşman Ceza Hukuku, (çev. Mehmet Cemil Ozansü, Seçkin Yayıncılık, 2008), 491.

<sup>14</sup> Tolga Şirin, ‘Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi’ (2019) 21 Özel Sayı: Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan (1577), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1582.

laması kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğünün doğal olmayan yollarla meydana gelen ölüm olaylarının tümüne ilişkin olduğu söylenebilir.<sup>15</sup> Etkili soruşturma yükümlülüğü bu haliyle özerk bir yükümlülüğe dönüşmüştür.<sup>16</sup> Bir ölümün doğal olmayan yolla gerçekleşmiş olması, ölüme neden olan kişinin kamu görevi ifa ediyor olmasından bağımsız olarak etkili soruşturma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir.<sup>17</sup> Bu doğrultuda “bastırma” eyleminin yaşam hakkına yönelik olduğu durumlarda bu eylemin etkili bir şekilde soruşturulmasına engel olan bir norm, haliyle yaşam hakkının usûli boyutu bakımından sınırlama mahiyeti taşıyacaktır.

“Bastırma” eyleminin diğer hakların sınırlanması sonucu doğurduğu diğer durumlar bakımından ise etkili başvuru hakkının dikkate alınması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 13’üncü maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının anayasal karşılığı Anayasanın 40’inci maddesidir. Etkili başvuru hakkı, anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, etkili, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânının sağlanmasını teminat altına almaktadır.<sup>18</sup> AYM, Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu’nun OHAL kapsamında alınan ilave tedbirleri incelemesinin önünü kapayan düzenlemeyi iptal ettiği norm denetiminde ölçü norm olarak 40’inci maddeyi kullanmıştır.<sup>19</sup> Bu kararda mahkeme, incelemeye konu tedbirlerin olağanüstü hal süresince uygulanma özelliğinin aşıldığından bahisle 13’üncü madde kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiş ve denetimi bu kapsamda yapmıştır.<sup>20</sup> İnceleme konusu karar bakımından da esasen “bastırma” eylemlerinin hukuka aykırı olduğundan bahisle yargı yoluna başvurmak isteyen kişilerin bu başvurularının önüne ilave bir engel getirildiği görünmektedir. Bu nedenle tıpkı Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu ile ilgili anılan kararda olduğu gibi inceleme konusu kararda da en azından

<sup>15</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 37847/13, 15.09.2015, §34.

<sup>16</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 71463/01, 09.04.2009, §159.

<sup>17</sup> Osman Doğru, Yaşama Hakkı, (Avrupa Konseyi Yay., 2018), 297.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi (n 9) § 31.

<sup>19</sup> ibid § 38-39.

<sup>20</sup> ibid § 13.

etkili başvuru hakkı bakımından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira bu normun uygulanması ile doğrudan bu hakka yönelik bir sınırlandırma mevcuttur. Bu nedenle de Anayasanın yerine göre 13'üncü yerine göre ise 15'inci maddesinde öngörülen sınırlama rejiminin anayasaya aykırılık incelemesinde dikkate alınması elzemdir. Bu bakımdan inceleme konusu normun temel hak ve özgürlüklerle ilişkisinin olmadığına yönelik değerlendirme yönetsel açıdan doğru görünmemektedir. Fakat usûli yöne dair bu değerlendirmeler bakımından da öncesinde ifade ettiğimiz “hak öznesi olarak görme” sorununun dikkate alınmasında yarar vardır. Zira hem bazı haklar özelinde etkili soruşturma yükümlülüğü, hem de bağımsız bir hak olarak etkili başvuru hakkı, içeriğinde bir hakkın kullanımını barındırır. Şöyle ki, bu hakların kullanılabilmesi için, bazı başka hakların kullanımının sınırlanmış olması gerekir. Ancak bu sınırlamaların hukuka aykırı olması durumunda etkili başvuru hakkı tartışması yapılabilecektir. Eğer darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin faili olan özneler hak sahibi olarak görülmezlerse bunlara yönelik “bastırma” eylemleri de sınırlama olarak ele alınamayacaktır. Bir sınırlama olmadığı için de etkili soruşturma yükümlülüğü ve etkili başvuru hakkından bahsedilemeyecektir. Bir bütün olarak Anayasa Mahkemesinin karardaki yaklaşımı buna yakın düşmektedir.

Peki, ilgili normla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının söz konusu olduğunun kabulü halinde bu normun denetimi ne şekilde yapılacaktır? Kanımızca normun içeriği olağanüstü hale neden olan tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik ve de olağanüstü hal süresiyle sınırlı olarak değerlendirileceğinden inceleme 15'inci madde uyarınca yapılacaktır. Yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı 15'inci madde kapsamında çekirdek alanda kalmaktadır. Şöyle ki, olağanüstü hal döneminde dahi bu haklara yönelik sınırlama yapılması mümkün değildir. Bastırma eylemlerine yönelik yargısal muafiyetin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının usûli boyutu olan etkili soruşturma yükümlülüğüne temas ettiği düşünüldüğünde bu düzenlemenin anayasaya aykırılığı gündeme gelebilecektir.

Kısaca ifade edecek olursak, incelemenin neticesinden bağımsız olarak, iptali istenen normun temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgisinin olmadığına yönelik tespitin yönetsel açıdan sorunlu olduğu görünmektedir. Açıklanan nedenler doğrultusunda normun incelenmesinde yerine göre Anayasanın 13'üncü ve 15'inci maddelerinin dikkate alınması gerekmektedir.



## Yeni Bir Hukuka Uygunluk Hali mi?

Anayasa Mahkemesi kararın bir bölümünde “bastırma” eylemlerinin ilkesel olarak hukuka aykırı eylemler olarak tasavvur edilemeyeceğini ifade etmektedir. Zira bu bastırma eylemlerinin içeriğinde “haksız fiil” yahut “suç eylemleri” bulunduğu takdirde bu normun uygulanması olanaksız olacaktır.<sup>21</sup> İkinci olarak ise bu normun bir yargılama engeli getirmediği ifade edilmektedir. Bu normun bağlantılı olduğu fiillerle alakalı olarak bir haksız fiil yahut suç iddiası öne sürüldüğünde yargı makamları tarafından bu iddia soruşturulabilecektir.<sup>22</sup> Burada yargı makamları tarafından normun ne şekilde uygulanması gerektiğine dair de belirlemelere yer verilmiştir: İlk ihtilaf konusu eylemin “bastırma” kapsamında olup olmadığı değerlendirilecek, akabinde ise bu eylemler bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığı incelenecektir. Bu iki aşamalı inceleme neticesinde eylemin bu norm kapsamında kalıp kalmadığı tespit edilebilecektir.<sup>23</sup> Burada önerilen yorum yönteminin bir önceki paragrafta ifade edilen durumlarla bazı çelişkiler barındırdığı ifade edilebilir. Zira AYM, bastırma eylemlerinin kapsamında haksız fiillerin ve de suçların yer almadığını açıkça belirtmişti. Buna karşın hukuka uygunluk hallerinin değerlendirilmesi ancak bir suç eyleminin ortaya çıktığı durumlarda gündeme gelecektir. Zira hukuka uygunluk halleri ilkesel açıdan bir suç eyleminin içeriğinde yer alan “hukuka aykırılık” unsurunu ortadan kaldırarak onu hukuka uygun hale getirir. Örneğin AYM’nin de kararda zikrettiği meşru müdafaa hali, ceza kanununda tanımlanan bir fiili ve neticesini bilerek ve isteyerek gerçekleştiren kişinin cezalandırılmamasına olanak sağlar.<sup>24</sup> Bu bakımdan özel olarak meşru müdafaa genel olarak da hukuka uygunluk nedenlerinden bahsedilebilmesi için ilkin hukuka aykırı bir eylemin meydana gelmesi

<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi (n 3) § 30-31.

<sup>22</sup> ibid § 32.

<sup>23</sup> ibid § 32: “...Yargı yerleri kuralda yer alan “bastırılma” kapsamındaki fiilleri değerlendirirken meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını belirlemek durumundadır. Başka bir ifadeyle, iptali istenen kuralın atf yaptığı dönemdeki fiillere ilişkin olarak bir suç ya da haksız fiilin söz konusu olduğunun iddia edildiği somut olaylarda yargı makamları, bu fiillerin bastırma kapsamında olup olmadığını ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını dikkate alacaklardır...”

<sup>24</sup> Hamide Zafer, Ceza Hukuk Genel Hükümler, (2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2011) 269.

gerekir. Hukuka uygunluk nedeninin vasfı, bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktır. Bu nedenle hem “bastırma” eylemlerinin kapsamının suç eylemlerini içermediğini ifade edip, hem de burada hukuka uygunluk nedenlerinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamak birbirini dışlayan iki önerme olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte kararın devamında “bastırma” kapsamında kalan eylemlerin hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu sınırlar içinde kaldığı belirtilmiştir.<sup>25</sup> Burada hukuka uygun bir eylem icra eden hukuk kişinin bu eylemi nedeniyle sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiş ve karar neticelendirilmiştir. Bu değerlendirme bakımından da iki hususun dikkate alınması gerekmektedir. İlk “bastırma” eylemlerinin içeriğine dair net bir belirleme yapılmaksızın bu eylemlerin hukuka uygun olduklarını ifade etmek, gerekçelendirme bakımından sorunlu görülmektedir. İkinci olarak ise AYM dolaylı olarak yeni bir hukuka uygunluk hali ihdas edilmediğini söylemektedir. Bastırma kapsamında kalan eylemlerin tümünün “hukuka uygun” eylemler olarak tanımlanması, bu eylemlerin bu norm vasıtasıyla hukuka uygun hale gelmediklerini ortaya çıkarır. Bu eylemler bu norm nedeniyle değil fakat hukuk sisteminin tümüyle uyumlu olmaları bakımından hukuka uygun olarak değerlendirilirler. Bu bakımdan bu normun inşâ edici nitelikten ziyade açıklayıcı (deklaratif) nitelikte bir norm olduğu ve ceza hukuku bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni ihdas etmediği söylenebilir.

Hukuka uygunluk bahsinde ilgi çekici görünen bir diğer nokta daha vardır. AYM, içeriğinde suç ve haksız fiil barındıran eylemlerin bastırma kapsamında kalmadığını ifade ederken anayasaya uygunluk karinesine başvurmuştur. Bu karine gereği hukuk devletinde kanunda belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmiş olduğu tasavvur edilemez.<sup>26</sup> AYM bu gerekçelendirmesinde daha önce yapmış olduğu norm denetimi kararlarına başvurmuştur.<sup>27</sup> Gerçekten de atıfta bulunulan her iki kararda da kamu görev-

<sup>25</sup> Anayasa Mahkemesi (n 3) § 33.

<sup>26</sup> ibid § 31.

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi, 2016/205 E. 2019/63 K., 24.7.2019: İlgili norm: Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, 6749, Kabul Tarihi: 18.10.2016, RG 29.10.2016/29872, md.9: “Bu Kanun kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğ-

lilerinin bazı yetkilerini kullanmaları nedeniyle sorumlu tutulamayacakları düzenlenmiştir. Bu normların anayasaya uygunluğunu denetleyen mahkeme, değerlendirmesinin belirli bir noktasında kanunla tanınan yetkilerin kullanımı kavramının suç ve haksız fiilleri içerecek ölçüde yorumlanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, atıfta bulunulan iki kararda incelenen normlar ile mevcut norm arasında kayda değer bir farkın bulunmasıdır. Zira her iki norm da belirli bir kamu görevlisi grubunun kendilerine verilen belirli kanuni yetkileri kullanmaları bakımından belirli sorumluluklardan muaf olacağını düzenler. Buna karşın inceleme konusu norm kamu görevlilerine ilişkin olmamakla birlikte, norm içeriğinde de kanunla sayılan belirli yetkilerin kullanılmasından bahsedilmemektedir. Bastırma olarak tanımlanan eylemlerin çerçevesi, kanunlardan ziyade karşı konulması gereken belirli bir olaylar silsilesi tarafından belirlenmektedir. Bastırma eyleminde bulunan kişiler kanuni yetkilerini kullanmaktan ziyade belirli haklara yönelen tehditleri bertaraf etmeye çalışmaktadırlar. Bu nedenle de atıfta bulunulan kararlarda incelenen normlarla mevcut norm arasında bu yönde bir fark olduğu söylenebilir.

### **Belirlilik Sorunu**

Kuralın esas bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığının değerlendirildiği bölümde görece en çok üzerinde durulan konu belirlilik olmuştur. Öncesinde de ifade ettiğimiz üzere iptal davası gerekçesinde ilgili normun belirlilik ilkesine aykırı olması bakımından hukuk devleti ilkesine, bu doğrultuda da Anayasanın 2'nci maddesine aykırı olduğu öne sürülmüştü.

Mahkemenin değerlendirmesinde ilkin hukuk devleti ilkesinin bir bileşeni olan hukuki belirlilik kavramı tanımlanmış ve unsurları belirlenmiştir. Bu tanım uyarınca, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir.

---

maz”;.Anayasa Mahkemesi, 2014/122 E. 2015/123 K., 30.12.2015: İlgili norm: Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu, 2937, Kabul Tarihi: 01.11.1983, RG: 03/11/1983/18210 md. 38: “Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz”

dir.<sup>28</sup> Bunun yanında bu tanımla birlikte sunulan “yasal belirlilik” zemini hukuki belirliliğin sağlanması için tek başına yeterli değildir. Hukuki belirlilik, içeriğinde yargısal ve idari uygulamaları da barındırmak durumundadır. Bu sayede bir hukuk kuralının içeriğinin yanında neticelerinin de kamusal anlamda belirli olması sağlanacaktır.<sup>29</sup> Kısa bir tanımlamanın ardından inceleme konusu normun hukuki yönden belirsizlik ihtiva etmediği tespit edilmiştir. Mahkemeye göre normun içeriğinde bulunan “...terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında...” ibaresi normu belirsiz hale getirmemektedir. Aksine bu ibare, kanun hükümlerinin belirli ölçüde genellik içermesi gerektiğine dair temel ilkeyle bağlantılı görülmüştür. Normun bu şekilde bir genellik içermesindeki amaç, bertaraf etmeyi önlediği kamusal tehlikenin (bu bağlamda darbe teşebbüsü ve terör eylemleri) bünyesinde birçok farklılığı barındırmış olmasıdır. Tehlikenin ihtiva ettiği çeşitlilik bu tehlikeyi bertaraf etmeye yönelik “bastırma” eylemlerini de belirli ölçüde çeşitli hale getirmektedir. Bu nedenle normda bastırma eylemlerinin ayrıca belirtilmesi yaşam olayına uygun görülmemiştir. Bu konuyla alakalı olarak temel bir eleştiri yapılabilir: Bir normun hangi eylemleri kapsadığının belirlenmesinin tek yolu, kapsanan eylemlerin ayrı ayrı sayılması değildir. Bunun yanında hangi eylemlerin yahut durumların bu kapsamda kalmadığının yani istisna hallerinin düzenlenmesi de bir normun belirliliği sürecinde kullanılan bir yasa yapım tekniğidir. Bu bakımdan 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile devamı niteliğindeki eylemlerin her birinin ayrı ayrı yazılmasının mümkün olmamasından bahisle bu normun belirlilik unsuru taşıdığını öne sürmek kanımızca doğru olmayacaktır.

Özellikle içinde fiziksel güç kullanımı barındıran normların içeriğinin belirli nitelikte olması oldukça önemlidir. Önceki başlıklarda da ifade ettiğimiz gibi “sivillere yargı muafiyeti” başlığıyla anılan inceleme konusu normun en azından yaşam hakkının usûli boyutu bakımından uygulanma imkânı vardır. AİHM’nin *Halis Akın v. Türkiye* kararında, kamu görevlilerinin ateşli silah kullanmasına müsaade eden normların belli oranda belirlilik içermesi gerektiği vurgulanmaktadır. Olay tarihinde yürürlükte olan kural, sözlü dur emrine veya havaya açılan ihtar ate-

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi (n 3) § 20.

<sup>29</sup> ibid § 21.

şine uymayan ilgili kişiye doğrudan nişan alınarak ateş edilmesine izin vermektedir. Bu haliyle yaşam hakkı bakımından gerekli güvenceleri içermeyen bu normun uygulanması yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurmuştur.<sup>30</sup> AYM kararı bakımından değerlendirilecek olursa, inceleme konusu normun da belirli ölçülerde güç kullanımını içerdiği açıktır. Bu nedenle içeriğinin en azından istisnaları belirtecek şekilde belirginleştirilmesi gerekmektedir. Fakat her halükarda bu normun belirli durumlarda fiziksel kuvvet ya da silah kullanmaya izin veren bir norm olmadığını, buna karşın belirli bir aralıkta gerçekleşen kuvvet yahut silah kullanımının yargısal denetim boyutunu içerdiğini ifade etmekte yarar vardır. Bu norm bahse konu “bastırma” eylemlerinin kaynağı yahut yetki normu değildir. Bu nedenle de yaşam hakkı maddi boyutu bakımından değil fakat etkili soruşturma yükümlülüğü çerçevesinde ele alınmalıdır.

### **Sonuç Yerine: Normun Uygulanması**

Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan karar neticesinde ilgili normun bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak kullanılmayacak olmasının oldukça önemli olduğunu söylemek gerekir. Zira bu şekilde ele alınmış olsa idi 15.07.2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsü ve terör eylemlerine karşı “bastırma” eylemlerinde bulunan kimselerin durumu bakımından uygulanabilecek iki ayrı hukuka uygunluk hali normu olacaktı. Bunlardan ilki Türk Ceza Kanunu’nun 25’inci maddesinde düzenlenen “meşru savunma ve zorunluluk hali” başlığını taşıyan normdur.<sup>31</sup> Bu hüküm kendisinin yahut bir başkasının hakkına yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda defetmek zorunluluğu ile hareket eden failin cezai sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme mahiyetindedir. İkinci norm ise 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 37. maddesidir. Bu kural da yalnız 15.07.2016 tarihinde gerçekleşen

<sup>30</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30304/02, 13.01.2009.

<sup>31</sup> Türk Ceza Kanunu, 5237, 26.09.2004, RG: 12.10.2004/25611, md. 25/1: Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

haksız bir saldırıyı o anda defetmek zorunluluğu ile hareket eden kimse-lerin cezai sorumluluğuna ilişkindir. İki normun birlikte okunması durumunda ikincinin ilkinin nazaran *lex specialis* bir kural ihtiva ettiği açıktır. Bu nedenle AYM eğer bu normun müstakil bir hukuka uygunluk hali ihdas ettiğini ifade etmiş olsa idi 15.07.2016 tarihinde gerçekleşen eylemler bakımından TCK md. 25'ten ziyade bu normun uygulanması mümkün olabilecekti. Fakat kararda da açıkça vurgulandığı üzere, bastırma eylemlerinin suç içerdiği öne sürüldüğü durumlarda meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk hallerinin ayrıca dikkate alınması gerekmektedir.<sup>32</sup> Özel kuralın içeriğinde orantılılığa dair özel bir belirleme bulunmadığını da dikkate alacak olursak AYM'nin bu değerlendirmesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından olumlu nitelikte olduğunu ifade edebiliriz. Zira TCK'da meşru müdafaa halini düzenleyen norm, saldırıyı defetmek isteyen failin orantılı şekilde karşı koymasını gerektirdiğini açıkça düzenlemektedir. Bu bakımdan bir kez daha bu normun inşa edici bir niteliğe haiz olmaktan çok açıklayıcı nitelikte olduğunu tekrarlamaktayız.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin öngördüğü yorum izleğinde bu norma bağımsız olarak başvurmak ve de yeni bir hukuka uygunluk hali olarak değerlendirmek zor olsa da, bu yorum izleğinin kararda açık ve kolayca anlaşılır şekilde yer aldığını söylemek güçtür. Zira normun içeriği karardan ayrı olarak okunduğunda, özellikle ceza hukuku bakımından yeni bir hukuka uygunluk halinin oluşturulduğu düşünülebilir. Normun uygulanması esnasında diğer hukuka uygunluk hallerinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dair değerlendirme ve de bu normun suç iddiaları bakımından bir yargılama engeli getirmediğine dair belirleme dikkate alınmaz ise, normun derece yargılamalarında istenilen izlekten farklı şekilde yorumlanması ihtimali mevcuttur. Türkiye yargı pratiğinde AYM kararlarının bağlayıcılığı hakkında dahi ciddi sorunlar varken, kararların yakın bir okumasının yapılmasını ve örtük de olsa ifade edilen yorum izleğine riayet edilmesini beklemek iyimserlik olabilir. Normun hukuki ve idari yargıyı da kapsadığı düşünülecek olursa, bu normun uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek hak ihlallerinin iç hukuk yollarının tüketilerek AYM önüne taşınması da oldukça uzun bir zaman alabilecektir. Bu bakımdan, bu denli kapsayıcı ve görece belirsiz

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi (n 3) § 32.

birakılmış bir içeriğe sahip olan bu normun cezasızlık üretimi bakımından yeni bir enstrümana dönüşme ihtimali oldukça yüksek görünmektedir.

### **BAŞVURULAN KAYNAKLAR**

BENJAMIN W, ‘Şiddetin Eleştirisi Üzerine’ içinde Aykut Çelebi (haz.) Şiddetin Eleştirisi Üzerine (2. Baskı, Metis Yayınları, 2014)

DOĞRU O, Yaşama Hakkı ( Avrupa Konseyi Yayınları, 2018)

JAKOBS G, ‘Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku’ içinde Yener Ünver (haz) Terör ve Düşman Ceza Hukuku içinde (Seçkin Yayıncılık, 2008), 489-507

ŞİRİN T, ‘Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi’ (2019) 21 (Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1577-1607

ZAFER H, Ceza Hukuk Genel Hükümler (2. Baskı Beta Yayıncılık, 2011)

### ***Mahkeme Kararları***

Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E. 2020/38 K., 16.07.2020

Anayasa Mahkemesi, 2018/74 E. 2019/92 K., 24.12.2019

Anayasa Mahkemesi, 2016/2015 E. 2019/63 K., 24/7/2019

Anayasa Mahkemesi, 2014/122 E. 2015/123 K., 30/12/2015

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30304/02, 13.01.2009

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 37847/13, 15.09.2015

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 71463/01, 09.04.2009

### **İnternet Kaynakları**

‘AKP'den Sivillere Yargı Muafiyeti Açıklaması’: <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/192741-akp-den-sivillere-yargi-muafiyeti-aciklamasi>

‘KHK ile 'cezasızlık' düzenlemesi: Hukukçular ne düşünüyor?': <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-42471577>

‘Sivile yargı muafiyeti maddesi değişecek mi? Hükümetten açıklama geldi’: <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/sivile-yargi-muafiyeti-maddesi-degisecek-mi-hukumetten-aciklama-geldi-40690703>