

## Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği İki Yeni Karar Çerçevesinde

### Anayasa Şikâyeti Kurumunu Geleceğiyle İlgili Kuşkular<sup>1</sup>

#### I. AYM'nin OHAL KHK'lerle İlgili İçdihadından Dönmesi

A. Bilindiği üzere olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin (OHAL KHK) Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmek mümkün değildir (AY m. 148/1 son cümle). Bu kural bugün de yürürlüktedir. Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM), yakın zamana kadar süregelen içtihadıyla bu yasağı olabildiğince dar yorumlamayı başarabilmiştir. Bu içtihadın ana gerekçesi şöyledir:

*“121. maddesinin öngördüğü KHK'ler yalnızca, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü hal bölgesinde uygulanmak üzere ve **olağanüstü halin gerekli kıldığı** 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 kıldığı 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.**”<sup>2</sup>*

İşte AYM, bu gerekçeyi OHAL KHK'ların belli hükümleri üzerinde somutlaştıırarak, bunlardan **olağanüstü halin süresini ve bölgesini aşan ya da yasalarda değişiklik yapan hükümleri iptal** etmiştir.<sup>3</sup>

B. Ne var ki AYM, yeni kararlarında bu içtihadından dönmüş bulunmaktadır. Bir mahkemenin zaman içinde görüş değiştirmesinde ilke olarak yadırganacak bir husus yoktur. Öğreti için de aynı şey geçerlidir. Ancak bu değişim, normun yapısal özellikleri ve hukuk metodüğinin denetleyici işleviyle haklı kılınmış ikna edici bir gerekçeye dayanmalıdır. AYM'nin bu konudaki yeni kararları, bu nitelik ve özelliklere sahip değildir. 668 sayılı KHK'yle ilgili kararı<sup>4</sup> esas alarak açıklama yapmak gerekirse:

1) Bu karar, **yalnızca sözel ve genetik yoruma** dayanmaktadır. Oysa sözel ve genetik yorum tek başına yeterli değildir. Sistematik ve amaçsal yorum yanında anayasanın bütünlüğu, pratik uyuşum, anayasanın normatif gücü, *in dubio pro libertate* gibi anayasaya özgü yorum yöntemleri de gözönünde tutulmalıdır. Bu açıdan önce denetim yasağı öngören kuralın, AYM'nin genel denetim yetkisine getirilmiş bir istisna olduğu gerçeği ile yoruma başlamak yerinde olur. Böyle olunca 148. maddede öngörülen yasağı, kendi geçerlilik alanı ile sınırlı tutmak ve bu alanı genişletici bir yorumdan kaçınmak gerekir. 148. maddedeki denetim yasağının geçerlilik alanını saptamak için, sistematik yorum ilkesi önem ve öncelik kazanır ve bunun amaçsal yorumla da test edilmesi, sınanması gerekir.

a) Bu açıdan yapılabilecek ilk tespit Anayasa'nın 121/3. maddesinin kendi geçerliliği için öngördüğü alandır. Denetim yasağının doğrudan konusunu oluşturan bu madde uyarınca, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, **ancak olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda** KHK çıkarabilecektir. Görülüyor ki OHAL KHK, önce konu bakımından sınırlı bir alanı oluşturmaktadır. Esasen

denetim yasağının istisnai karakteri de OHAL KHK'nin sınırlı norm alanı ve geçerlilik muhtavasını ile doğrulanmış bir özelliktir. Bu tespit, birbiri ile doğrudan bağlantılı iki normun açık sözünden kaynaklandığı için -sistemik yorumla ilgili olduğu kadar- sözel yorumun da alanı içindedir.

b) Sistemik yorumun ikinci ayağı, “*temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” (AY m.15/1) şeklindeki düzenlemeye belli sınırlar getiren ilkelere.

aa) Bu ilkelere ilk ikisi 15. maddenin 1. fıkrasında yer almaktadır. Bunlara göre alınacak tedbirlerin ön koşulu: “**milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi**” ve “**durumun gerektirdiği ölçü**” içinde kalınmasıdır.

bb) Üçüncü ilke ise, 15. maddenin 2. fıkrasında **yoruma yer bırakmayacak kesinlikte bir yasak** olarak ifade edilmiş olup, **öğretide temel hak ve özgürlüklerin sert çekirdeği** adıyla anılmaktadır. Bu maddeye göre “*Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, 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.*”

b) Oysa Mahkeme, 668 ve 669 s. KHK ile ilgili kararlarında yukarıda özetlenen kuralların belirledikleri sınırları dikkate almamış ve salt 148/1. maddenin sözel ve genetik yorumuna (yasama sürecindeki sübjektif görüşlere) kendini hapsedmiştir. Bu yaklaşımı, “**yorum ilkelerinin bütünlüğü**” kavramıyla bağdaştırmak olanaksızdır. AYM'ne göre:

- Kuralın **gerekçesi** ve ilgili açıklamalar, OHAL KHK'ları konusunda **sadece yasama meclisince yapılacak bir denetimin amaçlandığını** ortaya koymaktadır (par.15).
- AYM'nin eski içtihadındaki yaklaşımla OHAL KHK niteliğinde olan tüm kuralları yargısal denetime tabi kılmak mümkündür (par.22).
- OHAL KHK'lardaki Anayasa'ya aykırılık, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Bunun için Anayasa'da bu yönde **açık bir yetkinin tanınmış olması** gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin **lafzı**, Anayasa koyucunun amacı ve **ilgili yasama belgeleri** göz önünde bulundurulduğunda, OHAL KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Aksi yorum, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle ve kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisinin kullanamayacağına ilişkin Anayasa kuralı ile bağdaşmaz (par.23).

2) Bu gerekçeyi tutarlı ve ikna edici bulmak mümkün değildir.

a) Gerekçede sistemik yoruma hiç başvurulmamış, amaçsal yorum ise ilgili kuralların objektif anlamlarını göre değil, yasa sürecindeki belli görüş açıklamalarına dayandırılmıştır. Bunun adı amaçsal yorum değil, genetik

yorumdur. Kaldı ki bu anlamda bir amaçsal yorumla Mahkeme'nin ulaştığı sonuca varılabileceği de kuşkuludur. Yasama sürecindeki açıklamaların, aynı Anayasa'nın 121/3. ve 15. maddelerinde öngörülen anayasal sınırlar dışındaki bir alanı kastetmiş olmaları çok daha akla yakın bir yorumdur. Çünkü o maddeleri koyan irade de aynı sürecin unsurlarıdır.

b) Anayasa'nın 148/1. maddesinde öngörülen denetim yasağı, AYM ve diğer devlet organları için ne denli bağlayıcı ise, Anayasa'nın 15. ve 121. maddelerinde belirlenmiş olan sınırlar da aynı derecede bağlayıcıdır. AYM 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. Hele bunların arasında olağanüstü yönetim usulleri altında dahi dokunulması yasak olan temel hak ve özgürlükler varsa, onları dahi denetim alanı dışında sayan bir Mahkeme, anayasal görevini ihmal etmiş ve asıl o zaman kaynağını Anayasa'dan almayan bir gücün kullanılmasına seyirci kalmış olur.

c) Karar gerekçesinde yer alan bir başka çelişki, AYM'nin eski içtihadındaki yaklaşımla OHAL KHK niteliğindeki tüm kuralların yargısal denetime tâbi kılınabileceğini ilişkin talihsiz ifadedir. Mahkeme bunu söylerken, bu denetimi kendisinin yapacağını adeta unutmuş gözükmektedir. Eski içtihadında bu açıdan anayasal çizgiyi aşan yorumlar varsa, bunları düzeltmek de Mahkeme'nin görev alanına girer. Yoksa bu görevi üzerinden atıp, yasama organına ihale etmek, bugün içinde bulunduğumuz çözümsüzlüğü onaylamaktan başka bir anlam taşımaz.

## **II. Anayasa Mahkemesi'nin İki Üyesiyle İlgili Olarak Verdiği Karar<sup>5</sup>**

AYM'nin yukarıda eleştirdiğimiz kararının sakıncalarını, belki bireysel düzeyde azaltmak mümkün olabilirdi. Mahkeme, denetim yasağının yalnızca OHAL KHK'larla ilgili olduğu, kararnamelerle hakları ihlâl edilenlerin Mahkeme'ye yapacakları bireysel başvuruları kapsamadığı gerekçesiyle bireysel düzeyde ihlâl kararları verebilirdi. Ne var ki Mahkeme'nin, iki üyesinin meslekten çıkarılmasıyla ilgili kararında açıkladığı gerekçeler, ileride OHAL KHK'ların mağduru olarak anayasa şikâyeti yoluyla hak arayacak olan kişilere herhangi bir umut ışığı yakmamaktadır.

1) Önce bir noktanın altını çizmemiz gerekir. AYM 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 mümkün değildir. Ama doğaldır ki anılan kişilerin FETÖ örgütüne mensup olmaları halinde, yazdıkları karşı oylar onları sorumluluktan kurtarmaz. Darbe girişiminde bulunan FETÖ örgütüne hukukun öngördüğü yaptırımları uygulamak elbette zorunludur. Ama bunlar, hukuk içinde kalmalıdır. Aksi takdirde bunun, FETÖ darbeye başarıya ulaşmış olsaydı, yapacaklarından farkını açıklamak çok zor olur.

2) 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 AYM 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, AYM Genel Kurulu'nca "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**, Genel Kurul'un salt çoğunluğunun takdirine bırakılmıştır. Burada önemli olan belli bir **kanaate varılırken keyfilikten uzak durulmasıdır**. (par.87)

3) Görülüyor ki AYM, 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, AYM 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 ortak kanaatler**"inden söz edilmektedir. Bu ifadelerin keyfilikten uzak duruşla bağdaşır bir yanı yoktur.

4) Oysa AYM, 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 amir hükümlerine bakmalıydı. Bunların ayrıntılarına girmek bu makalenin konusunu aşar. Ancak bazılarına işaret etmek de konunun daha iyi aydınlatılması için zorunludur.

-- "**Başkanlık ve üyeli(ğin) ... 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; bu kuralın kaynağı Anayasa'nın 147/2. maddesidir);

-- "**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, AYM üyelerinin bağımsızlığını sağlamak üzere getirilmiş güvence normlarıdır. Milletvekilleri bakımından bu kuralların karşılığı yasama dokunulmazlığıdır.

AYM, yukarıdaki hükümlere göre hareket etseydi, belki yine aynı sonuca varılabildi. Bunu bilemeyiz. Ama o zaman en azından Mahkeme, anayasal konumuna yarışır 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. 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 AYM tarafından çiğnenmiş olur.

### **III. İncelenen Kararların Anayasa Şikâyeti Uygulamasına Yansıma Olasılığı ve Bundan Doğacak Sonuçları**

Kamu Hukukçular Platformunun V. Toplantısına sunduğum bildiride AYM’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.

Ne yazık ki bu dileğimiz yukarıda açıklanan gelişme karşısında gerçekleşmesi güç bir aşamaya gelmiş bulunuyor. AYM, yukarıdaki kararlarda özetlediğimiz çizgisini devam ettirirse, AİHM’nin, Türkiye’de anayasa şikâyeti yolunun etkisiz olduğuna karar vermesi kaçınılmaz sonuç olarak karşımıza çıkacaktır. Nitekim bunun ilk işaretleri kendini hissettirmeye başlamıştır<sup>6</sup>. AİHM’nin alacağı böyle bir karar, yargı düzenimizin zaten sarsılmış bulunan itibarına tamiri imkânsız zararlar getirir. AYM bir an önce bu tehlikeyi görmeli ve OHAL KHK’ların mağdur ettiği kişilerce yapılan bireysel başvuruları öncelikle gündeme alarak bunların yol açtığı bireysel hasar ve ihlalleri düzeltmek üzere yoğun bir çaba içine girmelidir. Türkiye’de anayasa şikâyeti yolunun etkisizliği yönündeki kuşkular ancak böyle ortadan kaldırılabilir.

<sup>1</sup> Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Yakın Doğu Üniversitesi (Emekli Anayasa Mahkemesi Üyesi)

<sup>2</sup> E.90/25, K.91/1, 10.1.1991, AYMKD 27/1, s. 105.

<sup>3</sup> E.90/25, K.91/1: AYMKD 27/1, s. 107; ayrıca bkz. aynı dergi, s.402-405.

<sup>4</sup> E. 2016/ 166, K. 2016/ 159, 12.10.2016

<sup>5</sup> E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12, 04.08.2016

<sup>6</sup> Bkz. Hakan Ataman, “AİHM’e Doğrudan Başvuru ve Anayasa Değişikliği”, Bianet, 02.03.2017, <https://bianet.org/bianet/siyaset/184120-aihm-e-dogrudan-basvuru-ve-anayasa-degisikligi>, ayrıca bkz. Cumhuriyet 02.03.2017.