



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

Prof. Dr. Rona Aybay Anısına
“OLAĞANÜSTÜ REJİMLERDE
İNSAN HAKLARINI SAVUNMAK”

Editör: K. Burak Öztürk

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU X. TOPLANTISI
ULUSAL SEMPOZYUM TAM METİN BİLDİRİ KİTABI

11-12 Kasım 2022



**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ &
KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU**

**Prof. Dr. Rona Aybay Anısına
“OLAĞANÜSTÜ REJİMLERDE İNSAN
HAKLARINI SAVUNMAK”**

Editör: K. Burak Öztürk

**KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU X. TOPLANTISI
ULUSAL SEMPOZYUM TAM METİN BİLDİRİ KİTABI**

11-12 Kasım 2022

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 431
Olağanüstü Rejimlerde İnsan Haklarını Savunmak
Editör: K. Burak Öztürk
ISBN: 978-625-6233-00-3

© Türkiye Barolar Birliği
Temmuz 2024, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat – ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlık.org.tr
yayın@barobirlık.org.tr

Baskı:
Arslanoğlu Matbaacılık
İvedik Organize Sanayi Sitesi
1354. Cad. Fora İş Merkezi No: 138/28
Yenimahalle/Ankara
Sertifika No: 46164

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ GÜN
11 Kasım 2022 Cuma

AÇILIŞ KONUŞMALARI..... 9

BİRİNCİ OTURUM 21

Hülya Dinçer

Süreklileşen Olağanüstü Halde Hesap Verebilirlik Alanının

Daralması ve “Kanuni” Sorumsuzluk Rejimi 25

Giriş 25

I. 6722 sayılı Kanun : Cezasızlık Tehdidi Altında İşleyen Olağanüstülük 30

A. Terörle mücadele alanında olağanüstü yetkilerin genişlemesi ve
fili OHAL tehlikesi 30

B. Terörle mücadele sırasında işlenen suçlar için atipik sorumluluk
rejimi ve cezasızlık tehlikesi 34

C. Genişletilmiş atipik sorumluluk ve geriye yürüyen cezasızlık 40

II. 15 Temmuz 2016’da yaşanan darbe girişimi sonrasında
inşa edilen kanuni sorumsuzluk rejimi 44

A. OHAL sırasında ve sonrasında mevzuata eklenen
“sorumsuzluk kayıtları” 45

B. 6755 sayılı Kanun’un 37. maddesinde düzenlenen sorumsuzluk
kayıtlarının anayasallık denetimi 50

Sonuç yerine: Sorumsuzluk düzenlemelerinin hukuk devleti ve
hesap verebilirlik üzerindeki etkisi 61

Kaynakça 63

D. Çiğdem Sever

Genel Yetki Normları ile Olağanüstünün Olağanlaşması:

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı Örneği 67

Giriş 67

I. “Olağanüstü”nün Anlamı 68

A. Olağanüstü Hukuki Rejim ve Anayasa 68

B. Olağanüstü Rejimin Belirleyeni Olarak Olağanüstü Normlar 74

II. “Olağan”ın Kısıyında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı 77

A. Erteleme ve Yasaklama Kararları ile Olağanüstü Halde İzne Bağlama ... 78

B. Olağanın “Ötesinde” Bir Yetkilendirme Halini Alan İl İdaresi Kanunu 82

III. Olağanlaşmanın Unsuru Olarak Yargı Denetiminin Etkililiği Sorunu 94

A. Etkililik bakımından idari yargıda usul ve esas denetimi	94
B. Bireysel başvuru kararlarında yasaklama kararları	100
Sonuç	107
Kaynakça	109

Tartışma: Katılımcıların Katkıları111

İKİNCİ OTURUM125

Mustafa Yılmaz

**15 Temmuz 2016 Sonrası Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri İle
Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarında Savunma Hakkı İhlalleri.....**129

I- Giriş	132
II- Olağanüstü Hal (OHAL) Yönetim Usulleri.....	134
III- Olağanüstü Hal Rejimi ve Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnameleri	137
A. Olağanüstü Hal Rejiminin Anayasada Düzenleniş Biçimi	137
B. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin (OHAL KHK) Hukuki Niteliği.....	138
IV- 15 Temmuz Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Niteliği	140
A. Genel Düzenleyici İşlemlerden Olması.....	140
B. Yargı Denetimine Tabi Olup Olmadığı Tartışması	154
V- Olağanüstü Hal KHK'lerine Ekli Listeler ile İliştirilen Kamu Görevinden Çıkarma Kararları	162
A. Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarının Bireysel İdari İşlem Kimliği....	162
B. Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarının Disiplin Cezası Olarak Mevzuatımızdaki Yeri.....	167
VI- Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarında Savunma Hakkı İhlalleri.....	169
A. Disiplin Hukukunda Savunma Hakkının (Right to Defense) Önemi	169
B. Savunma Hakkının Asli Şekil (Usul) Şartı Oluşu	172
C. Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarında Savunma Hakkının İhlali Sayılan Haller.....	174
D. OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonunun Savunma Hakkı İhlalleri.....	182
VII- Sonuç	184
Kaynakça	186

ÜÇÜNCÜ OTURUM193

Bülent Yücel

**Türkiye’de Yarışmacı Otoriter Sistemin Yapılandırılması ve
1982 Anayasası’nın Geçirdiği Dönüşüm.....195**

Giriş	195
I- 21. yy’a Gelindiğinde Otoriterizmin Yeni Halini Düşünmek	201
1. Popülizmin Omurgasızlığı veya Siyaset Yapma Kolaycılığının Anlamı ...	201
2. Seçimli Demokrasiyle Yetinmenin Kaçınılmaz Sonucu: Otoriter Popülizme Savrulmak.....	208
II- 2000 Sonrası Türkiye’nin Kapıldığı Girdap: İstikrar Takıntısı İçinde Anayasal Demokrasiyi Unutmak	213
Sonuç	226
Kaynakça	227

Göksu Işık

Olağanüstü Nitelikteki Terörle Mücadele Tedbirleri ve Masumiyet Karinesi.....233

I. Adil Yargılanma Hakkının Cezai Alanı ve OHAL Tedbirleri	237
A. OHAL Tedbirlerinin İç Hukuktaki Sınıflandırılması	239
B. OHAL Tedbirlerinin Hukuki Niteliği.....	244
C. OHAL Tedbirlerinin Ağırılığı	247
II. Aleyhinde Tedbir Alınan Kişilerin Masumiyet Karinesi.....	250
A. Uygulanabilecek Genel İlkeler	250
B. İlkelerin OHAL Tedbirlerine Uygulanması	254
Değerlendirme ve Sonuç	259
Kaynakça	267

Tartışma: Katılımcıların Katkıları271

İKİNCİ GÜN

12 Kasım 2022 Cumartesi

Bildiri Sunanların Yorum ve Eleştiriler Üzerine Genel Değerlendirmeleri283

Tartışma: Katılımcıların Katkıları301

Kapanış Konuşması.....315

BİRİNCİ GÜN
11 Kasım 2022 Cuma

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Kemal Gözler (KHP Danışma Kurulu Üyesi) – Değerli meslektaşlarım ve sevgili konuklar, öncelikle Kamu Hukukçuları Platformu Danışma Kurulu adına sizlere hoş geldiniz diyor, saygıyla selamlıyorum. Bugünkü toplantı hakkında benden sonra açış konuşması yapacak meslektaşım Ozan Ergül bilgi verecek. Ben sizlere bugünkü toplantı hakkında değil, Kamu Hukukçuları Platformu'nun kendisi ve amaçları hakkında bilgi vermek istiyorum.

Kamu Hukukçuları Platformu, Fazıl Sağlam Hocamızın fikriyle ve onun öncülüğünde 2009 yılında kurulmuş ve bugünlere gelmiştir. Böyle bir platform kurulması düşüncesiyle Fazıl Sağlam Hocamız bizi 2009 yılında Maltepe Üniversitesi'nde bir toplantıya davet etti. Toplantıya 50 küsur meslektaşımız katıldı. O toplantıya katılan arkadaşlarımızın önemli bir kısmı burada, bu salonda. 2009'dan bu yana 13 yıl geçmiş. Aramıza yeni katılan arkadaşlarımız olduğu gibi, aramızdan ayrılan arkadaşlarımız da oldu. Ama 2009'daki ruh ve çeşitlilik ile yolumuza devam ediyoruz.

Kamu Hukukçuları Platformu, bir dernek veya vakıf değil, belli bir amaçla gönüllü olarak bir araya gelen ve işbirliği yapan bir meslektaşlar topluluğu. Platformumuzun başlıca iki amacı var.

Birinci olarak, ülkemizde kamu hukukçuları arasındaki dağınıklığı ve kopukluğu bir ölçüde de bir ölçüde de olsa gidermek.

İkincisi ise ülkemizin insan hakları, hukuk devleti, demokrasi gibi temel kamu hukuku sorunlarının çözümüne katkıda bulunmak. Bu iki amacı gerçekleştirmek için de yılda bir defa bilimsel toplantılar yapmayı hedefledik. 2014, 2016 ve 2020 yılları dışında bu hedefimize de ulaştık. Yani 2009'dan bu yana hesap edersek, 13 yılda 10 toplantı yapmış olduk.

Toplantılarımızın formatı hakkında da kısaca bilgi vermek isterim. Biz istedik ki toplantılarımız üniversitelerimizde her zaman düzenlenen bildik sempozyumlardan farklı olsun, o sempozyumlardan farklı olarak az sayıda bildiri sunulsun ama yüksek kalitede bildiriler olsun ve az sayıdaki bu bildiriler de etraflıca tartışılsın. Hatta her bildiri daha sonra ayrı bir yorumcu tarafından yorumlansın, daha sonra da katılımcıların katkısıyla olgunlaşsın. Maalesef ilk yıllarda bu formatı uygulamaya çalıştıysak da, son yıllarda bu formattan biz de büyük ölçüde uzaklaşmak zorunda kaldık ve bildik sempozyum formatına, ülkemizin gerçekleri nedeniyle uymak zorunda kaldık.

Her yıl toplantılarda sunulan bildirileri daha sonra bir kitap olarak yayınıyoruz. Dolayısıyla şimdiye kadar 10 kitap ortaya çıktı. 10 cilt kitap hiç de az değil. Bu 10 ciltlik kitap, yani Türk kamu hukukunda kendi başına bir külliyat haline geldi, inşallah daha da devam edecek ve şunu gözlemliyorum ki, yıldan yıla bizim Kamu Hukukçuları Platformu'nun bildiri kitapları oldukça atıf alan kitaplar haline geldi.

Kamu Hukukçuları Platformu'nun maddi imkanları çok sınırlı. Haliyle bu toplantıları düzenlemek kolay bir iş değil. Bu nedenle de Kamu Hukukçuları Platformu, bu toplantıları düzenlemek için her yıl bir üniversiteyle işbirliği yaptı. Geçmişte Yakın Doğu Üniversitesi, Galatasaray Üniversitesi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve Bilkent Üniversitesi ile işbirliği halinde toplantılar düzenledik.

Kamu Hukukçuları Platformu'nun destekçilerinin başında hiç şüphesiz ki Türkiye Barolar Birliği geliyor. Geçmişte, 2010 yılında, 2012 yılında, 2013 yılında ve 2015 yılında toplantılarımızı burada, Türkiye Barolar Birliği'nin ev sahipliğinde ve Barolar Birliği'nin desteğiyle gerçekleştirebildik. Şimdi 7 yıl aradan sonra da 10. toplantımızı yine Barolar Birliği'nin ev sahipliğinde yapma imkân ve şerefine eriştik. Kamu Hukukçuları Platformu adına Türkiye Barolar Birliği'ne yardımlarından ve bizi ağırlamalarından dolayı şükranlarımızı sunuyoruz.

Sözlerimi bitirirken bir hususun altını çizmek istiyorum. Kamu Hukukçuları Platformumuzun kurucularından ve Danışma Kurulumuzun üyesi değerli hocamız Rona Aybay'ı bu yıl kaybettik.

Hocamızı, çok sevdiği İznik'te güzel bir bahar günü ebediyete uğurladık. Kendisi platformumuzun Fazıl Sağlam Hocamızla birlikte iki temel direğinden biriydi. Bütün toplantılarımızda düzenlenmesinde çok büyük emekleri oldu. Rona Aybay hocamız topluluğumuzun en kıdemli üyesiydi ama en genç üyelerimizden daha enerjik ve daha çalışkandı. Bütün toplantılarımızı en ön sıradan, bugün sevgili eşi Sevinç Hanım ve sevgili kızı Barış'ın oturduğu sandalyelerden hep takip etti. Yani bakınca insan hocamızın yerini arıyor. Tartışmalara hep katıldı. Sadece tartışmalara katılmakla kalmadı, her yıl, her toplantıda en az bir toplantının oturum başkanlığını yaptı. Topluluğumuzun en sadık üyesini yitirdik. Artık onsuz ama onun arzu ettiği gibi çalışmalarımızı sürdüreceğiz. Rona Aybay hocamızı özlüyoruz. Muhtemelen bu iki gün onun eksikliğini daha da somut bir şekilde göreceğiz, daha da yakından hissedeceğiz. Bu düşüncelerle bu yılki toplantımızı değerli hocamız Rona Aybay'ın anısına ithaf ettik.

Şimdi sözü Girişim Kurulu adına açılış konuşmasını yapmak üzere değerli meslektaşım Ozan Ergül'e bırakıyorum. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ozan Ergül (KHP Girişim Kurulu Üyesi) – Anayasa Mahkemesi'nin sayın üyeleri, Türkiye Barolar Birliği'nin değerli Başkan Yardımcısı ve Yönetim Kurulu üyeleri, Kamu Hukukçuları Platformu'nun kıymetli üyeleri, değerli hocalarım ve meslektaşlarım; sözlerime başlarken hepinizi saygılarımla selamlıyorum.

Kemal Hocam, Kamu Hukukçuları Platformu'nun tarihi, amaçları ve faaliyetleri üzerine bilgiler paylaştı. Ben de bu seneki toplantımıza kısaca değinmek ve Kamu Hukukçuları Platformu adına emeği geçenlere, Danışma ve Girişim Kurulumuz adına teşekkürlerimizi iletmek üzere huzurlarınızdayım.

Öncelikle Kamu Hukukçuları toplantılarının belli bir konuya özgülmesi geleneğine vurgu yapmak isterim. Toplantının konu başlığının belirlenmesinde tamamen önerilere açık bir usul izlenmektedir. Danışma ve girişim kurulları dışında şekli bir üyelik mekanizması bulunmayan Kamu Hukukçuları Platformu'nun toplantı başlıkları için hukuk doktoru unvanına sahip herkes öneride bulunabilmektedir.

Genellikle konu başlığı yapılan bir toplantının sonunda tartışmaya açılmakta, önerilerin danışma ve girişim kurullarına iletebileceği bildirilmektedir. Ardından da bu öneriler üzerine yapılan tartışmalar sonucunda bir sonraki toplantının konu başlığı belirlenip, duyuruya çıkmaktadır. Birazdan başlayacak bu yılki toplantımızın konusu da bu süreçler sonucunda, "Olağanüstü Rejimlerde İnsan Haklarını Savunmak" olarak belirlenmiştir. Bu vesileyle, sonraki toplantının konusu üzerine önerileri olanları, bu önerilerini bizlerle paylaşmaya, henüz somut bir öneri geliştirmemiş olanları da sonraki toplantının başlığı için bir öneride bulunmak üzere düşünmeye davet etmek isterim.

Bu yılki toplantının başlığı belirlenirken şüphesiz konunun önemi ve güncel değeri de dikkate alınmıştır. Türkiye uzunca bir süredir derin bir hukuk ve anayasa krizi yaşıyor. Ne yazık ki bu derin krizden çok hızlı bir biçimde ve kısa sürede çıkabileceğe de benzemiyor. Bu derin hukuk krizi, olağan dönem hukuku, olağanüstü dönem ya da istisnai dönem hukuku ayırımını dahi şeklen ve esasen neredeyse ortadan kaldırmış benziyor. Kuvvetler ayrılığının yerini kuvvetler yapışıklığına bıraktığı bu dönem itibarıyla anayasal kurumlar, bu kurumların işlevleri ve bu kurumların kural koyma, yasa yapma ve bunları uygulama biçimleri tek bir kuvvetin iradesiyle şekillenmiş bir hal almış görünüyor.

Bir başka vesileyle, liberal hukuk teorisyenlerinin 19'uncu Yüzyıl'da hukukun üstünlüğü ile bağdaşmaz görmediği hukukun araçsallaştırılması, ağır komplikasyonlara sebep verecek biçimde uygulamaya geçmiş bulunuyor. Yaşanan olağanüstü dönemin denetimsiz kural koyma alışkanlığı, temel hak ve özgürlükler açısından ağır tahribatlar yaratmışken, adeta el yükseltılarak olağanüstü dönem kuralları olağan döneme taşınmış bulunuyor. Ünlü düşünür Hayek'in bir vesileyle hukukun üstünlüğüne zarar vereceğini öngördüğü aşırı regülatyoncu devlet için Türkiye adeta bir laboratuvar sunuyor. Yetki veren ve sınır çizen, üstün hukuk kuralları niteliğindeki anayasa, yetkilendirmemesinde ve sınırlandırmasında görmezden gelinen bir kâğıttan gemi haline dönmüş durumda. Bu vahim tablodan temel hak ve özgürlüklerin zarar görmeden çıkması bir mucize olurdu. Nitekim bu mucize gerçekleşmedi.

Temel hak ve özgürlükler alanında başta ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü, özgürlük ve güvenlik hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, çalışma özgürlüğü gibi pek çok hak ve özgürlükte geriye gidişler sürdü ve sürmeye devam etmekte. OHAL yetkilerinin olağan kanunlarla uzatılarak olağan döneme yayılması, artık olağan bir hal almış durumda.

Konuşmacılarımız toplantı başlığına uygun başlık ve içeriklerle olağanüstü dönemin olağan döneme doğru dışbükey genişlemesinin, idarenin işlemlerindeki hukuk zemininin belirsizleşmesinin ve tüm bunların hak ve özgürlük alanına olumsuz etkilerinin bir fotoğrafını çekmeye çalışacak ve bunu bizimle paylaşacaklar. Bu vesileyle tüm katılımcılarımıza, tebliğ sahibi hocalarımıza, meslektaşlarımıza, teşekkürlerimizi iletmek isterim.

Şükran duygularıyla bezenmiş bir teşekkürü de Türkiye Barolar Birliği Sayın Başkanı Avukat Eriş Sağkan'a ve değerli Yönetim Kuruluna sunmak isteriz. Türkiye Barolar Birliği, Kamu Hukukçuları Platformu'nun başlamasında değilse de büyümesinde ve etkinleşmesinde çok önemli katkılar sunmuş, dayanışma içinde olmuştur. Bizden kaynaklanmayan ancak tahmin yürütmekte zorlanılmayacak nedenlerle TBB ile KHP arasına anlayabildiğimiz ancak anlamlandıramadığımız bir soğukluk ve mesafe girmişti. Söz konusu dönemde KHP varlığını aynı çizgide ve yetkinliğini kanıtlayarak devam ettirdi. Daha çok üniversitelerin ev sahipliğinde ve gönüllü akademisyenlerin ve girişim kurulu ile danışma kurullarımızın özverili gayretleriyle sürdürülen bu dönem, daha da güçlenmemize vesile oldu. Ancak TBB ile tekrar yakınlaşmanın, bu toplantının da TBB ev sahipliğinde yapılabilmesi için hepimiz için manevi bir değeri de olduğu, sanırım tüm üyelerimiz tarafından paylaşılacaktır. Sonuçta ortak paydamız, hukukun üstünlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin

korunmasıdır ve aynı amaç için bu iki yapının bir araya gelmesi son derece doğaldır. Bu vesileyle Sayın Başkana, Başkan Yardımcımıza ve Türkiye Barolar Birliği'nin değerli Yönetim Kurulu üyelerine ve çalışanlarına, verdikleri emek ve gösterdikleri samimi yaklaşım için teşekkürlerimizi sunmak isterim. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi Avukat Ercan Demir Beyin şahsında desteklerini esirgemeyen tüm Yönetim Kuruluna, Sayın Eda Öztürk Hanımefendinin şahsında da bu toplantının gerçekleşmesi için yoğun çaba harcayan tüm Türkiye Barolar Birliği çalışanlarına teşekkürlerimizi iletmek isteriz.

Bunun yanında toplantının yükünü büyük ölçüde yüklenen Kamu Hukukçuları Platformu gönüllülerine, görünen görünmeyen, bilinen bilinmeyen eller büyük destek vermektedirler. Toplantının gerçekleştirilmesinde eşsiz katkıları ve emekleri olan bu kişilere de Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Barkın Özyurt'un şahsında teşekkürlerimizi iletmek isterim.

Bu yılki toplantımızda ne yazık ki hepimizde bir burukluk var; değerli Rona Aybay Hocamızı bu yıl içinde kaybettik ve bunun sebep olduğu derin üzüntü bizi hep takip edecek. Onun kaybı, Kamu Hukukçuları Platformu için olduğu kadar çeşitli kurullarında yıllarca emek verdiği Türkiye Barolar Birliği ve hukuk camiası içinde yeri doldurulamaz bir boşluk yaratmıştır. Kamu Hukukçuları Platformu'nun sürdürülmesi ve yaşatılması, bundan böyle bizler için sevgili hocamızın bir vasiyetini yerine getirmek anlamına da gelecektir. Aziz hatırası önünde saygıyla eğiliyor, aramızda bulunan değerli eşi Sevinç Hanım'a ve kızı Barış Hanım'a tekrar sabırlar diliyorum.

Sözlerimi tüm heyete saygılarımı sunarak sonlandırırken ve başarılı bir toplantı geçmesi dileğimi iletirken, kürsüyü bu yılki toplantımızı adına ithaf ettiğimiz değerli hocamız Prof. Dr. Rona Aybay'ın kıymetli eşleri Sevinç Aybay'a bırakmak istiyorum. Buyurunuz Sevinç Hanım.

Sevinç Aybay – Değerli dostlar, sevgili gençler; ben Kamu Hukukçuları Platformu'nun sadık üyelerinden biriyim. Eşim Rona, bu platformun kıdemli üyelerindendi, kıdemli çalışanlarından biriydi. Rona, bu gibi toplantılara benim de katılmamı isterdi, toplantılarının sonuçlanmasının ardından benim değerlendirmelerimi duymak isterdi, benim gözlemlerimi almak isterdi. Bunun kendisi için daha sonra yapılacak toplantılara bir ışık tutma anlamında olduğunu söylerdi ve beni onurlandırır. Ben bu toplantılara sadece onun isteğiyle değil, kendi isteğimle de katıldım. Ben akademisyen değilim ama kamuda görev yapmış bir hukukçuyum, bu açıdan tartışma konularına da yabancı değilim. Severek, isteyerek katıldım; hukuk açısından, bilim açısın-

dan bir katkıda bulunmak iddiam ve yetkinliğim olmadan sade bir dinleyici olarak yer aldım. Çok kazanımlar sağladım, bildiğim bilmediğim konularda bilgi sahibi oldum, bildiğimi zannettiğim şeylerin de eksiklerini, yanlışlarını fark ettim. Kendimi çok zenginleştirdim. Onun için Kamu Hukukçuları Platformu'na kendi hukukçuluğum açısından çok şey borçlu olduğumu rahatça söyleyebilirim.

Kemal Gözler ve Ozan Ergül Hocalarımız güzel sözlerle andılar Rona'yı. Ben size müsaadenizle onun pek çoğunuzun tanık olduğunu zannetmediğim, gözlemlediğinizi zannetmediğim birkaç özelliğinden söz etmek istiyorum. Bir tanesi, Rona, kendisiyle doğrudan doğruya, yani işiyle gücüyle, ailesiyle ya da ne bileyim özellikle çıkarıyla hiç ilişkisi olmayan, ama Türkiye için, toplumumuz için önemli gördüğü bazı olaylar karşısında uygulandığı, bunlardan etkilendiği ve bazen de ciddi şekilde öfkelenildiği zaman mutlaka bir şey yapmak ihtiyacı hissederdi ve de ihtiyacı, o yapmak istediği şeyi sonuna kadar büyük bir kararlılıkla, hani tabir yerindeyse belki de inatla sürdürürdü; zorluğu engeli neyse, hepsini aşarak o sonuca ulaşırdı.

Kısaca bir iki örnek vereyim, özel sohbetlerimizde ayrıntılarını da söyleyebilirim. Japonya'da Hiroşima kentinde, atom bombasının atıldığı yerdeki Barış Parkı'nda ve Barış Müzesi'nde çeşitli dünya ülkelerinden bir takım armağanlar, anıtlar, heykeller varken, Türkiye'den niye yok diye orayı ziyaret ettiği zaman çok duygulandı, çok etkilendi ve bütün enerjisini, vaktini, parasını harcayarak oraya Türkiye'den bir anıt gönderilmesini temin etti.

Saraybosna'da bir Türk Evi inşa ediliyordu. Devlet belli bir ödenek tahsis etmişti. İşte her zaman rastlandığı gibi bu ödenek orayı tamamlamaya yetmedi. Oradaki büyükelçimiz bunun sıkıntısı içindeydi. Rona ne yapabilirim diye düşündü taşındı ve de Cumhurbaşkanı'na kadar çıkarak ilave bir ödenek gönderilmesini sağlamayı başardı.

Bir başka örnek daha söyleyeyim, bu meslektaşlarla ilgili bir şey: Türkiye Barolar Birliği'ndeki çalışmalarını sırasında çok önem verdiği belli bir konuda yapığı bir çalışmayı sunmak üzere hazırlanmıştı. Ama sanıyorum gündem değişikliği dolayısıyla daha ileride yapılacak olan bir toplantıda görüşüleceğini zannettiği o konunun, Birlik'e o gidişinde ve o toplantıda görüşüleceğini tespit etti ve de İznik'ten Ankara'ya benim bir taksit tutarak o hazırladığı çalışma dosyasını ona göndermemi istedi. Bunu yaptık. Sınırlı bir bütçe için bir yüktü tabii bu, 400 kilometre yola bir taksitle bir dosya göndermek... Ama o kadar kararlıydı ki, böyle bir durumda "canım hani değer mi, bu bizim için çok zor olacak" falan demenin anlamı yoktu. Hiç söylemezdim bu lafları.

Çünkü “tamam, icap ederse ben 10 gün aç yatarım, sen yolla” diyebilirdi. Öyle bir tutumu, öyle bir kararlı yapısı vardı.

Bir başka özelliğinden söz edeyim: Kadınların mesleklerine ve çalışma hayatlarına çok saygısı olan bir insandı. Ben bunu kendi çalışma hayatımda çok gördüm, çok yararını gördüm. Beni her zaman destekledi, onurlandırdı, çalışmalarına yardımcı olmaya çalıştı. Hani ne önemi var bunun diyeceksiniz, öyle değil mi? Ama ben size 50-55 yıl öncesinden söz ediyorum. O zamanlar şimdi hepimiz için çok doğal, günlük yaşantımızda yer alan ama hâlâ bazı sıkıntılarını yaşadığımız insan hakları gibi, kadın-erkek eşitliği gibi konular pek de gündemde değildi. O dönemlerde bunları içselleştiren insanların bulunması, insanlarda bu özelliğin, bu niteliğin bulunması önemli bir şeydi, onu da söylemek isterim.

Bir başka özelliğinden de söz edeyim: Rona, bir hukukçunun sadece hukuk kurallarını, uygulamalarını, kanun hükümlerini, içtihatları falan bilmekle iyi bir hukukçu olamayacağı düşüncesindeydi. İyi bir hukukçunun tarih bilmesi, sosyoloji bilmesi, güzel sanatlarla ilgilenmesi, edebiyatla ilgilenmesi ve bunlarla kendini zenginleştirmeyi ve hukuku daha geniş açıdan, bu suretle ve bu kazanımları yoluyla daha geniş açıdan değerlendirmesinin doğru olduğuna inanırdı. Bu amaçla çok çabalamıştır, çok şey vermiş, özellikle genç hukukçuların yetişmesinde çok büyük çabaları olmuştur. Onlara yönelik makale yarışmaları düzenlemek; konferanslar, açık oturumlar, sohbet toplantıları düzenlemek; onun çok sevdiği ve büyük bir çaba sarf ederek gerçekleştirmeye çalıştığı uğraşlarından biridir. Böyle, bu tarzdaki çalışmalar tabii tek başına yapılacak şeyler değildir. Özellikle genç öğrencileriyle hukukla ilgili sinema filmlerine, tiyatro oyunlarına birlikte gitmek, yöneticilerini, oyuncularını, yazarlarını çağırarak, onlarla sohbet toplantıları, tartışma toplantıları düzenlemek gibi büyük etkinlikleri olmuştur. Bu etkinliklerde Kızı Barış Aybay büyük bir organizasyon çabası göstermiş, babasına çok yardımcı olmuştur. Yarışmalara katılan gençlerin makalelerinin değerlendirilmesinde, sohbet toplantılarında, açık oturumlarda yer alarak onlara kazanımlarını aktarmalarında Fazıl Sağlam, Oktay Uygun Hocalarımızın çok büyük katkısı ve desteği olmuştur Rona’ya.

Son yıllarında Genel Kamu Hukukunun öğretilmesi, onun yöntemleri ve onun sorunlarının tartışılması gibi bir alanda da bir faaliyet yürütmeye çalışmıştır. Genç akademisyenler Aydın Atılgan ve Kahan Onur Arslan’ın yakın desteğiyle ve yardımıyla bu konuda bir toplantı serisi de yürütmeye çalışmıştır. Bu toplantılara imkan ve destek sağlamak bakımından değerli hocamız Necmi Yüzbaşıoğlu’nun da büyük katkıları ve destekleri olmuştur.

Şimdi bütün bunları söyledim. Denecektir ki; bu adamın güzel nitelikleri var, çok değerli özellikleri var, hani hiç mi kusuru, eksikliği, aksağı, yanlışlığı yoktu? Vardı tabii; hepimizde olduğu kadar az veya çok onun da yanlışlığı, onun da eksikliği, onun da kusuru olmuştur. Ama nasıl diyeyim, 1955-1959 yılları arasında sınıf arkadaşı olarak İstanbul Hukuk Fakültesi'nden tanıdığım, 57 sene de hayatımı paylaştığım Rona'nın kusuru, eksikliği, aksağı konusunda sanırım yetkinlikle söz edebilecek bir konumdayım. Bu belirtilen şeyler, onun güzel özelliklerini, değerli niteliklerini gölgeleyecek, örseleyecek çapta ve hacimde olmamıştır. Bilemiyorum ne kadar objektif olurum bu konuda ama benim ona olan saygımı, takdirimi, sevgimi zedelememiştir onun eksikleri ve yanlışları. Bunu da söyleyebilirim.

Size iki üç cümle daha söyleyip konuşmamı bitirmek istiyorum. Hayatın bana öğrettiği bir şeyi sizlerle paylaşmak istiyorum, düşünmenizi istiyorum. İnsanların en büyük zenginliği parayla, pulla, malla, mülkle değil de dostlarıyla ve dostlukları ile kazanılıyor. Rona iyi bir dosttu, beni çok zenginleştirmiştir. Artık onun varlığından da dostluğundan da yoksunum; tabii bu hüznü içimde taşıyacağım. O ayrı ama bunun yanı sıra mutluluklar da yaşıyorum ve bu mutluluklarının kaynağının dostlarımla varlığı, dostluklarımla sürmesi olduğuna inanıyorum. Böyle bir mutluluğu da bugün sizler bana yaşattınız. Hepinize çok teşekkür ediyorum.

Sunucu – Kıymetli Rona Hocamızın sevgili eşi Sayın Sevinç Aybay'a çok teşekkür ederiz. Şimdi de Türkiye Barolar Birliği'nin Başkan Yardımcısı Avukat Sayın Sibel Suiçmez'i kürsüye davet ediyorum.

Av. Sibel Suiçmez (TBB Başkan Yardımcısı) – Cumhuriyet Halk Partisi Sayın Genel Başkan Yardımcısı, Anayasa Mahkemesi Sayın Üyesi, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun Sayın Üyeleri, değerli hocalarım, kıymetli hukukçu meslektaşlarım ve çok değerli katılımcılar; sizleri Türkiye Barolar Birliği adına sevgi ve saygılarımla selamlıyorum. Bu selamı Birlik Başkanımız Sayın Erinç Sağkan adına da ayrıca sunuyorum. Bu açış konuşmasını kendisi yapmak istedi, hatta bu nedenle birçok programını iptal etti. Ne var ki, ailesinde yaşanan küçük bir sağlık problemi nedeniyle dün geceyi ve bu sabahı hastanede refakatçi olarak geçirmek durumunda kalınca maalesef çok istemesine rağmen bu sabah aramızda olmadı.

Konuşmama, Kamu Hukukçuları Platformu'nun kurucularından olan, toplantıyı anısına ithaf ettiğimiz, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi önceki dönem başkanlarından, Birlik Disiplin Kurulu üyesi de yapan değerli bilim insanı Avukat Profesör Doktor Rona Aybay'ı saygıyla, sevgiyle, özlemle

anarak başlamak isterim. Geçtiğimiz Mayıs ayının ilk haftasında kaybettiğimiz değerli üstadımız, sevgili hocamız Rona Aybay'ın hukuk camiamıza, Türkiye Barolar Birliği'ne hizmetlerini, verdiği katkıyı unutmayacağımız, eserleriyle aramızda yaşamaya devam edecek. Hocamızın çok kıymetli eşi Sevinç Aybay ile kızı meslektaşımız Barış Aybay da bugün aramızda bulunuyor. Hoş geldiniz, şeref verdiniz efendim.

Kamu Hukukçuları Platformu'nun ilk toplantısının sayın hocamın da az önce söylediği gibi 2010 yılında Türkiye Barolar Birliği'nde yapıldığını biliyorum. Yanlış hatırlamıyorsam Türkiye Barolar Birliği çatısı altında yapılan son toplantının tarihi ise 2015 yılıydı. Sizleri bu çatı altında görmeyi çok özlemiştik, 7 yıl aradan sonra burada sizleri ağırlamaktan mutluluk, bir o kadar da gurur duyuyoruz. Platformunuzun talep etmesi halinde bu ev sahipliğini daha uzun yıllar seve seve sürdürmek istediğimizin altını da ayrıca çizmek isterim. Zira bizler, kanundan kaynaklanan hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak görevimizi aklımızdan bir an bile çıkarmıyoruz. Ülkemizde ve uluslararası alanda insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi konusunda ortaya çıkan anayasal ve yasal sorunları, günlük siyasetten bağımsız, yıllık toplantılarla, serinkanlılıkla ele almayı, incelemeyi ve tartışmayı hedefleyen Kamu Hukukçuları Platformu'nun çalışmalarını desteklemeyi bu görevimizin asli bir parçası olarak görüyoruz.

Birbirimizden ayrı kaldığımız bu süreç içerisinde ülkemizde yaşanan siyasi, hukuki ve sosyal değişiklikler pek çok ülke açısından belki bir asra sığacak kadar yoğun ve kapsamlıdır. Bu zaman dilimine darbe girişimi ve olağanüstü halin yanı sıra, hükümet sistemini de değiştiren bir anayasa değişikliği sığdırmış bulunuyoruz. Bizim mesleğimiz açısından ise baro seçimlerinin ertelendiği, çoklu baro tartışmalarının yaşandığı ve nihayetinde baroların bölünmeye çalışıldığı günler yaşadık. Bu değişikliklerin ve mücadelelerin her birinin sonuçlarını hep birlikte yaşadık, yaşamaya devam edeceğiz. Bugün açılışını yaptığımız iki günlük toplantının konusu tam da bu sonuçları oluşturuyor. Kamu Hukukçuları Platformu'nun bu yılki toplantı konusu, "Olağanüstü Rejimlerde İnsan Haklarını Savunmak" olarak belirlenmiş durumdadır.

Teknik hukuk çerçevesinde ifade edecek olursak, 21 Temmuz 2016 yılında ilan edilen ve üçer ay aralıklarla tam 7 kez uzatılan olağanüstü hal, 19 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla sona erdi. Ne var ki bugünkü toplantıda sunulacak tebliğlerden birinin başlığında da ifade edildiği üzere adeta süreklileşen bir olağanüstü hal rejiminde hep birlikte yaşıyoruz. Olağanüstü koşullarda gidilen anayasa referandumuyla Türk tipi başkanlık sistemine ge-

çilmesiyle birlikte yasama organının işlevini kaybettiği, yürütme organının ve aslında yürütmenin başı konumunda bulunan cumhurbaşkanının hukuk sistemimiz için sıra dışı olarak nitelendirilecek yetkiye sahip olduğu bir rejim ortaya çıkmış oldu. Yine olağanüstü koşulların etkisiyle görevlerinden alınan binlerce hakim ve savcının yarattığı travma ile sarsılan yargı için de bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerinden söz etmek daha da güçleşti. Böylece işlevsiz bir yasama, güçlü bir yürütme ve denetim işlevini yerine getirmekte zorlanan bir yargı ile karşı karşıya kalmış durumdayız.

Türkiye’de insan hakları savunucuları, akademisyenler, avukat meslektaşlarımız mücadelelerini bu zorlu koşullar altında sürdürüyor, hukukun üstünlüğü ile insan hak ve özgürlüklerini savunmaya devam ediyorlar. Çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere, Türkiye’nin zaten çok parlak olmayan insan hakları karnesi, süreklileşen olağanüstü hal koşullarında daha da vahim bir tablo arz ediyor. 2021 tarihi itibarıyla yayınlanan ulusal ve uluslararası çok sayıda rapor bu gerçekliği bütün çıplaklığıyla ortaya koyuyor.

Örneğin Freedom House raporuna göre Türkiye 195 ülke arasında 146’ncı sırada yer alıyor. Rapor, Türkiye’nin insan hakları puanının son 5 yılda önemli ölçüde düştüğünü gösteriyor. Human Rights Watch 2021 Türkiye raporunda, yürütme tarafından yargıya müdahale edilmesinin yerleşik bir sorun haline geldiği ifade ediliyor ve sosyal medya paylaşımları nedeniyle cumhurbaşkanına hakaret ve terör propagandası suçlarından binlerce kişinin gözaltına alındığı ve yargılandığı belirtiliyor. Özellikle Covid-19 pandemisi gerekçe gösterilerek toplantı ve gösteri hakkı kullanımının engellendiğine de ayrıca dikkat çekiliyor. Hukukun Üstünlüğü Endeksini tutan The World Justice Project’in henüz geçtiğimiz ay içerisinde yayınlanan 2022 raporuna göre Türkiye 140 ülke arasında maalesef 116’ncı sırada bulunuyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde derdest halde bulunan 60 binden fazla başvurunun yüzde 18’ini maalesef Türkiye’ye karşı açılmış davalar oluşturuyor. Üstelik buna bir de Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmaması nedeniyle ihlal prosedürünün işletilmiş olması da eklenmiş bulunuyor.

Bu tablo insan hakları savunucularına, barolarımıza, Türkiye Barolar Birliği’ne daha çok görev yüklemektedir. İnsan hakları mücadelesi, uzun erimli ve farklı boyutlarıyla sürdürülmesi gereken bir mücadele alanıdır. İnsan hakları alanında çok sayıda enstrümanla eş zamanlı ve kapsamlı bir mücadele yürütülmesi gerekmektedir. Türkiye Barolar Birliği olarak bu durumun farkında olduğumuzu, tek bir hak ihlali kalmayana kadar insan hakları

alanına her düzeyde katkı sunmak için elimizden geleni yapacağımızı tekrar ifade etmek isterim.

Değerli katılımcılar; bu toplantıyı birlikte düzenlediğimiz Kamu Hukukçuları Platformu'nun ve değerli düzenleme komitesinin kıymetli üyelerine, tebliğleri ile bu toplantının gerçekleşmesini sağlayan sayın konuşmacılara ve katılımcılara, toplantının düzenlenmesine emek ve çaba sarf eden herkese şükranlarımızı sunuyor, sizleri bir kez daha Türkiye Barolar Birliği adına saygılarımla selamlıyorum.

Sunucu- Konuşmaları için Sayın Suiçmez'e çok teşekkür ediyoruz ve ilk oturumun başkanlığını yapmak üzere Profesör Doktor Sayın Necmi Yüzbaşıoğlu'nu yerlerine davet ediyorum. Konuşmacı olarak Doktor Sayın Hülya Dinçer'i ve Doçent Doktor Sayın Çiğdem Sever'i yerlerine davet ediyorum.

BİRİNCİ OTURUM

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı) – Evet, değerli meslektaşlarım, kıymetli katılımcılar; oturum başlamadan önce ben de birkaç söz söylemek istiyorum.

Öncelikle, bu platformun kurucu babası, fikir babası değil sadece, kurucu babası Sayın Fazıl Sağlam Hocamıza çok şey borçlu olduğumuzu ifade etmek istiyorum. Allah uzun ömürler versin, aramızda olsun. Bunu niye söylüyorum? Rona Aybay ile beraber -onun da çok büyük katkıları oldu- onların büyük enerjisiyle bu platform bugünlere kadar geldi. Maalesef Rona hocamızı kaybettik, hepimizin başı sağ olsun. Başta eşi ve çocuklarına, tekrar hepimize başsağlığı diliyorum.

Şimdi Rona Hocayla ilgili çok şey söylendi, eşi anlattı; ben nasıl görüyorum? Rona Hocanın bende en çok bıraktığı iz, o heyecanı, enerjisi, ilgisi, merakı, coşkusu. Her konuşmasını yaşamayı, tartışmalardaki o canlılığı hakikaten hepimize ders verir nitelikteydi. Yani o enerjiyi sınıfta olsun, bu tür toplantılarda olsun herkese hissettirirdi ve herkes onu heyecanla, merakla dinlerdi. Dolayısıyla Rona Hocayı özleyeceğiz ama yapacağımız şey, bizim de ondan aldığımız enerjiyi, coşkuyu genç kuşaklara aktarmak olacak. Bundan sonra onun anısını ancak böyle yaşatabiliriz.

Bunun yanında bu platformun devamında Oktay Uygun Hocanın da adını anmak isterim. O da çok önemli bir köprü rol oynamıştır. Hepimiz katkı vermeye çalıştık elbette ama Oktay Uygun Hocanın bunda önemli bir payı var. Yine bu yıl bu toplantıyı düzenleyen Bilkent'teki meslektaşlarıma da teşekkür ediyorum.

Bu noktada asıl Barolar Birliğinin -benden önce değinildi, ben de söyleyeyim-; katkıları olmasaydı -maddi, ondan çok manevi tabii bizim için önemli- bu toplantılar gerçekleşmeyebilirdi. Barolar Birliği'ne de başta Başkanımız olmak üzere Yönetim Kurulu üyeleri ve bu toplantının düzenlenmesinde emeği geçen herkese teşekkür etmek istiyorum. Şimdi öğrendiğimiz Birlik Başkanımızın ailesinin sağlık sorunlarından dolayı da geçmiş olsun dileklerini sunmak isterim.

Şimdi ben olağanüstülük süreciyle ilgili ilk toplantıyı açarken -gerçi sadece bu ilk toplantının değil, diğer oturumların konusu da bu sürecin ayrımlarıyla ilgili- Sayın Mümtaz Soysal Hocamızı da anmak isterim doğrusu. Yanımda, hemen arkamızda resmi var. Mümtaz Soysal Hoca bizim için bir

efsaneydi, benim jenerasyonum için. Ben kendisinin öğrencisi olamadım İstanbul Hukuk mezunu olarak ama Galatasaray'da derse davet ettim, emekli olduktan sonra ders verdi. Kıbrıs'ta Doğu Akdeniz'de bir konferansa davet ettim, orada da gerçekten keyifle öğrenciler izlediler. Mümtaz Soysal Hocamız bizim için duayendir, efsanedir, ayrıcalıklı bir yeri vardır. Onu da saygıyla anmak isterim burada.

Arkadaşlarıma söz verirken, -tabii bunu söylemek hoş değil ama- Türkiye gibi cumhuriyet tarihinin büyük bir çoğunluğu olağanüstü rejimle geçen bir ülkede özgürlüklerin korunması daha bir önem arz ediyor. Gerçekten baktığımız zaman sadece hukuki olağanüstü hal, sıkıyönetim hallerini değil, bu hallerin olağan rejime de taşıdığını hep gördük, başta yürürlükteki 1982 Anayasası olmak üzere. Güya 1983'te seçimler yaptık, olağan rejime geçtik ama sözde geçtik. Hatta onun izleri onca değişikliğe rağmen hala devam ediyor. Zaten Kenan Evren'nin Cumhurbaşkanlığı süresince Türkiye sistem olarak da olağan rejime geçemedi.

Yakın geçmişte, 15 Temmuz 2016'daki başarısız bir darbe girişiminden sonra da bir olağanüstü hal ilan ettik. Olağanüstü hal güya kalktı ama kalkmadı, onun uzantılarını görüyoruz. Yani olağanüstü rejim neredeyse olağanlaştı, ben de aynı fikirdeyim.

Şimdi bunu enine boyuna tartışmak üzere bugünkü toplantıyı bu bakımdan son derece önemsiyorum. Gerçekten mayınlı bir alan. Diğer yandan bugün burada ele alınacak olan çoğulcu demokrasilerin vazgeçilmezi toplantı ve gösteri yürüyüşü de öteden beri Türkiye'de sıkıntılı her bakımdan; izni bırakın, yasaklamaya kadar gidebiliyor. Buna karşı idari yargı da bir çözüm olmuyor. Hakikaten toplantı ve gösteri yürüyüşü belli bir zamanda yapılması anlamlı bir hak. İdari yargı karar verinceye kadar zaten onun işlevselliği kalmıyor. Bununla ilgili daha hızlı bir idari yargı süreci oluşturulabilir mi? Bilemiyorum, idare hukukçusu arkadaşlara sormak istiyorum, düşünmek gerekir en azından.

Bir de her iki arkadaşımızın ve benim de baştan söylediğim bu olağanüstünün olağanlaşması Türkiye'de hakikaten alışkanlık haline geldi. Bu daha önce örtülü olarak yapılıyordu pandemi sürecinde açıkça yapıldı. Birçok Avrupa ülkesinde salgın hastalık, pandemi nedeniyle olağanüstü hal ilan edildi ve o rejim çerçevesinde önlemler alındı. Bizde de yapılabilirdi, bizim anayasamıza göre de salgın hastalık bir olağanüstü hal nedeni. Ama biz bu yollara başvurmuyoruz, demokrasiden asla taviz vermiyoruz güya; ancak olağan rejim adı altında olağanüstü rejimde dahi belki alınamayacak önlem-

ler aldık. Yani İl İdaresi Kanunu nasıl kullanıldı o dönemde? Bununla ilgili daha önceki yılda da bir etkinlikte çok ayrıntılı olarak tartışıldı. Buna bence Anayasa Mahkemesi de çanak tuttu deyim yerindeyse, ya da önünü kesmedi. Anayasa Mahkemesi'nin 1990'lı yıllarda şöyle bir içtihadı vardı; olağanüstü hal konusunu aşan, olağanüstü hal bölgesinden taşan hükümleri ayıkliyor idi olağanüstü KHK'lar içerisinden. Daha sonra 2011'den itibaren Anayasa Mahkemesi, olağan KHK'ları da değiştirdi; "önemlilik, ivedilik, zorunluluk ölçütleri nereden çıktı?" dedi, orada da içtihat değiştirdi. Bunun yanında ben olağan olağanüstü KHK ayrımını yapmam, içeriğine değil ismine bakarım dedi. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin öteden beri "ben denetlediğim normun verilen ismine değil, denetime tabi mi değil mi, o bakımdan içeriğine de bakarım" diye oluşturduğu içtihatı var. Bunu hâlâ sürdürüyor olağanüstü KHK'lar dışında. "İçeriğine bakmam" dedi, "adı olağanüstü KHK yazıyorsa ben bunu denetlemem" diye yeni bir yön çizdi. Olağanüstünün olağanlaşmasında bu içtihat değişikliğinin de payının olduğunu düşünüyorum. Burada biraz zevahiri kurtarmak için bu düzenlemeleri, yani olağanüstü hal süresini de aşip olağanlaşan düzenlemeleri, Anayasanın 13'üncü maddesi yönünden denetlemek suretiyle, güya yargı denetimine tabi tutmuş gibi oldu Anayasa Mahkemesi, ama ikisi aynı şey değil. Şimdi Anayasa Mahkemesi'nin yeni yaklaşımı bir kere daha baştan olağanüstü hal süresini, bölgesini, konusunu taşan düzenlemeleri yapma konusunda cesaret veriyor yürütmeye. Oysa bu denetimini sürdürseydi, yürütme daha baştan olağanüstü KHK'lara olağanüstü hal konusunu, süresini aşan, olağanüstü hal bölgesini taşan düzenleme koymama konusunda hassasiyet gösterirdi. Anayasa Mahkemesi içtihat değişikliğiyle buna icazet vermiş oldu adeta. Gelinek noktada olağanüstü KHK'lar ile olağan KHK'lar arasındaki -şimdi cumhurbaşkanlığı kararnamesi ayrımının da pek manası kalmadı bence. Çünkü olağanüstü cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, olağan cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında ne fark kaldı eğer böyle bir denetim yapılmıyorsa? İyi ki Anayasa'ya "3 ay içinde olağanüstü KHK'lar Meclis'in onayına sunulur, aksi halde reddedilir" hükmü kondu da belki o caydırıcı olur olağanüstü KHK'ya olağan düzenlemeler koyma konusunda. Bunun önünü Anayasa Mahkemesi kesmeliydi bence. Arkadaşımız söyledi; 2016-2018 döneminde olağanüstü KHK'lar bakımından işte ismine, içeriğine bakmadan darbe girişimi sonrası önlemlerin birçoğu bununla alındı, Anayasa Mahkemesi 13'üncü madde çerçevesinde denetleyerek bunların sürekliliğine imkan sağladı. Yani olağanüstü dönemdeki düzenlemelerin olağanlaşmasına Anayasa Mahkemesi bu içtihat değişikliğiyle bir zemin hazırladı diye düşünüyorum ben de.

Süreklileşen Olağanüstü Halde Hesap Verebilirlik Alanının Daralması ve “Kanuni” Sorumsuzluk Rejimi

Hülya Dinçer*

Giriş

Türkiye’de ilk olarak 2015-2016 yıllarında Güneydoğu Anadolu ve Doğu Anadolu Bölgesi’nin belirli yerlerinde ilan edilen süresiz ve ucu açık sokağa çıkma yasakları ile fiili bir olağanüstü hal (OHAL) yürürlüğe sokulmuştur. Sokağa çıkma yasağı ilan edilen bölgelerde yaşayan yurttaşların eğitim, sağlık, barınma gibi temel haklardan ve seyahat özgürlüğü, hak arama özgürlüğü gibi özgürlüklerden yararlanmalarını imkânsız kılan ağırlıktaki güvenlik tedbirlerinin yasal dayanaktan yoksun olduğu, hem hukuk doktrininde hem de uygulamada açıkça ortaya koyulmuştur. Bu dönemde ilan edilen süresiz ve ucu açık yasaklar, Anayasa’nın 120. maddesinde düzenlenen olağanüstü hal ilanı usulüne başvurulmaksızın, sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisinin açıkça düzenlenmediği İl İdaresi Kanunu’nun 11(c) maddesine dayandırılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durdurma sonucunu doğuran bu ağır idari tasarrufun kanunda açıkça düzenlenmesi gereği karşısında, Kanun’un ilgili maddesinin geniş ve keyfi yorumuyla kanunilik ilkesinin ihlal edildiği ve bir yetki gaspına imza atıldığı dile getirilmiştir.¹ Benzer biçimde Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) gibi uluslararası kuruluşlar da sokağa çıkma yasaklarının hukuki dayanaktan yoksun olduğuna ilişkin görüş bildirmişlerdir.² Böylece, usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir olağanüstü hal olmadan, olağan hukuk rejimi içinde öngörülmemiş bir usul “icat edilerek” bir istisna rejimi yaratılmıştır.

* Dr., MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 Bkz. Artuk Ardiçoğlu, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Midir?”, 27.11.2015, *Birikim Dergisi*, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir>; Kemal Gözler, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme”, 5.5.2016, www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma.pdf (e.t. 10.10.2022).

2 Bkz. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) (2016), “Turkey – Opinion on the Legal Framework Governing Curfews”, Opinion n° 842/2016 Adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session, Venice, 10-11.6.2016, Strasbourg.

Bu istisna rejimi, yasak kapsamındaki ilçe ve bölgelerde yürütülen güvenlik operasyonları sırasında mülki otoriteler ile askeri güçler ve genel kolluk arasında nasıl bir iş bölümü ve eşgüdüm planlandığı, farklı güvenlik birimlerinin yetki alanlarının kapsam ve sınırlarının nasıl belirlendiği bilinmeyen, yasal çerçevesi çizilmemiş, hesap verebilirliği sınırlı, şeffaf olmayan bir zeminde inşa edilmiştir. Göztepe bu tehlikeli düzeyde muğlak istisna rejimini, “olağanüstü rejimin anayasızlaştırılması” olarak tanımlamıştır.³ Hükümetin olağanüstü yetkileri, resmi bir olağanüstü hal ilan etmeden ve yasama organının yetkilendirmesi olmaksızın çok uzun bir süre boyunca kullandığı sokağa çıkma yasakları döneminde yaşanan bireysel ve kolektif hak ihlalleri, hem ulusal hem de uluslararası pek çok kuruluş ve hak örgütü tarafından ayrıntılı olarak belgelenmiştir.⁴

Örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin raporuna göre, 355.000 ila 500.000 kişi bu süreçte yerinden edilmiş; hukuka aykırı ve aşırı güç kullanımı sonucunda çok sayıda sivil yaşamını kaybetmiş ve yaralanmış; şehir merkezlerinde ağır silahların kullanılması sonucunda yerleşim alanları ve kültürel miras niteliği taşıyan yapılar tahrip edilmiş; acil sağlık hizmetine, su, yiyecek ve yaşamsal kaynaklara erişim engellenmiştir.⁵ Bulguların hak ihlallerine, özellikle yaşama hakkı ihlali iddialarına ilişkin açılan ceza soruşturmalarının bir kısmı takipsizlikle sonuçlanmış; bir kısmı ise sürüncemede bırakılmıştır.⁶

2015-2016 yılları arasında ülkenin bir bölgesinde uygulanan fiili olağanüstü halin üzerinden çok geçmeden, 15 Temmuz 2016'da yaşanan darbe girişiminin ardından, 21 Temmuz 2016'da Bakanlar Kurulu kararıyla bu kez resmi olağanüstü hal ilan edilmiştir.⁷ Yürürlükten kaldırıldığı 19 Temmuz 2018 tarihine kadar yedi kez uzatılan olağanüstü hal süresince, ilki 23 Tem-

3 Ece Göztepe, “The Permanency of the State of Emergency in Turkey: The Rise of a Constituent Power or Only a New Quality of the State?”, *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 28, no. 4 (2018), s. 529.

4 Bkz. örneğin: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Report on the Human Rights Situation in South-East Turkey, July 2015 to December 2016”, https://www.ohchr.org/documents/countries/tr/ohchr_southeast_turkeyreport_10march2017.pdf. Sokağa çıkma yasakları sırasında işlenen hak ihlallerinin kapsamı ve bilançosunu ortaya koyan diğer ulusal ve uluslararası raporlar için bkz. https://hakikatadaethafiza.org/kaynak_tipi/sokaga-cikma-yasaklari-uzerine-raporlar/ (e.t. 10.10.2022).

5 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Report on the Human Rights Situation in South-East Turkey”, July 2015 to December 2016.

6 Bkz. Human Rights Watch “Turkey: State Blocks Probes of Southeast Killings”, 2016, <https://www.hrw.org/news/2016/07/11/turkey-state-blocks-probes-southeast-killings> (e.t. 10.10.2022).

7 Bkz. Anayasanın 120 nci Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00'dan İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar, R.G. Tarih-Sayı: 21.7.2016/ 29777.

muz 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 667 sayılı KHK, sonuncusu ise 8 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 703 sayılı KHK olmak üzere toplam 32 OHAL kanun hükmünde kararnamesi (KHK) yayınlanmıştır. OHAL KHK’lerine ekli listelerle, hiçbir yargılama yapılmaksızın ve disiplin süreci işletilmeksizin, 129.612 kamu çalışanınin, “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu” gerekçesiyle ömür boyu kamu hizmetinden men edilmesine karar verilmiştir. Ayrıca 2.271 özel öğretim kuruluğu, 1.431 dernek, 145 vakıf, 178 medya kuruluğu, 47 özel sağlık kuruluğu ve 15 vakıf üniversitesi kapatılmış; 99 belediyeye kayyum atanmıştır.⁸ Genel, soyut ve gayrişahsi kurallar içermeyen, kişiselleştirilmiş bir cezalandırma niteliğindeki bu KHK’ler hukuk doktrininde yargı yetkisinin devri şeklinde yorumlanmıştır.⁹

OHAL’in resmen sona erdiği Temmuz 2018’de Hükümet, terör örgütlerine üye veya bunlarla iltisaklı ya da irtibatlı olduğuna karar verilen kamu görevlilerini kamu görevinden ihraç etme yetkisi de dahil olmak üzere, olağanüstü hal yetkilerini uzatan 7145 sayılı Kanun’u Meclis’ten geçirmiştir.¹⁰ Resmi olarak kaldırılmasına rağmen OHAL rejimini örtük olarak sürdürmeyi amaçlayan Kanun’un 26. maddesi ile 27.6.1989 tarihli 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen geçici 35. madde, ülke tarihinde benzeri olmayan bir ihraç usulü daha yaratmıştır. Geçici 35. madde, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle, kamu personeli, memur ve işçi statüsünde çalışanlar da dahil olmak üzere personelin, çalıştığı kurumun bağlı olduğu Bakanlık kararıyla; yüksek öğretimde görevli personel için Yüksek Öğretim Kurulu kararıyla; bakanlığa bağlı bir kurumda çalışmayanlar için ise atamaya yetkili amir kararıyla bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemek üzere kamu görevinden ihraç edilebilmesine cevaz vermiştir. Geçici 35. maddenin uygulaması, sona erdiği 31 Temmuz 2021 tarihinde TBMM tarafından bir yıl

8 OHAL tedbirlerinin ayrıntılı bir dökümü için bkz.: İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP), Olağanüstü Hal Durum Raporu, 18.9.2017, <https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/Olaganus-tu-Hal-Tedbir-ve-Duze-nlemeleri-31-A%C4%9Fustos-2017.pdf> (e.t. 10.10.2022).

9 Bkz. Kerem Altıparmak, Dinçer Demirkent, Murat Sevinç, “Atipik KHK’ler ve Daimi Hukuksuzluk: Artık Yasaları İdare mi İptal Edecek? ”, İnsan Hakları Ortak Platformu, Olağanüstü Hal ve Uygulamaları Bilgi Notu”, 1/2018, https://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/Atipik_OHAL_-KHKleri-1.pdf (e.t. 10.10.2022). OHAL KHK’leriyle gerçekleştirilen ihraçların içerdiği hukuka aykırılıklar için bkz.: Serap Yazıcı, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: Kamu Görevinden İhraçlar ve Yol Açtıkları Hukuka Aykırılık Sorunları”, *Prof. Dr. Metin Günday Armağani Cilt II*, Atılım Üniversitesi, Ankara, 2020, s. 1501-1555.

10 Bkz.: Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 7145, R.G. Tarih-Sayı: 31.7.2018/30495.

süreyle uzatılmıştır. Son olarak, maddenin uygulanma süresinin dolmasına bir-iki gün kala, sayısı binlerle ifade edilen kamu personelinin görevden ihraç edildiği bilgisi basına yansımıştır.¹¹ Böylece, memur disiplin hukukunun içerdiği usul güvenceleri işlevsiz kılınarak yaratılan bir “olağanüstü ihraç prosedürü”, 2016-2022 yılları arasında, tam altı yıl boyunca yürürlükte kalarak olağanlaşmış ve süreklileşmiştir.

İçerdiği kamu görevinden ihraç, pasaport iptali, kurum kapatma, faaliyete son verme, malvarlığına el koyma gibi cezai tedbirlerin ötesinde, iki yıllık OHAL süresince çıkarılan KHK’ler ile, eğitim, sağlık, yargı, ekonomi, çalışma rejimi, sosyal güvenlik, kamu güvenliği, milli savunma, yüksek öğretim gibi pek çok alanda yapısal ve kalıcı değişikliklere gidilmiş; devlet bürokrasisi ve kamu teşkilatı köklü bir dönüşüme uğratılmıştır. Ayrıca özerk kurumların yapısı ve görece demokratik işleyişi de erozyona uğramıştır. Örneğin 676 sayılı KHK ile 2547 sayılı Kanununun 13. maddesinde değişiklik yapılarak, üniversiteler bünyesinde rektör seçimleri kaldırılmış ve rektörlerin Yüksek Öğretim Kurumu’nun önereceği üç aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanması öngörülmüştür.

KHK’ler eliyle aynı zamanda mülki amirlere temel haklar üzerinde, OHAL ilanına yol açan tehdit ve tehlikeyle hiçbir ilgisi olmayan sınırlandırma, durdurma ve yasaklama yetkileri ihdas edilmiştir. Ayrıca belirli meslek alanlarını düzenleyen kanunlara yapılan eklemelerle, “terör örgütleriyle irtibatlı ya da iltisaklı bulunanlar”ın bu meslekleri yapmaktan ömür boyu men edildikleri bir daimi yasaklılık durumu oluşturulmuştur.¹² Temel hakların kullanılması üzerindeki bu ağır sınırlamalarla, Anayasa’nın 15. maddesi ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. maddesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 15. maddesinin olağanüstü hal rejimi için çizdiği orantılılık ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülöklere uygunluk sınırları da aşılmıştır.

OHAL’in süresini, konusunu ve amacını aşan, olağan hukuk düzeninde ancak yasama eliyle demokratik müzakere usulleri çerçevesinde yapılabilecek bu kalıcı değişiklikler sadece devlet ile birey ve devletin farklı organları arasındaki ilişkilerin çehresini dönüştürmekle kalmamış; aynı zamanda yürütme tarafından sınırlı biçimde kullanılacak olağanüstü yetkilerin de

11 “Yeneroğlu, Cumhurbaşkanı Yardımcısına sordu: Temmuz Ayında İhraç Edilen Kamu Görevlisi Sayısı Kaç?”, *Dokuz8 Haber*, 1.8.2022, www.dokuz8haber.net.

12 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 20. maddesine, 4853 sayılı Noterlik Kanunu’nun 7. maddesine ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 10. maddesine yapılan eklemeler bu yasaklılık durumuna örnek gösterilebilir.

kalıcılılaşmasına yol açmıştır.¹³ İlk başta TBMM İttüzüğü'nde öngörülen usul uyarınca 30 günlük süre içinde Meclis önüne getirilmeyen OHAL KHK'leri, aylar sonra acele usulle onaylanarak kanunlaşmış ve KHK'lerin içerdiği hükümler kalıcı hale gelmiştir. Yine, daha önce ifade edildiği üzere, kamudan ömür boyu ihraç uygulaması da OHAL'in sona ermesinin ardından 31 Temmuz 2022'ye dek, dört yıl süreyle uzatılmış, böylece bu "istisnai" yetki de normalleşmiştir.

Yukarıda genel çerçevesi çizildiği biçimde, önce 2015-2016 arasında ülkenin bir bölümünde fiili olarak yürürlüğe sokulan, darbe teşebbüsünün ardından ise resmi olarak ilan edilen ve o günden bugüne sürekli hale gelen olağanüstü halde, bir yandan merkezi idarenin, diğer yandan devletin güvenlik güçlerinin hukuk önünde hesap vermesini zorlaştıran, hatta hesap verebilirliği yer yer ortadan kaldıran kritik düzenlemeler yürürlüğe sokulmuştur.

Bu çalışma, 2016'dan bu yana yürütme organının, iç güvenlik ve terörle mücadele politikaları ile OHAL uygulamaları üzerindeki yasal ve yargısal denetimi etkisiz hale getirmeyi, bu yolla hesap verebilirlik alanını daraltmayı amaçlayan stratejik müdahalelerini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu inceleme ışığında mevcut çalışmanın temel iddiası, Türkiye'de yürütme imtiyazını (*executive prerogative*)¹⁴ sorgulanamaz ve denetlenemez kılmayı amaçlayan kanuni bir sorumsuzluk rejimi inşa edildiğidir. Bu çerçevede ilk olarak, hukuki dayanaktan yoksun fiili bir olağanüstü hal olarak tanımlanabilecek sokağa çıkma yasakları döneminin ardından 14 Temmuz 2016'da kabul edilen kanunun terörle mücadele bakımından dönüştürdüğü sorumluluk rejimi "cezazsızlık" kavramı ekseninde, anayasal ilkeler ve uluslararası insan hakları normları ışığında incelenecektir. Sonrasında ise, 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ilan edilen OHAL sırasında KHK'ler eliyle yürürlüğe sokulan "sorumsuzluk" düzenlemelerinin içeriği ve işlevi ele alınacaktır.

13 OHAL KHK'leriyle binin üzerinde yasa maddesinde gerçekleştirilen değişikliklerin sistemli bir tasnifi ve analizi için bkz.: İsmet Akça, Süreyya Algül, Hülya Dinçer, Erhan Keleşoğlu, Barış Alp Özden, *Olağanlaşan OHAL: KHK'lerin Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, Heinrich Böll Stiftung, https://olaganlasi.com/files/olaganlasan_ohal.pdf (e.t. 10.10.2022).

14 John Locke, olağanüstü durumlarda kamunun yararı için, yasanın buyruğu olmaksızın, hatta bazen yasaya açıkça aykırı biçimde takdir yetkisine göre hareket etme iktidarını imtiyaz olarak tanımlar. Locke'a göre bu imtiyaz, yürütmeye topluluğun yararı için, kendi özgür seçimlerine göre yasanın öngörmediği pek çok şeyi yapma yetkisi verir. Bu açıdan imtiyaz, aciliyet ya da zorunluluk durumunda bazen yasanın ihlalini de gerektirebilecektir. Bkz. John Locke, *Two Treatises of Government*, (Ed. Peter Laslett), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, § 160, s. 375.

I. 6722 sayılı Kanun : Cezasızlık Tehdidi Altında İşleyen Olağanüstülük

Sokağa çıkma yasaklarının sona ermesinin ardından, 14 Temmuz 2016 tarihinde torba yasa tekniğiyle TBMM’de kabul edilen 6722 sayılı Kanun’un 12. maddesi, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine önemli eklemeler yapmıştır.¹⁵ 11. maddeye eklenen (j) fıkrası, bir yandan olağan hukuk rejimi içinde terörle mücadele gerekçesiyle Cumhurbaşkanı kararıyla geniş askeri yetkiler kullanılabilmesine imkân vermiş; diğer yandan ise, terörle mücadele operasyonlarında kamu gücü kullanan devlet ajanlarının yargılanmasını güçleştiren yeni bir sorumluluk rejimi inşa etmiştir.

A. Terörle mücadele alanında olağanüstü yetkilerin genişlemesi ve fiili OHAL tehlikesi

İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine 2016 yılında eklenen (j) fıkrasının ilk bendine göre, “genel kolluk kuvvetlerinin imkân ve kabiliyetlerini aşan durumlarda, terörle mücadele için gerekli olması veya terör eylemlerinin kamu düzenini ciddi şekilde bozması hâlinde, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla Türk Silahlı Kuvvetleri görevlendirilebilir.”

Daha önce aynı maddenin (d) fıkrasıyla valilere tanınan, “ilde çıkabilecek olaylara müdahale etmek üzere askeri kuvvet ve kolluk kuvveti görevlendirme” yetkisinin kapsamı, 4 Eylül 1996 tarihinde yürürlüğe giren 4178 sayılı Kanun’la genişletilmişti. 4178 sayılı Kanun, bir yandan Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da geçerli olan OHAL uygulamasını kaldırırken, diğer yandan Kanun’un gerekçesinde belirtildiği üzere, “ülkeminin Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde geçerli olan olağanüstü halin kaldırılması durumunda doğacak boşluğu doldurmak” amacıyla, valilerin illerdeki olaylara müdahale için askeri güç çağırma yetkisini genişletmiştir. Buna göre, valiye düzenlemenin ilk halinde verilen, diğer illerin kolluk kuvvetlerine ve askeri birliklere başvurma yetkisine ek olarak, bu “iş için tahsis edilen diğer kuvvetlere” başvurma yetkisi de tanınmıştır.

Bunun yanı sıra, 4178 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 2. paragrafının 2. cümlesiyle, “olayların niteliğine göre, istenen askeri kuvvetin çapı ve görevde kalış süresi vali ile koordine edilerek askerî birliğin komutanı tarafından belirlenir.” hükmü getirilmiştir. Böylece, sivil otoritenin yetkili olduğu olağan

¹⁵ Bkz.: Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun, Kanun No. 6722, R.G. Tarih-Sayı: 14.7.2016/29770.

dönemde ortaya çıkan bir güvenlik krizi sırasında askeri gücün ne kadar süreyle görevini sürdüreceği hakkında karar verme yetkisi de askeri otoriteye devredilmiştir. Ayrıca Kanun'un 1. maddesinin 2. paragrafının 5. cümlesiyle, yardıma gelen askeri birliğin belirli görevleri jandarma ve polis ile birlikte yapması halinde, komuta, sevk ve idarenin askeri birliklerin en kıdemli komutanı tarafından üstlenileceği düzenlenmiştir.

Muhalefet milletvekilleri 4178 sayılı Kanun'un, ancak Anayasa'nın düzenlediği olağanüstü yönetim biçimlerinde uygulanabilecek kuralları "olağan" rejime taşıdığı, böylece "olağan" rejimi "olağanüstüleştirildiği" gerekçesiyle, bilhassa da olağan durumlarda karar merciinin sivil otorite olması gerekirken, askeri-sivil otorite ilişkileri açısından ağırlığı ve belirleyiciliği askeri otoriteye kaydırması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Anayasa'ya aykırılık iddiasının temeli ise, olağan düzende yetki ve inisiyatifin askeri otoriteye bırakılması halinde, Anayasa'nın 119., 120. ve 121. maddelerine aykırı biçimde, TBMM'nin kararı olmadan ve maddede sayılan durumlar dışında bir olağanüstü hal durumu yaratılacak olmasıdır.¹⁶ Yardıma çağrılan askeri birliğin görev süresinin dahi askeri birliğin komutanı tarafından belirlenecek olması, "sivil" bir yasada yapılan değişiklikle olağan dönemde sıkıyönetim benzeri bir askeri rejim kurulması riski yaratmıştır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) iptal davası çerçevesinde incelediği kanunu, sadece yukarıda bahsi geçen düzenleme yönünden, vali tarafından askeri birliklerden yardım istenmesi durumunda yardıma gelen askeri birliğin görevde kalış süresinin, görevlendirilen askeri birliğin komutanı tarafından belirlenmesini öngören hükmün, bu sürenin olağan dönemde ilin genel idaresinden ve asayişinden sorumlu olan vali tarafından belirlenmesinin zorunlu olması nedeniyle Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Mahkeme, kanunun getirdiği diğer düzenlemelerin ise anayasaya aykırılık içermediğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre: "İptali istenen kurallar, olağan dönemlerde kamu düzeni ve kamu güvenliği yönünden tehlike oluşturan olayların önlenmesi amacıyla, görülen hizmetin niteliğinin gerektirdiği sınırlar içinde kalmak koşuluyla ve geçici olarak güvenlik güçleri ve askeri birliklerin görev alanlarına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu kuralların demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı olduğu ileri sürülemez."¹⁷

16 AYM, E. 1996/68, K. 1999/1, R.G. Tarih-Sayı: 6.1.1999/24292, Bkz.: İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerinin gerekçesi.

17 AYM, E. 1996/68, K. 1999/1, R.G. Tarih-Sayı: 6.1.1999/24292.

Böylece muhalefet milletvekillerinin, “olağanüstü halin daraltılması veya tamamen ortadan kaldırılması adı altında tüm yurttta, kalıcı ve sürekli olarak olağanüstü hal ilan edildiği”¹⁸ itirazı AYM tarafından kabul görmemiştir.

Muhalefet milletvekillerinin haklı olarak itiraz ettikleri, anayasal kural-ları bir kenara bırakarak Meclisi baypas etmek suretiyle olağan dönemde fiili bir olağanüstü hali yürürlüğe sokmayı mümkün kılan bu istisnai yetki-ye, 2016’da 6722 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle bir yenisi eklenmiştir. 6722 sayılı Kanun, İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine eklediği (j) fıkrasıyla, (d) fıkrasında zaten valilere tanınmış olan, olağan dönemde askeri güç görevlendirme yetkisini, bu kez belirli bir ille sınırlı olmaksızın ülkenin tamamında geçerli olmak üzere yürütmenin başına, Cumhurbaşkanına vermiştir. Buna göre: “genel kolluk kuvvetlerinin imkân ve kabiliyetlerini aşan durumlarda, terörle mücadele için gerekli olması veya terör eylemlerinin kamu düzenini ciddi şekilde bozması hâlinde, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Cumhur-başkanı kararıyla Türk Silahlı Kuvvetleri görevlendirilebilir.”

Anayasa’da öngörülen usuller uyarınca TBMM’nin onayına tabi olarak olağanüstü hal ilan etmeye gerek kalmadan, terörle mücadele adına ülke-nin tamamında orduyu görevlendirme yetkisi, Cumhurbaşkanının olağan dönemde kullanabileceği olağanüstü yetkilerin kapsamını ciddi biçimde ge-nişletmiştir. Böylece olağanüstü hal yönetimi için yasama organının zorunlu olan onayı ve demokratik denetim de işlevsiz kılınmıştır.

Üstelik Cumhurbaşkanı kararıyla askeri güç görevlendirilmesi duru-munda, sadece askeri operasyonların planlanması ve yürütülmesi değil; ola-ğan rejimde sadece sivil yargı makamlarının kullanabileceği birtakım yetkiler de büyük ölçüde askeri otoriteye devredilmiştir. İlk olarak, askeri birliklerin belirli görevleri genel kolluk kuvvetleriyle birlikte yapması halinde, komuta, sevk ve idarenin askeri birliklerin en kıdemli komutanında olacağı düzenlen-miştir. Buna ek olarak, askeri komutaya, maddenin (d) fıkrasında yer veril-meyen çok geniş ve tehlikeli yeni bir yetki devri öngörülmüştür. Bu yasanın ihdas ettiği yetkilerin de kullanılacağı olağan hukuk düzeninde, Ceza Muha-kemesi Kanunu’nun ivedi durumlarda istisnai olarak savcılık kararıyla yapıl-masına cevaz verdiği, konut, işyeri ve kapalı mekânlarda yakalama amaçlı arama yapma yetkisi askeri komutaya devredilmiştir.

Maddenin (j) fıkrasının beşinci bendine göre: “Bu fıkra kapsamında icra edilen operasyonlarda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde güvenlik

18 A.g.k. İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerinin gerekçesi, s. 3.

kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin izlenirken girdikleri konuta, iş yerine veya kamuya açık olmayan kapalı alanlar ile bunların eklentilerine can veya mal güvenliğinin sağlanması ya da kişinin yakalanması amacına münhasır olmak üzere, yetkili birlik komutanının yazılı emriyle girilebilir. Birlik komutanının kararı yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur. ”

Böylece yazının başında alıntılanan “olağanüstü halin anayasasızlaşması” tespitini doğrular biçimde, sivil otoritenin yargısal yetkilerinin askeri otoriteye devri, tümüyle olağan hukuk düzeni içinde bir yasa değişikliği yoluyla gerçekleştirilmiştir.

İtalyan düşünür Giorgio Agamben, istisnainın günümüz siyasi rejimlerinde kural haline geldiğini ve hâkim yönetim paradigmasına dönüştüğünü tespit ederken, bunun artık olağanüstü hal ilanına ihtiyaç duymaksızın, “istisnai yasalar” eliyle gerçekleştiğine dikkat çeker.¹⁹ İngiltere’deki anti-terör mevzuatı üzerine incelemesinde bu olguyu “normalleşme” olarak tanımlayan Andrew Neal ise, olağanüstü zamanlarda mutad hale gelen acil yasa yapım tekniğinin, günümüzde olağan/olağanüstü hal ve norm/istisna ayrımını silikleştirdiğine dikkat çeker.²⁰ Neal’in yasamada istisnacılık (*legislative exceptionalism*) olarak adlandırdığı bu yönetim modeli, yasanın egemen bir kararla askıya alınmasına değil, sürekli bir aciliyet söylemi eşliğinde hızlandırılmış bir yasama süreci işletilerek, yürütme lehine olağanüstü yetkiler ihdas etmek için istisnai bir biçimde yeni yasalar çıkarılmasına dayanır.²¹ Bu yolla, önceki olağanüstü durumlar karşısında ihdas edilmiş tüm geçici ve istisnai yetkiler de güçlendirilir ve kalıcı hale getirilir.

Türkiye’de istisnai yönetim biçimlerini tabi oldukları anayasal normlar alanından çıkararak zamansal ve uzamsal olarak esneten ve olağan döneme yayarak kalıcılaştıran yasaların en yakın tarihli örneklerinden biri 6722 sayılı Kanun’dur. Fakat bu Kanun’un İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine eklediği (j) fıkrası, sadece olağanüstü yetkileri olağan hukuk düzeni içine “sızdırmakla” ve normalleştirmekle kalmamış; aynı zamanda, bu geniş yetkilerin kullanılması sırasında işlenebilecek suçlar ve hukuka aykırılıklar için devletin uluslararası insan hakları yükümlülüklerini hiçe sayan istisnai bir sorumluluk rejimi ve kovuşturma usulü getirmiştir.

19 Giorgio Agamben, *State of Exception*, Chicago, University of Chicago Pres. 2005, s. 21.

20 Andrew Neal, “Normalization and Legislative Exceptionalism: Counterterrorist Lawmaking and the Changing Times of Security Emergencies”, *International Political Sociology*, (2012) 6, s. 261.

21 Neal, a.g.e., s. 273.

B. Terörle mücadele sırasında işlenen suçlar için atipik sorumluluk rejimi ve cezasızlık tehlikesi

Cezasızlık, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun kabul ettiği, İnsan Haklarının Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü'nde şöyle tanımlanır: "Cezasızlık, bir suçun failinin suçlanmasına, soruşturulmasına, yargılanmasına ve suçlu bulunduğu takdirde uygun bir cezaya mahkûm edilmesine, mağdurun uğradığı zararın ise telafisine imkân veren etkili bir adli takibatın yokluğunu ifade eder."²²

6722 sayılı Kanun, sadece Cumhurbaşkanına olağan dönemde ilan edilmemiş bir olağanüstü hali yürürlüğe sokma yetkisi getirmemiş; aynı zamanda bu ilan edilmemiş fiili olağanüstü halde işlenebilecek suçların soruşturulmasını ve faillerin yargılanmasını son derece zorlaştıran normatif bir düzenin temelini atarak, ciddi bir cezasızlık tehlikesi de yaratmıştır.

11. maddeye eklenen (f) fıkrası, bu madde kapsamında yürütülen operasyonlar sırasında Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının işlediği iddia edilen suçları "askeri suç" kabul etmiş ve bu suçlar için soruşturma başlatılmasıyla ilgili nitelikli bir izin şartı öngörmüştür.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 11. maddesine göre, Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar askeri suç sayılır. Öğretide kabul gören, Sahir Erman'ın askeri suç tanımına göre ise askeri suç, "sadece asker kişilerin tarafından işlenmesi mümkün olup da, TCK'nda kısmen veya tamamen öngörülmemiş ve askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade eden suçlarla, bu nitelikte olmamakla beraber askerî bir menfaati koruma maksadını güden ve Askeri Ceza Kanunu tarafından öngörülen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunun uygulama alanına giren suçlardır."²³ Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 15. maddesine göre, asker kişilerin işledikleri askeri suçların soruşturulması izne tabidir. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.

22 Bkz.: United Nations Commission on Human Rights, Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity; Addendum, "Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity", 8.2.2005, E/CN.4/2005/102/Add.1.

23 Sahir Erman, *Askeri Ceza Hukuku*, İstanbul, Üçdal Yayınevi, 1983, s. 151'den aktaran Hakan Gündüz, "Askeri Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler", *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 44, s. 243. 16.4.2017 tarihli halkoylamasıyla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında askeri yargının kaldırılmasının ardından askeri suçların soruşturulması, yargılanması ve cezaların infazı hakkındaki sorunlar hakkında bkz. Gündüz, a.g.e.

İl İdaresi Kanunu'nun 11 (j) fıkrasına göre ise, bu fıkra kapsamındaki görevler yerine getirilirken, görevin niteliğinden doğan veya görevle ilgili olmak şartıyla görevin ifası sırasında işlendiği iddia olunan suçlardan dolayı, adli yargının görevine girdiğinden bahisle asker kişiler hakkında soruşturma yapılması, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları için Cumhurbaşkanının, diğer personel için Milli Savunma Bakanının, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanı ile bu komutanlıklardaki diğer personel için İçişleri Bakanının iznine tabi kılınmıştır.

Fıkra, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) personeli dışındaki memur ve diğer kamu görevlilerinin bu fıkra kapsamındaki görev ve faaliyetleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili olarak ise, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da öngörülen olağan izin usulünün uygulanacağını düzenlemiştir.

Olağan ceza muhakemesinde, ister asker ister sivil olsun, memurlar ve kamu görevlilerinin işlediği suçlar bakımından Cumhuriyet savcılığınca izin aranmaksızın doğrudan soruşturma başlatılabilecek haller kanunda izin şartının istisnaları olarak düzenlenmiştir. 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen, "ağır cezayı gerektiren suçüstü hali"; 2. maddeye 2003 yılında eklenen 5. fıkarda belirtilen, yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu'nun aynı suçları düzenleyen 94., 95., 96. maddeleri kapsamında "işkence", "neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence" ve "eziyet" suçları; 256. maddede düzenlenen "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" suçu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen, adli görevlerden doğan suçlarda Cumhuriyet savcılıklarınca doğrudan soruşturma başlatılacağı ve yürütüleceği öngörülmüştür.

4483 sayılı Kanun'un 2. maddesine 2003 yılında eklenen 5. fıkranın gerekçesine göre: "Maddeyle, ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde yapılan işkence iddialarının büyük bölümünü teşkil eden, hakkında işkence ve kötü muamele iddiaları bulunan kamu görevlilerinin idari izin prosedürü nedeniyle yargılanmadığına ilişkin iddiaların engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, tüm kamu görevlilerinin işkence ve kötü muamele iddialarında idari izin prosedürü kapsamı dışında tutularak, yargılanmalarına imkân sağlayacak bir düzenleme getirilmektedir."

11. fıkranın (j) bendi ise, işkence dahil olmak üzere, kötü muamele oluşturan fiiller bakımından dahi kamu görevlileri hakkında izin alınmadan soruşturma başlatılamayacağını düzenlemektedir. Bendi (a) alt başlığına göre, "kanunlardaki özel hükümlerin yetki verdiğiinden bahisle Cumhuriyet

savcılarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yapılması; İçişleri Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarında görevli olanlar ile valiler için İçişleri Bakanının, bölge veya ilde görevli olanlar ile kaymakamlar için valinin, ilçede görevli olanlar için kaymakamın iznine [tabidir].”

Kanun maddesinin getirdiği bu “istisnanın istisnası” nedeniyle, ne ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde, ne de işkence ve eziyet oluşturan fiillerin işlendiği şüphesiyle Savcılık re’sen harekete geçebilecektir. Oysa, başta Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimâne, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme’nin 2. maddesi olmak üzere²⁴, uluslararası hukukta mutlak ve istisna tanımaz bir yasak ve emredici bir *jus cogens* kuralı kabul edilen işkence yasağını ihlal edebilecek fiiller hakkında re’sen soruşturma başlatılması kuraldır. Buna göre soruşturma makamı, işkence yasağını ihlal edebilecek bir eylemden haberdar olduğunda derhal harekete geçmek zorundadır.

Halihazırda 4483 sayılı Kanun’da işkence ve kötü muamele dışındaki suçlar için geçerli olan izin müessesesi, Türkiye’de kamu görevlilerinin hesap verebilirliği önündeki en önemli engeli oluşturmaktadır. Bunun gibi, şüphelinin sıfatı esas alınarak suçun takibinin izne tabi kılındığı hallerde kişi için âdeta bir dokunulmazlık yaratılmakta²⁵; uygulamada bunun bir ayrıcalığa dönüştüğü ve kamu görevlilerinin hesap verebilirliğini ortadan kaldırarak güvencesizliğe sebep olduğu görülmektedir.²⁶

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Türkiye’de güvenlik güçlerinin fiilleriyle ilişkili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına uyum için alınması gereken genel tedbirlerle ilgili ara kararında, yetkilileri “yalnızca işkence ve kötü muameleyi değil, diğer ciddi suçları kovuşturmak için artık idari izne gerek olmadığı gerçeğiyle ilgili herhangi bir belirsizliği ortadan kaldırmak ve ayrıca rütbesi ne olursa olsun tüm güvenlik güçleri mensuplarının hiçbir idari izin olmaksızın yargılanabilmesini temin etmek için gerekli yasal önlemleri almaya” çağırmıştır.²⁷

24 BM İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. paragrafı şu şekildedir: “Hiçbir istisnai durum, ne savaş hâli ne de bir savaş tehdidi, dâhili siyasî istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hâl, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez.”

25 Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2016, s. 646.

26 Gülşah Kurt, *Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci*, İstanbul, Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, 2014, s. 6.

27 Committee of Ministers of the Council of Europe, “Interim Resolution CM/ResDH(2008)69 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights Actions of the security forces in Turkey Progress achieved and outstanding issues”, 18.9.2008.

AYM de, başvurucuların oğlunun balkonda olduğu sırada başına isabet eden bir cisim nedeniyle yaşamını yitirmesiyle ilgili başvuruda²⁸, o sırada balkonun bulunduğu atış alanı içinde bomba atar silahıyla gaz fişegi ateşlediğinden şüphe edilen jandarma görevlisi hakkında soruşturma izni verilmemesi ve bu karara karşı yapılan itirazın idare mahkemesince yeterli gerekçe gösterilmeden reddedilmesi nedeniyle, yaşama hakkı kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM'ye göre, izin usulünün "ilgili kişilerin cezai sorumlulukları açısından asıl değerlendirmeyi yapacak olan soruşturma ve yargılama makamlarının önüne çıkmalarına engel olmak adına kullanılmaması gerekir. Aksi bir uygulama, bu tür olaylarda kamu gücünü kullanan güvenlik güçlerinin olası cezai sorumluluklarının ortaya çıkmasının engellenmek istendiği şüphesini doğurabil[ecektir]."²⁹ AYM, 4483 sayılı Kanun kapsamında izin verilmemesiyle ilgili önüne gelen başvurularda genel bir ilke olarak, soruşturma izni prosedürünün ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek ve soruşturmanın etkili şekilde yürütülmesine engel olacak şekilde uygulanmasına ya da kamu görevlilerinin ceza soruşturmasından muaf tutulduğu izlenimi oluşturmamasına izin verilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.³⁰

6722 sayılı Kanun'un, kamu görevlilerinin hesap verebilirliğini zorlaştıran izin müessesesini kanunlardaki özel hükümlerin yasakladığı işkence gibi ağır suçlar için geri getirmesi, 90'lı yıllarda yürürlükte olan OHAL'dekine benzer çok ağır bir cezasızlık riski doğurmaktadır. Bu dönemde yürürlükte olan 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4/1. maddesi, OHAL Valisinin emrinde bulunan güvenlik kuvvetleri hakkında, görev kapsamında işlendiği iddia edilen suçlar bakımından, yürürlükte olan 1914 sayılı Memurin Muhakematı Kanunu'nun uygulanacağını düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), önüne gelen pek çok başvuruda, OHAL döneminde yürürlükte olan 1914 sayılı kanun uyarınca ceza soruşturmasına izin verilip verilmeyeceğine karar vermek üzere idare meclisleri tarafından yürütülen ön soruşturmaların, bu meclislere vali ya da kaymakamın başkanlık etmesi ve soruşturmayı yürütenlerle soruşturulanların aynı hiyerarşi içinde olmaları nedeniyle bağımsız kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.³¹ 1999 yılında 1914 sayılı Kanun'un yerini alan 4483

28 AYM, Turan Uytun ve Kevser Uytun Başvurusu, B. no. 2013/9461, 15.12.2015.

29 A.g.k., § 92.

30 Bu yönde bkz.: Dilek Genç ve diğerleri başvurusu [GK], B. no. 2014/3944, 1/2/2018, § 78; Binali Camgöz ve Diğerleri başvurusu, B. no. 2019/36978, 26.5.2022, § 83; Mehmet Dönmez başvurusu, B. no. 2019/7902, 15.6.2022, § 28.

31 AİHM, Nazif Yavuz v. Türkiye, B. no. 69912/01, 12.1.2006, § 49, Ümit Gül v. Türkiye, B. no. 7880/02, 29.9.2009, §§ 53-57.

sayılı Kanun'da öngörülen izin usulü de, aynı şekilde işkence suçunun etkili biçimde soruşturulması ve yargılanması önünde engel olmayı sürdürmüştür.³²

AİHM, 2003 yılında yürürlüğe giren, işkence ve benzeri kötü muamele fiillerinin soruşturulmasını izin kapsamında çıkararak yasa değişikliğinden sonra önüne gelen başvurularda da, bu değişiklik göz ardı edilerek kötü muamele teşkil ettiği iddia edilen fiillerin soruşturulması için ısrarla izin istenmesinin, “başvurucuların 3. maddeye aykırı olduğunu ileri sürdükleri muamelelerin hangi koşullarda gerçekleştiğini açığa çıkarmayı imkânsız kıldığını” belirtmiştir. AİHM bu tarihten itibaren, TCK'nın 94 ve 95. maddeleri ile zor kullanma yetkisine ilişkin sınırı aşılmasına ilişkin 256. maddesi bakımından soruşturma izni istenemeyeceğini açık bir biçimde ifade etmiştir.³³

AYM de yakın bir tarihte, Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanmasına (FETÖ/PDY) üyelik şüphesiyle gözaltına alınan başvuru sahibinin, gözaltında kaldığı süre boyunca birçok yönden kötü muameleyle maruz kaldığına ilişkin şikayetin Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca işleme konulmamasıyla ilgili başvuruda aynı yönde karar vermiştir.³⁴ Başvuru sahibinin işlendiğini ileri sürdüğü eylemlerin 4483 sayılı Kanun'a getirilen istisnalar kapsamına girdiğini belirten AYM, soruşturma iznine tabi olmayan suçlar bakımından Kanun hükümlerinin uygulanmasının, “kötü muamele yasağı kapsamında etkili bir soruşturma yürütülmesi önünde bizzat engel” teşkil ettiğini tespit etmiştir.³⁵ AYM'ye göre, 2003 değişikliğiyle birlikte “kötü muamele iddiasına konu suçların 4483 sayılı Kanun'da soruşturma izni prosedürünün dışında bırakılarak bu suçlar yönünden doğrudan Cumhuriyet savcısına soruşturma yürütme yetkisi verilmesi, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında devletin etkili soruşturma yükümlülüğünün bir gereğidir.”³⁶

Avrupa Konseyi organları, yukarıda ifade edildiği gibi, güvenlik güçleri söz konusu olduğunda tüm ciddi suçlar bakımından soruşturma izni aranmaması gereğini vurgularken, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin AİHM ve AYM içtihatlarında somutlaşan insan hakları güvencelerini ortadan kaldıran 6722 sayılı Kanun bu yönüyle çok ağır bir cezazırlık riski doğurmaktadır.

32 Öznur Sevdiren, *Türkiye'nin Cezazırlık Mevzuatı*, İstanbul, Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, 2015, s. 108.

33 AİHM, *Tüfekçi v. Türkiye*, B. no. 52494/09, 22/07/2014, § 47; *İşeri ve diğeri v. Türkiye*, B. no. 29283/07, 9.10.2012, § 42; *Karahan v. Türkiye*, B. no. 11117/07, 25.3.2014, § 45.

34 AYM, Mehmet Dönmez Başvurusu, a.g.k.

35 A.g.k. § 34.

36 A.g.k. § 33.

Kanunda ayrıca hem asker hem de sivil kişilerin suç teşkil ettiği iddia edilen fiilleri nedeniyle, soruşturma izni verilene dek yakalama, gözaltı ve tutuklama tedbirlerine de başvurulamayacağı düzenlenmiştir.³⁷ Böylece, izin şartının istisnası olan suçlar bakımından Cumhuriyet savcısının genel hükümlere göre koruma tedbirlerine hükmedebileceği olağan ceza muhakemesi saf dışı bırakılmış; terörle mücadele söz konusu olduğunda istisnai bir ceza usulü ihdas edilmiştir. Ayrıca TSK personeli, mülki idare amirleri, kolluk kuvvetleri ve diğer tüm memur ve kamu görevlilerinin kararları ve işlemleri nedeniyle tazminat davalarının sadece devlete karşı açılacağı hükme bağlanmıştır. Madde metni, “kişisel kusur, haksız fiil ve diğer sorumluluk hallerini” de bu kapsama almıştır. Devletin ödediği tazminatın görevin gereklerine aykırı hareket ederek görevi kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edilebilmesi ise, ilgili bakanın, diğer bir deyişle yürütmenin uygun bulması şartına bağlanmıştır.³⁸ Böylece hukuka aykırı fiillerin yol açabileceği zararlar için kamu görevlilerinin etrafına mali bir zırh da örülmüştür.

Oysa Danıştay pek çok kararında, kamu görevlisinin ağır kusuru ile yol açtığı zararın idarece kendisinden tahsil edilmesi gerektiğine, bunun anayasal bir zorunluluk olduğuna karar vermiştir.³⁹ Hem idare hukuku öğretisinde hem de Danıştay kararlarında bağlı bir yetki olduğu kabul edilen⁴⁰ rücuu işletmek için yürütmenin “uygun bulma” kararını aramak, Anayasa’nın 129. maddesinin 5. fıkrasıyla çelişmekte; hem caydırıcılığı hem de hesap verebilirliği aşındırmaktadır. Oysa rücunun esas işlevi, kamu görevlisinin kusurlu davranışından sorumlu olacağının bilincinde olarak keyfi ve hukuk dışı davranmasını önlemektir.⁴¹ Hesap verebilirliği ve caydırıcılığı ortadan kaldırmanın yanı sıra, rücu mekanizmasının işletilmesini yürütmenin uygun bulma kararına bağlamak, kusurlu davranışla sebep olunan zararın mali yükünün de kamu üzerinde bırakılmasına yol açabilecektir.

37 Bkz. 11 (j) maddesinin 5. alt bendi.

38 11 (j) maddesinin 5. alt bendinin son cümlesi şu şekildedir: Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullananlardan; Türk Silahlı Kuvvetleri personeline Millî Savunma Bakanının, mülki idare amirleri ve kolluk kuvvetlerine İçişleri Bakanının, diğer memurlar ve kamu görevlilerine ilgili bakanın uygun bulması şartıyla bir yıl içinde rücu eder.

39 Bkz. Danıştay 10. D., E. 2004/13990, K.2007/739, 27.2.2007; Danıştay 10. D. E. 2009/144, K. 2009/3183, 27.4.2009; Danıştay 12.D., E. 2009/4964 K. 2012/5278, 26.9.2012.

40 Bkz. Mehmet Güneş, Mustafa Gündüz, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2015, Cilt 4, sayı 7, s. 7-19.

41 Bahtiyar Akylmaz, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, *iÜHFİM*, LXIX, S. 1-2, s. 70.

C. Genişletilmiş atipik sorumluluk ve geriye yürüyen cezasızlık

11. maddenin (j) fıkrasıyla getirilen bu “zayıflatılmış” sorumluluk rejiminin kapsamı daha da genişletilmiş; terörle mücadele faaliyetleri nedeniyle yargılanma ihtimaline karşı oluşturulmuş zırhtan, geçici köy korucuları ile gönüllü korucuların ve maddenin (d) fıkrasına göre valilik talebiyle görevlendirilen TSK personelinin de yararlanacağı düzenlenmiştir. Geçici köy koruculuğu, 26 Mart 1985 tarihli, 3175 sayılı Kanun’la kabul edilmiş; Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi’ndeki köylülerin PKK ile mücadelede görevlendirilmek üzere devlet tarafından silahlandırıldığı, Türkiye’ye özgü paramiliter bir yapıdır.⁴² Köy koruculuğu, özellikle 90’lı yıllarda işlenmiş, cinsel saldırı, insan kaçırma, silahlı saldırı, zorla kaybetme, yargısız infaz, işkence ve kötü muamele, orman yakma gibi çok sayıda suçla birlikte anılmaktadır.⁴³

2000’li yıllar boyunca daha da güçlendirilen⁴⁴ koruculuk sisteminin yapısında ve işleyişinde 2016-2018 yılları arasında çıkarılan OHAL KHK’leriyle önemli değişikliklere gidilmiştir. Bunlardan en önemlisi, Köy Kanunu’nun 74. maddesine yapılan eklemeye, korucuların görev alanlarının köyler olmakla birlikte, vali veya kaymakamın onayıyla görev alanlarının genişletilebilmesi veya iller arası da olmak üzere değiştirilebilmesidir.⁴⁵ Aynı maddeye yapılan bir başka eklemeye, “geçici köy korucusu” ifadesi “güvenlik korucusu” olarak değiştirilmiş; böylece koruculuk sistemi, daimi bir kadroya ve kalıcı bir silahlı güce dönüştürülerek kurumsallaşmıştır.

Ayrıca yine bir OHAL KHK’si ile, ismi değişmiş haliyle güvenlik korucuları ve gönüllü güvenlik korucularının terörle mücadele görevi sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda, belirleyecekleri en fazla üç avukatın ücretinin İçişleri Bakanlığı bütçesine ko-

42 Koruculuk sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Evren Balta Paker, İsmet Akça, “Askerler, Köylüler ve Paramiliter Güçler: Türkiye’de Köy Koruculuğu Sistemi”, *Toplum ve Bilim*, Sayı: 126, 2013, s. 7-35.

43 1990-2009 yılları arasında köy korucularına isnat edilen suçların tasnifi için bkz.: İnsan Hakları Derneği, “Ocak 1990-Mart 2009 Döneminde Köy Korucuları Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Özel Rapor”, 2009, s.2, <http://www.ihd.org.tr/images/pdf/> ; bkz. ayrıca: TBMM, Ülkemizin Çeşitli Yörelerinde İşlenmiş Faili Meçhul Siyasal Cinayetler Konusunda Meclis Araştırma Komisyonu Raporu, Esas No: 10/90, 12.10.1995, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem19/yil01/ss897.pdf>; GÖÇ-DER, “Türkiye’de Koruculuk Sistemi: Zorunlu Göç ve Geri Dönüşler”, 2013, https://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/Goc-Der_Koruculuk-Raporu_2013.pdf (e.t.: 10.10.2022).

44 Paker, Akça, a.g.e., s. 27-28.

45 Bkz. Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK/674, R.G. Tarih-Sayı : 1.9.2016/29818, md. 21.

nacak ödenekten valilerce karşılanacağı düzenlenmiştir.⁴⁶ 11. maddenin (j) fıkrasıyla, hem zaman içinde yapısı dönüştürülerek kalıcı hale getirilen, hem de 2015-2016 arasında yeni alımlarla kadrosu genişletilerek devasa bir silahlı güce dönüşen⁴⁷ bu paramiliter yapının da aynı yasal zırhtan yararlanması sağlanmıştır.

6722 sayılı Kanun'un hesap verebilirliği aşındıran ve çok ciddi bir cezasızlık riski doğuran en tehlikeli hükmü ise, İl İdaresi Kanunu'na Geçici 5. maddenin eklenmesini öngören 13. maddesidir. Hüküm, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 11. maddenin (d) fıkrası kapsamında Valilik kararıyla görevlendirilmiş olan TSK personeli, memurlar, korucular dâhil, diğer tüm kamu görevlilerinin de (j) fıkrası ile getirilen güçlendirilmiş korumadan yararlanacağını düzenlemektedir.

Maddenin, geçmişte “terör operasyonları” sırasında işlenmiş, suç teşkil eden ve ağır insan hakları ihlali kapsamına girebilecek fiiller için de soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını zorlaştıran bu hükmü çok ağır bir cezasızlık sonucu doğurabilecektir. Fiilen yargı dokunulmazlığına dönüşme riski taşıyan izin şartının kapsamının geçmişe dönük olarak genişletilmesiyle esas amaçlananın, 2015-2016'da sokağa çıkma yasakları sırasında işlendiği iddia edilen suçların ileride yargı önüne gelmesini güçleştirmek olduğu görülmektedir. Böylece, sokağa çıkma yasakları sırasında güvenlik güçlerince işlendiği iddia edilen, çok sayıda ulusal ve uluslararası insan hakları örgütünün bulgularıyla⁴⁸ silah kullanma yetkisinin aşılması sonucu yaşama son verme, yaralama, hukuk dışı infaz, işkence ve diğer kötü muamele vakaları için cezasızlık tehlikesini geriye yürüten normatif bir rejim inşa edilmiştir.

Sonuç olarak 6722 sayılı Kanun, hem terörle mücadele politikalarının icrasında karar verici konumda olan merkezi idareyi, hem de tüm kademe-lerdeki güvenlik güçlerini geçmişte işledikleri suçlar nedeniyle yargılanma ihtimaline karşı yasal bir koruma zırhıyla donatmaktadır. Kanun, işkence gibi en ağır ihlaller için dahi sorumlulardan yargı önünde hesap sorulabilmesini yürütmenin ve siyasi iradenin takdirine bağlayarak, uluslararası insan hakları hukukunun emredici kurallarını ve ilkelerini bertaraf etmektedir. Nite-

46 Bkz. Bkz. Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK/694, R.G. Tarih-Sayı:, 25.8. 2017/30165, md. 1.

47 Bkz. örneğin: “5 Bin Yeni Korucu Alınacak”, *HaberTürk*, 21.10.2016; <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1313328-5-bin-yeni-korucu-alinacak>; “10 bin Köy Korucusu Daha Alınacak”, *T24*, 21.4.2016, <https://t24.com.tr/haber/10-bin-koy-korucusu-daha-alinacak,337249> (e.t. 10.10.2022).

48 Sokağa çıkma yasakları sırasında yaşanan hak ihlallerine ilişkin raporlar için bkz.: Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, https://hakikatadaletahafiza.org/kaynak_tipi/sokaga-cikma-yasaklari-uzerine-raporlar (e.t. 10.10.2022)

kim Birleşmiş Milletler (BM) İşkence ve Diğer Zalimâne, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamelenin Önlenmesine Dair Özel Raportör, Türkiye misyonunun ardından 2017’de hazırladığı raporunda, geriye yürütülen bu yasanın, terörle mücadelede görev alan güvenlik güçlerine, operasyonlar sırasında gerçekleştirdikleri eylemlerle ilgili olarak fiili bir yargı dokunulmazlığı sağladığını; böylece ilgili güvenlik güçlerinin işlediği iddia edilen işkence ve kötü muamele fiilleri hakkındaki soruşturmaları daha da zor, hatta belki imkânsız hale getirdiğini vurgulamıştır.⁴⁹

Üstelik olası bir soruşturmanın başlatılabilmesi için izin verecek olan merciler, bizzat terörle mücadele politikalarının mimarları ve icracıları konumundadır. AİHM daha önce Türkiye’deki OHAL uygulamaları nedeniyle önüne gelen pek çok başvuruda, bu durumda yürütülecek olan soruşturmaların bağımsızlık vasfını taşımadığını ve etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğini açıkça tespit etmiştir.⁵⁰ Asıl işlevi kamu hizmetinin kesintisiz ve etkin biçimde yürütülmesi olan izin müessesesinin, ağır insan hakkı ihlali niteliğindeki ciddi suçların cumhuriyet savcısının soruşturma yetkisinin dışına çıkarılması için araçsallaştırılması, ayrıcalıklı bir sınıf olarak devlet ajanlarının hukuka aykırı davranışlarının korunduğu izlenimi yaratmaktadır.

Kanun tasarısının Meclis’te görüşüldüğü oturumda AKP ve Hükümet ortağı MHP adına söz alan milletvekillerinin ve Milli Savunma Bakanı’nın teklifi savunmak için sarf ettiği sözler bu izlenimi güçlendirmekte; kanun koyucunun düzenleme ile ulaşmak istediği amacın, güvenlik güçleri ve diğer tüm kamu görevlileri için bir dokunulmazlık zırhı örmek olduğunu göstermektedir. MHP Grubu adına konuşan Kamil Aydın, yasanın görüşüldüğü oturumda şu sözleri sarf etmiştir: “MHP yaptıkları işlerde güven içerisinde hareket edebilmeleri ve bu işlerden dolayı ileride haksız ve mesnetsiz ithamlara maruz kalmamaları maksadıyla terörle mücadelede görevini yürüten kamu görevlilerine hukuki koruma getirme amacıyla hazırlanan bu yasaya biz de kendi programımız çerçevesinde ‘evet’ diyeceğiz. [...] Güneydoğuda, Doğu Anadolu’nun birçok yerinde, hatta artık metropol kentlerde gerçekten büyük bir özveriyle terörle mücadele eden başta Silahlı Kuvvetlerimiz olmak üzere bütün kolluk kuvvetimizin moral ve motivasyonunu artıracığına kanaat getirdiğimizi belirtmek istiyoruz.”

49 United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on His Mission to Turkey 2017, A/HRC/37/50/Add.1, s. 12.

50 Bkz. örneğin: AİHM, Oğur v. Türkiye, B. no. 21594/93, 20.5.1999; § 91; İrfan Bilgin v. Türkiye, B. no. 23819/94, 16.11.2000, §112.

AKP Grubu adına söz alan Hüseyin Şahin, kanun teklifiyle ilgili olarak: “Terör örgütünün siyasi uzantılarının, özellikle kolluk kuvvetlerinin, Jandarma Özel Harekâtın, Polis Özel Harekâtın yapmış olduğu bu haklı mücadeledeki, devletimizin bekası, milletimizin huzuru için göstermiş olduğu mücadeledeki başarılarını özellikle karalamak, yaftalamak ve uluslararası alanda haksız göstermek için çok ciddi ithamlarda bulunduğunu görüyoruz. İşte, o yüzden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Çünkü, devletin kolluk kuvvetlerinin temel amacı güvenliği sağlamaktır; toplumun huzurunu, toplumun refahını, barış ve kardeşliğinin devamını sağlamaktır ve devletin bekasını da sağlamaktır. Bugün, bunu icra eden kolluk kuvvetlerinin özellikle yapmış oldukları mücadelenin, demokratik kurallara ve hukuk kurallarına bağlı kalmasına rağmen, bazı gruplarca istismar edildiğini ve karalamalara karşı bir kampanyaya maruz kaldığını görmekteyiz. O yüzden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyuldu. [...] Başlarına daha sonradan bir şey gelmemesi, özellikle terörün uzantısı olan siyasilerin onlar hakkındaki karalama kampanyalarında veya daha sonra açılacak davalarda kendilerini güvende hissetmesi için bu düzenlemeyi yapıyoruz.” sözlerini sarf etmiştir.

Dönemin Milli Savunma Bakanı Fikri Işık da düzenlemenin amacını, “her sabah şehit olacağını, o ihtimali göze alarak bu mücadeleyi yürüten Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarımızın yarın herhangi bir haksız, yersiz ve mesnetsiz ithamla karşı karşıya kalmamaları için bunlara hukuki güvence getirmektir.” şeklinde ifade etmiştir.

Bakan devamında şu sözleri sarf etmiştir: “[...] eğer siz bu kadar kanlı bir terör örgütüne karşı askerinizin, polisinizin, güvenlik güçlerinizin, geçici köy korucularınızın, jandarmanızın mücadele etmesini istiyorsanız elbette ki onların arkasında duracaksınız, onların istediği hukuki güvenceyi vereceksiniz. Hukuki güvence layüsel olmak anlamına gelmiyor. Hiç kimsenin hukukun dışına çıkma hakkı ve yetkisi yoktur. Bu durumda da nelerin yapılacağı bu kanun metninde açıkça yazılıdır.”

Kanun tasarısını savunmak üzere söz alan iktidar ortağı partinin milletvekillerinin ve Bakan’ın yukarıdaki sözleri, kanunun esas amacının, terörle mücadelede yer alan güvenlik güçlerinin işledikleri fiiller nedeniyle soruşturulmasını ve yargı önüne çıkarılmasını zorlaştırmak olduğunu göstermektedir. Bakan’ın ifadesiyle, güvenlik güçlerine “haksız, yersiz ve mesnetsiz ithamla karşı karşıya kalmamaları için hukuki güvence” getirme gayesi, aynı zamanda kamu adına faaliyet yürüten bir ceza adaleti süjesi olarak Cumhuriyet Savcısına duyulan güvensizliği de ortaya koymaktadır.

CHP Milletvekili İlhan Cihaner, kanunla getirilen dokunulmazlığın suçüstü ve ağır cezayı gerektiren suçüstü halini de kapsadığı için, “milletvekili dokunulmazlığından dahi geniş olduğunu”; yetkili birlik komutanına verilen yazılı emirle arama yapma yetkisinin “Türkiye’de savcılarının bile birçok noktada sahip olmadığı bir yetki” olduğunu; “işlenmesi şimdiden öngörülen suçlara dair şimdiden bir dokunulmazlık öngörüldüğünü” ifade etmiş; yetkinin ne zaman, nerede kullanılacağına dair belirsizliğe ve barışçıl gösteriler nedeniyle de kullanılma riskine işaret etmiştir.

Kanunun içerdiği tüm bu olumsuzlukları dile getirmekle birlikte CHP, Grup Sözcüsü Özgür Özel’in ifadesiyle, “ülkenin içinde bulunduğu konjonktür göz önünde bulundurulunca Silahlı Kuvvetlerin mücadelesiyle ilgili Silahlı Kuvvetlerin kendi beyanları göz önünde bulundurulduğunda tasarının tümüne ‘evet’ oyu vermiştir.”⁵¹ Böylece, 1999 yılında 11. maddeye yapılan eklemeye valilere verilen genişletilmiş yetkiden çok daha geniş ve ucu açık bir yetki ihdas edilmekle kalmamış; aynı zamanda kamu kudreti kullananlar lehine, bu yetkinin icrası sırasında işlenebilecek suçların ivedilikle ve etkin biçimde soruşturulması önünde engel oluşturan bir yargı dokunulmazlığı da inşa edilmiştir. Ana muhalefet partisinin tasarımı desteklemesi nedeniyle, Anayasa’ya ve uluslararası insan hakları hukukunun kabul ettiği temel yasaklara apaçık aykırı olan böylesi bir kanun iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne taşınmamış; kanun anayasallık denetiminden geçmemiştir.

Başta Anayasa’nın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesine, hak arama hürriyetini ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik etkili başvuru hakkını güvenceye alan 36. ve 40. maddelerine, evrensel hukuk ilkelerine ve Türkiye için bağlayıcı nitelikteki uluslararası sözleşmeler ile mahkeme kararlarına aykırılık taşıyan 6277 sayılı Kanun, Türkiye’de tarihsel bir sorun ve güvenlik güçlerinin hesap verebilirliği önündeki temel engel olan sistematik cezasızlığı hem güçlendirmiş hem de kurumsallaştırmıştır.

II. 15 Temmuz 2016’da yaşanan darbe girişimi sonrasında inşa edilen kanuni sorumsuzluk rejimi

Giriş kısmında bahsedilen, 15 Temmuz 2016’da yaşanan darbe girişiminin ardından ilan edilen OHAL çerçevesinde çıkarılan ve sonrasında TBMM’de kabul edilerek yasallaşan KHK’lerin bir kısmı, hem kamu görevlilerinin OHAL

51 TBMM’de kanun teklifinin görüşüldüğü oturumda söz alan milletvekillerinin beyanları için bkz.: TBMM Tutanak Dergisi, 106. Birleşim, 23 Haziran 2016, s.78-109.

kapsamındaki tasarrufları, hem de sivil kişilerin darbe teşebbüsü gecesini giriştikleri eylemler nedeniyle sorumluluklarını ortadan kaldıran kalıcı düzenlemeler getirmiştir. Benzer düzenlemeler OHAL'in resmen sona ermesinin ardından bu kez yasa eliyle mevzuata yapılan eklemelerle yürürlüğe sokulmuştur.

A. OHAL sırasında ve sonrasında mevzuata eklenen “sorumluluk kayıtları”

Darbe teşebbüsünün hemen ardından çıkarılan ilk KHK olan 23 Temmuz 2016 tarihli 667 sayılı KHK'nin 9. maddesi, bu KHK kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin, görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğuna gidilemeyeceğini düzenlemiştir.⁵² Hemen ardından, 27 Temmuz 2016 tarihinde kabul edilen 668 sayılı KHK'nin 37. maddesi ise, darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında karar alan ve görev üstlenen kişiler ile OHAL KHK'leri kapsamında karar alan ve görev yerine getiren kişilerin bu kapsamdaki görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmayacağını hükme bağlamış; böylece tüm OHAL işlemlerini sorumsuzluk kapsamına dahil etmiştir. 668 sayılı KHK 8 Kasım 2016 tarihinde TBMM'nin onayından geçerek 6755 sayılı Kanun olarak Resmi Gazete'de yayımlanarak yasalamaştır.⁵³

2017 yılında 696 sayılı KHK'nin 121. maddesi, 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesine yaptığı eklemeye sorumsuzluğun kapsamına sivil kişileri de dahil etmiştir. Nihayet 2019'da 7149 sayılı Kanun'un 50. maddesi, 37. maddeye, kamu görevinden ihraç edilen kişilerin sosyal güvenlik işlemlerini gerçekleştiren kamu görevlilerinin sorumsuzluğunu düzenleyen üçüncü bir fıkra eklemiştir.⁵⁴ Bu eklemelerle hukuk düzeninde son halini alan 6755 sayılı Kanun'un “Sorumluluk” başlıklı 37. maddesinin yürürlükteki hali aşağıdaki gibidir:

“1) 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında

52 667 sayılı KHK daha sonra 18 Ekim 2016'da TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşmıştır. Bkz. Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine dair Kanun, Kanun no. 6749, R.G. Tarih-Sayı: 18.10.2016/29872.

53 Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun no. 6755, R.G. Tarih-Sayı: 24.11.2016/29898.

54 Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun no. 7193, R.G. Tarih-Sayı: 7.12.2019/30971.

karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.

- (2) 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.”
- (3) (Ek:5/12/2019-7194/50 md.) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve bu nedenle kamu görevinden çıkarılmış olan kişilerden, adli veya idari soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin başvuruları hakkında 31/10/2019 tarihine kadar karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin bu karar ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.”⁵⁵

Ayrıca, 29.04.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 690 sayılı KHK’nin 52. maddesi ile, 685 sayılı KHK’yle ihdas edilmiş olan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu üyelerinin karar, görev ve fiillerine ilişkin hukuki, idari, mali ve cezai sorumlulukları hakkında da 6755 Sayılı Kanun’un 37. maddesi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.⁵⁶

Son olarak ise, OHAL’in resmen sona ermesinden tam 4 yıl sonra, 28.5.2022 tarihinde yürürlüğe giren 7407 sayılı Kanun’un⁵⁷ 17. maddesiyle, OHAL kapsamında yönetim ve denetimi, kayımlık yetkisi ile Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu’na devredilen banka ve şirketleri yönetmek ve temsil etmek üzere atananlar ve görevlendirilenler ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 128. maddesinin 10. fıkrasına göre, yani FETÖ kapsamında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle el koyulan malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla atananlar ve görevlendirilenler hakkında da yine 37. maddenin uygulanacağı düzenlenmiştir.⁵⁸

55 Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun no. 6755, R.G. Tarih-Sayı: 24.11.2016/29898.

56 Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK/690, R.G. Tarih-Sayı: 29.04.2017/30052, md. 52 (2).

57 Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 7407, R.G. Tarih-Sayı: 28.5.2022/31849.

58 Maddenin tam metni şöyledir: “Yönetim ve denetimi veya kayımlık yetkisi Fona devredilen veya Fonun kayımlı olarak atandığı banka/şirketleri ve ortaklık paylarını soruşturma, kovuşturma veya

Böylece, toplam 6 farklı yasal düzenlemeyle, KHK'lerle ihdas edilen geniş OHAL yetkileri çerçevesinde işlem tesis edenler, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelikte karar alanlar, kamu gücü ve ayrıcalığını kullanarak bu kararları icra edenler ile bu işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmiş kamu görevlileri lehine, hem geçmişe hem de geleceğe dönük olarak geniş bir sorumsuzluk hali inşa edilmiştir. Görüldüğü üzere, OHAL boyunca ve sonrasında dahi sorumsuzluk kapsamına alınan kişi ve işlemlerin listesi adım adım genişlemiştir. Başlangıçta OHAL KHK'leri ile düzenlenen sorumsuzluk kayıtları OHAL sona erdikten sonra, bu kez olağan dönem kanunlarına atıf yoluyla "sızdırılmak" suretiyle olağan hukuk düzeninin tamamına sirayet etmiştir.

Kamu görevlilerinin OHAL kapsamındaki işlem, karar ve eylemlerinden doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmayı amaçlayan bu hükümler ile 90'lı yıllar boyunca Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde yürürlükte olan OHAL KHK'lerindeki hükümler arasındaki süreklilik dikkat çekicidir.⁵⁹ Bununla birlikte, 2016-2022 yılları arasında çıkarılan ve kalıcılaşan düzenlemelerde sorumsuzluğu öngörülen kamu görevlilerinin kapsamı 90'lı yıllardakine göre çok daha geniştir. 90'lı yılların OHAL mevzuatında sorumsuzluğu kabul edilen kamu görevlileri, iç işleri bakanı, olağanüstü hal bölge valisi ve olağanüstü hal il valileri ile, diğer bir deyişle üst düzey mülki amirlerle sınırlıyken, 2016 ve sonrasında yapılan düzenlemelerde sorumsuzluğun kapsamı alabildiğine genişletilmiştir. Hem "resmi bir sıfatı olup olmadığına ve resmi bir görev üstlenip üstlenmediğine bakılmaksızın", darbe teşebbüsü ile bununla bağlantılı terör eylemlerinin bastırılmasında hareket eden siviller, hem de OHAL KHK'leri kapsamında karar alan/görev icra eden tüm kamu görevlileri idari, cezai, mali ve hukuki sorumluluktan azat edilmiştir. 90'lı yılların OHAL mevzuatı ile kıyaslandığında göze çarpan bir diğer önemli fark da, 2016 son-

iflas ve tasfiye süresince yönetmek ve temsil etmek üzere atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ile 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesinin onuncu fıkrasına göre malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ve bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler hakkında 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 Kanunun 37 nci maddesi uygulanır."

59 424 Sayılı Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması Sebeline Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesi, içişleri bakanına, olağanüstü hal bölge valisine ve il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı, bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemeyeceğini ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamayacağını düzenlemiştir. Benzer şekilde, 430 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesi de içişleri bakanının, olağanüstü hal bölge valisinin ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerinin karar ve tasarruflarından dolayı cezai, mali veya hukuki sorumluluklarının doğmayacağını düzenlemiştir.

rası OHAL KHK'lerinde, ilgili kişilerin idari sorumluluğuna gidilemeyeceğinin, diğer bir deyişle disiplin hukukunun da işletilemeyeceğinin düzenlenmiş olmasıdır.

6755 sayılı Kanun'un 37. maddesi, sadece darbe teşebbüsünün bastırılması için gerekli olanlar değil, OHAL KHK'leri kapsamında tesis edilen, olağanüstü hal ilanına yol açan kamu güvenliğine yönelik tehditle hiçbir ilgisi bulunmayan işlemler için de yasal bir sorumsuzluk zırhı inşa etmektedir. Bu yazının başında ifade edildiği üzere, 2016-2018 yılları arasında süren OHAL boyunca çıkarılan KHK'lerle hem devletin kurumsal yapısında, hem de ekonomik ve sosyal alanda yapılan kapsamlı, kalıcı değişiklikler düşünüldüğünde getirilen sorumsuzluğun kapsamı daha net anlaşılabilir. OHAL KHK'leriyle - sadece OHAL boyunca değil, sonrasında ve hâlen - kamu gücünü kullananlara, siyasi/idari karar vericilere ve uygulayıcılara tanınan sorumsuzluğun kapsamı, hem konu hem de zaman bakımından ülke tarihinde görülmemiş ölçüde geniştir.⁶⁰

Kamu görevlilerinin olağanüstü hal kapsamındaki tüm işlemleri ve eylemleri için bu kadar geniş bir sorumsuzluk rejimi inşa edilmesi, bunun da ötesine geçilerek, darbe teşebbüsünün bastırılmasına fiili güç kullanarak katılan sivillerin de bu sorumsuzluk kapsamına alınması, kamuoyunda sivillere bir yargı muafiyeti tanındığı, hatta "paramiliter güçlere dokunulmazlık getirildiği" eleştirisine ve endişesine yol açmıştır.⁶¹ Türkiye barolarının başkanları KHK'nin yürürlüğe girmesinin ardından olağanüstü toplanarak yayımladıkları bildirmede, 696 sayılı KHK'nin insanların yaşamlarını tehlikeye atan bir sorumsuzluk maddesi içerdiği eleştirisini yöneltmiş; hatta "geleceğe yönelik

60 Üstelik OHAL'in resmi olarak sona erdiği Temmuz 2018'den sonra, olağanüstü hal yetkilerinin üç yıl süreyle kullanılmasını mümkün kılan 7145 sayılı Kanun 25.7.2018 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir. Kanuna göre devam etmesi öngörülen OHAL yetkilerden biri olan kamu görevinden ihraç yetkisi üç yıl boyunca kurumlar ve bakanlıklar tarafından kullanılabilir. 2021 yılında, Meclis görüşmelerinde yoğun itirazlara rağmen bir yıl daha uzatılan bu yetki nihayet 31 Temmuz 2022'de sona ermiştir. Anılan Kanun'la 375 sayılı KHK'ye eklenen Geçici 35. madde, kamu görevlilerinin üç yıl boyunca çalıştığı kurum kararıyla kamu görevinden ihraç edilebilmelerini mümkün kılmıştır. İşte bu ihraç yetkisinin kullanılması sırasında, görevin ifası sırasında işlendiği iddia olunan suçlardan dolayı kamu görevlileri hakkında adli ve idari soruşturma ve kovuşturma yapılması, ilgisine göre ilgili bakan, Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısının iznine tabi kılınmıştır. Düzenlemeyle, kamu görevinden ihraç yetkisini kullanacak kurum ve kişilerin sorumluluğuna gidilebilmesi de yürütmenin ve siyasi iradenin iznine tabi kılınmıştır. Bkz. Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 7145, R.G. Tarih-Sayı: 31.7.2018/30495, md. 26.

61 Siviller lehine sorumsuzluk düzenlemesiyle ilgili farklı görüşler için bkz. Berza Şimşek, "KHK ile 'Cezasızlık' Düzenlemesi: Hukukçular Ne Düşünüyor?", *BBC News Türkçe*, 24.12.2017, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-42471577> (e.t. 10.10.2022). Ayrıca bkz.: "Immunity to Civilians Thwarting Coup Stirs Debate in Turkey", *Hurriyet Daily News*, 25.12.2017, <https://www.hurriyetdailynews.com/immunity-to-civilians-thwarting-coup-stirs-debate-in-turkey-124701> (e.t. 10.10.2022).

olarak da sivil vatandaşlarca suç işleme özgürlüğü olarak anlaşılabilir, mutlak bir ceza ve tazminat sorumsuzluğu getirildiğini” belirtmiştir.⁶²

Avrupa Demokrasinin Hukuk Yoluyla Korunması Komisyonu (Venedik Komisyonu) ise 2016 yılında yayınladığı görüşte, KHK’lerin getirdiği sorumsuzlukla ilgili endişelerini şöyle dile getirmiştir:

“Bu madde özellikle cezai sorumsuzluk hali açısından çok tehlikeli bir mesaj göndermektedir. Bu sorumsuzluk, KHK’lerin, Ceza Kanunu kapsamında aksi halde suç olarak nitelendirilecek bazı eylemlere doğrudan izin ve emir verdiğini veyahut da en azından görevlerini yerine getirirken suç işleyenlerin cezalandırılmayacaklarını ima ettiği şeklinde anlaşılabilir. Ayrıca bu sorumsuzluk hali, çeşitli devlet kurumları ve memurlarına KHK’lerle verilen geniş kapsamlı takdir yetkileri kapsamında yapılan işlemlerden doğan sorumluluğun kaldırılması olarak da görülebilir. (...) Son olarak bu hüküm, kişilerin şahsına yönelik cezai sorumsuzluk hali olarak şahıslara, açıkça yetkileri dışında hareket etmiş veya sınırlanamaz insan hakları yükümlülüklerini ihlal etmiş olsalar bile, dokunulmazlık veriyormuş gibi görülebilir. Maksat bu olmasa bile, bu şekilde algılanması mümkündür. KHK’lerle alınan tedbirlerin bazılarının, olağanüstü halin bitmesinden sonra da alınması beklendiğine göre, sorumsuzluk hali Türk hukuk düzeninin kalıcı bir özelliği haline gelebilir ki, bu da şüphesi kabul edilemez bir sonuçtur.”⁶³

Bilhassa 37. maddenin ikinci fıkrası bakımından, konusu ve kapsamı geniş çizilmiş, “darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması” gibi muğlak ve suiistimale açık ifadelerin yer aldığı bir kanun hükmünün, hukuk devleti ve hukuki öngörülebilirlik ilkesi açısından ciddi endişeler doğurduğu söylenmelidir. Hangi fiillerin “darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin devamı” niteliğinde kabul edileceğine, bunu kimin tanımlayacağına, *bastırmanın* ne anlama geldiğine, hangi fiilleri ve araçları kapsadığına dair belirsizlik, şiddet içeren ve meşru savunma sınırlarını aşan eylemlerin de cezasız bırakılabileceği; düzenle-

62 “Baro Başkanları Olağanüstü Toplandı”, Barobirlik, 27.12.2017, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/baro-baskanlari-olaganustu-toplandi-79777> (e.t. 10.10.2022).

63 Bkz.: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), “Turkey – Opinion on Emergency Decree Laws nos. 667-676 Adopted Following the Attempted Coup of 15 July 2016”, Opinion n° 865/2016 Adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session, 9-10 December 2016, Venice, § 95-100. Komisyon’un görüşünün Türkçesi için: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur) (e.t. 10.10.2022).

meyle hukuki denetimden muaf tutulmuş gri bir alan bırakıldığı izlenimi uyandırmaktadır.⁶⁴

B. 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesinde düzenlenen sorumsuzluk kayıtlarının anayasallık denetimi

37. madde, muhalefet milletvekillerinin ilgili KHK'lerin kanunlaşmasının ardından açtıkları iptal davası sonucunda anayasallık denetiminden geçmiş ve maddeyle ihdas edilen normların içeriği Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararlarıyla bir ölçüde belirgin hale gelmiştir. AYM, 37. maddenin üç fıkrasını da anayasaya uygun bularak iptal taleplerini reddetmiştir. AYM'nin yorumlu ret kararı olarak nitelendirilen bu kararları, sorumsuzluk kayıtları hakkındaki şüpheleri gidermemiş; aksine yeni soru işaretleri uyandırmış ve gri alanlar yaratmıştır. Bu başlık altında, AYM'nin 37. maddeyle ilgili verdiği kararlar kronolojik olarak incelenecek ve tartışılacaktır.

1) Anayasa Mahkemesi'nin 37. maddenin 2. fıkrasına ilişkin kararı

37. maddenin 2. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuran muhalefet milletvekilleri, hükmün geçmişte işlenen bazı fiiller bakımından sorumluluğu kaldırdığı için af niteliği taşıdığını; bu sebeple Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca Meclis'te ancak nitelikli çoğunlukla kabul edilebileceğini ileri sürmüşlerdir. Şekil yönünden anayasaya aykırılık iddiasının yanı sıra, esas bakımından da yürürlükteki haliyle 37. maddenin, Anayasa'nın 2., 13., 15., 17., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesinin 2. fıkrasının şekil ve esas yönünden anayasaya aykırılığı iddialarını soyut norm denetimi kapsamında inceleyip karara bağlamış ve normun Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.⁶⁵ Bu başlık altında kararın bütünsel bir hukuki analizinin yapılması değil; AYM'nin tespitlerinin, çalışmanın konusu bakımından, ilgili düzenlemenin bir "yargı muafiyeti" yaratıp yaratmadığı sorusu etrafında tartışılması amaçlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ilk olarak düzenlemenin bir af niteliğinde olduğu ve Meclis'te Anayasa'nın aradığı nitelikli çoğunluk ile kabul edilmediği

64 Hülya Dinçer, "Kalıcı Olağanüstü Halin Yeni Cezasızlık Rejimi: Adaletin Yasa Eliyle İlgası", *Ayrıntı Dergi*, 1.8.2020, <https://ayrintidergi.com.tr/kalici-olaganustu-halin-yeni-cezasizlik-rejimi-adaletin-yasa-eliyle-ilgasi/> (e.t. 10.10.2022).

65 AYM, E. 2018/31, K. 2020/382, 16.07.2020, R.G. Tarih-Sayı:11.11.2020 – 31301.

gerekçesiyle şekil yönünden anayasaya aykırılık iddiasını incelemiştir. Mahkeme bu aşamada, kuralın “herhangi bir suça ilişkin olmadığını”, “her türlü fiilin değil, sadece darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamındaki fiillerin cezai sorumluluk oluşturmayacağını” belirtmiştir. AYM’ye göre, “suç teşkil eden fiillerin kural kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.”⁶⁶

Diğer yandan AYM, “terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında” ibaresinin kuralı belirsiz hâle getirmediğini tespit edip, normun hukuken öngörülebilirlik açısından sorun yaratmadığını, “ifadenin kanun yapmanın doğasından kaynaklandığını” belirtmiştir.⁶⁷ Bu açıdan Mahkeme’nin, normda belirtilen eylemlerin darbe teşebbüsünün hemen sonrasındaki sınırlı zaman aralığında gerçekleşen eylemleri kapsadığına ilişkin belirlemesi, normun zamansal kapsamının tayini açısından önemlidir.

AYM kararın bundan sonraki kısmında 15 Temmuz darbe girişiminin seyrini, saldırının kapsamını ve yıkıcı etkilerini tasvir etmiş; darbe teşebbüsünün bastırılmasına yönelik girişimleri anlatmıştır. Bu kısımdan sonra Mahkeme, denetim konusu normun hukuki niteliğini açıkladığı şu tespitte bulunmuştur: “[...] başta egemenliği gasbedilmeye çalışılan millet olmak üzere millet adına egemenliği kullanmaya yetkili organlar ağır bir saldırı altında olduğundan, bu olağan dışı ve istisnai şartlar altında söz konusu saldırıların bastırılmasına yönelik ve sadece bununla sınırlı eylemlerin hukuka aykırı fiiller olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.”⁶⁸

Mahkeme normun ihdas edilmesini ise, “darbe teşebbüsünün istisnai ve sıra dışı özelliklerine” bağlayarak, “uygulamada ortaya çıkabilecek birtakım tereddütlerin giderilmesi ve bu kapsamda kuralla egemenlik hakkına sahip çıkan vatandaşların herhangi bir zarara uğrama ihtimalinin baştan bertaraf edilmesi[nin]” amaçlandığını vurgulamıştır. Sonuç olarak AYM açık bir şekilde, konusu haksız fiil ya da suç teşkil eden fiillerin icra edilmesi hâlinde 37. maddede öngörülen sorumsuzluk halinin uygulanmasının mümkün olmadığını ortaya koymuştur.⁶⁹

AYM, hükmün sivillere bir yargı muafiyeti bahşettiği endişesine doğrudan cevap verecek şekilde, kuralın bir yargılama engeli getirmediğini tespit etmiş; yargı yerlerinin bir eylemin kuralda belirtilen “bastırma” kapsamında

66 A.g.k, §15.

67 A.g.k., § 22.

68 A.g.k., § 28.

69 A.g.k., § 30.

olup olmadığını değerlendirirken, meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılmış aşılmadığını inceleyeceğini ve fiilin hukuka uygun olmaması durumunda sorumluluğun gündeme geleceğini ifade etmiştir. Bunun hemen ardından ise Mahkeme, “bastırma kapsamındaki hareketlerin hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu sınırlar içinde kalan fiiller olması nedeniyle söz konusu fiillerin hukuk düzeniyle çeliştiği söylenemez.” tespitiinde bulunmuştur.⁷⁰

Mahkeme'nin, kuralda yer alan bastırma kavramını açıkça tanımlamaktan kaçınarak, bu kapsamdaki fiillerin hukuka uygunluk sınırları içinde kaldığı sonucuna ulaşması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesini aşındırmaktadır. Bir yandan “bastırma”nın sadece hukuka uygun fiilleri kapsadığı tespitini yaparken, diğer yandan bu fiillerin hangileri olduğunun yargı yerlerince ceza kanunundaki hukuka uygunluk sebepleri göz önüne alınarak tespit edileceğini söylemek bir çelişki yaratmaktadır. Resmi bir yetkinin kullanılmasına dayanmayan, sivil yurttaşların “egemenlik hakkının gaspına karşı” güç kullandıkları hangi hallerin bastırma olarak kabul edileceğinin kanunda tanımlanmaması hukuki güvenlik ilkesi açısından ciddi bir sorundur. AYM benzer eğilimi, kamu görevinden ihraç tedbirlerinin dayandırıldığı “irtibat”, “iltisak”, “terör örgütü ile eylem birliği içinde olma” gibi kavramların muğlaklığının hukukten öngörülebilirliği ortadan kaldırdığının ileri sürüldüğü başvurularda da göstermektedir. Mahkeme bu başvurular üzerine verdiği kararlarında, kavramların içeriğinin yargı yerlerinin denetimiyle somutlaştırılacağını söyleyerek norm denetimini sınırlandırmıştır.⁷¹ Bu sınırlandırma, AYM'nin son dönem içtihadında kanunilik denetimini etkisizleştirdiği eleştirisine yol açmıştır.⁷²

Öte yandan bastırma kapsamında kullanılacak gücün büyük ölçüde yasa hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale şeklinde gerçekleştirile-

⁷⁰ A.g.k., § 33.

⁷¹ Bkz. AYM, E: 2018/73, K: 2019/65, 24.7.2019, R.G. Tarih-Sayı: 29.11.2019-30963, § 186; E:2018/89, K:2019/84, 14.11.2019, R.G. Tarih – Sayı:13/2/2020 – 31038, § 37. Mahkeme bu kararlarında, anılan ibarelerin genel kavram niteliğinde olmakla birlikte, hukuki niteliği ve objektif anlamının yargı içtihatlarıyla belirlenebilecek durumda olduğuna; bu kavramların kategorik olarak belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla AYM'ye göre ilgili kuralların belirlilik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

⁷² Bkz. Berke Özenç, “Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetim Kararlarında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Etkisizliği”, İnsan Hakları Okulu Blog, 14.6.2022, https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-norm-denetimi-kararlarina-insan-haklari-avrupa-sozlesmesinin-etkisizligi/#_ftn23 (e.t. 10.10.2022). Özenç, norm denetiminin tam da keyfiliğe alan açan muğlak kavramları hukuk sisteminden ayıklamak, böylelikle özgürlüklerin ihlalini engellemek için öngörülmuş bir yöntem olduğunu hatırlatarak, AYM'nin, bu düzenlemeleri iptal etmek yerine sorunun çözümünü mahkemelere havale etmesinin norm denetimi yetkisinin inkârı anlamına geldiğini vurgulamaktadır.

şeceği göz önüne alındığında, normun müphemliğinin yaşama hakkı, kötü muamele ve işkence yasağı ihlallerinin etkili soruşturulması üzerinde doğrudan etkisinin olduğu da açıktır.⁷³ Ne var ki AYM peşinen normun temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmasının söz konusu olmadığına karar vermiş; bu sebeple Anayasa'nın 13. veya 15. maddesi yönünden bir inceleme yapmayı reddetmiştir.⁷⁴ Fakat bastırma kapsamında kullanılacak güç pekâlâ yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü üzerinde etki doğurabilecektir. Bu nitelikte bir eylem hakkında AİHS'in 2. ve 3. maddeleri ile Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca, devletin etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu haliyle normun, başta yaşama hakkı olmak üzere, Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenen, olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar bakımından etkili güvenceleri içerdiğini söylemek mümkün değildir.

AYM'nin ret gerekçesinden normun, Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde tanımlanan, meşru savunma, kanun hükmünün icrası, zorunluluk hali gibi hukuka uygunluk sebepleri dışında, yeni ve bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi ihdas etmediği anlaşılmaktadır.⁷⁵ Oysa Mahkeme'nin karar gerekçesi olmadan okunduğunda, normun lafzı yeni ve bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi ihdas ettiği yönünde yorumlanmaya elverişli biçimde kaleme alınmıştır.

AYM açıkça, yargı yerlerinin fiilin bastırma kapsamında kalıp kalmadığına karar verirken yasal hukuka uygunluk sebepleri yönünden bir inceleme yapacağını belirtmektedir. Bu durumda akla gelen ilk soru şudur: Yargılama sırasında 15 Temmuz darbe girişimi gecesi ve devamındaki olaylarda sivillerin uyguladığı güç bakımından olağan hukuka uygunluk incelemesi yapılacaksa ve düzenleme geçmişe dönük bir af niteliğinde değilse, kişilerin cezai sorumluluğuna gidilemeyeceğini düzenleyen yeni bir norma neden ihtiyaç duyulmuştur? Hukuk düzeninde bir değişikliğe yol açmayacak yasa normunun gerçek işlevi nedir? Öte yandan, ancak konusu suç oluşturan bir fiilin varlığı halinde ceza sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Normun bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi ihdas etmediği⁷⁶; "hukuka aykırı ve suç oluşturu-

73 Buğrahan Fertelliöğlü, "Sivillere Yargı Muafiyeti" mi? Anayasa Mahkemesinin 2018/31 E., 2020/38 K., Numaralı Kararının Yakın Bir Okuması", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C:9, S:18, 2020, s. 684.

74 A.g.k., § 5.

75 Bu haliyle hükmün ceza muhakemesi açısından da bir etkisinin bulunmadığı yönünde bir yorum ve düzenlemenin ceza hukuku açısından ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Kürşat Yemenici, İrmak Koruculu, "Anayasa Mahkemesi'nin 16/07/2020 Tarih ve 2020/38 Sayılı Kararına İlişkin Ceza Hukuku Yönüyle Bir Değerlendirme", *Sakarya Hukuk Dergisi*, 2018-2019, C. 6-7, s. 11-37.

76 Düzenlemenin yapıldığı dönemde Başbakan Yardımcısı ve Hükümet sözcüsü Bekir Bozdağ aksini düşündürebilecek şu açıklamayı yapmıştır: "... Darbecilere karşı mücadele eden demokrasiyi koruyan bir düzenleme yapıyoruz. Hukuka uygunluk nedeni olarak tanzim ediyoruz. Bu düzenleme olmasa

ran fiilleri kapsamadığı” kabul edilecek olursa, konusu suç teşkil etmeyen eylemler için ceza sorumluluğunun doğmayacağını hükme bağlamanın, diğer bir deyişle malûmu ilâm etmenin anlamı nedir?

“Sivillere yargı muafiyeti” tartışması doğuran düzenleme, AYM’nin verdiği yorumlu ret kararının gerekçesiyle birlikte normun uygulama alanına dair belirli ölçüde hukuki belirlilik kazanmış görünmektedir. Bu haliyle hüküm, darbe teşebbüsü ve devamındaki eylemleri bastırmaya katılan kişilerin, eylemleri hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını aşmadığı takdirde, hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği şeklinde anlaşılacak zorundadır.⁷⁷ Bir başka deyişle, AYM’nin gerekçeli kararıyla birlikte yorumlandığında hüküm yeni ve özel bir hukuka uygunluk sebebi ihdas etmemekte; meşru savunma, kanun hükmünü icra, zorunluluk hali gibi mevcut hukuka uygunluk sebeplerine gönderme yapmaktadır.

Bununla birlikte, ceza hukukuna göre kabul edilen bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı halde, örneğin kişinin canına veya malına yönelik bir zarar tehdidi olmamasına rağmen, salt darbe teşebbüsünü bastırma ve kamusal tehlikeyi bertaraf etme amacıyla sokağa çıkan ve fiziki güç kullanarak, darbe teşebbüsüne katıldığını varsaydığı kişilere müdahale eden bir kişinin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği sorusu cevapsız kalmaktadır.⁷⁸ En önemlisi de, derece mahkemelerinin ve diğer uygulayıcıların AYM kararlarını sıklıkla göz ardı ettiği ve uygulamamakta ısrar ettiği bir ortamda⁷⁹ bu denli muğlak, geniş yorumlanmaya ve suiistimale açık bir normun hukuk düzeninde varlığını sürdürmesi, verdiği sorumsuzluk izlenimi itibarıyla dahi cezasızlık tehlikesi yaratmaktadır.

Diğer yandan, normun ihdas edildiği 2017 yılından AYM’nin kararını açıkladığı 2020 yılına dek, AYM’nin yeni içtihadında OHAL KHK’leri için anayasal denetim yasağını benimsemesi nedeniyle⁸⁰ KHK’lerin anayasaya uy-

dahi 15 Temmuz’u engellemek için sokağa çıkan vatandaşlarımızı hiç kimse suçlu ilan edemez. Hiçbir savcı da soruşturma başlatmayı aklının ucundan geçirmez.” Bkz. “Bekir Bozdağ’dan Sivile Yargı Muafiyeti Açıklaması”, *NTV*, 26.12.2017, https://www.ntv.com.tr/turkiye/bozdagdan-sivile-yargi-muafiyeti-aciklamasi,Pi0o_8VgBEOhQxHAvXI0Lg (e.t. 10.10.2022).

77 Yemenici, Koruculu, a.g.e., s. 35.

78 Bireyin devlete ait ya da kamusal hukuki değerlere yönelik bir saldırı halinde “devlet lehine meşru müdafaa”da bulunup bulunamayacağına ilişkin ceza hukuku doktrininde ve karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar için bkz. Erdi Yetkin, “Politika ile Ceza Hukuku Arasındaki Arafta Hukuka Uygunluk: Sorumsuzluk Teyitleri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, Temmuz 2021, s. 1834 vd.

79 Yakın tarihli örnekler için bkz. Başak Çalı, “Will Legalism be the End of Constitutionalism in Turkey?”, *Verfassungsblog*, 22.1.2018, <https://verfassungsblog.de/will-legalism-be-the-end-of-constitutionalism-in-turkey/> (e.t. 10.10.2022).

80 AYM 15 Temmuz darbe girişiminden sonra verdiği, 12.10.2016 tarihli, 2016/166 E. ve 2016/159 K.

gunluk denetimine tâbi tutulmadığı bu uzun süre zarfında, bu hüküm pekâlâ soruşturma ve yargı makamlarınca bir soruşturma ve yargılama engeli olarak yorumlanmaya ve uygulanmaya açık kalmıştır. AYM'nin yorumlu ret kararını verdiği tarihe dek bu hükmün anayasaya aykırı yorumu nedeniyle ortaya çıkabilecek hak ihlallerinin telafi edilmesi yıllar sürebilecektir.

Son olarak AYM'nin, fiziki güç kullanımını içeren ve yaşama hakkı başta olmak üzere temel haklar üzerinde etki doğurması kuvvetle muhtemel olan fiiller için sorumsuzluk öngören bir yasa normunu denetlerken, kuralı insan haklarıyla ilişkili görmemesi ve hem kendi içtihadı hem de AİHM kararları ışığında, yaşama hakkı ihlallerinin etkili soruşturulması yükümlülüğüne ilişkin temel ilkeler çerçevesinde bir denetime tabi tutmaması vahim bir eksikliklerdir.

2) Anayasa Mahkemesi'nin 37. maddenin 1. fıkrasına ilişkin kararı

AYM, 37. maddenin konu ve zaman bakımından en geniş sorumsuzluk kaydını içeren 1. fıkrasını da Anayasa'ya uygun bulmuştur.⁸¹ AYM ilk olarak, ilgili kuralın sadece olağanüstü hal süresiyle sınırlı olmadığını; kuralın kapsamına aldığı, olağanüstü hal boyunca yayımlanan KHK'ler kapsamında alınan karar ve tedbirlerin bir kısmının olağan dönemde de uygulama alanı bulacağını tespit etmiştir.⁸² AYM'nin kararının başındaki bu önemli tespit, esasen ilgili normun kapsamının ne denli tehlikeli ölçüde geniş olduğunun ve neden hukuk düzeninde yer almaması gerektiğinin de teyidi niteliğindedir. Zira daha önce de ifade edildiği gibi, OHAL KHK'leri OHAL ilanına yol açan sebeplerin ortadan kaldırılması ve anayasal düzene yönelik tehdit ve tehlikenin bertaraf edilmesi için gerekli tedbirler haricinde, devlet kurumlarının işleyişini kökten değiştiren, on binlerce insanı ömür boyu kamu görevinden men eden, ekonomik, toplumsal ve siyasal alanı baştan aşağı yeniden düzenleyen ve olağan hukuk düzenini dönüştüren çok köklü ve kalıcı değişiklikler getirmiştir. Denilebilir ki OHAL boyunca yasama işlevi fiilen tümüyle KHK'ler eliyle yerine getirilmiştir.

sayılı karar ile aynı tarihli, 2016/167 E. ve 2016/160 K. sayılı kararlar, OHAL KHK'lerinin anayasal denetimine ilişkin 1991'deki yerleşik içtihadını değiştirerek, OHAL KHK'lerinin herhangi bir ad altında anayasallık denetimine tabi tutulamayacağına karar vermiştir. AYM, olağanüstü hâl KHK'lerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yönde bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini belirterek, Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'lerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağına karar vermiştir. Bkz. ayrıca: Göztepe, a.g.e.

81 AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, 24.12.2020, R.G. Tarih-Sayı: 8.4.2021-31448. AYM daha önce incelediği 6749 sayılı Kanun'un 9. maddesi hakkında da birebir aynı ifadelerle aynı yönde karar vermiştir. Bkz.: AYM, E. 2016/205, K. 2019/63, 24.07.2019, R.G. Tarih-Sayı: 31.11.2019-30934.

82 A.g.k., § 242.

Anayasa'ya göre OHAL KHK'siyle düzenlenmesi mümkün olmayan, kanunlarda genel, ve kalıcı değişiklikler yapan, temel haklara yönelik ciddi sınırlamalar getiren bu hükümler kapsamında tesis edilen tüm işlemler ile bu işlemleri tesis veya icra eden tüm kamu görevlilerini kapsayan, böylesi geniş bir sorumsuzluk teyidi son derece tehlikelidir.

AYM büyük ölçüde, önceki başlık altında sivillere yargı muafiyeti tartışmasına yol açan norm hakkındaki kararına atıfta bulunarak, kuralın sadece kanunla verilen yetkinin kullanılması kapsamındaki hukuka uygun fiilleri gerçekleştirenleri kapsadığını ve bir yargılama engeli getirmediğini; haksızlık oluşturduğu iddia edilen fiil hakkında yapılacak incelemede fiilin görev gereği olup olmadığının ya da görevden kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirileceğini belirtmiştir. Mahkeme bir kez daha kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığını vurgulamıştır.⁸³

AYM'nin kuralın ihdas ediliş amacına ilişkin yorumu, normun lafzi dikkate alındığında muğlaklığa yol açmaktadır. Mahkeme'ye göre böyle bir kuralın düzenlenmesindeki ihtiyaç, OHAL KHK'leri kapsamında verilen görevlerin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Buna göre söz konusu kuralın amacı, bu görevleri yerine getiren kişilere bir imtiyaz ya da bağışıklık getirmek değil; "olağanüstü hâl dönemiyle sınırlı ve olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlerin icrasına yönelik görevlerin herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır."⁸⁴

OHAL ilanına sebep olan kamu güvenliğine yönelik tehditle hiçbir ilgili olmayan, sadece siyasi ifade özgürlüğünü kullandığı ya da yasal bir sendikaya üye olduğu için on binlerce kişinin terörle iltisaklı kabul edilerek kamu görevinden ihraç edilmesi "olağanüstü halde alınması gereken tedbir" olarak değerlendirilebilir mi? KHK'lerin ekli listeleriyle binlerce kişinin işini kaybetmesine yol açan, bu listeleri düzenleyen ve onayan bürokratların, örneğin sadece ifade özgürlüğü kapsamındaki ifadeleri nedeniyle yüzlerce öğretim üyesini bu listelere koyarak Yükseköğretim Kurulu'na gönderen rektörlerin cezai, hukuki ve idari sorumluluğuna gidilemeyeceğini mi kabul etmek gerekir?

AYM "olağanüstü hâl dönemiyle sınırlı ve olağanüstü hâlde alınması gereken" tedbirlerin istisnai niteliğine vurgu yaparken; başta ifade ettiğimiz, OHAL boyunca yayınlanan KHK'lerin sadece bu dönemle sınırlı sonuç do-

83 A.g.k., § 249-251.

84 A.g.k., § 253.

ğurmadığını ve “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” çıkarılmadığını⁸⁵, bilakis kişilerin hukuki statüsünü ve olağan hukuk düzenini kökten değiştiren yapısal düzenlemeler içerdiğini görmezden gelmiş ya da suskunlukla geçiştirmiştir. Kural, OHAL süresince yayımlanan KHK’ler kapsamındaki “karar, görev ve fiiller” ifadesiyle, çok geniş bir tasarruf alanını kapsamına almıştır. Dolayısıyla, AYM’nin ret kararını gerekçelendirirken yaslandığı “görevin istisnailiği” argümanı geçerli ve gerçekçi değildir; zira OHAL uygulaması bir bütün olarak istisnai olmaktan çıkmış ve genelleşmiş durumdadır.

6755 sayılı Kanun’un 37. maddesinin ilk fıkrası, özellikle darbe teşebbüsüne katılma ve FETÖ üyesi olma şüphesiyle gözaltına alınan ve tutuklanan kişilerin ileri sürdüğü işkence ve kötü muamele iddialarının etkili biçimde soruşturulması önünde potansiyel engel oluşturması nedeniyle de tartışma konusu olmuştur. Darbe girişiminin ardından OHAL ilanını takiben 30 güne kadar uzatılan ve avukattan yararlanma hakkı da dahil olmak üzere pek çok usul güvencesinin kısıtlandığı gözaltı sırasında kaba dayak, cinsel taciz, copla tecavüz tehdidi gibi işkence ve kötü muamelenin artış gösterdiği; ayrıca zorla insan kaçırma vakalarının yaşandığı, ulusal/uluslararası insan hakları kuruluşları ve meslek örgütleri tarafından bulgulanmıştır.⁸⁶ Birleşmiş Milletler Zorla ve İrade dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu’nun 2021 yılı Raporu’na göre Türkiye’den 2016-2021 yılları arasında Çalışma Grubu’na 17 başvuru yapılmıştır. 2008’den 2016’ya kadar ise hiç başvuru yapılmadığı görülmektedir.⁸⁷ Darbe teşebbüsünün ardından gözaltına alınan üst düzey asker ve bürokratların basına servis edilen fotoğraflarındaki darp izleri ve kamuoyuna yansıyan çok sayıda tanıklık işkence iddialarını doğrulamaktadır.⁸⁸

85 Bu konuda, OHAL KHK’lerinin konu bakımından Anayasa’ya aykırılığı hakkında önemli bir çalışma için: Kemal Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri: Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Sayı: 1, s. 39-69.

86 Human Rights Watch, “Gözaltında Polis İşkencesi ve İnsan Kaçırma”, 12.10.2017, <https://www.hrw.org/tr/report/2017/10/12/310026>. Human Rights Watch, 2017’den beri incelediği on altı zorla kaybetme vakasıyla ilgili veri paylaştığı ve devleti bu vakaları titizlikle soruşturmaya davet ettiği bir açıklama yayımlamıştır. Bkz.: “Türkiye’de Zorla Kaybetme Vakaları ve İşkence”, <https://www.hrw.org/tr/news/2020/04/29/341339>. Bkz. ayrıca: Amnesty International, “Turkey: Investigate Suspected Enforced Disappearance: Hüseyin Galip Küçüközyiğit”, 1.2.2021, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3603/2021/en/>. Türkiye İnsan Hakları Vakfı Dökümantasyon Merkezi’nin tespitlerine göre 2021 yılında 16 kişi kaçırılmış ve 1 kişi kaçırılmaya çalışılmıştır. 2022 yılında ise en az 3 kişi kaçırılmıştır. Bkz.: Türkiye İnsan Hakları Vakfı, “26 Haziran 2022 İtibarıyla Türkiye’de Değişik Boyutlarıyla İşkence Gerçeği”, 25.6.2022, <https://tihv.org.tr/basin-aciklamalari/26-haziran-2022-turkiye-de-iskence-gercegi/> (e.t. 20.10.2022).

87 Bkz.: United Nations Human Rights Council, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/48/57, 4.8.2021, s.51, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/215/21/PDF/G2121521.pdf?OpenElement> (e.t. 20.10.2022).

88 15 Temmuz darbe girişiminin ardından gözaltına alınan üst düzey bir askerin ifadesi ve diğer işkence mağdurlarının ifadeleri için bkz.: Selin Giritli, “Gözaltında İşkence İddiaları: Yüreğimin En Pis Yerine

OHAL sürecinde hem cumhuriyet savcılıkları hem de yargılama safhasında hakim önünde yapılan suç duyurularının dikkate alınmadığı ve soruşturmaya dönüşmediği iddiaları dile getirilmiştir. Trabzon'da FETÖ şüphelisi olarak tutuklanan bir kişinin kötü muamele ve tehdit nedeniyle yaptığı şikayet hakkında, Trabzon Savcılığınca 37. maddenin öncülü olan 667 sayılı KHK'nin 9. maddesine dayanılarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği basına yansımıştır. Savcılığın kararında hükmün "kovuşturma yasağı" getirdiği şeklinde yorumlandığı ve uygulandığı görülmektedir.⁸⁹ Bu örneğin münferit olmadığını öngörmek zor değildir; fakat tek başına bu örnek bile 37. maddede düzenlenene benzer sorumsuzluk hükümlerinin içerdiği mesajı ve yaydığı cezasızlık tehlikesini göstermeye yeterlidir.

Ayrıca OHAL boyunca ve hatta OHAL sona erdikten sonra yapılan düzenlemelerle 37. maddenin kapsamına aldığı kamu görevlileri giderek genişlemiştir; son olarak yukarıda zikredilen yasal düzenlemeyle Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu'nun malvarlığına el koyduğu ve kayyım sıfatıyla yönetimini ele geçirdiği şirketlerin yönetimi için görevlendirilen kişilerin sorumluluğu da kaldırılmıştır.

OHAL KHK'lerinin zamansal açıdan uygulama alanının ve bu KHK'lerle ihdas edilen yetkilerin kapsamı düşünüldüğünde, hem konu bakımından hem de sorumsuzluk kapsamına alınan kamu görevlisi kategorisi bakımından bu denli geniş tanımlanmış; idari ve adli makamlarca keyfi uygulanmaya müsait, suiistimale kapı aralayan bir normun hukuk düzenindeki varlığı hukuk devleti ilkesine uygun değildir. Maalesef AYM'nin yorumlu ret kararının gerekçesi de, geniş yorumlanma ve kötüye kullanıma tehlikesine karşı etkili bir güvence oluşturmaktan uzaktır.

3) Anayasa Mahkemesi'nin 37. maddenin 3. fıkrasına ilişkin kararı

AYM 37. maddenin 3. fıkrasıyla ilgili yapılan iptal başvurusu üzerine verdiği kararında ise, kamu görevinden çıkarılan kişilerden, hakkında adli veya idari soruşturması ya da kovuşturması devam edenlerin sosyal güvenlik hak-

Yazdım", *BBC News Türkçe*, 28.11.2016, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38126711>. Ayrıca Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin hazırladığı, Ankara Emniyet Müdürlüğü'nde eski Dişçileri personeline uygulanan ağır işkence iddialarını doğrulayan rapor için bkz.: "Ankara Barosu'ndan Suç Duyurusu: Emniyet'te 9 İşkence Olayı Yaşandı.", *Gazete Duvar*, 5.5.2022, <https://www.gazete-duvar.com.tr/ankara-barosundan-suc-duyurusu-emniyette-9-iskence-olayi-yasandi-haber-1563499> (e.t. 10.10.2022). Raporu Ankara Barosu'nun güncel web sitesinden ulaşılamamaktadır.

⁸⁹ Ahmet Şefik, "İşkenceye KHK Bahanesi", *Cumhuriyet*, 16.1.2017, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/iskenceye-khk-bahanesi-661197> (e.t. 10.10.2022).

larıyla ilgili başvuruları hakkında 31.10.2019 tarihine kadar karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin hukuki ve mali sorumluluğuna gidilememesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.⁹⁰ İptal kararının gerekçesi, kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili kusurlarından kaynaklanan tazmin sorumluluğunun ve görev kusuru nedeniyle idarenin rücu imkânının ortadan kaldırılmasının Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olmasıdır. Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasına göre, kamu görevlisinin neden olduğu maddi zarar kamu görevlisine rücu edilmek şartıyla idare tarafından karşılanır. AYM, idarenin kusuru bulunan kamu görevlisine karşı rücu mekanizmasını işletmesinin anayasal bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır.

AYM'nin, sosyal güvenlik alanındaki işlemleri yapmakla görevli olanların hukuki ve mali sorumluluğuna gidilemeyeceğini düzenleyen madde hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal etmesi, yukarıda incelenen, Mahkeme'nin 37. maddenin 1. fıkrasına ilişkin kararıyla çelişmektedir. Hukuka aykırı işlemin yol açtığı zararın kusuru bulunan kamu görevlisine ödettilmesi anayasal bir zorunluluk ise, mali sorumluluğu diğer kamu görevlileri yönünden kaldıran düzenlemelerin de iptal edilmesi gerekmez mi?

İnceleme konusu düzenlemenin, kamu görevlilerinin idari sorumluluğunu kaldıran kısmı hakkında AYM, görevinin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında disiplin işlemlerinin yürütülmesini zorunlu kılan bir Anayasa hükmünün bulunmadığını hatırlatarak, bu konunun kanun koyucunun takdirinde olduğunu tespit etmiş ve hükmü bu yönden Anayasa'ya uygun bulmuştur.⁹¹ Mahkeme'nin kararı iki açıdan tartışmalıdır: Birincisi bu karar spesifik olarak bir grubun -kamu görevinden ihraç edilmiş ve hakkında adli takibat devam eden kişilerin- sosyal güvenlik haklarıyla ilgili hukuka aykırı işlemler ile kamu görevinden ihraç edilmemiş, "sıradan" yurttaşlar hakkında tesis edilmiş hukuka aykırı işlemler arasında zımni bir ayrıma işaret etmektedir. Bu ayrımın objektif olduğunu, makul bir sebebe dayandığını ve kamu yararı içerdiğini söylemek ise mümkün değildir. Birinci gruptaki işlemleri tesis eden veya bu işlemlerin gereğini yerine getiren kamu görevlilerinin idari sorumluluğu ortadan kaldırılırken, ikinci gruptaki işlemler bakımından kamu görevlilerinin sorumluluğunun devam etmesi, disiplin hukukunun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesi açısından ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Zira eşitlik ilkesi, benzer disiplin suçlarını işleyen kamu görevlilerinin aynı disiplin cezasıyla cezalandırılmalarını gerektirir.⁹²

90 AYM, E. 2020/18, K. 2021/38, 03.06.2021, R.G.Tarih-Sayısı : 23.9.2021-31607.

91 A.g.k., § 34.

92 Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler",

Öte yandan aynı kamu görevlisi “sıradan” bir yurttaş hakkında yaptığı hukuka aykırı işlem nedeniyle sorumlu tutulmaya devam ederken, kamu görevinden ihraç edilmiş bir yurttaş üzerinde yol açtığı zararlardan ise sorumlu tutulmayacaktır. Böylesi bir ayırım, kamu görevinden ihraç edilmiş kişilerin bir grup olarak “makbul olmayan yurttaşlar” olarak damgalandığını ve haklarının korunmaya layık bulunmadığını ilan etmekte; hak arama özgürlüğü bakımından da ayrımcılık oluşturmaktadır. AYM’nin bu kararı, ayrımcılık yaratan bir yasal normun hukuk düzeninden temizlenmesini de engellemiştir.

AYM 37. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen bir diğer sorumluluk hali olan ceza sorumluluğuyla ilgili olarak ise, 31.10.2019 tarihine kadarki karar ve işlemlerden dolayı herhangi bir sorumluluğun doğmayacağını belirten kuralın bir genel af düzenlemesi niteliği taşıdığına; böyle bir düzenlemenin kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğuna ve bu takdir yetkisinin Anayasa’yla çelişmediğine hükmetmiştir.⁹³ Böylece, OHAL KHK’leriyle kamudan ihraç edilen kişilerin emekli aylığı bağlanması gibi sosyal güvenlik alanındaki taleplerini kasten sonuca bağlamayan, sürüncemede bırakan veya keyfi biçimde reddeden SGK çalışanlarının 31.10.2019’a kadar işledikleri görevi kötüye kullanma vb. suçlar affedilmiştir. İdari sorumluluğun kaldırılmasıyla ilgili yukarıda vurgulanan ayrımcı tutum hükmün bu kısmı için de geçerlidir.

Öte yandan kararın bu kısmıyla ilgili ciddi bir tutarsızlık da söz konusudur. AYM, 37. maddenin ilk iki fıkrasını incelediği diğer kararlarının aksine, bu hükmü bir genel af olarak tanımlamıştır. 37. maddenin 1. ve 2. fıkralarını lâfzen 3. fıkradan ayırt eden tek husus, sorumsuzluğun kapsamının zamansal olarak sınırlandırılmaması, diğer bir deyişle ucunun açık bırakılmasıdır. AYM’nin, ilgili kuralı geçmişte belirli bir dönem içinde işlenmiş suçların cezalandırılmayacağını öngördüğü için genel af olarak nitelendirmesi, 37. maddenin 1. fıkrasında ceza sorumluluğunun sadece geçmişe değil, aynı zamanda geleceğe de etki edecek biçimde kaldırıldığını teyit etmektedir.

Mahkeme kararında açıkça, “kamu görevlisinin cezai sorumluluğunu gündeme getirecek karar ve fiiller ceza hukuku anlamında suç oluşturan fiillerdir.” tespitini yapmıştır.⁹⁴ Oysa 1. fıkıyla ilgili kararında AYM, kamu görevlilerinin suç oluşturan fiillerinin sorumsuzluk kapsamında olmadığını ısrarla vurgulamıştır. Ceza sorumluluğunun kaldırılmasını, OHAL çerçevesinde karar

Amme İdaresi Dergisi, 2005, C. 2, s. 77.

93 A.g.k., § 30-31. İptal davasında kanun teklifinin Anayasa’da genel af çıkarmak için aranan TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla kabul edilmediği iddiası ileri sürülmediği için, AYM şekil yönünden bir denetim yapmamıştır.

94 A.g.k., § 30.

alan ve işlem tesis eden/etmeyen kamu görevlilerinden sadece SGK çalışanları için bir genel af olarak kabul etmek, Mahkeme'nin yorum sistematığı açısından da ciddi şüphe doğurmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme'nin bu kararı, 37. maddeyle ilgili izlediği genel muhakemeden bir sapma yaratırken, aynı zamanda bu muhakemenin içsel tutarsızlığını da açığa vurmaktadır.

Sonuç yerine: Sorumsuzluk düzenlemelerinin hukuk devleti ve hesap verebilirlik üzerindeki etkisi

Türkiye'nin hukuk düzenine son yıllarda damgasını vuran önemli bir olgu, anayasal sınırlar içinde kullanılması gereken istisnai yetkilerin zaman-sal ve uzamsal olarak esnetilmesi ve bu yolla istisnai olanın "normalleştirilmesi"dir. Sürekli bir aciliyet söylemi ve güvenlikleştirme politikasıyla yerleşik hukuki usuller saf dışı bırakılmak suretiyle istisnai yetkilere meşruiyet devşirmeye çalışılmakta; fiili ve yasal OHAL'de ihdas edilen bu yetkiler giderek istisnai dönemi aşarak olağan hukuk düzenine sirayet etmekte; âdeta olağan hukuk düzenini yutmaktadır. OHAL KHK'leriyle hukuk düzenini baştan aşağı yeniden şekillendiren hükümet tasarruflarının TBMM'de onaylanarak kanunlaşması ve kalıcı hale gelmesi bunu göstermektedir. Zaman ve konu bakımından olağanüstü halin gerekleriyle sınırlı olmayan KHK'ler üzerinde anayasaya uygunluk denetimi yapmayı reddeden Anayasa Mahkemesi de bu normalleştirmeye yargı eliyle cevaz vermiştir. Normalleştirme sadece OHAL KHK'leriyle yapılan değişikliklerin yerleşik normlara dönüşmesi yoluyla değil; aynı zamanda istisnai yetkilerin bir olağanüstü hal ilanına gerek duymaksızın, giderek daha sık biçimde olağan hukuk düzeni içinde yasayla ihdas edilmesiyle de yaşanmaktadır.

2010'dan bu yana yaşanan hukuki gelişmeler, devlet iktidarının yürütme elinde toplandığı ve merkezileştiği, yasamanın ve yargı gücünün özerkliğinin ve siyasi iktidarı dengeleme işlevinin giderek aşındığı ve silindiği bir süreçte işaret etmektedir. Özellikle 2016 darbe girişiminin ardından ilan edilen ve o günden bu yana - devam yasalarıyla- kalıcı hale gelen olağanüstü hal ile siyasi rejimi cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine dönüştüren 2017 referandumu, yürütme üzerindeki kurumsal denetim mekanizmalarının işlevsiz kılınmasında önemli dönemeçlerdir.

Demokratik gerileme üzerine çalışmasında Nancy Bermeo, yürütme gücünün devlet aygıtı içinde büyümesini ve merkezleşmesini ifade etmek için kullandığı "*executive aggrandizement*" kavramını, yürütme üzerindeki hukuki denetimi zayıflatmaya yönelik kurumsal değişiklikler ekseninde

tanımlar.⁹⁵ Türkiye'nin içinden geçtiği süreç de bu anlamda, mutlak yetkili bir cumhurbaşkanının elinde toplanan yürütme gücünün devlet aygıtı içinde merkezileştiği, yürütme üzerindeki kurumsal denetim mekanizmalarının etkisizleştirildiği, devletin güvenlik aygıtının hukuk önünde hesap verebilirliğinin kademeli biçimde ortadan kaldırdığı bir dönem olarak tanımlanabilir.

Bu çalışma kapsamında ele alınan, önce terörle mücadele çerçevesinde fiilen yürürlüğe sokulan, daha sonra ise darbe tehdidini savuşturmak için resmen ilan edilen olağanüstü hal sırasında yasallık bloğuna dahil edilen normlar, yürütmenin gasp ettiği yasama yetkisini hiçbir denetim olmaksızın keyfi biçimde kullanabileceği bir kural dışılık rejimi inşa etmiştir. Hukuki denetimi bizzat yasa eliyle işlemez kılan, sorumsuzluk kayıtları ve yargılama engelleri vasıtasıyla olağan yargı rejimini saf dışı bırakan bu "kara delikler" hukukun üstünlüğü ilkesini yerle bir etmektedir. Hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü ilkesi, hukukun hem içerik hem de kurumsal işleyiş olarak keyfi güç kullanımını ve denetimsiz takdir yetkisini önlemesini gerektirir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin üzerinde uzlaşılabilir unsurlarından biri, keyfi güç kullanımının sınırlandırılması, bunun için de kamu gücü kullananların belirli kurallar ve kurumlarla çerçevelenmesi⁹⁶; en başta da yürütmenin ve idarenin edimlerinin hukuka uygunluğunun etkili bir denetime tabi tutulmasıdır.

Yukarıda incelenen, hem iç güvenlik politikaları hem de OHAL adı altında hukuk düzenini yapısal dönüşüme uğratan tüm diğer düzenlemeler bakımından mutlak ve hesap sorulmaz bir yürütme gücü tesis etmeyi amaçlayan hükümler, hukuk devleti ilkesini etkisiz kılmaktadır. Bu açıdan "hukukun üstünlüğü" (*rule of law*) yerine, hukukla ya da hukuk aracılığıyla üstünlük (*rule by law*) kurmak üzerine temellenen bir yönetim mantığı güç kazanmaktadır. İkincisinde siyasi iktidar hukuki araçlarla yönetmektedir; fakat birincinin aksine, hukukun üstünlüğü ilkesinin asli unsuru olan hukukla yöneten iktidarın aynı hukukla etkin biçimde sınırlandırılması eksiktir.⁹⁷ Hukuk aracılığıyla üstünlük kurma, devlet iktidarını kullanan yürütme üzerindeki denetimin ve hukuki kısıtlamaların hem içerik hem de kurumsal işleyiş açısından etkisiz kılınmasına dayanır.⁹⁸

Venezuela'da otoritarizmin hızla yükselişinin hukuk eliyle nasıl gerçek-

95 Nancy Bermeo, "On Democratic Backsliding", *Journal of Democracy*, 2016, vol. 27, no. 1, s. 5–19.

96 Martin Krygier, "Rule of Law", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Ed. Michel Rosenfeld and Andrés Sajó), Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 242.

97 Krygier, a.g.e., s. 234.

98 Jothie Rajah, *Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 4.

leştğini inceleyen Javier Corrales, bu olguyu tanımlamak için “otokratik legalizm” (*autocratic legalism*) kavramını kullanır. Corrales’in tanımıyla otokratik legalizm, hukukun yürütmenin yetkilerini genişletmek amacıyla kullanılması, istismar edilmesi ya da saf dışı bırakılmasıdır.⁹⁹ Bu anlamda Türkiye’de otokratik legalizmin önemli bir tezahürü, bu çalışma kapsamında incelendiği üzere, kamu gücünü kullananların hukuk önünde hesap vermesini temin eden yasal ve yargısal denetim usullerini etkisiz kılmak suretiyle yürütmenin keyfi yönetimi için gereken boşlukların yine hukuk eliyle yaratılmasıdır.

Kaynakça

- Agamben, Giorgio, *State of Exception*, Chicago, University of Chicago Press, 2005.
- Akça, İsmet, Süreyya Algül, Hülya Dinçer, Erhan Keleşoğlu, Barış Alp Özden, *Olağanlaşan OHAL: KHK’ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, Heinrich Böll Stiftung, https://olaganlasanohal.com/files/olaganlasan_ohal.pdf.
- Akılmaz, Bahtiyar, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, *İÜHFİM*, LXIX, S. 1-2, s. 61-78.
- Altıparmak, Kerem, Dinçer Demirkent, Murat Sevinç, “Atipik KHK’ler ve Daimi Hukuksuzluk: Artık Yasaları İdare mi İptal Edecek? ”, İnsan Hakları Ortak Platformu, Olağanüstü Hal ve Uygulamaları Bilgi Notu”, 1/2018, https://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/Atipik_OHAL_-KHKleri-1.pdf.
- Amnesty International, “Turkey: Investigate Suspected Enforced Disappearance: Hüseyin Galip Küçüközyiğit”, 1.2.2021, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3603/2021/en/>.
- “Ankara Barosu’ndan Suç Duyurusu: Emniyet’te 9 İşkence Olayı Yaşandı.”, *Gazete Duvar*, 5.5.2022, <https://www.gazeteduvar.com.tr/ankara-barosundan-suc-duyurusu-emniyette-9-iskence-olayi-yasandi-haber-1563499>.
- Ardıçoğlu, Artuk, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Mıdır?”, *Birikim Dergisi*, 27.11.2015, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir>.
- “Baro Başkanları Olağanüstü Toplandı”, *Barobirlik*, 27.12.2017, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/baro-baskanlari-olaganustu-toplandi-79777>.
- “Bekir Bozdağ’dan Sivile Yargı Muafiyeti Açıklaması”, *NTV*, 26.12.2017, https://www.ntv.com.tr/turkiye/bozdagdan-sivile-yargi-muafiyeti-aciklamasi,PiOo_8VgBEOhQxHAvXlOLg.
- Bermeo, Nancy, “On Democratic Backsliding”, *Journal of Democracy*, 2016, vol. 27, no. 1, s. 5–19.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2016.

99 Javier Corrales, “Autocratic Legalism in Venezuela”, *Journal of Democracy*, vol. 26, no. 2, 2015, s. 37–51.

- Committee of Ministers of the Council of Europe, “Interim Resolution CM/Res-DH(2008)69 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights Actions of the security forces in Turkey Progress achieved and outstanding issues”, 18.9.2008.
- Corrales, Javier, “Autocratic Legalism in Venezuela”, *Journal of Democracy*, vol. 26, no. 2, 2015, s. 37–51.
- Çalı, Başak, “Will Legalism Be the End of Constitutionalism in Turkey?”, *Verfassungsb- log*, 22.1.2018, <https://verfassungsblog.de/will-legalism-be-the-end-of-constitutionalism-in-turkey/>
- Dinçer, Hülya, “Kalıcı Olağanüstü Halin Yeni Cezasızlık Rejimi: Adaletin Yasa Eliyle İl- gası”, *Ayrıntı Dergi*, 1.8.2020, <https://ayrintidergi.com.tr/kalici-olaganustu-ha- lin-yeni-cezasizlik-rejimi-adaletin-yasa-eliyle-ilgasi/>.
- Erdi, Yetkin, “Politika ile Ceza Hukuku Arasındaki Arafta Hukuka Uygunluk: Sorum- suzluk Teyitleri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 1793-1857.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), “Turkey – Opinion on the Legal Framework Governing Curfews”, Opinion n° 842/2016 Adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session, Venice, 10- 11.6.2016, Strasbourg.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), “Turkey – Opinion on Emergency Decree Laws nos. 667-676 Adopted Following the Attempted Coup of 15 July 2016”, Opinion n° 865/2016 Adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session, 9-10.12.2016, Venice.
- Fertellioglu, Buğrahan, “Sivillere Yargı Muafiyeti” mi? Anayasa Mahkemesinin 2018/31 E., 2020/38 K., Numaralı Kararının Yakın Bir Okuması”, *Anayasa Hu- kuku Dergisi*, C:9, S:18, 2020, s. 673-687.
- Giritli, Selin, “Gözaltında İşkence İddiaları: Yüreğimin En Pis Yerine Yazdım”, *BBC News Türkçe*, 28.11.2016, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turki- ye-38126711>.
- GÖÇ-DER, “Türkiye’de Koruculuk Sistemi: Zorunlu Göç ve Geri Dönüşler”, 2013, https://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/Goc-Der_Koru- culuk-Raporu_2013.pdf.
- Gözler, Kemal, “15 Temmuz Kararnameleri: Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Ka- rarnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Sayı: 1, s. 39-69.
- Gözler, Kemal, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi ? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme”, 5.5.2016, www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma.pdf.
- Göztepe, Ece, “The Permanency of the State of Emergency in Turkey: The Rise of a Constituent Power or Only a New Quality of the State?”, *Zeitschrift für Poli- tikwissenschaft*, 28, no. 4 (2018), s. 521-534.
- Gündüz, Hakan, “Askeri Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler”, *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 44, s. 239-267.

- Güneş, Mehmet, Mustafa Gündüz, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2015, Cilt 4, sayı 7, s. 7-19.
- Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, https://hakikatadalethafiza.org/kaynak_tipi/so-kaga-cikma-yasaklari-uzerine-raporlar/.
- Human Rights Watch, “Gözaltında Polis İşkencesi ve İnsan Kaçırma”, 12.10.2017, <https://www.hrw.org/tr/report/2017/10/12/310026>.
- Human Rights Watch, İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP), Olağanüstü Hal Durum Raporu, 18.9.2017, <https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/Olaganustu-Hal-Tedbir-ve-Duze-nlemeleri-31-A%C4%9Fustos-2017.pdf>.
- Human Rights Watch, “Turkey: State Blocks Probes of Southeast Killings”, 2016, <https://www.hrw.org/news/2016/07/11/turkey-state-blocks-probes-southeast-killings>.
- Human Rights Watch, “Türkiye’de Zorla Kaybetme Vakaları ve İşkence”, <https://www.hrw.org/tr/news/2020/04/29/341339>.
- İnsan Hakları Derneği, “Ocak 1990-Mart 2009 Döneminde Köy Korucuları Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Özel Rapor”, 2009, <http://www.ihd.org.tr/images/pdf/>.
- “Immunity to Civilians Thwarting Coup Stirs Debate in Turkey”, *Hurriyet Daily News*, 25.12.2017, <https://www.hurriyetdailynews.com/immunity-to-civilians-thwarting-coup-stirs-debate-in-turkey-124701>.
- Kaya, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2005, C. 2, s. 61-87.
- Krygier, Martin, “Rule of Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Ed. Michel Rosenfeld and Andrés Sajó), Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Kurt, Gülşah, *Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci*, İstanbul, Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, 2014.
- Locke, John, *Two Treatises of Government*, (Ed. Peter Laslett), Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Neal, Andrew, “Normalization and Legislative Exceptionalism: Counterterrorist Lawmaking and the Changing Times of Security Emergencies”, *International Political Sociology*, (2012) 6, s. 260-276.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Report on the Human Rights Situation in South-East Turkey, July 2015 to December 2016”, https://www.ohchr.org/documents/countries/tr/ohchr_southeast_turkeyreport_10march2017.pdf.
- Özenç, Berke, “Anayasa Mahkemesi’nin Norm Denetim Kararlarında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Etkisizliği”, İnsan Hakları Okulu Blog, 14.6.2022, https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-norm-denetimi-kararlarina-insan-haklari-avrupa-sozlesmesinin-etkisizligi/#_ftn23.
- Paker, Evren Balta, İsmet Akça, “Askerler, Köylüler ve Paramiliter Güçler: Türkiye’de Köy Koruculuğu Sistemi”, *Toplum ve Bilim*, Sayı: 126, 2013, s. 7-35.

- Rajah, Jothie, *Authoritarian Rule of Law Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Sevdiren, Öznur, *Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı*, İstanbul, Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, İstanbul, 2015.
- Şefik, Ahmet, "İşkenceye KHK Bahanesi", *Cumhuriyet*, 16.1.2017, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/iskenceye-khk-bahanesi-661197>.
- Şimşek, Berza, "KHK ile 'Cezasızlık' Düzenlemesi: Hukukçular Ne Düşünüyor?", *BBC News Türkçe*, 24.12.2017.
- TBMM, Ülkemizin Çeşitli Yörelerinde İşlenmiş Faili Meçhul Siyasal Cinayetler Konusunda Meclis Araştırma Komisyonu Raporu, Esas No: 10/90, 12.10.1995, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem19/yil01/ss897.pdf>.
- TBMM Tutanak Dergisi, 106. Birleşim, 23.6.2016.
- Türkiye İnsan Hakları Vakfı, "26 Haziran 2022 İtibariyle Türkiye'de Değişik Boyutlarıyla İşkence Gerçeği", 25.6.2022, <https://tihv.org.tr/basin-aciklamalari/26-haziran-2022-turkiyede-iskence-gercegi/>.
- United Nations Commission on Human Rights, Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity; Addendum, "Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity", 8.2.2005, E/CN.4/2005/102/Add.1.
- United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on His Mission to Turkey 2017, A/HRC/37/50/Add.1.
- United Nations Human Rights Council, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/48/57, 4.8.2021.
- Yazıcı, Serap, "Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: Kamu Görevinden İhraçlar ve Yol Açtıkları Hukuka Aykırılık Sorunları", *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt II*, Atılım Üniversitesi, Ankara, 2020, s. 1501-1555.
- Yemenici, Kürşat, İrmak Koruculu, "Anayasa Mahkemesi'nin 16/07/2020 Tarih ve 2020/38 Sayılı Kararına İlişkin Ceza Hukuku Yönüyle Bir Değerlendirme", *Sakarya Hukuk Dergisi*, 2018-2019, C.: 6-7, s. 11-37.
- "Yeneroğlu, Cumhurbaşkanı Yardımcısına sordu: Temmuz Ayında İhraç Edilen Kamu Görevlisi Sayısı Kaç?", *Dokuz8 Haber*, 1.8.2022, www.dokuz8haber.net.

Genel Yetki Normları ile Olağanüstünün Olağanlaşması: Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı Örneği

D. Çiğdem Sever*

Giriş

İnsan haklarının durumunu nitelerek için öncelikle özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin yetkilerin dayanağı ve uygulanma biçimlerine bakmak gerekir. İnsan hakları açısından kurallar ile reel durum arasındaki bu ilişkinin en önemli belirleyicileri ise, özgürlük alanının istisnasının (sınırlamanın) nasıl belirlendiği, nasıl uygulandığı ve bu sınırlandırmayla ilgili yargısal denetimin ne kadar etkili yapıldığıdır. Bu açıdan önemli bir gösterge, belli kişi/durum/gruplar bakımından veya genel olarak özgürlüğün sınırlanmasının kural haline gelmeye başlaması, bir başka deyişle özgürlüğün “istisna” haline gelmesidir. Özgürlük rejiminde kural-istisna olarak nitelenebilecek bu ilişki, hukuk sistemlerinde olağan-olağanüstü rejim ayrımının da anahtarıdır. Olağanüstü rejimler, özgürlük alanlarının daralması ve buna koşut olarak sınırlamanın, daha somut ifadeyle idarenin kolluk yetkilerinin genişlemesiyle tanımlanır. Genel/ucu açık normlar yoluyla sınırlandırıcı yetkilerin belirsizleşmesi ve genişlemesi eğilimi, olağan rejim ile olağanüstü rejim arasındaki çizginin de silikleşmesine yol açarken “olağan”ın olağanüstüleşmesi ile “olağanüstü”nün olağanlaşması süreci içiçe geçer.

Türkiye’de son yıllarda toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, özellikle genel yasaklama kararlarının yaygınlığı karşısında özgürlüğün kural olmaktan çıktığı bir yere gelmiş durumda. Bu alandaki normların giderek daha sınırlandırıcı ve caydırıcı hale gelmesi, idarelerin de kendilerine tanınan yetkileri geniş yorumlama veya keyfi biçimde kullanma eğilimiyle bir araya geldiğinde uygulamada hakkın kullanımı çok güç hale gelmiştir. Bunun karşısında yargısal denetimin etkili yapı(a)maması da istisnanın kural olmasını kolaylaştırmıştır.

Çalışmada öncelikle olağanüstü hukuki rejimin anlaşılabilmesi için tarihsel olarak Türkiye’deki seyrinden bahsedilmiş (1), toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının engellenmesine yol açan erteleme ve yasaklama kararlarının

* Doç. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

dayanakları (II) ve bu kararlar bakımından yargı denetiminin etkili olmaması sorunu (III) ele alınmıştır. Yargı denetiminin etkililiği sorunu ele alınırken, genel anlamda idari yargıdaki etkililik sorunlarına değinilmiş, yürütmenin durdurulması kurumunun yasaklama kararları bakımından teoride ve pratikte etkili bir yol olup olmadığı incelendikten sonra özellikle Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararlarından yararlanılmıştır.

I. “Olağanüstü”nün Anlamı

A. Olağanüstü Hukuki Rejim ve Anayasa

Bugünkü anlamıyla olağanüstü hal, Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıkan modern ulus devletle birlikte gelişen bir kavramdır. Anayasacılık hareketleriyle üç erkin, özellikle yürütme erkinin sınırlarının çizilmesi çabası, –eleştiriye açık olsa da- insan hakları söylemi ve hukuk devleti açısından yaşanan gelişmeler karşısında yürütmenin yetkilerinin genişlemesini içeren bir istisna hali de anayasalarda öngörülmeye başladı. İlk olarak Fransa Kurucu meclisinde anayasanın askıya alınmasını içeren¹ olağanüstü rejimler, zaman içerisinde anayasada sınırları da belirlenen ve yasadışı hali olmasa da özel bir hukuki rejimi ifade eder hale geldi.

Olağanüstü rejimler dendiğinde tarihsel olarak ilk uygulama askeri hukuku içeren sıkıyönetim rejimleri iken, 19. yüzyılın ilk yarısında sömürgelerin idaresinde sıkıyönetim kanununun uygulanmasıyla birlikte kavram yeni bir anlam kazanmış ve askeri hukuktan farklı olarak, düzeni korumak üzere bazı temel özgürlüklerin askıya alınması fikriyle yaygınlaşmıştır.² Bu açıdan, sıkıyönetim kanunu artık olağanüstü hal krizini meydana getirdiği düşünülen durumlarla ilgili ayrıcalıklı güçlerin oluşturulmasını, yani yürütme gücünün yetkilerinin anayasal sınırlamalardan kurtularak temel özgürlükleri askıya alma araçlarını sağlayan politik ve hukuki bir kurum haline gelmiştir. Ancak demokratikleşme iddiasında olan bu sistemlerde, sömürgelerdeki sıkıyönetim uygulamalarının olumsuz sonuçlarının sömürgeci devletlere yansması, kullanılan yetkilerin hukuka aykırılığına ilişkin mahkeme kararları³, politik tepkiler gibi nedenlerle 19. yüzyılın ikinci yarısında artık barış zamanında

1 Georgio Agamben, *State of Exception*, The University of Chicago Press, 2005, s. 5 vd. (Türkçesi için: İstisna Hali, Ayrıntı Yayınları, çev. Kemal Atakay, 2020)

2 Mark Neocleous, *Critique of Security*, Edinburgh University Press, 2008, s. 42. (Türkçesi için: Güvenliğin Eleştirisi, çev. Tonguç Ok, Notabene Yayınları, 2014)

3 Bununla birlikte, mahkemelerin de bu konuda dönemden döneme farklı kararlar verebildiğini belirtmek gerekir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Jules Lobel, *Emergency Powers and the decline of liberalism*, *Yale Law Journal*, V. 98,, s. 1394 vd. ve Neocleous, *Critique of Security*, s. 45-50.

–yani mahkemelerin açık olduğu bir dönemde- sıkıyönetim uygulanmaması gerektiği fikri ortaya çıkmış ve bu doğrultuda olağanüstü hal daha dar bir uygulama alanı bulmuştur.⁴ Bununla birlikte, bir yandan da olağanüstü hal, barış zamanında da sivil yönetimlerce kullanılan yetkilerde bir artışa yol açtığı için iktidarlar açısından daha elverişli ve kolay başvurulabilir bir araç haline geldi. 20. yüzyılın başlarında çeşitli ülkelerde olağanüstü hale yönelik yasal düzenlemeler yapılmaya başlamıştır.⁵

1876 tarihli Kanun-i Esasi’de de Batı anayasaları izlenerek 113. maddede olağanüstü hale yer verilmiş⁶ ve 20 Eylül 1293 (2 Ekim 1877) tarihli İdare-i Örfiye Kararnamesi kabul edilmiştir. Bu kararnamede idare-i örfiye ilan edilmesi halinde Kanun-i Esasi ve tüm mevzuatın bu kararnameye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁷ Cumhuriyet tarihinde ise 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu’nda olağanüstü rejimlere ilişkin bir düzenleme yapılmamış; 1924 Anayasası’nın istimlak ve istimvalle ilgili 74. maddesinin son fıkrasında “fevkalâde” hallerde “kanunla para ve mal ve çalışmaya dair mükellefiyetler” getirilebileceği düzenlenmiş; 86. maddede ise savaş, isyan, vatan veya cumhuriyet aleyhine teşebbüsler gibi durumlarda icra vekilleri heyetince bir ay süreyle örfi idare⁸ ilanına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.⁹

4 Neocleous, *Critique of Security*, s. 43.

5 Britanya’da 1914 Devlet Güvenlik Yasası ile 1920’deki ilk Olağanüstü Güçler Yasası bunlara örnek gösterilebilir. O dönemki siyasi iklim içerisinde bu yasaların temel işlevi özellikle emek isyanlarıyla etkili biçimde mücadele edebilmektir. Britanya’da 1920’lerden 1980’lere kadarki bütün önemli grevlerde uzun süreli olağanüstü hal uygulamaları bulunması bunun bir göstergesidir. Benzer şekilde ABD’de de en uzun ve kapsamlı olağanüstü hal uygulamalarını yürüten Roosevelt’in dönemi yaklaşık 1.5 milyon işçinin çalıştığı 2000 işyerinin durdurulması dönemini ifade eder. Ayrıntı bilgi için bkz. Neocleous, *Critique of Security*, s. 53-56.

6 “Mülkün bir cihetinde ihtilâl zuhur edeceğini müeyyid asar ve emarat görüldüğü halde hükümeti seniyenin o mahalle mahsus olmak üzere muvakkaten (idarei örfiye) ilânına hakkı vardır. (İdarei örfiye) kavanin ve nizamâtı mülkiyenin muvakkaten tailinden ibaret olup (idarei örfiye) tahtında bulunan mahallin sureti idaresi nizamı mahsus ile tâyin olunacaktır. Hükümetin emniyetini ihlâl ettikleri idarei zabitanın tahkikatı mevsukası üzerine sabit olanların memâlikî mahrusai şaheneden ihraç ve teb’id etmek münhasran zatı hazireti padişahinin yedi iktidarındadır”.

7 Bu döneme ilişkin tarihsel bilgi için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, “Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler”, Dicle Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, 1992, Cilt 5, Sayı 5, s. 180 vd.

8 “Örfi” kelimesi Osmanlı hukukunda şeri hukukta yeri olmadığı halde idarenin benimsediği pratik usuller anlamına gelir ve bu açıdan hukukta öngörülmemiş yetkilere atıf yapar.

9 Madde 86.- Harb halinde veya harbi icabettirecek bir vaziyet hudusunda veya isyan zuhurunda veya hut Vatan ve Cumhuriyet aleyhinde kuvvetli ve fiilî teşebbüsât vukuunu müeyyit katî emarat görüldükte İcra Vekilleri Heyeti müddeti bir ayı tecavüz etmemek üzere umumi veya mevzii idarei örfiye ilân edebilir ve keyfiyet hemen Meclisin tasdikına arz olunur. Meclis idarei örfiye müddetini indelicap tezyid veya tenkis edebilir. Meclis müçtemi değilse derhal içtimaa davet olunur.(2) İdarei örfiyenin fazla temadisi Meclisin kararına mütevakkıftır. (3) İdarei örfiye, şahsi ve ikametgâh masuniyetlerinin, matbuat, mürselât, cemiyet, şirket hürriyetlerinin muvakkaten takyit veya taliki demektir.(4) İdarei örfiye mintakasiyle bu mintaka dâhilinde tatbik olunacak ahkâm ve muamelâtın sureti icrası ve harb

Maddede örfi idare “şahsi ve ikametgâh masuniyetlerinin, matbuat, müra-selât, cemiyet, şirket hürriyetlerinin muvakkaten takyit veya talıkı” şeklinde tanımlanmış, bu yetkilerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu yetkiler, Anayasanın yürürlükte olduğu ve İkinci Dünya Savaşı’nın sürdüğü 1940 yılına gelindiğinde 74. madde kapsamında ekonomik müdahalelerle ilgili önce 1939’da Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu, 1940 yılında ise –hala yürürlükte olan- Milli Korunma Kanunu¹⁰ ve 86. maddede bahsedilen yetkilerle ilgili Örfi İdare Kanunu’nda¹¹ düzenlenmiştir. İki babdan oluşan Örfi İdare Kanunu, birincisinde askeri makamlara yetki geçen olağanüstü hal, ikincisinde de örfi idare ilan edilmese dahi savaş zamanında hareket mıntıklarındaki sınırlamaları içerir. Kanunun ilk kısımlarında bugünkü olağanüstü hale benzer şekilde idareye özel bazı sınırlandırıcı yetkiler tanımlanmış, bugünkünden farklı olarak örfi idare mahkemelerinin kurulması da öngörülmüştür.

1961 Anayasasında ise dönemin anayasacılık anlayışını yansıtan bir biçimde olağanüstü hal ile sıkıyönetim iki ayrı maddede düzenlenmiştir. 123. maddeye göre, “Olağanüstü hallerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri ile bu hallerin ilânı, yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usûller kanunla düzenlenir”. Daha detaylı düzenleme içeren sıkıyönetim rejimi ise savaş ve önemli güvenlik sorunları nedeniyle ve meclisin onayının alınması koşuluyla bakanlar kurulu tarafından ilan edilen askeri bir rejime karşılık gelir. Bu açıdan, 1961 Anayasasında olağanüstü hal sadece ekonomik tedbirleri içeren bir rejim türüdür. 1961 Anayasası döneminde bahsedilen kanuni düzenleme yapılmamış, sadece 1971’de 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu kabul edilmiş ve Örfi İdare Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır.

Bir darbe anayasası olan ve askeri yönetimin izlerini taşıyan 1982 Anayasası’nda olağanüstü rejimlerle ilgili çok ayrıntılı düzenleme olması dışında üç önemli farklılık vardır. Bunlardan birincisi, 1961 Anayasası’ndan¹² farklı

halinde dahi masuniyet ve hürriyetlerin tarzı takyit ve talıkı kanunla tesbit olunur.

10 3780 sayılı ve 18.1.1940 tarihli Milli Korunma Kanunu devletin ekonomiye önemli müdahalelerine olanak tanıyan bir kanundur. İkinci Dünya Savaşında yoğun biçimde uygulanan kanun, önce Menderes hükümeti tarafından yürürlükten kaldırılmış, sonra 1956 yılında yeniden yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunu 1942 yılında Varlık Vergisi Kanunu izlemiştir. 10.9.1960 tarih ve 79 sayılı kanunla Milli Korunma Kanunu’nun etkilerinin ortadan kaldırılmasına yönelik af çıkarılmış ve Milli Korunma Dairesi’nin tasfiyenin nasıl yapılacağı düzenlenmiş (RG: 16.9.1960); *bu kanunun yayımlandığı gün kabul edilen 5/322 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla da kanun “tatbikten” kaldırılmıştır*. Bu kanun ve Bakanlar Kurulu kararı kanunun yürürlükten kaldırılmasını içermemekte, kanunun uygulanmasını sona erdirmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin de içtihadı bu yöndedir. E. 1963/136, K. 1963/285, 2.12.1963, RG: 4.2.1964/11624.

11 Kanun no: 3832, RG: 25.5.1940.

12 1961 Anayasa’daki sınırlama hükmünün ilk hali ve 1971 sonrasındaki hali şu şekildedir:

olarak, Fazıl Sağlam'ın "iki anayasa" olarak belirttiği şekilde temel hak ve özgürlükler açısından (ve bununla bağlantılı olarak idarenin yetkilerinde) 13. ve 15. madde yoluyla iki ayrı hukuki rejim oluşması¹³ ve temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde de olağanüstü rejimlerle ilgili özel sınırlama/istisna durumlarının öngörülmüş olmasıdır. İkinci özellik ise, olağanüstü halin sebep unsuru bakımından daha fazla durumda ilan edilebilecek olması (Tabii afet ve ağır ekonomik bunalım, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması) ve bununla bağlantılı olarak olağanüstü halde alınabilecek tedbirlerin sadece ekonomik nitelikte olmamasıdır. Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ise 122. maddede düzenlenmiş olup daha önceki anayasalarda belirtildiği şekilde askeri bir rejimi ifade eder. 1982 Anayasasının üçüncü ve daha sonraları en önemli niteliği haline gelecek özelliği ise olağanüstü hal kanunu dışında bir de olağanüstü kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisinin tanınmış olmasıdır.¹⁴ Tüm bu düzenlemelerle birlikte, olağanüstü rejimler artık sadece idarenin yetkilerinin genişlemesi değil, yürütmenin yasama alanında da yetkilere sahip olması anlamına geliyordu.

Türkiye tarihinde olağanüstü rejimlerin süreci bir arada değerlendirildiğinde, Avrupa'daki düzenlemelerle¹⁵ önemli benzerlikler içerir. Başta anayasanın da uygulanmaması anlamına gelecek ve esas olarak askeri rejimi içeren düzenlemeler zaman içerisinde olağanüstü rejimin belli bir kanunla önceden düzenlenen ve iki ayrı yönetim biçimini içeren (sıkıyönetim-askeri ve olağanüstü hal-sivil) bir hukuki rejim olması anlamına gelmiş; 1982 Ana-

II. Temel hakların özü.

MADDE 11.- (Özgün hali) (1) Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. (2) Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.

II. Temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması.

MADDE 11.- (Değişik : 20/9/1971 - 1488 S. Kanun/md. 1) (1) Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. (2) Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.(3) Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. (4) Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.

- 13 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, 1982, s. 183; Fazıl Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, 1984, s. 262.
- 14 Olağanüstü hal KHK çıkarma yetkisi 1971 Anayasa değişiklikleri ile 1961 Anayasası'na eklenmişse de bu dönemde fazla kullanılan bir yetki olmadığından daha çok 1982 Anayasası'nın karakteristik özelliği olduğu söylenebilir.
- 15 Ulusal hukukların bu etkisini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma" başlıklı 15. maddesinde de görmek mümkündür.

yasası ise yine bir hukuki rejim olmakla birlikte olağanüstü rejimin kapsamını ve yetkilerini genişletmiştir.

Bunlar dışında, adı olağanüstü hal rejimi olmamakla birlikte pek çok ülkede anti-terör yasaları aracılığıyla belli durumlarda yetkilerde yoğunlaşma ve hak ve özgürlüklerde daralma eğilimi olağan/olağanüstü ayırımında dönüşüme yol açmıştır. Anti-terör yasaları genel anlamda güvenlikçi politikaların daha da güçlenmesini beraberinde getirmiş, hatta terör tehdit ve söyleminin güçlenmesi idarenin yetki kullanımı anlamında uygulamayı etkilemiş ve sadece Terörle Mücadele Kanunu¹⁶ uygulaması açısından değil, tüm ilgili uyuşmazlıklarda güvenlikçi anlayış yargı kararlarını da önemli ölçüde etkilemiştir.

Türkiye’de 12 Eylül darbesi sonrası Sıkıyönetim Kanunu uygulamaları kısa sürede çok ağır sonuçlara yol açmıştır. Bu dönemde olağanüstü hal, Temmuz 1987’den itibaren 46 kez uzatılmış ve belli illerde 2002’ye kadar neredeyse aralıksız devam etmiştir.¹⁷ 2002-2016 arasında Türkiye’de olağanüstü hal ilan edilmemiş; 2016 yılında ilan edilen ve 2018’e kadar süren olağanüstü hal dönemindeki uygulamalar olağanüstü rejimin anlamını değiştirecek nitelikte olmuştur.

Bu çalışmanın sınırlarını aşan bir kapsama sahip olsa da Türkiye’de olağanüstü rejimlerdeki dönüşümü, David Dyzenhaus’dan¹⁸ ödünç alabileceğimiz “karadelik” benzetmesi üzerinden tartışmak mümkündür. Karadelik benzetmesi, olağanüstü rejimlerin hukuk sisteminin karadeliliği olduğu ve bu açıdan bir hukuksuzluk yarattığına atıf yapar. Buna karşı görüş ise, olağanüstü rejimlerin bir istisna/olağanüstü olma haline tekabül etmediğini, kuralın bir parçası haline geldiğini, hatta tam da kuralı ifade eder bir anlama sahip olduğunu, bu nedenle de bu rejimin –iddia edildiği gibi- bir karadelik olarak nitelenmemesi gerektiğini savunur.¹⁹ Bunu ispatlamak için olağanüstü halin

16 Kanun No: 3713, Kabul Tarihi: 12.4.1991, RG: 12.4.1991-20843.

17 19 Temmuz 1987’de ilan edilen ilk olağanüstü hal önemli bir milat olsa da Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da olağanüstü hal uygulamalarının geçmişi Maraş katliamının ardından 1979 Nisan ayına kadar uzanmaktadır.

18 David Dyzenhaus, “Schmitt V. Dicey: Are States of Emergency Inside Or Outside The Legal Order?”, *Cardozo Law Review*, Vol.27:5, 2005-2040.

19 Bu benzetmeyi Eylül 2011’de “Olağanüstü Hal: Hukuk Sisteminin Karadeliliği mi?” başlıklı bir bildiriye kullanmış ve olağanüstü rejimlerin aslında hakları içine çeken bir karadelik olmadığını, aksine olağanüstü rejimlerin modern anayasacılık hareketleri ve liberal hukuk düzenlerinin temel yapıtaşlarından biri olduğunu, yani olağanüstü rejimlerin bizzat hukuk tarafından biçimlendirildiğini, bu bakımdan olağanüstü rejimlerin bir hukuksuzluk durumu değil, bizzat hukukun kendisi olduğunu ileri sürmüştüm. D. Çiğdem Sever, “Olağanüstü Hal: Hukuk Sisteminin Karadeliliği mi?”, *Çağımızda Toplum ve Hukuk*, Bahar 2012(29/8).

iddia edildiği gibi bir “istisna” olmadığını gösteren rakamlar kullanılabilir: Bir çalışmaya göre 1978’de 150 ülkenin 30’u hukuken ilan edilmiş olağanüstü hal içinde yaşıyordu.²⁰ 1997’de Birleşmiş Milletler Özel Raportörü tarafından yayımlanan rapor²¹, birçok devletin kendi olağanüstü hallerini *-hukuken* ya da *fiilen-* kalıcı olarak ilan ettiğini çarpıcı biçimde ortaya koymuştu. Yani, bir anlamda olağanüstü hal yaygın ve “olağan”dı; bu nedenle de liberal demokrasilerin vadettiği demokrasi ve özgürlük anlayışı son derece sınırlıydı, hatta bu ayrımın kendisi bu gerçeği görünmez kılan bir araca dönüşebiliyordu.

Bu açıdan bakıldığında, 1876 Kanun-i Esasi dönemi bir tarafa bırakılırsa, Türkiye’de uzun yıllar boyunca olağanüstü hal bir özel hukuki rejimi ifade eden yaygın uygulama alanına sahip bir kavramdı. Buna karşılık, 2016 sonrası düzenlemeler ve yargı kararları ile sonrasında pandemi dönemini dikkate alarak, acaba durum hala böyle mi sorusunu sormak gerekiyor. Bugün gelinen noktada, Türkiye’de olağanüstü halin en azından belli alanlarda ve özellikle olağanüstü hal süresini aşan olağanüstü KHK uygulamalarıyla birlikte bir karadelik haline gelmediğini söylemek güç. Diğer yandan, bu konuda başka bir soruna da işaret etmek gerekir: Son yıllarda belli özgürlük alanları bakımından olağan/olağanüstü ayrımı silikleşmiş ya da anlamını yitirmeye başlamıştır. Bu değerlendirmenin olağan dönemde hakkın sınırlarının olağanüstü dönemlerle aynı hale gelmeye başladığı veya aynı olup olmadığı belirsiz hale gelen uygulamaları kastettiğini belirtmek gerekir. Bu haklar açısından yaşanan bu durum, hem yasallık ilkesinde bir aşınmayı da ifade eden “genel/ucu açık yetki normu” olarak isimlendirdiğim normlarla, hem de -özellikle idari yargının- yargısal pasifizm eğilimiyle ilişkilidir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı örneğine geçmeden önce bu değerlendirmeyi şu tespitlerle desteklemek mümkün: Türkiye’de olağanüstü halin resmi olarak bitmesiyle birlikte belli alanlarda uygulanan sınırlandırmalar olağanüstü hal rejimiyle hala ciddi benzerlikler içeriyor. Pandemi sürecinde de çok sayıda ülke olağanüstü hal koşullarında yaşarken Türkiye’de olağanüstü hal ilan edilmeksizin temel hak ve özgürlüklerde yoğun sınırlamalar –anayasallık ve kanuni dayanakların son derece tartışmalı olmasına rağmen- uygulandı. Üstelik tüm bu tespitleri içeren uygulamalar yeterince etkili yargısal denetimin yapılmamasıyla birlikte son derece ağır sonuçlar doğurdular.

20 Aktaran: Nectaeus, *Critique of Security*, s. 58.

21 Report by the UN Special Rapporteur, Mr. Leandro Despouy, on the question of Human Rights and States of Emergency, United Nations, 1997, <http://www.derechos.org/nizkor/excep/despouy97en.html> (Zambiya 1964’den 1991’e kadar; Zimbabwe 1965’den 1990’a kadar; Peru 1981’den bu yana; Pakistan 1977’den 1985’e kadar; Malezya 1969’dan bu yana; İrlanda 1976’dan 1995’e kadar; Brunei 1962’den bu yana)

Tüm bu niteleme aslında Türkiye’de 2016 sonrasındaki süreçte hukuk devletinin bazı temel ilkeleri ve olağanüstü rejimler açısından yaşanan değişimle de bağlantılıdır ve bu değişimi olağanüstü halde yetkiler ve hakların sınırı açısından -en azından kısaca- ele almak gerekli görünüyor.

B. Olağanüstü Rejimin Belirleyeni Olarak Olağanüstü Normlar

Bu başlıkla ilgili tüm tartışmaları kapsamak mümkün olmamakla birlikte, 2016 darbe girişimi sonrasında hem önceki olağanüstü rejimlere göre uygulamada bazı farklılıklar, hem de Anayasa Mahkemesi’nin olağanüstü hal KHK’ları ile ilgili içtihadındaki dönüşümün etkisi çalışmanın konusu bakımından önemlidir.

Anayasa’nın 2017 değişikliğinden önceki halinde olağanüstü hale²² ilişkin 121. maddenin 2. fıkrasında “Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkelere doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir” hükmüne yer verilmişti. 1983 yılında da bu hüküm doğrultusunda 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu kabul edilmiştir. Olağanüstü Hal Kanunu’nda hangi sebebe dayalı olarak olağanüstü hal ilan edildiğine bağlı olarak ne gibi önlemler alınabileceği, yani hak ve özgürlüklerin sınırı ile kolluk yetkilerinin sınırları düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında, bu Kanun ile birlikte olağanüstü hal rejimi öngörülebilir bir hukuki rejim gibi görünse de olağanüstü hal KHK’larının düzenlendiği üçüncü fıkrada “Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararname, Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir” hükmüne yer verilmiş ve meclis onayına tabi olsa da yürütme organına kanun hükmünde olan bir norm çıkarma yetkisi verilmişti. Anayasa’nın 148. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararlara karşı yargısal denetim yolunun kapatılmasına karşılık Anayasa Mahkemesi, olağanüstü KHK’ları olağanüstü halle ilişkili konuları aşması halinde kararlara ilgili maddi nitelemeyi kendisi yaparak dayanak olacak bir yetki kanunu bulunmaması nedeniyle iptal etmiş ve bu

22 2017 Anayasa değişiklikleriyle kaldırılan sıkıyönetim rejimi öncesinde de uygulama alanı bulmaması nedeniyle çalışma sınırları dışında tutulmuştur.

yolla kısmen de olsa yargısal denetim yolunu açmıştı.²³ Doktrinde bu içtihadı eleştirenler²⁴ olsa da, destekleyenler daha fazla olmuştur.²⁵

Mahkeme, son olarak 2003 yılında başvurduğu bu içtihadını daha sonra sürdürmemiştir. 21 Temmuz 2016'da ilan edilip 17 Temmuz 2018 tarihinde sona eren olağanüstü hal süresince 32 tane olağanüstü KHK çıkarılmıştır. Bu KHK'ları önceki dönemlere göre ayıran en önemli özellik, Olağanüstü Hal Kanunu'nun işlevsiz hale gelmesi ve yeni olağanüstü rejimin kurallarının, hatta olağan dönemin kurallarının ve bireysel idari işlemlerin bile doğrudan bu KHK'larla belirlenmesiydi.

Bu KHK'ların olağan döneme ilişkin konularda ve olağanüstü dönemi aşacak süreyle hukuki sonuç doğurması nedeniyle anayasaya aykırılığı konusunda yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesi, henüz bu kararnamele kanunlaşmadığından yetkisizlik nedeniyle esasa girmemiş, ancak kanunlaştıktan sonra kanunlar üzerinde denetim yapabileceğine karar vermiştir. Mahkeme ilk olarak E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında bu KHK'ların denetlenebilmesi için açık bir anayasal yetkinin tanınması gerektiğini ifade etmiş ve olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.

İlgili KHK'ların kanunlaşmasından sonra yaptığı incelemede de bu KHK'ların uygulanmaya başladığı zamanı dikkate almayarak konu ve zaman bakımından olağanüstü döneme özgü konular ile bunları aşanları kendisi niteleyerek bir ayırım yapmıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, norm olağanüstü rejime özgüye 15. madde üzerinden inceleme yürütmüş, olağan döneme özgü düzenleme içermesi veya olağanüstü dönemi aşacak sonuçlar öngörmesi halinde ise²⁶ 13. maddedeki koşullar doğrultusunda inceleme yapmıştır.²⁷ Bu şekilde, olağanüs-

23 Bu yönde ilk karar E.1990/25, K.1991/1; sonraki üç karar E. 1991/6, K. 1991/20; E. 1992/30, K. 1992/36; E. 2003/28, K.2003/42. Kararın gerekçesinde Mahkeme, şu ifadelerle yer vermiştir: "Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hal KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur".

24 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, Ekin yayınları, 2019, s. 1374-1379.

25 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yayınları, 2018, s. 265 vd.; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 2008, s. 43 vd.; Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yayınları, 1996, s. 200; Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, 2008, s. 278 vd.

26 AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 50; AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/07/2019, § 42.

27 Mahkeme bunu şu şekilde ifade etmiştir: "Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın Anayasa'ya

tü kanun hükmünde kararnamelerle olağan döneme ilişkin düzenleme yapılabileceği kabul edilmiştir. Diğer yandan bu kararnamelerin yıllar sonra meclisin önüne getirilmesi ihtimali ve anayasal denetimin de belli bir süre alması bir arada düşünüldüğünde, bütün bu süre içerisinde yürütme organına kanun gücünde normları kabul etme ve yürütme yetkisi tanınmış ve iptal kararı verilse bile Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümediği için belli bir tarih aralığında uygulanması mümkün hale gelmiştir.

2017 Anayasa değişiklikleriyle Bakanlar Kurulu'nun ortadan kalkmasıyla birlikte belli farklar içerse de olağanüstü cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın 119. maddesine göre;

“(6) Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. (7) Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; 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.”

Cumhurbaşkanının olağan dönemdeki düzenleme yetkisinin yasama işlevini etkisizleştirebilecek düzeyde genişlediği bir sistem içinde cumhurbaşkanı olağanüstü hali de kendisi ilan edecek ve meclis onayından geçtiği için yarısal denetimi yapılamayan bu kararın sonucunda düzenleme yetkisi yasama işlevini de içerecek şekilde genişleyecektir. Eski düzenlemeden farklı olarak bu kararnamelerin üç ay içinde mecliste görüşülmezse kendiliğinden yürürlükten kalkması kuralı denetim açısından önemli olmasına karşılık 148. maddede hala denetimi yapılamayan bir norm türü olarak varlığını sürdürmektedir.

Olağanüstü rejime ilişkin olarak bir yandan Olağanüstü Hal Kanunu hangi hakların sınırlanabileceğini düzenlemişken, bir yandan da olağanüstü hal kararnameleriyle olağanüstü döneme özgü düzenlemeler veya olağan dönemde uygulanan kanunlarda değişiklik yapılabilmektedir. Bu kararnameler kanunlaşmasa, değiştirilerek kabul edilse veya Anayasa Mahkemesi ta-

uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlanmasını ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi esas alınabilir.” Esas Sayısı : 2017/21, Karar Sayısı : 2020/77, 24/12/2020, R.G.: 8/4/2021-31448, par. 11.

rafından iptal edilse dahi o süreç içerisinde kanun gücünde bir norm olarak yürürlüktedir ve hukuki sonuç doğurmaktadır. “Olağan”ın olağanüstü normla bu düzeyde düzenlenebiliyor olması da bu ayrımı silikleştiren unsurlardan biridir. Bu açıdan, var olan olağanüstü hukuki rejim önceden öngörülmesi mümkün olma(bile)n bir rejim olarak nitelenebilir.

II. “Olağan”ın Kısıyında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı

Türkiye’de hak ve özgürlük rejimi açısından olağanüstü ile olağan rejim arasındaki ayrımın silikleşmesi olgusu günümüzde bariz bir örnek olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından yaşanmaktadır.

1982 Anayasası’nın 2001 yılında değişikliğe uğrayan 34. maddesine göre, “(1) Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. (2) Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. (3) Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.” Bu maddeden anlaşıldığı üzere, Türkiye’de toplantı ve gösteri yürüyüşleri açısından izin sistemi kabul edilmemiş, bu hakkın kullanımına ilişkin dayanak niteliğinde olacak özel bir kanun çıkarılması öngörülmüş ve 6.10.1983 tarihli 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kabul edilmiştir.

Kanunda 1983 yılından bu yana onbir defa değişiklik yapılmışsa da en köklü değişiklik, AB reformları yapılması öngörülen dönemde Mart 2003 tarihinde 4748 sayılı Kanunla yapılan olmuştur. Bu açıdan, Kanunun 12 Eylül döneminin güvenlikçi anlayışını yansıtan bir kanun olduğunu söylemek mümkündür.²⁸ Kanunun özgürlüğü düzenlemekten çok cezalandırma aracı/özel ceza kanunu olduğunu gösteren bir rakam ise Türkiye’de çok sayıda yasaklama kararının olduğu 2021 yılında bu Kanuna göre 7704 ceza mahkemesi kararı alınmış olmasıdır. Bunların 3214’ünde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmişken, 3575’nde kamu davası açılmıştır. Yine 2021 yılında bu Kanuna muhalefet nedeniyle sanık olarak yargılanan kişi sayısı 5155 olup bu sayı tüm sanıkların %1’ini oluşturmaktadır. Dikkat çekici bir rakam ise Türki-

28 Bu açıdan kanunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumu hakkında bir değerlendirme için bkz. Tolga Şirin, “Türkiye’de Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Sorunlar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2 / Sayı:4 / 2013, s. 289-316.

ye’de bu suçtan yargılanan 12-15 yaş arasında 225 sanık, 15-18 yaş arasında 298 sanık bulunmasıdır. 2021 yılında bu Kanuna muhalefetten 1674 kişi hakkında mahkûmiyet kararı, 829 kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 3838 kişi hakkında da beraat kararı verilmiştir.²⁹

A. Erteleme ve Yasaklama Kararları ile Olağanüstü Halde İzne Bağlama

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine getirilebilecek sınırlandırmalar bakımından olağan dönemler ile olağanüstü dönemlerde alınabilecek tedbirler ayrı kanunlarda düzenlenmiştir. Olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda Olağanüstü Hal Kanunu’nda da “Şiddet Hareketlerinde Alınacak Tedbirler” başlıklı 11. maddenin (m) bendinde tedbirler arasında “Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak” sayılmıştır. Aynı maddenin (f) ve (h) bentlerinde yer alan sesle yapılan her türlü yayımı yasaklamak ve sahne oyunlarını ve gösterilen filmleri yasaklamaya ilişkin hükümler de olağanüstü hal ilan edildiği durumlarda çeşitli etkinliklerin yasaklanmasında kullanılabilir niteliktedir. Olağan dönemlerden farklı olarak; herhangi bir koşul aranmaksızın sadece olağanüstü hal ilanı bu yetkilerin kullanılması bakımından yeterli görülmüş ve sadece erteleme ya da yasaklama değil, izne bağlama yetkisi de getirilmiş; film, sahne oyunları gibi etkinliklerin yasaklanması da düzenlenmiştir.

2911 sayılı Kanun’da toplantı ve gösteri tanımlanmıştır. Buna göre, toplantı; belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantılarını, gösteri yürüyüşü; belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşleri ifade eder. Bu açıdan, sanatsal ifadeleri içeren gösteriler (oyun, konser vb) bu Kanun kapsamı dışındadır. Yine kanunun istisna hükmüne göre, siyasi parti, sendika vb. tüzel kişilerin mevzuata göre yapacakları toplantılar, kanunlara göre veya geleneklere göre yapılan toplantılar (düğün vb), devlet işleri hakkında yapılacak toplantılar kanun kapsamında olmayıp seçim dönemlerinde de 298 sayılı Kanun uygulanacaktır.

²⁹ Rakamlar Adalet Bakanlığı 2021 Adli İstatistiklerinden alınmıştır.

Kanun Anayasa'ya uygun olacak şekilde bildirim sistemini takip ederek izin almaksızın toplantı ve gösteri yapılabileceğini belirtmişse de idarenin yer ve güzergah belirleme yetkisi³⁰, yürüyüş zamanına ilişkin sınırlamalar dışında Kanunun dördüncü bölümü toplantıların ertelenmesi ve yasaklanmasını düzenlemiştir.

2911 sayılı Kanun'un 15. maddesine göre, bir il sınırı içinde aynı günde birden çok toplantı yapılmak istenmesi halinde vali, emrindeki güvenlik kuvvetlerinin ve gerektiğinde yararlanabileceği diğer güçlerin bu toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamaya yeterli olmadığı kanısına varırsa, toplantılardan bir kısmını on günü aşmamak üzere bir kez erteleyebilir. 16. maddeye göre ise, bölge valiliğine bağlı illerden birden çok ilde aynı günde toplantı yapmak için bildirim verilmesi halinde de toplantının bölge valiliği ve İçişleri Bakanlığınca ertelenmesi mümkündür. Daha yaygın kullanılan 17. madde de erteleme veya yasaklamayı mümkün kılmaktadır. Buna göre, "Bölge valisi, vali veya kaymakam, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla *belirli bir toplantıyı* bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair *açık ve yakın tehlike* mevcut olması hâlinde yasaklayabilir". Belli bir toplantıya ilişkin gerekçeli erteleme veya yasaklama kararı toplantının başlama saatinden en az yirmi dört saat önce bir yazı ile düzenleme kurulu başkanına veya bulunamadığı takdirde kurul üyelerinden birine tebliğ edilecektir. 19. maddede de aynı gerekçelerle bu defa tüm toplantıların bir ayı aşmamak üzere ertelenebileceği, valilerin de aynı sebeplere dayalı olarak ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde; ile bağlı ilçelerin birinde veya birkaçında bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere yasaklayabileceği düzenlenmiştir.

Öncelikle, genellikle kararlarda dayanak olarak gösterilen 17. madde tüm toplantıların değil, "belirli bir toplantının" ertelenmesi veya yasaklanmasına ilişkindir. Erteleme için "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" amacı yeterli olmakla birlikte, yine belli bir toplantının yasaklanması için "suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike" bulunması gerekir.³¹ Bütün toplantıların ertelenmesi veya yasaklanması ise 19.

30 Bu konuda ayrıntı için bkz. Berke Özenç, "Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Ve Mekân Yasakları", İÜHFD, Yıl 2015, Cilt 73, Sayı 2, 87 – 133.

31 Maddenin ilk halinde "belirli bir toplantıyı yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir" hükmüne yer verilmişken 2003 yılında yapılan değişiklikte hükümdeki yetki sınırlandırılmıştır: "belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir".

maddede düzenlenmiş olup, hükmün 2003 değişikliklerinden sonraki haline göre, valiliklerin yasaklama kararı alabilmesi için genel amaçların yanı sıra “suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması” koşulu eklenmiştir.³² Bu açıdan, bir toplantının yasaklanması ile genel olarak tüm toplantıların yasaklanmasına ilişkin koşullar aynı olsa da 19. maddeye göre verilen yasaklama kararının gerekçeli olarak verilmesi gereklidir. Ayrıca, 17. madde-deki yasaklama kararı belirli bir toplantıya ilişkin olduğundan 24 saat önce kararın bildirilmesi gerekirken 19. madde açısından böyle bir koşul yoktur.

17. ve 19. maddelerde düzenlenen yetki hem erteleme, hem yasaklama kararını içerir ve yasaklama kararı daha yoğun bir sınırlama kabul edilerek yapılan değişikliklerle ek koşul getirilmiştir. Bu açıdan, Kanunda tanımları olmayan erteleme ile yasaklama işlemleri arasındaki farkın ne olduğuna değinmek gerekir. Öncelikle 17. maddenin lafzında “*bir ayı aşmamak üzere* erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir” ifadesine yer verilmişken, 19. maddede erteleme ve yasaklama farklı cümlelerde düzenlenmiş, bölge valisine bir ayı geçmemek üzere erteleme, valiye bir ayı geçmemek üzere yasaklama kararı verme yetkisi tanınmıştır. 17. maddede yer alan bir aylık süre koşulunun sadece erteleme için mi geçerli olduğu konusuna verilecek yanıtta 19. madde hükmü ve hükmün ek koşul olmadan önceki ilk hali gözetilerek özgürlük lehine bir yorum da yapılarak bir aylık süre koşulunun her tür yasaklama kararı bakımından geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Bu açıdan bakıldığında, erteleme ve yasaklama kararları arasında sonuç bakımından anlamlı bir fark bulunmamaktadır ve uygulamada da ertelemeden çok yasaklama kararları alınmaktadır.

Diğer yandan, 1983 yılında kabul edilen Kanun’da bölge valisine özgü yetkiler ile valiye özgü yetkiler ayrı ayrı tanımlanmış olup tüm ilde yasaklama kararı alma yetkisi bölge valisine, ilçelerinden bir veya birkaçında karar alma yetkisi valiye tanınmış; kaymakamlara ise genel yasaklama yetkisi tanınmamıştır. Olağan dönemlerde uygulanan bölge valiliği kurumu Türkiye’de 1984 yılından itibaren mevzuattan kaldırılmıştır.³³ 19. maddede 2002

32 Maddenin ilk halinde bölge valisinin “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bölgeye dahil illerin birinde veya birkaçında ya da bir ilin bir veya birkaç ilçesinde bütün toplantıları üç ayı geçmemek üzere” erteleyebileceği belirtildikten sonra ikinci cümlede “Valiler de aynı sebeplere dayalı olarak ile bağlı ilçelerin birinde veya bir kaçında bütün toplantıları üç ayı geçmemek üzere yasaklayabilir” hükmüne yer verilmişken yine 2003 değişikliklerinden sonra üç ay bir aya indirilmiş ve valilerin yetkisini kullanması “aynı sebeplere dayalı olarak ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması” koşuluna bağlanmıştır.

33 Bölge valiliği, 4.10.1983 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 71 sayılı Bölge Valilikleri Hakkında Kanun

ve 2003 yıllarında değişiklik yapılmasına rağmen bölge valisinin yetkileri ile bu yetki paylaşımı aynen korunmuş ve tüm ile ilişkin yetkinin valilere tanındığına ilişkin bir hüküm eklenmemiştir. Bu açıdan, valilik kararlarında kanuni dayanak olarak gösterilen 17. madde genel bir yasaklama kararına dayanak olamayacağı gibi, 19. maddedeki ilçelere özgü olarak tüm toplantıların yasaklanmasına ilişkin yetkinin valilerce kullanılabilmesi için suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikenin somut olarak ortaya koyulabilmesi gereklidir. Olağan dönemlerde toplantıların izne bağlanmasına ilişkin herhangi bir idari yetki bulunmayıp bu tür kararlar açıkça Anayasaya aykırıdır.³⁴

Kanun'un 66. maddesi, bu kanuna göre alınan kararlara uymayan veya kararın uygulanmasını zorlaştıranların Kabahatler Kanunu 32. madde (emre aykırı davranış) uyarınca cezalandırılacağını belirtmektedir. Maddeye 2015 yılında ek cümle ile özel ceza normu da eklenmiştir: "kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır".

Bu hükümler dışında, Kanun'un uygulama alanının kapsamının dışında kalan oyun ve temsillere ilişkin sınırlamalar Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek Madde 1'de düzenlenmiştir:

"Umumî veya umuma açık yerler ile umuma açık yer niteliğindeki ulaşım araçlarında, gerçek kişi veya topluluklar, mahallin en büyük mülkî amirine, en az kırk sekiz saat önceden yazılı bildirimde bulunmak suretiyle, oyun ve temsil verebilir veya çeşitli şekillerde gösteri düzenleyebilir. Bunlardan, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzene veya genel ahlâka aykırı olduğu tespit edilenler hakkında mahallin en büyük mülkî amiri tarafından derhal Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Birinci fıkra uyarınca yapılacak bildirimde oyun veya temsile

Hükümünde Kararname kabul edilmiş; 28.07.1984 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 3036 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2911 sayılı Kanun 71 sayılı KHK'dan hemen sonra çıkarıldığından bu KHK'da yer alan bölge valisi ifadesine kanunda da yer verilmiştir. 1987 yılından itibaren olağanüstü hal bölge valilikleri kurulmuşsa da Kanun olağan dönemlere ilişkin olduğundan bölge valisi ifadeleri buna karşılık gelmemektedir. Zaten olağanüstü hal bölge valilikleri önce 14.7.1987 tarihli 285 sayılı KHK ile Bingöl, Diyarbakır, Elazığ, Hakkari, Mardin, Siirt, Tunceli, Van ve 426 sayılı KHK ile dahil edilen Batman ve Şırnak illerini kapsayan bölgede kurulmuş; 1990 yılından itibaren 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükümünde Kararname ile uygulanmıştır.

34 Buna rağmen Anayasa Mahkemesi'nin kendisi bile olağan dönemlere ilişkin olarak "izinsiz basın açıklaması" ifadesini kullanmaktadır. Örnek olarak bkz. Canan Yüce vd. ve Cengiz Fırat vd. başvuruları.

katılan yönetici ve diğer kişilerin kimlik, ikametgâh ve tâbiyetleri belirtilir.”

Bu hükümlerin uygulanması açısından en önemli sorun, ucu açık kavramlarla belirlenen amaçların olayda var olup olmadığını saptamak ve yine “açık ve yakın tehlike” koşulu konusundaki değerlendirmedir. Maddelere sonradan eklenen açık ve yakın tehlike unsuru yasaklama kararlarının ağır bir müdahale niteliğinde olması nedeniyle güvence olarak 2003’te eklenmiştir ve somut verilerle ortaya koyulması gereken bir unsurdur. Bununla birlikte, ileride görüleceği üzere mahkemeler (hem Kabahatler Kanunu uygulamasında sulh ceza hakimlikleri, hem de iptal davalarında idare mahkemeleri) bu unsurlara ilişkin inceleme konusunda pasif bir tutum içinde olabilmektedir.

B. Olağanın “Ötesinde” Bir Yetkilendirme Halini Alan İl İdaresi Kanunu

Anayasa’nın merkezi idarenin örgütlenmesine ilişkin 126. maddesinde ülkenin “merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere” ayrıldığı belirtilmiş ve ikinci fıkrada illerin yönetiminde yetki genişliği esas kabul edilmiştir. Yetki genişliği, merkezi idare kapsamında alınacak tüm kararların merkezden alınması esas olsa da aşırı merkeziyetçiliğin önüne geçmek amacıyla illerde valilerin tek başına karar alma yetkisiyle donatılabilmesini ifade eder. Diğer yandan, valiler mahalli idareler bakımından da yetkilere sahip kılınmıştır. Valilerin il özel idarelerine ilişkin yetkileri İl Özel İdaresi Kanunu’nda, belediyeler üzerinde idari vesayet yetkileri ise belediye mevzuatında düzenlenmiştir. Genel anlamda valilerin merkezi idarenin bir parçası olarak yetkilerini düzenleyen kanun ise 1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’dur.

Valileri diğer idari makamlardan ayıran bir başka özellik de il idaresi Kanunu’nun 9. maddesinin ilk halinde yer alan “vali, ilde devletin ve hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtasıdır” hükmü gereğince temsil yetkisi anlamında diğer makamlardan farklılaşmasıdır. 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra 703 sayılı KHK ile maddede değişiklik yapılmış ve hüküm şu hali almıştır: “Vali, ilde Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır. Bu sıfatla: A) Valiler, ilin genel idaresinden Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevlerine ait işleri için valilere re’sen emir ve talimat verirler.” Maddede yapılan değişiklikte 2017 sonrası pek çok kanda yapılan değişikliklerde olduğu gibi sadece “hükümet” ifadesinin ye-

rine “cumhurbaşkanı” ifadesini getirmekle yetinilmemiştir. Valilerin Devleti temsil yetkisi ortadan kaldırılmış; kanunda yer alan “idari ve siyasi yürütme vasıtası” ifadesindeki “ve siyasi” ibaresi kaldırılarak “idari yürütme vasıtası” ifadesi kalmıştır. Bununla bağlantılı olarak da valiler cumhurbaşkanına karşı sorumlu tutulurken valilere emir verme yetkisi sadece cumhurbaşkanına değil, cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlara da tanınmıştır.

Son yıllarda uygulanan yasaklama kararlarında dayanak olarak gösterilen ikinci düzenleme ise İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin I. fıkrasının (A) ve (C) bentleridir. Bu hükümler 2015 yılında uygulanan sokağa çıkma yasağı kararlarına dayanak olarak kullanılmış³⁵, maddede sonraki tarihlerde yapılan eklemelerle valilerin yetkileri ayrıca düzenlenmiştir.

Buna göre, “Madde 11 –(1) A) Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür. (...)

C) İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. (Ek cümle: 25/7/2018-7145/1 md.) Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.

(Ek paragraf: 25/7/2018-7145/1 md.)Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir.

Ek paragraf eklenmeden önceki haliyle maddenin genel anlamda bir “görevlendirme” hükmü olarak değerlendirilmesi gerekir. Maddenin kendisi bir

35 Artuk Ardiçoğlu, Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı mıdır?, <https://birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> ; Tolga Şirin, “Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir Mi?”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 4 / Sayı:7, 2015, s. 261-288.

yetki tanımamakta, kanunlarda valiye tanınan yetkileri kullanma görevi belirtilmektedir, bu nedenle de bu tür bir genel düzenlemeden özel bir yetki çıkarılması mümkün değildir. 2018 yılında 7145 sayılı Kanunla maddeye eklenen paragrafta ise çok sayıda yetki tek bir düzenlemeye sıkıştırılmıştır. Maddede bu kararların sebep unsuru aynıdır: *kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâller*. Bu unsur herhangi bir güvenlik kaygısını aşan, somut verilerle desteklenebilecek bir duruma karşılık gelmelidir. İkinci olarak bu tür kararların belli bir süreyle sınırlı olarak alınabileceği belirtilmiştir. (15 gün). Maddenin valiye verdiği yetkiler ise şunlardır:

- (a) *ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlamak* (genel anlamda sokağa çıkma yasağı anlamına gelmemektedir),
- (b) *belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını düzenlemek veya kısıtlamak,*
- (c) *belli yerlerde veya saatlerde kişilerin toplanmalarını düzenlemek veya kısıtlamak,*
- (d) *belli yerlerde veya saatlerde araçların seyrini düzenlemek veya kısıtlamak,*
- (e) *her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklamak.*

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından kullanılacak yetki “*belli yerlerde veya saatlerde kişilerin toplanmalarını düzenlemek veya kısıtlamak*” şeklinde belirtilen yetkidir. Bu yetkiye ilişkin olarak iki tartışmanın yürütülmesi gerekir: (1) Bu hükmün yasaklama kararı için yeterli olup olmayacağı, (2) 2911 sayılı Kanun’da yasaklama yetkisi düzenlendiği için iki kanun arasındaki ilişkinin nasıl tanımlanması gerektiği.

Birinci meseleyle ilgili ilk soru, yetkinin başında yer alan “*belli yerlerde ve saatlerde*” ifadesinin anlamının tüm şehir ve tüm saatleri kapsayacak denli geniş olup olmadığı, “*düzenlemek veya kısıtlamak*” yetkisinin yasaklamayı içerip içermediği ve “*toplanma*” ifadesinin teknik bir insan hakları hukuku terimi olan ve 2911 sayılı Kanunda tanımlanan “*toplantı ve gösteri yürüyüşü*” olarak anlaşılıp anlaşılmayacağıdır.

Bu soruya kamu hukukunda yetkinin istisna olması ilkesi ve istisnaların dar yorumlanması gereği üzerinden cevap verilmelidir. Her şeyden önce “*toplanma*” ifadesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü olarak anlaşılmaması gerekir. Pandemi döneminde olduğu gibi bir arada yürümek de toplanma

kapsamına girecekken toplantı ve gösteri yürüyüşü, kanunda özel olarak belirtilen “belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından 2911 sayılı Kanun çerçevesinde düzenlenen” etkinlikleri içerir. Bu bakımdan, İl İdaresi Kanunu kapsamı daha geniş olan genel kanun niteliğindedir. Bu yanıt iki kanun arasındaki ilişkiyi de ortaya çıkarır: 2911 sayılı Kanun İl İdaresi Kanunu’na göre özel kanun niteliğindedir ve genel hükümler değil, özel hükümlerin uygulanması gerekir. Bu nedenle de genel bir yasaklama kararı alınabilmesi için 2911 sayılı Kanunun 19. maddesindeki özel amaçların var olması ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikenin belirtilmesi ve gerekçede bulunması gerekir. Buna rağmen, yasaklama kararlarında öncelikle esas alınan hükmün İl İdaresi Kanunu olduğu anlaşılmakta, hatta maddenin izne bağlama yetkisi olarak bile uygulandığı görülmektedir.

Kaymakamların da İl İdaresi Kanunu’nun 32. maddesine göre kolluk makamı olarak yetkileri kanunda öngörülmüştür ve düzenleme 11. maddenin 2018 eklemelerinden önceki haliyle benzerlik gösterir. Örneğin güvenlik soruşturması nedeniyle görevine son verilen Türkan Albayrak’ın bir parkta işine iade talebiyle -Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü olarak nitelenen- tek başına oturma eylemine uygulanan hüküm İl İdaresi Kanunu’nun 32/Ç maddesi olmuştur:

“İlçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının tasarrufa mütaallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi kaymakamın ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için kaymakam gereken karar ve tedbirleri alır.

Bu hususta alınan ve ilan edilen karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır”

Anayasa Mahkemesi çok sayıda idari para cezası uygulanan bir olayda sulh ceza hakimliklerinin önceden usulüne uygun şekilde ilan edilmiş bir emrin bulunup bulunmadığını konusunda değerlendirme yapmamasına dayanarak ihlal kararı vermiştir:³⁶

“43... oturma eylemi yapan başvurunun eylemini sona erdirmesi için yapılan ihtarlara uymamasını 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesinde düzenlenen emre aykırılık kabahatinin oluşmasında yeterli kabul ettiği görülmektedir. Hâkimlikler söz konusu kararlarında 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesi gereğince emre aykırı davranış kabahatinin oluşması için gereken unsurlar-

³⁶ Türkan Albayrak, B. No: 2019/1628, 28/12/2021.

dan olan *daha önceden ilan edilmiş bir emrin varlığı ve kişilerin bu emre aykırı davranışlarının tespiti* hususlarında herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır". Bu açıdan, kaymakamların yetkisinin valilerde 2018 öncesinde olduğu gibi sadece bir görev normu olarak okunması gerektiğini özellikle vurgulamak gerekir.

Her iki kanunda da yer alan ucu açık kavramların (kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması vb) çok geniş kapsama sahip olması, kanunda yazan sebep unsurlarının sayılmasından ibaret kararlar verilebilmesi gibi sorunlar hakkın kullanılmasını ciddi biçimde güçleştirmekte, özgürlüğü istisna haline getirebilmektedir. Hatta kararlarda belirsiz biçimde istisna belirlenmesi gibi örneklerle de rastlanmaktadır. Örneğin Kahramanmaraş Valiliği tarafından 14.12.2021 tarihinde duyurulan kararda³⁷ kanundaki sebepler sayıldıktan sonra siyasi partilerin yapacakları programlar ve "toplum yararına olacak etkinlikler" hariç tutulmuştur. Bu karar özelinde 19 Aralık gününün Maraş katliamının yıldönümü vesilesiyle katledilenler için anma etkinlikleri günü olduğunu ve 2020 yılında³⁸ ve 2018 yılında sadece aynı tarihlerde yasaklama kararı alındığını belirtmek gerekir. 2021 yılında alınan yasaklama kararı bu tarih geçtikten sonra tekrarlanmamıştır. Benzer bir uygulama Urfa'da Suruç anması tarihine özgü olarak da yaşanmıştır.³⁹

Yasaklama kararlarında dikkat çekici bir başka unsur da - olağanüstü hal ilan edilmiş olmamasına karşın- belli etkinliklerin Anayasaya aykırı biçimde izne bağlanmasıdır. Örneğin Van Valiliği'nin açıklamasında, gösteri yürüyüşü ve açık hava toplantıları yasaklandıktan sonra şu ifadelere yer verilmiştir: "İlimizde düzenlenecek olan basın açıklaması, oturma eylemi ve anket yapılması, çadır ve stant kurulması/açılması, imza kampanyası düzenlenmesi, bildiri, broşür ve el ilanı dağıtılması, 5442 sayılı İl idaresi Kanununun 11. Maddesinin (a) ve (c) fıkrası hükümleri gereğince belirtilen tarihler arasında MÜLKİ İDARE AMİRİNİN İZİNİNE BAĞLANMIŞTIR".⁴⁰ Batman, Mardin, Tunceli ve başka illerde⁴¹ de örneğine rastlamak mümkün olan bu karardaki yetki, 2911 sayılı Kanunda yer almayan, ancak olağanüstü hallerde uygulanabilecek bir yetkidir.

37 <http://kahramanmaras.gov.tr/2021-yili-yasaklama-karari>

38 <http://kahramanmaras.gov.tr/yasaklama-karari>

39 Suruç katliamının ardından eylem yapılmaması için 2015 yılında hemen yasak kararı getirilmiş, 2016 yılında, 2019, 2020 ve 2021 yıllarında da yasak kararı alınmıştır.

40 Örneğin 28.5.2022 tarihli yasaklama kararı: <http://www.van.gov.tr/28052022-tarihli-yasaklama-karari>

41 <http://www.mardin.gov.tr/01052022-yasaklama-karari> ; <http://www.tunceli.gov.tr/basina-ve-kamuoyuna-9> ; <http://www.tunceli.gov.tr/basinakamuoyuna> ; <http://www.batman.gov.tr/etkinliklerin-izne-baglanma-karari-10052022>

Yasaklar konusundaki önemli sorunlardan biri de genel yasaklama kararlarının çok uzun sürelere yayılması ve ölçsüz olmasıdır. Örneğin Van ilinde 21.11.2016 tarihinden itibaren yenilenerek yıllarca kesintisiz devam eden ve tüm şehri içeren yasaklama kararları verilmiştir. Web sitelerinden erişilen kararlarda özel bir gerekçeye yer verilmemiş, bazı kararlarda bir suç işleneceğine ilişkin açık ve yakın tehlikenin varlığı denilmekle yetinilmiş, sadece kanundaki yasaklama sebepleri tekrarlanmıştır. Kararlarda işlemin gerekçesi olarak genellikle benzer şekilde⁴² şu ifadelere yer verilmiştir:

“Anayasamızda ve kanunlarda öngörülen sınırlandırma ve yasaklama şartlarını doğrudan ve açıkça oluşturduğu değerlendirilen eylemler ile saldırı olaylarının önüne geçmek, vatandaşlarımızın can ve mal güvenliklerini sağlamak, terör örgütlerinin planlarını bertaraf etmek ve bu bağlamda, milli güvenliğin sağlanması, kamu düzeni ve genel sağlığın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, temel hak ve özgürlükler ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve genel asayişin devamının temini ile şiddet olaylarının yaygınlaşmasının önlenmesi amacıyla Van ili coğrafi sınırları içerisinde ... (15) gün süre ile; 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu hükümlerine göre düzenlenecek gösteri yürüyüşü ve açık hava toplantıları 2911 Sayılı Kanununun 17. maddesine istinaden YASAKLANMIŞTIR”.⁴³

Oysa dayanak yapılan 17. madde, genel olarak değil, “belirli bir toplantının” ertelenmesi veya yasaklanmasına ilişkindir. Erteleme için “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amacı yeterli olmakla birlikte yine belli bir toplantının yasaklanması için “suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike” bulunması gerekir. Daha önce değinildiği üzere, bütün toplantıların ertelenmesi veya yasaklanmasına ilişkin 19. maddeye valiliklerin bu kararı alabilmesi için genel amaçların yanı sıra “suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike” koşulu eklenmiştir. Tüm bu hukuka aykırılıklara karşın, Van Barosu tarafından bu yasaklama kararlarına karşı 14 iptal davası açılmış, bu

42 <http://agri.gov.tr/vb-574> Sadece Van değil, başka illerin yasaklama kararlarında da bu ifadelere birebir yer verilmektedir.

43 Örneğin 16.8.2021 tarihli yasaklama ve izne bağlama kararı: <http://www.van.gov.tr/16082021-tarihli-yasaklama-karari> ; 15.9.2021 tarihli yasaklama ve izne bağlama kararı: <http://www.van.gov.tr/1509-2021-tarihli-yasaklama-karari> ; 15.10.2021 tarihli yasaklama ve izne bağlama kararı: <http://www.van.gov.tr/15102021-tarihli-yasaklama-karari> . Bu kararların hiçbirinde bu ifade dışında bir sebep unsuruna yer verilmemiş, bu ifadenin hemen ardından yukarıda alıntılanmış şekilde izne bağlama ifadeleri kullanılmıştır.

davaların hiç birinde yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş ve sonuçta da davaların tamamı reddedilmiştir.⁴⁴ Davalarda Kanundaki yetki koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği somut olarak tartışılmaksızın bazı haberler veya kayyum atmasına yönelik tepkiler yeterli görülebilmüş, İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin (C) bendine eklenen sokağa çıkma yasağına yönelik yetkinin yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, uygulamada 11. maddenin (C) bendi ve ek paragraf adeta valiye tanınan olağanın ötesinde bir yetkilendirme halini almaktadır.

2018 yılında eklenen bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin önüne iptal davası yoluyla gelmişse de Mahkeme, dört yılı aşan bir süre sonra verdiği kararında -altı üyenin muhalefetiyle- hükmü Anayasaya uygun bulmuştur.⁴⁵ Söz konusu dava, son yıllarda Mahkemenin önüne gelen çok sayıda davada olduğu gibi normun belirli olmadığı, temel hak ve özgürlükler açısından güvence içermediği gerekçesiyle kanunilik ölçütünü karşılamadığı iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi'nin son yıllarda kanunilik incelemesinde kullandığı bir ölçüt olarak kanun kalitesi, hukuki öngörülebilirlik açısından da önemlidir. Mahkeme'ye göre, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin yoğunluğu arttıkça normdan beklenen belirlilik düzeyi de artacaktır. Anayasa Mahkemesi sıklıkla atıf yaptığı *Hayriye Özdemir* kararında bu durumu şöyle ifade etmiştir:

"56. ... temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Yasallık ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada yasanın niteliği önem kazanmakta, yasayla sınırlama ölçütü aynı zamanda belirlilik ve erişilebilirliği ifade etmektedir. Temel hakların sınırlandırılması alanında, ilgili yasal düzenlemenin; içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması zorunlu olup belirlilik unsurunu taşımayan bir kanun hükmünün, bireysel hak ve özgürlüklere Anayasa'nın meşru saymadığı bir müdahale anlamına geleceği açıktır. (...)

44 Van eski baro başkanı Av. Mahmut Kaçan'dan alınan bilgiye göre bu davalara ilişkin bilgiler şu şekildedir: Van 1.İdare Mahkemesinde 2019/859 E.; Van 3.İdare Mahkemesinde 2019/928 E. ; Van 1.İdare Mahkemesinde 2019/1881 E. ; Van 2.İdare Mahkemesinde 2019/1139 E. ; Van 3.İdare Mahkemesinde 2019/987 E. ; Van 3.İdare Mahkemesinde 2019/2158 E.; Van 2.İdare Mahkemesinde 2019/2424 E.; Van 2.İdare Mahkemesinde 2019/2564 E.; Van 1.İdare Mahkemesinde 2019/2614 E.; Van 1.İdare Mahkemesinde 2019/2860 E.; Van 1.İdare Mahkemesinde 2019/2990 Esas, Van 3.İdare Mahkemesinde 2019/3183 Esas; Van 2.İdare Mahkemesinde 2019/3514 Esas numaralı davaların tamamında yürütmenin durdurulması istemi ve davanın esası hakkında ret kararı verilmiştir.

45 E. 2018/137, K. 2022/86, 30.6.2022, R.G.: 12.1.2023-32071.

58. Bununla birlikte, her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın gereken koruma seviyesi, büyük ölçüde, ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte, muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bunun yanı sıra Anayasa'nın sistematik yorumundan da destek alınmak suretiyle farklı ağırlıklar atfedilebilecek olan hakların niteliği, belirtilen alanlara ilişkin kanuni düzenlemelerde aranacak belirlilik oranını da farklılaştırabilecektir. Bu bağlamda ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir.⁴⁶

Bu kararda ve sonrasında verilen pek çok kararda belirtilen bu nitelik, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan kolluk faaliyetlerinde kanundan beklenen belirlilik düzeyinin, bir başka deyişle norm yoğunluğunun daha fazla olmasını gerektirir. Bu nedenle, idareye kolluk alanında bir yetki tanınması ancak açık bir normla olacağı gibi, aynı zamanda bu normun öngörülebilir olması gerekir.⁴⁷ Normun öngörülebilirlik düzeyi sadece muhatapları ve idareler için belirliliği sağlamakla kalmayıp, yargısal denetimin yoğunluğunu da etkileyecek bir unsurdur.

Bu iptal davasında da İl İdaresi Kanunu hükmündeki kavramların belirsiz olduğu, keyfi uygulamalara yol açabileceği ve güvencelere yer vermediği gibi iddiaların yanı sıra “kuralla valilere görev alanlarına giren bölgelerde adı konulmamış bir olağanüstü hâl (OHAL) ilan etme yetkisinin tanındığı” (par. 10) da iddia edilmiştir.

Mahkeme toplanmaya ilişkin sınırı incelerken, “sınırlamaya yönelik kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralın keyfilîğe izin vermeyecek şekilde belirli niteliklere sahip olması gerekir. Bu kapsamda düzenlemeler belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olmalıdır” (par. 14) ifadesine yer vermiş; “kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygu-

46 *Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, 25/6/2015.

47 Bu nedenle –her ne kadar bu konuda çalışmalar varsa da– “saklı yetki” kavramının genel bir ilke olarak görülmesi, özellikle temel hak ve özgürlükleri sınırlandırır nitelikte yetkiler açısından kullanılması mümkün olmamak gerekir. Bu açıdan Alman hukukunda yapılan müdahaleci idare/hizmet sunan idare (Eingriffsverwaltung/Leistungsverwaltung) ayrımı elverişli bir ayırmadır.

lamalarına karşı koruyucu önlem içermesi” gerektiğini de belirtmiştir. Buna karşılık Mahkeme, son yıllarda çeşitli kararlarında kanundaki ifadelerin ucu açık olması durumunda idari yargıda dava açılabileceğini vurguladığı pek çok kararında olduğu gibi şu gerekçeye yer vermiştir:

“...Bu ibarelerin hukuki niteliği ve objektif anlamı yargı içtihatlarıyla belirlenebilecek durumdadır. Ayrıca yetkinin tanıdığı makam, yetkinin kapsamı ve süresi kuralda herhangi bir tereddüde yer yermeyecek şekilde açık ve net olarak tespit edildiği dikkate alındığında kuralın kanunilik ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.” (par.18)

Mahkeme, “yetkinin şartları, kapsamı, süresi, keyfilliği önleyecek güvencelerin varlığı ve tedbirlere karşı öngörülen denetim mekanizmasının etkinliğinin dikkate alınması gerekir” saptamasını yapmakla birlikte yargı yolu bulunmasının etkili denetim için yeterli olduğunu belirtmiştir. Bağlantılı bir sorun olmakla birlikte, etkili denetim sorunu bir sonraki başlıkta ele alınacağından bu başlıkta o kısımlara değinilmeyecektir.

Mahkemenin belirttiği şekilde valilere tanınan yetkinin içeriği değerlendirilirken (a) işlemin sebep unsurunu oluşturan “kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulması ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunması” ifadesi, (b) toplantı gösteri yürüyüşleri açısından söz konusu yetki,⁴⁸ yani konu unsurunu belirleyen “*belli yerlerde veya saatlerde kişilerin toplanmalarını düzenlemek veya kısıtlamak*” ifadesi ayrı ayrı incelenmelidir.

Sebep unsuruna ilişkin olarak ilk bakışta “olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde” ibaresi kararın verilmesinde daha somut ve belirli bir ifade gibi görülse de buna ilişkin “ciddi belirtilerin bulunması” koşulunun da varlığı herhangi bir istihbarat gerekçe gösterilerek bu kararların alınabilmesine yol açmaktadır. Uygulamada pek çok valilik kararının ülkemizin terör olaylarının yaygın olduğu bir ülke olmasına dayandırıldığı veya son derece genel nitelikli istihbaratların, hatta saptamaların yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır.⁴⁹ Ne yazık ki açılan ve erişilen davalarda ilkesel olarak ve

48 Bu noktada sokağa çıkma yasağı getirme yetkisine ilişkin kısmın daha yoğun ve pek çok temel hak ve özgürlük üzerinde bir müdahale olması nedeniyle bu değerlendirmenin maddenin o kısmı açısından evleviyetle geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

49 Bir örnek olarak yıllarca düzenli olarak ve aralıksız yasaklama kararı bulunan Van’da Van Barosunun açtığı davalardan birinde kayıym atamaları ve Barış Pınarı harekâtı nedeniyle terör eylemi gerçekleştirilebileceği şeklindeki genel istihbarata dayanıldığı belirtilmiş ve mahkeme tarafından bu işlem de iptal edilmemiştir. (Van 1. İdare Mahkemesi, E. 2019/2990) Yine onur yürüyüşleri, hatta pikniklerini

emsal oluşturacak şekilde bu tür genel istihbaratlara dayalı yasaklama kararı verilemeyeceğine ilişkin bir karara ulaşılamamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da ifade edildiği gibi, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin yoğunluğu ölçüsünde ilgili kanun maddesinin belirlilik düzeyinin (norm yoğunluğunun) de aynı oranda artması beklenir. Bu tür ucu açık kavramlar norm yoğunluğunu azaltan unsurlar olduğundan bu gibi normlarda mümkünse tercih edilmemesi veya çok istisnai olarak kullanılması gerekir. Sebep unsurunun bu tür ucu açık kavramlarla⁵⁰ ifade edilmesinin gerekli olduğu, başka türlü ifadesi mümkün olmayan istisnai durumlar olabileceksede bu durumda da keyfiliği engelleyecek ikame güvenceler (bir başka deyişle belirlilik ikameleri-*Bestimmtheitsurrogat*) getirilmesi gerekir.

Bu tür güvenceler, idari usul normlarıyla veya yargısal denetim mekanizmaları belirlenirken getirilebilir. Örneğin kararların ne kadar süre önce veya ne kadar süreyi kapsayacak şekilde verilebileceğine ilişkin sınırlar, gerekçeli karar zorunluluğu, keyfiliği önleyecek şekilde karma veya kolektif karar mercileri veya katılımcı ya da bağımsız olacağı düşünülen karar verici yapıların varlığı, ölçülülük ilkesini karşılayabilmek için kademeli karar öngörülmesi, özel itiraz mekanizmaları gibi idari usul kuralları bunlara örnek verilebilir.

Valiye tanınan yetki bütüncül olarak incelendiğinde, yetkinin sadece “belli yerlerde veya saatlerde kişilerin toplanmalarını düzenlemek veya kısıtlamak” şeklinde belirlendiği, toplanmanın neyi kapsadığının belirsiz olduğu ve bu açıdan 2911 sayılı Kanun'dan da daha geniş bir kapsama sahip olduğu görülmektedir. Maddenin uygulanmasında söz konusu yetki, (COVID tedbirlerinde olduğu gibi) belli sayıda kişinin yan yana yürümesini, sanatsal ve bilimsel faaliyetleri veya siyasi parti ya da sendika faaliyetlerini yasaklamayı içerebilecektir. Sadece bu örneklerden hareketle özel yaşama saygı hakkı, bilim ve sanat özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü de bu madde ile sınırlandırılabilir. Bu açıdan, Anayasa Mahkemesi'nin hükmü sadece 34. madde açısından incelemesi de yetersizdir.

Diğer yandan, tedbiri tanımlarken kullanılan “düzenleme ve kısıtlama”nın ne anlama geldiğinin, idareye ne gibi bir kolluk yetkisi verildiğinin hiçbir

dahi içeren ve Ankara örneğinde olduğu gibi genel anlamda tüm LGBTİ+ etkinliklerini kapsayan yasaklama kararları da “toplumsal hassasiyet” gerekçesiyle verilmişti.

50 Literatürde ve mahkeme kararlarında yaygın olarak belirsiz kavram ifadesi kullanılmaktaysa da kaimca güncel Alman literatüründe olduğu gibi ucu açık kavramlar (*offene Rechtsbegriffe*) ifadesi daha uygundur. Ayrıntı için bkz. D. Çiğdem Sever, “İdarenin Kanunlarda Yer Alan Ucu Açık Kavramların Yetkilendirilmesi Sorunu”, Fazıl Sağlam'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2022, s. 401-432.

şekilde tanımlanmadığını belirtmek gerekir. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasını içeren bir yetki söz konusu olduğunda sadece “kısıtlamak” şeklinde bir yetki tanımı gerçek anlamda bir yetkilendirmeyi dahi içermez. Her ne kadar kararda ya da karşıoylarda buna hiç değinilmemişse de bu tür bir yetkilendirme normunun kanunilik koşulunu karşıladığını kabul etmek Anayasadaki kanunilik koşulunu anlamsız hale getirecek niteliktedir. Bu yorumdan hareketle örneğin polisin yetkileri düzenlenirken 26. maddede belirtilen “milli güvenlik” sınırlama sebebi ile “ifade özgürlüğünü kısıtlar” gibi bir hüküm salt yargı denetimi olması nedeniyle anayasal açıdan yeterli görülebilecektir. Karşıoylarda bu konu daha çok tedbirin en az müdahaleye imkan verecek ölçüde olması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir.

Yine yetkinin kapsamı açısından 15 günlük süre belirlenmesine rağmen bunun sürekli tekrarlanması ve bir üst sınır olmaması iddiasına ilişkin olarak ise Mahkeme, anlaşılması güç ifadeler kullanarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Kuralda süre sınırına ilişkin olarak kullanılan bu ibarenin tedbire neden olan *her bir olay* için verilebilecek azami süreyi ifade ettiği, valinin söz konusu yetkiyi ancak bu süre içinde *bir defada* kullanabileceği anlamına geldiği açıktır. Dolayısıyla kuralda öngörülen sürenin makul olmadığı söylenemez”. (par. 31)

Öncelikle hükümde tanınan yetki Mahkemenin ifade ettiği şekilde tek bir olay değil, belli “belirtiler” üzerinden verilebilmektedir ve bu “belirtiler”in devam ettiği, güvenlik riskinin sürdüğü gerekçe gösterilerek sınırsız biçimde tekrarlanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır ve uygulama da bu yöndedir. Diğer yandan, toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından belli bir zaman ve yerde toplanmanın anlamlı olabileceği durumlar bakımından söz konusu yetkinin son anda dahi kullanılabilmesi, özel ve hızlı bir itiraz mekanizması öngörülmemiş olması, zaman dışında mekân yasakları konusunda hiçbir sınır içermemesi gibi sorunlar yetkinin kapsamının hakkın özüne dokunacak nitelikte olabilmesine yol açar. Mahkeme, bu sorunlara değinmeksizin sadece mahkemelerin bu yetkinin kullanımını denetlemesini yeterli görmüştür.

Oysa Mahkeme, bu karardan önceki kararları dışında, bu karardan yaklaşık altı ay sonra yayımlanan kararında benzer bir hükümlerle ilgili bir iptal kararı vermiştir. 245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu’nun 6/1-ç fıkrasında yer alan “*Kamu düzenini bozacak mahiyetteki gösteri, yürüyüş ve karışıklıkların önlenmesi amacıyla genel kolluk kuvvetleri gelinceye kadar önleyici tedbirleri almak*” hükmünün Anayasa’nın 13. ve 34. maddelerine aykırı bulunduğu kararda şu gerekçeye yer verilmiştir:

“Kuralda kamu düzenini bozacak eylem ve durumların mahiyeti, boyutu ve sınırlarının neler oldukları belirlenmediği gibi çarşı ve mahalle bekçilerine tanınan önleyici tedbir mahiyetindeki görev ve yetkilerin neler olduğunun ve kapsamının düzenlenmediği gözetildiğinde kuralda yasal çerçeve ve ilkelerin oluşturulmadığı ve bu suretle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına getirilen sınırlamanın kanunilik koşulunu sağlamadığı anlaşılmaktadır”.⁵¹

Üstelik Anayasa Mahkemesi söz konusu maddede belirtilen yetki bir süre sınırına/geçicilik (genel kolluk kuvvetleri gelinceye kadar) vasfına sahip olmasına ve yasaklama gibi bir yetki değil önleyici tedbiri içermesine rağmen hakkı sınırlama vasfı ve yoğunluğuna vurgu yaparak –isabetli biçimde- bu kararı vermiştir.

Mahkeme, bu kararda aynı maddedeki iki ayrı hükmü daha benzer gerekçelerle iptal etmiştir. Bunlardan birincisi, “g) *Halkın sükûn ve istirahatini bozanları ve başkalarını rahatsız edenleri engellemek*” yetkisinde hem eylemlerin, hem yetkinin içeriğinin belirsiz olmasıdır. İkinci olarak ise, “*durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı hâlinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik el ile dıştan kontrol dâhil gerekli tedbirleri alabilir*” hükmünü 13. Ve 20. Maddelere aykırı olarak iptal etmiştir. Mahkemenin iptal gerekçesi, “gerekli tedbirlerin neler olduğu, yetkinin kapsam ve sınırları(nın) açık ve net olarak belirlenmemesi”dir. Yine daha öncekiler dışında sadece 2023 yılında bu karardan sonra belirsizlik sorunu nedeniyle verilmiş çeşitli iptal kararları bulunmaktadır.⁵² Mahkemenin kısa süre arayla verdiği bu kararlar arasındaki standart farkını anlamlandırmak mümkün değildir. Diğer yandan, ana argümanı yargısal denetimin varlığı olan bu kararda yargı denetiminin etkililiği de yeterince tartışılmamıştır.

51 E. 2020/59, K. 2023/53, 22.3.2023, R.G.: 1.6.2023-32208, Par. 45.

52 Bunların en çarpıcı olanlarından biri sözleşmeli er ve erbaşların sözleşmelerinin feshine yol açan bir unsur olarak düzenlenen “*Disiplinsizlik ve ahlâki durum nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamayacağı, sıralı amirlerinin her türlü bilgi ve belgeye dayanarak düzenleyeceği nitelik belgesi ile anlaşılacak*” hükmünün iptal edilmesidir. (E. 2022/152, K. 2023/66, 5/4/2023, R.G.: 15.6.2023 – 32222) Mahkemenin daha önce Devlet Memurları Kanunu 125. maddede yer alan hükmü iptal etmediği düşünüldüğünde bu kararın belirsizlik içtihadı bakımından yeni bir yaklaşımı ifade ettiğini belirtmek gerekir.

III. Olağanlaşmanın Unsuru Olarak Yargı Denetiminin Etkililiği Sorunu

Temel hak ve özgürlüklerin etkin biçimde korunması ve olağan rejim ile olağanüstü rejim arasındaki sınırın çizilmesinde en önemli aktörlerden biri de yargıdır. Bugüne kadar daha çok olağanüstü rejim sınırları içinde kalınıp kalınmadığının yargısal denetimi sorununa odaklanılmışsa da, yukarıda da değinildiği üzere bu denetim giderek zayıflamış, hatta gelinen noktada genel anlamda yasal dayanak olup olmadığı, olağan rejimin olağanüstü sınırlarına yaklaştığı, hatta onu aşıp aşmadığı denetlenmez duruma gelmiştir.

Yargısal denetimin etkililiği sorunu iki açıdan ele alınmalıdır. Bunlardan birincisi, genel anlamda normların yazılma biçimi nedeniyle denetim yoğunluğunun azalması ve aynı zamanda idari yargıda bir eğilim olarak pasif tutumla takdir yetkisi vurgusunun ön plana çıkarılması nedeniyle esasa ilişkin denetimin daha sınırlı yapılmasıdır. İkincisi ise, 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra kabul edilen bireysel başvuru mekanizmasının gerçekten Türkiye’de hak ve özgürlük alanını genişleten bir mekanizma olarak etkili olup olmadığıdır.

A. Etkililik bakımından idari yargıda usul ve esas denetimi

Yargısal denetimin etkililiği; yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının durumu, yargıçların ve kararlarının nitelikli olması, yargılama usulü kurallarının etkililiği ve yeterliliği, yargısal denetimde kullanılan esasa ilişkin ölçü normların denetimi etkin kılacak nitelikte olması gibi unsurlara bağlıdır. Bu son koşulu bir örnekle açıklamak gerekirse, işlemin karma bir işlem olması durumunda (belli sayıda aday üzerinden belli bir idari makamın seçim yapıp başka bir makama göndermesi ve bu makamca atama yapılması gibi) bu işlemin yargısal denetimi tek başına ve bir başvuru/seçim süreci olmaksızın yapılan bir atamaya göre daha yoğundur. Benzer şekilde, atama için gerekli niteliklerin ve başvuru usullerinin kanunda daha ayrıntılı düzenlenmesi halinde bu koşulların sağlanıp sağlanmadığı ve varsa adaylar arasındaki karşılaştırma yargısal denetimin daha yoğun yapılmasına yol açacaktır. Yine sebep unsuru belirlenirken daha somut ve ayrıntılı ya da kümülatif (... ve ..) koşullar belirlenmesi veya takdir yetkisi kullanılmasında belli kriterler belirlenmesi yargının daha aktif denetim yapabilmesini sağlar. Norm yoğunluğu (Alm. *Regelungsdichte*) olarak ifade edilebilecek bu durum yargısal denetimin yoğunluğunu da belirleyen unsurlardan biridir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahale eden yetkiler tanıyan normların norm yoğunluğunun düşük

olması özgürlüklerin güvencesinde bir azalmaya yol açar.

Yargısal denetimin etkililiğini etkileyen bir başka unsur da esasa ilişkin denetimin (özellikle sebep ve konu unsurunun) etkin biçimde yapılmasıdır. İdari yargının denetim kapsamına ilişkin Anayasa'nın 125. maddesine göre, "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez". Takdir yetkisi, idareler açısından hukuki sonuca (konuya) ilişkin bir unsur olup idareye iradesini oluştururken seçme imkânı tanıyan bir durumdur.⁵³ Takdir yetkisiyle yapılan işlemler de yargı denetimine tabi olup, Anayasa'nın çizdiği tek sınır takdir yetkisini kaldırarak veya yerindelik düzeyine gelen bir denetim yapılmamasıdır. Bunun dışında, anayasal ilke niteliğinde olan eşitlik ilkesi ve ölçülülük ilkesi idarenin takdir yetkisi olabilecek konular olmadığından (yani eşitliğe aykırı veya ölçüsüz davranma gibi bir ihtimal olamayacağından) bu iki ilke bakımından mahkemelerin değerlendirme yapması gerekir. Toplantı yasaklarıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin ileride değinilecek kararları ile idari yargı/sulh hakimlerince yapılan denetim arasındaki önemli farklardan biri de budur. Sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki ilişkisellik üzerinden değerlendirme yapılan ölçülülük ilkesi ve yasaklama kararlarının son çare olması gereği, yargısal denetimin etkililiği bakımından son derece önemlidir.

Sebep unsuru bakımından ise yargısal denetimin niteliği farklıdır. Her şeyden önce, özel hukuk alanındaki hukuki işlemlerden farklı olarak idare hukukunda sebepsiz bir işlem kurulması mümkün değildir. Sebep unsurunun kanunlarda her zaman çok somut biçimde belirlenmesi mümkün olmayabilecekse de yukarıda değinildiği gibi yoğun müdahale içeren yetkilerde olabildiğince somut biçimde belirlenmesi gerekir. Sebep unsurunun soyut biçimde belirlenmesi, hatta kanunda hiç yazmaması durumunda dahi yargısal denetim aşamasında bu sebebin objektif olarak olayla bağlantılandırılması ve sonuçla ilişkisinin etkin biçimde kurulması önem taşır. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından genel yasaklama kararları bakımından sebebin gerçekleşmesi için iki unsurun bir arada bulunması gerekir. Öncelikle "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işleme-

53 Buna karşılık Türkiye'de doktrinde Kemal Gözler dışında takdir yetkisi hem sebep, hem konu unsuruna ilişkin bir kavram olarak kullanılmaktadır. Oysa iki unsura ilişkin idarenin karar alma süreci de yargısal denetim uygunlukları da farklıdır. Bu konuda ayrıntı için bkz. Sever, *Kanuna Dayanma İlkesi*, s. 88-106.

sinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amacının olayda geçerli olması, bu koşulun yanında “suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike”nin somut biçimde işaret edilebiliyor olması halinde bu karar alınabilecektir. Takdir yetkisi bir seçme imkânını içeren iradi bir etkinlikken, sebep unsurunda idarenin olayla norm arasında bir bağlantı kurması, yani bilişsel bir aşama söz konusudur ve bu nedenle bu aşamayı değerlendirme alanı veya değerlendirme marjı olarak nitelemek gerekir ve bu doğrultuda yargısal denetim yoğun biçimde yapılmalıdır.

Bu noktada, bu kadar fazla sayıda yasaklama kararı olmasına rağmen arama motorlarında ya da haberlerde çok sınırlı örnekler dışında iptal kararına rastlanmaması, hatta bu konuda açılan dava sayısının az olması özünde yasaklama kararları bakımından idari yargının etkili bir başvuru yolu olup olmadığı sorusuyla yakından bağlantılıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin davalarda idari yargının Anayasa’nın 40. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 13. maddesi anlamında etkili başvuru yolu olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından etkililik değerlendirmesi yapılırken, ilgili idari veya yargısal yolun sadece teorik anlamda etkili olması değil, aynı zamanda uygulamada da etkili olup olmadığı⁵⁴ dikkate alınmaktadır. Etkili başvuru yolları, ihlalin gerçekleşmesinin engellenmesi ya da ihlal gerçekleştirildikten sonra bu ihlal için yeterli bir tazmin (onarım) mekanizması, hatta konuyla ilgili etkili soruşturma yapılması şeklinde olabilecektir. Hangi yolun etkili olduğu hangi hakka ne şekilde müdahale edildiğine bağlıdır.

Bu açıdan yasaklama kararlarına karşı idari yargıda açılacak davaların etkili başvuru niteliğinde olup olmadığı konusunda iki unsur ele alınmalıdır.⁵⁵ Bunlardan birincisi, mevzuatta öngörülen ve iptal davalarında uygulanan usul kuralları ile yapılan incelemenin niteliği, ikincisi ise uygulamada bu incelemenin nasıl yapıldığıdır.

Türkiye’de idari yargı alanında iki özel madde ile hızlı yargılama yapılması öngörülmüştür. İdari Yargılama Usulü Kanunu’na 2014 yılında eklenen 20/A (ivedi yargılama usulü: ihale, acele kamulaştırma, özelleştirme, çevresel

54 Örneğin Aksoy v. Türkiye, 1996, § 95.

55 Yazarın etkili başvuru yolu olma sorununa daha ayrıntılı ve idari yargıda açılan dava örneklerine dayalı olarak değinilen “Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı Bakımından İdari Yargının Etkili Başvuru Yolu Olma Niteliği” başlıklı raporu bulunmaktadır. Rapora şu adresten erişilebilir: <https://www.esithaklar.org/2022/07/turkiyede-toplantı-ve-gosteri-yuruyusu-hakki-bakimindan-idari-yarginin-etkili-basvuru-yolu-olma-niteliği-raporumuz-yayında/>

etki değerlendirmesi vb.)⁵⁶ ve 20/B (merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü) maddelerine göre bu maddelerde sayılan uyuşmazlıklarda sürelerin tamamı diğer davalara göre kısaltılmıştır. Ancak, Türkiye’de öngörülen bu “hızlandırılmış” yargılama usulleri temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması odaklı yazılmamış; birincisinde ekonomik sonucu önemli görülen davaların hızlı yürütülmesine, ikincisinde ise kararın etkilediği kişi sayısının fazlalığı ile geçen süre nedeniyle kararın uygulanması konusunda güçlükler çıkması ihtimaline odaklanılmıştır. Bu hükümlerin temel hak ve özgürlükleri korumaya ve ani müdahale edilmesi gereken ihlalleri gidermeye yönelik olmaması nedeniyle bu yasaklama/erteleme kararlarına karşı açılan davalarda genel hükümler uygulanmaktadır.

Buna göre, bu tür bir idari işleme karşı 60 gün içerisinde işlemi kuran idarenin bulunduğu yer idare mahkemesinde dava açılabilir. Davanın açılması üzerine ilk inceleme yapılarak (İYUK md. 14) dava dilekçesinin maddede sayılan kurallara uygun olup olmadığı değerlendirilir. İlk incelemenin tamamlanmasının ardından mahkeme iki koşulun birlikte gerçekleştiğine karar verirse yürütmenin durdurulması kararı verebilir (İYUK md. 27). Bu koşullar; idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması “ve” idari işlemin açıkça hukuka aykırı olmasıdır. Kanunda uygulamakla etkisi tükenecek olan ve olmayan işlemler bakımından farklı bir rejim benimsenmiş ve etkisi tükenecek idari işlemlerin yürütülmesinin, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabileceği belirtilmiştir.

İdarenin savunmasının beklenmesine karar verilmesi halinde idarenin savunma vermesi için azami süre Kanun’un 16. maddesinde 30 gün olarak belirlenmişse de bu süre, haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Yürütmenin durdurulması istemli davalarda bu süreler kısaltılabileceği gibi, tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilir. Resen tahkik ilkesinin geçerli olduğu idari yargıda bu maddenin lafzı dikkate alındığında sürelerin kısaltılması veya memur eliyle tebliğ konusunda tarafların talebi zorunlu bir unsur olmayıp mahkemenin davanın konusuna göre kendiliğinden bu yönde karar vermesi mümkündür.

56 İvedi yargılama ve yürütmenin durdurulması kurumlarının Fransa’daki seri yargılama ile karşılaştırılmasını içeren bir çalışma için bkz. Nazire İrem Yeşilyurt, “İdari yargıda yürütmenin durdurulması ve ivedi yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, *AÜSBFD*, C.70/2, 2015, s. 403-433.

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin pek çoğu açısından toplantının yapılacağı yer ve/veya zaman özel bir öneme sahiptir. Bu, 1 Mayıs, 8 Mart, Nevruz, Madimak katliamı anması, Maraş katliamı anması, 10 Ekim Gar Katliamı anması gibi örneklerde ancak belli bir tarihte yapılması anlamlı toplantılar olabileceği gibi, belirli bir olayın (ölüm/cenaze, bir kanunun kabul edilmesi, siyasi bir olay ya da idari bir karara verilen tepki vb.) ardı sıra verilen toplumsal tepki şeklinde de olabilir. Bu tür durumlarda, toplantı ve gösteri yürüyüşünün o tarihte yapılmaması amacın gerçekleşmesini imkânsız hale getirebilecektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün ifade özgürlüğü ile ilişkisi ve demokrasi açısından önemi düşünüldüğünde, örneğin bir yapı projesi nedeniyle ağaç kesimine verilecek tepkinin doğal olarak kesimin yapılacağı tarihlerde veya öncesinde verilmesi anlamlı ve mümkündür. Ayrıca, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek için harcanan çaba ve bu tür engellerin caydırıcı niteliği de tüm toplantılar bakımından geçerlidir. Bu açıdan, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının engellenmesini içeren yasaklama kararları bakımından idari yargının etkili bir başvuru yolu olup olmamasında, açılan davanın toplantı tarihinden önce sonuçlandırılmasının veya yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin teoride ve pratikte mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu nedenle, hem idarenin karar verme süreci, hem de mahkemelerin yürütmenin durdurulması kararı verme süreçlerinin bir arada incelenmesi gerekir.

İdarenin karar alma süreci açısından erteleme kararının toplantının başlama saatinden en az 24 saat önce alınabilmesi, yasaklama kararlarının ise belli bir etkinlikten hemen önce alınmasına hiçbir engel olmaması karşısında toplantıyı düzenlemek isteyenlerin bir dilekçe hazırlayıp, gerekirse bir avukata vekalet vererek - hayatın olağan akışına göre pek mümkün olmayacak şekilde- aynı gün içerisinde dava açabildiği düşünülse bile bu durumda da idare mahkemelerinin bu kadar kısa sürede karar verme ihtimali olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için ilk inceleme yapılması ve dosyadaki “açıkça” hukuka aykırılık iddiasının incelenmesinin belli bir zaman alacağı ve davanın niteliğine bağlı olarak –çoğu zaman sadece idarenin elinde olan- belli bilgi ve belgelerin incelenmesinin gerekeceği açıktır. Bir mahkemenin toplantının tarihini gözeterek çok hızlı inceleme yapabileceği varsayıldığında bile bu açıdan başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. İdarenin savunması alınmaksızın geçici olarak yürütmenin durdurulması kararı verilmesi olasılığının erteleme ve yasaklama kararları açısından fiilen uygulanma ihtimali çok düşüktür. Yukarıda da değinildiği üzere, yasaklama ve erteleme kararlarında ayrıntılı ve somut olarak o tarihlerde neden bu yönde bir karar

verilmesi gerektiğine ilişkin bir gerekçeye nadiren yer verilmektedir.⁵⁷ Kararlar genellikle kanunda sayılan sebeplerin sayılmasından ibarettir, örneğin ertelemelerde kamu güvenliği açısından bir risk olduğu düşünülüyorsa da neden toplantıya katılanların güvenliği için alınacak tedbirlerinin artırılmayıp bu yönde bir karar verildiği gibi bir gerekçeye yer verilmemektedir. Mahkemelerin yürütmenin durdurulması kararı vermesi teorik olarak mümkünse de – yapılan incelemelerde- uygulamada yakın tarihteki ve yasaklanma gerekçesi kararda yer almayan bir toplantı için bu tür bir karar verildiği görülmemiştir.

Bir yandan ilgili düzenlemelerde genel ve soyut nitelikli çerçeve hükümlerin ve ucu açık kavramların yaygınlığı, bir yandan da idarelerin bu kavramları tekrarlamakla yetinen kararlar almaları yargısal denetimin de güçleşmesine yol açmaktadır. Mahkemenin gerekçeli yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi için hukuka aykırılık konusundaki gerekçesinde o işlemin neden kurulduğuna (sebeup unsuruna) ve neden bu yönde bir hukuki sonuç öngörüldüğüne (konu unsuru) ilişkin bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır. Türkiye’de son yıllarda idare mahkemelerinin idarenin takdir yetkisine yaptığı vurgu yoluyla –özellikle belli konularda- pasif tutuma yönelme eğilimi ve idarelerin sunduğu istihbarat temelli savunmalarını ya da tek yanlı bilgileri tek başına yeterli görme anlayışını içeren kararların da varlığı düşünüldüğünde, bir idare mahkemesinin bu tür bir karar karşısında idarenin savunmasını almadan karar vermesini beklemek son derece güçtür.

Süre konusundaki bir başka sorun da, pek çok toplantının katılımı artırabilmek için hafta sonunda yapılması ve en az 24 saat önce kuralına uygun olacak şekilde örneğin Cuma mesai saatleri içerisinde idare tarafından erteleme veya yasaklama bilgisi verilmesi durumunda idari yargıda hafta sonu karar verebilecek bir nöbetçi hâkimlik sistemi olmamasıdır. Adli yargıda nöbetçi savcılık ve nöbetçi mahkemeler hafta sonu da işlemekteyken idari yargıda nöbetçi hâkimlik sadece hafta içi mesai saatlerinde çalışan bir kurumdur ve tüm koşullar mükemmel olsa ve mahkeme bir gün içinde karar yazacak olsa bile hafta sonu karar verilmesi mümkün olmayacaktır.

Tüm bu unsurlar bir arada değerlendirildiğinde, yasaklama kararına karşı açılan iptal davalarında yürütmenin durdurulması kurumunun hem

57 Olağanüstü hal döneminde alınan yasaklama kararlarının gerekçelerinin tablolaştırıldığı bir çalışma için bkz. <http://www.toplumsal hukuk.net/wp-content/uploads/2019/02/OHAL-RAPORU.pdf> , Av. Doğukan Tonguç Cankurt, Av.Mert Ekinci, Av.Gözde Demirci ve sendika.org muhabiri Edip Mert Arslan- Toplumsal Hukuk, Ohal Döneminde Toplantı Özgürlüğü İhlalleri Raporu, s. 5. Rapor, olağanüstü halin sürdüğü iki yılı kapsamakta olup bu iki yıl içinde 50 ilde toplam 163 yasaklama kararı tespit edilmiştir.

mevzuattaki koşullar bakımından, hem de uygulamada etkili bir yol olarak görülmesi mümkün değildir.

B. Bireysel başvuru kararlarında yasaklama kararları

Yasaklama kararları, bireysel başvurular yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin de önüne gelmektedir. Yasaklama kararlarıyla ilgili olarak yapılabilecek başvurular; (i) yasaklama veya olağanüstü hallerde izne bağlama kararı olmasına rağmen gösteri/basin açıklamasına katılan kişilere verilen para cezaları hakkındaki başvurular, (ii) yasaklama kararının kendisinin ihlale yol açtığı iddiasına ilişkin başvurular, (iii) yasaklama kararına karşı açılan iptal davalarında idari yargının veya idari para cezalarında sulh ceza hâkimliklerinin yaptığı incelemenin (toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkıyla bağlantılı olarak) etkili başvuru yolu sayılamayacağına yönelik başvurular olmak üzere üçe ayrılabilir.⁵⁸

(i) Yasaklama veya İzne Bağlama Kararına Rağmen Gösteri/ Basın Açıklamasına Katılan Kişilere Verilen İdari Para Cezaları Hakkındaki Başvurular

Öncelikle genel bir saptama yapmak gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin idari para cezalarına ilişkin 13 başvuruda⁵⁹ ihlal kararı verdiğini, ancak bu kararların üçü hariç hiçbirinde yasaklama kararlarının kendisi ve yasal dayanağına ilişkin bir inceleme yapmadığını belirtmek gerekir. Bu üç karar⁶⁰ da kanuna bariz biçimde aykırılık içeren bir durum olması nedeniyle kanunilik ilkesine dayanılarak verilmiştir. Bu üç karar dışında kalan tüm kararlarda idari para cezası uygulanmasının olağan dönemde demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bakımından, olağanüstü hallerde ise ölçülülük ilkesine

58 Karar taraması sunumun yapıldığı tarihe kadarki kararları içermektedir.

59 *Adnan Vural Ve Diğerleri*, 2017/36237 | Esas (ihlal) | Genel Kurul, Karar Tarihi: 10/03/2022; *Ramazan Sümer*, 2018/15924 | Esas (ihlal) | İkinci Bölüm, Karar Tarihi: 11/05/2022; *Seyithan Acar Ve Diğerleri*, 2020/32093 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 04/07/2022; *İpek Moral Ve Nuriye Gülmen*, 2019/30422 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 26/05/2022; *Gülcan Kurnaz Ve Diğerleri*, 2020/101 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 16/06/2022; *Zülküf Yıldız Ve Diğerleri*, 2019/35399 | Esas (ihlal) | İkinci Bölüm, Karar Tarihi: 16/03/2022; *Cengiz Fırat Ve Diğerleri*, 2019/36358 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 10/05/2022; *Onur Erden*, 2019/5403 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 31/03/2022; *Eser Budak*, 2020/12955 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 13/04/2022; *Sezai Bulut Ve Diğerleri*, 2019/38616 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 22/02/2022; *İbrahim Bilen Ve Diğerleri*, 2019/23334 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 22/02/2022; *Akın Fener Ve Diğerleri*, 2017/22695 | Esas (ihlal) | İkinci Bölüm, Karar Tarihi: 14/04/2022; *Erdal Karadaş*, Esas (ihlal), 2017/22700, Karar Tarihi: 28/5/2019.

60 *İpek Moral Ve Nuriye Gülmen*, 2019/30422 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 26/05/2022; *Onur Erden*, 2019/5403 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 31/03/2022; *Eser Budak*, 2020/12955 | Esas (ihlal) | Birinci Bölüm, Karar Tarihi: 13/04/2022.

aykırı olduğu gerekçesiyle ihlal oluşturduğu sonucuna varıldığı görülmüştür. Tüm bu kararlarda adeta şablon gibi “somut olayda kolluk tutanaklarında ve Hâkimlik kararlarında söz konusu oturma eyleminin kamu düzenini bozduğu ya da bu yönde ciddi bir tehlike doğurduğu yönünde herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır” değerlendirmesi yapılmakta veya söz konusu basın açıklamasının barışçıl olduğu ve hemen dağıldığı belirtilerek kamu düzeninin bozulduğuna ilişkin veri bulunmaması gibi niteliklerine vurgu yapılmaktadır. Bahsedilen üç karar ise Ankara Valiliği tarafından 21.1.2018 tarihinde (olağanüstü hal devam ederken) alınan, “belirli bir süre içermeksizin” zeytin dalı operasyonu sürerken geçerli olacak şekilde kaleme alınan ve olağanüstü hal bittikten sonra da uygulanmaya devam eden bir kararın uygulamasına ilişkindir. Üç başvurunun konusu olaylar olağanüstü hal bittikten sonra gerçekleşmiş ve bu nedenle Mahkeme müdahalenin kanuni dayanağı olmadığına karar vermiştir. Bu kararların dışındaki on kararın dördü⁶¹ olağanüstü hal devam ederken verilen idari para cezalarına ilişkindir ve mahkeme önce 13. madde, sonra 15. madde üzerinden inceleme yapmış ve ölçülülük ilkesine aykırı bularak ihlal kararı vermiştir.

Mahkeme, Van’la ilgili bir karar olan *Adnan Vural vd.* kararında “başvuru konusu olayda, şablon gerekçelerle birbiri ardına alınan yasaklama kararlarının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını anlamsız ve imkânsız kılacak bir dereceye ulaştırdığı” (par 60) sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu sonuca varırken güvenlik nedeniyle bu tür önlemler alınabileceğini, ancak yasaklama kararlarının gerekçesinin soyut bir terör tehlikesinden bahsetmekten ibaret olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, “somut olgulardan hareket etmeksizin salt ülkemizde terör tehlikesi bulunduğu gerekçesine dayalı olarak temel haklara yapılacak sürekli müdahaleler hakkın özünü ortadan kaldırma tehlikesi barındırır”. (par. 58) Mahkeme yine hemen tüm kararlarda eski kararlarına da atıfla “Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesinde yer alan emre itaatsizlik kabahatinin barışçıl gösterilere dolaylı müdahale edilmesinde kullanılma riski bulunduğu” dikkat çekmiş ve bu doğrultuda eylemlerin barışçıl olup olmadığına değinmiştir.

Seyithan Acar vd. kararı Van’da 2016’dan beri aralıksız süren yasaklama kararlarından birine; *Cengiz Fırat vd.* kararı Batman’da olağan dönemde “izne bağlama” kararına; *Zülküf Yıldız, Sezai Bulut vd., Gülcan Kurnaz* kararları 2019’da çeşitli illerde belediyelere kayyum atamaları eylemleri nedeniyle getirilen yasaklama kararlarına aykırı basın açıklamalarına ilişkindir.

61 Adnan Vural, Ramazan Süreç vd., Akın Fener vd, Erdal Karadağ kararları.

Bahsedilen 13 kararda emre aykırı davranış nedeniyle verilen idari para cezasının kanuniliği incelemesinde –ilgili mevzuat kısmında değinilen dayanak normlar değil- sadece Kabahatler Kanunu 32. madde incelenmiş, Mahkeme, ihlale kaynaklık eden ve Kabahatler Kanunu’na göre yaptırım uygulanmasına yol açan maddelerin kanuniliğini denetlememeyi tercih etmiştir.

Buna karşılık Mahkeme, oturma eylemini ifade özgürlüğü üzerinden değerlendirdiği *Türkan Albayrak* kararında yayımlanmış bir emir bulunmaması nedeniyle emre aykırılık kabahatinden para cezası uygulanmasını kanunilik ilkesine aykırılık bulmuştur: “44 ... 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesinde yer alan emre aykırı davranışa ilişkin hükmün unsurları oluşmaksızın uygulanmasının başvurucunun eylemi bakımından kanunilik unsurunu taşımadığı sonucuna varılmıştır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Cem Burak Karataş*, §§ 114,115; *Murat Ünal*, B. No: 2015/226, 12/12/2018, § 33)”. Bu kararda emre aykırı kabahat nitelemesindeki emrin dayanağı ve hukuka uygunluğu incelenmişse de yasaklama örneklerinde dayanak madde ve onun uygulanması incelenmemiştir. Mahkemenin toplantı gösteri yürüyüşlerine ilişkin yaklaşımı ile bu kararda ifade özgürlüğü açısından verdiği ihlal kararı birbiriyle çelişkilidir.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin daha önce çeşitli kararlarında emre aykırı davranış kabahatini açık ceza normu olarak nitelediği ve Mahkeme’nin deyişle “ ‘açık ceza hükmü’nün, Anayasa’ya uygun kabul edilebilmesi için suç konusunun ve müeyyidesinin tereddüte yer bırakmayacak şekilde kanunda açıkça belirtilmesi ve kişilerin belirlenen somut suç fiilini önceden bilmelerini sağlayacak kanuni güvencenin sağlanması gerektiği”⁶² unutulmamalıdır.

Diğer yandan, bu kararlar içinde Anayasaya tamamen aykırı olacak şekilde izne bağlama kararları olmasına rağmen sadece 32. maddeye göre inceleme yapması Mahkemenin emrin kanuni dayanağı olup olmadığını denetlememesi anlamına geldiğinden kolluğun hiçbir dayanağı olmayan

62 Eğitim-Sen kararı par. 66. Anayasa Mahkemesi daha yeni tarihli bir kararında da 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 66. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışların hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacağına ilişkin hükmün Anayasa’ya aykırılık iddiasını benzer gerekçelerle reddetmiştir (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 184). Mahkeme, öğretilerde suçun cezasını ve konusunu açıkça tanımlamış olmasına rağmen suça vücut verecek somut fiilin ne olduğunu belirtmeyerek bunu idareye bırakan kanun hükümlerine “çerçeve kanun” veya “açık ceza hükmü” dendiğini ve söz konusu kuralın da bu hükümlerden olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında açık ceza hükmü düzenlemelerinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir (10.12.1962 tarihli ve E. 1962/198, K. 1962/111 sayılı; 28.3.1963 tarihli ve E.1963/4, K.1963/71 sayılı; E.2001/143, K.2004/11 sayılı; 1.11.2012 tarihli ve E.2011/64, K.2012/168 sayılı kararlar). Mahkemeye göre ancak bu şekilde, suçu belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olması sağlanabilir (bkz. AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 180-187).

bir emri bakımından bile kanunilik şartının oluştuğu gibi mantık kurallarına aykırı bir sonuca gitmesine yol açmaktadır. İdari yaptırım alanında -Anayasa'nın 38. maddesinde özel olarak belirtildiği gibi- hem suç, hem de cezalar da kanunilik ilkesinin geçerli olması nedeniyle özellikle hassas bir denetimin yapılması gerektiği de dikkate alındığında bu yaklaşım son derece sorunludur. Bir başka örnekle açıklamak gerekirse, bu mantığa göre, çevre kolluğuna Çevre Kanununda idari para cezası verme yetkisi verilmişse ve çevre kolluğu kanunda hiç yer almayan bir eyleme dayanarak ceza verse bu cezalandırma kanunilik koşulunu karşılamış olacaktır. Bu yaklaşım, Mahkemenin hak ve özgürlük mahkemesi olma niteliğinin daha düşük olduğu norm denetimi kararlarının⁶³ da gerisindedir.

Olağanüstü halde verilen kararlar dışındaki tüm kararlarda İl İdaresi Kanunu 11. madde ile 2911 sayılı Kanunun 17. maddesi dayanak olarak gösterilmiş, Mahkeme sadece süresi belirsiz yasaklama kararını değerlendirdiği ve kanunilik ilkesine aykırılık bulunduğu üç kararda bu hükümlerle ilgili şu değerlendirmede bulunmakla yetinmiştir:

“41. Diğer yandan Valilik etkinlikleri izne bağlamaya yönelik ilgili kararına dayanak olarak 2911 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 5442 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (C) bendini göstermiştir. 2911 sayılı Kanun'un 17. maddesi gereğince bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale edilebilmesinin koşulları şöyledir:

i. Müdahalenin millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacını taşıması

ii. Müdahalenin belirli bir toplantıya yönelik olması

iii. Toplantıya yönelik ertelemenin bir ayı aşmaması

iv. Suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikenin mevcut olması hâlinde ise toplantının yasaklanabilmesi

42. Yine 5442 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (C) bendi gereğince ise bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale edilebilmesinin koşulları şöyledir:

i. Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunması

63 Konumuzla doğrudan bağlantılı olmadığından ayrıntılı incelenmemiştir. Ayrıntı için bkz. D. Çiğdem Sever, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Turhan Kitabevi, 2021, s. 176-196.

ii. On beş günün geçilmemesi

43. Görüldüğü üzere kanun koyucu her iki Kanun yönünden de bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale edilebilmesi için belirli şartların sağlanmasını ve belirli sürelerle müdahale edilebileceğini düzenlemektedir. Söz konusu düzenlemelerle bir toplantı ve gösteri yürüyüşü ancak belirli sürelerle ertelenebilir yahut yasaklanabilir”.

Mahkeme “yasaklama” ifadesi yerine “müdahale edilmesi” ifadesini tercih etmiş, aslında bu betimlemesi ile belli bir toplantıya ilişkin bu tür bir karar da alınabileceğini belirtse de bu kararın ana gerekçesi sadece belirsiz süreli yasaklama kararı verilmesi olmuş, genel yasak getirilip getirilemeyeceği ve bu maddelerin dayanak olup olmayacağı meselesine hiçbir kararında değinmemiştir. Her ne kadar Mahkeme, ihlal kararı vermiş olsa da bu kararlar uygulamanın değişmesini veya hakkın kullanılmasını mümkün kılacak sonuçları olan kararlar olmayıp sadece o kişilere verilen para cezalarının iptal edilmesi sonucunu doğuracak niteliktedir. Bu şekilde, genel anlamda toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılmasını imkansız/çok güç kılan “olağanüstü rejim” korunmuş olmaktadır. Zaten Mahkeme, bu “kaçınma” eğilimini doğrudan yasaklama kararıyla ilgili bir bireysel başvuruda da net biçimde ortaya koymuştur.

(ii) Yasaklama Kararının Kendisinin İhlale Yol Açtığı İddiası: Kaos GL (2) Kararı

Bu karar Ankara’da LGBTİ+ örgütlerinin her tür etkinliğini kapsayan ve bir buçuk yıl süren yasaklama kararıyla ilgili *Kaos GL (2)*⁶⁴ başvurusunda verilen kişi yönünden yetkisizlik kararıdır. Başvuruya konu olay, LGBTİ+ örgütlerinin yapacağı her tür etkinliğin yasaklanmasına ilişkin kararın⁶⁵ bir buçuk yılın sonunda Bölge İdare Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi karşısında bu

64 *Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (2)*, B. No: 2018/10351, 7/9/2021.
65 Karara göre, “Çeşitli sosyal medya ve birtakım yazılı ve görsel medya organlarından LGTT (Lezbiyen, gay, biseksüel, transseksüel veya travesti) ile LGBTİ (Lezbiyen, gay, biseksüel, transgender, intersex) adıyla çeşitli sivil toplum örgütleri tarafından, ilimizin muhtelif yerlerinde birtakım toplumsal hassasiyet ve duyarlılıkları içeren sinema, sinevizyon, tiyatro, panel, söyleşi, sergi vb. etkinliklerin gerçekleştirileceği şeklinde bilgiler elde edilmiştir” ... “Söz konusu paylaşımlarla halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edeceği, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkabileceği; ayrıca kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını tehlikeye düşürebileceği göz önünde bulundurulduğunda yapılmak istenen organizasyona katılacak olan grup ve şahıslara yönelik olarak; birtakım toplumsal duyarlılıklar nedeniyle de bazı kesimler tarafından tepki gösterilebileceği ve provokasyonlara neden olabileceği değerlendirilmektedir.” <http://www.ankara.gov.tr/yasaklama-kararina-iliskin-basin-duyurusu-19112017>

arada geçen sürede toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Mahkeme, Kaos GL Derneği'nin söz konusu başvuru açısından mağdur statüsü olmadığından kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Dernek) 1994 yılında Ankara'da kurulan ve merkezi Ankara'da olan, Türkiye'de LGBTİ+ hareketinin öncüsü olan derneklerden biridir; adından da anlaşılacağı üzere Derneğin faaliyet alanı doğrudan ve sadece LGBTİ+ bireylerle ilgilidir. Söz konusu yasaklama kararı da sadece bu gruba özgülenmiştir. Kararda mağdur statüsü bulunmadığı ve bu nedenle etkili başvuru hakkı yönünden bir koşul olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edildiğine dair "savunulabilir bir iddia" bulunmadığı gerekçesiyle etkili başvuru hakkı yönünden bir değerlendirme yapılmamış, sadece toplantı özgürlüğü bakımından kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Mahkeme, yasaklama kararı, yani salt idari işlem nedeniyle derneğin Anayasal haklarının ihlal edildiğinin ileri sürülemeyeceği sonucuna varmıştır. Yani Mahkeme, zaten genel anlamda tamamen yasak olan toplantıyı neden "yapmadığını ispatlamayan" başvuru sahiplerinin mağdur olmadığını belirterek adeta yasaklama kararına karşı gelip idari para cezası ödendiği takdirde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edilebileceğini kabul etmiş olmaktadır.

Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından inceleme yapıp ihlal kararı vermeseydi dahi yasaklama kararının kendisi "ihlale yönelik savunulabilir bir iddia"yı içerdiğinden hangi maddenin ihlal edildiği konusunda kendisinin niteleme yapma yetkisini kullanarak etkili başvuru hakkı incelemesi de yapması gerekirdi.⁶⁶ Diğer yandan, bu başvurunun bariz biçimde ayrımcılık değerlendirmesi yapılabilecek bir başvuru olduğunu da belirtmek gerekir. Bu kararda Mahkemenin mantık sınırlarını zorlayarak bu başvuruya bakmaktan kaçındığını söylemek abartılı olmayacaktır.

(iii) Yasaklama Kararına Karşı Açılan İptal Davalarında İdari Yargının Etkili Başvuru Yolu Olmadığı İddiası: Sarıkabadayı vd. kararı

Mahkeme'nin konuyla ve etkili başvuru hakkıyla ilgili doğrudan değerlendirme içeren tek kararı *İsmail Sarıkabadayı vd.*⁶⁷ kararıdır. Olayda 7-8 Mayıs 2016 tarihlerinde yapılması planlanan gösteriden iki gün önce il ge-

66 Bu noktada etkili başvuru yolu hakkının ihlal edildiğinin –hakkın doğası gereği- ilk derece mahkemelerinde ileri sürülmesi gerekmediğini ve Mahkemenin bazı kararlarında yöneldiği bu argümanın da kullanılamayacağını belirtmek gerekir.

67 *İsmail Sarıkabadayı ve diğerleri*, B. No: 2016/23696, 8/6/2021.

nelini kapsayacak şekilde 30 gün süreyle “geçici barınma merkezini protesto etmek amacıyla yapılan her türlü etkinliğin yasaklanması” kararına karşı iptal davası açılmış, yürütmenin durdurulması talebi hakkında idarenin savunması alındıktan sonra karar verilmesine ilişkin bir ara kararın ardından 29 Haziran 2016 tarihinde yürütmenin durdurulması talebi reddedilmiştir. Mahkeme, etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiayı değerlendirirken yürütmenin durdurulması talebinin savunma almadan geçici olarak verilebileceği yönünde ve savunma süresinin kısaltılması ve tebligatın hızlandırılması konusunda düzenlemeler yapılmış olmasını yeterli görmüştür. İlgili düzenlemelerin tamamı hakimın resen (kendiliğinden) verebileceği kararlar olmasına karşılık Mahkeme, “başvuru konusu müdahale yönünden terrik olarak etkili olan yürütmenin durdurulması kurumunun uygulamada da etkililiğini sağlamak adına başvurucuların kendilerinden beklenebilecek yükümlülükleri yerine getirmediikleri ve bu doğrultuda toplantı haklarıyla bağlantılı olarak etkili başvuru haklarının ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır” (par. 66) gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, kararın devamında etkili başvuru hakkıyla ilgili bu değerlendirmenin, verilen kararın sonucundan bağımsız olarak “ilgili yasaklama kararının hukukiliğini, geçerli olduğu zaman diliminde yargı merciine denetletilme ve bir sonuç alabilme kapasitesiyle ilgili olduğunu” belirtmiştir. (par. 67) Başvuru yürütmenin durdurulması talebinin reddinden sonra ve henüz dava sonuçlanmadan yapıldığı için toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin nihai bir değerlendirme içermemektedir.

İdare mahkemeleri açısından etkili başvuru yolu sorunu, öncelikle davanın esastan karara bağlanmasından önce idari yargıya özgü bir kurum olan ve yukarıda koşulları belirtilen yürütmenin durdurulması kararı açısından ele alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi de bu nedenle, davanın esastan karara bağlanması beklenmeksizin yapılan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmesi koşulunu sağladığına karar vermiştir. Mahkeme, *İsmail Sarıkabadayı ve diğerleri* kararında “iptal davasının esastan karara bağlanmasını beklenmeksizin yürütmenin durdurulması talebinin reddi üzerine bireysel başvuruda bulunduğu görülen başvurucuların mevcut koşullarda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden makul bir başarı şansı sunan ve çözüm sağlayabilecek başvuru yolunu tükettiği”(-ni) kabul etmiştir.⁶⁸ Bu açıdan, etkili başvuru hakkının ihlali iddialarında yürütmenin durdurulması talebinin reddinden sonra bireysel başvuru yoluna gitmek mümkündür.

68 *İsmail Sarıkabadayı ve diğerleri*, B. No: 2016/23696, 8/6/2021, par. 34.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, konuyla ilgili ilk olarak *Baczkowski vd. v. Polonya* kararında, sonrasında aynı şekilde *Lashmankin v. Rusya* kararında toplanma tarihinden önce toplanma özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar bakımından etkili başvuru yolunun, bu tür sınırlandırmalara ilişkin nihai kararın toplanma tarihinden önce alınması olasılığını ima ettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, *post-hoc* bir başvuru yolu, Sözleşme'nin 11. maddesine ilişkin olarak yeterli telafi sağlayamayacaktır. Bu nedenle, ilgili kanunların Devlet makamlarının karar verirken uyması gereken makul süreler öngörmesi, toplanma özgürlüğünden etkin bir şekilde yararlanılması için önemlidir.⁶⁹ Mahkeme, bu açıdan hem *Alekseyev* hem *Lashmankin* kararlarında Rusya'da var olan düzenlemeler uyarınca bir toplantı düzenlemek için düzenleyicilere belli zaman sınırlamaları getirilmesine karşın idarelere yasaklama için belli bir süre sınırı getirilmemesini vurgulayarak var olan başvuru yollarının *post-hoc* nitelikte olduğunu ve toplantının yapılmasını engelleyecek idari kararlarının yargısal denetiminde mahkemelerin toplantı tarihinden önce karar vermesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme⁷⁰ olmamasının da bu niteliği pekiştirdiğini saptamıştır. (*Alekseyev*, par. 99; *Lashmankin*, par. 346-347) Bu noktada, Rusya'daki ilgili düzenlemelere göre, toplantı düzenleyeceklerin en erken 15 gün, en geç 10 gün önce başvuruda bulunduğunu, idari makamların üç gün içerisinde toplantının yerini, zamanını veya yapılaş biçimini reddetme/değiştirme yetkisi olduğunu; hatta mahkemelerin bu davaları on gün içerisinde sonuçlandırması gerektiğine ilişkin düzenlemeler olduğunu belirtmek gerekir. Mahkeme *Lashmankin* kararında Rusya mahkemeleri için getirilen bu on günlük sürenin uygulandığı konusunda Devletin ikna edici bir doküman veya istatistik sunmadığını ve bu nedenle ikna edici bulunmadığını, bu başvuruya konu olaylarda da 10 gün içinde karar verilmeyebildiğini saptamıştır. Hatta ilk günden başvuru yapıлып tüm süreler uyulduğu takdirde bile toplantı gününden önce karar verilmesinin garanti olmadığını özellikle belirtmiştir.

Sonuç

“Olağanüstü rejim”, idarenin kolluk yetkilerinde “olağan” demokratik koşullarda var olan kolluk yetkilerine göre bir genişlemeyi ifade etmekteyse de bugün gelinen noktada Türkiye’de demokrasi ve çoğulculuk açısından

69 *Baczowski vd. v. Polonya*, no. 1543/06, § 81-83, 3.5.2007; *Lashmankin vd. v. Rusya*, 2017, § 345.

70 Karardan Rusya Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine 2015 yılında Rusya'da toplantı tarihinden önce yargısal denetimin yapılması zorunluluğunu içeren yasal düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. § 351.

özel öneme sahip olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından olağan/olağanüstü hal ayrımı silikleşmiştir. Bu silikleşme, üç erkten kaynaklanan üç ayrı kaynağa sahiptir: Normlar, normları uygulayan idarelerin eğilimleri ve yargı kararları.

Özellikle 2016 yılından bu yana çok sayıda ve tekrarlayarak çok uzun sürelere yayılabilen genel yasaklama kararları hakkı kullanılamaz hale getirirken, bu kararlara karşı açılabilen davalar ve alınan kararlar hakkın kullanımı açısından olumlu bir etki yaratabilecek nitelikte değildir. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu zaten otoriter bir anlayışın izlerini taşıırken günümüzde İl İdaresi Kanunu ve valilikler eliyle, daha geniş ve sınırları belirsiz genel yetkilere dayalı olarak hak ihlalleri yaşanmaktadır. Bu tür uygulamalar tıpkı ifade özgürlüğünde olduğu gibi önemli bir caydırıcı etkiye sahiptir ve bir demokrasi aşınmasına da yol açmaktadır.

Bu yasaklama kararlarının izne bağlama gibi anayasaya bariz aykırılıklar içerebilmesi, İl İdaresi Kanunu'ndaki genel yetki normlarının dayanak yapılması, 2911 sayılı Kanunda yer alan gerekçelilik ile açık ve yakın tehlike koşullarının karşılanmaması, ölçülülük ilkesine aykırı ve hakkın özüne dokunur nitelikte kararlar alınması gibi unsurlara rağmen sayıları binleri bulan bu kararlara karşı açılan davalarda etkili bir yargısal denetim yapıldığını ve idari yargının –özelde de yürütmenin durdurulması kurumunun- hem mevzuat açısından, hem de uygulamada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi anlamında etkili bir başvuru yolu olduğunu söylemek mümkün değildir. Diğer yandan, yasaklama kararlarına aykırı biçimde gösteri yapan kişilere uygulanan idari para cezalarının Sulh Ceza Hakimlikleri tarafından denetiminin de ölçülülük, kamu düzeninin bozulması gibi unsurları dikkate almadığı çok sayıda Anayasa Mahkemesi kararından anlaşılmaktadır.

Hak ve özgürlük mahkemesi olması gereken Anayasa Mahkemesi de bu hakkın etkili biçimde korunması açısından yetersiz kalmıştır. Doğrudan yasaklama kararının bu hak bakımından mağdur sıfatına yol açmadığına ilişkin Kaos GL (2) kararında bu kararların Anayasaya uygunluğunu ve İsmail Sarıkabadayı kararında idari yargının etkili olup olmadığını incelemekten kaçınmıştır. Diğer yandan, Mahkeme, verilen idari para cezalarına karşı yapılan başvuruların tamamında ihlal kararı vermekle birlikte kanuni dayanakları ve yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu denetlemeksizin para cezalarının ölçsüzlüğü veya demokratik toplum düzenine aykırılığı bakımından inceleme yapmayı sürdürmektedir. Tüm bu unsurlar bir arada değerlendirildiğinde, yıllar sonra alınan ihlal kararının para cezasını ortadan kaldırmak dışında hiçbir etkisi yoktur.

Kaynakça

- Agamben, Giorgio, *State of Exception*, The University of Chicago Press, 2005.
- Ardıçoğlu, Artuk, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Mıdır?”, <https://birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-soka-ga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir>
- Dyzenhaus, Davidi “Schmitt V. Dicey: Are States of Emergency Inside Or Outside The Legal Order?”, *Cardozo Law Review*, Vol.27:5, 2005-2040.
- Esen, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, 2008, s. 278 vd.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler”, *Dicle Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi*, 1992, Cilt 5, Sayı 5
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, Ekin yayınları, 2019, s. 1374-1379.
- Lobel, Jules, “Emergency Powers and the decline of liberalism”, *Yale Law Journal*, V. 98, 1384-1433.
- Neocleous, Mark, *Critique of Security*, Edinburgh University Press, 2008.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yayınları, 2018
- Özenç, Berke, “Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Ve Mekân Yasakları”, *İÜ-HFD*, Yıl 2015, Cilt 73, Sayı 2, 87 – 133.
- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, 1982, s. 183; Fazıl Sağlam, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, 1984.
- Sever, D. Çiğdem, “Olağanüstü Hal: Hukuk Sisteminin Karadeliliği mi?”, *Çağımızda Toplum ve Hukuk*, Bahar 2012(29/8).
- Sever, D. Çiğdem, “Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı Bakımından İdari Yargının Etkili Başvuru Yolu Olma Niteliği”, *Eşit Haklar İçin İzleme Derneği*, 2022. <https://www.esithaklar.org/2022/07/turkiyede-toplanti-ve-gosteri-yuruyusu-hakki-bakimindan-idari-yarginin-etkili-basvuru-yolu-olma-niteligi-raporumuz-yayinda/>
- Sever, D. Çiğdem, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Turhan Kitabevi, 2021
- Şirin, Tolga, “Türkiye’de Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Sorunlar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2 / Sayı:4 / 2013, s. 289-316.
- Şirin, Tolga, “Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir Mi?”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 4 / Sayı:7, 2015, s. 261-288.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 2008
- Yeşilyurt, Nazire İrem “İdari yargıda yürütmenin durdurulması ve ivedi yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, *AÜSBFD*, C.70/2, 2015, s. 403-433.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yayınları, 1996.
- Doğukan Tonguç Cankurt, Mert Ekinci, Gözde Demirci, Edip Mert Arslan- Toplumsal Hukuk, Ohal Döneminde Toplantı Özgürlüğü İhlalleri Raporu <http://www.toplumsal hukuk.net/wp-content/uploads/2019/02/OHAL-RAPORU.pdf>

Tartışma: Katılımcıların Katkıları

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı) – Şimdi katılımcıların katkıları, tartışma aşamasına geçiyoruz. Buyurun, Ece Hanım’dan başlayalım.

Prof. Dr. Ece Göztepe – Çok teşekkür ederim. Benden sonra konuşacaklar için küçük bir uyarıda bulunmak isterim; ses kaydı aldığımız için söz alan herkesin ismini, kurumunu söylemesini rica ediyoruz. Sonra yayınlanma aşamasında bize çok yardımcı oluyor. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi.

Öncelikle hem Hülya Dinçer’e hem de Çiğdem Sever’e bu iki güzel tebliğ için çok teşekkür ediyorum, çok büyük zevk aldım, çok şey öğrendim. Tekrar tekrar düşündürttü ve olağanüstü halin aslında bir kara delik olduğunu bana tekrar hatırlattı. Sizlerin eleştirilerine ekleyeceğim bir şey yok. Düzeltme aşamasında tebliğlerinize belki ek olarak yazılı bildiririm. Burada tartışmada bir cephe daha açmak için üç hususa değinmek istiyorum.

Kavramsal olarak ikiniz de çok güzel ortaya koydunuz: En başta tartışmamız gereken şey, olağanüstü halin kalıcılığı ve sürekliliği meselesi ve tabii ki bu tedbirlerin nitelikleri. Şu anda Türkiye’deki olağanüstü hâl, Roma hukukundaki ilk diktatörlük rejimine benziyor. Biliyorsunuz Roma hukukunda ilk olağanüstü hâl kurumu kabul edildiğinde, diktatöre sınırlı bir süre verilen yetkiler, sistemin bütün güvencelerinin dışında yetkilerdi, yani sebepsiz insan öldürmeyi de kapsayan yetkilerdi. Şu anda bizim yaşadığımız, Roma hukukunda daha sonra evrimleşmiş diktatörlüğün en orijinal hali; diktatörlüğü burada Roma hukukundaki olağanüstü hâl diktatörlüğü anlamında anlıyorum. Bunun aslında bir öncülü var.

Dile getirdiğim zaman biraz gereksiz bir titizlik olarak anlaşılıyordu başlarda ama Mevzuat Bilgi Sistemine şimdi baktım, belki dünden beri bir değişiklik olmuştur diye. 2002’den beri, yani 20 yıldır peşinde olduğum bir olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi var: 285 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi, mevzuat Bilgi Sisteminde hâlâ duruyor. Ben 2005 yılından beri Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sisteminden Kanunlar Müdürlüğüne, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki değişik komisyonlara e-postalar yazdım, her toplantıda Başbakanlıktan birisi varsa yakasına yapıştım, bütün ders kitaplarının ilgili yerlerini ilettim ve dedim ki: “285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname artık yürürlükte değil, dolayısıyla Mevzuat Bilgi Sisteminde de olmaması gerekir ve çıkartılmalı.” Aslında bu, bir şeylerin işaretiydi; 1987 tarihli Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun bugün hâlâ Mevzuat Bilgi Sistemimizde var. Bir defa bu türden kavramsal tartışmalarla,

bu türden idari uygulamaları tekrar gözden geçirmek son derece faydalı olacaktır.

Bir başka eleştirim, idarenin karşı tarafındaki kişilere, öncelikle de muhalefete. Dijital demokrasi, dijital anayasacılık son yılların çok önemli, bizim demokrasinin genişletilmiş alanı olarak daha çok incelediğimiz, incelemeyi tercih ettiğimiz bir alan. Ama dijital demokrasi ne yazık ki yanlış anlaşılıyor Türkiye’de. Milletvekilleri parlamentoda muhalefet yapmak yerine, ofislerinde kamera karşısında alternatif medya için gönüllü muhabirlik yapıyorlar ve Hülya Dinçer’in tebliğinde söylediği gibi, bazen o eleştirdiğimiz kanunlar lehine oy kullanarak; bazen de sadece anayasal bir yetki değil, aynı zamanda bir anayasal yükümlülük olan anayasa yargısına başvurma yetkisini kullanmayarak buna dahil oluyorlar. Bence bu da eleştirilmesi gereken bir şey. Herkes öncelikle kendisine verilen işlevi yerine getirmeli ve dijital anayasacılığın kamera karşısında gönüllü muhabirlik yapmak değil, olması gereken kurumda görevini yerine getirmek olduğu tekrar hatırlanmalı.

Burada kesinlikle şunu söylediğim zannedilmesin: Anayasa Mahkemesi’ne gidersek çok büyük bir başarı elde etmiş oluruz. Hayır, Anayasa Mahkemesi’nde de eleştirdiğimiz çok şey var, ama buraya hiç gitmemek bir tercih olamaz. Anayasa’nın geçici 20’nci maddesiyle ilgili olarak CHP’nin yaptıklarını ve yapmadıklarını hatırlıyoruz hepimiz. “Bizim alınımız ak, ne gelirse gelsin” dendi ve tabii ki Anayasa Mahkemesi milletvekili dokunulmazlıkları ile ilgili ilk kararını CHP milletvekili Kadri Enis Berberoğlu ve daha sonra HDP milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu hakkında verdi. Ama eğer CHP görevini yerine getirseydi, belki o iki kişinin aylar yıllar süren hapis hane deneyimini yaşamak zorunda kalmaması söz konusu olacaktı. Dolayısıyla herkesin kendi anayasal işlevlerine sahip çıkması gerektiğini düşünüyorum.

Bir de aslında Çiğdem’in söylediği şeyin bir başka boyutuna, yani bir başka amorf duruma geçtik. Hep yetkili valilikler karar veriyor dediniz, kaymakamlıklar. En son pandemide ve pandemi sonrasında artık kaldırılan tedbirlerden sonra yetkili makam bulamama sorunuyla da karşı karşıyız. Fethiye’deki müzik yasaklarından hatırlarsanız, organizatör alana gidiyor, kendisine polis tarafından kaymakamlığın Twitter hesabı üzerinden etkinliği yasakladığı söyleniyor. Kaymakamlığa gidiliyor, Kaymakamlık kendisinin bu yasağı koymadığını söylüyor, böyle bir karar vermediğini söylüyor, valiliğin verdiğini söylüyor. Valiliğe gidiliyor, valilik de karar veren organ olmadığını söylüyor. Görüldüğü üzere, dijital demokrasi burada Twitter demokrasisine dönüşmüş durumda. Sonrasında ise Twitter hesabındaki haberler siliniyor ve hiç kimsenin ulaşamadığı bir idari karar, bir konserin yasaklanmasına sebep oluyor.

Görüldüğü üzere, otoriterlikte artık başka bir boyuta geçtik. Fısıltı gazetesi usulüyle hiçbir yetkili makamın “ben bu kararı aldım” dahi demeye gerek görmediği bir “demokratik” ya da “demokratik süreci” yaşıyoruz. Bence bunlar da otoriter bir evrilmenin son halkası olarak ele alınabilir.

Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı)- Evet, konuşmacı arkadaşımız kendisini de tanıtırса kayıtlara geçer.

Doç. Dr. Altan Heper- Merhabalar. Adım Altan Heper, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı öğretim üyesiyim.

Benim katkım, Hülya Dinçer Hoca'nın sunuşu ile ilgili. Kanuni sorumluluk ilkesiyle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası aklıma geldi. 7'nci maddenin 1'inci fıkrası kanunsuz suç olmaz, kanuni belirlilik ilkesi, kanunilik ilkesini düzenlerken, 2'nci fıkrada uygar ulusların tanıdığı hukuki ilkeler doğrultusunda suç teşkil eden fiillerin yargılanması, cezalandırılması ilkesine yer veriyor. Yani siz iç hukukta sorumsuzluk getirseniz de cezai bir fiile, uygar ulusların anlayışlarına göre suç teşkil edecek davranışı suç olmaktan çıkarsanız bile, uluslararası hukuka göre yargılama mümkün. Birçok ülke de başka ülkelerde işlenen ağır suçların yargılanmasına izin veriyor. Mesela aklıma şimdi Alman hukuku geldi.

Siz ne düşünüyorsunuz? Yani bu 7'nci maddenin 2'nci fıkrası acaba sorumsuzluk düzenlemesi ile çelişir mi veya 7'nci maddenin 2'nci fıkrası Türkiye için de uygulama alanı bulabilir mi? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı)- Söz almak isteyen vardı arkadan...

Dr. Öğretim Üyesi Özge Aksoylu- Herkese merhaba, ben Özge Aksoylu, Galatasaray Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. Necmi Hocam da sorguladı Çiğdem Hocanın sunumu vesilesiyle, idari yargının etkililiği meselesini. Bu aslında sadece toplantı gösteri yürüyüşleri ile ilgili olarak değil, birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliğindeki idari işlem bakımından geçerli. Özellikle yürütmenin durdurulması kararlarının o hakkın yerine getirilmesini engelleyecek şekilde makul sürede çıkmaması dolayısıyla. Ben de bu vesileyle acaba nasıl bir çözüm olabilir diye soran Necmi hocama katkı sunmak isterim.

Bugün kaybettiğimiz hocalarımızı andık. Ben de çok yakın tarihte ve çok genç yaşta kaybettiğimiz Galatasaray Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim

Dalı Başkanı Profesör Doktor Erdoğan Bülbül'ü anmak istiyorum. Onun, zannedersen ben 2'nci sınıftayken, Danıştay'daki İdari Yargı Günü'nde sunduğu bir tebliğin başlığıydı ivedi yargılama usulleri. Fransa'daki *référé* sisteminin Türk hukukuna nasıl uyarlanabileceğiyle ilgili, bütün Danıştay yargıçlarının ilgisini çeken bir tebliği sunmuştu. Bu anlamda *référé-liberté* sistemi gerçekten idari yargının haklara müdahale niteliğindeki idari işlemlere ilişkin olarak yaptığı denetimin etkinliğini sağlayabilecek bir sistem. Daha sonradan ivedi yargılama usulü adı altında bir sistem İdari Yargılama Usulü Kanununa getirildi, ancak tabii Erdoğan Hocanın önerdiği sistemle hiçbir ilgisi olmayan, bu anlamda aslında aksine hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkını bana göre ölçsüz şekilde sınırlandıran bir sistem olarak getirildi. Ancak o isim aslında bildiğim kadarıyla Türk hukukuna Erdoğan Hocanın armağanı idi. Umarım gerçekten Erdoğan Hoca'nın öngördüğü bir biçimde Fransa'daki *référé* örneğine uygun bir ivedi yargılama usulü ilerleyen süreçlerde Türkiye'de de İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılacak değişikliklerle getirilir.

Bu vesileyle hocamı da anmış oldum. Tekrar konuşmacılara çok teşekkür ediyorum. Gerçekten çok zenginleştiren, tekrar tekrar düşünmemizi sağlayan çok değerli tebliğlerdi.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı)- Evet, Özge Aksoylu arkadaşımıza teşekkür ediyoruz. Bu yıl Rona Aybay'ın yanında çok sevdiğimiz, benim kardeşim kadar sevdiğim Erdoğan Bülbül'ü de kaybettik. Bakın yıllar önce bu toplantıda "acaba idari yargıda buna bir çözüm önerilebilir mi" diye sorduğumuzda, onun isminin anılması, bu şekilde anılmak çok güzel bir şey, yıllar öncesinden bugün sorduğumuz sorunun cevabını vermiş olması. Ama bizim kamu otoritelerinin buna duyarsız kaldığı anlaşılıyor. Özge'nin söylediğine göre, ivedi yargılama usulü onun önerdiği şekilde değil de bambaşka şekilde, hatta ölçsüz sınırlamalara sebep olacak şekilde kabul edilmiş.

Yani Türkiye'de yetişmiş insanlar var, öneriler de var, öyle anlaşılıyor. O zaman iş siyasetçilere kalıyor bunu hayata geçirmek konusunda diyelim.

Evet, buyurun efendim.

Av. Nail Gürman- Avukat Nail Gürman, Türk Hukuk Kurumu Başkanıyım.

Sayın Başkan; siz de konuşmanızda ifade ettiniz, oradan başlamak istiyorum. Bu soruyu sorarken biraz mahcubiyet içinde olduğumu ifade etmek istiyorum. Ancak Türkiye'de bazı siyasiler ve sizin de ifade ettiğiniz gibi bazı alt derece mahkemeleri çeşitli zamanlarda ve çeşitli şekillerde Anayasa

Mahkemesinin veya bazı mahkemelerin ama özellikle Anayasa Mahkemesinin kararlarını tanımadıklarını, kabul etmediklerini ifade etmişlerdir. Bu, bir anlamda Anayasayı ihlal midir ya da devamında Anayasa Mahkemesi bu beyanlar karşısında herhangi bir yaptırıma gitmiş midir? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı)- Başka sorusu olan arkadaşımız var mı?

Bir kere anayasayı ağır ihlal benim gördüğüm kadarıyla. Hatta anayasayı ve Anayasa Mahkemesini değil sadece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını da tanımamak manasına geliyor. Bunun uluslararası sorumluluğu da söz konusu oluyor, devletin sorumluluğu da söz konusu oluyor. Bunlara uymamanın biliyorsunuz Avrupa Konseyi'nden çıkarmaya kadar yaptırımları var. Bazı davalar bakımdan bu süreç de işliyor, Kavala davasında sona doğru yaklaşıyoruz biliyorsunuz. Umarım Konsey'den çıkarılmaya kadar varmaz, biz Avrupa Konseyi'nde kalırız, aksine bir temennimiz yok. Ama bunun ihlal olduğu açık. Anayasa Mahkemesi de kararlarının etkisini açıklığa kavuşturmak adına, "alt derece mahkemelerinin bu kararlara uymama gibi bir yetkisi yoktur" diyerek, durumun vahametini vurgulayan cümleler ekledi sonraki kararlarına. Şimdilik sakinleşti gibi görünüyor ortalık, ama bir başka derece mahkeme yargıcı daha çıkar mı "ben tanımıyorum Anayasa Mahkemesi kararını" diyen onu bilemem şu aşamada.

Evet, başka katılımcı olarak yok. Şimdi belki arkadaşlarımızdan ek açıklama yapmak isteyenler olabilir. Buyurun.

Doç. Dr. D. Çiğdem Sever- Ece Hoca'nın Roma hukuku yorumuna bir ek yapmak istiyorum. Aslında bu karadelik betimlemesi tam da bununla ilgili bence. Çünkü bir şekilde modern anayasacılık sistemlerinin ilk örneklerinde olağanüstü rejimlerde anayasanın uygulanmayabileceği yazıyor öncelikle. Yani tabii tarihsel ve uzun bir mesele, ama daha sonra zaten hukuk devleti kavramıyla ilişkili olarak anayasalar artık buna bir hukuki sınır koyma yoluna gidiyorlar. Yani anayasanın yürürlükte olması esas ama anayasal başka bir rejim meydana çıkıyor, işte Anayasadaki 13. ve 15. madde ayrımı gibi bir rejim zaten böyle bir aşamaya işaret ediyor. Ancak Türkiye'de bugün olağan dönemde izne bağlama gibi kararların etkili yargısal denetimi olmaması, var olan normların yazılış biçimi ve idarelerin bunu okuma biçimi gibi etkenler bunu etkisizleştiriyor... Yani bu süreçte aslında yasama, yürütme, yargı; hepsinin bir rolü var, üçü birden olağanüstü hali bir karadeliğe dönüştürmüş durumda. Bu açıdan, düşman ceza hukuku konuşuluyor, ancak düşman idare hukuku da eklenebilir buna. Çünkü olağanüstü hal ilanı olmaksızın bir şekil-

de hedef belirlenerek - anti-terör meselesinde de dünyada tartışılan konulardan biri bu- belli bir alana, belli bir özgürlüğe ya da belli bir kitleye özgü bir olağanüstü hale dönüşen uygulamalara geliyoruz; ki bu bir tehlike, büyük bir tehlike.

Şunu da söyleyeyim; Fethiye örneğiyle bu ivedi yargılama ya da idari yargının etkililiği sorunu da önemli. Sadece yargılama usulü değil, özel bir yargılama kuralı gerekiyor. Sadece toplantı gösteri yürüyüşü bakımından değil, pek çok hak ve özgürlüğün ihlalinde gerçekten daha sonra gelecek mahkeme kararları çok anlamsız kalıyor. İnsanlar bu yüzden dava açmıyor. Yani binlerce yasaklama kararı var ama zaten iş işten geçmiş oluyor ve dava açmanın pek bir anlamı kalmıyor. Ancak bunun ötesinde idari usul meselesi de aynı zamanda bu. Yani yasaklama kararının ne zaman, nasıl alınabileceği ve yargının ne kadar süre içinde karar vermesi gerektiği bir arada değerlendirilmesi gereken bir şey. Etkili başvuru yolu evet yargıyla ilgili ama bir yandan idari usul de o yargısal denetim için ayrılmaz bir unsur.

Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu toplantı gösteri yasaklama kararıyla ilgili 3 karar verdi: Lashmankin, Alekseyev ve Backowski. Bu üç kararda şunu söyledi: *post hoc* yani gerçekleştirdikten sonra verilecek kararların zaten etkili çok olmaya elverişli olmadığını belirtti, bunun için de belli kriterler geliştirdi Avrupa İnsan Hakları mahkemesi, bunları bu kriterlere göre değerlendirecektir. Rusça okuma olanağım yok ama karardan anladığımız burada idari usul anlamında bir sınır var, toplantı düzenleyecekler en erken 15 gün, en geç 10 gün içinde başvuruda bulunuyor. Dolayısıyla bir süre kalıyor ve aynı zamanda idareye yasaklama konusunda 3 gün içinde bir yetki veriyor. On gün içinde de İdare Mahkemesinin tamamlaması gerekiyor bu incelemeyi. Ona rağmen ihlal kararı verildi. Yani Türkiye’de var olan durum şu anda sizin de bahsettiğiniz Fethiye olayı gibi olabilir. Siz tam oraya gidiyorsunuz ki yasaklama kararı geliyor, İzmir’de ve başka bir sürü yerde tartışma konusu oldu bu. Tam toplantıya giderken bir anda bir genel yasak kararı gelir, o anda gelebilir. Size de tebliğ edilmesi gerekmez, ilan edilir. Twitter’da da olabilir, hiçbir engel yok buna ve yani bu usulde de bir problem var, buna ilişkin de bir değerlendirme yapmak gerekir; Türkiye’deki ivedi yargılama usulü bunun tam tersi. Yani özelleştirme, sınav denetimi, acele kamulaştırma gibi konularda kabul edildi. Dolayısıyla bu tür hak ve özgürlükler üzerinde bir etkisi yok.

Ayrıca pek çok zaman bu davalarda idareler savunma bile vermiyor, dosyayı gönderiyor sadece. Çünkü bitmiş zaten, hani orada artık savunacak bir şey de kalmıyor, iptal kararı verse de bir anlamı yok çünkü. Ama şunu

görmek zorundayız: Anayasa Mahkemesi istatistikleri paylaştı, biliyorsunuz 450 bin başvuru var diye her yerde yazıldı; Almanya'yı merak edip baktım. Yani bir istatistik daha; Anayasa Mahkemesi'nde kadın üye yok Almanya'da yüzde 50'nin üstünde kadın üye oranı. Bu istatistiği de paylaşayım, ama bence daha önemli bir istatistik, 1951 yılından bugüne kadar 240 bin karar var. Yani bu sorunu çözenin yolu mahkeme değil aslında. Mahkeme sonuçta telafi edici bir şey, öncelikle bu ihlalleri önlemek zorundasınız. Bunun için tabii ki tam da aslında Hülya'nın konusuyla benim konum burada bir arada gidiyor bence.

Kamu görevlilerinin cezasızlığı meselesi, sadece ceza hukuku açısından değil, idare hukuku açısından da, yani hem mali sorumluluk, hem idari sorumluluk, hem cezai sorumluluk anlamında bir sorumsuzluğu içeriyor ve bir şekilde idarelerin bunları yapmaktan kaçınmasını sağlayacak, yani hukuka uygun davranmasını sağlayacak denetim mekanizmalarınız ya da normlarınız olmadığı sürece cenazeyi kaldırmakla yetiniyoruz biz sadece. Esas hedefimiz bir şekilde bu ihlalleri önlemek olmalı. O yüzden bu noktada elbette hak ve özgürlük mahkemesine ihtiyacımız var, ama bir şekilde hukuku tanıyan bir idare olması ve yasama organının da burada idarenin etkili denetlenebileceği bir norm yazması gerekiyor. Türkiye'de giderek kaybettiğimiz yer burası; yani bu 3 aşamada da bence sorun var, o açıdan vurguluyorum. Geldiğimiz bu aşamada sorunumuz sadece yargı değil gibi görünüyor.

Çok teşekkür ediyorum, bana fırsatı sundunuz bu vesileyle.

Dr. Hülya Dinçer- Çok teşekkür ederim katkılar ve eleştiriler için.

Altan Hocanın sorusuna kısa bir cevap vermeye çalışacağım. Elbette Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7/2'nci maddesi, cezasızlık getiren düzenlemelere karşı ya da af olarak nitelenebilecek, af sonucu doğurabilecek ulusal düzenlemelere karşı önemli bir dayanak noktası. Çünkü bu madde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, kişinin işlediği sırada sadece ulusal hukukta değil, uluslararası hukukta da suç olarak düzenlenmiş eylemlerinden sorumlu olacağı şeklinde yorumlanmasını gerektiriyor. Hatta uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukukunda bugün cezasızlıkla mücadelenin geldiği noktada, devletlerin ağır insan hakları ihlallerini etkili bir şekilde soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün bir uluslararası teamül hukuku kuralına, hukukun evrensel bir ilkesine dönüştüğü anlayışının güç kazandığı söylenebilir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında ve Birleşmiş Milletler'in pek çok belgesinde, devlet-

lerin ağır insan hakları ihlallerini cezasız bırakamayacağı, affa ya da zaman aşımına uğratamayacağı, özellikle de yaşama hakkına ve vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı fiilleri cezasız bırakacak düzenlemeler yapamayacağı ifade ediliyor.

Hatta bu açıdan en güçlü denetim mekanizmalarından olan Amerikalı-lararası İnsan Hakları Mahkemesi 90'lar ve 2000'lerde geliştirdiği içtihadı ile Brezilya, Uruguay, Şili gibi ülkelerde çıkarılan af yasalarının hükümsüz olduğunu söyledi. Yani bir insan hakları mahkemesi, devletin uluslararası insan hakları hukukundan doğan cezalandırma yükümlülüğü karşısında bir ulusal düzenlemenin hükmünün olamayacağını ilan etti. Dolayısıyla bu düzenlemelere karşı çok sayıda güçlü hukuki dayanak mevcut elbette ama neticede iş dönüp dolaşıp iç hukukta bu normların uygulayıcılarına, normların muhataplarına geliyor.

Ben bir de zaman kısıtlaması nedeniyle atlamış oldum, özellikle Necmi Hoca bahsettiği için eklemek istiyorum: Sivillerin sorumluluğunun kaldırılmasıyla ilgili normu, Anayasa Mahkemesi, insan haklarıyla ilgili görmedi. Bu norm bir suç ya da hukuka aykırı bir fiili kapsamaz dedi. Dolayısıyla insan hakları açısından, Anayasa'nın 13. maddesi bakımından bir denetim gerçekleştirmedi. Bunun tabii ki çok vahim bir sonucu var. Çünkü sunumda da aktarmaya çalıştığım gibi, bu norm, doğrudan yaşama hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı fiillerin soruşturulması ile, dolayısıyla devletin usul yükümlülüğü ile ilgili. En azından bu açıdan temel insan haklarıyla ilişkili bir hüküm. Bu açıdan bir denetim gerçekleştirmemesi gerçekten çok vahim bence.

Bir de şunu söylemeyi unuttum. Bu izin müessesesinde, sunumda bahsettiğim düzenlemelere ek olarak, 2018'de kabul edilen, sevgili Çiğdem'in de bahsettiği, OHAL yetkilerini 3+1 yıl uzatan yasa ile TMSF için neredeyse 8 yıla yayılan bir el koyma yetkisi getirildi; burada bir sermaye transferi söz konusu. Bu bahsettiğim kanun aynı zamanda kendine özgü bir kamu görevinden ihraç prosedürü de yarattı; görevden ihraç yetkisini ilgili kurumlara ve bakanlıklara devrederek, OHAL sona ermiş olmasına rağmen, kamu görevlilerinin olağan disiplin usulleri saf dışı bırakılarak kamu görevinden çıkarılmalarını mümkün kıldı. Mesela bu ihraç işlemlerini gerçekleştiren kamu otoritelerinin sorumluluğuna gidilmesi de yürütmenin iznine bağlandı. Yani OHAL sona ermesine rağmen, sorumsuzluk düzenlemeleri yasadan yasa-ya sıçrayarak, olağan hukuk düzeninin her alanına sızarak, katlanarak arttı. Bunu eklemek istedim.

Çok teşekkür ederim bu fırsatı verdiğiniz için sorularla.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturma Başkanı)- Evet, başka katılımcı arkadaşımız var mı? Zamanımız var çünkü. Buyurun.

Av. Doruk Oktar- Avukat Doruk Oktar, Atılım Üniversitesi yüksek lisans kamu hukuku öğrencisiyim. Hülya Hocaya sormak istiyorum: Bu kadar geniş bir sorumsuzluk kaydının bizim anayasal düzenimizde sadece kanunla tanınması mümkün mü? Şahsi kanaatim, anayasal bir kayıt olması gerekir diye düşünüyorum. Yani kanun düzeyindeki bir düzenlemeyle bu kadar geniş yargisal muafiyet ve sorumsuzluk alanı tanınabilir mi? Sorum bundan ibaret.

Teşekkür ediyorum. Sunumlarınız için de ayrıca teşekkür ederim.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturma Başkanı)- Evet, bir arkadaşımız daha vardı. Buyurun onu da dinleyelim, ondan sonra cevaplayalım.

Dr. Dinçer Demirkent- Teşekkür ederim. Dinçer Demirkent. Hülya Hoca'nın sunumuyla bağlantılı olarak, aslında uzun süredir düşündüğüm bir meseleyi soracağım.

Olağanüstü hal araçlarını kullanarak yürütmenin alanını genişletmesi meselesinin, olağanüstü hal ilan edilmeden önce aslında başladığını söyledi Hülya Hoca ve olağanüstü hal sonlandırıldıktan sonra da pandemi döneminde bu önlemlerin genişletildiğini gördük. Şunu sormak isterim, buna nasıl bir cevap veririz? Olağanüstü hal ilan etmemenin gerekçesi nedir? Özellikle işte bu Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'ndeki operasyonlar sırasında ve tabii pandemi sırasında; yani hangi gerekçelerle olağanüstü hal ilan edilmeden olağanüstü araçların kullanılmasına gereksinim duymuştur yürütme?

Bunun sadece Türkiye'ye özgü olmadığını da biliyoruz. Pandemi döneminde olağanüstü araçları kullanan dünyadaki birçok farklı hükümet de olağanüstü hal ilan etmedi. Dolayısıyla; olağanüstü hali bir tür güvence olarak göreceğimize mi geldik neredeyse, özellikle post-faşist rejimler olarak adlandırdığımız rejimler bağlamında, diye sorayım.

Bir de Çiğdem Hoca'ya küçük bir sorum var: Toplanma hakkını, toplanma ve gösteri yürüyüşleri hakkını bir tür egemenlik ilişkisiyle ilişkilendiren düşünürler var. Mesela Judith Butler toplanma hakkı üzerine yazdığı son kitapta yer alan makalede bunu söyledi. Van'da, Şırnak'ta, Hakkari'de -özellikle vurguladınız- 5 yıla yayılan, 15'er günlük, 13'er günlük aralarla ilan edilen yasaklar var; hakkın özüne dokunulduğu, hakkın yıllarca kullandırılmaması gerekçesiyle açık. Bunun egemenlik ilişkisiyle bağını kurabilir miyiz diye soracağım. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı)- Evet, zannediyorum başka söz isteyen yok. Buyurun soruları cevaplayabiliriz.

Dr. Hülya Dinçer- İlk soru elbette provokatif bir soru. Bunu belki Necmi Hoca'ya da paslayabilirim. Bana kalırsa, Türkiye'nin elbette bir geçici 15'inci madde geçmişı var ve Anayasa'da yer verilen bir çıkış garantisi olarak bu hükmün sorumsuzluk kayıtlarıyla benzer yapıda olup olmadığı tartışılabilir, hukuki niteliğinin başka olduğu ileri sürülebilir. Ama her halükarda, devletin uluslararası insan hakları hukuku uyarınca üstlendiğı yükümlülükler göz önüne alındığında, benim görüşüm, ister yasal isterse anayasal nitelikte olsun, kamu görevlilerinin eylemlerini hukukun denetim alanından çıkaracak sorumsuzluk düzenlemelerin yapılamayacağı yönünde. Geçici 15'inci maddeyle ilgili yürütölen tartışmada da, Anayasa Mahkemesi önüne gelen bireysel başvurularda bu maddenin o dönemde, yani 1980 askeri darbesi döneminde işkence, kötü muamele, yargısız infaz gibi işlendiğı iddia edilen suçlar bakımından bir sorumsuzluk getirdiğı yönünde yorumlanamayacağını söyledi. Kısacası hükmün cezasızlık üretecek şekilde yorumlanamayacağını söyledi.

Elbette Anayasa Mahkemesi'nin bu sunumda aktardığım düzenlemeler bakımından da bu tespiti yapmış olması, bu düzenlemelerin ancak Anayasa'ya uygun biçimde yorumlandığı haliyle hukuk düzeninde var olmaya devam edebileceklerini söylemesi önem taşıyor. Ama diğer yandan bir normun hukuka uygun yorumuyla, o normun kamu otoritelerinin eylemlerine nasıl yön verdiğı farklı meseleler. AYM OHAL sonrası getirilen sorumsuzluk kayıtlarıyla ilgili bir karar verene kadar -tıpkı geçici 15'inci maddeyle ilgili olduğu gibi-, bu düzenlemeler 3-5 yıl boyunca cezasızlık üretme riski taşıyacak biçimde uygulandılar. AYM'nin kararına rağmen de böyle yorumlanmaya devam edilmeleri çok olası. Dolayısıyla ben bu tür düzenlemelere hukuk düzeninde yer olmaması gerektiğı kanaatindeyim.

Dinçer'in sorusuna ilişkin olarak; aslında özellikle sokağına çıkma yasakları döneminde olağanüstü hal ilan edilmemesinin gerekçesini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Avrupa Konseyi'ne, Birleşmiş Milletler'e sunduğı cevaplarda şöyle ifade etmişti: " Bakın, aslında biz hak ve özgürlükleri sınırlandıracak, durduracak düzeyde ağır tedbirleri alma yolunu seçmiyoruz, demokratik ve olağan usuller çerçevesinde yetkileri kullanıyoruz; bu aslında yaptığımız her şeyin hukuka uygun olduğunun bir kanıtı da, OHAL ilan edecek kadar ileri gitmiyoruz aslında..."

Bu bence bir de şöyle yorumlanabilir: Bugün artık devletler çoğunlukla olağanüstü hal ilan etme ihtiyacı duymuyorlar. Burada da sunumda bahse-

demediğim bir yazardan alıntı yaparak eklemek isterim. Andrew Neil, İngiltere’de -özellikle de 11 Eylül saldırıları sonrasında yürürlüğe sokulan- güvenlik politikalarını ve anti-terör mevzuatını inceliyor ve bu tür ağır terör saldırıları ve güvenlik krizinin ardından olağanüstü zamanlarda devreye giren acil yasa yapım tekniğinin artık OHAL ilanının yerini aldığını, yani egemen bir kararla bir istisna rejimi üretmeye gerek olmadığını, çünkü pekala parlamentoyu da yürütmenin istediği gibi, - tam da benim bahsettiğim bu 6722 sayılı kanunda yürütmenin parlamentoyu kendi kriz gündemine çok kolaylıkla çekebildiği gibi-, acele bir yasa yapım tekniğiyle, demokratik müzakere usullerini bypass ederek, bir aciliyet hissi ile olağan yasa yapımıyla olağanüstü yetkileri çok kolaylıkla kullanabildiğini söylüyor. Neil bu eğilimi *normalization* ya da *legislative exceptionalism* olarak adlandırıyor. Yani istisnailik artık parlamento içine taşınmış durumda ve olağanüstü hal yetkilerinin normalleştirilmesi artık yasa eliyle mümkün. Bu da tam söylediğiniz gibi, post-faşist ya da yeni otoriter rejimlere ya da bazı yazarlarca yeni despotizm olarak tanımlanan rejimlere özgü özelliklerden biri gibi geliyor bana. Çok teşekkür ederim.

Doç. Dr. D. Çiğdem Sever- Evet, teşekkür ediyorum. Bu OHAL niye ilan edilmedi sorusu bana sorulmadı ama bir anekdot olarak belki bunu da söylemek lazım: Çünkü gerek yoktu. Çünkü olağan dönemde, o olağanüstü hal yetkileri kullanılıyor, mahkemeler de etkili bir denetim yapmıyor. Burada Anayasa Mahkemesi’nin Senih Özay kararını hatırlatalım. Pandemi döneminde 65 yaş üstü sokağa çıkma yasağı kararıyla ilgili denetimde idari yargının da etkili bir yol olmadığını ileri sürüldü, mahkeme bunu dikkate almadı.

Ben bu egemenlik meselesiyle ilgili şunu söyleyeyim. Uzun konuşulabilecek bir şey bu konu ama ben egemenlik kelimesinin kendisinden kaçınıyorum, yani özellikle de kaçmaya çalıştığım bir terminoloji. Burada -Berke Özenç de aramızda- Schmitt-Kelsen tartışmasına doğru bir seyir izlemek lazım. Özellikle Schmittyen egemen- istisna terminolojisinden kaçınıyorum bakış açısı olarak. O yüzden soru, nasıl cevap vereceğim diye düşündüğüm bir soru. Hak ve özgürlük tartışmalarını, -özellikle toplantı, gösteri yürüyüşü gibi demokratik talepler açısından son derece kritik bir özgürlükte- adalet, egemenlik gibi kavramlar üzerinden tartışmaktan özellikle kaçınmak gerektiğini düşünenlerdenim. Yani özellikle oradan arınmış bir terminoloji ile konuşmaya çalışıyorum. O yüzden de soruya nihilist bir cevap vermiş olacağım.

Dediğim gibi biraz üzerine konuşulmalı belki. Ben dönemselsel olarak bu post-faşizm tartışmalarının aslında tam da dönüp Kelsen tartışmalarına dönmek için iyi bir fırsat olduğunu düşünüyorum. Çünkü tam da aslında Kel-

sen'in o faşist rejimlerin yükseldiği dönem üzerinden okunmasının önemli olduğunu düşünüyorum ve onun o egemenlik, adalet kavramlarından, hukuku bu tür kavramlardan arındırma çabasının tam da o faşizm yükselişiyle ilgili okumak gerekir.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Oturum Başkanı)- Evet sorumla ilgili anayasaya bir hüküm konulabilir mi diye sordu arkadaşımız. Tek tek yasalarla başa çıkmak mümkün değil. Keza, anayasaya hüküm koysanız bile uygulanmıyor ise ne işe yarayacağından çok emin değilim. Ayrıca, burada idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır diye öteden beri anayasa hükmü var zaten yargı denetimi yolunu açan. Sorumluluk yaratmak bakımından başkaca hükümler de çıkarılabilir, hiç bir şey bulamazsa hukuk devletini bulur. Yani hukuk devleti ilkesinden hareketle, bizim yargının, idare mahkemesinde, Anayasa Mahkemesi'nde bunu yorumlayarak, bu tür içtihatlar oluşturduğunu biliyoruz. Bütün mesele yargının buna niyetli olması. Yani hesap verilebilirlik konusunda. Siyasi hesap vatandaşa veriliyor seçimlerde; mahkemelere hesap veriliyor hukuk düzeni içerisinde. Mahkemelerin, yargıçların hukuk devleti ilkesini yorumlayarak hesabını sorması lazım, yani o anlayış ve yaklaşım içinde davranması lazım.

Dolayısıyla Anayasa'ya nasıl bir hüküm konur, ne işe yarar? Bunu belki biraz düşünmek lazım. Ama dediğim gibi hiç bir şeyi bulamasa bile hukuk devleti ilkesini yorumlayarak bunu yapacak olan yargıdır. Çünkü diğer organlar ne koyarsa koysun, o hükmü sonuçta mahkemeler uygulayacak; mahkemelerin bakışı, temel hak ve özgürlükleri koruyucu yaklaşımı önemli. Bireysel başvurularda bizim Anayasa Mahkemesi baya iyi kararlar veriyor; ama Meclisin yaptığı başta kanunlar olmak üzere diğer işlemlerin denetiminde aynı cesareti göstermiyor. Şimdi basın kanunuyla ilgili ne karar vereceğini göreceğiz Anayasa Mahkemesi'nin. Burada Anayasa Mahkemesi'nin daha cesur, işlevine uygun olarak özgürlükleri koruyucu, siyasal iktidarı denetleyici bir rolü üstlenmesi gerekir; işlevi de odur sistem içerisindeki. Demin olağan dönemde de olağanüstü dönem önlemlerinin devamlı hale gelmesi, yani olağanüstüleşmesi meselesinde de Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliğinin buna yol açtığını söylemiştim. Bu noktada yine aynı yerdeyim. Şimdi siz zaten olağan dönemde de olağanüstü önlemler alabiliyorsanız, size dur diyen yoksa idari yargı, Anayasa yargısı sizin önünüzü kesmiyorsa, alırsınız. İl İdaresi Kanunu zaten inanılmaz yetkiler veriyor. Onu da aşarak -öyle oldu pandemi sürecinde- düzenlemeler yapıyorsunuz. Ne güzel Avrupa Konseyi'ne de ben olağanüstü önlemler almadan pandemiyle mücadele ediyorum diyorsunuz. Öyle bir görüntü veriyorsunuz. Yani özgürlükleri bakın

nasil koruyorum, bu pandemi ile bile olağanüstü hal ilan etmeden ve dolayısıyla da olağanüstü önlemler almadan mücadele ediyorum diyorsunuz. Buna onlar inanıyor mu bilmiyorum. Ama biz burada yaşayanlar olarak, alınan önlemlerin olağanüstü önlemler olduğunu görüyoruz. Yani biz pandemi aslında olağanüstü dönem yaşadık. İşte burada yargı önemli. Anayasa Mahkemesi 2016-2018'de uygulanan olağanüstü dönemde deseydi ki, sen olağanüstü dönemde olağanüstü halin gerekli kıldığı önlemleri alırsın; kış lastiğinden tut da olağanüstü halin gerekleriyle hiç ilgisi olmayan çok sayıda düzenlemelerin -bunlar basına yansıdı biliyorsunuz- ne işi var burada deseydi eğer, bu yola gidilmezdi. Cesaret kazandı- en azından- yürütme; doldur içini, nasıl olsa Anayasa Mahkemesi 13'üncü maddeye uygunsuzsa eğer, onlara dokunmuyor, yürürlükte kalmasına göz yumuyor. Yargılama sürecinde bunu durduracak, hukuk devleti içinde tutacak Anayasa Mahkemesidir. Orada bunun önünü kapatmalıydı diye düşünüyorum, ki önceki içtihat da böyleydi.

Peki, büsbütün önlenir mi? Önlenemez. Ama şimdi tamamen önünü açtı bence. Dolayısıyla eğer bir siyasal iktidar olağanüstü hal ilan etmeden de olağanüstü önlemler alabiliyorsa, niye ilan etsin ki? O bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin bu meseleye bakışı son derece anlamlıydı. Şimdi biz, yapmış gibi yapıyoruz. Mesela dedik ki, sıkıyönetimi kaldırdık. Nereden kaldırdık sıkıyönetimi? Bütün sıkıyönetim sebeplerini olağanüstü hal nedenleri arasında saydık, zaten rejim aynıydı; her ikisi de Anayasanın 15'inci maddesi hükümlerine tabiydi; her ikisinde de Cumhurbaşkanının başkanlığında Bakanlar Kurulu kararlar alıyor idi. Bizim pratikte yaşadığımız, sıkıyönetim halinde sıkıyönetim komutanları, askerler var devrede uygulamada; olağanüstü halde polis var, siyasi otorite var. Zaten onun dışında olağanüstü hal ile sıkıyönetim arasında fark yoktu ki normlar bakımından. Anayasa'nın 15'inci maddesi, yetkili organlar, kararlar, kararnameler, Cumhurbaşkanlığı, Bakanlar Kurulu bakımından aynı rejime tabi idiler. Bir şey yapmadık, sadece sıkıyönetim sebeplerini olağanüstü hal sebepleri arasında sayarak bir maddede topladık. Yani hep böyle görüntüyü kurtaran, -mış gibi yapan ama içini doldurmadığımız bir tutumumuz var. Evet.

İKİNCİ OTURUM

Prof. Dr. Metin Günday (Oturum Başkanı)- Değerli meslektaşlarım, sayın konuklar; ikinci oturumu açıyoruz. Önce, bugün değerli hocamız Profesör Mümtaz Soysal'ın ölüm yıldönümü zannediyorum; onu saygıyla, sevgiyle ve özlemlerle anıyoruz.

Sunulacak tebliğin konusu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelemleri ile kamu görevlilerinin ihraç edilmesi. Aslında bu bizde pek yeni değil, eskiden de bu filmi biz gördük. 12 Eylül döneminde, Sıkıyönetim Kanunu'ndaki bir hükme istinaden sıkıyönetim komutanlarının emirleriyle, talimatlarıyla bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmamak üzere kamu görevlilerinin kamu hizmetinden ihraç edilmeleri... Bunları yaşadık o dönemde. Sıkıyönetim Kanunu'nda kamu düzeni açısından ya da görevde bulunmaları açısından sakıncalı görülen personelin ihraç edilmesi...

Şimdi 2016'dan sonra -ki sizin tebliğinizin konusu bu- bu film bir başka versiyonuyla karşımıza çıktı. Bu kez Olağanüstü Hal Kanunu'nda böyle bir şey yok, bir yasal dayanağı da yok. Önce şöyle bir düzenleme yapıldı, sizin bu tebliğinizde söz edeceğimiz KHK'lardan önce: 667 sayılı OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi ile sanırım. Orada, terör örgütleriyle irtibat ve iltisaklı olanlar, kurumlarında oluşturulan bir komisyon bunu tespit ettiği takdirde, bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemek üzere ihraç ediliyorlardı. Ama onlara karşı- bir idari işlemle yapılıyordu bu- yargı yolu açıktı. Yani ne kadar açıksa... ama mahkemeye başvurulabiliyordu. Hemen akabinde, o uygulamadan vazgeçildi ve sizin şimdi değineceğiniz düzenlemeler geldi. Savunma hakkı açısından inceleyeceksiniz siz, değil mi?

Ben önce bir bu ihraç işlemlerinin ne anlama geldiğine ilişkin Danıştay'ın bir saptamasını aktarayım. Belki siz de o saptamayı irdeleyebilirsiniz, tartışabilirsiniz. Çünkü gerçekten anlayamadığım bir niteleme, aynen şöyle söylüyor Danıştay: Şimdi bu KHK'larla, KHK'lara ekli listelerle ihraç edilen kamu görevlileri -yargıçlar-, meslekten çıkarmaya karşı dava açtılar, Danıştay'da dava açtılar. Danıştay dedi ki: Efendim ben bunları denetleyemem. Niye denetleyemem? Çünkü Danıştay Kanunu'na göre ben HSK'nın vermiş olduğu meslekten çıkarma cezalarını denetleyebilirim, bir disiplin cezası. Oysa bunlar, bu ihraçlar disiplin cezası değil, öyle diyor Danıştay. Disiplin cezası değil...

Aynen söylüyorum, yani ben pek anlamadım bu nitelemeyi de: Geçici olmayan, yani sürekli ve nihai sonuç doğuran olağanüstü tedbir. Tamam mı? Dolayısıyla ben bunu denetleyemem, benim görev alanım içine girmez.

Olsa olsa idare mahkemesi buna bakar. Görev, idare mahkemesine ait. İdare mahkemesi de dedi ki: Ben kanun hükmünde kararnameyi denetleyemem, çünkü bunlar kanun hükmünde kararnamenin eki. Yani yasa gücündeki bir düzenleme ile yapılan ihraç işlemleri, yasa düzeyinde bireysel işlemler. Sonra yasa oldu onlar, değil mi?

Yargı yolu kapalıydı o zaman. Savunma filan yok zaten; Danıştay da öyle söylüyor, “disiplin cezası değil ki, niye savunma alacaksınız?” diyor. Yargı yolu kapalı. Sonra öyle şey olmaz dediler ve OHAL komisyonunu kurdular. O da çok ilginçtir. Başta yok, tamamen dışarının baskısıyla oldu bu OHAL komisyonu. Dediler ki: “Ya bunların hepsi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidecek, ihraç edilenler, 100 bin, 150 bin, ne kadarsa. Bunu frenleyici bir mekanizma getiriniz, bir başvuru yolu öngörünüz.” İşte bu OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu kuruldu. Herhalde değineceksiniz oluşum biçimi itibarıyla, değil mi?

Üçü sayın Cumhurbaşkanı -daha önce Başbakan-, biri Adalet Bakanı tarafından atanıyor. Adalet Bakanlığı’nda merkez ya da bağlı kuruluşlardaki hakim ve savcılar arasından Adalet Bakanı atıyor. Birini de İçişleri Bakanı, mülki idare amirleri arasından atıyor. Birer tane de Hakimler ve Savcılar Kurulu, Yargıtay ve Danıştay tetkik hakimlerinden atıyor. O komisyon da ilginç bir komisyon. O komisyonun verdiği kararın ne olduğunu da ben bir idare hukukçusu olarak anlamış değilim. Ortada bir Bakanlar Kurulu kararı, o zaman OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi’ne ekli listedeki ihraçlar var.

Bunlara karşı itiraz edilecek, değil mi? İtiraz üzerine göreve iade kararı verilebiliyor. Bu şekilde oluşturulan komisyon, OHAL kanun hükmünde kararnamesi -sonra kanun oldu bunlar- ile yapılan bir düzenlemeyi geçersiz sayacak eğer göreve iade kararı verirse, değil mi? Nasıl olacak bu? Böyle bir şey olabilir mi? Oluyor... Olmuyor aslında, neden olmuyor? Çünkü bu OHAL komisyonu denilen OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonunun kararları içinde yüzde 10 bile değil göreve iade kararları. Barış Akademisyenlerinin hemen tamamının başvurusu reddedildi. Onları de daha başka bir kategori: Anayasa Mahkemesi, “düşünce özgürlüğünü kullanmışlardır” diyor. Ceza mahkemelerinde yargılanmışlar, hiç bir şekilde bir suç yok. OHAL komisyonu, işte bu komisyon diyor ki: “Göreve iade edilemez, hatta OHAL tedbiri olarak ilâ-nihâye iade edilmez...”

Bu sorunu Danıştay 1989 yılındaki içtihadı birleştirme kararıyla halletmişti, bitmişti. Bu kadar basit... Bir olağanüstü hal rejiminde alınan önlemler, olağanüstü hal rejimi sürdüğü müddetçe geçerlidir. Bu kadar; iki kere iki,

dört, bitti... Başka konuşacak bir şey var mı? Yok, ama var. Yüzde 10 var-yok göreve iade; pîrüpâk olmuşlar onlar komisyon önünde, gerisi -yüzde 90, 95- idare mahkemesine dava açmış, yüzde 2 iptal kararı çıkmış idare mahkemesinden. Buyurun.

15 Temmuz 2016 Sonrası Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri İle Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarında Savunma Hakkı İhlalleri

Mustafa YILMAZ¹

Özet (Abstract)

Demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim olmayıp, kaynağını anayasada bulan, anayasa kurallarına göre yürürlüğe konulup yasama ve yargı organlarının denetiminde uygulanan modellerdir. Olağanüstü yönetim usulleri, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de başvurulan yöntemlerdir. 1982 Anayasamızın 2017 Anayasa değişikliğinden önceki halinde olağanüstü yönetim usulleri olarak olağanüstü hal ile ve sıkıyönetim ve savaş hali olmak üzere yöntemler bulunmakta idi. “Olağanüstü hal” rejimi, Anayasamızın 119, 120 ve 121. Maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmişti. Sıkıyönetim modeli 2017 Anayasa Değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Olağanüstü hal rejimi sözkonusu olduğunda bireylerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanabilmekte, askıya alınabilmekte hatta durdurulabilmekte, devletin ve idarenin eline çok geniş yetkiler verilmektedir. Hukukumuzda olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna temel hak ve özgürlüklerin her alanında düzenleme yapabilme yetkisi verilmiştir.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrası, Anayasanın mülga 121. Maddesi gereğince, Milli Güvenlik Kurulunun görüşü alındıktan sonra Cumhurbaşkanlığı başkanlığında Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 20 Temmuz 2016 tarihli kararla olağanüstü hal ilan edilmiş, üç ay süreyle ilan edilen olağanüstü hal, Meclis tarafından 7 kez uzatılarak 19 Temmuz 2018’e kadar devam etmiştir. 2 yıl süren olağanüstü hal döneminde 37 tane (667 sayılı KHK ile 703 sayılı KHK’ler arası) olağanüstü hal kanun hükmünde kararna-

¹ Dr. Öğr. Üyesi Av., Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

me (OHAL KHK)'si çıkarılmış, olağanüstü halle ilgili-ilgisiz pek çok alanda düzenlemeler ve idari kararlar ihdas edilmiştir. Bu KHK'ler ve ekli listeleri (668 ile 701 sayılı KHK) ile 129.415 asker-sivil kamu görevlisi kamu görevinden ihraç edilmiş, binlerce pasaport iptal edilmiş, çok sayıda medya kuruluşu, sendika, öğretim kurumu kapatılmıştır. Olağanüstü halin gerektirdiği konular dışında da birçok alanda olağanüstü hal KHK'leri ile düzenleme yapılmış, pek çok yönden hukuka, Anayasaya, kanunlara, temel hak ve özgürlüklere aykırı işlem ve eylemlerde bulunulmuştur.

15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK'leri, hukuki niteliği itibariyle genel düzenleyici işlemlerden olup idari işlemlerin hukukî rejimine tabidir. Olağanüstü hal KHK'lerinin yetki, şekil, sebep, konu, amaç unsurları yönünden kapsam ve süre açısından hukuka ve Anayasaya aykırılıklar barındırdığı, fonksiyon (görev) gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzleri içerdiğinden ötürü yok hükmünde sayılması gerektiği, çok sayıda temel hak ve hürriyeti ihlal ettiği kamuoyunda, doktrinde, yargı makamlarınca tartışılmış ve halen de tartışılmaktadır. Ayrıca olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetime açık olup olmaması da ayrı bir tartışma konusudur. Anayasanın 148/1 maddesinde olağanüstü hal KHK'lerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı hüküm geçmişte de yürürlükte olmasına rağmen 1991 yılında Anayasa Mahkemesi bazı olağanüstü hal KHK'lerinin olağanüstü halin kapsamını, konusunu, süresini aşan hükümlerini iki ayrı kararında iptal etmiştir. Ancak 15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerini ise önceki içtihatlarından vazgeçerek denetlemekten kaçınmış ve içeriğine bakmadan yetkisizlik nedeniyle yargılama taleplerini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki görüşü de yeni tartışmaları beraberinde getirmiştir.

15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerine Ekli listelerle binlerce kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılmadan, savunması alınmadan, mahkemelerce verilen bir ceza hükmü olmaksızın, suçlu olup olmadığına bakılmaksızın masumiyet ilkesi ihlal edilerek, ölçülülük ilkesine aykırı kamu görevinden çıkarma cezası verilmiştir. Kamu görevinden çıkarma cezaları, bireysel işlem olmasına ve yargı denetimine açık olmasına rağmen olağanüstü hal KHK'leri ile birlikte yapıldığından yargı organları, kamu

görevinden çıkarma kararlarını denetlemekten kaçınmışlardır. Bunun üzerine başta kamu görevinden çıkarma kararlarını incelemek üzere Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonu kurulmuş, bu Komisyona idari başvuruda bulunulması öngörülmüş, bu Komisyonun verdiği kararlara karşı yargı yoluna başvurulabilmiştir.

Kamu görevinden çıkarma kararları, disiplin işlemlerinden olup idari yaptırımların bir türüdür ve disiplin hukukunun hukuki rejimine tabidir. Disiplin cezalarında bir takım genel ilkelere riayet edilmesi gerekir. Savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmemesi, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında tutulmaması, disiplin cezaları verilirken yasaya uygun, makul ve ölçülü cezalar verilmesi, disiplin hukukunun temel ilkeleridir.

Savunma hakkı, sadece Ceza hukukunun değil, aynı zamanda İdare hukukunun, disiplin hukukunun da en temel haklarından, hukukun genel ilkelerinden birisidir. Savunma hakkı, disiplin soruşturmalarında “çelişme usulü” olarak adlandırılan asli şekil (usul) şartıdır. Yani savunma hakkı verilmeden tesis edilen disiplin cezaları açık şekilde hukuka aykırıdır, hatta kimi yazarlarca yoklukla malül işlem olarak nitelendirilmektedir. Bu dönemde olağanüstü hal KHK’lerinin önemli bir kısmında Ekli listelerle binlerce kamu görevlisine disiplin hukukunun genel ilkelerine aykırı, hiçbir soruşturma açılmadan, savunma hakkı verilmeden veya gereği gibi soruşturma yapılmadan, yasal dayanağı olmadan kamu görevinden çıkarma cezası tesis edildiği gözlemlenmiştir.

Bu çalışmada yukarıda bahsi geçen konular, doktrin ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü hal, kanun hükmünde kararnameler, kamu görevinden çıkarma, disiplin hukuku, savunma hakkı.

Keywords: State of emergency, state of emergency decree law, dismissal from public service, disciplinary law, right to defense.

I-Giriş

Olağanüstü yönetim usulleri, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de başvurulan yöntemlerdendir. Demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim olmayıp, kaynağını anayasada bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulup yasama ve yargı organlarının denetiminde uygulanan modellerdir. 1982 Anayasamızın 2017 Anayasa değişikliğinden önceki halinde olağanüstü yönetim usulleri olarak olağanüstü hal ile sıkıyönetim ve savaş hali olmak üzere olağanüstü yöntemler bulunmakta idi. “Olağanüstü hal” rejimi, Anayasamızın 119, 120 ve 121. Maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmişti. Sıkıyönetim modeli 2017 Anayasa Değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Olağanüstü hal rejimi sözkonusu olduğunda bireylerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanabilmekte, askıya alınabilmekte hatta durdurulabilmekte, devletin ve idarenin eline çok geniş yetkiler verilmektedir. Hukukumuzda olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna temel hak ve özgürlüklerin her alanında olağanüstü hal kanun hükmünde kararname (OHAL KHK) ile düzenleme yapabileme yetkisi verilmiştir.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrası, Anayasamızın mülga 121. Maddesi gereğince, Milli Güvenlik Kurulunun görüşü alındıktan sonra Cumhurbaşkanlığı başkanlığında Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 20 Temmuz 2016 tarihli kararla olağanüstü hal ilan edilmiş, üç ay süreyle ilan edilen olağanüstü hal, Meclis tarafından 7 kez uzatılarak 19 Temmuz 2018’e kadar devam etmiştir. 2 yıl süren olağanüstü hal döneminde 37 tane (667 sayılı KHK ile 703 sayılı KHK’ler arası) olağanüstü hal kanun hükmünde kararname (OHAL KHK)’si çıkarılmış, olağanüstü halle ilgili-ilgisiz pek çok alanda düzenlemeler ve idari kararlar ihdas edilmiştir. Bu KHK’ler ve ekli listeleri (668 ile 701 sayılı KHK) ile 129.415 asker-sivil kamu görevlisi kamu görevinden ihraç edilmiş, binlerce pasaport iptal edilmiş, çok sayıda medya kuruluşu, sendika, öğretim kurumu kapatılmıştır. Olağanüstü halin gerektirdiği konular dışında da birçok alanda olağanüstü hal KHK’leri ile düzenleme yapılmış, pek çok yönden hukuka, Anayasaya, kanunlara, temel hak ve özgürlüklere aykırı işlem ve eylemlerde bulunulmuştur.

15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK’leri, hukuki niteliği itibariyle genel düzenleyici işlemlerden olup idari işlemlerin hukukî rejimine tabidir. Olağanüstü hal KHK’lerinin yetki, şekil, sebep, konu, amaç unsurları yönünden kapsam ve süre açısından hukuka ve Anayasaya aykırılıklar barındırdığı, fonksiyon (görev) gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzleri içerdiğinden

ötürü yok hükmünde sayılması gerektiği, çok sayıda temel hak ve hürriyeti ihlal ettiği kamuoyunda, doktrinde, yargı makamlarınca tartışılmış ve halen de tartışılmaktadır.

15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerine Ekli listelerle binlerce kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılmadan, savunması alınmadan, mahkemelerce verilen bir ceza hükmü olmaksızın, suçlu olup olmadığına bakılmaksızın masumiyet ilkesi ihlal edilerek, ölçülülük ilkesine aykırı kamu görevinden çıkarma cezası verilmiştir. Kamu görevinden çıkarma cezaları, bireysel işlem olmasına ve yargı denetimine açık olmasına rağmen olağanüstü hal KHK'leri ile birlikte yapıldığından başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yargı organları, kamu görevinden çıkarma kararlarını denetlemekten kaçınmışlardır. Bunun üzerine başta kamu görevinden çıkarma kararlarını incelemek üzere Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonu kurulmuş, bu Komisyona idari başvuruda bulunulması öngörülmüş, bu Komisyonun verdiği kararlara karşı yargı yoluna başvurulabilmiştir.

Kamu görevinden çıkarma kararları, disiplin işlemlerinden olup idari yaptırımların bir türüdür ve disiplin hukukunun hukuki rejimine tabidir. Disiplin cezalarında bir takım genel ilkelere riayet edilmesi gerekir. Savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmemesi, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında tutulmaması, disiplin cezaları verilirken yasaya uygun, makul ve ölçülü cezalar verilmesi, disiplin hukukunun temel ilkeleridir.

Savunma hakkı, sadece Ceza hukukunun değil, aynı zamanda İdare hukukunun, disiplin hukukunun da en temel haklarından, hukukun genel ilkelerinden birisidir. Savunma hakkı, disiplin soruşturmalarında "çelişme usulü" olarak adlandırılan asli şekil (usul) şartıdır. Yani savunma hakkı verilmeden tesis edilen disiplin cezaları açık şekilde hukuka aykırıdır, hatta kimi yazarlarca yoklukla malül işlem olarak nitelendirilmektedir. Bu dönemde olağanüstü hal KHK'lerinin önemli bir kısmında Ekli listelerle binlerce kamu görevlisine disiplin hukukunun genel ilkelerine aykırı, hiçbir soruşturma açılmadan, savunma hakkı verilmeden veya gereği gibi soruşturma yapılmadan, yasal dayanağı olmadan kamu görevinden çıkarma cezası tesis edildiği gözlemlenmiştir.

Bu çalışmada yukarıda bahsi geçen konular, doktrin ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

II- Olağanüstü Hal (OHAL) Yönetim Usulleri

Olağanüstü yönetim usulleri; devleti, kamu düzenini, kamu güvenliğini tehlikeye sokacak bir takım önemli tehditlerin baş göstermesi halinde başvurulmuş, olağan yönetim usulleri ile bu tehditlerin giderilmesinin mümkün olmaması durumlarında idarenin ivedi şekilde karar alarak bu tehlikeleri bertaraf etmesini ve kamu düzenini yeniden tesisini amaçlayan istisnaî ve geçici yöntemlerdir. Bu yönetim modellerine geçildiğinde idarenin eline çok geniş yetkiler verilmekte, bireylerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanmakta, hatta askıya alınabilmektedir. Bu yöntemlere dünyanın birçok ülkesinde zaman zaman başvurulmaktadır. Demokratik ülkelerde de zaman zaman başvurulmuş olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfî bir yönetim olmayıp, kaynağını anayasada bulan, anayasa kurallarına göre yürürlüğe konulmuş yasama ve yargı organlarının denetiminde uygulanan modellerdir².

Olağanüstü yönetim usullerine, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de zaman zaman başvurulmaktadır. Öneme binaen Anayasamızda ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, ayrıca 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununda detaylı şekilde ele alınmıştır. 1982 Anayasamızın 2017 Anayasa değişikliğinden önceki halinde olağanüstü yönetim usulleri olarak olağanüstü hal ile ve sıkıyönetim ve savaş hali olmak üzere yöntemler bulunmaktadır. “Olağanüstü hal” rejimi, Anayasamızın 119, 120 ve 121. Maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Sıkıyönetim ve savaş hali ise 122.

2 Tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2021, s.341; GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2021, s.1095; GÖZLER Kemal, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Bursa 2000, s.175; ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1960, s. 329 vd; YILDIRIM Turan, “Olağanüstü Yönetim Usulleri”, Argumentum, S.25, S.3, 1992, s.395 vd; ALİFENDİOĞLU Yılmaz, “Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri”, AİD, C.25, S.2, 1992, s.25 vd; KABOĞLU İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Ankara 2002, s.111; HAZİR Hayati, Türkiye’de ve Yabancı Ülkelerde Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması, Konya 1991, s.8 vd; DAVER Bülent, Fevkalade Hal Rejimleri, Ankara 1961, s.5 vd; KUZU Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul 1993, s.41; KUZU Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, İstanbul 1996, s.160; ÖDEN Merih, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, Ankara ÜHFD, C.58, S.3, 2009, s.662 vd; ESEN Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara 2008, s.8; ESEN Selin, “Olağanüstü Hal, Hukuksuz, Keyfi Yönetim Anlamına Gelmez”, sosyalhukuk.org, Kasım 2016, E.T. 13.05.2022; YİĞİT Servet, 1876 Kanunî Esasiden 2017 Anayasa Değişikliğine Türkiye’de Olağanüstü Yönetim Usulleri ve Kamu Yönetimine Yansımaları, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Van 2019, s.22 vd; YAVUZGUGAN Seçkin, 1982 Anayasasında Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri, İstanbul 2003, s.2; KAYA Semih Batur, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Olağanüstü Halin Hukuki Rejimi Üzerine bir İnceleme”, TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2022, Y.34, S.158, s.5 vd; CAN Osman/ AKTAŞ Duygu Şimşek, “Olağanüstü Hal Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.1, s.15-16; ÇELİK Cemil, Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 2010, s.3 vd.

Maddesinde öngörülmüş idi. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile sıkıyönetim ve savaş hali ile ilgili düzenlemeler, Anayasa metninden çıkarılmış, sıkıyönetimle ilgili 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

Olağanüstü yönetimler sözkonusu olduğunda bireylerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanabilmekte, askıya alınabilmekte hatta durdurulabilmekte, devletin ve idarenin eline çok geniş yetkiler verilmektedir. Anayasanın 2017 değişikliğinden önceki halinde “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması” başlıklı 15. Maddesinde bu husus şöyle düzenlenmişti:

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim³ veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi 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.

Görüldüğü üzere, Anayasa koyucu tarafından olağanüstü yönetim usulleri ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, temel hak ve hürriyetlerin hangi koşullarda nasıl durdurulabileceği, hangi temel haklara asla dokunulamayacağı güvence altına alınmıştır. Bu denli ayrıntılı ve geniş şekilde ele alınmasından ve de çok sıkça bu yöntemlere başvurulmasından dolayı doktrinde, Anayasanın olağanüstü yönetimler için getirdiği kurullarla adeta iç içe geçmiş iki anayasa görünümünde olduğu ileri sürülmüş, ilk Anayasanın olağan durumlara ilişkin olduğu, ikinci anayasanın ise olağanüstü yönetimler ya da kriz dönemleriyle ilgili olduğu, bunun “İstisna Anayasa”⁴ anlamına geldiği tespiti yapılmış ve bu istisna Anayasanın, “olağanüstü hal anayasacılığının kalıntısı”⁵ olarak görülmüştür.

3 21.01.2017 tarihli 6771 sayılı Kanunun 16.maddesiyle “sıkıyönetim” ibaresi Anayasadan çıkarılmıştır.

4 SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s.262. GÖZLER de “Kaç Anayasa Var?” sorusunu sormaktadır. GÖZLER Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlanması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 47, 1990, S.4, s.571 vd.

5 ÇAĞLAR Bakır, “Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, S.8, s.24.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasının öngördüğü olağanüstü yönetim usullerini, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen “demokratik hukuk devleti” anlayışı içinde bir hukuk rejimi olarak nitelendirmiş, farklı tarihlerde verdiği kararlarında şu değerlendirmelerde bulunmuştur. “*Demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim olmayıp, kaynağını anayasada bulan, anayasa kurallarına göre yürürlüğe konulup yasama ve yargı organlarının denetiminde uygulanan modeldir. Olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına olağan zamanlara göre daha geniş yetkiler vermesine ve kişilerin hak ve özgürlüklerini de olağan zamanlara göre daha önemli ölçüde daraltmasına karşın, sonuçta bir hukuk rejimidir*⁶. Bir başka kararında “*Olağanüstü yönetim usullerine devletin ve toplumun varlığı ve güvenliği için büyük bir tehlike yaratan, olağan yönetim usullerinin yetersiz kaldığı durumlarda, bu tehlikeleri gidererek anayasal düzeni korumak ve olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme gereksinimi içinde bulunan yürütmenin yetkilerinin arttırılmasını sağlamak amacıyla başvurulduğu yönetim biçimidir*⁷.”

Görüldüğü üzere, olağanüstü yönetim usulleri, keyfî bir yönetim tarzı olmayıp demokratik ülkelerde zaman zaman başvuru alan, kaynağını Anayasa ve yasalardan alan, Anayasayı ve kanunları dışlamayan, uygulandığı zaman dilimi içerisinde yürütme organına olağan dönemlere nazaran çok daha geniş yetkiler veren ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma, askıya alma, tamamen durdurma yetkisi veren istisnai yönetim usulleridir. Ülkemizde bu yönetim usullerinden çoğu kez olağanüstü hal uygulamasına, bazı dönemlerde sıkıyönetim uygulamasına başvurulmuştur. En son 15 Temmuz 2016 tarihinde darbe teşebbüsü sonrası, 20 Temmuz 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından olağanüstü hal ilan edilerek yürütmeye çok geniş yetkiler tanınmış ve Bakanlar Kurulunca temel hak ve özgürlüklerin tüm alanlarında olağanüstü kanun hükmünde kararname ile (OHAL KHK) düzenlemeler yapılmış, kararlar alınmıştır.

6 AYM, T.12.10.2016, E.2016/167, K.2016/160, RG.04.11.2016, S.29878.

7 AYM, T.10.1.1991, E. 1990/25, K. 1991/1; AYM, T.3.7.1991, E. 1991/6, K. 1991/20; AYM, E.2016/167, K.2016/160, RG.4.11.2016, S.29878.

III- Olağanüstü Hal Rejimi ve Olağanüstü Kanun Hükümünde Kararnameleri

A. Olağanüstü Hal Rejiminin Anayasada Düzenleniş Biçimi

Olağanüstü hal, devletin olağan hukuk kuralları ve uygulamalarıyla başa çıkmasına olanak bulunmayan afet, ayaklanma, savaş gibi olağandışı bir durumla karşılaşma halinde, bunu ortadan kaldırabilmek için başvuru olan istisnaî yönetim biçimi tanımlanmaktadır⁸. Olağanüstü hal rejimi, 2017 Anayasa Değişikliğinden önceki Anayasamızda daha kapsamlı olarak düzenlenmişti. Son değişiklikten önceki metinde 119, 120 ve 121. Maddelerinde ele ayrıntılı şekilde ele alınmıştı. Değişiklikten sonra tek bir maddede (m.119) toplanmıştır.

Olağanüstü hal ilanı, Anayasada öngörülen sebeplerle iki ayrı maddede çeşitli sebeplere dayanılarak ilan edilebilmekte idi. Anayasa M. 119: Tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle Olağanüstü hal ilanı:

“Tabii afet, tehlikeli salgın hastalık ve ağır ekonomik bunalım hallerinde Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir”

M.120: “Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilanı: “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu’nun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”

M.121: “Anayasanın 119 ve 120nci maddeleri uyarınca olağanüstü hal ilan ilanına karar verilmesi durumunda, bu karar Resmi Gazetede yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. TBMM tatilde ise derhal toplantıya çağırılır. Meclis olağanüstü hal süresini değiştirebilir, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

8 ÖZBUDUN, s.341; ESEN, Olağanüstü Hal Rejimi, s.8.

119uncu madde uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatan-daşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.

Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanınca toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İctüzükte belirlenir."

Yukarıda bahsedilen Anayasanın 120. Maddesi hükümlerine istinaden 20 Temmuz 2016 tarihinde olağanüstü hal ilan edilmiş, akabinde çok sayıda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri çıkarılmıştır.

B. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin (OHAL KHK) Hukuki Niteliği

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararname (OHAL KHK)leri, yürütmenin 1982 Anayasasına göre sahip olduğu özerk veya aslı düzenleme yetkisinin tipik bir örneğidir⁹. Hukukî niteliği itibariyle doktrinde idarenin genel düzenleyici işlemleri arasında kabul edilmiş, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan bu OHAL KHK'leri, TBMM tarafından onaylanınca kanun değerini kazanmaktadır¹⁰.

Kanun hükmünde kararnameler (KHK), olağan dönemde çıkarılan KHK'ler ve olağanüstü hallerde çıkarılan KHK'ler olmak üzere iki türdür. Her iki tür KHK'ler arasında hukukî rejim açısından farklılıklar vardır. Olağan dönemde çıkarılan KHK'ler, Başbakan başkanlığında Bakanlar Kurulu tarafından, Meclisin verdiği yetki kanununda öngörülen konularda, temel haklardan sadece sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler alanında çıkarı-

9 GÖZLER Kemal, İdare Hukuku C.I, Bursa 2009, s.1208.

10 ÖZBUDUN, s.353 vd; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1098 vd; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.1211 vd; KUZU, Olağanüstü Hal Kavramı, s.262; ALİEFENDİOĞLU, s.419 vd, 431; DÖNER Ayhan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2022, s.467; ÖZKUL Fatih, "1982 Anayasasında Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Serüveni", Ankara Barosu Dergisi, 2020/3, s.220 vd; AYM, T.10.01.1991, E. 1990/25, K.1991/1, R.G. 05.03.1992 S.21162.

labilir iken; olağanüstü hal kanun hükmünde kararname (OHAL KHK) olağanüstü hallerde yetki kanununa ihtiyaç duyulmadan, Cumhurbaşkanının başkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından temel hak ve özgürlüklerin tüm alanlarında düzenleme yapılabilmektedir. Üstelik olağan dönem KHK'leri, aynı kanunlar gibi Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi iken, olağanüstü KHK'leri doktrinde tartışmalar olmakla birlikte, Anayasanın 148. Maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin yargı denetimi dışında tutulmuştur.

Yürütmenin olağanüstü hal KHK çıkarma yetkisi ve alanı oldukça geniş ve serbest tutulmasına karşın, Anayasa'nın 15. Maddesi ve 121. maddesinin son fıkrası ile bazı sınırlar konulmuştur: 1- Olağanüstü hal KHK çıkarma yetkisi, yer yönünden sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemeler, olağanüstü hal ilan edilen bölge veya yerlerde uygulanabilecektir. Eğer yurt genelinde olağanüstü hal ilan edildi ise, yurt genelinde uygulanacaktır. 2- Yürütmenin olağanüstü hal KHK çıkarma yetkisi, konu yönünden de sınırlandırılmıştır. OHAL KHK'leri ancak olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılabilir. Olağanüstü halin gerektirdiği konular düzenlenirken de, Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrasında sayılan temel hak ve özgürlükler ile güvencelere dokunulamayacağı gibi, düzenlemeler "durumun gerektirdiği ölçüde" olmak zorundadır. 3- Yürütmenin olağanüstü hal KHK'leri çıkarma yetkisi zaman yönünden de sınırlandırılmıştır. Nasıl ki OHAL Kanunu, ancak olağanüstü hal süresinde uygulanabilecek ise, olağanüstü hal KHK'leri de olağanüstü hal süresince uygulanabilecek ve OHAL kalktıktan sonra uygulamadan kalkacaktır. Diğer bir deyişle, olağanüstü hal KHK'lerinde, OHAL süresinden sonra da uygulanabilecek düzenlemelere yer verilemeyecektir. Aksi halde olağanüstü hal KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlüğünü korumuş ve geçerliliğini sürdürmüş olacaktır.

Olağanüstü hal KHK'leri idarenin genel düzenleyici işlemlerinden olduğuna göre, idari işlemlerin genel rejimine tabidir. Yetki, şekil (usul), sebep, konu, amaç unsurları yönünden hukuka uygun olmalıdır. Ancak 21 Temmuz 2016 – 19 Temmuz 2018 tarihleri arasında yürürlükte olan olağanüstü hal uygulaması döneminde çıkarılan OHAL KHK'lerin birçoğu idari işlemlerin unsurları yönünden hukuka ve Anayasaya aykırılıklar barındırdığı, çok sayıda temel hak ve hürriyeti ihlal ettiği kamuoyunda, doktrinde, yargı makamlarınca tartışılmış ve halen de tartışılmaktadır.

IV- 15 Temmuz Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Niteliği

A. Genel Düzenleyici İşlemlerden Olması

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrası, Anayasanın mülga 121. Maddesi gereğince, Milli Güvenlik Kurulunun görüşü alındıktan sonra Cumhurbaşkanlığı başkanlığında Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 sayılı kararla olağanüstü hal ilan edilmiş¹¹ ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulmuş, 21 Temmuz 2016 itibariyle geçerli olmak üzere TBMM tarafından onaylanmıştır. Üç ay süreyle ilan edilen olağanüstü hal, Meclis tarafından 7 kez uzatılarak 19 Temmuz 2018'e kadar devam etmiş ve bu tarihte kaldırılmıştır.

2 yıl süren olağanüstü hal döneminde 37 tane (667 sayılı KHK ile 703 sayılı KHK'ler arası) olağanüstü hal kanun hükmünde kararname (OHAL KHK)'si çıkarılmış, OHAL KHK'lerle olağanüstü halle ilgili-ilsiz pek çok alanda düzenlemeler ve idari kararlar ihdas edilmiştir¹². Bu KHK'ler ve ekli listeleri (668 ile 701 sayılı KHK) ile 129.415 asker-sivil kamu görevlisi kamu görevinden veya meslekten ihraç edilmiş¹³, 234.419 pasaport iptal edilmiş, 204 medya kuruluşu¹⁴ sendika, federasyon konfederasyon kapatılmış¹⁵, yüzlerce dernek, vakıf ve öğretim kurumunun faaliyetlerine son verilmiş¹⁶, 6.081 akademisyen görevinden ihraç edilmiştir¹⁷. Olağanüstü halin gerektirdiği konular dışında da birçok alanda olağanüstü hal KHK'leri ile düzenleme yapılmış, pek çok yönden hukuka, Anayasaya, kanunlara, temel hak ve özgürlüklere aykırı işlem ve eylemlerde bulunulmuştur. Bu olağanüstü hal KHK'lerinin

11 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 Sayılı "Ülke Genelinde Olağanüstü Hâl İlanına Dair Bakanlar Kurulu Kararı", R.G, 21 Temmuz 2016, S.29777.

12 YAZICI Serap, "Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: Kamu Görevinden İhraçlar ve Yol Açtıkları Hukuka Aykırılık Sorunları", Prof.Dr. Metin GÜNDAY Armağanı, Atılım Üniversitesi Ankara 2020, C.2, s.1503; GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2019, s.79; KANADOĞLU Korkut, "OHAL ve KHK'nin Anayasal Rejimi", KHK'ler Türkiye'sinde Savunma Hakkı Paneli, TBB, Ankara 2016, s.27; GÖNENÇ Levent, "Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine İlişkin Gözlemler", TEPAV, Ocak 2018, s.1 vd.

13 YAZICI, s.1503 vd.

14 Kapatılan 179 medya kuruluşu arasında 53 gazete, 37 radyo istasyonu, 34 televizyon kanalı, 29 yayınevi, 20 dergi, 6 haber ajansı bulunmaktadır. Bunlardan 25'i hakkında kapatma kararı kaldırılmıştır. treurnews.com. E.T.10.04.2022.

15 Bir yıla damga vuran 26 KHK, gazeteduvar.com.tr. E.T.10.04.2022.

16 GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C.I, s.79.

17 Türkiye Medya Sahipliği İzleme Raporuna göre, 2 yıllık OHAL dönemin KHK'lerle bunlar yapılmıştır. treurnews.com. E.T.10.04.2022.

önemli bir kısmı, kamu görevinden çıkarılma kararları¹⁸ ile ilgili olup bu çalışmamızda kamu görevinden çıkarma kararlarındaki bazı hukuka aykırılıklar ele alınmıştır.

15 Temmuz OHAL KHK'leri genel düzenleyici işlemlerden ise, idari işlem teorisine göre unsurları açısından inceleyelim:

1. Yetki Unsuru Yönünden İnceleme ve Hukuka Aykırılıklar:

Olağanüstü KHK'leri, TBMM tarafından çıkarılacak bir yetki kanununa ihtiyaç duyulmadan Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılabilmektedir. 15 Temmuz OHAL KHK'lerine maddi açıdan bakıldığında, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu tarafından imzalanarak çıkarıldığı ve hepsinin imzalarının bulunduğu görülmektedir. Bu bakımdan yetki unsuru yönünden bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak mevcut 2 yıllık süreçte çıkarılan bazı OHAL KHK'lerinin, Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanmadan Cumhurbaşkanlığında oluşturulan çeşitli birimler tarafından hazırlandığı ve elden imza yoluyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarıldığı, hatta Bakanlar Kurulunun haberi olmadan önceki toplantısında imzası olanların sanki yeni alınan OHAL KHK'lerinde de imzası varmış gibi yayımlandığı yönünde basında ve kamuoyunda çeşitli iddialar ortaya atılmış, doktrinde tartışılmıştır¹⁹.

OHAL süresinde Cumhurbaşkanı başkanlığında 20 kez toplanan Bakanlar Kurulunca, bu toplantılarda 31 OHAL KHK'si kabul edilmiştir. Böyle bir durumda her Bakanlar Kurulu toplantısında birden fazla OHAL KHK'sinin kabul edilmiş olması gerekir. İkinci bir husus ve daha da ilginç, toplantı tarihleriyle o toplantıda kabul edildiği görüntüsü verilen OHAL KHK'lerinin tarihlerinin uyuşmamasıdır²⁰. Örneğin, 6 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 679, 680 ve 681 sayılı KHK'ler, -23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 683, 684 ve 685 sayılı KHK'ler, 7 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK, 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK, olmak üzere toplam 8 adet KHK, bunların metinlerine göre, 2 Ocak 2017 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısında kabul edilmiştir. Demek ki her KHK için Bakanlar Kurulu toplanmadan aynı anda ve aynı yönde oluşmuş bir kolektif işlem söz konusu değildir. Bu hususta hem iktidar hem ana

18 Kamuoyunda olağanüstü hal KHK'leri ile kamu görevinden çıkarma kararları, "kamu görevinden ihraçlar" şeklinde adlandırılmıştır.

19 GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.4-5; YAZICI, s.1530.

20 YAZICI, s.1503.

muhalefet partisi yetkililerinin beyanları bulunmaktadır²¹. Bu durum, OHAL KHK'lerinin Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulunda hazırlanmadığını, bu KHK'lerin ekli listelerinin, sonraki tarihlerde ilgili bakanlar, bakanlıklar veya bunların bürokratlarınca metne ilave edildiğini göstermektedir²². Bu yöndeki hukuka aykırılıklar, OHAL KHK'lerini (usul) şekil yönünden olduğu kadar yetki unsuru yönünden hukuka aykırı ve sakat hale getirecektir. Hatta yetki unsurundaki sakatlıklar o denli ağır ve açıktır ki, buna idari işlem teorisinde ve Danıştay kararlarıyla "ağır ve bariz yetki tecavüzü" olarak nitelendirilmiştir²³. Ağır ve bariz yetki tecavüzü ile malül işlemler de, İdare hukuku doktrininde genel olarak "yok hükmünde (*nonexistence, inexistence*)" kabul edilmektedir²⁴.

2- Şekil (Biçim, Usul) Unsuru Yönünden İnceleme ve Hukuka Aykırılıklar

İdarî işlemlerin mevzuatta öngörülen şekil ve usulde yapılma zorunluluğu vardır. OHAL KHK'leri de genel düzenleyici işlemlerden olduğuna göre, mutlaka mevzuatta belirtilen şekil ve usullerle yapılması gerekir. Ancak biraz önce yetki unsurundaki hukuka aykırılıklar bahsinde ifade edildiği gibi, olağanüstü hal döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılması gereken OHAL KHK'lerin önemli bir kısmı, mevzuatta öngörülen kurallara aykırı şekil ve usullerle alınmıştır.

Bir diğer husus da, olağanüstü hal kararnameleleri, genel düzenleyici işlemler olduğundan genel, soyut, kişilik dışı, objektif, nesnel kurallar şeklinde

21 2 Ocak 2017 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısından sonra Hükümet Sözcüsü Numan Kurtulmuş basın toplantısında yeni Kanun Hükmünde Kararnamelere dair bir çalışma olup olmadığına ilişkin bir soruya "Yeni kanun hükmünde kararname hazırlıklarımız sürüyor büyük bir kısmı tamamlandı, son rötuşlar yapılıyor ve en kısa zamanda kamuoyuyla paylaşılacaktır." yanıtını vermiştir (<http://www.haberturk.com/yerel-haberler/haber/10561849-bakanlar-kurulu-toplantisi, 02 Ocak 2017 Pazartesi, 20:17>). Ana Muhalefet Partisi Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu, 6 Ocak 2016 tarihinden sonraki tarihlerde yayınlanan olağanüstü hâl KHK'lerinin (bunlar 682- 687 sayılı KHK'lerdir) gerçekte 2 Ocak 2017 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısında görüşülmediğini, bu KHK'lerin daha sonra hazırlandığını ve Bakanlar Kurulu üyelerine daha sonra geriye dönük olarak imzalatıldığını iddia etmiştir. Kılıçdaroğlu: KHK'ler sahte", Cumhuriyet, 14 Şubat 2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/675516/Kilicdaroglu__KHK_ler_sahte.html. Ayrıntılı bilgi için bkz: GÖZLER Kemal, "15 Temmuz Kararnamelere-Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfşadı Üzerine Bir İnceleme", <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>, 17.02.2017, s.4-6, E.T.1004.2022; KARAHANNOĞULLARI Onur, "Yargı Yolu Kapalı Olan İşlemler İçin Yokluk Yaptırımı Kullanılabilir" mülkiyehaber.net, 12 Şubat 2017, E.T: 10.04.2022.

22 YAZICI, s.1503, 1532.

23 YAZICI, s.1530.

24 ONAR, C.I, s.332; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2017, s.143; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.828, 1016.

çıkarılması gerektiğidir. Bu dönemde çıkarılan OHAL KHK'lerin düzenleniş biçimine bakıldığında, KHK'nin metninde genel bir cümle kurulmuş, örneğin, kamu görevinden çıkarılacak kişilerin ad-soyad, çalıştığı kurumlar belirtilecek ekli listelerde binlerce bireysel işlem yapılmıştır²⁵. Bu durum KHK'lerin genel düzenleniş biçimine, usulüne ve temel mantığına aykırıdır²⁶. Oysaki

25 Örneğin, 672 sayılı KHK metnine baktığımızda şu şekilde düzenlediğini görüyoruz:

OLAĞANÜSTÜ HAL KAPSAMINDA KAMU PERSONELİNE İLİŞKİN ALINAN TEDBİRLERE DAİR KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME
Karar Sayısı: KHK/672

Olağanüstü hal kapsamında kamu personeline ilişkin bazı tedbirler alınması; Anayasanın 121 inci maddesi ile 25/10/1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 4 üncü maddesine göre, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca 15/8/2016 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Amaç ve kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname ile 20/7/2016 tarihi ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında, kamu personeline ilişkin bazı tedbirlerin alınması amaçlanmaktadır.

Kamu personeline ilişkin tedbirler

MADDE 2- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan;

- Ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden,
- Ekli (2) sayılı listede yer alan kişiler Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından,
- Ekli (3) sayılı listede yer alan kişiler Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatından,
- Ekli (4) sayılı listede yer alan kişiler Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

(2) Birinci fıkra gereğince kamu görevinden, Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından, Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatından ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından çıkarılan kişilerin, mahkûmiyet kararı aranmaksızın, rütbe ve/veya memuriyetleri alınır ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; bunların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bunların silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar. Bu kişiler hakkında ilgili bakanlık ve kurumlarca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerinde pasaportlar iptal edilir.

(3) Birinci fıkra kapsamında kamu görevinden çıkarılanlar, varsa uhdelelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamazlar ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamazlar.

Yürürlük

MADDE 3- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 4- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

- 26 ODYAKMAZ Zehra/ KESKİN Bayram, "Kamu Görevlilerinin Meslekten Çıkarılmalarında Uygulanan Kriterlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Bağlamında Değerlendirilmesi", Prof.Dr. Metin GÜNDAY Armağanı, Atılım Üniversitesi Ankara 2020, C.2, s.940; ASLAN Zehreddin, "KHK'lerde Yer Alan Bireysel İşlemlere Karşı Başvuru ve Yargı Yolları", KHK'ler Türkiye'sinde Savunma Hakkı Paneli, TBB, Ankara 2016, s.49-50. ASLAN, İdare Hukukunun duayen hocası Tahsin Bekir Balta'nın yıllar önce

KHK'lerin metninde "terör örgütleri ile irtibatı tespit edilenler veya darbe teşebbüs edenler, kurumlarınca yapılacak soruşturma sonucunda kamu görevinden çıkarılacaktır" şeklinde bir düzenleme yapılmış olsaydı, genel soyut, nesnel bir düzenleme olurdu. Oysaki mevcut haliyle, genel düzenleme altında binlerce bireysel işlem ya da idari karar alınmıştır.

Aslında kamu görevinden çıkarma cezası verilebilmesinin mevzuata uygun çok çeşitli usul ve yöntemleri bulunmaktadır. Kamu görevlisinin görev yaptığı veya bağlı olduğu kurum ve kuruluşlarca soruşturma yapılarak veya yargı organlarının vereceği karara göre kamu görevinden çıkarma kararları alınabilirdi²⁷. Bütün bu hukuka ve mevzuata uygun usul ve yöntemler kullanılmadan, genel düzenleyici işlemlerden olan olağanüstü hal KHK'lerle binlerce bireysel işlem yapılmıştır. Kamuoyuna yansıdığı, doktrinde dile getirildiği üzere ve kanaatimizce, kamu görevinden çıkarılacaklarla ilgili 2015 yılından beri başta Devlet Denetleme Kurumu²⁸ olmak üzere birçok kamu kurum ve kuruluşu tarafından araştırma ve incelemeler, hatta hukuka aykırı fişlemeler yapıldığına dair bulgular söz konusudur. 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrası olağanüstü hal ilan edildiğinde, bu listelerdeki kişiler olağanüstü hal KHK'lerine eklenerek hiçbir soruşturmaya gerek duyulmadan kamu görevinden çıkarılmışlardır. Sadece FETÖ-PDY ile ilgili değil, bu yapıyla hiçbir bağlantısı olmayan, dünya görüşü farklı olan, muhalif duran her kesimden kamu görevlileri, terör örgütleri ile iltisaklı ve irtibatlı gösterilerek kamu görevinden çıkarılmışlardır.

Olağanüstü hal KHK'leriyle binlerce kamu görevlisinin topluca ihraç edilmesinin birkaç sebebi olabilir. Birincisi, ihraç edilen kamu görevlilerinin çalıştıkları veya bağlı oldukları kurumlarınca soruşturma yapılması halinde farklı değerlendirmeler, farklı disiplin cezalarının uygulanabileceği veya hiçbir disiplin cezası verilemeyebileceği düşüncesi olabilir. Diğer bir husus, ilgili kurumların soruşturma sonrası verdikleri bireysel işlemlerin ya da idarî kararların yargı denetimine açık olması, olağanüstü hal KHK'lerinin ise yargı denetimine kapalı olmasıdır. Nitekim 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrası, bazı kamu kurum ve kuruluşu tarafından soruşturma komisyonları

yazdığı eserinde "memuriyete atanmalar ve görevden uzaklaştırmalar, ancak yetkili idari makamlara aittir" dediğini, yine Avrupa Konseyinin danışma organı olan Venedik Komisyonunun, "doğrudan belli bir kişiyi hedef alan kanunların, hukukun üstünlüğüne aykırı olduğunu, birel işlemlerin, memurun hukuksal statüsüyle ilgili işlemlerin genel düzenleyici işlemlerle yapılamayacağını", AIHM'nin de benzer kararlarının olduğunu ifade etmektedir.

27 Benzer görüşler için bkz: ASLAN, KHK'lerde, s.53.

28 Cumhurbaşkanı'nın DDK'na "paralel yapı" ile mücadele için talimat verdiğini, Kurumun en önemli görevinin bu olduğu yönünde 26.01.2016 tarihinde basına yansımış beyanatları bulunmaktadır. t24.com.tr, yenisafak.com.

kurularak soruşturmalar yapılmaya, başta kamu görevinden çıkarılma olmak üzere çeşitli disiplin cezaları verilmeye ve bu cezalara karşı idari yargı organlarına dava açılmaya başlamışken, aynı kamu görevlileri hakkında bir anda peşpeşe olağanüstü hal KHK'leri ile toplu listeler halinde kamu görevinden çıkarılma kararları verilmiştir. Bu da, olağanüstü hal KHK'leriyle yapılan işlemlerin yargı denetimine tabi olmamasının önemli bir etken olduğunu göstermektedir²⁹. Bu dönemde Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda da Yüksek Mahkeme, Anayasanın 148. Maddesindeki hükme göre, olağanüstü hal KHK'lerini denetleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir³⁰. Olağanüstü hal KHK'leriyle tesis edilen kamu görevinden çıkarılma kararlarına karşı iç hukuk yolları kapalı olduğundan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) binlerce müracaat olmuştur. Başta hak arama özgürlüğü olmak üzere bir çok temel hak ve hürriyeti kısıtlayan, insan haklarını ölçsüz ve keyfi şekilde ihlal eden idari kararlardan dolayı Venedik Komisyonu³¹ ve çok sayıda dosya yükünden çekinen AİHM yetkilileri, bir idari komisyon kurulmasını ve bu komisyona müracaat edilmesini, bu komisyonun vereceği idarî kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulmasını öngören ısrarlı taleplerde bulunmuştur.

23 Ocak 2017'de 685 sayılı KHK ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuş, 22 Mayıs 2017'de görev yapmaya başlamıştır. 7 üyeden oluşan Komisyon 2 yılına görev yapması öngörülmüş iken her defasında görev süresi uzatılmıştır. Komisyonun oluşum biçimi, yapılan müracaatların çokluğu, her dosya için ayrıntılı inceleme yapıp yapamayacağı, süreci uzatmak amacıyla kurulduğu ve yavaş çalıştığı yönünde çok sayıda eleştiriye maruz kalmış ve halen de eleştirilmektedir³². Bu Komisyon halen görevde olup yapılan müracaatları büyük oranda sonuçlandırmıştır. Son açıklamalar-

29 OHAL KHK'leri kamuoyuna kapalı bir ortamda, tamamen yürütme organının inisiyatifıyla hazırlanmaları ve ayrıca gerekçesiz ve denetimsiz oldukları için yürütme organı tarafından asıl yönetme enstrümanı olarak tercih edilmiştir. GÖNENÇ, s.3

30 Anayasa Mahkemesi, 25.7.2016 tarih ve 668 sayılı Olağanüstü Hal KHK'sinin iptali istemiyle açılan davayı reddetmiş, olağanüstü hâl KHK'lerini denetleme yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir. AYM, T.12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159, RG.4.11.2016, S.29878, s.14 vd. Bu içtihadını daha sonraki KHK'lerin iptali için yapılan başvurularda da sürdürmüştür. 670 sayılı KHK'nin bazı maddelerinin iptali açılan davada yetkisizlik kararı vermiştir. AYM, T.2.11.2016, E.2016/171, K.2016/164, RG.8.11.2016, S.29882.

31 Venedik Komisyonu, 667-676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnamelerine İlişkin Görüşler başlıklı raporunda, hukuk devleti düşüncesinin önemini, keyfiliğin yasaklanmasını, her bir ihraç işleminin bireyselleşmiş bir gerekçe ve kanıtı dayanması gerektiğini, idarenin takdir yetkisini kötüye kullanabileceği gibi hususlarda olağanüstü hal KHK'lerini eleştirmiştir. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, Adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venice, 9-10 December 2016 (Venice, 9-10 December 2016), (par. 133, 134, 140), Strasbourg, 12 December 2016, Aktaran YAZICI, s.1538-1539.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz: GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.23.

la OHAL işlemlerini İnceleme Komisyonuna 127.130 müracaat yapılmış, bunun 124.235'i (%98'i) sonuçlanmıştır. Ancak yapılan müracaatların 17.265'i (% 14'ü) kabul edilerek olumlu karar verilmiş, 106.970'i (% 86'i) hakkında ret kararı verilmiştir. Olağanüstü hal KHK'leri ile 125.678 kamu görevinden çıkarma kararı verildiği gözönünde bulundurulursa, yapılan müracaatların ve reddedilenlerin çok önemli bölümünü kamu görevinden ihraç kararları oluşturmaktadır³³.

Diğer bir husus da, konu itibariyle incelediğimiz OHAL KHK'leri ile kamu görevinden çıkarma kararları, disiplin cezaları veya idari yaptırımlar mahiyetindedir. Disiplin cezaları verilirken mutlaka soruşturma yapılması, soruşturulan kamu görevlisine savunma hakkının verilmesi, çelişme usulünün uygulanması anayasal ve yasal bir zorunluluktur. Yani, disiplin cezaları verilirken mutlaka bu şekil ve usule riayet edilmesi gerekir. Aksi halde şekil (biçim, usul) yönünden hukuka, Anayasaya ve kanunlara aykırı davranılmış olur.

3- Sebep Unsuru Yönünden İnceleme ve Hukuka Aykırılıklar

Olağanüstü hal KHK'lerinin çıkarılma nedeni, olağanüstü halin ilan edilmiş olmasıdır. Olağanüstü halin ilan edilmesine sebep olan olay da 15 Temmuz darbe girişimidir. Bu durumda Olağanüstü hal KHK'leri Anayasanın mülga 121/son fıkrası gereğince darbe tehdidini kaldırmaya ve kamu düzenini sağlamaya yönelik olmalıdır. Olağanüstü halin ilanına yol açan sebepleri ortadan kaldırma amacı dışında, başka amaçlara yönelik düzenlemeler, olağanüstü hal KHK'leri yoluyla ihdas edilemez. Anayasa Mahkemesinin 1990 ve 1991 yıllarındaki içtihatları da aynı yöndedir. Mahkemeye göre, "Olağanüstü hal KHK'leri, Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içerisinde 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda' uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir"³⁴.

Bu dönemde çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerin düzenleniş biçimine ve içeriğine baktığımızda, "olağanüstü halin ilan edilmesine neden olan sebepler", "millî güvenlik", "terör örgütleri ile iltisaklı-irtibatlı" gibi genel sebeplere bağlı olarak çıkarıldığına dair hukukun genel kavramlarına atıf yapan genel hükümler bulunmaktadır. Ancak Ekli Listelerle binlerce bireysel işlem yapılmıştır. O yüzden her bir kamu görevlisi hakkında ihraç kararının soyut,

33 27.05.2022, trthaber.com, E.T. 29.05.2022.

34 AYM, T.10.01.1991, E. 1990/25, K.1991/1, R.G. 05.03.1992 S.21162; AYM, T.03.07.1991, E.1991/6, K.1991/20, RG.08.03.1992, S.21165; Ayrıntılı bilgi için bkz: YILDIRIM, Olağanüstü Yönetim Usulleri, s.395 vd; ALİFENDİOĞLU, s.44 vd; ÖZKUL, s.212 vd.

genel ifadelerle değil, somut veri ve olaylarla ispat edilmesi gerekir. Bunu yapacak olan da yargı organlarıdır. Yargı organlarının kararları doğrultusunda idare de o kamu görevlileri hakkında disiplin cezası olarak memuriyetten çıkarma cezası uygulayabilirler. Doktrinde bazı yazarlarca ifade edildiği gibi, darbe yapması olasılığı bulunan askerî kamu görevlileri için geçici mahiyette olağanüstü hal KHK'leri ile ihraç kararları verilebilir³⁵. Ancak terörle ve terör örgütleri ile hiçbir irtibat ve iltisakı olmayan, darbe teşebbüsü ile uzaktan yakından ilgisi olmayan, millî güvenliğe ne gibi bir tehdit oluşturduğu tespit edilmemiş, darbe tehdidi ortadan kalktıktan 6 ay, 1 yıl sonra binlerce öğretmen, akademisyen, memur³⁶ vb. kamu görevlisinin hiçbir somut, makul ve hukuka uygun bir gerekçe gösterilmeden olağanüstü hal KHK'lerine eklenen listelerle kamu görevinden çıkarılmasının sebebini anlamak mümkün değildir. Bu yüzden, tesis edilmiş binlerce kamu görevinden çıkarma kararları, bu işlemleri sebep yönünden de hukuka aykırı kılacak niteliktedir.

4- Konu Unsuru Yönünden İnceleme ve Hukuka Aykırılıklar

a. Olağanüstü Hal KHK'leri ile Düzenlenebilecek Konular

Olağanüstü hal KHK'leri genel düzenleyici işlemlerden olduğuna göre, konu unsuru yönünden de hukuka uygun olması gerekir. Olağanüstü hallerde, sadece ekonomik ve sosyal haklar alanında değil temel hak ve hürriyetlerin tüm alanında, yani kişi hakları ve siyasal haklar alanında da olağanüstü hal KHK'leri ile düzenleme yapılabilir. Ancak bu durum, olağanüstü hal KHK'leriyle her konuda düzenleme yapılacağı anlamına gelmez. Anayasa, Bakanlar Kuruluna genel hükümlerle "konu sınırlaması" getirmiştir. Bunlardan birisi, Anayasanın değiştirilen mülga 121/3. Maddesi, diğeri de Anayasanın 15. Maddesidir.

b. Anayasa M.121/3 İle Getirilen Sınırlamalar

Anayasa m.121/3. maddesine göre, "*Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanınca toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı ko-*

35 GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.7.

36 2017 yılının Kurban Bayramında memleketim olan Eskişehir'e gittiğimde, komşum bir arkadaşı ile ziyaretime geldi. Arkadaşının Eskişehir Arkeoloji Müzesinde engelli kontenjanından memur statüsünde çalışırken bir olağanüstü hal KHK'ne isminin eklenerek kamu görevinden ihraç edildiğini söyledi. Ben de hangi sebeple ihraç edilmiş olabileceğini sorduğumda, adı terör örgütü ile iltisak ve irtibatlı olduğu iddia edilen bir bankada 10 yıl önce açtığı 2.500 liralık bir hesabının olmasını söylemiştir. Başka hiçbir somut veri, delil sebep olmadığını, kendisinin % 60 engelli olduğunu, darbeye uzaktan yakından bilgi sahibi olmadığını, bankada hesabının olmasının terör örgütü ile iltisak ve irtibat için yeterli sayıldığını ifade etmiştir.

nularda, kanun hükmünde kararname çıkarabilir.” Dolayısıyla olağanüstü hal KHK’leri, “olağanüstü halin gerektirdiği konularda” çıkarılması gerekir. Anayasamızda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, açıkça ve sadece olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK ile düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir. Olağanüstü hal ilan edilmesinin nedeni, 15 Temmuz askeri darbe girişimidir. Dolayısıyla olağanüstü hâl KHK’leriyle yapılan bütün düzenlemelerin 15 Temmuz 2016 tarihinde yapılan “askerî darbe girişimi” ile tehdit edilen “demokrasinin, hukuk devleti ilkesinin, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin korunması” amacıyla yapılması gerekir³⁷.

Bu dönemde 2 yıl boyunca çıkarılan olağanüstü hal KHK’lere bakıldığında, bir kısmının olağanüstü halin gerektirdiği konularla ilgili olduğunu, bir kısmının ilgisiz konularda çıkarıldığını görmekteyiz. Özellikle askerî personelin, darbe teşebbüsüne katılan veya darbe yapma olasılığı olan personelin görevden uzaklaştırılması ile ilgili çıkarılan KHK’leri veya bir KHK’deki bununla ilgili düzenlemeleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak 15 Temmuz darbe teşebbüsü ile, terör örgütleri ile uzaktan yakından ilgisi olmayan kişi ve konularda çok sayıda KHK veya KHK’nin bazı hükümlerinde onlarca düzenleme yapılmış, KHK’lere ekli listelerle yüzbinleri ilgilendiren kamu görevinden çıkarma kararları da alınmıştır. Bunları olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla ilgili görmek imkansızdır³⁸. Kamu kesiminde öğretmen, akademisyen, memur gibi görev yapan personelin, askeri darbe girişimi ve terör örgütleri ile hiçbir irtibat ve iltisakı bulunmayan binlerce kişinin KHK’lere ekli listelerle kamu görevinden çıkarılmasının olağanüstü halle ne gibi bir ilgisi olabilir? Yine kanun, yönetmelik veya genelge ile düzenlenmesi gereken rektör seçimi³⁹, kış lastiği kullanım zorunluluğu⁴⁰, at yarışları ve şans oyunları lisans hakkının Türkiye Varlık Fonuna devri⁴¹, evlilik programlarının yasaklanması⁴² gibi konuların yine bu dönemde çıkarılan KHK’lerle düzenlenmesinin olağanüstü halle ne gibi ilgisi olabilir⁴³? Bütün bunlar bu olağanüstü hal KHK’lerini konu yönünden sakat hale getirmektedir.

37 GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.10; ESEN, s.1.

38 GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.13-14; GÖNENÇ, s.1-2.

39 29.10.2016 tarih ve 686 sayılı KHK ile rektör seçimlerinde eğilim yoklaması kaldırılarak Cumhurbaşkanınca atanması kararlaştırılmıştır.

40 9.2.2017 tarih ve 687 sayılı KHK ile kış lastiği kullanma zorunluluğuna ilişkin yaptırımlar da yeniden düzenlenmiştir.

41 6.1.2017 tarih ve 680 sayılı KHK’nin düzenlediği konulardan biri de, at yarışları ve şans oyunlarının lisans hakkının 1.1.2018 itibarıyla Türkiye Varlık Fonuna devredilmesidir.

42 29.4.2017 tarih ve 690 sayılı KHK ile düzenlenen konulardan birisi de, evlilik programları yasaklanmasıdır.

43 GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.11 vd; GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, s.79; AKYOL Taha, “OHAL ve Anayasa”, Hürriyet Gazetesi, 10.02.2017; TÜRMEEN Rıza, “OHAL Kararnamelerinin Hukuksal Sorunları”, Cumhuriyet Gazetesi, 22.8.2016; GÖNENÇ, s.1-4.

Olağanüstü halle ilgisi olmayan konuların KHK'lerle düzenlenmesinin en önemli nedeni, olağanüstü hal KHK'lerinin yargı denetimine kapalı tutulmuş olmasıdır⁴⁴. Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine tabi olsaydı, Yüksek Mahkeme, Anayasaya, hukuka aykırılıkları tespit edip bu KHK'leri iptal etme ihtimali olabilirdi. Bakanlar Kurulu da iptal edilme olasılığı olan KHK'leri bu denli konu ile ilgisiz ve ölçüsüz şekilde çıkartamazdı. Nitekim geçmişte aynı Anayasal hükümler yürürlükte olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, 1991 yıllarında verdiği iki kararında olağanüstü hal KHK'lerini denetlemiştir. 424 sayılı KHK'nin 1., 2. Ve 3 maddelerini olağanüstü hal KHK'si görmeyerek denetlemiş, verdiği kararında "olağanüstü halin gerekli kıldığı konuları, olağanüstü halin sebep ve amaçlarıyla belirlemiş", olağanüstü halin kapsamını, konusunu, süresini aşan hükümlerini iptal etmiştir⁴⁵. Aynı şekilde 425 sayılı KHK'nin 1., 5. ve 6. Maddelerinin bazı hükümleri ile 9. Maddesini iptal etmiştir⁴⁶.

Anayasa m.121/3. maddesinde "olağanüstü hal süresince" olağanüstü hal KHK'lerinin çıkartılacağını düzenlemektedir. Oysaki olağanüstü KHK'lerinin şablon hükmü, Ekli listelerde adı geçenler yönünden kamu görevinden ihraç sonucunu doğurduğu gibi, bu kişilerin bir daha kamu görevine alınmayacakları kuralını da içermektedir. Bu durumda olağanüstü hal sona erse bile etkisini devam ettirecek kurallar barındırmaktadır. Bu ise, Anayasanın mülga m.121/son fıkrasında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna olağanüstü hal süresince KHK çıkarma yetkisini veren hükmüyle çelişmekte, bu KHK'leri süre unsuru yönünden Anayasaya aykırı kılmaktadır⁴⁷.

c. Anayasa m.15 ile Getirilen Sınırlamalar

İkinci sınırlama, Anayasa m. 15 ile getirilen sınırlamalardır. 2016 yılında yürürlükte olan Anayasa hükümlerine göre, Temel hak ve hürriyetlerinin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15. Maddesinde "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim⁴⁸ veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

44 GÖNENÇ, s.2.

45 AYM, T.10.1.1991, E.1990/25, K.1991/1, RG.5.3.1992 S.21162, s.39 vd; YAZICI, s.1522 vd; GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.9.

46 AYM, T.3.7.1991, E.1991/6, K.1991/20, RG.8.3.1992, S.21165, s.23.

47 YAZICI, s.1525; GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.16-17; ÖZKUL, s.210 vd.

48 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanununun 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan "sıkıyönetim" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi 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.” hükmü yer almakta idi.

Yukarıdaki hükümle olağanüstü hal KHK’leri ile temel hak ve özgürlüklerin nasıl ve ne şekilde sınırlandıracağı, hangi konu ve alanlarda ne ölçüde sınırlandıracağı, hangi konularda temel hak ve özgürlüklere dokunulamayacağı (çekirdek haklar, çekirdek alan) düzenlenmiştir. O halde, olağanüstü hal KHK’leri “olağanüstü halin gerektirdiği konularda” çıkarılabilecek, “temel durumun gerektirdiği ölçüde”, yani ölçülülük ilkesine uyulmak ve “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek” kaydıyla sınırlama yapılabilecektir. Ancak çekirdek haklara veya çekirdek alanlara, ilkelere asla dokunulamayacaktır. Yani kişinin yaşama hakkına asla müdahale edilmeyecek, kişinin maddî ve manevî bütünlüğüne dokunulmayacak, kimse din vicdan düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacak, suç ve cezalar geriye yürütülemeyecek, masumiyet karinesi asıl olup suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamayacaktır.

Ancak 15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK’lerinin önemli bir kısmında, Anayasanın 15. Maddesinde belirtilen ilkelere, çekirdek haklara aykırı düzenlemeler yapılmış, kararlar alınmıştır. Örneğin, ölçülülük ilkesine, masumiyet karinesine, suç ve cezaların geriye yürütülememesi ilkelerine aykırı düzenlemeler mevcuttur. Bunları örnekleri ile inceleyelim.

d. Ölçülülük (*Principle of proportionality, proportionnalité*) ilkesine Aykırılıklar

Anayasa’nın 15. Maddesinde “*olağanüstü hallerde, ...durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabileceği*” belirtilmiştir. Olağanüstü hal KHK’leriyle de “durumun gerektirdiği ölçüde” düzenleme yapılabilir ve kararlar alınabilir. Eğer bir kısıtlama getirilecekse de bunun ölçülü ve orantılı olması gerekir. Ayrıca kısıtlamaların, o hakkın özünü yok edecek, o hürriyeti tamamen yok edecek şekilde olmaması gerekir.

Ölçülülük ilkesi (*principle of proportionality, proportionnalité, Verhältnismässigkeits prinzip*) bir özgürlük ya da hakkı sınırlamada başvuru alanı

cın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını (elverişlilik), sınırlama aracının sınırlama amacı için gerekli olmasını (zorunluluk, gereklilik) ve araç ile amacın ölçülü bir oran (orantılılık) içerisinde olmasını öngören hukukun temel ve genel bir ilkesidir⁴⁹. Sadece İdare hukuku alanında değil, Ceza hukuku ve Anayasa hukuku alanında başvurulmuş⁵⁰ ve Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından yararlanılan bir ilkedir⁵¹. Anayasa Mahkemesi kararlarında “ölçülülük, başvurulmuş aracın, sınırlamayla istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, gerekli olması ve araçla amaç arasında ölçülü bir denge bulunması demektir. İdarenin meşru amaca ulaşmada en hafif tedbire başvurulması, ulaşılmak istenen amaçla idarenin işlemi arasında adil bir denge olması, orantılı ve ölçülü olması gerekir” şeklinde tanımlanmaktadır⁵².

Danıştay ölçülülük ilkesi ile ilgili, “*idari ihlalle ona uygulanacak yaptırım arasında adil bir dengenin bulunması gerektiğini, daha hafif bir ceza ile cezalandırmanın hakkaniyet gereği olduğunu*” vurgulamakta, yukarıda zikredilen ilkeleri ihlal ederek tesis edilen işlemleri hukuka aykırı görmektedir⁵³.

15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK’lerinin önemli bir kısmında, ölçülülük ilkesine aykırı birçok düzenleme ve kararlar bulunmaktadır. İnceleme konusu yaptığımız kamu görevinden çıkarma kararlarında bile, çok

49 THOMAS Robert, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford 2000; ELLIS Evelyn, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999; Aktaran KAYA Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, İstanbul 2011, s.155; ALEXY Robert, “Grundrechte und Verhältnismässigkeit”, in: *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa*, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, U. Schliesky/C. Ernst/S. E. Schulz (Hrsg.), Heidelberg 2011, s.3; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.970; AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2021, s.76; ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2017, s.409-410; s.155; ALİEFENDİOĞLU, s.32; Batur KAYA, s.21 vd; ÖZKUL, s.217 vd.

50 Türk hukukunda ölçülülük ilkesi için bkz: SAĞLAM, s.114; OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s.23 vd; METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s.19-20; HAKYEMEZ Yusuf Şevki, «*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*», Hayri Domaniç Armağanı, C.II, İstanbul 2001, s.1332; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.971 vd; ESEN, s.246; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.407; ERKUT Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul 1996, s.120; İNCEOĞLU Sibel/ Atilla NALBANT, “Kriz Hukuku mu, Hukukun Krizi mi?” *Argumentum*, Y.3, S.25, 1992, s.392.

51 AYM, T.23.06.1989, E.1988/50, K.1989/27, AMKD, C.25, s.312; AYM, T.08.10.2003, E.2003/31, K.2003/87, RG.24.02.2004, S.25383; Danıştay 6.D., T.1.05.1997, E.1996/5477, K.1997/2312, Kazancı Bilgi Bankası; Dan.8.D., T.11.12.1997, E.1995/3680, K.1997/3928, DD, S.96, s.409; Dan.10.D., T.15.09.2008, E.2006/946, K.2008/6084, DD, 2009, S.120, s.317; Dan.2.D., T.02.11.2017, E.2016/10078, K.2017/6692, DD, S.147, s.73; Dan.5.D., T.10.12.2013, E.2013/5342, K.2013/9525, DD, 2014, S.135, s.32.

52 AYM, T.23.06.1989, E.1988/50, K.1988/27, RG.4.10.1989 S.20302, s.11 vd; AYM, E.1991/6, K.1991/20, AMKD, S.27/1, s.395; AYM, E.1986/12, K.1987/4, AMKD, S.23, s.27 vd, AYM, T.24.7.2019, E.2016/205, K.2019/63, RG.31.10.2019, S.30934, par.24.

53 Danıştay 8.D, T.14.12.1993, E.1993/1617, K.1993/4214, DD, S.90, s.879; Danıştay 8.D, T.01.02.1984, E.1983/212, K.1984/178, DD., S.56-57, s.313; Danıştay 8. D, T.11.12.1997, E.1995/3680, K.1997/3928; Danıştay 6. D, T.13.05.1997, E.1996/5477, K.1997/2312, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sayıda orantısız, ölçüsüz kararlar alınmış, bireylerin birçok temel hak ve hürriyeti ihlal edilmiştir. Darbe teşebbüsü ile ilgisi olmayan binlerce insanın bir olağanüstü hal KHKsi görevden alınmasının ve bir daha özel ve kamu sektöründe çalışamayacak olmasının, işletme açmasına izin verilmemesinin ölçülülük ilkesi ile bağdaşır bir tarafının olmadığı kamuoyunda ve doktrinde dile getirilmiştir⁵⁴. Darbe girişimi ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisi olduğuna dair yeterli, gerekli ve orantılı bir delil ortaya konmadan, bir sendikaya üye olmak, bir bankada hesabının olması, yıllar önce bir dershanesine çocuğunu göndermek gibi suç teşkil etmeyen fiilleri suç delili olarak gösterip kamu görevinden çıkarma gibi ağır bir yaptırım uygulamanın ölçülülük ilkesi ile izahı mümkün görünmemektedir. Anayasa Mahkemesi 2019 tarihli bir kararında şu tespitlerde bulunmuştur: *“Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca tedbire konu temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama durumun gerektirdiği oranda olmalıdır. Bir başka deyişle alınan tedbirle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama durumun gerektirdiği oranı aşarak keyfi niteliğe dönüşmemelidir”*⁵⁵.

e. Masumiyet Karinesi (*Presumption of Innocence*) İlkesine Aykırılıklar

Suçsuzluk (masumiyet) karinesi veya suçsuzluk ilkesi (*presumption of innocence*), hiç kimsenin suç işlediği kesinleşmedikçe, suçlu sayılamayacağını ifade eden evrensel bir hukuk ilkesidir. Söz konusu ilke, Anayasamızda ikinci kısmın birinci bölümünde yer alan “Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddesinin 2. fıkrasının son kısmında *“suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”* şeklinde bir hükümlerle, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi dokunulamaz çekirdek temel haklar arasında yer almıştır. Ayrıca Anayasamızın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesinde de suçsuzluk karinesi, temel bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre, *“Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”*

Suçsuzluk karinesi evrensel bir hukuk doktrini olup; Türkiye’nin de taraf olduğu 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 11/1) ve 1950 ta-

54 Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz: YAZICI, s.1515; ALAN Serkan, “Doktorlar Tamam, Diğer KHK’lılar Özel Sektörde Çalışabilecek Mi?”, gazeteduvar.com; BİŞKİN Hacı, “KHK’li Olduğu İçin İşyeri Ruhsatı Alamadı: Artık Korkmuyorum”, gazeteduvar.com; ÖZDİLEK Zehra, “KHK’li Diye Banka Para Vermedi”, cumhuriyet.com.tr.

55 AYM, T.24.7.2019, E.2016/205, K.2019/63, RG.31.10.2019, S.30934, par.24.

rihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de (AİHS) (m. 6/2) güvence altına alınmıştır. Suçsuzluk (masumiyet) karinesi, AİHS açısından adil yargılanma dürüst muhakeme hakkının (m.6) bir unsurudur.

Masumiyet ilkesi, sadece ceza hukukunun değil, aynı zamanda idare hukukunun da temel bir ilkesidir. Masumiyet karinesi, yalnızca bağımsız yargı organlarını değil; idari makamları da kapsar. İdari makamlar da, ilgili kişi veya kurumun suç işlediğine karar verilmedikçe idari ceza veremez, yaptırım uygulayamaz. Kişileri suçlu gösterme, suçlu ilan etme veya mahkûm etme, bir yargısal işlemdir. Anayasaya m.9'a göre, "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*"

15 Temmuz 2016 sonrası kamu görevinden çıkarılanların çok önemli bir kısmı, haklarında hiçbir adlî ve idarî bir soruşturma olmaksızın, mahkemelerce verilmiş bir ceza hükmü olmaksızın, suçlu olup olmadığına bakılmaksızın veya disiplin soruşturması açılmaksızın, Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılan bir olağanüstü hal KHK'ne ekli liste ile isimleri zikredilerek masumiyet ilkesi (*presumption of innocence*) ihlal edilmiştir. Örneğin, 677 sayılı KHK'nin 1/1 ve 1/2. maddesinde, "*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan* (eklerde yer alan listelerde ismi geçen kamu görevlileri) *başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır.*" düzenlemesine yer verilerek, herhangi bir yargılama yapılmadan binlerce kişi terör örgütünün mensubu veya iltisaklı irtibatlı ilan edilmiştir. Ceza hukuku anlamında terör örgütü üyeliği suçlaması atfedilerek ve aynı zamanda bu suçtan mahkûm olmuş gibi kesin ifadeler kullanılarak, bir daha ömrü boyunca çalışması imkânsız olacak şekilde kamu görevinden çıkarılmışlardır. Oysaki eğer bir suç varsa bunun mahkemelerce belirlenip ona göre idari kararlarla kamu görevinden çıkarma işlemleri yapılması gerekirdi. Yani ortada bir fonksiyon (görev) gaspı söz konusudur. Yargı organlarının vermesi gereken bir kararı, idare yaparak fonksiyon gaspı yapılmış olmaktadır⁵⁶. Fonksiyon (görev) gaspı ile malül işlemler de, idare hukuku doktrininde genel olarak yokluk yaptırımı ile karşılaşır. Eski ifadeyle keenlemyekün, yani hiçbir şekilde hukuk düzeninde doğmamış olarak kabul edilir.

Bu durum, ayrıca AİHS'nin 6/1, 6/2 ve 6/3 hükmündeki tüm güvenceleri ortadan kaldıran açık bir hukuk ihlali (*denial of justice*) oluşturmaktadır.

56 YAZICI, s.1525.

5- Amaç Unsuru Yönünden İnceleme ve Hukuka Aykırılıklar

İdari işlemlerin amacı, kamu yararını gerçekleştirmektir. Olağanüstü hal KHK'lerinin de amacı kamu yararı olmalıdır. 2 yıl boyunca çıkarılan son olağanüstü hal KHK'lerinin düzenleniş ve uygulanış biçimine, kamu görevinden çıkarılanların isimlerin kişilik ve dünya görüşlerine bakıldığında ise, sadece FETÖ-PDY ile iltisak ve irtibatlı olmayıp siyaseten muhalif duran, biat etmeyip itiraz eden çok farklı kesimlerden kamu görevlisinin ihraç edildiği görülmektedir⁵⁷. Bu da, KHK'lerin kamu yararı dışında kişisel ve siyasi amaçlarla çıkarılmış olabileceği, şahsi kin veya siyasi intikam düşüncesiyle ve siyasi muhaliflerini susturmak amacıyla hareket etmiş olabileceği kuşkusunu doğurmaktadır. Örneğin, daha önceden kamu kurum veya kuruluşunda görev yapmakta iken, yöneticilerle veya mesai arkadaşları ile problem yaşayan, farklı siyasi görüşte olan, muhalif görüşler sarfeden kimi kamu görevlilerinin, akademisyenlerin isimleri, çalıştıkları kurum tarafından üst makamlara "kurum kanaati" olarak iletildiğine dair kamuoyunda iddialar ortaya atılmıştır. Yine kamu görevlileri hakkında asılsız ihbar mektupları ve e-maillerle KHK'lere isimlerinin eklendiğine, ekli listelerde isimlerinin silinmesi için kamuoyunda "FETÖ borsası" kurulduğuna ilişkin dair haberler de çıkmıştır ve halen de çıkmaktadır. Eğer bunlar ispat edilebilirse işlemler, amaç yönünden hukuka aykırı olacaktır.

Diğer bir husus da, kamu görevinden çıkarma kararlarının olağanüstü hal KHK'lere eklenmesinin amacı, kamu görevlilerinin bağlı oldukları kurumların soruşturma yapıp disiplin cezası verilmesi yönteminden kurtulmak ve yargı denetiminden kaçınmak amacıyla yapılmış olması halinde usul (yöntem) saptırması⁵⁸ sonucunu doğuracaktır ki, bu da işlemleri amaç unsuru açısından sakat hale getirir.

B. Yargı Denetimine Tabi Olup Olmadığı Tartışması

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin (OHAL KHK) yargısal denetimi, öteden beri doktrin ve yargı organlarınca tartışma konusu ol-

57 Olağanüstü hal KHK mağdurları, çeşitli platformlar oluşturarak seslerini duyurmaya ve mağduriyetleri ifade etmeye çalışmaktadırlar. Ayrıca internette KHK TV adı altında bir yayın platformu oluşturmuşlardır. Bu yayınlar takip edildiğinde, toplumun çok farklı kesimlerinden insanın, sırf siyasi veya kişisel görüşü nedeniyle ihraç edildikleri görülmektedir.

58 Usul (yöntem) saptırması (*detournement, de procédure*), idarenin belirli bir sonuca (amaca) ulaşmak için kanun tarafından öngörülen usulün yerine, kanunun öngörmediği başka idarî usulleri kullanmasına denir. İdare, zaman, masraf ve kendisi için formaliteler içeren düzenlemelerden kurtulmak amacıyla bunu yaparsa usul (yöntem) saptırması söz konusu olur. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.493; GÖZLER, C.I, s.989; GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C.II, Ankara 2017, s.521; ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2018, s.530.

muştur ve olmaya devam etmektedir. Olağanüstü hal KHK'leri, hem anayasal bir kurum olup hem de idarenin genel düzenleyici işlemlerinden olduğundan ve temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkilediğinden Anayasa hukukçuları ve idare hukukçuları tarafından kapsamlı şekilde ele alınmış ve yüksek yargı organlarınınca tartışma konusu yapılmıştır.

Anayasa koyucu, Anayasanın 148/1. Maddesinde “*olağanüstü hal kanunun hükmünde kararnamelerinin şekil ve esas açısından Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılmayacağına*” dair hüküm vazetmiştir. Bu hüküm 1982 yılında konmuştur. 15 Temmuz sonrası çıkarılan OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi için Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda Yüksek Mahkeme, bu düzenlemelerin denetlenmesi konusunda mutlak bir yargı engeli olduğuna ve Anayasanın mezkur hükmünden dolayı yargısal denetim yapılamayacağından ötürü yetkisizlik kararları vermiştir⁵⁹. Anayasanın bahse konu hükmü, 40 yıldır Anayasa’da yer almasına rağmen 1990’larda ilan edilen olağanüstü hal sonrası çıkarılan bazı OHAL KHK'lerini, Anayasa Mahkemesi denetleyerek birkaç hükmünü iptal etmiştir⁶⁰. Dolayısıyla olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetimi, doktrin ve yargı kararlarında ciddi tartışmalara, görüş ayrılıklarına neden olmuştur.

1. OHAL KHK'lerinin Yargısal Denetime Tabi Olmadığı Görüşü

15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerin anayasaya ve hukuka aykırılığı için yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 148/1. maddedeki hükmün lafzından hareketle, bu dönemde çıkarılan OHAL KHK'lerini denetlemekten kaçınmış ve yetkisizlik kararı vermiştir. Başka bir ifadeyle, yargı bağışıklığını, OHAL KHK'lerini denetleyemeyeceği mutlak bir yargı engeli olarak görmüştür⁶¹. Yüksek Mahkeme bahsi geçen kararlarında “*...olağanüstü dönem KHK'lerinin denetiminin Anayasa'nın 148. Maddesi gereği yargı denetimi dışında tutulduğunu, ...Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'lerinin denetiminin yasama organına verdiğini, ... (bahse konu) Olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasaya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesinin anayasallık denetimi için yeterli olmadığını, olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki anayasal bir yetkinin açıkça yetki tanınması gerektiğini, ... Anayasa'nın bağlayıcılığı ve...Anayasa'dan kaynaklanmayan bir Devlet yetki-*

59 AYM, T.12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159, RG.04.11.2016, S.29878 par.22-23.

60 AYM, 10.1.1991 tarih, E.1990/25, K.1991/1, RG.5.3.1992 S.21162, s.39 vd; AYM, T.3.7.1991, E.1991/6, K.1991/20, RG.8.3.1992, S.21165, s.23.

61 YAZICI, s.1512-1513.

sinin kullanılmayacağına...” karar vermiştir⁶². Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarında Anayasa’nın 148. Maddesinin açık lafzı, 11. maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile 6. maddesindeki hiçbir kimse ve organın Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisinin kullanmayacağı ilkesine dayanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin 2016 yılında verdiği bu kararlar, olağanüstü hal KHK’lerinin yargısal denetimine tabi olup olmadığı tartışmalarını yeniden başlatmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin 1991 yılındaki iki kararında olağanüstü hal KHK’lerini denetlediği ve bazı hükümlerini iptal kararı alabildiğine göre eski içtihatlarından hareketle yine anayasal denetim yapabileceğine dair doktrinde görüşler ortaya atılmıştır. Birazdan bu konulara değinilecektir.

2. OHAL KHK’lerinin Yargısal Denetime Tabi Olması Gerektiği Görüşü

Anayasa’nın 148/1. Maddesinde OHAL KHK’lerinin yargısal denetime tabi olmayacağı konusundaki düzenleme, 1982 Anayasası’nın kabul edildiği zamandan beri yürürlükte olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında verdiği iki ayrı kararında, 424 (430)⁶³ ve 425 sayılı olağanüstü hal KHK’lerinin anayasal denetimini yapmış, gerekçe olarak da “hukuk devleti” ilkesi, çıkarılan düzenlemenin “olağanüstü hal KHK’si niteliğinde olup olmadığı” gibi hususları göstermiştir. Bu kriterler, doktrin ve daha sonraki Yüksek Mahkeme içtihatlarında da kabul görmüş ilkelere dir. Anayasa Mahkemesi’nin 1991 yılında olağanüstü hal KHK’lerini denetlemesi ve başvurduğu kriterler, o dönem doktrinde çoğu yazar tarafından olumlu karşılanmıştır⁶⁴.

Gerçekten de hukuk devleti ilkesi, yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka bağlı olduğu, idarenin yaptığı tüm işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi olduğu, temel hak ve hürriyetlerin korunduğu sistem olup Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez maddeleri arasındadır. Dolayısıyla olağanüstü hal KHK’lerinin anayasal denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesini zedelemekte-

62 AYM, T.12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159, RG.04.11.2016, S.29878; AYM, T.2.11.2016, E.2016/172, K.2016/165, RG.08.11.2016 S.29882, resmigazete.gov.tr.

63 424 sayılı KHK, daha sonra 15.12.1990 tarih ve 430 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış, bazı hükümleri 430 sayılı KHK’ye tekrar alınmıştır.

64 ALİFENDİOĞLU, s.432; GÖZLER, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi, s.584 vd; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.1228 vd; ÖDEN, s.668 vd; ÖZBUDUN, s.345, EROĞUL Cem, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnemelerin TBMM’nce Onaylanması Sorunu”, AÜSBFD, C.54, S.4, 1999, s.35; KANADOĞLU Korkut, Anayasa Mahkemesi, İstanbul 2002, s.160 vd.

dir. Hukuk devletinde hiçbir idari tasarruf yargı denetimi dışında tutulamaz. Olağanüstü hal KHK'leri de, idarenin genel düzenleyici işlemlerinden olup yargı denetimine tabi olması gerekir. Olağanüstü hal rejimi, doktrin ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği gibi, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim olmayıp, kaynağını anayasada bulan, anayasa kurallarına göre yürürlüğe konulup yasama ve yargı organlarının denetiminde uygulanan model olduğuna göre, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yargı denetimine tabi tutulmasından daha doğal bir şey olamaz. Doktrinde hakim olan bu görüşlere rağmen Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetim yapmasını eleştiren görüşler de ortaya atılmıştır.

Bu yöndeki eleştirileri şu şekilde özetleyebiliriz. Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılında verdiği iptal kararlarında anayasal normlar arasında hiyerarşi olmadığı halde, yani 2. Maddesinin yer aldığı "hukuk devleti" ilkesi ile 148.maddesinde yer alan "olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyeceği" hükmü varken 2. Maddedeki hukuk devleti ilkesine üstünlük tanınarak denetim yapılamayacağını, Anayasa koyucunun OHAL KHK'lerini yargı denetimine tabi tutmama iradesinin olduğunu, olağanüstü hallerde sadece hukuk devleti ilkesi değil, anayasal sistemin tehlikede olduğundan OHAL KHK'lerinin yargı bağımsızlığının anlaşılabilir olduğunu dile getirmişlerdir⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılında OHAL KHK'lerini anayasaya uygunluk denetimi gerekçelerinden bir diğeri de, olağanüstü hal KHK adı altında çıkarılan düzenlemelerin "gerçekte bir olağanüstü hal KHK'si niteliğinde olup olmaması"dır. Yüksek Mahkeme, 424 (430) ve 425 sayılı KHK'nin denetimini yaparken "*...Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi 'Olağanüstü Hal KHK'si adı altında yapılan düzenlemelerin, Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir "olağanüstü hal KHK'si" niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır*" diyerek içerik yönünden incelemiştir⁶⁶ ve düzenlemenin sadece şekli anlamda bir OHAL KHK'si olup olmadığına değil aynı zamanda maddi anlamda açıdan yani içeriğinin de bu nitelikleri taşıması gerektiğine karar vermiştir.

65 GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.1230; GÖZLER, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi, s.584 vd; GÖZLER Kemal, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa, 1999, s.153 vd; KUZU Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985, s.320.

66 AYM, T.10.1.1991, E.1990/25, K.1991/1, RG.5.3.1992 S.21162, s.39 vd; AYM, T.3.7.1991, E.1991/6, K.1991/20, RG.8.3.1992, S.21165, s.23.

Anayasa Mahkemesi 424 (430) ve 425 sayılı KHK'leri içerik yönünden denetlerken olağanüstü hal KHK'lerinin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabileceği, olağanüstü halin devam ettiği süre ve yerlerde uygulanabileceği, kapsamı, süresi, sebep, amaç ve konusu itibarıyla olağanüstü halle ilgisi olmayan hususlarda olağanüstü hal KHK'si ile düzenleme yapılamayacağına karar vermiş ve bazı hükümlerini iptal etmiştir. Bu yöndeki içtihadı, doktrinde ve yargı organlarında genel olarak kabul görmüştür⁶⁷. Yüksek Mahkemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, Anayasa'nın 15.maddesindeki ilkeler doğrultusunda, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü halin süresini ve kapsamını aşmayacak şekilde düzenlemeler olması gerektiğine dair görüşü, daha sonraki yıllarda da kabul görmüş ve Yüksek Mahkemenin kararlarına yansımıştır⁶⁸. Ancak Yüksek Mahkemenin olağanüstü hal KHK'lerini bir şekilde denetlemesinin Anayasa'nın 148. Maddesindeki hükmünü ihlal ettiği veya en azından etkisiz hale getirdiği için Anayasa'ya aykırı olduğu, yargı engelinin aşılması için Anayasa'da bu yönde değişiklik yapılması gerektiği yönünde eleştiriler de yapılmıştır⁶⁹.

1990'lı yıllarda bazı Anayasa hukukçuları, olağanüstü hal KHK'lerinin anayasal denetiminin önündeki yargı engelinin aşılabilemesinin mümkün olduğu, Anayasa'nın 148. Maddesinin genel düzenleyici işlem olan olağanüstü hal KHK'lerini kapsadığını, olağanüstü hal KHK'lerinin Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarıldıktan sonra TBMM'ye sunulması ve kabul edilerek onaylanması ve kanuna dönüşmesi halinde Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceğini, olağanüstü hal KHK'lerinin yargı bağımsızlığının sadece TBMM tarafından kabul edilmesine kadar geçecek süre için olduğu dile getirilmiş⁷⁰, bu görüş Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Dolayısıyla olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetiminin önünde bir yargı engeli olmadığı görüşü kuvvet kazanmıştır.

67 YILDIRIM, Olağanüstü Yönetim Usulleri, s.398; ALİFENDİOĞLU, s.423; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.1232 vd; GÖZLER, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi, s.584 vd; ÖDEN, s.663 vd; DURAN Lütfi, "Bunalım Kararnameleri", AÜSBFD, C.50, S.3-4, 1995, s.149 vd; TURHAN Mehmet, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", AİD, C.25, S.3, 1992, s.28 vd;

68 AYM, T.22.5.2003, E.2003/28, K.2003/42, resmigazete.gov.tr.

69 GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.1214 vd; GÖZLER, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, s.170 vd; KUZU, Kanun Hükmünde Kararnameler, s.320.

70 Ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZBUDUN, s.345; TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2021, s.37; KUZU, Olağanüstü Hal Kavramı, s.273; YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararnalarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, İstanbul 1996, s.189; CAN/ ŞİMŞEK AKTAŞ, s.26.

3. 2016 Sonrası Dönem

15 Temmuz 2016 sorası çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetimi için Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda, Yüksek Mahkeme önceki içtihatlarından vazgeçerek olağanüstü hal KHK⁷¹'leri denetlemekten kaçınmıştır. Örneğin, 669 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada, eski içtihatla bir olağanüstü hal KHK'sinin gerçekten Anayasanın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından inceleme yaptığını ve fakat böyle bir incelemenin Anayasanın 148. maddesine aykırı olacağını belirterek, eski içtihadındaki yaklaşımını tamamen terk etmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre: "*Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hal KHK'si şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hal KHK'si olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir... Bu yaklaşım, Anayasanın 148.Maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hale getirmektedir...*"

Bu içtihat değişikliği ile 20 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan, gerek usul gerekse içerik itibarıyla, Anayasa ile belirlenen sınırlarını açıkça aşan, olağanüstü halin kapsamı, konusu süresinin çok çok ötesinde etkisi olacak bir çok temel hak ve özgürlüğü kısıtlayan, bir çok yönden hukuka, anayasaya aykırı olan bu olağanüstü hal KHK'lerinin anayasa yargısında denetlenmesi mümkün değildir⁷². Ayrıca bu olağanüstü hal KHK'leri yayımlandıktan sonra Meclise sunulup kanun haline dönüşmediğinden kanun olarak da TBMM'nin denetimine tabi olmamıştır. Örneğin, 668 sayılı KHK, 25 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanmasına rağmen TBMM'nce ancak 8 Kasım 2016 tarihinde değiştirilerek onaylanmış, yani siyasi denetimi 4 ay sonra gerçekleştirilebilmiştir. Sonuçta, 2016 sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerin ne yargısal denetimi, ne de siyasi denetimi söz konusu olmamıştır.

71 Anayasa Mahkemesi, 25 Temmuz 2016 tarihinde çıkarılan 668 ve 669 sayılı KHK'leri, 12.10.2016 tarihinde görüşerek bu OHAL KHK'lerini iptal etme yetkisinin olmadığına, Anayasa'nın 148/1 hükmü gereğince OHAL KHK'lerinin anayasal denetimi için dava açılmayacağına karar vermiştir. AYM, T.12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159, RG.04.11.2016, S.29878; AYM, T.12.10.2016, E.2016/167, K.2016/160, RG.04.11.2016 S.29878; 15 Ağustos 2016 tarihinde çıkarılan 670 ve 671 sayılı KHK'leri de iptal taleplerini aynı gerekçelerle reddetmiştir. AYM, T.2.11.2016, E.2016/171, K.2016/164; AYM, T.2.11.2016, E.2016/172, K.2016/165, RG.08.11.2016, S.29882, www.resmigazete.gov.tr.

72 GÜNDAĞ Metin, "OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum", Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, s.32 vd; CAN/ ŞİMŞEK AKTAŞ, s.28.

Anayasa Mahkemesi 2016 yılındaki içtihat değişikliğine giderken Anayasanın 148. Maddesinin lafzından hareket etmiş, lafzi yorum metodunu uygulayarak katı bir pozitivist yaklaşımı benimsemiştir. 2016'dan önceki içtihatlarını terkederek tarihsel ve amaçsal yorum metoduna başvurmamıştır. Oysaki hukuk kurallarını yorumlarken sadece lafzına değil, amacına, tarihsel sürecine de bakmak gerekir. Anayasa Mahkemesinin 2016 sonrası olağanüstü hal KHK'lerini denetlemekten kaçınması ve bu konuda getirdiği gerekçeler, doktrinde çok ciddi şekilde tartışma ve eleştiri beraberinde getirmiştir.

4. Görüşümüz

Olağanüstü hal uygulamaları tarihimizde uzun zamandan beri başvuru alan bir yöntem olmasına rağmen olağanüstü hal KHK'leri, hukukumuzda bu denli tartışma konusu olmamıştı. 15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan OHAL KHK'leri, sayı, içerik, kapsam, süre açısından çok ciddi hukuka aykırılıklar barındırması kadar binlerce kişi, kurum ve işletmenin Anayasa'da teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmiştir. Üstelik bu OHAL KHK'lerin yargısal denetime tabi tutulmaması bu mağduriyetleri daha da artırmıştır. Oysaki hukuk devleti güvencelerine özellikle bu dönemlerde daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Kamu yetkisi kullanan idareler ve yöneticiler, olağanüstü hali gerektiren olayların ağırlığı ve vehametinin de etkisiyle bu dönemlerde gerekli titizliği göstermeyebilir ve ölçülü kararlar almayabilirler. Çok ciddi haksızlıklar, vahim mağduriyetler oluşabilir. Bu yüzden bu dönemlerde yapılan işlemlerin yargı denetimine tabi olması gereklilikten⁷³ öte bir zorunluluktur. Yargı denetimine tabi olması halinde toplumdaki adalet duygusunu tatmin edeceği gibi, olağanüstü hal uygulamalarının siyasi meşruiyetini de artıracaktır⁷⁴.

2016 sonrası Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal KHK'lerinin anayasa uygunluk denetimini yapmaktan kaçındığı bu içtihatlarına katılmak mümkün değildir. Demokratik hukuk devleti ilkesi, anayasanın bütünü ve evrensel hukuk ilkeleri, olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetimini zorunlu kılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kaçındığı hususların hepsinin hukuka aykırı olduğunu söylemek de doğru değildir. Bir kere her şeyden önce, Anayasa Mahkemesini bu ikilemden kurtarmak için en kesin çözümlerin başında Anayasa'nın 148. Maddesinde değişikliğe gidilerek olağanüstü hal KHK'lerinin anayasaya uygunluk denetim engelini kaldırılması ve yargı denetimine açılması gerekir. Bunun için de Anayasa'nın 148. Maddesinde değişiklik yapılmalıdır.

73 ULUSOY Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2021, s.68.

74 ULUSOY, Türk İdare Hukuku, s.68.

Diğer bir husus ise, Anayasa Mahkemesinin geçmişte özellikle 1990'lı yıllarda Anayasa'da öngörülen görev ve yetkilerinin ötesinde Anayasa'da sayılmayan bazı yetkileri kullanabildiği, bazen siyasi aktivizm bazen de yargısal aktivizm yaptığı eleştirilerine maruz kaldığından bu tartışmaları yeniden başlatmamak adına olağanüstü hal KHK'lerinin anayasaya uygunluk denetimini yapmaktan kaçınmış olabilir. Anayasa'nın lafzına bağlı kalarak tarihsel amaçsal yorumu terketmiş olabilir. 2016 yılında verdiği karar metinlerinde bu hususlara da vurgu yaptığı görülmektedir. Bu husus, anlayışla karşılanabilir. Ancak 1990'lı yıllarda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın bütünü gözetken, temel hak özgürlükleri genişleten, demokratik hukuk devleti ilkesini öne çıkaran yorumlar yaparak bu aktivasyonlara girmekte idi⁷⁵. 2016 yılında verdiği kararlarda ise, binlerce kişinin bir çok temel hak ve özgürlüklerini alabildiğine kısıtlayan, hukuk devleti ilkesine açıkça aykırı olan düzenlemeleri denetlemekten imtina etmiştir⁷⁶. Bu da siyasi iktidara sınırsız ve keyfi bir düzenleme alanı açarak olağanüstü halle ilgili-ilsiz her konuda OHAL KHK'leri ile düzenleme yapabilmesine sebebiyet vermiştir. Olağanüstü halle ilgisi olmayan bir çok düzenleme (Örneğin kış lastiği uygulaması, rektör seçimi gibi) yargı denetiminden kaçırılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 2016 yılında verdiği kararlarda, yaşanan siyasi ve toplumsal atmosferin de etkili olduğu düşünülebilir. Anayasa Mahkemesinin kendisinin ve kararlarının tartışma konusu yapıldığı, sert siyasi söylemlerin ifade edildiği bir iklimde, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın lafzını bir kenara bırakarak özgürlükçü yorum yapması, genişletici bir yaklaşımla karar vermesi fazla iyimserlik sayılabilir.

Bütün bu düşüncelere rağmen, kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal KHK'lerini, gerçekte bir olağanüstü hal KHK'si olup olmadığını denetlemesi, olağanüstü halin gerekli olduğu konularda çıkarılıp çıkarılmadığı, olağanüstü halin kapsamını, süresini Anayasa'da öngörülen ilke ve sınırlamalara uygun şekilde çıkartılıp çıkartılmadığı yönlerinden denetlemesi gerekirdi. Bu yönlerden yapılacak belirleme işin esasına girmek değildir. Bir düzenlemenin salt konusunun ve niteliğinin ne olduğunu tespit etmek o düzenlemenin esas denetimini yapmak anlamına gelmez⁷⁷. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, 1990'lı yıllardaki içtihadını benimseyip denetleyebilirdi.

75 CAN/ŞİMŞEK AKTAŞ, s.31-32.

76 Gözler, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü hâl KHK hükümlerinin yarısından çok daha fazlasının Anayasaya açıkça aykırı olduğunu dile getirmektedir. GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.20.

77 Ayrıntılı bilgi için bkz: ULUSOY, Türk İdare Hukuku, s.74-75.

Eğer birkaç tane OHAL KHK'sini denetleyebilmiş ve iptal edebilmiş olsaydı, olağanüstü halle ilgili ilgisiz 31 tane OHAL KHK'si çıkarılmayabilir veya daha dikkatli davranılabilirdi.

V- Olağanüstü Hal KHK'lerine Ekli Listeler ile İliştirilen Kamu Görevinden Çıkarma Kararları

A. Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarının Bireysel İdari İşlem Kimliği

İdari işlemler, genel düzenleyici işlemler - bireysel idari işlemler (birel işlem, idari karar) olarak ikiye ayrılır. Genel düzenleyici işlemler, idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla genel, kişilik dışı, objektif, nesnel kurallar ve normlar çıkarmasıdır. Bireysel idari işlemler (birel işlem, idari karar) ise, idarenin kamu gücünü kullanarak tek yanlı irade açıklamasıyla ismen belirlenmiş, bir kişi veya belli bir duruma ilişkin somut, özel karar almasıdır.

15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerinin düzenleniş, hukuk düzeninde ortaya konuş ve yayımlanış biçimine bakıldığında, bir KHK metni ve genel şablon hükümleri olduğu, bir de kamu görevinden çıkarılan kamu personelinin isim, unvan, kurumlarının yer aldığı (veya kapatılan, el konulan kurum ve kuruluşların isim ve ünvanlarının bulunduğu) Ekli Listeler olduğu gözlemlenmiştir. İdarî işlem teorisi açısından ele alındığında, olağanüstü hal KHK'leri genel, kişilik dışı, soyut, objektif kural-işlem mahiyetinde işlemlerdir ki, Cumhurbaşkanlığı başkanlığında Bakanlar Kurulu tarafından kolektif işlem şeklinde çıkartılır ve isim ve şahıs belirtilmez. Ancak Ekli Listeler ise, isim, unvan ve kimlik bilgilerinin yer aldığı binlerce bireysel idarî işlem, birel işlem, idarî karar mahiyetindedir. Yani 15 Temmuz Kararnamelerinin önemli bir kısmı, genel düzenleyici işlem ile bireysel işlemler içiçe geçmiş şekilde çıkarılmıştır.

Örneğini verdiğimiz 672 sayılı KHK'de bunları görebiliriz: Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname başlığı altında Karar Sayısı: 672 denilerek aşağıda genel şablon hükümleri sayılmıştır. 1. Maddede *Amaç, Kapsam*; 2. Maddede ise *Kamu Personeline İlişkin Tedbirlere* başlığı altında *MADDE 2- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan; a) Ekli (1) sayılı listede yer alan ki-*

şiler kamu görevinden, b) Ekli (2) sayılı listede yer alan kişiler Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından, ...başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır” şeklinde düzenlenmiştir. Ekli listelerde ise kamu görevinden çıkarılanların edilenlerin isim, unvan, kimlik bilgileri zikredilmektedir.

Oysaki Olağanüstü hal KHK’leri ile Ekli Listeler, farklı hukukî işlemlerdir ve öyle olması gerekir. Olağanüstü hal KHK’lerinin tabi olduğu hukukî rejim farklıdır, Ekli Listelerin tabi olduğu bireysel işlemlerin hukukî rejimi farklıdır: 1- Olağanüstü hal KHK’leri, idarenin genel düzenleyici işlemlerinden birisidir. Ekli Listelerle kamu görevinden çıkarma kararları ise bireysel idarî işlemlerdir. 2- Olağanüstü hal KHK’leri soyut, genel, kişilik dışı kurallar içerir. Ekli Listelerle kamu görevinden çıkarma kararları, bireye özgü, kişisel, bireysel kararlardır. 3- Olağanüstü hal KHK’leri, olağanüstü hal ilan süresince çıkarılır. Kamu görevinden çıkarma kararları, her zaman alınabilecek kararlardır. 4- Olağanüstü hal KHK’leri Cumhurbaşkanı başkanlığında Bakanlar Kurulu çıkarabilir. Kamu görevinden ihraç gibi bireysel işlemleri, her kamu tüzel kişisi yapabilir. 5- Olağanüstü hal KHK’leri daha önce açıklandığı gibi Anayasa’da öngörülen belli şekil ve usullerle çıkarılabilir. Oysaki kamu görevinden çıkarma, ihraç kararları genel kanun hükümlerine tabidir. 6- Olağanüstü hal KHK’leri olağanüstü halin ilan edilme sebeplerini ortadan kaldırmaya yönelik olarak çıkarılabilir. Kamu görevinden çıkarma kararları, kanunlarda öngörülen çeşitli hukukî ve fiilî sebeplere göre alınabilir. 7- Olağanüstü hal KHK’leri olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılabilir. Kamu görevinden ihraç kararları, Anayasa ve kanunlarda belirtilen konularda verilebilir. 8- Olağanüstü hal KHK’leri genel düzenleyici işlem ve kanun hükmünde olmasına karşın Anayasa ve Danıştay’ın yargı denetimine kapalıdır. Oysaki kamu görevinden çıkarma kararları, bireysel işlemler olup genel olarak idari yargı denetimine açıktır.

Kanaatimizce, kamuoyunda ve doktrinde bazı yazarların dile getirdiği gibi, olağanüstü hal KHK’leri hem genel şablon işlemler olarak hem de Ekli listelerle binlerce bireysel işlem şeklinde içiçe çıkartanların en önemli amacı, olağanüstü hal KHK’lerinin yargı denetimine tabi olmaması avantajını kullanma düşüncesi olabilir. Bunda da başarılı olmuşlardır. Daha önce de ifade edildiği gibi, bu dönem çıkartılan olağanüstü hal KHK’leri, yetki, şekil (usul), sebep konu ve amaç unsurları yönüyle hukuka aykırılıklar barındırmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, önceki içtihatlarından vazgeçerek bu KHK’leri denetlemekten kaçınmış ve içeriğine bakmadan yetkisizlik nedeniyle yargı-

lama taleplerini reddetmiştir⁷⁸. Danıştay da, olağanüstü hal kararnamelerine ekli listelerle binlerce kamu görevinden ihraç kararlarını denetlemekten kaçınmıştır⁷⁹. Yargısal denetimin hiçbir şekilde yapılamadığı binlerce ihraç kararı ve idari tasarruflar için 2017 yılında OHAL İşlemlerini İnceleme Komisyonu kurulmuş, Komisyonun verdiği kararlara karşı idari yargı denetim yolu ancak mümkün olabilmıştır.

1. Yetki Yönünden İnceleme

Kamu görevinden ihraç işlemleri, KHK'lere Ekli Listeler ile eklenen isim, unvan ve kimlik bilgilerinin yer aldığı kişiye özgü bireysel idarî işlem, birel işlem, idarî karar mahiyetindedir. Olağanüstü hal KHK'leri ise, genel, kişilik dışı, soyut, objektif kural-işlem mahiyetinde işlemlerdir. 15 Temmuz Kararnamelerinin önemli bir kısmı, genel düzenleyici işlem ile bireysel işlemler içiçe geçmiş şekilde çıkarılmıştır.

Kamu görevinden ihraç kararları, kamu görevlilerinin görev yaptığı veya bağlı olduğu kamu tüzel kişileri verilebilir. Yani Anayasa ve kanunlarda belirtilen yetkili kamu tüzel kişileri kamu görevinden çıkarma işlemi yapabilirler. Olağanüstü hal KHK'lerini çıkarma yetkisi ise, Cumhurbaşkanı başkanlığında Bakanlar Kurulu'na aittir. Genel düzenleyici işlem niteliğinde olup isim ve şahıslar belirtilmez. Dolayısıyla kamu görevinden ihraç kararlarını görev yaptıkları veya bağlı oldukları yetkili kamu tüzel kişileri bir soruşturma sonucu verebilecekken Cumhurbaşkanı başkanlığında Bakanlar Kurulu binlerce kişi hakkında hiçbir soruşturma yapmadan vermiştir. Oysaki Anayasa ve kanunlarda Cumhurbaşkanı başkanlığında Bakanlar Kuruluna böyle bir yetki verilmemiştir. Dolayısıyla binlerce kamu görevinden ihraç kararları, yetki unsuru açısından sakat olup yetki aşımı veya yetki tecavüzü söz konusudur⁸⁰.

2. Şekil (Usul, Biçim) Yönünden İnceleme

Bireysel idarî işlemlerin mevzuatta öngörülen şekil ve usulde yapılma zorunluluğu bulunmaktadır. 15 Temmuz 2016'dan sonra çıkarılan Olağanüstü hal KHK'lerine ekli listelerle binlerce bireysel ihraç kararları verilmiştir. Kamu görevinden çıkarma kararları, disiplin cezaları veya idari yaptırımlar mahiyetindedir. Disiplin cezaları verilirken mutlaka soruşturma yapılması,

78 AYM, T.12.10.2016, E.2016/166, K.2016/159, RG.4.11.2016, S.29878, s.14 vd.; AYM, T.2.11.2016, E.2016/171, K.2016/164, RG.8.11.2016 S.29882.

79 Dan.5.D. T.04.10.2016, E.2016/196, K.2016/4066; Dan.5.D., T.04.10.2016, E.2016/8136, K.2016/4076, Kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNDAY, OHAL İhraç KHK'leri, s.35.

80 YAZICI, s.1529 vd.

soruşturulan kamu görevlisine savunma hakkının verilmesi, çelişme usulünün uygulanması anayasal ve yasal bir zorunluluktur. Yani, disiplin cezaları verilirken mutlaka bu şekil ve usule riayet edilmesi gerekir. Ekli listelerle yapılan kamu görevinden çıkarma kararları, hiçbir soruşturma yapılmadan, savunma hakkı verilmeden Anayasa ve kanunlara göre ve yukarıda belirtilen şekil ve usullerle alınmadığından ötürü hukuka açıkça aykırıdır. Bu konuya ayrıntılı şekilde birazdan değinilecektir.

3. Sebep Yönünden İnceleme

Bireysel idari işlemlerin sebebi, idareyi o işlemi yapmaya sevkeden hukuki ve fiili etkenlerdir. Olağanüstü hal KHK'lerinin çıkarılma nedeni, olağanüstü halin ilan edilmiş olması, olağanüstü halin ilan edilmesine sebep olan olay da 15 Temmuz darbe girişimidir. Bireysel işlemlerin de bu sebebe istinaden kanunda belirtilen gerekçelere göre yapılması gerekir.

Cumhurbaşkanlığı başkanlığında Bakanlar Kurulu 31 tane olağanüstü hal KHK'si çıkarmıştır. KHK'lere ekli listelerle binlerce kamu görevinden ihraç kararı verilmiştir. İlgili bakanlıklar ve diğer kamu kurumlarınca ekli listelerde adı geçen personellerinin bu listelere hangi gerekçeyle dahil edilmişlerdir? Sözü geçen kişilerin hangi fiilleri, terör örgütleriyle irtibatlı ve iltisaklı sayılmıştır? Bu listelerde kişisel verileri yer alan binlerce kişi, gerçekten, 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle irtibatlı ve iltisaklı mıdır?

Görüldüğü üzere darbe teşebbüsü ile uzaktan yakından ilgisi olmayan, terörle ve terör örgütleri ile hiçbir irtibat ve iltisakı olmayan, millî güvenliğe ne gibi bir tehdit oluşturduğu tespit edilmemiş, darbe tehdidi ortadan kalktıktan aylar yıllar sonra binlerce öğretmen, akademisyen, memur vb. kamu görevlisinin hiçbir somut, makul ve hukuka uygun bir gerekçe gösterilmeden olağanüstü hal KHK'lerine eklenen listelerle kamu görevinden çıkarılmasının sebebini anlamak, uygun illiyet bağı kurmak mümkün değildir. Bu yüzden, tesis edilmiş binlerce kamu görevinden çıkarma kararları, bu işlemleri sebep yönünden hukuka aykırıdır.

Bir diğer husus da şudur. Olağanüstü hal KHK'leri ile kamu görevinden ihraç kararlarının alındığı zamanlarda kamu görevinden çıkarmayı gerektiren haller arasında *“terör örgütleri ile iltisak ve irtibatlı olmak”*, *“üye olmak”* gibi bir mevzuatımızda herhangi bir hüküm bulunmamasıdır. Yani bu dönemin ilk KHK'lerinde, kamu görevinden ihraç kararlarının yasal ve hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. 3.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK'nin 75. Maddesi ile *“Terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olmak, bu örgütlere yardım etmek,*

kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullandırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak” hükmü eklenmiş, 1.2.2018 tarihinde yasallaşmıştır. Bu yüzden, 676 sayılı KHK’ye kadarki olağanüstü hal KHK’leriyle kamu görevinden çıkarılanlar, yasal dayanağı olmadan kamu görevinden çıkarılmışlardır. Bu konuya birazdan değinilecektir.

4. Konu Yönünden İnceleme

İdari işlemin konusu, onun hukuk düzeninde meydana getirdiği değişiklik, onun doğurduğu hukuki sonuçtur. Başka bir ifadeyle işlemin bizatihi kendisi, işlemin içeriğidir. Doktrin ve mahkeme kararlarında da belirtildiği gibi, İdare, hukukî tavsifini doğru yaptığı bir sebebe dayanarak her istediği işlemi yapamaz. İşlemin hukukî tavsifini doğru yapmak kadar, Kanunda o sebebe uygun, ölçülü, orantılı bir kararı, bir tedbiri alması gerekir.

Anayasa m.121/3. maddesine göre, “*Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanınca toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir.*” Görüldüğü üzere KHK denilen genel düzenleyici işlemler yapılmasına izin verilmiştir⁸¹, bireysel işlemler yapılamaz. Ancak binlerce kamu görevinden çıkarma işlemi yapılarak bireysel işlem yapılmıştır.

Daha önce de ifade edildiği gibi, Anayasanın 15. Maddesi uyarınca bazı sınırlamalar getirilmiş, çekirdek haklar alanında düzenleme yapılamayacağı, ölçülülük, masumiyet karinesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gibi hukuken evrensel ilkelerine uygun düzenlemeler çıkarılabileceği açıkça belirtilmiştir. 2 yıl boyunca çıkarılan olağanüstü hal KHK’lerine bakıldığında, bazı hükümlerinin olağanüstü halin gerektirdiği konularla ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Ancak önemli bir kısmının olağanüstü halle ilgisiz konularda çıkarıldığını görmekteyiz. Özellikle darbe teşebbüsüne katılan veya darbe yapma olasılığı olan personelin görevden uzaklaştırılması ile ilgili çıkarılan KHK’leri veya bir KHK’deki bununla ilgili düzenlemeleri konu kapsamında değerlendirebiliriz. Ancak 15 Temmuz darbe teşebbüsü ile, terör örgütleri ile uzaktan yakından ilgisi olmayan kişi ve konularda, binlerce akademisyen, öğretmen, doktor, memurun KHK’lere ekli listelerle kamu görevinden çıkarma kararlarının verilmesini, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla ilgili görmek imkansızdır⁸².

81 ESEN, s.245 vd; YAZICI, s.1522.

82 YAZICI, s.1523.

5. Amaç Yönünden İnceleme

Genel düzenleyici işlem KHK'ler için söylediğimiz gibi, ekli listelerle binlerce kamu görevinden çıkarma işlemlerinin amacı kamu yararı olmalıdır. Ancak 31 olağanüstü hal KHK'sine ekli listelerle yapılan kamu görevinden ihraç edilenlere bakıldığında sadece FETÖ-PDY ile iltisak ve irtibatlı olmayıp siyaseten muhalif toplumun bir çok kesiminden kamu görevlisi ihraç edilmiştir. Bu husus da ihraç edilen binlerce kamu görevlisinin siyasi görüş⁸³ veya şahsi sebeplerle kamu görevinden çıkarılmış olabileceği tezini kuvvetlendirmektedir. Hatta daha önce kurumlarında idarecilerle problem yaşayan kimi kamu personelinin kurum kanaati adı altında KHK'lerle ihraç edildiği de olmuştur. Buna yönelik kamuoyunda çok ciddi iddia ve görüşle ortaya atılmıştır. Bu da, ekli listelerle ihraç işlemlerinde kamu yararının olmadığı, şahsi ve siyasi saiklerle yapıldığına dair kuşkuları artırmaktadır.

Amaç unsuru ile ilgili diğer bir sakatlık da, usul (yöntem) saptırması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıklardır. Kamu görevinden çıkarma kararlarının olağanüstü hal KHK'lere eklenmesinin amacı, kamu görevlilerinin bağlı oldukları kurumların soruşturma yapıp disiplin cezası verilmesi yönteminden kurtulmak ve yargı denetiminden kaçınmak amacıyla yapılmış olması halinde usul (yöntem) saptırması ile sakat hale gelme riski bulunmaktadır.

B. Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarının Disiplin Cezası Olarak Mevzuatımızdaki Yeri

Kamu görevinden çıkarma işlemleri, idarenin kamu gücünü kullanarak tek yanlı irade açıklamasıyla oluşan bireysel idari işlemlerdendir. Olağanüstü hal KHK'lerine Ekli liste ile iliştilen kamu görevinden çıkarma kararları da bireysel işlem, birel işlemlerdendir. Toplu şekilde karar alınsa bile her bir kişi için isim belirtilerek somuta indirgenerek yapılmıştır.

Mevzuatımızda “kamu görevinden çıkarılma” ya da “kamu görevinden ihraç” gibi kavramlarla tanımlanmış bir disiplin cezası yoktur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E maddesinde, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Kanunu'nu 7/1-f Maddesinde ve bazı kanunlarda, disiplin cezası olarak “devlet memurluğundan çıkarma” cezası olarak düzenlenmiştir. Yine 7068 sayılı Kanun'un 7/1-g maddesinde ve örneğin 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 62/g maddesinde “meslekten çıkarma” disiplin cezası olarak yer almaktadır. Olağanüstü hal KHK'lerinde “kamu görevinden çıkarılma”

83 Örneğin “Barış Akademisyenleri” olarak nitelendirilen bir grubun yayımlanmış oldukları bir bildiri sebebiyle KHK'lerle ihraç edildiği kamuoyunda dile getirilmiştir. dw.com.tr, 5.11.2021.

gibi bir kavram, ya da kamuoyunda “kamu görevinden ihraç” gibi bir yaptırım, diğer kanunlarda zikredilmemektedir. Kavramsal tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, olağanüstü hal KHK’lerinde “kamu görevinden çıkarma” işlemleri ile kanunlarda “devlet memurluğundan çıkarma”, “meslekten çıkarma” olarak bahsedilen işlemler aynı anlamda değerlendirilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125/E maddesinde “*Devlet memurluğundan çıkarma, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır*” şeklinde tanımlanmıştır. Hemen devamında devlet memurluğundan çıkarmayı gerektiren fiil ve haller sıralanmıştır. Devlet memurluğundan çıkarmayı gerektiren haller arasında “*terör örgütleri ile iltisak ve irtibatlı olmak*”, “*üye olmak*” gibi bir madde bulunmamakta idi. Ancak 3.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK’nin 75. Maddesi ile “*Terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olmak, bu örgütlere yardım etmek, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullandırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak*” hükmü eklenmiş, 1.2.2018 tarihinde yasalaşmıştır. Dolayısıyla 676 sayılı KHK’ye kadarki olağanüstü hal KHK’leriyle kamu görevinden çıkarılanlar, yasal dayanağı olmadan kamu görevinden çıkarılmışlardır.

Kamu görevinden çıkarma işlemi, niteliği itibarıyla kamunun ve kamu kuruluşunun düzenini sağlamak için idare tarafından araya herhangi bir yargı kararı girmeksizin vereceği disiplin cezalarından birisi ve en ağırıdır. Disiplin cezaları da idari yaptırımların türlerindedir.

Disiplin cezaları, idare tarafından verilmesine karşın ceza hukukunun ve ceza yargılama usullerinin genel ilkelerinden yararlanır. Zira disiplin cezaları, yargı işlevine benzeyen ancak idare tarafından uygulanan kararlardır.

Disiplin hukukunun kendine özgü kural ve ilkeleri vardır. 1- Savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. İdare her türlü işlemde muhatabının görüşünü alması gerekmez iken, disiplin cezaları verirken mutlaka muhatabının savunmasını almak zorundadır. 2- Disiplin cezaları yargı dene-timi dışında bırakılamaz. 3- Disiplin cezaları gerektirecek davranışlar ve bu davranışlara uygulanacak disiplin cezaları önceden belirli olmalı, mutlaka hukukî dayanağının olması, özellikle yasalarda düzenlenmiş olması gerekir. Mümkünse kıyasa başvurulmamalıdır. 4- Disiplin suçları ile verilecek disiplin cezaları arasında adil bir denge, ölçülülük olması gerekir⁸⁴. 5- Disiplin ceza-

84 GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C.I, s.850 vd; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.505; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku,s.482; ODYAKMAZ/ KESKİN, s.925 vd; OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2000, s.57 vd.

ları her somut olay gözönünde bulundurularak ve de kişiselleştirilerek verilmelidir.

Disiplin hukukunun genel ilkeleri açısından olağanüstü hal KHK'leri ile kamu görevinden çıkarılma işlemlerini değerlendirecek olursak; 1- Savunma hakkı tanınmadan binlerce kamu görevlisi, olağanüstü hal KHK'leri ile kamu görevinden ihraç edilmişlerdir⁸⁵. 2- Disiplin cezaları yargısal denetime tabi tutulması zorunlu iken, olağanüstü hal KHK'leri ile kamu görevinden çıkarılma işlemlerine karşı başlangıçta yargı yolu kapalı tutulmuş, daha sonra Ocak 2017 Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonu kurularak bu Komisyona müracaatlar yapılmış, Komisyonun verdiği kararlara karşı yarı yoluna başvurulabilmiştir. 3- Hukukî belirlilik yasallık ilkesi açısından da kamu görevinden ihraç kararları problemlidir. Biraz önce ifade edildiği gibi, olağanüstü hal KHK'leri ile kamu görevinden ihraçlar yapılırken başta Devlet Memurları Kanunu olmak üzere mevzuatımızda “terör örgütüne üye olmak, iltisaklı ve itibatlı olmak” gibi bir disiplin suçu düzenlenmemiştir. Ancak 3.10.2016 tarihinde 676 sayılı KHK’de düzenleme yapılarak Devlet Memurları Kanunu’nun devlet memurluğundan çıkarma cezasının düzenlendiği 125/l fıkrasına “*Terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olmak, bu örgütlere yardım etmek, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullandırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak*” hükmü eklenmiştir, yani 3.10.2016 tarihine kadar yapılan kamu görevinden ihraç kararlarının yasal dayanağı bulunmamaktadır. 4- Disiplin cezalarında öngörülen suç ile verilen ceza arasında makul bir oran ve ölçü olması gerekirken, olağanüstü hal KHK'leri ile ölçsüz, orantısız, gereksiz hukuksuz binlerce kamu görevinden ihraç kararları verilmiştir. 5- Disiplin cezalarının kişiye özgü, her durumun özellikleri gözönünde bulundurularak verilmesi gerekirken olağanüstü hal KHK'leri ile kamu görevinden çıkarılanlara toplu cezalar verilmiştir.

VI- Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarında Savunma Hakkı İhlalleri

A. Disiplin Hukukunda Savunma Hakkının (Right to Defense) Önemi

Savunma hakkı (*Right to Defense, Droit de la Défense, Verteidigungsrecht*), temel insan haklarından olup hukukun özellikle Ceza hukukunun en temel, genel ve ortak ilkelerinden birisidir. Hukuk teorisinde olduğu kadar yargılamalarda

⁸⁵ ASLAN, s.52-53.

da sıkça başvurulan önemli evrensel ilkelerdendir. Bu evrensel değerinden dolayı, Anayasamızın Kişi Hakları arasında sayılmış ve “Hak Arama Hürriyeti” başlığı altında 36. Maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” denilerek güvence altına alınmıştır.

Savunma hakkı (*Right to Defense, Droit de la Défense, Verteidigungsrecht*), dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerden biri olup çok eski zamanlardan beri varolagelen ve özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra yapılan medeni ülkelerin anayasalarında bir insan hakkı olarak anayasal teminat altına alınan bir haktır⁸⁶. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile başlayan süreçte başta AİHS (m. 6, f. 3, b. c) olmak üzere pek çok uluslararası ve bölgesel düzeydeki sözleşme ile korunan evrensel değerler arasında girmiş ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak değerlendirilmiştir. Savunma hakkı, Anayasada, Türkiye’nin kabul ederek yürürlüğe koyduğu Uluslararası Sözleşmelerde (Anayasa m.36/1; AİHS m.6; İHEB (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi) m.11; MSHS (Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi) m.14/3) yer almıştır. Savunma hakkı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nce de önemle üzerinde durulan hukuk ilkelerinden birisidir. Bakanlar Komitesi’nin 13.02.1991 tarihli ve 1 sayılı kararı ile bu hakkın “bilgilendirilme” ve “yeterli süre verilmesi” imkânlarını içermesi ve her halükarda yaptırımdan önce kişinin savunmasının alınması bir topluluk kuralı haline getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 3. fıkrasında da “*Kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek ve savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak*” en önemli ilkeleri arasındadır.

Savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkını içeren ve soruşturma ile ilgili bilgi alma ve görüş bildirme gibi hususları da içeren idari disiplin soruşturmalarında adil yargılanma hakkının unsurları arasında sayılmaktadır⁸⁷.

Savunma hakkı, sadece ceza hukukunun değil, aynı zamanda idare hukukunun, idari yaptırımlar hukukunun, özellikle disiplin cezaları verilirken uyulması gereken en önemli usul ilkelerindedir⁸⁸. İdarenin her işlem ve kararında, işlemin muhatabının görüş ve itirazlarını alması gerekmez. Ancak idari

86 HAFIZOĞULLARI Zeki, Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1994-1/3.pdf>

87 AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları”, Ankara 1983, s.17; KURT Hayrettin, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, Ankara Hacı Bayram Ün. HFD, Y.2014, C.18, S.1, s.138; ARAS Bahattin, “Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Yargı Mensuplarının Disiplin Soruşturmalarında Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı”, Yeditepe ÜHFD, Y.2021, C.18, S.2, s.1501, 1504.

88 ODYAKMAZ/ KESKİN, s.926; Savunma hakkı, Latince “audi alteran partem (diğer tarafı da dinle)” özdeyişiyile ifade edilmektedir.

yaptırımlar ve özellikle disiplin cezaları uygulanırken muhataba savunma hakkı tanınması, disiplin kararları verilmeden önce muhatabın itiraz ve görüşlerinin alınması, Anayasal zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Ceza yargılaması usulüne benzer usullerle verilen disiplin cezalarında savunma hakkı, Anayasanın 129/2. Maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Anayasa m.129/2'göre “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.” Görüldüğü üzere Anayasa koyucu, disiplin cezalarında ilgisine savunma hakkı tanınmadan disiplin kararlarının alınamayacağını teminat altına almıştır. Benzer şekilde Kanun koyucu tarafından Devlet Memurları Kanunu'nun 130. Maddesinde “Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.” şeklindeki bir düzenleme yapılarak savunma hakkının önemi vurgulanmıştır.

Fransız İdare hukukunda savunma hakkı, kanun olmasa dahi idarenin uymak zorunda olduğu hukukun genel ilkesi olarak doktrin ve yargı içtihatlarında kabul edilmektedir, Fransız Danıştay'ı Conseil d'Etat', idari yaptırımlar konusunda savunma hakkını bir kanun metnine dayanmasa bile, uygulanması gereken hukukun genel ilkesi olarak nitelendirmektedir⁸⁹.

Yukarıda zikredilen anayasal ve yasal düzenlemelerin yanısıra Türk hukukunda disiplin işlemlerinde savunma hakkı uyulması gereken evrensel hukuk ilkesi olarak kabul edilmiştir⁹⁰. Danıştay, disiplin hukukunda savunma hakkını, 1935 tarihinden itibaren hukukun evrensel bir ilkesi olarak görmekte⁹¹, 1982 Anayasası 129/2. Madde hükmü dolayısıyla “anayasal zorunlu hak” olarak kabul etmektedir.

89 Fransız İdare hukukundaki görüşler ve yargı kararları için bkz: GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.869 vd. Ayrıca bkz: ARAS, s.1503; KURT, s.138.

90 GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C.I, s.850 vd; GÖZLER Kemal/ KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2018, s.602; ULUSOY Ali, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s.50; KAYA Cemil, Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, C.38, S.2, Y.2005, s.80; ALAN Nuri, “Savunma Hakkı”, Danıştay Dergisi, Y.23, S.87, Ankara 1993, s.20; ÇİÇEK Hayrettin, Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Ün. SBE, İzmir 2011, s.77; BOZ Selman Sacit, Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk ÜHFD, C.25, S.2, Y.2017, s.25; ARAS, 1502 vd.

91 Danıştay 1935'li yıllarda, kişilerin idare önünde savunma hakkının Anayasa'da ve yasalarda açıkça öngörülmemiş olmamasına karşın, kişinin bu hakkının idarece göz ardı edilmesi suretiyle yaptırım içeren bir işlem yapılmış olmasını hukuka aykırı göreyerek işlemin iptaline karar vermiştir. Daha sonraki yıllarda da bu içtihadını sürdürmüş, idari yaptırım uygulanırken savunma hakkının kullanılmasının hukukun genel ilkelerinden olduğu yönünde müstekar kararlar vermiştir. Bilgi için bkz: AKGÜNER Tayfun, AZRAK A. Ülkü, BİLGİN Pertev, ÖZAY İl Han, YAYLA Yıldızhan, “Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Danıştay Yay. 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s.15; KURT, s.141; Dan.8.D., T.11.1.1966, E.1965/933, K.1966/44, Aktaran KARABULUT Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008, s.48 vd.

Danıştay, savunma hakkına o kadar önem vermektedir ki, savunma hakkı tanınmadan verilen uyarma ve kınama cezalarında, bu cezalara karşı bir dönem yargı yolunu kapayan yasal hükümler bulunmasına rağmen, savunma hakkının kullanılışı bakımından bu işlemlerin yargı denetimine tâbi olabileceğini kabul etmektedir⁹². Yine sıkıyönetim komutanlarının yaptığı işlemler, yargı denetimine kapalı olmasına karşın savunma hakkı tanınmadan verilen kamu görevine son verme işlemini iptal etmiştir⁹³. Danıştay, yerleşik içtihatlarında 1982 Anayasasının 129/2. ve DMK'nun 130. maddesinin amir hükümlerine istinaden, yasal zorunluluğa rağmen, ilgiliye "savunma hakkı" tanınmadan verilen disiplin cezalarını, hukuka aykırı bulmakta, "usul" bakımından iptal etmektedir⁹⁴.

Aslında Danıştay, bu emsal kararları gözönünde bulundurarak 2016 yılı ve sonrasında çıkarılan KHK'lerle gerçekleştirilen kamu görevinden ihraç kararlarını savunma hakkı verilmediği gerekçesiyle denetleyebilir ve kendisine yapılan iptal taleplerini uygun bularak iptal edebilirdi. Bu konulara birazdan değinilecektir.

B. Savunma Hakkının Asli Şekil (Usul) Şartı Oluşu

Savunma hakkı, disiplin hukuku işlemlerinde başvurulması gereken en önemli ilkelerden birisidir. Disiplin işlemlerinde savunma hakkı tanınmadıkça ceza verilemeyeceği ilkesi öteden beri uygulanan bir ilkedir. İdari işlemlerin bir çoğunda idare, tek taraflı olarak işlem yapabildiği halde, disiplin işlemlerinde muhatabın savunmasının alınması zorunlu görülmüştür. Disiplin işlemleri teorisinde doktrin ve yargı içtihatları ile tespit edildiği üzere, savunma hakkı tanınması işlemin asli kurucu unsurlarındandır. Savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezaları, asli, esaslı ve kurucu şekil şartı noksanlığı nedeniyle sakat işlemler olarak kabul edilmektedir⁹⁵.

92 Dan.8.D, T.09.12.1997, E.1995/2936, K.1997/3826, Danıştay Bilgi Merkezi. Hatta Danıştay, sadece savunma hakkının kullanılmış olup olmadığını değil genel olarak uyarma ve kınama cezasının usulüne uygun olarak verilip verilmediğini de denetlemektedir: "Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalıysa da; usul ve zamanaşımı yönlerinden hukuka aykırılık halinde, tam anlamıyla oluşmuş bir disiplin cezası işleminden söz edilmesine hukuken olanak yoktur. ...Ancak usulüne uygun olarak disiplin cezası verildiğinin tespit edilmesi durumunda yargı yolunun açık olup olmadığı tartışılabilir". Dan.8.D, T.21.10.1999, E.1998/1220, K.1999/5359, DD, S.103, 2001, s.756; Ayrıntılı bilgi için bkz: AKYILMAZ Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi ÜHFD, Y.2002, C.6, S.1-2, s.239 vd.

93 Dan.İBK, T.7.12.1989, E.1988/6, K.1989/4, RG.92.1990S.20428, s.72. Ayrıntılı bilgi için bkz: AKYILMAZ, s.239.

94 ASLAN Zehreddin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suç ve Cezaları, İstanbul 2001, s.111; Dan.10.D, T.18.2.1985, E.1984/2079, K.1985/23, Danıştay Bilgi Merkezi.

95 GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.I, s.850; GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku C.II, Ankara 2017, s.477

Danıştay savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezalarını, hukuka aykırı bulmakta, “usul” bakımından iptal etmektedir⁹⁶. Danıştay 5. Dairesinin, savunma hakkını, idari usul ve yargılama usulü ayrımı yapmadan ele aldığı karar önemlidir⁹⁷: “*Olayda davacı hakkındaki işleme dayanak yapılan ve uyumsuzluğun kanıtı olarak değerlendirilen ‘raporlar’daki suçlamalar, idarece, işlemin tesisinden önce davacıya bildirilmediği gibi Mahkemenin de söz konusu belgeleri davacıya tebliğ etmeden karar verdiği anlaşılmaktadır. Oysa savunma hakkı, 1982 Anayasasının 36/1. maddesiyle güvenceye bağlanmış olduğu gibi temel hak ve hürriyetlerle ilgili uluslararası sözleşmelerle de ...güvenceye alınmıştır....İlgiliye, idarenin işlemini gerekli kılan suçlama konularını önceden açıkça bildirerek savunmasını almasının idari işlemlere güveni ve hukuka uygunluk yönünden isabet oranını artıracığı kuşkusuzdur. İdarenin bu yola gitmeden işlem tesis etmesi halinde ise mahkemenin, ...ilgili belgeleri davacıya tebliğ edip savunmasını aldıktan sonra hüküm tesis etmesi ‘adil’ ve ‘hakça’ bir yargılamanın temel koşuludur’.*”

Doktrinde disiplin işlemlerinde savunma hakkı tanınmadığı takdirde bunun sadece usulî bir sakatlık değil, sebep ve konu unsurlarını da etkileyen esaslı ve önemli bir sakatlık haline geldiği de savunulmuştur. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de benzer görüşleri savunarak savunma hakkının tanınmamasının işlemin kurucu unsurlarına da sirayet edeceğinden işlemin yok hükmünde sayılmasına sebebiyet vereceğine karar verilmiştir⁹⁸.

Doktrinde bazı yazarlar da, disiplin hukukundaki savunma hakkını, “çelişme usulü” olarak nitelendirmiş⁹⁹, disiplin işleminin aslî şekil (usul) şart-

vd; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.361; SANCAKDAR Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Ankara 2001, s. 300 vd; KALABALIK Halil, İdare Hukuku Dersleri, C-II, Ankara 2019, s.110; BOZ Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Ün. HFD, C.25, S.2, Y.2017, s.25.

96 Dan.10.D, T.18.2.1985, E.1984/2079, K.1985/23, Danıştay Bilgi Merkezi; Dan.10.D, T.21.11.1984, E.1984/1949, K.1984/1988, DD, S.58-59, s.383; Dan.5.D., T.6.6.1991, E.1990/4297, K.1991/1099, DD, S.84-85, s.343; Ayrıca bkz. ZOR Burç Volkan, “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, TBB Dergisi, 2021, s.155, s.355.

97 Dan.5.D, T.6.6.1991, E.1990/4297, K.1991/1099, DD, S.84-85, s.345.

98 GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.I, s.850-851; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.562-563; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, savunma hakkı verilmeden tesis edilen işlemin yoklukla malûl olacağına karar vermiş, yukarıdaki zikredilen görüşlere kararında yer vermiştir. AYİM, 3.D., T.28.1.2004, E.2003/151, K.2004/159, AYİM Dergisi, S.19, s.331 vd.

99 GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.863 vd; GÜNDAY, İdare Hukuku, s.147; ARAS, s.1514 vd; ŞEN Mahmut, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, TBB Dergisi, Sayı: 121, Yıl: 2015, s.36; Dan.8-D, T.20.4.1982, E.1981/516, K.1982/464, DD, S.48-49, s.290; Dan.3-D, T.7.11.1983, E.1982/2516, K.1983/2568, DD, S.54-55, s.164; Dan.10-D, T.7.5.1984, E.1984/1023, K.1984/944, Danıştay Bilgi Merkezi; Dan.10.D, T.5.3.1985, E.1984/943, K.1985/405, Danıştay Bilgi Merkezi; Dan.8-D, T.22.6.1989, E.1988/872, K.1989/595, DD, S.76-77, s.550-551.

larından biri olarak görmüştür. Savunma hakkı şartına uyulmadan yapılan disiplin işleminin sonucunu etkilememiş olsa bile işlemi usul bakımından sakatladığı sonucunu doğurmaktadır. Savunma hakkı, bireyleri korumak amacıyla tanınan bir hak olduğuna göre, başlı başına bir aslî usul şartıdır. Savunma hakkı tanımamak, temel bir hakkın açık bir ihlalidir¹⁰⁰.

C. Kamu Görevinden Çıkarma Kararlarında Savunma Hakkının İhlali Sayılan Haller

1. Hiçbir Disiplin Soruşturması Yapmamak

Disiplin suçu işlediği iddia edilen kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturması açılması gerekir. Devlet Memurları Kanunu'nda bu hususta açık bir yasal düzenleme olmamasına rağmen 30.04.2021 tarihinde çıkarılan Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde¹⁰¹ disiplin cezası verilebilmesi için memur hakkında soruşturma açılmasını şart koşturmaktadır. Bahse konu Yönetmeliğin 28/1. Maddesine göre, *“Disiplin cezası verilebilmesi için memur hakkında soruşturma açılması zorunludur. Soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilemez.”*

Aynı Yönetmeliğin 28. Maddenin devamında DMK'na göre memurların disipline aykırı davranışlarının öğrenildiği tarihten itibaren disiplin amirlerinin soruşturma açmasını ve gerekli disiplin cezalarının uygulanmasını zorunlu tutmaktadır (m.28/2, 29). Dolayısıyla disiplin soruşturması açmadan disiplin cezası verilmesi mümkün değildir¹⁰². Memurluktan ihraç her durumda çok ağır yaptırım niteliği taşıdığından hukuki güvenlik ilkesi gereği, mutlak ciddi bir soruşturma prosedürünün uygulanma zorunluluğu vardır¹⁰³. Danıştay usulüne uygun bir soruşturma yapılmadan ve savunma alınmadan verilen disiplin cezalarını hukuka aykırı bulmaktadır¹⁰⁴. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) de, savunma hakkı verilmeden tesis edilen işlemin yoklukla malül olacağına karar vermiştir¹⁰⁵.

100 GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.872; GÜNDAY, İdare Hukuku, s.147.

101 RG.30.4.2021, S.31470.

102 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s.712; KAYA Cemil, Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, AİD, C.38, S.2, Y.2005, s.80; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.801; ARAS, s.1503.

103 ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, s.64.

104 Dan.8.D, T.22.5.1997, E.1996/1793, K.1997/1778; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.872 vd.

105 *“Disiplin cezasının tesisinde savunma hakkının tanınmamasının esaslı ve kurucu bir şekil şartı olup olmadığı hususuna gelince; hiç şüphe yok ki yasal metinlerde yer almasa bile, gerek ülkemizde, gerekse evrensel öğretilerde ve uygulamalarda savunma hakkı, hukukun temel ilkelerinden kabul edilmektedir... savunma hakkı tanınmaması, işlemin kurucu unsurlarına sirayet etmekle yok hükmünde*

15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan OHAL KHK'lerine ekli listelerle hiçbir disiplin soruşturması yapılmadan veya usulüne uygun bir soruşturma yapılmadan binlerce kamu görevlisinin görevine son verilmesi, Anayasanın, disiplin hukukunun ve savunma hakkının açık bir şekilde ihlalidir.

2- Disiplin Soruşturması Yapılmasına Rağmen Savunma Hakkı Tanımamak

Savunma hakkı, disiplin işlemlerinde hukukun evrensel ilkesi olduğu kadar, aynı zamanda anayasal güvenceye sahip bir haktır. Biraz önce değinildiği gibi, Anayasa'nın 129/2. Maddesinde *kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği* anayasal teminat altına alınmıştır. Benzer şekilde DMK'nun 130. Maddesine göre de "*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez*" hükmü bulunmaktadır. Görüldüğü üzere disiplin cezaları verilirken savunma hakkı tanınması, anayasal ve yasal bir zorunluluktur. Savunma alma, idare açısından mutlak bir yükümlülük iken savunma vermek memur için bir yükümlülük değil bir haktır¹⁰⁶. Savunma hakkı tanınmadan ceza verilmesi, Anayasanın ve yasanın ve de AİHS 6. Maddesinin (adil yargılanma hakkı) ihlali¹⁰⁷ anlamına gelecektir.

Biraz önce ifade edildiği gibi, disiplin işlemleri teorisinde doktrin ve yargı içtihatları ile tespit edildiği üzere, savunma hakkı tanınması işlemin asli kurucu unsurlarındandır. Savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezaları, asli, esaslı ve kurucu şekil şartı noksanlığı nedeniyle sakat işlemler olarak kabul edilmektedir. Danıştay savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezalarını, hukuka aykırı bulmakta, "usul" bakımından iptal etmektedir. Doktrinde sadece usulî bir sakatlık değil, sebep ve konu unsurlarını da etkileyen esaslı ve önemli bir sakatlık haline geldiği de savunulmuştur. Bu da savunma hakkının tanınmamasının işlemin kurucu unsurlarına da sirayet edeceğinden işlemin yok hükmünde sayılmasına sebebiyet vereceği dile getirilmiştir. Savunma hakkı, kimi yazarlarca "çelişme usulü" olarak nitelendirilmiş, disiplin işleminin aslî şekil (usul) şartlarından biri olarak görülmüştür. Savunma hakkı şartına uyulmadan yapılan disiplin işleminin sonucunu etkilememiş olsa bile işlemi usul bakımından sakatladığı sonucunu doğurmaktadır. Sa-

sayılmayı gerektiren esaslı ve önemli bir sakatlık sayılmalıdır." AYİM, 3.D., AYİM, 3.D., T.28.1.2004, E.2003/151, K.2004/159, AYİM Dergisi, S.19, s.331 vd.

106 ODYAKMAZ/ KESKİN, s.926; Savunma yapmamak; memura yüklenen, isnat edilen eylemlerin işlendiğini ikrar anlamına gelmez. Bu nedenle savunma vermediği için memura ayrıca disiplin cezası verilemez.

107 ARAS, s.1503; CANOĞLU Veyssel Candan: Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat, TBB Dergisi, S.138, Y.2018, s.246.

vunma hakkı, bireyleri korumak amacıyla tanınan bir hak olduğuna göre, başlı başına bir aslî usul şartıdır. Savunma hakkı tanımamak, temel bir hakkın açık bir ihlalidir.

Danıştay, memur disiplin işlemlerinde savunma hakkını aslî şekil şartının yanısıra o kadar önem vermektedir ki bir dönem yargı yolu kapalı tutulan uyarma ve kınama cezaları ile sıkıyönetim komutanlarının işlemlerini dahi denetleme yoluna gitmiş ve savunma hakkı tanınmadan yapılan işlemleri yargı yolu kapalı olmasına rağmen iptal etmiştir.

15 Temmuz 2016'dan sonra çıkarılan OHAL KHK'lerine ekli listelerle kamu görevinden ihraç edilenlerin çok önemli bir kısmı, hiçbir soruşturma yapılmadan, savunma alınmadan kamu görevinden uzaklaştırılmışlardır. Binlerce kamu görevinden ihraç kararı, savunma hakkına riayet edilmediği için aslî şekil (usul) noksanlığı sebebiyle sakat olup iptali gerekmektedir. Nasılki Danıştay yargı yolu kapalı disiplin işlemlerini savunma hakkına riayet edilmediği gerekçesiyle denetleyip iptal etti ise, aynı şekilde 15 Temmuz Karar-namelerine ekli binlerce kamu görevinden ihraç kararlarını da aynı gerekçe-lerle iptal edebilir.

3- Gereği Gibi Savunma Hakkı Tanımamak

Kimi disiplin işlemlerinde savunma hakkı tam olarak kısıtlanmamakta, ancak savunma hakkını gereği gibi kullanmasına imkan verilmemektedir. Bu tür durumlarda ilgililer savunma haklarını gerçek anlamda layıkıyla kullanamamış olmaktadır. Böyle durumlarda da savunma hakkı kısıtlanmış, ihlal edilmiş olmaktadır. Bu yüzden savunma hakkının kullanılabilmesi için bu hakkın usulüne uygun şekilde kullanılmasına imkan verilmesi, isnad edilen davranış yer ve zaman belirtilerek ilgiliye bildirilmesi, uygulanacak müeyyidenin açıkça beyan edilmesi, soruşturma dosyasını inceleme imkanının verilmesi, yeterli süre verilmesi gibi hususlar önem arz etmekte ve usul bakımından işlemi sakatlamaktadır¹⁰⁸. Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre de savunma hakkının kullandırılmaması veya eksik kullandırılması hukuka aykırılık sebebidir¹⁰⁹.

108 Dan.8.D, T.28.1.2004, E.E.1991/3301, K.1992/2586, www.danistay.gov.tr.; Ayrıca bkz: ERASLAN Yunus, Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu (Yayınlanmış Doktora Tezi), Selçuk Ün. SBE, Konya 2018, s.49.

109 Dan.8.D, T.05.02.2018, E.2016/13179, K.2018/545; Dan.12.D, T.04.06.2018, E.2014/1804, K.2018/2451; Dan.5.D, T.17.10.2017, E.2016/17236, K.2017/21244; Dan.İDDK, T.29.11.2007, E.2004/611, K.2007/2412; Dan.2.D, T.06.02.2020, E.2016/15144, K.2020/673; Dan.5.D, T.19.12.2019, E.2016/23794, K.2019/6634. www.danistay.gov.tr.

a- Savunma İçin Yeterli Süre Vermemek

Disiplin soruşturmalarında Kanunun öngördüğü şekilde savunma süresi vermek gerekir. 657 sayılı DMK'un "Savunma Hakkı" başlıklı 130/2. Maddesinde "Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır" hükmüne yer verilmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından savunma hakkının düzenleniş biçimi, kapsamı ve süresi, Anayasa'nın 129/2 hükmünde olduğu gibi, DMK'ndaki düzenleniş biçimi, yetersiz olarak görülmüş, yargı içtihatları ile geliştirilmeye çalışılmıştır¹¹⁰. DMK'nda "7 günden az olmamak üzere" savunma süresi öngörülmüştür. Bu yedi günlük süre en az (asgarî) süreyi belirtmektedir. O halde ihlâlin büyüklüğü, savunma yapmanın güçlüğü gözetilerek daha uzun bir savunma süresi tanınabilir, ek süre talep edilmesi halinde de bu sürelerin verilmesi gerekebilir¹¹¹. Danıştay'ın savunma süresi ile ilgili kararlarında kimi farklı kararları olmakla birlikte, savunma süresi dolmadan verilen disiplin cezalarını iptal etmekte¹¹², doktrinde de süre koşuluna uymadan verilen disiplin cezaları usul bakımından hukuka aykırı görülmektedir¹¹³.

Ayrıca savunma hakkının usulüne uygun olarak kullanılması için disiplinsizlik isnat edilen kişiye bu isnat hakkında yeterli bilgi ve savunma yapmasına yardımcı olacak bilgi, belge ve delillerin toplanması için de yeterli bir süre verilmesi gerekmektedir. Bu sürenin asgari sınırı, disiplin mevzuatında belirlenmiştir. Savunması istenen kişiye en az bu süreler kadar makul bir zaman verilmelidir¹¹⁴.

b- Soruşturulan Kişi Hakkında Suçlama Konusunu Ve Öngörülen Disiplin Cezasını Bildirmemek

Kamu görevlilerinin görevine son verilmesi sonucunu doğuran disiplin cezalarının verilebilmesi için, söz konusu disiplin cezalarını vermeye yetkili merciler tarafından, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını öğrenmesi sağlanarak savunma yapmasına imkan tanınması

110 AKYILMAZ, s.240.

111 KAYA, Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler, s.82; SANCAKDAR, s.308; AKYILMAZ, s.240, ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.362; ÇİÇEK, s.77.

112 Dan.5.D, T.12.5.1976, E.1975/2584, K.1976/2686, AKYILMAZ, s.240.

113 GÖZÜBÜYÜK/ TAN, İdare Hukuku, C.I, s.850; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.361; ZOR, s.356.

114 SANCAKDAR Oğuz/ ALTINOK Çalışkan Elif/ DURSUN Gizem/ SEYHAN Serkan/ YAĞCI Pınar, Disiplin Hukuku, Ankara 2019. s.48; ZOR, s.358.

gerekir¹¹⁵, hatta bu bir zorunluluktur. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında savunma hakkının kullanılabilmesi amacıyla ilgiliye disiplin suçuna konu olan eylemin ne olduğu, zamanı ve yer bilgisi tam ve net olarak bildirilmelidir. İleri sürülen iddiaların genel ve soyut değil, belirli ve somut şekilde ilgisine bildirilmesi, hangi disiplin tedbirinin uygulanmak istendiği bildirilmelidir¹¹⁶.

Danıştay'ın yerleşmiş içtihatlarında, disiplin suçunu oluşturan eylemin açık bir şekilde belirlenmesi, disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiğinin ortaya konulması, disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması gerektiği vurgulanmış, aksi halde disiplin suçunu, ne zaman ve ne şekilde işlediği tam olarak ortaya konulamayan ilgilinin Anayasa ile güvence altına alınan savunma hakkının kısıtlanacağı belirtilmiştir¹¹⁷.

Danıştay bir kararında, hakkında soruşturma açılan bir kişiye isnat hakkında bilgi verilmesini ve bu sağlandıktan sonra ancak savunma hakkının kullanılabilmesine karar vermiştir¹¹⁸. Belirtilen kararda, davacının "bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmasının güçlüğü ve hatta imkânsızlığı" üzerinde durmuş, savunma hakkını savunabilmesi için işlemin nedenini bilme zorunluluğu aramıştır.

115 GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.872-873; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.362; ARAS, s.1506, 1511; AKYILMAZ, s.240; ZOR, s.356; Fiş ÜSTÜN Gül, Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Ün. Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, Y.2018, s.22-23.

116 ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.493; ARAS, s.1504, 1511; GÜNDAĞ, s.148; AKYILMAZ, s.240; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 872-873; KAYA, Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler, s.81; ASLAN, Disiplin Suç ve Cezaları, s.110; ARAS, s.1503-1504; UYGUN Fulya, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Ün. SBE, İstanbul 2012, s.98; Danıştay 10.D, T.21.11.1984, E.1984/1949, K.1984/1988, DD, S.58-59, s.383; Dan. İDDK., T.17.2.2011, E.2007/1846, K.2011/66, www.danistay.gov.tr.

117 Dan.12.D, T.23.3.2011, E.2008/7024, K.2011/1314, Dan.12.D., T.02.02.2017, E.2016/8889, K.2017/127; Dan.12.D., T.15.10.2015, E.2015/1023, K.2015/5293; Dan. 8.D, T.2.11.1992, E.1991/3301, K.1992/2586, www.danistay.gov.tr; Dan.5.D., T.6.6.1991, E.1990/4297, K.1991/1099, DD, S.84-85, s.343; Danıştay, usulüne uygun olmayan savunmaya davet yazısına istinaden alınan ifadenin, savunma yerine geçmeyeceği, bunun sorgu tutanağı olduğundan bahisle bu belgeye dayanılarak verilen cezaayı iptal etmiştir. Danıştay İDDGK, T.27.10.1989, E.1989/156, K.1989/401, Danıştay Bilgi Merkezi; Ayrıca bkz: AKYILMAZ, s.240; ASLAN, Disiplin Suç ve Cezaları, s.110; ARAS, s.1511; KAYA, Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler, s.81; BOZ Selman Sacit, Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler, Selçuk Ün. HFD, C.25, S.2, 2017, s.26 vd; ZOR, s.357.

118 " ...Savunma hakkı 1982 Anayasasının 36/1. maddesiyle güvenceye bağlanmış olduğu gibi temel hak ve hürriyetlerle ilgili uluslararası sözleşmelerde de ...güvenceye alınmıştır. Görülmeyene bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmanın güçsüzlüğü hatta imkânsızlığı açıktır. ...İlgiliye, idarenin işlemini gerekli kılan suçlama konularını önceden açıkça bildirerek savunmasını almasını idari işlemlere güveni ve hukuka uygunluk yönünden isabet oranını artıracacağı kuşkusuzdur. İdarenin bu yola gitmeden işlem tesis etmesi halinde ise mahkemenin, ...ilgili belgeleri davacıya tebliğ edip savunmasını aldıktan sonra hüküm tesis etmesi 'adil' ve 'hakça' bir yargılamanın temel koşuludur". Dan.5.D., T.06.06.1991, E.1990/4297, K.1991/1099, DD, S.84-85, s.345; AKYILMAZ, s.240-241; KARABULUT, s.44; KURT, s.141-142.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) de, savunma hakkının “savunma dokunulmazlığı” ilkesini de bünyesinde barındırdığını, idari disiplin soruşturmaları kapsamında soruşturulan kişilere suçlama konusu ve öngörülen disiplin cezası ile ilgili bilgiler verilmesi gerektiğine karar vermiştir¹¹⁹.

Ayrıca savunma hakkının usulüne uygun olarak kullanılabilmesi için savunma istem yazısının muhatabına hukuka uygun bir şekilde tebliğ edilmesi gerekmektedir. Usulüne uygun şekilde tebliğ edilmemesi durumunda kişinin savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır¹²⁰. Danıştay da usulüne uygun şekilde yapılmayan tebliği, savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmiş ve işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹²¹.

15 Temmuz 2016’dan sonra çıkarılan OHAL KHK’lerine ekli listelerle kamu görevinden ihraç kararlarının bazılarında, kamu görevlilerinin bağlı oldukları kamu kurumlarının yaptığı soruşturmalarda, soruşturulan kişilere soruşturmanın kapsamı, ne ile suçlandığı, öngörülen disiplin cezası gibi konularda bilgi verilmeden soruşturmaların yapıldığı, kimilerinde ise soruşturma sonucuna bakılmadan direkt OHAL KHK’leri ile kamu görevinden çıkarma kararlarının alındığı gözlemlenmiştir. Bütün bunlar savunma hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

c-Soruşturma Dosyasını İnceleme ve Savunma için Bilgi ve Belgelere Erişim Hakkını Tanımamak

Savunma hakkının kullanılmasında önemli hususlardan birisi de, soruşturma dosyasını inceleyip inceleyemeyeceği hususudur. 657 sayılı DMK’nun 129. Maddesinde “*Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir*” diyerek savunma hakkının kapsamı ve nasıl kullanılacağına ilişkin düzenleme getirmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, hakkında disiplin soruşturması yürütülen kamu görevlisinin soruşturma dosyasını incelemesine, dosya kapsamında ne tür iddia ve isnatlarda bulunduğu

119 “*Kaynağını Anayasadan alan savunma hakkı, bünyesinde savunmanın dokunulmazlığı ilkesini de barındırır. Savunma dokunulmazlığı ilkesi ise idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü savunmalar kapsamında, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması koşuluyla kişilerle ilgili olarak yapılan somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, savunma yapan kişiye ceza verilmeyeceği anlamına gelmektedir.*” AYİM, T.26.09.2014, E.2013/1472, K.2014/1208, ZOR, s.356.

120 SANCAKDAR ve Diğerleri, s.47; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.62; ERASLAN, s.50-52; ARAS, 121 Dan.13.D, T.04.05.2012, E.2010/1209, K.2012/944, ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.62; ZOR, s.357; ARAS, s.1505 dipnot.22, Dan. İDDK., T.17/02/2011, E.2007/1846, K.2011/66.

öğrenmesine, hangi tür delil ve belgelerin olduğunu görmesine, öngörülen disiplin cezasını bilebilmesine imkan tanınmalıdır¹²².

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hizmet edecek bir diğer husus da, kişiye bilgi ve belgelere erişim hakkının kullandırılması ile hukuki yardım almasının engellenmemesidir. Suç isnat edilen kişi, talep ettiği takdirde kendisini hukuki olarak temsil ettirecek şekilde yardım alabilmelidir. Bu yardımın kullandırılmaması veya sınırlandırılması da, savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Savunması istenen kişiye hakkındaki iddia, bilgi, belge ve deliller ile ilgili bilgi verilmelidir. Kişinin kendisi veya vekili bu belgeleri inceleme veya birer suretini alma hakkına sahiptir¹²³.

d- Hukuka ve Usulüne Uygun Soruşturma Yöntemleri Uygulamamak

Hukuka ve usule uygun bir soruşturma yürütülebilmesi için yukarıda dile getirilen hususların yanısıra disiplin mevzuatında öngörülen kurallara da uymak gerekir. Disiplin soruşturmaları yapılırken ceza yargılamasında olduğu gibi ilgilinin savunmasının hukuka uygun yöntemlerle alınması, yasak sorgu ve ifade yöntemlerinden kaçınılması gerekmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinde belirtilen ifade alma ve sorguda yasaklanan usuller disiplin yargılaması bakımından da geçerlidir. Doktrinde dile getirildiği gibi, disiplin soruşturmalarında, soruşturulan kamu görevlisinin veya ifade veren tanıkların, ifadelerinin alınması sırasında, soruşturmayı yürüten müfettiş, soruşturma veya kurul üyeleri tarafından aldatıcı beyanlarda bulunulması, hukuka aykırı vaatlerde bulunulmaması, kötü davranışlar sergilenmemesi, cebir ve tehdit teşkil edecek söz ve eylemlerde bulunulmaması, ifadesi alınanlara ilaç verilmesi gibi durumlar soruşturmaları, hukuka aykırı ve sakat hale gelecektir¹²⁴. İfade almada olduğu gibi soruşturmaya ilişkin delillerin toplanması sırasında da hukuka aykırı yöntem ve usullere başvurulmaması gerekir¹²⁵.

122 UYGUN, s.98. Alman İdari Usul Yasası'nın (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) 29/1 fıkrasında kendi haklarını korumak için gerekli olduğu ölçüde ilgili kişilere dosyayı inceleme hakkını vermektedir. Aktaran GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.874.

123 ZOR, s.360; UYGUN, s.98.

124 ARAS, s.1511-1512; Yazara göre, OHAL döneminde ihraç edilen hakim ve savcılar hakkındaki soruşturmalara ilişkin "İtirafçılığıyla faydası olan FETÖ'cülerini yeniden hâkim ya da savcı yapabiliriz!" şeklinde açıklama yapan HSK Başkanvekili Mehmet Yılmaz'ın, daha sonra "Kurulumuz bu konuda kesin karardır. Bu açıklamayı tamamen itirafçılığı teşvik amacıyla yaptım ve çok da başarılı oldum" açıklaması bu kapsamda hukuka aykırı yöntem niteliğindedir. Açıklama için bkz (HSYK Başkanvekili Yılmaz: İtirafçılığı teşvik etmek için o açıklamayı yaptım, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201612281026529306-hsyk-baskanvekili-itiraf-tesvik>). Ayrıntılı bilgi için bkz: dipnot:41.

125 ARAS, s.1512, FİŞ ÜSTÜN, s.25.

15 Temmuz 2016 sonrası ilan edilen olağanüstü hal sonrası çıkarılan KHK'lerle kimi kamu görevlileri hiçbir soruşturma yapılmadan, kimi kamu görevlileri ise usulüne uygun soruşturma yapılmadan, savunma hakkına riayet edilemeden, kimisi ise hukuka ve usule aykırı soruşturmalarla ihraç edilmişlerdir. Bütün bunlar başta savunma hakkı olmak üzere bir çok temel hak ve özgürlere aykırı şekilde gerçekleşmiştir.

e- Yetkili Makamlar Önünde Savunma Hakkını Kullandırmamak

Disiplin hukukunda savunma hakkı bakımından yaşanan en önemli problemlerden birisi de, bu hakkın hangi makamlar önünde kullanılacağı hususudur. 657 sayılı DMK'nun 130. Maddesi, bu hakkın soruşturmayı yapanın ya da yetkili disiplin kurulunun önünde kullanılacağını öngörmektedir. Savunma hakkının anlam ifade etmesi bu hakkın mutlak surette karar veren makam önünde kullanılmasına bağlıdır. Disiplin hukukuna ilişkin kimi özel düzenlemelerde soruşturmanın karar yetkisi bulunmayan soruşturmacı tarafından yapılması mümkün kılınmış; savunma hakkının da karar mercii önünde değil soruşturmacı önünde kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Böyle bir soruşturmada savunma hakkının tam olarak kullanıldığını kabule imkân yoktur¹²⁶.

Doktrinde bazı yazarlar, savunma hakkı bakımından ceza yargılamasını örnek olarak, olayın oluş biçimi ve gerçekliği hususundaki soruşturmacıya görüş bildirilmesini, "teknik savunma"; karar mercii önünde, maddi olguların hukuki nitelendirilmesinin yapılmasını da "hukuki savunma" olarak nitelendirerek birbirinden farklı olduğunu dile getirmiştir¹²⁷. Savunma hakkının anayasaya uygun olarak kullanılabilmesi, her iki savunmanın da gereği gibi yapılmasına bağlıdır. Nitekim farklı kararlar bulunmakla birlikte Danıştay içtihadı da genelde savunmanın, disiplin cezası vermeye yetkili makam ya da kurullarca alınması gerektiği yönündedir¹²⁸.

f- Savunma Hakkının Kullanılış Şekline Uymamak

Savunma hakkının kullanılış biçimi, herhangi şekil şartına tabi değildir. Kamu görevlisi savunmasını yazılı yapabileceği gibi, sözlü olarak da yapabilir¹²⁹. Yazılı olarak yapılan savunmalar el yazısıyla olabileceği gibi daktilo veya

126 AKILLIOĞLU, s.162-163; AKYILMAZ, s.240-241; ARAS, s.1504; ZOR, s.360.

127 AKILLIOĞLU, s.163; AKYILMAZ, s.240-241; ARAS, s.1504; ZOR, s.360.

128 AKILLIOĞLU, s.163; AKYILMAZ, s.240-241; ZOR, s.360.

129 ODYAKMAZ/ KESKİN, s.926; YILDIRIM Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, C.1, Konya 2014, s.294; GÜNDAY, İdare Hukuku, s.148; KAYA, Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler, s.81; SANCAKDAR ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 49; BOZ, s.26; UYGUN, s.98; ÇİÇEK, s.79.

bilgisayar çıktısı da olabilir. Ancak bunların ilgili kişi tarafından imzalanmış olmalıdır. Ancak mevzuatın yazılı savunma öngördüğü durumlarda savunma hakkının yazılı olarak kullanılmasına dikkat edilmelidir. Nitekim Danıştay da, bir kararında usulüne uygun olarak yazılı değil de sözlü savunma alınarak verilen disiplin cezası işlemini iptal eden mahkeme kararını hukuka uygun bulmuştur¹³⁰.

Savunma eğer sözlü alınacaksa, savunma metninin yazılı şekilde oluşturulması, bunun için bir katip görevlendirilmesi veya soruşturmacının bunu bir metne dökmesi, soruşturulan kişinin de bu metni imzalaması gerekir. Kamera kaydı ile savunma alınmışsa bu kaydında soruşturma dosyasında bulunması gerekir.

Eğer hakkında disiplin soruşturması yürütülen kişi, susma hakkını kullanmak istiyorsa da buna saygı göstermek gerekir.

D. OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonunun Savunma Hakkı İhlalleri

Daha önce ifade edildiği gibi, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHAL Komisyonu), 685 sayılı KHK ile 23 Ocak 2017’de kurulmuştur. Bu kadar önemli bir kamu kuruluşunun komisyonunun kanuni idare gereği kanunla kurulması gerekirken bir KHK ile kurulmuştur. Kuruluş aşamasında bile hukuka aykırılık söz konusudur.

7 üyeden oluşan bu Komisyonun 2 yıllığına görev yapması öngörülmüştür. Ancak her defasında görev süresi uzatılmıştır. 22.01.2023 tarihinde görev süresi dolan Komisyonun oluşum biçimi, yapılan müracaatların çokluğu, her dosya için ayrıntılı inceleme yapıp yapamayacağı, yapılan müracaat ve soruşturmaları hukuka uygun şekilde yürütüp yürütemeyeceği, süreci uzatmak amacıyla kurulduğu ve yavaş çalıştığı yönünde çok sayıda eleştiriye maruz kalmış ve halen de eleştirilmektedir¹³¹. Gerçekten de bu eleştirilere haklılık kazandırılacak uygulamalar yapılmış, birçok yönden çok sayıda insan hakları ihlali gerçekleşmiştir. Bir kere Komisyonun oluşumunda büyük eksiklik ve

130 Dan. 8.D, T.6.11.1986, E.1985/825, K.1986/487, DD, S. 66-67, s.346.

131 Ayrıntılı bilgi için bkz: GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, s.23. Altıparmak, KHK ile Anayasa Mahkemesi’nin dahi kapatılacağını, oluşturulan komisyonun etkili bir hukuk yolu olmadığını ifade etmiştir. ALTIPARMAK Kerem, “685 Sayılı KHK Kapsamında Kurulan OHAL Komisyonu” Paneli, www.evrensel.net/haber.; Güngör de, 7 kişilik OHAL komisyonunda yer alan herhangi bir üyenin alınan kararlara karşı çıkması halinde, “terörle ilişkili” olarak gösterilerek görevine son verileceği, dolayısıyla insanların üzerinde bir baskı kuracağı ve gerçek anlamda bir değerlendirme yapılamayacağını ifade etmiştir. GÜNGÖR Devrim, “Komisyon Üyeleri Baskı Altında”, 685 Sayılı KHK Kapsamında Kurulan OHAL Komisyonu Paneli, Evrensel Gazetesi, www.evrensel.net/haber.

hatalar bulunmaktadır. Farklı bürokratik görevlerde bulunan binlerce kamu personelinin Adalet Bakanlığı bürokratlarının çoğunlukta bulunduğu (7 üyeden 4'ü) tarafından incelenmesi başlı başına bir eksikliklerdir. Örneğin hakimlerin disiplin soruşturmaları ayrı usule tabidir, öğretim üyelerinin farklıdır. Bu usullere uyulmadan soruşturmaların yapılmış olması başlı başına bir hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Üstelik 7 kişilik komisyonun yüzbinlerce başvuru dosyasını hakkıyla hukuka uygun bir şekilde incelemesi mümkün değildir ve mümkün olmamıştır. Başlangıçta 2 yıl süre için kurulan Komisyon, defalarca süresi uzatılarak 6 yılda ancak görevini tamamlayabilmiştir. OHAL Komisyonunun içinde alt komisyonlar kurularak süreç daha hızlı yürütülebilirdi. Zira yapılan Komisyona yapılan müracaatların önemli bir kısmı kamu görevinden ihraç kararları oluşturmaktaydı. Kamu görevinden ihraç, disiplin hukukunda çabucak sonuçlandırılması gereken işlemlerdendir. Bunun için DMK'nda ve ilgili kanunlarda disiplin soruşturmalarının belli süreler içerisinde sonuçlandırılacağı hususunda düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak Komisyon gerek iş yükü açısından gerekse Komisyon üyelerinin az olmasından dolayı, dosyaları 6-7 yılda ancak tamamlayabilmişlerdir. Bu durum, geciken adaletin adalet olmayacağı olgusunu, Komisyonun oluşum biçimiyle süreci uzatmak için oluşturulduğu düşüncesini bir kez daha kanıtlamıştır.

Diğer bir hukuka aykırılık, OHAL Komisyonunun incelemelerini dosya üzerinden yaparak başvuruların dinlenilme ve savunma haklarına riayet edilmemesi ve soruşturma dosyalarına erişim hakkının engellenmiş olmasıdır¹³². Komisyon, "bilgi ve belge talep etme yetkisi" başlıklı 5. maddesi uyarınca görev alanı ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi ilgililerden talep etme yetkisi ile donatılmıştır. Soruşturmanın gizliliğine ve Devlet sırlarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercileri, Komisyonun görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu her türlü bilgi ve belgeyi gecikmeksizin Komisyona göndermek veya yerinde incelenmesine imkân sağlanmış, ancak bir çok başvuruda bunlar "Devlet sırrı" denilerek başvurularla paylaşılmamıştır. Bu durumda Komisyona başvurunun etkili olmasını sağlayacak en önemli araç olan, başvuranın hakkındaki isnatları ve somut vakaları öğrenme ve bunlara karşı kendisini savunabilme imkânı ve hakkı tanınmamış olmaktadır¹³³.

132 ARDIÇOĞLU, M.Artuk, "OHAL İşlemlerini İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s.41-42.

133 GÜNDAY Metin, " OHAL Komisyonu Aldatmacadan İbaretir", 685 Sayılı KHK Kapsamında Kurulan OHAL Komisyonu Paneli, www.evrensel-net.haber. ET. 22.10.2022; ARDIÇOĞLU, s.42; ALTIPARMAK Kerem, Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK İle Kurulan OHAL Komisyonu, s.77.

Komisyona yapılan başvurularda dikkati çeken bir diğer husus da, Komisyona başvuranların taleplerinin hiçbir şekilde karşılanmaması, başvuru- ruların çalıştıkları kurumlardan bilgilerin esas kabul edilerek “çelişme” usulünün uygulanmamasıdır. “Kurum kanaati” veya kurum “görüşü” gibi hiçbir şekilde hukuki delil sayılamayacak bir takım bilgilere dayalı olarak karar verilmesidir. Ayrıca bazı yazarlar, kurumlardan istenen bilgi ve belgelerin asıllarının olmadığı da dile getirilmiştir¹³⁴. Bütün bunlar etkili bir incelemeyi imkansız hale getirecek, sağlıksız ve eksik bir soruşturmaya sebep olacak hususlardır.

Nitekim, OHAL işlemlerini İnceleme Komisyonuna 6 yıl boyunca yaptığı incelemelerde, genellikle kurum kanaatleri doğrultusunda karar verilmiş, başvuru- cuların savunma ve bilgi edinme haklarını yeteri kadar kullanmasına fırsat tanınmamış, eksik, hatalı, hukuka aykırı incelemelerde bulunmuş ve yapılan 127.130 müracaatın 17.265’i (% 14’ü) kabul edilerek olumlu karar verilmiş, 106.970’i (% 86’i) hakkında ret kararı verilmiştir. Başta savunma hakkı olmak üzere başvuru- cuların bir çok temel hak ve hürriyeti ihlal edilmiştir.

VII- Sonuç

Olağanüstü hal rejimleri, kamu düzenini, kamu güvenliğini tehlikeye sokacak bir takım önemli tehditlerin baş göstermesi halinde başvuru- lan, idarenin eline çok geniş yetkiler veren, bireylerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan hatta askıya alan, kamu düzenini tehdit eden tehlikeleri bertaraf edip yeniden kamu düzenini tesis etmeyi amaçlayan istisnaî ve geçici yöntemlerdir. Bu yöntemlere dünyanın birçok ülkesinde zaman zaman başvuru- rulmaktadır. Demokratik ülkelerde de zaman zaman başvuru- lan olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfî bir yönetim olmayıp, kaynağını anayasada bulan, anayasa kurallarına ve hukuka göre uygulanan modellerdir.

Ülkemizde de zaman zaman olağanüstü hal yöntemlerine başvuru- lmaktadır. Önemine binaen Anayasamızda ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, ayrıca 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununda detaylı şekilde ele alınmıştır. Olağanüstü yönetimler sözkonusu olduğunda bireylerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanabilmekte, askıya alınabilmekte hatta durdurulabilmekte, devletin ve idarenin eline çok geniş yetkiler verilmektedir. Ancak, olağanüstü hallerde dahi devletin anayasaya ve hukuka bağlı kalması ve Anayasa’da öngörülen

134 GÜNDAY, OHAL Komisyonu Paneli, ET. 22.10.2022.

temel hak ve özgürlüklere riayet etmesi gerekmektedir. 1982 Anayasanın başta 15. Maddesi olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin nasıl, ne ölçüde sınırlanacağı açıkça belirtilmiş, temel hak ve hürriyetlerin hangi koşullarda nasıl durdurulabileceği, hangi temel haklara asla dokunulamayacağı güvence altına alınmıştır.

15 Temmuz 2016 tarihinde askeri darbe teşebbüsü sonrası, Cumhurbaşkanı başkanlığında Bakanlar kurulu tarafından 20 Temmuz 2016 tarihinde olağanüstü hal edilmiş, binlerce kişi tutuklanmış, darbe teşebbüsü ile irtibatı olsun olmasın binlerce kamu görevlisi, olağanüstü hal KHK'leri ile görevlerinden ihraç edilmiştir.

Olağanüstü hal KHK'leri, genel düzenleyici işlemler olmasına rağmen, ekli listelerle binlerce bireysel işlemler yapılarak idari işlemlerin yetki, şekil (usul), sebep, konu ve amaç unsurlarına kısacası hukuka aykırı davranılmıştır. Anayasa Mahkemesi, genel düzenleyici işlemlerden olan OHAL KHK'lerini, Danıştay ve idari yargı organları ise ekli listelerle yapılan bireysel idari işlemleri ve ihraç kararlarını yargısal olarak denetlemekten kaçınmış ve yargı denetimi dışı kalmıştır. Uluslararası ulusal düzeydeki baskılar sonucu denetimsiz OHAL işlemlerine karşı, OHAL İşlemlerini İnceleme Komisyonu kurulmuş ve bu Komisyona müracaat edildikten sonra yargı yoluna başvurma imkanı getirilmiştir ve halen de bu Komisyon müracaatları değerlendirmektedir.

Kamu görevinden ihraç kararları, sayı ve sonuçları itibarıyla yüzbinlerce kişiyi ilgilendiren açıkça hukuka aykırı, ağır ve telafisi güç maddi ve manevi zararlar oluşturmuştur. Hakkında ihraç kararı uygulanan kamu görevlilerinin Anayasa'da ve uluslararası hukukta sayılan bir çok temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş, adeta sivil ölüme terkedilmişlerdir.

Kamu görevinden ihraç kararları ile ihlal edilen haklardan birisi de Anayasamızda ve uluslararası hukukta yer alan savunma hakkıdır. Savunma hakkı, ceza yargılamasında olduğu gibi idari yaptırımlar ve disiplin hukukunda, uyulması gereken evrensel nitelikte temel haklardandır. Anayasamızın 36. ve 129/2. maddelerinde, AİHS'nin 6/3 maddesinde, Devlet Memurları Kanununun 130. Maddesinde açıkça düzenlenmiş, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında ifade edildiği idari yaptırımlarda mutlaka uyulması gereken haklardandır. Danıştay, geçmiş içtihatlarında savunma hakkı verilmeden uygulanan uyarma ve kınama cezalarını, yargı yolu kapalı olmasına karşın denetlemiş ve savunma hakkının önemini ortaya koymuştur. Daha sonraki içtihatlarında da savunma hakkı verilmeden, gereği gibi disiplin soruşturması yapılmadan, hukuka ve usule aykırı şekilde verilen disiplin

cezaları esaslı şekil şartının ihlali saymış ve iptal etmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, savunma hakkına riayet edilmeden gereği gibi yapılmayan disiplin cezalarının yok hükmünde saydığı kararları mevcuttur. 15 Temmuz sonrası çıkarılan OHAL KHK'leri ile binlerce kamu görevlisinin önemli bir kısmı hiçbir soruşturma yapılmadan, kimileri savunma hakkı hiç tanınmadan, kimileri ise hukuka ve usule aykırı şekilde soruşturmalar yapılarak gereği gibi savunma hakkı kullanılmadan kamu görevinden ihraç edilmişlerdir. Başta savunma hakkı olmak üzere bir çok temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kamu görevlilerinin bu hakları iade edilmeli, hukuka, anayasaya, kanunlara aykırı kamu görevinden ihraç kararları iptal edilerek uğradıkları mağduriyetlerin giderilmesi gerekir.

Kaynakça

- AKGÜNER Tayfun, AZRAK A. Ülkü, BİLGİN Pertev, ÖZAY İl Han, YAYLA Yıldızhan, "Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Danıştay Yay. 10-14 Mayıs 1993, Ankara.
- AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetim Önünde Savunma Hakları", Ankara 1983.
- AKYILMAZ Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi ÜHFD, Y.2002, C.6, S.1-2.
- AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2021.
- AKYOL Taha, "OHAL ve Anayasa", Hürriyet Gazetesi, 10.02.2017.
- ALAN Nuri, "Savunma Hakkı", Danıştay Dergisi, Y.23, S.87, Ankara 1993.
- ALAN Serkan, "Doktorlar Tamam, Diğer KHK'lılar Özel Sektörde Çalışabilecek Mi?", gazeteduvar.com.
- ALEXY Robert, "Grundrechte und Verhältnismässigkeit", in: Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, U. Schliesky/C. Ernst/S. E. Schulz (Hrsg.), Heidelberg 2011.
- ALİFENDİOĞLU Yılmaz, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", AİD, C.25, S.2, 1992.
- ALTIPARMAK Kerem, "685 Sayılı KHK Kapsamında Kurulan OHAL Komisyonu" Paneli, www.evrensel.net/haber.
- ARAS Bahattin, "Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Yargı Mensuplarının Disiplin Soruşturmalarında Hukuki Dinlenme ve Savunma Hakkı", Yeditepe ÜHFD, Y.2021, C.18, S.2.
- ARDIÇOĞLU, M.Artuk, "OHAL İşlemlerini İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, 2017/2,
- ASLAN Zehreddin, "KHK'lerde Yer Alan Bireysel İşlemlere Karşı Başvuru ve Yargı Yolları", KHK'ler Türkiyesinde Savunma Hakkı Paneli, TBB, Ankara 2016.

- ASLAN Zehreddin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suç ve Cezaları, İstanbul 2001.
- BİŞKİN Hacı, "KHK'li Olduğu İçin İşyeri Ruhsatı Alamadı: Artık Korkmuyorum", gazete-duvar.com.
- BOZ Selman Sacit, Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler, Selçuk Ün. HFD, C.25, S.2, 2017.
- CAN Osman/ AKTAŞ Duygu Şimşek, "Olağanüstü Hal Dönemi Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Yargısal Denetimi Üzerine", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.1.
- CANOĞLU Veysel Candan: Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat, TBB Dergisi, Sayı: 138, Yıl: 2018, s.246.
- ÇAĞLAR Bakır, "Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı Dergisi, S.8.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2017.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2018.
- ÇELİK Cemil, Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 2010, s.3 vd.
- ÇİÇEK Hayrettin, Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Uygulaması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Ün. SBE, İzmir 2011.-DAVER Bülent, Fevkalade Hal Rejimleri, Ankara 1961.
- DÖNER Ayhan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2022.
- DURAN Lütfi, "Bunalım Kararnemeleri", AÜSBFD, C.50, S.3-4, 1995.
- ELLIS Evelyn, The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, Oxford, 1999.
- ERASLAN Yunus, Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Ün. SBE, Konya 2018.
- ERKUT Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul 1996.
- EROĞUL Cem, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnemelerin TBMM'nce Onaylanması Sorunu", AÜSBFD, C.54, S.4, 1999.
- ESEN Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara 2008.
- ESEN Selin, "Olağanüstü Hal, Hukuksuz, Keyfi Yönetim Anlamına Gelmez", sosyalhukuk.org, Kasım 2016.
- FİŞ ÜSTÜN Gül, Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Ün. Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, Y.2018.
- GÖNENÇ Levent, "Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerine İlişkin Gözlemler", TEPAV, Ocak 2018.
- GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2021.
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku C.I, Bursa 2009.
- GÖZLER Kemal, Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi, Bursa 2000.
- GÖZLER Kemal, Anayasa Normlarının Geçerliği Sorunu, Bursa, 1999.

- GÖZLER Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 47, 1990, S.4.
- GÖZLER Kemal, “15 Temmuz Kararnameleri-Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Üzerine Bir İnceleme”, <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>, 17.02.2017.
- GÖZLER Kemal/ KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2018.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2019.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdari Yargılama Hukuku, C.II, Ankara 2017.
- GÜNDAY Metin, “OHAL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1.
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2017.
- GÜNDAY Metin, “ OHAL Komisyonu Aldatmacadan İbaredir”, 685 Sayılı KHK Kapsamında Kurulan OHAL Komisyonu Paneli, www.evrensel.net.haber
- GÜNGÖR Devrim, “Komisyon Üyeleri Baskı Altında”, 685 Sayılı KHK Kapsamında Kurulan OHAL Komisyonu Paneli, Evrensel Gazetesi, www.evrensel.net/haber.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1994-1/3.pdf>.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*”, Hayri Domaniç Armağanı, C.II, İstanbul 2001.
- HAZIR Hayati, Türkiye’de ve Yabancı Ülkelerde Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması, Konya 1991.
- İNCEOĞLU Sibel/ Atilla NALBANT, “Kriz Hukuku mu, Hukukun Krizi mi?” Argumentum, Y.3, S.25, 1992.
- KABOĞLU İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Ankara 2002.
- KANADOĞLU Korkut, “OHAL ve KHK’nin Anayasal Rejimi”, KHK’ler Türkiyesinde Savunma Hakkı Paneli, TBB, Ankara 2016.
- KANADOĞLU Korkut, Anayasa Mahkemesi, İstanbul 2002.
- KARABULUT Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008.
- KARAHANOĞULLARI Onur, “Yargı Yolu Kapalı Olan İşlemler İçin Yokluk Yaptırımı Kullanılabilir” mulkiyehaber.net, 12 Şubat 2017.
- KAYA Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, İstanbul 2011.
- KAYA Cemil, Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, AİD, C.38, S.2, Y.2005.
- KAYA Semih Batur, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Olağanüstü Halin Hukuki Rejimi Üzerine Bir İnceleme”, TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2022, Y.34, S.158.
- KURT Hayrettin, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, Ankara Hacı Bayram Ün. HFD, Y.2014, C.18, S.1.
- KUZU Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul 1993.

- KUZU Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985
- METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.
- ODYAKMAZ Zehra/ KESKİN Bayram, "Kamu Görevlilerinin Meslekten Çıkarılmalarında Uygulanan Kriterlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Bağlamında Değerlendirilmesi", Prof.Dr. Metin GÜNDAY Armağani, Atılım Üniversitesi Ankara 2020, C.2.
- OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.
- OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2000,
- ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1966.
- ÖDEN Merih, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", Ankara ÜHFD, C.58, S.3, 2009.
- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2021.
- ÖZDİLEK Zehra, "KHK'li Diye Banka Para Vermedi", cumhuriyet.com.tr.
- ÖZKUL Fatih, "1982 Anayasasında Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Serüveni", Ankara Barosu Dergisi, 2020/3.
- SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.
- SANCAKDAR Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Ankara 2001.
- SANCAKDAR Oğuz/ ALTINOK Çalışkan Elif/ DURSUN Gizem/ SEYHAN Serkan/ YAĞCI Pınar, Disiplin Hukuku, Ankara 2019.
- ŞEN Mahmut, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, TBB Dergisi, Sayı: 121, Yıl: 2015.
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2021.
- THOMAS Robert, Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law, Oxford 2000.
- TURHAN Mehmet, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", AİD, C.25, S.3, 1992.
- TÜRMEEN Rıza, "OHAL Kararnamelerinin Hukuksal Sorunları", Cumhuriyet Gazetesi, 22.8.2016.
- ULUSOY Ali, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013.
- ULUSOY Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2021.
- UYGUN Fulya, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Ün. SBE, İstanbul 2012.
- YAVUZGUGAN Seçkin, 1982 Anayasasında Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri, İstanbul 2003.
- YAZICI Serap, "Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: Kamu Görevinden İhraçlar ve Yol Açtıkları Hukuka Aykırılık Sorunları", Prof.Dr. Metin GÜNDAY Armağani, Atılım Üniversitesi Ankara 2020, C.2.

YILDIRIM Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, C.1, Konya 2014.

YILDIRIM Turan, "Olağanüstü Yönetim Usulleri", Argumentum, S.25, S.3, 1992.

YİĞİT Servet, 1876 Kanuni Esasiden 2017 Anayasa Değişikliğine Türkiye’de Olağanüstü Yönetim Usulleri ve Kamu Yönetimine Yansımaları, Yayımlanmamış Y,Lisans Tezi, Van 2019.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, İstanbul 1996.

ZOR Burç Volkan, "Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri", TBB Dergisi, 2021, s.155.

Prof. Dr. Metin Günday (Oturum Başkanı)- Galiba tartışmaya zaman kalmayacak ama zaten bildiri sunan hocalarımız yarın ilave edebilecekler, değil mi? O bakımdan bir veya iki tane soru alabilirim. Ama ez cümle kısaca şunu söyleyeyim ben: Türkiye yargısı sınıfta kalmıştır OHAL döneminde; Anayasa yargısı da, İdari Yargısı da... Bunu kesinlikle söyleyebilirim. Anayasa Mahkemesi, bu kanun hükmünde kararnameleri, OHAL kanun hükmünde kararnamesi adı altında çıkartılan ama pek çoğu Anayasa'daki özelliklerin, öğelerin hiçbirini taşımayan bu işlemleri denetimden kaçınmıştır. 1990'larda denetledi, şimdi denetlemiyor, içtihat değişti, güzel. İchtihat değiştirebilir... Bir cümle ile açıklamıştır Anayasa Mahkemesi içtihat değişikliğini 2016'da bu davaları reddederken. Demiştir ki: Efendim, daha eskiden, 90'lı yıllarda Anayasa Mahkemesi bunu iptal ediyordu ama böyle yaparak 148'inci maddeyi, yani Anayasa'nın "bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmünü işlevsiz hale getirmiştir. Anayasa Mahkemesi kendi eski içtihadından bu şekilde döndü. Aslında 2016'da bizatihi Anayasa Mahkemesi bu kararıyla kendisini işlevsiz hale getirmiştir. Bunu hukuk tarihi yazar.

İkincisi idari yargı; bu OHAL Komisyonu kararlarına özel yetkili idare mahkemesi bakacak, sonra da Danıştay'a gidecek. Nasıl denetleyecek Danıştay bunu? İdare mahkemesi nasıl denetleyecek? Bir kere bir hususu düzelteyim ben, bu kararları Bakanlar Kurulu filan almıyor, kurumlar alıyor, kurumlar değerlendirmeyi yapıyor, iletiyor, bu kadar. Nitekim bu davalarda OHAL komisyonu davalı değil ki, kurum davalı, ihraç edildikleri kurumlar davalı... Onlar, «kurum kanaati» budur diyor, OHAL komisyonu «kurum kanaati öyleymiş» diyor, karar veriyor. Neyi denetleyecek? İdari yargı da maalesef çok kötü bir sınav vermiştir. 1989'daki içtihadı birleştirme kararını ben derste hâlâ okuturum. Onu okusalar, onu anlasalar zaten bu sorunu şimdiye kadar çözmüş olurlardı. Teşekkür ediyorum.

Evet, kapatıyoruz galiba değil mi? Yazılı 1-2 soru alalım biz, çünkü tartışamayacağız, zamanımız kalmadı. Lütfen yazılı sorusu olan arkadaşlar bana iletin, ben de ilgili arkadaşlarıma iletirim.

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Sunucu- Üçüncü oturumun başkanlığını yapmak üzere Profesör Doktor Sayın Naz Çavuşoğlu'nu yerlerine davet ediyorum. Konuşmacılarımızdan Doçent Doktor Sayın Bülent Yücel'i ve Doktor Sayın Gökse Işık'ı yerlerine davet ediyorum.

Bu arada bir duyuru yapmak istiyorum: Oturum sonunda herkesin toplu fotoğraf için katılımını bekliyoruz.

Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu- Evet, biraz gecikmeli olarak son oturuma başlıyoruz ama oturuma başlamadan önce Mümtaz Hocayı ve Profesör Rona Aybay'ı saygıyla anmak isterim. Eminim hiç unutulmayacaklar, hep hatırlanacaklar.

Bu oturumun ilk bildirisinin konusu, Türkiye'de Yarışmacı Otoriter Sistemin Yapılandırılması. Yarışmacı otoriter sistem kavramı 2000'li yıllarda telaffuz edilmeye başlandı. Ancak belki belirtmek gerekiyor, bu kavrama ilişkin bazı eleştiriler de var; hem kavramın kendisine hem de Türkiye'ye uygulanabilirliğine ilişkin eleştiriler var. Ben bu eleştirileri çok kısaca birkaç cümleyle özetlemek istiyorum şimdi. Çünkü vaktimizin olacağını varsayıp, oturumun ikinci bölümündeki tartışmalarda belki bu eleştirilerin de değerlendirilmesine katkı sunacak konuşmalar yapılabilir.

Karşılaştırmalı siyaset bilimi çalışmalarında önce demokrasiler sıfatlı olarak kullanılmaya başlamıştı, demokrasi gibi görünen ama tam da demokrasi olmayan rejimleri adlandırmak, sınıflandırmak için. Bu sene Ankara Barosu Dergisi'nde yayınlanan bir makalede demokrasilerin 550 farklı sıfatla sınıflandırıldığı belirtiliyor, liberal demokrasi kriterleri esas alınarak. Şimdi ise ibrenin otoriterleşmeye kaydığı süreçte, bu süreçte sıfatlar otoriter rejimlere eklenmekte. Türkiye de bugün yarışmacı otoriter rejimin tipik örnekleri arasında gösteriliyor.

Eleştiriler olduğunu söylemiştim, kısaca özetleyeceğimden bahsetmiştim. Şöyle söylenebilir: Bu kavramsal çerçevenin, yani yarışmacı otoriter rejim kavramının açıklayıcı olmaktan çok betimleyici olduğu, yapısal/tarihsel unsurları dikkate alan nedensel bir analize dayanmadığı ileri sürülmekte. Türkiye açısından ise 2010'lardan itibaren bu özelliklerin gözlemlendiği belirtiliyor. Bu da bir itiraz konusu. Bunun arkasındaki neden de şu: otoriter özellikleri 2010'lara tarihlemek, önceki dönemlerin otoriterliğini normalleştirmek gibi bir sonuç doğurabilir. Türkiye'de otoriter yönetim geleneği ve otoriter devlet yapısını, kısaca söylersek, otoriterizmin sürekliliğini göz ardı eden bir sonuç doğurabilir.

Bir başka tartışma konusu ise rejimin yarışmacı sıfatı. Yarışmacı olması nereden geliyor? Esasında -eminim daha sonra daha ayrıntılı açıklanacaktır- yarışmacı otoriter rejimin temel özelliklerinden biri, iktidar yarışının iktidarı elinde bulunduranlar lehine serbest ve adil koşullar içinde yapılmaması. Yarışma gerçek ama adil değil veciz ifadeyle. Yarışmacı özellik ne burada? Adil ve eşit olmasa da seçimlerin olması, seçim yoluyla iktidarın değişme imkanının olması, buna işaret ediyor. Adil ve eşit olmasa da seçimler var ve iktidarın değişme imkanı var. Bu açıdan da özellikle Türkiye örneklemede 2019 yerel seçimlerinin örnek olarak gösterildiğini görüyoruz. Ama hemen şunu hatırlatmak gerek belki: Seçimler sonrasında iktidarın, muhalefetin kazandığı belediyeler üzerinde uyguladığı baskı, HDP'nin kazandığı belediyelere kayyum atamaları, kullanılan düşmanca dil, tanım itibariyle zaten sınırlı olan yarışmacılığı, rejimin yarışmacı sıfatını da oldukça tartışmalı kılmakta.

Şimdi sözü Bülent Yücel'e devretmek istiyorum zamanı iyi kullanmak için. Prensip olarak yirmi beş dakika var ama diğer konuşmacıların bu süreye her zaman uymadıklarını dikkate alarak belki bir esneklik yapabiliriz. Buyurun.

Türkiye’de Yarışmacı Otoriter Sistemin Yapılandırılması ve 1982 Anayasası’nın Geçirdiği Dönüşüm

Bülent Yücel*

Giriş

İlber Ortaylı, Osmanlı Devleti’nin 19. yy.’daki toplumsal, siyasal, yönetsel durumundaki büyük çalkantılarını; değişim ve dönüşümlerini anlattığı “*İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*”¹ adlı eserinin başlığında bir sözcük oyundan yararlanmıştır. Aynı devinim yoğunluğu ve yaygınlığı, geçen yüzyıl itibarıyla Dünya tarihi için de söylenebilir bir gerçekliktir. Birbirinin nedeni veya sonucu olarak yaşanan “savaşlar”, “işgaller”, “iktisadi bunalımlar”, “ideolojik kutuplaşmalar”, “yönetsel darboğazlar” vb. olayların bireyler aleyhine geliştiği ve genişlediği modern dünya, 21. yy.’a popülist önderlikleri ve yönetimleri miras bırakmıştır.

Dünyanın çok farklı coğrafyalarında örneklerine rastlanılan popülist siyasetçiler, partiler ve yönetimler, üçüncü bin yılın ilk çeyreğinde, “demokrasinin beşiği” sayılan Avrupa dahil olmak üzere kanser hücreleri misali yaygınlaşmıştır.² Öyle ki demokratik siyasal sistemlerin en ücra köşelerine kadar nüfuz eden bir metastaz olarak popülist siyaset, kendi kurumsallaşmasını, “istikrar”, “millilik”, “yerellik”, “geleneksel ve dinsel korumacılık”, “halkçı / herkes gibi olma” vd. anahtar vurgularla tanımlama ve tamamlama eğilimindedir.

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi

- 1 Osmanlı Türkiye’sinin yaşadığı modernleşme sürecinin de gözler önüne serildiği bu çalışma için bkz. (İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*. Dokuzuncu Baskı. (İstanbul: İletişim Yayınları, 2001).
- 2 Neo-liberal ekonomik düzenin siyasal sistemlere dayattığı gereksinimler karşısında, temsili demokrasilerin sağ ve sol görünümünün kendi kurumları bakımından yetersiz kalışı, zayıflık görüntüsü yaratacak biçimde görece başarısızlıkları, Chantal Mouffe’nin “popülizm âni” olarak nitelendirdiği bu elastiki siyasal anlayışı doğurmuştur. Filipinler’deki Duterte yönetiminden; Macaristan’daki Orban iktidarına uzanan bu geniş sahada; demokratik kurumsallığı pekişmiş kabul edilen ABD’de bile D. Trump’ın başkanlık seçimini kazanması, karşımızdaki siyaset biçiminin ne kadar yakın ve gerçekçi bir tehlike olduğunun somut göstergesidir (Ahmet İnel, “Sağdan Sola Popülizmler,” *Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi*. Sayı 354: 5 - 8 (Ekim, 2018), s. 6).

R. Dahl'ın çağdaş özgürlükçü (liberal) temsili demokrasilerin uygulama örnekleri içinde, tek tipleştirmeye çalıştığı “vazgeçil(e)mez” temel unsurların³ büyük ölçüde aşındırıldığı “seçim(li)/sel demokrasileri”, -miş gibi halleriyle, olağandışının olağanlaştığı bir toplumsal, siyasal, hukuksal, yönetsel, ekonomik ve kültürel evreni önümüze koymaktadır.

Demokratik yönetimin salt seçim ögesine indirgenmeye çalışıldığı bu aşındırma süreci, II. Paylaşım Savaşı'nın ertesinde liberal siyasal evrenin içinde kurgulanan “anayasal demokrasilerin”⁴ kurumsal dokusunu bozmaya yönelmiştir. Özellikle erkler ayrışmasına dayalı sınırlı/sınırlandırılmış yönetim modelinin⁵ yozlaştırılması, popülist siyasetin hedeflerine ulaşması bakımından yaşamsal önem taşımaktadır. Öyle ki anayasal yapıda tasarımlanan “denetim – denge düzeneğinin” verimli ve etkin çalışması, popülist iktidarın hareket tarzını kısıtlayacaktır. Bu anlamda popülist iktidarın gereksinim duyduğu asıl konu, görece “demokratik meşruiyetini” sürekli vurgulayarak, kendi eylemsel hukukunu üretmektir. Böylece, yürürlük hukuku varlığını korurken onun yerine geçecek biçimde, bir yönetsel alışkanlığın yaratılması hedeflenmektedir. Bu siyaset yapma tarzı kaçınılmaz olarak toplumsal düzlemde “kafa karışıklığı” oluşturan ikili hukuk/devlet⁶ algısını ortaya çıkaracaktır.

-
- 3 Siyaset bilimcinin altı başlıkta topladığı bu unsurlar, “devlet yöneticilerinin/memurların seçimle belirlenmesi”, “seçimlerin özgür rekabet ortamında, adil ve düzenli aralıklarla yapılması”, “ifade özgürlüğünün bulunması”, “toplumsal yaşam içinde partisel vd. örgütlülük çeşitliliği”, “birbiri için seçenек oluşturabilecek bilgi edinme kaynaklarının bulunması” ve “yurttaşlara siyasal katılımı sağlayacak hakların tanınması”dır (Robert A. Dahl, **Demokrasi Üstüne**. Çev.: Betül Kadioğlu, (Ankara: Phoenix Yayinevi, 2001), s. 89 – 90).
 - 4 B. Çağlar'ın hukukla kavranan biçiminde tanımladığı anayasal demokraside, halkın oyuyla belirlenen temsili iktidar makamlarının arkalarına aldıkları çoğunluk desteği yadsınmamakta ancak bu gücün dış sınırları da yürürlükteki anayasanın kuralları olarak görülmektedir. Bu katılaştırılmış hukuksal çerçeveye konulan “işaret şamandıralarının” ihlal edilmemesi gereksinimi, beraberinde anayasal düzenin koruyucusu bir denetim öznesi olarak Anayasa Mahkemesini (AYM) ortaya çıkarmıştır. Böylece sandıksal / seçimsel meşruiyetin yanına hukuksal ve yargısal bir meşruiyet aktörü siyasal alanın içine yerleştirilmiştir (Bakır Çağlar, “Hukukla Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi,” **Anayasa Yargısı** S. 10: 233 – 282, (1993), s. 233, 236, 240, 242). Anayasacılık ve demokrasi arasındaki kavramsal ilişkilenemeyi “sınırlı yönetim” çerçevesinde ele alan ayrıntılı bir okuma için ayrıca bkz. (Carl J. Friedrich, **Sınırlı Devlet**. Çev.: Mehmet Turhan. (Ankara: Gündoğan Yayınları, 1999), s. 59 – 80).
 - 5 Demokrasi kavramı içinde yer alan “halk (demos)” olgusunun asıl otorite olmasına karşın yönetimin çoğunluk olduğu ihmal edilmemelidir. Bu nedenle, egemen olan yönetici çoğunluğun herhangi bir sınırlılık içinde kalmadan bu gücü demokrasi adına kullanması, bireyleri kuralsız bir zorlama ve baskı altına almasına yol açacaktır ki; bu durumda olması gereken, geçici kararnemelerle yönetmek yerine, üzerinde oydaşılan ve önceden ilan edilen kurulu kanunlara dayalı olarak yönetilmektedir. Bu durum, demarşi olarak nitelendirilen sınırlandırılmış bir devlet aygıtını ifade etmektedir. (Friedrich A. Von Hayek, “Demokrasi ve Demarşi,” Çev.: Engin Hepaksaz. **Yeni Bir Siyasal Sistem Arayışı: Demokrasi, Poliarşi ve Demarşi**. Editör: Coşkun Can Aktan. (Konya: Çizgi Kitabevi, 2005), s. 205 – 206).
 - 6 E. Fraenkel'in Nazi Almanyası gözlemlerine dayanarak siyaset bilimi öğretisinin kullanımına sunduğu

Dünya genelinde, 1980 sonrası geçer akçe ilan edilerek Soğuk Savaşın bitişiyle yaygınlaşma hızı daha arttırılan “neo-liberalizm” olgusu⁷, hiç hesapta olmayan bir siyaset yapma biçimi olarak popülist iktidarları, unutulmaya terk edilen mezarından⁸ çıkarmıştır. Öyle ki D. Trump ABD’si⁹ ve B. Johnson Britan-

“ikili devlet” kavramlaştırması, bir arada bulunan ve zamanla iç içe geçen “norm devleti” ile “önlem devleti” uygulamasıdır. Diktatoryal hedefini gerçekleştirme için siyasi iktidarın hukuki belirlilik ve sınırlılık içinde tanımlanan norm devletini anlamsızlaştırmasını ifade eden bu girişim, herhangi bir hukuki dayanak ve üstlenilecek idari sorumluluk olmaksızın, kendi programını gerçekleştirecek biçimde çeşitli önlem uygulamalarını devreye sokmasıdır. Önlem devleti bu anlamıyla “anayasal ve yasal kısıtların ortadan kaldırılması”, “yargısal denetimin anlamını yitirmesi”, “polis başta olmak üzere iç güvenlik birimlerinin yasal kısıtlarından kurtarılması” ve “partinin önlem devleti içinde devletle bütünleşen bir hale evrilmesi” üzerine yükseltilmektedir. Norm devleti ise yanı başında gelişen bu önlem devletinin baskınlığına yenilerek ortadan kalkmamakta aksine onun isteklerine uygun bir içeriğe kavuşturularak varlığı korunmaktadır. Ayrıntılı okuma için bkz. (Ernst Fraenkel, **İkili Devlet, Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**. Çev.: Tanıl Bora. 2. Baskı, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2020), s. 36-37, 52, 55, 61, 66, 129 – 131).

- 7 Klasik liberalizmin temellerinde yükselen ve Büyük Bunalıma çare olarak üretilen Keynesçi ekonomiye tepki olarak biçimlenen “iliştirilmiş liberalizm” ile gelişim sürecini devam ettiren neo-liberalizm, Marksist siyasetçi S.Allende’nin Şili’nin başkanı olması üzerine ABD desteğiyle yapılan darbe sonrasında yeni bir evreye geçmiştir. Kendisine darbe yaptırılan General A. Pinochet yönetiminde, “Chicago Çocuklarının” ekonomik reçetesi olan “şok doktrinin” uygulanması, dayandığı kapsamlı özelleştirmeler, devlet denetimlerinin kaldırılmasıyla ekonominin serbestleştirilmesi; refah programlarının daraltılmasıyla, sosyal güvenlikten yoksun bırakılan geniş yoksul kitleler yaratmıştır. Bu doktrinin ABD, Britanya ve Doğu Bloku’nun çöküşü sonrasındaki ülkelerde de yaygınlaşarak uygulamaya sokulması, neo-liberalizmin tek geçer akçe olarak görülme istenmesinin bir sonucudur. Ekonomi-politik bir tercih olarak neo-liberalizm yarattığı toplumsal doku içinde otoriterliğe yakınlığı kuşku götürmez yeni muhafazakarlığı besleyen bir işlev görmektedir. Bu üç aşamalı sürece bir yanıt olarak D. Harvey, merkezinde işçilerin yer aldığı çeşitli azınlık gruplarından oluşan sol ittifakı, daha demokratik, eşitlikçi ve adil bir toplumsal yaşam için bir direnme cephesi olarak tasarlanmaktadır. Ayrıntılı okuma için bkz. (George Ritzer, **Küresel Dünya**. Çev.: Melih Pekdemir. (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2010), s. 130 – 139).
- 8 Tarihsel geçmişi 19. yy’ın ikinci yarısına kadar geriye götürülen popülist siyaset, küresel anlamda Kuzey’den Güney’e uzanan bütün coğrafyada, günümüzde sağın çok yararlandığı bir söylem ve eylem bütününe evrilmiştir. Kurulu düzen karşıtlığı ve memnuniyetsizliğinden beslenerek var olan popülist uygulamaların dönemsel olarak ve siyasi tercihleri itibarıyla birebir aynı olmadıkları da bir gerçekliktir (Ahmet Insel, “Sağdan Sola Popülizmler,” **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 354: 5 - 8 (Ekim, 2018), s. 5-6).
- 9 Başkanlık makamına gelmemekle birlikte 1950’li yıllarda etkinlik gösteren Senatör McCarthy’nin yarattığı siyasal hava, kendini modern toplumun ana yöneliminden kopuk hisseden grupların desteğine dayanmaktaydı. ABD’nin sosyo-ekonomik açılardan gerileyen bölgelerindeki küçük burjuvazisinin, ulusal düzeyde yitirdiği konum ve nüfusa bağlı olarak gelişen “bölgecilik”, ırkçılık”, “aşırı milliyetçilik” ve “kozmpolitizm karşıtlığı” popülist siyasetin seçmen tabanını oluşturmuştur (Seymour Martin Lipset, **Siyasal İnsan**. Çev.: Mete Tunçay. Ankara: Teori Yayınları, 1986), s. 142 – 148, 152 – 159).

ya'sı¹⁰ gibi "liberal temsili demokrasilerin" beşiği kabul edilen ülkelerde¹¹ bile bu siyaset yapma tercihi, milenyumun hemen ertesinde, sosyo-ekonomik, siyasal ve kültürel girdilerin de etkisiyle Avrupa'nın merkezinde¹² kendi popülist önderlerini üreterek kişisel yönetimler biçiminde ortaya çıkmıştır.

Türkiye'nin de aşamalı biçimde "popülist yarışmacı bir otoriter" yönetim anlayışına savrulma sürecini, ortaya çıkanın bir sonuç olduğu düşünülduğünde, 2002 itibarıyla gerçekleşen iktidar değişimine bağlamak sığ ve kolaycı bir yaklaşımdır. Bugün itibarıyla çatısı, kapalı (geleneksel) otoriterizm¹³ biçiminde kurulmasa da Türkiye'nin, yarışmacı otoriter siyasal düzenin karakteristik yapısal örüntüsüne sahip olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Varlığını, görece demokratik meşruiyete dayandıran popülist yarışmacı otoriterizmin iktidarını koruma ve sürdürme yönündeki en önemli aracını, Türkiye açısından da yönlendirilmiş seçim ve halkoyla-

-
- 10 B. Johnson'dan çok daha önce Muhafazakâr Parti'nin "demir leydisi" M. Thatcher'ın başbakanlığı döneminde, Britanya solu karşısındaki "görece" başarısı ve egemen konumu, otoriter popülist siyasete bağlanmaktadır. Konuya ilişkin yapılan bir tartışma için bkz. (Bob Jessop, Kevin Bonnett, Simon Bromley, Tom Ling, "Otoriter Popülizm – İki Ulus ve Thatcherizm," Çev.: Kudret Emiroğlu, Dünün ve Bugünün Defterleri, Dünya Sorunları Dizisi, Emperyalizmin Bunalımı Dosyası. Der.: Ragıp Zarakolu. Sayı 4: 35 – 66. (İstanbul: Alan Yayıncılık, Aralık 1987); S. Hall'ın Jessop ve diğerlerine verdiği yanıt için bkz. (Stuart Hall, "Otoriter Popülizm: Jessop ve Ötekilere Yanıt," Çev.: Kudret Emiroğlu, Dünün ve Bugünün Defterleri, Dünya Sorunları Dizisi, Emperyalizmin Bunalımı Dosyası. Der.: Ragıp Zarakolu. Sayı 4: 67 – 76. (İstanbul: Alan Yayıncılık, Aralık 1987); Hall'ın yazısına karşı yanıt oluşturan Jessop ve arkadaşlarının makalesi için bkz. (Bob Jessop, Kevin Bonnett, Simon Bromley, Tom Ling, "Thatcherizm ve Hegemonya Politikası: Stuart Hall'a Bir Cevap," Çev.: Kudret Emiroğlu, Dünün ve Bugünün Defterleri, Dünya Sorunları Dizisi, Emperyalizmin Bunalımı Dosyası. Der.: Ragıp Zarakolu. Sayı 4: 77 – 92. (İstanbul: Alan Yayıncılık, Aralık 1987).
- 11 Avrupa'nın kurumsallaşmış özgürlüğü temsili demokrasilerinden kabul edilen Fransa ve İtalya'da, sağın popülistleşme eğilimlerini göstermesi, bu olgunun hiç de hafife alınmaması gerektiğinin göstergesidir. Özellikle, yabancılar sorunu, göç, ulus-devlet vurgusu, çokkültürlülük eleştirisi, güvenlik endişelerinin yükselmesi ve ilginç biçimde, kendisini yaratan neo-liberalizme karşıtı gibi gözükme üzerine kurgulanan popülist siyasetin temsilcileri, seçimlerde gösterdikleri "görece" başarılarla siyasal varlıklarını ortaya koymuşlardır. Ayrıntılı okuma için bkz. (Mabel Berezin, **Neoliberal Zamanlarda Liberal-Olmayan Politikalar, Yeni Avrupa'da Kültür, Güvenlik ve Popülizm**. Çev.: Enis Köksaldı. (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011).
- 12 Rusya Federasyonu'nda Putin'in inşa ettiği bu tarz yönetimin Orta Avrupa'da dikkat çeken örneklerini, 2010'dan itibaren V. Orban'ın yönetimindeki Macaristan ve 2015 itibarıyla PiS'in iktidarındaki Polonya oluşturmaktadır.
- 13 Yarışmacı demokratik sistemler ile totaliter siyasal düzenlerle birlikte siyasal sistemlerin klasik sınıflandırmasında yer alan otoriter yönetimler, iktidarın denetimli ve seçenek oluşturmayaacak bir siyasal çoğulculuğa "izin" verdiği siyasal modellerdir. Alman sosyolog Theodor Geiger'in vurguladığı haliyle geleneksel otoriterizm içerik olarak ideolojik bir netlikten çok "zihniyet" kavramıyla özetleyebileceğimiz duygusal yönü ağır basan bir tavır alma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yapıyla her değişik duruma göre pozisyon alabilen otoriter sistemler, kodlaştırılmamış tepkiler ortaya koyabilen düşünce ve duygu tarzını zihniyet olgusuyla gerçekleştirebilirler. Bu anlamda zihniyet, ideolojik katılıktan ayrılan, değişken bir biçimsizliği; tavralsal olarak gelişen ruhsal bir önyönelimi ve düşünsel durum almayı ifade eder (Juan J. Linz, **Totaliter ve Otoriter Rejimler**. Çev.: Ergün Özbudun. 3. Baskı. (Ankara: Liberte Yayınları, 2012), s. 161, 165 – 166).

maları oluşturmuştur. Zaman geçtikçe kalıcılışma algısını pekiştiren bu yönetsel durum, seçimli demokrasilerden yarışmacı otoriterizme yumuşak geçişi sağlayan en aldatici olgudur. Öyle ki yönetilenlerin dikkati bakımından hâlâ çok partili bir siyasal yaşam, düzenli aralıklarla yapılan seçimler, yürürlüğünü koruyan bir anayasa, işleyen bir yasama ve yargı düzeni ve “bağımsız” medya varlığını korumaktadır. Oysaki özü itibarıyla bütün bu demokratik unsurlar, süreç içinde anlamsızlaştırılmakta ve işlevsiz bırakılarak bir “kabuktan” ibaret hâle getirilmektedir. Özellikle popülist iktidarın bir biçimde kazandığı her seçim/halkoylaması sonrasındaki eylemselliği ve söylem dozu, “laik/seküler, eşitlikçi, insan haklarını temel alan, sosyal hukuk devletinin özgürlükçü yönetimlerini yozlaştırmakta ve biçimsizliğe mahkûm etmektedir.

1982 Anayasası, Türkiye’den yapması beklenen uluslararası neo-liberal isteklerin¹⁴ taşıyıcı kurucu metni olarak hazırlanmıştır. Bu çerçevede, yeniden tasarılanan erkler düzeni içinde yürütme, yasama ve yargı karşısında güçlendirilmiş ve denetim – denge düzeneğinin kısaçları yürütme lehine gevşetilirken; aynı zamanda Devletin kuruluş felsefesinin dönüştürülmesi yönündeki son kritik eşik de aşılmıştır.

Türkiye’nin son anayasal(ı) döneminin ilk evresi (1982 – 2002 arası), sonrası için bir kuluçka işlevi görmüştür. Askeri Müdahalenin etkilerinin kurumsal bir vesayet ağı içinde geçirildiği 1980’li yılları, sivil siyasal aktörlerin egemen olmaya başladığı 1990’lı yıllar izlemiştir. Bu süreçte gösterilen çabaya karşın bütüncül ve tutarlı bir siyasal ve hukuksal programla “darbe hukukundan” çıkılamadığı gibi piyasa ekonomisine geçişin yarattığı sarsıntılar; yolsuzluk ve usulsüzlük kültürünün toplumsal algıda alışkanlık haline gelmesi, “moral” yıkımı hızlandırmıştır. Teknolojik gelişimin hızına

14 Kapitalizmin daha da kuralsızlaştığı yeni bir evresini ifade eden neo-liberal dönem, finansal serbestleşmenin genişleyerek derinleşmesine odaklı bir özellik taşımaktadır. Sermaye – emek çelişkinin bu yeni aşamasında devletin oynadığı rol önem kazanmaktadır. Öyle ki liberalizmin devlete yüklediği gelecekte görevlerin bile özelleştirildiği bu süreçte, hane halkının çeşitli ekonomik ürünlerle sürekli olarak ve içinden çıkılmaz biçimde borçlandırılması söz konusudur. Banka kredileriyle sağlanan bu bağımlı kılma ilişkisiyle, sermayenin finansal açıdan rahatlaması düşünülmüş ve yerel kapitalist ağların dünya ile bütünleşmesi gerçekleştirilmiştir. Bu tercih aynı zamanda Keynesyen refah devletinin geriletilmesini ve sosyal devletin aşındırılmasını da öngörmüştür. Böylece siyasi iktidar, devlet otoritesini ve araçlarını kullanarak, başta kent yoksulları olmak üzere düşük gelir gruplarını, ahabp-çavuş kapitalizminin nesnesine dönüştürmüştür. Türkiye açısından bu dönüşüm istenilen nitelikte ve nicelikte AKP iktidarıyla birlikte gerçekleştirilmiştir. Özellikle 2010 sonrası dönemde -popülist siyasal tutumun sağladığı meşruiyet artışıyla birlikte- neo-liberal ekonomi politik tercih, cumhuriyetçi modern demokratik devletin çözümlenmesine yönelmiş ve yerine önderin kişiliğinde öznelmiş, her türlü denetimden arındırılan bir yönetim aygıtı konmuştur (Pinar Bedirhanoglu, “Türkiye’de Modern Demokratik Devlet Yapısının Çözülüşü,” **Toplum ve Bilim**. Sayı 155: 187 – 211, (2021), s. 188, 190, 192, 198 – 199, 207).

sadece bir tüketici olarak uyum gösterilmesi, eğitim düzeninin nitelik kaybıyla birleşmiş ve koalisyonlu siyasal çalkantıların sonunda Türkiye, 2000’li yıllarda kurumsallaşmasını tamamlayacak popülist iktidarın kucağına itilmiştir.

Bu hazırlık evresinin sonucu olarak karşımıza çıkan AKP, kendisini iktidara taşıyan anayasal(ı) düzeni, “istikrarlı” biçimde yozlaştırmış; yönettiği siyasal sistemin kurumlarını yıkarken yerine kendi içinde tutarlı bir hukuksal yapı da oluşturamamıştır. Geçen 20 yılın sonunda, Türkiye’yi, popülist bir yarışmacı otoriterliğe dönüştüren AKP iktidarını kendi içinde üç evreye ayırarak çözümlenmek gereklidir. Buna göre, AKP’nin olağan bir iktidar olarak siyasal sistemin aktörlerini/kurumlarını cepheden karşısına almaktan kaçındığı 2002 – 2007 aralığını; kurulu düzenin “vesayetçi” odaklarının tasfiye edildiği ve dönüştürüldüğü 2007 – 2015 süreci izlemiştir. AKP’nin kendi kurumsal tarihi bakımından kırılma noktasını ifade eden 7 Haziran 2015 sonrası ve 1 Kasım 2015 Seçimleri ise unsurları olgunlaştırılan yeni otoriterizmin ayak sesleri olmuştur. Özellikle 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin sağladığı duygusal ortam da kullanılarak ilân edilen OHAL koşulları ve olanakları, bir ilahî lütuf gibi görülmüş ve kullanılmıştır.

Dünya’daki benzer örnekleriyle koşut özellikler taşıyan Türkiye’de seçimli demokrasiden yarışmacı otoriterizme savrulma, belli sac ayakları üzerine inşâ edilmiştir. Birbirini destekleyecek biçimde kullanılan bu unsurlar, demokratik meşruiyeti sağlayacak oylamalar; görece ekonomik istikrarın ne pahasına olursa olsun korunması eğilimi; bürokratik iktidar yoluyla bütün devlet aygıtının denetime alınması, torbalaştırılmış kanunlar/KHK düzenlemeleri ve suiistimalci anayasa değişiklikleriyle yürürlük hukukunun dönüşümü; bütün bunların toplumsal algısını, iktidarın istediği biçimde ve içerikte oluşturacak tekelleşmiş bir medyanın oluşturulması olarak karşımıza çıkmaktadır.

16 Nisan 2017 Halkoylaması’nın “resmî sonucuyla”¹⁵ yürürlük kazandırılan 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanun ile gelinen son aşama ise Türkiye’nin anayasasızlaştırılarak hukukî güvenlikten arındırıldığı bir durumu resmetmektedir. Birey hak ve özgürlüklerinin tek kişilik yürütmenin insafına bırakıldığı bu koşullar, istisnanın kurala dönüşümü-

15 Kanunun amir hükmüne karşın mühürsüz oyların sayıma dahil edilmesi nedeniyle, sonucunun hukuki ve demokratik meşruiyeti tartışmalı hale gelen 16 Nisan 2017 Halkoylaması, Yüksek Seçim Kurulu (YSK)’nin 2017/663 sayılı kararıyla geçerli hale getirilmiştir. Bu çerçevede 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanun, seçmenin verdiği geçerli oyların %48,82’sinin “Hayır” oyuna karşılık %51,18’inin “Evet” oyuyla kabul edilmiştir. YSK’nin birleştirme tutanağında yer alan diğer sayısal veriler için bkz. (<https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2017referandum/2017HO-Ornek136pdf>). E.T.: 17.09.2022

nün habercisidir. Yarışmacı otoriterizm kurulurken araçsallaştırılan devlet aygıtı içinde özerk bürokratik kurumsallaşma dağıtmakta; parlamento geleneksel faaliyetleri olan “kanunlaşma”, “bütçe hakkının kullanımı” ve “siyasal-hukuksal denetim” itibarıyla işlevsizleştirilerek siyasal sistem yamasızlaştırılmaktadır. Erkler ayrılığının bütünüyle anlamını yitirmesi ise 2017 Halkoylaması sonucunda yeniden oluşturulan Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) aracılığıyla yargı erkinin “bağımlılık ve taraflılık” kalıbına sokulmasıyla gerçekleştirilmiştir.

I- 21. yy’a Gelindiğinde Otoriterizmin Yeni Halini Düşünmek

1. Popülizmin Omurgasızlığı veya Siyaset Yapma Kolaycılığının Anlamı

Modern anlamıyla popülizm, 20 yy.’ın ikinci yarısı itibarıyla belirginleşen¹⁶ ve 1980 sonrası dönemde Dünya’nın birçok coğrafyasında gittikçe yaygınlaşan bir siyaset yapma biçimidir. Bu yönetme tarzının anlamlandırılması, ideolojik, siyasal, ilkesel ve yöntemsel kalıpların açıklanmasına ek olarak aynı zamanda popülist siyasetçiyi kimliklendirmeyi de gerektirmektedir. Öyle ki, popülist bir yönetim şemasının oluşturulabilmesi, yönetilebilmesi ve sürdürülebilmesinin odak noktasında “önderlik olgusu” yer almaktadır ancak bu önderin profil çözümlemesi yapılmadan izlenen siyasal yolun rotası tam olarak anlamlandırılmayacaktır.

16 Halk egemenliğini kullanarak kapitalist toplumu, kendi anlayışı ve önderliğine uygun biçimde örgütlenme karması olarak karşımıza çıkan popülizm, kendi içinde tutarlı düşünsel bütünlükten uzak, modern bir siyasal anlayışı ifade eder. Faşizmin şiddete dayanan yönteminden kaçınmasına karşın seçime dayanan demokratik temsiliyeti otoriter bir önderlikle uygulayan popülizm, bir yandan kendi elitlerini yaratırken; aynı zamanda gelir eşitsizliğini görece azaltarak bağlantıları aracılığıyla devlet kapitalizminin yeni biçimlerini oluşturur. Bu anlamda klasik popülizm, aşırı milliyetçi bir tutumla Marksist gelenekten kopuk bir sosyalist yorumun eklektik bileşkesi olarak vücut bulmuştur. Kendini ideolojik bağımsızlıktan özellikle uzak tutan popülist siyaset, iktidarının varlığı ve devamlılığı için esnek bir siyasal yaklaşımı benimser. Arjantin’de General Juan Peron’un, faşizmi yeniden formüle ederek onu, seçimli bir modele dönüştürüp, popülizme modern bir ideolojik anlam kazandırması bunun tipik örneğidir. Böylece, Peronizm’de de görüldüğü üzere destekçilerinden/seçmenlerinden önderlerinin sezgisel tavırlarına ve sıklıkla değişen tercihlerine mutlak bir güven ve bağlılık duymaları beklenmektedir. Bu sağlandığı takdirde ortaya çıkan toplumsal görünüm, önderin iradesi, seçmenlerini temsil ettiği gibi halkın gelecekte de ne isteyeceğine karar verebilecek özelliğe sahip olmakta ve bu anlamıyla önder, halkın egemenlik yetkisini devrettiği özerkleşmiş bir özneye dönüşmektedir (Federico Finchelstein, **Faşizmden Popülizme**. Çev.: Ali Karatay. (İstanbul: İletişim Yayıncılık A.Ş., 2019), s. 199 – 201).

Siyasal iktidarı, anayasal ve demokratik kural ve koşullarda elde ettikten sonra bırakmama stratejisine dayanan popülist yönetim tarzı, iktidarının devamını, özünü bozarak dönüştürdüğü ve artık biçimselleştirdiği bu anayasal demokratik koşulları kullanarak sağlar. Bu çerçevede popülist iktidar aygıtı, propaganda düzeneğini kullanarak “*her durum ve koşulda, herkese karşı, her şeyi yapmaya muktedir*” bir siyasal önder algısını oluşturur. Kendi iktidarının geniş toplumsal kesimler üzerinde kabul görebilmesini de yine öndere sıkı sıkıya bağlı ve onun denetimindeki partisel düzenekle gerçekleştirir. Bu yapısal özellik, salt totaliter ve otoriter siyasal sistemlere özgü olmayıp çok sayıda seçimli/seçimsel demokrasinin bünyesinde de kendini göstermektedir. Bu nedenle popülist siyasetin inşâ edildiği ülkelerin belli temsili demokratik ölçülere sahip olması beklenmeyen bir olgu değildir. Aksine “yarışmacı otoriterizmin” yapısal kurumsallaşması için sözde hâle getirilen “liberal demokrasi” unsurları¹⁷, pragmatik bir siyasal önderliğin en azından söylem temelinde sürekli yararlandığı araçlardır.

Popülizm, basit bir sözcük eşleştirmesinin çok ötesinde¹⁸, sol dünya görüşünün temel değerlerinden biri olan halkçı/halktan yana olmanın¹⁹ oldukça uzağına düşen bir anlam bütününe işaret etmektedir.²⁰ Söz konu-

17 Bu anlamda, “seçim”, “çok partililik”, “bağımsız basın”, “hukuk devleti” ve “erkler ayrılığı” vb. ilke ve kurumları, “kâğıt üzerinde de olsa” ayakta tutmayı sürdürür. Böylece kendi meşruiyetini görece bir demokratik siyasal ortama dayandırmış olacaktır.

18 Popülizmi, halkçılıkla birebir özdeşleştirmek bir anlam bulanıklığına yol açmaktadır. Düşünsel, psikolojik, siyasal, uygulama vb. çok yönlü bir olgu olmasına karşın popülizm, daha çok bir siyaset yapma yöntemi ve tarzı olarak tartışılmaktadır. Bu yaklaşım tercihinin, kavramın anlaşılışını eksik bırakacağı yönünde bir okuma için bkz. (Mehmet Süreyya Karakurt, “Popülizm Tartışmaları, Ernesto Laclau ve Devrimci Yol,” **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 368: 115 -131, (Aralık, 2019). Neo-liberalizmin ortaya çıkardığı güvencesiz, esnek ve geçici çalışma ilişkilerinin yarattığı prekaryaya seslenen ideolojik tavrın popülist nitelikte olmayan bir sol-dönüşümü ifade ettiği belirtilmektedir. Önerilen bu kavramlaştırma seçeneği hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. (Alphan Telek, “Sol Popülizme Karşı Sol-Dönüşüm ve Prekaryaya,” **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 354: 21 – 31, (Ekim, 2018), s. 21 – 22, 26 – 30).

19 Soyağacı itibarıyla 18. ye 19. yy., devrimci ve ilerici sok hareketlerin bir kavramlaştırması olmasına karşın popülizm geçirdiği anlamsal kayma nedeniyle 20. yy.’da hastalıklı ve kendisinden uzak durulması gereken bir olguya dönüşmüştür. Öyle ki, Rusya’daki Narodnik ve Amerika’daki Halk Partisi’nin bu öncü kavramı, İtalya ve Almanya’daki faşist hareketlerin, halk düşüncesini ulus ve ırk kavramlarıyla kaynaştırması sonucunda doğal içeriğinden sapmıştır. Bu anlamsal dönüşüm ve kayış çeşitli yönleri itibarıyla, olumsuz anlamda, günümüze kadar devam ederek 21. yy.’ın kendi gerçekliğine yerleşmiştir (Paolo Gerbaudo, **Maske ve Bayrak, Popülizm, Yurttaşlık ve Küresel Protesto**. Çev.: Diyar Saraçoğlu. (İstanbul: Epsilon Yayınevi Ticaret ve Sanayi A.Ş., KAFKA, 2018), s. 81 – 87).

20 Sol, eşitlikçi ve kurumsallaştırılmış kapitalizmin son sürümü olan neo-liberalizme karşı cepheden duruşunun hedef kitlesini ve onların öfkeli haklı taleplerini pek tabii ki siyasetinin merkezine alarak örgütlemektedir. Bu tavrı kendi ideolojisinin de bir gerekliliğidir. Oysaki popülizm, neoliberalizmin yarattığı büyük sosyo-ekonomik yıkımın büyüttüğü geniş yoksullaşmış kesimlerin duyduğu toplumsal hıncı kullanarak “kendi halk kitlesini” yaratma peşinde koşan bizatihi kapitalist ilişkiler ağından beslenen ve aslında ondan da kopamayan bir sağ siyaset yapma biçimidir (Eric Fassin, “Stratejik Bir Seçim: Sol veya hut Popülizm,” Çev.: Ece Köse. **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 354: 50 – 56, (Ekim, 2018), s.

su, görünüşteki *“halktan biri gibi olma”* hali, gerçekte algısal bir durumu ifade etmekte ve propaganda düzeneğinin de en önemli malzemelerinden biri olarak kullanılmaktadır. Bu sayede, *“yenilmez ve yanılmaz”* gösterilen, sorunları çözecekse yine onun çözeceği inancının yüklendiği popülist siyasal kişiliğin toplumsal meşruiyeti sürdürmesi sağlanmaktadır.

Popülist siyasetin taşıyıcısı ve temsilcisi konumundaki *“tartışılmaz”* önderin mevcut kitlesel desteğini, uzun erimli elinde tutabilmesi, kendi içinde belli tutarlılığa sahip ve birbirini tamamlayacak bir örüntüyü²¹ gerektirir. Bunu maddeleştirirsek:

- *Popülist siyaset, geniş halk kitlelerine ulaşabilmek için “herkese dokun/herkesi yakala” (catch all) parti anlayışının daha da ilkesizleşmiş, ideolojik hareket katılığından uzaklaşan, omurgasızlaşmış bir siyasal söylem ve eylem bütününe ortaya koymaktadır.*
- *Zamanın ruhu olgusuyla gerekçelendirilen bu “elastiki hareket tarzı”, iktidar boyunca -gerekli görüldükçe- birbirinden çok farklılaşan siyaset yapma biçimlerine yaklaşılmasını, hatta onların düşünsel sahasında konaklanılmasına²²; eylemsel anlamda da bir ortaklık ya da ittifak kurulmasına gidecek derecede evrimleşecektir.*
- *Kendisini destekleyen geniş halk kitlelerinin irade devamlılığını sağlamak ve kendisine bağımlılığını korumak için iki ayaklı siyaset geliştirirler. Buna göre toplumsal yaşamda, “oldurmayan ama öl-*

50 – 52). Popülizmin bir duygulanım siyaseti olarak toplumun farklı kesimlerindeki anlaşılışı, tepkiselliği ve işleyişi hakkında ayrıntılı bir okuma için ayrıca bkz. (Eric Fassin, **Popülizm: Büyük Hınc.** Çev.: Gülener Kırnalı ve İlker Kocael. (Ankara: Heretik Basın Yayın Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., 2018), s. 57 – 74).

- 21 Faşizm’e bir itiraz olarak Soğuk Savaş ile birlikte Güney Amerika’da filizlenmeye başlayan modern popülizmin bir anlamda ilk taşıyıcı temsilcisi olan Peronist yönetimin ürettiği bu davranış manzumesinin onaltı (16) maddede saptandığı ayrıntılı bir okuma için bkz. (Finchelstein, **a.g.e.**, s. 145 – 147).
- 22 Dönemsel koşulları ve siyasal zemini, kendisine en uygun sonuçları doğuracak derecede sahiplenen ve yarar sağlamadığı ân itibarıyla da bunu/bunları terk eden popülist siyaset, çeşitli “izm”lerden hedeflerine uygun düştüğü kadarıyla siyasal bir “toplama” yapar. Böylece, popülist yönetim ve önderi, bir yandan içinde yer aldıkları devlet aygıtını yönetirken öte yandan kendilerini, ona muhalefet eden bir unsur olarak konumlandırırlar. Bunun gerçekleştirilmesinde de yürürlük hukukunun kurumları ve yönetsel gelenekleriyle çatışarak içinde yer aldıkları anayasal düzeni dönüştürmeye çabalarlar. Kullandıkları en yaşamsal retorik ise devlet ve toplum “elitlerini”, kendi seçmenleriyle eşleştirdikleri “millet” karşısına yerleştiren öfkeli anlatıdır (Levent Köker, “Başkancı Rejim: Popülist Yarışmacı Otoriterlik Mi, Diktatörlük Mü?” **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi.** Sayı 377: 6 – 25, (Eylül, 2020), s. 10-11).

dürmeyen de bir yoksulluk yönetimi”²³ sosyal devlet²⁴ savsözleriyle gerçekleştirilirken; diğeri de bu ekonomi – politiği eleştirmeyecek ve sorgulatmayacak, bilimsel ve seküler niteliklerinden koparılmış bir eğitim düzeninin kurulmasıdır.

- *Yönetim ve siyaset arasında kurulan bu yıkıcı/olumsuz ilişkilene- nin sürdürülebilirliği için toplumsal fay hatları sürekli tetiklenir ki; bu gerilim, birey aidiyetlerinin kutuplaştırılmasıyla²⁵ ve siyasal olmanın ötesinde daha çok muhalif eğitilmiş “seçkinlerin”²⁶ düşmanlaştırılmasıyla gerçekleştirilir.*
- *Popülist siyasi aktör, devlete hükûmet ettiği sürede yönettiği devletin kurumlarıyla sürtüşmekten de kaçınmamaktadır. Bu gerilimi bir*

23 Neo liberalizmin, serbest piyasa ekonomisi içindeki sosyal devlete bile katlanamadığı 1980 sonrası dönemde, sosyal hakların içini boşaltacak biçimde farklılaştırma kavramlaştırma, “hayirseverlik” olmuştur. Böylece dinsel ve geleneksel bir vurgulamayla sadaka kültürü ve sadaka devleti anlayışının merkez olgu haline getirilmiştir. İnsan sevgisine dayandırılan, “garip gureba” söyleminin kapsamına alınan geniş insan yığınları için “kişisel merhametin” tetiklendiği, iyiliksever ve yardımsever bu hareket tarzı, devlet aygıtı kullanılarak “stratejik bir araca” evrilmiştir. Böylece küresel kapitalizm ile herhangi bir çelişki yaşanmadan sosyal devlete yeni anlamı kazandırılmaya çalışılmıştır. Özellikle vakıflar aracılığıyla, geniş kitlelerin yoksulluk ve yoksunluklarına ilişkin yapılan saptamalar kalıcı çözümler üretmeksizin, lütf mantığıyla belediyeler, siyasi partiler, ticari işletmeler vb.’leri tarafından karşılanmakta; kurallı ve kurumsallaştırılmış bir sosyal devletten bilinçli biçimde uzaklaşmaktadır (Aslı Şimşek, “Sadaka Kültürü ve Stratejik Hayirseverlik Çıkmazında Sosyal Hak Mücadelesi,” içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı**. Editörler: Kivilcim Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014), s. 194 – 199).

24 Gelir ve servet dağılımı arasındaki büyük dengesizlikleri/farkları devlet müdahalesiyle azaltarak yumuşatma amacıyla biçimlendirilen sosyal devlet, “sosyal güvenlik”, “sosyal hizmet” ve “sosyal yardımlardan” oluşan üçlü bir sacayağına dayanır. Devletin programlaştırdığı toplumsal siyasetini gerçekleştirilebilmesi için iyi işleyen bir sosyal güvenlik sistemini sürekli hâle getirmesi; bunu sosyal hizmetlerle desteklemesi ve ana yapıda ortaya çıkan açıkları ve eksikleri de sosyal yardımlar ile kapatması sosyal devletin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Buna karşın sosyal yardımlar öne plana çıkarılarak büyük ölçüde bu geçici destek ve önlemlerle yetinilmesi, sosyal devletin yerine hayirsever devletin geçirilmesinin tercih edildiği anlamına gelmektedir. Sosyal devletin nesnel ve kurumsal yapısının gereği olarak anayasal haklar bütününden ve sosyal güvenlik sisteminin mantığından sosyal yardımlar öncelenerek uzaklaşılması, “engellilik”, “muhtaçlık” vb. yetersizliklerin onur kırıcı biçimde görselleştirilmesine yol açacaktır. Bu tercih, siyasal iktidara sunulan seçmen desteğinin yardımlarla sürdürülmeye çalışıldığı eğreti bir yapı inşa etmeye yöneliktir (Makbule Şiriner Önver, Ayşegül Kanbak ve Nihal Şirin Pınarcıoğlu, “Sosyal Hak mı? Sosyal Yardım Mı?” içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı**. Editörler: Kivilcim Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014) s. 170 – 171, 175 – 177).

25 Çağdaş demokrasilerin vazgeçilmez ilkelerinin başında gelen “eşitlik ve ayrımcılık yasağı” ilkeleri kural düzeyinde korunmakla birlikte siyasal eylemsellikte, inanç, mezhep, ırksal, etnik, cinsiyet, cinsel yönelim, felsefi anlayış, siyasal ve ideolojik yaklaşım vb. durumlar üzerinden bu farklılaşmalar arasındaki kutuplaştırma bir iktidar dili olarak yoğunlaştırılır.

26 Toplum bilim yazınında çoğunluk üzerindeki yönetici azınlık olarak tanımlanan, Latince “eligre” (seçme), “electa” (seçilmiş parça) sözcüklerinden türeyen elit/seçkin terimi, yönetsel anlamda bazılarının diğerlerinden daha fazla iktidara sahip olması bağlamında siyasallık kazandırılmış bir kavramdır. Elit kuramları hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. (Mehmet Turhan, **Siyasal Elitler**. İkinci baskı. (Ankara: Gündoğan Yayınları, 2000), s. 31, 32 – 40, 41).

tür “eski ve yeni” dönem kavgasına dönüştürürken; özellikle vesayet tezine sığınarak kendi demokratik meşruiyetiyle bu kurumların hukuksal meşruiyetini yarıştırır. Böylece bir yandan devletin kurumsal gücünü etkisizleştirip zayıflatarak denetim-denge mekanizmasını bozarken; diğer yandan da kurumsal dokuyu partizanlaştırarak dönüştürmekte ve devlet = parti = önder eşitliğini kurmaktadır.

- Devlet ile toplum arasında adeta bir kurtarıcı gibi yerleştirilen; herkese ve her şeye karşı olabildiği propaganda makinasiyla pompalanan popülist önderlik profili, ardi ardına yapılan plebisiter oylamalarla²⁷ pekiştirilir.
- Görünürdeki katılımcı ve çoğulcu siyaset ortamı içinde popülist siyaset düzeneği, muhalefetin etkinliğini ve seçenek oluşturmasını kısıtlayacak tarzda bir medya düzeni kurarken; sivil toplum kuruluşlarını kendi denetimine almaya çalışır ve devletin özerk / bağımsız yapılarını yürütmeye bağ(ım)lı hâle getirir.
- Ulusal ve uluslararası ekonomi aktörlerinin popülist önderin denetimine, isteklerine ve yönlendirmelerine bağlı kılınması hedeflenir.
- Millilik ve yerellik tezlerini “hoyratça ve kavramların doğal anlam dünyalarını kötüye kullanarak” yineleyen popülist önderlik, parti disiplininin de yardımıyla mevzuatı da “torba(laştırılmış) kanun/kararname”, “OHAL ortamı”, “suistimalci anayasacılık²⁸ araçlarıyla değiştirerek iktidarını kuralsal düzlemde güçlendirir.

27 Gerçekte bir partinin, siyasi önderin ve/veya siyasal programın ülke içinde halka kader oylaması olarak kabul ettirilerek meşruiyet kazandırılmasına aracılık ettirilen halkoylamalarının popülist siyasetin yönlendirme aracı olmaktan çıkarılabilmesi hakkında bkz. (İlker Gökhan Şen, “Referendums and Democratic Constitutionalism: Is There a Way for Reconciliation?” in **Populism and Democracy**. Eds.: Sascha Hardt, Aalt Willem Heringa, Hoai – Thu Nguyen (Netherlands: Eleven International Publishing, 2020), s. 87 – 120). Bu anlamda günümüzün popülist önderleri bakımından halkoylamaları, kendi siyasal gündemlerini halkla kuracakları doğrudan temasla aktarım aracı/işlevi görmekten öteye geçmemektedir. Halkı ilgilendiren konularda sürekli başvurmaya çalıştıkları bu oylamaları, kendi siyasal görünürlüklerini sağladıkları gibi aynı zamanda halkın bir kısmını ifade eden seçmen desteğini kullanarak bütün halkı temsil ettikleri iddiasını pekiştirmekte kullanırlar. O yüzden kamusal yarar için yapılan demokratik referandumdan uzaklaşan ve aslında kitlenin yönlendirilmesi yoluyla yönetmek amacına uygun bu oylamalar, plebisit(er) olarak tanımlanmaktadır (Giuseppe Martinico, “Populism and Referendum: The Italian Debate from a Comparative Perspective,” in **Italian Populism and Constitutional Law, Strategies, Conflicts and Dilemmas**. Eds.: Giacomo DelleDonne, Giuseppe Martinico, Matteo Monti and Fabio Pacini. (Switzerland: Palgrave Macmillan, 2020), s. 78 – 80).

28 Anayasa(lı)cılığın özünü oluşturan “iktidarın sınırlandırılması” hedefiyle bağdaşmayacak anayasa yapımı/değişikliği, popülist yarışmacı otoriter düzenlerin üzerinde yükseldikleri toplumsal desteği, hukuksal meşruiyetle pekiştirerek gereken dönüşüm için başvurdukları araçların başında gelmektedir. Ayrıntılı okuma için bkz. (David Landau, “Abusive Constitutionalism,” **UC Davis Law Review**. Vol 47 Issue 1: 189 – 260, (November 2013), s. 195 – 200). Ayrıntılı bir okuma için ayrıca bkz. (Pietro Faraguna, “Populism and Constitutional Amendment,” in **Italian Populism and Constitutional Law, Strategies, Conflicts and Dilemmas**. Eds.: Giacomo DelleDonne, Giuseppe Martinico, Matteo Monti and Fabio Pacini. (Switzerland: Palgrave Macmillan, 2020), s. 97 – 114).

- Seçim sistemine “gerrymandering”²⁹ tarzı müdahaleler yapılırken; siyasi partiler, kapatma davaları, yerel örgütlenmelerine yapılan baskı(n)lar, siyasetçilere yönelen çeşitli hukuk ve ceza davalarıyla baskılanır.

Tanımsal kayganlığı³⁰ çok yüksek bir kavramlaştırma olan popülizm, “çoğunluğu esas alan genel irade iddiasına dayalı ideoloji”, “bir iktidara gelme stratejisi”, “halk – seçkin karşıtlığına vurgu yapan salt bir söylem” ve “siyasal

29 Gerrymandering, siyasi iktidarın mevcut konumunu, seçim yoluyla rakip partilere karşı yitirmemek için başvurduğu, hukukun bir hile aracı olarak kullanıldığı yöntemi ifade etmektedir. Kanunla yapılan bu müdahale, “seçim çevreleri”, “baraj uygulamaları”, “oy değeri” vb. unsurlar üzerinden muhalefeti zayıflatarak iktidara avantaj sağlama hedefine yöneliktir. Kavramın tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı okuma için bkz. (Emrah Kırıt, “Gerrymandering ve Demokratik Seçimler Üzerine,” **Hukuk Araştırmaları Dergisi**. Cilt 16 Sayı 1-2: 15 – 38, (2010), s. 19 – 32).

30 Jöle kıvamındaki bu toplumsal ve siyasal olguyu, elastiki yapısından uzaklaştırarak belirli bir açıklama modeli içine yerleştirmek amacıyla yapılan somutlaştırma girişimlerinde ortaklaşan bazı esaslara da ulaşılmaktadır. Buna göre;

- *Popülizm, siyasal bir devinin biçimi olarak doğrudan halkla teması önceleyen ve geniş kitlelerle kurduğu bu ilişkide onları cesaretlendiren ve teşvik eden bir söylem ve eylem bütününe sahiptir.*
- *Siyasal iktidara ulaşma hedefine yürürken kendi içinde uyumlu çeşitli adım ve yöntemlere sahip bulunan popülist hareket bu bakımdan stratejik davranışlar bileşenini ifade eder.*
- *Bütünüyle ideolojisiz olmayan bir siyasal hareket olarak popülizm yine de diğer “izmlerden” yararlanmaktan kaçınmayan, daha zayıf / basit temelli bir dünya görüşünü temsil eder. Öyle ki bu çerçevede toplumsal ve siyasal seçkinleri, bürokratları ve kural koyucuları, daha çok milliyetçi, dinsel ve/veya geleneksel bir söylem çizgisiyle örülü bir yaklaşımla mitleştirilmiş halk olgusu karşısında şeytanlaştırarak düşmanlaştıran bir kutuplaştırma siyaseti güder.*
- *Neo-liberalizm ile daha da otoriterleşen kapital ekonomik politik düzenin toplumsal yaşama yönelen saldırılardan olumsuz biçimde etkilenen kesimlerin özellikle “eğitim”, “sağlık” vd. sistemlerindeki bozulmalardan kaynaklanan ve mevcut liberal anayasal sistemin çare üretmediği hoşnutsuzluğunu siyasal manevra alanı olarak gören popülizm, bu anlamıyla kendini güvende hissetmeyenlerin sesi olan bir dışavurumdur.*
- *Toplumsal düzlemden biriken öfkeyi ve artan kimliksel farklılaşmaları bir gerilim alanı olarak sürekliliği tetikleyen popülizm, bu anlık siyasal davranışını, özellikle toplumsal konumu gerileyen orta sınıflar, kendini yenik hissedenler ve yabancı düşmanlığı üzerinden kurgular. Öfke dilini, “güvenlik”, “denetim”, “kültürel hegemonya” ve daha türdeş bir toplumsal dokuyu kurma gerekçelendirmelerine dayandıran popülist siyaset ve önderlik, kendilerini halkın gerçek temsilcisi olarak tanımlayarak “yabancıları”, “göçmenleri”, “mültecileri” ve toplumsal yaşamda tepki çeken azlık durumundaki çeşitli farklı gruplara yönelen suçlayıcı ve tacizci bir etiketleme biçiminde kullanır.*
- *Popülizm, sadece bir itiraz olgusu, psikolojik eğilim ya da stratejik siyasal davranış veya söylem biçimi olmanın ötesinde aynı zamanda bir yönetim tarzıdır. Öyle ki elde edilen iktidarın devamlılığı ve kurumsallaştırılmasının sağlanması bakımından Bonapartist tarzdaki plebisiter seçim ve halkoylamalarını uygulamaktan kaçınmaz. Kitleleriyle ilişkilmesini de “yukarıdan aşağıya” bir üslupla, doğrudan ancak “onlardan biriyim” algısı yaratacak tarzda bir yakın(lık)laşma duygusuyla kurar.*
- *Siyasal tipleştirme coğrafyasında, Fransız Devrimi’nden bu yana klasikleşen “sol” ve “sağ” eğilim tanımlamaları yanında kendine özgü bir alan yaratan popülizm, bir siyaset yapma mantığı olarak hareket planı ve amacına sahiptir. Buna göre pekişmiş demokrasiler içinde kendi iktidar hedefine yürüyen, raslantısal olmanın aksine uyumlu bileşik bir program olarak karşımıza çıkmaktadır.*

(Günter Frankenberg, **Authoritarianism, Constitutional Perspectives**. (UK/Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2020), s. 52 – 62).

alanı açıklama ve yapılandırma mantığı” yönlerinden ele alınmaktadır. Çağın görmezden gelinemeyecek bu olgusal gerçekliğinin güncel içeriğinin anlamlandırılması bakımından “siyasi üslup” da bir diğer tamamlayıcı boyuttur. Özellikle “*elit karşısında halka doğrudan başvuru*”, halka yakınlık ve onunla görece “aynılaşma” için “*kaba(laştırılan) tavırlar*” ve “*topluma sürekli olarak bir bunalım, çöküş ya da tehditle karşı karşıya kalınacağıının pompalanması*”, bu tabloid seslenişin kurucu unsurlarını oluşturmaktadır.³¹

Bütün biçimsizliğine/omurgasızlığına (amorfik yapısına) karşın popülist siyaseti anlamlandırmak mantıksal bir çerçevenin oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan esaslı soru, siyasal temsiliyetin kim tarafından ve nasıl taşındığıyla ilgilidir. Popülist siyaset öznelere, iktidarlarını, halktan biriymiş gibi gözükmeyi araçsallaştırarak, muhalif “eğitilmiş seçkin” karşıtlığı üzerine kurarlar. Bunun gerçekleştirilmesinde de temsili demokrasinin “gölgesi” altında hareket etmekten kaçınmaz hatta destek/oy aldıkları “kesimin”, toplumsal bütünün tamamını temsil ettiğini savunurlar. Bu nedenle gerçek anlamıyla çoğulculuktan hazzetmezler ve siyasal rakiplerini her zaman için ahlâk yoksunu, yozlaşmış seçkin oligarşinin temsilcileri biçiminde etiketleyerek başta seçmen kitlesi olmak üzere halkı buna inandırmaya çalışırlar. Dolayısıyla halkın temsiliyeti de ancak halkla özdeşleşmiş kendileri tarafından gerçekleştirilebilecek bir olgudur. Bunun gerçekleştirilmesi bakımından da kendi siyasal amaçlarına hizmet etmeye en uygun sandıksal sonuçları, sessiz çoğunluk örtüsü altında, Rousseau’nun “genel irade” tezini istismar ederek “gerçek halk” iradesi biçiminde yansıtırlar. Bu oylamalarda da esas olan, onaylanmalarına sağlayacak yararlı sonuçların varlığı olup demokratik katılımın niteliği önemsenmemektedir. Bu anlayış, popülizmi, bir “halkçılık” yanılması olarak özgürlükçü demokrasiyi tehdit eden yaklaşım tarzı ve niyetine dönüştürmektedir.³²

Sonuç itibarıyla modern anlamıyla popülizm, anlatılan özelliklerin tümünden bir parçayı bünyesinde barındıran, toplumsal dokunun doğal bir üretimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun merkezinde “önderlik kültürü” yer alırken; çevresel ortamını ekonomik-politik tercihler ve gelişmeler oluşturmaktadır.

31 Özellikle üsluplaşmış bir siyasal iletişim biçimi olarak popülist siyaset yapma tarzına yönelik ayrıntılı bir tipoloji okuması için bkz. (Benjamin Moffitt, **Popülizmin Küresel Yükselişi, Performans, Siyasal Üslup ve Temsil**. Çev.: Onur Özgür (İstanbul: İletişim Yayınları, 2020), s. 38, 41, 43, 45, 51, 53 – 83). Kapitalizm ve Faşizm ile birlikte aynı üçgen ilişkisinin bir köşesini oluşturan popülizmin tarihsel evrimsellikte kazandığı anlam örüntüsü hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. (Ernesto Laclau, **Politics and Ideology in Marxist Theory**. (UK/London: Verso, 1979), s. 143 – 198).

32 Jan – Werner Müller, **Popülizm Nedir?** Çev.: Onur Yıldız. 4. Baskı. (İstanbul: İletişim Yayınları, 2020), s. 36-37, 39, 42-44, 46-47, 50, 119-121).

2. Seçimli Demokrasiyle Yetinmenin Kaçınılmaz Sonucu: Otoriter Popülizme Savrulmak

Halk yönetimlerinin, çok partili siyasal ortamda, düzenli aralıklarla, serbest rekabet altında yapılan şaibesiz seçim koşullarını gerektirmesi, bazı durumlarda hiç de istenmeyen ve beklenmeyen baskıcı bir yönetim ortamının koşullarını hazırlayabilmektedir. Öyle ki güvenceli “özgürlükler hukukunun”, “yargı bağımsızlığı temeline dayanan hukuk devletinin”, “hak ve özgürlüklerin kullanımını sağlayacak bir refah toplumunun” olmadığı ülkelerde, bu gerek ama yetmeyen koşullar, tersine bir çalışma prensibini ifade edebilirler. Özellikle “seçim” ve “çok partili ortam” koşullarının dönüştürülerek siyasal sistem içinde korunması, özgürlükçü ve anayasal bir demokratik çerçeveden çıkmak isteyen siyasal özneler için kullanışlı unsurlar haline gelmektedir. Bu yüzden de yarışmacı otoriter sistemin popülist aktörleri, kendi iktidarlarının devamlılığı için insan haklarına dayanan katılımcı ve çoğulcu yönetimleri “seçimsel bir aygıt”³³ indirgemeyi tercih etmektedirler. Böylece iktidarlarını demokratik meşruiyete dayandırmış gözüktükleri gibi aynı zamanda da gerçek anlam ve işlevinden koparılan seçim mekanizmasını³⁴ ortadan kaldırarak “otoriterlik” etiketinden uzaklaşacakları çift yönlü bir amacı gerçekleştireceklerdir.

33 Özgürlükçü demokrasinin kökleşmiş kurumlarının sözde hâle getirildiği, yarışmacı otoriterlik, popülist rengin vurgulu biçimde öne çıkarıldığı bir yanılsamadır. Öyle ki bunun kitleler üzerindeki algısal gerçekliğini sağlamak amacıyla en azından belli bir âna kadar ve belli bir dozajı geçen, sertlik yanlısı baskı profilini çizmekten kaçınırlar. Siyasal yaşamın olağan akışı içinde de çok partili, seçim olgusunu dışlamayan bu otoriter sistemler, yönlendirerek denetim altında tutabilecekleri derecede bir siyasal çoğulculuğa ve katılımcılığa katlanmayı sürdürürler. Böylece, adilane bir siyasal rekabet varmış izlenimi yaratarak kendileri açısından özel bir çaba sarf etmeden demokratik meşruiyeti garantilemiş olurlar. Böylelikle görünüşte demokratiklik özellikleri bulunan çok partili rekabet ortamındaki bu seçimlerin, devlet gücü kullanılarak sonuçları önceden hazırlanan tek kişilik bir oyuna döndürülmesi söz konusudur (Yunus Sözen, “Siyasi Rejimler: Demokrasiler ve Diğer Sistemler,” **Karşılaştırmalı Siyaset, Temel Konular ve Yaklaşımlar**. Der.: Sabri Sayarı ve Hasret Dikici Bilgin, 3. Baskı. (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), s. 67 – 68).

34 Yarışmacı (rekabetçi/seçimli) otoriter iktidar bakımından önemli olan, seçimlerin eşit/denk olmayan koşullardaki siyasal rekabette ve kendi lehine cereyan edecek adaletsiz sonuçlara yol açan biçimde yapılmasıdır. Bunun gerçekleştirilerek seçimlerin kazanılabilmesi için yoğun çaba harcamak zorunda kalırlar. Görece demokratik meşruiyeti elde etmeye yönelik bu kaygı, iktidarı yitirme riskine razı olmalarına neden olmaktadır. Bundan dolayıdır ki, seçimleri muhalefete karşı kaybetmemek ve yapılan siyasal yarışta lehine çevirmek için “devlet kaynaklarının ve olanaklarının kullanımını”, “her türlü yoldan seçmene erişim” ve “seçim kurulları başta olmak üzere yargısal makamların işlevselliği” konularında bütüncül bir denetim düzeni kurarlar (Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), s. 140 – 142).

Bu kaçınılmaz sonucun altyapısını neo-liberal ekonomi-politik çizgi³⁵ hazırlarken; üst yapısal kurumsallaşmasını da yürütme organının güçlendirilmesi eğilimi oluşturmuştur. Özellikle anayasal demokrasinin kurulması ve işletilebilmesi için siyasal sistemin içine yerleştirilen “denetim – denge” düzeneklerinin yürütme lehine anlamsızlaştırılması, popülist siyasetin otoriterleşerek kurumsallaşan bir yaygınlık kazanmasının da önünü açmıştır. Ayrıca, BM, AB, İHAS, İHAM vb. siyasî, hukukî, yargısal, ekonomik birlikliklerin popülist otoriterlikleri belli ölçüde frenlemesi; devletlerin, kendi demokratik yönetimleri bakımından “anayasalı” olmayı yeterli görmelerine yol açmakta hatta sistem içinde popülist aktörleri denetim altında tutulabileceğine yönelik “aşırı özgüvenleri”ni pekiştirmektedir. Bu rahatlama, Batılı örneklerine de artık daha çok rastlamaya başladığımız yarışmacı otoriterliğin gündemden düşmesine izin vermemektedir.

35 Yeni sağ olarak da adlandırılan bu siyaset kulvarı, özünde neo-muhafazakâr bir yükseliş olarak kendini göstermektedir ve aslında A. Heywood’un ifadesiyle ekonomik liberalleşmenin, devlet ve toplumsal yaşam alanlarındaki otoritaryanizmin bir bileşkesini kurma gayretidir. Keynesyen ekonomik yaklaşımın belli sınırlamalar getirdiği ekonomik liberalizmin önünü açmak ve içine sokulduğu kurallar cenderesinden kurtulması için düşünülen bir “piyasa özgürleştirme” söz konusudur. Bu çerçevede, “yurt içi fiyatlamaların yabancı para kuruyla belirlenmesi, ücretlerin enflasyondan bağımsızlaştırılması; merkez bankalarının ulusal niteliklerini yitirmesi, kamu maliyesinin düzensizleştirilmesi; devlet yatırımlarının azaltılması, devlet girişimlerinin, toprak kullanımının ve tarım alanlarının özelleştirilmesi; fiyatlamaların ve sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesi, bankacılık sistemin kural dışılaştırılması; petrol ürünleri ile kamu hizmetlerinin fiyatlanması ve ekonomik modele uygun vergilendirme reformunun yapılması; nihayetinde de kara paranın borçlanma yeteneğinin sürdürülebilmesi için toplumsal yaşama aktarılması bir hareket seti olarak uygulamaya sokulmuştur. Böylece, özgürleşme iddiasıyla sosyal devlet güvenceleri tasfiye edilmekte, “yaşam”, “sağlık” ve “aşk” için söylenen güvencesizlik pek tabii ki “emek” için de geçerli bir kabuldür ve bu olgu insanlık durumunun bir yasasıdır. Girişim özgürlüğünü, bütün özgürlüklerin temelini yerleştiren neo-liberal görüş, bunun sağlanması ve sürdürülmesi için gerekirse siyasal otoritenin kudretine yaslanmaktan da kaçınmamıştır. Bu anlamda E. Mandel’in vurgusuyla, bu neo-muhafazakâr grup, kâr güdüsü ve özel mülkiyet söz konusu olduğunda tercihini, insan haklarının ve özgürlüklerinin genişletilmesinden değil ekonomik etkinlikten yana ortaya koymaktadır. Sosyal devletin sert tasfiyesiyle ilerleyen 1980 sonrası evrede, “özgürleşme/serbestleşme” adına yapılanların toplumsal dokuda yarattığı tahribat karşısında, neo-muhafazakârlar, girişim özgürlüğü dışında “düzen”, “kamusal ahlâk” ve “ulusal kimlik” değerlerini ön plana çıkarmışlardır. Böylece, insanların “güven” duygusuna muhtacıyetlerini kullanarak otorite kullanımını, kendi lehlerine olacak biçimde örgütleyebilmişlerdir. Bu anlamda toplumsal otoritaryanizmi desteklemişlerdir (Bahadır Nuro, **Otoriter Popülizm Çağı, Günümüzün Değerler Tartışması**. (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2019), s. 148 – 153).

Batı'nın, neo-liberalizmi “tarihin sonu”³⁶ olarak görmesi ve ekonomide yaratılan gelir ve servet dağılımı adaletsizliği, sosyal devletten uzaklaşma eğilimiyle de birleşerek kurumsallaşmış kapitalizmin toplumsal yaşamdaki eşitsizliklerini ve dengesizliklerini daha da derinleştirmiştir. Ülkelerin genç kuşaklarının duygu dünyalarında hızla cisimleşen bu olgu, “geleceğin belirsizleşmesine ve gittikçe karamsarlaşan bir beklentiye” dönüşmüştür. Soğuk Savaşın bitişini de içine alarak daha da ivmelenen bu köklü dönüşüm, farkında olunmadan popülist siyasetin üzerinde yükseltileceği toplumsal tabanı hazırlamıştır. Bir bütün olarak devlet ve toplumsal yaşamın her yerinde yaygınlık kazanmaya başlayan yozlaşmanın varlığı; ortaya çıkan sorunların çözümünü sağlama konusunda var olan hukuksal düzenin kurumsal yetersizlikleri, çaresizlik duygusuyla birleşen ve dışavurumu engellenemeyen bir toplumsal öfkeyi³⁷ ortaya çıkarmıştır. Pekişmiş demokrasileri bile derinden

36 Varşova Paketi'nin çözülüşü, Batı tipi liberal demokrasilerin Dünya genelinde egemen siyasal sistem olarak algılanmasına yol açmış ve bu “zafer” yanılması, karşısında ciddi bir başka seçenek de bulmadığından genel kabul görmüştür. Görece başarı, o denli sarhoş edici bir etkiye sahip olmuştur ki 1980'lerin sonunda F. Fukuyama'nın kaleminden artık insanlığın ideolojik evriminin son noktasına gelindiği ve Batı liberal demokrasilerinin, insan yönetimlerinin nihai biçimi olduğu yüksek sesle açıklanmıştır. 1990'ların ortalarına kadar bu yaklaşım büyük ölçüde etkisini sürdürmüştü, birçok insan Batı tarzı temsili liberal demokrasileri, “kurumları”, “değerleri” ve “ürettiği çözümler” itibarıyla onaylar-ken; otoriter seçenekleri güçlü biçimde reddetmiştir ancak mevcut siyasal, toplumsal ve ekonomik koşulların köklü biçimde değişimi, bu varsayımın eski gücünü yitirmesine yol açmıştır. Liberalizm ve demokrasinin uyumlu birlikteliğinin, düşünülünün aksine bir olguya işaret etmesi gündeme gelmeye başlamıştır. Özellikle popülist gözüpük önderlerin halkın iradesinin asıl taşıyıcı ve temsilcisi olarak ortaya çıkmaları iki kavramın birbirinden koparılmasını da hızlandırmıştır. Liberal demokrasilerde, toplumdaki farklı grupların varlığını koruyacak biçimde uzlaştırılması ve çoğunluk toptancılığının oluşmaması için öngörülen denetim-dengeler düzeneği, halk iradesinin böyle etkileşimli bir ilişkiye gereksinimi olmadığını ifade eden popülist siyasetin ve aktörlerin hedefi haline gelmiştir. Fukuyama'nın tezi bir süre etkili olmuşsa da kısa bir süre içinde, demokratik kurumları yeterince pekışmemiş ülkeler başta olmak üzere birçok ülkede koşulların benzeştiği her durumda demokrasi, milyarderler ve teknokratlar için “hakların korunmadığı” bir siyasal oyun sahasına dönüşmüştür. Böylece Batı Dünyası'nın gerçek sandığının aslında siyasal yanılısama (illüzyon) olduğu ortaya çıkmıştır (Yascha Mounk, **The People vs. Democracy, Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It**. Third Printing (USA: Harvard University Press, 2018), s. 3, 5 – 6, 8 -9).

37 Siyasal alan ile egemenlik olgusu arasındaki bağı, demokratik unsurları tasfiye amacıyla koparmaya çalışan neo-liberal yaklaşım, toplumun demokratik enerjisini söndürecek bir iktidar tasarımını ortaya koymaktadır. Öyle ki bu hedefin gerçekleştirilmesi için ideolojilerden arındırılan ve teknokrasiyle yetinen bir yönetim kurmaya çalışır. Özellikle hükümet faaliyetlerini salt ekonomik bir anlayışa indirgerken; eşitlikçi devletçiliği özelleştirme siyasetiyle ortadan kaldırma çabasını yoğunlaştırır. Aynı zamanda küresel düzlemde de ulus-devletleri ve ulusüstü kurumları siyasetten arındırıp dünya ekonomisini kendi denetimine alacak ve yönlendirecek ticari ilke ve kurallara dayalı bir yönetişimin öznelerine dönüştürme neo-liberal siyasetin ana hedefini oluşturmuştur. Demokratik kurumların, müzakerenin, mücadelenin ve iktidarın paylaşılarak sınırlandırılmasına yerine neo-liberal “işletme” mantığının geçirilmesi ve bunun gerçekleştirilmesinde hukuk ve teknokrasinin araçsallaştırılması, toplumsal yaşamın “eşitsiz ve güvencesiz” hâle gelmesine yol açmıştır. Bu sonuç beraberinde kaçınılmaz olarak öfkeli ve sağ ideolojik söylemin etkisine açık bir kitlenin alt yapısını hazırlamış ve popülist otoriterliğin önünü açmıştır. Bu toplumsal ve siyasal çıktı, ilginç biçimde, neo-liberalerin ulusallıktan arındırılmış ekonomik yaşam, işlev ve faaliyet alanı iyiden iyie daraltılmış devlet ve buna ses çıkar-

etkileyen bu toplumsal çalkantı, bozulan ekonomik koşullarında etkisiyle de geniş toplum kesimlerini, kurulu düzen eleştirisi yapan popülist siyasi figür ve hareketlere itmiştir. Aslında mevcut sistemin bir ürünü olmalarına karşın popülist aktörler ve yönetimler, memnuniyetsiz ve huzursuz halk kitlelerini, teknolojik olanakları da sonuna kadar kullanarak peşinden sürükleyebilme becerisini ortaya koyabilmişlerdir. Özellikle temsili demokrasiler içindeki alışıldık sınıf temelli siyasal rekabetin yerinin “kimlik” merkezli mücadelenin alması, popülizmin yeşerdiği toplumsal dokuda güçlü biçimde tutunmasını sağlamıştır. Ayrıca Rusya ve Çin gibi teknoloji, ekonomi, güvenlik, dış politika vb. alanlarda başarılı ve belirleyici uygulamalara sahip devletlerin otoriter kimlikleri de kısa sürede sorunlarına çözüm araya kesimler için onları, birer cazibe merkezine dönüştürerek içerideki otoriterlik yanlılarının elini güçlendirmiştir.³⁸

Ayrırcı unsurları belirginleştirilmiş siyasal sistem sınıflandırılmasına sokulamayan ülke yönetimlerinin birçoğunda karşımıza çıkan yarışmacı otoriterizm örneklerinin tipeştirilmesi, terimleştirilmesinden kendi içindeki uygulama modellerinin çeşitliliğine kadar geniş yelpazeli bir sorunsal ifade etmektedir. Özellikle “popülizm” girdisinin, üslup ve söylem, kural yapımı, siyasal alanın sürekli yeniden kurgulanması, iktidarın korunması ve yönetsel alanda ağırlığını giderek arttırması nedeniyle sınıflandırma sorunu devam etmektedir.

Seçimli ve çok partili yaşamı bir biçimde sürdüren, kapalı/klasik otoriter yönetim sahasına henüz girmemiş ancak özgürlükçü anayasal demokrasinin ölçülerini karşılamaktan uzaklaşmış yarışmacı otoriterizmler, çeşitli adlarla nitelendirilen “gri bölge/alan yönetimleri”dir. Toplumsal meşruiyetin seçime dayalı olarak elde edilmesi, bu yönetsel karmalar açısından siyasal rekabeti vazgeçilmez bir duruma sokmaktadır. Bu nedenle demokratik unsurlardan bütünüyle kopulmadan ama iktidarın da yitirmeyeceği, demokratik makyajı olan bir yönetsel tercih oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu meşru görülme isteği, G. O’Donnell’in “delegasyoncu demokrasi” olarak nitelendirdiği seçimsel demokrasilerin, aralarında çok ince bir çizgi kalan, yarışmacı otoriterizmin ötesine geçişini geciktirmektedir.³⁹

mayacak uysallıktaki yurttaş topluluğu karşısında sermaye birikiminin azamileştirildiği ve kapitalist piyasa ortamında serbest rekabetin istikrara kavuşturulduğu hayalin kalıcılaşmasını engellemiştir (Wendy Brown, **Neoliberalizmin Harabelerinde**, Batı’da Antidemokratik Siyasetin Yükselişi. Çev.: Bülent Doğan. (İstanbul: Metis Yayınları, 2021), s. 67 – 68).

38 Ergun Özbudun, “Popülizmin Yükselişi ve Demokrasinin Küresel Krizi,” **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 374 – 375: 175 - 185 (Haziran / Temmuz, 2020), s. 181 – 183.

39 “Sınıflandırmanın yetkinliğini arttırmak üzere, ülkelerin öznel koşulları dikkate alınarak çeşitli termi-

Anayasal demokrasiyle geleneksel otoriterizm arasında, biri (seçimli demokrasiler) ilkinde; diğeri (yarışmacı otoriterizm) ikincisine yaklaşan bu tipolojik salınım söz konusudur. Bu konumlanmada popülist siyasa, ülke örnekleri çözümlendiğinde, önemli bir ayıraç hâline gelmeye başlamaktadır. Öyle ki elde edilen her seçim/halkoylaması zaferi, kişisel yönetim için ciddi bir pekiştirece dönüşmektedir. Böylece seçmen tarafından egosu okşanarak “şımartılan” popülist önderlik ve yönetim, gereken bütün siyasal, hukuksal ve yönetsel adımlarla seçimli demokrasilerden yarışmacı otoriterizme geçişi hızlandırmaktadır.

Anayasa(l)ılığın kötüye kullanımıyla gerçekleştirilen anayasal başka-laştırma yönteminin devreye sokulması, otoriterizmin yeni halini, yarışma kisvesi altında hukuksallaştırmaktadır. Böylece, siyasi iktidarın hareket alanını olabildiğince genişletecek hatta kişisel takdir seviyesine indirgeyecek “yeni anayasal şemayla”, var olan kurumsal denetim ve dengeleme düzeneği işlevsizleştirilmektedir. Bu hedefe ulaşmak için popülist siyasal iktidarlar sahip oldukları disiplinli yasama çoğunluklarına güvenirlere. Bununla birlikte gerektiğinde söz konusu amaç için anayasa yapım kurallarını bile zorlamaktan hatta ihlal etmekten kaçınmazlar.

Parlamento içi muhalefetin yapabileceklerinin dışında suiistimalci anayasacılığı önleyebilecek bir diğeri önemli sistem içi düzenek ise anayasa yargısıdır ancak AYM’lerin varlıksal meşruiyetine yönelen eleştiriler, istemeden de olsa popülist iktidarların önüne açan bir sonuca hizmet etmiştir. Öyle ki mücadeleciler demokrasi anlayışının uzantısı olarak baskıcı yönetimlere karşı geliştirilen AYM’ler⁴⁰, verdikleri ve eleştiriye açık çok sayıda kararlarla kendilerine yönelen hücumları⁴¹ tetiklemişler ve bu tartışmanın usandırıcı ortamından popülist si-

nolojik tercihler geliştirilmiştir. Bu çerçevede, “sınırlı demokrasi”, “erkekler demokrasisi”, “oligarşik demokrasisi”; “kontrollü demokrasisi”, “fiili tek partili demokrasisi”, “kısıtlayıcı demokrasisi”; “seçimsel demokrasisi”, “katı demokrasisi”, “liberal olmayan demokrasisi”; “koruma altında ya da vesayet altındaki demokrasiler”, “sözde demokrasisi”, “göstermelik demokrasisi”, “eksik demokrasisi”, “yarı demokrasisi” veya “hibrid rejimler” gibi adlandırmalar yapılmaktadır. Ayrıntılı okuma için bkz. (Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**. (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), s. 39 – 53).

40 20 yy. ikinci yarısı itibarıyla başlayan otokrasilerden özgürlükçü yönetimlere geçiş süreci, demokrasi modelinin çoğunlukçuluktan çoğulculuğa evrilmesini gerektirmiştir. Değişen bu siyasal tercihin tam merkezinde yer alan AYM’ler anayasal demokrasinin kurumsallaşması ve korunması bakımından yaşamsal bir rol oynamışlardır. Örneğin Macaristan ve Polonya AYM’leri, verdikleri kararlarla Soğuk Savaş sonrasındaki yeni siyasal anayasal düzenlerini kalıcılaştıran aktivist bir tutum sergilemişlerdir (Ergun Özbudun, “Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekleşmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü,” **Anayasa Yargısı**. Sayı no 24: 359 – 364, (2007), s.361 – 362).

41 Anayasal özgürlükçü demokrasilerin vazgeçilmez pekiştiricisi ve garantörü olarak görevlendirilen AYM’ler, sistem içindeki siyasal işlevi nedeniyle zamanla bir rahatsızlık ve eleştiri konusu hâline gelmiştir. Anayasa yargısının demokrasiyi koruma yönündeki müdahaleciliği, ulusal parlamentoların

yaset yararlanmasını bilmiştir. Anayasanın değerler bütününün içini boşaltan anayasa değişiklikleri karşısında, AYM'lerin hareketsiz kalmasını demokrasinin bir gereği olarak gören yaklaşımın -kendi içinde tutarlı- itirazı, popülist iktidarlar tarafından adeta bir "koyun postuna" dönüştürülmüş ve yarışmacı otoriterleşmenin kurumsallaşması yönünde işlev görmüştür.

II- 2000 Sonrası Türkiye'nin Kapıldığı Girdap: İstikrar Takıntısı İçinde Anayasal Demokrasiyi Unutmak

1. 1982 Anayasasının Genel Karakteristiği: Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi

II. Paylaşım Savaşının ertesinde Türkiye'nin içine girdiği anayasal ve siyasal süreç -kisa bir süre de olsa- genelin dışına çıkan bir örneği oluşturmuştur. Öyle ki, yeni anayasaların hazırlandığı bu dönemde, erklerin ayrıştırılması, hukuk devletinin önemsenmesi kadar öne çıkan konuların yanında bir yandan da denetim-denge düzeneği içinde de olsa yürütmenin daha etkin kullanılabilir hâle getirilmesi önemsenmiştir. Bu eğilim, kendini hükümet modellemeleri tercihinde göstermiş ve birçok devlet yarı-başkanlık ve başkanlık modellerine geçiş yaparken; Türkiye, 1924 Anayasal dönemini sonlandıran 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi ertesinde yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminden kaçınmıştır. 1961 Anayasasıyla klasik parlamenter hükümet sistemine geçilmiş ve yürütmenin birinci kanadını meydana getiren Cumhurbaşkanı, törensel bir figüre dönüştürülürken; icrai makam olarak tasarlanan Başbakan ve Bakanlar Kurulu çeşitli "organlar ve kurullarla"⁴² sıkı biçimde çevrelenerek dengelenmiştir. Bu denli bir çevrelemeden dönemin Başbakanı S. Demirel, "bu anayasa ile devlet yönetilemez"⁴³ diyerek sürekli yakınmış ve değiştirmeye çabalamıştır. Buna karşın yürütmeyi güçlendirmeye yönelik ilk adım, 12 Mart 1971 Askeri Müdahalesi sonrasında yapılan

kurumsallaşmasını ve meşruiyetini zedeleyici etken olarak görülmüştür. Söz konusu eleştirinin/kaşçı çıkışın ana temasını, çoğunluk demokrasilerinin iktidar baskınlığına karşı üretilen bu denetim düzeneğinin, yargısal tarafsızlığını yitirerek siyasal düzenin belirleyici bir figürüne dönüşmesi oluşturmaktadır. Doğu Bloku'nun çözülüşü üzerine, Orta ve Doğu Avrupa'daki gelişmeler hakkında özel bir okuma için bkz. (Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi," **AÜHFD** Cilt 54 Sayı 3: 1 – 22, (2005), s. 2 - 13, 17-19).

42 AYM, Danıştay, Cumhuriyet Senatosu, özerk anayasal kuruluşlar, yerel yönetimler, anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve erkler ayrılığı ilkeleri bu çevrelemeyi sağlayan belli başlı kurum ve kurullardır.

43 Ayrıntılı bir okuma için bkz. (Bülent Tanör, "12 Mart Anayasa Değişiklikleri," **Armağan, Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı**. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1978).

anayasa değişiklikleriyle⁴⁴ gerçekleştirilmiştir. Bu anlamda 1973 sonrası evredeki bütün toplumsal, ekonomik, siyasal, yönetsel ve hukuksal gelişmeler aslında 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesini ve onun anayasal-siyasal düzenini de hazırlamıştır.

1982 Anayasasının içeriğini biçimlendiren bu arka planın devlet yönetimindeki yansıması, yürütmenin güçlendirilmesi tercihi olmuş ve böylece “1961 istisnası” bütünüyle ortadan kaldırılmıştır. 1982 Anayasa koyucusu, yürütmenin güçlendirilmesi için söz konusu “kurumsal çevrelemeyi” zayıflatırken; cumhurbaşkanını gerçek bir siyasal vasiye dönüştürerek klasik parlamenter sistemden sapma gerçekleştirilmiştir. Diğer yandan da hak ve özgürlükler hukuku, devlet otoritesi karşısında daha sınırlı bir alan içinde konumlandırılmıştır. Öyle ki 1971 Müdahalesi sonrasında öngörülen “hak ve özgürlüklerin kullanımının kötüye kullanımı” ve “genel sınırlandırma nedenleri” düzenlemeleri 1982 Anayasası’nda da korunmuş ve güvenlikçi yaklaşımı perçinleyecek tarzda geniş kapsamlı ve “anayasal güvenceye kavuşturulmuş” bir “temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulması” rejimi oluşturulmuştur.

1982 Anayasasıyla kurgulanan seçimli demokrasi, 1987 yılından 2001’e kadar yapılan anayasa değişikliklerine karşın bir türlü R. Dahl’ın koşullarını tanımladığı/saptadığı deneyimsel (ampirik) özgürlükçü demokrasiye geçişi sağlayamamıştır. Dünya’daki iki kutuplu siyasal bölünmenin değişime uğradığı bu “yalancı baharın” etkileri, ANAP iktidarını da sonlandıran yeni bir dönemin habercisi olmuştur. Türk ekonomisinin 1980’li yıllar boyunca neo-liberalizme hazırlanması, beraberinde toplumsal, siyasal ve kültürel yaşamı da dönüştürmeye başlamıştır. Özellikle 1991 Seçimleri’yle başlayan zayıf iktidar merkezli üçüncü koalisyonlar dönemi, bu dalgalı dönemin sonucu ve yöneticisi olmuştur. 1970’lere nazaran belli başarılarla sahip olmakla birlikte genel olarak siyasal çatışmaların, hesaplaşmaların, uzlaşmamanın yoğunlaştığı ve 2001 ekonomik bunalımıyla tamamlanan bir evre olmuştur.

44 1488 ve 1699 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunlarıyla yapılan yeniden yazımlar sonucunda, kanunilik yetkisinden kopulmamak kaydıyla, Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma, vergi, resim ve harçlarda değişiklik yapabilme yetkisi sunulurken; üniversitelerin özerkliği daraltılmış ve TRT’nin yönetsel özerkliği bütünüyle kaldırılmıştır. Yargısal alanda ise Cumhuriyet Savcıları yönetsel görevler bakımından Adalet Bakanlığına bağlanmış, AYİM kurulmak suretiyle askeri personelin yönetsel işlem ve eylemleri Danıştay’ın yetki kapsamından çıkarılmıştır. Ayrıca, yasama meclislerinin Yüksek Hakimler Kuruluna üye seçimi uygulaması kaldırılırken; Adalet Bakanının oy hakkına sahip olarak Kurul Başkanı olması sağlanmıştır. Anayasa mahkemesine dava açma kapsamında da kısmi bir daraltılmaya gidilmiş ve mahkemenin anayasa değişikliklerini esastan denetlemesi, yetki alanının dışına çıkarılmıştır. Gerçekleştirilen bu değişikliklerle yasama ve yargı erklerinin işlevsel etkinliği zayıflatılarak anayasanın öngördüğü denetim – denge düzeneği yürütme lehine değiştirilmeye çalışılmıştır. Ayrıntılı okuma için bkz. (Özkan Tikveş, “Anayasa’da Onbeş Yıllık Dönemde (1961 – 1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 34, Sayı 1-4: 19 – 59, (1977), s. 26, 35, 38 – 48).

Bir toplam olarak ele alındığında, 1982 Anayasasının ilk yirmi yılını kapsayan (1982 – 2002) bu dönemde, Türkiye'nin ekonomi-politik düzeni neo-liberal kodlara oturtulmuş; askeri müdahalenin özgürlükler hukuku üzerindeki sınırlayıcı etkileri kısmen silinmeye çalışılmıştır. Özellikle 90'lı yıllarda hızlanan değişim süreci, sadece siyasal, yönetsel ve hukuksal düzeyde kalmamış, "Eski Türkiye"den kopuşun toplumsal ve kültürel ortamını da yaratarak, farkında olmadan, yaklaşan popülist otoriterliğin taşlarını da döşemiştir.

2. "Yeni" Türkiye'nin Popülist Yarışmacı Otoriter Partisi: AKP'nin İktidarını Kurması

1990'lı yılların her açıdan yorduğu Türkiye'nin bir anlamda dinlenme ve durulma dönemi olarak görülen AKP iktidarı, 3 Kasım 2002 Milletvekili Genel Seçimlerinin kesinleşmesiyle başlamıştır. Savsözü "istikrar" olan bu "hâkim parti" iddialı yeni süreç, hükümet istikrarının demokratik istikrara yeğlendiği bir evreyi ifade etmektedir. Parti çatısı altında çok unsurlu bir siyasal bloku temsil eden iktidar partisinin, ekonomik bunalımın ertesinde göreve gelmesi ve halihazırdaki devlet bürokratik kadrolarının niteliği, yeni iktidarın, söylem ve eylem bağlamında daha dengeli ve görece uzlaşmacı olmasına yol açmıştır. Bu dikkatli siyaset yapma tarzı ve yönetim üslubu, devlet yönetimine alışıldıkça ve devlet aygıtına hâkim olundukça artan bir ivmeyle otoriter siyasal çizgiye oturmuştur.

1982 Anayasal düzeninde çeyrek asrı zorlayan AKP yönetiminin kendi iktidarını üç evrelî bir süreçle anlamlandırmak gelinen siyasal noktanın farkındalığının daha net anlaşılmasını sağlayacaktır. 2002 – 2011 Aralığı, bir dengeyi koruyarak, kendini kabul ettirme ve egemen olma aşamasını ifade ederken; 2011 – 2015 Aralığı, partisel muhalefetin giderek toplumsallaştığı dönemi oluşturmaktadır. Türk toplumu ve siyasal alanı bakımından en sert kırılmalardan birinin yaşandığı dönemin başlangıcını ise 07 Haziran 2015 Seçimleri oluşturmuştur. Öyle ki Cumhurbaşkanı'nın koalisyon hükümetinin kurulmasını engellemeyi başardığı ve 1 Kasım 2015 Seçimleriyle başlayan bu dönem, Türkiye'nin tipik seçimli demokrasiden, hazırlık aşaması bitmiş yarışmacı otoriterizme geçişini ilân etmektedir.

İktidar partisi açısından 2002 – 2011 evresinin ilk ayağında, devletin alışıldık işleyiş tarzına, kadrolarında, iç ve dış siyasetinde büyük değişimler gerçekleştirmekten kaçınılmıştır. Bu görece hareketsizliğe, "statu quo" yol açtığı gibi önceki hükümetin, K. Derviş'e hazırlatarak uygulamaya soktuğu ve maliye sistemi bakımından olumlu sonuçların alınmaya başlandığı eko-

nomik programa sadık kalma rahatlığı da yol açmıştır. Aynı zamanda dış desteğin sürdürülebilmesi için Atlantik Pakti'yla ilişkiler güçlendirilmiş⁴⁵ özellikle iç kamuoyunda gereksinim duyulan siyasal meşruiyeti arttırmak için AB'ye katılım süreci sekteye uğratılmadan sürdürülmüştür. Kendi içindeki bileşenlerin koalisyonu olan AKP iktidarı, özellikle devlete aşına kadroların da katkısıyla, 2007 yılında Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinde yaşanan ve "367 karar yetersayısı bunalımı"⁴⁶ olarak bilinen yasama kilitlenmesine kadar bu denge siyasetini korumuştur.

Mayıs 2007 tarihinde TBMM'de yaşanan seçme/seçememe tikanıklığı, AKP'nin ve özellikle Başbakan R.T. Erdoğan'a seçmen nazarında büyük bir toplumsal meşruiyet kazandırmıştır. Ana muhalefet partisi CHP'nin sonraki siyasal sonuçlarını yeterli okuyamadığı bu anayasal rasyonelleştirme mekanizmasını etkisizleştirme çabasına, AYM'nin eylemli içtüzük değişikliği kararı eşlik etmiştir. Fırsatı değerlendiren iktidar partisi, sonraki dönemin bütün denetimini eline alacak tarzda hamleler gerçekleştirmiştir. Bunlardan ikisi siyasal ve hukuksal boyuttadır. Buna göre bir yandan 22 Temmuz 2007'de yapılmak üzere TBMM Genel Seçimlerinin yapılması kararı alınırken; öte yandan da Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören 31 Mayıs 2007 tarihli 5678 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanun⁴⁷ kabul edilmiştir. Anayasa değişikliği zorunlu halkoylamasını gerektirdiği için Ekim 2007'ye kadar geçen sürede mevcut Cumhurbaşkanı seçimleri eski düzenlemeye göre gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, ülke seçim barajını aşarak temsiliyet kabiliyetini yeniden elde eden MHP'nin de katkısıyla Ağustos 2007'de TBMM, Abdullah Gül'ü 12. Cumhurbaşkanı olarak seçmiştir. Böylece, Mayıs ayındaki engelleme üç ay sonra aşılmış ancak hükümet sistemi anayasal düzeyde yarı-başkanlığa evrilmiştir.

45 1 Mart 2003 Tezkeresi ile ABD'nin Türkiye üzerinden Irak'a müdahalesinin önünü açmak için harcanan yoğun çaba; Kıbrıs'ta Rauf Denktaş'a rağmen Adanın Rum tarafının lehine gelecek biçimde geliştirilmesini sağlayacak Annan Planının kabulü için "evet" yönünde siyasal ağırlık konulması, bunun tipik örneklerini oluşturmaktadır.

46 AYM'nin eylemli içtüzük değişikliği temelli bu kararının oluşumundaki siyasal koşulları ve hukuksal çözümlemesi hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. (Ece Göztepe, "2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Hukuki Bir Değerlendirmesi, Sevilmeyen Anayasayı Kim Korumak İster," **Birikim**. 218 (2007): 78); AYM kararının yorum kuramı bakımından değerlendirilmesi için bkz. (Sami Selçuk, *2007'nin Hukuk Olayı, Anayasa Mahkemesi'nin 367 Kararı* (Ankara: Cedit Neşriyat, 2008), 27 – 64).

47 İlginç olan şudur ki Cumhurbaşkanının seçim sürecinin tikanıklık yaşanmadan yapılabilmesi için 5678 sayılı kanunla iki çözüm birlikte geliştirilmiştir. Anayasanın 96. Maddesindeki değişiklikle öngörülen "**Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biriyle toplanır**" hükmü, hükümet sistemini değiştirmeden sorunu ortadan kaldırmaya yönelik yeterli çözümdür ancak iktidar açısından pek tabii ki hiç de arzu edilmemiştir.

22 Temmuz Seçimlerinde milletvekili sayısındaki kısmi azalmaya karşın oy oranındaki büyük sıçrama⁴⁸, Cumhurbaşkanlığı, TBMM Başkanlığı ve hükümet üçlüsünün aynı partili kişilerden oluşmasını sağlamıştır. Bu anlamda 2007 yılının ikinci yarısı, iktidar partisi için adı konmamış yeni bir başlangıç olmuştur. Öyle ki hakkında açılan kapatma davasının⁴⁹ sonuçları siyasal anlamda AKP'yi ve Başbakan Erdoğan'ı daha da güçlendirmiştir. Kapatma davasının bu biçimde atlatılmış olması, iktidarın özgüvenini arttırarak kendi programını devreye sokması konusunda hızlanmasına yol açmıştır. İktidar partisinin yönetsel alanda, mevzuatta, yargıda ve siyasette kalıcılığını pekiştirmek için attığı çok sayıda adımı gözlemlenmek olanaklıdır. Bunları belli başlıklar altında toplamak gerekirse:

- * **Devlet bürokrasisinin partili hâle getirilerek görece özerkliğinin ortadan kaldırılması:** Hukuki yolla değiştirilen bürokrasiye ek olarak Fethullah Gülen Hareketi'nin (FETÖ/PDY) kadrolaştırıldığı "Emniyet/Jandarma, Savcılık ve Yargı" üçlüsünde hazırlanan "Ergenekon", ve "Balyoz" davalarıyla⁵⁰ siyasal ve toplumsal muhalefet psikolojik baskı altına alınırken; sivil ve askeri birçok devlet görevlisi bu yolla tasfiye edilmiştir.
- * **Yürürlük hukukunun siyasal hedefler doğrultusunda yeniden yazılması:** AKP, TBMM'deki disiplinli yasama çoğunluğu⁵¹ sayesinde gerçekleştirdiği torba(laştırılmış) kanun/KHK uygulamalarıyla⁵² mevzuatı 2015 eşliğine kadar defalarca değiştirebilmiştir.

48 YSK'nin resmî sonuçlarına göre, AKP %46,58 oy oranına karşılık 341 milletvekilliği; CHP %20,88 oy oranına karşılık 112 milletvekilliği; MHP %14,27 oy oranına karşılık 70 milletvekilliği ve Bağımsızlar da %5,24 oy oranına karşılık 26 milletvekilliği elde etmişlerdir (<https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2007MilletvekiliSecimi/gumrukdahil/gumrukdahil.pdf>) (E.T.:05.10.2022).

49 Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın 14.03.2008 tarihli iddianamesi, Anayasa Mahkemesi'nin 30.03.2008 günlü toplantısında kabul edilmiş ve görülen dava sonucunda, laiklik ilkesine aykırılık eylemleri bakımından odak görülen iktidar partisi, yakın zamanlarda görülen DTP kapatma davasının aksine, hazine yardımından yoksunluk yaptırımıyla cezalandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 30.07.2008 tarihli kararı hakkında ayrıntılı okuma için bkz. (<https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/SP/2008/2/1>), E.T.: 06.10.2022

50 12 Haziran 2007 tarihinde İstanbul'un Ümraniye ilçesinde bir gecekonduya yapılan baskınla başlatılan bu torbalaştırılmış davaların siyasal savcılığını Başbakan kendi ifadesiyle üstlenmiştir. Davalar hakkında bir okuma için bkz. (<https://m.bianet.org/bianet/hukuk/210113-ergenekon-ile-basli-yip-balyoz-ve-kck-ile-suren-torba-davalar-neydi-ne-oldu>) E.T.: 06.10.2022

51 Bu belirleyici çoğunluğu 07 Haziran 2015 Seçimleri hariç hiç yitirmeyen AKP, 2002 Seçimlerinde 363; 2007 Seçimlerinde 341; 2011 Seçimlerinde 327; 7 Haziran 2015 Seçimlerinde 258; 1 Kasım 2015 Seçimlerinde 317 ve 24 Haziran 2018 Seçimlerinde de 295 Milletvekilliği elde etmiştir.

52 Roma hukuk ve siyaset kültürünün binlerce yıl önce yasakladığı torba kanunlaştırma yöntemi, 1980'lerde ANAP iktidarıyla yeniden canlanmış ve AKP'nin de vazeçilmezi haline dönüşmüştür. Bu usul sapmasıyla yasama organı -görünüş kurtarılsa da- gerçekte ana işlevlerinden biri olan "kural koyuculuktan" koparılmaktadır. Böylece, niceliksel olarak çok şeyin bulunduğu ancak niteliksel bir

- * **Devlet yargısının hükûmetin yargısına dönüştürülmesi:** AKP bu hedefine yönelik ilk ciddi adımı, 07.05.2010 tarihli 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile atmıştır. Bu çerçevede AYM ve HSYK yeniden düzenlenerek mevcut siyasal iktidarla uyumlaştırılmaya çalışılmıştır. AYM'nin çeşitli müstakar içtihatlarından dönme eğilimi⁵³ bunun somutlaşan yansımalarından biri iken; savcılık ve yargılama makamlarının önemli ölçüde FETÖ üyelerinin eline geçişinin önü de bu sayede açılmıştır.
- * **Devlet kurumsal yapısının yeniden örgütlenerek siyasal alanın partizan denetime alınması:** 12 Haziran 2011 Seçimleri, AKP'nin ve Başbakan R.T. Erdoğan'ın mevcut konumlarından daha emin olarak bağımsız hâle gelmeye çalıştıkları bir dönemi ifade eder. Seçime günler kala 08.06.2011 günü çıkarılan on bir adet olağan KHK ile neredeyse bütün yönetim şeması değişime uğratılmıştır. Personel sisteminden bakanlıklara uzanan bu yeniden yapılanma girişiminin hukuksal temelini oluşturan yetki kanunu hakkında ana muhalefet partisi CHP, AYM'de iptal davası açmış⁵⁴ olmasına karşın, Mahkeme daha önceki içtihadından dönerek bu istemi reddetmiştir.⁵⁵

tutarlı anlamı olmayan bu kurallaştırma yoluyla anayasal düzen içinde kalınarak “yasamasızlaştırma” gerçekleştirilmektedir. Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. (Bülent Yücel, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: Yasamasızlaştırma Sürecinin Son Halkası,” **Cumhurbaşkanının İşlemleri, Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi**. Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı, 18-19 Ekim 2019 İstanbul Kültür Üniversitesi. Editörler: Oktay Uygun ve Egemen Esen, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020), s. 73 – 78). Torba(laştırma) yönteminin ne kadar sıklıkla, yoğun biçimde belli hedefleri gerçekleştirme yönelik olarak kullanıldığını TBMM içinden anlatan bir örnek okuma için bkz. (Mehmet Günel, **Torbadaki Hukuk, Kanun Yoluyla Hukukun Katlinin Hikayesi**. (Ankara: Berikan Yayınevi, 2015).

- 53 AYM'nin “İçtihat istikrarsızlığı” olarak adlandırılan bu tutumu siyasal etkiye açık hâle gelişinin somut göstergesidir. Bu kavramlaştırmaya ilişkin öğretilerde ayrıntılı bir okuma için bkz. (Ozan Ergül, **Anayasa Yargısında Stare Decisis, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı**. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016). Özellikle 2007 yılında TBMM'deki Cumhurbaşkanlığı seçiminin tamamlanamamasında, verdiği “eylemli içtüzük değişikliği” kararıyla önemli rol oynayan AYM'nin bu müstakar yorumundan uzaklaşması hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. (Fahri Bakırcı, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** Sayı 112: 257 – 296, (2014).
- 54 Bu kararnamelerle 61. Hükümet bünyesinde 21 Bakanlık oluşturulurken, 26 kurum ve kuruluş (4'ü) Başbakan'a; (22'si) Başbakan yardımcılarına bağlanmıştır. Böylece Anayasanın eski 112. md.'sinin başbakana sağladığı patronajdan yararlanılarak bir “başbakanlık hükûmeti” uygulamaya sokulmuştur (Birgül Ayman Güler, “Yetki Kanunu-6223: Genel Özellikler Üzerine Bir Değerlendirme,” **Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yönetmek**. Der.: A. Argun Akdoğan. (Ankara: Alter Yay. Rek. Org.Tic. Ltd. Şti., 2012), s. 11, 15, 16).
- 55 Anayasaya uygunluk denetiminde, olağan KHK'lerin çıkarılması bakımından AYM'nin içtihaden geliştirdiği “önemlilik”, “ivedililik” ve “zorunluluk” koşullarının öznel bir yaklaşımı temsil ettiği, görecelik taşıdığı ve anayasada bu koşulların yer almadığı vurgulanmış ve Mahkeme eski içtihadı terk ederek iptal talebini yerinde görmemiştir (Süheyla Gökalp Alica, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Kanun Hükmünde Kararnameler İle Yetki Kanunları,” **Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yönet-**

Anayasal düzen içindeki denetim ve dengenin önemli ayaklarından birini meydana getiren bağımsız idari otoritelerin (SPK, BDDK, KİK, EPDK vb.) özerkliklerinin tasfiye edilmesi; Merkez Bankası'nın görece bağımsızlığının zayıflatılması ve iktidarın popülist icraatlarında kullandığı TOKİ hesap vermekten uzaklaştırılmıştır. Kızılay, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD), Diyanet İşleri Başkanlığı, Yurt Dışı Türkler ve Akraba Topluluklar, Yunus Emre Enstitüsü gibi kurum ve kuruluşlar bütünüyle partinin kadrolarıyla yönetilir hâle getirilmiştir. Özellikle 2014 yılındaki Cumhurbaşkanlığı Seçiminden sonra parti ve devlet bürokrasisinin bütünleşmesi hızlanmış ve özellikle yerel düzeyde devlet temsilcileri muhalefeti protokolden çıkarmaya başlamış sadece iktidarın parti temsilcileriyle etkinlikler yapılmaya başlanmıştır.⁵⁶ Böylece devlet = parti = önder denkliğinin önü açılmıştır.

- * **Seçim hukuku yoluyla siyasal alana müdahale edilmesi:** Büyük bir halk desteğiyle iktidara gelen AKP iktidarı, bu demokratik meşruiyeti 2002 ve 2007 Genel Seçimleri; 2004 Yerel Seçimleri ve 2007 Halkoylamasıyla ortaya koymuştur. Bununla birlikte partinin seçim hukuku yoluyla siyasal alanı tanzim etmeye yönelik ilk ciddi müdahalesi, 2008'de patlak veren Dünya ekonomik bunalımı (mortgage finans krizi) etkisinde yapılan 30 Mart 2009 Yerel Seçim sonuçları üzerine olmuştur⁵⁷. AKP oylarında gerçekleşen yaklaşık %10'luk geri çekilme, yasama çoğunluğunu elinde bulunduran iktidarın seçim çevrelerini değiştirmeye yönelik bir gerryman-dering gerçekleştirmesine yol açmıştır. Bu çerçevede, çıkarılan 6360 ve 6447 Sayılı Kanunlarla⁵⁸ toplam 14 İlde Büyükşehir Belediyesi ve 27 İlçe

mek. Der.: A. Argun Akdoğan. (Ankara: Alter Yay. Rek. Org.Tic. Ltd. Şti., 2012), s. 41 -43). AYM'nin bu yargısal tavrı değişikliği hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. (Nihan Yancı Özalp, **Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu.** (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2018), s. 182 – 196).

56 Berk Esen, "Türkiye'deki Rekabetçi Otoriter Rejim," **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi.** Sayı 374 – 375: 158 – 174, (Haziran / Temmuz, 2020), s. 164.

57 2009 seçimlerinin yarattığı anlamlandırmak için birebir olarak 2004 Yerel Seçimleriyle kıyaslamak gereklidir. Buna göre; AKP 2004 Seçimlerin 16 BŞB'den 12'sini kazanırken (%75); bu seçim çevrelerindeki geçerli oyların %46,06'sını kazanmıştır. 2009 Seçimlerinde ise iktidar partisi 16 BŞB'den 10'unu kazanırken (%62,50); bu seçim çevrelerindeki geçerli oy oranı %42,19'a gerilemiştir. Buna karşın en önemli siyasi rakibi konumundaki CHP, 2004 Seçimlerinde kazandığı 2 BŞB Başkanlık sayısını (%12,50), 2009 Seçimlerinde 3'e çıkarmış (%18,75) ancak iktidar açısından asıl tedirgin edici gelişme, ana muhalefet partisinin bu seçim çevrelerindeki geçerli oy oranının %24,45'ten 2009 Seçimlerinde %32,43'e çıkması olmuştur. Ayrıntılı veriler için bkz. (<https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2004Mahallidareler/buyuksehir/Buyuksehir.pdf>; <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2009Mahallidareler/ResmiGazete/Buyuksehir.pdf>) E.T.: 27.10.2022.

58 Bu kanunlarla "Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Ordu, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, sınırları il mülki sınırları olmak üzere aynı adla büyükşehir belediyesi kurulmuş ve il belediyeleri büyükşehir belediyesine dönüştürülmüştür. Aynı zamanda kanunun çıkarılmasından önce büyükşehir niteliğine sahip, "Adana, Ankara, Antalya, Bursa,

Kurulması sağlanmıştır. Yapılan bu müdahale sonucunda 2009 Seçimlerinde “yitirilen” Antalya, Ordu ve Balıkesir BŞB’lerinin 2014 Seçimleri’nde Muhalefet yönetimlerinden geriye alınmasında başarı elde edilmiştir.

- * **Neo-liberal ekonomi-politiğin güçlü biçimde uygulanması⁵⁹ ve buna duyulan toplumsal tepkilerin sert biçimde bastırılması:** Siyasi iktidar, K. Derviş programını belli bir süre daha disiplinli biçimde uygulamakla birlikte kendi ekonomi tercihlerini inşaat sektörü üzerinden gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede gereksinim duyulan parasal kaynak için çeşitli kanallar devreye sokulmuştur. Bunun için önceki hükümetin yürürlük kazandırdığı “nereden buldun olarak bilinen” uygulamadan vazgeçilmiş; Batı ve Körfez merkezli çevrelerden gelen sermaye yüksek faiz verilerek çekilmiş ve çok büyük miktarda “özelleştirme” gerçekleştirilmiştir. Dış ve iç büyük sermaye grupları açısından Türkiye’nin cazip hale getirilmesi için gereken bütün hukuksal alt yapı⁶⁰ tereddütsüz ve hızla hazırlanmıştır. Ekonomik yatırımların başta “enerji”, “madencilik”, “turizm”, “ulaşım” konularında yoğunlaşması ve bunun kamusal çıkarlar gözetilmeden gerçekleştirilmesi, HES, Taş ve Maden Ocakları protestoları ve Gezi Olayları gibi çevre kaygısının çok arttığı toplumsal tepkilere yol açmıştır. Siyasi iktidarın bu tepki, şikâyet, itiraz, öneri ve isteklere yanıtı çok sert ve anlayışsız olmuştur. Öyle ki hukuk mücadelesinin yürütüldüğü birçok örnekte idari yargının “yürütmeyi durdurma” ve “iptal” kararları uygulanmamış ya da uygulanması sürüncemede bırakılmıştır.

Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun büyükşehir belediyelerinin seçim çevresi sınırları da il mülki sınırları olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece ilin mülki sınırlarından tümünden gelen oylarla BŞB başkanlarının seçilmesi yoluyla taşra ve kent nüfus özellikleri üzerinden bir partisel avantaj elde edilmeye çalışılmıştır. Özellikle 12.11.2012 tarihinde kabul edilen 6360 sayılı Kanun için bkz. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6360.pdf> E.T.: 07.10.2022).

- 59 Konuya ilişkin ayrıntılı bir okuma için bkz. (Yasemin Özdek, **Şirket Egemenliği Çağı, Sosyal Devletten Ceza Devletine**. Ankara: NotaBene Yayınları, 2011), s. 103 – 196). Her şeyin ticarileştiği ve şirket mantığının egemen kılındığı yeni bir dünya düzeni hakkında ek okuma için bkz. (Colin Crouch, **Post–Demokrasi**. Çev.: A. Emre Zeybekoğlu. (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2016).
- 60 Özellikle vergi barışı / vergi düzenlemeleri / vergi borçlarının yeniden yapılandırılması (4783, 4792, 4811, 4840, 4849 ile başlayan ve 6736, 7020, 7143 SK’lerle sürdürülen); doğrudan yabancı yatırımların önündeki engelleri kaldıran (4875 SK), yatırımların teşvikine yönelik (5084 SK); Özelleştirme uygulamalarının düzenlenmesi (5148 SK) gibi örneklendirebileceğimiz ve çoğu da “paket” ya da “torba” kanunlaşmalarla yapılan bir düzenleme katastrofisi yaşanmıştır. Bunlarla birlikte ekonomik yaşamı etkileyecek biçimde, “ihale”, “ithalat”, “meraların durumu”, “maden”, “ticaret”, “iş”, “enerji”, “bankacılık”, “arsa ofisi ve toplu konut”, “kadastro” vd. birçok kanunda durumun ihtiyaçlarına göre sürekli değişiklik, ekleme ya da yürürlükten kaldırma biçimde yasama faaliyeti gerçekleştirilmiştir. Son yirmi yıllık sayısal ve niteliksel veriler hakkında ayrıntılı bir araştırma için bkz. (<https://www.tbmm.gov.tr/yasama/kanunlar> E.T.: 01.01.2023).

- * **İktidarın kendi istediği kamuoyunu oluşturmak için haber alma kaynaklarının tek merkezli hâle getirilmesi:** Ana akım yazılı-görsel basın ve yayın organlarının, çeşitli sermaye ilişkileri, devletle olan bağlantılar ve vergilendirme aracı kullanılarak el değiştirmesi ve/veya iktidara uyumlu, onun öngördüğü çizgide yayıncılık yapması gerçekleştirilmiştir. Buna direnen gazetecilik örnekleri de özellikle “Basın İlan Kurumu” ve “RTÜK” aracılığıyla yoğun bir mali ve cezai baskı altına alınmıştır.
- * **Popülist siyasete uygun olarak gereken zamanda, makas değişikliğine gidilmesi:** Siyasal iktidar, 2002 – 2015 döneminde, tek parçalı görünen yapısında aslında birbirinden ayrışan dünya görüşlerinin ortak paydaşına dönüşmüştür. Öyle ki AKP ve partinin önderi olarak R.T. Erdoğan, belli bir dönemi Fetullah Gülen Hizmet Hareketi’nin (FETÖ), sol-liberal, liberal, merkez sağ (ANAP ve DYP) ve Kürt siyasi hareketiyle çok farklı zeminlerde (parlamento, bürokrasi, basın, ekonomi, üniversite) birlikte hareket etmiştir. Bu süreçte, çatıştığı ya da tehdit olarak gördüğünde, güçsüzleşme olasılığını en aza indirgeyerek bu yol arkadaşlıklarından oldukça sert biçimde ayrılmıştır. Özellikle 7 Haziran 2015 Seçimleri, iktidarın yoldaşlarını değiştirmesinin başlangıcını oluşturmuş ve milliyetçi/gelenekçi çizgiye hızla kayılmıştır.⁶¹

3. 7 Haziran 2015 Seçimleri Sonrası: “V for Vendetta”⁶²’yı İzlemeye Başlamak

2000 sonrası dönemin iç ve dış koşullarının yarattığı uygun ortama karşın AKP iktidarı 7 Haziran 2015 Seçimlerine kadar ki evrede, gerçekte yarışmacı otoriterizmin bütün alt yapısını hazırlamıştır. Macaristan örneğine⁶³

61 “Yetmez ama evet” savsözüyle 2010 Anayasa değişikliğinin desteklenmesinde, entelektüel desteği sunan sol-liberal ve liberal kesimlerin 2011 Seçimleri sonrasında terk edilmesi ya da çözüm süreci geliştirilen Akil heyetlerinin oluşturulduğu politikanın, “birinci” 2015 Seçimleri sonucunda terk edilerek HDP ile oturuşan masanın devrilmesi bunların tipik örnekleridir. Popülist esneklik içinde bir zamanlar “ayaklar altına alınan milliyetçi(lik)” vurgular(ı) ana siyasal söyleme dönüşmüştür.

62 Katolik bir asker olan Guy (Guido) Fawkes’un, 5 Kasım 1605 tarihinde barut kullanmak suretiyle Britanya parlamentosunu patlatma girişimine yollama yapan film, 2006 yılında gösterime girmiştir. Film, bir baskı rejiminin gelişim aşamalarını ortaya koyması, örüntüsel unsurları ve yıkılışına giden süreçteki toplumsal direnişi ortaya koyması bakımından dikkat çekici bir içeriğe, görseelliğe ve anlatım üslubuna sahiptir.

63 Gelişim süreci, popülist anayasacılık örnekleri, kurumsal toplumsal dönüşüm, ekonomi-politik tercihler vb. birçok yönü itibarıyla Türkiye ile örtüşen V. Orban ve Fidesz hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. (Joachim Becker, “Macaristan: Neoliberalizm ve Milli-Muhafazakarlık Arasında Fidesz Hükümeti,” Çev.: Yağız Ay, **Toplum ve Bilim**. Sayı 155: 98 – 129, (2021).

benzeye biçimiyle bu “gölgelenmiş demokrasinin” ilk çekincesiz hamlesi 1 Kasım 2015 Seçimleriyle atılmıştır. Bir tür geri sayım gibi işleyen anayasasızlaştırmaya⁶⁴ alıştırma tavrını, hukuk devletinden kopma ve insan hakları ihlallerinin yoğunlaşması izlemiştir. Yasal hükûmete yönelen 15 Temmuz 2016 Askeri Müdahale girişiminin yarattığı mağduriyetin sürekli ve yoğun biçimde işlendiği iki yıllık OHAL⁶⁵ bir anlamda “toplumsal ve siyasal muhalefet”⁶⁶ üzerinde demoklesin kılıcı gibi kullanılmıştır. Anayasanın sunduğu OHAL hukukunun olanakları suiistimal edilerek çıkarılan Kararnemelerle⁶⁷ arzu edilen yasal ve kurumsal dönüşüm gerçekleştirilmiştir.

Olağandışı yönetim usulünün yarattığı tasfiye ve denetimli serbestlik iklimi, yürütme aygıtının *de facto* bir hukuku üretip bunu bütün ülkeye yaşatmasını kolaylaştırmıştır. Bu durum, kaçınılmaz olarak mevcut anayasal kuralların aşırı derecede zorlanmasına ve ciddi bir siyasal meşruiyet sorununun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu sorunsal, 2010’dakine benzer bir

-
- 64 Anayasal düzenin, anayasalı devlete indirgenmesini ifade eden bu keyfi yönetim tarzı, başta kurucu metin olmak üzere bütün hukuk sistemindeki kurallara siyasal iktidarın “saygı duymaması”, “emredici kurullarla kendini bağlı hissetmeme” ve hukuk sisteminin öngördüğü sınır ve yasakları aşarak devlet aygıtını hukuktan arındırmayı hedeflemektedir. Devletin hukuksal meşruiyetini tasfiye eden bu “*ben istedim oldu*” yaklaşımı, özellikle 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrasında ilân edilen OHAL çerçevesinde, yasama, yürütme ve yargı alanlarının da ötesine geçerek birey hak ve özgürlükleri ile devletin ülkesel boyutu içindeki “çevre”, “doğal kaynaklar” ve “ormanları” da içine alan bir kapsam genişliğine ulaşmıştır (İbrahim Ö. Kaboğlu, **15 Temmuz Anayasası, Nedenleri, Süreci ve Olası Sonuçları**. İkinci Baskı. (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2017), s. 56 – 57).
- 65 C. Schmitt’in, olağanüstü hâle ve onun gereklerine karar verenin “egemen” olduğu ve gerektiğinde devletin kendini koruma hakkına dayanarak hukuku “askıya” alabileceği saptaması karşısında, bunun zamansal kapsamı sorgulanmıştır. Kavramlaştırmanın doğasına uygun olarak “olağanın” kural; “olağandışının” istisna olması beklenirken; olağandışı yönetimin hukuksal kalıplar içinde bile olsa süreklilik kazanması hali risk taşıyan asıl durumu ifade etmektedir. Bunu, olağandışının olağanlaşması; istisnanın kurallaşması olarak niteleyen W. Benjamin’in ortaya koyduğu tehlikeyi ise G. Agamben, istisna halinin süreklilik kazanmasını, “demokrasi ile mutlakiyet arasında bir eşik olarak” çarpıcı biçimde tanımlamaktadır (Levent Gönenç, “Acele Olağanüstü Hal”, **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 330: 32 - 46, Ekim, 2016), s. 32 – 33).
- 66 7 Haziran 2015 Seçimleri sonrasında başlayan ve “Hendek Olayları” olarak özetlenebilecek şiddet sarmalınınin tetiklediği “Barış Bildirisi” imzacılarıyla başlayan bu gözdağı verme tavrı, OHAL’in yarattığı mağduriyet meşruiyeti de kullanılarak kapsam itibarıyla genişletilmiştir. Özellikle insan hakları ihlallerinin yaygınlaştığı bu süreçte, hukuk devleti şeması onarılmaz biçimde darbe almış, anayasa değişikliği hazırlıklarına girişilmiştir. Bir günce gibi işlenen süreç için bkz. (İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasızlaştırma ve Demokrasi Umudu**. (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2019), s. 134 – 137, 163, 169, 172 – 184).
- 67 “Rektör seçiminin usulü”, “cazibe merkezlerinin programının usul ve esasları”, “at yarışları kanununun değiştirilmesi”, “Türkiye Varlık Fonu”, “kış lastiği kullanımının zorunlu tutulması”, “RTÜK yaptırımlarının yeniden düzenlenmesi”, “dekanlık makamının tanımlanması ile yetki ve görevleri” ve “Şeker Kurumunun kapatılması” gibi 15 Temmuz Kalkışmasıyla hiç ilgisi olmayan birçok konu ve alan, Anayasanın 121. md.’sinde ifade edilen “*olağanüstü halin gerekli kıldığı konular*” ölçütü ile anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün amir hâle getirildiği 11. md.’sine aykırı olarak fırsattan istifade düzenlenmiştir. Ayrıntılı bir okuma için bkz. (Bülent Yücel, **Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri, Türkiye Uygulaması Üzerine Bir İnceleme**. 2. Baskı. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 202 – 205).

suistimalci anayasacılık örneği olan 2017 anayasa değişikliği⁶⁸ ile aşılmaya çalışılmıştır.

Anayasa değişikliğinin taşıdığı içerik kadar hazırlanma, tanıtım ve kabul süreçlerinin de popülist yarışmacı otoriterliğin kurulmasında önemli bir tuğla vazifesi görmüştür. Plebisiter bir kimliğe büründürülen ve “*mühürsüz oyların da geçerli sayıldığı*” 16 Nisan 2017 Halkoylamasıyla⁶⁹ “yürürlük kazandırılan anayasa değişikliği, artık siyasal sisteminin kurucu referanslarının⁷⁰ da tartışmaya açıldığı yeni dönemin ana hukuksal zeminini tamamlamıştır. Yeni bir döneme hazırlanıldığı ilk adımı da Anayasa Değişikliğinin Geçici 21. md. hükmüyle atılmıştır. Öyle ki madde içine yerleştirilen düzenlemeyle yapılacak ilk erken seçim bakımından, Mart 2018’de yapılmış ve partilerin seçim ittifakını kurmasının önünü açacak düzenlemenin Anayasanın 67. md/son hükmüne takılmaması sağlanmıştır. Bu anlamıyla -âdetâ önlem alınarak yapılması tasarlanmış baskın seçime siyasal muhalefetin hazırlıksız yakalanması hedeflenmiştir. Bu yaklaşım yarışmacı otoriterizmin, “*seçim var ama kaybettiler*” tezine de uygundur.

Birbirini denetlemeyen kurumların siyasal dengesizliğini öngören ve 24 Haziran 2018 Seçimleri sonrası bütün hükümleri itibarıyla yürürlük kaza-

68 Erkekler ayrılığı ilkesi üzerine kurulu hükümet modellemelerinin aksine bütün devlet kudretinin tek kişilik yürütme olarak Cumhurbaşkanında toplanmasının hukukileştirilmesini sağlayan 2017 Anayasa Değişikliği, bu hâliyle anayasacılığın amaçlarıyla bağdaşmayan bir biçimselliği ifade etmektedir. Bu anlamda anayasacılığa rağmen bir anayasal düzenlemeyi ifade eden 2017 metni, Montesquieu’nün 18. yy’da “Kanunların Ruhunu” adlı eserinde vurguladığı, erkekler ayrılığı yoksa özgürlük de yoktur saptamasının haklı çıkmasının önünü açmıştır. Öyle ki özgürlüklerin güvencelenmediği ve erkekler ayrılığının öngörülmediği bir siyasal toplumda esasen anayasa da olmayacaktır ya da “mıs” gibi olacaktır. Bu anlamda 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu, “görünüşte” / “sahte” / “tuzak” anayasa olarak nitelendirilebilecektir (Kemal Gözler, *Elveda Anayasa, 16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*. (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2017), s. 19, 21 – 25).

69 Temsili demokrasilerde bir yarı-doğrudan katılım aracı olan halkoylamasının, bir kişinin ve/veya onun siyasetinin güven oylamasına dönüştürülmesi; propaganda sürecinde, serbest ve adil bir tartışma ortamına izin verilmemesi ve/veya kanuna aykırı oylama, sayım ve döküm uygulamaları nedeniyle amacından saptırılmasıyla dönüşeceği nitelik plebisiter bir oylamadır. 16 Nisan 2017 Nisan oylamasının öncesi ve sonrasındaki siyasal, toplumsal ve hukuksal olgulara yönelik tizit bir çözümleme için bkz. (Kemal Gözler, *Referandumdan Önce, Referandumdan Sonra, 16 Nisan 2017 Referandumu ve Bu Referandumda Oylanan Anayasa Değişikliği Hakkında Yazılar*. (Bursa: Ekin Yayın Basın Dağıtım, 2017), s. 35 – 80).

70 Başta devletin kurucu babası M.K. Atatürk’ün kendisine ve ailesine yönelen “galiz” ifadeler ve bunların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi; Türkiye Cumhuriyeti’nin tarihsel bir parantez olarak nitelendirilmesi, kurucu siyasal felsefe, ideoloji ve hukukla kavga edilmesi, kazanılan siyasal özgüvenin sonucudur. Bu konuda öyle aşırılığa gidilmiştir ki, Devletin uluslararası varlığını belirleyen Lozan Barış Antlaşması ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi tartışmaya açılmıştır. Böylece bilinen resmi tarih tezini ikame edecek biçimde kendi dünya görüşlerini daha iyi temsil eden bir tarih tezinin oluşumuna çabalanmış ve özellikle I. Dünya Savaşı ve Milli Mücadele’nin evreleri farklı biçimde ve içerikte topluma yansıtılmaya çalışılmıştır.

nan 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanun⁷¹, siyasal sistemi, “tek kişi”, “tek irade” ve “tek istek” üzerine ortaklaştırılan bir Cumhurbaşkanlığı yönetim aygıtına/cihazına dönüştürmüştür. Bu yönetimde seçimli demokrasilerdeki unsurlar, iktidarın meşruiyeti için mevcudiyetini korumakta ama sonucu değiştirmemeleri için devletin bütün olanakları seferber edilmekte; halkın farklı kesimleri, “inanç”, “yaşam biçimi”, “siyasal ya da etnik” özellikler kullanılarak kutuplaştırma siyasetinin malzemesine dönüştürülerek çarpıştırılmaktadır. Özellikle “yerellik – millilik vurgulamaları”, “tarihsel köklere yollamalar”; “çeşitli yaşam tarzlarına ve toplumsal kesimlere yönelik hor görme ve aşağılama”, “genel ahlakî kodların” öne çıkarılması”; “olumsuzlukların dış güçlere ve onlarla işbirliği yapanlara bağlanması”, “Diyaret İşleri Başkanlığı (DİB)’in devreye sokulmasıyla laiklik ilkesine aykırı olarak⁷² “hayatın her alanının dini olgular ve kurallarla açıklanarak herkesi bu tartışmalarla oyalama”, tercih edilen popülist söylem ve eylemler olarak karşımıza çıkmaktadır.

24 Haziran 2018’e Seçimlerinin sonucunda 09 Temmuz günü TBMM’de yemin ederek ikinci görev dönemine yeni anayasal yetkileriyle başlayan Cumhurbaşkanı R.T. Erdoğan’ın ilk icraatları, yürütme aygıtının yeniden biçimlendirilmesi olmuştur. Bu çerçevede çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK)’yle bütün yönetsel yapının kendisinde sonlandığı bürokratik idareyi oluşturmuştur⁷³. Böylece AKP’nin de hızla işlevsizleştiği, bütün dene-timin, parti içinde ve ülke geneli itibarıyla Genel Başkan olarak Cumhurbaşkanı R.T. Erdoğan’ın eline bırakıldığı yeni dönem başlamıştır.

Cumhurbaşkanının bütün yürütme alanını hukuken kapladığı popülist iktidarı, 2013 yılında yaşanan “Gezi Olayları” ve 7 Haziran 2015 “Milletvekili Genel Seçimleri”nden sonra en çok rahatsız eden toplumsal ve siyasal karşı çıkış, 31 Mart 2019 Yerel Seçim sonuçları olmuştur. Başta İstanbul ve başkent Ankara olmak üzere ülke ekonomisinin ve nüfusunun yaşadığı, Antalya, Adana, Mersin Büyükşehir Belediye Başkanlıkları’nın yitirilmesi, muhale-

71 Değişiklik kanununun yürürlük kazanmasıyla birlikte HSK’nin otuz gün içinde yeniden oluşumu ve askeri yargının bütünüyle (Askeri Yargıtay ve AYİM) kaldırılması gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte CBK çıkarma yetkisinin kullanımı, seçilecek cumhurbaşkanının göreve başlaması tarihine bırakılmıştır. İlgili ayrıntılar için 1982 AY. Geçici madde 21’e bakılmalıdır.

72 Devlet biçiminin “laik bir cumhuriyet olarak nitelendirildiği 1982 Anayasasında, “...**laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak...**” (1982 AY. md. 136), kanununda gösterilen görevleri yerine getirmesi emredilen DİB, araçsallaştırılarak popülist siyasal programın gerçekleştirici makamlarından birine dönüştürülmüştür.

73 Yürürlüğe sokulan ilk dört CBK başta olmak üzere, “Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki” 9 Sayılı Kararname ile “Resmî Gazete Hakkındaki” 10 Sayılı Kararname dışında kalan bütün CBK’ler yönetsel örgütlenmeye ilişkindir (<https://www.mevzuat.gov.tr/#cumhurbaskanligiKararnameleri> E.T.: 13.10.2022).

fet partilerine geçen kaynakların ve olanakların büyüklüğü nedeniyle ciddi anlamda bir yenilgi duygusunu iktidar kanadına yaşatmıştır. Özellikle İstanbul Seçimleri'nin 31 Mart günü değil de 6 Mayıs 2019 günlü YSK Kararı⁷⁴yla ancak 23 Haziran'da yapılan yeniden oylamayla sonuçlanması, demokratik olgunluktan uzaklaşmanın tipik bir örneğidir. YSK üzerinden yapılan bu müdahale, anayasasızlaşma sürecinin uzantısı olarak karşımıza çıkmakta ve anayasal kuruluşların özerkliklerinin veya bağımsızlıklarının sözde kaldığının bir göstergesidir. Siyasal iktidar bu noktaya, yine hukuku kullanarak, YSK, HSK, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, AYM, Kamu Denetçiliği vb. kurum ve kurulların üye kompozisyonlarını değiştirmek suretiyle gereksinim duyduğu partizanlaşma yoluyla ulaşabilmiştir.

Türkiye, 2019'dan itibaren daha da ağırlaşan ekonomik bunalım girdabının içinde yol alırken; siyasi iktidarın 2023 Seçimleri lehine sonuçlandırmak üzere gerçekleştirdiği ilk somut adım, karşısındaki muhalif ittifak bloklarının bozulması amacıyla seçim kanununa⁷⁵ ilişkin olmuştur. Kanun ile bir yandan ulusal seçim barajı düşürülürken; aslında üç önemli müdahale gerçekleştirilmiştir. Bunlardan ilki, ittifak partilerinin aldıkları oylardan ittifakın bütününe yararlanmaması; ikincisi, seçim çevreleri başkanlıklarını yapacak yargıçların en kıdemli üye olma koşulundan çıkarılarak başkanlık için başvuran yargıçların kura yöntemiyle belirlenmesi; üçüncü olarak da Cumhurbaşkanının propaganda sürecinde devlet olanaklarını kullanımını hukukileştirmek olmuştur.

OHAL kaldırılmış olmasına karşın mülki amirlere verilen geniş yetkiler aracılığıyla toplumsal yaşamın birçok alanındaki (sportif, sanatsal vb.) etkinliklerin engellenmesi/yasaklanması özellikle 2022 yazı itibarıyla yoğunlaştırılmıştır. Üçüncü adımı da 13.10.2022 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve toplumsal hareketliliğin daha da zayıflatılarak baskılanmasına yönelik siyasal muhalefetin "sansür"; iktidar bloğunun "dezenformasyon" olarak adlandırıldığı bir "omerta" yasasını⁷⁶ çıkarmasıdır.

74 YSK'nin 4219 Sayılı kararı üzerine İstanbul Büyükşehir Başkanlığı Seçimlerinin yenilenmesi kararı çıkmasına karşın, iddia edilen usulsüzlüklerin ve eksikliklerin muhatabı durumundaki Belediye Meclisi Seçiminin yenilenmemesinin tek gerçekçi açıklaması, İstanbul BŞB Meclisinde sayısal çoğunluğun AKP ve MHP'li üyelerde olmasıdır. Kararın tümü için bkz. (<https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/78053/2019-4219.pdf> E.T.: 13.10.2022).

75 31/3/2022 tarihinde kabul edilen 7393 sayılı "Milletvekili Seçim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" un 1., 2., 5., 6., 11. ve 12. md. hükümleri iktidar bloğunun (AKP-MHP-BBP) avantajı için tasarlanmış hükümler olarak dikkat çekmektedir (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7393.html> E.T.: 13.10.2022).

76 Bir torba kanun kapsamında gerçekleştirilen 29. vd. ilgili md. düzenlemeleri için bkz. 7418 Sayılı "Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7418.html>) E.T.: 27.10.2022.

Sonuç

250 yıllık bir tarihsel derinliği bulunan Türk modernleşmesinin mutlakiyet – meşrutiyet ve cumhuriyet zinciri içindeki en önemli dinamiklerden birini “anayasacılık hareketleri” oluşturmuştur. Bu uzun geçmişin içinde yaşanan çeşitli gel-gitlere karşın “siyasal temsil”, “seçim”, “parlamento”, “çok partili yaşam”, “hükûmet”, “kanunilik”, “eşitlik”, “ulus egemenliği”, “cumhuriyet”, “laiklik”, “erkler ayrılığı”, “yargı bağımsızlığı”, “sosyal hukuk devleti”, “hak ve özgürlükler” vb. bir demokratik yönetimde kurumsallaşması beklenen unsurlar ortaya çıkmış ve belli olgunluklara ulaşmıştır.

19. yy. İmparatorluk Türkiye’sinden günümüze uzanan bu anayasallaşma ve modernleşme kavgası içinde çok sayıda siyasal kişilik ve parti/örgüt, popülist söylemi ve eylemi siyaset yapma biçimi ve üslubu olarak kullanmıştır. Muhalefette ya da iktidar programını uygularken belli ölçülerde bundan yararlanan öznelerin hiçbiri bu siyaset yapma tercihini yapısal bir kurumsallığa ulaştıramamıştır. Öyle ki 12 Mart 1971 Askeri Müdahalesiyle ciddi ölçüde önemsenen ve gerekli görülen hukuksal adımları da atılan “yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi” bile belli kurallar ve esaslar dahilinde gerçekleştirilmiştir. Öyle ki otoriter yaklaşımların yoğunlaştığı evrelerde de belli anayasal, yasal, yargısal ve devlet ciddiyetini önemseyen hassasiyetler korunmuştur.

1982 Anayasasıyla getirilen ve 2000’li yıllara kadar süren değişik normatif düzeni içinde biçimlenen siyasal ortamda bile söz konusu popülist aşındırma bugünkü anlamıyla gerçekleşmemiştir. Öyle ki 24 Ocak Kararlarıyla devreye sokulmaya başlayan ve özellikle ANAP iktidarında yapısal dönüşümü büyük ölçüde gerçekleştirilen neo-liberal programın toplumsal anlamdaki yansımaları 1990’lı yıllarda yaşanmakla birlikte popülist yarışmacı otoriterliğin kuruluşunu 3 Kasım 2002 Seçimleriyle iktidara gelen R.T. Erdoğan önderliğindeki AKP gerçekleştirmiştir.

20 yıllık siyasi iktidarın kendi iç evrelerinde aşama aşama tamamlanan ve gerçekte Cumhuriyetin ideolojik ve siyasal kurucu felsefesinin tasfiyesine yönelen bu süreç, meşruiyetini seçim ve halkoylamalarına dayandırmış, amacını da torbalaştırılmış kanun/kararname uygulamalarını; suistimalci anayasacılık örneklerini ve OHAL yönetimini araçsallaştırarak hukuk yoluyla gerçekleştirmeye çalışmıştır. Geline son kertede, 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanunun bütün hükümleriyle yürürlük kazandığı 24 Haziran 2018 Seçimlerinden itibaren Türkiye, bütünüyle, popülist önderliğe sahip, yarışmacı otoriterizmin örnek ülkelerinden biri haline getirilmiştir.

Kaynakça

- Alica, Süheyla Gökalp. “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Kanun Hükmünde Kararnameler İle Yetki Kanunları,” **Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yönetmek**. Der.: A. Argun Akdoğan. Ankara: Alter Yay. Rek. Org.Tic. Ltd. Şti., 2012.
- Bakırcı, Fahri. “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** Sayı 112: 257 – 296, 2014.
- Becker, Joachim. “Macaristan: Neoliberalizm ve Milli-Muhafazakarlık Arasında Fidesz Hükümeti,” Çev.: Yağız Ay, **Toplum ve Bilim**. Sayı 155: 98 – 129, 2021.
- Bedirhanoglu, Pınar. “Türkiye’de Modern Demokratik Devlet Yapısının Çözülüşü,” **Toplum ve Bilim**. Sayı 155: 187 – 211, 2021.
- Berezin, Mabel. **Neoliberal Zamanlarda Liberal-Olmayan Politikalar, Yeni Avrupa’da Kültür, Güvenlik ve Popülizm**. Çev.: Enis Köksaldı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Brown, Wendy. **Neoliberalizmin Harabelerinde Batı’da Antidemokratik Siyasetin Yükselişi**. Çev.: Bülent Doğan. İstanbul: Metis Yayınları, 2021.
- Crouch, Colin. **Post – Demokrasi**. Çev.: A. Emre Zeybekoğlu. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2016.
- Çağlar, Bakır. “Hukukla Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi,” **Anayasa Yargısı** S. 10: 233 – 282, 1993.
- Dahl, Robert A. **Demokrasi Üstüne**. Çev.: Betül Kadioğlu, Ankara: Phoenix Yayınevi, 2001.
- Erdoğan, Mustafa. “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekışmesi,” **AÜHFD** Cilt 54 Sayı 3: 1 – 22, 2005.
- Ergül, Ozan. **Anayasa Yargısında Stare Indecisis, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016
- Esen, Berk. “Türkiye’deki Rekabetçi Otoriter Rejim,” **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 374 – 375: 158 – 174, Haziran / Temmuz, 2020.
- Faraguna, Pietro. “Popülizm and Constitittional Amendment,” in **Italian Popülizm and Constitutional Law, Strategies, Conflicts and Dilemmas**. Eds.: Giacomo Delledonne, Giuseppe Martinico, Matteo Monti and Fabio Pacini. (Switzerland: Palgrave Macmillan, 2020.
- Fassin, Eric. “Stratejik Bir Seçim: Sol veyahut Popülizm,” Çev.: Ece Köse. **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 354: 50 – 56, Ekim, 2018.
- _____. **Popülizm: Büyük Hınç**. Çev.: Güleener Kırnalı ve İlker Kocael. Ankara: Heretik Basın Yayın Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., 2018.
- Finchelstein, Federico. **Faşizmden Popülizme**. Çev.: Ali Karatay. İstanbul: İletişim Yayıncılık A.Ş., 2019.
- Fraenkel, Ernst. **İkili Devlet, Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**. Çev.: Tanıl Bora. 2. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2020.

- Frankenberg, Günter. **Authoritarianism, Constitutional Perspectives**. UK/Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2020.
- Friedrich, Carl J. **Sınırlı Devlet**. Çev.: Mehmet Turhan. Ankara: Gündoğan Yayınları, 1999.
- Gerbaudo, Paolo. **Maske ve Bayrak, Popülizm, Yurttaşçılık ve Küresel Protesto**. Çev.: Diyar Saraçoğlu. İstanbul: Epsilon Yayınevi Ticaret ve Sanayi A.Ş., KAFKA, 2018.
- Gönenc, Levent. "Acele Olağanüstü Hal," **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 330: 32 - 46, Ekim, 2016.
- Gözler, Kemal. **Elveda Anayasa, 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler**. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2017.
- _____. **Referandumdan Önce, Referandumdan Sonra, 16 Nisan 2017 Referandumu ve Bu Referandumda Oylanan Anayasa Değişikliği Hakkında Yazılar**. Bursa: Ekin Yayın Basın Dağıtım, 2017.
- Göztepe, Ece. "2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Hukuki Bir Değerlendirmesi, Sevilmeyen Anayasayı Kim Korumak İster," **Birikim. Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 218 2007.
- Güler, Birgül Ayman. "Yetki Kanunu-6223: Genel Özellikler Üzerine Bir Değerlendirme," **Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yönetmek**. Der.: A. Argun Akdoğan. Ankara: Alter Yay. Rek. Org.Tic. Ltd. Şti., 2012.
- Günel, Mehmet. **Torbadaki Hukuk, Kanun Yoluyla Hukukun Katlinin Hikayesi**. Ankara: Berikan Yayınevi, 2015.
- Hall, Stuart. "Otoriter Popülizm: Jessop ve Ötekilere Yanıt," Çev.: Kudret Emiroğlu, Dünün ve Bugünün Defterleri, Dünya Sorunları Dizisi, Emperyalizmin Bunalımı Dosyası. Der.: Ragıp Zarakolu. Sayı 4: 67 – 76. İstanbul: Alan Yayıncılık, Aralık 1987.
- Hayek, Friedrich A. Von. "Demokrasi ve Demarşi," Çev.: Engin Hepaksaz. **Yeni Bir Siyasal Sistem Arayışı: Demokrasi, Poliarşi ve Demarşi**. Editör: Coşkun Can Aktan. Konya: Çizgi Kitabevi, 2005.
- <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2017referandum/2017HO-Ornek136pdf> E.T.: 17.09.2022.
- <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2007MilletvekiliSecimi/gumrukdahil/gumrukdahil.pdf> E.T.:05.10.2022.
- <https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/2008/2/1> E.T.: 06.10.2022.
- <https://m.bianet.org/bianet/hukuk/210113-ergenekon-ile-baslayip-bal-yoz-ve-kck-ile-suren-torba-davalar-neydi-ne-oldu> E.T.: 06.10.2022.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6360.pdf> E.T.: 07.10.2022.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/#cumhurbaskanligiKararnameleri> E.T.: 13.10.2022.
- <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7393.html> E.T.: 13.10.2022.
- <https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/78053/2019-4219.pdf> E.T.: 13.10.2022.
- <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2004Mahallidareler/buyuksehir/Buyuksehir.pdf> E.T.: 27.10.2022.

<https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/2009Mahallidareler/ResmiGazete/Buyuksehir.pdf> E.T.: 27.10.2022.

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7418.html> E.T.: 27.10.2022.

<https://www.tbmm.gov.tr/yasama/kanunlar> E.T.: 01.01.2023

İnsel, Ahmet. "Sağdan Sola Popülizmler," **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 354: 5 – 8, Ekim 2018.

Jessop, Bob, Kevin Bonnett, Simon Bromley, Tom Ling. "Otoriter Popülizm – İki Ulus ve Thatcherizm," Çev.: Kudret Emiroğlu, Dünün ve Bugünün Defterleri, Dünya Sorunları Dizisi, Emperyalizmin Bunalımı Dosyası. Der.: Ragıp Zarakolu. Sayı 4: 35 – 66. İstanbul: Alan Yayıncılık, Aralık 1987.

_____. "Thatcherizm ve Hegemonya Politikası: Stuart Hall'a Bir Cevap," Çev.: Kudret Emiroğlu, Dünün ve Bugünün Defterleri, Dünya Sorunları Dizisi, Emperyalizmin Bunalımı Dosyası. Der.: Ragıp Zarakolu. Sayı 4: 77 – 92. İstanbul: Alan Yayıncılık, Aralık 1987.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **15 Temmuz Anayasası, Nedenleri, Süreci ve Olası Sonuçları**. İkinci Baskı. İstanbul: Tekin Yayınevi, 2017.

_____. **Anayasasızlaştırma ve Demokrasi Umudu**. İstanbul: Tekin Yayınevi, 2019.

Karakurt, Mehmet Süreyya. "Popülizm Tartışmaları, Ernesto Laclau ve Devrimci Yol," **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 368: 115 -131, Aralık, 2019.

Kırıt, Emrah. "Gerrymandering ve Demokratik Seçimler Üzerine," **Hukuk Araştırmaları Dergisi**. Cilt 16 Sayı 1-2: 15 – 38, 2010.

Köker, Levent. "Başkancı Rejim: Popülist Yarışmacı Otoriterlik Mi, Diktatörlük Mü?" **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**. Sayı 377: 6 – 25, Eylül, 2020.

Laclau, Ernesto. **Politics and Ideology in Marxist Theory**. UK/London: Verso, 1979.

Landau, David. "Abusive Constitutionalism," **UC Davis Law Review**. Vol 47 Issue 1: 189 – 260, November 2013.

Linz, Juan J. **Totaliter ve Otoriter Rejimler**. Çev.: Ergun Özbudun. 3. Baskı. Ankara: Liberte Yayınları, 2012.

Lipset, Seymour Martin. **Siyasal İnsan**. Çev.: Mete Tunçay. Ankara: Teori Yayınları, 1986.

Martinico, Giuseppe. "Popülizm and Referendum: The Italian Debate from a Comparative Perspective," **in Italian Popülizm and Constitutional Law, Strategies, Conflicts and Dilemmas**. Eds.: Giacomo Delledonne, Giuseppe Martinico, Matteo Monti and Fabio Pacini. (Switzerland: Palgrave Macmillan, 2020.

Moffitt, Benjamin. **Popülizmin Küresel Yükselişi, Performans, Siyasal Üslup ve Temsil**. Çev.: Onur Özgür. İstanbul: İletişim Yayınları, 2020.

Mounk, Yascha. **The People vs. Democracy, Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It**. Third Printing. USA: Harvard University Press, 2018.

Müller, Jan – Werner. **Popülizm Nedir?** Çev.: Onur Yıldız. 4. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2020.

- Nurol, Bahadır. **Otoriter Popülizm Çağı, Günümüzün Değerler Tartışması.** İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2019.
- Ortaylı, İlber. **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı.** Dokuzuncu Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2001.
- Önver, Makbule Şiriner. Ayşegül Kanbak ve Nihal Şirin Pınarcıoğlu, "Sosyal Hak mı? Sosyal Yardım mı?," içinde Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı. Editörler: Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014.
- Özalp, Nihan Yancı. **Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu.** İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2018.
- Özbudun, Ergun. "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekışmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü," **Anayasa Yargısı.** Sayı no 24: 359 – 364, 2007.
- _____. **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye.** İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- _____. **Anayasalcılık ve Demokrasi.** Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- _____. "Popülizmin Yükseliş ve Demokrasinin Küresel Krizi," **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi.** Sayı 374 – 375: 175 – 185. Haziran / Temmuz, 2020.
- Özdek, Yasemin. **Şirket Egemenliği Çağı, Sosyal Devletten Ceza Devletine.** Ankara: NotaBene Yayınları, 2011.
- Ritzer, George. **Küresel Dünya.** Çev.: Melih Pekdemir. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2010.
- Selçuk, Sami. **2007'nin Hukuk Olayı, Anayasa Mahkemesi'nin 367 Kararı.** Ankara: Cedit Neşriyat, 2008.
- Sözen, Yunus. "Siyasi Rejimler: Demokrasiler ve Diğer Sistemler," **Karşılaştırmalı Siyaset, Temel Konular ve Yaklaşımlar.** Der.: Sabri Sayarı ve Hasret Dikici Bilgin, 3. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Şen, İlker Gökhan. "Referendums and Democratic Constitutionalism: Is There a Way for Reconciliation?" in **Populism and Democracy.** Eds.: Sascha Hardt, Aalt Willem Heringa, Hoai – Thu Nguyen Netherlands: Eleven International Publishing, 2020.
- Şimşek, Aslı. "Sadaka Kültürü ve Stratejik Hayırseverlik Çıkmazında Sosyal Hak Mücadelesi," içinde Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı. Editörler: Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014.
- Tanör, Bülent. "12 Mart Anayasa Değişiklikleri," **Armağan, Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı.** Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1978.
- Telek, Alphan. "Sol Popülizme Karşı Sol-Dönüşüm ve Prekarya," **Birikim, Aylık Sosyalist Kültür Dergisi.** Sayı 354: 21 – 31, Ekim, 2018.

Tikveş, Özkan. "Anayasa'da Onbeş Yıllık Dönemde (1961 – 1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt 34, Sayı 1-4: 19 – 59, 1977.

Turhan, Mehmet. **Siyasal Elitler**. İkinci baskı. Ankara: Gündoğan Yayınları, 2000.

Yücel, Bülent. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: Yasamasızlaştırma Sürecinin Son Halkası," **Cumhurbaşkanının İşlemleri, Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi**. Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı, 18-19 Ekim 2019 İstanbul Kültür Üniversitesi. Editörler: Oktay Uygun ve Egemen Esen, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020.

_____. **Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri, Türkiye Uygulaması Üzerine Bir İnceleme**. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu- Çok teŖekkür ederiz. AKP'nin iktidardaki sürecini açıklayıcı bir bildiri. AKP için, AKP'yi tarif etmek, tanımlamak için hangi özelliklerin olduğunu belki tartışmalar sırasında daha da geliştirebiliriz. İkinci bildirinin konusu da esasında son derece önemli. Çünkü olağanüstü nitelikteki terörle mücadele tedbirleri ve masumiyet karinesi üzerine, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının da eleştirel bir gözle ele alındığı bir tebliğ. Doktor Göksu Işık, sözü size bırakıyorum.

Olağanüstü Nitelikteki Terörle Mücadele Tedbirleri ve Masumiyet Karinesi

Göksu Işık*

Tarihsel olarak Roma İmparatorluğu dönemine kadar dayandırılabilen¹ fakat asıl temellerini ve bugünkü ifadesini 16. yüzyıldan itibaren bulan² masumiyet karinesi, önce Kral 16. Louis'nin 1 Mart 1788 tarihli Versailles Beyannamesi'nde³, sonrasında da pozitif hukuktaki birçok kaynağın temelini oluşturan⁴ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi⁵ ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde⁶ yerini almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6(2) maddesinde *"Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır."* şeklinde ve 1982 Anayasası'nın 38(4) maddesinde *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz"* şeklinde düzenlenmektedir. Masumiyet karinesi, 1982 Anayasasının 15. maddesine göre olağanüstü dönemde dahi ihlal edilemeyecek çekirdek

* Dr., ORCID No: 0000-0002-8120-7294.

- 1 Digesta'da *"bir masumu mahkum etmektense bir suçluyu serbest bırakmak daha iyidir"* şeklinde yer alan ifade, masumiyet karinesinin ilk örneklerinden olarak nitelendirilse de (Yves Jeanclos, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*. Dalloz, 2011, s. 70) dönemin delil değerlendirme metotlarının bu ilkenin uygulanmasına olanak vermeyeceğine dair çalışmalar da bulunmaktadır. Patrick Ferot, *La présomption d'innocence : Essai d'interprétation historique*, Doktora Tezi, Lille II Üniversitesi, 2007, s. 24-25. Madde için bkz. Digeste de Justinien (çev. Henri Hulot), Commission établie en 530, Livre Quarante-Huit, Titre XIX, Des peines, 5. Ulpian au liv. 7 du Devoir du proconsul, <https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/digeste/digeste_148_04.htm> (Erişim Tarihi: 26/09/2022).
- 2 Krallık düzenlemelerinden Villers-Cotterêts Kararnamesi savunma haklarıyla beraber bu ilkeden bahsetmektedir. Fransa, Ordonnance n° 188 de Villers-Cotterêts, 6 Eylül 1539, md. 157. Dönemin hukukçularından Jean Mascard'ın iki terimi birleştirerek bugünkü ifadesini verdiği değerlendirilmektedir. Jeanclos, s. 70. Aynı kaynakta Jacobus Menochius'in de 17. yüzyılda *"sanık, suçluluğu hakkında kanıt ileri sürülmediği sürece masum sayılmalıdır"* ifadesini açıkça kullandığı belirtilmektedir.
- 3 İfade, bir sanığın cezasının son aşamada onaylanmasına kadar masum sayılacağını içermektedir. Fransa, Déclaration du Roi Louis XVI, 1 Mayıs 1788, Versailles.
- 4 Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 16 Aralık 1966 (yürürlük 23 Mart 1976), madde 14(2) *"Bir suçla itham edilen herkes, yasalara göre suçlu olduğu kesinleşene dek masum kabul edilmek hakkına sahiptir."* Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Şartı, 7 Aralık 2000, madde 48 - *"Kendisine karşı ithamda bulunulan bir kişinin, yasaya göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum olduğu kabul edilecektir."*
- 5 Madde 9 - *"Her insan suçlu olduğuna karar verilmeye kadar masum sayılacağından, tutuklanmasının zorunlu olduğuna karar verildiğinde, yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sert davranış yasa tarafından ağır biçimde cezalandırılmalıdır."*
- 6 Madde 11 - *"Kendisine cezai bir suç yüklenen herkesin, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı, kamuya açık bir yargılanma sonucunda suçluluğu yasaya göre kanıtlanıncaya kadar suçsuz sayılma hakkı vardır."*

haklardandır.

Masumiyet karinesinin dokunulmaz hak niteliğinin, gerek Birleşmiş Milletler organlarının bağlayıcı olmayan metinlerinde⁷ gerek Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi tarafından⁸ altının çizildiği görülmektedir. Fakat Türkiye için bağlayıcı olan AİHS sisteminin mutlak hak olarak nitelendirilen haklar için dahi otomatik ihlal sonucunu getirebilecek yapıda olmadığı bilinmektedir⁹. Bu nedenle masumiyet karinesinin ne kadar mutlak olarak korunduğu sorusunun cevabı, insan haklarını koruma mekanizmaları, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve onu takip etmeye çalışan Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından nasıl bir alanda uygulandığı sorusunun cevabıyla bulunabilecektir.

Terörizm konusunda ise akla ilk gelen husus, terör eylemlerinin öngörülemez, değişken ve rastlantısal niteliğidir¹⁰. Gerçekleşen bir terör eyleminin sonuçlarının ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda, terörle mücadelede tehlikenin olabildiğince erken tespit edilmesi, suç işlenmeden önce müdahale edilmesi¹¹ ve bu nedenle de “önleme” (*prevention*) ve “önalma” (*preemption*) amaçlarının altının çizilmesi gerekmektedir¹². Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi de geniş çapta ilk bağlayıcı metin olan ve “küresel bir sözleşme”¹³ olarak nitelendirilen 1373 (2001) sayılı kararından beri, terör eylemleriyle mücadele edebilmek için daha hazırlık aşamasından itibaren

-
- 7 BM, Syracusea İlkeleri, 28 Eylül 1984, E/CN.4/1985/4, §70; BM, İnsan Hakları Komitesi, 4. maddeye ilişkin 29 no’lu Genel Yorum, 21 Temmuz 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11(2001), §16.
 - 8 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Terörizm ve İnsan Hakları Raporu, 22 Ekim 2002, §261-263; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, 13 Nisan 2000, *Lindo and others v. Peru*, Report n° 49/00, Case 11.182, §86; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, 17 Eylül 1997, *Loayza-Tamayo v. Peru*, §62.
 - 9 Louise Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford University Press, 2011, s. 94-96.
 - 10 Marieke De Goede, “The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe”, *European Journal of International Relations*, 14 (1), 2008, ss. 161-185, s. 178.
 - 11 Jude McCulloch & Sharon Pickering, “Pre-crime and Counter-Terrorism: Imagining Future Crime in the ‘War on Terror’”. *British Journal of Criminology*, (2009) 49, ss. 628-645, s. 628.
 - 12 Önleyici tedbirlerin terörle mücadelede etkililiği için bkz. Marja Lehto, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts: Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. xxii; terör eylemlerinin potansiyel tehlikeliliğinin önleyici ceza politikası geliştirmeyi meşrulaştırdığına ilişkin bkz. Julie Alix & Olivier Cahn, « Mutation de l’antiterrorisme et émergence d’un droit répressif de la sécurité nationale ». *Dalloz*, RSC 2017. 845; güvenlik argümanlarıyla ceza hukukunun önleyici alana girmesine ilişkin bkz. Lucia Zedner, “Pre-crime and post-criminology?”. *Theoretical Criminology*, vol. 11(2), 2007, ss. 261-265, s. 265; terör eylemlerinin sonuçlarını önleme amacı hakkında bkz. Lorenzo Picotti, « L’élargissement des formes de préparation et de participation ». *Revue internationale de droit pénal*, vol. 78, 2007/3, ss. 355-404, s. 364.
 - 13 Delphine Deschaux-Dutard, « Chapitre 10. Le terrorisme, défi majeur de la sécurité internationale contemporaine » in Delphine Deschaux-Dutard (ed). *Introduction à la sécurité internationale*. Fontaine, Presses universitaires de Grenoble, 2018, ss. 191-207.

önleme amaçlı tedbirlerin¹⁴ alınması gerektiğini belirtmektedir¹⁵. Bu tedbirler, yabancı terörist savaşçılarla mücadele için kabul edilen 2178 (2014) sayılı kararda görüldüğü gibi, ülkelerinden ayrılacak kişilerin ülkelerinden ayrılmalarını önlemeyi amaçlamaya kadar uzanabilmektedir¹⁶. Amaç, önleme veya önalma olunca da ceza yargılaması öncesinde alınması gereken tedbirler, hem uluslararası hem ulusal düzeyde terörle mücadelenin önemli bir kısmını oluşturmaktadır.

Buna karşılık terörizm dediğimiz kavramı oluşturan eylemler uluslararası¹⁷ ve ulusal¹⁸ alanda tanımlanan çeşitli suçlardan oluşmaktadır ve terörle mücadelenin bir başka önemli boyutu da “bastırıcı” nitelikteki ceza hukuku yaptırımlarıdır¹⁹. Fakat bu cezai nitelikteki yaptırımların da hazırlık hareket-

14 İlgili kaynaklarda yetkili komiteyi ve yaptırım uygulanacak kişi ve kurumların isimlerini içeren listeyi belirlerken “*sanctions*” kelimesi kullanılmaktadır. Bu kelimenin tercümesi olarak “yaptırım” kelimesi kullanılabilecekken söz konusu tedbirlerin nitelik itibarıyla geçici olmaları, önleyici amaçla uygulanmaları ve bazı kararlarda da Fransızca « *mesure* » İngilizce “*measure*” olarak nitelendirilmeleri dolayısıyla “tedbir” kelimesine karşılık geldikleri düşünülmüştür. Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi 2253(2015) no’lu Karar, 17 Aralık 2015, S/RES/2253(2015). Türkiye’de 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hal (OHAL) sırasında yapılan işlemler için kanun hükmünde kararnamelemlerin başlığında kullanılan ve AYM tarafından tercih edilen terminoloji olması dolayısıyla “tedbir” ifadesi kullanılmıştır. Örneğin bkz. AYM, 24 Aralık 2019, E. 2018/74, K. 2019/92, RG 10.03.2020, 31064.

15 BM Güvenlik Konseyi 1373 (2001) no’lu Karar, 28 Eylül 2001, S/RES/1373(2001).

16 BM Güvenlik Konseyi 2178 (2014) no’lu Karar, 24 Eylül 2014, S/RES/2178(2014).

17 Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü bünyesinde kabul edilen 1963 tarihli Uçaklarda İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Sözleşme, 1970 tarihli Uçakların Yasadışı Olarak Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi ve 1971 tarihli Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme sivil havacılığın güvenliğini sağlamak amacıyla suç haline getirilen birtakım eylemleri tanımlamaktadır. BM bünyesinde kabul edilen 1973 tarihli Diploması Ajanları da Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 1979 tarihli Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme, 1997 tarihli Terörist Bombalamaların Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi ve 1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme de aynı şekilde birtakım terör eylemlerini suç olarak tanımlamaktadır.

18 Türk hukukunda 3713 sayılı 12 Nisan 1991 tarihli (RG 12.04.1991, 20843 (mükerrer)) Terörle Mücadele Kanununda belirtildiği üzere 5237 sayılı 26 Eylül 2004 tarihli Türk Ceza Kanununda (RG 12.10.2004, 25611) (TCK) tanımlanan birtakım suçlar doğrudan, birtakım suçlar da terör amacıyla işlenmesi halinde terör suçu olarak nitelendirilmektedir. Fransız Ceza Kanununun 421-1 ve 422-7 maddeleri arasındaki eylemler terörizm kapsamında değerlendirilmekte ve bu bağlamda kanundaki birtakım diğer suçlara da atıf yapılarak terör suçlarının neler olduğu sayılmaktadır. Avrupa ülkeleri de Avrupa Birliği’nin 13 Haziran 2002 tarihli Çerçeve Kararı doğrultusunda kendi iç hukuklarında birtakım düzenlemeler yapmışlardır. AB Konseyi, 13 Haziran 2002, 2002/475/JAI no’lu Çerçeve Karar, ABRG 22 Haziran 2002, L. 164. Belçika Ceza Kanununun 137-141ter maddeleri arasında 2003 yılında yapılan değişikliklerle düzenlenen terör eylemleri bunun bir örneğidir.

19 Bir tedbirin bastırıcı amaç gütmesi, adli ve cezai alanı belirlemekteken önleyici amaç örneğin Fransız hukukunda doğrudan idari nitelikte tedbirlerin varlığına işaret etmektedir. Fransa Ulusal İnsan Hakları Danışma Komisyonu, 6 Temmuz 2017, Avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, s. 5. Bu nitelemenin önemli bir sonucu adli tedbirler için tedbir alınmadan önce hakim kararının gerekmesi ve idari tedbirler için denetimin *a posteriori* yapılmasıdır. Cf., Paul Cassia, *Contre l’état d’urgence*. Paris : Éditions Dalloz, 2016, s. 54. Fransız Anayasa Konseyi

lerinin suç haline getirilmesi şeklinde, eylem gerçekleşmeden eylemi engellemek amaçlı olarak karşımıza çıkabildiği gözlemlenmektedir²⁰. Sonuçta, terörle mücadelede önleyici, önleyici ve bastırıcı alanların birbirine girmesi, cezai ve idari tedbirlerin veya yaptırımların niteliklerinde bir belirsizlik yaratmaktadır²¹.

Bu belirsizliğin insan hakları alanında en kritik yansımalarından biri adil yargılanma hakkının uygulanmasında karşımıza çıkmaktadır. Çünkü özellikle ülkemiz için bağlayıcı ve etkin olan insan haklarını koruma mekanizması AİHM, adil yargılanma hakkını bir suç isnadının veya medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyumsuzluğun varlığına bağlı olarak uygulamaktadır. Bu durumda terörle mücadele tedbirlerinin cezai alandan dışlanma ihtimali, bu tedbirler için cezai alanın sağladığı korumaların da dışlanabilmesi sonucuna yol açabilecektir. Önleyici nitelikli tedbirlerin, kişinin mahkûm edilmeden önce “terörist” olarak etiketlenmesi riskini beraberinde getirebileceği²² düşünülüğünde cezai kısmın koruması kapsamındaki masumiyet karinesinin özel bir öneme sahip olduğu görülebilecektir.

de bu ayrımı desteklemiştir. Fransız Anayasa Konseyi, 19 Ocak 2006, n° 2005-532 DC, §5-6. AİHM de cezai alanı belirlerken “bastırıcı” amaç bulunup bulunmadığını dikkate almaktadır. AİHM, 15 Aralık 2020, *Pişkin Türkiye’ye Karşı*, 33399/18, §106.

- 20 Ulusüstü organların, terör eylemlerinin önlenmesi için gerekli ceza hukuku düzenlemelerinin yapılmasına dair verdiği tavsiyeler iç hukukta hazırlık hareketlerini suç haline getirme şeklinde uygulamaya konulmaktadır. BM Güvenlik Konseyi 1373 (2001) no’lu Karar, 28 Eylül 2001, S/RES/1373(2001), §2(e); BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, 9 Aralık 1999 (yürürlük 10 Nisan 2002), madde 2(3); Nükleer Terörizmin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme, 13 Nisan 2005 (yürürlük 7 Temmuz 2007), madde 7(1)(a); Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi, 16 Mayıs 2005 (yürürlük 1 Haziran 2007), madde 5, 6, 7. Çeşitli iç hukuk düzenlemelerinin eleştirileri için *inter alia* bkz. Liesbeth Van der Heide & Jip Geenen, “Preventing Terrorism in the Courtroom – The Criminalisation of Preparatory Acts of Terrorism in the Netherlands”. *Security and Human Rights*, 26 (2015), ss. 162-192, s. 164; Alexis Vahlas, « Le droit de l’Union européenne et la ‘guerre contre le terrorisme’ » in Julie Alix & Olivier Cahn (dir.). *L’hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*. Dalloz, 2017, ss. 245-262, s. 247; Duygun Yarsuvat & Köksal Bayraktar, “Report of Turkey”. Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law, A Coruña (Spain), 5–8 September 2007, *International Review of Penal Law*, CD ROM Annexe, vol. 78, 2007/3–4, ss. 291-305, s. 298; Olivier Cahn, « Droit pénal de l’ennemi – Pour prolonger la discussion... », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l’ennemi*, 2015, ss. 105-129. Fakat bu son çalışma kapsamında ceza yargılamasından bağımsız olarak alınan tedbirler incelenmektedir.
- 21 Bu durumun Fransız hukukunda sert bir şekilde eleştirildiği görülmektedir. Fransız hukukunda, yukarıda belirtildiği gibi ilgili tedbirin hukuki niteliği amacının önleyici veya bastırıcı olmasına göre belirlendiği için hem bastırıcı hem önleyici nitelikteki tedbirlerin karmaşaya yol açtığı ileri sürülmektedir. Örneğin, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 78-2-4 maddesinde yer alan kimlik kontrolü, araçların incelenmesi ve gözle kontrol tedbirleri ikili amaca sahip olarak nitelendirilmektedir. Aynı kanunun 78-3-1 maddesinde düzenlenen polis tarafından tutma tedbirinin önleyici amacı için ve ülkeye geri dönüşlerin idari kontrolü tedbirinin eleştirisi için bkz. Olivier Cahn, « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre – Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l’ennemi ». *Archives de Politique Criminelle N° 38, Terrorismes*. Paris : Éditions A. Pedone, 2016, ss. 91-121.
- 22 McCulloch & Pickering, s. 630.

Bu çalışmada da, olağanüstü olarak nitelendirilerek cezai kısmın korumasından çıkarılabilecek olan terörle mücadele tedbirlerinin uygulandığı kişilerin masumiyet karinesinin, AİHM ve bireysel başvurularda onu takip eden AYM tarafından nasıl korunduğu ve nasıl korunması gerektiğinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Olağanüstü nitelikteki terörle mücadele tedbirleri arasında da güncellikleri ve ülkemizi ilgilendirmeleri dolayısıyla özel bir önem taşıyan ve 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hal (OHAL) döneminde kabul edilen kanun hükmünde kararnamelemlerle (KHK) alınan tedbirler, çalışmamızın merkezinde yer alacaktır. Bu doğrultuda yapılacak incelemenin belirtilen yargı makamlarının bireysel başvurularda izlediği yol, yani önce usul (I.) sonra da esas (II.) üzerinden yapılması yararlı olacaktır.

I. Adil Yargılanma Hakkının Cezai Alanı ve OHAL Tedbirleri

AİHS'nin 6(2) maddesi, bir suç ile itham edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağını düzenlemektedir. Bu da demektir ki masumiyet karinesinin koruma alanı, adil yargılanma hakkının ceza hukuku kısmına ilişkindir. Yalnızca masumiyet karinesinden değil, adil yargılanma hakkının cezai alanı içerisindeki tüm güvencelerden yararlanabilmek için öncelikle bir ceza soruşturmasının bulunması gerekmektedir²³. Masumiyet karinesi için bu şartın aranmasının amacı, karineden yararlanacak kişilerin cezai sorumluluklarıyla müdahale arasındaki ilişkinin yeteri düzeyde kurulmasının gerekmesidir. Ceza soruşturması veya kovuşturması bulunmadığında masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir²⁴.

Bir ceza soruşturması veya kovuşturmasının varlığı ise Sözleşmenin metninden de anlaşıldığı gibi bir suç isnadının varlığına göre belirlenecektir. Ceza hukuku anlamında bir suç isnadının varlığı belirlenirken bir eylemin Devletlerin iç hukukunda suç olarak nitelendirilmesi Mahkeme tarafından elbette dikkate alınmaktadır. Fakat iç hukuklarda farklı nitelikte birçok suç ve yaptırım mevcut olabileceği için AİHM, birden çok kriter geliştirerek somut olaya göre kendi tanımını belirlemeyi tercih etmektedir²⁵. Amaç, adil yargılanma hakkının korumasını Devletlerin egemen iradelerine tabi kılmamak

23 AİHM, 10 Şubat 1995, *Alenet de Ribemont Fransa'ya Karşı*, 15175/89, §38.

24 Pascal Gilliaux, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*. Bruxelles : Éditions Bruylant, 2012, s. 789.

25 *Ibidem*, s. 186.

olduğundan cezai kısmın uygulanması da Mahkeme tarafından “otonom” olarak belirlenmektedir²⁶.

OHAL tedbirlerinin adil yargılanma hakkının cezai kısmında yer alıp almadığına dair AYM ve AİHM tarafından verilmiş kararlar bulunmaktadır. Fakat bu kararların OHAL KHK'larının ekindeki listelerde yer alan kamu görevlilerine ilişkin olmadığını ve bu kişiler için içtihadın hala belirsiz olduğunu söylemekte yarar vardır. Söz konusu kararlarda görevden alınan kişiler, iş hukuku hükümlerine tabi olarak çalışmakta olup 667 sayılı KHK'nın 4. maddesi uyarınca işverenleri tarafından iş akitlerinin feshi suretiyle işten çıkarılmışlardır. Bu nedenle bu kararların AYM ve AİHM'nin tedbirlere maruz kalan diğer kişiler için de aynı yönde karar vereceği anlamına gelmediğini belirtmekle başlamakta fayda vardır.

AİHM'nin mevcut yaklaşımını açıklamak, eleştirmek ve yetkisi dahilinde ileyebileceği diğer yolları bulmaya çalışmak için sunumumuzun merkezinde yer alacak karar, 15 Aralık 2020 tarihli *Pişkin Türkiye'ye Karşı* kararıdır. Bu kararda başvuran, özel hukuk kurallarına tabi olarak çalıştığı Ankara Kalkınma Ajansı'ndan 667 sayılı KHK'nın 4(g) maddesine dayanarak çıkarılmıştır²⁷. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki birçok hakkının ihlalini ileri süren başvuran, masumiyet karinesinin de ihlal edildiği iddiasındadır. Mahkemenin vardığı sonuç ise masumiyet karinesine dair iddiaların söz konusu tedbir için kabul edilemez olduğudur.

Bu karar karşısında, yalnızca Türk doktrininin değil²⁸, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin²⁹, Venedik Komisyonunun³⁰ ve Pişkin kararındaki

26 AİHM, Genel Kurul, 8 Haziran 1976, *Engel ve diğerleri Hollanda'ya Karşı*, 5100/71, 5101/71 et al., §81.

27 667 sayılı KHK, 22 Temmuz 2016, RG 23.07.2016, 29779, madde 4 (1) g) – “Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.”

28 Tedbirlerin ağır sonuçları için bkz. İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*. Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2018, p. 84; Kerem Altıparmak, “Is the State of Emergency Inquiry Commission, Established by Emergency Decree 685, an Effective Remedy”. *Human Rights Joint Platform*, February, 2017, s. 10; Kerem Altıparmak, “Ölü Doğan Çocuk: 685 sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu. 685 sayılı KHK Öncesi Hukuki Durum”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl : 75, n° 2017/1, ss. 69-87, s. 78 ; Doğan Erkan, *OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve OHAL ile Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi. Tartışmalar / İmkanlar*. Bursa : Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 43. Ayrıca AİHM içtihadında ele alınan arındırma süreçleriyle ve OHAL tedbirlerinin zaman bakımından limitsizliği dolayısıyla cezai kısmın uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Kerem Altıparmak, “OHAL KHK'leri ‘Sivil Ölüm’ mü Demek?”, *Bianet*, 6 sept. 2016, <http://m.bianet.org/bianet/siyaset/178496-ohal-khk-leri-sivil-olum-mu-demek> (Erişim Tarihi: 10.10.2022). Tedbirlerin ceza hukuku anlamında güvenlik tedbirleriyle bağlantılı olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bkz. Sevdiren, s. 127-128.

29 Tedbirlerin niteliği dolayısıyla yapılan değerlendirme için bkz. Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Komiseri (Dunja Mijatović), 19 Şubat 2020, “Country Report following her visit to Turkey from 1 to 5 July 2019”, CommDH(2020)1, §91.

30 Cezalandırıcı nitelik için bkz. Venedik Komisyonu, 12 Aralık 2016, “Opinion on Emergency Decree Laws nos. 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016”, CDL-AD(2016)037, §213.

müdahil tarafların³¹ (Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Türkiye İnsan Hakları Davalarına Destek Projesi) da OHAL tedbirlerinin adil yargılanma hakkının cezai kısmı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirttiğini ifade etmek gerekmektedir.

Biz de ilk olarak Mahkemenin suç isnadının varlığını ve dolayısıyla bir düzenlemenin masumiyet karinesinin uygulama alanına girip girmediğini tespit etmekte kullandığı kriterler üzerinden kabul edilebilirlik incelemesi yapmayı uygun görmekteyiz. AİHM'nin suç isnadı değerlendirmesi, meşhur *Engel ve diğerleri Hollanda'ya Karşı* kararında ele alınan üç ana kriter üzerinde yapılmaktadır³². Bu kriterler, suçun iç hukuktaki sınıflandırılması (A.), suçun niteliği (B.) ve öngörülen cezanın ağırlığıdır (C.).

A. OHAL Tedbirlerinin İç Hukuktaki Sınıflandırılması

AİHM'nin Engel kriterlerini uygulaması çoğunlukla iç hukukta ceza hukuku anlamında suç olarak tanımlanan bir eylemin suç olup olmadığı konusunun yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil, suç olarak nitelendirilmemiş bir eylemin otonom olarak incelenmesi şeklinde yapılmaktadır³³. Bu nedenle suçun iç hukuktaki sınıflandırılması kriteri, belirleyici bir kriter değildir, çok sıkı bir şekilde uygulanmamaktadır ve çoğunlukla diğer kriterlerin de uygulanmasını gerektirmektedir³⁴. Bu kapsamda, bazı idari nitelikteki yaptırımların³⁵, amaçları ve özellikle mali yaptırım güçleri göz önünde bulundurulduğunda cezai kısım içinde yer alabileceğini değerlendirmekte-

31 AİHM, 15 Aralık 2020, *Pişkin Türkiye'ye Karşı*, 33399/18, §85-92.

32 AİHM, Genel Kurul, 8 Haziran 1976, *Engel ve diğerleri Hollanda'ya Karşı*, 5100/71, 5101/71 et al., §82.

33 *Ibidem*, §81.

34 Sürücü belgesinin iptali tedbirinin özel bir ceza kanununda öngörülmesine karşın madde 6'nın uygulama alanında bulunmadığına dair bkz. AİHM [BD], 28 Ekim 1999, *Escoubet Belçika'ya Karşı*, 26780/95, §34.

35 Çalışmanın genelinde idari yaptırım/ceza/tedbir veya disiplin cezası terimleri kullanılmaktadır. İdari yaptırımlar AYM içtihadında "idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar" olarak tanımlanmaktadır. AYM, 23.10.1996, E. 1996/48, K. 1996/41, RG 18.09.1997, 23114. Disiplin yaptırımları da idare tarafından icra edildiklerinden idari yaptırım kategorisinde değerlendirilebilmektedir. Eser Us Doğan & Özge Yücel Dericiler, "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanı İlkelerinin Uygulanması", *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, ss. 1087-1122, s. 1091. İki alanın ayrıldığı örnekler de bulunmaktadır. Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, R (91) 1 no'lu Tavsiye Kararı, 13 Şubat 1991. Bu çalışma kapsamında özel olarak disiplin hukukundan bahsedildiğinde disiplin cezası terimi, niteliği belirsiz olan tedbirlerden bahsedildiğinde olağanüstü tedbir, 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrası alınan terörle mücadele tedbirleri için OHAL tedbirleri ifadesi kullanılacaktır.

dir³⁶. Disiplin cezaları ise çoğunlukla³⁷ adil yargılanma hakkının cezai kısmı kapsamında değerlendirilmemektedir. Peki OHAL tedbirlerinin iç hukuktaki sınıflandırılması konusunda ne söylenebilir?

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilmiş olan olağanüstü hal sırasında kabul edilen KHK'lar arasında, alınacak tedbirleri içerenler³⁸ incelendiğinde bu tedbirlerin temel olarak kurumlar ve kişiler aleyhine alınan tedbirler şeklinde sınıflandırılabilceği görülmüştür. Kurumlar aleyhine³⁹ kapatma, ticari sicil kayıtlarından re'sen terkin, hak ve yükümlülüklerin devri, taşınır ve taşınmazlar ile malvarlıklarının, alacaklar ve hakların devri tedbirleri öngörülmüştür. Kişiler aleyhine ise⁴⁰ yargı alanında görev yapanlar için meslekten çıkarma, silah ruhsatının iptali, hususi pasaportun iptali, kamu konutlarından ve vakıf lojmanlarından tasfiye, bir daha kamu hizmetinde istihdam edilememe, kurul üyelikleri ve sair görevlerin sonlandırılması

36 Örneğin bkz. AİHM, 4 Mart 2014, *Grande Stevens ve diğerleri İtalya'ya Karşı*, 18640/10, 18647/10 et al., §97-98. Söz konusu kararda başvurulara finans alanında sahte ve yanıltıcı bilgi verme ve yaymanın yaptırımı olarak para cezası verilmiştir. Bu cezanın hapis cezasına dönüştürülmesi ihtimali yoktur fakat söz konusu idari cezanın üst sınırı ve ayrıca temsilcilerin şirketi yönetmekten men edilerek itibarlarının zedelenebilecek olması AİHM'nin söz konusu idari cezayı adil yargılanma hakkının cezai kısmında değerlendirmesine yol açmıştır.

37 Özgürlüğü kısıtlayan uzun süreli disiplin cezalarının ağırlıkları sebebiyle cezai kapsama girdiği istisnai örnekler mevcuttur. Askeri disipline karşı işlenen suç bağlamında uygulanan birkaç aylık cezanın madde 6 kapsamında ele alındığı örnek için bkz. AİHM, Genel Kurul, 8 Haziran 1976, *Engel ve diğerleri Hollanda'ya Karşı*, 5100/71, 5101/71 et al., §85.

38 Tespit edilen on yedi kanun hükmünde kararname (KHK), 667, 668, 669, 670, 672, 673, 675, 677, 679, 683, 686, 689, 692, 693, 695, 697 ve 701 sayılı KHK'lardır.

39 Özel ve vakıf sağlık kurum ve kuruluşları, özel eğitim kurum ve kuruluşları, özel öğrenci yurtları ve pansiyonları, vakıf ve dernekler ile bunların iktisadi işletmeleri, vakıf yükseköğretim kurumları, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, vakıflar, dernekler (KHK/667, 679, 689), özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazete ve dergiler ile yayınevi ve dağıtım kanalları (KHK/668, 675, 683, 689, 701), Harp Akademileri, askeri liseler ve astsubay hazırlama okulları (KHK/669) ve çeşitli kurum ve kuruluşlar (KHK/693, 670, 695, 697).

40 AYM üyeleri, Yargıtay ve Danıştay Daire başkanları ve üyeleri, hâkim ve savcılar, Sayıştay meslek mensupları (KHK/667), AYM Daire Başkanı ve üyeleri, Askeri Yargıtay Daire Başkanı ve üyeleri, askeri hâkimler (KHK/667, 668), Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi personel (KHK/667, 668, 669, 670, 677, 692, 693, 695, 697, 701), Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununa Tabi Personel (KHK/667, 669, 672, 677, 701), Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununa tabi personel (KHK/667, 670, 672), Millî Savunma Bakanına tabi personel, Yükseköğretim Personel Kanununa tabi personel, Yükseköğretim üst kuruluşlarındaki 657 sayılı Kanuna tabi personel, mahalli idareler personeli, 657 sayılı Kanun'a veya diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, Bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, Uzman Erbaş Kanununa tabi personel, Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanuna tabi personel (KHK/667, 668, 701), kamu görevlisi (KHK/670, 672, 675, 677, 679, 683, 686, 689, 692, 693, 695, 697), Emniyet Genel Müdürlüğü personeli (KHK/670, 672, 675, 677, 679, 686, 701), Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanuna tabi öğrenciler (KHK/675, 689, 692, 695, 701), haklarında idari işlem tesis edilenler ile aynı gerekçeyle haklarında suç soruşturması veya kovuşturması yürütülenler (KHK/667) ve bu kişilerin eşleri (KHK/673).

rılması, unvan kullanamama; diğer kamu kuruluşlarında çalışanlar için kamu görevinden çıkarılma, bir daha istihdam edilmeme, kurul üyelikleri ve sair görevlerin sonlandırılması, silah ruhsatının iptali, pilot lisansının iptali, kamu konutlarından tahliye, özel güvenlik şirketlerinin kurucusu ortağı ve çalışanı olma yasağı, pasaportun iptali, unvan kullanamama ve gemi adamlığı belgesi iptali; öğrenciler için öğrencilikle ilişik kesme, denklikten yararlanamama ve akademik unvandan yararlanamama ve tüm bu tedbirlerin uygulandığı veya hakkında ceza soruşturması veya kovuşturulması yürütülen kişiler için ayrıca pasaportun iptali ve son olarak da doçentlik başvurusunun iptali tedbirleri uygulanmıştır⁴¹.

Kurumlar aleyhine tedbirler alınırken KHK'ların eklerindeki listeler, doğrudan KHK hükmü veya ilgili bakanlıklarda bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine verilecek bakan onayı yöntemleri kullanılmıştır. Kişiler hakkında ise ait oldukları kurum bünyesinde var olan bir kurul veya yeni kurulan bir komisyon tarafından alınan karar, bakan onayını içeren bir karar veya liste usulüyle tedbir alınması mümkün görülmüştür. Bu kapsamda yöntem olarak kurumların kararıyla veya listeyle tedbir alınması şeklinde iki kategori oluşturmak sunumumuzun kalanında kolaylık yaratacaktır.

OHAL tedbirlerinin, kanunla belirlenen birtakım suçları işleyen kişilerin bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından savunma haklarına uygun olarak yargılanmaları sonucunda verilen bir yargı kararıyla yaptırıma tabi tutulmaları anlamına gelmediği bilinmektedir. Bu nedenle OHAL tedbirlerinin ilk aşamada doğrudan ceza hukuku kapsamında değerlendirilememesi mümkündür. İkinci aşamada, 1982 Anayasasının 129. maddesinde savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemeyeceğinin ve disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağına öngörüldüğü gözlemlenmektedir. OHAL tedbirlerinin 685 sayılı KHK'ya⁴² kadar yargı denetimi dışında kalmış olması ve KHK'ların ekindeki listelerle ihraç edilen kişilerin savunma

41 Doçentlik başvurusu iptali 683 sayılı KHK'nın 4. maddesinde öngörülmüştür. Sayılan tedbirler AYM'nin iptal kararları öncesi durumu yansıtmaktadır. Sonrasında eşlerin pasaportunun iptali tedbirinin (AYM, 24 Temmuz 2019, E. 2016/205, K. 2019/63, RG 31.10.2019, 30934), pasaport iptali tedbirinin (AYM 24 Haziran 2021, E. 2018/81, K. 2021/45, RG 26.01.2022, 31731, §266-276), özel radyo ve televizyon kuruluşlarının listeler dışında ilgili bakan tarafından kapatılması tedbirinin (AYM, 24 Aralık 2020, E. 2017/21, K. 2020/77, RG 08.04.2021, 31448, §52), müdür yardımcısı veya daha üstü ile bunlara eşdeğer yöneticilik görevinde bulunmakta iken ihraç edilenler için atamalarında önceki görevlerinin dikkate alınmasının (AYM, 24 Aralık 2019, E. 2018/159, K. 2019/93, RG 24.03.2020, 31078) iptal edildiği gözlemlenmiştir. Bu iptaller tedbirlere ilişkin olup KHK'larda öngörülmüş diğer hükümlere dair birçok iptal kararı daha mevcuttur.

42 685 sayılı KHK, 2 Ocak 2017, RG 23.01.2017, 29957.

haklarının bulunmaması⁴³ dolayısıyla disiplin cezası olarak da nitelendirilemeyecekleri gözlemlenmektedir. Bunun yanında, OHAL tedbirlerinin, olağan dönemde olağan usullerle, olağan savunma haklarının mevcudiyetinde, olağan kontrol mekanizmalarının denetimi altında alınabileceken⁴⁴ olağanüstü dönemin yarattığı istisnai koşullar dolayısıyla bu özelliklerden arı olarak uygulanmaları da bu tedbirleri mevcut olan belirli bir hukuki kategoriye sokmayı zorlaştırmaktadır.

OHAL tedbirlerine ilişkin olarak verilmiş kararlarda çeşitli nitelendirmeler yapıldığını gözlemlemekteyiz. AYM'nin kendi üyelerini görevden aldığı kararında kurumlar tarafından yapılan değerlendirmenin, “*adli suç veya disiplin suçu niteliğindeki somut bir eylemin soruşturulması mahiyetinde*” olmadığı, üyelerin belli bir yapıyla herhangi bir bağlarının olup olmadığına ilişkin kanaatin oluşturulacağı süreci ifade ettiği ve Genel Kurul’un salt çoğunluğunda oluşacak kanaate göre yapılacağı ele alınmıştır⁴⁵. Bu bağın sübut derecesinde ortaya konması aranmadığı gibi üyelik veya mensubiyet dışında iltisak veya irtibat bulunması halinde de oluşabileceği değerlendirilmiştir⁴⁶. Yapılan inceleme sonucu ulaşılabilecek kanaat, cezai sorumluluğun tespitinden bağımsızdır⁴⁷ ve tedbirin uygulanması tek başına suç işlendiğine dair kuvvetli bir belirti olarak kabul edilemez⁴⁸. Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kuruluna göre ise özellikle meslekten ve kamu görevinden çıkarma tedbirleri, “*adli*

43 Listelerle ihraç edilen kişilerden bahsedilmesinin sebebi, kurum kararıyla ihraç durumunda savunma ve itiraz sürecinin işlediğinin anlaşılmasıdır. Örneğin AYM hâkimleri için bkz. AYM, 11 Ocak 2018, *Alparslan Altan Başvurusu*, 2016/15586, RG 19.01.2018, 30306.

44 Olağan dönemlerde ilgili kişiler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (madde 126), 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu (madde 53 vd), 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu (madde 36), 6216 sayılı AYM'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (madde 16) temelinde görevden alma tedbirine zaten maruz bırakılabilmekteydiler.

Yine olağan dönemde pasaport iptali tedbirinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) (RG 17.12.2004, 25673) 109. maddesi uyarınca bir ceza yargılamasına bağlı olarak alınması veya 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun (RG 24.07.1950, 7564) 22. maddesi uyarınca güvenlik açısından tehdit olarak görülen kimselere pasaport verilmemesi veya yurt dışına çıkışlarının engellenmesi mümkündür. Pasaport iptali tedbiri AYM tarafından iptal edilmiştir. AYM 24 Haziran 2021, E. 2018/81, K. 2021/45, RG 26.01.2022, 31731, §266-276.

Malvarlığının devri de Kemal Gözler'e göre CMK'nın 123. maddesinde öngörülen el koyma tedbirine benzemektedir. Kemal Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejiminin İfşadı Hakkında Bir İnceleme”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/1, ss. 39-67, s. 55. Malvarlığının devri tedbiri de AYM tarafından iptal edilmiştir. AYM, 24 Aralık 2020, E. 2017/21, K. 2020/77, RG 08.04.2021, 31448, §48-52.

45 AYM, E. 2016/6 (Değişik İş) K. 2016/12, T. 4.8.2016, §96.

46 AYM, 4 Nisan 2018, *Mustafa Baldır Başvurusu*, 2016/29354, §68.

47 AYM, 4 Ağustos 2016, E. 2016/6 (Değişik İş), K. 2016/12, §79, 86, 96; AYM, 3 Temmuz 2019, *Mustafa Açıy Başvurusu*, 2016/66638, §53 ; AYM, 3 Temmuz 2019, *E.A. Başvurusu*, n° 2016/78293, §56 ; AYM, 17 Temmuz 2019, *Ali Aktaş Başvurusu*, 2016/14178, RG 11.09.2019, 30885, §52.

48 AYM, 4 Nisan 2018, *Mustafa Baldır Başvurusu*, 2016/29354, §70 ; AYM, 31 Ekim 2019, *Mustafa Özerterzi Başvurusu*, 2016/14597, RG 29.01.2020, 31023, §104.

*suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütleriyle milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran olağanüstü tedbir niteliğindedir*⁴⁹. Sonuç olarak OHAL tedbirleri, iç hukukta ceza hukuku veya disiplin hukukuna ilişkin bir yaptırım olmaktan ziyade “olağanüstü” nitelikte bir yaptırım türü olarak nitelendirilmektedir.

Bu durumun ise adil yargılanma hakkının kabul edilebilirlik kriterleri açısından yapılacak inceleme için bir avantaj olduğunu düşünmekteyiz. Keza bu noktada iç hukukta yapılan “olağanüstü” nitelendirmesi, otonom değerlendirme için daha özgür bir kapı aralamaktadır. Hele ki AİHM’nin adil yargılanma hakkının cezai kısmının uygulanmasını Devletlerin egemen iradelerine bırakmak istemediği⁵⁰ de düşünülürse “olağanüstü” olarak nitelendirilen tedbirler için yapacağı kontrolü, Devlet otoritesine karşı daha sıkı bir şekilde gerçekleştirmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Suçun iç hukuktaki sınıflandırılması kriterinin uygulanmasında Mahkemenin, yürütülen süreçte uygulanacak olan hukuk kurallarını dikkate aldığını görmekteyiz. Bu bağlamda Pişkin kararında söz konusu olan görevden alma tedbirinin adil yargılanma hakkının cezai kısmı içerisinde değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmasının sebeplerinden biri, bu kritere ilişkindir. Mahkeme, özel hukuk kurallarına tabi olarak ve iş mahkemelerinin yargısal kontrolü altında yürütülen süreç sonucunda alınan işten çıkarma tedbirinin, ceza hukukundan ziyade iş hukuku kapsamında olduğunu değerlendirmiştir.

İlk kriter bağlamında ulaşılan bu sonucun çeşitli açılardan eleştirildiği görülmektedir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri OHAL tedbirlerinin seçilme hakkı ve seyahat özgürlüğü üzerinde bir ceza yargılaması sonucunda verilmiş yargı kararı ile getirilmesi gereken sınırlandırmalar içerdiğini ve bu nedenle ceza hukuku anlamında bir yaptırım olarak değerlendirilmeleri gerektiğini belirtmiştir⁵¹. Bir diğer eleştiri de OHAL döneminde alınan tedbirlerin post-Sovyet dönemi “arındırma” (*lustration*) sürecine benzer unsurlar içerdiği argümanına dayanmaktadır. Bu husus öncelikle Venedik Komisyo-

49 Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu, Genel Kurul, 13 Şubat 2017, K. 2017/35, T. 9. Kararın alındığı dönemde kurulun adında “Yüksek” ibaresi bulunması dolayısıyla bu ifade kullanılmıştır.

50 AİHM, Genel Kurul, 8 Haziran 1976, *Engel ve diğerleri Hollanda’ya Karşı*, 5100/71, 5101/71 *et al.*, §81.

51 Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Komiseri (Dunja Mijatović), 19 Şubat 2020, “Country Report following her visit to Turkey from 1 to 5 July 2019”, CommDH(2020)1, §91.

nu tarafından ileri sürülmüş⁵² sonrasında Pişkin kararında da müdahil sivil toplum kuruluşları tarafından desteklenmiştir. Arındırma sürecinde temel olarak çeşitli ülkelerin post-Sovyet döneminde kendi hal ve koşullarına göre aldığı meslekten çıkarma ve buna bağlı birtakım tedbirler söz konusudur⁵³. Bu tedbirler örneğin, *Matyjek Polonya'ya Karşı* kararında incelendiğinde AİHM'nin, arındırma tedbirleri için ceza hukuku kurallarının uygulanıyor olması dolayısıyla tedbirlerle cezai alan arasında sıkı bir bağ olduğunu değerlendirdiği görülmüştür.

AİHM, Pişkin kararında uygulanan hukuk kuralları dışında diğer kriterleri de dikkate alarak Türkiye'de alınan tedbirlerle arındırma sürecinde alınmış olan tedbirlerin farklı olduğu sonucuna varmıştır. Bizim eleştirilerimiz de daha çok bu sonuca odaklanacaktır.

B. OHAL Tedbirlerinin Hukuki Niteliği

Suçun niteliği bağlamında inceleme yapılmasını gerektiren ikinci kriter kapsamında, *Öztürk Almanya'ya Karşı* kararında belirtildiği gibi caydırıcı ve cezalandırıcı etki aranmaktadır⁵⁴. Cezai sürecin kanunen yaptırım yetkisine sahip bir kamu otoritesi tarafından başlatılmış olması önem taşımaktadır⁵⁵. Mahkemeye göre ceza hukuku düzenlemeleri, belirli bir gruba değil herkese yönelmelidir⁵⁶. Bu nedenle disiplin hukuku yaptırımlarının belli bir gruba hedeflediği göz önünde bulundurulduğunda, cezai alan kapsamında değerlendirilmemeleri gerektiği sonucuna varılmaktadır. Yani AİHM, disiplin hukuku kapsamındaki yaptırımları adil yargılanma hakkının cezai kapsamından

52 Venedik Komisyonu, 12 Aralık 2016, "Opinion on Emergency Decree Laws nos. 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016", CDL-AD(2016)037, §213. "Dismissals of public servants as a lustration measure – for the danger that they may represent for the State on account of their connections with the Gülenist network, which is defined as a terrorist organisation – are different in nature from ordinary dismissals on account of breaches of disciplinary rules. These dismissals have legal repercussions, which go much beyond the loss of a job; all factors considered together, it is not excluded (although not guaranteed) that such dismissals may be characterised by the ECtHR as criminal-law measures in essence, if not in name." Ayrıca bkz. Altıparmak, "OHAL...".

53 Arındırmaya ilişkin yalan beyan verilmesi dolayısıyla ihraca ilişkin bkz. AİHM, 30 Mayıs 2006, *Matyjek Polonya'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 38184/03, §37. Eski KGB ajanlarının Devlete sadakati bulunmadığı gerekçesiyle kamu hizmetine alınmalarına ilişkin olarak bkz. AİHM, 7 Nisan 2005, *Rainys ve Gasparavicius Litvanya'ya Karşı*, 70665/01, 74345/05, §36; AİHM, 14 Şubat 2006, *Turek Slovakya'ya Karşı*, 57986/00, §110. Arındırma süreçlerinde usuli güvencelere uyulması gerekliliği hakkında bkz. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 27 Haziran 1996, 1096(1996) no'lu Karar, « Mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes », §12.

54 AİHM, Genel Kurul, 21 Şubat 1984, *Öztürk Almanya'ya Karşı*, 8544/79, §53.

55 AİHM [BD], 10 Haziran 1996, *Benham Birleşik Krallık'a Karşı*, 19380/92, §56. Ayrıca bkz. William A Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2015, s. 277.

56 AİHM, Genel Kurul, 21 Şubat 1984, *Öztürk Almanya'ya Karşı*, 8544/79, §53.

çıkartırken suçun niteliği kriteri içerisinde belli bir grubun hedeflenmesine dayanmaktadır⁵⁷.

AİHM, adil yargılanma hakkının cezai kısmının örneğin memurlara uygulanmayacağı kanaatinde⁵⁸. Meslekten çıkarma da bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarında açıkça disiplin hukuku kategorisine sokularak madde 6'nın cezai kısmı kapsamında ele alınmamıştır. Komisyon, meslekten çıkarma cezasının ağırlığını kabul etmekle birlikte disiplin hukukuna ilişkin olması dolayısıyla cezai kısmın korumasından yararlanamayacağına hükmetmiştir⁵⁹. Bu yaklaşım AİHM önünde de noterler⁶⁰, doktorlar⁶¹ ve askerler⁶² için benzer sonuçlar doğurmuştur.

Pişkin kararında ikinci kriterin yani suçun niteliği kriterinin uygulanmasında AİHM, belirli bir grubu hedeflememe koşulunu aramış ve söz konusu KHK'nın belli bir kişi kategorisini – kamu görevlilerini, hâkimleri, savcılar ve kamu hizmeti çalışanlarını – hedeflediği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, tedbirin alınmasının sebebi olan bağın kurulması, Ceza Kanununda tanımlanmış olan bazı suçların unsurlarına benzer olarak nitelendirilebilecek olsa da bu durum, tek başına bir suç isnadının varlığını göstermez. Çünkü söz konusu olan, bir suçun isnat edilmesi değil, ilgili örgütlerle olan bağlantı hakkında işveren tarafından bir değerlendirme (*assessment/considération*) yapılmasıdır.

Bu bağlamda OHAL tedbirlerinin, yalnızca “kamu görevlilerini, hâkimleri, savcılar ve kamu hizmeti çalışanlarını” kapsamaları dolayısıyla belli bir grubu hedeflediği sonucuna varılması eleştirilebilecektir. Öncelikle, kamu hizmeti gibi geniş bir kavramın⁶³ yalnızca belli bir grup çalışanı içerdiği sonucuna varmanın kısıtlayıcı bir yorum olduğu düşünülmektedir. Ayrıca kapatılan tüm kurumlar dolayısıyla görevlerinden olan kişilerin de tedbirlerden etkilendiğini görmek mümkündür. Kapatılan özel ve vakıf sağlık kurum ve

57 Gilliaux, s. 191. Örneğin bkz. AİHM, 22 Mayıs 1990, *Weber İsviçre'ye Karşı*, 11034/84, §33. AİHM, 27 Ağustos 1991, *Demicoli Malta'ya Karşı*, 13057/87, §33.

58 AİHM, 2 Temmuz 2009, *Jordan Jordanov ve diğerleri Bulgaristan'a Karşı*, 23530/02, §44.

59 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), Genel Kurul, 8 Mart 1976, *X Danimarka'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 7374/76; AİHK, 4 Eylül 1990, *Bertrand Belçika'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 16383/90; AİHK, 5 Mayıs 1993, *J.C. Belçika'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 18958/91.

60 AİHM, 31 Ocak 2012, *Durand Fransa'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 10212/07, §56.

61 AİHK, 9 Aralık 1997, *Wickramasinghe Birleşik Krallık'a Karşı*, kabul edilebilirlik, 31503/96. Burada varılan sonucun tüm doktorlar için geçerli olduğunu ileri sürmek elbette mümkün değildir.

62 *Inter alia* bkz. AİHM, 11 Eylül 2007, *Suküt Türkiye'ye Karşı*, kabul edilebilirlik, 59773/00; AİHM, 4 Temmuz 2000, *Batur Türkiye'ye Karşı*, kabul edilebilirlik, 38604/97.

63 Özel kişileri de kapsayan örnekler için bkz. Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 8, 1991, ss. 233-252.

kuruluşları, özel eğitim kurum ve kuruluşları, özel öğrenci yurtları ve pansiyonları, vakıf ve dernekler ile bunların iktisadi işletmeleri, vakıf yükseköğretim kurumları, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, vakıflar, dernekler özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazete ve dergiler ile yayınevi ve dağıtım kanalları, haber ajansları çalışanlarının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri, 22.474 kişinin kurumların kapatılması dolayısıyla işlerinden olduklarını tespit etmiştir⁶⁴. Hatta örneğin Milli Eğitim Bakanlığı'nın bir genelge çıkararak kapatılan eğitim kurumlarında çalışan kişilerin çalışma izinlerini iptal ettiği de bilinmektedir⁶⁵. Bu noktada çalışma izinleri iptal edilen kişilerin eğitim kurumlarının kapatılması tedbirinden doğrudan etkilendiklerini söylemek yanlış olmayacaktır⁶⁶.

Bunun dışında örneğin pasaport iptali tedbiri, AYM tarafından iptal edilene kadar⁶⁷ asıl tedbire maruz kalan kişilerin eşleri için de uygulanmaktaydı⁶⁸. Kamu konutlarından tahliye de yine yalnızca tedbire maruz kalan kişiler değil aileleri üzerinde de doğrudan etki yaratmaktaydı. Ayrıca yurt dışına gönderilen öğrenciler de tedbire doğrudan maruz kalan kategorilerden biridir⁶⁹. Bu nedenle Pişkin kararında yalnızca 667 sayılı KHK'nın 4(g) maddesine dayanarak alınan tedbirler söz konusu olmuşsa da sonuçları ve uygulandığı kişiler açısından tüm OHAL KHK'larının onlara dayanarak alınan tedbirlerle birlikte değerlendirilip belli bir grubu değil oldukça geniş kategorideki kişileri kapsadığı ve Pişkin kararındaki başvuranın da bu kategorilerden birini oluşturduğu sonucuna ulaşılabilirdi. Bu argüman aynı zamanda müdahil sivil

64 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Mart 2018, "Report on the impact of state of emergency on human rights in Turkey, including an update on the South-East" §8.

65 "Cumhuriyet Savcılıklarınca haklarında işlem başlatılan özel öğretim kurumları ile özel öğrenci yurtlarından yönetimine kayyum atanmayan kurumlar ve kayyum atanan kurumlarda kayyum ataması yapılmadan önce görev yapan, yönetici, eğitimci, öğretmen, uzman öğretici, usta öğretici ve diğer personelin Milli Eğitim Bakanlığı Bilişim Sistemleri (MEBBİS) üzerinden tespitleri yapılarak çalışma izinleri valiliklerce iptal edilecek, bu personele başka bir özel öğretim kurumunda çalışma izin onayı düzenlenmeyerek MEBBİS üzerinde gerekli bilgiler işlenecektir." AYM, 6 Ocak 2022, *Ayşe Ortak Başvurusu*, 2018/25011, RG 06.04.2022, 31801, §10.

66 Anayasa Mahkemesi'nin bu genelge hakkında yapılan bireysel başvurularda masumiyet karinesi bağlamında kabul edilemezlik sonucuna, özel hayata saygı hakkı bağlamında ise müdahalenin kanunla değil genelgeyle öngörülmesi dolayısıyla ihlal sonucuna vardığını gözlemlemekteyiz. AYM, 6 Ocak 2022, *Ayşe Ortak Başvurusu*, 2018/25011, RG 06.04.2022, 31801; AYM, 16 Haziran 2022, *Musa Kırmızı Başvurusu*, 2018/33255.

67 AYM, 24 Temmuz 2019, E. 2016/205, K. 2019/63, RG 31.10.2019, 30934, §70-77.

68 Eşi hakkında ceza yargılaması bulunması sebebiyle kendi pasaportu iptal edilen başvuru hakkında yapılan idari işlemin hukuka uygun olduğu ve başvuru hakkında bir suç isnadı bulunmadığından masumiyet karinesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılan karar için bkz. AYM, 14 Ekim 2020, *Sare Tekalan Başvurusu*, 2018/34758.

69 *Inter alia* bkz., KHK/675, 3 Ekim 2016, RG 29.10.2016, 29872, madde 4.

toplum kuruluşları tarafından ileri sürülmüş fakat AİHM tarafından dikkate alınmamıştır⁷⁰.

AİHM, post-Sovyet dönemi arındırma tedbirlerini incelediği *Matyjek Polonya'ya Karşı* kararında Arındırma Kanunu'na göre söz konusu yaptırımlara maruz kalacak kişilerin geniş bir grubu kapsadığı, çünkü avukat, memur, hâkim, savcı veya seçimlere katılmayı düşünen kişilerin de bu grup içinde bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Hatta yaptırımların siyasi hakların kullanılmasına olan etkisi, cezanın ağırlığı kriteri bağlamında da inceleme konusu yapılmıştır⁷¹. Bu bağlamda YSK'nın 2019 yerel seçimlerinde kamu hizmetinden yasaklı kişilerin seçildikleri bölgelerde mazbatalarının verilmesini engelleyen ve seçimlerin yenilenmesine hükmeden kararları⁷² göz önünde bulundurulduğunda OHAL KHK'larının da benzer bir kapsamı içerdiğini gözlemlemek mümkündür. Pişkin kararının 2020 Aralık'ta verildiğini düşünürsek AİHM'nin bu kararlardan haberdar olmuş olabileceği kanaatindeyiz. Avukatlar için de herhangi bir kanuni dayanağı olmamasına rağmen baroların kayıt taleplerini reddettiği bilinmekte, bu örnek AYM'nin *Tamer Mahmutoğlu Başvurusu* kararında karşımıza çıkmaktadır⁷³. Bu nedenlerle AİHM'nin OHAL tedbirlerinin nitelik itibarıyla adil yargılanma hakkının cezai alanı kapsamında değerlendirilebileceği yorumunu yapmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

C. OHAL Tedbirlerinin Ağırlığı

Üçüncü kriter olan öngörülen cezanın ağırlığı kriteri ise ikinci kriterle kümülatif olarak değil birbirinin alternatifi olarak uygulanmaktadır⁷⁴. Söz konusu eylem için öngörülen cezalar arasında en ağır olanının dikkate alınması ve bunun üzerinden cezanın ağırlığı incelemesi yapılmaması gerekmektedir⁷⁵.

AİHM, Pişkin kararında, iş akdinin sona ermesi ana tedbirinin yanında kamu hizmetine bir daha girememek gibi tedbirlerin de bulunmasının cezalandırıcı (*punitive*) bir yanı olduğunu kabul etmekle birlikte işten çıkarmanın

70 AİHM, 15 Aralık 2020, *Pişkin Türkiye'ye Karşı*, 33399/18, §88.

71 AİHM, 30 Mayıs 2006, *Matyjek Polonya'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 38184/03, §49-58.

72 Muhtarlık seçimlerinin yenilenmesi hk. bkz. YSK, 23.04.2019, no 3728; Belediye Meclis Üyeliğini kazanan üyenin mazbatasının iptali ve yerine sonraki en çok oy alan kişinin seçilmesi hk. bkz. YSK, 24.04.2019, no 3849; YSK, 24.04.2019, no 3858; YSK, 25.04.2019, no 3942; YSK, 26.04.2019, no 4082 <<https://www.ysk.gov.tr/tr/karar/liste>> (Erişim Tarihi: 09.10.2022).

73 AYM, 12 Aralık 2017, *Tamer Mahmutoğlu Başvurusu*, 2017/38953, RG 08.09.2020, 31238.

74 AİHM, Genel Kurul, 21 Şubat 1984, *Öztürk Almanya'ya Karşı*, 8544/79, §54; AİHM, Genel Kurul, 25 Ağustos 1987, *Lutz Almanya'ya Karşı*, 9912/82, §55; AİHM [BD], 9 Ekim 2003, *Ezeh ve Conors Birleşik Krallık'a Karşı*, 39665/98, 40086/98, §86.

75 AİHM, Genel Kurul, 8 Haziran 1976, *Engel ve diğerleri Hollanda'ya Karşı*, 5100/71, 5101/71 et al., §82.

olağan bir iş hukuku uyumsuzluğu olduğu ve herhangi bir ceza ile karşılaştırmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Arındırma süreçlerine ilişkin kararlarda ise kamu görevinden çıkarılma ve on yıl boyunca hukuki ve siyasi alanları da içeren birçok kamu hizmetinde tekrar istihdam edilememe sonuçları göz önünde bulundurulduğunda uygulanan yaptırımların cezalandırıcı (*punitive*) ve caydırıcı (*deterrent*) nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Böylece adil yargılanma hakkının cezai kısmı uygulanmıştır⁷⁶. Fakat AİHM Pişkin kararında, OHAL KHK'larıyla alınan tedbirlerin “bastırıcı” nitelikte olmaması dolayısıyla arındırma süreci gibi cezai alanla bağlantılı olmadığını değerlendirmiştir⁷⁷. Mahkemenin bu noktada daha önce kullanabilmiş olduğu yetkilerine dayanarak farklı bir sonuca varabileceği kanaatindeyiz.

Öncelikle, OHAL KHK'larının amacı, “darbe teşebbüsünün sonlandırılması, benzer bir müdahale teşebbüsünün tekrarlanmaması, genel olarak FETÖ/PDY'nin demokratik anayasal düzen ile temel hak ve hürriyetlere yönelik tehdidinin tamamen ortadan kaldırılması ve bu kapsamda yapılacak mücadelenin daha etkin bir şekilde sürdürülebilmesi” olarak nitelendirilmiştir⁷⁸. Bu amaçların darbe teşebbüsünü “bastırma”yı içerdiği sonucuna ulaşmak ve bu vesileyle alınan tedbirlerin de “bastırıcı” amacı olduğunu değerlendirmek de mümkündür.

Bunun dışında örneğin Venedik Komisyonu, ilave tedbirlerin – örneğin kamu konutlarından tasfiye tedbirinin – bu tedbirlerin amaçları için ne kadar faydalı olacağını sorgulamaktadır⁷⁹. Komisyon, “cezalandırıcı” olarak nitelendirilebilecek bu tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olmadığını değerlendirmektedir⁸⁰. Ayrıca birçok tedbirin kümülatif olarak ağır sonuçlar doğurmasının “sivil ölüm”e⁸¹ yol açabileceğinin Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından da beirtildiğini görmekteyiz⁸².

76 AİHM, 30 Mayıs 2006, *Matyjek Polonya'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 38184/03, §49-58.

77 AİHM, 15 Aralık 2020, *Pişkin Türkiye'ye Karşı*, 33399/18, §106.

78 AYM, 4 Ağustos 2016, E. 2016/6 (Değişik İş), K. 2016/12, §76.

79 Venedik Komisyonu, 12 Aralık 2016, “Opinion on Emergency Decree Laws nos. 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016”, CDL-AD(2016)037, §146.

80 *Ibidem*.

81 Avrupa Konseyi Takip Komisyonu, 5 Nisan 2017, « Le fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie », §16; Le Monde, 9 Haziran 2017, <https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/06/09/turquie-la-mort-civile-d-ibrahim-kaboglu-opposant-actif-et-defenseur-de-l-etat-de-droit_5141376_3232.html> (Erişim Tarihi: 11.10.2022); İbrahim Ö. Kaboğlu, « Suppression du régime parlementaire sous l'état d'urgence : Remarques sur la modification constitutionnelle 'approuvée' par le référendum du 16 avril 2017 ». *La revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2017, §25.

82 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 7 Ekim 2016, “Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey”, CommDH(2016)35, §33-34.

Tedbirlerin ağır sonuçlarına ilişkin ileri sürülebilecek bir diğer argüman da kalıcı olmalarına ilişkindir⁸³. Bu bağlamda BM Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Korunması Özel Raportörü Martin Scheinin'in 2006 yılında hazırladığı raporda, malvarlığının dondurulması yaptırımının kalıcı olması halinin cezai bir yaptırım olarak nitelendirilebileceğini belirttiğini de hatırlatabiliriz⁸⁴. OHAL KHK'larıyla kurum ve kuruluşların malvarlıklarının Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne veya hazineye bedelsiz devrinin de el koyma tedbiri olarak nitelendirilebilecek derecede ağır sonuçlar içerdiği değerlendirilmektedir⁸⁵. Kamu hizmetinden çıkarma tedbirinin ise kamu hizmetine yeniden döneme etkisini de doğurduğu⁸⁶ düşünülürken OHAL tedbirlerinin kalıcı sonuçlarının Mahkeme tarafından dikkate alınmış olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Buna karşılık Mahkemenin ağırlıkları bakımından da ceza hukuku kapsamına girebileceğini değerlendirdiği arındırma süreci yaptırımlarının, kamu hizmetine on yıl boyunca yeniden dönememeyi içerdiğini görmekteyiz. Türkiye'de uygulanmış olan kamu hizmetinden çıkarma tedbirinin kamu hizmetine süre sınırlaması olmadan yeniden dönememe şeklinde bir sonucu da beraberinde getirmesi, bundan çok daha ağır olarak nitelendirilebilirdi. Hatta Pişkin kararındaki müdahil sivil toplum örgütleri, bu noktada arındırma süreçleriyle OHAL KHK'larının benzerlikleri konusunda Venedik Komisyonu'na katılmadıklarını belirtmişlerdir. Çünkü arındırma yaptırımları sınırlı bir zaman boyunca uygulanmaktadır fakat OHAL KHK'larıyla alınan tedbirler kalıcıdır.

AİHM'nin önceki içtihadına göre mevcut yetkisi kapsamında yapmış olabileceği tüm bu tespitler dışlanarak OHAL tedbirlerinin ceza hukuku kapsamında değerlendirilmemesi, masumiyet karinesinin ihlali iddialarına dair bir değerlendirmenin dahi yapılamamasına sebep olmuştur. AYM'nin mevcut kararlarına da baktığımızda ceza yargılamasının bulunmadığı ve yalnızca OHAL tedbirlerinin mevcut olduğu masumiyet karinesine ilişkin başvurular da, suç isnadı bulunmaması dolayısıyla doğrudan konu bakımından yetki-

83 Meslekten çıkarmanın bir tedbir değil ağır bir yaptırım olduğuna ilişkin olarak bkz. Fazıl Sağlam, "Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliklerinden Sonraki Görünümü", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, 2018, ss. 21-102, s. 61.

84 BM Genel Kurul, 16 Ağustos 2006, "Protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme", A/61/267, §34-35.

85 Gözler, "15 Temmuz...", s. 55-56.

86 AYM, bu yasağı olağanüstü dönem temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi uyarınca orantılı olarak değerlendirmiştir. AYM 24 Haziran 2021, E. 2018/81, K. 2021/45, RG 26.01.2022, 31731, §164.

sizlik sonucuna ulaşıldığını görmekteyiz⁸⁷. Diğer bir kısım başvuru da OHAL Komisyonu kurulması ve idari yargı yolunun açılması dolayısıyla başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez bulunmaktadır⁸⁸.

Sonuç olarak masumiyet karinesi kapsamında yetkisiz olduğunu kabul eden AİHM, kendisi ve onu takip eden AYM için, tespit edilebilecek hak ihlallerini incelemeyi reddetmiş durumdadır. Peki içeriğe girilebilseydi nasıl değerlendirmeler yapılabilirdi?

II. Aleyhinde Tedbir Alınan Kişilerin Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesi, birçok ceza muhakemesi ilkesi tarafından desteklenen ve onların bir parçası olarak karşımıza çıkan bir ilkedir. Asıl amaçlanan, suçluluğu hukuken tespit edilene kadar kişinin suçlu olduğuna dair bir his yaratmamaktır⁸⁹. Ceza mahkemesi hâkimlerinin, yargılamaya sanığın isnat edilen suçu işlediği fikriyle başlamaması gerekir, bu nedenle ispat yükü savcılıktadır ve şüpheden sanık yararlanır⁹⁰. Sanığın suçluluğu, savunma haklarının etkin bir şekilde kullanıldığı yargılamanın sonunda verilen hukuki bir karara dayanarak ve gerekçeli olarak ortaya konmalıdır⁹¹.

AİHM'nin esas incelemelerinde öncelikle kendi içtihadıyla oluşturmuş olduğu ve iç hukukta mevcut olan genel ilkeler belirtilmekte, sonrasında bu ilkelerin olaya uygulanması gerçekleştirilmektedir. Çalışmamızda AİHM kararlarının sistematüğını izlemeye çalıştığımızdan bu aşamada da öncelikle genel ilkeler (A.) sonrasında da ilkelerin OHAL tedbirlerine uygulanması (B.) şeklinde bir yol takip edilecektir.

A. Uygulanabilecek Genel İlkeler

Kabul edilebilirlik kriterlerini geçen ve masumiyet karinesi kapsamında incelemeye tabi olabilecek bir olayda AİHM, konuya iki açıdan yaklaşmakta-

87 AYM, 6 Ocak 2022, *Ayşe Ortak Başvurusu*, 2018/25011, RG 06.04.2022, 31801, §47 ;AYM, 10 Mayıs 2022, *Selçuk Sinan Başvurusu*, 2018/16395, §25 ; AYM, 16 Haziran 2022, *Musa Kırmızı Başvurusu*, 2018/33255, §29 ; AYM, 29 Eylül 2021, *Ömer Kılınç Başvurusu*, 2018/30695, RG 18.01.2022, 31723, §135; atama işleminin yapılmaması durumunda Pişkin kararının sonuçlarına dayanarak suç isnadı bulunmadığı sonucu için bkz. AYM, 20 Mayıs 2021, *İdris Ertaş Başvurusu*, 2019/21949, RG 10.09.2021, 31594, §42.

88 AYM, 12 Ocak 2022, *Ece Köse Başvurusu*, 2019/17006, §29.

89 AİHM, 25 Mart 1983, *Minelli İsviçre'ye Karşı*, 8660/79, §37.

90 AİHM (Genel Kurul), 6 Aralık 1988, *Barberà, Messegué ve Jabardo İspanya'ya Karşı*, 10590/83, 77.

91 AİHM, 25 Mart 1983, *Minelli İsviçre'ye Karşı*, 8660/79, §37.

dir. İlki cezai sürecin yürütülmesine, ikincisi de cezai sürecin sonunda beraat eden kişinin masumiyetini güvence altına almaya ilişkindir⁹². AYM de bu içtihadı uygulamaktadır⁹³.

Bu bağlamda masumiyet karinesine müdahale teşkil edebilecek örnekler, kamu gücünü kullanan birtakım kişi veya makamların devam eden ceza yargılamalarına ilişkin yaptıkları yorumlara ilişkin olmaktadır. Amaç, şüpheli veya sanığın suçlu olduğu intibai yaratmamak ve yargı makamlarını etkilemek olduğundan özellikle adli makamların dikkatli davranması gerekmektedir⁹⁴. Fakat AİHS'nin 6. maddesinin masumiyet karinesine ilişkin olan ikinci fıkrası, ilk fıkrası gibi bir "mahkeme"den bahsetmediğinden herhangi bir kamu otoritesinin de müdahalede bulunabileceği değerlendirilmektedir⁹⁵. Bu kapsamda, Adalet Bakanının göstermesi gereken özel dikkat⁹⁶ veya kamu görevlileri tarafından kullanılan kelimelerin seçimi ve beyanların açıklandığı koşullar kapsamındaki gerçek anlamı⁹⁷, AİHM içtihadında ele alınmış konulardır.

Bizim incelememizde fayda sağlayacak kısım ise cezai sürece paralel olarak yürütülen disiplin yargılamalarına ilişkindir. Aynı eylemin iki süreçte de inceleme konusu yapılması halinde masumiyet karinesinin korunması için idari makamın vereceği kararda kullanılan ifadeler önem taşımaktadır⁹⁸.

Türk hukukunda paralel yürütülen idari ve cezai süreçlerin birbirine bağlı olarak yürütülmesi zorunluluğu yoktur⁹⁹. Danıştay da temel olarak disiplin ve ceza yargılamalarının farklı oldukları kanaatinde¹⁰⁰. Buna karşılık

92 AİHM [BD], 12 Temmuz 2013, *Allen Birleşik Krallık'a Karşı*, 25424/09, §94.

93 AYM, 11.06.2018, *Galip Şahin Başvurusu*, 2015/6075, §39-40; AYM, 02.07.2020, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, 2016/13566, RG 20.10.2020, 31280, §41.

94 AİHM, 25 Mart 1983, *Minelli İsviçre'ye Karşı*, 8660/79, §37.

95 AİHM, 10 Şubat 1995, *Allenet de Ribemont Fransa'ya Karşı*, 15175/89, §36.

96 AİHM, 24 Mayıs 2011, *Konstas Yunanistan'a Karşı*, 53466/07, §43.

97 *Ibidem*, §33.

98 AİHM, 28 Mart 2017, *Kemal Coşkun Türkiye'ye Karşı*, 45028/07, §44.

99 Cihan Yüzbaşıoğlu "Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan*, Cilt 1, 2014/1, ss. 687-717. Ceza hukuku ile toplum düzenine aykırı davranışlar, disiplin hukuku ile bir kurumun düzenine aykırı davranışlar cezalandırılır. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, 2013, Ankara, s. 527. Hatta bu ayırım, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda (RG 23.07.1965, 12056) (madde 131), 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda (RG 26.02.1983, 17971) (madde 72) ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda (RG 06.11.1981, 17506) (53/A(n)) yer almaktadır. Yükseköğretim Kanunundaki hükme göre diğer kanunlardan farklı olarak ceza kovuşturmasının bekletici mesele yapılması ve zamaşımının durdurulabilmesi mümkündür. Fakat Devlet Memurları Kanunu ve Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda böyle bir hüküm olmadığından ceza yargılamasının uzun sürebilme ihtimaline karşın disiplin cezası vermek için ceza yargılamasının sonucunun beklenmemesi gerektiği savunulmaktadır. Doğan & Dericiler, s. 1112.

100 Danıştay, söz konusu ayırımı, disiplin cezası gerektirecek eylemin her zaman Ceza Kanununda suç teşkil etmemesine, cezayı veren makamın farklılığına, disiplin cezasının yalnızca kamu görevlisini ilgilendirmesine, kişinin ceza hukukuna göre bir mahkûmiyet kararı verilse de disiplin cezasına muhatap

Danıştay'ın, kişinin disiplin cezası almasına sebep olacak eylemler Türk Ceza Kanununda açıkça tanımlanmış bir suç oluşturuyorsa ceza mahkemesince verilecek karar sonucunun beklenmesi gerekeceğini belirten yakın tarihli kararları da mevcuttur¹⁰¹. Bu durumda eğer ceza yargılaması, suçun unsurlarının oluşmadığı veya suçun o kişi tarafından işlenmediği gerekçesiyle beraatle sonuçlanmışsa ceza mahkemelerinin verdiği sonucun bağlayıcı nitelikte olacağı değerlendirilmektedir¹⁰². Fakat delil yetersizliği halinde ceza yargılaması sonucunun mutlak olarak bağlayıcı olmadığı savunulmaktadır¹⁰³.

AYM ise Danıştay'dan farklı olarak suçun işlendiğinin sabit olmaması¹⁰⁴ ve delil yetersizliği¹⁰⁵ sebebiyle verilen beraat kararlarının veya cezanın zamanlaşımına uğraması sonucunda ortadan kaldırılmasının¹⁰⁶ da disiplin süreçlerinde dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. AYM, ceza yargılaması sonunda verilen söz konusu kararlara rağmen kişinin suç konusu eylemleri işlediğini belirterek disiplin cezası kararı veren makamların masumiyet karinesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmaktadır¹⁰⁷.

olabilmesine, disiplin cezasının yargısal olmayan niteliğine dayandırmakta ve bu nedenle iki alanın amaç, kapsam, usul ve sonuçlar bakımından farklı olduğunu ileri sürmektedir. Danıştay 12. Dairesi, 4 Şubat 2011, E. 2010/64, K. 2011/474.

101 Danıştay 5. Dairesi, 16 Eylül 2019, E. 2019/545, K. 2019/4200. Söz konusu eylem Emniyet Disiplin Tüzüğü'nde meslekten çıkarma cezası için açıkça öngörülen uyuşturucu madde yapmak, kullanmak veya bunların yapılmasına, kullanılmasına, saklanmasına, yollanmasına, yakalanacağı sırada ortadan kaldırılmasına, satılmasına veya satın alınmasına aracı olmaktır.

102 Danıştay 10. Dairesi, 26 Ekim 1989, E. 1987/1637, K. 1989/1877.

103 *Ibidem*.

104 AYM, 2 Temmuz 2020, *Barış Baş Başvurusu*, 2016/14253, RG 20.10.2020, 31280.

105 AYM, 7 Kasım 2013, *Ramazan Tosun Başvurusu*, 2012/998; AYM, 2 Temmuz 2020, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, 2016/13566, RG 20.10.2020, 31280.

106 AYM, 12 Mart 2015, *Münir İçer Başvurusu*, 2012/584, RG 16.05.2015, 29357. Söz konusu kararda özellikle ceza yargılamasına atıf yapılması masumiyet karinesinin ihlaline yol açmıştır.

107 AYM, 2 Temmuz 2020, *Barış Baş Başvurusu*, 2016/14253, RG 20.10.2020, 31280. Söz konusu kararda öğrenciye tokat atan öğretmenin tokat atma eylemini gerçekleştirdiğinin kesin olarak ortaya konmaması sebebiyle beraat kararı verilmiştir. Disiplin cezası ve naklen atama kararlarının ve bu kararlara karşı yapılan iptal başvurularının sonucunda ortaya konan gerekçeler ise hayatın olağan akışında başvuranın tokat atmış olduğuna dayanmıştır. Bu nedenle masumiyet karinesini ihlal edilmiştir. AYM, 7 Kasım 2013, *Ramazan Tosun Başvurusu*, 2012/998: Söz konusu kararda sanığa dört suç isnat edilmiştir ve sanık bunların üçünden delil yetersizliği sebebiyle beraat etmiştir. Disiplin cezasına itirazı inceleyen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) ise ceza yargılamalarındaki tanık beyanlarına ve isnat edilen eylemlerin niteliği ve niceliğine bakarak masumiyet karinesini ihlal etmiştir. AYM, 2 Temmuz 2020, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, 2016/13566, RG 20.10.2020, 31280: Bir zabıt kâtabinin soruşturma aşamasındaki dosyanın gizliliğini ihlal suçunu, dosyadaki bir belgenin fotokopisini çekerek işlediği ileri sürülse de söz konusu eylemi yapan kişinin başvuran olduğunun kesin olmaması sebebiyle beraat etmesi söz konusudur. Yüksek Disiplin Kurulu'nun fotokopiyi çekerek gizliliği ihlal etmenin memuriyetle bağdaşmaması dolayısıyla ceza vermesi, masumiyet karinesini ihlal etmiştir.

Bunun dışında, ceza yargılaması sırasında elde edilen bir delili dikkate almak tek başına masumiyet karinesinin ihlaline yol açmayabilir¹⁰⁸. AYM, disiplin yargılamasında yapılan incelemenin ceza yargılamasına konu olan eylemlerle bağlantısı olması halinde, suçun vasıf ve mahiyetinin kişinin disiplin durumuna etkisinin tartışılmasının sorun teşkil etmeyeceği kanaatinde¹⁰⁹. Bu nedenle suçun işlendiğine dair doğrudan beyan içermeyen fakat suç oluşturduğu eylemlerin kurum itibarını zedeleyecek bir ahlaki durum yarattığından bahseden kararlar, masumiyet karinesi için bir ihlal yaratmayacaktır¹¹⁰.

AİHM'ye göre de disiplin ve ceza hukukunun ayrılması için disipline ilişkin incelemenin iş ahlaki ve memuriyetin gerekliliklerine göre yapılması gerekmektedir¹¹¹. Bu bağlamda hem disiplin hem ceza hukuku anlamında suç teşkil eden eylemler bulunması halinde dahi söz konusu eylemler disiplin yargılamasında ceza hukuku anlamındaki suç niteliğinden bağımsız olarak, serbestçe ve çekişmeli şekilde değerlendirilmişse, masumiyet karinesi kapsamında inceleme konusu yapılacak bir mevzu bulunmamaktadır¹¹².

İki sürecin tamamen ayrılabilirdiği noktalarda sorun tespit etmeyen yukarıdaki kararlar dışında disiplin yargılamasının, ceza yargılamasında varılan sonuçları dikkate alması gerektiğine dair AİHM tarafından yapılmış tespitler de bulunmaktadır. Kişinin disiplin cezası almasının suç işlemiş olmasıyla doğrudan bağlantısı varsa ceza yargılamasının sonucunun beklenmesi ge-

108 AYM, 11.06.2018, *Galip Şahin Başvurusu*, 2015/6075, §50.

109 Söz konusu *Kürşat Eyal Başvurusu*'nda parada sahtecilik suçundan verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) durumunda disiplin cezasına itirazı inceleyen AYM, disiplin cezası HAGB kararına dayanmadığı için ihlal olmadığına hükmetmiştir. AYM, 13 Haziran 2013, *Kürşat Eyal Başvurusu*, 2012/665, §32. Karşılaştırarak bkz. AYM, 25 Şubat 2021, *Abdulaziz Gökalp Başvurusu*, 2018/23214. Bu kararda da cinsel taciz suçlamasıyla ceza yargılamasından HAGB kararı alan başvuran devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezası almıştır ve bu ceza verilirken doğrudan fiilin işlenmiş olduğu değerlendirilmiştir.

110 AYM, 11.06.2018, *Galip Şahin Başvurusu*, 2015/6075, §52. Başvuran, ihaleye fesat karıştırmak suretiyle suç örgütüne yardım etmek suçundan yargılanmaktadır. TSK'dan aldığı ilişik kesme cezası ise örgüt üyesi olduğu ileri sürülen şahısla girdiği ilişkilerin kurum itibarını zedeleyecek bir ahlaki durumda olması gerekçesine dayanmaktadır. Bu durum başvuranın suçlu olduğuna dair bir sonuç içermediğinden dolayı masumiyet karinesi ihlal edilmemiştir. Başvuranın baro levhasına kayıt talebinin reddinin, hakkında yürütülen kovuşturmanın sonuna kadar mümkün olacağı konusundaki beyanların doğrudan suçluluğundan bahsetmediği sonucuna varılan karar için bkz. AYM, 3 Aralık 2020, *Mehmet Bayraktar Başvurusu (3)*, 2018/33486, §30.

111 AİHM, 28 Mart 2017, *Kemal Coşkun Türkiye'ye Karşı*, 45028/07, §53.

112 AİHM, 13 Eylül 2007, *Mouillet Fransa'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 27521/04. Kararda suçların işlenmesine karşın zamanaşımı ve af sebebiyle mahkumiyete sebebiyet vermemesi söz konusudur. Fakat idari mahkemeler, *Münir İçer Başvurusu*'ndaki gibi doğrudan ceza yargılamasına atıf yapmamışlardır. Bu nedenle rüşvet ve dolandırıcılık eylemlerine dayanılması, masumiyet karinesiyle ilgili bir sorun olarak nitelendirilmemiştir.

rektiği¹¹³ ya da verilmiş olan beraat¹¹⁴ veya yargılamanın ertelenmesi¹¹⁵ kararlarının dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Sonuç olarak, masumiyet karinesinin içeriğinde OHAL tedbirleriyle bağlantılı olarak gündeme gelebilecek temel nokta, tedbirleri alan veya idari süreci yürüten makamların kişinin suçu işlediğine dair doğrudan bir beyanda bulunmaması gerektiğidir. Özel olarak terörle mücadele söz konusu olduğunda da icra edilmiş bir hareket olmasa dahi örgütle var olan bağ suçun işlenmesi için yeterli olabileceğinden¹¹⁶ yapılacak incelemenin oldukça hassas olması gerekmektedir¹¹⁷.

B. İlkelerin OHAL Tedbirlerine Uygulanması

AYM'ye göre, OHAL'de alınmış olan kamu görevinden çıkarma veya memuriyetin alınması tedbirleri, disiplin sağlamakdan ziyade devlet kurumlarına yönelik güveni yeniden sağlamak suretiyle demokratik düzenin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesini amaçlamaktadır¹¹⁸. Bu nedenle OHAL KHK'larıyla veya onlara dayanarak alınan tedbirlerin kişilerin sahip oldukları mesleğin disiplinine ve profesyonel deontolojiye uygun olup olmadığına dair bir incelemeden ziyade terör örgütleriyle iltisak, irtibat veya aidiyet ilişkisi içinde

113 Bu kararda ceza yargılaması sonuçlanmadan hürriyeti tahdit, cinsel saldırıya teşebbüs ve silahla tehdit eylemlerine dayanılarak verilen kamu görevinden çıkarma cezasının masumiyet karinesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. AİHM, Danıştay'ın da son dönemde verdiği kararlarda olduğu gibi idari makamların ceza sorumluluğu hakkında adli makamlar bir sonuca varmadan karar vermemesi gerektiğine hükmetmiştir. AİHM, 28 Mart 2017, *Kemal Coşkun Türkiye'ye Karşı*, 45028/07, §56.

114 Bu kararda beraat kararının disiplin cezasına yapılan itirazların incelenmesi aşamasında dikkate alınmaması, yani masumiyet karinesinin ikinci açısı söz konusudur. Başvuranın görevi suiistimal ederek cinsel saldırı suçunu işlemesi, disiplin cezasının da temelini teşkil ettiği için ve beraat kararı dikkate alınmadan disiplin cezası onandığı için masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. AİHM, 23 Ocak 2018, *Seven Türkiye'ye Karşı*, 60392/08.

115 Söz konusu kararda başvuran öğretmen Hizbullah terör örgütüne üyelik suçundan dolayı yargılanmaya başlamış, sonrasında Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM), eylemlerin örgüte yardım kapsamında kaldığına ve 4616 sayılı Kanun kapsamında yargılamanın ertelenmesine karar vermiştir. AİHM, DGM'nin bu kararında suçlama niteliğinin söz konusu kanun kapsamında olup olmadığına karar vermek için belirlendiğini ve net bir sonuca varılmadığını değerlendirmiştir. İdare Mahkemesi'nin örgüte yardım suçunun işlenmesi dolayısıyla meslekten çıkarma cezası hakkında inceleme yapması ve başvuranın daha sonra yaptığı iş başvurularının söz konusu suç işlemiş olması dolayısıyla reddedilmesi masumiyet karinesini ihlal etmektedir. AİHM, 12 Nisan 2011, *Çelik (Bozkurt) Türkiye'ye Karşı*, 34388/05, §36.

116 Schabas, s. 280.

117 Örneğin terör örgütüne üye olma suçundan daha önce mahkûm edilmiş bir kişinin şartlı tahliyesi sonrasında yeniden terör örgütüne üyelik suçundan yargılanması ve bu ilk yargılama sonucunda varılan sonuçlara dayanılarak örgütle olan üyelik bağının devam ettiği sonucuna ulaşılması, masumiyet karinesine aykırı olarak nitelendirilmiştir. AYM, 21 Ekim 2021, *Umut Çongar Başvurusu*, 2017/36905, RG 16.12.2021, 31691, §50.

118 AYM 24 Haziran 2021, E. 2018/81, K. 2021/45, RG 26.01.2022, 31731, §142.

olup olmadığının değerlendirilmesini içerdiğini belirtmek gerekmektedir. Yani AİHM kriterlerinde cezai kısımdan çıkarılan disiplin süreçlerinde arandığı gibi bir tespitin söz konusu olmadığı fakat terör örgütleriyle bir ilişkinin varlığına işaret eden bir bağın arandığı gözlemlenmektedir.

Henüz bu bilgi üzerinden dahi masumiyet karinesine ilişkin önemli sonuçlara varmak mümkündür. Tedbirlerin OHAL KHK'larının ekinde yer alan listelerle kabul edilmesi halinde Resmi Gazete'de veya kurumların verdiği kararlar sonucunda kabul edilmesi halinde kendi sitelerinde yayımlandığı bilinmektedir. Bu kişilerin "terör örgütlerine üyeliği veya bunlarla iltisakı ya da irtibatı" olduğunun tüm kamuoyunun bilgisine sunulması, masumiyet karinesine açık bir şekilde müdahale teşkil etmektedir. Çünkü bilindiği üzere terör örgütüne üyelik Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) tanımlanmış suçlardandır¹¹⁹.

AYM'nin bu müdahalenin Anayasaya aykırı olduğunu norm denetimi kapsamında tespit etmesi 24 Haziran 2021 tarihini bulmuştur. 686 sayılı KHK'nın onaylanarak kabul edilmesine dair 7086 sayılı Kanun hakkında açılan iptal davası neticesinde Yüksek Mahkeme, masumiyet karinesinin olağanüstü hallerde dahi müdahale edilemeyecek çekirdek haklardan olduğunu hatırlatarak bu ifadenin "üyelik" kısmını iptal etmiştir¹²⁰. Fakat "üyelik" bağı ile "iltisak veya irtibat" bağı arasında uygulanan tedbir açısından bir fark bulunmadığından dolayı bu iptalin somut bir sonucunun olmadığı görülmüştür. Ayrıca yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla bu hükmün yürürlükte olduğu dönem için masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunacak bir kişinin başvurusunun da kabul edilemez bulunacağı gözlemlenmektedir. Bu nedenle ihlal edildiği AYM tarafından belirlenmiş bir hakkın ihlalinin tespiti bireysel başvurularda mümkün olmayacaktır.

Peki tedbirlere maruz kalan kişilerin terör örgütleriyle "iltisak veya irtibat" içinde olduklarının tüm kamuoyuna duyurulması ne anlama gelmektedir? Türk hukukunda terör suçlarının kapsamının geniş olmasının birçok platformda eleştirildiği bilinmektedir¹²¹. Bu geniş kapsam dolayısıyla "iltisak

119 Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin TCK'nın 314. maddesine gönderme yaptığı, bu madde de silahlı örgüte üyelik suçunun düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca TCK'nın 220. maddesinde de üye olunan örgütün silahlı olmasında verilmesi gereken cezaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 120 AYM 24 Haziran 2021, E. 2018/81, K. 2021/45, RG 26.01.2022, 31731, §61.

121 *Inter alia* bkz. Avrupa Konseyi, Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi, 29 Mart 2017, 397(2017) no'lu Karar, « Mission d'enquête sur la situation des élus locaux en Turquie », CG32(2017)13final, §7(c), 8(e); İnsan Hakları İzleme Örgütü, 2010, "Protesting as a Terrorist Offense, The Arbitrary Use of Terrorism Laws to Prosecute and Incarcerate Demonstrators in Turkey", s. 6; BM, Terörle Mücadelede İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Özel Raportörü (Martin Scheinin), 24 Mart 2006,

veya irtibat”ın da terör suçları arasında değerlendirilebileceği ileri sürülebilecektir¹²². Somut olarak bu kavramlarla ilintili olarak değerlendirilebilecek ve AİHM tarafından da geniş yorumlanmaları dolayısıyla eleştiri konusu yapılmış suçlar ise TCK’nın 220(6) ve 220(7) maddelerinde düzenlenen örgüt adına suç işlemek veya örgüte yardım suçlarıdır. Ulusal yargı makamlarının çeşitli toplantılara, yürüyüşlere veya cezazelere katılımı örgüt adına suç işlemek veya örgüte yardım olarak nitelendirdiği durumlarda AİHM’nin özellikle ifade ve toplantı özgürlükleri açısından ihlal kararları verdiği bilinmektedir¹²³. Yargı makamlarının geniş yorumuna konu olan suçlarda 15 Temmuz 2016 sonrasında yürütülen ceza yargılamaları için dikkate alınan unsurların örgüt içi iletişim programının (ByLock) kullanılması, Bank Asya’da aktif bir banka hesabı sahibi olunması, kapatılan kurumlarla ilişki içinde bulunulması şeklinde karşımıza çıktığı gözlemlenmektedir¹²⁴. Bu unsurlara dayanarak örgütle iltisakı ve irtibatı olduğu duyurulan kişilerin kamuoyu nezdinde örgüt adına suç işlemek veya örgüte yardım suçlarını da işlemiş olarak değerlendirilmiş olabileceği ileri sürülebilecektir.

“Preliminary note. Visit to Turkey”, E/CN.4/2006/98/Add.2, §6; Amnesty International, 2015/2016, « La situation des droits humains dans le monde », p. 455.

122 Fransa’da da 2015-2017 arasında ilan edilmiş olan olağanüstü dönem boyunca alınan tedbirlerin “bastırıcı” nitelikte olduğu ve bu nedenle ikinci Engel kriterini karşılayacağı, örneğin “tehlike” taşıdığı düşünülen kişilerin bağlantı verilerinin toplanması tedbirine maruz bırakılmasının bireysel terör eylemleri kapsamında bir yaptırım olarak değerlendirilebileceği yorumlanmıştır. Fransa Ulusal İnsan Hakları Danışma Komisyonu, 16 Nisan 2015, « Avis sur le projet de loi relatif au renseignement », §54.

123 TCK 220(6) maddesinin PKK’nın çağrısıyla bir cenazeye ve gösteriye katıldığı ileri sürülen kişiye örgüte üyelik cezası verilerek uygulanması, toplantının barışçıl niteliği dolayısıyla AİHS’nin 11. maddesinin ihlalidir. AİHM, 14 Kasım 2017, *Işıkırık Türkiye’ye Karşı*, 41226/09, §66. TCK’nın 220(7) maddesi için de yasal olarak düzenlenen bir gösteriye katılmanın örgüte yardım olarak nitelendirilip üyeliğin gerektirdiği cezayla cezalandırılmasının yine AİHS’nin 11. maddesi kapsamında müdahalenin öngörülebilir olmadığı anlamına geldiği değerlendirilmiştir. Ayrıca bkz. AİHM, 10 Temmuz 2018, *Bakır ve diğerleri Türkiye’ye Karşı*, 46713/10, §69.

124 Yargıtay örgüte üyelik için örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayı ve organik bağ kurulmasını ararken örgüte yardım için örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatlarını yerine getirmeyi aramaktadır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 22 Eylül 2021, E. 2021/5543, K. 2021/8980. Keza Yargıtay kararlarında da örgüte yardım kastıyla hareket edildiği takdirde Bank Asya’daki hesap hareketlerinin dikkate alındığı gözlemlenmektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 24 Kasım 2021, E. 2021/2143, K. 2021/1044; Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 23 Kasım 2021, E. 2021/1581, K. 2021/10069. ByLock kullanımını örgüte üyelik açısından değerlendirildiği için bunun tespit edilememesi halinde örgüte yardım suçu kapsamında değerlendirme yapılacağı da ele alınmıştır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 27 Eylül 2021, E. 2021/958, K. 2021/9035. Örgüte üyelik için bu kriterlerin farklı düzeylerde dikkate alındığı ve insan haklarını koruma mekanizmaları tarafından da gelişen bir şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Sırayla bkz. AYM, 4 Haziran 2020, *Ferhat Kara Başvurusu*, 2018/15231, RG, 26.06.2020, 31167; AYM, 15 Nisan 2021, *Adnan Şen Başvurusu*, 2018/8903, RG 30.06.2021, 31527; AYM, 10 Mayıs 2022, *Yunus Usluer Başvurusu*, 2018/38137, RG 16.09.2022, 31955. AİHM’nin konuyla ilgili görüşü Büyük Daire önündeki *Yalçınkaya Türkiye’ye Karşı* kararının sonucunda görülecektir (Duruşma Tarihi: 18 Ocak 2023, Başvuru no: 15669/20).

Buna karşılık AİHM'nin disiplin sürecinde bir suç oluştururken unsurlar üzerine inceleme yapılmasının kişiye idari makamlar tarafından suç isnat edildiği şeklinde yorumlanamayacağına dair kararları olduğu bilinmektedir¹²⁵. Bu nedenle mevcut içtihat doğrultusunda "iltisak" ve "irtibat" ifadelerinin doğrudan örgüt adına suç işlemek veya örgüte yardım suçlarına atf içermemesi sebebiyle bu suçlarla bağlantı kurularak masumiyet karinesinin ihlali sonucuna varılamayacağı gözlemlenmektedir. KHK'lerde kullanılan ifadeler dışında OHAL Komisyonu kararlarında doğrudan suçluluğu ifade eden veya doğrudan ceza yargılaması kararına dayanan beyanlar bulunmaması halinde yine masumiyet karinesinin koruma alanına dair bir inceleme yapılmaması mümkündür.

Bu gözlemler dışında AİHM ve AYM'nin mevcut içtihadına göre inceleme konusu yapabileceği birtakım durumlar karşımıza çıkmaktadır. OHAL Komisyonunun 2021 yıllık raporuna göre, hakkında tedbir uygulanan ve Komisyona başvuran 125.766 kişinin %90'ı hakkında aynı zamanda bir ceza soruşturması veya kovuşturması yürütülmektedir¹²⁶. Bu bağlamda birçok örnek için paralelde yürütülen bir ceza yargılaması olması, AYM ve AİHM'nin OHAL tedbirlerini masumiyet karinesi kapsamında çıkarmasının sonuçlarını bertaraf edebilecektir. Başka bir deyişle, masumiyet karinesi bağlamında yapılacak başvuruların %90'ı aslında paralelde yürütülen ceza yargılamaları "sayesinde" kabul edilebilir olabilecektir. Bu durumda raporda belirtildiği gibi iptal taleplerinin kabulünün birçok örnekte kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına dayanması¹²⁷ beraat kararlarının dikkate alınması gerektiğini değerlendiren yukarıdaki mahkeme kararlarına uygun olacaktır. Buna karşılık tedbirin alındığı anda paralelde yürütülen bir ceza soruşturması veya kovuşturması bulunmaması, OHAL KHK'lerinde kullanılmış olan ifadelerin yine masumiyet karinesi kapsamında inceleme konusu yapılmamasına sebep olacaktır¹²⁸. Yalnızca OHAL Komisyonu ve sonrasında idari yargı makamları

125 AİHM, 13 Eylül 2007, *Moulet Fransa'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 27521/04 ; AİHM, 7 Kasım 1990, *Kremzow Avusturya'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 16417/90 ; AİHM, 9 Aralık 1997, *Wickramasinghe Birleşik Krallık'a Karşı*, kabul edilebilirlik, 31503/96.

126 Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, Yıllık Faaliyet Raporu, 30 Aralık 2021, <https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/docs/OHAL_FaaliyetRaporu_2021.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2022), s. 22.

127 *Ibidem*; Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, Yıllık Faaliyet Raporu, 26 Aralık 2019, <<https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 11.10.2022); Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, 5 Şubat 2021, <https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/docs/OHAL_FaaliyetRaporu_2020.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2022).

128 İfadelerin kullanıldığı anda ceza yargılamasının bulunmaması, AYM'nin Barış İçin Akademisyenler için alınan kararlarda yaptığı incelemede gözlemlenmiştir. AYM, 12 Ocak 2021, *Kıvanç Ersoy Başvurusu*, 2016/7095. Masumiyet karinesinin istisnai olarak ceza yargılamasının bulunmadığı fakat idari makamların ceza kanunlarında suç olarak belirtilen bir eylemin gerçekleşmesi sebebiyle yaptırım

tarafından kullanılan ifadeler, aynı anda paralelde yürütülen bir ceza yargılaması olduğunda incelenebilecektir. Bu nedenle haklarında cezai süreç yürütülen kişilerin masumiyet karinesinden yararlanması da sınırlı bir süreyi kapsayabilecektir.

Kabul edilebilir bulunabilmiş başvurularda masumiyet karinesine ilişkin yapılmış olan incelemelerde ise terörle mücadele söz konusu olduğunda sağlanan korumanın daraldığını gözlemlemekteyiz. Masumiyet karinesi bağlamında AYM kararlarında karşımıza çıkabilen önemli bir husus, darbe teşebbüsünden bu yana birçok haberde haklarında işlem tesis edilen kişilerin isimlerini görmemizdir. Anonim olarak kamuoyunu bilgilendirme amacıyla birtakım soruşturma işlemlerinin gerçekleştirildiğini açıklamanın, kişileri suçlu olarak nitelendirmeyeceğine dair verilmiş kararlar bulunmaktadır¹²⁹. Buna karşılık Yargıtay Başkanı ve Başkanlar Kurulu Başkanı'nın ihraç edilen hâkim ve savcılarının terör örgütü üyesi olduklarına ilişkin beyanının masumiyet karinesini ihlal ettiği iddiaları, açıkça dayanaktan yoksun olarak nitelendirilmiştir¹³⁰. Diğer yandan HS(Y)K Başkan Vekili'nin ihraç edilen hâkim ve savcılar için, "terör örgütü üyesi oldukları kesindir" açıklamasını yapması da bu kişinin açıklamalarının bütününde adil yargılanma ilkelerinden de bahsediliyor olması dolayısıyla AYM'ye göre masumiyet karinesini ihlal etmemiştir¹³¹. Bu kararların da olağanüstü nitelikteki tedbirlerin hakkın korunmasının kapsamını daralttığını gösterdiği gözlemlenmektedir. Bu tür beyanların özellikle yargı organıyla bağlantılı olan kişiler tarafından yapıldığında çalışmanın

uyguladığı durumlarda da uygulanacağı belirtilmektedir. Gilliaux, s. 791. Ayrıca AİHM tarafından suçun var olduğunu göstermek ve soruşturmayı başlatmak için manipüle edilmiş bir kayıdn yayılmasına ilişkin başvuru, suç isnadının öncesinde kabul edilebilir olarak değerlendirilmiştir. AİHM, 10 Ekim 2019, *Batiashvili Gürcistan'a Karşı*, 8284/07, §79. Fakat yukarıda belirtildiği gibi, ceza kanunlarında doğrudan "terör örgütüyle iltisak veya irtibat" ifadeleriyle yer alan suçlar olmadığından istisnai olarak kabul edilebilir bulunacak başvurularda da bir sonuç doğmayacağı kanaatindeyiz.

129 AYM, 20 Ocak 2016, *Mustafa Başer ve Metin Özçelik Başvurusu*, 2015/7908, RG 22.03.2016, 29661, §115-117; AYM, 12 Nisan 2018, *Erdal Tercan Başvurusu*, 2016/15637, RG 22.05.2018, 30428, §81; AYM, 16 Kasım 2016, *Süleyman Bağrıyanık ve Diğerleri Başvurusu*, 2015/9756, §180-181; CCT, 28 mai 2019, *Metin Güneş Başvurusu*, 2017/23083, RG 9.07.2019, 30826, §101; AYM, 24 Mart 2021, *Şükrü Durmuş Başvurusu*, 2017/18047, §85; AYM, 15 Eylül 2021, §, 2017/27678, RG 04.11.2021, 31649, 111.

130 "Üçüncü ve son olarak, terör örgütüne üye olan hâkim ve savcılarının meslekten uzaklaştırılmaları son derece önemli bir başarı olmasına karşın (...)Türk yargısı, adalet sistemini ele geçirmeye çalışan FETÖ/PDY terör örgütü mensuplarına karşı çok kısa sürede güçlü bir refleks göstermiş, özellikle darbe girişiminin ortaya çıktığı ilk saatlerde bu kişileri görevden uzaklaştırmıştır." AYM, 18 Mayıs 2022, *Mustafa Kılıç Başvurusu*, 2019/35236, RG 07.09.2022, 31946, §143.

131 Twitter hesabından yapılan paylaşım: "Hain darbe teşebbüsü sonrası, silahlı terör örgütü üyesi oldukları hususu kesin kanıtlanan yargı mensupları hızla görevden uzaklaştırıldı." Hürriyet Gazetesinin internet sitesinde yapılan paylaşım: "Bu örgüte mensup oldukları anlaşılan kişileri hâkim-savcı olarak tutamayacağımızdan hemen aynı gece toplanarak 2847 kişiyi açığa aldık." AYM, 15 Eylül 2021, *E.A. Başvurusu (2)*, 2017/34336, §64-66.

başında bahsettiğimiz AİHM kararları dikkate alındığında masumiyet karinesinin ihlaline yol açabilecek nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Fakat olağanüstü dönemin koşullarında bu yaklaşımın değiştiğini gözlemlemekteyiz.

Değerlendirme ve Sonuç

Olağanüstü nitelikte tedbirler Türkiye tarihinde ilk defa 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü dönemde alınmamıştır. Olağanüstü rejim geçmişi zengin olan ülkemizin benzer nitelikte tedbirlerle ev sahipliği ettiği, fakat bu tedbirlerin olağanüstü niteliklerini sınırlamak için çeşitli organların harekete geçtiği gözlemlenmektedir. 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra gerçekleşen “147’ler” olayında¹³² görevden alınan öğretim üyesi ve yardımcılarının maruz kaldıkları tedbirin sınırsızlığının aşılması yasama organının takdiriyle gelmiştir¹³³. 12 Eylül 1980 darbesi sonrasında gerçekleşen “1402’likler” olayının¹³⁴ ağır sonuçlarını engelleyen organ ise Danıştay olmuştur¹³⁵.

132 114 sayılı 27 Ekim 1960 tarihli Kanun (RG 28.10.1960, 10641) ile 147 öğretim üyesi ve yardımcısının olağan şartlar altında görevden alınmalarını düzenleyen hükümlerden bağımsız bir şekilde görevden alınmaları söz konusu olmuştur. OHAL KHK’larının ekindeki listelerle alınan tedbirlere benzer olarak yine liste yönteminin kullanıldığı, savunma haklarının ve gerekçeli karar gerekliliğinin mevcut olmadığı bu örnek de mevcut usullerden ayrılması dolayısıyla “olağanüstü” olarak değerlendirilebilecektir. Detaylar için bkz. Mehmet Ö Alkan, “1960 Darbesi ve Üniversitelerden Tasfiyeler: 147’ler Olayı”. *Toplumsal Tarih*, 286, Ekim, 2017, ss. 58-69, s. 61, 62.

133 43 sayılı 12 Nisan 1962 tarihli Kanun, RG 19.04.1962, 11086.

134 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununda yapılan değişiklikle (2301 sayılı 19 Eylül 1980 tarihli Kanun, RG, 21.09.1980, 17112) Sıkıyönetim Komutanına verilmiş olan ihraç yetkisi, olağanüstü dönemle sınırlandırılmaması, savunma haklarının yokluğu, göreve geri dönüşün yasaklanması ve Anayasanın geçici 15. maddesi dolayısıyla denetiminin mümkün olmaması gibi özellikleri bakımından OHAL tedbirleriyle benzerlik taşımaktadır. Rona Aybay, “1402’liklerin Göreve Döndürülmemesi Hukuka Aykırıdır”, *Mülkiye*, Cilt XXIV, Sayı 221, ss. 122-130, s. 124; Metin Günday “OHAL Kararnameleriyle Kamu Görevlilerinin İhraç Edilmesi”. *Mülkiye Dergisi*, 40(3), 2016, ss. 197-203, s. 200.

135 Danıştay’a göre anayasaya uygunluk denetiminin engellenmesi, Anayasaya uygun yorum yapılmasını engellemeyecektir. Bu nedenle Sıkıyönetim Komutanı’nın yetkisi sıkıyönetimin sonuna kadar geçerli olmalıdır. Danıştay, sıkıyönetim sonrasında komutan olmayacağından kontrolün nasıl yapılacağını belirsiz olması, öğretim üyelerinin Yüksek Öğretim Kurulu veya üniversitelerin kararı olmadan ihracının Anayasanın 130. maddesine göre mümkün olmaması, AYM veya idari mahkemeler önünde herhangi bir yargı yolunun öngörülmemiş olması, komutanın bir kamu personelinin kamu hizmeti için “yararlı” olup olmayacağını denetlemesinin mümkün olmaması, komutana tavsiye verecek organın belirsizliği ve savunma haklarının olmaması unsurlarına dayanmıştır. Ceza yargılaması sonucu mahkûm olan bir kişinin dahi kamu hizmetine tekrar alınmasının mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda böyle bir yaptırımın kalıcı sonuçları bakımından daha ağır olarak nitelendirilebileceğini değerlendirmiştir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 7 Aralık 1989, E. 1988/6, K. 1989/4, RG 09.02.1990, 20428, ss. 67-78; Celal Erkut, “Danıştay’ın ‘1402’likler’ Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüzakı”. *Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan*, 1992, ss. 71-86.

15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrası ilan edilen OHAL döneminde kabul edilen tedbirler açısından ne yasama organının ne AYM'nin ne de Danıştay'ın keyfiliği önleyebilecek radikallikte hareket ettikleri söylenebilecektir. Buna örnek olarak öncelikle, ekinde teşkilattan çıkarılan Türk Silahlı Kuvvetleri ve Jandarma personelinin listesini içeren 669 sayılı KHK'nın iptali için Danıştay'a yapılan başvurudan bahsedebiliriz. Danıştay, ilk derece mahkemesi olarak denetime yetkili olduğu normlar arasında OHAL KHK'larının olmaması sebebiyle talebi reddederek dosyayı enteresan bir şekilde ilk derece idare mahkemesine göndermiştir¹³⁶. Burada enteresan olan yaklaşım, olağan dönem KHK'larının dahi bir yüksek mahkemenin – AYM'nin – denetimine tabi olduğu düşünülduğünde OHAL KHK'larına ilişkin bir idare mahkemesinin karar verebileceğinin düşünülmesidir¹³⁷. Bu defa bir “kamu hukuku yargıcı”¹³⁸ gibi davranmayı seçmeyen Danıştay, yalnızca iç hukukta önüne gelen dosyaların reddine değil, aynı zamanda AİHM'nin önündeki dosyalar bakımından tehlikeli bir sonucun doğmasına da sebep olmuştur. Çünkü AİHM, örneğin *Zihni Türkiye'ye Karşı* kararında, Danıştay'ın vardığı bu sonucu diğer sebeplere ek olarak dikkate alarak davanın idare mahkemeleri önünde derdest olması ve ilk derece idare mahkemelerinde açılacak iptal davası yolunun etkin olarak erişilebilir olmadığına ispatlanmaması dolayısıyla başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir¹³⁹.

AYM'nin ise bir içtihat değişikliği yaparak bir OHAL KHK'sının OHAL KHK'sı olup olmadığına dahi karar veremeyeceğini değerlendirmesi de aynı şekilde, yüksek mahkemelerin denetim noktasında çekingen davrandıklarını göstermektedir¹⁴⁰. Bunun dışında söz konusu KHK'ların TBMM tarafından onaylanıp kanunlaşması sonrasında gerçekleştirilen

136 Danıştay 5. Dairesi, 4 Ekim 2016, E. 2016/7983, K. 2016/4079. Ayrıca bkz. Danıştay 5. Dairesi, 4 Ekim 2016, E. 2016/8136, K. 2016/4076; Danıştay 5. Dairesi, 4 Ekim 2016, E. 2016/8196, K. 2016/4066.

137 Bir ilk derece idare mahkemesinin OHAL KHK'larını incelemeyi reddeden kararı için bkz. Trabzon İdare Mahkemesi, 8 Eylül 2016, E. 2016/1113, K. 2016/1046, in Erkan, *Tartışmalar / İmkanlar...*, s. 46, Ayrıca bkz. Altıparmak, “Is the State...”, s. 2.

138 Erkut, s. 72.

139 AİHM, 29 Kasım 2016, *Zihni Türkiye'ye Karşı*, kabul edilebilirlik, 59061/16, §24. Bu konuda bkz. Öznur Sevdiren, “Olağanüstü Hal Hukukunda Müebbet Kamu Görevinden İhraç Yaptırımının Cezai Niteliği”, *Suç ve Ceza*, 2018, Sayı: 2, ss. 93-137, s. 119.

140 OHAL KHK'larını kontrol edemeyeceği sonucuna ulaşan AYM kararları için bkz. AYM, 12 Ekim 2016, E. 2016/166, K. 2016/159, RG 04.11.2016, 29878, §21-23; AYM, 12 Ekim 2016, E. 2016/167, K. 2016/160, RG 04.11.2016, 29878, §21-23. AYM'nin kontrol sağladığı önceki içtihadı için bkz. AYM, 10 Ocak 1991, E. 1990/25, K. 1991/1, JORT 05.03.1992, 21162; coğrafi sınırların aşılması dolayısıyla kontrolün sağlandığı kararlar için bkz. AYM, 3 Haziran 1991, E. 1991/6, K. 1991/20, RG 08.03.1992, 21165; AYM, 26 Mayıs 1992, E. 1992/30, K. 1992/36, RG 18.12.1993, 21792; AYM, 22 Mayıs 2003, E. 2003/28, K. 2003/42, RG 16.03.2004, 25404.

kontrollere ilişkin de elbette söylenebilecek çok şey vardır¹⁴¹. Yüksek Mahkemenin çekingenliği dışında varabileceğimiz en önemli nokta ise, tespit edilmiş olan anayasaya aykırılıkların da somut herhangi bir sonucu olamamasıdır. Yukarıda bahsedildiği gibi OHAL KHK'larının ekli listelerindeki kişilerin kamuoyuna terör örgütü üyesi olarak duyurulması iptal edilmiş olsa da iltisak ve irtibatlı olmak noktasında aynı sonuca ulaşılmadığından bu tespitin herhangi bir somut etkisi olduğu söylenemeyecektir. Aynı şekilde öğretim üyelerinin görevden alınmasının Anayasanın 130. maddesine¹⁴² aykırı olduğu, Danıştay'ın 1402'likler kararı da dikkate alınarak kolayca tespit edilebilecek niteliktedir¹⁴³. AYM, OHAL'in ilanından 4 yıl sonra almış olduğu kararında, bu tedbirlerin Anayasanın 130. maddesine aykırı olduklarını kabul etmekle birlikte olağanüstü halin koşullarında ölçülü olduklarını değerlendirmiştir¹⁴⁴. Bu tutum, olağanüstü halin anayasaya aykırı düzenlemeler yapabilmeyi meşrulaştırabileceği şeklinde tehlikeli bir yoruma yol açabilecek niteliktedir.

Bu verilen örnekler OHAL KHK'larının genel denetimine ilişkin olmakla birlikte listelerle alınan tedbirlerin denetimi için bulunmuş olan çözümün 685 sayılı KHK'ya¹⁴⁵ dayanarak kurulan OHAL Komisyonu olduğu bilinmektedir¹⁴⁶. Bu komisyonun yetkilerinin de usuli güvencelere uygunluk noktasında sınırlı kalabileceği¹⁴⁷ ve idari yargılamalarda ceza yar-

141 AYM kararlarına ilişkin değerlendirme için bkz. Özen Ülgen Adadağ, « L'état d'urgence et la Cour constitutionnelle turque ». *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 68, 2019, ss. 139-160.

142 "Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar."

143 AYM kararı öncesinde yapılmış tespit için bkz. Tolga Şirin, "Anayasa Hükmünde Kararnameler". *Güncel Hukuk*, Kasım, n° 155, 2016.

144 AYM 24 Haziran 2021, E. 2018/81, K. 2021/45, RG 26.01.2022, 31731, §129.

145 685 sayılı KHK, 2 Ocak 2017, RG 23.01.2017, 29957.

146 Venedik Komisyonu'nun 865/2016 sayılı 12 Aralık 2016 tarihli kararında ve Siyasi İşler ve Demokrasi Komisyonu'nun Türkiye ziyareti sonrasında yayımladığı raporunda belirtildiği gibi OHAL KHK'larıyla alınan tedbirlerin denetimsizliğine karşı *ad hoc* bir organ kurulması çözümü önermişti. Bkz. Venedik Komisyonu, 12 Aralık 2016, "Opinion on Emergency Decree Laws nos. 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016", CDL-AD(2016)037, §220; Siyasi İşler ve Demokrasi Komisyonu, 15 Aralık 2016, "Report on the fact-finding visit to Ankara (21–23 November 2016)", AS/Pol(2016)18rev, §62. Avrupa Konseyi Parlamentosu'nun Türkiye hakkında acil müzakere talebini reddettiği gün 685 sayılı KHK'nın kabul edilmesi de bu komisyonun kurulmasının belirtilen önerilere dayandığını göstermektedir. Bkz. Siyasi İşler Komisyonu, 24 Ocak 2017, « Situation en Turquie »; Philippe Dam, "European Rights Body Misses Chance to Tackle Turkey Crisis", *Human Rights Watch*, 27 janv. 2017, <<https://www.hrw.org/news/2017/01/27/european-rights-body-misses-chance-tackle-turkey-crisis>> (Erişim Tarihi: 14 Ekim 2022).

147 Komisyon karar vermeye başlamadan önce de hem komisyon önündeki hem idare mahkemeleri önündeki sürecin karar sonucuna ilişkin olacağı fakat usuli güvencelere dair olmayacağı eleştirileri bulunmaktaydı. Altıparmak, "Ölü...", s. 85. Kararlar sonrasında ise Danıştay'ın verdiği bir kararda usuli güvencelerin uygulanıp uygulanmadığının kontrol edildiğini fakat bu konuda usuli güvencelerin

gılamasında geçerli olan ilkelerin sınırlı uygulanması¹⁴⁸ dolayısıyla sonradan oluşturulan kontrol mekanizmasının da kendi içinde olağanüstü olduğu ve OHAL tedbirlerinin sınırlarının belirsizliğini desteklediği sonucuna varılabilecektir.

BM Güvenlik Konseyi tarafından BM Şartı'nın 7. Bölümüne dayanarak alınan ve tüm üye Devletler için bağlayıcı olan terörle mücadele tedbirleri için de benzer yorumlar yapılabilecektir¹⁴⁹. Malvarlığının dondurulması, ambargo ve seyahat yasağı¹⁵⁰ olmak üzere üç çeşit olarak öngörülen bu tedbirlerin kontrolü noktasında da Güvenlik Konseyi'nin özel rolü dolayısıyla belirsizlikler bulunmaktadır. Genel olarak Güvenlik Konseyi'nin siyasi bir organ olduğu ve işlemlerinin ancak siyasi bir kontrole tabi tutulacağı, çünkü görevinin hukuka uygunluğu sağlamak olmadığı fakat uluslararası barış ve güvenliği korumak olduğu değerlendirilmektedir¹⁵¹. Fakat BM Şartının metni ve ruhu göz önünde bulundurulduğunda Konsey'in *legibus solutus* (kanunla bağlı olmayan) şeklinde nitelendirilemeyeceği de ele alınmaktadır¹⁵². Bu kapsamda terörle mücadele amacıyla alınan tedbirler¹⁵³ uzun süre tartışma

uygulanmamasını meşru kılacak genel bir sonuca ulaşıldığı gözlemlenmektedir. Danıştay, tedbirin alındığı sırada ve OHAL Komisyonu önünde yapılan incelemede savunma haklarının bulunmadığını kabul etmekle birlikte tehdidin büyüklüğü ve sonraki aşamalarda idari mahkemeler önünde savunma imkanının bulunması göz önünde bulundurulduğunda bu durumun sorun teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Danıştay 5. Dairesi, 17 Haziran 2019, E. 2016/58016, K. 2019/4157.

148 AYM, OHAL Komisyonu kararlarına karşı idari mahkemelerin yapacağı incelemenin adil yargılanma hakkı ilkelerine uygun olduğunu değerlendirmektedir. AYM, 24 Aralık 2019, E. 2018/74, K. 2019/92, RG 10.03.2020, 31064, §54-58. Fakat idari yargılamaların genelde dosya üzerinden yürütülmesi (2577 sayılı 6 Ocak 1982 tarihli Kanun, RG 20.01.1982, 17580, madde 1(2)) ve tanık getirme imkanının bulunmaması dolayısıyla (Danıştay 8. Dairesi, 5 Şubat 2004, E. 2003/3369, K. 2004/917) uygulamanın sınırlı olduğu gözlemlenmektedir.

149 BM Güvenlik Konseyi 1373(2001) no'lu Karar, 28 Eylül 2001, S/RES/1373(2001), başlangıç; BM Güvenlik Konseyi 1267(1999) no'lu Karar, 15 Ekim 1999, S/RES/1267(1999), başlangıç. Bu tedbirlerin OHAL KHK'larıyla ilk benzerliği yöntem bakımından liste usulünü benimsemeleridir. Bunun dışında listede yer alacak ve Daeş veya El Kaide ile bağlantılı eylemler yürüten kişilerin veya kurumların; finansman, hazırlık, planlama, kolaylaştırma veya icra eylemlerine katılması; silah sağlama, satması veya transfer etmesi; bu örgütlerin veya bu örgütlere bağlı grupların eylemlerini desteklemesi veya diğer kişileri dâhil etmesi gerekmektedir. Bu koşulların bazıları da terör örgütleriyle iltisak veya irtibat kapsamında değerlendirildiği takdirde OHAL tedbirleriyle benzerlik kurulabilecektir. Özel olarak BM Güvenlik Konseyi tedbirlerinden ikisinin OHAL tedbirleriyle benzerlikleri olduğu gözlemlenmektedir. Seyahat yasağı tedbirinin ülkelerarası uygulanması bunun OHAL tedbirlerinden pasaport iptaliyle benzerliğini göstermektedir. Malvarlığının dondurulması tedbiri de OHAL KHK'larıyla kurumlar aleyhine alınan tedbirlerden malvarlıklarının devri tedbirine benzer olarak nitelendirilebilecektir.

150 BM Güvenlik Konseyi 2253(2015) no'lu Karar, 17 Aralık 2015, S/RES/2253(2015), §1-2.

151 Serge Sur, « Le Conseil de Sécurité : blocage, renouveau et avenir ». *Pouvoirs*, n° 109, 2004/2, ss. 61-74, s. 69.

152 Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, İstinaf Dairesi, 2 Ekim 1995, *Dusko Tadić, Alias « Dule »* (yetki), IT-94-1-AR72, §28

153 Bu sistem, 1267 (1999) no'lu kararlar kurulan Yaptırımlar Komitesi bünyesinde hayata geçirilmiştir. Mario Bettati, *Le terrorisme. Les voies de la coopération internationale*. Paris : Odile Jacob, 2013, s. 76.

konusu olmuş ve aynı OHAL KHK'ları gibi sonradan oluşturulan bir denetim mekanizmasına tabi tutulmuştur¹⁵⁴.

Bu denetim mekanizması dışında BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan tedbirlerin kontrolü noktasında önemli yorumlar yapan AB yargı organları ve AİHM'nin yaklaşımı incelemeye değerdir. AB İlk Derece Mahkemesi Güvenlik Konseyi tedbirlerinin *jus cogens* nitelikli normlara ve BM Şartında öngörülen amaç ve ilkelere uyulması noktasında sınırlı olduğunu değerlendirmiştir¹⁵⁵. AB Adalet Divanı ise BM Güvenlik Konseyi kararlarını aktaran Birlik işlemlerini denetleyebileceğini ileri sürerek bu tedbirleri kontrol dışı bırakmamıştır¹⁵⁶. Türk yüksek yargı organları da benzer şekilde davranmış olsaydı OHAL KHK'larına ilişkin denetimlerin çok daha erken gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Güvenlik Konseyi tedbirleri konusunda AİHM diğer Avrupa yargı organlarına nazaran biraz daha çekingen davranarak BM'nin rolünün önemi dolayısıyla hak ve özgürlükleri koruduğu karinesi bulunduğunu belirtmektedir¹⁵⁷. Bu nedenle sorumluluğu, BM Güvenlik Konseyi kararlarını iç hukuklarına aktarırken ihlali gerçekleştiren Devletlere yüklemektedir¹⁵⁸. Avrupa yargı organlarının kontrolleri noktasında belirsizlikler olan Güvenlik Konseyi kararlarına ilişkin ihlalleri bir şekilde tespit etmeye çalışma yaklaşımı elbette çok değerlidir. Fakat adil yargılanma hakkı söz konusu olduğunda sağlanan korumanın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklara uygulanacak ilkelerle sınırlandırılmış görülmektedir¹⁵⁹.

154 Güvenlik Konseyi'nin 12 Ocak 2002 tarihli 1390 (2002) no'lu kararıyla periyodik güncelleme mekanizması oluşturulmuş, 19 Aralık 2006 tarihli 1730 (2006) no'lu kararlarla düzeltme taleplerini inceleyecek İrtibat Merkezi (*point focal*) kurulmuş, 17 Aralık 2006 tarihli 1904 (2009) no'lu kararlar da Arabulucu Büro kurularak düzeltme prosedürü güçlendirilmiştir. Benzer şekilde aynı usulü takip eden Avrupa Birliği de kendi listelerini altı ayda bir güncellemektedir. Periyodik kontrolden bahseden ilk karar için bkz. AB, Ortak Tutum Belgesi, 27 Aralık 2001, 2001/931/PESC, RG 28.12.2001, L 344/93, madde 6; Kevin Constant Katouya, *Réflexions sur les instruments du droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*. Paris : Éditions Publibook, 2013, s. 228.

155 AB İlk Derece Mahkemesi, 21 Eylül 2005, *Yassin Abdullah Kadi*, Arrêt T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, §227 vd.; AB İlk Derece Mahkemesi 12 juil. 2006, *Chafiq Ayadi*, Arrêt T-253/02, ECLI:EU:T:2006:200, §116.

156 AB Adalet Divanı [BD], 3 Eylül 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation*, Arrêt C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, §321 vd.; AB Adalet Divanı, 2. Daire, 3 Aralık 2009, *Faraj Hassan*, Arrêt C-399/06 P et C-403/06 P, ECLI:EU:C:2009:748, §71 vd.

157 AİHM [BD], 7 Temmuz 2011, *Al-Jedda Birleşik Krallık'a Karşı*, 27021/08, §84 ; AİHM [BD], 21 Haziran 2016, *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. İsviçre'ye Karşı*, 5809/08, §140.

158 AİHM [BD], 12 Eylül 2012, *Nada İsviçre'ye Karşı*, 10593/08, §179-180.

159 AİHM, *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. İsviçre'ye Karşı* kararında BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla uygulanan tedbirler için üye Devletlerin ulusal mahkemeler önünde yargısal denetim sağlaması gerektiğini belirtmişti. Bu karara göre tedbirler alındıktan ve düzeltme süreci yürütüldükten sonraki aşamada yargı kontrolü bulunması ve bu kontrolün madde 6 güvencelerine uygun olması yeterli görülmektedir. Böylece nihai bir yargısal kontrol olduğu sürece tedbirlerin alınması ve düzeltme mekanizma-

AİHM, BM Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği tedbirlerin adil yargılanma hakkının cezai kısmının güvencelerinden yararlanma durumunu incelediği *Zollman Birleşik Krallık'a Karşı* kararında bu sorunun cevabını açıkça vermiştir. Güvenlik Konseyi'nin 1173 (1998) sayılı kararında Angola'daki barış sürecinde, Angola'nın Tam Bağımsızlığı için Ulusal Birlik (UNITA) güçlerinin sürece zarar veren eylemlerini etkisiz hale getirmek için onlardan elmas ithal edilmesine ambargo uygulanması öngörülmüştür. Bir siyasetçi de Anvers'de bir elmas ihracatçı şirketi yöneticisi olan başvuruları UNITA adına elmas ithal etmekle suçlamıştır. Başvuranlar, bu suçlamanın masumiyet karinelerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Fakat AİHM, Güvenlik Konseyi'nin bir kararının tek başına cezai kovuşturmayla konu olabilecek bir uluslararası suç yaratmaya yetmediğine hükmetmiştir¹⁶⁰. Güvenlik Konseyi tedbirlerini inceleyen Yaptırımlar Komitesi'nin yargısal bir işlevi olmadığını, bu nedenle de siyasetçinin beyanlarının herhangi bir yargı organını etkileyemeyeceğini savunmuştur. Ulusal veya uluslararası düzeyde herhangi bir cezai süreç bulunmadığı için de cezai sorumluluk ve Güvenlik Konseyi tedbirleri arasındaki bağı araştırmanın anlamı yoktur ve başvuru kabul edilemezdir¹⁶¹.

Bu nedenle hem BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı hem Türkiye'de OHAL KHK'larıyla alınan terörle mücadele tedbirlerinin "olağanüstü" olarak nitelendirilmeleri, insan haklarını koruma mekanizmaları tarafından cezai kısmın güvenceleri arasından masumiyet karinesinin uygulanması noktasında sınırlı bir koruma sağlanmasına sebep olmaktadır. Aleyhinde terörle mücadele tedbirleri alınmış kişilerin halk nezdinde etiketlenmesi riskinin yüksek olduğu değerlendirildiğinde de bu durumun ağır sonuçlar doğurabileceği görülebilecektir.

AİHM ve AYM'nin bireysel başvurulardaki bu formalist yaklaşımının hem masumiyet karinesi hem de diğer usuli güvenceler üzerinde sonuçları

sı süreçleri boyunca madde 6 güvencelerinin uygulanması mümkün kılınmaktadır. AİHM [BD], *Al-Du-limi ve Montana Management Inc. İsviçre'ye Karşı*, 5809/08, §150-155. AB İlk Derece Mahkemesi'nin korumasının bu noktada daha geniş olduğunu gözlemlemekteyiz. Çünkü Mahkeme, adil yargılanma hakkının güvencelerinin sağlanmasını yalnızca sonraki yargısal kontrol sürecinde değil aynı zamanda önceki idari süreçte de aramakta; tedbirin ilk kabul edildiği anda terörle mücadelede ani bir etkisinin olmasının beklenmesi normal olmakla birlikte (§184) hemen sonraki aşamalarda savunma haklarının ve gerekçeli karar hakkının uygulanması gerektiğini düşünmektedir. AB İlk Derece Mahkemesi, 11 Temmuz 2007, *Jose Maria Sison*, Ordonnance T-47/03, ECLI:EU:T:2009:166, §139-156.

160 AİHM, 27 Kasım 2003, *Zollmann Birleşik Krallık'a Karşı*, kabul edilebilirlik, 62902/00.

161 *Ibidem*.

olma ihtimali bulunmaktadır¹⁶². Elbette diğer haklar üzerinden¹⁶³ yapılmış incelemelerde farklı durumlar nezdinde verilmiş ihlal kararları bulunmaktadır¹⁶⁴. Keza Pişkin kararında da ulusal mahkemelerin başvuranın itirazlarını gerekçeli bir şekilde inceleyip reddetmemesi dolayısıyla adil yargılanma hakkının ve özel hayatın gizliliğine saygı hakkının ihlaline karar verilmiştir¹⁶⁵. Fakat masumiyet karinesinin iç hukukta mutlak olarak nitelendirilen bir hak

162 Örnek olarak zaman bakımından doğacak sonuçlar gösterilebilecektir. Suç isnadı kavramı, yetkili makam tarafından kişinin suç işlediği iddiası bulunduğuunun resmi olarak tebliğ edilmesi olarak tanımlanmaktadır (AİHM, 27 févr. 1980, *Deweer Belçika'ya Karşı*, 6903/75, §46). Yani suç isnadının var olmaya başladığı an, yetkili makamların kişiyi isnat edilen hareketi işleyen kişi olarak değerlendirdiğini beyan ettiği ve bunun ilgili kişinin durumunda önemli bir etki yarattığı andır (AİHM, 5 Mart 2002, *Hendriks Hollanda'ya Karşı*, kabul edilebilirlik, 44829/98; Fabienne Quillere-Majzoub, *La défense du droit à un procès équitable*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 30). Bu bağlamda OHAL tedbirlerinin adil yargılanma hakkının cezaî kısmında değerlendirilmemesinin masumiyet karinesinden yararlanamaması dışındaki bir diğer sonucu da makul sürede yargılanma hakkını ilgilendirebilecektir.

Tedbirlerin iptali için yapılacak başvurular, önce OHAL Komisyonu'na sonrasında idari mahkemelere, Danıştay'a ve AYM'ye götürülecektir. Bu da yargılama sürecini uzatacak ve olası bir hak ihlali tespiti tarihinin oldukça ileri atabilecektir. AİHM idari süreçlerde yargılamanın süresini hesaplarken ön idari makamların karar süreçlerini de dikkate almaktadır (AİHM, 24 Mart 2005, *Kiurkchian Bulgaristan'a Karşı*, 44626/98, §51). Bu da demektir ki tedbirlere maruz kalan kişilerin OHAL Komisyonu ve diğer idare mahkemeleri önünde geçirdiği süre makul sürede yargılanma hakkı kapsamında inceleme konusu yapılacaktır. Fakat ceza hukuku anlamında bir suç isnadı bulunması halinde süre, suç isnadından itibaren başlatılarak hesaplanır (AİHM, 27 Haziran 1968, *Neumeister Avusturya'ya Karşı*, 1936/63, §18). Sonuçta, AİHM ve AYM'nin OHAL tedbirlerini adil yargılanma hakkının cezaî kısmından çıkarması başka alanlarda da insan haklarının korunmasını etkileyecek bir yaklaşımdır.

163 Cezaî süreç bulunmadığında bir yandan özel hayatın gizliliği kapsamında birtakım iddialar ileri sürülebilecektir. AİHM, 24 Nisan 2008, İsmailov ve diğerleri Rusya'ya Karşı, 2947/06, §160. Diğer yandan ifade özgürlüğüyle özel hayatın gizliliği hakkı arasında bağlantı kurularak bir denge bulunmaya çalışılacaktır. Örneğin bkz. AİHM, 13 Şubat 2018, *Seferi Yılmaz Türkiye'ye Karşı*, 61949/08, 38776/09 ve 44565/09, §47. Söz konusu kararda JITEM operasyonlarını ortaya çıkaran Şemdinli olayları üzerine birtakım makaleler yayınlanması ifade özgürlüğünü öne çıkarmıştır.

Özel olarak OHAL KHK'ları için de birtakım örnekler verebiliriz. AYM'ye göre Milli Eğitim Bakanlığı'nın genelgesiyle kapatılan eğitim kurumlarında çalışan kişilerin çalışma izinlerinin iptal edilmesi, özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin kanunla yapılmamış olması sebebiyle ihlale yol açmıştır. AYM, 6 Ocak 2022, *Ayşe Ortak Başvurusu*, 2018/25011, RG 06.04.2022, 31801, §84.

164 AYM'nin vermiş olduğu kararlarda, özel şirketlerde çalışan kişilerin, bu şirketlerin çeşitli kamu kurumlarının alt işverenleri olmaları dolayısıyla, kamu kurumlarının talimatıyla işten çıkarılmaları söz konusudur. Bu kararlarda tartışma konusu yapılan husus, 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinde alt işverenlere iş akdini feshetme yetkisinin doğrudan verilip verilmemesinden ziyade feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının mahkemeler tarafından kontrol edilmemesi dolayısıyla mahkeme hakkının ihlal edilmesidir. AYM, 2 Temmuz 2020, *Berrin Baran Eker Başvurusu*, 2018/23568, RG 20.10.2020, 31280, §61-73. Geçerli fesih sebebinin, KHK maddesinde belirtilen örgüt, yapı, oluşum veya gruplara üyelik, mensubiyet veya iltisak yahut irtibat olması gerekirken bu bağın mevcut olup olmadığının hiç tartışılmamış olması, mahkeme hakkının ihlal edildiğini göstermiştir. AYM, 2 Temmuz 2020, *Emin Arda Büyük Başvurusu*, 2017/28079, RG 20.10.2020, 31280, §65. Fakat bu kararlar, medeni hak ve yükümlülükler kapsamında incelenen mahkeme hakkıyla ilgilidir.

165 AİHM'in adil yargılanma hakkının medeni kısmı için kontrol sağladığı gözlemlenmektedir. İş mahkemeleri tarafından verilen kararlardaki gerekçelendirmelerin ve yapılan incelemenin kapsamının yetersiz olması dolayısıyla ihlal bulunduğuna karar verilmiştir. AİHM, 15 Aralık 2020, *Pişkin Türkiye'ye Karşı*, 33399/18, §153.

olması ve buna rağmen koruma alanının daraltılarak mutlak niteliğinin uygulanmasının sınırlandırılması¹⁶⁶, içinde bulunduğumuz sisteme dair de bir takım sonuçlara varmamıza sebep olabilecektir.

OHAL tedbirlerinin ve BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı tedbirlerin ortak noktasının terörle mücadeleyi amaçlamaları olduğu görülmektedir. Yani terörle mücadele söz konusu olduğunda insan haklarını koruma mekanizmalarının sağladığı korumanın farklılaştığı ve kısıtlandığı görülmektedir. Bu durumda da düşman ceza hukuku teorisinin kurucusu olan Günther Jakobs'un hukuk devletinin pratiğiyle teorisinin aynı olmadığını, hukuk devletini korumak için bazı ilkelerini göz ardı etmenin mümkün olabileceğini ileri sürmesi¹⁶⁷ akla gelmektedir. Görünen odur ki insan haklarının da teoride terör tehdidine karşı korunması için pratikte çeşitli durumlara farklı muamele yapılarak eşitlik ve evrensellik temeline aykırı bir pozisyon alınması ve mutlak olarak nitelendirilen hakların dahi mutlak olarak korunamaması mümkün olmaktadır.

AİHM'nin de bu farklılığı desteklediği, örneğin *İbrahim ve diğerleri İngiltere'ye Karşı* kararında görülmektedir. Mahkeme, madde 6'nın söz konusu olan suçtan bağımsız olarak uygulanması gerektiğini fakat bu durumun da güvenlik güçlerine terörle mücadelede etkin tedbirler alabilmelerini engelleyecek derecede zorluklar yaratmaması gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁸. Yani terörle mücadele söz konusu olduğunda günümüzün en etkin insan haklarını koruma mekanizmalarından biri olan AİHM dahi çekince koymaktadır.

Elbette AİHM'nin yetkisinin ulusal makamlara göre sınırlı ve ikincil olduğu bilinmektedir. Çalışmamızda AİHM'nin mevcut içtihadı üzerinden varabileceği sonuçlara varmamayı tercih ettiğini anlatmamızın sebebi de budur. Kanaatimizce, sınırlı yetkisi dahilinde yapması mümkün olanı yapmamayı tercih etmesi, Mahkeme'nin yaklaşımının da terörle mücadele söz konusu olduğunda değiştiğini göstermektedir. Bu yaklaşım da içinde bulunduğumuz sistemin işlerliğine, bir parçası otoriteye karşı insan haklarını savunmayı içe-

166 AİHS sisteminin genel olarak taraf devletler için asgari bir koruma önerisinde bulunduğu ve taraf devletlerin her zaman bu korumanın ötesinde bir koruma sağlayabileceği kabul edilmektedir. AİHM, 16 Haziran 2015, *Kuzu ve Ayar Türkiye'ye Karşı* (kabul edilebilirlik), 60244/12, 70676/11, §36. Masumiyet karinesi de iç hukukta AİHS sisteminden fazla koruma gerektiren bir ilkedir. Bu nedenle iç yargı makamları iç hukuka uygun olarak AİHS'den fazla koruma sağlayabilecekken mevcut bireysel başvuru sisteminde AYM'nin AİHM'nin ötesine geçme gibi bir isteği olmadığı görülmektedir. İç hukukta mutlak olarak nitelendirilen bu hakkın mutlak korunmaması noktasında AİHM üzerinden çeşitli sonuçlara varmamızın sebebi budur.

167 Günther Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi » (çev. Kris Decramer). *Dalloz*, RSC 2009. 7.

168 AİHM [BD], 13 Eylül 2016, *İbrahim ve diğerleri İngiltere'ye Karşı*, 50541/08, 50571/08, §252.

ren liberalizme, onun dönüşümüne ve belki de artık işleyemez hale geldiğine dair tespitler yapmamız için ilk adımı oluşturabilecek olsa da, bu çalışma kapsamında çok dar ve teknik bir konuyu incelediğimiz için bu tespitleri başka bir çalışmanın konusu yapmak üzere bir kenarda bırakıyoruz.

Çalışmamız özelinde ise mutlak olarak nitelendirilen masumiyet karnesi üzerinden değerlendirme yaparak insan haklarını koruma mekanizmalarının mevcut yetki sınırları çerçevesinde daha koruyucu bir yaklaşım benimseyebileceğini anlatmak istedik. Böylece biraz daha umutlu bir noktadan gelecek başvurularda dikkate alınmasını umduğumuz unsurları ele almaya çalıştık. Böylece mutlak hakların mutlak olarak korunmasının ve insan haklarını koruma sistemlerinin de tutarlı bir şekilde işlemesinin sağlanabileceğini düşünmekteyiz. Çünkü amacının insan haklarını öncelemek olduğunu ileri süren bir sistem, “olağanüstü” nitelikteki müdahalelerin “olağanüstü” nitelikte koruma gerektirdiğini kabul etmelidir.

Kaynakça

- Alexis Vahlas, « Le droit de l’Union européenne et la ‘guerre contre le terrorisme’ » in Julie Alix & Olivier Cahn (dir.). *L’hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*. Dalloz, 2017, ss. 245-262.
- Celal Erkut, “Danıştay’ın ‘1402’likler’ Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüzakı”. *Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan*, 1992, ss. 71-86.
- Cihan Yüzbaşıoğlu “Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan*, Cilt I, 2014/1, ss. 687-717.
- Delphine Deschaux-Dutard, « Chapitre 10. Le terrorisme, défi majeur de la sécurité internationale contemporaine » in Delphine Deschaux-Dutard (ed). *Introduction à la sécurité internationale*. Fontaine, Presses universitaires de Grenoble, 2018, ss. 191-207.
- Digeste de Justinien (çev. Henri Hulot), Commission établie en 530, Livre Quarante-Huit, Titre XIX, Des peines, 5. Ulpian au liv. 7 du Devoir du proconsul, <https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/digeste/digeste_148_04.htm> (Erişim Tarihi: 26/09/2022).
- Doğan Erkan, *OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve OHAL ile Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi. Tartışmalar / İmkanlar*. Bursa : Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- Duygun Yarsuvat & Köksal Bayraktar, “Report of Turkey”. Preparatory Colloquium of the XVIII International Congress of Penal Law, A Coruña (Spain), 5–8 September 2007, *International Review of Penal Law*, CD ROM Annexe, vol. 78, 2007/3–4, ss. 291-305.

- Eser Us Doğan & Özge Yücel Dericiler, “Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanırlıklerinin Uygulanması”, *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, ss. 1087-1122.
- Fazıl Sağlam, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliklerinden Sonraki Görünümü”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, 2018, ss. 21-102.
- Günther Jakobs, « Aux limites de l’orientation par le droit : le droit pénal de l’ennemi » (çev. Kris Decramer). *Dalloz*, RSC 2009. 7.
- İbrahim Ö. Kaboğlu, « Suppression du régime parlementaire sous l’état d’urgence : Remarques sur la modification constitutionnelle ‘approuvée’ par le référendum du 16 avril 2017 ». *La revue des droits de l’homme*, Actualités Droits-Libertés, 2017.
- İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*. Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Jude McCulloch & Sharon Pickering, “Pre-crime and Counter-Terrorism: Imagining Future Crime in the ‘War on Terror’”. *British Journal of Criminology*, (2009) 49, ss. 628-645.
- Julie Alix & Olivier Cahn, « Mutation de l’antiterrorisme et émergence d’un droit répressif de la sécurité nationale ». *Dalloz*, RSC 2017. 845.
- Kemal Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejiminin İfşadı Hakkında Bir İnceleme”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/1, ss. 39-67.
- Kerem Altıparmak, “Is the State of Emergency Inquiry Commission, Established by Emergency Decree 685, an Effective Remedy”. *Human Rights Joint Platform*, February, 2017.
- Kerem Altıparmak, “OHAL KHK’leri ‘Sivil Ölüm’ mü Demek?”, *Bianet*, 6 sept. 2016, <<http://m.bianet.org/bianet/siyaset/178496-ohal-khk-leri-sivil-olum-mu-demek>> (Erişim Tarihi: 10.10.2022).
- Kerem Altıparmak, “Ölü Doğan Çocuk: 685 sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu. 685 sayılı KHK Öncesi Hukuki Durum”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl : 75, n° 2017/1, ss. 69-87.
- Kevin Constant Katouya, *Réflexions sur les instruments du droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*. Paris : Éditions Publibook, 2013.
- Liesbeth Van der Heide & Jip Geenen, “Preventing Terrorism in the Courtroom – The Criminalisation of Preparatory Acts of Terrorism in the Netherlands”. *Security and Human Rights*, 26 (2015), ss. 162-192.
- Lorenzo Picotti, « L’élargissement des formes de préparation et de participation ». *Revue internationale de droit pénal*, vol. 78, 2007/3, ss. 355-404.
- Louise Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford University Press, 2011.
- Lucia Zedner, “Pre-crime and post-criminology ?”. *Theoretical Criminology*, vol. 11(2), 2007, ss. 261-265.

- Marieke De Goede, "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", *European Journal of International Relations*, 14 (1), 2008, ss. 161-185.
- Mario Bettati, *Le terrorisme. Les voies de la coopération internationale*. Paris : Odile Jacob, 2013.
- Marja Lehto, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts: Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Mehmet Ö Alkan, "1960 Darbesi ve Üniversitelerden Tasfiyeler: 147'ler Olayı". *Toplum-sal Tarih*, 286, Ekim, 2017, ss. 58-69.
- Metin Günday "OHAL Kararnemeleriyle Kamu Görevlilerinin İhraç Edilmesi". *Mülki-ye Dergisi*, 40(3), 2016, ss. 197-203.
- Olivier Cahn, « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre – Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi ». *Archives de Politique Criminelle N° 38, Terrorismes*. Paris : Éditions A. Pedone, 2016, ss. 91-121.
- Olivier Cahn, « Droit pénal de l'ennemi – Pour prolonger la discussion... », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, 2015, ss. 105-129.
- Özen Ülgen Adadağ, « L'état d'urgence et la Cour constitutionnelle turque ». *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 68, 2019, ss. 139-160.
- Öznur Sevdiren, "Olağanüstü Hal Hukukunda Müebbet Kamu Görevinden İhraç Yaptırımının Cezai Niteliği", *Suç ve Ceza*, 2018, Sayı: 2, ss. 93-137.
- Pascal Gilliaux, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*. Bruxelles : Éditions Bruylant, 2012.
- Patrick Ferot, *La présomption d'innocence : Essai d'interprétation historique*, Doktora Tezi, Lille II Üniversitesi, 2007.
- Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*. Paris : Éditions Dalloz, 2016.
- Philippe Dam, "European Rights Body Misses Chance to Tackle Turkey Crisis", *Human Rights Watch*, 27 janv. 2017, <<https://www.hrw.org/news/2017/01/27/european-rights-body-misses-chance-tackle-turkey-crisis>> (Erişim Tarihi: 14 Ekim 2022).
- Rona Aybay, "1402'liklerin Göreve Döndürülmemesi Hukuka Aykırıdır", *Mülkiye*, Cilt XXIV, Sayı 221, ss. 122-130.
- Serge Sur, « Le Conseil de Sécurité : blocage, renouveau et avenir ». *Pouvoirs*, n° 109, 2004/2, ss. 61-74.
- Tolga Şirin "Anayasa Hükmünde Kararnemeler". *Güncel Hukuk*, Kasım, n° 155, 2016.
- Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı*, Cilt 8, 1991, ss. 233-252.
- Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, 2013, Ankara.
- William A Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2015.
- Yves Jeanclous, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*. Dalloz, 2011.

Tartışma

Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu- Çok teşekkür ederiz. Esasında tam vaktinde bitirdiniz. Yani 5'te başlamıştınız, dolayısıyla en az yarım saatimiz var tartışma için. Söz almak isteyenler kendilerini tanıttıktan sonra sorularını sorabilirler.

Prof. Dr. Ece Göztepe- Çok teşekkür ederim, Ece Göztepe Bilkent Üniversitesi. Hocam, bir de size destek amaçlı protokolümüzü hatırlatmak istiyorum. Dağılmadan önce, şimdi cevap vermeyecek konuşmacılar, biz kendilerine sözlü ya da yetiştiremezsek yazılı olarak en son oturum başkanı olarak size sorularımızı ileticeğiz, onlar akşam otel odalarında çalışacaklar, yarınki oturumumuzda da cevaplarını verecekler. Yani o konuşmacıların geceleri hiç rahat değildir Kamu Hukukçuları Platformunda, gece çalışmaları gerekir çünkü. Onu hatırlatmak istedim. Çünkü yarım saatte cevap vermek gibi bir şansları olmayacak.

Şimdi her iki konuşmacıya çok teşekkür ediyorum. İkisine de sorum ya da yorumlarım olacak. Önce ilk konuşmacı olan Bülent Yücel'den başlamak istiyorum. Bu son dönemin moda konularında popülizm çok önemli bir yer tutuyor ama jöle gibi bir kavram ve popülizmi genelde tanımlayamıyoruz. Yani Jan-Werner Müller'in kitabından başlayarak belli bir ülkenin içinden aslında kavramsal bir tartışma değil, ampirik bir tartışma yürütülüyor; başta Naz Hocanın çok güzel kategorize ettiği itirazları da aslında kapsayacak şekilde. O yüzden de popülizmi esas alan bir çalışmada öncelikle popülizmi sizin nasıl tanımladığınızın mutlaka ortaya konması lazım. Hem metninizde hem de konuşmanızda «sürekli seçimleri kazanmak, herkesi kapsama amacı güden söylemler» denilmesine rağmen ve merkez sağla özdeleştirilen bir popülizm anlayışı olmasına rağmen, mesela Chantal Mouffe ve Ernesto Laclau sol popülizmin savunucuları. Yani onları da katmak lazım. Sol popülizm iyi de, sağ popülizm kötü bir popülizm mi? Popülizmi nasıl tanımladığınıza bağlı olarak bunun cevabının bence mutlaka verilmesi lazım. O nedenle belki bu kavram üzerinden tartışmak gerekiyor otoriterleşme eğilimlerini.

İkinci söylemek istediğim husus, metninizde var, ama burada söylemediniz. "Seçimleri sürekli kazanmak" dediniz. Merkel, 16 yıl iktidarda kaldı ke-sintisiz olarak ve eğer bizim Türk siyasetinde hiç görmediğimiz, tanık olmadığımız bir şekilde kendi isteğiyle siyasetten ayrılmasaydı, 2021 seçimlerini de çok büyük ihtimalle kazanacaktı. O halde Almanya popülizm araştırmalarında hiçbir kavramsal çerçevede kullanılmazken, demek ki seçimlerin sürekli kazanılması kendi başına bir kriter olamaz.

Üçüncüsü bir söylem, genel bir söylemce oluşturuluyor AKP'nin iktidarı için. Yirminci yılını idrak ettiğimiz AKP iktidarı döneminde denilip bu dönemlerin tasnifine gidiliyor: AKP'nin sözde en demokratik olduğu 2002-2007 dönemi, sonra yavaş yavaş otoriterleşmeye başladığı dönem gibi. Ama burada hangi kriterleri kullandığınız çok önemli. Türkiye'nin sosyal ve ekonomik haklar karnesi çok kötü, AKP'nin de çok kötü. 2002-2007 döneminde birtakım açılımlar, sol liberallerin bazılarıyla omuz omuza yoldaşlıklar olabilir ama baktığımız zaman - en son örneği Amasra maden faciasıdır - Türkiye'de 2002 ile 2022 arasında ölen, iş cinayetlerinde öldürülen işçi sayısı 10 bine yaklaşıyor ve AKP bununla ilgili hiçbir şey yapmadı. Dolayısıyla demokratikleşmeye evet, siyasal yakınlaşmalar alanında evet, ama sosyal ve ekonomik haklar zaten tâli, o konuda bir şey yapmak gerekmiyor, demokrasininin bir parçası değil mi diyeceğiz? Elbette hayır. Sosyal ve ekonomik hakları dışlayarak çok güzel bir resim çizilebilir dönemsel olarak. Ama bence bunu kattığınızda, otoriterliğin başlangıç tarihi 2002'dir; 2007 değil, 2010 değil, 2011 de değil: 2002.

Demokrasi ve popülizm kavramlarını yan yana kullandığımızda şunu da düşünmemiz lazım: Demokrasi, ucu açık süreçler, müzakere, uzlaşma, anayasal normların sınırında siyaseten olanaklı olanı zorlamak demek ve Türkiye'de aslında bu anlamda hiçbir zaman demokrasiyi yaşamadık. Çünkü demokratik müzakere süreçlerinin ucu açıktır. Yüz yüze tartışma süreçleri aynı zamanda hiç istemediğimiz, beklemediğimiz, çoğunluğun hiç de hesaba katmadığı sonuçlarla karşılaşma riskini de taşır ve Türkiye'de hiçbir iktidar bu anlamda demokratikleşmeyi istemedi. Ucu açık sonuçlar, her zaman Türk kamuoyunun istemediği sonuçları oldu. Demokratik müzakere hep yapılmış gibi yapıp son kertede sayısal çoğunluğun istediği sonuç elde edilene kadar "katlanılan" bir zaman kaybı olarak kabul edildi.

Dediniz ki, "popülist liderler, halkla doğrudan ilişki kurar, vülgarize bir dilleri vardır; esneklik, ideolojik kararlılıkları yoktur." Buna hiç katılmıyorum. AKP'nin inanılmaz bir ideolojik katılığı var; anti-Alevi, anti-eşitlikçi ve anti-çoğulcu. Bugün yaşadığımız absürt Anayasa madde 40'ta "aileyi yeniden tanımlayacağız; eşcinsellerin evlilik hakkı, ailemizi bozma, dejenere etme olanağını ellerinden alacağız" ve istikrarlı bir şekilde "Afedersin Ermeni'den" başlayıp "Afedersin Alevi" çizgisine uzanan şey, inanılmaz bir ideolojik katılık aslında. Yani mutlak bir öteki, bu ideolojik katılığın kaçınılmaz bir parçası. O anlamda esneklik argümanınıza hiç katılmıyorum.

Son hususa gelmek istiyorum: Otoriter demokrasilerde diyeyim, usul saptırması ve hukuk aracılığıyla otoriterliğin tesisi çok karşılaştığımız bir şey.

Bunu “muhteşem üçlü” Polonya, Macaristan ve Türkiye’de hep görüyoruz. Biz hukukçuyuz ve ne yazık ki hukukçu kalıpları içinde düşünmeye de mahkumuz. Usul saptırması yapılan durumlarda acaba bir esneklik olanaklı mıdır? Sonuç bölümünüzde onun ipuçlarını biraz veriyorsunuz; bunu kavramsal olarak biraz daha güçlendirebilir misiniz acaba? Ceza kanunu anlamında, yaptırım olarak cezayla, idare hukuku anlamında “sadece işten atıldı, sadece hayat boyu kamudan men edildi ama ceza değil bu dediğimiz” şeyin yaptırım kavramının çerçevesini genişleterek ve bizim yaptığımız idari anlamda yaptırım, ceza hukuku anlamında yaptırım kavramlarını birbiriyle ilişkilendirerek acaba argümanınızı güçlendirebilir misiniz diye düşündüm. Aklınıza yatarsa belki sonuç bölümünde ya da makalenizin bir kısmında bunu kullanabilirsiniz. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu- Evet, bu yorum için masa da teşekkür ediyor. İçinden sorular çıkmasını bekliyorsunuz ama anladığım kadarıyla. Dolayısıyla gece görevi açısından bu notlar alındı.

Eda Yıldız- Araştırma Görevlisi Eda Yıldız, sorum Göksu hocamıza.

Hocam, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hukuk politikasının sorgulanması açısından da almakta bir sakınca yok bu soruyu. Şunu sormak istiyorum. Bir arınma süreci karşılaştırmasından bahsettik. Acaba burada şöyle bir durum olabilir mi? Arındırmada rejiminden başka bir rejime geçiş, aslı kurucu iktidarın ortaya çıkması ve zeminin tamamen değişmesi söz konusu ve burada belki istisnai olarak dışlama şeklinde de gözükse, hukuken tanıma anlamında bir içselleştirme durumu, hukuka muhatap tutma durumu söz konusu olabilir belki diye düşünüyorum. Ne düşünürsünüz bilmiyorum. Karşısında bizim ihraç hikayemize bakıldığında, bunun terörle birlikte değerlendirilmesinin meseleyi başka bir zemine taşıdığını düşünüyorum açıkçası. Bu rejim içi bir hesaplaşma olarak, bir çelişme olarak tanınmaması anlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hukuk politikasına ters düşmüş olabilir diye düşünüyorum. Kanaatinizi merak ediyorum. Bunun aslında rejimden rejime geçiş değil, rejimin devamlılığının kökleştirilmesi, sağlamaştırılması anlamında bir iç hesaplaşma olarak çelişmeye konu kabul edilmemesi hakkında değerlendirmelerinizi merak ediyorum.

Hale Akdağ- Merhabalar, Hale Akdağ, Antalya Bilim Üniversitesi. Göksu Hocamın sunumuyla ilgili olarak, Ece Hocam söyledikten sonra aklıma geldi, tam hatırlamasam da bir Mihai Toma-Romanya kararı vardı sanki. Zaten bakmışsınızdır hocam eminim ama karar, tam olarak Ece Hocamın söylediği gibi, “devletin nasıl nitelendirdiği veya idari müeyyide mi, cezai müeyyide

mi dediği hiç önemli değil; eğer cezai bir etki doğuruyorsa, bu bir cezadır” şeklinde bir değerlendirme yapıyordu diye hatırlıyorum. İkinizin de bundan bahsetmesinin üzerine o karardan bir ben de bahsetmek istedim, belki bir katkı olur diye. Teşekkürler.

Doç. Dr. Burak Öztürk- Burak Öztürk, Ankara Üniversitesi. Aslında ben Ece’nin söyledikleri ile Göksu Işık’ın tebliğinin, hatta biraz önceki oturumdaki bir tebliğin de düşündürdüğü bir hususu, iki örnek üzerinden daha genel olarak ele alacağım. Bir yorum gibi daha çok, ama soru içerdiği de düşünülebilir.

Ece’nin sözünü ettiği usul saptırması meselesi... Evet, otoriter iktidarlar birtakım imkanları kullanarak bunu yapıyorlar ama bunlar da hukukun kendilerine sağladığı imkanlar... ve biz hukukçular olarak aslında kategorilerimizi oluştururken, tasnifler yaparken böyle olası kullanımları dikkate almıyoruz çoğunlukla. Ondan sonra da böyle bir usul saptırmasıyla karşılaştığımızda ne yapacağımızı bilemiyoruz.

Şunu kastediyorum: Üzerinde konuştuğumuz, Sayın Işık’ın tebliğindeki mesele, idare hukukunda aslında öteden beri yapılan tedbir-ceza ayrımı, hatta Fransız idare hukukunda benimsenen kolluk tedbiri-idari yaptırım ayırımına paralel; caydırıcılık, bastırıcılık gibi ölçütlere başvurulacak belirginleştirilmeye çalışılıyor. Bu tartışmaları yaparken biz genellikle bunun çok yakıcı sonuçları olabileceğini, sonradan böyle araçsallaştırılabileceğini düşünmüyoruz; olağan dönemlerin tatlı tartışmalarına konu ediyoruz bunu.

Bütün kamu hukukçularını çok yakından ilgilendiren ve önceki oturumda beni düşündüren bir husus da, kararnamelere ekli listelerle yapılan ihraçlar. Maddi anlamda kanun, şekli anlamda kanun... Malum, şekli anlamda kanun anlayışının benimsenmesinin sonuçlarından birisi de içeriğinin önemsiz olması, mutlaka genel kural içeren işlem olmaması; lisans derslerinde Enver Paşa’nın ailesine maaş bağlanması hakkında kanun, yahut Suna Kan ve İdil Biret örnekleri... Ne kadar şirin, bakın kanun şekli de olabiliyor. Maddi anlamda kanun-şekli anlamda kanun ayrımı Duguit ile Carré de Malberg’i çok eğlendirmiş olabilir yüz küsur yıl önce ama artık bizi bu kadar eğlendirmemeli. Bildiğim kadarıyla Anayasa’da şekli anlamda kanun anlayışının benimsendiğini gösteren açık bir düzenleme yok. Bununla birlikte Carré de Malberg’in Fransız hukukunda pozitif hukukun verilerini kullanarak ulaştığı, Duguit’in “olmaz öyle şey” diyerek itiraz ettiği sonucu biz de herhalde 50’lerden, 60’lardan bu yana beğenerek aktarıyoruz ve hepimiz bunu tekrar ediyoruz. Halbuki “kanun dediğin şey aslında bir tek maddi anlamda olur, başka türlü olmaz” demenin önünde bir engel var mı? Hele bunları gördük-

ten sonra. Aslında sadece bu somut olayların somut haksızlıkları düşündürmesinin ötesinde, bizim kategorilerimizin de buna imkan verdiğini hatırlayarak bunları güncelleme ihtiyacı hissetmemiz gerekiyor diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu- Çok teşekkürler.

Prof. Dr. Funda Başaran Yavaşlar- Teşekkür ederim. Funda Başaran Yavaşlar, Marmara Üniversitesi emekli öğretim üyesi. Benim sorum Bülent Bey'e olacak: Otoriterleşen rejimlerde bu otoriteyi elinde tutan siyasi parti, böyle bir ajandayla mı hareket ediyor sizce? Yani günün sonunda, "ben bütün istediklerimi gerçekleştirebilmek için otoriter bir rejim kurmak zorundayım" mı diyor? Yoksa otoriterleşme bir araç mı oluyor o yol içerisinde? "Belli bir amaç var zaten, o amaca ulaşmak için otoriterleşmem gerek" diye mi hareket ediyor? Teşekkür ederim.

Av. Nail Gürman- Teşekkür ederim. Avukat Nail Gürman, Türk Hukuk Kurumu Başkanı.

Hepimiz biliyoruz ki, Cumhuriyet'in temeli hakimiyet-i milliye esasına dayanır ve bugün bunu ifade etmek için "egemenlik ulusundur" diyoruz. Oysa demokrasiye geçtiğimizden bu yana ve özellikle 1987 yılında zamanın iktidarı tarafından getirilen bir yasayla, milletin temsilcisi olan, ulusun egemenliğini simgeleyen Türkiye Büyük Millet Meclisi, sadece üç veya beş siyasi parti liderinin yukarıdan, doğrudan doğruya atadığı iradeyle oluşmaktadır.

Buna bağlayarak Sayın Yücel'in baştan itibaren yaptığı bütün analizlere katılmakla beraber "bir konuda eksikliği var mı?" diye kendi kendime soruyorum. Demokrasi bir oyun değildir. Demokrasinin temeli halktır, halksız da demokrasi olmaz. O halde bugün ister tek adam olarak eleştirilen Cumhurbaşkanı veya AKP Genel Başkanı, ister tek adam olarak görev yapan muhalefet partilerinin diğer genel başkanları, bu demokrasi oyunu içinde hangi konumdadılar? Dolayısıyla maalesef halkın oyu olmadan, siyasî partilerin örgütlerinin üyelerinin iradeleri olmadan, biat kültürünü geliştirecek bir şekilde işleyen bir demokrasiyle karşı karşıyayız. O halde bu husus, bu uygulama bugün hem iktidarı hem de demokrasinin temelini oluşturan diğer siyasi partileri ve dolayısıyla rejimi nasıl etkilemektedir? Teşekkür ederim.

Av. Nuray Özdoğan- Teşekkür ederim. Avukat Nuray Özdoğan, Ankara Barosu avukatıyım.

Önce programınıza şöyle bir eleştiri getirmek istiyorum. Bu, aslında genel olarak avukatların, Ankara Barosuna kayıtlı avukatların bir kısmının

eleştirisi. Özellikle insan haklarının tartışıldığı bu programda, insan hakları alanında çalışan hukukçu avukatların da büyük katkısı olacağını, bir sonraki programlara eklenmesi gerektiğini düşünüyorum; olmamalarını bir eksiklik olarak görüyorum. Özellikle burada çok değerli hocaların tartışmaları yürürken, hele ki otoriterleşme tartışılırken, bağlamı kurmak açısından önemli olacağını düşünüyorum.

Şimdi Bülent Hocanın, özellikle Ece Hanımın beyanları gerçekten benim de katıldığım, benim de söylemek istediğim şeylerdi, onlara tamamen katılıyorum. Türkiye'deki otoriterleşmeyi ve AKP'yi tartışırken, mesela Almanya'dan örnek veriliyor. Almanya'da şu tartışma hep oldu, hâlâ yapılıyor: Weimar Cumhuriyeti dönemi uygulamalarıyla karşılaştırılarak bir eleştiri süreci yürütülüyor. Hâlâ bir yüzleşmenin gerçekleşmediği Almanya'da hâlâ tartışılan bir faşizm dönemi. Elbette ki tam bir karşılaştırma yapılamaz Türkiye açısından şu an geldiğimiz konumda; özellikle mevzuatı, Anayasa değişikliğini, yasal düzenlemeleri tartıştığımız düşünüldüğünde... Bunların birebir pratikte uygulamalarıyla da karşılaşmış hukukçular olarak, şunu açıkça söyleyebiliriz: belki seçimden sonra farklı olacak ama Türkiye'de bu döneme kadarki yasal düzenlemelerin tamamı, belki KHK'ler hariç, Anayasa'nın ve mevcut yasaların üzerindeki rötuşlar ile yapıldı. Bu durumda biz genel olarak mevcut hukuk düzenini, en azından şu anki otoriter iktidarın üzerinde yükseldiği hukuk düzenini tartışmadan bir sonuca varabilir miyiz, bundan emin değilim. Siz ne düşünüyorsunuz? Bunu bir ezber olarak da söylemek istemiyorum ama bu konunun ayrımcı hukuk düzeni ile beraber tartışılmasını çok isterim. HDP'den de bahsettiniz, iktidarın yükselme sürecinden de bahsettiniz ama şu anki mevcut tabloda hâlâ ben bir şeyleri yeterince iyi değerlendiremediğimizi, hâlâ bizim kendi zihnimizdeki o ikili hukuk sisteminden kendimizi kurtaramadığımızı düşünüyorum. Bunu tartışmadan biz ne AKP'yi, ne şu anki otoriter dönemi tartışabiliriz. Yükseldiği meşruiyet, gerçek bir meşruiyet; bunu kabul etmek zorundayız. Bu sadece aldığı oy oranıyla ilgili bir şey değil. Biz insan haklarını sadece ihtiyacı olduğu zaman ve ihtiyacı olan kişilerin savunduğu bir ülkeden bahsediyoruz ne yazık ki. Bize düşen de hukukçular olarak, nerede müdahil olduğumuzu belirlemek. Şimdi yargısal denetim dedik, yargısal denetim artık Türkiye'de yok. Bunun olmadığını altını net olarak çizebiliriz. Anayasa Mahkemesi de buna dahil, son dönem için artık Danıştay'ı da katabilirsiniz buraya. Yargıtay denetimden kaçınıyordu, Danıştay bir süre daha direndi. Ama Danıştay da yargısal denetim yapan bir mekanizma olmaktan çıktı ve bu denetim mekanizmalarının yok olduğu dönemde bizim gibi ısrarla insan hakları

savunuculuğu yapanlar, bu süreci nasıl yaşıyor? Hukukun sağladığı hangi araçlar bizim bu süreci belki durdurmamızı ya da insan hakları alanındaki felsefeyi yaygınlaştırmamızı sağlar? Benim bir cevabım yok, hocalarımın varsa bilmek isterim.

Şimdi masumiyet karinesi ve usuli güvencelerle ilgili sunuşu da gerçekten keyifle dinledim. Özellikle 1-2 yıldır usuli güvencelerle ilgili inanılmaz bir kriz var yargısal süreçlerde. En son süreci İzmir’de Deniz Poyraz dosyasında yaşadık. Mahkeme heyeti noterden verilmiş vekalet yoksa duruşmaya giremeyeceğimize dair ara karar kurdu. Yani notere bağlı bir vekillik ilişkisi kurdu. Ceza muhakemesi gereği müdahillik talepte bulunduğunuz anda başlar, bu da başka bir savunma güvencesidir. Çünkü kolluk müdahaleye başladığı andan itibaren sizin savunma hakkınız vardır. Savunma hakkı bir noter belgesine bağlanamaz ama mahkeme bunu yaptı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde de usuli güvenceler konusu, aynen dediğiniz gibi bir kriz içerisinde. Ama şunu da göz ardı etmeyelim. Ben bu durumu kendi bildiğim, anladığım kadarıyla AİHM’in sistemine aykırı bir durum olarak da görmüyorum. Şimdi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nden beklentimiz yükseliyor. Burada yargısal denetim zayıfladıkça oradan beklentimiz çok yükseldiği için, aslında oradaki mekanizmayı zorlamak, alanı genişletmek istiyoruz. Onlar da bize bu kadar genişletemeyecekleri şeklinde ısrarla geri dönüyorlar bu konuda. Yani en son 18. madde ihlalinde, Demirtaş kararında ve HDP’nin diğer vekillerine ilişkin henüz tercümesini göremediğim kararında, 18. maddenin ihlali ve siyasi sebeple tutuklama ile ilgili çok geniş bir karar verdi, sınırlarını çok zorladı aslında. Dolayısıyla aslında Türkiye’deki yargı mekanizması ve usuli güvenceler yönünden neyi nereye kadar zorlarsınız dediğimizde, Adalet Bakanlığı’nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi süreçlerindeki diplomatik ilişkilerinin ne kadar iyi yürüdüğünü de bilen biri olarak bunu söylüyorum. Sonuç olarak ulus devletlerin egemenlik alanı söz konusu olduğunda, usuli güvenceler konusunda ne yazık ki ben umutlu değilim. Yani KHK dönemleri için belki biraz ama bundan sonraki süreçlerde usuli güvenceler ile ilgili ihlal kararları alabileceğimize çok inanmıyorum.

Ne yapabiliriz, sizin gördüğünüz ya da bilip zorladığınız başka kanallar var mıdır? Şimdi Anayasa Mahkemesi karar veriyor bazen, evet, ama sonuçta verdiği ihlal kararlarını, artık o ihlal kararını vermesinin güvence olmaktan çıktığı dönemlerde veriyor. Şimdi ihlal kararının hak ihlalini ortadan kaldıran ve kişiye sirayet eden bir etkisi varsa, o hukuka uygun bir karardır. Ama artık kişinin hayatına sirayet etmiyorsa, etmediği noktada verilen karar hukuki midir, bu tartışılmalı aslında. Burada da Anayasa Mahkemesi’nin dönemsel

ve ayrımcı kararları gerçekten tartışılmalı. Ben bu konudaki fikirlerinizi gerçekten merak ediyorum.

Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu- Teşekkürler. Baştaki eleştiriniz bir anlamda bertaraf oldu sanırım; siz de bir konuşma ile katılmış oldunuz toplantıya.

Evet, son sorumuz mu? Peki ama bu son, kesinlikle son. Çünkü 18.00 oluyor saat.

Doç. Dr. Ozan Ergül- Teşekkür ederim Naz Hocam. Ozan Ergül, Atılım Üniversitesi. Şimdi ben Kamu Hukukçuları Girişim Kurulu üyesi olarak Ankara Barosu üyesi avukatımızın temennisiyle ilgili bir açıklama yapayım. Biz duyuruya çıktuktan sonra yönergemize göre hukuk doktoru unvanı olan herkes tebliğ önerisi verebilir. 10 yılı aşkın bir süredir toplanıyor KHP, davet usulü belki 1-2 kere yapılmıştır, onun dışında talep söz konusudur. Duyuruları takip ederseniz, konu belli olduktan sonra duyuruya çıkılıyor, duyuruya çıkıldıktan sonra konu başlığına uygun bir tebliğ önerisi gönderiliyor. Dolayısıyla doktor unvanı olan avukatları dışlamak vesaire gibi bir durum söz konusu değil.

Tartışılan konularla ilgili de birkaç şey söylemek isterim. Şimdi bu tür kavramsallaştırmalar, işte Naz Hocamızın da örneklendirdiği; bunların belli sistemlere, belli siyasal sistemlere bire bir oturması, birebir örtüşmesi çok nadiren olan bir şeydir. Dolayısıyla bunların hepsinde işte Ece'nin de belirttiği gibi ampirik yöntem -yani siyaset biliminin de yöntemi zaten budur- başvurulur. Diğer taraftan da olgulardan da kavramlar üretilebilir. Gözleme dayalı olarak belli siyasal sistemlerdeki belli özellikler izole edilip bunlar tiplendirilmektedir. Bunların diğer başka sistemlere birebir uyması, örtüşme sağlanması tabii ki aslında aranmamalı.

Fakat bazı kavramlara, gene Naz Hocamızın belirttiği gibi kökten, temelden bir eleştiri de gelebilir. Mesela "illiberal demokrasi" bunlardan biridir. Bir ara çok modaydı. İşte Hint asıllı Amerikalı, Newsweek dergisinde yazan, CNN'de program yapan Fareed Zakeriya, kendi ülkesi Hindistan'da da ele aldığı eserinde -Türkçeye de çevrilmiştir o kitap- illiberal demokrasi kavramını kullanıyordu. Ama "illiberal" kelimesiyle "demokrasi" kelimelerini, bu iki neredeyse tezat anlama sahip iki kelimeyi aynı tamlamada bir araya getirmenin mantıksızlığından hareketle eleştiriler gelmeye başladı, nitekim bir moda gibi 5-10 sene sonra unutuldu, artık o kavram kullanılmıyor.

Yarışmacı otoriterizm de şüphesiz belli şeyleri anlamamızı, belli sistemlerin işleyiş tarzını, ayrımcı özelliklerini anlamamızı sağlıyor olabilir, ama Türkiye'ye tam oturduğu konusunda benim de tereddütlerim var. Geçenler-

de T24 haber sitesindeki yazısında Taha Parla Hoca da bu kavrama yönelik eleştirilerini ifade etti.

Ben temel eleştirimi söyleyeyim, bir korsan tebliği vermek niyetinde değilim: “yarışmacılık” kısmı kalmamıştır artık Türkiye’de. Çünkü evet, Türkiye’de sorunlu bir demokrasi tarihimiz olabilir ama biz bir şeyle övünürdük; seçimleri doğru, düzgün ve belli seviyede adil yapmakla övünürdük. Fakat artık seçimler ve referandumlar ile ilgili çok ciddi sorunlarımız var ve bunun yanında yarışma diğer partilerle, diğer fikirlerle ve diğer adaylarla olur. Artık adaylar hapse atılıyor. Aday olma potansiyeli taşıyanlar hakkında yargılamalar yapılıp, seçme-seçilme hakkı elinden alınmaya çalışılıyor. Dolayısıyla artık burada bir yarışmacılıktan söz etme imkanı olduğunu ben de düşünmüyorum.

Bir diğer husus da katkıya cevap veya soruya cevap verme gibi bir adetimiz yok ama Burak arkadaşım şekli yasalarla ilgili maddi yasa-şekli yasa ayırımına değindi ama tabii orada yasama yetkisinin genelliğinden hareket ediyoruz Burak’cım. Yani konusu itibariyle işte batıda da var bunun örnekler, “*ad hoc yasama*” deniyor; yani belli bir duruma veya kişiye özel yasa yapmak. Bu tabii ki “genel, soyut” olması gereken yasadan uzaklaşmadır. Bazı durumlarda genel soyut yasadan uzaklaşmak tam da hakkaniyet gereği olabilir ama bizdeki KHK ekine isim listesi eklemek, zaten aslında bir şekli kanun bile değil, o bambaşka bir şey. Üzülerek ifade edeyim ki, bunun önünü açan aslında Anayasa Mahkememizdir.

Çünkü Anayasa Mahkemesi 2012 yılında bir yasayla kamu görevlisinin görevine son verilmesinin Anayasa’ya aykırı olduğunu, yasama organının bir yasaya «bu yasa yürürlüğe girdiğinde bu kurulun bütün üyelerinin görevi sona erer» biçimindeki yasanın, yasama organının yürütme organının fonksiyonunu gasp etmesi olduğunu, bunun da Anayasa’ya aykırı olduğunu söyleyip iptal etti. Ama sonra önceki Başkan Haşim Kılıç’ın görüşü zaman içinde hakim oldu ve yasalarla kamu görevlilerinin görevine son vermeye başlandı. Tek farkı şuydu: İsmi yazmıyordu insanların ama kimin görevinin o yasa yürürlüğe girdiğinde sona ereceğine; işte İstatistik Kurumu, Rekabet Kurumu, işte Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu gibi... Onun üyelerinin kim olduğu belli. “Bunlar sayılmaz” dedi ve bu şekilde Anayasa Mahkemesi yasayla birel sonuçların ortaya çıkmasının önünü açtı.

En son içtihadı şuydu: Kurumsal yapıyı değiştirmek şartıyla kamu görevlisinin görevine son verebilirsin. Ama o kurumsal yapının ne ölçüde, nasıl bir değişiklik geçirmesi gerektiğine ilişkin bir kriter de getirmedi. Dolayısıyla

bu KHK faciasının aslında müsebbiplerinden biri de Anayasa Mahkemesi'dir bu içtihadıyla. Yasalar için verdi onu, "yasa ile yapılıyorsa biz KHK ile de yaparız bunu" deyip insanların isimlerini, ek listelere eklediler ve o şekilde yaptılar. Teşekkürler...

Kahan Onur Arslan- Herkese iyi akşamlar, saygıyla selamlıyorum. Kahan Onur Arslan, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku öğretim üyesiyim. Gün boyunca gayet güzel hazırlanmış, özenle hazırlanmış ve çok verimli sunumlar dinledik. Öncelikle bunların tamamı için tüm hocalarımızın emeklerine teşekkür etmek istiyorum.

Aslında benim soracağım soru sunum yapan hocalarımızın hepsinin cevaplamaına açık olan bir soru. Ama bu oturumda Bülent Yücel Hoca karşımızda olduğu için ben onun üzerinden soracağım, öncelikle onun cevaplamaı için sunumuyla bağlantılı olarak. Ama dediğim gibi, yarınki değerlendirme kısmında tüm hocalarımdan bir cevap bekliyor olacağım.

Bu tarz hukuk toplantılarında sorun tespitleri ile mevcut durumun analizini yapıyor, adeta fotoğrafını çekiyoruz. Bülent Yücel hoca şöyle bir tespitte bulundu: "Sorunun kaynağı hukukta değil, sorunun kaynağı siyasi". Hukukun deskriptif yönü olmakla birlikte, aynı zamanda dönüştürücü bir yönü olduğuna da inanan bir hukukçuyum. Hukukçular olarak elimizde bir çekiç olduğu için bütün sorunları da bir çivi olarak görüyoruz. Hukukla birtakım tanımlamalar yapıp, birtakım tespitler yapıp sorunlara böyle yaklaşıyoruz. Sorum şu: Hocam bir pense deneyebilir miyiz? Dönüşümü nasıl sağlayabiliriz hukukçular olarak? Ya da daha sistematik bir şekilde sorayım: Yapılan tüm tespitler için hukuki, siyasi, sosyal çözüm önerileri veya tespitleri olacak mı? Ya da sizin bunlara ilişkin bir çözüm öneriniz var mı? Teşekkür ederim...

Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu- Sistemin bütün sorularının Bülent Yücel tarafından yanıtlanmasını bekliyorsunuz. Evet bu gerçekten çok ilgi çekici tebliğlerin sunulduğu uzun bir gündü. Yarınki tartışmaların sanırım ipuçlarını verdi bugünkü konuşmalar, son derece canlı geçecek. Ben sözünü verdiğim saatte, tam 18:00'de toplantıyı sonlandırıyorum. Yarın yine burada olmak üzere, teşekkür ederiz.

İKİNCİ GÜN
12 Kasım 2022 Cumartesi

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Bildiri Sunanların Yorum ve Eleştiriler Üzerine Genel Değerlendirmeleri

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturum Başkanı)- Saygıdeğer hocalarım, değerli meslektaşlarım; baki kalan hakikaten bu kubbeye bir hoş sedaymış. O yüzden Rona Aybay Hocayı yine saygıyla, sevgiyle anıyoruz, hürmetle anıyoruz.

Bugünkü oturumda dün konuşma yapan arkadaşlarımızın 15'er dakikalıkları var. Buyurun efendim, başlayınız.

Doç. Dr. D. Çiğdem Sever- Evet, bizim oturumumuzda kalan bir soru yoktu, o yüzden ben bir genel toparlama, aslında bir değerlendirme yapmak istiyorum, hem dün konuşulanlar üzerine, hem de biraz kendi sunumumda belki eksik kalan noktalar vardır diye düşündüğüm için.

Önce tabii bir genel saptama ile şöyle başlayacağım. Türkiye'de şu anda şöyle bir algı var: insan hakları ve demokrasi alanındaki sorunlar, sanki bir anda bir seçim olacak, bir iktidar değişikliğiyle değişecek gibi. Ben bunun biraz yanıltıcı bir algı olduğunu düşündüğümü belirterek başlamak istiyorum. Çünkü Türkiye'nin tek sorunu, yani Türkiye'nin demokrasi ve insan hakları sorunu sadece anayasa değil ya da sadece yürütme organının bir şekilde oluşumu değiştiğinde çözülmeyecek.

Ben sunumumda da aslında şöyle bir genel çerçeve çizmiştim, biraz onu açmak istiyorum. Sunumumda temel çerçevede şu an Türkiye'de yaşanan sorunun önemli bir kısmının yürütmeye ilgili olduğunu söyledim ama aslında tam da yürütmenin ortaya çıkan sorunlarının kaynağının yasalar olduğundan bahsettim. Türkiye'de özellikle idare hukuku alanında yasalarla çok geniş takdir yetkisi verilmesi sorunu İl İdaresi Kanunu örneğinde çok net ortaya çıkıyor ama sorun sadece bundan ibaret değil. Aslında genel anlamda idareye yetki veren normlarda bir belirsizlik sorunu karşımızda ve bu bir takdir yetkisi sorunu.

Bir de belki, Hülya'nın sunumuyla da birleşecek şekilde bu takdir yetkisi meselesinde bir konuya vurgu yapmak isterim: Dün kamu görevlilerinin sorumluluğu meselesinde cezasızlık sorunundan bahsettik. Orada vurgulamak istediğim bir şey var: örneğin kolluk yetkileri söz konusu olduğunda, takdir yetkisi biraz farklı bir özelliğe sahip, onu özellikle vurgulamak gerekir. Normal koşullarda devlet teorisi açısından da, hiyerarşide aşağıya indikçe tak-

dir yetkisinin daralması gerekir gibi bir retorik var ama bu retorik kolluk söz konusu olduğunda terse dönüyor. Yani sahadaki polis memurunun örneğin anlık müdahalesinde çok ciddi bir takdir yetkisi var ve oradaki belirsizlik sorunu bir de böyle bir sorunla birleşiyor Türkiye’de. Burada belirsizlik ikamesi gündeme gelmelidir. Bir şekilde normun kendisinde belli ölçüde bir belirsizlik varsa bile, örneğin polis örneğinde bir dönem vardı ama unuttuk; kask numaraları, kameralar, denetim mekanizmaları, kolluk gözetim komisyonları gibi konular bizim unuttuğumuz şeyler haline geldi. Bu tür talepleri dile getiriyor olmanın kendisi kıymetli gibi görünüyor bana o yüzden.

Yargı ile ilgili tabii diyecek çok şey var, hepimizin bu konuda eminim dertleri var ama şunu da söyleyerek başlayayım: Türkiye’deki tek sorun yargı bağımsızlığı değil. Yani hepimiz çok net farkındayız ki bir nitelik sorunuyla karşı karşıyayız. Sadece bir örnek olarak söyleyeyim; idari yargıyla ilgili tahmin edeceğimiz sorunlar var, liyakat sorunu, yargı kararlarında genel olarak bir gerekçe sorunu var. Yani sadece idari işlemlerin sebep unsuruyla ilgili değil, aynı zamanda mahkeme kararlarının gerekçesiyle ilgili ciddi sorunlar var.

Güvenlikçi ve devletçi yaklaşım hepimizin malumu ama ben bir şeye vurgu yapmak istiyorum. Anayasa Mahkemesi’nin idari yargıyla ilgili kararlarında dikkat çeken bir şey var, o da etkili başvuru hakkıyla ilgili ihlal kararları. Aslında bildiğinizi tahmin ediyorum, etkili başvuru hakkından ihlal kararı çok kolay çıkmaz. Ya mevzuatta ya da uygulamada, hatta çoğu zaman ikisinde ciddi bir problem olması gerekir. Örneğin sınır dışı kararlarıyla ilgili vardı bu ya da başka birkaç meselede daha. Ama Anayasa Mahkemesi’nin etkili başvuru hakkı ihlallerinin çok önemli bir kısmı idari yargıya ilişkin ve bu durum çarpıcı.

Anayasa Mahkemesi ile ilgili temelde birkaç başlıktan bahsedeceğim. Birincisi, norm denetimi kararlarıyla bireysel başvuru kararları arasındaki fark. Burada fazla değinme olanağımız olmadı, aslında bizim sunumlarımız biraz birbirini tamamlıyordu ama Türkiye’de genel anlamda böyle bir makas açılması var; norm denetimi kararlarıyla bireysel başvurularda çok benzer konuda çok farklı yaklaşımlar olabiliyor. İlk olarak hatırlarsanız kadının soyadı sırasında ortaya çıkan ve daha sonra aslında daha da yoğunlaşan bir problemle karşı karşıyayız. Burada çok pragmatik bir şekilde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bir şekilde gözetilsin, başvurular Mahkeme’ye gitmesin ama bir anlamda norm da kalsın” gibi bir yaklaşımı görüyoruz ki bu, genel anlamda inceleme kriterleri bakımından da görülen bir fark gibi duruyor.

Bireysel başvuruda ise durum bence biraz daha karmaşık, konuşma olanağı bulduk. Fazıl Hocanın hatırlattığı ortak alan meselesi zaten bireysel

başvuruyu bir anayasa şikayeti olmaktan çıkarıyor ama sorun sadece bu değil. Belli haklar bakımından, örneğin mülkiyet hakkında, çok geniş yorumlama ve çok özgürlükçü olma hali varken; belli haklar bakımından ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları çok netse ihlal kararı çıkıyor. Benim örneklerim böyle örneklerdi.

Aslında şöyle bir yaklaşımı görüyoruz bu kararlarda. Birincisi; mahkemelere yönelik gerekçe yazmak. Ne kadar dikkat ettiniz bilmiyorum ama özellikle idari yargıyla ilgili kararlarda çok karşımıza çıkıyor. Daha çok, "yargı gerekçesinde buna yer vermemiş, yargı bunu değerlendirmemiş" üzerinden bir inceleme yaptığınızda, aslında bireysel başvurunun özellikle yürütme organı ya da idarenin uygulamalarıyla ilgili bir dönüşüme yol açma şansı yok. Yani birinci temel problem bu.

İkincisi şöyle bir durum: ihlal kararı veriliyor ama etkisi çok dar ya da aslında anlamsız. O ihlal kararının etkisi o kadar daralıyor ki, aslında Mahkeme tam anlamıyla bir hak ve özgürlük mahkemesi vasfına sahip diyemiyoruz. Benim örneklerim biraz buna giriyor aslında. İhlal kararı verilmiş ama sadece 100 lira, 200 lira, 300 liralık para cezası ile ilgili bir dönüşüm var, onun dışında yok ve yine mahkemelere vurgu var; çok üzerinde duramadığım için söylüyorum.

Çarpıcı bir karar olduğu için söyleyeyim; zorunlu din dersi kararında ihlal kararı verildi ama kararın gerekçesine baktığınızda, sadece 2008 öncesi müfredatı değerlendirme sınırlamasıyla zaten aslında hiçbir etkisi ve anlamı olmayan, sadece o kişiyle ilgili bir ihlal kararı verildi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine muhtemelen gitmeyecek.

Çok geniş bir konu ama belki vurgulamak lazım; kabul edilemezlik kararları Anayasa Mahkemesi'nin istatistiklerinde de çok bariz ortaya çıkıyor ama geçen gün biliyorsunuz Başkan dedi ki, «avukatlar kötü dilekçe yazıyor.» Doğrudur, yani bir şey demiyorum ona, ama bence Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilemezlik kararlarının önemli bir dayanağı da mahkemenin bazı dosyalara bakmaktan adeta kaçınması.

Verdiğim bir örnek (Kaos GL kararı) öyle bir örnekti. Bunu yaygınlaştırmak mümkün, Örneğin Vedat Şorlu kararını hatırlayalım, bilmediğimiz bir karardı, kabul edilemezlikti. O yüzden Anayasa Mahkemesi'nin de etkililik konusunda bir sorunu olduğunu özellikle vurgulayalım.

Ne yapmalı? Yani sonuçta hepimiz dün bütün gün aslında çok da karanlık bir tablo çizdik. Çünkü bu olağanüstünün olağanlaşması mese-

lesi gerçekten endişe verici düzeyde. Yani tabii bir noktada birincisi; bunun farkında olmak, dün o yüzden o fotoğrafla başladım. Yani bir şekilde eşiklerimiz değişiyor, sıradanlaşıyor, alışıyoruz. Yani yasak meselesi bundan 10 yıl önce başımıza gelse dehşete kapılacağımız bir şeydi. Bugün ise -toplantı / gösteri yasaklarıyla ilgili söylüyorum- çok sıradanlaşmış durumda.

İkincisi cezasızlık. Cezasızlık ile mücadeledeki araçların etkili kullanılması önemli bir mesele ve ben biraz çuvaldızı da muhalefete ve kendimize batırarak söyleyeceğim: Bütün bu ihlallere ve Anayasa Mahkemesi'ndeki sayılara rağmen, ben hak temelli dava sayısının aslında gerçekliğe göre çok az olduğunu düşünüyorum. Yani hak temelli, hak ve özgürlükler temelli başvuruların hâlâ az olduğunu düşünüyorum. Bu biraz hukuk kültürümüzle de ilgili. Bir de iş işten geçmiş oluyor, benim konumla ilgili özellikle böyle bir durum var, çok dava yok.

Bir örnek, hatta dün çıkarken o aklıma geldi, Baro eylemleriyle ilgili. Hatırlarsınız bir baro başkanının kolu da kırıldı, yani ağır bir müdahale de oldu, başkanlar şehre sokulmadı, başka ihlaller de oldu. Sadece bir suç duyurusu yapıldı. Yani bunu da çuvaldızı kendimize batıralım noktasında söyleyeceğim. Bir avukat -baro başkanı değil- KDK'ya başvurdu, tavsiye kararı çıktı, suç duyurusundan da bir şey çıkmadı. Tam yargı davası hiç açılmadı; yani bir örnek olarak söylüyorum, ben bunu çok söyledim barolarda. O yüzden belki daha etkili biçimde bu araçları kullanmak ya da rücu mekanizmasının daha etkin kullanılması gibi başlıklar değinmemiz gereken başlıklar diyerek burada sona erdireyim. Süremi de aşmadım herhalde.

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum. Çok sağ olun. Buyurun efendim, buradaki sırayla size söz veriyorum.

Dr. Hülya Dinçer- Ben de çok kısa tutacağım. Dün sunumumda sadece temas edebildiğim ve dünkü sunumlardan sonra zihnimde netleşen bir soruyu da sizlere açarak kısa bir sunum yapmak istiyorum.

Dün sunumumu bitirirken cezasızlık üreten, hesap verebilirlik alanını daraltan bütün bu düzenlemelerin hukukun üstünlüğü ilkesinden, artık hukuk eliyle, hukuk yoluyla tahakküm ya da üstünlük kurmaya (özellikle Anglo-Sakson literatüründe *rule by law* diye tarif edilen bir yere) doğru bir kayışı gösterdiğine dikkat çekmiştim. Bunu biraz açmak istiyorum ve OHAL'in süreklilişmesi ekseninde dün tartıştığımız konulardan da zihnimde şekillenen bir soruyu ortaya atmak istiyorum.

Hukukun üstünlüğü ilkesini hepimiz biliyoruz; en temel ilkelerinden, yani asli tanımlayıcı unsurlarından biri, keyfi güç kullanımının sınırlandırılması, denetimsiz takdir yetkisinin önlenmesi ve bu da tabii ki öncelikli olarak kamu gücü kullananların belirli kurallarla ve kurumlarla çerçevelenmesini gerektirir. En başta yürütmenin ve idarenin eylemlerinin hukuka uygunluğunun etkili bir şekilde denetlenmesini... Dün benim bahsettiğim, OHAL uygulamaları ve iç güvenlik politikaları üzerindeki yargısal denetimi daraltan, bu uygulamaları hukukun denetim alanından adeta çıkaran OHAL pratikleri, aslında dün de söylediğim gibi, hesap sorulmaz bir yürütme imtiyazını yerleştirmeyi amaçlıyor. Bu anlamda hukukun üstünlüğünü de erozyona uğrattığı şüphesiz. Bunun yerini, hukuk aracılığıyla, hukuk eliyle, hukuku had safhada araçsallaştırarak, en üst düzeyde stratejik biçimde kullanarak üstünlük kuran bir yönetim mantığının aldığını söylemiştim. Literatürde bu *rule by law* ve *rule of law* ayrımının temel kıstası şöyle tarif ediliyor benim gördüğüm kadarıyla:

Birincisinde hukuk eli ile yöneten siyasi iktidar aynı hukukla sınırlandırılmışken, ikincisinde bu hukuki araçlarla yönetiyor, fakat hukukla etkin bir şekilde sınırlandırılması koşulu eksik ve tabii hukuk aracılığıyla üstünlük kurma hem içerik hem kurumsal işleyiş bakımından devlet iktidarını kullananların etkili bir şekilde denetlenmemesine dayanıyor.

Şimdi dün OHAL'in süreklileşmesinden, OHAL ilanına yol açan kamu güvenliğine yönelik tehditle ilgisi olmayan çok geniş bir yelpazedeki işlemlerden bahsettik. Bu aslında kamuoyunda da, sıklıkla burada dün verdiğimiz örnekler üzerinden tartışılıyor. İşte şans oyunlarının, kar lastiğinin, ilgisiz evlilik programlarının OHAL KHK'ları ile düzenlenmesi... Ama kamuoyunda ne yazık ki çok fazla tartışamadığımız, yani sadece sınırlı bir alanda, o da uzmanlaşmış hukukçular olarak yana yakıla tartıştığımız konu, OHAL'in bir toplumsal denetim ve kamu idaresinin asli aracına dönüşmüş olması ve OHAL yetkilerinin olağan hukuka aktarılması, bunu dün konuştuk. Mesela ceza muhakemesi alanı inanılmaz bir dönüşüme uğratıldı. Dün avukat meslektaşımız dile getirdi, duruşmalı yargılanma hakkından, yüz yüzelik ilkesinden, avukatla temsil hakkına kadar tüm usuli güvenceler aşındırıldı... Bütün bunlar, olağan dönem ceza muhakemesi bir bütün olarak OHAL KHK'ları ile yeniden şekillendirildi.

Yine hepimizin yaşam alanlarına temas eden, üniversitelerdeki rektör seçimlerinin bir OHAL KHK'sı ile kaldırılması, grev erteleme yetkisinin yürütmeye verilmesi, OHAL KHK'sıyla yerel yönetimlerin kayyum kısıncasına alınması... Bütün bunlar yapısal değişiklikler, kalıcı değişiklikler ama OHAL KHK'larının çıkarılma usulü ve o acele, hızlandırılmış yasa yapım tekniği nedeniyle kamuoyunda çok fazla tartışılmadı.

Dün yaptığımız tartışmalardan zihnimde şu soru oluştu: Biz OHAL'i tartışırken hep artık bugün bulunduğumuz noktada yasal, yargısal hiçbir güvencenin kalmadığını, hukuk devletinin geri çekildiğini, hukuksuzluğun belki en derin yerinde olduğumuzu söylüyoruz; hatta, anti-hukuk, örgütlü hukuksuzluk, hukuksuzluk devleti gibi önermeler, yeni tanımlamalar yapıyor. Bir yandan da aşırı bir hukuk üretimi var OHAL ve sonrasında. Yani toplumsal hayatın her alanı hukuk eliyle bir yeniden şekillendirme sürecinde. Diğer yandan toplumsal muhalefete yönelik baskının da hukuki, çok rafine yargısal yöntemlerle güçlendirilmesi söz konusu. O açıdan acaba bir yandan derin bir hukuksuzluktan bahsederken -yani bunu bir kenara bırakalım demiyorum elbette ama- OHAL'in ürettiği bu aşırı hukuksallığı, hiper-legalite'yi -bu Nasser Hussain'in kullandığı bir kavram- de hukuk ile tahakkümü konuşurken gündemimize almamız gerekmiyor mu sorusunu ortaya atmakta fayda var.

Bir de dün sunumda bahsetmediğim, aslında tebliğimde de yer almayan ama dün size aktardığım düzenlemeleri çalışırken zihnimde hep dönen bir kavram var, Amerikalı bir yazarın ortaya attığı bir kavram: Egemen cezasızlık kavramı, *sovereign impunity* diyor Michael Welch buna. Welch'in özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra küresel ölçekte tedavüle sokulan güvenlik paradigmasının yol açtığı bir sosyo-hukuki fenomen olarak tanımladığı egemen cezasızlık, sırtını saldırgan bir yürütme gücüne yaslayan devlet ajanlarının tümüyle yasanın denetim alanının dışında hareket edebilmelerini ve her türden cezai-hukuki takibat ile işbirliği yapmayı reddedebilmelerini ifade ediyor.

Egemen cezasızlığın hukuk alanı dışında toplumsal alandaki etkisini düşünüyorum ve 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında, yakın dönemden bir örnek vermek istiyorum, çok çarpıcı bir örnek. Hatırlarsınız belki, bir kadın televizyon programına çıkıp 15 Temmuz'un kursaklarında kaldığını söylemişti. Ellerinde ölüm listeleri olduğunu, kendi komşuları arasından 50 kişiyi götürebileceğini, silahlarının bulunduğunu vesaire söylemişti ve bunun ardından RTÜK Başkanı şöyle bir açıklama yapmıştı: "Darbeyi övenlerin karşısında söylenenleri cezalandırmak gibi bir pozisyonda değiliz". Aynı zamanda, uygulanacak yaptırımın da darbe sevicileri sevindirmemesi gerektiğini söylemişti. Sonradan RTÜK bir ceza vermek zorunda kaldı. Elbette düşük bir ceza. Şöyle bir neden-sonuç ilişkisi kurmak mümkün değil tabii: Dün bahsettiğim, Anayasa Mahkemesi'nin ihraç edilmiş yurttaşları makbul olmayan yurttaşlar olarak damgalayan, onlara yönelik hukuka aykırılıkların cezalandırılmayacağını düzenleyen bir normu, Anayasa'ya aykırı görmeyen kararının doğal sonucu budur demek istemiyorum elbette. Ama bana kalırsa bu cezasızlık etki-

si yaratma potansiyeli olan düzenlemelerin toplumsal alanda böyle bir etkisi var. Yani egemen cezasızlığı toplumsal hayatta, toplumsal ilişkilerde, kişiler arası ilişkilerde yayma gibi bir etkisi var. Çünkü cezalandırma edimi aslında suç oluşturan bir eylemi toplumsal meşruiyetin dışına atıyor. Cezalandırma da tam tersi, bunu toplumsal meşruiyet alanı içinde tutuyor, bunun gibi ölüm çağrılarını, nefret suçlarını... İşte yine mesela Süleyman Soylu'nun "uyuşturucu suçlularının bacaklarını kırın" ifadesi; bunu iki kez söyledi, yakın zamanda tekrar söyledi. Bu işkencenin onaylanması, en üst düzey devlet yöneticisinin ağızından onaylanması anlamına gelecek bir toplumsal meşruiyet alanı yaratıyor aslında.

Bu cezasızlık etkisi sadece devlet görevlilerinin işlediği suçlarla sınırlı kalmıyor. Toplumsal cinsiyete dayalı suçlar, nefret suçları, iş cinayetleri; farklı suç alanlarına da elbette sirayet ediyor ve bu etki yayılarak artıyor. Bu düzenlemelerin böyle bir etkisi olduğunu düşünüyorum. Cezasızlığın yasal sütunlarını güçlendirmenin böyle bir toplumsal etkisi olduğunu ve bunu da tartışmamız gerektiğini düşünüyorum.

Tekrar çok teşekkür ederim dinlediğiniz için.

Dr. Öğretim Üyesi Mustafa Yılmaz - Evet, tekrar hepinize iyi sabahlar, güzel günler diliyorum. Dünkü sunumumda süremi aşmam nedeniyle bazı hususlara çok az değinebilmişim ama aynı zamanda dünkü konuşmacılardan ve katılımcılardan edindiğim intiba nedeniyle bazı hususları da ifade etmem gerektiğini gördüm.

Aslında bütün konuşmacı ve katılımcılar şunu söylediler: çıkış yolu ne? Yani bunları anlatıyorsunuz, olağanüstü dönemlerde bu hukuksuzluklardan bahsediyoruz; çıkış yolu ne? Çıkış yolu hukuk devleti gereklerine dönmek. Yasama da hukuka bağlı olacak, yürütme de hukuka bağlı olacak, yargı da hukuka bağlı olacak. Yani kısacası devlet, hukuka bağlı olacak. Hukuk devleti zaten hukukun üstünlüğüne dayanan, devletin hukuk kurallarına bağlı olduğu devlet anlayışıdır. Dolayısıyla dün mesele bazı konuşmacı ve katılımcılardan söz alanlar, hepimiz, böyle bir karamsar tabloya büründük. Aslında karamsar olmaya da hiç gerek yok. Biz hukuk devleti kurallarını, hukuk devletin gereklerini yerine getirdiğimizde, yasama hukuka uygun, Anayasa'ya uygun kurallar çıkardığı takdirde, yürütme Anayasa'ya, kanunlara uygun işlemler yaptığı takdirde, yargı da bunları denetlediği, gerçek manada denetlediği yerde... burada tekrar tabii hukukçu olmamız hasebiyle özellikle yargının, yasamanın ve yürütmenin ve idarenin yapmış olduğu işlemlerin gerçek manada denetlenmesi gerektiğini söyleyelim. Başta Anayasa Mahkemesi

olmak üzere Danıştay'ın, Yargıtay'ın, yasama ve yürütmenin, idarenin yapmış olduğu *de facto* işlemlere kılıf bulmak, hukuki kılıf bulmak veya gerekçe üretmek yerine, gerçek manada uluslararası düzeyde, dünyanın kabul ettiği evrensel hukuk kurallarını uygulamak, bunların gereklerini yerine getirmek durumunda olduğu açıktır.

Ben kısaca bu şekilde sözlerimi bağlamak istiyorum. Eğer sorularınız olursa da onlara da cevap vermek isterim. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturum Başkanı)- Soru yok artık, açıklamanıza da çok teşekkür ediyoruz. Şimdi Bülent Hoca 15 dakikanız var; bakınız, ayarlayınız.

Doç. Dr. Bülent Yücel- Teşekkür ederim.

Dün son oturumda o kadar ilgi olacağını hiç düşünmemiştim. Açıkçası memnun olduğumu ayrıca belirtmeliyim. Katkılarından ve sorulardan yararlandım, notlar aldım. Onlara ilişkin bazı açıklamalar yapmam gerekiyor ama şunu da önden söylemem gerekir ki; taslak metni eksikleriyle birlikte ve daha fazla gecikmemek için 16 Ekim'de gönderebildim. Sonradan üstünde çalışmaya devam ettim hâlâ da çalışıyorum. Şimdi dün aldığım notlarla ve bugün yapacağımız çalışmada da onları metnin son haline işleyeceğim.

Soru ve katkılara geldiğimizde Prof. Dr. Ece Göztepe hocamın çok güzel soruları vardı ve önce onlarla başlamak isterim. Hocam çok hoş bir tabir kullandı, "jöle gibi bir kavram var karşımızda" dedi. Doğru aslında. Gerçekten de çok kaygan, yerli yerine oturabildiğimiz bir kavramlaştırma ile karşı karşıya değiliz. Bu nedenle bir tanımlama yapmaktan özenle kaçınıyorum. Dolayısıyla bir tanımlama yapmak çok iddialı olacaktır. Aslında, yapabilirsem belli bir örneği kurmaya çalışıyorum, yani belli ortaklaşan özellikler üzerinden bir anlatı geliştirmeye çalışıyorum. Macaristan ve Polonya yönetim modelleri arasında bir karşılaştırmalı çalışma yaparken; "Polonyalılar kendi yarışmacı otoriter sistemlerini kurarlarken Orban'ın kural kitabından faydalanıyorlar" biçiminde bir ifade yakalamıştım. Yani bu o kadar birbirinden kopuk, tamamen herkesin "kendi yoğurt yiyeşi" biçiminde ilerlemiyor. Birbirlerine bakıyorlar, öykünüyorlar, belki kendi ülkesel koşullarını da dikkate alarak uyarlamalar yapıyorlar ama hareket çizgileri çok da birbirinden kopuk ve tutarsız değil...

İkinci konu, sol popülizm ifadelendirilmesine iliskindi. Ben o kavramı özellikle kullanmıyorum, çünkü popülizm pejoratif bir kavramlaştırma ve hoş, güzel, doğru ya da önerilen bir terime karşılık gelmiyor. Kavram kapsamında etimolojik olarak halk var belki ama solun anladığı halkçılık yok. O yüzden

bir sol figür de yapıyor olsa, sol popülizm olmaz artık sağcılaşmış bir hareket olur. Zaten tarihsel örnekler de özellikle sağın kullandığı bir araç olarak onu bizim karşımıza çıkarıyor. Solun kendi dünyayı açıklama, kendi ideolojik hedefleri açısından kullandığı bir kavramlaştırılmayı, sağ kendi iktidarını kurmak ve sürdürmek için kullanıyor. Dolayısıyla buradaki popüler yaklaşım aslında sağın ele aldığı ve kullandığı bir malzemeye dönüşüyor. Solun böyle bir derdi yok. Solun zaten kendi ideolojik kavramlar sepetinde halkçılık, halk adına olmak var. Yani solun buna bir ihtiyacı yok. O yüzden yapan kimse, aslında sağa doğru yaklaşıyor demektir. O anlamda da sol popülizm kavramını kullanmamaya çalışıyorum. Buna ilişkin alan yazında eleştiriler de var, oradan da etkilendim bu anlamıyla ama hocamın da söylediği anlamda ikisini beraber kullanan bir literatür de var tabii. Bu benim tercihim, onu belirtmem gerekiyor.

Bir de tabii vermiş olduğum metinde bulunmayan, sonradan eklediğim Federico Finchelstein'in "Faşizmden Popülizme" adlı Türkçe'ye de kazandırılan bir çalışması bulunuyor. Finchelstein bu çalışmasında, "1950 öncesi faşizan yönetimlerin, 1950 sonrasında geldiği nokta artık popülizmdir" diyor. Çünkü burada artık o faşizmin çok olumsuz, şiddet merkezli, katı ideolojik hareket tarzından daha esnek ve toplumsal yapıyla, toplumsal dokuyla, uluslararası ilişkilerle özellikle sermaye ilişkileriyle belli bir uyumluluğu sürdürecektir; belki kafasının arkasındaki ideolojik bagajı koruyarak ama yönlemsel olarak belli esneklikler ile hareket edecek bir durum var. Yani dünün faşizmi, bugünün popülizmine dönüşmüştür biçiminde bir yaklaşımı var Finchelstein'in. Bu yaklaşımı çok zayıf görmüyorum çünkü 1950 sonrası uygulamalarda birçok sağcı profiline aslında bunu gerçekleştirdiğini, Batı'da da bunun olduğunu, yaygınlaştığını, fakat Batı demokrasilerinin kurumsallığının belli bir noktadan sonra daha ileriye gidilmesine de izin vermediğini görüyoruz.

Özellikle Varşova Paktı sonrası dönemde belki Orta ve Doğu Avrupa buna daha az hazırlıklı yakalanıyor. Çünkü anayasal demokratik kurumların çok güçlü olmadığı bu bölgede, Macaristan'da ve Polonya'da popülist otoriterliğin oluşumunun tesadüf olmadığını da tespit ediyoruz. Yoksa İtalya'da Başbakan Meloni'nin söyleminin gayet popülist olduğunu biliyoruz veya Fransa'da da bu karşımıza çıkıyor. Avusturya'da ve Hollanda'da da çıkıyor. 1980'lerde Britanya'da Başbakan Thatcher'ın söyleminde de popülist izleri görüyoruz ama özetle Batı Avrupa demokrasisinin kurumlarıyla ve toplumsal yapısıyla buna direndiğini ve bütünüyle teslim olmadığını gözlemleyebiliyoruz. Bununla birlikte, şunu da not etmemiz gerekir ki; özellikle son dönemde göç sorunu, sağın popülist çizgisinin elini çok kuvvetlendirmiş durumdadır. Göç olgusu, onların daha fazla siyasal mevzi kazanmasını da sağlıyor.

Bir de Başbakan Merkel üzerinden bir şey ifade etmişti hocam. Doğrudur Şansölye Merkel tabii uzun soluklu koalisyonlar kurarak bir iktidar dönemi yaşamıştır ancak koalisyonlarla sürdürmeyip tek başına da olsa çok büyük olasılıkla Alman demokrasisini, hukuk devletini ve anayasal düzeninin yerine rekabetçi bir otoriter düzen kurma eğilimine sahip olacağını düşünmüyorum. Muhtemelen Alman anayasal düzeni, siyasal kurumsallığı ve toplumu da buna çok izin vermeyecekti. Aynı zamanda iktidarın koalisyon dengeleri içinde sürdürülmesi de popülist bir otoriterliğe kayışı da frenlemiştir. Böylece, Merkel bu anlamıyla iktidarını aslında kendi demokratik hukuk devleti kodları içinde kalarak sürdürdü.

Bizim tanımlamaya çalıştığımız ya da en azından örüntüsünü kurmaya çalıştığımız popülist otoriterlik seçim yapıyor ama Almanya örneğindeki veya diğer Batı Avrupa ülkelerindeki kriterlere çok da uygun değil bu seçim rekabeti... evet bir yarışmacılık var ama bu tırnak içinde bir yarışmacılık. Seçim sistemi ve partiler düzeni üzerinde ciddi müdahalelerin ve yönlendirmelerin gerçekleştirildiği bir siyasal ortam söz konusu...

Peki! neden böyle bir gayreti sürdürmeye devam ediyorlar? Onu ben de soruyorum, çünkü muhtemelen burada birtakım dengeleri de gözeterek hareket ediyorlar. seçim onlar için aynı zamanda kendi iktidarlarının ve uygulamalarının arkasındaki meşruiyet kaynağı; geleneksel/kapalı bir otoriterlik yok burada. Geleneksel otoriter rejimde en fazla plebisiter oylamalar oluyor. Yarışmacı/rekabetçi popülist otoriter seçimlerde ise yönlendirilmiş, sonucu önceden planlanan ve hazırlanan bir seçim ortamı var. Buna gidiliyor ve belli oranda seçimleri kaybetme riski de göze alınıyor. Brezilya bunun tipik bir örneği, son dönemde Bolsonaro da benzer bir yaklaşım sergiledi, inanılmaz ekonomik müdahalelerde bulundu. Brezilya yakından incelendiğinde görülecektir ki, siyasal ve toplumsal muhalefet üzerinde devlet aygıtının ciddi ölçüde müdahil olduğu bir seçime gitti. Buna karşın küçük bir farkla da olsa seçimleri Lula'ya karşı kaybetti. Dolayısıyla popülist otoriterliğin böyle bir riski göze aldığını gözlemleyebiliyoruz.

Bu arada Funda Hocamın bir sorusu vardı yanlış hatırlamıyorsam ve bu tarz bir yönetim tercihinin yolda alınan bir karar mı yoksa önceden planlanan bir seçenek olup olmadığına ilişkindi. Karşımızda iktidar olmak için bir amaç mı araç mı ilişkilmesi var. Bu soruyu da Ece Hocamın sorusuyla / tespitiyle beraber değerlendirerek anlatmaya çalışayım. Sunumda ortaya koymaya çalıştığım ideolojik katılığın olmaması, gerçekte, bir ideolojisizlik durumu değil... pek tabii ki iktidarın tarihsel kökleri dikkate alındığında bir ideolojik arka planı mevcut ancak siyaseten iktidarını sürdürebilmek için

kendi ideolojik kodlarına dayanarak katı bir hareket/eylem sınırlılığına kendini hapsediyor. Belki öyle bir ifade kullansam daha doğru olurdu. Hatta şunu söylemek olasıdır. Kendi siyasal /ideolojik hedeflerini gerçekleştirmek için çok esnek/rahat hareket edebiliyor. Evet bir bagajı var ve bu bagajını gerçekleştirmek için uygun koşulları, uygun zamanı, uygun ilişkileri kolluyor, sürdürüyor, devam ettiriyor. O yüzden işte yol arkadaşlıkları var, onlarla zaman zaman devam ediyor, sonra bırakıyor, belki bazen tekrar geri gelebiliyor. Yani bir hedefe doğru yürüyor ve bu arada o hareket tarzı açısından geniş bir esneklik marjını da elinden bırakmak istemiyor. Dolayısıyla bunu bir araçsallaştırma içinde gerçekleştiriyor. Bu anlamdaki siyasal amacı da aşama aşama tamamladığı köklü bir siyasal ve anayasal bir dönüşümü gerçekleştirmektedir.

Bu dönüşümü kime karşı gerçekleştiriyor? Aslında burada bir tarihsel hesaplama söz konusudur. Türkiye açısından bu hesaplama, söyleminden, çeşitli hukuksal düzenlemelerden ve diğer eylemliliklerinden anladığımız kadarıyla Cumhuriyet'in kurucu felsefesiyle yaşanıyor. Belli ölçülerde geri adım attığında da bunu yine farklı şekillerde formüle ederek öteleyebiliyor. Dolayısıyla hâlâ devam eden bir süreci anlatmaya çalışıyorum bu sunumda... Yani o sürecin bittiğini düşünmüyorum. O yüzden 2000 ya da 2002'de böyle bir tanımlama için çok erken...

Erken çünkü iktidar açısından belli bir süre devletin var olana yapısıyla bir süre daha uyumlulukla devam etmek gerekiyordu. Bürokraside, yargı örgütlenmesinde belli bir gücü kazandıktan sonra... seçimlerle ve halkoylamalarıyla takviye ettiği demokratik meşruiyetini güçlendirdikçe dönüşüm için gereken anayasal değişiklikleri de yaptı. Birkaç örnek verirse: Cumhurbaşkanlığı 2007'de el değiştirdi. 2010 referandumuyla Hakimler Savcılar Kurulu'nda ve Anayasa Mahkemesi'nde ciddi kazanımlar elde edildi. 2011 seçimlerinden sonra kanun hükmünde kararnameyle bütün yönetsel teşkilat değiştirildi. 2018 Seçimleri sonrasında da o teşkilatı bir daha Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle değiştirdi. Bu arada 2015'te 7 Haziran'daki beğenmediği seçim sonuçlarının yerine 1 Kasım'ı ikame etti. 1 Kasım'dan sonraki süreçte de FETÖ'nün gerçekleştirmeye çalıştığı darbe girişiminin yol açtığı olağanüstü hâl uygulamasından yararlanarak, olağanüstü hal kararnameleriyle bir dönüşüm dalgası daha gerçekleştirdi. Şimdilik son noktayı da 6771 Sayılı kanunla koydu. Bundan sonraki süreç artık 2023 Seçimleri olarak karşımızda duruyor.

Benim notlarımın içerisinde bir de Kahan Hocamın bir sorusu vardı. Ben daha önce de söylemişim; sorun artık pozitif hukukla çözebileceğimiz

bir durumu ifade etmiyor. Pozitif hukuk tartışmaları tabii ki kıymetsiz değil, sonrası için çok kıymetli hatta ama şu anda bana göre mesele siyasal alanda seçimle yapılacak iktidar değişikliğidir. Tabii ki pozitif hukuka da yansıtacak ve eğer bizim açımızdan bu bir kayıp ise o kayıpların tekrar kazanıma dönüştürülmesi için siyasal aktörlerin ve yapının değişmesi gerekecek. O yüzden hocam, seçim sonrası yapılacak olan muhtemel bir anayasa değişikliği hükümet sistemi olmayacak. Çünkü 6771 şöyle bir yanılısma yaratıyor: Hükümet sistemi değişti zannediliyor. Hükümet sistemi değişikliğinden ziyade rejim değişikliğine yönelik bir adımdır ve onun üzerinden gidiyor mesele. Basit bir hükümet sistemi değişikliğiyle karşı karşıya değiliz diye düşünüyorum ve dolayısıyla da seçimi beklemek gerekiyor sanki...

Katkılarınız, sorularınız; dinlerken gösterdiğiniz sabır ve anlayış için herkese çok teşekkür eder, saygılar sunarım.

Dr. Göksu Işık- Tekrar merhabalar. Dün ben aslında çok risk almak istemediğim için bazı konulardan bahsetmedim. Çünkü daha akademik hayatımın çok başındayım. Ama aslında hocalarımdan yorumlarından anladım ki daha kavramsal noktalara da girerek daha bütüncül bir sunum yapabilirdim. Bugün o risk almak istemediğim konularla ilgili bir şeyler söyleyeceğim. O yüzden sonrasında bugün söyleyeceklerime ilişkin yorumlarınızı da almayı çok isterim. Sizin yorumlarınıza göre belki metne de koyabiliriz.

Birkaç teknik soru vardı; onlarla başlayayım, sonra da o riskli olarak adettiğim bölüme geçeceğim. Sunumun sonunda konuştuğumuz bir idare hukukçusu hocamız vardı. Ben bitirirken, “Bütün bu söylediklerimin yanı sıra, Olağanüstü Hal (OHAL) Komisyonu raporuna göre komisyona başvuruların yüzde 90’ı hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması vardır. Bunlar sayesinde de aslında başvuru kabul edilebilir olacaktır” demiştim. Hocam çok doğru bir şekilde şöyle bir soru yöneltti, “aslında idari işlemin tesis edildiği andaki duruma göre bu kabul edilebilirlik belirlenmeyecek midir” dedi. Evet, yüksek ihtimalle yalnızca OHAL Komisyonu kararlarında kullanılan ifadeler, masumiyet karinesi bakımından inceleme konusu yapılabilecektir. Çünkü o sırada bir ceza soruşturması veya kovuşturması vardır. Fakat hocamın söylediği gibi tedbirlerin alındığı anda bir ceza soruşturması ve kovuşturması bulunmadığı takdirde kanun hükmünde kararnamelerde (KHK) kullanılan ifadelerin masumiyet karinesi yönünden inceleme konusu yapılmayacağını söyleyebiliriz. Bunda eksikimi tamamladığı için hocama da teşekkür ederim.

Bir diğer soru Toma/Romanya¹ kararına ilişkindi; bir arkadaşımız orada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) adil yargılanma hakkının cezai kısmını cezalandırıcı amaç bulunduğu için uyguladığını söylemişti. Dün ben bir şeyi söylemeyi unutmuşum, belki o yüzden bu kararın anılması çok yerinde oldu. Sunumumda bu karara atıf yapmamışım ama dün karara tekrar baktığımda aslında Mahkeme'nin de bahsettiğimiz üçlü kritere atıf yaptığını gördüm: Birinci kriter iç hukuktaki nitelendirmeydi, ikinci kriter suçun niteliği, üçüncü kriter de yaptırımın ağırlığıydı. AİHM, bu ikinci ve üçüncü kriteri birbirinin alternatifi olarak kullanır. Yani biri sağlanıyorsa diğerini aramaz. O nedenle Toma/Romanya kararında da Mahkeme, "ikinci kriter sağlanıyor, cezalandırıcı niteliktedir", o yüzden tekrar yaptırımın ağırlığı incelemesine geçilmesine gerek yoktur demiştir. Bu kararla birlikte son iki kriterin birbirinin alternatifi olarak kullanıldığı bilgisinin eksikliğini de tamamlamış oldum.

Sonrasında arındırma süreçleriyle olan bağlantı hakkında bir soru gelmişti. O dönemde elbette ilgili ülkelerde bir rejim değişimi vardır. Bizde olağanüstü hal ilan edildiği dönem için aynı nitelikte bir durum olmadığını söyleyebiliriz. Yine de arındırma süreçlerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin motivasyonunun ne olduğunu sorgularsak demokrasiye geçişi desteklediğini göstermek için insan haklarını daha korumacı bir şekilde uygulamak istedi diye düşünebiliriz. Çünkü tabii ki demokratik olmayan bir rejimden demokratik rejime geçilmesi ve demokrasinin de İnsan Hakları Sözleşmesi sistemiyle bağdaşan tek sistem olarak değerlendirilmesi dolayısıyla Mahkeme'nin bunu destekliyor olması çok mantıklı. Acaba İnsan Hakları Mahkemesi'nin o dönemki motivasyonu alakalı makale var mıdır diye biraz araştırma yaptım; bir günde bir şey bulamadım ama bulursam eğer onunla ilgili de belki bir paylaşım yapabiliriz.

Şimdi buradan itibaren başta bahsettiğim kavramsal tartışmalar noktasına giriş yapacağım. Dün, "ihraçlar terörizm kapsamında değil de belki rejimin devamlılığının kökleştirilmesi kapsamında değerlendirilebilir" gibi çok güzel bir yorum geldi. Ben de sunumumda eksik olduğunu hissettiğim fakat girersem çıkamayacağım bazı konulardan da bahsetmenin faydalı olacağını düşündüm. Bu konulardan biri de terörizmin benim için ne demek olduğudur. Anlatacaklarım aslında benim doktora tezimde yaptığım çalışmaların bir özeti gibi olacak fakat çok genel olarak şöyle açıklayabilirim:

1950'lerden beri insan hakları doktrini için bir evrensellik kavramı oluşturulmaya çalışıldı. Önceki dönemde etkin olan kanunilik prensibinin risk-

1 AİHM, 16 Kasım 2021, *Toma Romanya'ya Karşı*, 19146/18, §51.

lerini bertaraf edebilmek için “insan hakları politikaları eşit ve evrensel bir şekilde uygulanır” dendi. Fakat neoliberal otoriter politikaların da özellikle 1970’lerden sonra devreye girmesiyle beraber, insan haklarının da bir parçası olduğu hukuk sistemlerinin bir dönüşüm yaşadığının farkındayız. Bu yüzden ben insan haklarını bu neoliberal otoriter dönüşümün bir parçası olarak değerlendiriyorum diyerek başlayayım.

Bunun yanında terör suçları dediğimiz suçlar, birçok uluslararası belgede ve bizim iç hukukumuzda devlete, devletin organlarına ve devletin fonksiyonlarını icra eden kurumlara karşı işlenen suçlar olarak değerlendirilmektedir. Terörizmi çok genel olarak tanımlamaya çalışırsak öncelikle - bizim kanunumuzda da - devletin halk veya egemenlik unsuruna, yasama veya yürütme organına karşı işlenen suçların terör suçları olarak düzenlendiğini gözlemlemek gerekir. Ben bu yüzden tezimde terörizmle devlet arasında demek ki bir bağ var diye düşünerek, buradan bir sorgulama yapmaya başlamıştım. Bu sorgulamada da aslında 1970’lerden itibaren devletin yaşadığı dönüşümün, terörizmin bizim hayatımıza girişiyle bağlantılı olduğunu ifade etmeye çalışmıştım. Devletin anlamında 70’lerden itibaren yaşanan değişim, birçok çalışmada birçok gerekçeyle özetleniyor. Sosyal talepleri karşılayamayan sosyal devlet artık var olamadığında, refah devleti kavramının sonuna geldiğinde veya hukuk devleti artık talepleri karşılamayacak noktaya geldiğinde devlet başka varoluş sebepleri aramaya başlamıştır. “Güvenlik Devleti” kavramı da bu dönemde devreye girmiştir ve *sécurisation* akımının getirdiği birtakım doktrinlerin ortaya atılması söz konusu olmuştur diyen birçok çalışma bulunmaktadır.

Terörizm de tam bu noktada, devletin varoluşunu meşrulaştıracak bir sebep olarak, “terörizm güçlü oldukça devlet de güçlü ve otoriter olmalı ki, teröre karşı savaşılabilmelidir” gibi bir doktrin çıkmasına araç olabilecek şekilde, hukuk dünyasındaki yerini sağlamlaştırmaya başlamıştır. Bu gelişmeleri 1970’lerden itibaren, genelde 68 Devrimi sonrası dönemin iklimine bağlayan birkaç çalışma var. Bir de 1991’de iki kutuplu dünyanın artık çok kutuplu hale gelmesiyle birlikte benzer bir dönüşüm yaşandığını ileri süren çalışmalar var. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nin çökmesiyle beraber doğu-batı arasındaki çatışmaların arttığı ve daha önce aslında Marksist-Leninist ideoloji temelinde bağımsızlık savaşı yürüten gruplar nezdinde tartışma konusu yapılmış olan geleneksel terörizmin boyut değiştirdiği ele alınıyor. Yani artık modern terörizm olarak adlandırdığımız, dini motivasyonlarla hareket eden ve Amerika Birleşik Devletleri’nin Sovyetlere karşı desteklediği güçlerin kendisine karşı ayaklanması dolayısıyla ortaya çıkan terörizm türü, bir güvenlik tehdidi olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır.

Şimdi tüm bunları neden anlattım? Çünkü aslında Türkiye'deki dönüşümün de dünyanın bu dönüşümüne çok benzediğini düşünüyorum. Bizim otoriterleşmemiz de yine benzer bir dönemde, 1971 muhtırası ile başladı diyebiliriz. O zaman da savaşılan şey, bugünkü terörizmle çok bağlantılı bir tanımı olan anarşiydi ve yine benzer bir anlamı vardı diye düşünüyorum. Sonrasında Türkiye'de 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında yaşadıklarımız da Amerika Birleşik Devletleri'nin 11 Eylül 2001 saldırısı sonrası yaşadıklarının bir benzeriydi. O dönem, zamanında ABD tarafından Sovyetlere karşı desteklenen grupların ABD'ye karşı dönmesiyle hukuk dışı bir savaş başlatılmıştı. 15 Temmuz'da bizde de daha önce hükümetin yanında duran bir yapı, bir anda, bir şekilde karşıya döndü ve böyle bir dönüşüm gerçekleştirilmesine sebep oldu. Ben de bunların hep bağlantılı olduğunu düşündüğüm için hukukta yaşanan değişimi terörle mücadele rejimi kapsamında değerlendirmeyi doğru bulmuştum.

Burada dün Ece Hocamın söylediği gibi idari-cezai yaptırım ayırımından bahsetmem de doğru olabilir. Çünkü terörle mücadele dediğimizde idari yaptırım, cezai yaptırım, idare hukuku, disiplin hukuku, ceza hukuku; bunların hepsi iç içe geçiyor. Diğer yandan da uluslararasılaşan terörizm tehdidi dolayısıyla savaş hukuku kuralları devreye giriyor. Amerika Birleşik Devletleri Guantanamo'da ne savaş hukukunun ne ceza hukukunun usuli güvencelerini uygulamadığında terörle mücadelede bütün hukuki kavramların birbirine karıştığını net bir şekilde gördük.

En nihayetinde de terörle mücadelede iç hukukların üstün olduğunun kabul edilmesi söz konusu oldu. Çünkü uluslararası ve ulusüstü kurumların da ABD'ye müdahalesinin sınırlı olduğunu gördük. Bir zaman sonra kendi iç mahkemeleri, Amerikan Yüksek Mahkemesi; *habeas corpus* gibi ilkelerin var olduğunu hatırlatan kararlar verdi fakat yürütülen süreçte dış denetim oldukça sınırlıydı ve esas yetki iç hukuktaydı.

Okyanusun bu tarafında da iç hukuklarda mevcut ceza kanunundan ayrı bir terörle mücadele mevzuatı yaratılması neoliberal otoriter düzenin güçlendiği döneme denk geliyor. Fransa'da 1986 yılında ayrı bir terörle mücadele mevzuatı kabul edilmiştir, Türkiye'de Terörle Mücadele Kanunu 1991 yılında yürürlüğe girmiştir. Önce ceza kanunlarının içinde bulunan suçlar daha sonra ayrı bir usule tabi tutularak hukuk içinde hukuk yaratılmasına sebep olmuştur. Dün anlatmaya çalıştığım ceza hukuku ve idare hukukunun iç içe girmesi de bu dönüşümün bir sonucudur.

Hocamın usul saptırması olarak belirttiği kavramı ben biraz *déjudiciarisation* (adlilikten çıkarma) kavramıyla bağdaştırdım. Özellikle Fransa'nın

olağanüstü dönemdeki politikalarıyla ilgili yapılan eleştirilerde bu kavram çok kullanılıyor. Terörle mücadele tedbirlerini adli alanda, örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen birtakım tedbirler kapsamında almaktan ziyade, yargı denetiminin daha sınırlı olduğu ve bu tedbirlerin daha kolay ve hızlı bir şekilde alınabildiği idare hukuku alanında almak tercih ediliyor. O yüzden cezai veya idari yaptırım ayırımından daha çok, bu kavramların hepsinin birleştiği ve bütün mevcut olan hukuki tasniflerin birbirine girdiği bir durumdan söz ediyoruz.

Burak Hocam da dün bu tasniflerden bahsetmişti. Ben de dün mevcut tasniflerin birbirine girdiği terörle mücadelede, İnsan Hakları Mahkemesi de en azından kendi sistemi içerisinde bu tasniflere birtakım esneklikler de uygulayabilirdi dedim. Bildiri metnimin sonunda da “eğer amacımız hâlâ insan haklarını öncelemekse olağanüstü müdahaleler, olağanüstü korumayı gerektirir” demiştim. Yani amacımızın bu olduğunu ileri sürüyorsak eğer, bu mevcut tasnifler içerisinde olabildiğince genişleme yaparak, birbirine giren hukuki sınıflandırmaları geniş bir şekilde yorumlayabilmek gerekir diye ileri sürmüştüm.

İşte tam olarak İnsan Hakları Mahkemesi'ni kendi tasnifleri içerisinde eleştirmek sunumumun risksiz olarak nitelendirdiğim tarafıydı. Asıl söylemek istediğimi de İnsan Hakları Mahkemesi'nin dün referans vermeyi unuttuğum bir kararı çok iyi özetliyor. Mahkeme, İbrahim ve diğerleri/İngiltere² kararında madde 6'nın söz konusu olan suçtan bağımsız şekilde herkese eşit şekilde uygulanacağını söylüyor. Ama hemen sonra da diyor ki: “Bu uygulama da devletlere ve güvenlik güçlerine terörle mücadelede zorluk çıkaracak şekilde yorumlanmamalıdır”. Yani terörle mücadele söz konusu olduğunda aslında hep bir çekince var.

Yine dün referans vermek istediğim ve unuttuğum bir anekdot var: düşman ceza hukuku teorisinin kurucusu olan Günther Jakobs'un bir sözü vardı: “Hukuk devletinin pratiği ile teorisi aynı değildir” der. Bu sözle ilgili bir sürü tartışma yapabiliriz tabii ki ama terörizm söz konusu olduğunda her zaman bir çekince konuluyorsa ve insan hakları doktrininin üstün sayılan ilkeleri dahi göz ardı edilebiliyorsa, o zaman biz insan haklarının da teorisile pratiğinin aynı olmadığını ileri sürebiliriz ve terörle mücadele söz konusu olduğunda teoride insan haklarını korumak için pratikte insan haklarından feragat edebileceğimizi, onun en üstün ilkelerini dahi geri plana atabileceğimizi söyleyebiliriz. Bu yüzden aslında yine dün gelen yorumlardan birinde söylendiği gibi, istesek de istemesek de her şeyi İnsan Hakları Mahkeme-

2 AİHM [BD], 13 Eylül 2016, İbrahim ve diğerleri İngiltere'ye Karşı, 50541/08, 50571/08, §252.

si'nden beklemememiz lazım. Çünkü içinde bulunduğumuz sistem uyarınca insan haklarını koruma mekanizmaları da bize yine devletlerin kabul etmesine, imzalamasına ve onaylamasına bağlı bir mekanizma sunuyor. İdam cezası tartışmaları olduğunda, Türkiye'de bunun mümkün olduğunu, yani Türkiye'ye idam cezasının gelebileceğini çünkü eğer devlet organlarının böyle bir iradesi varsa sözleşmeden çekilebileceğimizi hatırladık. Her sözleşme için olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için de bir çekilme prosedürü var. Yani mutlak olarak kabul edilen işkence yasağı kapsamında idamın da yasak olduğu kabul ediliyor ama istendiği takdirde bunun da bir hukuki düzenleme olarak getirilebileceğini biliyoruz. Bu sistemin yarattığı umutsuzluk içerisinde, devletin takdir marjının çok yüksek olduğunu ve insan hakları mekanizmalarının zaten sınırlı olarak hareket etmek durumunda olduğunu kabul ettiğim için ve bugün bahsettiğim tartışmalara çok girmemek adına sunumumda İnsan Hakları Mahkemesi'nin var olan kriterleri üzerinden bir eleştiri yapmayı tercih ettim ve bu nedenle de somut önerilerde bulunamadım. Çünkü doktora tezimi bitirdiğimde de bu sistem içerisinde somut bir çözüm bulamadığım için birçok şeye olan inancımı kaybetmiştim. Bu noktada hala herhangi bir somut önerim yok. Umuyorum hep beraber bulabiliriz diyerek sözlerime son veriyorum.

Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturma Başkanı)- Bulursanız paylaşırsınız bizimle.

Tartışma

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturum Başkanı)- Arkadaşlar, sayın hocalarım; programın bu kısmında soru almıyoruz ama katılımcıların katkılarını alıyoruz. Katkıda bulunmak isteyen meslektaşımız varsa söz vereceğim.

Evet efendim, katkıda bulunmak isteyen katılımcımız yoksa... Buyurun efendim.

Doç. Dr. Burak Öztürk- Hülya Hocanın söylediği bir şey beni düşündürdü: bu hiper-legalite meselesi. Yani bir yandan bir hukuksuzlaştırmadan söz ediyoruz, hukukun araçsallaştırılmasından söz ediyoruz, bir yandan da hiper-legaliteden söz edebiliyoruz. Yani hem çok hukuk var hem hukuk yok. Tabii bu çelişkili bir şey gibi görünüyor ve bizi hukuk teorisine ilişkin birtakım konuları düşünmeye sevk ediyor. Hukuk nedir gibi çok basit görünen bir soru geliyor aklı: hukuktan anladığımız şey ne? Bir de, Türkiye’de sorunlar çok katmanlı olarak karşımıza çıkıyor. Bir yandan modern doğal hukukçu bir anlayışla insan hakları üzerine kurulu bir hukuk sisteminin gerekleri, Türk pozitif hukukunda ne ölçüde karşılanıyor sorusunu soruyoruz. Diğer yandan bugün Türkiye’de bu sorunun çok ötesinde pozitif hukukun uygulanmadığı bir dönem yaşadığımızın farkındayız. Hukuk metni olarak adlandırabileceğimiz çok sayıda metin varken, bunların uygulanmadığı bir hukuksuzlaştırmadan söz edebiliyoruz.

Anayasa değişiyor, Anayasa değiştikten sonra sözgelimi cumhurbaşkanlığı kararnamelerin hukuki rejimini anlamaya çalışıyoruz, tartışıyoruz. Ama artık bu Anayasa’yı kendisine göre değerlendirebileceğimiz bir ölçüye de sahip değiliz, daha üst bir normdan söz edemediğimiz sürece. Bu hukuk düzeninde, Kelsen’ci anlamda kapalı bir sistem oluşturmaya çalıştığınızda, ciddi engellerle karşılaşılıyorsunuz, yürürlükteki normlara bir anlam veremez haldesiniz.

Aslında pozitif hukukun yöntemiyle de hak savunuculuğu yapmak mümkün Türkiye’de. Ama bir yandan iktidarın elindeki birtakım olanakları dikkate aldığımızda hak savunuculuğu yaparken pozitif hukukun sınırlarıyla karşılaşmak kaçınılmaz. Yöntem tutarsızlığının da bu tür bir muhalefeti ya da hak savunuculuğunu zorlaştırdığını görmek gerek. Yani pozitif hukukun yöntemiyle bir yere kadar gelip, onun yetmediği yerde pozitif hukuku bir kenara bırakıp başka ilkelerden hareket etmek bu tutarsızlığı gösteren bir şey olabiliyor. Hukuk adına yapamadığımız ve siyaseten yapmamız gereken şeyi hukuku kullanarak yapmaya devam ettikçe, sorun pozitivist yöntemle

içinden çıkılmaz hale geliyor. Bunları aşmaya dair ne düşünülebilir? Belki pozitif hukukun çerçeve ve yönteminden vaz geçerek, anlamlı bulduğumuz politik değerleri hareket noktası haline getirmek mi? Bunu özel bir soru olarak kimseye sormuyorum ama benim kafamı kurcaladığı için paylaşmak istedim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturum Başkanı)- Var mı efendim başka katkı koymak isteyen meslektaşımız? Buyurun hocam.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu - Herkese günaydın diyorum bugün tekrar. Ben dün epeyce konuştum, bugün daha çok Bülent Yücel'in yaptığı konuşma üzerinde düşüncelerimi aktarmak istiyorum.

Şimdi Bülent arkadaşımız 20'nci Yüzyıl'da liberal demokrasinin dünyada ve Avrupa'da gelişme çizgisini ortaya koydu.1950'li yıllarda sosyal demokrasinin gelişmesi ile devletçilik öne çıktı. 1980'li yıllardan itibaren neoliberal ekonominin dünyada, tabii Türkiye'ye de yansımaları oldu. 1980'lerden itibaren Turgut Özal, hatta 1982 Anayasası da bu manada işlev gördü. Bütün bu görüşlere katılıyorum. Sanki bu neoliberal küresel ekonomi anlayışının bir uzantısı gibi, bu popülist yöneticilik ya da liderlik ortaya çıktı, o üretti. Bunun katkısı yok diyemem. Çünkü bu yürütmeyi güçlendirdi doğal olarak. Yürütme içinde de biz Türkiye'de gördük işte; önce koalisyonlar güçsüz olmaz dedik, tek parti iktidarı istedik; olmadı, tek adama kadar götürerek, biz de bunu izledik.

Yine Türkiye'de 1990'lı yıllarda epeyce ciddi dirençler oldu neoliberal politikalara karşı. Hem Anayasa Mahkemesi hem Danıştay hem doktrinden. Ama o dirençler de yıkıldı, özelleştirmenin Anayasa'ya girişiyle beraber. Adalet ve Kalkınma Partisi iktidar olduğunda böyle bir zeminde özelleştirmeler yaptı, sonuna kadar. Bu imkanla yeni ve kendisine yakın bir burjuva yarattı. Bugün işte 20 yıllık iktidar, bu burjuvayı epeyce büyüttü. Yine 20 yıllık iktidarı boyunca, hem yeni bir burjuva yaratmak ve ona hizmet etmek, hem de sandıkta dar gelirliyi, sizin ifadeniz ile yoksullaştırdığı, fakirleştirdiği dar gelirliyi, sosyal devletle değil de sosyal yardımlarla – işte sadaka deniyor, içine inancıda katmış oluyor; böylece öbür dünyayı da kazanmış oluyor– kazanmak gibi zorlu bir marifeti gösterdi. Müthiş bir harmoni. Rasyonel düşündüğünüz zaman, gariban kesimlerden aldığınız oylarla kapitalist sisteme hizmet ediyorsunuz. Yani tabiki bu bir dilemma aslında.

Öteden beri Türkiye'de batılı jargonlarla değerlendirilir siyasi olaylar, oluşumlar. Özellikle Amerika'da işte bir ara çevre-merkez tartışmaları oluyordu, hemen bize de taşıdık. Şimdi de yine "yarışmacı otoriter sistemler"

kavramı da onlardan bize gelme. Bu anormal değil. Çok şeyi Batı'dan aldığımız gibi, bu kavramları da oradan alarak Türkiye'ye uyarlamaya gayret ediyoruz. Ama şimdi bu noktada Türkiye'nin ben önemli farklarının olduğunu düşünüyorum.

Yarışmacı demek doğru değil Türkçe olarak. Çünkü yarışmacı dediğiniz zaman yarışanların eşit koşullarda olması beklenir doğal olarak. Seçimli otoriter rejim demek bana daha doğru geliyor. Çünkü tek partili düzenlerde hatta otoriter rejimlerde de seçimle var biliyorsunuz; bizde de ama yarışmacı değil. Yarışmacı, yani çok partili olsa bile koşulların yarışmacılığa uygun olması gerekir. Mesela bizde 1946 seçimleri yarışmacı değildir ama 1950 seçimleri yarışmacı gibidir, koşullar biraz daha eşitlenmiştir. Bence yarışmacı deyimi yerine seçimli otoriter rejimler, popülist rejimler demek daha doğru.

Bir diğer itirazım da Naz Hocanın söylemiyle -bu kavramlara itirazlar var dedi-ve böylece popülizm sanki son dönemde ortaya çıkmış gibi göründü. Bence öyle değil, Türkiye'de Demokrat Parti'den itibaren popülizm var. Yani vatan cephelerinden tutun, özellikle 1957 sonrası 27 Mayıs'a doğru gelirken buram buram popülizmi görmemek mümkün değil. Aslında Demokrat Parti ilk kuruluşunda son derece laik çizgide iken giderek dindar kesimlere yakın politikalar izlediğini görüyoruz.1945'te Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ile ilgili Meclis'teki o meşhur konuşmalarını,1945 bütçesindeki konuşmalarını okuduğunuz Menderes'le, 50'li yıllardaki Menderes arasında dağlar kadar fark var. Yani popülizm Türkiye'de yeni değil, bir siyasal geçmiş var.

Zaman tüneline ilerlediğimizde, popülist tavır ve söylemleri seven Süleyman Demirel koalisyon hükümetlerinde çok öne çıkamadı. Çünkü koalisyon hükümetlerinde ister istemez otorite dağılıyor, orada öne çıkan lider olamıyor. Tek başına iktidar olduğu dönemde de Adalet Partisi'nin o kadar uzun süresi olmadı, popülist olacak kadar,1971 müdahalesi nedeniyle.

Daha sonra Turgut Özal döneminde buram buram popülizmi görürsünüz. Meşhur söylemleri: "Benim memurum işini bilir" ... "Anayasa'yı bir kez delsek ne olur?" Yani hukuksuzluk diyoruz ya, işte hukuksuzluk öteden beri var. "Anayasa'yı bir kez delsek ne olur?"... hukuka bakışı... "İşte 1 verelim, 3 alalım, 5 alalım..." Dış politika... "Allah'ın ipine sıkıca sarılalım..." laiklik anlayışı. Şimdi siyasi liderleri hep geçmişte söylemleriyle anarız, ne bırakmış gelecek nesillere? Bu söylemlerine baktığımız zaman Turgut Özal ekonomide ne kazandırdı, ne kaybetti? Bu benim konum değil. Yani ekonomide çok şey kazandırsaydı herhalde bugün bu hallerde olmazdık diyebilirim genel olarak; ama hukuk devleti, demokrasi adına, laiklik adına, bizim evrensel de-

ğerler adına iyi bir miras bıraktığını düşünmüyorum. Popülizmin çok belirgin işaretlerini onda görürsünüz.

Süleyman Demirel ikinci döneminde de koalisyonla çalıştı; cumhurbaşkanlığı döneminde kucaklayıcı oldu başbakanlık dönemlerine göre. Turgut Özal döneminde bence belirgin biçimde ortaya çıktı popülizm. Şimdiki iktidar daha uzun süreç içerisinde popülizmi her türlü ile kullandı, o görüşünüze katılıyorum.

Yalnız bu noktaya gelişte Türkiye'yi Polonya ile ya da bir İngiltere'yle, bir Fransa'yla, bir Almanya ile mukayese etmek doğru değil. Almanya'da Merkel evet üç dönem güçlü bir iktidar sergiledi ama koalisyondu. Almanya son 60 yıldır, İkinci Dünya Savaşı'ndan beri koalisyonlarla yönetiliyor. İngiltere'de Thatcher üç dönem Demir Leydi olarak –otoriter bir rejimin ifadesi olarak söylenebilir- anıldı, ama İngiltere'nin çok ayrı dinamikleri var, sizin de dediğiniz kurumsal yapıları var. Yani bunlar uymuyor. Belki Polonya, Macaristan biraz bize benzetilebilir ama orada da bizdeki dinamikler yok.

Bizde, bu süreçte, bugüne gelinen süreçte bir kere 1982 Anayasası'nı, 12 Eylül'ü unutmamak gerekir. Bence baş, birinci evre odur. Keza sistemle rövanş Cumhuriyet'le midir? Yoksa taa 1909'a kadar gider mi? Bana sorarsanız 1909'a kadar gider, 31 Mart'a kadar. Taksim'deki kışla o çağrışımları da sembolize ediyor gibi, yani rövanş almak isteyenler olabilir. Ama belirgin biçimde otoriterleşme zemini bana göre 1982 Anayasası'yla oldu.12 Eylül dönemi ve 1982 Anayasası Türkiye'de solu yerle bir etti. Demokrasilerde bu sol-sağ dengeleri önemli;12 Eylül bu dengeye büyük zarar verdi ve bu dönemden en çok faydalanan da muhafazakar dindar sağ oldu; yani bu kulvarda siyaset yapan partiler ile onların arkasında mevzilenen tarikatlar, cemaatler oldu. Onlar bir zarar görmedi, hatta onlar için giderek yükselen bir ivme gördük. Refahyol koalisyonu ile tavan yaptı bu yükseliş ve orada bir destek daha gördü: 28 Şubat süreci.

28 Şubat süreci bana göre Osmanlı-Türkiye tarihinde olmayan bir şey yaptı. Tarihe baktığımızda bu tarikatlarla padişahlar bile uğraşıyor; bütün tarikatların, cemaatlerin padişahın safında olduğu pek yok; Padişah onlarla da didişmiş. Türkiye tarihinde de sağ partilerin kuruluş evrelerine bakarsanız genellikle arkalarında bir cemaat, tarikat bağlantısı görürsünüz. Bu, tarikatların doğal olarak farklı sağ partiler arkasında vaziyet aldıklarını gösteriyor. Ama şimdi bakın Ak Parti'den koparak kurulan iki parti henüz böyle bir arka bulamadı gibi görünüyor; bilemiyorum bulacak mıdır ilerde? 28 Şubatta ilk defa Osmanlı tarihinde ve Cumhuriyet tarihinde tarikatlar, cemaatler bir-

leşti. Yani 28 Şubat bunları birleştirdi. Gördüler ki her türlü didişmelerine rağmen, var olmaları, kendilerini koruyacak ya da an azından kendilerine karşı olmayan bir iktidara bağlı. Ak Parti 2001 krizinin yanında bence asıl o rüzgarla, onları arkasına alarak iktidar oldu. Ancak bütün tarikatlarla aldığı oy da yüzde 34'tür. Adaletsiz seçim sistemi de Ak Parti iktidarına siyasi meşruiyetini sorgulatan haksız avantaj sağladı. Ben ona adaletsiz seçim sisteminin yarattığı milli irade hırsızlığı diyorum; yüzde 34 oyla, yüzde 65 sandalye. Bunu da içimize sindirdik yıllarca...

Bakın cumhurbaşkanlığı krizi de o ortamda çıktı. Yani cumhurbaşkanlığı krizinde bizim iddia ettiğimiz neydi?- Evet arkadaş, sen yüzde 34 oyla iktidar oldun ama cumhurbaşkanı seçmemelisin-; o cumhurun başı... Önceki 5 yasama döneminde 4 yılda bir seçim yapıldı, seçimler bir yıl erkene alındı hep. Ak Parti 4 yılını doldurmuştu, 5'inci yıla girilmişti, ara seçimler yapılmamıştı, Anayasaya göre bir seçim yapılması gerekiyordu. Üstelik adaletsiz seçim sistemi nedeniyle 2002 seçimlerinde Ak Parti haksız temsil elde etmenin yanında, seçim barajını aşamayan %45 oy Meclisde hiç temsil edilememişti. İktidar ve muhalefetiyle Meclis seçmenin %55'ini temsil ediyordu ve dolayısıyla da 2002 seçimlerinde oluşan Meclisin siyasi meşruiyet sorunu vardı. Bütün bu nedenlerle bu Meclis Cumhurbaşkanı seçmemelidir diyorduk benim gibi düşünenler. Yani seçim yapılsın Cumhurbaşkanı'yı yeni Meclis seçsin diyorduk. Hakikaten 2007 seçimleri Nisan'da yapılsaydı, nasıl bir sonuç çıkardı bilemiyoruz ama Cumhurbaşkanlığı krizi olmazdı. Siyaseten onu kullandılar; "vay eşi türbanlı cumhurbaşkanı istenmiyor" diye; O bizim milli irade meşruiyetine dayanan, tarafsız bir cumhurbaşkanı arayışımızı o kanala taşıdılar.

Bir de o günlerde 27 Nisan e-muhtırası oldu. Yani tam ne oluyor falan derken, bir hukuki meşruiyet, siyasi meşruiyet tartışmaları sürerken, o 27 Nisan e-muhtırası nereden çıktı? 2007 seçimlerinde müthiş bir destek oldu Ak Partiyeye.

Bu noktada bir hususa da değinmek gerekiyor. Mağduriyet Türkiye'de prim yapıyor. Bunu Sayın Ekrem İmamoğlu ile ilgili İstanbul seçimlerinde de gördük. Ak Parti hep mağduriyetler üzerinden gitti ve her dönem bir mağduriyeti kullandı, ondan destek aldı. 2011'e doğru geldiğimizde -uzattım galiborada da bakın 2008'de AK Parti kapatma davası açıldı. Benim en çok endişe duyduğum an o davanın açıldığını öğrendiğim andır. Yeni seçim yapılmış, %46 oy almış bir partiye kapatma davası açmak normal bir demokratik sistemde -hukuk kuralları ayrı, beraber düşünmek lazım- kolay ve makul bir iş değildir. Yani kapatamıyorsanız eğer, öyle bir deliliniz yoksa, açmamanız ge-

reki o davayı. Kim açtırdı, onu da merak ediyorum. Türkiye’de zaman zaman siyaseti yönlendiren başka etkenlere de tanık oluyoruz, işte derin devlet diye ifade edilen vesaire. İnsanın aklına böyle şeyler de geliyor.

Bu dava AK Parti’nin kimyasını iyice bozdu bence. Otoriterleşmenin bir nedeni de odur; gerçi Ak Parti kapatılmadı ama bir mağduriyet oluşturdu,. Bence o dava açılmamalıydı, onun yarattığı mağduriyet ikliminde 2010 Anayasa değişikliğini yaptık. Bugün siz dediniz ki: artık sadece hükümet sistemi değil, rejim değişikliği oldu. Onun başlangıcı 2010’dur. 2010’da hukuk devleti hedef alındı. Yani derdi mevcut Anayasa Mahkemesi’ni, işte HSYK’yı yenilemekti, asıl amaç oydu. Orada da Türkiye’de “yetmez ama evet”çilerin büyük günahı vardır; ya göremediler büyük fotoğrafı ya da görmek istemediler. Orada haklarla ilgili küçük birkaç makyaj maddesi kondu anayasa değişikliği paketine, ona mı kandılar? Sonradan pişmanlık duyduğunu itiraf etti bu arkadaşlarımızın bazıları. Yani her dönem bir partner bulunuyor; esnek diyor-sunuz ya, maşallah bu toplum da çok elverişli. Hem toplumdan geliyor, hem devletin derin kurumlarından... yürü diyenler var. Nitekim, Ak Parti 2017’de yeni hükümet sistemine geçerken de yeni bir partner bulabildi; üstelik eski bir keskin muhaliften.

Tabiki en büyük travma 15 Temmuz 2016 darbe girişimidir. O bir karanlık... Sayın Cumhurbaşkanının o darbeye ilgili bir değerlendirmesi dün burada söylendi, ben bunu tekrarlamayayım. Şimdi bu tür olaylarda sonrasında kimin işine yaradığına bakılır öteden beri. Baktığımız zaman da bunun sonrasında Ak Parti’nin işine yaradığını görüyoruz. Yani 2017, işte cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi... Bir diğer gösterge de 2016 öncesinde Ak Partiye karşı tavır sergileyen Devlet Bahçeli ve Milliyetçi Hareket Partisi’nin değişen tutumu oldu. MHP 2015 seçimlerinde de karşı taraftaydı, birden 15 Temmuz darbe girişiminden sonra saf değiştirdi: “Cumhurbaşkanı anayasada olmayan yetkilerini kullanıyor, altını dolduralım” söylemiyle.

Sadece o değil, 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra başka saf değiştirenler de oldu, bunları izledik. Bunu yöneten mekanizma ne? Yani karanlık 2016 darbe girişimi. Bir Genelkurmay Başkanı travma görmüş, Meclis’e geliyor... Keza MİT Başkanının tutumu... Aydınlanmamış çok şey var. Kim yaptı? Niye yaptı... Bunlar sadece Tayyip Erdoğan ya da AK Parti üzerinden açıklanamaz. Yani devlet kurumları -derin devlet kurumlarından bahsediyoruz- ve Türkiye’deki siyasi figürler de –“yetmez ama evet”çiler de dahil olmak üzere- konjonktürel olarak bu süreçlere destek vermiş oldular. Keza, hukuku araçsallaştırma da öteden beri yapılıyor. 3. Selim’den beri bu ülke rüşvetle

uğraşiyor, siz de biliyorsunuz anayasa hukukçusu olarak. Abdülhamit'in rüşvete ilişkin - memurların maaşı az, biraz bunlar öyle de para kazansınlar, bütçeden ödemeyelim- dediği söylendi. Arkadaşımız anlattı; vergi, imar... afları falan, her türlü hak ihlalleri, bütünüyle katılıyorum. Bu kadar adaletsizlik, böyle bir ülkede hukuka niye uyulsun ki? Baştakiler uymuyor, Anayasa'yı kim dinliyor? ve durmadan aflar çıkıyor her konuda ve hep hukuka uyan zarar görüyor, dolayısıyla hukuka inanç kalmıyor. Adeta hukuksuzluk revaçta.

Mesela Sayın Kılıçdaroğlu, hak, hukuk, adalet yürüyüşü yaptı, bence çok önemli bir yürüyüşü o yaşında. Ne sağladı CHP'ye? Ben Türkiye'de insanların böyle ciddi bir arayışı olduğunu düşünmüyorum. Çünkü her kesim bir şekilde hukuksuzluğun içinde maalesef. Yani kimisi vergi ödemiyor, kimisi kaçak yapı yapıyor, kimisi haksız kazanç sağlıyor.., hukuksuzluk işine geliyor. Bu maalesef bir toplumsal çöküş, bir kirlilik; bunu topyekûn olarak düşünmek lazım. Dolayısıyla, Türkiye'nin otoriterleşmesindeki mihenk taşlarını, Türkiye koşullarını dikkate alarak değerlendirmek lazım diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturma Başkanı)- Sanıyorum başka bir katılım yok gibi. Hocam siz bir konuşma yapmak ister misiniz? Buyurun Oktay Hocam.

Prof. Dr. Oktay Uygun- Bu hiper-legalizm kavramıyla ilgili birkaç şey söylemek istiyorum. Bu bir olgu; sadece ülkemize ilişkin değil, dünya ölçeğinde gözlemliyoruz. Çok fazla kurallar üretiyoruz, yasalar, tüzükler, yönetmelikler...ama hukuka olan saygı da, hukukun üstünlüğü ilkesi de giderek zayıflıyor. Bunu içeride de dışarıda da gözlemliyoruz.

Burak Öztürk şöyle demişti: Belki hukuk nedir sorusunu sormak lazım, hukuktan ne anlıyoruz? Acaba katı pozitivist yaklaşımla hukuk, yalnızca yasa koyucunun iradesi midir, yoksa hukuk birtakım doğal hukuk ilkelerini de içerir mi? Bu hukukçuların en büyük ikilemi. Almanya, Hitler'i iktidara taşıyan süreçte katı pozitivist yöntemi benimsemişti ama Hitler tecrübesinden sonra doğal hukukçu gelenek canlandı ve bütün yüksek mahkemelere damgasını vurdu. Günümüzde bu ikilemi aşmak üzere çağımızın ünlü filozofu Ronald Dworkin'in savunduğu bir görüş var. Bu görüş, uygar ülkelerde çok önemsendi ve tartışıldı ama ülkemizdeki hukukçuları etkilemiş gözüküyor. Dworkin'in bakış açısını dikkate aldığımızda pozitivist-doğal hukukçu geriliminde daha nitelikli tartışmalar yapabiliriz, aynı zamanda hukukun ne olduğuna ilişkin bilgimizi daha derinleştirebiliriz.

Dworkin şöyle diyor: “Hukuk, kurallardan ve ilkelerden oluşur.” Kurallar dediği, bildiğimiz yasama organının çıkardığı mevzuat, yani pozitif hukuk. İlkeler ise yasa koyucunun iradesiyle ortaya çıkmıyor. Fakat bunlar öyle adalet değerinden veya genel olarak etik değerlerden de ortaya çıkmıyor. Yani Dworkin’in hukuk ilkeleri dediği şey, doğal hukuk teorisi taraftarlarının savunduğu gibi mistik, metafizik kavramlar değil. Peki, bu ilkelerin kaynağı nedir? Nereden çıkıyor bu ilkeler? Hukuk ilkelerini mevcut hukuk kurallarının yöneldiği amacı ve varlık nedenini düşünerek akıl yürütmeye buluyoruz. Örneğin, böyle bir akıl yürütmeye *kimse yaptığı kötülükten fayda sağlayamaz* ilkesine, verilen zararın ödenmesi ilkesine veya yapılan kötülüğün cezalandırılması ilkesine ulaşabiliriz. Gerçekten de bütün hukuk kurallarının bu tür amaçlar doğrultusunda çıkartıldığını veya bu amaçlara yöneldiğini görüyoruz. İster ceza kanununa bakın, ister medeni kanuna, gerçekten de yapılan kötülüğü koruyan hukuk kuralı bulamazsınız. Dworkin diyor ki: “Hukukçu -özelikle tabii yargıçlara hitaben söylüyor- tamamen pozitif hukuktan yola çıkarak bu ilkeleri ortaya koyabilir. Bunlar da hukukun temel bileşenidir.” Hukuk hem yasa koyucunun çıkardığı kurallardan hem de akıl yürütmeye bulunan ilkelerden oluştuğu için pozitivist-doğal hukukçu ikilemi aşılmış oluyor.

Kuşkusuz pozitivist-doğal hukukçu ikilemi uygulamada aşmak için hukuklarımızın o hukuki muhakemeyi, hukuki akıl yürütmeyi yapacak kapasitede olmaları lazım. Bu ilkeleri bulup çıkartacaklar ve önündeki olaya uygulayabilecek hâle gelecekler. Ne yazık ki biz ne hukuk eğitiminde, ne uygulamasında hukuku böyle düşünmüyoruz, hukuku böyle öğretmiyoruz, böyle uygulamıyoruz. Biraz işin kolayına kaçıp, mevcut bir kuralı tespit edip, hemen o davada uygulamayı seçiyoruz. Ama Dworkin’e göre aslında bu hukuku eksik uygulamak gibi bir şey oluyor. Hukuk, sadece yasa koyucunun koyduğu kurallardan oluşmaz, bütün o kuralların yöneldiği amaç şeklinde birtakım temel hukuk ilkeleri var. Ona göre bu ilkeler mistik, metafizik kavramlar değil, tersine bunları somut hukuk kurallarından çıkartabiliyoruz. İşte kitabında da verdiği meşhur örnekte (Palmer Davası) New York İstinaf Mahkemesinde, mahkeme bir hukuk ilkesine dayanarak medeni kanunun bir hükmünü değil, hukuk ilkesini uyguluyor. Bu karar çok pozitif hukukun bir kenara bırakılıp doğal hukukun uygulanması gibi yorumlansa da, aslında, Dworkin’in bakış açısıyla, böyle bir şey yok. Çünkü temel hukuk ilkeleri hukukun temel bir bileşenidir. Öyle mistik, metafizik bir şey değildir. Kanımca hukukçularımız hukuka Dworkin’in bakış açısıyla bakarlarsa daha iyi içtihatlar üretebilirler. Bunu eklemek istedim, teşekkürler.

Prof. Dr. Selda Çağlar- Şimdi ben Oktay Hocanın söylediği konu üzerinden devam etmek istiyorum. Pozitif hukuktan türetilebilecek genel ilkeler veya temel ilkeler olabileceğini, bunda da hukukçulara iş düştüğünü söyledi Oktay hoca. Aynı kanıda değilim. Yakın zamanda Anayasa'nın 14'üncü maddesiyle ilgili bir çalışma yaptım; yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının istisnası olarak 14'üncü maddeyi incelemeye çalıştım.

Anayasanın 14'üncü maddesi hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yaşağını hüküm altına alan pozitif bir hukuk kuralı, aynı zamanda temel bir hukuk ilkesi. Fakat bu temel hukuk ilkesinin Yargıtay'ın Gergerlioğlu kararındaki yorumu oldukça sorunlu ve tartışmalıdır. Yargıtay bu ve benzer kararlarında 14'üncü maddeyi öyle bir yorumladı ki; milletvekilleri hakkında derece mahkemeleri tarafından verilen "mahkumiyetin devamı" kararların milletvekillerinin Anayasa'nın 14'üncü maddesine aykırı davrandıkları, bu maddeyi ihlal ettikleri için yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaklarına dayandığını kabul etti ve bu gerekçeyi de haklı buldu.

Bu kararların ardından Anayasa Mahkemesinin Gergerlioğlu ve sonraki birkaç bireysel başvuru kararıyla soruna ışık tutulmuş olmakla birlikte tartışılacak pek çok nokta bulunmaktadır. Bunlardan biri, Anayasa'nın 14'üncü maddesinin doğrudan uygulamaya elverişli olup olmadığı ile ilgilidir. Bir temel ilkenin somut olguya uygulanması zorlu bir faaliyettir, çoğu zaman pozitif hukukla da desteklenmesi gerekir. Bu noktada Yargıtay'ın verdiği kararlarda Anayasanın 68'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki istisna, yani 14'üncü maddede yapılan gönderme çarpık yorumlarla pek çok temel hak ve hürriyetin ihlaline yol açtı. Bu yasak olağanüstü hal sürecinde de, seçme-seçilme hakkı, ifade hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi hakların kısıtlanmasında iyi malzeme oldu. Dolayısıyla temel ilkelerin nasıl kullanılacağı, yargı tarafından nasıl yorumlanacağı son derece önemli. Yani Dworkin'in iyi niyetle yaklaştığı bir çizgiyi, bir yargı organının aslında temel hak ve hürriyetleri çok rahat ihlal edebileceği bir malzemeye de çevirebileceğini ben yaptığım bu çalışma vesilesiyle daha iyi anladım.

Sonuç olarak bana göre her şeyde yolumuz hukuk devletine çıkıyor. Yani hukuk devletini nasıl anladığınıza da bağlı olarak, dün Burak'ın da sözünü ettiği gibi. Fakat hukuk devletinin o sınırları iyi çizilir, yasama, yürütme ve yargı olarak tüm devlet organları tarafından aynı kapsam ve içerikte uygulanırsa yol gösterici olur. Bu çerçeveden bakılmadığı sürece temel ilkelerin de bizzat kötüye kullanılabilirdiği, malzeme edilebildiği olumsuz uygulamaları veya ihlalleri her ortamda görmeye devam ederiz. Yani sorunu onun da çözeceğini düşünmüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturum Başkanı)- Evet hocam buyurunuz. Siz nasıl isterseniz, kürsüde mi konuşmak istersiniz?

Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu- Hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Dün gelmek istiyordum, ama olmadı Çok önemli bir toplantı, sağ olun böyle bir toplantıyı düzenlediğiniz için. Kısmen de olsa bugün aranızda olmak benim açımdan da son derece anlamlı. Yıllar sonra böyle bir ortamda bir araya gelmek çok önemli.

Şimdi başlıktan hareketle birkaç belirleme yapmak istiyorum, o çerçevede bazı saptamalar yerinde olur diye düşünüyorum. Olağanüstü rejimler başlığını koyduğunuza göre belki yasama, yürütme ve yargı açısından bakmakta yarar var, arkadaşların dile getirdiği tarihsel bakış açısını da gözardı etmeksizin. Çok kısa bir betimleme: önce yasama çalışması açısından tanık olduğumuz görünüm, hani buradaki tartışmalar, sözlerin çok çok dışında. Bunu saptamak gerekir. Anayasa hukuku çalışmalarını genellikle pozitif hukuk sınırları içinde kalmadan yapma çabası içinde olan bir kişi olarak, burada özü bir yana sözü bakımından da anayasa hukukunun da gerisinde olduğumuzu belirtmek durumundayım. Bunun göstergesi, anayasaya açıkça aykırı düzenlemelerin vekillerce kabul görmekte olmasıdır TBMM’de. Çoğu zaman kürsüden laf atılıyor. Kaboğlu Hocaya sorsak, «hiç yasa oylayamayız burada» biçiminde. Bu yaklaşım tarzı, normlar hiyerarşisi bağlamında anayasa-yasa ilişkisinde üst norma uygunluk gerekliliği karşısında yasa koyucunun içinde bulunduğu durumu açıkça gözler önüne seriyor.

Bu açıdan anayasaya inançsızlık neden bu kadar yaygın, acaba ‘yeni’ olarak nitelenen düzende mi böyle diye sorgulayabiliriz. Peki yeni düzen ne? Veya nasıl anlıyoruz yeni düzeni? Yeni düzeni ben şöyle görüyorum, oradan başlayıp birkaç belirleme yapayım: Ben esas büyük kırılmayı 2017’de görüyorum. Yani o kadar büyük kırılma ki, kopuş diyorum buna. Hatta Osmanlı Devleti-Türkiye Cumhuriyeti geçişinden bile daha derin bir kırılma. Bu derin kırılma, birçok anayasal ve siyasal kurumları, kuralları ve ilkeleri süpürdü; kısacası, anayasal ve siyasal mirası reddetti. Sonuç nedir? Sonuç getirdiği kişi-parti-devlet birleşmesi. Bu birleşmeye, çarşamba günleri Meclis’teki parti grup toplantılarında tanık oluyoruz. Yürütme yalnızca cumhurbaşkanlığına ait, bakanlar yürütme içerisinde değil ama çarşamba günkü toplantılarda bakanları orada aynı zamanda cumhurbaşkanlığı sıfatını kullanan parti başkanı olarak toplantı yapan kişiyi alkışlarken görüyoruz. Bu tabii hani devlet yapımızda çok yeni bir durum ve bunu ben parti, devlet ve kişi birleşmesinin erkler ayrılığı yerine tipik göstergesi olarak görüyorum ve bu da tabii 2017 kurgusunun ürünüdür.

Şimdi bunu vurgulamak şu bakımdan önemli: Acaba bu olağanüstü rejimlerde diyorsunuz siz ama yani Türkiye şu anda olağanüstü rejimleri yaşıyor aslında, anayasal OHAL dönemini yaşıyor. Muhtemelen dün bunları irdelediniz. Bu fotoğraf, hani o olağanüstü dönemin aşıлып aşılamayacağı konusunda bize fikir veriyor. Çünkü 2017 değişikliğinde Anayasa madde 2’de öngörülen demokratik hukuk devleti temel ilkeleri korundu ama, özellikle 104 ve devamı maddelerin demokratik hukuk devletinin temel kurumlarını, kurallarını ve ilkelerini kaldırdığını görüyoruz.

Dahası, bir üçüncü hususu görüyoruz uygulamada. O da demokratik ve demokrasiyle bağdaşmayan iki kategori Anayasa hükümleri dışında kalan ‘de facto’ ya da fiili durum. Nedir fiili durum? Örneğin bütçe, yürütme tarafından yapılıyor, cumhurbaşkanı tarafından sunulur ama cumhurbaşkanı hiç bütçe sunuşuna gelmiyor. Bu Anayasa madde 161’in açıkça ihlali. Onun atadığı kişi geliyor. Cumhurbaşkanı her hafta parti grup toplantısı için TBMM’ye geliyor ama, Anayasa’nın kendisine yüklediği yükümlülüğü yerine getirmek için gelmiyor ve kendisi yerine yardımcısını gönderiyor. Oysa yardımcısı atanmış bir kişi. Şimdi bu 3’üncü kategori oluyor. Yani Anayasa’da fiili; ne demokratik olağan ne de onların Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi adını verdiği, benim ise onu değil ‘Parti Başkanlığı Yoluyla Devlet Başkanlığı ve Yürütme’ olarak adlandırdığım kurguyla uyuşmayan bir üçüncü hal ve bu, oldukça yaygın.

Şimdi bunu belirtmek neden önemli? Yine başlık açısından önemli. Çünkü yasama, olağanüstü hal yasalarını oylamaya devam ediyor. İşte dün muhtemelen sevgili Hülya Dinçer anlatmıştır, 5 büyük yasa, yürütme ve idare için sorumsuzluklar zincirini oluşturan yasa, o ömür boyu sorumsuzluk zırhını yaratmış oluyor. Ama mesela KHK’zede olarak bir Hülya ve benzerlerinin uğradığı yaptırım ise yaşam ötesi yaptırım. Çünkü Resmi Gazete’de terörist olarak o yafalama devam ediyor. Şimdi bu büyük bir antagonizma tabii. Bir tarafta suçlu korunuyor ömür boyu ve yaşam ötesi çocukları da korunacak, suçsuz olan ama suçluluk statüsüne sokulan kişiler kuşaklar ötesi mağddur edilmiş bulunuyor. Bu tabii çok vahim ve olumsuzluk olarak emsalsiz bir kendine özgü durum. Bu nedenle 12 Eylül düzeneği ile hiç bir zaman karşılaştırılmayacağı gibi, zannediyorum dünya genelinde de böyle bir duruma rastlama ihtimali yok. O nedenle ben karşılaştırmalı hukuku burada kullanmamaya özen gösteriyorum. İzlenen usul ve yasa tarzı olarak hemen her torba yasaya OHAL tortularını sürdürmek amacıyla madde sokuşturuluyor. Mesela şu anda görüşülmekte olan cemevleriyle ünlenen yasa, Vergi Usul Yasası ve diğerleri. Vergi usulüyle ilgili sadece iki madde var, 23 maddelik yasa, orada TMSF ile ilgili düzenleme de

var. Yani TMSF'ye olağanüstü dönemde mal mülk aktarılan, TMSF'nin uhdesine verilen şirketler, olağanüstü hal devam ediliyor. Şimdi tamamen farklı bir statüde sürekli kılınıyor ve bu aslında 2018'den sonra son 4 yılda iyice olağanüstü hukukun uygulamaları yasal korumaya geçirilmiş bulunmakta, bu sürdürülüyor. Şimdi yasama böyle.

Yürütme, belirttiğim gibi bütçe konusu, üçüncü ayak. Mesela yürütmesiz bütçe diyorum. Evet MHP ve AKP vekilleri kaldırıp bütçe sonuçlarını aynen oyluyorlar. Yürütme mi diyorsunuz? Acaba onlar yürütmeye mi ait? Hayır onu da diyemezsiniz, çünkü yürütme tek kişiye ait. Bu durumda yargı konusu bizim en çok üzerinde durmamız gereken konu. Üç kategori işlemi Anayasa Mahkemesi'ne taşıdık, her birini okudum; yani binlerce, on binlerce sayfayı. Üç norm kategorisi olarak KHK'ler, CBK'ler ve yasalar.

Şimdi buradaki çok ciddi sorun -tabii hepimizin bildiğimiz gibi- Anayasa Mahkemesi denetimi sonradan denetim olduğu sürece 'yıkın, hukuk sonradan gelsin' anlayışının da geçerli olmadığı bir süreçteyiz. Çünkü hukuk diye bir şey kalmıyor, yıkıldıktan sonra artık bunun bir anlamı kalmıyor.

Bu, aşılması gereken pek önemli bir sorun ama, ikinci sorun Anayasa Mahkemesi'nin gündem sorunu. Neyi gündemine alıyor, neyi almıyor, gündem önceliği nedir? Belli değil. Bu ciddi bir sorun. Mesela 703 sayılı KHK şu anda Anayasa Mahkemesi'nin önünde kaç yıldır? 7145 aynı şekilde önünde, 27'nci dönemin ilk yasası. Bunlar çok önemli ama daha önemli olan yargı açısından Anayasa Mahkemesi kararlarının ve ağır ceza mahkemesi kararlarının -bizim başlığımız- açısından bu kadar ilk kez kitlesel bir biçimde ihlal edilmiş olması. Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, kesin hüküm niteliğindeki yargı kararlarını uygulamadı. Bu bakımdan İdari yargı ciddi bir sınav karşısında. Muhtemelen dün bahsettiniz, idari yargı da, "onlar beni bağlamaz" diyebiliyor. Durum böyle olunca, o zaman bizim bugünkü OHAL'i aşma sorunsalını, -muhtemelen Fazıl Hoca biraz sonra belirtecektir-1989 Danıştay içtihadı birleştirme kurulu kararı ile karşılaştırmamız kesinlikle mümkün değildir. O bakımdan bu önümüzdeki dönem gerçekten anayasal olağanüstü hal devam edecek mi, etmeyecek mi? Bu konuda çok ciddi bir keskin dönemeçle karşı karşıya bulunuyoruz ve hukuken bunun aşılması da çok zor.

Şimdi son nokta, özellikle Necmi Hocanın vurguladığı darbe hukuku kavramı. Ben artık darbe hukuku, darbe anayasası demeyelim diye öneriyorum ya da eğer darbe anayasası kavramını kullanacaksak o zaman bunun adını daha somut olarak koyalım diyorum. Şöyle ki; şimdi bildiğimiz gibi 1982 Anayasası 1987-2004 çizgisinde özgürlükleri pekiştirici ve iktidarı

dengeleyici değişiklikler geçirdi. Ama 2007-2017 eksenine ise tamamen tersi yönünde oldu ve 2017’de, hesapverebilir hükümet ve anayasal denge-denetim düzenekleri bakımından artık anayasal kurumlar ve kurallar kalktı. O nedenle eğer darbe anayasası diyeceksek, bu adlandırma 2017 kurgusu için daha uygun geliyor. Gerçekten bugün baktığımız zaman 1982’nin ilk halinden kalan fazla bir şey olmadığı darbe anayasası dememek belki daha uygun olur. Çünkü buradaki hedef, demokratik hukuk devletine dönmek olduğuna göre ve bu demokratik hukuk devletini de 2017 anayasa değişikliği yıktığına göre, ortadan kaldırdığına göre, o zaman somut hedef belirlemek anlamında 2017 öncesi ve sonrası ayırımına odaklanmak, izlenecek yol ve yöntem açısından amaçsal görünüyor. Bu nedenle evet yasama, yürütme, yargı hepsi ‘yeni’ olarak adlandırılan dönemde kendi biçimini aldı; ama bunu anayasa şemsiyesi altında, uygulamasını da dikkate alarak okuduğumuz zaman otoriter yönetimin de çok ötesine geçtiğimizi söylemek bir abartı değildir. Çünkü mesela baş örtüsü vesilesiyle, fırsatçı anayasa değişikliğiyle «aileyi de tanımlayalım» demek, aslında bir yeşil totalitarizm hedefini ortaya koyması açısından kendini tamamen ele veriyor.

O nedenle ben ne popülist rejimlerle karşılaştırılabilir olduğumu düşünüyorum, ne de bizim geçmişimizle. Bu, kendimize özgü, tamamen farklı bir yönetim tarzıyla karşı karşıya bulunduğumuzu görmemizin, sorunu tanımlamanın, yani gerçekçi teşhisin önemi şurada: 2017 kurgusunu aşmak için kendimize özgü yöntemleri geliştirme gereğini kabul etmek ve bu konuda uzlaşma sağlamak durumundayız.

Tabii ki öngörülmedik bir söz hakkı oldu benim için, dinlemeye geldim...

Daha fazla uzatmaksızın hepinize teşekkür ediyor, hepimizin yolu açık olsun diyorum. Hoşça kalın, sağ olun.

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Oturma Başkanı)- Evet Hocam çok çok teşekkür ediyoruz. O zaman izin verirseniz ben artık tebliğ sunan arkadaşlarımıza çok çok teşekkür ediyorum emekleri için, sağ olsunlar. Hocamızı tekrar saygıyla, rahmetle anıyoruz. İnsan duygulanıyor, buradan konuşmak o kadar zor ki.

Kusura bakmayın; söz isteyen birisi var gibi ama ben hocamıza son sözü vereyim artık izin verirseniz. Buyurun hocam sizi buraya davet edelim, biz de yavaş yavaş kaçalım birazdan.

Kapanış Komisyonu

Prof. Dr. Fazıl Sağlam – Değerli meslektaşlarım, değerli katılımcılar,

Bu kapanış konuşmaları hep benim üzerimde kaldı. Bunu önlemek üzere köklü bir değişiklik öneriyorum: Kapanış konuşması bölümünü kaldıralım. Çünkü 1,5 gün gün boyunca programdaki bildirimleri izliyoruz. Yoğun bir tartışma ortamı yaşıyoruz. Herkes bunun yorgunluğu içinde. Arkasından da son sözü Fazıl Sağlam alacak. Yaptığım ilk kapanış konuşmasını sonra kitaptan okuduğumda dehşet içinde kaldım: Düpedüz yeni bir bildiri sunmuşum. Bence bunu artık kaldıralım. Yerine bir müzik dinletisi koyalım. Güzel bir klasik müzik parçası dinlemek ne güzel olur. Bizi gelip de onurlandırmak isteyen müzisyenlerimiz mutlaka vardır.

Bu benim son kapanış konuşmam olur umuduyla önce teşekkürle başlamak istiyorum.

İlk teşekkür TBB'ne. Uzun bir aradan sonra toplantılarımıza yine sahip çıktılar. Aslında bu sahiplenme çok da doğal bir davranış. Çünkü amacımız aynı. Hukukun üstünlüğü, insan hakları ve çoğulcu demokrasi için mücadele veriyoruz. Başta değerli Başkanı Erinç SAĞKAN olmak üzere TBB'nin tüm görevlilerine en içten teşekkürlerimizi sunmak isterim.

Bu toplantımızı iki hukukçunun anısına özgüledik: Bu yılın Mayıs ayında kaybettiğimiz Rona Aybay ve 11 Kasım 2019 tarihinde kaybettiğimiz Mümtaz Soysal.

"1402'likler", 80'li ve 90'lı yıllarda çok yaygın bir kavramdı. Rona Aybay 1402'liklerden biriydi. Yıllar boyu Kıbrıs'da ve Gedik Hukuk'ta aynı odayı paylaştık. TBB'de aynı Kurullarda çalıştık. KHP'nin kuruluş ve etkinliklerinde aynı heyecanı ve sorumluluğu taşıdık. KHP'nin yeniden yapılanmasını birlikte hazırladık.

Kendisiyle uzun yıllar birlikte çalışma onurunu taşıdığım hocam Mümtaz Soysal'ı 11 Kasım 2019 tarihinde kaybettik. Bizim toplantımızın da 11 Kasım olması anlamlı bir tesadüf. Yazdığı ders kitabı için hapse giren belki de ilk anayasaya hukukçusu. Üç ay içinde yazdığını söylediği **"Dinamik Anayasa Anlayışı"** başlıklı bir başka kitabında, **"1961 Anayasa hangi koşullarda yaşam bulabilirdi?"** sorusu irdeleniyor. Geçen yıl da belirttim: O çalışma, bugünlere nasıl geldiğimizi kavrayabilmemiz için de önemli bir anahtar.

Toplantımızı bu isimlere adanması bizler için bir vefa borcuydu.

Bu vesileyle ikinci teşekkür borcumu dile getirmenin tam yeri. 10. Toplantımızın yükünü taşıyan KHP Girişim ve Yürütme Kurulu üyelerine Danışma Kurulundaki arkadaşlarım adına en içten teşekkürlerimi sunuyorum. Bu toplantı onların bizlere bir çeşit 10. Yıl Armağanıdır.

KHP toplantıları, **gönüllü ve aktif katılımcılarıyla** bugünlere geldi. Teşekkürün son halkasını onlara ayırdım. Çünkü **KHP onlarla birlikte var.**

Toplantı konumuzla ilgili olarak üzerinde durmak istediğim son bir nokta var.

Şu bir gerçek ki **Türkiye, normal yönetimi ancak belli aralıklarla** yaşadı. Bir süre kendinizi özgür sanıyorsunuz. Demokratik arenada düşüncelerinizi ifade edip buna uygun eylemlere katılıyorsunuz. Yıllar sonra birileri gelip sizden bunun hesabını soruyor. 90'lı yıllarda İstanbul Barosu'nun daveti üzerine yaptığım bir konuşmada bu durumu "**hürriyet tuzağı**" olarak tanımlamıştım. (Şimdilerde tuzak aşaması da kalmadı; izin verildiği ölçüde özgürsünüz. Ama o ayrı bir sorun)

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, artık tarihe karıştı, ama tarihe karışması bir reform anlamı taşıyor. Şimdi sivil yönetimde çok daha gelişmiş ve etkili yöntemlere geçildi. Sıkıyönetimin fazla bir önemi kalmadı. Tarihe karışmış olan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, Sıkıyönetim komutanının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personelinin, **bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılması yasaklanmıştı.** İşte **1402'likler** dediklerimiz de bunlardır. **Rona Aybay**, SBF Dekan kadrosunun bir mensubu olarak bundan nasibini almıştı. Çünkü toplantıyı yönetenlerden değerli arkadaşım **Metin Günday** da **1402'likler**den biriydi. O dönemde SBF'de uygulanan Sıkıyönetim kırımını içine sindiremeyen bir çok genç akademisyen istifa yolunu seçti. Ben de onlardan biriyim. **O sıralarda istifa demokratik bir tepkinin doğal bir aracı sayılıyordu.** Bize de bir ad bulmak için **1403'lük** sıfatını yakıştırdılar.

15 Temmuz Darbe girişiminin arkasından gelen KHK'lar furyası, FETÖ ile hiçbir ilgisi olmayan, ama özerk bir üniversiteye yakışan bağımsız ve eleştirel tavırlarıyla siyasal iktidarı tedirgin eden öğretim üyeleri için de bir kıyım aracına dönüştürüldü. O dönemde Rona Aybay'dan duyduğum ilk tepkiyi sizlere nakletmek isterim: "**Arkadaş, ben yeri geldikçe içinde yaşadığım 1402 uygulamasını ve bu uygulamaya karşı verdiğimiz mücadeleyi anlatmayı bir görev bilirdim. Şimdiki OHAL KHK ile yapılan kıyımı gördükten sonra, 1402'den söz etmeye utanır hale geldim.**"

Aslında 1403'lü olarak ben de aynı duyguyu besliyorum. Buna rağmen bu konuyu neden açtım. Anlatayım:

1402 uygulaması, 9 Ocak 1990 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan bir “**Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı**” ile tarihe karıştı. Danıştay bu kararında “... **bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar.**” ibaresini sıkı-yönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak yorumladı. Böylece büyük bir hukuk ayıbını önüne geçmiş oldu. Yasama organımız ise, Danıştay’ın bu kararına uygun bir yasa değişikliğini ancak 5 yıl sonra gerçekleştirebildi. Bu yorum tarzını *contra legem* yorum olarak değerlendirenler olmuştur. Zaten Danıştay’da bu kararında genetik (tarihsel) yoruma göre, “**bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar**” biçimindeki kuralın **sürekli bir yasaklama hükmü** olarak düzenlendiğini gizlemiyor. Ancak salt genetik yorumun, **ilgili kuralın anlamını, yasanın kabul edildiği tarihteki koşullarla sabitlemiş olacağının altını çiziyor.** Böylece Danıştay, yorumda “**objektif kuram**”a bağlı kalarak, “**amaçsal yorum**”u, “**yasanın uygulandığı koşullardaki objektif anlamını araştırma**” olarak benimsiyor. Buna ek olarak başka yorum kurallarını da destek olarak devreye sokuyor. Bu kararı lütfen dikkatle okuyun. Yorum ilkelerinin bir çoğunun bu kararda nasıl bir arada somutlaştırıldığını göreceksiniz.

Ayrıca bir ek bilgi olarak altını çizelim ki Danıştay, “bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” şeklindeki yasağı, sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir kural olarak yorumladığı sırada, **bu yasağın Anayasa’ya aykırılığını ileri sürmek bile mümkün değildi**, çünkü bunu engelleyen geçici madde 15 yürürlükteydi.

Ben bu kararın gururunu 2005 yılında Almanya’da davet edildiğim bir toplantıda yaşadım. Toplantının ana konusu Türkiye’nin AB’ye girişiydi. Bana verilen konu ise “**Hukuk Devleti Yolunda Türkiye**” başlığını taşıyordu. O toplantıda Danıştayın bu kararı ile AYM’nin OHAL KHK ile ilgili içtihadını anlattım. Amacım Türkiye’nin **hukuk devleti yolunda değil, 1961’den bu yana bir hukuk devleti olduğunu** vurgulamaktı. **İtiraf etmeliyim ki o tarihte daha sonra bizlere yaşatılacak hukuk sapmalarını öngörebilecek bir durumda değildim.** Türkiye’yi bu açıdan savunmayı doğal bir yükümlülük olarak görüyordum. **Şimdi bu yaklaşımı bir kusur olarak değerlendirirseniz şaşırmam.** Ama o gün orada tanık olduğum olay benim için çok önemliydi: Konuşmanın arkasından **kahve molası** verildiğinde kendisini **Federal Almanya Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı** olarak tanıtan uzun boylu şık giyimli bir beyefendi geldi ve benden konuşmamın metnini istedi. Kendisinden AB süreciyle ilgili olarak **Türkiye’deki idari yargının işleyişi** hakkında bir rapor istemişler. “**Sizi dinledikten sonra, bildiri metninizi okumadan bu raporu yazmam doğru olmaz**” dedi. O an duyduğum onur ve kıvancı hiç unutamam.

Şimdi nereden nereye geldik: **1402 olayı** tarihe karıştı derken 15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan bir dizi OHAL KHK Kararnameleriyle **yeniden**

hortladı. Ve bu kez ona dur diyecek bir Yüksek Mahkeme de kalmadı. Bu kararnamelerden yasaya dönüştürülenler oldu ve AYM bu kez yargısal denetim görevini yapma imkânı buldu. Ama **ciddi bir denetim de yapmadı.** Aksine binlerce kamu görevlisini kapsayan **malum ihraç listelerinin olağan dönemde de etkisini sürdüreceği görüşünü benimsedi** ve **“bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar”** şeklinde formüle edilmiş olan **yaşağı, Anayasaya aykırı bulmadı. Dolayısıyla bu yaşağı olağan yönetim döneminin bir parçası olarak meşrulaştırmış oldu.**

AYM'nin dayandığı iki gerekçe var:

Birincisi şöyle özetlenebilir: İhraç listeleri Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle **defaten uygulanmış ve belli kişiler hakkında hükmünü icra etmiştir. ... geleceğe yönelik genel, soyut ve herkesi bağlayıcı bir etki meydana getirmemektedir.** Bu yönüyle kurallar olağanüstü hâl dönemini aşan genel bir düzenleme niteliği taşımamaktadır.

Bunu tamamlayan **ikinci gerekçe ise şöyle: Bu işleme maruz kalanlar için başvurabilecekleri hukuk yolları mevcuttur: Önce** bu amaçla kurulmuş olan Komisyona başvurulur. Orada aklanma mümkün olmazsa, yetkili ve görevli idare mahkemesine başvurma yolu açıktır. Orada da ret kararı çıkarılsa istinaf ve/veya temyize gidilebilir. Oradan da beklenen karar çıkmazsa, AYM'ne bireysel başvuru yapılabilir. O da olmazsa AİHM'ye başvurup ihlal kararı alınabilir.

Böylece ilgili kişiler. OHAL KHK ile yapıştırılmış bulunan **iltisaklı** ya da **irtibatlı** sıfatlarından kurtulma imkânına sahiptir. Buna ekleyebileceğimiz tek bir dilek var: **“Bu mücadele sürecinde sağlıklarını korumaları ve sağ kalmaları”.**

Bu nasıl masumiyet karinesi? Seksenini aşmış bir hukukçu olarak ben bunu kavrayabilmiş değilim. Ama arka planı hakkında bir fikrim var: Şurası bir gerçek: Halkımızın yüzde 40'ına yakın bir bölümü demokrasiyi, insan haklarını ve hukuk devletini sevmiyor. **Biliyorum bu kitleyi dönüştürememiş olması Cumhuriyetin büyük bir kusuru.** Dolayısıyla bizim de bunda bir payımız var. Ama yine de büyük şairin o ünlü dizelerini aklımdan kovamıyorum:

“Kabahat senin

— demeğe de dilim varmıyor ama —

kabahatın çoğu senin, canım kardeşim!”

Büyük şairin bu dizeleriyle toplantıyı kapatıyorum.