

PAPER DETAILS

TITLE: Temel Haklarin Durdurulmasi

AUTHORS: Tekin AKILLIOGLU

PAGES: 1-22

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/850945>

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Temel Hakların Durdurulması*

Derogation to Fundamental Rights in Time of Emergency

Tekin Akıllıoğlu¹ 

Öz

1. Sorun. 2. Olağanlaşan olağanüstü. 3. Niccolo Macchiavelli: iktidar her şeye rağmen sürdürülmelidir. 4. Carl Schmitt: Egemen, kural gibi istisnayı da belirleyendir. 5. Günümüzde de geçerli yerleşik olağanüstü hal anlayışı. 6. Roma: olağanüstü hallerde anayasal diktatörlük uygulaması... 7. Uluslararası insan hakları ölçüleri. 8. Bazı uyumsuzluk noktaları. 9. Terörle Mücadele Kanunu. 10. Güler ve Uğur. 11. Amadou kararı. 12. OHAL KHK yargı bağımsızlığı. 13. Olağanüstü durum kavramı (ordinary emergency). 14. Gidilebilir v. Gidilemez. 15. Ne yapmalı? 16. ANYM'nin OHAL değerlendirmesi. 17. Gerekçeye karşı eleştiriler. 18. Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi BB Kararı (7.6.2017). 19. AİHM'nin Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) başvurusunu ret kararı. 20. ANYM'nin hak ihlali kararına karşı yerel mahkeme direnci.

Anahtar Kelimeler

Olağanüstü Hukuk • Olağanüstü Yönetim Usulleri • Anayasal Diktatörlük • Olağanüstü Durum • OHAL KHK'lerinin Denetimi

Abstract

1. Problem. 2. Ordinary emergency. 3. Niccolo Macchiavelli: "Power must be maintained despite everything." 4. Carl Schmitt: Sovereign is who decides on the exception 5. Nowadays valid old conception of emergency. 6. Rome: Constitutional dictatorship in time of emergency. 7. International emergency law standards. 8. Some problems of incompatibility in Turkish emergency rules. 9. Anti-terrorism Legislation. 10. ECHR Case of Güler and Uğur vs. Turkey. 11. French Constitutional Council decision of Amadou. 12. Jurisdictional immunity of Emergency Decrees. 13. Emergency powers in normal time. 14. Could apply to ECHR or not? 15. Instead of conclusion, "what must be done"? 16. Constitutional Court's comment on emergency. 17. Criticism of Constitutional Court. 18. Nurullah Efe and Halkın Kurtuluş Partisi Individual Application Decision (7.6.2017). 19. ECHR's inadmissibility decision on Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) application. 20. Penal tribunals' Backlash against Constitutional Court's decisions.

Keywords

Emergency Law • Emergency Governance Modes • Constitutional Dictatorship • State of Emergency • Review of Decree-Laws

* Bu yazı, 25 Nisan 2017'de ANYM'nde yapılan konuşmanın düzeltilmiş şeklidir ve 1988'de aynı başlıkla yayımlanan yazının devamıdır. İlk yazıda konu idare hukuku bakımından incelenmişti. Bu defa uluslararası hukuk yaklaşımı da dikkate alınmıştır. Bkz. Tekin Akıllıoğlu, "Temel Hakların Durdurulması", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara Mülkiyeliler Birliği Vakfı yay. 1988, s.54-68. <http://mulkiye.org.tr/wp-content/uploads/2015/09/7.pdf> 14.4.2017.

Makale hakem incelemesinden geçirilmiştir.

¹ **Sorumlu Yazar:** Tekin Akıllıoğlu (Prof. Dr.), Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye. E-posta: tekina@bilkent.edu.tr
ORCID: 0000-0002-2925-9599

Atrf: Akıllıoğlu T, "Temel Hakların Durdurulması" (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 1. <https://doi.org/10.26650/ihid.644392>

1. Sorun

Yerleşik hukuk anlayışı “kuralların olaylara hakim olduğu” şeklindedir (*norms prevail on facts*). Bu bağlamda kuralın öngörmediği bir şey yoktur (*norms predict all facts*). Olağan da olağanüstü de hukuk tarafından öngörülerek tedbir alınmaktadır. Ancak kurallara *istisna* yetkisi demek olan *olağanüstü hukuk*, konu ve süre ile sınırlı olarak kullanılabilir. Kurallara aykırılık ya da olayın kuralı inkar etmesi halinde bunun sonuçları, önleyici ve bastırıcı araçlarla silinir/giderilir.

Kuralların değiştirilmesini istemek, siyasi faaliyetler, muhalefet hakkı ve medeni itaatsizlik gibi vasıtalarla kullanılabilen demokratik bir haktır. Kurallara karşı yaygın bir direnç, uymama söz konusu ise uygulama imkânsızlığı ortaya çıkar. Uymama sebebi kurala dönüşür, onun yerini alır.

Sonuncu varsayım, geçici ya da süreli olduğunu varsaydığımız olağanüstünün sürekli hale gelmesidir. Bu durum yenidir. Ve yukarıdaki bütün varsayımları geçersiz kılmaktadır. Yeni hukuk söylemlerine yol açmaktadır. Konuşmamın konusu bu sorunlara yanıt getirmek değil, sadece bu duruma ilişkin akla gelebilecek soruları paylaşmaktır. Başkaları bu duruma “*postmodernism*” demektedir.

2. Olağanlaşan olağanüstü

Acaba olağanüstü hal sebepleri kısa sürede ortadan kaldırılamazsa, kendisi olağan hale gelirse, bu ne gibi sonuçlara yol açar? Bu durum sadece Türkiye’nin bir sorunu olmaktan öte, aynı zamanda küresel bir sorun olarak da görünüyor. 11 Eylül 2001 New York İkiz Kuleler terör saldırısı sonrasında “hiçbir şeyin bundan böyle aynı olmayacağı, tarihin değiştiği” söylenmiştir¹. Bu gizemli cümlelerin içinde neler saklandığını söylemek mümkün değilse de uluslararası terörün ülkeleri zorladığı, bir çeşit “uluslararası olağanüstü hal” uygulandığı söylenebilir.

Bu düşünce “*insani hukuk ilkelerinin kuvvet kullanmayı haklı kılması*” (*just war*)² ve “*uluslararası teröre karşı önleyici ya da erken haklı savunma*”³ kavramlarıyla açıklanmaya çalışıldı. ABD’nin 1991 ve 2001’de Irak’a yaptığı müdahaleler, 1999’da Nato Genel Kurulu’na aldırılan bir kararla ABD’nin Belgrad’ı bombalanması, Kosovo’nun BM denetimine verilmesi, daha sonra El-Kaide ile mücadele adı altında Afganistan, Pakistan, Yemen, Somali gibi ülkelere yapılan askeri müdahale/

¹ Oren Gross&Fionnuala Ni Aolain, *Law in Time of Crisis, Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press 2006 (481 p), p 1 Introduction footnote 1, Anthony Lewis, “A Different World”, New York (NY) Times, Sept 12, 2001, p.A27; “President Bush’s Address on Terrorism Before a Joint Meeting of Congress”, NY Times, Sept 21 2001, p.B4; Michael Reisman, “Editorial Comments: *In Defense of World Public Order*” (2001) 95 American Journal of International Law at 833. Bu dipnot bilgisi ABD’nin *Dünya Kamu Düzeninin* korunmasında kurallara aykırı her türlü tedbiri alma/uygulama iradesini yansıtmaktadır. Deyim yerindeyse bu yeni bir “siyasi öğretiler”.

² Howard Tolley, “THRO, A Just War? (President Clinton Response to Kosovo)”, <http://homepages. uc.edu/thro/Kosovo/JWMain.html> (14.4.2017).

³ Monica Hakimi, “North Korea and the Law on Anticipatory Self-Defense”, <https://www.ejiltalk.org/category/pre-emptive-self-defence/> (14.4.2017).

kuvvet kullanımı ile örneklenebilir. Bunlar BM Andlaşması'nın ve uluslararası hukukun olağan uygulamasına istisna teşkil eden, sadece birkaç aykırı (derogatory/d rogatoire)  rnektir. Bu  rnekerin geçici ve tekil olaylar olmaması, lüzum görüldükçe bu gibi uygulamalara sürekli başvurulması düşündürücüdür. Bu ay içinde (6.4.2017) ABD'nin Suriye'nin Humus yakınındaki bir askeri  ss  "Esad İdaresinin kısa süre önce sivillerin ölümüne yol açan kimyasal silah saldırısına cevap olarak bombalaması" en yeni  rnektir⁴.

1991 ve 2001'de ABD'nin Irak'a askeri müdahalesi ile başlayan ve günümüzde devam eden yeni Amerikan uluslararası siyaset  ğretisi, Leo Strauss temelli *chaos kuramına* dayanmaktadır. Buna göre olayların önceden belirlenmiş genel davranış modellerine göre değerlendirilmesi biçimindeki *akılcı (rational)* yaklaşım, bunalıma yol açtığı veya bunalımdan çıkışı sağlamadığı için, işe yaramaz/işlevsizdir. Bunalımın yıkıcı etkileri ortaya gerçek kurallardan oluşan yeni bir düzen çıkaracaktır. Kısaca toplumsal olaylar ve onları şekillendiren kurallar aslında gücün görünümleridir. Gerçek *egemen güç (sovereign power)* hukuku belirler. Leo Strauss'un g -hukuk denkleminde Carl Schmitt'e yakınlığı dikkat ekicidir⁵. Aynı şeyi biraz daha farklı söyleyen Jacques Derrida'nın görüşleri de kendi ülkesinden çok ABD'de ilgi ekmiřtir⁶.

Başlangıcı Socrates/Platon'dan günümüze kadar uzanan "*hukukun kuvvete karşı korunmadan doğduğu fıkri*", aynı zamanda "*hukukun kuvveti ehlileştirdiği*" (*toplum sözleşmesi*) görüşünü de içerir; buna göre hukuk, kuvvetin yabancı şiddetten ayrılmasını sağlar, insanı kargaşa/güvensizlik/belirsizlikten korur. Olağanüstü hal hukuku, büyük bir tehlike karşısında kuralların dışına çıkılmasını, *zaruret (necessity)* ile açıklayan, ancak zaruret sınırları içinde ve tehlike süresi boyunca mevcut olağan kurala aykırı davranışa müsaade eden, başka deyişle kurala aykırılığı geçici süre için ve belli ölçüde kabul eden *akılcı (rational)* bir anlayışa dayanır (Dicey)⁷. Özel hukukta eskiden bu yana mevcut *ıztırar hali* ve *haklı savunma* kamu hukukunun *olağanüstü hukuk* anlayışına temel olmuştur.

⁴ <https://www.theguardian.com/world/live/2017/apr/07/us-syria-response-donald-trump-assad-pentagon-live> 14.4.2017. ABD makamları bu uygulamanın 6 yıldır süren Suriye iç savaşında uyarılara rağmen Esad idaresinin insanlık dışı sivilleri  ld rme fiillerine karşı misilleme olduğunu acıkmıştır: "The missiles were the first direct attack against President Bashar al-Assad over six years of Syria's civil war, after years warnings over humanitarian abuses, including bombing hospitals and the use of the sarin nerve agent and chlorine gas."

⁵ Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss, The Hidden Dialog, Including Strauss's Notes on Schmitt's Concept of the Political & Three Letters from Strauss to Schmitt*, Translated by J.H. Lomax, Foreword by Joseph Cropsey, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1995 (136 p).

⁶ Cardozo Law Review, Volume 11, July/August 1990, Numbers 5-6. Jacques Derrida "Force of Law: Mystical Foundation of Authority" pp 919-1046, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo11&div=7&id=&page=144.2017>. En yeni yorumlardan bir  nek: Mark Greenberg, "Book Review: How To Explain Things With Force?", (*The Force of Law*. By Frederick Schauer. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 2015. pp. xiv, 239) Harvard Law Review, Volume 129 · May 2016 · Number 7, pp 1932-1979.

⁷ David Dyzenhaus, "Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?", Cardozo Law Review, Volume 27 March 2006 Number 5, pp. 2005-2040. <http://cardozolawreview.com/joomla1.5/content/27-5/dyzenhaus-website.pdf> (14.4.2017).

Buna karşılık *aklın kuvvete müdahale edebileceği, onu şekillendirip sınırlandırabileceği* yönündeki bu *akılcı* görüşe kuşku ile bakan, Macchiavelli'den, Nietzsche, Carl Schmitt ve Michel Foucault'ya kadar gelen *kuvvet/egemenlik/güç kavramının hukuku belirlediği* yönünde *gerçekçi* görüşler de bulunmaktadır. Başka deyimle 11 Eylül 2001 saldırıları ile ortaya çıkan yeni anlayışın aslında hukukun kuvvetten doğduğu şeklindeki eski anlayıştan ibaret olduğu da söylenebilir.

3. Niccolo Macchiavelli: İktidar her şeye rağmen sürdürülmelidir.

Macchiavelli, Prens'te iktidar gücünün siyasi amaçlara ulaşmak için her yola başvurabileceğini, bunun herhangi bir şekilde sınırlandırılmasının doğru ve gerçekçi olmayacağına ilişkin örnekler sunmaktadır: Perugia Kralı Baglioni kural tanımayan, iktidarını pekiştirmek amacıyla sürekli kötülük yapan bir kişiliktir. Bu nitelik onun daha da güçlenmesine yol açmıştır. Papa Julius II 1505'te Floransa ile anlaşarak Perugia'ya karşı ordu toplamış, fakat sabırsız huyu nedeniyle ordu Perugia'ya ulaşmadan kırk kardinalden oluşan küçük bir kafilenin başında Perugia kentinin kapısına gelmiştir. Kapıdaki nöbetçiler dini duygularına yenilerek kapıyı açıp Papa kafilesini iç avluya alırlar, avluda Perugia Kralı askerlerine talim yaptırmakta iken birden Papayı bütün görkemi ile karşısında görünce diz çöküp elini öper. Macchiavelli, Kralın Papayı kardinalleri ile kolayca ortadan kaldıracak iken birden iyilik doğrultusuna saptığını ve iktidarını başarı ile sürdürmek yerine hukuk/ahlâk/din düşüncesine teslim olduğunu, sonuçta iktidarını kaybettiğini kaydetmiştir.

Prens, krala nasihat kitabı olduğundan verdiği örneklerden Macchiavelli'nin iktidarın hukuka uyulduğu takdirde kaybedileceği düşüncesinde olduğu çıkarılabilir. Ancak aynı kitapta Roma Cumhuriyeti'nin hukuk kurallarına göre yönetilmesinin sağladığı yararları övdüğü de bir gerçektir. Nitekim Gross&Aolain de Macchiavelli'nin olağanüstü hallerle sınırlı Roma diktatörlüğünü, "büyük bir imparatorluğun büyüklük sebeplerinden biri olarak" selamladığını, belirtmektedirler⁸. Başka bir anlatımla Macchiavelli bir taraftan krala hukukla bağlandığı takdirde kaybedebileceği uyarısında bulunurken, diğer taraftan olağanüstü hallerde bile hukukla bağlanmanın büyük devlet olma niteliği olduğunu vurgulamaktadır. Bu durumu açıklayan Isaiah Berlin'e göre Macchiavelli'nin yazdıkları çelişmemektedir, kendisi hukuk devletini savunan bir İtalyan milliyetçisi sayılabilir, çelişiyor gibi gördüğümüz şey Macchiavelli'nin *sati-re* lisanı kullanmasından kaynaklanmaktadır. Kısacası hukuki/ahlâki kuralların kağıt üzerinde kaldığını gördüğü için üzüntüsünden gerçeği alaycı bir dille aktarmaktadır⁹.

⁸ Oren Gross&Fionnuala, p.17: "This institution (The Roman dictatorship) was hailed by Niccolò Macchiavelli as one that "deserves to be considered and numbered among those that were the cause of the greatness of so great empire" (Niccolò Macchiavelli, Discourses on Livy, Trans. Harwey C. Mansfield and Nathan Tarcov Chicago IL: University of Chicago Press 1996, p.74.)

⁹ Isaiah Berlin, "The Question of Machiavelli" in *The Prince* Translated and Edited By Robert M. Adams, A Norton Critical Edition, New York/London, (288 p.), 2nd ed.1992/1997, p. 207-208: "According to Alberico Gentili...the author of The Prince wrote a satire...For Spinoza, Rousseau... it is a cautionary tale, for whatever else he was, Macchiavelli was a passionate patriot, democrat, a believer in liberty, and The Prince must have been intended (Spinoza is particularly clear on this) to warn men of what tyrants could be and do, the better to resist them".

Gerçek niyeti ne olursa olsun, Macchiavelli ilk defa verdiği örneklerle hukukun sanılan aksine *siyasi güç* tarafından belirlendiğini ortaya koymuştur.

4. Carl Schmitt: Egemen, kural gibi istisnayı da belirleyendir.

Gross&Aolain, olağanüstü yönetim usullerinin olağan-olağanüstü ayırımına dayandığını, ayırık olarak bu ayırımın geçersiz/anlamsız olduğunu söyleyenlerin bulunduğu dikkat çekiyo ve Carl Schmitt'en (CS) alıntılarla örneklıyor¹⁰:

i. CS liberal hukuk düzeninin (normative order) istisna kabul etmeyen, mükemmel kapsayıcı olduğu görüşünü tutarsız bulmaktadır. CS bunu açıklamak için Political Theology adlı kitabının ilk dört bölümünü istisna (the exception) ile egemenlik düşüncesi (idea of sovereignty) arasındaki bağı açıklamaya ayırmıştır. CS'in ilk cümlesi "hükümdar istisnanın ne olduğunu söyleyen kişidir" (*Sovereign is who decides on the exception*).

ii. Böylece daha ilk cümleden itibaren, olağanüstü usullerin olağan hukuk tarafından önceden belirlenmesi, konu ve süre ile sınırlanması koşulu (Roma Hukuku) modeli havaya uçmuş oluyor!

iii. Olağan hukukun ne olduğunu söyleyen, olağanüstüyü de söyler. Hukuk böyle bir ayrımı (olağan-olağanüstü) ayırımını kabul etmez. Her iki durum da aynıdır, fark buna göre değil "*dost-düşman*" ayırımına göre yapılır. Olağan hukuk denilen şey dosta uygulanan, olağanüstü de düşmana karşı uygulanandır. Bu her zaman ve her yerde böyledir ve siyasi güç/egemen duruma göre bunu söyleme gücünü elinde tutar.

iv. CS, "Roman dictatorship" deyimini "Sovereign dictatorship"e çeviriyor, yani olağanüstüyü olağanlaştırıyor:

¹⁰ Gross&Aolain, op.cit. pp 162-168: "Carl Schmitt: dark shadow".

There exists no norm that is applicable to chaos. For a legal order to make sense, a normal situation must exist, and he is sovereign who definitely decides whether this normal situation actually exists. All law is “situational law.” The sovereign produces and guarantees the situation in its totality. He has the monopoly over this last decision. Therein resides the essence of the state’s sovereignty, which must be juristically defined correctly, not as the monopoly to coerce or to rule, but as the monopoly to decide. The exception reveals most clearly the essence of the state’s authority. The decision parts here from the legal norm, and (to formulate it paradoxically) authority proves that to produce law it need not be based on law. Carl Schmitt, Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty 13 (George Schwab trans., 1985) (1922). David Dyzenhaus, op.cit başlıktan alıntı.	Kargaşaya uygulanacak herhangi bir kural mevcut değildir. Bir hukuk düzeninin anlamı olması için olağan bir durum var olmalıdır, ve yalnızca hükümdar olağan bir durumun ne olduğunu kesin olarak betimleyebilir. Hukukun tamamı “durumdan kaynaklanır”. Bu durumun ne olduğunu her yönüyle hükümdar tayin eder ve güvenceye alır. Son sözü söyleme tekeline o sahiptir. Devletin egemenliği bu noktada yer alır, bu hukuki olarak doğru tanımlanmalıdır, bu sadece zorlama ve kural koyma tekeli değildir, aslında daha da önemli olarak son sözü söyleme tekeldir. Karar hukuk kuralından hareketle ortaya çıkar (ama çelişik olarak aynı zamanda karar kuralı biçimlendirir) ve karar makamı hukuku oluşturmak için hukuka dayanmak ihtiyacı duymaz. Carl Schmitt, Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty 13 (George Schwab trans., 1985) (1922). David Dyzenhaus, op.cit başlıktan alıntı.
--	---

5. Günümüzde de geçerli yerleşik olağanüstü hal anlayışı.

İdare Hukuku kitaplarında mevzuatın betimlenmesi (tasviri) ile yetinildiğinden, Türkiye’de olağanüstü dönemlerin “hukuk anlayışını” belirlemek, nasıl düşünüldüğünü, buna ilişkin hukuk kültürünün ne olduğunu söylemek şimdilik mümkün görünmemektedir.

Batı anlayışı, Rousseau’ya bakılırsa, Roma Cumhuriyet dönemine (İÖ 509 ve sonrası) kadar uzanıyor. Bu anlayış, olağanüstü dönem yetkilerinin geçici ve sınırlı, ayrıca olağan dönemde, olağan yasa koyucu tarafından önceden belirlenmiş olması esasına dayanmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen askıya almaya karşı güvenceler (AİHS ve ANY m. 15), Roma döneminden bu yana Batıda kabul gören anlayıştır.

6. Roma: Olağanüstü hallerde *anayasal diktatörlük* uygulaması...

Gross&Aolain, Roma’da cumhuriyet fikriyle anayasa anlayışının başladığını, devleti idare eden kralın tek kişi olarak başarısızlığı dikkate alınarak cumhuriyette (Senatoda yapılan) seçimle birden çok (iki) kişinin (Consul unvanıyla) yürütmenin başına getirildiğini, bunların kanunları işbölümü yaparak uyguladığını, Senato’nun

bu uygulamayı Anayasa'ya uygunluk açısından denetlediğini, Consul'lerin yenilenmemek üzere sadece bir yıl süre için seçildiğini belirtmektedir¹¹. Ancak Roma'nın giderek artan istila tehditleri yaşaması, konsüllerin bu tehditleri savuşturamaması karşısında yalnızca tehdidi önleyecek/kaldıracak askeri usulleri maharetle uygulayacak bir kişiye (komutana) özel görev verilmesi düşünüldü. Bu kişiye *dictator* denildi, bu deyim kendisine karışılması/denetlenmesi mümkün olmayan keyfi ve mutlak (tyran) yönetici anlamı taşımamaktadır. Latince *dictator*, sadece *atanmış* anlamındadır. Zira dictator, Consul'lerin aksine seçimle değil, konsüller tarafından atanmaktadır ve kendisine bir görev alanı çizilmektedir:

-Bu alan istilacıyı yenmek/durdurmak/kovalamak için gerekli askeri faaliyetler ile sınırlıdır.

-Dictator bu yetkiyi sadece 12 gün için almaktadır¹². Tehdidin devam etmesi halinde *kısa sürelerle tekrar uzatılabilir*. En uzun süre ordunun seferde kalma süresi olan altı aydır.

-Yetki mevcut düzeni değiştirmek ya da Consul'lerin faaliyet alanına girmek için kullanılamamaktadır (olağanı askıya alabilir ama değiştiremez: “*He can do anything, except make laws*: Rousseau Social Contract p.294, Gross&Aolain p.23).

-Dictator sadece savaş alanında değil, Roma kenti dahilinde de idam cezası verebilir.

-Dictatorun olağanüstü yetkilerine Consuller de uymak zorunda ve Consullerin aksine Dictator Senato'ya hesap vermek zorunda değil.

Macchiavelli ile devam edersek bugün de geçerli iki can alıcı soruna işaret ediyor, gizlilik ve süre:

-Olağanüstü halde en önemli sorun gizliliğe önem verilmesidir. Dictator yetkilerini niçin ve nasıl kullandığını açıklarsa bu savaşı başarı ile yürütme olasılığını zayıflatır. Buna karşılık gizlilik içinde kimse onun amaç dışına çıktığını anlayamaz. Bu sorun olağanüstü halde gizlilik- açıklık sorunudur. Macchiavelli bu bağlamda iki örnek vermektedir. Her ikisinde de komutanlar *kahinlerin sefere çıkmak uygun değildir* uyarısını dinlememiş, Papirius, Samnitlere karşı savaşı kazanmıştır, Appius ise kahinlerin uyarısına aldırış etmediğini açıklayarak Kartacalı'lara karşı savaşa gitmiş ve yenilmiştir. Sonuçta fikirlerini gizleyen Papirius ödüllendirilmiş, açıklayan Appius cezalandırılmıştır¹³.

¹¹ Aynı kitap, s. 17 vd.

¹² Fransa'da halen olağanüstü hal başlangıçta 12 gün için ilan edilmekte, daha sonra üçer aylık sürelerle sınırsız uzatılabiliyor. Fransız Danıştay'ı bunun sakıncasına dikkat çekmiştir. La loi n°55-385 du 3 avril 1955. Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Version consolidée au 27 avril 2017 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350> Art. 2: “La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi”. Bizde en fazla altı ay için ilan ediliyor, sınırsız uzatılabiliyor.

¹³ Gross&Aolain p.145-146.

- Diğer konu süre meselesidir. Gross&Aolain, Macchiavelli'nin bu konuda ideal örnek olarak Cincinnatus'u verdiğini belirtmektedir. Cincinnatus, düşman ordusu tarafından sarılmış bir Consulü kurtarmak için Dictator atanmış ve on beş gün içinde görevini başarıyla tamamlayıp memleketine dönmüştür¹⁴. Ancak bütün örnekler bunu doğrulamıyor. Macchiavelli, Julius Caesar dahil diğerlerinin kısa süre atandıkları halde sonra olağanüstü hal gerekçesiyle rejimi değiştirip kendilerini süresiz yönetici (imparator/tanrı) yaptıklarını vurgulamaktadır¹⁵. Aynı görüşleri tekrar eden Rousseau "olağanüstü yetkilerin kullanılmasına yol açan bunalımlarda Devlet kısa sürede ya yıkıma uğrar ya da kurtulur, zaruret hali kalktıktan sonra diktatörlük ya lüzumsuzdur ya da *tyranlığa* dönüşür" demektedir¹⁶. Kısaca, tehlike geçtikten sonra kalmaya devam eden olağanüstü yönetim usulleri devleti tahrip eder.

7. Uluslararası insan hakları ölçüleri.

Uluslararası insan hakları düzenlemeleri akılcı yaklaşıma göre yapılmıştır. Buna göre olağanüstü hukuk, olağan hukukun bir parçasıdır, önceden onun tarafından düzenlenmiştir. Olağanüstü hukukun özü insan haklarının korunması fikridir, kısaca ahlakidir. Türkiye'nin taraf olduğu, dolayısıyla iç hukukumuzda Anayasa'yı tamamlayan nitelikte olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (KSHS) bu yaklaşımla okunduğu takdirde doğru anlaşılır. Daha genel olarak pek çok AB/AK ülkesinde "terörle mücadele mevzuatı" diyebileceğimiz hükümlerle "ilân edilmemiş" bir olağanüstü hal uygulanmaktadır. Bu uygulamanın olağanüstü halden farkı sürekli olması ve olağan hukuka göre sınırlamaların daha yoğun olmasıdır. Ortak noktaları ise yargı denetiminde, dava konusu eylem veya işlemin olağanüstü hal ilan sebepleri veya terörle mücadele amacı ile doğrudan doğruya ilişkisi kurulabilirse ve bu bir zarurete dayanıyorsa, bu durumda yargı denetimi amaç dışına çıkılıp çıkılmadığını denetlemekten ibarettir. Zarureti takdir yetkisinin ve yetkinin kullanılmasının denetimi söz konusu değildir.

8. Bazı uyumsuzluk noktaları

Uluslararası hukuktan kaynaklanan özellikler, Türkiye'nin bu konudaki temel anlaşmalara taraf olması nedeniyle aynı zamanda iç hukuk özellikleri sayılmak gerekirken, bize özgü nedenlerle Anayasa'nın Zorla Çalıştırma Yasağına ilişkin 18. maddesi ile Sıkıyönetim, Olağanüstü Hal Kanunları ile Terörle Mücadele Kanunu'nun bazı hükümleri uyumlu değildir.

¹⁴ Gross&Aolain p.25: Kral III: Georges'un George Washington'un içsavaşı kazandıktan sonra askerliği ve bütün yetkilerini bırakması nedeniyle onu Cincinnatus'a benzettiğini aktarmaktadır. (G. Washington The Society of Cincinnati'nin ilk başkanı, sonradan bu isim Ohio'da bilinen şehre verilmiş!).

¹⁵ Federico Chabod, "Macchiavelli's Method and Style", The Prince, Norton Critical Edition, (Translated and Edited by Robert M. Adams, New York London, 2nd Edition, 1992/ 1997 (288 p), p.188: "(Macchiavelli) Note too how he 'blames' Caesar and the founders of tyrannies, and his 'intense longing' for 'good' times /Discorsi, I, x)"

¹⁶ J.J.Rousseau, (Présentation de Henri Guillemin Du contrat social, Union Générale D'Editions, Paris 1973, (poche 439 p). S. 205: "Dans les crises qui la font établir, l'Etat est bientôt détruit ou sauvé; et, passé le besoin pressant, la dictature devient tyrannique ou vaine".

Anayasa'nın 18. maddesinde olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler zorla çalıştırma sayılmaz denirken ayrıca (ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz) denilmiştir.

Bu sonuncu cümle GGASS'na ve ILO mevzuatına aykırıdır, adeta olağanlaşan olağanüstü örneğidir. Uyarılara rağmen yıllardır böyle kalmıştır. Örneğin AIHM'nin eski kararlarında sıkıyönetim komutanının veya olağanüstü hal valisinin sakıncalı bulunduğu kamu görevlilerini bölge dışına çıkarma yetkisi izlenen amaçla ilişkili bulunmamıştır. Diğer durumlar uygulamada yapılan yetki aşımaları ve verilen dolaylı zararların ödenmemesine ilişkindir. Bu bağlamda etkili soruşturma yapılmaması hâlâ önüne geçilemeyen en büyük sorunuzdur.

9. Terörle Mücadele Kanunu (3713/1991)

Bu kanuna ilişkin olarak en çok karşılaşılan eleştiri terör suç tanımının belirsiz olması ve bundan kaynaklanan ihlallerdir. 2003'de tanımın yenilenmesine rağmen eleştiri devam etmektedir. Bir karşılaştırma:

<i>3713 Terörle Mücadele Kanunu Terör tanımı</i> Madde 1– (Değişik birinci fıkra: 15/7/2003-4928/20 md.) <i>Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.</i>	Code Pénal Français Article 421-1 Modifié par LOI n°2011-266 du 14 mars 2011 - art. 18 Korkutma ve terör yoluyla kamu düzenini ciddi olarak bozacak şekilde bireysel veya toplu olarak kasten aşağıda sayılan eylemler terör suçu sayılır: 1... İradi olarak hayata, vücut bütünlüğüne saldırılar, kaçırma ve alıkoyma ve uçak, gemi ve diğer taşıma vasıtalarının kaçırılması; 2. Hırsızlık, gasp, tahrip etme, yıkıma ve değer kaybına yol açma, bu Kanunun 3. Kitabında sayılan bilgi işlem suçları; 3...savaş grupları ve dağıtılan hareketlerin yer aldığı suçlar ile 434-6 ve 441-2 ilâ 441-5 arasında tanımlanan suçlar; 4. Silah, patlayıcı madde ya da nükleer silahlar konusunda (ilgili maddelerde tanımlanan) suçlar; 5. Yukarıdaki suçlarda kullanılan maddele-ri saklama suçu; 6. Bu Kanunda sayılan karapara aklama suçları; 7. Para ve Maliye Kanununda sayılan suçlar.
--	--

Aradaki farka gelince; bizde terörün amaçları uzun uzun sayılmış ama hangi eylemlerle bunun suç sayıldığı açıklanmamıştır. Fransız Kanununda ise terörün amaçları kısaca açıklanmış, fakat hangi eylemlerin bu bağlamda suç sayıldığı yedi maddede ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bizden istenen kısaca bunu yapmamızdır. Bu anlayış farkını yansıtan iki örnek verilebilir: Türkiye ile ilgili olarak Güler ve Uğur/TR (2.3.2015) ve Fransa ile ilgili olarak Anayasa Kurulu'nun Amadou (7.4.2017) kararı.

10. AİHM'nin Güler ve Uğur/Türkiye Kararı (2.12.2014)

Güvenlik güçleri ile çatışmada öldürülen PKK üyesi üç terörist için mevlit okutulması için yapılan toplantıya katılan davacılar, terör propagandası suçlaması ile mahkum edilmiştir. Davacılar olay sırasında (2006), daha sonra ANYM tarafından kapatılan, Demokratik Toplum Partisi üyesidir.

Mevlit okuma amaçlı toplantıda Kuran'dan kısa parçalar okunmuş, öldürülenlerin hayatına ilişkin video gösterimi yapılmış, davacılarından biri "Korkularımız endişelerimiz devam ediyor, ölümler devam ediyor, umarız bu Mevlit barış ve kardeşliğe vesile olur" biçiminde bir konuşma yapıyor. Mevlide katılanlardan biri daha sonra ihbarda bulunarak PKK şehitleri için tören yapıldığını, törenin videosuyla birlikte savcılığa göndermiştir. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi 2008'de 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre iki davacıyı terör propagandası yapmaktan 10 ay hapisle cezalandırmıştır.

Mahkeme kararında özellikle törenin parti binasında yapılmasını, PKK bayraklarının kullanılmasını, örgüt mensuplarının fotoğraflarının duvarda asılı olmasını dikkate almıştır. Kararda AİHM, 3713 sayılı Kanunun mahkumiyete esas alınan 7. maddesinin ikinci fıkrasının olay sırasında "her kim terör örgütünün propagandasını yaparsa bir yıldan beş yıla kadar hapse mahkum olunur" biçiminde olduğunu, daha sonra 2013'te bu fıkranın açıklık getirme amacıyla "Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" biçiminde değiştirildiğine dikkat çekmiştir.

Ne var ki AİHM oybirliğiyle mahkumiyetin 2006 yazılımının müphem ifadesi nedeniyle verildiğini dikkate alarak, davacıların düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır (AİHS m. 9).

11. Fransa Anayasa Konseyi'nin Amadou kararı (7.4.2017)¹⁷

Yukarıdaki karşılaştırmada bizim Terörle Mücadele Kanunu terör suçları tanımının belirsizliğinden, buna karşılık Fransız Ceza Kanunu'ndaki terör suç tanımlarının

¹⁷ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-625-qpc/decision-n-2017-625-qpc-du-7-avril-2017.148904.html> 14.4.2017.

çok belirgin olduğundan söz etmiştim. Amadou kararı ile bu kanımın pek de doğru olmadığı ortaya çıktı. Bir ceza davasında Fransız Ceza Kanunu’nun bilişim yoluyla işlenen terör suçu bağlamında yer alan “cihatçı web sayfalarına girmek” suçu nedeniyle anayasaya aykırılık itirazı yapan Amadou’nun itirazı, “eylemin suç olmasını gerekli kılan açık ve kesin bir sebep gösterilmediği” (Principe de nécessité de délits) gerekçesiyle kabul edilerek itiraz konusu hüküm Anayasa’ya aykırı bulunmuştur. Anayasa Kurulu’na göre; suçların gerekliliği ilkesi Fransız İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde yer alan bir ilkedir ve anılan yasa kuralı bu ilkeyi göz ardı etmektedir:

1789 UDHR Article 8	1789 İHEB Madde 8
The law shall provide for such punishments only as are strictly and obviously necessary , and no one shall suffer punishment except it be legally inflicted in virtue of a law passed and promulgated before the commission of the offense.	Yasalar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan yasalar dışında cezalandırılmaz..

Olayda oturduğu yerden zorla tahliye edilen, işsiz ve sabıkalı bir Afrikalı söz konusudur. Bu kişinin internet üzerinden cihat çağrısı yapan örgüt sayfalarına girdiği tespit edilmiştir. Ayrıca kaldığı odada yapılan araştırmada bomba süsü verilmiş birbirine yapıştırıcı şeritle bağlı su şişeleri bulunmuştur.

Anayasa Kurulu’na göre denklemin kopuk yanı kısaca şudur: Amadou, terör örgütlerinin web sayfalarına girmiştir ama onlarla birlikte şiddet suçu girişimine hazırlandığını gösteren bir delil bulunamamıştır. Kurula göre sadece suç işleme niyeti taşıyan bir kimse, eyleme geçmemişse (uyuyan hücre mensubu) salt bu nedenle cezalandırılmaz.

Kurul bu bağlamda Ceza Kanunu’nun 421-2-6 maddesinde yer alan “başkaları için tehlike yaratmaya elverişli madde ve nesneleri araştırmak, bulundurmak, imal etmek, sağlamak faaliyetleri yanında ayrıca hedefler hakkında bilgi toplamak, silah kullanma talimi yapmak, cihatçı sayfalara girmek, harekât alanında kalmak faaliyetlerini de terör suçu işleme niyetinin mevcudiyeti için elverişli saymamıştır¹⁸.

12. Olağanüstü Hal Kararnamelerinin yargı bağımsızlığı konusu

ANYM bazı OHAL-KHK’leri aleyhine açılan iptal davalarını “*Anayasa’nın denetlemeyi yasaklayan açık hükmüne karşın denetim yapılmasının hukuken imkansız*

¹⁸ L’article 421-2-6 du code pénal, créé par la loi du 13 novembre 2014, dispose en effet que l’intention terroriste individuelle est matérialisée par le fait de « *détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui* ». Il faut, de plus : soit se renseigner sur des cibles, soit s’entraîner au combat ou à manier des armes, soit consulter des sites djihadistes, soit avoir séjourné « *sur un théâtre d’opérations* ». Dans sa décision du 7 avril, le Conseil constitutionnel formule une réserve d’interprétation : il considère que ces actes préparatoires ne sauraient suffire à prouver une intention terroriste, au risque de méconnaître le principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines.

olduğu” gerekçesiyle reddetmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte ANYM Başkanı, onaylanarak kanuna dönüşen bazı KHK’ler aleyhine açılan iptal davalarının esas incelemesine başladıklarını açıklamıştır¹⁹.

Bu gerekçe, “pozitivist” yani kanunun “açık hükmünün yorum gerektirmeyeceği” üst dil kuralına uygun bir gerekçedir. Burada olağanüstü hal KHK’lerinin ANYM hükmü gereğince denetim dışı olması söz konusudur. Bu kararın yanlış veya hatalı olduğunu söylemiyorum. OSCE referandum gözlem raporunda “*Geçmiş kararlarda, mahkeme, Anayasa olağanüstü hal kararnamelerinin içerik bakımından denetimini yasaklasa da, Mahkemenin, kararnamelerin gerçekten olağanüstü hal kararnamesi olup olmadığını belirleme ve değillerse de bunları içerik denetimine tabi tutma yetkisi bulunduğuna karar vermiştir*” demektedir²⁰.

Gerçekten ANYM’nin geçmişte OHAL KHK’lerini denetlediği kararları bulunmaktadır²¹. Buna Marbury v Madison (1803) içtihadı yöntemi de denebilir. ABD Yüksek Mahkemesi’nin yaklaşımı “*içhukuk sisteminde herhangi bir şekilde anayasa aykırılığını sürdürebilecek bir kanun olmaması gerektiği*” biçiminde özetlenebilir. Benzer bir yaklaşımla ANYM, anayasa değişikliklerinin sadece biçim denetimi ile sınırlı olmasına karşın “cumhuriyet ilkesine” aykırı değişikliklerin biçim denetimi kapsamına girdiğini kabul ederek denetlemiştir²². ANYM bu defa Anayasa’nın açıkça yasakladığı denetimin yorum yoluyla yapılmasına karşı olduğunu açıklamıştır²³.

OSCE’nin önerisi OHAL KHK’lerinin anayasa yargısından bağışık olmalarının, bunların gerçekten bu nitelikte olduklarının incelenmesini engellemeyeceği biçimindedir. Bu genişletici yorumdur. Yargı yerinin, bu yola girdiği zaman da hukuka aykırı davrandığı söylenemez.

Sorun şurada odaklanmaktadır. Kimi davalarda yargı yeri adım adım doğrusal bir çizgi izleyerek gerçeği tespit eder. Ceza davalarında deliller suçun işlendiğini ortaya koymuşsa, işlenmediği sonucuna varmak mümkün değildir ya da aksine, deliller suçun işlendiğini ortaya koymakta yetersiz kalmışsa, yine de suçun işlendiği biçiminde

¹⁹ ANYM Başkanı Zühtü Aslan 25 Nisan 2017 günü, 55. Kuruluş Günü Konuşması (Mahkemece basılan metin, web sayfasında görülebilir).

²⁰ OSCE Türkiye 16 Nisan 2017 Referandum Raporu, s. 5 dn 14. <http://www.osce.org/tr/odihr/elections/turkey/311736?download=true> 24.4.2017.

²¹ ANYM T.10.1.1991, E.1990/25, K.1991/1; T.3.7.1991, E.1991/6, K.1991/20; T.26.5.1992, E.1992/30, K.1992/36 ile T.22.5.2003, E.2003/28, K.2003/42.

²² ANYM T.5.6.2008, E.2008/16, K.2008/116. (Başörtü yükseköğretimden yararlanmaya engel olmamalı düşüncesiyle ANYM T.10’a eklenen “ve her türlü kamu hizmetinden yararlanmada” cümlesiyle “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.” cümlesinin laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali).

²³ ANYM, E. 2016/166, K.2016/159 T.12.10.2016, RG 4.11.2016, Sayı: 29878: §21. Anayasa Mahkemesi KHK’sının gerçekten Anayasa’nın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından inceleme yapmıştır... Bu yaklaşım, Anayasa’nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK’lerinin yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa’nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecekti. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK’sı niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür”.

bir sonuca varmak mümkün değildir. Buna karşılık kimi davalarda da iki değer hükümü arasında tercih söz konusudur. ANYM'nin durumu budur. Genelde kural yargılaması böyledir. ANYM, KHK'ler konusunda pozitivist bir yaklaşımla ANY'nın açık kuralı karşısında yapılacak bir şey olmadığına karar vermiştir.

Benzer şekilde Fransız Anayasa Kurulu da 2003'te anayasa değişikliğini, kuruluş kanununda hüküm bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir²⁴. Buna karşılık OSCE'nin önerdiği gibi ya da Marbury v. Madison yaklaşımına göre davranmış olsaydı yine denecek bir şey olamazdı. İki tercihten her birinin kazandırdıkları ve kaybettirdikleri vardır.

Örneğin Avrupa Genel Mahkemesi AB'nin Türkiye ile yaptığı göçmenlerin iadesi anlaşmasını, AB andlaşması olmadığı, Türkiye ile AB taraf ülkeleri arasında varılan mutabakat açıklamasından ibaret olduğu gerekçesiyle reddetmiştir²⁵. Andlaşma niteliğinde sayıp denetleseydi Türkiye'den gelebilecek göçmen akımının dengeleri bozacağı endişesi haklı çıkabilirdi.

Bugüne kadar çıkarılan yirmidört OHAL KHK metninde genel kurallar yanında, bireysel işlemler de yer almaktadır. Bireysel işlemler olarak; bazı kurumların varlığına son verilmesi, bazı yerel yöneticilerin görevden geçici olarak alınarak yerlerine kayyum atanması, bazı kurum personelinin görevlerine tamamen son verilmesi söz konusudur. OSCE raporuna göre 150.000'den fazla kamu görevlisinin işine son verilmiştir. Bu kitlesel temizlik sonucunda tüketilecek iç hukuk yolu bulunmadığından mağdurlar AİHM yolunu tutmuş, zaten kilitlenmiş olan AİHM, Adalet Bakanlığına bir iç hukuk yolu ihdas edilmesini önermiş ve 685 sayılı KHK (2/1/2017) ile olağanüstü hal işlemleri inceleme komisyonu kurulması öngörülmüştür.

Böylece OHAL KHK denetim ret kararına yol açan pozitivist yaklaşımın sağladığı kesinlik ve hukuk güvenliğinin sağladığı yarar ile, denetim kabul edilseydi verilecek

²⁴ Fransız Anayasa Kurulu, Anayasa değişikliği getiren organik kanunu denetleme yetkisi bulunmadığını, mevcut düzenlemelerde kendisine böyle bir yetki tanınmamış olduğunu belirtmiştir: Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 "Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle; "http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dc-du-26mars-2003.857.html 14.4.2017.

²⁵ http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188481&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=195339 ECLI:EU:T:2017:129 ORDER OF THE GENERAL COURT (First Chamber, Extended Composition) N.G. v. European Council 28 February 2017. Bireylerin AB Organlarının kararlarına karşı açtıkları iptal davalarına bakmakla görevli Avrupa Genel Mahkemesi (European General Court) iki Yunanistan vatandaşı tarafından açılan davalarda Türkiye ile Avrupa Birliği ülkeleri devlet ve hükümet başkanları arasında yapılan yasa dışı göçmen ya da sığınmacıların karşılıklı olarak iadelerine ilişkin anlaşmanın AB tarafından yapılan bir uluslararası andlaşma niteliğinde olmadığını, ortak mutabakat metni diye Türkçe'ye çevirilen belgenin (statement) bunu imzalayan temsilcilerin mensup oldukları hükümeti bağladığı sonucuna davayı, esasa girmeden görevden reddetmiştir. Bu belgede AB organları olan Konsey Başkanı (Tusk) ve Komisyon Başkanı (Junkers) imzalarına rağmen EGC davayı reddetmiştir. Kabul etseydi anlaşma insan haklarına açıkça aykırı olduğundan iptal edilecekti. Ancak AB üye devletleri ve organlarının insan haklarına aykırı siyasi mutabakat (siyasal anlaşma) bağlama yetkileri var mı? Aynı şey Türk iç hukuku bakımından da söz konusudur. Benzer görüş: Mauro Gatti The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 1 of 2) Published on April 18, 2016 . http://www. ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/

iptal kararı doğrultusunda denetim yolu açılacağından bunun sağlayacağı fayda arasında karşılaştırma imkânı doğmuştur. Ret kararının yarattığı mağduriyeti gidermek için, geri adım atarak inceleme kurulu adı altında bir içhukuk yolu kurmak zorunda kaldık (demek ki yapılabiliyormuş). AİHM bize doğru yolu göstermiştir; oysa iptal edilseydi doğru yolu ANYM göstermiş olacaktı....

13. Olağanüstü durum kavramı (ordinary emergency)

İl İdaresi Kanunu'na eklenen madde ile valilere verilen sokağa çıkma yasağı yetkisinin anayasal olağanüstü hal kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM'ne müracaat edilmiş, fakat bu mahkemece bireysel başvuru yolu tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. ANYM'nin bu konuyu, Anayasa'ya aykırı bulma olasılığı vardır. Olağanüstü hal ilan edilmediği halde bu tür yetkilerin olayla sınırlı kullanılması idarenin karşılaştığı olağanüstü durumlarla baş edebilmesi için zorunlu/zımni bir yetkidir. Ancak bu Fransız yaklaşımıdır. Bizde ne çıkacağı, daha önce mevcut bir örnek olmadığından belli değildir. Kanımızca konuda hak ihlâli tespiti anayasaya aykırılık noktasında değil, olağanüstü yetkilerin kullanım amacıyla orantılı olup olmadığı ve gereken süre içinde, bu süreyi aşmadan kullanılıp kullanılmadığı, bulundukları yerden çıkamayan insanlara yardım yapılıp yapılmadığı ile ilgilidir.

14. Gidilebilir v. Gidilemez

Bir görüşe göre gidilemez: 16 Nisan 2017 Referandumuna ilişkin YSK itiraz ret kararlarına karşı (Referandum sandık itirazları ve mühürsüz oy pusulası vb ihlal sebepleriyle) Danıştay'a gidilemeyeceği gibi (zaten tüketilmesi gerekli değil) ANYM'ne Bireysel Başvuru da yapılamaz, AİHM'e gidilemez. Zira AİHM McLean/İngiltere vb ilk inceleme/ret kararlarında referandumun seçim olmadığını belirtmiştir. Bu durumda tartışmak boşunadır²⁶.

Karşı görüşe göre, gidilebilir: Gazete haberinde gördüğüm için ayrıntılarını, gerekçesini bilmediğim bu görüş sahibi kısaca “neden olmasın? referandum da bir seçim değil mi?” diyor²⁷. Öyle sanıyorum ki burada da görüş sahipleri görüşlerinin mutlak

²⁶ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Sitesi www.anayasa.gen.tr (21 Nisan 2017) YSK'nın mühürsüz oy kararının bağlayıcılığı üzerine YSK'nın Kararına Karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Anayasa Mahkemesi'ne veya Danıştay'a Başvurulabilir mi?

²⁷ Yüce Yöney Bianet, <https://bianet.org/bianet/siyaset/185745-prof-kaboglu-aym-ye-de-aihm-e-de-gidilebilir> 20.4.2017: “Anayasa hukuku profesörü **İbrahim Kaboğlu** Adalet Bakanı **Bekir Bozdağ**'ın Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararları ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) gidilemeyeceği ve referandumların AİHM'in yetkisi dışında olduğuna dair sözlerini değerlendirdi. AYM'ye YSK'nın kararını götürmenin önünde bir engel olmadığını söyleyen Kaboğlu, Avrupa hukuku açısından AİHM'e de gidilebileceğini ifade etti. Kaboğlu, Adalet Bakanı'nın böyle bir açıklama yetkisi olmadığını da belirtti. “AYM'ye ve AİHM'e başvuru hakkı bir bireysel haktır. Kimin başvuracağı, başvuru yollarının nasıl kullanılacağı Adalet Bakanı'nın yetkisinde değil.” “AYM'ye YSK kararını götürmenin önünde bir engel yok. Tabii nasıl karar verir, başka bir şey... “Hem muhalefet partileri götürebilir, hem de seçmenler bizim oy hakkımız ihlal edildi diye, Anayasa'nın 67. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolü Madde 3 ihlal edildi diye götürebilir. “AİHM açısından bu konu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolü'nün 3. maddesinde düzenleniyor: Serbest seçimleri düzenleme hakkı. Referandum da zaten en büyük seçimdir. “Dolayısıyla yasama seçiminin yararlandığı bir alanda halk oylaması yararlanamıyor demek bir görüş ifade etmektir ama insan hakları Avrupa hukuku açısından geçerli bir görüş değildir. “Bu bağlamda AİHM'e de gidilir. AİHM'in geliştirdiği serbest seçimleri düzenleme hakkının Türkiye'ye

doğru olduğunu öne sürmekte, kural yargılamasında daima yarışan iki değer hükmü ya da üstdil kuralı arasında seçim yapıldığını ve üst dil kuralları arasında üstünlük sıralaması (hierarchy) olmadığını göz ardı etmektedir²⁸. Doğrusu McLean& Cole v. The UK (inadmissibility) 11 June 2013 tarihli kararı dikkatli okumak lazım diye düşünüyorum:

27. The Court recalls that the word “legislature” in Article 3 of Protocol No. 1 does not necessarily mean the national parliament: the word has to be interpreted in the light of the constitutional structure of the State in question (see Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, 2 March 1987, § 53, Series A no. 113; and Matthews v. the United Kingdom [GC], no. 24833/94, § 40, ECHR 1999-I).	Mahkeme “yasama” sözcüğünün 1 Nolu Protokol Madde 3 bağlamında mutlaka “Millet Meclisi” anlamına gelmediğini; bu kelimenin ilgili Devletin anayasal yapısı (hükümleri) çerçevesinde yorumlanması gerektiğini hatırlatır.
---	--

Bu anlatımdan şu çıkmaktadır: 1 Nolu Protokolün 3. maddesine göre kapsama sadece yasama organı seçimleri girmekle birlikte, yasama organı (legislature) deyimi ulusal parlamento ile sınırlı anlaşılmamak gerekir. Yerel ve bölgesel meclis seçimleri madde kapsamı dışında olduğu halde bazı ülkelerin anayasal kuralları yasama işlevinin bu meclislerle paylaşılmasını öngörüyorsa bunlar da yasama organı (legislature) kapsamında sayılır, bunlar için yapılan seçimler de Ek Protokol m. 3 kapsamına girer.

Bizim durumumuza uyarlıysak; 16 Nisan Referandumu ile Deus Ex Machina tepemize inen Anayasa değişikliği hükümleri dikkate alınırsa bunlar Cumhurbaşkanı denilen Başkana yasama yetkisi veriyor sayılır mı? Sayılırsa gidilebilir. Sayılmazsa gidilemez, demek en doğrusu görünüyor. Kanun olmadığı takdirde dahi kararname çıkarabileceğine göre, cumhurbaşkanı yasama yetkisini paylaşıyor. Eğer Anayasa Mahkemesi’ni hâlâ etkili yol sayıyorsa, AİHM böyle bir başvuruyu erken yapılmış sayıp “oraya gidip öyle gelin” deyip reddedecektir. Saymazsa (büyük bir olasılık görünüyor), YSK’nin kendi kararında kabul ettiği “mühürsüz olayını” sonucu etkiler ciddi bozukluk nitelendirip ihlal kararı verecektir. Bu durumda tavrımızın ne olacağını Cumhurbaşkanı zaten ortaya koydu: “Siyasi içerikli kararları ne görürüz, ne duyarız, ne biliriz”²⁹.

yüklediği yükümlülükleri yerine getirdi mi, getirmede mi, onu denetleyecek... Kabaoğlu AYM’nin de AİHM’in de başvuruyu çevirebileceğini, ihlal kararı vermeyebileceğini belirtti, ancak “Götürülemez” demenin yanlış bir bilgi vermek olduğunu söyledi. “Bu konularda az konuşsalar halk oylamasının sonuçlarının haksızlığını bu kadar teşhir etmemiş olurlar.”

²⁸ Tekin Akıllıoğlu, Hangi Hukuka Giriş, Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş, İkinci Baskı, Ankara İmaj Yayınevi, 2015 s.283-284: “Hukuk dili bağlamında ilk ayırım, konu dili-üst dil ayırımıdır. Konu dili aslında yürürlükteki kuralların dilidir... Üst dil konu dilinin kullanış yöntemini kurala bağlar, yorumda kullanılan kurallardan oluşur”, s.286: “Üst dil kuralları, konu dilinin anlamını belirlediklerinden bunların üzerinde yer alır, mantık bakımından konu diline üstündür. Buna karşılık üst dil kuralları kendi aralarında üstünlük sıralamasına bağlı değildir. Bu durumda uygulayıcılar (yargıçlar) üstdil kuralları arasında serbestçe seçim yapabilir, seçimi belirleyecek bir ölçüt ya da üst dil kuralı bulunmamaktadır. Seçime sadece adaletli karar verme/yorum yapma ihtiyacı kumanda eder. Hukukçular arasında sonu gelmez tartışmaların ve kendi haklılığına mutlak inanç beslemelerin sebebi, farklı üst dil kurallarına göre sonuç çıkarmaları ve üst dil kuralları arasında üstünlük sıralaması olmadığını dikkate almamalarıdır”.

²⁹ <http://www.yenisafak.com/secim/cumhurbaskani-erdogandan-agite-teпки-ne-goruruz-ne-biliriz2645193> 17.4.2017.

15. Sonuç yerine, “ne yapmalı”?

Kestirme bir hesaplama ile 60.000 eski BB + 150.000 KHK mağdurları + 25.000 (AİHM’den iade) toplam 235.000 dosya. Sayının büyüklüğü buna ilişkin kavramı kolayca bulmamızı sağlıyor: yapısal bozukluk. Yapısal bozukluk kısaca kamu hizmetlerinin bu arada yargı yerlerinin talep yoğunluğu karşısında kilitlenmesi biçiminde örneklenebilir. Sebeplerin açıklanması çok disiplinli inceleme gerektirir.

AK Bakanlar Komitesi devletleri yapısal bozukluk karşısında tedbir almaya çağırdı, bu tavsiye kararından hareketle Mahkeme “pilot dava” (ben öncü dava/karar diyorum) usulü ihdas etti. Buna göre Mahkeme aynı olaydan/bozukluk veya ihlalden kaynaklanan dizi davalardan birini öncü/pilot olarak tespit ederek bunu karara bağlarken ilgili hükümeti çözüm bulmaya çağırıp, diğerlerini de bu şekilde karara bağlayacağını bildiriyor. Sanırım bu usulü duymayan/bilmeyen kalmadı. Ancak gözden kaçan şu, bizde ANY (m.125) ve İYUK (m.2) yargıcın idareye kararlarında yol göstermesi, işlem tarif etmesini, emir vermesini (YDK hariç) yasaklıyor. ANYM bu hukuki engeli aşabilir diye düşünüyorum.

16. ANYM’NİN OHAL değerlendirmesi: AYDIN YAVUZ VE DİĞERLERİ BB Kararı (20.6.2017)³⁰.

ANYM, 15 Temmuz 2016 darbe girişimi bağlamında yasadışı örgütlerle birlikte hareket ettikleri şüphesiyle tutuklanan Aydın Yavuz ve arkadaşlarının yapmış olduğu bireysel başvuru kararında (82 sayfa) yalnızca bireysel ihlal iddialarını değil aynı zamanda OHAL ilan sebepleri dahil, OHAL hukuki düzenlemelerinin tamamı hakkında bir değerlendirme yapmış bulunmaktadır. Buna göre OHAL ilan kararı ciddi sebeplere dayanmaktadır. Durumun ciddiyeti ile orantılı olarak başvuru sahiplerinin tutukluluk süresi (11 ay), tutukluluk nedenleri (bylock kullanımı vd) hukuka uygundur. Kararın ilgi çekici (tartışılabilir) özellikleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

i. ANYM bireysel başvuru incelemesinde AİHM’nin inceleme yöntemini izlediğinden önce OHAL ilan sebeplerini gözden geçirmiştir. Buna göre;

- Anayasa’da mevcut olağanüstü hal usullerinden birinin (OHAL) yetkili merci tarafından ilan edildiği,

- Başvuru konusu tedbirin (tutuklama) *olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış, aynı zamanda olağanüstü durumun ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesiyle de ilgili olduğu*, görülmüştür³¹.

³⁰ ANYM (Genel Kurul) Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, Başvurusu No 2016/22169, Tarih 20.6.2017. RG 30.6.2017 Sayı: 30110.

³¹ Bilindiği gibi idare hukuku öğretisinde sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan kararlarının yargı denetimi dışı sayılması sürekli eleştirilmiştir. AİHM’nin yargı yetkisini kabulden itibaren olağanüstü yönetim usulleri ilan kararlarının ciddi sebeplere dayanıp dayanmadığını denetim yetkisi, olağanüstü hal askıya alma bildirimi usulüne uygun olarak AK Genel Sekreterliğine bildirimde bulunulmuş ise, AİHM tarafından kullanılmaktadır. Olağanüstü halin yetkili organ eliyle usulüne uygun ilan edilmesi ve ciddi

ii. ANYM daha sonra, tutuklamanın OHAL ilan sebepleri ile bağlantısını tespit ettikten sonra, sınırlandırmada ölçünün aşıp aşılmadığını, olağan dönem sınırlama sebeplerini açıklayan ANY m.13'e göre değil, olağanüstü durumlarda askıya almayı düzenleyen ANY m.15'e göre değerlendireceğini belirtmiştir. Buna göre; 15. maddede güvenceye alınan çekirdek haklara dokunulmaması, milletlerarası andlaşmalara uygunluk ve durumun gerektirdiği ölçü dikkate alınacaktır. ANYM her olayda üç koşula da uyulduğunu saptamıştır.

iii. ANYM başvuruçuların ihlâl iddialarını sırasıyla ele alarak, çok sayıda kişinin tutuklandığı dikkate alınır 11 aylık tutuklu yargılama süresinin makul olduğu sonucuna varmıştır.

iv. Sanıkların yöntemsel haklarının ihlâl iddiaları da, üzerlerine atılı suçun ciddiyeti karşısında inandırıcı bulunmamıştır. Buna göre, sanıkların tutukluluk durumlarının duruşmasız (dosya üzerinden) incelenmesi ANY m. 19/8 hükmüne aykırı olmakla birlikte, olay ANY m.15 kapsamına girdiğinden (ANY m.19/8 askıya alınmış sayıldığından) hukuka uygundur.

v. Öte yandan ANYM'ne göre tutuklama güvenceleri (güvenlik hakları) ANY m. 15'te sayılan çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır. Dosyadan bilgi alma hakkının engellenmiş olması durumun gerektirdiği ölçüye uygundur, dosyaya bakma hakkı tanınırsa, ülke hayatına ciddi tehdit oluşturan bir duruma ilişkin bilgilerin sanıkların eline geçme tehlikesi/sakıncası bulunmamaktadır.

17. Gerekçeye karşı eleştiriler:

- ANYM'nin ANY m.19'da, aynı zamanda AİHS m.5/2 ve 3'te, düzenlenen güvenlik haklarının (yakalama/gözaltı/tutuklamada şüpheli/tutuklu/sanık haklarının) ANY m.15'te sayılan çekirdek haklardan olmadığı şeklindeki gerekçesine karşılık olarak, güvenlik haklarının yöntemsel haklardan olduğu, yöntemsel hakların olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplerle ilişkili sayılmayacağı söylenebilir. AİHM'nin olağanüstü hal içtihadını açıklayan kitapçıkta sergilendiği gibi usuli hakların askıya alınması olağanüstü hal sebepleriyle doğrulanamaz³².

- Sanıkların tutukluluk hallerinin devamına duruşma yapmaksızın dosya üzerinden karar verilmesi, olağanüstü hal nedeniyle yapılan tutuklamalarının sayıca fazla olması, dolayısıyla yargının işyükünün ağır olması (kısaca; duruşma ile vakit kaybı

sebeplere (ulusun ve ülkenin varlığa yönelik tehditler) dayanması koşulları aranmaktadır. Bu defa bireysel başvuru usulünde tamamen AİHM modeli uygulayan ANYM bu kararda uzun uzadıya (resmi söylemi tekrar niteliğinde de olsa) OHAL ilan sebeplerinin ciddiyetini açıklamıştır. Bu yaklaşım sebeplerin ciddi bulunmaması halinde askıya almanın AİHS m.15 ve ANY m.15'e aykırılığı sonucuna götürecektir. Başka deyişle OHAL ilanı yargı denetimi kapsamına alınmıştır. İkinci adım ANYM'nin bu yetkiyi bireysel başvuru dışında da, mesela iptal veya itiraz yolunda da, incelemesi olmalıdır. T.A.

³² http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights, Derogation in time of emergency, Updated on 30 April 2017. Bu yayına "Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma" başlığı altında (Adalet Bakanlığı çevirisi) erişilebilir: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf

olacağı) gerekçesi hukuki olmayıp, sadece uygulama güçlüğüne yansımaktadır. Bu itibarla ANYM'nin duruşmasız incelemeyi "durumun gerekleri" ölçüsüne uygun bulması tutarlı (consistent) bir açıklama değildir. Zira duruşmalı inceleme yapılırsa terör olaylarında artış olmayacaktır.

- Sanıklara dosyaya erişim hakkının yasaklanması, soruşturmanın gizliliği ilkesi ile açıklanmaktadır. Bilindiği sadece sanığın savunmasına elverişli olabilecek kısmın gösterilmesi, diğer bilgilerin saklanması mümkündür. Kısaca sınırlı erişim hakkı tanınması, savunma hakları ile kamu düzeni arasında adil denge (fair balance) kurulması anlamına gelmektedir. Bu husus da AİHM'nin olağanüstü hal içtihiadından kolayca çıkarılabilir³³.

18. Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi BB Kararı (7.6.2017)³⁴

ANYM, yukarıda tartışmaya son vererek referandumun seçimden farklı olduğu, her ne kadar seçim kavramının sadece yasama organı seçimleriyle sınırlı olmayıp yerel meclis seçimlerini de kapsadığı kabul edilse bile, referandumla herhangi bir yasama organının seçimi ve buna ilişkin güvencelerin korunmasının söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. Kısaca, ANYM'ne göre, AİHS'ne EK 1 Nolu Protokol m.3 (serbest demokratik seçim hakkı) referandumu kapsamaz. Kaldı ki Anayasa'ya göre yargı denetimine açık olmayan YSK kararları aleyhine bireysel başvuru yapılamaz.

Efe kararını değerlendirmek gerekirse; ANYM, bu kararında açıkladığına göre AİHS'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün demokratik seçim hakkı kavramını yasama meclisinin oluşumu ile sınırlı tutmaktadır.

i. AİHM yasama organının yalnızca ulusal yasama organı değil yerel meclisleri de kapsadığını belirtmiştir. Yasama organı yasama yetkisini kullanan organ anlamında anlaşıldığında kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda, yasama yetkisini paylaşan Cumhurbaşkanı da bu kapsamda anlaşılmak gerekmez mi?

ii. 16 Nisan 2017 Referandumu yasama yetkisine ilişkin çok önemli bir değişiklik getirmektedir, bu yetkiyi paylaşacak Cumhurbaşkanının oluşumunu belirlemektedir. Başka deyişle AİHM, McLean kararı ile demokratik seçim hakkı kavramının önemini, yasama yetkisini kullanacak organın belirlenmesi nedeniyle vurgulamaktadır.

iii. Bu yetki yerel meclis tarafından kullanılacak ise, yerel seçimler demokratik seçim hakkı kural alanı dışında olduğu halde, yasama yetkisi devri nedeniyle alan içine

³³ "İlk önce Sözleşmeci Devletlere düşen, ulusun hayatını koruma sorumluluğu altında, bu hayatın acil önlem almayı zorunlu kılan bir tehdit altında olduğunu, eğer böyleyse bu tehlikeyi aşmak için neler yapmak gerektiğini belirlemektir". (It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for 'the life of [its] nation', to determine whether that life is threatened by a 'public emergency' and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency). Bu anlatımdan da anlaşılabacağı gibi tehlikeyi önlemek için zorunlu nitelik taşımayan ve tehlikeyle hiç ilgisi olmayan önlemler almak söz konusu olamaz. Alıntı için bkz (Ireland v. the United Kingdom, § 207).

³⁴ R.G. Tarih ve Sayı: 7/7/2017-30117.

kabul edilmiştir. Aynı şekilde Cumhurbaşkanına yasama yetkisinin kısmen devri anlamına gelen referandumun da demokratik seçim hakkının kural alanı ya da kapsamı içinde sayılmak gerekir.

19. AİHM'nin Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) başvurusunu ret kararı³⁵.

i. Kararın dikkat çekici yanı, AİHM'nin, Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi BB Kararı'nda ANYM'nin dayandığı gerekçeye benzer biçimde CHP'nin, YSK 2017 Anayasa Referandumu itiraz/ret kararı aleyhine yaptığı başvuruyu ilk incelemenden (konu açısından yetkisizlik gerekçesiyle) reddetmiş olmasıdır. AİHM (2. Daire) de referandumun seçim olmadığını, açıkça AİHS'ne EK 1 Nolu Protokol m.3 kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir.

ii. Kararın dikkat çekici yanlarından biri de AİHM'in Venedik Komisyonu görüşüne gönderme yapmasıdır (§21). Venedik Komisyonu 13 Mart 2017 tarihli görüşünde ayrıntılı biçimde Türk usulü başkanlık sisteminin karşılıklı denetim-denge ilkesini göz ardı ederek başkana sınırsız yürütme yetkisi aktardığını vurgulamaktadır.

iii. Başka bir anlatımla AİHM, Venedik Komisyonu'nun demokratik toplum ilkesine aykırı otoriter rejim tehlikesine vurgu yapan görüşünü aktarmakla birlikte, EK 1 Nolu Protokol'ün genişletici yorumla referandumu kapsar biçimde uygulanmayacağı sonucuna varmıştır.

iv. Özetle AİHM, Venedik Komisyonu eleştirisini ciddi bulmakla birlikte, "textualist" (metne sadık) yorumu benimsemiştir. Mahkeme, McLean kararına yollama yaparak amaca göre (purposivist) yorum yapılmasının ancak yasama yetkisinin devredilmesi halinde mümkün olduğunu belirtmiştir. CHP başvuru metninde yasama yetkisinin devrine yer vermemiş, sadece başkana güçlü yürütme yetkileri aktarıldığından yakınmıştır. AİHM sebep ikamesi yaparak kendiliğinden yasama yetkisinin devredildiği sonucuna varabilir miydi?

v. AİHM, 2018 içinde verdiği Radomilja-Hırvatistan kararında dava konusunun olaylarla, buna bağlı sebeplerden oluştuğunu (ders verir gibi) açıklamış ve kendisinin sadece dilekçede belirtilen sebebi düzeltme (onunla bağlı olmama) yetkisine sahip olduğunu, ancak dilekçede öne sürülmemiş bir sebebi kendiliğinden ikame edemeyeceğini belirtmiştir³⁶.

³⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-179280%22%5D%7D> Second Section Decision Application no. 48818/17 Cumhuriyet Halk Partisi Against Turkey, 21.11.2017.

³⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-181591%22%5D%7D> Case of Radomilja and Others v. Croatia, 20.03.2018: §96: "that the Court would depart from its case-law according to which a complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on. **This would also mean that an erroneous legal argument by an applicant would be sufficient for the Court to disregard the facts of the case and the legal issues which they might raise.** If such a view were to be accepted, only applicants who advanced precisely the same legal arguments as those which the Court found relevant for finding a violation would be successful. The Court would then have abdicated its role in adjudicating cases by merely upholding or rejecting complaints depending on the legal arguments submitted by applicants.

20. ANYM'nin hak ihlali kararlarına karşı yerel mahkeme direnci.

i. Yargılama usulü kanunlarında ve ANYM mevzuatında bireysel başvuru sonucunda ANYM tarafından verilen hak ihlali kararlarının yerine getirilmemesi, bu kararlara karşı direnme yolu bulunmamaktadır. Bununla birlikte ANYM tarafından verilen Mehmet Altan ve Şahin Alpay kararları görevli yerel mahkemeler tarafından yerine getirilmemiştir. Yerel mahkemelerin bu tavrı Hükümet tarafından da desteklenmiştir³⁷.

ii. *Mehmet Altan kararı*³⁸. Kararda tutuklamayı haklı kılacak “suçluluğu hakkındaki kuvvetli belirtiyi” doğrulayan bulguların ortaya konulamamış olması nedeniyle hak ihlali (ANY m.19, AİHS m.5/1/c) sonucuna varılmıştır. Azlık oylarında özetle kuvvetli suç şüphesi uyandıracak bulguların ve kaçma olasılığının birlikte bulunduğu belirtilerek hak ihlali bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak aynı kararda belirtildiği gibi tutuklama için yeterli sayılabilecek bulgu/veri/kanıtlar ile mahkumiyete esas alınacak delilleri aynı saymamak, farklı olduklarını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla ANYM'nin yerel mahkemenin yerine geçerek esasa girdiği veya delil değerlendirmesi yaptığı iddiası, bundan çok önce karar metninde çürütülmüş bulunmaktadır.

iii. *Şahin Alpay kararı*³⁹. Bu olayda terör örgütünü yazıları ile desteklemek suçu söz konusu olduğundan ANYM, AİHM içtihadını esas alarak, ifade hürriyeti bağlamında açılan bir ceza davasında tutuklamanın ölçülü bir tedbir olmadığına hükmetmiştir.

iv. Değerlendirme: ANYM, iddia edildiğinin aksine, esasa girmemiş, sadece ANY m. 19 ve AİHS m.5/c uygulamasında makul şüphe (reasonable suspicion) kavramına dayanarak karar vermiştir. Bu kararın esasla ilgisi ya da delil değerlendirme niteliği bulunmamaktadır. Bu ayrıma dikkat edilmediği takdirde yukarıdaki hazin olay gibi olaylarla karşılaşılması kaçınılmaz. Bu olayların yabancı basında “Türkiye’de yargının bağımsız olduğu inancının sonu geldi” türünden yorumlara yol açtığını belirtmek gerekir⁴⁰.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

KAYNAKÇA

ANYM Başkanı Zühtü Aslan 25 Nisan 2017 günü, 55. Kuruluş Günü Konuşması

Akılhoğlu, Tekin, **Hangi Hukuka Giriş, Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş**, İkinci Baskı, Ankara İmaj Yayınevi, 2015.

³⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/bozdogdan-aymnin-kararina-iliskin-yeni-aciklama-40708896> Hürriyet 13.1.2018: “Başbakan Yardımcısı ve Hükümet Sözcüsü Bekir Bozdağ, Anayasa Mahkemesinin (AYM) Şahin Alpay ve Mehmet Altan hakkındaki kararına ilişkin, “Bu karar, bir beraat kararıdır. AYM’nin beraat kararı verme hak ve yetkisi yoktur” dedi”.

³⁸ Mehmet Hasan Altan Başvurusu, 11.1.2018. R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2018-30306.

³⁹ Şahin Alpay Başvurusu, 11.1.2018. R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2018-30306.

⁴⁰ http://www.lemonde.fr/international/article/2018/01/12/turquie-deux-journalistes-maintenus-en-detention-malgre-une-decision-de-la-cour-constitutionnelle_5240787_3210.html LE MONDE 12.01.2018 à 10h47 | Par Marie Jégo: “Une chose est sûre, le fait que les décisions émanant de la plus haute instance du pays soient ignorées par des juridictions subalternes confirme la perte de légitimité de l’institution judiciaire”.

- Akıllıoğlu**, Tekin, “Temel Hakların Durdurulması”, **Bahri Saveri’ya Armağan**, Ankara Mülkiyeliler Birliği Vakfı yay. 1988, s.54-68. (<http://mulkiye.org.tr/wp-content/uploads/2015/09/7.pdf>) 14.4.2017.
- Berlin**, Isaiah, “The Question of Machiavelli” in *The Prince* Translated and Edited By Robert M. Adams, A Norton Critical Edition, New York/London, (288 p.), 2nd ed.1992/1997
- Chabod**, Federico, “Macchiavelli’s Method and Style”, *The Prince*, Norton Critical Edition, (Translated and Edited by Robert M. Adams, New York London, 2nd Edition, 1992/1997.
- Greenberg**, Mark, “Book Review: How To Explain Things With Force?”, (*The Force of Law*. By Frederick Schauer. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 2015. pp. xiv, 239) **Harvard Law Review**, Volume 129 · May 2016 · Number 7, pp 1932-1979.
- Gross**, Oren, (Ni) Aolain, Fionnuala, *Law in Time of Crisis, Emergency Powers in Theory and Practice*, **Cambridge University Press** 2006.
- Meier**, Heinrich, *Carl Schmitt and Leo Strauss, The Hidden Dialog, Including Strauss’s Notes on Schmitt’s Concept of the Political & Three Letters from Strauss to Schmitt*, Translated by J.H. Lomax, Foreword by Joseph Cropsey, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1995.
- Niccolò Macchiavelli**, *Discourses on Livy*, Trans. **Harvey C. Mansfield and Nathan Tarcov** **Chicago IL**: University of Chicago Press **1996**.
- Rousseau**, J.J. (Présentation de Henri Guillemin Du contrat social, Union Générale D’Editions, Paris 1973, (poche 439 p).
- Reisman**, Michael, “Editorial Comments: *In Defense of World Public Order*” (2001) 95 **American Journal of International Law**.

Elektronik Kaynaklar

- Derrida**, Jacques, “Force of Law: Mystical Foundation of Authority” **Cardozo Law Review**, Volume 11, July/August 1990, Numbers 5-6. pp 919-1046. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo11&div=7&id=&page=> (14.4.2017).
- Dyzenhaus**, David, “Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?”, **Cardozo Law Review**, Volume 27 March 2006 Number 5, pp 2005-2040. <http://cardozolawreview.com/joomla1.5/content/27-5/dyzenhaus.website.pdf> (14.4.2017).
- Gözler**, Kemal, “YSK’nın mühürsüz oy kararının bağlayıcılığı üzerine YSK’nın Kararına Karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Anayasa Mahkemesi’ne veya Danıştay’a Başvurulabilir mi?” Türk Anayasa Hukuku Sitesi www.anayasa.gen.tr (21 Nisan 2017).
- Hakimi**, Monica, “North Korea and the Law on Anticipatory Self-Defense”, <https://www.ejiltalk.org/category/pre-emptive-self-defence/> (14.4.2017).
- Lewis**, Anthony, “A Different World”, New York (NY) Times, Sept 12, 2001, p.A27.
- Tolley**, Howard, “THRO, A Just War? (President Clinton Response to Kosovo)”, <http://homepages.uc.edu/thro/Kosovo/JWMain.html> (14.4.2017).
- Yöney**, Yüce, <https://bianet.org/bianet/siyaset/185745-prof-kaboglu-aym-ye-de-aihm-e-degidilebilir> (20.4.2017).
- <https://www.theguardian.com/world/live/2017/apr/07/us-syria-response-donald-trump-assad-pentagon-live> 14.4.2017.
- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350> 27 avril 2017.
- <https://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/accespar-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-625-qpc/decision-n-2017-625-qpc-du-7-avril-2017.148904.html> 14.4.2017.

- OSCE Türkiye 16 Nisan 2017 Referandum Raporu <http://www.osce.org/tr/odihr/elections/turkey/311736?download=true> 24.4.2017.
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/lesdecisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dcdu-26-mars-2003.857.html> 14.4.2017.
- <http://curia.europa.eu/juris/document/documentjsf?text=&docid=188481&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=195339ECLI:EU:T:2017:129> ORDER OF THE GENERAL COURT (First Chamber, Extended Composition) N.G. v. European Council 28 February 2017.
- Mauro Gatti The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 1 of 2) Published on April 18, 2016. <http://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/>.
- <http://www.yenisafak.com/secim/cumhurbaskani-erdogandan-agite-tepki-ne-goruruz-nebiliriz> 2645193 (17.4.2017).
- http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights, Derogation in time of emergency, Updated on 30 April 2017.
- http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf.
- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-179280%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-179280%22]}) Second Section Decision Application no. 48818/17 Cumhuriyet Halk Partisi Against Turkey, 21.11.2017.
- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-181591%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-181591%22]}) Case of Radomilja and Others v. Croatia, 20.03.2018.
- <http://www.hurriyet.com.tr/bozdogdan-aymnin-kararina-iliskin-yeni-aciklama-40708896> Hürriyet 13.1.2018.
- http://www.lemonde.fr/international/article/2018/01/12/turquie-deux-journalistes-maintenus-en-detention-malgre-une-decision-de-la-cour-constitutionnelle_5240787_3210.html LE MONDE 12.01.2018.
- “President Bush’s Address on Terrorism Before a Joint Meeting of Congress”, NY Times, Sept 21 2001.