

OLAĞANÜSTÜ HALLERDE ANAYASAL İLKELERİN İDAMESİ

Zühtü ARSLAN

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı

Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı XVII. Kongresi

Konu: “Anayasa Mahkemelerinin Anayasal İlkelerin İdamesi ve Uygulanmasındaki Rolü”

Batum,

28-30 Haziran 2017

Saygıdeğer katılımcılar,

Hanımevendiler ve beyefendiler,

Başlamadan önce Gürcistan Anayasa Mahkemesi'nin Başkanına, tüm üyelerine ve çalışanlarına içten ve sıcak misafirperverlikleri için teşekkür etmek istiyorum.

Aynı zamanda Sayın Zaza Tavadze'ye böyle seçkin meslektaşlarıma konuşma imkânı verdiği için ayrıca teşekkür ederim.

Bana ayrılan kısıtlı süre içerisinde, anayasa mahkemelerinin olağanüstü zamanlardaki potansiyel rolü hakkında özellikle Türkiye'nin en son yaşadığı tecrübeye atfen birkaç şey söylemek isterim.

Basit bir ifadeyle başlayayım: "Her zamankinden daha çok insan haklarının yanında durmalıyız." Jacques Derrida, 11 Eylül terör saldırılarından bir kaç hafta sonra verdiği bir röportajda böyle diyor ve devamla "İnsan haklarına ihtiyacımız var. Onlara ihtiyaç duymaktayız ..." ¹ şeklinde insan haklarının önemini vurguluyordu.

Gerçekten de, Derrida'nın bu basit ifadesi anayasa mahkemelerinin olağanüstü zamanlarda izlemesi gereken yönü işaret etmektedir. Bu açıklama çok basit gibi görünse de, hakların olağanüstü hallerde korunması amacını gerçekleştirmek son derece zordur.

Anayasa mahkemeleri bireylerin temel hak ve özgürlüklerine devlet kurumlarının olası ölçsüz müdahalelerine karşı onları korumak amacıyla anayasal sınırları güvenceye almak için vardır. Anayasa mahkemelerinin bu rolü, yürütmenin artan yetkilerinden dolayı anayasal hakların daha kırılgan ve hassas olduğu olağanüstü hallerde çok daha önemlidir.

Neredeyse bütün anayasalar olağanüstü hal ilanı için gerekli şartları düzenlemekte ve olağanüstü hal kararnamelemleri ve işlemleri için temel koşulları belirlemektedir. Bu nedenle olağanüstü haller için hukuki bir çerçeve sunan bir "olağanüstü hal anayasası" na sahip olduğumuz söylenebilir.

Olağanüstü halde kritik rollerini ifa etmek için, anayasa mahkemeleri en az şu üç hususta dikkatli

¹ Jacques Derrida, "Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides- A Dialogue with Jacques Derrida", in Giovanna Borradori, *Philosophy In a Time Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, (Şikago: The University of Chicago Press, 2003), s.32.

olmalıdırlar. Birincisi, anayasal yetkileri kullanan mahkemeler, kendilerinin de anayasaya bağı olduklarını unutmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü halde sadece “olağanüstü hal anayasası” nda kendilerine tanınan yetkileri kullanmalıdırlar. Mahkemelerin anayasaya yönelik saygıları özellikle olağanüstü hallerde çok önemlidir, çünkü böyle zamanlarda herhangi bir yargısal aktivizm meşruiyet krizlerine yol açabilir. Anayasa mahkemeleri anayasanın sınırları içerisinde hareket ederek anayasal hakları korumalıdırlar.

İkincisi, yargısal ve/veya anayasal denetim bir kanun ya da idari eylemi belli gerekçelere dayanarak kanuna ya da anayasaya aykırı ilan etmenin ötesine gitmemelidir. Hak ve özgürlüklerin korunması için hangi politikaların gerekli olduğunu dikte etmek mahkemelerin görevi değildir. “Bu [düzenleme] *a, b, c, ... gerekçelerinden* dolayı kabul edilemezdir; [kanun koyucu olarak] daha iyi bir yol bulun” şeklindeki yaklaşım bir anayasa mahkemesi için daha uygun bir bakış açısı olarak görülmektedir.² Örneğin, anayasa mahkemeleri terörizmle mücadeleye yönelik politikaların esaslı bir analizini yaparak kendi görüşlerini yürütmeye empoze etmekten kaçınmalıdır. Diğer bir deyişle, etkili bir terörle mücadele politikası, yürütme organına geniş takdir yetkisi bırakmayı ve belli bir ölçüde yargısal ılımlılığı gerektirmektedir. Bu yaklaşım, “yürütmenin ulusal güvenliğe karşı tehditlere kaynakları, yetkisi ve esnekliğiyle cevap verebilecek tek organ olduğu” şeklindeki yaygın varsayıma dayanmaktadır.³

Üçüncüsü, yürütme ulusal güvenlik tehditlerini değerlendirme ve bu tehditleri ortadan kaldırma açısından daha iyi bir konumda olmasına rağmen, sınırsız yetkilere de sahip değildir. Yürütme yasalar çerçevesinde hareket etmeli ve olağanüstü halde de hukukun üstünlüğü hakim olmalıdır.⁴ Bundan dolayı, anayasa mahkemelerinin rolü “terörizme karşı mücadelenin kanunlar çerçevesi dışında değil içinde yapılmasını sağlamaktır”.⁵

²Ian Shapiro, *Democratic Justice*, (New Haven: Yale University Press, 1999), s.61.

³Eric A. Posner ve Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 4. Ayrıca bkz. Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, (Oxford: Oxford University Press, 2006).

⁴ Bkz. David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), s.2.

⁵ *Dialogue between Judges- Proceeding of the Seminar 29 January 2016*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Strazburg, 2016, s. 27.

Özetlemek gerekirse, olağanüstü hallerde mahkemeler, yürütme gücünün işlem ve eylemlerini incelemek için sınırlandırılmış yetkilere sahiptirler. Kamu düzenine karşı var olan terör tehdidini ortadan kaldırmak kesinlikle mahkemelerin yetkisinin ötesindedir. Terörizm sorununu çözmek yürütme ve yasamanın görevidir. Mahkemelerin görevi ise devlet kurumlarının “olağanüstü hal anayasası” ve kanunlar dairesinde hareket etmelerini sağlamaktır.

Değerli Meslektaşlarım,

Olağanüstü hallere yönelik bu prensiplerin uygulanması hakkında daha ayrıntılı bilgi vermek için Türkiye’deki duruma değinmek isterim. Şu an devam eden olağanüstü hal, 249 kişinin şehit olmasına ve 2000’den fazla insanın yaralanmasına neden olan 15 Temmuz 2016 askeri darbe teşebbüsünün ardından ilan edilmiştir.

Belirtmem gerekir ki, menfur bir terör saldırısı olan darbe teşebbüsü, Fransa ya da herhangi bir Avrupa devletinde gerçekleşen terör saldırıları ile karşılaştırıldığında daha geniş çaplı ve yıkıcıydı. 15 Temmuz olayı yarattığı travmatik etki bakımından yalnızca ABD’deki 11 Eylül (9/11) terör saldırılarıyla karşılaştırılabilir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri “(darbe teşebbüsünün) amacına ulaşması halinde Türkiye’de demokrasiyi ortadan kaldıracağını ve Avrupa Konseyi’nin tüm değerlerini bertaraf edeceğini” vurgulamıştır.⁶ Aynı şekilde, Venedik Komisyonu da olağanüstü hal kanun hükmünde kararname hakkında görüşünde “demokratik hükümete karşı girişilen bir askeri darbenin, doğası gereği, demokrasi ve hukukun üstünlüğü değerlerinin inkârı anlamını taşıdığını” belirtmiştir.⁷

Gerçekten de 15 Temmuz darbe teşebbüsü anayasal demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına şiddetli bir saldırıydı. Bundan dolayı, darbe teşebbüsünün ilk saatlerinde, anayasanın koruyucusu olarak Türk Anayasa Mahkemesi (AYM), şu açıklamayı yapmıştır: “Anayasal düzene

⁶ Türkiye’de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine ilişkin Memorandum, CommDH(2016)35, Strazburg, 7 Ekim 2016, par. 4.

⁷ Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667- 676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, CDL-AD(2016)037, Strazburg, 12 Aralık 2016, par. 7.

karşı her türlü demokrasi dışı girişimi reddediyoruz ve demokratik hukuk devletinin yanındayız.”

Bu darbe teşebbüsü üzerine Bakanlar Kurulu 20 Temmuz 2016 tarihinde, FETÖ/PDY ve diğer terör örgütlerine karşı kapsamlı ve etkili bir şekilde mücadele edebilmek için, 90 günlüğüne ülke çapında olağanüstü hal ilan etmiş, 19 Nisan 2017 tarihinden geçerli olmak üzere ise üçüncü kez 3 aylık bir süre için olağanüstü halin uzatılmasına karar vermiştir.

Olağanüstü halin ilan edilmesinin ardından, Türkiye Avrupa Konseyine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi uyarınca derogasyon hakkını kullandığını bildirmiştir. Derogasyon, olağanüstü hal 19 Temmuz 2017 tarihine kadar uzatıldığından hâlâ yürürlüktedir.

Olağanüstü hal, Türk Anayasa Mahkemesi açısından da norm denetimi ve bireysel başvuru (anayasa şikayeti) düzeyinde ağır bir meydan okumayı beraberinde getirmiştir. Norm denetimi konusunda, Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'larının Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine konu olamayacağını açık bir şekilde belirten Anayasa'nın 148. maddesine dayanarak bu KHK'ların anayasallığının denetlenmesi konusundaki iptal talebini reddetmiştir.⁸

Ancak Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak kanunlaştıkları takdirde OHAL KHK'larının anayasal denetimini yapma yetkisine sahiptir.

Ayrıca olağanüstü hal döneminde alınan idari kararlar ve yapılan işlemler yargı denetimine tâbidir. Olağanüstü hal süresi boyunca idare mahkemeleri için tek sınırlama, bu süre içerisinde alınan idari kararlar ve yapılan işlemler ile ilgili davalarda yürütmeyi durdurma kararı veremeyecek olmalarıdır.

Norm denetimine kıyasla, bireysel başvuru olağanüstü hallerde daha karmaşık sorunları karşımıza çıkarmaktadır. Bu konulara değinmeden önce, Türkiye'de bireysel başvuru sistemi hakkında birkaç söz söylemek isterim. Bireysel başvuru sisteminin 2012 yılında kabulü Türkiye'de anayasal hak ve özgürlüklerin korunması yolunda devrim niteliğinde bir adım olmuştur. Kısa bir süredir uygulanmasına rağmen Mahkeme bireysel başvurunun temel hakların korunması bakımından etkili

⁸ E.2016/166, 2016/159, 12.10.2016 ; E.2016/67, K. 2016/160, 12.10.2016.

bir yol olduğunu kanıtlamıştır.

Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvurunun etkililiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce de teyit edilmiştir.⁹ Kısa bir süre önce Strazburg Mahkemesi, başvuruların AYM nezdinde bireysel başvuru yolunu tüketmedikleri gerekçesiyle OHAL KHK'larının uygulanmasına ilişkin başvuruları reddetmiştir.¹⁰

Olağanüstü hal sırasında Mahkeme bireysel başvuru ile ilgili iki temel meydan okuma ile karşı karşıyadır. Birincisi, iş yükü şu an çarpıcı biçimde yükselmiş ve 105.000'in üzerine çıkmıştır. Bu başvuruların yüzde 75'i olağanüstü hal tedbirleri, özellikle de kamu görevinden çıkarılma ve tutukluluklar hakkındadır. AYM önündeki derdest başvuruların sayısı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 47 devletten gelen ve derdest olan toplam başvuru sayısından daha yüksektir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye'ye karşı yapılan başvuruların büyük ölçüde son zamanlardaki olağanüstü hal tedbirleri doğrultusunda arttığını da belirtmeliyim.

2 Ocak 2017 tarihli ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "İnceleme Komisyonu"nun kurulmasının, kamu görevinden çıkarılma gibi olağanüstü hal tedbirlerine karşı yapılan şikâyetlerin incelenmesi yolunda olumlu bir adım olduğu şüphesizdir. Komisyonun bu ay başvuruları kabul etmesi ve böylece AYM'nin iş yükünü hafifletmesi beklenmektedir.

AYM kendisine bireysel başvuru yapılmadan önce Komisyonun tüketilmesi gereken etkili bir yol olup olmadığına henüz karar vermemiştir. Bununla birlikte geçen ay Strazburg Mahkemesi, bir öğretmenin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ile ihraç edilmesini konu alan, *Köksal / Türkiye* (Başvuru No. 70478/16) davasında oybirliğiyle başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Strazburg Mahkemesi başvurucunun kararları idare mahkemelerinin yargısal denetimine tabi olan, İnceleme Komisyonuna başvurmuş olması gerektiğini belirtmiş, idare mahkemelerinin verdiği kararların bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınabileceğini de ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin önündeki ikinci meydan okuma ise anayasal hak ve özgürlüklerin

⁹*Hasan Uzun / Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/04/2013.

¹⁰*Zeynep Mercan / Türkiye*, B. No: 56511/16, 17/11/2016; *Zihni / Türkiye*, B. No: 59061/16, 29/11/2016.

korunmasına yönelik mevcut hak-eksenli yaklaşımını sürdürmektir. Olağanüstü hal döneminde yapılan bireysel başvurularda Mahkeme, olağanüstü hal tedbirlerinin icap ve koşullarını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesini yorumlayacak ve uygulayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesiyle neredeyse aynı olan Anayasa'nın 15. maddesine göre, olağanüstü hallerde “durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir”. Söz konusu madde ayrıca işkence yasağı, masumiyet karinesi, din ve vicdan özgürlüğü gibi sınırlanamayan mutlak hak ve özgürlüklere de yer vermektedir.¹¹

Saygıdeğer meslektaşlarım,

Geçen hafta AYM, darbe teşebbüsünde yer aldığı iddia edilen kişilerin tutukluluğuna ilişkin ilk bireysel başvuru hakkında karar vermiştir.¹² Bugün Resmi Gazete’de yayımlanan bu karar, benzer davalarda uygulanacak temel anayasal ilkeleri belirlemiş olması nedeniyle çok önemlidir.

Bu öncü kararda AYM kamu otoritelerinin olağanüstü hale yol açan tehlikelerin ortadan kaldırılmasıyla ilgili tedbirlerin alınması ve politikaların benimsenmesi konusunda çok geniş takdir yetkisine sahip olduklarının fakat bu yetkilerinin sınırsız olmadığını altını çizmiştir. Anayasa’da güvence altına alınan anayasal ilkeler ışığında bireysel başvuru konusu olağanüstü hal tedbirlerini incelemek AYM’nin görevidir.¹³

Bu bağlamda Mahkeme Anayasa’nın 15. maddesinin hükümlerini ilk defa sistematik biçimde yorumlayıp uygulamıştır. Mahkeme olağanüstü halde anayasal haklara herhangi bir müdahalenin 15. maddede belirtilen üç kriteri karşılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Başka bir deyişle, AYM olağanüstü hal tedbirleri ile ilgili bireysel başvurularda üç aşamalı test uygulamaktadır.

¹¹ Bkz. Vahit Bıçak & Zühtü Arslan, *Constitutional Law in Turkey*, Second Edition, (Kluwer Law International, 2016), s. 217-221.

¹² *Aydın Yavuz ve Diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.

¹³ *Aydın Yavuz ve Diğerleri*, § 210.

Öncelikle, bir olağanüstü hal tedbiri Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan sınırlanamaz, mutlak (çekirdek) haklar ile özgürlüklere müdahale teşkil etmemelidir. İkincisi, müdahale ya da kısıtlama milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamalıdır. Bu iki kriteri uygularken Mahkeme, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan genişletilmiş, sınırlanamayan haklar ve özgürlükler listesine özel bir atıfta bulunmuştur. Üçüncüsü, sınırlanabilir haklar ve özgürlüklere getirilen herhangi bir kısıtlama durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. 15. madde altındaki son test aşaması çok iyi bilinen ölçülülük ilkesinin uygulanmasını içermektedir.¹⁴

AYM bu ilkeleri somut olaya uygulamak suretiyle başvuruçunun tutukluluğunun kanuna aykırı olduğu ve 11 aylık tutukluluk süresinin makul olmadığı iddialarını kabul edilemez bulmuştur. Gerçekten de Mahkeme bu sonuca varırken Anayasa'nın 15. maddesine atıfta bulunmamıştır, çünkü bu iddiaları zaten olağanüstü halde olmayan zamanlarda yani normal hukuk rejiminde bile kabul edilemez bulmuştur. Diğer bir deyişle, bu iddialar zaten olağan hallerde uygulanan kabul edilebilirlik testini geçmeyi başaramamaktadır. Bundan dolayı Mahkeme başvurunun bu kısımlarını kabul edilemez ilan etmek için 15. maddeye değil de 13. maddeye dayanmıştır.¹⁵

Diğer yandan AYM, tutukluluğun uzatılmasına yapılan itirazların 8 ay 18 gün boyunca duruşmasız olarak incelendiği iddiasını kabul edilebilir bulmuştur. Mahkeme'ye göre bu durum Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir. Nitekim Mahkeme daha önce olağan halde benzer olaylarda ihlal tespit etmiştir.

Ancak, başvuruçunun tutukluluğunun uzatılması olağanüstü hal sırasında gerçekleştiği için, bu tedbir Anayasa'nın 15. maddesi doğrultusunda değerlendirilmelidir. Darbe teşebbüsünün ardından çok sayıda hâkim ve savcının görevden el çektirilmesine ve yine çok sayıda kişinin tutuklanmasına dikkat çekmek suretiyle “durum”u değerlendiren Mahkeme, tutukluluk halinin duruşma yapılmaksızın 8 ay 18 gün sürdürülmesinin “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olması nedeniyle ölçüsüz olmadığına karar vermiştir.¹⁶

¹⁴ Aydın Yavuz ve Diğerleri, §§ 196-211.

¹⁵ Aydın Yavuz ve Diğerleri, §§ 301, 320.

¹⁶ Aydın Yavuz ve Diğerleri, §§ 350-359.

AYM'nin bu yaklaşımının uluslararası insan hakları hukuku, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadıyla uyumlu olduğu kanaatindeyim.

Sonuç olarak, anayasa mahkemeleri olağanüstü hallerde çok zor, bir o kadar da kritik roller üstlenmektedirler. Böyle zamanlarda, anayasa mahkemelerine düşen görev, “olağanüstü hal anayasası” altında yürütmenin genişletilmiş yetkilerine saygı duyarken temel hakları korumaya çaba göstermektir.

Konuşmama Derrida'nın 11 Eylül'den sonra söylediklerini yineleyerek son vermek istiyorum: “Her zamankinden daha çok insan haklarının yanında durmalıyız.”

İlginiz için teşekkür ederim.