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

**Hülya Dinçer**

**Giriş:**

Türkiye’de önce 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 yürürlüğe sokulmuştur. Sokağa çıkma yasağı ilan edilen bölgelerde yaşayan yurttaşların eğitim, sağlık, barınma gibi temel haklarını ve seyahat özgürlüğü, hak arama özgürlüğü gibi özgürlüklerini durduracak ağırlıktaki güvenlik tedbirlerinin yasal bir 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 hakları askıya alma, hatta 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]](#footnote-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]](#footnote-2) Böylece, usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir olağanüstü hal veya sıkıyönetim olmadan, olağan hukuk rejimi içinde öngörülmemiş bir usul “icat edilerek” bir istisna rejimi yaratılmıştır.

Bu istisna rejimi, yasak kapsamındaki ilçe ve bölgelerde yürütülen güvenlik operasyonlarında, 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]](#footnote-3) Hükümetin olağanüstü yetkileri, resmi olarak 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]](#footnote-4)

Örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’nin raporuna göre, 355.000 ila yarım milyon 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]](#footnote-5) Bulgulanan hak ihlallerine ilişkin açılan ceza soruşturmalarının bir kısmı takipsizlikle sonuçlanmış; bir kısmı ise sürüncemede bırakılmıştır.[[6]](#footnote-6)

2015-2016 arasında ülkenin bir bölgesinde yaşanan fiili olağanüstü halin üzerinden çok geçmeden, 15 Temmuz 2016’da yaşanan darbe girişiminin ardından, 21 Temmuz 2016’da Bakanlar Kurulu kararıyla bu kez resmi bir olağanüstü hal ilan edilmiştir.[[7]](#footnote-7) Yürürlükten kaldırıldığı 19 Temmuz 2018 tarihine kadar yedi kez uzatılan olağanüstü hal süresince, ilki 23 Temmuz 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 37 olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi (KHK) yayınlanmıştır. OHAL KHK’lerine ekli listelerle, hiçbir yargılama yapılmaksızın ve disiplin süreci işletilmeksizin, 129.612 kamu çalışanının “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna 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 kuruluşu, 1.431 dernek, 145 vakıf, 178 medya kuruluşu, 47 özel sağlık kuruluşu ve 15 vakıf üniversitesi kapatılmış; 99 belediyeye kayyum atanmıştır.[[8]](#footnote-8) Genel, soyut ve gayri şahsi kurallar içermeyen, kişiselleştirilmiş bir cezalandırma niteliğindeki bu KHK’ler hukuk doktrininde yargı yetkisinin devri şeklinde yorumlanmıştır.[[9]](#footnote-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 yasayı Meclis’ten geçirmiştir.[[10]](#footnote-10) Resmi olarak kaldırılmasına rağmen OHAL rejimini “örtülü” olarak sürdürmeyi amaçlayan 7145 sayılı Kanun’un 26. maddesi ile 27.6.1989 tarihli 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen geçici 35. madde, yeni ve benzersiz bir ihraç usulü daha yaratmıştır. 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 uygulanma süresi, sona erdiği 31 Temmuz 2021 tarihinde TBMM tarafından bir yıl 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]](#footnote-11) Böylece 2016-2022 yılları arasında, tam altı yıl boyunca memur disiplin hukukunun içerdiği usuli güvenceler tümüyle işlevsiz kılınarak, olağanlaşan ve süreklileşen bir “olağanüstü ihraç prosedürü” yürürlükte kalmıştır.

İçerdiği kamu görevinden ihraç, pasaport iptali, kurum kapatma, faaliyete son verme, malvarlığına el koyma gibi cezai tedbirlerin ötesinde, iki yıllık OHAL zarfında 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 uğratılmıştır. Örneğin 676 sayılı KHK ile 2547 sayılı Kanunun 13. maddesinde değişiklik yapılarak, üniversiteler bünyesinde rektör seçimleri kaldırılmış ve rektörlerin YÖK’ün önereceği üç aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanması öngörülmüştür.

KHK’ler eliyle aynı zamanda mülki amirlere temel haklara 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 örgütüyle irtibatlı ya da iltisaklı” olduğuna hükmedilen kişilerin, bu meslekleri yapmaktan ömür boyu men edildikleri bir daimi yasaklılık durumu oluşturulmuştur.[[12]](#footnote-12) Temel hakların kullanılmasına yönelik bu ağır sınırlamalarla, Anayasa’nın 15. maddesi ile Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. maddesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesinin olağanüstü hal rejimi için çizdiği orantılılık ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uygunluk sınırları da aşılmıştır.

OHAL’in süresini, konusunu ve amacını aşan, olağan hukuk düzeninde ancak yasama organı tarafından, 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 kullanılabilecek olağanüstü yetkilerin de kalıcılaşmasına yol açmıştır.[[13]](#footnote-13) İlk başta Meclis İçtüzüğü’nde öngörülen usul uyarınca 30 günlük süre içinde TBMM önüne getirilmeyen OHAL KHK’lerinin aylar sonra acele usulle Meclis’te onaylanmasıyla KHK hükümleri yasalaşmış ve kalıcı hale gelmiştir. Yine, daha önce ifade edildiği gibi, OHAL’in sona ermesinden sonra kamudan ömür boyu ihraç uygulaması da, 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 dek sürekli hale gelen olağanüstü halde, bir yandan merkezi idarenin, diğer yandan devletin güvenlik güçlerinin hukuk önünde hesap vermesini zorlaştırmayı, hatta hesap verebilirliği yer yer ortadan kaldırmayı amaçlayan 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, böylece hesap verebilirlik alanını daraltmayı amaçlayan stratejik müdahalelerini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu inceleme temelinde, Türkiye’de yürütme imtiyazını *(executive prerogative)* sorgulanamaz ve denetlenemez kılmayı amaçlayan kanuni bir sorumsuzluk rejimi inşa edildiği, çalışmanın temel iddiasıdır. Bu çerçevede ilk olarak, hukuki dayanaktan yoksun, fiili bir olağanüstü hal olarak tanımlanabilecek sokağa çıkma yasakları döneminin ardından 14 Temmuz 2016’da kabul edilen yasanın dönüştürdüğü sorumluluk rejimi, “cezasızlık” kavramı ekseninde, anayasal ilkeler ve insan hakları normları ışığında incelenecektir.

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

Sokağa çıkma yasaklarının sona ermesinin ardından, 14 Temmuz 2016 tarihinde torba kanun tekniğiyle TBMM’de kabul edilen 6722 sayılı Kanun’un 12. maddesi, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine önemli eklemeler yapmıştır.[[14]](#footnote-14) 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 bir koruma zırhı örmüştür.

**A. Terörle mücadele alanında olağanüstü yetkilerin genişlemesi ve fiili askeri rejim tehlikesi**

11. maddeye 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, İl İdaresi Kanunu’nun d fıkrasında valilere tanınan, “ilde çıkabilecek olaylara müdahale etmek üzere askeri kuvvet ve kolluk kuvveti görevlendirme” yetkisinin kapsamı 4 Eylül 1996 tarihinde yürürlüğe giren 4178 sayılı Yasa’yla genişletilmişti. 4178 sayılı Yasa bir yandan Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da geçerli olan OHAL uygulamasını kaldırırken, diğer yandan Kanun’un gerekçesinde belirtilen “ülkemizin 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 Yasa'nın 1. maddesinin 2. paragrafının 2. cümlesiyle, “Olayların niteliğine göre, istenen askerî kuvvetin çapı ve görevde kalış süresi vali ile koordine edilerek askerî birliğin komutanı tarafından belirlenir.” hükmü getirilmiştir. Böylece, sivil otoritenin yetkili olduğu olağan bir dönemde ortaya çıkan bir güvenlik krizi anında, askeri gücün ne kadar süreyle görevini sürdüreceği hakkında karar yetkisi de askeri otoriteye devredilmiştir. Ayrıca Yasa’nın 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 yasanın, ancak Anayasa’nın düzenlediği olağanüstü yönetim biçimlerinde uygulanabilecek kuralları “olağan” rejime taşıdığı, böylece “olağan” rejimi “olağanüstü”leştirdiği gerekçesiyle, bilhassa da olağan durumlarda karar mercii sivil otorite olması gerekirken, askeri-sivil otorite ilişkileri açısından ağırlığın ve belirleyiciliğin askeri otoriteye kaydırılması nedeniyleAnayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Anayasa’ya aykırılık iddiasının temeli, 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 olmasıydı.[[15]](#footnote-15) Yardıma çağrılan askeri birliğin görev süresinin dahi o askeri birliğin komutanı tarafından belirlenecek olması, “sivil” bir yasada yapılan değişiklikle olağan dönemde sıkıyönetim benzeri bir askeri rejim kurulması riskini taşıyordu.

Yasa anayasaya aykırılık iddiasıyla soyut norm denetimi çerçevesinde önüne gelen Anayasa Mahkemesi, sadece yukarıda zikredilen düzenleme yönünden, vali tarafından askeri birliklerden yardım istenmesi durumunda, yardıma gelen askeri birliğin görevde kalış süresinin, görevlendirilen askeri birliğin komutanı tarafından belirleneceğini öngören hükmün, bu sürenin olağan dönemde ilin genel idaresinden ve asayişinden sorumlu olan vali tarafından belirlenmesinin zorunlu olması nedeniyle, Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermişti. Mahkeme, yasanın getirdiği diğer düzenlemelerin ise anayasaya aykırılık içermediğine hükmetmişti. 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.”* [[16]](#footnote-16)

Böylece, muhalefet milletvekillerinin *“olağanüstü halin daraltılması veya tamamen ortadan kaldırılması adı altında, tüm yurtta, kalıcı ve sürekli olarak olağanüstü hal ilan edildiği”*[[17]](#footnote-17) itirazı AYM tarafından kabul görmemiş oldu.

Muhalefet milletvekillerinin haklı biçimde itiraz ettikleri, anayasal kuralları bir kenara bırakarak ve Meclisi baypas ederek olağan dönemde fiili bir olağanüstü hali yürürlüğe sokmayı mümkün kılan bu istisnai yetkiye, 2016’da 6722 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle bir yenisi eklenmiştir.

6722 sayılı Yasa, İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine eklediği (j) fıkrasıyla, (c) fıkrasıyla 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 Cumhurbaşkanı kararıyla Türk Silahlı Kuvvetleri görevlendirilebilir.”

Anayasa’da öngörülen usuller uyarınca Meclis’in onayına tabi olarak olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilan etmeye gerek kalmaksızın, terörle mücadele adına ülkenin tamamında orduyu görevlendirme yetkisi, Cumhurbaşkanının olağan dönemde kullanabileceği olağanüstü yetkilerin kapsamını ciddi biçimde genişleterek, adeta tek başına sıkıyönetim ilan etme yetkisi anlamına gelmektedir. Böylece olağanüstü hal ilanı için yasama organının zorunlu olan onayı, diğer bir deyişle olağanüstü yönetim usulleri üzerindeki demokratik denetim etkisiz kılınmıştır.

Üstelik Cumhurbaşkanı kararıyla askeri güç görevlendirilmesi durumunda, sadece askeri operasyonların planlanması ve yürütülmesi değil; olağan rejimde sadece sivil yargı makamlarının kullanabileceği yetkiler de büyük ölçüde askeri otoriteye devredilmiştir.

İlk olarak, askeri birliklerin belirli görevleri genel kolluk kuvvetleriyle birlikte yapması hâlinde, komuta, sevk ve idarenin askeri birliklerin en kıdemli komutanında olacağı düzenlenmiştir. Buna ek olarak, askeri komutaya, maddenin (d) fıkrasında yer verilmeyen çok geniş ve tehlikeli yeni bir yetki devri öngörülmüştür. Bu yasanın ihdas ettiği yetkilerin de kullanılacağı olağan hukuk düzeninde, ceza yargılaması kanununa göre ivedi durumlarda istisnai olarak savcılık kararıyla yapılabilecek, konut, işyeri ve kapalı mekânlarda yakalama amaçlı arama yetkisi askeri komutaya devredilmiştir.

Maddenin (j) fıkrasının beşinci bendine göre: “Bu fıkra kapsamında icra edilen operasyonlarda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde güvenlik kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin izlenirken girdikleri konuta, işyerine 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 içine bir yasa değişikliği yoluyla gerçekleştirilmiştir.

İtalyan düşünür Giorgio Agamben, istisnanın 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.[[18]](#footnote-18) Sıkıyönetim, olağanüstü hal gibi istisnai yönetim biçimlerini tâbi oldukları anayasal normlar alanından çıkararak zamansal ve mekânsal olarak esneten ve olağan döneme yayan bu düzenlemelerin en yakın tarihli örneklerinden biri de 6722 sayılı yasadır. Fakat bu yasayla İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine eklenen (j) fıkrası sadece olağanüstü yetkileri olağan hukuk düzeni içine “sızdırmakla” kalmamış; aynı zamanda bu geniş yetkilerin kullanılması sırasında işlenebilecek suçlar bakımından da, devletin uluslararası insan hakları hukukundan doğan yükümlülüklerini hiçe sayan, istisnai bir sorumluluk ve yargılama rejimi inşa etmiştir.

**B. Terörle mücadele sırasında işlenmesi muhtemel suçlar için atipik sorumluluk rejimi ve cezasızlık riski**

Cezasızlık, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun kabul ettiği, İnsan Haklarının Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü’nde şöyle tanımlanmıştır: “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.”[[19]](#footnote-19)

6722 sayılı Yasa sadece Cumhurbaşkanına olağan dönemde ilân edilmemiş bir olağanüstü hali yürürlüğe sokma yetkisi getirmemiş; aynı zamanda bu ilân 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 Kanununun 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, Erman’ın askeri suç tanımına göre ise askeri suç, *“sadece asker kişiler tarafından işlenmesi mümkün olup da, TCK’nda kısmen veya tamamen öngörülmeyen 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 dolayısı ile bu kanunun uygulama alanına giren suçlardır*.”[[20]](#footnote-20) Askeri Ceza Kanunu Ek 15. maddeye göre, asker kişilerin işledikleri askeri suçların soruşturulması izne tabidir. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.

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, 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. fıkrada 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.

2. maddeye 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 yargılanamadığına ilişkin iddiaların engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, tüm kamu görevlilerinin işkence ve kötü muamele iddialarında idari izin prosedürü kapsamı dışında tutularak, yargılanmalarına imkan sağlayacak bir düzenleme getirilmektedir.”

11. fıkranın (j) bendi ise, işkence ve kötü muamele oluşturan fiiller bakımından dahi kamu görevlileri hakkında izin alınmadan soruşturma başlatılamayacağını düzenlemiştir. Bendin (a) alt başlığına göre, “kanunlardaki özel hükümlerin yetki verdiğinden 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 üzere, 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 temel kuraldır. Buna göre soruşturma makamı, işkence yasağını ihlal edebilecek bir eylemden haberdar olduğunda derhal harekete geçmek zorundadır.

Halihazırda 4483 sayılı Kanun’daki, işkence ve kötü muamele dışındaki suçlar için uygulanmaya devam etmekte olan izin müessesesi, Türkiye’de kamu görevlilerinin hesap verebilirliği önündeki en önemli engeli oluşturmaya devam etmektedir. Bunun gibi, şüphelinin sıfatı esas alınarak suçun takibinin izne tabi kılındığı hallerde kişi için adeta bir dokunulmazlık yaratılmakta[[21]](#footnote-21); uygulamada bunun bir ayrıcalığa dönüştüğü ve kamu görevlilerinin hesap verebilirliğini ortadan kaldırarak güvencesizliğe sebep olduğu görülmektedir.[[22]](#footnote-22)

6722 sayılı Kanun’un, kişinin sıfatına bağlı olarak hesap verebilirliği oldukça güçleştiren izin müessesesini, kanunlardaki özel hükümlerin öngördüğü işkence gibi istisnalar için geri getirmesi, 90’lı yıllarda OHAL altındakine benzer çok ağır bir cezasızlık riski doğurmaktadır. Bu dönemde yürürlükte olan 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 4/I maddesinde, OHAL Valisinin emrinde bulunan güvenlik kuvvetleri hakkında, görev kapsamında işlendiği iddia edilen suçlar bakımından, yürürlükte olan 1914 sayılı Memurin Muhakematı Kanunu’nun uygulanacağını düzenlemiştir. 1999 yılında bu kanunun yerini alan 4483 sayılı Kanun’da öngörülen izin usulü yıllar boyunca işkence suçunun soruşturulmasını ve yargılanmasını son derece güçleştirmiştir.[[23]](#footnote-23) AİHM de önüne gelen pek çok başvuruda, OHAL döneminde yürürlükte olan 1914 sayılı yasa 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.[[24]](#footnote-24)

AİHM, işkence ve benzeri kötü muamele fiillerinin soruşturulmasını izin kapsamından çıkaran 2003 tarihli değişiklikten sonra önüne gelen başvurularda da, bu değişikliği göz ardı ederek kötü muamele teşkil ettiği iddia edilen fiillerin soruşturulması için ısrarla izin istenmesinin, “*başvurucuların 3. maddeye aykırı olduğunu ileri sürdükleri muamelenin hangi koşullarda gerçekleştiğini açığa çıkarmayı imkansız kıldığını”* belirtmiştir.AİHM bu tarihten itibaren, TCK’nın 94 ve 95. maddeleri ile zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasına ilişkin 256. maddesi bakımından soruşturma izni istenemeyeceğini açık bir biçimde ifade etmiştir.[[25]](#footnote-25)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Türkiye’de güvenlik güçlerinin filleriyle ilişkili 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.[[26]](#footnote-26)

Avrupa Konseyi organları, güvenlik güçleri söz konusu olduğunda tüm ciddi suçlar bakımından soruşturma izni şartının aranmaması gereğini vurgularken, AİHM içtihatlarında somutlaşan, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin yerleşik uluslararası insan hakları güvencelerini ortadan kaldıran 6722 sayılı Kanun’un, izin müessesesini kanunlardaki özel hükümlerin öngördüğü istisnalar için geri getirmesi çok ağır bir cezasızlık riski doğurmaktadır.

Yine kanunda, -izin şartının istisnası olan, dolayısıyla savcılığın genel hükümlere göre koruma tedbirlerine başvurabilmesinin esas olduğu- olağan ceza muhakemesi saf dışı bırakılarak, hem asker hem de sivil kişilerin suç teşkil ettiği iddia edilen fiilleri nedeniyle soruşturma izni verilene dek yakalama, gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulamayacağı düzenlenmiştir.[[27]](#footnote-27) Ayrıca TSK personeli, mülki idare amirleri, kolluk kuvvetleri ve diğer tüm memur ve kamu görevlilerinin kararları ve işlemleri nedeniyle tazminat davalarının sadece devlete karşı açılabileceği 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.[[28]](#footnote-28)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, bu zorunluluğun anayasal bir zorunluluk olduğuna karar vermiştir.[[29]](#footnote-29) Hem idare hukuku öğretisinde hem de Danıştay kararlarında bağlı bir yetki olduğu kabul edilen[[30]](#footnote-30) rücuyu 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.[[31]](#footnote-31) Hesap verebilirliği ve caydırıcılığı ortadan kaldırma riskinin yanı sıra, rücu mekanizmasının işletilmesini yürütmenin uygun bulma kararına bağlamak, kusurlu davranışla sebep olunan zararın mali yükünün de kamu üzerinde bırakılmasına yol açabilecektir.

11. maddeye eklenen (j) fıkrasıyla terörle mücadele faaliyetleri için yargılanma ihtimaline karşı getirilen bu güçlendirilmiş zırhın ve “zayıflatılmış” sorumluluk rejiminin, geçici köy korucuları ile gönüllü korucular için ve maddenin (d) fıkrasına göre valilik talebiyle görevlendirilen TSK personeli için de uygulanacağı düzenlenmiştir. 1985 yılında 442 sayılı Kanun değişikliğiyle kurulan, Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi’ndeki sivil köylülerin devlet tarafından silahlandırılmasıyla oluşturulan, Türkiye’ye özgü paramiliter bir güç olan koruculuk sistemi 90’lı yıllarda OHAL altında işlenen çok sayıda hak ihlaliyle birlikte anılmaktadır.[[32]](#footnote-32) 2016-2018 yılları arasında çıkarılan OHAL KHK’leriyle 442 sayılı Köy Kanunu’nda yapılan eklemelerle koruculuk sisteminin yapısında ve işleyişinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi, korucuların görev alanlarının köyler olmakla birlikte, vali veya kaymakam onayıyla görev alanlarının genişletilebileceği veya iller arası da olmak üzere değiştirilebileceği hükmünün Köy Kanunu’nun 74. maddesine eklenmesidir.[[33]](#footnote-33) Aynı maddeye yapılan bir başka eklemeyle, “geçici köy korucusu” ifadesi “güvenlik korucusu” olarak değiştirilmiş; böylece koruculuk daimi bir kadroya ve kalıcı bir silahlı güce dönüştürülerek kurumsallaştırılmıştır.

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 konacak ödenekten valilerce karşılanacağı düzenlenmiştir.[[34]](#footnote-34) Böylece hem yapısı dönüştürülerek kalıcı hale getirilen, hem de 2015-2016 arasında yeni alımlarla kadrosu genişletilen[[35]](#footnote-35) bu paramiliter yapının da güçlendirilmiş bu korumadan yararlanması sağlanmıştır.

6722 sayılı Yasa’nın içerdiği, hesap verebilirliği aşındıran ve çok ciddi bir cezasızlık tehlikesi doğuran en tehlikeli düzenleme ise, Yasa’nın 13. maddesiyle İl İdaresi Kanunu’na eklenen Geçici 5. maddedir. Hüküm, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 11. maddenin (d) fıkrası kapsamında Valilik kararıyla görevlendirilmiş olan Türk Silahlı Kuvvetleri personeli, memurlar, korucular dahil, 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 etkisi yaratmaktadır. Fiilen yargı dokunulmazlığına dönüşme riski taşıyan bir ayrıcalığın kapsamının geçmişe dönük olarak genişletilmesinin esas amacının, 2015-2016’da sokağa çıkma yasakları sırasında işlendiği iddia edilen suçların ileride yargı önüne gelmesini güçleştirmek olduğu görülmektedir. Böylece, sokağa çıkma yasakları sırasında kolluk kuvvetlerince işlendiği iddia edilen, çok sayıda ulusal ve uluslararası hak örgütünün belgelediği[[36]](#footnote-36), silah kullanma yetkisinin aşılması sonucunda yaşama son verme, yaralama, hukuk dışı infaz, işkence ve diğer kötü muamele vakaları için geriye dönük olarak cezasızlık riski doğuran normatif bir rejim inşa edilmiştir.

6722 sayılı Kanun, hem terörle mücadele politikalarının uygulanmasında karar verici konumda olan merkezi idareyi, hem de tüm kademelerdeki 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 idarenin sübjektif takdirine bağlayarak, uluslararası insan hakları hukukunun emredici kurallarını ve ilkelerini bertaraf etmiştir.

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.[[37]](#footnote-37) Esasen kamu hizmetinin kesintisiz ve etkin biçimde yürütülmesini amaçlayan bir muhakeme şartı olarak iznin, ağır insan hakkı ihlali niteliği taşıyabilecek ciddi suçların cumhuriyet savcısının soruşturma yetkisi dışına çıkarılması için araçsallaştırılması, kamu görevlilerinin hukuka aykırı davranışları için bir koruma getirme riski barındırmaktadır.

Kanun tasarısının Meclis’te görüşüldüğü oturumda Hükümet ortağı MHP adına söz alan milletvekillerinin ve Adalet Bakanı’nın teklifi savunmak için sarf ettiği sözler, kanun koyucunun düzenleme ile ulaşmak istediği amacın, güvenlik güçleri ve diğer tüm kamu görevlileri için bir dokunulmazlık zırhı getirmek olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

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 artıracağına kanaat getirdiğimizi belirtmek istiyoruz.”*

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 teklifini savunmak üzere söz alan iktidar ortağı parti 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 organı olarak Cumhuriyet Savcılığına 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 savcıların 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.*”[[38]](#footnote-38)

Böylece 1999 yılında 11. maddeye yapılan eklemeyle birlikte, valilerin sahip olduğu yetkiden çok daha geniş ve ucu açık bir yetki ihdas edilmiş ve kamu kudreti kullanıcılarına, bu yetkinin icrası sırasında işlenebilecek suçların ivedilikle ve etkin biçimde soruşturulması önünde engel oluşturan bir yargı dokunulmazlığı inşa edilmiştir. Anayasa’ya ve uluslararası insan hakları hukukunda düzenlenen en temel yasaklara apaçık aykırılık taşıyan böylesi bir kanun Anayasa Mahkemesi’ne taşınmamıştır. Böylece Anayasa Mahkemesi’nin, kanunu anayasallık denetimine tabi tutması da mümkün olmamıştır.

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 olan, güvenlik güçlerinin hesap verebilirliği önündeki temel engel olarak cezasızlığı hem güçlendirmiş hem de kurumsallaştırmıştır.

**II. 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrasında inşa edilen kanuni sorumsuzluk rejimi**

Giriş kısmında bahsedilen, 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ilan edilen OHAL çerçevesinde çıkarılan ve sonrasında TBMM’de kabul edilerek yasalaşan KHK’lerin bir kısmı, hem kamu görevlilerinin OHAL kapsamındaki tasarrufları, hem de sivil kişilerin darbe teşebbüsü gecesi giriştikleri eylemler nedeniyle sorumluluklarını ortadan kaldıran kalıcı düzenlemeler yapmıştır. Benzer düzenlemeler OHAL’in resmen kaldırılmasının ardından, bu kez yasa eliyle mevzuata yapılan eklemelerle devam etmiştir.

**A. OHAL sırasında ve sonrasında mevzuata eklenen “sorumsuzluk 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 düzenlemişti.[[39]](#footnote-39) 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 kapsamında dahil etmiştir. 668 sayılı KHK 8 Kasım 2016 tarihinde TBMM’nin onayından geçerek 6755 sayılı Kanun olarak Resmi Gazete’de yayınlanarak yasalaşmıştır.[[40]](#footnote-40)

2017 yılında 696 sayılı KHK’nın 121. maddesi, 6755 sayılı Kanun’un 37. maddesine yaptığı eklemeyle, 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.[[41]](#footnote-41)

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 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 getirmediklerine 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 bulunduğuna 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.” [[42]](#footnote-42)

Ayrıca, 29.04.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 690 sayılı KHK’nin 52. maddesi ile, 685 sayılı KHK’yla ihdas edilmiş olan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu üyelerinin karar, görev ve fiillerine ilişkin hukuki, idari, mali ve cezai sorumlulukları hakkında da 6755 Sayılı Kanunun 37. maddesi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.[[43]](#footnote-43)

Son olarak ise, OHAL’in resmen sona ermesinden tam 4 yıl sonra, 28.5.2022 tarihinde yürürlüğe giren 7407 sayılı Kanun’un[[44]](#footnote-44) 17. maddesiyle, OHAL kapsamında yönetim ve denetimi kayyımlık 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 onuncu 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.[[45]](#footnote-45)

Böylece toplam 6 farklı yasal düzenlemeyle, KHK’lerle ihdas edilen geniş OHAL yetkileri çerçevesinde işlem tesis eden, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelikte karar alanlar, kamu gücü ve ayrıcalığını kullanarak bu kararları icra edenler ve bu işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmiş kamu görevlileri için, hem geçmişe hem de geleceğe dönük olarak geniş bir sorumsuzluk inşa edilmiştir. Görüldüğü üzere, OHAL boyunca ve dahi sonrasında, sorumsuzluk kapsamına alınan kişi ve işlemler adım adım genişlemiştir. Başta olağanüstü hal 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 sorumluluğunu ortadan kaldırmayı amaçlayan bu hükümlerin 1990’lı yıllar boyunca Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde yürürlükte olan OHAL KHK’lerindeki hükümlerle süreklilik göstermesi dikkat çekicidir.[[46]](#footnote-46) Bununla birlikte, 2016-2022 yılları arasında çıkarılan ve kalıcılaşan düzenlemelerde sorumsuzluğu öngörülen kamu görevlilerinin kapsamı 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 sınırlı iken, 2016 ve devamında yapılan düzenlemeler eliyle 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 önemli bir fark da, 2016 sonrası 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 bastırılmasıyla ilgili değil, OHAL KHK’leri çerçevesinde yapılan, olağanüstü hal ilanına yol açan kamu güvenliğine yönelik tehditle hiçbir ilgisi bulunmayan tüm işlemler için yasal bir sorumsuzluk zırhı inşa etmektedir. Bu yazının başında ifade edildiği üzere, 2016-2018 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 getirilen sorumsuzluğun kapsamı, hem konu hem de zaman bakımından ülke tarihinde görülmemiş ölçüde geniştir.[[47]](#footnote-47)

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 rejim korumasına alınması, kamuoyunda sivillere bir *yargı muafiyeti* tanındığı, hatta “*paramiliter güçlere dokunulmazlık getirildiği”* eleştiri ve endişelerine yol açmıştır.[[48]](#footnote-48) Türkiye barolarının başkanları, KHK’nin yürürlüğe girmesinin ardından olağanüstü toplanarak yayınladıkları bildirgede, 696 sayılı KHK’nin insanların yaşamlarını tehlikeye atan bir sorumsuzluk maddesi içerdiği eleştirisini yöneltmiş; hatta “*geleceğe yönelik olarak da sivil vatandaşlarca suç işleme özgürlüğü olarak anlaşılabilecek, mutlak bir ceza ve tazminat sorumsuzluğu getir[diğini]”* belirtmiştir.[[49]](#footnote-49)

 Avrupa Demokrasinin Hukuk Yoluyla Korunması Komisyonu (Venedik Komisyonu) ise 2016 yılında yayınladığı görüşte, KHK’lerin getirdiği sorumsuzlukla ilgili endişeleri 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.”[[50]](#footnote-50)*

Bilhassa 37. maddenin ikinci fıkrası bakımından, konusu ve kapsamı geniş çizilmiş, “darbe teşebbüsü̈ 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 açısından ciddi endişeler doğurduğu söylenmelidir. Hangi fiillerin “darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin devamı” niteliğinde kabul edileceğine, bunu kimin tanımlayacağına, *bastırma*nın ne anlama geldiğine ve hangi fiilleri ve araçları kapsadığına dair belirsizlik, şiddet içeren ve meşru savunma sınırlarını aşan eylemlerin de cezasız bırakılabileceği; hukuki denetimden muaf tutulmuş gri bir alan bırakıldığı izlenimi uyandırmaktadır.[[51]](#footnote-51)

**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 Anayasa’ya uygun bularak iptal taleplerini reddetmiştir. AYM’nin yorumlu ret kararı olarak nitelendirilen bu kararları, sorumsuzluk kayıtları hakkında yeni soru işaretleri uyandırmış ve gri alanlar yaratmıştır.

**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 ise, 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.[[52]](#footnote-52) 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 bu sebeple Meclis’te Anayasa’nın aradığı nitelikli çoğunluk ile kabul edilmediği 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*” belirterek[[53]](#footnote-53); *“suç teşkil eden fiillerin kural kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.”* tespitinde bulunmuştur.

Diğer yandan AYM, *“terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında”* ibaresinin kuralı belirsiz hale getirmediğini tespit edip, normun hukuken öngörülebilirlik açısından sorun yaratmadığını*, “ifadenin kanun yapmanın doğasından kaynaklandığını*” belirtmiştir.[[54]](#footnote-54) Bu açıdan AYM’nin normda ifade edilen eylemlerin darbe teşebbüsünün hemen sonrasındaki sınırlı zamanda gerçekleşen eylemleri kapsadığına ilişkin belirlemesi, normun zamansal sınırının 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 söylenebilecek 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.’[[55]](#footnote-55)*

Mahkeme normun ihdas ediliş amacını 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 amacı*”güdüldüğünü vurgulamıştır.

Sonuç olarak, AYM açık bir şekilde konusu haksız fiil ya da suç teşkil eden fiillerin icra edilmesi halinde 37. maddede öngörülen sorumsuzluk halinin uygulanmasının mümkün olmadığını ortaya koymuştur.[[56]](#footnote-56)

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 olup olmadığını değerlendirirken, meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılıp aşılmadığını inceleyeceğini ve fiilin hukuka uygun olmaması durumunda sorumluluğun gündeme geleceğini ifade etmiştir.

Fakat bunun hemen ardından Mahkeme, “*bastırma kapsamındaki hareketlerin hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu sınırlar içinde kalan fiiller olması nedeniyle söz konusu fiillerin hukuk düzeniyle çeliştiği söylenemez.”* tespitinde bulunmuştur.[[57]](#footnote-57)

Mahkeme’nin, kuralda yer alan bastırma kavramını açıkça tanımlamadan, 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 dile getirmek bir çelişki doğurmaktadır. 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 hukuken öngörülebilirliği ortadan kaldırdığının ileri sürüldüğü başvurularda da göstermektedir. Mahkeme bu başvurular üzerine verdiği kararlarında, kavramların içeriğinin yargı yerlerinin denetimiyle somutlaştırılacağını söyleyerek norm denetimini sınırlandırmıştır.[[58]](#footnote-58) Bu sınırlandırmanın, AYM’nin son dönem içtihadında kanunilik denetimini etkisizleştirdiği ileri sürülmektedir.[[59]](#footnote-59)

Üstelik bastırmakapsamında kullanılacak gücün, büyük ölçüde yaşama hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale şeklinde gerçekleşeceği göz önüne alındığında, normun müphemliğinin yaşama hakkı, kötü muamele ve işkence yasağı ihlallerinin etkili soruşturulması üzerinde doğrudan etkisinin olduğu da açıktır.[[60]](#footnote-60) Ne var ki AYM peşinen, kuralla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının söz konusu olmadığına karar vermiş; bu sebeple Anayasa’nın 13. veya 15. maddesi yönünden bir inceleme yapmayacağını belirtmiştir.[[61]](#footnote-61) 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 olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde 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.[[62]](#footnote-62) Oysa Mahkeme’nin karar gerekçesi olmadan okunduğunda normun lafzı, yeni ve bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi ihdas edildiği 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, cezai sorumluluk ancak konusu suç oluşturan bir fiilin varlığında doğar. Normun bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi ihdas etmediği[[63]](#footnote-63) ve “hukuka aykırı ve suç oluşturan fiilleri kapsamadığı” kabul edilecek olursa, konusu suç teşkil etmeyen eylemler için cezai sorumluluğun doğmayacağını hükme bağlamanın, diğer bir deyişle malûmu ilan 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 anlaşılmak zorundadır.[[64]](#footnote-64) 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.[[65]](#footnote-65)

En önemlisi de, derece mahkemelerinin ve diğer uygulayıcıların AYM kararlarını sıklıkla göz ardı ettiği ve uygulamamakta ısrar ettiği bir ortamda[[66]](#footnote-66) bu denli muğlak, geniş yorumlanmaya ve suiistimale açık bir normun hukuk düzeninde varlığını sürdürmesi, verdiği sorumsuzluk izlenimi itibariyle dahi bir 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 nedeniyle[[67]](#footnote-67) KHK’lerin anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulmadığı bu uzun süre zarfında, bu hüküm pekala 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 ise yıllar sürebilecektir. Son olarak, fiziki güç kullanımını içeren ve yaşama hakkı başta olmak üzere temel haklar üzerinde etki doğurması muhtemel fiiller için sorumsuzluğu düzenleyen bir yasa normunu denetlerken, AYM’nin kuralı insan haklarıyla ilişkili görmemesi ve hem kendi içtihadında hem de AİHM kararlarında somutlaşan, yaşama hakkı ihlallerinin etkili soruşturulması yükümlülüğüne ilişkin temel ilkeler çerçevesinde bir denetime tabi tutmaması vahim bir eksikliktir.

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. [[68]](#footnote-68) AYM ilk olarak, ilgili kuralın sadece olağanüstü hal süresiyle sınırlı olmadığını; kuralın kapsamına aldığı olağanüstü hal boyunca yayınlanan KHK’ler kapsamında alınan karar ve tedbirlerin bir kısmının olağan dönemde de uygulama alanı bulacağını tespit etmiştir.[[69]](#footnote-69) AYM’nin kararının başındaki bu önemli tespit, esasen tam da 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, 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.

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 işlemleri ve bu işlemleri tesis veya icra eden tüm kamu görevlilerini kapsayan, böylesi geniş bir sorumsuzluk teyidi son derece tehlikelidir.

AYM kararında 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. AYM bir kez daha, kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığını vurgulamıştır.[[70]](#footnote-70)

AYM’nin kuralın ihdas ediliş amacına ilişkin yorumu, normun lafzı dikkate alındığında muğlak bir alan yaratmaktadır. 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*.”[[71]](#footnote-71)

OHAL ilanına sebep olan kamu güvenliğine yönelik tehditle hiçbir ilgisi 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 YÖK’e 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 doğurmadığını ve sadece “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” çıkarılmadığını[[72]](#footnote-72), bilakis kişilerin hukuki statüsünü ve olağan hukuk düzenini kökten değiştiren yapısal düzenlemeler içerdiğini göz ardı etmiş 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 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 bir engel oluşturması nedeniyle de tartışma konusu olmuştur. Darbe girişiminin ardından OHAL ilanını takiben 30 güne kadar uzatılan ve bir 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, uluslararası ve ulusal insan hakları kuruluşları ile meslek örgütleri tarafından bulgulanmıştır.[[73]](#footnote-73) Darbe teşebbüsünün ardından gözaltına alınan üst düzey asker ve bürokratların basına servis edilen fotoğraflarındaki darp izleri[[74]](#footnote-74) ve kamuoyuna yansıyan çok sayıda tanıklık işkence iddialarını doğrulamaktadır.

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’nın 9. maddesine dayanılarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği basına yansımıştır. Savcılığın kararında bu hükmü “kovuşturma yasağı” getirdiği şeklinde yorumladığı ve uyguladığı görülmektedir.[[75]](#footnote-75) Bu örneğin münferit olmadığını öngörmek zor değildir. Sadece bu örnek bile, 37. maddedekine benzer sorumsuzluk düzenlemelerinin 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 genişlemiş; son olarak, daha önce zikredilen yasal düzenlemeyle, Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu’nun malvarlığına el koyduğu ve kayyım sıfatıyla yönetimini ele geçirdiği şirketlerin yönetimi için görevlendirilen kişilerin de sorumluluğu 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, kötüye kullanılma ve geniş yorumlanma tehlikesine karşı etkili bir güvence oluşturmak için yeterli görünmemektedir.

**3)** **Anayasa Mahkemesi’nin 37. maddenin 3. fıkrasına ilişkin kararı**

AYM 37. maddenin 3. fıkrasıyla ilgili yapılan iptal başvurusu üzerine verdiği son kararında ise, kamu görevinden çıkarılan 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 hukuki ve mali sorumluluğuna gidilememesini Anayasa’ya aykırı bulmuştur.[[76]](#footnote-76) 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 cümleyi anayasaya aykırı bularak iptal etmesi, yukarıda incelenen, Mahkeme’nin 37. maddenin 1. fıkrasına ilişkin kararıyla çelişki içindedir. Hukuka aykırı işlemin yol açtığı zararın kusuru bulunan kamu görevlisine ödettirilmesi anayasal bir zorunluluk ise, mali sorumluluğu diğer kamu görevlileri için 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.[[77]](#footnote-77) 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.[[78]](#footnote-78)

Öte yandan aynı kamu görevlileri, “sıradan” yurttaşlar hakkındaki hukuka aykırı işlemleri nedeniyle sorumlu tutulmaya devam ederken, kamu görevinden ihraç edilmiş yurttaşlar üzerinde yol açtıkları zararlardan ise sorumlu tutulmayacaktır. Böylesi bir ayrım, kamu görevinden ihraç edilmiş kişilerin bir grup olarak “makbul olmayan yurttaşlar” olarak damgalandığını ve haklarının hukuk düzenince korunmaya layık olmadığını ilan etmekte; ayrıca hak arama özgürlüğü bakımından da ayrımcılık oluşturmaktadır. AYM’nin kararı, ayrımcılık yaratan bir yasal normun hukuk düzeninden temizlenmesini de engellemiştir.

AYM, 37. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen bir diğer sorumluluk hali olan cezai sorumluluk bakımından ise, 31.10.2019 tarihine kadarki karar ve işlemlerden dolayı herhangi bir cezai sorumluluğun doğmayacağını belirten kuralın bir genel af düzenlemesi olduğunu tespit etmiş; böyle bir düzenlemenin kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğuna ve bu takdir yetkisinin Anayasa’yla çelişmediğine hükmetmiştir.[[79]](#footnote-79) Böylece, OHAL KHK’leriyle kamudan ihraç edilen kişilerin emekli aylığı bağlanması vb. 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 yaklaşım 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. fıkrasını 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 dönemde işlenmiş suçların cezalandırılmayacağını öngördüğü için genel af olarak nitelendirmesi, 37. maddenin birinci fıkrasında cezai sorumluluğun sadece geçmişe değil, aynı zamanda geleceğe de etki edecek biçimde kaldırıldığını teyit etmektedir.

Mahkeme kararında açıkça, “*kamu görevlisinin cezai sorumluluklarını gündeme getirecek karar ve fiiller ceza hukuku anlamında suç oluşturan fiillerdir*.” tespitini yapmıştır.[[80]](#footnote-80) Oysa 1. fıkrayla ilgili kararında AYM, kamu görevlilerinin suç oluşturan fiillerinin sorumsuzluk kapsamında olmadığını ısrarla vurgulamıştır. Mahkeme’nin ceza sorumluluğunun kaldırılmasını, OHAL çerçevesinde karar alan ve işlem tesis eden/etmeyen kamu görevlilerinden sadece SGK çalışanları için bir genel af olarak yorumlaması, Mahkeme’nin yorum sistematiği 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 zamansal ve uzamsal olarak esnetilmesi ve bu yolla istisnai olanın “normalleştirilmesi”dir. Sürekli bir aciliyet söylemi ve güvenlikleştirme politikasıyla yerleşik hukuki usuller saf dışı bırakılarak, istisnai yetkilere meşruiyet devşirmeye çalışılmakta; fiili ve yasal OHAL’de ihdas edilen bu yetkiler giderek istisnai dönemi aşarak olağan hukuk düzenine sirayet etmekte; adeta olağan hukuk düzenini yutmaktadır. OHAL KHK’leriyle hukuk düzenini baştan aşağı yeniden şekillendiren hükümet tasarruflarının Meclis’te onaylanarak kanunlaşması ve kalıcı hale gelmesi bunu göstermektedir. Zaman ve konu bakımından olağanüstü halin gerekleriyle sınırlı olması gereken KHK’ler üzerinde anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmeyi 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, yasama ve yargı gücünün özerkliğinin ve siyasi iktidarı dengeleme işlevinin giderek aşındığı ve silindiği bir sürece 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, yürütmenin devlet aygıtı içinde ön plana çıkmasını ve merkezileşmesini ifade etmek için kullandığı “*executive aggrandizement*” kavramını, yürütme gücü üzerindeki hukuki denetimi zayıflatmaya yönelik kurumsal değişiklikler ekseninde açıklar.[[81]](#footnote-81) 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 kaldırıldığı 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 denetimin bizzat yasa eliyle işlemez kılındığı, sorumsuzluk kayıtları ve yargılama engelleriyle olağan yargı rejiminin saf dışı bırakıldığı bu “kara delikler” hukukun üstünlüğü ilkesini yerle bir etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ve hukukun üstünlüğü, hukukun hem içerik hem de kurumsal işleyiş olarak keyfi güç kullanımını ve denetimsiz takdir yetkisini önlemesini gerektirir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin üzerinde uzlaşılan unsurlarından biri, keyfi güç kullanımının sınırlandırılması, bunun için de kamu gücü kullananların belirli kurallar ve kurumlarla çerçevelenmesi[[82]](#footnote-82); 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 imtiyazı 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 üstünlüğünün asli unsuru, bilhassa da hukukla yöneten iktidarın aynı hukukla etkin biçimde sınırlandırılması koşulu eksiktir.[[83]](#footnote-83) Hukuk aracılığıyla üstünlük kurma, hem içerik hem de kurumsal işleyiş açısından devlet iktidarını kullanan yürütme üzerindeki denetimin ve hukuki kısıtlamaların etkisiz kılınmasına dayanır.[[84]](#footnote-84)

Venezuela’da otoritarizmin hızla yükselişinin hukuk eliyle nasıl gerçekleştiğini inceleyen Javier Corrales, bu olguyu tanımlamak için “otokratik legalizm” *(autocratic legalism)* kavramını kullanır. Corrales’in tanımıyla otokratik legalizm, yürütmenin yetkilerini genişletmek amacıyla hukukun kullanılması, istismar edilmesi ya da saf dışı bırakılmasıdır.[[85]](#footnote-85) Bu anlamda Türkiye’de de otokratik legalizmin önemli bir tezahürü, bu çalışmanın ortağa koyduğu 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.

1. Bkz. Artuk Ardıçoğlu, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Mıdır ?”, 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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. [↑](#footnote-ref-2)
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. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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://hakikatadalethafiza.org/kaynak\_tipi/sokaga-cikma-yasaklariuzerine-

raporlar/. [↑](#footnote-ref-4)
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. [↑](#footnote-ref-5)
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. [↑](#footnote-ref-6)
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](https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160721-4.pdf), R.G. Tarih-Sayı: 21.7.2016-29777. [↑](#footnote-ref-7)
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/Olaganustu-Hal-Tedbir-ve-Duze-nlemeleri-31-A%C4%9Fustos-2017.pdf. [↑](#footnote-ref-8)
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. 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 Armağanı Cilt II, Atılım Üniversitesi, Ankara, 2020, ss. 1501-1555. [↑](#footnote-ref-9)
10. Bkz.: Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 7145, R.G. Tarih-Sayı: 31.7.2018-30495. [↑](#footnote-ref-10)
11. “Yeneroğlu, Cumhurbaşkanı Yardımcısına sordu: Temmuz ayında ihraç edilen kamu görevlisi sayısı kaç?”, 1.8.2022, www.dokuz8haber.net. [↑](#footnote-ref-11)
12. Arabuluculuk Kanununun 20’nci maddesine, Noterlik Kanununun 7’nci maddesine ve Bilirkişilik Kanununun 10’uncu maddesine yapılan eklemeler buna örnek gösterilebilir. [↑](#footnote-ref-12)
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'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, Heinrich Böll Stiftung,

https://olaganlasanohal.com/files/olaganlasan\_ohal.pdf. [↑](#footnote-ref-13)
14. Bkz.: Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun, Kanun No. 6722, R.G. Tarih-Sayı: 14.7.2016-29770. [↑](#footnote-ref-14)
15. AYM, E. 1996/68, K. 1999/1, R.G. Tarih-Sayı: 6.1.1999-24292, Bkz.: İptal ve yürürlüğün durdurulması

istemlerinin gerekçesi. [↑](#footnote-ref-15)
16. AYM, E. 1996/68, K. 1999/1, R.G. Tarih-Sayı: 6.1.1999-24292. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ibid. İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerinin gerekçesi, s. 3. [↑](#footnote-ref-17)
18. Giorgio Agamben, State of Exception, Chicago: University of Chicago Press. 2005, s. 21. [↑](#footnote-ref-18)
19. 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 [↑](#footnote-ref-19)
20. Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku, Üçdal Yayınevi, İstanbul, 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 halkoylamasıyla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında askeri yargının kaldırılmasının ardından askeri suçların soruşturulması, yargılanması ve cezaların infazı hakkındaki sorunlar hakkında bkz. Gündüz, a.g.e. [↑](#footnote-ref-20)
21. Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016, s. 646. [↑](#footnote-ref-21)
22. Gülşah Kurt, Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi Yayını, İstanbul, 2014, s. 6. [↑](#footnote-ref-22)
23. Öznur Sevdiren, Türkiye’nin Cezasızlık Mevzuatı, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi Yayını, İstanbul, 2015, s. 108. [↑](#footnote-ref-23)
24. AİHM, Nazif Yavuz v. Türkiye, B. no. 69912/01, 12.1.2006, § 49, Ümit Gül v. Türkiye, B. no. [7880/02](https://hudoc.echr.coe.int/eng%22%20%5Cl%20%22%7B%22appno%22%3A%5B%227880/02%22%5D%7D%22%20%5Ct%20%22_blank), 29.9.2009, §§ 53-57. [↑](#footnote-ref-24)
25. AİHM, Tüfekçi v. Türkiye, B. no. 52494/09, 22/07/2014, § 47; İşeri ve diğerleri v. Türkiye, B. no. 29283/07, 9.10.2012, § 42; Karahan v. Türkiye, B. no. 11117/07, 25.3.2014, § 45. [↑](#footnote-ref-25)
26. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Interim Resolution CM/ResDH(2008)69 Execution of the judgments of the European Court of Human RightsActions of the security forces in Turkey Progress achieved and outstanding issues”, 18 Eylül 2008. [↑](#footnote-ref-26)
27. Bkz. 11 (j) maddesinin 5. alt bendi. [↑](#footnote-ref-27)
28. 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. [↑](#footnote-ref-28)
29. 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. [↑](#footnote-ref-29)
30. 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, ss. 7-19. [↑](#footnote-ref-30)
31. Bahtiyar Akyılmaz, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, İÜHFM, LXIX, S. 1-2, s. 70. [↑](#footnote-ref-31)
32. Bkz. örneğin: 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: 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>. [↑](#footnote-ref-32)
33. Bkz. Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK/674, R.G. Tarih-Sayı : 1.9.2016-29818, md. 21. [↑](#footnote-ref-33)
34. Bkz. Bkz. Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK/694, R.G. Tarih-Sayı:, 25.8. 2017-30165, md. 1. [↑](#footnote-ref-34)
35. 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. [↑](#footnote-ref-35)
36. Sokağa çıkma yasakları sırasında yaşanan hak ihlallerine ilişkin raporlar için bkz.: Hakikat Adalet Hafıza, <https://hakikatadalethafiza.org/kaynak_tipi/sokaga-cikma-yasaklari-uzerine-raporlar/>. [↑](#footnote-ref-36)
37. 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. [↑](#footnote-ref-37)
38. TBMM’de kanun teklifinin görüşüldüğü oturumda söz alan milletvekillerinin beyanları için bkz.: TBMM Tutanak Dergisi, 106. Birleşim, 23 Haziran 2016, ss.78-109. [↑](#footnote-ref-38)
39. 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. [↑](#footnote-ref-39)
40. 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. [↑](#footnote-ref-40)
41. 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. [↑](#footnote-ref-41)
42. 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. [↑](#footnote-ref-42)
43. Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK/690, R.G. Tarih-Sayı: 29.04.2017-30052, md. 52 (2). [↑](#footnote-ref-43)
44. 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. [↑](#footnote-ref-44)
45. Maddenin tam metni şöyledir: “Yönetim ve denetimi veya kayyımlık yetkisi Fona devredilen veya Fonun kayyım olarak atandığı banka/şirketleri ve ortaklık paylarını soruşturma, kovuşturma veya 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.” [↑](#footnote-ref-45)
46. 424 Sayılı Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak ilave Tedbirlere ilişkin 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. [↑](#footnote-ref-46)
47. 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. Devam etmesi öngörülen OHAL yetkilerden biri olan kamu görevinden ihraç yetkisi üç yıl boyunca kurumlar ve bakanlıklar tarafından kullanılabilecektir. 2021 yılında, Meclis görüşmelerinde yoğun itirazlara rağmen bir yıl daha uzatılan bu yetki nihayet 31 Temuz 2022’de sona ermiştir. Anılan Kanun’la 375 sayılı KHK’ya 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 iznine tabi kılınmıştır. Bkz. Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 7145, R.G. Tarih-Sayı: 31.7.2018-30495, md. 26. [↑](#footnote-ref-47)
48. 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. 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. [↑](#footnote-ref-48)
49. “Baro Başkanları Olağanüstü Toplandı”, Barobirlik, 27.12.2017, https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/baro-baskanlari-olaganustu-toplandi-79777. [↑](#footnote-ref-49)
50. 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 (Venice, 9-10 December 2016), §95-100. Komisyon’un görüşünün Türkçesi için: <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur> [↑](#footnote-ref-50)
51. 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/. [↑](#footnote-ref-51)
52. AYM, E. 2018/31, K. 2020/382, 16.07.2020, R.G. Tarih-Sayı:11.11.2020-31301. [↑](#footnote-ref-52)
53. A.g.k, §15. [↑](#footnote-ref-53)
54. A.g.k., §22. [↑](#footnote-ref-54)
55. A.g.k., §28. [↑](#footnote-ref-55)
56. A.g.k., §30. [↑](#footnote-ref-56)
57. A.g.k., §33. [↑](#footnote-ref-57)
58. 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. [↑](#footnote-ref-58)
59. 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. Özenç, norm denetiminin tam da keyfiliğe alan açan muğlak kavramları hukuk sisteminden ayıklamak, böylelikle özgürlüklerin ihlalini engellemek için öngörülmüş bir yöntem olduğunu hatırlatarak, AYM’nin, bu düzenlemeleri iptal etmek yerine, sorununun çözümünü mahkemelere havale etmesinin norm denetimi yetkisinin inkârı anlamına geldiğini vurgulamaktadır. [↑](#footnote-ref-59)
60. Buğrahan Fertellioğlu, “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. [↑](#footnote-ref-60)
61. A.g.k., §5. [↑](#footnote-ref-61)
62. Bkz. bu yönde, Fertellioğlu, a.g.e., s. 682. 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, Irmak 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, ss. 11-37. [↑](#footnote-ref-62)
63. 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 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. [↑](#footnote-ref-63)
64. Yemenici, Koruculu, a.g.e., s. 35. [↑](#footnote-ref-64)
65. 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. [↑](#footnote-ref-65)
66. Yakın tarihli örnekler için bkz. Başak Çalı, “Will Legalism be the End of Constitutionalism in Turkey?”, Verfassungblog, 22.1.2018, https://verfassungsblog.de/will-legalism-be-the-end-of-constitutionalism-in-turkey/. [↑](#footnote-ref-66)
67. AYM 15 Temmuz darbe girişiminden sonra verdiği, 12.10.2016 tarihli, 2016/166 E. ve 2016/159 K. sayılı karar ile aynı tarihli, 2016/167 E. ve 2016/160 K. sayılı kararla,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 hal 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. [↑](#footnote-ref-67)
68. 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. [↑](#footnote-ref-68)
69. A.g.k., §242. [↑](#footnote-ref-69)
70. A.g.k., §249-251. [↑](#footnote-ref-70)
71. A.g.k., §253. [↑](#footnote-ref-71)
72. 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, ss. 39-69. [↑](#footnote-ref-72)
73. 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 yayınlamıştır. 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 İtibariyle Türkiye’de Değişik Boyutlarıyla İşkence Gerçeği”, 25.6.2022, https://tihv.org.tr/basin-aciklamalari/26-haziran-2022-turkiyede-iskence-gercegi/.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 ise hiç başvuru yapılmadığı görülmektedir. Bkz.: A/HRC/48/57: Enforced or involuntary disappearances Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, s.51, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/215/21/PDF/G2121521.pdf?OpenElement. [↑](#footnote-ref-73)
74. 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 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 Dışişleri personeline uygulanan ağır işkence iddialarını doğrulayan raporu için bkz.: “Ankara Barosu'ndan suç duyurusu: Emniyet'te 9 işkence olayı yaşandı.”, Gazete Duvar, 5.5.2022, https://www.gazeteduvar.com.tr/ankara-barosundan-suc-duyurusu-emniyette-9-iskence-olayi-yasandi-haber-1563499. Rapora Ankara Barosu’nun güncel websitesinden ulaşılamamaktadır. [↑](#footnote-ref-74)
75. Ahmet Şefik, “İşkenceye KHK Bahanesi”, Cumhuriyet, 16.1.2017, https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/iskenceye-khk-bahanesi-661197. [↑](#footnote-ref-75)
76. AYM, E. 2020/18, K. 2021/38, 03.06.2021, R.G.Tarih-Sayısı : 23.9.2021-31607. [↑](#footnote-ref-76)
77. A.g.k., §34. [↑](#footnote-ref-77)
78. Cemil Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, 2005, C. 2, s. 77. [↑](#footnote-ref-78)
79. A.g.k., §30-31. AYM kararında, kanun teklifinin Anayasa’da genel af çıkarmak için öngörülen TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla kabul edilmediği iddiası ileri sürülmediği için, şekil yönünden bir denetim yapmamıştır. [↑](#footnote-ref-79)
80. A.g.k., §30. [↑](#footnote-ref-80)
81. Nancy Bermeo, “On Democratic Backsliding”, Journal of Democracy, 2016, vol. 27, no. 1, ss. 5–19. [↑](#footnote-ref-81)
82. Martin Krygier, “Rule of Law”, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó), Oxford University Press, 2012, s. 242. [↑](#footnote-ref-82)
83. Ibid., s. 234. [↑](#footnote-ref-83)
84. Jothie Rajah, Authoritarian Rule of Law Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore, Cambridge University Press, 2012, s. 4. [↑](#footnote-ref-84)
85. Javier Corrales, “Autocratic Legalism in Venezuela”, Journal of Democracy, vol. 26, no. 2, 2015, ss. 37–51. Otokratik legalizmi farklı ülke deneyimleri ekseninde ele alan bir çalışma için bkz.: Kim L. Scheppele, “Autocratic Legalism”, [University of Chicago Law Review](https://www.researchgate.net/journal/The-University-of-Chicago-Law-Review-0041-9494)*,* 2018, vol. 85, no. 2, ss. 545–83. [↑](#footnote-ref-85)