

ANAYASA HABERLERİ/CONSTITUTIONAL NEWS

ANAYASA HUKUKU PERSPEKTİFİ İLE “AĞIR CEZAYI GEREKTİREN SUÇÜSTÜ HALİ” KAVRAMI ÜZERİNE BİR DENEME*

*(AN ESSAY ON THE CONCEPT OF "THE STATUS OF IN FLAGRANTE DELICTO
WHICH REQUIRES IMPOSITION OF A HEAVY PENALTY" FROM THE
CONSTITUTIONAL VIEW POINT)*

Fazıl Sağlam**

ÖZ

Makalede gündeme gelen sorunlar, bir anlamda Anayasa Mahkemesi'nin işlevindeki düşüşün çağrıştırdığı sorunlardır. Bu sorunların üzerine gidilmesi, darbeci bir örgütle (FETÖ) siyasal ve hukuksal yönden mücadelenin zorunlu olması kadar önemlidir. Bunlara kayıtsız kalan bir Anayasa Mahkemesi, FETÖ örgütü ile siyasal ve hukuksal mücadeleye olumlu bir katkıda bulunmuş olmaz. Çünkü darbe girişimiyle ve terörle mücadele, hukuk devleti ilkelerine bağlı kalındığı ölçüde güçlü olur. Bir suçlunun, bir teröristin ya da darbe girişimcisinin adil yargılanma hakkına olan gereksinimi, normal vatandaştan çok daha fazladır.

* Bu makale 2019 yılının şubat ayında Durmuş Tezcan için çıkarılacak olan Armağan'a katkı olarak yazıldı. Yazı gönderme süresi aşılmıştı ve Armağan baskı aşamasına yakındı. Hakem sürecinden vazgeçmem koşuluyla bana verilen özel izinle makaleyi baskı aşamasına yetiştirmeyi başardım. Ne var ki aradan bir süre geçtikten sonra Armağan Yayın Komitesi makalede bazı değişiklikler yapmamı istedi. Böyle bir müdahaleye alışkın olmadığım için makaleyi geri çektim. Değerli dostum Durmuş Tezcan'ı üzmem istemediğim için kendisine hiçbir bilgi vermedim. Kuşkusuz daha sonra durumdan haberdar olacaktır. O zaman beni bağışlayacağını umuyorum. Bu yazı, gerek konu bakımından ve gerekse kadim dostluğumuzun bir anısı olarak Durmuş Tezcan'a küçük bir armağandır. Kendisine sağlıklı, huzurlu, başarılı ve mutlu daha nice yıllar diliyorum. Yazının geri çekilmiş olması, bu arada nisan ayı içinde çıkmış olan AİHM Alparslan Altan kararının da makaleye son alt bölüm olarak işlenmesine vesile olmuştur. Ayrıca makalenin baskıya hazır bir olgunluk kazanması ve güncellenmesinde katkıları olan Av. Serkan Cengiz ve Dr. Öğretim üyesi Erkan Duymaz'a, yazım kusurlarına dikkatimi çeken Attila Aşut'a özel bir teşekkür borçlu olduğumu da belirtmek isterim.

** Prof. Dr., Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

Çünkü bu hak, onlara karşı duyulan tepkinin yargısız bir infaza dönüşmesini önler, dolayısıyla hukuk devleti sınırları içinde kalınmasını sağlar. Anayasa Mahkemesi, kendi üyeleriyle ilgili suçlamalarda Anayasa'nın ve kendi yasasının sağladığı ek güvenceleri bir sulh ceza yargıcının gözüyle değil, kendi yorumu ile değerlendirmek zorundadır. İstisna normlarını istisna olmaktan çıkaracak bir içerikte genişletilmesine seyirci kalmak, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamaz. Mahkeme üyelerine isnat edilen suçun, “mütemadi suç” özelliği taşıması nedeniyle, “suçüstü” kapsamında sayılması, hukuken kabul edemeyeceği ölçüde genişletici bir yorumdur. Anayasa Mahkemesi'nin işlev ve sorumluluğu, böyle bir yoruma seyirci kalmamayı zorunlu kılar. Burada özetlenen yaklaşım, AİHM'nin 16.04.2019 tarih ve 12778/17 “Alparslan Altan/Türkiye” kararında doğrulanmış bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi'nde (AYM) işlev kaybı, AYM üyelerin yargılanma güvenceleri, mütemadi suç, suçüstü hali, adil yargılanma hakkı,

I. Konuya Giriş

A. Bir Anayasa Hukukçusu Ceza Hukuku Sorunları ile Neden ve Nasıl İlgilenir?

1) Önce bu sorunun **genel** cevabından başlamak yerinde olur. En genel boyutuyla bakarsak, özellikle bireysel başvurunun 2012 yılından bu yana anayasal düzenimizin önemli bir unsuru haline gelmesinden sonra, yalnız ceza hukuku değil, hukukun tüm dallarında bir “**anayasallaşma**”¹ süreci başlamıştır. Bu süreç, içinde bulunduğumuz “**anayasasızlaştırma**” aşaması ölçüsünde aksasa bile, uzun vadede ve nesnel yaşam ilişkilerinin siyasal boyuttan uzak kaldığı oranda kaçınılmaz bir gelişme gösterecektir. Bu anlamda hukuk düzeninin normal işleyişinde, hangi hukuk dalının unsuru olduğuna bakılmaksızın, bir düzenlemenin AİHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlükleri ihlâl eden uygulaması, bireysel başvuruya konu olabilir ve ilgili hukuk dalının iç uygulamasın-

¹ Bu kavram üzerine yazılmış ayrıntılı bir makale için bkz. GÖZLER, Anayasasızlaştırma 2016.

da normal bir müdahale olarak değerlendirilse bile, anayasa hukuku perspektifi ile bireysel başvurunun konusu olan temel hak ve özgünlüğün ihlâli olarak değerlendirilebilir. Hukukta görülen bu anayasallaşma sürecinin yargılama usulü açısından belirleyici özelliği, dava yollarının tüketilmesi koşulunda kendi gösterir.

Bu koşul, son tahlilde Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararın, henüz Anayasa Mahkemesi önüne gelmeden çözülmesi gerektiği varsayımı ve beklentisinden kaynaklanır. Dava yollarının tüketilmesi aşamasında hakkın ihlâli sonucunu doğuracak derecede hatalı bir değerlendirme, Anayasa Mahkemesi'nin bağlayıcı kararı ile düzeltilir. İşte bu hak eksenli tespit süreci, bireysel başvuru ile temyiz aşaması arasındaki nitelik farkının da belirleyici unsurudur.

2) Genel cevabın bir alt aşaması, ceza hukuku ile olan özgül bağlantının belirlenmesidir. Bu anlamda ceza hukukunun temel ilkeleri aynı zamanda anayasa hukukunun da temel ilkeleridir. Bu ilkeler, Anayasa'nın "*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*" başlıklı 38. maddesinde² bir arada toplanmıştır. Bunun gibi Anayasa'nın "*Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı*" başlıklı 17. maddesi ile "*Kişi Hürriyeti ve Güvenliği*" başlıklı 19. maddeleri de doğrudan ya da dolaylı olarak ceza hukukunu ya da ceza yargılama hukukunu ilgilendiren temel kurallar içermektedir. Bu kurallardan bazıları, yalnızca normal yönetim süresince değil aynı zamanda olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönem-

² "MADDE 38 - Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez (1)./Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır(2)./Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur (3)./Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz (4)./Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (5)./Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez (6)./Ceza sorumluluğu şahsidir (7)./Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz(8)./Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez (9). İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir(10)./Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez (11)". Maddenin ilgili fıkraları arasına(/) ayracı tarafından konulmuştur. Ayrıca her bir fıkranın sonuna parantez içinde fıkra numaraları tarafımdan eklenmiştir.

lerde de "**temel hak ve özgürlüklerin sert çekirdeği**" olarak geçerliliğini korumaktadır. Anayasa'nın 15/2. maddesine göre, "*Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanınca ya kadar kimse suçlu sayılamaz.*"

Sorunun genel çerçevesiyle ilgili olarak bu tespitlerle şimdilik yetinebiliriz.

B. Özel Olarak: "Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali" İfadesinin Anayasa Hukukundaki Yeri ve Yansımaları

Başlangıçta ortaya attığımız sorunun konumuzla doğrudan ilgili cevabına gelince, "Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali" ifadesi, Anayasa'nın 83/2. maddesinin ikinci cümlesinde yer almıştır. Anılan fıkra göre,

"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır".³

Görülüyor ki "**ağır cezayı gerektiren suçüstü hali**", milletvekili dokunulmazlığının getirdiği **anayasal güvencelerin bir istisnası** olarak düzenlenmiştir.

Bunun dışında Anayasa'nın başka bir yerinde "**ağır cezayı gerektiren suçüstü hali**" kavramı geçmiyor. Bununla birlikte "**yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi**"nin zorunlu bir uzantısı olarak yasalarda yüksek mahkeme üyelerinin ceza soruşturması ve kovuşturması için getirilen güvencelerde de milletvekili dokunulmazlığının bir istisnası ola-

³ Anayasa, yasa metinleri ve yargı kararlarındaki kalın harfli vurgular tarafımdan yapılmıştır.

rak öngörülen “**ağır cezayı gerektiren suç üstü hali**”ne benzer bir formüle rastlanmaktadır.

Bu çalışmamızda anılan formülün, önce yasama dokunulmazlığı açısından nasıl anlaşıldığı ve bu anlayıştan ne tür sorunların ortaya çıktığı üzerinde durulacak (II), daha sonra Anayasa Mahkemesi üyeleri için getirilen güvenceler bağlamında benzer bir istisna formülünün nesnel yaşam ilişkilerinin gelişim ve değişimiyle ortaya çıkardığı güncel sorunların irdelenmesine geçilecektir (III).

Anayasa’nın 83/2. maddesinde yasama dokunulmazlığının diğer istisnası olarak yer alan “*seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*”, ilke olarak bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

II. Yasama Dokunulmazlığı Açısından “Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali”

A. İstisnanın Nedeni

Bu konuda altı çizilmesi gereken ilk nokta, bu formülün yasama dokunulmazlığı kuralına Anayasa’nın doğrudan getirdiği bir istisna olmasıdır. Bu istisnanın dayanağı konusunda öğretilerdeki görüşler birbirine oldukça yakındır.

Örneğin TEZİÇ’e göre, suçüstü halinde “*îsnadın asılsız uydurma ve siyasi bir amaçla yapıldığına ilişkin bir sav ileri sürülemeyeceğinden, dokunulmazlığın koruyuculuğundan söz edilemez. Dokunulmazlığın tanınmasının temel nedeni olan bu tür bir ihtimal ortada olmayınca da, dokunulmazlıktan yararlanmaya imkân yoktur. Gerçek şudur ki ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde fail (milletvekili) yakalanmışsa, hemen bir ceza takibine başlanmadığı takdirde bu vahim bir skandal yaratır.*”⁴ ÖZBUDUN’a göre de “*ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin ... dokunulmazlığın kapsamı dışında bırakılmış olmasının sebebi, bu durumda isnadın ciddiyeti hakkında kuvvetli bir karinenin varlığıdır*”.⁵ Aynı şekilde GÖREN de “*suçüstü halinde failin suçluluk hali şüphe ve durak-*

⁴ TEZİÇ 2018, s. 459; aynı cümlelerle TUNÇ TAYH 2018, s. 149: “ bu durumda îsnadın asılsız, uydurma ve siyasi amaçla yapıldığına ilişkin bir sav ileri sürülemeyecek olmasıdır)

⁵ ÖZBUDUN 2014, s. 301; GÖZLER de TAYHD 2018, s. 205’de ÖZBUDUN’a gönderme yaparak aynı nedeni tekrarlamaktadır: s.205.

samaya yer bırakmayacak nitelikte olduğundan” bu durumun ayrık tutulduğu görüşündedir.⁶

Bu kısa inceleme de gösteriyor ki Anayasa’da öngörülen istisna formülünün, istisnanın niteliğine de uygun olarak olabildiğince dar bir alanı içermesi gerekmektedir. Özellikle “*îsnadın asılsız uydurma ve siyasi bir amaçla yapıldığına ilişkin bir sav ileri sürülemeyecek*” içerikte olması, “*îsnadın ciddiyeti hakkında kuvvetli bir karinenin varlığı*”, “*suçüstü halinde failin suçluluk hali şüphe ve duraksamaya yer bırakmayacak nitelikte*” olacağı gibi ifadeler, öğretide bu alana çizilen dar çerçevenin genel görüntüsüdür.

B. İstisnanın Unsurları

1. İstisna, “Ağır Cezayı Gerektiren” Suçlarla İlgili Olmalıdır

Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ağır hapis olarak nitelenen bir ceza yaptırımını yer almamıştır. Bu nedenle öğretide “**ağır cezayı gerektiren**” suç kavramı, ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar olarak yorumlanmaktadır. Bu anlamda 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 21 Şubat 2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla değişik 12. maddesine göre:

“*Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan **yağma** (m. 148), **irtikâp** (m. 250/1 ve 2), **resmî belgede sahtecilik** (m. 204/2), **nitelikli dolandırıcılık** (m. 158), **hileli iflâs** (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolaısıyla açılan davalar ile **ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.**”*

⁶ GÖREN 2018, s. 236.

Bu maddede önce, –gerektirdiği cezaya bakılmaksızın- belirli suçlar sıralanmıştır. Ayrıca -suç tipine bakılmaksızın- on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla müebbet hapis cezasının her iki türünü gerektiren suçlar da aynı kapsama alınmıştır.⁷

GÖZLER, Anayasa’da geçen ağır ceza sözcüğünün, bu şekilde anlaşılmasını, genişletici bir yorum olarak değerlendirmektedir. GÖZLER’in bu konudaki görüşünü özetlemek gerekirse: Anayasa’nın 83/2. maddesinde geçen “ağır ceza” kavramı, 5235 sayılı Yasanın “ağır ceza mahkemesinin görevi” başlıklı 12. maddesine atıfla tanımlanamaz. Anayasa’da yer alan bir kavramı, anayasa hukuku açısından tanımlamak gerekir. Anayasa kavramları bağımsız kavramlardır. Bunlar ceza kanunlarına göre tanımlanırsa, anayasanın üstünlüğü ilkesi zarar görebilir. Zira ceza kanunları Meclis’in salt çoğunluğu ile değiştirilebilir. Bu yönde yapılacak ölçsüz bir değiştirme sonunda yasama dokunulmazlığı kurumu anlamını büyük ölçüde yitirebilir. Dolayısıyla bir milletvekili eyleminin “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” kapsamına girip girmediğini değerlendirecek olan yargı mercii (yerine göre ağır ceza mahkemesi ya da Anayasa Mahkemesi), bu kavramı 5235 sayılı Yasa’nın 12. maddesine gönderme yapmadan dokunulmazlık kurumunun öz amacına uygun olarak tanımlayabilirler.⁸

GÖZLER bu görüşlerini 1924 Anayasası’nın getirdiği çözüme gönderme yaparak desteklemeye çalışmaktadır. 1924 Anayasası’nın 17. maddesine göre, dokunulmazlığın istisnası, herhangi bir ağır cezalı su-

⁷ Bu vesileyle Anayasa Hukuku Ders Notları başlıklı kitabımızda yer alan hatalı bir ifadeyi düzeltme zorunluğu doğmuştur. Kitabımızda “ağır cezayı gerektiren suç” kavramının eskiye oranla daraltıldığını belirtmiştik. Bu saptamanın hatalı ya da en azından yanıltıcı olduğu anlaşılıyor. Hata, eski Türk Ceza Kanunu’nun 13. maddesinde yer alan “ağır ceza” tanımından kaynaklanmış olmalı. Bu tanıma göre “Ağır hapis cezası, ömür boyu (eski deyimini ile “müebbet”) ve geçici (eski deyimini ile “muvakkat”) olarak ikiye ayrılır. Geçici ağır hapis cezası, “kanunda tasrih edilmeyen yerlerde 1 yıldan 24 yıla kadar değişen süreler için verilir”. Bu tanımda en az süre olarak geçen 1 yıl ile 5235 sayılı Yasanın 12. maddesinde geçen en az 10 yıllık süre bizi yanıltmış olmalı. Tabii bu konuda gerçek, ancak Ağır Ceza Mahkemesi’nin görev alanına giren suç ve cezalarla eski ceza kanununda geçen “ağır ceza” tanımının ayrıntılı bir inceleme ve karşılaştırmasıyla ortaya konabilir. Ama şurası bir gerçek ki ağır ceza mahkemelerinin görev alanı içinde sayılan kimi suç ve cezalar eski Türk Ceza Kanunu’nun 13. maddesindeki asgari bir yıllık hapis süresinin altında kalmaktadır (Örnek için bkz. m.148/1, m. 336/3 ve m. 338/1).

⁸ GÖZLER, TAYH 2019, s.557 vd.

çüstü hali değil, “**Cinai cürmü meşhut**” halidir. Eklemek gerekir ki Kanunu Esasi’deki çözüm de buna benzemektedir.⁹ GÖZLER bu tespitle bağlantılı olarak, 1961 Anayasası’nda, “cinaî cürmü meşhut” ibaresi yerine “her nedense ağır cezalı suçüstü hali” formülünün kullanıldığını ve bunun 1982 Anayasası’na da aynen geçtiğini belirtmektedir.¹⁰

Bu formüle nasıl gelindiği ayrı bir araştırma konusudur. Kâzım ÖZTÜRK’ün “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası” başlıklı kaynak metnini esas alarak yaptığımız kısa araştırmada “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” formülünün ilk kez İstanbul Komisyonunun hazırladığı “Ön Tasarı”nın¹¹ 83/3 maddesinde yer aldığını belirledik¹² Gereğesi kitabın karmaşık yapısı içinde gözümüzden kaçmış olabilir. Ancak Lütfü DURAN’ın raporunda dile getirdiği karşı görüş, son derece ilgi çekicidir: “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde, üye derhal takibata mevzu olmakla beraber, keyfiyetten haberdar edilen meclis meseleyi tetkik edip dokunulmazlığın kalktığına veya iadesine dair bir karar vermelidir. Çünkü teşrii dokunulmazlık, hukuki bir durum olup, fiili bir vaziyet dolayısıyla kendiliğinden kalksa bile, keyfiyetin bir hukuki tasarrufla izhar ve tesbiti lâzım gelir. Bundan başka suçüstünün mürettep (tertiple edilmiş, danişıklı) ve suçun musanna (uydurma, düzme) olması ihtimaline binaen de dokunulmazlığın iadesi mevzubahsolabilir ve mümkün olmalıdır.*”¹³

Bu karşı oy, bugün karşılaştığımız kimi sorunlar açısından nitelikli bir hukukçunun gösterdiği titizliğin ve uzakgörüşlülüğün güzel bir ifadesidir. Ne var ki bu uyarı itibar görmemiş ve “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” formülü, Kurucu Meclis’te hazırlanan ilk tasarının 70/2 maddesinin 2. cümlesi olarak ifadesini bulmuştur. Ayrıca benzer bir formüle Siyasal Bilgiler Fakültesi’nce hazırlanan “Ön Tasarı”nın 46/2 maddesinde de “**ağır hapsi gerektiren meşhut suçlar**” olarak yer verilmiştir: Kurucu Meclis’in bu konudaki gereğesi ise aynen şöyledir: “*Eski Anayasamızın 17 nci maddesinde de mevcut bulunan “dokunulmazlık” ve “sorumsuzluk” esasları aynen muhafaza edilerek yenibaştan kaleme alınmış-*

⁹ SEVİNÇ 2004, s.121

¹⁰ GÖZLER aynı yer

¹¹ Resmi adı:“Yüksek Öğretim Üyelerinden Oluşan Anayasa Komisyonunca Hazırlanan Anayasa Öntasarısı”

¹² ÖZTÜRK 1966, s. 48.

¹³ ÖZTÜRK 1966, s. 129 vd.

tır.”¹⁴ Bu gerekçenin dokunulmazlığa getirilen istisna bakımından gerçeği yansıtmadığını artık biliyoruz.

Öyle anlaşılıyor ki istisna konusu, 1961 Kurucular’ınca üzerinde durulacak kadar önemli görülmemiş, formülün ileride getirebileceği tehlikeler o dönemin nesnel koşulları içinde farkedilmemiştir.

GÖZLER, bu tehlikeyi bir boyutuyla erken teşhis edenlerden biridir. Savunduğu görüşlerinin, ceza hukukumuzda “ağır hapis” kavramından vazgeçildiği döneme kadar tartışılır yönleri olsa da¹⁵, bu kavram yerine “ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar” tanımının benimsenmesine gösterdiği tepki, son derece yerinde ve isabetlidir. Bu bağlamda özellikle “Anayasa’da yer alan bir kavramı, anayasa hukuku açısından tanımlamak gerektiği” yönündeki vurgusu, doğru yorum ilkeleri bakımından, özellikle “anayasaya uygun yorum” ilkesi bakımından da büyük önem taşımaktadır.

Ama ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere konunun asıl yumuşak karnı, “suçüstü” kavramında yaratılan olağandışı genişleme eğiliminde kendini göstermektedir.

2. Suçüstü Kavramı

“Anayasa Hukuku Ders Notları” başlıklı kitabımızda suçüstü kavramı, öğretilerdeki tanımlara paralel olarak şöyle açıklanmıştır:

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2. maddesindeki tanıma göre “suçüstü” kavramı aşağıdaki durumları kapsamaktadır:

- İşlenmekte olan suç;
- Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra, kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç;
- Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç.

Norm metni bakımından oldukça açık görünmekle birlikte, son dönem uygulamaları bu tanıma, hukuk güvenliğini, hukukta belirginlik ilkesini, hatta denebilir ki suçta kanunilik ilkesini alt-üst edebilecek bir belirsizlik getirmiştir. Daha çok “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali”

¹⁴ ÖZTÜRK 1966, s. 504.

¹⁵ Örnek olarak bkz. SEVİNÇ 2004, s. 135 vd.

kavramının yüksek mahkeme başkan ve üyeleriyle ilgili uygulamasıyla gündeme gelen bu sorunlara geçmeden önce, belli bir dönemin milletvekilleriyle ilgili olmakla birlikte, bu sorunların açıklanmasında da önemli rol oynayacağını düşündüğümüz 2016 Anayasa Değişikliği üzerinde kısaca durmak yerinde olacaktır.

C. Milletvekili Dokunulmazlığı Konusunda Yapılan 2016 Anayasa Değişikliği ve Değişikliğin Amacı Aşan Sonuçları

1. Değişikliğin Anlamı ve Arka Planı

6718 sayılı ve 20.05.2016 kabul tarihli kanunla (RG 08.06.2016 – 29736) Anayasaya eklenen Geçici Madde 20’ye göre:

*“Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, **bu dosyalar bakımından**, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.*

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili mercii-ne iade edilir.”

Böylece yukarıda madde metninde tarafımdan kalın harflerle vurgulanmış bulunan dosyalar bakımından Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının **“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.”** şeklindeki ilk cümlesi uygulama dışı tutulmuş, daha doğru bir ifadeyle geçici bir süre askıya alınmış olmaktadır. Bunun anlamı, bu dosyalarla ilgili milletvekillerinin normalde TBMM tarafından ayrı ayrı kaldırılması gereken yasama dokunulmazlıklarının Anayasa’ya eklenen geçici bir madde ile belli dosyalar için ortadan kaldırılmış olmasıdır. Böylece Geçici Madde 20, Anayasa’nın 83/2 maddesinin belli bir süre ve belli dosyalar için “tabiri caizse”

“görmezden gelinmesini” sağlamaktadır. Ne var ki geçici maddenin yol açtığı hukuksal sonuç bununla da sınırlı kalmayıp, GÖZLER’in de isabetle vurguladığı gibi ilgili milletvekillerinin Anayasa Mahkemesi’ne itiraz haklarını da ellerinden almaktadır.¹⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 85. maddesine göre yapılan bir başvuruyu reddetmiştir.¹⁷ Karar gerekçesinin önemli bölümleri şöyledir:

“12. Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların şekil bakımından denetimi, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde Cumhurbaşkanı veya TBMM üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Somut iptal taleplerinde bu şartların gerçekleşmediği de açıktır.

13. Anayasa’da değişiklik yapan bir kanunun Anayasa Mahkemesince denetimi ancak Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca açılan bir iptal davası ile mümkün olup söz konusu kanunun Anayasa’nın 85. maddesi çerçevesinde denetlenebilmesi olanaklı değildir. Anayasa değişikliğine dair kanunun kabulü sırasında meydana geldiği iddia edilen şekil aykırılıkları da ancak, Anayasa’nın 148. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak açılan bir iptal davasının konusunu teşkil edebilir.

14. Anayasa’da açıkça öngörülmiş bir dava yolu kapsamında denetim olanağı bulunan ve özel koşullara tabi tutulan Anayasa’ya aykırılık iddiasının, iptali talep edilen kuralın parlamento kararı niteliğinde olduğu ileri sürülerek Anayasa’nın 85. maddesine göre milletvekillerinin münferit iptal taleplerine konu edilmesi, Anayasa’nın 148. maddesi hükmünün anlamsız ve işlevsiz hâle gelmesi sonucunu doğurur.

15. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu 6718 sayılı Kanun’la Anayasa’ya eklenen geçici 20. maddenin, Anayasa’nın 85. ve 6216 sayılı Kanun’un 54. maddeleri uyarınca iptali ve yürürlüğünün durdurulması taleplerinin reddi gerekir.”

Bu gerekçede Mahkeme özetle diyor ki, anayasa değişikliğini şekil bakımından inceleyebilmem için Anayasa’nın 148. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 10 gün içinde usulüne uygun olarak açılmış bir iptal davasının varlığı gerekir. Anayasa’nın 85. maddesine göre, yani yasama

¹⁶ GÖZLER TAYH 2019, s. 570; anılan Anayasa Değişikliğinin köklü bir eleştirisi için bkz. GÖZLER, Anayasasızlaştırma s. 23 – 26.

¹⁷ AYM 03.06.2016 E.2016/54, K.2016/117: RG 09.06.20016 – 29737.

dokunulmazlığının iptali için açılan bir davada bu incelemeyi yapmaya yetkili değilim. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi, dolaylı olarak şunun altını çiziyor: Ana muhalefet partisi ya da TBMM üye tam sayısının beşte bir üyesi böyle bir dava açmış olsaydı ben bu davaya bakabilirdim.

Anayasa Mahkemesi’nin bu gerekçesinin kendi iç mantığı içinde tutarsız olduğunu söylemek güçtür. Burada asıl eleştirilmesi gerekenler, iptal davası açma yetkisine sahip olup da, bu yetkisini kullanamayan ana muhalefet partisi ve mensuplarıdır. Yetkinin kullanılamamış olmasının saiki ise daha da düşündürücüdür: “*Anayasaya aykırı, ama olumlu oy vereceğiz*”¹⁸

Geçici Madde 20, demokratik devlet ve hukuk devleti ilkelerinin özüne dokunduğundan anayasaya aykırıdır. Konumuzla doğrudan bağlantısı olmadığı için bunun ayrıntılarına girmiyoruz. Şu kadarını söylemekle yetinebiliriz: Anayasa Mahkemesi daha önce anayasa değişikliklerini biçim yönünden denetlemiştir. Bu denetimin temel gerekçesi şöyledir:

“...*Anayasa’yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa’nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, ... gerekir. ... Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır...*

Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün... (değildir)”.¹⁹

Bu gerekçenin mantıksal temellerinin izlerini Geçici Madde 20 ile ilgili karar gerekçesinde bile görmek mümkündür. Ancak bu gerekçe, Mahkeme’nin Geçici Madde 20’yi iptal edememesini açıklasa da, sonuç itibarıyla dokunulmazlıkları kaldırılmış olan milletvekillerinin itirazlarını bireysel olarak inceleyip karara bağlanmasına bir engel teşkil etmemelidir. Çünkü 85. madde Anayasa Mahkemesi’ne “anayasaya aykırı” olarak -şu veya bu biçimde- dokunulmazlığı kaldırılmış milletvekillerinin başvurusu üzerine, birel nitelikte oluşan işlemin iptaline karar verme

¹⁸ <http://www.milliyet.com.tr/anayasaya-aykiri-ama-evet-siyaset-2226787/>

¹⁹ AYM, 05.06.2008, E. 2008/16, K.2008/116: RG 22 Ekim 2008 – 27032.

yetkisini tanımaktadır. 85. maddede milletvekilliğinin düşmesi kararına karşı hangi hallerde itirazda bulunulabileceği 84. maddenin ilgili fıkraları tek tek sayılarak belirtildiği halde, yasama dokunulmazlığının kaldırılması yönünden 83. maddeye herhangi bir gönderme yapılmış değildir. Burada 2016 Anayasa Değişikliği iptal edilmeden onun sonucu olarak ortaya çıkan birel işlemin iptal edilemeyeceği yönünde bir itiraz akla gelebilir. Ancak anayasaya uygun yorum ilkesi bakımından bunun bir engel teşkil etmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Böyle bir çözüme hukukumuz yabancı değildir. İdari yargı sisteminde düzenleyici işlemin iptali istenmemiş olsa bile, onun uygulaması niteliğindeki birel işlemin iptali sağlanabilmektedir. Aynı mantık burada da geçerli olmalıdır. Bu nedenle dokunulmazlıkları Anayasa'ya aykırı olarak askıya alındığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuran milletvekillerinden her birinin kendileriyle ya da başka bir milletvekili ile ilgili birel işleme yönelik başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun bir yorumla karara bağlayabileceğini düşünüyoruz. Ama bunun için yasama ve yürütmeden gerçek anlamda bağımsız mahkemelerin varlığı gereklidir. İçinde bulunduğumuz hukuksal ve fiili koşulların buna elverişli olmadığı ise ortadadır.

2. Değişikliğin Amacı Aşan Sonuçları: Enis Berberoğlu Olayı

Geçici Madde 20'nin Anayasa'ya ve hukuka aykırı sonuçları bununla kalmamış, aslında maddenin geçici ve son derece sınırlı olan kapsamına, uygulamada bir çeşit süreklilik kazandırılmıştır. Bu maddeye dayanılarak dokunulmazlığı askıya alınan ve tutuklu olarak yargılama süreci içinde olan CHP milletvekili Enis Berberoğlu, 24 Haziran seçimlerinde yeniden seçilince yeni bir dokunulmazlık kazandığı ve Anayasa'nın 83/4 maddesinin açık kuralı uyarınca "***Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlı***" kılındığı halde, yargılanmasına devam edilmiş ve arkasından Anayasa'nın bu hükmünü bertaraf etmek istercesine mahkûmiyetinin onanması cihetine gidilmiştir. Olayın yargısal seyri kısaca şöyledir:

Enis Berberoğlu'nun tekrar milletvekili seçilmesi nedeniyle yargılamanın durdurulması ve tahliyesi için yaptığı başvuru, Yargıtay Onaltıncı Ceza Dairesi'nin 19.07.2018 tarih ve E.2018/2088 ve K.2018/10 (D.İş.) sayılı kararıyla reddedilmiştir. GÖZLER, milletvekili dokunul-

mazlığı kurumunun hukuki niteliğini ön plana çıkararak bu kararı aşağıda özetlendiği şekilde eleştirmektedir:²⁰

“Yasama dokunulmazlığı sürekli değil, geçici niteliktedir. Milletvekilliği sona erince, yasama dokunulmazlığı da kendiliğinden sona erer. Keza yasama dokunulmazlığını doğuran olay “seçim”dir. Yani bir kişinin yasama dokunulmazlığına sahip olmasının sebebi onun milletvekili olarak seçilmesidir. Ne kadar seçim var ise, o kadar yasama dokunulmazlığı vardır. O nedenle her seçimde yasama dokunulmazlığı tekrar başlar. Tabir caiz ise, yasama dokunulmazlığı bakımından, seçimler bir tabula rasa oluşturur. Her seçim, devam eden yasama dokunulmazlıklarını sıfırlar ve yenilerini başlatır. ...

... Geçici 20’nci maddenin kapsamı, 20 Mayıs 2016 tarihinde “Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, TBMM Başkanlığına veya Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar”dır. Bu dosyalarda kaldırılması istenen yasama dokunulmazlıkları, 3 Kasım 2015 tarihli milletvekili seçimleriyle kazanılmış olan yasama dokunulmazlıklarıdır... 26’ncı yasama döneminde yasama dokunulmazlığını ortadan kaldıran bir sebep, 27’nci yasama döneminde geçerli olamaz.

.... 26’nci dönem için geçerli olan bir sebeple, bir milletvekilinin 27’nci dönemde de yasama dokunulmazlığının sağladığı korumadan mahrum bırakılması, anayasa hukukunda geçerli olan yasama dokunulmazlığı teorisinin bütün temellerinin altüst olması anlamına gelir. Eğer böyle bir şey mümkün ise, Yargıtay Onaltıncı Ceza Dairesinin yasama dokunulmazlığı teorisini yeniden yazması gerekir. ...”

Günümüz koşulları içinde Yargıtay’dan böyle bir duyarlılığın beklenemeyeceği eski Hocalarımızın deyimiyle “*izahtan varestedir*”.

Aynı konuda 08.08.2018 tarihli Cumhuriyet’te yayımlanmış olan görüşümüzde özetle şu noktalar vurgulanmaktadır:

“Yargıtay kararının temel gerekçesi geçici 20. maddenin 83/2. madde karşısında özel hüküm niteliği taşımasıdır. ... Bu kurallardan biri sürekli, diğeri geçici ise, burada özel – genel norm ilişkisinden söz etmek yorum konusunda hatalı sonuçlara götürür. ... Genel hukuk öğretisine göre, iki hukuk normu arasında özel-genel ilişkisinin doğabilmesi

²⁰ Ayrıntılar için bkz. GÖZLER TAYH 2019, s.570 – 572.

için, özel normun uygulama alanının genel norm tarafından kapsanması, başka bir deyişle özel normun düzenlediği bütün hallerin, aynı zamanda genel normun düzenlediği haller arasında yer alması gerekir. ... (Oysa) geçici maddede düzenlenen olguların Anayasa'nın 83/2. maddesinin düzenlediği haller arasında yer aldığını ileri sürmek mümkün değildir. ... Anayasa'nın 83/2.maddesinde yer alan **“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.”** içerikli kural, yalnızca “geçici 20. madde kapsamına giren dosyalar bakımından” uygulama dışı tutulmuştur. Bu bağlantı ise özel-genel norm ilişkisini değil, AY m. 83/2’de öngörülen kuralın uygulanmasına getirilen **geçici ve sınırlı bir istisnayı ifade eder. Bu özelliği ile tipik bir istisna kuralıdır. İstisna kuralları ise dar yorumlanır.** ... Oysa Mahkeme yorum yoluyla geçici bir istisna kuralına Anayasa’da yer almayan ve anayasa koyucu tarafından da amaçlanmayan bir genişlik ve süreklilik kazandırmıştır. ... Çünkü geçici maddenin hangi dosyalarla ilgili olarak uygulanmayacağı, maddede yorum gerektirmeyecek bir açıklıkta vurgulanmıştır. Bu istisnayı, yeni bir seçimle yeniden kazanılmış bir dokunulmazlığa yaymak, istisnaların dar yorumlanacağına ilişkin yorum kuralına açıkça aykırıdır. ..., (Öte yandan) Yargıtay kararını klasik yorum kurallarının **hiçbiri ile** bağdaştırmak mümkün değildir: Sözel yoruma hiç itibar edilmemiş, geçici, istisnai ve sınırlı kapsamda bir maddeden Anayasa'nın bu alandaki asıl maddelerini dışlayan adeta sürekli bir madde yaratılmıştır. ... (Genetik yorum açısından en tipik olanı) ... Anayasa ve Adalet Karma Komisyonu Başkanının “tekrar bir seçim olması halinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından dokunulmazlığı yeniden kazanacağı” yönündeki açıklamalarıdır. ²¹ Yargıtay bu kadar net bir açıklamayı (görmezden gelmiştir) ... Karar, sistematik ve amaçsal yorum açısından daha da kusurludur. ... Kararda (Geçici Madde 20 karşısında) **tatbik kabiliyeti bulunmadığı** ” ileri sürülen madde açık

²¹ ““Anayasa'nın 83/4.maddesi varlığını sürdürmektedir Buna göre, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması meclis dokunulmazlığının yeniden kaldırılmasına bağlıdır. Bu kurala ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Hüküm yerinde durduğu ve geçerli olduğundan tekrar bir seçim olması halinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından dokunulmazlığı yeniden kazanacağı açıktır”

bir Anayasa kuralıdır.²² ... Kaldı ki Anayasa'nın 83/3. maddesi de sistematik yorum gereği gözönünde tutulması gereken bir başka kural içermektedir.²³ ... Olayda ilgilinin durumunun “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” veya “Anayasa'nın 14. maddesiyle ilgili durumlar” gibi istisnalar kapsamında olmadığı kararda oybirliği ile benimsendiğine göre, dava mahkûmiyetle sonuçlansa bile, ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacak, dolayısıyla ilgilinin herhalükârda tahliye edilmesi gerekecektir. Karşı oy yazısında vurgulanan bu açık anayasa hükmü ... Mahkeme çoğunluğunu ilgilendirmemiştir. ... Anayasa kuralları, aralarında alt-üst ilişkisi olmayan bir bütünü ifade eder. Anayasanın bütünlüğü, Anayasa Hukuku'na özgü temel yorum kurallarının başında gelir. Bu genel yorum ilkesinin somutlaşmış alt ilkesi, ... Anayasa Mahkememizce de benimsenmiş bulunan “**pratik uyuşum**” (Praktische Konkordanz) ilkesidir. Bu ilkeye göre, birbiriyle çelişen anayasa kuralları, herbirine **optimal anayasal etki** sağlayacak bir denge gözetilerek yorumlanır. Bu yorumda, belli bir çıkar ya da değer diğerine tercih edilmesine yol açacak bir tartı yapılmaz. Aksine, çatışan anayasa normlarından birini diğerine feda etmeden, her birine optimal etki sağlayacak çözümler aranır. ... Ne var ki Yargıtay 16. Hukuk Dairesi kararında ... pratik uyuşum ilkesinin izini bulmak mümkün değildir. Oysa somut olayda bu ilke gözetilmeden verilecek her türlü karar, anayasa hukuku açısından havada kalmaya mahkûmdur.... (Bu bağlamda) kararda seçilme hakkı ve bu hakkın anayasal güvenceleri gözardı edilmiştir. Oysa yasama dokunulmazlığı, seçilme hakkının vazgeçilmez bir parçasıdır..., Demokrasinin temel unsurlarından olan ... hakları yok sayan bir yorum tarzının hukuk devletinde ve anayasal demokraside yeri yoktur. Hele bu tür anayasal hakları, amacı pratik bir çözüm getirmek olarak açıklanan geçici ve istisnai bir maddeye tâbi kılmak, Anayasal hakları ikinci sınıf bir kategori haline getirmiş olur. Tutukluluk ve cezayı ön

²² “Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.” (AY m.83/4). “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” (AY m.11/1).

²³ “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.”

plana taşıyan ve anayasal hakları, tutuklama tedbirine ve ceza yaptırımına feda eden bir zihniyeti yansıtmış olur.”

Yargıtay’ın hukukla bağdaşmayan ve güncel bir siyasal boyutla bütünleşen kararının olası sonucunu GÖZLER şöyle özetlemektedir: “Onaltıncı Ceza Dairesinin bu kararına karşı yapılan itiraz Yargıtay Onyedinci Ceza Dairesi 10 Eylül 2018 tarihli kararıyla, usûl bakımından reddedilmiştir. Yargıtay Onaltıncı Ceza Dairesi 19 Eylül 2018 tarihli kararıyla Enis Berberoğlu’na ... verilen verilen 5 yıl 10 ay hapis cezasını onamıştır. Kesinleşmiş mahkeme kararı TBMM Genel Kurulunda okunduğunda Enis Berberoğlu’nun milletvekilliği düşecek ve cezası infaz edilebilecektir.”²⁴

Enis Berberoğlu olayı yukarıda özetlenen boyutuyla siyasallaşmış bir yargı düzeninin varabileceği yerin tipik bir örneğidir.

III. Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyeleri İle İlgili Disiplin, Suç ve Cezalara İlişkin Güvenceler, Güvencelerin İstisnası ve Gündeme Getirdiği Sorunlar

Bu konunun hemen başında belirtmekte yarar var. Anayasa’da yasama dokunulmazlığının istisnası olarak öngörülen “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” kavramı, 3 Nisan 2011 tarih ve 27894 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 30.03.2011 gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un (AYMKYUK) 16 ve 18. maddelerinde “**ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri**” olarak tanımlanmıştır. Bunun nedeni, yargıçlarla ilgili güvencelerde yasama dokunulmazlığına benzer bir istisna formülünün doğrudan Anayasa’da yer almamış olmasıdır. Bu nedenle –özellikle ceza hukukumuzda ağır hapis kavramından vazgeçildikten sonra - yasa koyucunun Anayasa’nın 83/2. maddesinin 2. cümlesinde yer alan istisna formülünü kullanmamış olmasını yadırgamamak gerekir. Ancak yasa koyucunun bu takdiri, yargıç güvencesinin yasama dokunulmazlığına göre daha zayıf bir güvence olabileceği anlamına gelmez. Yeter ki yargı organı, “**ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri**” formülünün anayasal güvencelerin bir istisnası olduğu ve yorum ilkeleri uyarınca dar yorumlanması gerektiği bilinci içinde hareket etsin ve Anayasa’nın sıkça kullandığı deyimle „**mahkemelerin**

²⁴ GÖZLER TAYH 2019 s. 572.

bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı” ilkeleri çerçevesinde karar versin. Bunu daha da güçlendirmek üzere özgül bir önem taşıyan bir başka ilke, „**anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı**“ ilkesidir. Gerçi bu ilke Anayasa Mahkemesi dışında kalan yargı mercileri için de bağlayıcıdır. Ama bu konuda kesin ve bağlayıcı karar verme, yani son sözü söyleme yetkisi Anayasa Mahkemesi’ndedir.

A. Güvencelerin Kaynağı

Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri ile ilgili „**Disiplin İşlemleri ile Suç ve Cezalara İlişkin Hükümler**” 6216 sayılı AYMKYUK’nun 16 ve 18. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, Anayasa’nın 140/3. maddesinde yer alan esasların somutlaştırılmasıdır: Bu fıkranın konumuzla ilgili hükümlerine göre, „ ... *haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk ... mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*”

Görülüyor ki Anayasa’ya göre temel ölçüt “yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi” ilkeleridir. Özellikle yüksek yargıçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmaların bu ilkelere uygun olarak yapılması anayasal bir zorunluktur. “Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi” ölçütüne Anayasa’nın tam 8 yerinde²⁵ yer verilmiş olmasının kuşkusuz özel bir anlam ve önemi vardır. Anayasa’nın gösterdiği bu özen ve titizlik, anılan ölçütün yasa koyucuyu bağlayacağı, başka bir deyişle onun takdir yetkisini sınırlayacağı anlamına gelir. Aksi düşünce, bağımsız ve tarafsız yargı düzenini ve özellikle de anayasa yargısının varlık nedeni olan anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini yadsıyan bir anlayışı yansıtır. Bir yasal düzenlemenin bu ilkelere uygun olup olmadığı yönünde yapılacak bir denetim, “yerindelik denetimi” değil, norm denetimidir. Başta “yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri” olmak üzere tüm anayasal kural ve ilkeler, yasa koyucunun takdir yetkisini bağlar.²⁶

²⁵ AY. m.140/2 ve 3, 145/4, 154/5, 155/5, 156/4, 157/5, 159/1

²⁶ Bu görüşümüzü, Anayasa Mahkemesinin aksi yöndeki uygulamasını eleştirmek üzere kaleme almıştık. Ayrıntıları ve eleştirinin hangi bağlamlarda yapıldığı konusunda

B. Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyeleriyle İlgili Yargısal Güvencelerin ve Bu Alandaki İstisnaların Genel Çerçevesi

1) Yukarıda da açıkladığımız gibi 6216 sayılı AYMKYUK'da “*ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri*” olarak ifade edilen istisna formülü, öğretide Anayasa'nın milletvekilleri için seçtiği istisna kavramı ile özdeş bir anlamda kullanılmaktadır. Bu iki istisna formülünün özdeş olmadığını, an azından farklı hukuksal sonuçlara açık olduğunu belirtmek gerekir. Anayasa'da yer alan formülde ağırlık “suçüstü” kavramındadır; suçüstü halinin ağır cezayı gerektiren bir suç olması ona bağlı bir özelliktir. Ağır hapis kavramı hukukumuzda artık yer almadığından bu kavramı dar yorumlama imkânı açıktır. Buna karşılık ikinci formülde ağır ceza mahkemesinin görevine giren tüm suçlar suçüstü halinde istisna kapsamına girmiş olmaktadır.²⁷ Ama unutmamak gerekir ki 6216 sayılı Kanun'da bu formül, başkan ve üyeler için getirilen güvencelerin bir istisnasını oluşturmaktadır. Sonuçta yine dar yorumlanması gerekir.

2) Ancak bu bağlamda öncelikle tartışılması gereken husus, yasa organı mensuplarıyla yargı organı mensupları arasında bu açıdan bir ayırım yapıp yapılamayacağı sorusudur. Kanaatimizce güvence her ikisi açısından gereklidir. Hatta yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri esas alındığında yargı organı mensuplarının güvencelerinin ağır basacağı kuşkusuzdur. Ama yargıç güvencesinin yasama dokunulmazlığından daha zayıf olması hiçbir şekilde kabul edilemez.

3) 6216 sayılı Yasa'da “*ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri*” ifadesinin hangi bağlamda yer aldığı aşağıda gösterilmiştir:

bkz. SAĞLAM 2017, s. 373 – 444, makalenin konu ile ilgili bölümleri ve sonuç bölümü.

²⁷ Bu açıdan ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla milletvekilliğine engel suçlar arasında ikincisi lehine bir uyum sağlanması gerektiği yönünde yapılan bir eleştiri için bkz. DEMİR 2018, s. 486; ancak bu görüşü suçüstü halinin milletvekilliğine engel suçlarla sınırlı tutulması açısından kabul edilebilir bulmakla birlikte, bu suçlarda suçüstü kavramından bağımsız üçüncü bir istisnanın önerilmesi düşüncesine katılmıyoruz. Her ne kadar DEMİR bu görüşünü izleyen paragrafta “Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde tutuksuz yargılanma önerisiyle yumuşatmışsa da bunu üçüncü bir istisna önermeden de yapabilirdi.

a) “**Başkan ve üyeler hakkında inceleme ve soruşturma**“ başlıklı 16/1. maddeye göre, “**Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ... için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.**“

b) Adli soruşturma ve kovuşturma” başlıklı 17. maddesinin ilk üç fıkrasında da aynı ölçüt yer almaktadır:

“ (1) **Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere**, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Başkan ve üyeler hakkında koruma tedbirlerine ancak bu madde hükümlerine göre karar verilebilir.

(2) **Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. İddianame hazırlanması hâlinde kovuşturma Yargıtay ilgili ceza dairesince yapılır.**

(3) **Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli dışındaki görevden doğan veya görev sırasında işlendiği iddia edilen suçlar ile kişisel suçlarda Soruşturma Kurulu, soruşturma sırasında 5271 sayılı Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan koruma tedbirlerinin alınması talebinde bulunursa, Genel Kurulca bu konuda karar verilir.**”

4) 6216 sayılı Kanun’un 16 ve 17. maddeleri bir bütün olarak Anayasa Mahkemesi üyelerinin bağımsızlığını sağlamak üzere getirilmiş güvence normlarıdır. “**Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli**” ise bu güvenceye getirilmiş bir istisnadır. İstisna kuralı her ne kadar genel hükümlere gönderme yapmış olsa da başkan ve üyelerle ilgili soruşturmanın başlatılması, istisna kapsamına girip girmediklerinin belirlenmesi Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu kararına bağlıdır. Dolayısıyla genel hükümlere göre yargılama aşamasına geçilmesi de bu karara bağlı bir sonuçtur. Şu halde soruşturmayı başlatma (16. maddedeki deyimiyile “soruşturmanın açılması”), soruşturmanın genel hükümleri göre yürütülüp yürütülmeyeceğine karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne aittir. Yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturmanın yürütülmesi ve tamamlanması ise ancak bu karar-

dan sonra gündeme gelir. Bundan sonraki aşama ise, iddianamenin hazırlanması ve kovuşturmanın Yargıtay ilgili ceza dairesince yapılmasıdır.

Bu süreç, herhangi bir sapma olmaksızın aynen uygulanmak kaydıyla istisna kuralının niteliğiyle de bağdaşabilir. Sonuç olarak burada asıl görev ve inisiyatif Anayasa Mahkemesi'ndedir.

C. Güvenceleri Uygulama Yerine Uygulamama Yönünde Ortaya Çıkan Eğilim

1. 6216 Sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyeleriyle İlgili Güvence Kurallarının Uygulamada Gündeme Gelişi

6216 sayılı Yasa'nın yukarıda açıklanan güvence kuralları, ilk kez üyelerden **Alparslan Altan ve Erdal Tercan**'la ilgili olarak gündeme gelmiştir. Başka yazılarımızda da belirttiğimiz gibi, bu kişilerin iddia edildiği gibi FETÖ örgütüne üye olmaları halinde, elbette hukukun gereği yerine getirilir. Ama iddia bir gerçek olsa bile, bu durum, kimseye onları Anayasa'nın sağladığı güvencelerden yoksun bırakma hakkını vermemelidir. Sonuçta bu güvenceler bir imtiyaz değil, Anayasa gereği usulüne uygun olarak onlara verilmiş olan görevin bağımsız bir biçimde yerine getirmelerinin bir gereğidir. Tıpkı yasama dokunulmazlığı ile milletvekillerine sağlanan güvencede olduğu gibi. Kuşkusuz bu güvenceler, kapsamı içinde olanları, sonuçta suçtan masun kılmamaktadır.

Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın yaptıkları bireysel başvuru iki ayrı kararla sonuçlanmıştır.²⁸ Bu kararlarda edindiğimiz bilgiler şöyle özetlenebilir:

a) Anayasa Mahkemesi, daha önce iki üyesinin meslekten çıkarılmasıyla ilgili olarak verdiği kararda²⁹ hiç değinmediği bilgi ve belgelere Alparslan Altan ve Erdal Tercan kararlarında geniş kapsamda yer vermektedir. Ama bunların hiçbiri Mahkeme'nin kendi Yasası'na göre yapmakla yükümlü olduğu araştırma, soruşturma ve değerlendirmenin ürünü değildir. Oysa Mahkeme'den beklenen, yukarıda özetlenen özel

²⁸ AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15586: RG 19.01.2018 – 30306 (Alparslan Altan Kararı); AYM 12.04.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15637: RG: 22.05.2018 – 30428 (Erdal Tercan Kararı).

²⁹ AYM 04.08.2016, E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/717f7c20-b696-4379-84f6-dfb568f8844a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).

yargılama usulüne uyararak bu tür bilgi, belge ve kanıtlara ulaşması ve bunların icabına göre bir karar vermesiydi. Mahkeme bunu yapacak yerde sulh ceza mahkemeleri ile fezlekelerin söylediklerini nakletmekle yetinmektedir. Üstelik bunu yaparken, sanki bir **seyirci** rolüne geçmekte ve yaptığı aktarmalara ilişkin kendi görüşünü örtülü tutmaya olabildiğince çaba göstermektedir. Bunun için başvurduğu yöntem de dikkat çekicidir. Bu yöntemi birkaç örnekle somutlaştıralım:

“... söz konusu suçun kişisel suç olarak nitelendirilmesinin **temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğu söylenemez**. ... Alparslan Altan Kararı par: 123).

“... suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin **olgasal ve hukuki temelden yoksun ve keyfi olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir**. (Alparslan Altan Kararı par:128)

“.... Bir suçun niteliğinin (kişisel suç mu, görev suçu mu olduğu) belirlenmesi soruşturma ve kovuşturma süreçlerini yürüten adli mercilere aittir. ... Hukuk kurallarının yorumlanmasında **-Anayasa'ya bariz şekilde aykırı olarak- keyfilik bulunması, bunun temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet vermesi hâli dışında suçun niteliğinin belirlenmesine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır** ... söz konusu suçun kişisel suç olarak nitelendirilmesinin **temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğu söylenemez** (“Erdal Tercan Kararı, par.140)

“ ... başvurucuya isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçu yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin **olgasal ve hukuki temelden yoksun ve keyfi olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir**” (Erdal Tercan Kararı, par. 145)

b) Görülüyor ki bütün bu formüller, Mahkeme'nin kendi değerlendirmesi olmayıp. C. Savcılarının, Sulh Ceza ve/veya Ağır Ceza Yargıçlarının, Anayasa Mahkemesi'nin sanık üyeleriyle ilgili değerlendirmeleridir. Temel dayanağı da Anayasa Mahkemesi'nin bu konularda kendisini yetkili görmemesidir. Oysa 6212 sayılı AYMKYUK'nun 16, 17. maddelerine uyarınca -ilgili maddelerde yer alan istisnaların tespiti de dahil olmak üzere- bu konularda doğrudan yetkili ve görevli olan mahkeme Anayasa Mahkemesi'dir. Aksi takdirde o maddelerde yer alan güvence kurallarının hiçbir anlamı kalmaz. Şu halde Anayasa Mahkeme-

si'nin, derece mahkemelerinden naklettiği değerlendirmeleri daha önce kendisinin yapması ve gerektiğinde genel hükümlere göre soruşturma yapılmak üzere dosyayı yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına havale etmesi gerekirdi. O zaman belki adı geçen üyelerle ilgili olarak aynı sonuç hasıl olabilirdi. Ama bu sonuç usul kurallarına bağlı kalınarak ve doğru ve adil yargılamanın güzel bir örneği olarak ortaya çıkmış olurdu. Üstünlüğü ve bağlayıcılığı Anayasa'dan kaynaklanan, üst hukuk normlarını nihai olarak yorumlama yetkisine sahip bir yüksek mahkemenin böyle bir **seyirci** görünüm sergilemesi, uğradığı işlev kaybının talihsiz bir görüntüsüdür. Bu ayırımın zorunlu olarak bağlı olduğu niteliksel değerlendirme farklılıkları üzerinde birazdan durulacaktır.

c) 6216 sayılı Kanununun 16 ve 17. maddelerinde yer alan istisnalar üzerinde ayrıca ve daha ayrıntılı durmakta yarar vardır. Gerek Alparslan Altan ve gerekse Erdal Tercan'la ilgili kararda Mahkeme, olaya yabancı kalışını, 6216 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddelerinde yer alan istisnaya dayanmak suretiyle haklı çıkarmaya çalışmaktadır: Gerçekten de 16/1 maddeye göre "*Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.*" Bu kuralın istisnai niteliği 17. maddenin ilk fıkrasında çok daha açık bir biçimde vurgulanmıştır: "*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Başkan ve üyeler hakkında koruma tedbirlerine ancak bu madde hükümlerine göre karar verilebilir.*"

Bu düzenlemelerin açık anlamına göre, asıl olan Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı değerlendirmedir. Kendi üyelerinin suç teşkil ettiği ileri sürülen eylemlerinin 6216 sayılı AYMKYUK'nun ilgili maddelerinde belirtilen istisnaya girip girmediğine karar verme yetkisi de Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Eylemi istisna kapsamı içinde görürse, soruşturma ve kovuşturmanın genel hükümlere göre yürütülmesi için konuyu yetkili ve görevli yargıç ya da mahkemelere havale eder. Aksi takdirde **asıl yetkinin derece mahkemelerine ait olduğu** iddia edilmiş olur ki, böyle bir yaklaşım, 16 ve 17. madde ile getirilmiş bulunan güvence kurallarını işlevsiz bırakır, başka bir deyişle içini boşaltmış olur. İşte Anayasa Mahkemesi, bu konunun önemini ihmal etmiş olmanın bedelini,

Şahin Alpay başvurusu ile verdiği bağlayıcı karara karşı Ağır Ceza Mahkemesi’nce direnilmiş olmasıyla oldukça ağır bir biçimde ödemek zorunda kalmıştır.³⁰

2. Suçüstü Kavramının Gündeme Gelişi

a) Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların eylemlerinin “suçüstü hali” kapsamına nasıl girdiğini kendisi tarafından yapılacak bir değerlendirme sonunda açıklaması gerekirken, bu konuya yabancı kalışını da şöyle açıklamaktadır:

“...ağır cezalık suçüstü hâlinin ise somut olayda söz konusu olmadığı yönündeki itirazlar; tutuklamaya karar veren Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından **isnat edilen silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu ve olayda suçüstü hâlinin bulunduğu**, bu itibarla başvuruçulu hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere tabi olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir.” (Alparşlan Altan kararı par.120).

b) Anayasa Mahkemesi aynı yorumu, bu kez fezlekeye dayanarak sürdürmekte,³¹ ama daha sonra bu yaklaşımını şöyle açıklamaktadır:

“Hukuk kurallarının yorumlanmasında -Anayasa’ya bariz şekilde aykırı olarak- keyfîlik bulunması ve bunun temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet vermesi hâli dışında suçun niteliğinin belirlenmesine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Başvuruçulu hakkındaki tutukluluğa ilişkin belgeler başta olmak üzere soruşturma dosyasında yer alan tespit ve değerlendirmeler karşısında söz konusu suçun kişisel suç olarak nitelendirilmesinin **temelsiz ve keyfî bir yaklaşım olduğu söylenemez (123)**”

c) Buna bağılı olarak Mahkeme “Yargıtay’ın yerleşik uygulaması”na atıfta bulunarak **silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğunu**, dolayısıyla **suçüstü kapsamında** değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (125, 126). Gördüğümüz kadarıyla Yargıtay’a atfen verilen örnekler darbe teşebbüsünden sonraki kararlara ilişkindir. Hatta bunlardan biri, “olumsuz görev uyuşmazlığı” sonunda, yani ağır ceza mahkemesinin güvence kurallarına dayanarak verdiği gö-

³⁰ Bu konuda ayrıntılar için bkz. SAĞLAM 2019, s. 81-88.

³¹ Bkz. Alparşlan Altan kararı paragraf: 121, 122.

revsizlik kararı sonunda verilmiştir³². Ancak Yargıtay kararları kendi yasasının ya da Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun öngördüğü güvence kuralları kapsamında verilmiş kararlar olup, Anayasa Mahkemesi üyeliği için getirilmiş güvencelerle ilgili değildir.

d) Anayasa Mahkemesi, Alparslan Altan kararında bu konuya ilişkin gerekçelerini yeterince inandırıcı bulmamış olmalı ki bu eksikliği, Erdal Tercan kararında Yargıtay kararlarına daha geniş ölçüde yer vererek gidermeye çalışmıştır (Bkz paragraf 71 – 74). Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.10.2017 tarihli ve E.2017/YYB-997, K.2017/404 sayılı ilamının referans gösterilmesi, özellikle bu açığı kapatma amacına yönelik olduğu izlenimini uyandırmaktadır: Bu kararda yer alan bir vurgu, konumuz bakımından da önem taşımaktadır: “... **ana kural, soruşturma işlemlerinin yürütülmesi ve kovuşturma makamlarının belirlenmesi açısından genel hükümlerin uygulanması olup, bu husustaki özel hükümler ise; failin sıfatı ve/veya suçun niteliğine bağlı olarak, belirli ilkeler doğrultusunda ve mevzuatta açıkça belirtilen istisnai hallerde uygulanmaktadır.**”

Tekrar belirtelim ki yukarıda yapılan alıntı da dahil olmak üzere 71 ve 74 No.lu paragraflarda yer verilen kararların, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri için yasanın öngördüğü özel güvence normlarıyla bir ilgisi yoktur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun konusu olan dava, **Hâkimler ve Savcılar Kanunu**'nun kapsamı içinde kalan kişilerle ilgilidir. Başka bir deyişle adı geçen dava Yargıtay Başkan ve üyeleriyle de ilgili değildir. Bu nedenle yukarıdaki alıntıda “*ana kuralın, soruşturma işlemlerinin yürütülmesi ve kovuşturma makamlarının belirlenmesi açısından genel hükümlerin uygulanması olduğu*” yönündeki açıklamanın Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri için öngörülmüş olan güvence normlarıyla hiçbir ilgisi yoktur. Anayasa Mahkemesi, **Hâkimler ve Savcılar Kanunu** ile ilgili bir konuyu referans gösterecek yerde kendi kuruluş kanununun 16 ve 17. maddelerini dikkatle okusaydı, **hangi kuralın asıl ve hangi kuralın istisna** olduğu konusunda herhangi bir kuşkuya kapılmazdı. Ay-

³² “İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davada bu Mahkeme ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesine ilişkin kararında, anılan suçun temadi eden suçlardan olduğunu belirtmiş ve isnat edilen suçların kişisel suç olduğuna da değinerek Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir.” (Bkz. Alparslan Altan kararı paragraf 126).

rica bu ayırmaları tespit ve gereğine göre karar verme yetkisinin de kendisine ait olduğunu görürdü.

e) Yukarıda incelenen Anayasa Mahkemesi kararlarında sık sık Yargıtay’ın **yerleşik** içtihadından söz edildiğini gördük. Ama acaba suçüstü kavramının bilinen anlamını aşan yerleşik bir içtihattan söz etmek ne derece doğru olur? Örneğin şimdiki Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cerit, İlhan Cihaner aleyhine açılan kamu davasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 28/09.2010 gün ve 2010/YYB-162 Esas ve 2010/179 sayılı kararına karşı kaleme aldığı karşı oy yazısında şu gerekçeye de yer vermektedir: “... *sanığa atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçunun mütemadi bir suç olması, örgütten çekilme, teslim olma veya yakalanma gibi fiili bir nedenle ya da iddianame düzenleme gibi hukuki bir nedenle temadinin kesilmesine kadar suçun devam etmesi sebebiyle Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik uygulamasında da açıklandığı gibi suç tarihi hukuki ve fiilî kesintinin oluştuğu tarihtir. Gözaltına alındığı ana kadar silahlı terör örgütüne üye olmayı sürdürdüğü ve yakalandığı anda örgütte üye olma suçunu işlediği iddia edilen sanığın yakalanmasının CMK’nun 2/j-1 maddesindeki “işlenmekte olan suç” kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle suçüstü hükümlerine göre genel usulün uygulanması gerekmektedir.*”

Oysa Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu gerekçeye itibar etmemiş ve dosyanın, yüksek görevli mahkeme olarak Yargıtay 11. Ceza Dairesine gönderilmesine karar vermiştir³³. Bu örnek, “yerleşik” olduğu söylenen bir içtihadın, yüksek yargıçların anayasal ve yasal güvenceleri yönünden taşıdığı zaafı göstermesi bakımından önemlidir.

f) Bir başka sorun daha var. Bu sorun, şimdiye kadar yaptığımız açıklamaların çok daha önemli bir boyutunu ilgilendiriyor. Zira yukarıdaki açıklamalar, 6216 sayılı Yasa’nın 16 ve 17. maddeleriyle getirilen güvencelerle bağlantılı olarak yapılmış açıklamalardır. Anayasa Mahkemesi’nin kendi iki üyesinin meslekten çıkarılmasıyla ilgili kararı ise, aynı zamanda Anayasa’da açıkça yer almış bir güvenceyle doğrudan ilgilidir: Anayasa’nın 147/2. maddesine göre “*Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından*

³³ Bu karara dikkatimi çeken ve karar metnini bana veren Av. Turgut Kazan’a teşekkür borçluyum.

yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.

Buradaki güvence, doğrudan Anayasa'nın getirdiği bir güvencedir. Buna karşılık 6216 sayılı Yasanın 16 ve 17. maddelerinde yer alan güvenceler, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin (AY m. 138 ve 139) Anayasa Mahkemesi üyelerine uyarlanmış bir kesitidir. Şu halde Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetki alanı ile derece mahkemelerinin yetki alanını belirlemek amacıyla dile getirdiği *“kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır”* cümlesinin, anayasal güvenceler için hiçbir biçimde geçerli olamayacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle Alparslan Altan ve Erdal Tercan kararında meslekten çıkarma ile ilgili saptamaların öncelikle bu bakış açısıyla değerlendirilmesi zorunludur. Ayrıca Mahkeme üyelerinin anayasanın öngördüğü nedenler dışında görevlerine son verilmesi açısından AİHM'nin BAKA kararını³⁴ da gözönünde tutmak isabetli olurdu. Ne var ki Mahkeme, bu konuyu sadece dava yollarının tüketilmemiş olması açısından ele almıştır. Mahkemeye göre, *“685 sayılı KHK'da, 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilenlerin kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya dava açabilecekleri ve bu kişilerden daha önce dava açmış olanların idare mahkemelerinde derdest olan veya karar verilen dosyalarının Danıştaya gönderileceği hükme bağlanmıştır”* (Alparslan Altan Kararı par.173). Mahkeme buna dayanarak 685 sayılı KHK ile belirginleştirilen dava yolunun başvuru durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz, etkili bir yargı yolu olduğu belirtmekte ve bu yol tüketilmeden başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincillik niteliği" ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşmaktadır. (Alparslan Altan Kararı par. 175).

Kararın bu bölümünü okuduktan sonra tam bir şaşkınlık geçirdiğimi belirtmek zorundayım. Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir kanıtı gerek görmeksizin sosyal çevre bilgileriyle zaten ulaştığı bir sonuç, dava

³⁴ AİHM'nin 26 Haziran 2016 Tarihli Baka – Macaristan Büyük Daire Kararı. Bu kararda başvuranın eski yüksek mahkeme başkanlığının, süresinin bitiminden üç buçuk yıl önce sona erdirilmesinin, davalı devletin yargı bağımsızlığını koruma göreviyle bağdaşmadığı belirtilmiştir (par.172); ayrıntılar için bkz. TEZCAN 2016, s. 3687-3694.

yollarını tüketecek “etkili” bir yol olmak üzere Danıştay’a gönderilecek ve oradan Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararı düzeltecek bir karar beklenecek. Şaka gibi. Bu mantığın Anayasa’nın Anayasa Mahkemesi’ne verdiği işlevle bağdaşır bir yönü yoktur. Bu yolun etkili bir yol olduğunu belirtmek, - kendi işlev ve varlığını yadsımak istemiyorsa- Anayasa Mahkemesi’nin aklına bile getirmemesi gereken bir çözümdür.

3. Güvencelerin İhmaliyle Oluşan Sorunlar

a) Yukarıdaki tespitlerin tümü Anayasa Mahkemesi’nin Alparslan Altan ve Erdal Tercan kararından aktarılmıştır. Bunlardan hiçbirisi Anayasa Mahkemesi’nin kendi üyelerinin meslekten ihracı ile ilgili kararında yer almamaktadır. Buna makul bir açıklama bulmak mümkün müdür? Meslekten ihraç kararında 6216 sayılı Yasa’da yer alan güvence kurallarının adı bile geçmiyor ki istisnalarından söz edilmiş olsun. “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali*” ya da “*silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu*”na ilişkin Yargıtay kararlarına o kararda hiç yer verilmemiştir. Bu durumu Anayasa Mahkemesi’nin hukukumuzdaki önemi ve işleviyle bağdaştıramıyoruz.

b) Yazının başlangıcından bu yana “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali*” kavramını, **anayasal ve/veya yasal güvencelerin istisnasını** oluşturan bir kural olarak değerlendirdik. Genel hukuk öğretisine göre **istisna kurallarının dar yorumlanması gerekir**. Kaldı ki bu yorum kuralı, 6218 sayılı Yasanın, “*yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi*”nin somutlaşmış bir ifadesi olan güvence normlarıyla doğrudan bağlantılı olarak uygulanınca, onu takviye edecek bir başka yorum kuralı ile birleşmesi kaçınılmaz olur: “*in dubio pro libertate*”. Çünkü Anayasa Mahkemesi ile ilgili güvenceler, aynı zamanda özgürlüklerin de temel güvencelerinden biridir.

c) Oysa **Yargıtay’ın gönderme yapılan ve yerleşmiş olarak nitelenen içtihadında geliştirilen yorum, “suçüstü” kavramının bir istisna kuralıyla bağdaştırılması mümkün olmayan ölçüde genişletilmesidir**. Suçüstü halini 667 sayılı KHK’ye paralel olarak “**terör örgütüyle irtibathı veya iltisaklı olma**” olgusuna indirgemenin istisnayı kurala dönüştürme girişiminden bir farkı yoktur. Böyle bir yaklaşım anayasaya uygun yorum yöntemiyle de bağdaşmaz. Anayasaya uygun yorum konusunda son ve bağlayıcı sözü söylemek Anayasa Mahkemesi’nin görev ve işlevi içindedir.

d) “**Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli**” -mütemadi suçlar açısından- uygulamada “*suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler*” unsuruna indirgenmiş bulunmaktadır. Bu tarz bir yorum, istisna olarak konulmuş bir kuralının genişletici bir yoruma tabi tutulması demektir. Üstelik böyle bir yaklaşım, sözel yorum sınırlarını da aşar. Çünkü, suçüstü kavramı bakımından işlenmekte olan suç, **işlendiği görülen, gözlemlenen** suçtur. Bu tanım, mütemadi suç bakımından da geçerlidir. Bu nedenle **mütemadi suçlarda suçüstü kavramını, tutuklamanın ön koşulu ile özdeş kılmak mümkün değildir.**

4. Gündemdeki Sorunların Yasama Dokunulmazlığı ile Karşılaştırılması

a) Yukarıda özetlenen sorunlara cevap arayanlar önce yasama dokunulmazlığında suçüstü kavramına neden bu anlamın verilemediğine makul bir cevap bulmak zorundadırlar. Burada “verilemedi” sözcüğü bilinçli olarak seçilmiştir. Çünkü bu anlayışta bir suçüstü kavramı ile suç işlediği iddia edilen bazı HDP milletvekillerinin dokunulmazlıklarını kaldırmadan ya da askıya almadan, onları tutuklama, yargılama ve mahkûm etme yoluna da gidilebilirdi. Bunun için de anayasayla bağdaşmayan bir anayasa değişikliği yapılmasına gerek kalmazdı. Ama bunun yerine aynı sonuca şaibeli bir anayasa değişikliği ile ulaşma yolu tercih edildi. Neden? **Çünkü “suçüstü hali”, siyasal boyutu yüksek bir olayda inandırıcı olamazdı.** Suçüstü hali burada inandırıcı olmayacaksa, aynı kavrama yüksek mahkeme üyelerinin yargılanmasında anahtar rolü vermek, ceza hukukuna egemen bir ilkeyle, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaştırmak nasıl mümkün olacak?

b) Yukarıdakine bağlı bir başka soru: “Yargıtay’ın yerleşik uygulaması”na atfen, **“silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu, dolayısıyla suçüstü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği”** görüşü, milletvekili dokunulmazlığı açısından da geçerli ise, Anayasa, **“Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali”** ile **“seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar”** arasında neden bir ayırım yapma ihtiyacını hissettiğine anlamlı ve inandırıcı bir cevap bulmak mümkün olabilir mi? (Okundu)

5. Yaptığımız Hukuksal Değerlendirmenin Uluslararası Alanda Teyidi Olarak: AİHM’nin Alparslan Altan Kararı

Bir hukuk yazarı için en değerli ödül, yazdıklarının uluslararası düzeyde doğrulanmış olmasıdır. Bu açıdan AİHM’nin 16.04.2019 tarih ve 12778/17 sayılı Alparslan Altan/Türkiye” kararının ana hatlarıyla sunulması, bu makalede dile getirdiğimiz sorunların daha iyi anlaşılabilmesini sağlayacaktır. Karar İngilizce ve Fransızca yazılmış olup, metnin tam çevirisi, resmi ya da özel henüz yapılmış değildir. Burada Anayasa Gündemi başlıklı sitede yayımlanmış olan Benan Molu’nun özet çevirisini esas aldık³⁵. Çeviride kararın paragraf numaraları yer almamıştı, Bu nedenle, kararın aslı ile karşılaştırarak paragraf numaralarını da vermeye çalıştık.

a) Bütün makalemiz boyunca “*ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri*” formülünün yargıçlar için getirilen anayasal güvencelerin bir istisnasını oluşturduğunu ve bu niteliği ile yorum ilkelere uyarınca ve özellikle “*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı*” ilkelerini de gözönünde tutarak dar yorumlanması gerektiğini açıklamaya çalıştık.

AİHM kararını bu açıdan karşılaştırdığımızda yukarıda belirlediğimiz sorunların kararda aynı yönde vurgulandığını görüyoruz. Ancak bundan önce Mahkemenin hangi yoldan bu noktaya geldiğinin açıklanması gerekir.

(1) AİHM’nin hareket noktası yasallık ilkesidir. Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, özgürlükten mahrum bırakılma halinin yalnızca 5. maddenin (a) ve (f) fıkraları arasında sayılan istisnalardan birine dayanması yeterli olmaz. Özgürlük alanına yapılacak müdahale aynı zamanda **iç hukuka göre de “yasal” olmalıdır**. Başka bir deyişle herhangi bir yakalama veya tutuklamanın öncelikli olarak iç hukukta yasal bir dayanağının olması temel koşuldur. Ancak iç hukuka uygunluk da tek başına yeterli olmamaktadır. Buna ek olarak 5. maddenin 1. fıkrası, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin keyfilikten de korunması amacını şart koşmaktadır. Mahkeme, bunu sağlamak için özellikle yasal

³⁵ <https://anayasagundemi.com/2019/04/20/ihamin-alparslan-altan-kararinin-cevirisi-aym-hakiminin-darbe-girisiminden-sonra-sucustu-hali-ve-tutuklandigi-anda-somut-delil-olmadan-tutuklanmasinda-makul-suphe-yoktur-tutuklama-karari-hukuka/> (erişim tarihi:3 haziran 2019).

kesinlik (yasal belirlilik) (legal certainty) açısından iç hukukun Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını da denetlemektedir (Par. 101).

(2) AİHM, bu temel yaklaşımın altını çizdikten sonra konuyu daha özgül (spesifik) bir açıdan ele almakta, yargı mensuplarının görevlerini bağımsız bir şekilde yürütmelerinin güvence altına alınması için iç hukukun yasal koruma öngördüğü durumlarda bu tedbirlerin söz konusu düzenlemelere uygun olmasını zorunlu görmektedir. Özellikle yargı mensuplarına karşı tutuklama kararının uygulanması söz konusu olduğunda, Mahkeme kendisini, onları korumada daha özenli davranmakla yükümlü görmektedir (Par. 102).

Bu açıdan iç hukukta özgürlükten yoksun bırakılma ile ilgili şartların, açıkça tanımlanmış ve uygulamada da öngörülebilir olmasını daha büyük bir titizlikle aramaktadır (Par. 103).

b) Bu ilkelerin başvuru konusu olaya uygulanması açısından Mahkemenin hareket noktası, şöyle özetlenebilir: Mahkeme'ye göre, başvuru konusu olayda taraf iddialarının ayrıştığı nokta, başvuru konusunun yakalandığı ve tutuklandığı tarihlerde Anayasa Mahkemesi üyesi görevinde ve dolayısıyla özel bir konumda bulunmasına rağmen, genel hükümlere dayanılarak tutuklanmış olmasının 'kanun kalitesi' gereklerine uygun olup olmadığı sorusunda düğümlenmektedir (Par.106). Mahkemeye göre başvuru, soruşturma makamları ve Türk mahkemeleri tarafından darbeye girişiminde bulunan FETÖ/PDY örgütünün üyeliği şüphesi ile özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır (Par. 108). Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10 Ekim 2017 tarihli kararına göre, silahlı terör örgütüne üyelik şüphesi ile yakalanan hâkimler suçüstü halinde sayılır. Yargıtay'ın temadi eden suçlara ilişkin yerleşik içtihatlarına dayanan suçüstü hali ile ilgili bu yeni hukuki yorum, başvuru tutuklandıktan çok sonra geliştirilmiştir (Par. 109).

İç hukuka göre ulusal mahkemelerce yapılan yorumlar, keyfi ya da açıkça mantıksız olmadığı sürece, AİHM, kendi rolünü, yorumlamanın etkilerinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını incelemekle sınırlı olarak değerlendirmektedir. (Par. 110). Mahkemeye göre, CMK'nin 2. maddesinde yer alan suçüstü tanımının olağan boyutları aşılmış, CMK'nin 100. maddesi bağlamında- bir suç örgütüne üyelik şüphesinin varlığı, tek başına suçüstü halinin varlığı için yeterli sayılmıştır (Par. 111). Suçüstü kavramının bu yönde genişletilmesi, Anayasa Mahkemesi hâkimi olarak görev yapan ve bu nedenle 6216 sayılı kanunun korumasında olan başvurucuyu bu korumadan yoksun bırakmaktadır. Böyle bir yorum,

yetkililerin müdahalelerine karşı yargı mensuplarını korumak amacıyla sağlanan usulî güvenceleri boşa çıkarmaktadır (Par. 112).

c) AİHM, bu değerlendirmeyi yaparken, yargıçlara sağlanan bu tür yargısal korumaların kendi kişisel çıkarları için değil, ancak bağımsız bir şekilde görevlerini ifa etmelerini sağlamak için konulduğu görüşündedir. Bu tür bir koruma, dokunulmazlık anlamına gelmemektedir. Genelde yargı sistemi özelde yargı mensuplarına sağlanan bu korumanın amacı, görevlerini yerine getirirken, yargısal sistem dışında bulunan makamlardan ve hatta denetleyici ve inceleme görevinde bulunan hâkimlerden gelebilecek haksız kısıtlamalara maruz kalmalarını önlemektir. Bu çerçevede Türk mevzuatı, bir Anayasa Mahkemesi üyesinin tutuklanmasını yasaklamış değildir. 6216 sayılı yasanın 16 ve 17. maddelerinde öngörülen usullere uygun olarak yargısal dokunulmazlık Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırılabilir ve yargılama başlatılarak tutuklama gibi önleyici tedbirlere karar verilebilir (Par. 113).

Öte yandan Mahkeme, Yargıtay'ın 10 Ekim 2017 tarihli kararıyla **CMK'nin 2. maddesinde yer alan suçüstü kavramına getirdiği genişletici yorumu gerekçelendirilmediği görüşündedir (Par. 114).**

Bu bağlamda Mahkeme, suçüstü hali kavramının bu şekilde geniş yorumlanmasının OHAL'e uygun bir cevap olarak da kabul edilemeyeceğini dikkate almaktadır (Par. 118).

d) Bütün bu açıklamalardan bağımsız olarak, **AİHM kararının en dikkat çekici yanı**, sonuçta kullandığı tatsız bir nitelirmede kendini göstermektedir: Mahkeme'nin gerekçesine göre, ulusal mahkemelerin mütemadi suç kavramına dayanarak suçüstü hali kavramının kapsamını bu şekilde genişletmeleri, **yalnızca yasal belirlilik anlamında sorun oluşturmamakta**, ayrıca dayanılan yorum biçimi gerekçede "**manifestly unreasonable**" ("açıkça makul olmayan") terimi ile nitelendirilmektedir³⁶ (Par. 115).

d) AİHM, anılan kararında olaydaki tutuklama kararını "makul şüphe" açısından da tartışıp, başvurucunun **tutuklandığı anda bu suçu işlediğine dair makul bir şüphe olmadığına**, bu nedenle **Sözleşme'nin**

³⁶ "In the light of the foregoing, the Court concludes that the national courts' extension of the scope of the concept of in flagrante delicto and their application of domestic law in the present case are not only problematic in terms of legal certainty (see paragraph 103 above), but also appear manifestly unreasonable."

5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. Konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için bunun ayrıntılarına girmiyoruz.

e) AİHM kararıyla ilgili olarak **genel bir değerlendirme** yapmak gerekirse: Anayasa Mahkemesi, yukarıda da açıkladığımız gibi, **kendi anayasal ve yasal yetkilerini kullanmayıp, derece mahkemelerinin bu yöndeki kararlarını**, bir çeşit şablon ifadeyle **dolaylı bir yoldan nakletmekle yetinmiş**, ama bunları, **kendi görüşü olarak ifade etmemeye** de özel bir çaba göstermiştir. Şablon formül şöyledir: “*Suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin olgusal ve hukuki temelden yoksun ve keyfi olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir*”. Bu yaklaşımın Türkiye açısından üzücü ve düşündürücü olan yanı şöyle özetlenebilir: Anayasa Mahkemesi, bu dolaylı gerekçeyle kendisine yapılan başvuruyu “**açıkça dayanaksız**” bularak reddederken, AİHM, “genişletilmiş suçüstü yorumunu”, “**manifestly unreasonable**” (“açıkça makul olmayan”) olarak nitelenmektedir. Bu derin çelişki, Türk hukuk düzeni adına hüzün verici bir talihsizliktir. Bize göre böyle bir çelişkiyi gerekli kılacak hiçbir hukuksal koşul mevcut değildir. Çünkü, kimse AYM üyeleri ya da diğer yüksek yargıçlar, yakalanamaz, tutuklanamaz ve yargılanamaz demiyor. Ama bütün bu adımların yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkelerinden kaynaklanan daha güvenceli bir usulü ve yöntemi var. Ve bu usul ve yöntem AYM başkan ve üyeleri açısından 6212 sayılı AYMKYUK’de ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunuyor. Gerek bizim makalemizde ve gerekse AİHM’nin Alparslan Altan kararında AYM üyelerine dokunulamayacağına ilişkin tek bir satır yer almamıştır. Aksine, 6212 sayılı AYMKYUK’nin başkan ve üyeler için öngördüğü güvence kuralları uyarınca ve **AYM kararıyla**, gerek tutuklama önlemi alınmasına ve gerekse genel hükümlere göre yargılama yapılmasına imkân tanımaktadır. Bu özel usule uyulmamış olması, bir çeşit görev ihmali izlenimi bırakıyor. Anayasa Mahkemesi, böyle bir ihmalin içine girmemiş olsaydı, belki suçüstü kavramının mütemadi suçla karmalanmış ve genişletilmiş yorumu, “manifestly unreasonable” nitelenmesine muhatap olmayacaktı.

IV. Sonuç

(1) Yukarıda gündeme gelen sorunlar, Anayasa Mahkemesi’nin işlevindeki düşüşün çağrıştırdığı sorunlardır. Bunlar, en az FETÖ örgütü ile siyasal ve hukuksal yönden mücadelenin zorunlu olması kadar önemli sorunlar olarak değerlendirilmelidir. Bunlara kayıtsız kalan bir Anaya-

sa Mahkemesi, FETÖ örgütü ile siyasal ve hukuksal mücadeleye olumlu bir katkıda bulunmuş olmaz. Çünkü bu mücadele, hukuk devleti ilkelerine bağlı kalındığı ölçüde güçlü olur.

(2) Adil yargılanma, herkesin hakkıdır. Hatta bir suçlunun, daha çarpıcı bir örnekle bir teröristin ya da darbe girişimcisinin bu hakka olan gereksinimi, normal vatandaştan çok daha fazladır. Çünkü bu hak, onlara karşı duyulan tepkinin yargısız bir infaza dönüşmesini, yasada onlar için öngörülen cezanın aşılmasını önler, dolayısıyla hukuk devleti sınırları içinde kalınmasını sağlar.

(3) Anayasa Mahkemesi, kendi üyeleriyle ilgili suçlamalarda Anayasa'nın ve kendi yasasının sağladığı ek güvenceleri bir sulh ceza yargıcının gözüyle değil, kendi yorumu ile değerlendirmek zorundadır. Kendi yasasının ilgili maddeleri bunu emretmektedir: Anayasa Mahkemesi, yukarıda incelenen kararlarında bu kurala tam anlamıyla **yabancı** kalmıştır.

(4) İsnat edilen suçun “*ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri*”nden olması durumunda da bu niteliğin Anayasa Mahkemesi'nce belirlenmesi gerekir. Çünkü, adil yargılanma hakkının ihlâl edilip edilmediği konusunda son ve bağlayıcı kararı verme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

(5) İstisna normlarının metinleri aynı kaldığı halde, bu normları istisna olmaktan çıkaracak bir içerikte genişletmek, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamaz.

(6) Vardığımız bu sonuçlar AİHM'nin 16.04.2019 tarih ve 12778/17 sayılı Alparslan Altan/Türkiye” kararı ilke düzeyinde doğrulanmış bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Dip notlarındaki kısaltmalar parantez içinde verilmiştir.

Fevzi DEMİR, Anayasa Hukuku, 10. Bası, İzmir 2017 (DEMİR 2017).

Zafer GÖREN. Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (GÖREN 2018).

Kemal GÖZLER, 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? – Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-uzun.pdf>, (GÖZLER, Anayasasızlaştırma 2016.).

Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Yayınları Bursa 2018 (GÖZLER TAYHD 2018).

Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku 3. Baskı, BURSA 2019 (GÖZLER, TAYH 2019).

Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2014 (ÖZBUDUN 2014).

Kâzım ÖZTÜRK, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Cilt 1 Temel Metinler, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara 1966 (ÖZTÜRK 1966)

Fazıl SAĞLAM, Anayasa Hukuku Ders Notları Lefkoşa 2013.

Fazıl SAĞLAM, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”: Av. Teoman Ergül’e Armağan, TBB Yayını, Ankara Ocak 2017, s. 373 – 444 (SAĞLAM 2017).

Fazıl SAĞLAM, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”: Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 7/Sayı 13 Yıl 2018 (Derginin anılan sayısı fiilen 2019 yılında basılabildiğinden, dip notlardaki kısaltma “SAĞLAM 2019” olarak verilmiştir.)

Murat SEVİNÇ, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, Kırılgaç Yayınevi. Ankara 2004 (SEVİNÇ 2004).

Durmuş TEZCAN, “Hâkim Güvenceleri Açısından 26 Haziran 2016 Tarihli Baka – Macaristan Büyük Daire Kararı İle İlgili Bazı Gözlemler”: Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları’na Armağan – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Özel Sayı, 2016/4, s. 3687-3694 (TEZCAN 2016).

Erdoğan TEZİÇ, 20. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2016 (TEZİÇ 2016).

Hasan TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2018 (TUNÇ TAYH 2018).

Yargı Kararları

AIHM’nin 26 Haziran 2016 Tarihli Baka – Macaristan Büyük Daire Kararı.

AIHM’nin 16.04.2019 tarih ve 12778/17 Alparslan Altan/Türkiye” Kararı

AYM, 05.06.2008, E. 2008/16, K.2008/116: RG 22 Ekim 2008 – 27032.

AYM 03.06.2016 E.2016/54, K.2016/117: RG 09.06.2016 – 29737.

AYM 04.08.2016, E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12

AYM 11.01.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15586: RG 19.01.2018 – 30306.

AYM 12.04.2018, Bireysel Başvuru No: 2016/15637: RG: 22.05.2018.

Yargıtay Onaltıncı Ceza Dairesi'nin 19.07.2018 tarih ve E.2018/2088 ve K.2018/10 (D.İş.)