

SUNUŞ

OLAĞANÜSTÜ HÂLDE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ: ANAYASAL DÜZENİN SONU MU?

OHAL uygulamaları ve Anayasa değişikliği, Ekim 2016-Nisan 2017 dönemine damgasını vuran iç içe süreçler oldu.

I. OHAL UYGULAMALARI

Anayasa Mahkemesi'nin OHAL KHK (kanun hükmünde kararname) üzerinde denetim yapmayı reddetmesini¹ izleyen hafta ve aylarda, KHK uygulaması, sadece Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine değil, Anayasa'ya da açıkça aykırı bir uygulamaya dönüşerek, OHAL ilanı ile hiç ilgisi olmayan alanlara yayılmaya başladı.

OHAL döneminde gözetilmesi gereken uluslararası asgari standartlar öncelikle hatırlatılmalı: etkililik (alınacak önlemler), anayasallık (anayasal düzenin işletilmesi), hukuk devleti (temel gereklerinin korunması), bireysel özgürlük (temel haklar bütünü) ve demokrasi (halkın seçtiği organlarla birlikte karar alma ve denetim)².

Ne bu asgari standartlara ne de daha sınırlı güvenceler öngören anayasal gerekliliklere uyuldu. Bu konuda, doğrudan OHAL ile ilgili Anayasa'nın 3 maddesi, öncelikle belirtmeli: madde 120 (OHAL ilan nedeni), madde 15 (Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması) ve madde 121 (Olağanüstü hâllerle ilgili düzenleme ve OHAL KHK)³.

¹ AYM, 2 Kasım 2016. Bu konuda bkz.: AYHD-10: "Ender Türk, Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler", ss. 551-569.

² İ. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1, 7. Bası, İmge, Ekim 2013, s. 101.

³ Bu konularda bkz.: AYHD-10: Emre Birden, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülükler Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyfilik Yasağı", ss. 409-471; Tolga Şirin, "1982 Anayasasına Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hâl Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", ss. 475-521.

Bunlara kısaca işaret edelim:

- OHAL, darbe girişimcilerine karşı ve arkasındaki terör örgütüne karşı etkili bir mücadele verebilmek için Anayasa madde 120 çerçevesinde ilan edilmiş olmakla birlikte, OHAL düzenlemeleri, neden, konu ve amaç bakımından çoğunlukla bu maddenin kapsam alanı dışında.

- Hak ve özgürlükler bakımından: OHAL kapsamında alınan önlemler, madde 15'te yer alan üç ana ölçüte aykırıdır: durumun gerektirdiği ölçü, uluslararası hukukun gerekleri ve insan haklarının sert çekirdeği.

- OHAL KHK bakımından: Sadece içerik değil, yetki ve usul bakımından da OHAL KHK adı altında yapılan düzenlemeler, birçok bakımdan, Anayasa madde 121'e açıkça aykırıdır.

1) *Amaç ve kapsam*: “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması zaruri olan tedbirler ile bunlara ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*” KHK/667, madde 1'de kapsam bu şekilde belirlendiği hâlde, “*Olağanüstü Hâlin Uygulanmasına İlişkin Tedbirler*” başlıklı ikinci bölümü, OHAL için Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkan bir dizi önlem içermekte. KHK/692'ye kadar yapılan düzenlemeler, OHAL ile doğrudan veya dolaylı ilişkisi bulunmayan birçok alana yayılmış olup; bu özelliğiyle OHAL/KHK, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu eliyle toplumsal muhalefeti tasfiye aracı hâline gelmiştir.

2) *KHK niteliğine aykırı düzenleme*: Adından da anlaşıldığı üzere kararname, “kanun hükmünde”, düzenleyici ve normatif işlem özelliğiyle kişilik dışı ve genel nitelik taşır. Bununla birlikte, bireysel nitelikte idari işlemler yoluyla yapılması gereken resmî düzenlemeler, özellikle ek listeler hâlinde KHK yoluyla yapılmıştır.

3) *İşlemin sahibi*: KHK metni genellikle bir-iki sayfa ile sınırlı tutulup, buna binlerce ismin yer aldığı yüzlerce liste eklenmiştir. Metin (normatif işlem) ve ek listeler (idari işlem) şeklinde ortaya çıkan biçim kayması ile Bakanlar Kurulu toplantı tarihi ve KHK tarihine ilişkin zaman kayması arasında paralellik kurulabilir. Liste ekleme, KHK niteliği ile bağdaşmadığı gibi, KHK konusunda tek yetkili organ olan Bakanlar Kurulu toplantı tarihi ile KHK Resmî Gazete tarihi farklılaşması da Anayasa'ya aykırıdır. Bu farklılaşma, ekli listelerin Bakanlar Kurulunca hazırlanmadığı anlamına gelmekte; bu da başta Başbakan olmak üzere,

Bakanlar Kurulu üyelerinin zaman zaman yaptıkları açıklamalar ile teyit edilmiş bulunmaktadır⁴.

4) *KHK Tanımları*: “*Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı terör örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti...*” şeklindeki tanım (KHK/669), sonraki KHK’lerde, “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı,*” şeklindeki tanıma (KHK/686) dönüştürülmüştür. Bu tanım, anayasal dayanaktan yoksundur; çünkü Milli Güvenlik Kurulu, karar değil, tavsiye merciidir. Tavsiye, Bakanlar Kurulunca karar hâline getirilir. Kaldı ki, bir örgütün terör örgütü olup olmadığı, yargı kararı ile saptanır.

KHK, bu içerikle anayasal çerçeve dışına çıkmakta; ekli listeler ise, herhangi bir açıklama ya da gerekçe içermemektedir.

5) *Ölçüsüz düzenlemeler*: Konu bakımından; seçim yasaklarından kar lastiğine kadar; süre bakımından, OHAL öncesi olaylar (konular) ve OHAL resmen sona erdikten sonra etki ve sonuçları devam edecek olan kurumsal düzenlemeler; darbe girişimi, Cemaat temelinde bir yapılanmaya dayandığı hâlde, cemiyet (dernek) eksenli etkinliklerde bulunan laik kesimlere yönelik kir ve ifade özgürlüğünü yaptırma tabi tutan düzenlemeler; darbe girişimcilerine karşı mücadeleyi amacından saptırdığı gibi OHAL’in iktidar partisinin amaçlarına alet edildiğinin göstergesidir.

6) *Siyasal denetim*: Anayasa madde 121 gereğince, Resmî Gazete’de yayımlanan KHK, aynı gün TBMM’nin onayına sunulduğu hâlde, bugüne kadar çıkarılan 26 KHK’den sadece beşi TBMM tarafından görüldü⁵.

7) *İdari ve yargısal başvuru yolları*: OHAL, hukuki bir rejim olarak yargısal denetime tabi olduğu hâlde, yargısal denetim dışında tutulan OHAL KHK yasaklamaları, bilgi edinme hakkı dahil, bütün başvuru yollarını ya tıkadı veya işlevsiz kıldı. Anayasa Mahkemesi herhangi bir yargısal denetimden kaçınmak için OHAL KHK’lerine anayasaya uygunluk itirazı yapılamaz diyen 148. maddeyi kullandı. Ancak bu gerekçe

⁴ “Kurunun yanında yaş da yanıyor olabilir. Önümüze gelen binlerce listeyi kontrol edip, doğru yanlış yaptığını bilemeyiz. Ancak bunlar olduktan sonra haberlerde çıkıyor, ondan sonra haberimiz oluyor...” (B. Yıldırım, 22 Şubat İstanbul).

⁵ Hatırlatalım ki, AYM denetimden kaçındığı kararında TBMM denetiminin önemine işaret etmişti.

kabul edilemez çünkü madde, KHK'nin anayasallık denetimini engellemekle birlikte, KHK ile bağlantılı idari işlemlerin idari yargı tarafından denetimini yasaklamıyor.

8) *Ulusal üstü başvurunun da önü kesildi:* -Anayasa Mahkemesi'ne olduğu gibi- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu kurma vaadiyle tıkanı⁶.

9) *OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHALİİK)*, 17 Temmuz 2017 günü başvuruları almaya başladı. KHK/685'te belirlenen çerçeveye göre, OHAL KHK ek listeler yoluyla bütün haklarından yoksun kılınan kişilere tanınan tek başvuru yolu bu. KHK ek listelerinde darbe girişimi ile hiçbir ilişkisi bulunmayan ve sadece siyasi iktidarı elinde tutan çoğunluk partisine muhalif görüşleriyle tanınan binlerce kişinin adı yer almakta.

Komisyon başvurusu ile ilgili olarak iki olumsuzluğa işaret edilebilir:

- Makul süre: Komisyon'un gecikmeli olarak kurulması ve başvuruda makul süre kaydının gözetilmemesi. Başvuru sayısının fazlalığı ise kararların makul sürede verilmesini engelleyecek.

- Başvurucular açısından⁷: Sadece Hükümete muhalif oldukları için görevden alınan kişilerin Komisyon önünde suçsuz olduklarını kanıtlamak zorunda kalmaları, haysiyet kırıcı bir muamele.

⁶ "Geçen günlerde Ankara'da çok cesaret verici gelişmelere tanık olundu. OHAL KHK'ler gereğince alınan önlemlere karşı başvuruları incelemekle yükümlü bir komisyon kuruldu. Yetkisi çok geniş olan bu komisyon, kamu görevinden çıkarılan memurlara, kapatılan derneklere ve diğer sorunlara ilişkin başvuruları incelemekle görevli. Bu komisyon, Avrupa Konseyi organlarının ortak çabasının ürünü. Bu komisyonun etkinliğini büyük bir dikkatle izleyeceğiz... Olağanüstü hâl önlemlerinden etkilenen kişilere yargı yolunun açık olması, Türkiye'de demokrasi ve Hukuk Devleti bakımından temel öneme sahiptir" (Guido Raimondi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Başkanı, Strasburg, 27 Ocak 2017).

⁷ Komisyon'a başvuruda bulunan öğretim elemanları ile ilgili yeni bir OHAL KHK'si yayımlandı. 25 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 198. maddesine göre, görevden alınan akademisyenlerin Komisyon incelemesi sonunda göreve iade edilmesi hâlinde, bu akademisyenler sadece üç büyük şehir dışında kalan üniversitelere yeniden atanabilecek; öncelik ise 2006 yılından sonra kurulan ve kadro yetersizliği çeken Anadolu üniversitelerine verilecek. Böylelikle bu üç şehirde olup da görevden alınan akademisyenlerin tekrar kendi üniversitelerine dönme şansı ortadan kaldırılmış bulunuyor.

10) *OHAL Anayasası*: Anayasal düzenin işletilmesi, OHAL için geçerli uluslararası asgari standartların başında yer aldığı hâlde, değinilen ortam ve koşullarda hazırlanan ve 16 Nisan günü oylatılan 6771 sayılı Anayasa Değişikliğine Dair Kanun, OHAL Anayasası veya “15 Temmuz Anayasası” olarak nitelenebilir⁸.

II. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

Üstelik, Anayasa'nın belirlediği usul kurallarına uyulmadan gerçekleştirilen değişiklikler, “Cumhuriyetin Temel Organları” (md. 75-160) bakımından, Osmanlı-Cumhuriyet anayasacılık kazanımları büyük ölçüde geri alındı. Bunlar, üç kavramla açıklanabilir: hukukun üstünlüğü, erkler ayrılığı ve anayasal denge-denetim düzeneği.

Usul olarak; 6771 sayılı Kanunla yapılan ve 16 Nisan 2017 halkoylaması ile kesinleşen Anayasa değişikliği sürecine, uzlaşmacı değil, çatışmacı bir yaklaşım damgasını vurmuş bulunuyor.

Anayasa değişikliğine ilk itirazlar karşısında, Başbakan'ın açıklamaları üzerine AYHD-10 sunuş yazısında şu kayıt düşülmüştü:

“Başbakan'ın OHAL'de referandum yapılmayacak biçimindeki açıklaması, önemli ama eksiktir; çünkü halkoylaması bir sonuçtur. Anayasa değişikliği, aşamalı birçok süreçten geçmekte olduğundan, OHAL, Anayasa değişikliğine giden bütün süreçleri etkilemektedir; bu nedenle, önce OHAL kaldırılmalı ve sonra Anayasa gündeme getirilmelidir. Üstelik, yürürlükteki rejimi kaldırmayı öngören bir anayasa değişikliğini böyle bir ortamda ve devlet güdümünde kotarmaya çalışmak, sakıncalıdır. Kaldı ki, şu anda Türkiye'nin acil bir anayasa sorunu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yaratılan “anayasal kriz” veya “anayasasızlaştırma süreci”, daha gerçekçi bir nitelemedir.”

Başbakan'ın vadinin tersine, Anayasa değişikliği için kaldırılması bir yana, 16 Nisan halkoylaması da OHAL koşulları altında yapılmış; dahası, OHAL'i “anayasal geçiş dönemi” (16 Nisan 2017-3 Kasım 2019) boyunca yürürlükte tutma iradesi, yine Anayasa'ya aykırı bir biçimde dışa vurulmuş bulunuyor⁹.

⁸ İ. Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, 2. Bası, Tekin y., Haziran 2017.

⁹ AK Parti Genel Başkanı ve Cumhurbaşkanı'nın bu yöndeki sözleri, 2016 darbe girişiminin bozduğu anayasal düzeni ve kamu düzenini sağlamak amacıyla ilan edilen OHAL'in, “2019 seçimlerini kazanma” aracı olarak kullanılacağına göstergesi.

A) OLAĞANÜSTÜ HÂLDE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

1 Kasım 2015 seçimlerinden sonra, “anayasa değişikliği” veya “anayasanın yenilenmesi” konuları yeniden gündeme getirilmiş olsa da konuyla ilgili serbest tartışma ortamı oluşmamıştır. Siyasal söylemlerin neden olduğu anayasal bilgi kirliliği, öncelikle anayasa değişikliği sürecinde usul kirliliği yaratmış; zamanla, anayasal hedef kirliliği şeklinde yaygınlaşmıştır.

“15 Temmuz 2016 öncesi” gündemini kaplayan bu üç katmanlı kirlilik ve kafa karışıklığı, ancak “doğru ve bilimsel bilgi”, “demokratik yöntem” ile “hukuk devleti ve haklar toplumu hedefi” ile aşılabirdi. Tam tersine, anayasal bilgi kirliliği, 15 Temmuz sonrası ve özellikle OHAL yönetimi altında derinleşti ve yaygınlaştı. Bu nedenle, bilimsel bilgi paylaşımı, demokratik yöntem umudu ve hukuk devleti hedefi, resmî gündemden düşürüldü. Öte yandan, OHAL-KHK uygulaması anayasal düzeni büyük ölçüde askıya aldığından, öncelikli gündem, olağan anayasal düzene dönmek olduğu hâlde, ancak Kurucu Meclisin yetki alanına giren radikal bir rejim/sistem değişikliği, karşılaştırmalı anayasa hukukuna yabancı bir süreçti. Üstelik bu ortam, Anayasa Mahkemesi (AYM) yardımıyla, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerine (OHAL KHK) kalıcılık kazandırılmaya çalışıldığı bir ortamdı¹⁰.

Karşılaştırmalı anayasa hukukunda, Olağanüstü hâl yönetiminde anayasa değişikliğinin yapılmaması kuralının yanı sıra, OHAL Türkiye uygulaması, anayasa değişikliğini, kesinlikle kaçınılması gereken bir süreç hâline getirmiştir. Nitekim, yerli ve uluslararası kuruluş temsilcilerince hazırlanan raporlar, bunun sakıncalarına sürekli dikkat çekmişlerdir¹¹.

¹⁰ 16 Nisan’da Halkoyuna Sunulacak Olan “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Üzerine Teknik-Bilimsel Rapor, Bertil Emrah Oder, Berke Özenç, Didem Yılmaz, Ersin Kalaycıoğlu, Fazıl Sağlam, İbrahim Ö. Kaboğlu, İrem Berksoy, Murat Somer, Oktay Uygun, Ozan Erözden, Sibel İnceoğlu, Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, Tolga Şirin, Tuncer Özyavuz, Yunus Emre, Yüksel Taşkın, Önce Demokrasi/Anayasa-Der, Mart 2017, s. 27.

¹¹ OHAL döneminde açıkça değişiklik yasağı öngören anayasalardan örnekler: Arnavutluk, Estonya, Gürcistan, Litvanya, Moldova, Karadağ, Polonya, Portekiz, Romanya, Sırbistan, İspanya, Ukrayna. Öte yandan, birçok anayasa, olağanüstü hâlde seçimlerin ertelenmesini veya parlamentonun görev süresinin uzatılmasını öngörür. Örnek olarak belirtelim: Almanya, Hırvatistan, İspanya, İtalya, Litvanya, Kanada, Macaristan, Portekiz, Polonya ve Rusya. Bazı ülkelerde ise, olağanüstü hâl, parlamentonun

Seçimlerin savaş nedeniyle ertelenebileceği (md. 78) kaydedilen Venedik Komisyonu Raporu'nda, Anayasa'nın "*seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz*" (md. 67) hükmüne rağmen OHAL KHK'leri yoluyla seçim kanununda referandumda uygulanabilir değişiklikler yapılarak, YSK'nın seçim ve referandum kampanyaları süresince tek taraflı, yanlı yayın yapan özel radyo ve televizyon kanallarına ceza verme yetkisinin, yargı denetimine bağlı olmayan bir OHAL KHK'si ile kaldırılması eleştirilmiştir.

OHAL'in seçmenlerin serbest kanaat ve fikir oluşturmalarına elverişli olmayan bir ortam yarattığına ilişkin ilkelerini ortaya koyan Venedik Komisyonu, Türkiye için, 190 basın kuruluşunun kapatıldığı bir ortamda kamusal katılımın sorunlu olacağını ifade etmiştir. Bu bilgiler, AGİT¹² raporlarınca da teyit edilmiş bulunuyor¹³.

B) 6771 SAYILI KANUN'DA İZLENEN USUL

1- Anayasa komisyonu süreci¹⁴

10 Aralık 2016 günü TBMM Başkanlığı'na sunulan anayasa değişikliği teklifi, anayasa komisyonunda 20-29 Aralık 2016 tarihleri arasında 9 toplantıda ve yaklaşık olarak 91 saat 12 dakikalık bir sürede görüşülmüştür. 9 toplantının 5'inde teklifin geneline ilişkin tartışmalar ya-

feshini de engelleyebilir. Bu konuda en ayrıntılı çizelge, Venedik Komisyonu Raporu tarafından verilmiştir. Bkz.: TURKEY, OPINION ON THE AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION ADOPTED BY THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY ON 21 JANUARY 2017 AND TO BE SUBMITTED TO A NATIONAL REFERENDUM ON 16 APRIL 2017, Adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017), EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), Strasbourg, 13 March 2017, s. 7-9.

¹² Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı.

¹³ 16 Nisan Raporu için bkz.: AGİT/Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu - Sınırlı Referandum Gözlem Heyeti/Türkiye Cumhuriyeti-Anayasa Değişikliği Referandumu, 16 Nisan 2017, İlk Bulgular ve İlk Sonuçlar İle İlgili Rapor, 15 sayfa. Nihai rapor için bkz.: Final Report: Republic of Turkey/Constitutional Referendum, 16 April 2017, OSCE/ODHR Limited Referendum Observation Mission Final Report, Warsaw, 22 June 2017, 28 sayfa.

¹⁴ Teknik-Bilimsel Rapor, s. 13-14

pılmış; maddeler ise, 4 toplantıda ele alınmış ve metinde önemli değişiklikler yapılmıştır.

Anayasa komisyonundaki görüşmeler, muhalefet partileri tarafından dile getirilen iki önemli taleple başlamıştır. Bunlardan ilki, görüşmelerin komisyon üyesi milletvekillerinin sadece danışmanlarının değil, diğer milletvekillerinin ve uzmanların da katılablmesini mümkün kılacak daha büyük bir salonda yapılması; ikincisiyse komisyon görüşmelerinin sadece TBMM TV tarafından değil en azından dışarıdan üç haber ajansı tarafından da yayınlanmasıdır. Ne var ki bu talepler komisyon başkanlığı tarafından reddedilmiştir.

Anayasa komisyonunun çalışmasında saydamlığın ve halkın bilgilendirme hakkının sağlanması amacına yönelik olan taleplerin reddi, aslında, bu teklif metni parlamentoya gelmeden önce, kamuoyunun ve siyasi partilerin bilgisine sunulmamış olması yönündeki iradenin devamı olmuştur.

2- Genel kurul görüşmeleri¹⁵

Anayasa komisyonunda son şekli verilen metin, 9-20 Ocak 2017 tarihleri arasında TBMM Genel Kurul'unda görüşülmüştür. 1982 Anayasası'nın 175. maddesinin amir hükmü gereği iki kere görüşülen teklifin ilk tur görüşmeleri 6 gün, ikinci tur görüşmeleri ise 3 gün sürmüştür. Teklif, tümü üzerinde yapılan oylama sonucunda 21 Ocak 2017 günü saat 04:00 sularında kanunlaşmıştır.

Bu metnin genel kurul görüşmelerinde izlenen yöntem, metin hakkında halkın serbest iradesinin oluşabilmesi açısından oldukça sınırlı bir imkân sunmuştur. Zira anayasa değişikliğinin TBMM gündemindeki yeri genellikle TBMM TV'nin yayın saatinin bitimine denk gelmiştir. Bu durumda görüşmeler saat 19:00 sonrası başlamış ve bunların ancak internet yoluyla izlenmesi mümkün olabilmiştir. Görüşmelerin akşam saatlerinde başlamasına karşın anayasa değişikliği teklifine ilişkin genel kurul çalışmaları sabahın ilk saatlerine kadar sürdürülmüştür. 1982 Anayasasında köklü değişiklikler yapan bu teklifin genel kurul görüşmeleri de komisyon görüşmeleri gibi oldukça süratli şekilde gerçekleşmiştir.

Özellikle ikinci tur görüşmeleri sırasında teklifi destekleyen siyasi partilere mensup milletvekillerinin içtüzük gereği kendilerine tanınan

¹⁵ Teknik-Bilimsel Rapor, s. 14-15.

konuşma sürelerinden adeta fedakârlık ettikleri ve süreyi tamamlamadan kürsüden ayrıldıkları görülmüştür¹⁶.

Bunun dışında, 1982 Anayasası'nın 175. maddesi gereğince oylamaların gizli yapılmasına ilişkin amir hükmün birçok kereler ihlal edilmiştir.

21 Ocak 2017 günü sabaha karşı kabul edilen anayasa değişikliği, 2 Şubat 2017 günü cumhurbaşkanlığına gönderilmiş; 10 Şubat 2017 tarihinde Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmış ve ertesi gün Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Komisyon ve genel kurul görüşmelerinin bu kadar süratli yapılmış olmasına karşın, değişikliğin ancak 12 gün sonra Cumhurbaşkanı'na gönderilmiş olması ve ancak 9 gün sonra imzalanmış olması (komisyon ve genel kurul görüşmelerinin toplam 18 gün sürmesine karşın metnin kanunlaştıktan sonra resmî gazetede yayımlanması 21 gün sürmüştür) çelişkili bir durum yaratmıştır.

Bu belirtilenler ışığında, anayasa değişikliğinin yasama sürecine ilişkin değerlendirmede varılan en temel sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

- Siyasi partiler arasında müzakere yöntemlerinin dışlandığı ve bir uzlaşmanın sağlanmasına imkân vermeyen hız;

- Açık bir kutuplaşmanın hâkim olduğu teklif üzerine halkın bilgilendirilmesini sağlayacak yöntemlerde saydamlık eksikliği;

- Esaslı değişikliklerin 3 Kasım 2019'da yapılacak seçimlerden sonra yürürlüğe girecek olan bu metin için hem çelişkili bir durum yaratmış hem de metnin daha usul açısından demokratik niteliğini zedelemiştir.

-Anayasa komisyonu ve genel kurul görüşmeleri sırasında bazı milletvekillerinin tutuklu bulunması, metnin hazırlanması sırasında ortaya çıkan ve TBMM'deki görüşmeler ile (fiziki kavga dahil) devam eden demokratik meşruiyet sorununu daha da ağırlaştıran bir durum yaratmıştır.

3- Halkoylaması

AGİT Raporu'na göre, halkoylaması kampanyasında parti ve devlet ayrımı belirsizleşmiş; siyasal katılım araçları engellenmiş ve Güneydoğu'da daha da artmış; yasal düzenleme, Anayasa'ya aykırı bir şekilde anında yürürlüğe konmuştur¹⁷.

¹⁶ Teknik-Bilimsel Rapor, s. 15.

¹⁷ Final Report, ss.10-14. Ayrıca bkz.: Tolga Şirin, "AGİT ve Venedik Komisyonu Merceğinden 2017 Anayasa Değişikliğinin Meşruluğu", Nasıl Dergi, sayı 1, 7.6.2017.

- *Parti ve devlet ayrımının belirsizleşmesi sorunu: AGİT Nihai Raporu'na göre*¹⁸; Referandumları Dair İyi Uygulama Kılavuzunun aksine, yetkililer, seçmenlere önerilen değişiklikleri destekleyenlerin ve bunlara karşı olanların görüşlerini açıklayan tarafsız bilgiler vermemişler; seçmenlerin bilinçli bir tercihte bulunma kabiliyetlerini olumsuz etkilemişlerdir. Genel olarak sivil toplumun önerilen değişikliklerle ilgili kamuoyuna bilgi vermesi yasaklanmıştır. Kampanyada eşit şartların bulunmayışı öne çıkmıştır. İktidar partisi AKP ve bir dereceye kadar MHP tarafından yürütülen ve daha görünür olan “Evet” kampanyası, 1982 Anayasasına göre partilerden bağımsız olması ve görevlerini tarafsız bir şekilde yerine getirmesi gereken Başbakan ve Cumhurbaşkanı dahil olmak üzere önde gelen birçok ulusal düzeydeki kamu görevlisi ve daha alt kademlerdeki kamu görevlileri tarafından desteklenmiştir. Cumhurbaşkanı, “Evet” kampanyasının yüzü olmuş, ülkenin birçok yerine gitmiş, değişiklikleri desteklemek için neredeyse her gün etkinlik düzenlemiştir. Bu durum, AGİT 1990 Kopenhag Belgesi'nin 5.4 sayılı paragrafına aykırı şekilde, parti ve devlet arasındaki çizginin belirsizleşmesine neden olmuştur. AGİT/DKİHB Sınırlı Referandum Gözlem Heyeti (SRGH) tarafından kamu kaynaklarının ülke çapında kötüye kullanıldığı gözlemlenmiştir. Tarihi anma kutlamaları veya altyapı projelerinin açılışı gibi devlet törenleri kampanyada kullanılmıştır ve bazı muhataplar, kamu görevlilerinin ve üniversite öğrencilerinin bu etkinliklere katılımının zorunlu tutulduğunu ileri sürmüşlerdir.

- *Siyasal katılım araçlarının engellenmesi sorunu*¹⁹: “Hayır” kampanyası destekçileri, kampanya düzenleme özgürlüklerine getirilen bir dizi usulsüz kısıtlama ile karşılaşmıştır. “Hayır” kampanyası düzenleyen birçok kişi fiziksel saldırıya uğramıştır. Kanunlara aykırı şekilde halka açık etkinlik düzenleme veya Cumhurbaşkanı'na hakaret etme suçlamalarıyla çok sayıda kişi tutuklanmıştır. “Hayır” kampanyası düzenleyenlerden bazıları etkinlikler için tesis kiralamakta güçlüklerle karşılaşmışlar veya düzenledikleri etkinlikler yetkililerce veya mekân sahiplerince genellikle son dakika iptal edilmiştir. Az sayıda bağımsız yaygın ve çevrim içi medya kuruluşu haricinde basın-yayın dünyası devlet televizyonu olan TRT, devlet haber ajansı Anadolu Ajansı ve genellikle

¹⁸ Final Report, ss.11-13.

¹⁹ Final Report, ss.13-15.

kamu ihalelerine katılan iş gruplarının sahip olduğu özel televizyon kanallarının ve gazetelerin hâkimiyeti altındadır. Ülke ve il çapındaki medya kuruluşlarının çoğunluğu ‘Evet’ kampanyasını desteklemiş veya taraflı davranmıştır. ‘Hayır’ cephesini bağımsız şekilde aktaran birkaç kuruluş da genellikle oto-sansür uygulamıştır. Temmuz 2016’daki darbe girişiminden bu yana 60 televizyon ve radyo kanalı, 19 gazete, 29 matbaa ve beş haber ajansının da dahil olduğu 158 basın yayın kuruluşu kapatılmıştır ve Venedik Komisyonu bu durumu “medya kuruluşlarının kitlesel tasfiyesi” olarak tanımlamıştır.

Öte yandan; Güneydoğu’da bazı illerde özel güvenlik bölgeleri oluşturulmuş ve bu durum referandum günü yaklaşık 670.000 seçmeni etkilemiştir. Yerel yetkililer, oy kullanma yerlerinin yakınına yerleştirilen polislere, hakkında tutuklama kararı olması sebebiyle arananları tespit etmek amacıyla seçmenlerin kimlik belgelerini kontrol etme talimatı verildiğini teyit etmişlerdir. Referandum öncesi dönemde, AGİT/DKİHB SRGH’nin bazı muhatapları, bu durumun seçmenleri oy kullanmaktan caydıracağına dair endişelerini dile getirmişlerdir. İkametgâhlarını terk etmek zorunda kalanların kaydı konusunda da endişeler dile getirilmiştir; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından referans gösterilen çeşitli kaynaklara göre yaşadığı terk etmek zorunda kalanları sayıları 355.000 ila 500.000 arasındadır. Sivil toplum örgütleri, AGİT/DKİHB SRGH’ne bu seçmenlerden bazılarının oy kullanmadığı bilgisini vermiştir²⁰.

- *Yasal çerçeve ve paket hâlinde oylama:* Olağanüstü hâlin ilan edilmesi ve olağanüstü hâl çerçevesinde alınan tedbirler, referandumun yasal çerçevesini olumsuz etkilemiştir. Seçim kanunlarında kalıcı değişiklik yapan iki olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesinin kabul edilmesi, olağanüstü hâlin gereklerinin ötesine geçmiştir: 9 Şubat günü kabul edilen 687 sayılı Kanun Hükmünde Kararname YSK’nın medyaya yaptırım uygulama yetkisini kaldırmış; 6 Ocak günü kabul edilen 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise, ülke dışındaki seçmenlerin kayıt sistemini etkileyen bir hükmü değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararları ile çelişir şekilde OHAL KHK’lere ilişkin başvurular üzerinde yargılama yetkisine sahip olmadığına karar vermiş ve referandumla ilgili kararnamelere itiraz edilmesini etkin bir şekilde engelle-

²⁰ Final Report, ss. 9-10.

miştir²¹ Ayrıca, meclis, kararnameleri referandum öncesinde veya 30 günlük kanuni süresi içinde değerlendirmemiş, bu da kararnamelerin yasal statüsünü belirsizleştirmiş ve itiraz şansını daha da azaltmıştır. YSK, seçim mevzuatına yapılan değişikliklerin kabulünden sonra bir yıl boyunca yürürlüğe girmemesine dair anayasa hükmünü dikkate almaksızın ve uluslararası iyi uygulamalara aykırı şekilde, mevzuatta yapılan değişikliklerin referandumla ilgili hemen yürürlüğe girmesine karar vermiřtir²². Kabul edilen anayasa değişikliklerine göre bu hükmün geçerliliği bir sonraki meclis ve cumhurbaşkanlığı seçimine kadar askıya alınmıştır.

AGİT Raporu'nda da işaret edildiği gibi, "uluslararası iyi uygulamalara aykırı şekilde, Anayasanın 72 maddesini etkileyen 18 değişiklik tek bir paket hâlinde oylanmıştır"²³. Bu durum, değişikliklerle ortaya konan farklı konuların her biri için ayrı ayrı tercih yapma olanağından seçmenleri yoksun bırakmıştır.

Adı geçen raporlarda yer alan bilgiler, Türkiye resmî makamlarınca tekzip edilmemiştir. Bazı bakanlarca dile getirilen eleştiriler, konuyu politik alana çekme gayreti olarak görülebilir²⁴.

C) İÇERİK: HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ/ERKLER AYRILIĞI/DENGE VE DENETİM DÜZENEĞİ

6771 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler, "Cumhuriyetin Temel Organları" başlığını taşıyan üçüncü kısma ilişkindir. Merkezinde yürütme organı yer almakla birlikte, yasama ve yargı alanında da kayda değer değişiklikler söz konusudur. Bu nedenle, içerik değerlendirmesinde, "hukuk devleti" ilkesi (Any. md. 2), çerçeve alınabilir.

Hukukun üstünlüğü, erkler ayrılığı ile denge ve denetim düzeneği, hukuk devletinin sacayağı olarak görülebilir. şu hâlde, Anayasa değişikliği bu açıdan değerlendirilebilir:

²¹ Final Report, s. 6.

²² Final Report, ss. 6-7.

²³ AGİT Raporu, İlk Sonuçlar, s. 4.

²⁴ Belirtelim, seçim kampanyası boyunca "sahada yapılan kişisel gözlemler", raporların hayli ihtiyatlı bir dile kaleme alındığını teyit etmiş bulunuyor.

1- Erklar ayrılıđı²⁵

Kuralı koyma, uygulama ve denetleme görev ve yetkilerine denk düşen erklar ayrılığı (EA), 6771 sayılı Kanun ile büyük ölçüde kaldırılmıştır.

- **Yürütme:** Hükümet ve Cumhurbaşkanlığı organ ve makamlarından oluşan yürütme, tek kişiye verilmiştir. Bu kişi için, Cumhurbaşkanı, Devlet Başkanı, Devletin başı gibi farklı sıfatlar kullanılsa da aslında kurul hâlinde çalışan (kolejyal organ) Hükümet ile birlikte günlük politikanın üstünde kalması için tarafsız statüye sahip Cumhurbaşkanlığı da kaldırılmıştır²⁶.

- **Yasama; oluşumu/yasama işlevi/sona erme:** Üye sayısı 550'den 600'e çıkarılmakla birlikte, seçim dönemi 4 yıldan 5 yıla çıkarılarak TBMM, halktan uzaklaştırılmıştır. Yasama seçimlerinin, Cumhurbaşkanı seçimi ile eşzamanlı olması öngörülmüştür. Cumhurbaşkanına parti başkanı olma yolu açılmıştır. Hepsini birlikte, TBMM'deki çoğunluğun oluşmasında –parti içi demokrasi bulunmadığı için- Cumhurbaşkanına belirleyici bir rol vermiş bulunuyor.

Yasama işlevi bakımından; TBMM'nin norm koyma yetkisi daraltılmış, yetki kanunu çıkarma yetkisi kaldırılmış, Cumhurbaşkanına tanınan geri gönderme yetkisi, bir kişinin iradesini 300 kişinin iradesinin üstüne çıkarmıştır. TBMM'nin yürütmeyi denetleme yetkisi de ileri derecede daraltılmıştır.

(TBMM'nin yasama yetkisi sınırlandırılırken, tek kişili yürütmeye doğrudan kullanacağı geniş bir normatif yetki alanı tanınmıştır. Atamalar konusundaki “yetki yetkisi” de kayda değer. OHAL ilan ve düzenleme yetkisi de bu çerçevede yer almaktadır.)

Sona erme; TBMM, yasama seçimlerini ancak 3/5 çoğunlukla yenileyebiliyor iken, Cumhurbaşkanı tek başına ve nedene bağlı olmadan dilediği zaman yenileme kararı verebilecektir²⁷.

²⁵ Bu konu ile ilgili yazılar için bkz. bu sayıda: Tolga Şirin, “2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi”; Nihan Yancı Özalp, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama - Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri.”

²⁶ Cumhurbaşkanının parti başkanlığı ile tarafsızlık statüsü birbiriyle bağdaşmaz.

²⁷ Bu yetkiye yöneltile eleştirilere, “Ama Cumhurbaşkanı seçimi de yenileniyor” yanıtı verilmekle birlikte; Cumhurbaşkanının, yeni meclisin oluşumunda çoğunluk

Kısaca, 6771 sayılı yasa ile yapılan düzenleme; “*Yasama yetkisi, ...Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*” biçimindeki Anayasa kuralına (md. 7) aykırıdır.

- **Yargı:** “Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır” denilerek “tarafsız” nitelemesi yapılmış olmakla birlikte, “partizan” kılınan Cumhurbaşkanına, Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) oluşumunda tanınan belirleyici rol, sadece tarafsızlığını değil, bağımsızlığını da ortadan kaldırma tehlikesini beraberinde getirmiştir. Nitekim, ilk uygulama da bu kaygıyı teyit etmiş bulunuyor²⁸.

Anayasa Mahkemesi üyelerini belirleme ve atama yetkisi²⁹ ise, Cumhurbaşkanı'nın yasama üzerindeki yetkisini pekiştirici bir işlev görecektir.

Özetle, yargısal örgütlenme ve işleyişin de Cumhurbaşkanın güdümüne konulmasıyla, erkler ayrılığı büyük ölçüde ortadan kalkmış bulunuyor³⁰.

2- Denge ve denetim düzeneği

Anayasal denge ve denetim düzeneği, normu koyan ve onu uygulayan organın birbirinden ayrılmasının ötesinde, her ikisini denetleyen organın da bağımsız olmasını gerekli kılar. Bu çerçevede, “görev+yetki+sorumluluk” üçlüsü, belirleyici bir işlev görür. Yetki, bir görevin yerine getirilmesi için tanınır; görev ve yetkinin kötüye kullanılması ise, sorumluluk mekanizmasının işletilmesini gerekli kılar.

6771 sayılı Kanun ile, sadece yürütme görev ve yetkisi değil, aynı zamanda yasama ve yargıya ilişkin kayda değer yetkilerle donatılan Cumhurbaşkanı, (cezai olanın dışında) her türlü sorumluluk ilkesinden bağışık tutulmuştur.

kaygısı nedeniyle kendisine uygun zaman dilimini kollayacağında kuşku bulunmamaktadır.

²⁸ Bu arada; değişikliği destekleyen bazı çevreler, madde 9'daki “millet adına” kaydını yanlış anlamakta ve yorumlamakta. Bunun seçilmişlikle ilgisi olmayıp, yargı kararlarının “kamu vicdanı” için inandırıcı ve ikna edici özelliğini yansıtmaktadır.

²⁹ Yargı kontenjanından gelen iki üyenin azaltılması, Cumhurbaşkanının AYM'nin oluşumundaki konumunu pekiştirmiş bulunuyor.

³⁰ Anayasa-yasa-tüzük ve yönetmelik şeklindeki aşamalı kurallar dizisi (normlar hiyerarşisi) de, özellikle beş ayrı Cumhurbaşkanı Kararnamesi kategorisi ile bozulmuş bulunuyor.

Bu düzenleme tarzı, anayasacılığın özü ile bağdaşmamaktadır.

3- Hukukun üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü, normun konması ve uygulanmasında, Anayasa'nın, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ve hukukun genel ilkelerinin geçerli olmasını gerekli kılar. Ne var ki, tek kişiye tanınan atama yetkileri ve normatif kategori ile bir tür "yetki yetkisi", hukukun üstünlüğü yerine bir kişinin politik tercihlerini öne çıkaracaktır.

Başlıca denetim kurumu olan Anayasa Mahkemesi, bağımsız karar verdiği varsayımında bile, sonradan –aylar ve belki de yıllar sonra- denetim yapacak olması nedeniyle, hukukun üstünlüğüne saygıyı sağlama konusunda yetersiz kalacaktır.

Sonuç olarak, 3 Kasım 2019'da tümüyle yürürlüğe girmesi durumunda, Cumhuriyet'in temel organları, bir kişinin iradesi doğrultusunda şekillenecek; Anayasa madde 2, "kâğıt üstünde" yürürlüğünü sürdürse de Türkiye Cumhuriyeti, "demokratik hukuk devleti" niteliğini kaybedecektir³¹.

III. 16 NİSAN HALKOYLAMASI VE SONRASI

Yasama süreci devam ederken anayasa değişikliğinin her hâlükârda halkoyuna sunulacağına ilişkin açıklamaların, TBMM görüşmelerindeki müzakereleri azaltan bir etkisinin olup olmadığının yanında; yasama ve yürütme erklerinin oluşum, görev ve yetkilerine ilişkin açık bir toplumsal talebin bulunmayışı, halkoylamasının bir politik hedef doğrultusunda araçsallaştırılmakta olup olmadığı sorusunu da gündeme getirmiştir.

A) MÜHÜRSÜZ OY VE ZARFLAR/EVET KAŞELERİ

16 Nisan oylamasını tartışmalı hâle getiren ve resmen kabul edilen başlıca üç sorun:

- **Mühürsüz oy pusulaları:** Özellikle, doğu bölgelerinde çok sayıda mühürsüz oy pusulasına ve bunların kullanımına tanık olunmuştur.

³¹ Benzer yönde bkz.: Kemal Gözler, Elveda Anayasa/16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişiklikleri Hakkında Eleştiriler, 3. Baskı, Ekin, Mart 2017.

- **Mühürsüz zarflar:** Aynı şekilde zarfların da mühürsüz olduğu saptanmıştır.

- **“Evet” tercihi yazılı kaşe:** Halkoylamasında, üzerinde sadece “tercih” yazılı olup, evet veya hayır hanesine basılarak tercihin ortaya konulmasını sağlayan kaşeden ayrı, üzerinde “evet” yazılı kaşelerin de bulunduğ u ve kullanıldığı saptanmıştır.

Oy kullanma işlem ve eylemleri devam ediyor iken bu sorunların kendisine intikal ettirilmesi üzerine Yüksek Seçim Kurulu (YSK), alelacele bir kararla, söz konusu yasaya aykırı uygulamaların halkoylaması sonucunu de ğ işt irececek miktarda ve nitelikte olmadığını belirtmiştir³².

Oysa, 298 sayılı Kanuna³³ göre, “Üzerinde İlçe Seçim Kurulu ve sandık kurulu mührü bulunmayan zarflar geçersiz sayılır” (md. 98) ve “arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan oy pusulaları geçersizdir” (md. 101, De ğ işik: 2010).

B) YSK KARARLARI

YSK, 16 Nisan sonrası yapılan itirazları 19 Nisan günü karara bağlamış ve anayasal halkoylamasının kesin sonuçlarını 27 Nisan günü açıklamıştır.

YSK, yasadaki açık yasaklara karşın, mühürsüz zarf ve pusulaları geçerli saydı. Buna göre YSK;

“Yüksek Seçim Kurulu Tarafından gönderildiğinde ş üphe bulunmayan hâllerde, sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile kullanılan oyların geçerli kabul edilmesi gerektiğine” karar vermiştir³⁴.

³² Bunun üzerine, daha önce bu Anayasa de ğ işikliğinin kendi projesi olduğunu belirtmiş olan Cumhurbaşkanı’nın, “Atı alan Üsküdar’ı geçmiştir” şeklindeki açıklaması da oldukça manidar bulunmuştur.

³³ Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, Ka.no: 298, Ta.: 26/04/1961

³⁴ YSK, 2017/560 sayılı ve 16 Nisan 2017 tarihli karar. Bu karar hakkında de ğ erlendirme için bkz. bu sayıda: Tolga Şirin, “Referandum ve Serbest Seçim Hakkı: Yüksek Seçim Kurulu’nun 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 Sayılı Kararı Hakkında Bir De ğ erlendirme.”, s.191-225.

Yüksek Seçim Kurulu kararına yapılan itirazı, bu kez oy çokluğu ile reddetti³⁵ ve anayasal halkoylaması sonuçlarını, 2017/663 sayılı kararıyla kesinleştirdi³⁶:

“Yurt İçi ve Yurt Dışı Seçmen Kütüğü dahil Ülke Geneli; 58.291.898 kayıtlı seçmenden 49.798.855’inin oy kullandığı, buna göre Halkoylamasına katılma oranının % 85.43 olduğu, kullanılan oylardan 48.936.604 oyun geçerli, 862.251 oyun geçersiz sayıldığı, geçerli oylardan 25.157.463 oyun “EVET” oyu, 23.779.141 oyun “HAYIR” oyu olduğu, “EVET” oylarının geçerli oylara oranının % 51.41, “HAYIR” oylarının geçerli oylara oranının % 48.59 olduğu birleştirme tutanağı ile (Anayasa Değişikliği Halkoylaması Sonuç Tutanağı) tespit edilmiştir.”

C) HALKOYLAMASININ MEŞRULUĞU SORUNU

YSK kararına karşı, Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvurular yapıldı.

1. Anayasa Mahkemesi, başvurunun, “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verdi: “*Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir*”³⁷.

2. Öte yandan, CHP, anayasal halkoylaması sonuçlarına karşı bireysel başvuru hakkını kullanarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvurdu³⁸ ve İHAM’dan, hakların ihlalinin tespiti, seçimin yenilenmesi ve tazminat talebinde bulundu.

3. Meşruluk: YSK kararlarının özeti: “kanuna açıkça aykırı, ama yapılan itirazları reddediyorum.” Anayasa Mahkemesi ise, “konu bakımından yetkim yok, denetleyemiyorum” dedi. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararını beklerken, açıklanan yüzdelerin meşruluğu sorunu üzerindeki tartışılmalar, başlıca iki nedenle devam edecek görünüyor:

³⁵ YSK, 2017/573 sayılı ve 19 Nisan 2017 tarihli kararı.

³⁶ YSK, 2017/663 sayılı ve 27 Nisan 2017 tarihli kararı (Resmî Gazete Mükerrer; 27 Nisan 2017).

³⁷ AYM, Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi Başvurusu, Birinci Bölüm, 2017/20127, 7/6/2017.

³⁸ 4 Temmuz 2017.

- **Sonuçların tartışılabilir özelliği:** Yüksek Seçim Kurulu, kararlarıyla halkoylamasının sorunlu olduğunu teyit etmiş bulunuyor. Ne var ki, yapabileceği işlem kategorisi olarak, mühürsüz oyları geçersiz sayma, oyları yeniden saydırma veya iptal işlemlerinden kaçındı³⁹.

- **Değişikliğin sonuçları:** Osmanlı-Türkiye tarihinin en radikal ve destekleyenler-karşı çıkanlar açısından en çatışmacı değişikliği, YSK tarafından ilan edilen sonuçların doğru olduğu (gerçeği yansıttığı) varsayımında bile, meşruluk sorunu gölgesini hep taşıyacak⁴⁰. Kuşkusuz, burada asıl sorun, hangi sonucun elde edildiğinden çok sonucun nasıl ve hangi ortam ve koşullarda elde edildiğidir. “70 günde %30’luk desteği %51,4’e çıkardık” beyanı⁴¹, OHAL ortamında yürütülen devlet destekli kampanya sürecinin seçimde yarattığı algı operasyonunun sayılara yansımaları şeklinde görülebilir⁴².

Bütün bunlar, “istismarcı anayasa”, “fırsatçı anayasa”, “elveda anayasa” gibi nitelermeler ışığında düşünüldüğünde, meşruluk sorununu derinleştiriyor olmakla birlikte, -sürdürülemezlik açısından- demokratik anayasa umudunu da pekiştirmektedir.

IV. ANAYASAL GEÇİŞ DÖNEMİ

Anayasal usullere uyularak değişiklik yapılması ve bu süreçte Anayasa değişikliğinin getirecekleri ve götürecekleri üzerinde serbest tartışma ortamı yaratmak bir yana, 6771 sayılı Kanun içeriği hakkında topluma tam ve doğru bilgi bile verilmedi.

Cumhurbaşkanı için sorumluluk geliyor; artık seçilmişler halka hesap verecek, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kurulacak gibi, 6771 sayılı Kanunla ilgili gerçekleri yansıtmayan açıklamalar ötesinde, “devletin ve milletin bekası için evet oyu” vb. sloganlar eşliğinde propagandalar öne çıkarıldı.

³⁹ Cumhurbaşkanı’nın, “Atı alan Üsküdar’ı geçti” sözü ile YSK karar ve şekli arasında paralellik açık.

⁴⁰ Böyle bir Anayasa gündemi, AK Parti’nin CHP’ye sıkça hatırlattığı “Yenikapı ruhu” söyleminin samimiyetten ne denli uzak olduğunu gözler önüne serdi.

⁴¹ Başbakan Binali Yıldırım, 6.6.2017.

⁴² CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu tarafından 15 Haziran 2017 günü Ankara’da başlatılan ve 9 Temmuz günü Maltepe Meydanı’ndaki devasa toplantı ile sona eren “Adalet Yürüyüşü” ile 16 Nisan günü oylanan Anayasa değişikliği arasında doğrudan ilişki bulunmaktadır.

Bu bilgilerin, gerçekleri ne ölçüde yansıttığı bir yana, bunlar ile değişiklik metninin yürürlüğe giriş biçimi arasında bağlantı kurmak da mümkün değil. Neden? Çünkü Anayasa değişikliği, sadece 3 maddesiyle yürürlüğe girmiş bulunuyor. Bunlar, Cumhurbaşkanının parti üyesi (ve başkanı) olmasına ilişkin düzenleme, hâkimler ve savcılar kurulunun yeniden yapılandırılmasına ilişkin değişiklik ve Askeri Yargıtay ile AYİM'in kaldırılmasını öngören hüküm.

Bu istisnalar dışında, Anayasa değişikliği, 3 Kasım 2019 seçimleri sonrası yürürlüğe girecek. Burada başlıca iki çelişkiye dikkat çekilecek:

- Değişikliğin yürürlüğe girişi yıllara yayılacak idiyse, değişiklik için ayrılan zaman dilimi neden o denli sınırlı tutuldu? Yaklaşık 2,5 yıl sonra yürürlüğe girecek metne TBMM sadece 2,5 hafta mesai harcadı. OHAL koşullarının elverişsizliğine neden bir de “usul ve zaman baskısı” eklendi? Neden olağandışı bir “anayasa stresi” yaratıldı?

- “Milletin ve devletin bekası”: Bu kavramlar gerekçe olarak kullanıldığına göre, neden gözetilmedi? Gerçekten bir beka sorunu varsa, 6771 sayılı Kanunun yürürlüğü için 2020’yi beklemenin ikna edici bir gerekçesi olabilir mi? Bununla birlikte, “bekası sorunu” ile yürürlüğe giren hükümler arasında bağlantı kurulacak olursa; görev başındaki Cumhurbaşkanı’nın öncelikli işi AK Parti başına geçmek olduğuna göre, “partinin beka” sorununun öne çıktığını söylemek, daha gerçekçi bir yaklaşım olur. Şu ana kadar teyit edilen başlıca husus bu olduğuna göre, o zaman acaba, “parti devleti” iddiaları da teyit edilmiş olmuyor mu? Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun geçiş halkası içinde yer alması, böyle bir iddiayı zayıflatmamakta; çünkü, “yargının parti güdümüne konulması”, parti-devlet projesinin önemli bir aracı olarak görülmekte ve uygulama, bunu teyit etmektedir⁴³

Aşamalı yürürlüğe giriş, anayasal geçiş dönemi üzerine birçok belirsizliği beraberinde getirmekle birlikte, asıl sorun, biraz önce değinildiği üzere, Cumhurbaşkanının parti üyeliği ve yargının örgütlenmesine

⁴³ 17-25 Aralık 2013 operasyonlarına kadar hâkimlik sınavları konusunda en çok yakınılan sorun, bilgi (liyakat) yerine Cemaat referansının öne çıkmakta oluşu idi. Buna karşılık, söz konusu operasyonlar ve 15 Temmuz darbe girişiminden sonra yapılan sınavlarda ya başka cemaat referansları ya da doğrudan parti referansı aranmaya başlandı. Hâkim ve savcı adaylarına, “AK Parti teşkilatında görev yaptın mı veya faaliyette bulundun mu?” vb. sorular, “parti devleti” yolunda, yargı teşkilatının bir kilometre taşı olduğunun göstergesi değil mi?

ilişkin düzenlemenin hemen yürürlüğe girmiş olmasıdır. Eğer gerçekten devletin bekası, acil gündem maddesi olsaydı, o durumda 6771 sayılı Kanun, bütün olarak, mesela 3 aylık bir süre içinde yürürlüğe konulabilirdi. Bu yapılmadığına göre, “liderinin ve partisinin 2019 seçimlerini kazanma” kaygısının belirleyici olmadığı öne sürülebilir mi?

İbrahim Ö. Kaboğlu/31 Temmuz 2017

FOREWORD

CONSTITUTIONAL CHANGE UNDER THE STATE OF EMERGENCY: THE END OF THE CONSTITUTIONAL ORDER?

State of emergency practices and constitutional change have been the overlapping processes leaving profound marks on the country during the period from October 2016 to April 2017.

I. STATE OF EMERGENCY PRACTICES

During the weeks and months following the Constitutional Court's refusal¹ to exercise control over the decree-laws under the state of emergency, issuing decree-laws became a practice in clear contradiction to not only Turkey's obligations under international law but also the Constitution itself because they extended into areas not linked in any way to the declaration of state of emergency.

At the outset, the binding international minimum standards that must be observed during a state of emergency should be remembered: effectiveness (measures to be taken); constitutionality (operation of the constitutional order); rule of law (protection of the basic requirements); individual freedom (the entirety of fundamental rights); and democracy (decision-making and controls along with organs elected by popular vote)².

However, neither these minimum standards nor the constitutional requirements setting out more limited guarantees have been observed. On this matter, three articles of the Constitution should be stated since they are directly related to the state of emergency: Article 120 (Purposes of declaring a state of emergency), Article 15 (Suspension of the exer-

¹ The Constitutional Court, November 2, 2016. In respect thereof, see Journal of Constitutional Law, no. 10: Ender Türk, "Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler (Remarks on the Latest Decisions of the Constitutional Court in relation to the Decree-Laws under the State of Emergency)", pp. 551-569.

² İ. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1 (Law of Freedoms)*, 7th edition, İmge, October 2013, p. 101.

cise of fundamental rights and freedoms), and Article 121 (Rules regarding the states of emergency and decree-laws)³.

These articles should be addressed briefly:

-Although the state of emergency has been declared as per Article 120 of the Constitution, in order to achieve an effective struggle against the perpetrators of the failed coup attempt as well as the terrorist organization behind it, the state of emergency practices went beyond the scope of the stated article in terms of reason, subject, and purposes.

- As for the rights and freedoms: The measures taken under the state of emergency are contrary to three main criteria laid down in Article 15: measures required by the exigencies of the situation, obligations under international law, and the hard-core of human rights.

- As for the decree-laws issued under the state of emergency: the regulations made in the garb of decree-laws under the state of emergency are in apparent contradiction in many ways to Article 121 of the Constitution, not only in terms of their contents, but also competence and procedure.

1) Purpose and Scope: *“This Decree-law intends to define the mandatory measures to take as well as the procedures and principles thereof within the scope of the state of emergency declared throughout the country as per the decision of the Council of Ministers, date July 20, 2016 and number 2016/9064, and within the framework of the struggle against the failed coup attempt and fight against terrorism.”* (Decree-law/667 Article 1). Even though the scope of the emergency is defined in Article 1 of the Decree-law/667, the second part of the Decree/law, entitled “Measures for the Implementation of the State of Emergency,” includes numerous measures exceeding the framework set by the Constitution itself in relation to a state of emergency. The regulations made through Decree-law/692 spread into several areas not linked directly or indirectly to the state of emergency and the decree-laws under the state

³ In respect thereof, see Journal of Constitutional Law, no. 10: Emre Birden, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülükler Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyfilik Yasağı (Prohibition of Arbitrariness as a Limit to the Authority to Take Measures Contrary to Obligations)”, pp. 409-471; Tolga Şirin, “1982 Anayasasına Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak (The State of Emergency Regime of Fundamental Rights and Freedoms in the 1982 Constitution: Reviewing the Old Concepts)”, pp. 475-521.

of emergency become, therefore, an instrument to purge public opposition under the control of the President of the Republic and the Council of Ministers.

2) Regulations contrary to the characteristic of decree-laws: As the name “decree/law” indicates, a decree-law is supposed to be an act having the force of law, regulatory, normative, and of impersonal and general character. However, some official regulations intended to be performed by means of individual administrative acts have been made through decree-laws, especially in through lists annexed to decree/laws.

3) On those who performed the act: The general practice is to limit the text of the decree-law to one or two pages and to attach to the main text some hundreds of lists that include the names of thousands of people. It is hence possible to draw a parallel between the shift in terms of form that occurred as a result of the coexistence of the main text (normative act) with the attached lists (administrative act) and the temporal shift arising from the divergence between the dates of the meetings of the Council of Ministers and that of the decree-laws. Not only is the practice of adding lists incompatible with the characteristic of the decree-laws but also the divergence between the date the Council of Ministers, the sole body competent to issue decree-laws, holds a meeting and the date that the decree-law is published in the Official Gazette is in contradiction to the Constitution. The lapse in time between the Council meetings and the publication of the decree/laws with their lists compels one to think that the attached lists are not drawn up by the Council of Ministers. This evaluation has already been affirmed by the speeches given from time to time either by the PM himself or other members of the Council of Ministers⁴.

4) Definitions set out in the decree-laws: The initial definition (in Decree-law/669) of “*Belonging⁵ to the Fethullahist terrorist organization (FETÖ/Parallel State Structure) is identified as a threat to national security...*” was replaced in Decree-law/686 by a new one: “*terrorist*

⁴ “Few bad apples excuse! We cannot check thousands of lists on hand and know for sure if it’s right or wrong. Once it happens, then it’s in the news and this is how we find out about it...” (Binali Yıldırım, PM, 22 February, Istanbul).

⁵ Footnote for English translation: Membership of the groups is already prohibited. The new Decree-law also prohibits any form of identification and support for these groups.

organizations or structures deemed by the National Security Council as involved in activities harmful to national security.” Such a definition, that gives the National Security Council the power to identify terrorist organizations has no constitutional basis since the National Security Council is a consultative body, not a decision-maker. Its recommendations may be turned into decisions by the Council of Ministers but if they are not, in terms of the Constitution, they are not binding. Besides, the final decision as to whether an organization is terrorist must be up to the courts. Decree-laws exceed the constitutional framework as for their contents; the attached lists, on the other hand, do not include any explanation or justification.

5) Regulations beyond necessary measures: Not only has the state of emergency exceeded what is necessary in the struggle against the perpetrators of the failed putsch but it has also been instrumentalized to serve the purposes of the ruling party through several institutional regulations whose effect and consequences will extend beyond the official abolition of state of emergency and that include events (issues) before the coup attempt. As a matter of fact, these regulations cover a wide range of subjects, from snow tires to pre-election restrictions, which are not linked to the state of emergency and also impose sanctions on freedom of thought and expression of secular (or association-) centered activities even though the failed coup attempt was actually based on a *Community*-based structure.

6) Political control: Pursuant to Article 121 of the Constitution, decree-laws published in the Official Gazette are supposed to be submitted to Parliament for approval on the very same day. However, of the twenty-six decree-laws that have been issued so far, only five were brought before Parliament⁶.

7) Administrative and judicial remedies: Although the state of emergency is subject to judicial review as a legal regime, the prohibitions brought by the decree-laws under the state of emergency and kept out of judicial review⁷ have either blocked or disabled all remedies, in-

⁶ Let us remind that the Constitutional Court referred, by its decision refusing to exercise control over the decree-laws, to the importance of the control to be exercised by the Parliament.

⁷ Footnote for English Translation: “The Constitutional Court shall examine the constitutionality, in respect of both form and substance of laws (...). However, no action

cluding the right to information. To avoid any judicial control, the Constitutional Court has used Article 148 which states that no one may challenge the constitutionality of laws passed under a state of emergency. Nonetheless, this justification is unacceptable because, while blocking the constitutionality review of decree-laws, the article does not prohibit any review by administrative jurisdiction for administrative acts related to the decree-laws.

8) *Supra-national applications were also interrupted:* In addition to blocking access to the Constitutional Court, possible individual applications to the European Court of Human Rights were obstructed due to the promise of establishing a Review Commission related to the acts under the state of emergency⁸.

9) *The State of Emergency Acts Review Commission (SEARC)* began receiving applications on 17 July 2017. Pursuant to the framework set out in Decree-law/685, the Commission seems to be the only remedy granted to persons deprived of their rights in lists attached to the decree-laws under the state of emergency. The lists include the names of thousands of people who are not linked to the failed coup attempt but only known for their opposition to the ruling majority party.

Two problems can be pointed out relating applications to the Commission:

- Reasonable time: Delayed establishment of the Commission and the failure to observe a reasonable time for applications. A large number of applications will also prevent decisions from being made in a reasonable time.

shall be brought before Constitutional Court alleging unconstitutionality as to form or substance of decrees having the force of law issued during a state of emergency, martial law or in time of war” (1982 Constitution, Article 148/1).

⁸“Less than a week ago, there were some very encouraging developments in Ankara. Decree-laws have been issued which will establish a review commission to examine appeals against measures taken under the state of emergency. This commission, which will have a very wide-ranging jurisdiction, is empowered to examine questions relating to the dismissal of public servants, dissolutions of associations, and a number of other measures. The creation of this commission is the fruit of the action of all the Council of Europe bodies. We shall keep a close watch on the work of this commission... It is essential for democracy and the rule of law in Turkey that the judicial process remains open to those affected by emergency measures.” (Guido Raimondi, President of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 January 2017).

- For applicants⁹: It will be an infringement of dignity to try to clear their names before the Commission for those dismissed from public service just because they are opponents to the Government.

10) *The Constitution of the State of Emergency*: Although the operation of the constitutional order takes place on the top when it comes to basic standards internationally applied to states of emergency, the Law on the Amendment of the Constitution, no. 6771, which was prepared in the above-stated environment and conditions, and submitted to popular vote on 16 April 2017 may be considered as the Constitution of the State of Emergency, or the “Constitution of 15 July.”¹⁰

II. THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT

The constitutional amendment was made without complying with the procedural rules established by the Constitution. This took the achievements of Ottoman-Republican constitutionalism back to a great extent in terms of “Fundamental Organs of the Republic” (Articles 75 to 160 of the Constitution). This can be explained through three concepts: supremacy of law, separation of powers, and constitutional mechanism of checks and balances.

In terms of procedure, the use of conflict, instead of compromise, as negotiating tool characterized the process of the constitutional amendment made pursuant to Law no. 6771 and approved by the referendum held on 16 April 2017.

Vis-à-vis the statements made by the Prime Minister in response to the first objections to the constitutional amendment, the following was written in the foreword of the Journal of Constitution Law, no. 10:

“Therefore, the Prime Minister’s statement that no referendum will be held during the state of emergency is an important but an incom-

⁹ Recently, a new decree-law was issued regarding academics who applied to the Commission. According to Article 198 of the Decree-law/694 issued on August 25, 2017, in the case that the academics who have been dismissed from their posts are reinstated in their positions following the review of the Commission, these academics can only be reappointed to the universities outside of the three major cities (Istanbul, Ankara, and Izmir), with priority given to the Anatolian universities founded after 2006 with inadequate staff. Therefore, the chance of the dismissed academics from these three cities returning to their universities was abolished.

¹⁰ İbrahim Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası (The Constitution of 15 July), 2nd edition, Tekin, June 2017.

plete statement; because a referendum is a consequence. As the constitutional amendment goes through various progressive processes, the state of emergency influences all process that lead to constitutional amendment; therefore, the state of emergency should be lifted first and then the Constitution should be brought to the agenda. Moreover, attempting to achieve a constitutional amendment that intends to nullify a regime in force is troublesome in such an environment and under the guidance of state. Besides, Turkey currently does not have any urgent constitutional problem. It would be more realistic to define it as “a constitutional crisis” or “the process of unconstitutionality.”

Contrary to the PM’s assurance, the referendum on 16 April was held under the state of emergency, rather than being abolished for the constitutional change. Furthermore, the will to retain the state of emergency in force during the “constitutional transition period” (from 16 April 2017 to 3 November 2019) has been expressed, again in contradiction to the Constitution¹¹.

A) CONSTITUTIONAL CHANGE UNDER THE STATE OF EMERGENCY

Even though the “constitutional amendment” or “renewal of the constitution” were brought again to the agenda following the elections held on 1 November, there was not a free debate on this. Information pollution with regard to the constitution caused by political discourses provoked a procedural pollution during the process of constitutional change, and turned into, over time, a pollution with regard to the constitutional target.

This threefold pollution-confusion of the agenda “prior to 15 July 2016” could only be overcome with “correct scientific knowledge”, “democratic method” as well as the goal of “rule of law and society of rights.” But, instead, the information pollution with regard to the constitution deepened and became widespread after 15 July, especially under the state of emergency. For this reason, scientific knowledge sharing, the hope for a democratic method and the goal of rule of law slowly faded

¹¹ The affirmative words of the Chairman of the Justice and Development Party/President of the Republic is the sign of making the best of the state of emergency declared to restore the constitutional and public order disrupted by the failed coup attempt in 2016 to serve the purpose of “winning elections in 2019”.

from the official agenda. On the other hand, a radical regime/system change, which falls within the jurisdiction of constituent assembly, was an unfamiliar process to the comparative constitutional law since the priority agenda must have been to restore the usual constitutional order suspended to a large extent by the practice of issuing decree-laws under the state of emergency. Additionally, with the help of the Constitutional Court, this grew into an environment in which many attempts were made to provide permanence to the decree-laws of the state of emergency¹².

In addition to the rule of comparative constitutional law that the constitutional amendments should not be carried out under a state of emergency, the practice of issuing decree-laws in Turkey has made this amendment a process which must be especially avoided. As a matter of fact, the reports prepared by the representatives of domestic and international organizations have drawn attention to its drawbacks¹³.

The Venice Commission Report, stating that the elections can be postponed due to war (Article 78), criticized the abolition of the authority of Supreme Electoral Board by a decree-law which is not subject to judicial review to punish private radio and television channels for broadcasting stories that are partial or biased during the election and referendum campaigns. This was thanks to the change made to the electoral law

¹² Technical-Scientific Report on “The Law Amending the Constitution of Republic of Turkey” to be Submitted to Popular Vote on 16 April, Bertil Emrah Oder, Berke Özenç, Didem Yılmaz, Ersin Kalaycıoğlu, Fazıl Sağlam, İbrahim Ö. Kaboğlu, İrem Berksoy, Murat Somer, Oktay Uygun, Ozan Erözden, Sibel İnceoğlu, Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, Tolga Şirin, Tuncer Özyavuz, Yunus Emre, Yüksel Taşkın, Democracy First/Anayasa-Der, March 2017, p. 27.

¹³ Examples of the constitutional provisions that explicitly prohibit amendment under a state of emergency: Albania, Estonia, Georgia, Lithuania, Moldova, Montenegro, Poland, Portugal, Romania, Serbia, Spain, Ukraine. On the other hand, many constitutions require the postponement of elections under the state of emergency conditions or the prolonging of the mandate of parliament. To set examples: Germany, Croatia, Spain, Italy, Lithuania, Canada, Hungary, Portugal, Poland and Russia. In some countries, a state of emergency may also prevent the dissolution of the parliament. The most detailed chart in this regard may be found in the Venice Commission Report. See: Turkey, Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be Submitted to a National Referendum on 16 April 2017, Adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017), European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 13 March 2017, p. 7-9.

by a decree-law so that it could be applied to the upcoming referendum despite the constitutional clause stipulating that “amendments to the electoral laws shall not apply to the elections to be held within one year from the entry into force date of the amendments.” (Article 67).

The Venice Commission, putting forward its principles in relation to the environment provoked by the state of emergency, an environment which was unsuitable for voters to freely hold their own views, said that public participation would be problematic for Turkey in an environment where 190 media outlets were closed. This was confirmed by the OSCE¹⁴ reports¹⁵.

B) PROCEDURE FOLLOWED IN THE LAW NO. 6771

1- The Constitutional Commission process¹⁶

The constitutional amendment proposal, submitted to the Grand National Assembly of Turkey (GNAT) on 10 December 2016, was discussed at the Constitutional Commission during nine meetings held from 20 to 29 December 2016, for approximately ninety-one hours and twelve minutes. Out of nine meetings, five were spent with discussions about the proposal in general terms. In only four meetings were specific articles discussed and this resulted in significant changes in the text.

The discussions at the Constitutional Commission began with two important demands expressed by the opposition parties. The first demand was for the discussions to be conducted in a bigger room so as to enable not only the councilors of commissioners but also the other deputies and experts to participate; the second was for the discussions to be broadcasted not only by the GNAT television channel but also at least three independent news agencies. But these requests were rejected by the Presidency of the Commission.

¹⁴ Organization for Security and Cooperation in Europe.

¹⁵ For the Report on 16 April, see: OSCE/Office for Democratic Institutions and Human Rights-Limited Referendum Observation Mission/Republic of Turkey-Constitutional Referendum, 16 April 2017, Statement of Preliminary Findings and Conclusions, 15 pages. For the final report, see: Final Report: Republic of Turkey/Constitutional Referendum, 16 April 2017, OSCE/ODIHR Limited Referendum Observation Mission Final Report, Warsaw, 22 June 2017, 28 pages.

¹⁶ Technical-Scientific Report, p. 13-14

The rejection of the requests that sought transparency in the work of the Constitutional Commission and the people's right to information can be seen as a continuation of the goal of preventing the text from being brought to the public and political attention prior to its submission to parliament.

2- Plenary Discussions¹⁷

The final text of the Constitutional Commission was discussed in the Plenary of the Grand National Assembly of Turkey from 9 to 20 January 2017. Pursuant to the mandatory provision of Article 175 of the 1982 Constitution stipulating that the proposal shall be debated twice, the first discussion lasted for 6 days and the second for 3 days. The proposal was enacted on 21 January 2017 at 4:00 a.m. following the vote on the entirety of the proposal.

The method followed in the plenary debates of this text has provided people with a very limited opportunity to form a free will about the text because the GNAT sessions relating the constitutional amendment usually coincided with the end of the broadcast time of the TGNA television channel. Discussions started after 7:00 p.m. and it was possible to watch them only via internet. Although the debates started in the evening, the plenary sessions on the constitutional amendment proposal continued until very early morning. Like the Commission meetings, the plenary discussions on the proposal which aims at some very fundamental changes in the 1982 Constitution did not last long. Indeed, in the second round of discussions, deputies from the political parties supporting the proposal seemed to sacrifice, so to speak, the talk time granted to them by the house regulations and left the rostrum soon enough¹⁸.

Apart from that, the mandatory provision relating the secret ballot in Article 175 of the 1982 Constitution have been violated for many times.

The constitutional amendment, accepted early in the morning of 21 January 2017, was sent to the Presidency of the Republic on 2 February 2017, signed by the President on 10 February 2017 and published in the Official Gazette the following day. Although the meetings held at the

¹⁷ Technical-Scientific Report, p. 14-15.

¹⁸ Technical-Scientific Report, p. 15.

Commission and in the Plenary did not last long, the submission of the amendment to the President of the Republic 12 days later and its signature by the latter 9 days after from the date of its submission has created a contradictory situation (the commission and plenary sessions lasted for a total of 18 days, but after the text had been enacted, it took 21 days until its publication in the Official Gazette).

In light of this, the essential remarks while evaluating the legislative process of the constitutional change can be summarized as follows:

- Undue haste which did not allow for the use of any negotiation methods or reconciliation among political parties;

- Lack of transparency that would allow the public to be informed on the proposal marked by such a clear polarization;

- This fundamental change, which will come into force after the elections to be held on 3 November 2019, created both a contradictory situation and undermined the democratic nature of the text in more procedural terms.

- The detention of some deputies during the Constitutional Commission and Plenary meetings has created a situation that worsened the problem of democratic legitimacy. This problem emerged during the preparation of the text and continued during the parliamentary debates (including physical fighting).

3- Referendum

According to the OSCE Report, the distinction between party and state in the course of the referendum campaigns has become ambiguous; the means of political participation were hindered and further increased in the Southeast; and legislative regulation of the campaign was enacted in violation of the Constitution¹⁹.

- *On ambiguous division between the party and the state:* According to the Final Report of the OSCE²⁰, in contradiction to the Code of Good Practice on Referendums, the authorities did not provide impartial information on those who supported the amendments proposed and

¹⁹ Final Report, pp. 10-14. Also see: Tolga Şirin, “AGİT ve Venedik Komisyonu Merceğinden 2017 Anayasa Değişikliğinin Meşruluğu (The Legitimacy of the 2017 Constitutional Amendment from the Perspectives of the OSCE and Venice Commission)”, *Nasıl Dergi*, no. 1, 07.06.2017.

²⁰ Final Report, pp. 11-13.

on the views of those who opposed them thus affecting in a negative way the voters' ability to make an informed choice. In general, it is forbidden for civil society to inform the public about the proposed changes. It has come to the fore that the campaigns were not conducted under equal terms. The "yes" campaign, which was more visible and conducted by the ruling Justice and Development Party and the Nationalist Movement Party to a certain extent, was supported by many leading national level public officials including the Prime Minister and the President of the Republic, as well as low level officials although, according to the 1982 Constitution, these officials are supposed to be neutral vis-à-vis the political parties and to perform their duties impartially. The President was the face of the "yes" campaign. He went to many places in the country, and organized events almost every day to support the changes. This has led to the ambiguity of the distinction between the party and the state, contrary to paragraph 5.4 of the OSCE Copenhagen Document of 1990. The Limited Referendum Observation Mission (LROM) of the OSCE/ODIHR has observed that public resources have been abused across the country. State ceremonies, such as historic commemoratives or inauguration of infrastructure projects were used in the campaign, and some commentators alleged that the attendance was compulsory for public officials and university students.

- *On impediment of the means of political participation*²¹: "No" campaign supporters have faced a series of irregular restrictions imposed on the freedom of campaigning. Many people, who organized the "no" campaign, were physically attacked. A large number of people have been arrested on charges of illegally organizing public events or insulting the President of the Republic. Some of the "no" campaign organizers encountered difficulties in finding a place for their events, or the activities they organized were cancelled by the authorities or by the facility owners, usually at the last minute. Except for a few independent widespread and online organizations, media outlets are under the dominance of the state television station TRT, the state press agency Anadolu Agency, and private television stations and newspapers owned by business people generally involved in public tenders. The majority of national and provincial media outlets have also been one-sided and supported the "yes" campaign. A few media outlets, that could give news inde-

²¹ Final Report, pp. 13-15.

pendently about the “no” front, were inclined to self-censorship. Since the failed coup attempt in July 2016, 158 media outlets including 60 television and radio stations, 19 newspapers, 29 publishing houses and five press agencies have been closed. The Venice Commission described it as a “mass liquidation of media outlets”.

On the other hand, private security zones have been established in some southeastern provinces which affected approximately 670,000 electors on the day of the referendum. Local authorities confirmed that police officers placed near polling stations were instructed to check voters’ identification documents to identify those wanted for arrest. In the pre-referendum period, some of the OSCE/ODIHR LROM interlocutors raised concerns that this could dissuade voters from voting. Besides, there were concerns about the registration of those having had to flee their residence, estimated between 355,000 and 500,000 people by different sources according to the United Nations High Commissioner for Human Rights. NGOs informed OSCE/ODIHR LROM that some of these voters could not vote²².

- ***Legal framework and voting as a single package:*** The declaration of the state of emergency and the measures taken within its framework have adversely affected the legal framework of the referendum. The adoption of two decree-laws that made permanent changes on electoral laws went beyond the exigencies of the state of emergency: The decree-law/687, adopted on 9 February, abolished the authority of the Supreme Electoral Board to impose sanctions on the media; decree-law/680, adopted on 6 January, changed the registration system of voters outside the country. The Constitutional Court, contradicting its earlier decisions and in the face of applications about the state of emergency practices, decided that it did not have jurisdiction over the decree-laws under the state of emergency and effectively obstructed applications about the decree-laws relating the referendum²³. In addition, parliament did not debate on the decree-laws before the referendum or within the 30-day legal period, which obscured the legal status of the decree-laws and further reduced the chances of objection. The Supreme Electoral Board decided the applicability of the latest legislative changes to the electoral law for the upcoming referendum without taking into account the constitutional provision stipulating that no amendment on the elec-

²² Final Report, pp. 9-10.

²³ Final Report, p. 6.

toral laws may come into force within at least one year from the date of adoption, and by also being in clear contradiction to international good practice²⁴. According to the accepted constitutional amendments, the applicability of this provision was suspended until the next parliamentary and presidential elections.

As pointed out in the OSCE Report, “contrary to international good practice, the 18 proposed amendments affecting 72 articles of the Constitution were voted on as a single package”²⁵. This method deprived voters from making choices for each of the different issues raised by the changes.

The information in the above-stated reports has not been contradicted by the Turkish authorities. The criticisms expressed by some ministers can be seen as an attempt to attract the subject to the political arena²⁶.

C) CONTENT: SUPREMACY OF LAW/SEPARATION OF POWERS/CHECKS AND BALANCES

The amendments made by Law No. 6771 relate to the third part of the Constitution, which carries the title “Fundamental Organs of the Republic”. Along with focusing on the executive body, there are also significant changes in the legislative and judicial fields. For this reason, in the evaluation of the content, the “rule of law” principle (Article 2 of the Constitution) can be taken as a framework.

The supremacy of law, the separation of powers, and the mechanism of checks and balances can be categorized as the pillars of the rule of law. So, the constitutional amendment can be evaluated in this respect:

1- Separation of powers²⁷

The separation of powers corresponding to the distinction among duties and powers relating the rulemaking, execution and control has been abolished to a great extent by Law No. 6771.

²⁴ Final Report, pp. 6-7.

²⁵ OSCE Report, Preliminary Findings, p. 4.

²⁶ We should note that the “personal observations from the field” made during the election campaign confirm the cautious language of the reports.

²⁷ For relevant contributions in this issue, see: Tolga Şirin, “2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi (Remarks on the 2017 Constitutional Amendment in terms of Judicial Independence)”; and Nihan Yancı Özalp, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama-Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri (Effects of the 2017 Constitutional Amendments on Legislative-Executive Relations and Judicial Independence)”.

- **Executive:** Executive authority, consisting of the Government and the Presidential organs and authorities, is given to one person. Even though different qualities are used for this one person such as the President of the Republic, the Head of State or the President, the Presidency of the Republic, having a neutrality to make sure staying on top of the daily politics, as well as the Government, working in the form of councils (collegial organ), have been abolished²⁸.

- **Legislature – composition/legislative function/termination:** Despite the increased number of deputies from 550 to 600, the GNAT became distanced from people because the term of office was also extended from 4 to 5 years. It is envisaged that the legislative elections will be simultaneous with the presidential one. The way was also opened for the President of the Republic to become chairman of a political party. All these give the President of the Republic a decisive role in the composition of the majority at the Grand National Assembly, since there is no intra-party democracy.

In terms of legislative function, Parliament's ability to set norms has been narrowed; the authority to issue empowering law has been abolished, the authority to return legislation granted to the President of the Republic has brought the will of one person above the will of 300 people. Besides, the power of the Grand National Assembly to supervise the executive has been narrowed down on highest degree. (While the legislative power of the Grand National Assembly of Turkey has been limited, a wide range of normative power has been granted to the single-person execution which can be used directly. The "self-authorization" on assignments is also worth mentioning. The authority to declare and regulate a state of emergency is also in this frame.)

When it comes to termination of the legislature, while the GNAT can hold new legislative elections only by a three-fifth majority, the President himself may decide to call elections and the termination of the legislature for convenience²⁹.

²⁸ The president's party chairmanship and neutrality are incompatible with each other.

²⁹ In response to criticism directed at this authority, it is generally said "the presidential election is renewed as well"; there is no doubt, however, that the President of the Republic will bide his time for the renewal because of concerns for having majority in the new parliament.

In short, the change made by Law No. 6771 contradicts the constitutional provision which stipulates “*Legislative power is vested in the Grand National Assembly of Turkey (...). This power shall not be delegated*” (Article 7).

- **Judicial:** Although a mention of impartiality was made by stipulating that “Judicial power shall be exercised by independent and impartial courts on behalf of the Turkish Nation”, a decisive role in the composition of the Judges and Prosecutors’ Council has been granted to the President of the Republic. The Council now becomes “partisan”. This does not only carry the risk of jeopardizing its impartiality but also its independence. Indeed, the first practice has confirmed this concern³⁰.

When it comes to authority to designate and appoint members of the Constitutional Court³¹, this will certainly reinforce the authority of the President of the Republic over the legislative power.

To sum up, by placing the judicial organization and functioning under the direction of the President of the Republic, the separation of powers has been largely obliterated³².

2- Check and balance mechanism

The constitutional check and balance mechanism requires not only a distinction between the organs which sets the norms and executes them, but also independence of the organ that controls these two. In this framework, the trio of “duty + authority + responsibility” has a decisive function. Authority is recognized for the fulfillment of a duty; and abuse of authority and duties makes necessary the operation of the responsibility mechanism.

With the Law no. 6771, the President of the Republic, now equipped with not only the executive duties and authorities but also sig-

³⁰ By the way; some people supporting the change misunderstood and misinterpreted the saying “in the name of the nation” in Article 9. This is not related to being elected; it rather reflects the credible and convincing nature of judicial decisions for the “public conscience”.

³¹ Removal of two memberships for those from judiciary-origin strengthened the position of the President of the Republic in the composition of the Constitutional Court.

³² The hierarchic set of rules (norms hierarchy) such as “constitution-law-by-law-regulation” has been also broken down especially due to five different categories of presidential decrees.

nificant authorities relating the legislative and judicial, has been immunized against any principle of responsibility (except for the criminal).

Such an arrangement is incompatible with the essence of constitutionalism.

3- Supremacy of law

The supremacy of law requires the applicability of the Constitution, the international conventions that Turkey is signatory to, and the general principles of law while setting and implementing the norms. However, the power of appointment granted to a single person and a kind of “self-authorization” within the normative category will emphasize the political preferences of this person rather than the supremacy of law.

The Constitutional Court, as the principal review body, will be insufficient to secure respect for the supremacy of law, even under the assumption that it will make independent decisions, since it reviews laws after they have been adopted – that is months or maybe years later.

As a result, in the event of full enforcement as of 3 November 2019, the fundamental organs of the Republic will be shaped in the direction of one person’s will: although Article 2 of the Constitution remains intact “on paper”, the Republic of Turkey will lose its nature of being a “democratic state governed by rule of law”³³.

III. THE 16 APRIL REFERENDUM AND BEYOND

Besides the question as to whether the statements about the submission of the constitutional amendment to the popular vote, while the legislative process was still ongoing, affected the debates before the GNAT, the fact that there was not an explicit social inquiry in relation to the composition, duties and authorities of the legislative and executive powers has raised the question of whether the referendum was being manipulated to achieve a political goal.

³³ In this regard, see: Kemal Gözler, *Elveda Anayasa/16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişiklikleri Hakkında Eleştiriler (Farewell to the Constitution/Criticism of the Constitutional Amendments to be voted on 16 April)*, 3rd edition, Ekin, March 2017.

A) UNSTAMPED BALLOTS AND ENVELOPES/“YES” MARKED STAMPS

The three main problems that are officially accepted but also make the 16 April referendum controversial are:

- **Unstamped ballots:** Especially in eastern provinces, numerous unstamped ballot papers and their use were reported.

- **Unstamped envelopes:** Likewise, it has been determined that the envelopes were unstamped.

- **“Yes” stamps:** It has been determined that, during the referendum, the stamps marked “yes” were also used, besides the stamps only marked “Preference” and normally used by voters to choose between “yes” or “no” choices.

The Supreme Electoral Board, during the voting period and in response to the reported irregularities, made a decision in haste and stated that the unlawful practices in question were not in quantities and qualities that would change the result of the referendum³⁴.

But, pursuant to Law No. 298³⁵, “Envelopes not bearing the stamps of the County Election Boards and the ballot box committees are deemed invalid” (Article 98) and “ballot papers not bearing the stamp of the ballot box committee are invalid” (Article 101, Amended in 2010).

B) DECISIONS OF THE SUPREME ELECTORAL BOARD

The Supreme Electoral Board decided on 19 April about the applications relating the 16 April voting and announced the final result of the constitutional referendum on 27 April.

Despite the explicit bans in the law, the Board deemed valid the unstamped envelopes and ballot papers. The Board decided accordingly that:

“In cases where there is no doubt as to being sent by the Supreme Electoral Board, it shall be deemed valid the votes used with ballot papers and envelopes which were unstamped as a result of the fault or negligence of ballot box committees”³⁶.

³⁴ To top it all, the following statement of the President of the Republic, especially considering he had previously stated that this constitutional amendment was his own project, is meaningful: “No use closing the stable door after the horse has bolted.”

³⁵ Law on Basic Provisions on Elections and Voter Registers, No.: 298, Date: 26/04/1961.

³⁶ The Supreme Electoral Board, Decision no.: 2017/560, Date: 16 April 2017. For an evaluation of this decision, see in this issue: Tolga Şirin, “Referandum ve Serbest

The formal calls for a decision of the Supreme Electoral Board was rejected this time by majority of votes³⁷, and the result of the constitutional referendum was finalized as follows by the decision 2017/663³⁸:

“Results Throughout Country Including the Out-of-Country Voter Registrations: Registered voters 58.291.898; total votes 49.798.855; turnout 85.43%; valid votes 48.936.604; invalid or blank votes 862.251; “Yes” votes 25.157.463, representing 51,41% of the valid votes; “No” votes 23.779.141, representing 48.59% of the valid votes. This has been determined with a combined official report (Official Report on Results of the Constitutional Referendum).”

C) ON THE LEGITIMACY OF THE REFERENDUM

There were appeals before the Constitutional Court and the European Court of Human Rights over the decision of the Supreme Electoral Board.

1. The Constitutional Court ruled that the application was inadmissible in terms of “subject-matter jurisdiction”: “*It must be decided that the application is inadmissible, for the above-mentioned reasons, due to lack of subject-matter jurisdiction without further examination of other admissibility conditions*”³⁹.

2. The CHP applied to the European Court of Human Rights regarding the results of the constitutional referendum using the right of individual application⁴⁰ and demanding the determination of violation of rights, renewal of the election, and compensation.

3. Legitimacy: Summary of the Board’s decisions, “It is clearly unlawful but I will reject any appeals”. The Constitutional Court, on the other hand, said “I lack subject-matter jurisdiction, so I cannot review

Seçim Hakkı: Yüksek Seçim Kurulu’nun 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 Sayılı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme (Referendum and Right to Free Election: An Evaluation of the Decision of the Supreme Electoral Board, Number 560 and Date 16 April 2017)”.

³⁷ The Supreme Electoral Board, Decision no.: 2017/573, Date: 19 April 2017.

³⁸ The Supreme Electoral Board, Decision no.: 2017/663, Date: 27 April 2017 (Official Gazette Repeatedly; 27 April 2017).

³⁹ (The Constitutional Court, Application of Nurullah Efe and People’s Liberation Party, Part One, 2017/20127, 7/6/2017).

⁴⁰ 4 July 2017.

it.” Waiting for the decision of the European Court of Human Rights, the questions of the legitimacy relating the announced percentages will seemingly continue to exist for two main reasons:

-Questionable results: The Supreme Electoral Board has confirmed in a sense by its rulings that the referendum was problematic. However, it avoided some possible actions such as announcement for invalidity of the unstamped ballot papers, recounting of votes, or annulling the voting⁴¹.

-Consequences of the change: The most radical change of the Ottoman-Turkish history, and the most contested one with regard to its supporters and opponents, will always carry the shadow of the illegitimacy, even assuming that the results announced by the Supreme Electoral Board are correct (reflect the truth)⁴². Undoubtedly, the main question here is on how and in what circumstances such a result is obtained, rather than the result itself. Saying that “We increased the 30% support to 51.4% in 70 days”⁴³ can be seen as numeric expression of the perception operation provoked by the state-sponsored campaign under the state of emergency conditions⁴⁴.

Keeping attributions such as “abusive constitution”, “opportunistic constitution”, “good bye constitution”, in mind may deepen the question of legitimacy but they also keep alive the hope for a democratic constitution because they make the non-sustainability of an order based on an “abusive” or “opportunistic” constitution clear.

IV. CONSTITUTIONAL TRANSITION PROCESS

Turkish society was not fully informed on the content of the Law No. 6771. In addition, the amendment was not adopted following the

⁴¹ There is a clear parallelism between the saying of the President of the Republic “No use closing the stable door after the horse has bolted” and the decision of the Supreme Electoral Board.

⁴² Such a constitutional agenda showed how hypocritical the AKP’s “Yenikapı Spirit” discourse is, reminded so often to CHP.

⁴³ Binali Yıldırım, PM, 6.6.2017.

⁴⁴ There is a direct relationship between the “Justice March”, initiated in Ankara on 15 June 2017 by the CHP Chairman Kemal Kılıçdaroğlu and ended with the huge meeting held on 9 July at Maltepe Square, and the constitutional amendment voted on April 16.

constitutional procedures and the procedure did not provide a basis for free debate on the pros and cons of the amendment.

Beyond the statements not reflecting the facts about the Law no. 6771 such as “a more responsible president”, “the elected can be called to account”, “the presidential government system will be established”, etc., a propaganda campaign was carried out accompanied by slogans such as “say yes for the survival of the state and nation.”

Aside from the question of whether or not this information reflects reality, they contradict the way in which the text of the amendment enters into force. Why? Because only three articles of the constitutional amendment entered into force. These are the regulation for the president to become party member (and chairman), the amendment relating the restructuring of the Board of Judges and Prosecutors, and the abolition of the Military Court of Cassation and the Military Administrative Court.

Apart from these three articles, the constitutional amendment will enter into force only after the elections on 3 November 2019. Here are two main contradictions:

- If the entry into force of the amendment was to be spread over the years, why was the time period dedicated to debating the amendment so limited? The Grand National Assembly of Turkey spent only two and a half weeks for an amendment which will not enter into force for about two and a half years. Why did the “procedure and time pressure” become an issue in addition to the inconveniences of the state of emergency conditions? Why was an unusual “constitutional stress” created?

- “The survival of the state and nation”: If there was an actual survival problem, can there be a persuasive reason for waiting until 2020 to bring Law No. 6771 into force? If there is indeed a link between the “survival problem” and the provisions that are already in force, it is a more realistic approach to say that the issue of “survival of the party” comes to the forefront because the first thing the President of the Republic in office did was to take the helm of the party. On this argument, can’t we assume that the “Party State” assertion is also confirmed? The involvement of the Board of Judges and Prosecutors in the transitional state does not undermine such a claim since “placing the judicial power under the direction of the party” can be considered as an important instrument of the party-state project, and the practice confirms it⁴⁵.

⁴⁵ Until the probes of 17-25 December 2013, the problem most complained about in the exams for the selection of judges was the preferential treatment of the Community members in defiance of knowledge (merit). On the other hand, in the examinations

Even though the gradual entry into force brought about many uncertainties over the constitutional transition period, the main problem here is that, as we already mentioned, the immediate enactment relating the President's party membership and the organization of the judiciary. If indeed the "survival of the state" problem was top priority, Law No. 6771 should be put into force as a whole and within a period of three months, for example. Since this was not the case, how can one argue that the "leader's and party's worry of winning the 2019 elections" is not determinative?

İbrahim Ö. Kaboğlu/31 July 2017

held after the stated probes and the failed coup attempt of 15 July, membership of other communities or the party itself became important. Are the questions asked to the candidates for judge-prosecutor positions such as "Have you ever taken on a task or been involved in activities for the AKP organization?", not a sign that the judiciary is being used as a milestone towards creating a "party state"?