

ANAYASA HABERLERİ/CONSTITUTIONAL NEWS

DOKUNULMAZLIKLARI KALDIRAN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ HAKKINDA GÖZLEMLER

(OBSERVATIONS ON THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS THAT REMOVE
IMMUNITIES)

Tolga Şirin*

Bu satırların yazıldığı saatlerde TBMM Genel Kurulu, 140 “hayır” oyuna karşı 376 “evet” oyuyla, 1982 Anayasası’na yeni bir madde eklenmesini kabul etmişti. Anayasa md. 89 ve 175 gereğince Cumhurbaşkanı, kendisine sunulan anayasa değişikliğini 15 gün içinde, bir daha görüşülmek üzere TBMM’ye geri gönderebilir, halkoylamasına sunabilir veya yürürlük kazandırılması için Resmi Gazete’de yayımlayabilir. Bu ihtimallerden üçüncüsünün gerçekleşmesi yüksek bir olasılık. Eğer bir sürpriz olmazsa, siz bu satırları okurken yürürlüğe girmiş olacak geçici md. 20 aynen şu şekilde:

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

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldı-

* Yard. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

rilmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili mercii-ne iade edilir.”

Bu değişikliğin atfı yaptığı md. 83/2'nin birinci cümlesi ise şu şekilde:

“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.”

Söz konusu hükme karşı teorik olarak en az üç dava türü gündeme gelebilir:

1-) 110 milletvekili tarafından iptal davası açılması:

Bu ihtimalde metnin Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren 10 gün içinde dava açılması gerekir. Anayasa md. 148'e göre anayasa değişiklikleri sadece şekil bakımından incelenir ve denetlenir. Şekil denetimi ise *“teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.”* Şu halde, böyle bir dava açılması halinde en az üç ihtimal bulunmaktadır:

Birincisi; Anayasa md. 175/1'e göre anayasa değişiklikleri, gizli oyla yapılır. Ancak 20/05/2016 tarihinde yapılan oylamada buna uyulmadı. Anayasa değişikliği oylamasında olumlu oy veren milletvekillerinin bir kısmı, oylarını kabine girmeden ve izleyicilere göstererek kullandı. Anayasa'nın 175'inci maddesindeki *“gizli oy”* ifadesi, yürürlükte olmasına rağmen; bu tür bir uygulamaya geçilmesi, herhangi bir teklif ve oylama çoğunluğu bulunmadan md. 175'te ve İçtüzük md. 94/1'de *“eylemli”* bir değişiklik yapmak anlamına gelir ve bu bakımdan Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa'ya aykırı bir usulle ulaşılan *“oylama çoğunluğu”* da Anayasa'ya aykırıdır.

İkincisi; AYM, 2008 ve 2010 yıllarındaki kararlarında olduğu gibi *“şekil içerisinde esas denetimi”* yaparak, söz konusu değişiklik teklifinin, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin değiştirilmesinin teklifi anlamına geldiği ve geçici md. 20'nin, Anayasa'nın ilk üç maddesinin değiştirilmesinin *“teklif”* edilemezliğine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı verebilir.

Üçüncüsü; AYM, söz konusu süreçte, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşme yasağına aykırılık olmadığı kanaatiyle davayı reddedebilir.

2-) Dokunulmazlığın kaldırılması kararına itiraz başvurusu yapılması

Anayasa md. 85'e göre "Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmiş olması halinde (...) Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir." Bu maddede geçen "karar" kavramının iki şekilde anlaşılması mümkündür. AYM'nin kavramı kavrayış biçimine bağlı olarak ulaşacağı sonuçlar da farklılık taşıyacaktır.

Birincisi; karar kavramı, şeklî anlamda anlaşılabilir. Bu ihtimalde; anayasa değişikliği, bir parlamento kararı olmadığı için başvuru reddedilecektir.

İkincisi; "karar" kavramı, tıpkı Anayasa md. 87'de "özel af ilanına karar verme" ifadesindeki "karar" kelimesinde olduğu gibi "irade açıklaması" anlamıyla maddi şekilde yorumlanabilir. Öte yandan usulüne uygun yapılmayan ve meclisin özerkliği ile ilgili bir anayasa değişikliğinin meclis kararı olduğu düşünülebilir. Bu durumda anayasa değişikliği de geniş anlamda bir "karar" olarak görülecek ve Anayasa md. 85'in, md. 142/2'ye göre özel hüküm olduğu kanaatiyle başvuru incelenecektir.

3-) Bireysel Başvuru Yapılması

AYM Kanunu'na göre; kanunlara karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz. Anayasa değişikliği de bir kanun olduğu için, bu değişikliklere karşı yapılacak bireysel başvuru kabul edilmeyebilir; fakat geçici md. 20'nin "yetkili mercilere iade" şeklindeki uygulamasına binaen (bu ihtimalde idari yargı etkili bir yol olmadığı için) AYM'ye yapılacak bireysel başvuru, kabul edilebilir bulunabilir. Bu durumda AYM'nin, vakayı incelerken müdahalenin dayanağı olan kanunun şekil denetimini yapmasını engelleyen bir Anayasa hükmü yoktur. Hatta AYM'nin "Başörtülü avukat" vakasındaki¹ yaklaşımı, Mahkeme'nin İHAM'dan farklı olarak şeklî bir kanunilik incelemesi de yaptığını göstermiştir. Öte yandan vakanın niteliğine göre ifade özgürlüğü (AY md. 26, İHAS md. 10), etkili başvuru hakkı (AY md. 40 ve İHAS md. 13) ve adil yargılanma hakkı (AY md. 36 ve İHAS md. 6) yönünden ihlal iddiaları gündeme gelebilir. İhlal, kategorik olarak iki bağlamda ortaya çıkabilir.

¹ Tuğba Arslan başvurusu, 2014/256, 25/06/2014.

Birincisi; geçici md. 20, Anayasa'nın sistematığı ile uyumlu olmadığı gibi, bir takım belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Söz konusu madde, dokunulmazlıkları kaldırırken; milletvekilleri hakkındaki suç isnatları yönünden bir ayırım yapmamıştır. Hal böyleyken ilk bakışta dokunulmazlıkların, söze dayalı suçlar (propaganda suçları vs.) yönünden de geçerli olacağı düşünülebilir. Fakat Anayasa md. 83/1'deki "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki (...) sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, (...) bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar*" şeklindeki yasa sorumsuzluğu hükmü hâlâ yürürlüktedir ve geçici md. 20, bu konuda herhangi bir imada bulunmamaktadır. Dolayısıyla dokunulmazlıkların, örneğin haklarında yüz kızartıcı suç isnadı bulunan milletvekilleri için kaldırıldığı; fakat haklarında örneğin TCK md. 216, 299-301, 220 ile bağlantılı 314 veya TMK md. 7/2 gibi söze veya düşünce açıklamasına dayalı suçlarla ilgili isnat bulunan milletvekilleri için (eğer suç kapsamındaki görüşlerini mecliste ileri sürmüşlerse) kaldırılmadığı söylenebilir. Eğer durum böyle ise anayasa değişikliği, bu bağlamda nispeten sorunsuz olacaktır. Aksi halde, yakın zaman önceki Venedik Komisyonu Raporu'nda da vurgulandığı gibi, anayasallığı zaten tartışmalı olan bu maddelere dayalı soruşturmaların, milletvekilleri gibi ifade özgürlüğünden "özellikle"² yararlanması gereken kişiler için sürdürülmesinin, Anayasa'daki ve İHAS'taki hakların ihlalini katmerli hale getireceğini söyleyebiliriz.

İkincisi; milletvekilliği statüsü ve buna bağlı ayrıcalıklar, serbest seçim hakkının bir uzantısıdır. İHAM kararlarında; serbest seçim hakkının, sadece seçimlere katılmayı değil, bir defa seçildikten sonra milletvekili olarak kalmayı da güvence altına aldığı ifade edilmektedir.³ Yani serbest seçim hakkı, sadece seçilme anına indirgenemez; süreklilik arz eden bir güvence getirmektedir. Dokunulmazlığın kaldırılması, bu statüye tanınan özel güvenceye yönelik olduğu için serbest seçim hakkına ve/veya söze dayalı bir suçtan kaynaklı isnat söz konusu ise ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak görülebilir. Kuşkusuz bir hakka müdahale edilmesi, bazen haklılaştırılabilir; yani otomatikman ihlal yaratmaz. Somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılır. Ne var ki

² "İfade özgürlüğü herkes için önemlidir; bu, halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemlidir." Bkz. *Jerusalem v. Avusturya*, İHAM, 26958/95, 27/02/2001, § 36.

³ *Sadak ve diğerleri v. Türkiye (no.2)*, İHAM, 25144/94, 11/07/2002, § 33.

bireyler, haklarına yönelik müdahalelerin haklı olup olmadığını bir makam önünde tartışma imkanına sahip olmalıdırlar. Anayasa'nın, İHAS md. 13 ile paralel nitelikteki 40'inci maddesine göre; “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” Öte yandan Anayasa md. 36'da yer alan ve İHAS'tan (md. 6) daha kapsamlı şekilde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının bir parçası olan “mahkemeye başvuru hakkı”⁴ da, bu tür bir müdahalenin bir yargı organına taşınmasının güvencesidir. Dokunulmazlığın kaldırılması şeklindeki temel hak müdahalesi, haklıdır veya değildir; ancak bunun bir makam/mahkeme önünde tartışılmasına imkan tanınmaması, söz konusu müdahalenin haklılığından bağımsız olarak ayrıca bir temel hak ihlalidir. Eğer geçici md. 20'nin gerekçesinde ifade edildiği gibi dokunulmazlık kararına karşı başvuru yolları kapatılmış ise, bu durumda aktarılan hakların ihlalden bahsedilebilir. Ayrıca gözaltı ve tutuklama kararları da koşullara bağlı olarak ihlal yaratabilir.

Son olarak kaydedilmelidir ki; anılan dava olasılıklarından üçünün de reddedilmesi durumunda iç hukuk tükenmiş olur. Bu durumda yine yeniden İHAM devreye girebilir. Konunun anayasa değişikliği düzeyinde olması, İHAM incelemesi bakımından ayrıksı bir durum yaratmayacaktır.

⁴ Bu konuda bkz. Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul: Beta, 2005, ss. 105-158.