

Bir Hafta Kala Üç Ders¹

Prof. Dr. Cem Erođul

Burada, üç konuya kısaca değineceğim. İlki, halkoylamasının hukuki niteliği ve kötüye kullanılmasına ilişkin olacak. İkinci konum, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin demokrasi açısından değerlendirilmesi olacak. Bu çerçevede 16 Nisan'da oylanacak olan anayasa değışikliği önerisine de değineceğim. Son olarak da, geçen Temmuz ayından beri uygulanan OHAL'e ilişkin bir iki gözlem sunacağım.

Bir: Halkoylamaları ve demokrasi

İlk konum, halkoylamaları. Olayların görünüşüyle yetinenlerin ilk bakışta düşünebileceklerinin aksine, halkoylamaları öyle pek demokratik işlemler değildir. Çağcıl dönemde bu uygulamayı başlatan kişi, 1799 yılında zamanımızın ilk askeri darbesini yapan ve arka arkaya halkoylamalarına dayanarak, işi kendisini imparator ilan ettirmeye dek vardırıran **Cumhuriyetçi General Napolyon Bonapart**'tır. Aradan yarım yüzyıl geçtikten sonra, bu kez yeğeni Louis Bonapart aynı yöntemi kullanarak 1851'de darbe yapmış ve halkın oyuyla imparator olmuştur. Bu yolda en şanlı örneklerden biri ise, 1934'te, halkoylamasında elde ettiği %89,9'luk çoğunlukla Hitler'in kendisini Führer ilan etmesidir. Halkoylamasından önce Hitler bütün yetkileri zaten elinde toplamıştı. Halkoylamasıyla devlet başkanlığı ile başbakanlık birleştirildi ve böylece fiili diktatörlük resmîyet kazandı.

Demokrasilerde halk öyle istedi diye, anayasa kurallarına aykırı girişimlerde bulunamazsınız. Nitekim son Brexit olayında, halkoylamasındaki çoğunluk eğilimine uyarak Avrupa Birliđi'nden ayrılma girişiminde bulunmaya kalkışan İngiliz Hükümeti'ne İngiliz yüksek mahkemesi engel olmuş ve parlamentodan yasa çıkarmadan yapılacak böyle bir başvurunun **anayasaya aykırı** olacağına karar vermiştir. Halkoylaması uygulamasının en yaygın olduğu ABD eyaletlerinde de, öyle her konuda halkoylaması yapılamaz.

Demokrasinin bu genel kuralları bizim için de geçerlidir. Örneğin, insan haklarına aykırılık yaratacak bir konuda halkoylaması yapamazsınız. Çünkü insan hakları, bugün yürürlükte olan anayasada bir kez daha tekrarlandığı gibi, VAZGEÇİLMEZ nitelikte haklardır. Yani siz bunu ne kadar isterseniz isteyin, hukuken kendi insanlığınızdan vazgeçemezsiniz. Özel hukukta da öyledir. Nitekim iki kişi arasında gerçekleştirilen bir kölelik sözleşmesinin hiçbir hukuki geçerliği yoktur. Önümüzdeki anayasa oylamasında da durum böyledir. **Bizden, insan haklarına saygılı bir devlet yönetiminde yaşama hakkından vazgeçmemiz istenmektedir.** Bunun geçerliği olamaz. Ama, ne yazık ki, geçmişte ülkemizde buna benzer bir örnek yaşanmıştır. 6 Eylül 1987'de yapılan halkoylamasında, anayasaya tümüyle aykırı biçimde âdeta "halk mahkemesi" kurulmuş ve halka, birtakım eski siyasilere siyasi haklarının, yani insan haklarının verilir verilmeyeceği sorulabilmiştir. Konusu bakımından anayasaya tümüyle aykırı bir başka halkoylaması da 21 Ekim 2007'de yapılmıştır. Anayasaya aykırı olan yön, oylanacak metnin, TBMM tarafından, oylamadan beş gün önce değıştirilmiş olması ve cumhurbaşkanının bu metni halkoylamasına sunma kararı olmadan, eski metnin yerine konmasıdır. Bu uygulamada, TBMM kesinlikle yetkisini aşmış, bu yetki aşımına, hem Cumhurbaşkanı Gül, hem de YSK, görevlerini çiğneyerek alet olmuşlardır.

¹ 1 Nisan 2017'de, İstanbul'da, rahmetli öğretim üyesi Prof. Dr. Kemali Saybaşıllı'yı anmak üzere düzenlenen "Türkiye'de Özgürlükler ve Anayasa Tartışmaları" başlıklı konferansta sunulan "Demokrasiye Karşı Halkoylaması" başlıklı bildirinin tam metni.

Demokrasinin genel kuralları, halkoylamalarını yalnızca konuları açısından değil, yapılış biçimleri açısından da sınırlar. Örneğin aleyhte görüşlerin dile getirilmesinin yasaklandığı ya da fiilen engellendiği koşullarda yapılan bir halkoylaması demokratik olamaz. Bunun en çarpıcı örneği 1982’de yaşandı. Oylanacak anayasa metni 20 Ekim günü *Resmi Gazete*’de yayınlandı ve ertesi gün çıkarılan 71 sayılı MGK kararıyla, anayasanın “devlet adına resmen” tanıtılması görevi münhasıran MGK Başkanı Kenan Evren’e bırakıldı. Böylesine baskıcı bir ortamda yapılan halkoylamasında anayasanın geçerli oyların %91’iyle kabul edilmiş olmasının herhangi bir demokratik değeri olmadığı açıktır. Bugün aynı durum yaşanmaktadır. Tam bir keyfilikle yürütülen OHAL uygulamaları, “hayır” diyecek olanların sesini kısmak için seferber edilmektedir. Ayrıca, oylamanın ve sayımın dürüstlüğü konusunda ortada çok ciddi kuşku bulunmektedir.

İki: Cumhurbaşkanlığı seçimi ve demokrasi

Değirmek istediğim ikinci konu, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin demokrasi açısından değerlendirilmesidir. Bu değerlendirmeyi bilimsel olarak yapabilmek için, öncelikle demokrasinin kuralsızlık olmadığını, aksine çok sıkı kurallara bağlı bir düzen olduğunu akılda tutmak gerekir. Sistemin kurallarına uyulmazsa, demokrasi ya çöğnenmiş ya da son noktada ortadan kaldırılmış olur. Türkiye, anayasal yapı olarak 109 yıldır parlamenter demokratik sisteme bağlıdır. Bu sistem, cumhurbaşkanının, hükümetin yürütme yetkilerini **ancak törensel olarak kullanır görünen** tarafsız bir kişilik olmasını gerektirir. Demokrasilerde gücün kaynağı halktır. Cumhurbaşkanını halka seçtirirseniz, onu yetkisiz bırakamazsınız. Karşılıklı olarak iki adayın halkın karşısına çıkıp “ben ondan daha yetkisiz ve tarafsız olacağım, merak etme, etliye sütlüye karışmayacağım, senin lehine de olsa hiçbir icraatta bulunmayacağım” diyerek halktan oy isteyebileceğini düşünmek gülünçtür. Bunun içindir ki, dünyada (İrlanda, İzlanda gibi) bir iki aksi örnek var olsa da, devlet başkanının halk tarafından seçilmesi parlamenter demokratik sistemin mantığına aykırıdır. Bu yöntem başkanlık demokratik sisteminin mantığına uygundur. Ama o sistemin demokratik olmasının temel koşulu, yargının çok güçlü ve tam bağımsız olması, yasama ile yürütme arasında, parlamenter sistemin gereği olan **geçişmenin bulunmaması**, aksine bu iki gücün birbirini frenleyecek karşılıklı yetkilerle donatılmasıdır. Yakında oylanacak olan anayasa değişikliği önerisi, ne başkanlık sistemine uygundur, ne de demokratik düzenlerin temel kuralı olan güçler ayrılığına olanak bırakmaktadır. Bu değişiklikte cumhurbaşkanı yürütme yetkileriyle donatılacak, ama aynı zamanda hem yasamaya hem de yargıya egemen olacaktır. Çünkü bu cumhurbaşkanı, yürürlükteki anayasanın kendisine **tarafsız olması temel koşuluna bağlı olarak** tanıdığı devlet yetkilerini, partili ve dolayısıyla tam taraflı bir siyaset kişisi olarak kullanabilecektir. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin üyelerinin çoğunu seçmeye devam edecektir. Şu an yürürlükte olan metne göre Anayasa Mahkemesi’nin 17 üyesinden 14’ünü seçiyor. Değişikle üye sayısı 15’e düşürülüyor, ama bunun büyük çoğunluğunu, 12 üyeyi, yine cumhurbaşkanı seçiyor. Üyelerini böyle kendi keyfine göre seçtiği kurumun özelliği ne? Bu kurum gerektiğinde kendisini yargılayacak olan A.M. Kendi mahkemeni kendin oluşturuyorsun! Bu ne âlâ demokrasi böyle! Bütün adalet mekanizmasına hakim olan HSYK da öyle. Bundan önceki 2010 anayasa değişikliğinde tümüyle kendilerine alet olsun diye düzenledikleri bu kurul, sonuçta eski ortakları Fetö’cülerin etkisine girince, bu kez daha tedbirli davrandılar. Kurulun üye sayısı 22’den 13’e düşürülüyor; kurula üye olan adalet bakanı ve müsteşarı da hesaba katıldığında, 6 üye doğrudan doğruya cumhurbaşkanınca seçiliyor, kalan 7 üye ise, seçimi cumhurbaşkanı seçimiyle birlikte yapılacak olan, dolayısıyla onunla aynı siyasi eğilimde bulunacak olan TBMM tarafından seçiliyor. Böyle bir adalet kuruluna artık hiç

yakışmayacağı düşünülerek, kurumun adından “yüksek” nitelemesi siliniyor ve ortada sadece, artık iyiden iyiye yürütmeye tabi hale gelen bir HSK kalıyor!

Üç: OHAL ve demokrasi

Değineceğim son konu, geçen Temmuz ayından beri uygulanan OHAL’in bizi sürüklediği feci hukuksuzluktur. Hiç kuşku yok ki, olağanüstü hallere ilişkin düzenlemeler, sırf olağan dışı oldukları için demokrasiye aykırı görülemezler. Ancak, tıpkı halkoylamaları gibi, bu işlemlerin demokratik olması için demokratik hukuk kurallarına uymaları gerekir. Bu kurallar içinde en temeli, bu uygulamaların **OHAL süresiyle sınırlı** olmasıdır. Başka bir deyişle, bir OHAL kararnamesiyle hiçbir **kalıcı işlem** gerçekleştirilemez. Onun için örneğin **kanunlarda değişiklik yapılamaz**. OHAL düzenlemelerinin amacı, **en kısa zaman içinde** olağan yönetime dönmeyi sağlayacak **geçici** tedbirleri alabilmektir. Öyle aylarca süren bir OHAL ya da haftalarca süren sokağa çıkma yasakları, demokratik OHAL kurumunun mantığına aykırıdır. Bunun kadar önemli bir başka kural, OHAL koşullarında uygulanacak kuralların, **daha önce** OHAL kanunu tarafından öngörülmüş bulunmasıdır. OHAL kararnameleri yeni kurallar yaratamazlar. Sadece daha önce kanunla yaratılmış olan kuralların hangilerinin, nerede, ne kadar süreyle, geçici olarak uygulanabileceğini düzenleyebilirler. Bizdeki uygulamaya bakıldığında ise, OHAL kararnamelerinin, ne konu ne de yetkinin kapsamı bakımından hiçbir sınırlamaya tabi olmayan, en temel insan hakları güvencelerini kalıcı olarak kaldıran, dolayısıyla ciddi bir hukuk devletinde aslında **yoklukla** malul sayılması gereken birtakım düzenlemeler olduğu açıkça görülür. Gerçi, ne yazık ki ülkemizde anayasaya saygısızlığın parlak bir geçmişi yok değildir. Nitekim 12 Eylül, önce bir “içtüzükle” (25 Eylül 1980 günlü MGK İçtüzüğü) anayasa düzenlemesi yapmış, sonra da, 27 Ekim 1980’de kabul ettiği Anayasa Düzeni Hakkında Kanun’un 6. maddesiyle, kendisine “karar” ya da “bildiri” yoluyla anayasa değişikliği yapma yetkisini tanımıştır. Konsey yönetimini izleyen Özal döneminde, hukuka saygısızlık bütün haşmetiyle sürmüştür. Yukarıda sözü edilen 1987 yılındaki siyasi haklara ilişkin ünlü halkoylamasını Özal yaptırmış, eski siyasilere insan haklarının tanınmaması için açıkça çağrıda bulunmuştur. Aynı Özal, Anayasanın parti değiştiren milletvekillerinin üyeliklerinin düşürüleceğine ilişkin anayasa maddesini uygulamayacağını da açıkça beyan etmiştir. (Bu düzenleme 1995 anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.) Başka bir deyişle, karar ve bildiriyle anayasa değiştirme yöntemine, **“demeç”le anayasa değiştirme** yöntemini eklemiştir. Ama bütün bunlar bile, bugünkü OHAL’in ulaştığı hukuksuzluğun derecesine erişememiştir. Bu sözümü kanıtlamak için **bir tek örnek** vereceğim. Ama eminim ki **bu yetecek**. Bilindiği gibi, Osmanlı-Türk siyasi tarihinin ilk anayasal atılımı, 3 Kasım 1839’da, Hariciye Nazırı Mustafa Reşit Paşa tarafından, yerli ve yabancı erkânın huzurunda Gülhane’de okunan Tanzimat Fermanı’dır. Anayasacılığa **ilk adımımız** olan bu fermanın getirdiği temel kurallardan biri, genel müsadere (zorallım) cezasının verilemeyeceğidir. O günden beri de bu kural, devlet yıkılıp yeni devlet kurulsa, birtakım devrimler ve darbeler olsa da, hep uygulamada kalmıştır. Kuralı, fermandaki aslından bugünkü Türkçeye çevrilmiş haliyle okuyorum: “Birinin suçluluğunun saptanması halinde mirasçılardan o işle ilgileri bulunmayacağından, suçlunun malları elinden alınıp varisleri miras hakkından yoksun bırakılmayacaklardır.” Yani ferman, kişi suçlu bulunsa bile genel müsadere (zorallım) uygulanamaz diyor. Bizim OHAL kararnamelerimiz ise, suçluluklarına hükmedilmiş **herhangi bir mahkeme kararı olmadan bile**, kişilerin bütün varını yoğunu elinden alabilmekte. Bu uygulamayla bugünkü OHAL, **tarihimizin ilk anayasa adımının bile gerisine düşmüştür**. O zamanlar, hukuk devleti **henüz** kurulmadığından, kanunlara aykırı hareket edenler ister istemez Allah’a havale ediliyordu. Bugün ise, artık hukuk devleti

kalmadığından, biz de böyle davrananları yine ancak Allah'a havale edebiliyoruz. Ben de son söz olarak, Tanzimat Fermanı'nın son sözlerini, üstelik pek sevdikleri Osmanlıca aslından okuyacağım: "bu kavanin-i müessesenin hilafına hareket edenler (yani bu kanunları ığneyenler) Allahu Teala Hazretlerinin lanetine mazhar olsunlar ve ilelebet felah bulmasınlar. (Amin)"