

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ'NİN İÇİNDE OLDUĞU
HUKUK BOŞLUĞUNUN HUKUKSAL TEMELLERİ
ve
BASKIYA KARŞI DİRENME HAKKI

Üç bölüm halinde kaleme alınmış bu çalışmada,

1- Siyasi ve hukuki düzene ilişkin birçok_maddesinin yok hükmündeki bir halkoylamasıyla yürürlükten kaldırılması sebebiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın uygulanamaz hale getirildiği, Anayasa'nın cebir ve şiddet kullanılarak uygulanamaz hale getirilmesinin Anayasayı ihlal suçunu teşkil ettiği,

2- Meşruiyetini kaybetmiş iktidara karşı direnme hakkının olduğu,

3- Meşruiyetini yitirmiş bir iktidar ile onun güdümündeki hukuk düzeni karşısında direnme hakkının maddi unsurlarının bütünüyle mevcut olduğu, bu hakkın hayata geçebilmesi için irade ve cesaret gibi manevi unsurların bir araya gelmesi gerektiği

tespit edilmiştir.

Muhammed Aybars Akdoğan

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ'NİN İÇİNDE OLDUĞU
HUKUK BOŞLUĞUNUN HUKUKSAL TEMELLERİ
ve
BASKIYA KARŞI DİRENME HAKKI

1- YARGITAY 3. CEZA DAİRESİ'NİN CAN ATALAY KARARI IŞIĞINDA, 16 NİSAN 2017 TARİHİNDE MÜHÜRSÜZ OYLARIN GEÇERLİ SAYILMASI SURETİYLE YÜRÜRLÜĞE SOKULAN ANAYASA HÜKÜMLERİNE UYULMASINA YER OLMADIĞINA DAİR TESPİT

a- Yüksek Seçim Kurulu'nun mühürsüz oy kararının 16 Nisan 2017 tarihinde yürürlükte olan Anayasa ve yasa hükümleri ışığında incelenmesi

16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen Anayasa Değişikliğine ilişkin Halkoylaması esnasında Yüksek Seçim Kurulu (YSK), 298 sayılı Kanun'un **o tarihte yürürlükte olan** 101. maddesinin “*arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan, (...) oy pusulaları **geçerli değildir.***” hükmüne aykırı olarak “*sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile seçmene kullandırılan oyların geçerli*” sayılacağına dair bir karar vermiştir.

O tarihte yürürlükte olan Anayasa'nın 79. maddesi “*Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve **dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri** yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama (...) görevi Yüksek Seçim Kurulundur.*” cümlesini içermektedir.

Aynı Anayasa'nın 87. maddesine göre; “*(...) kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisi **Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait***” olduğundan Yüksek Seçim Kurulu, 79. maddede yazılı olan görevlerini yerine getirirken kanun koyamaz, değiştiremez, kaldıramazdı.

Aynı anayasanın 148. maddesine göre “*kanunların, (...) Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu*” denetleme yetkisi **Anayasa Mahkemesi'ne ait** olduğundan Yüksek Seçim Kurulu, 79. maddede yazılı olan görevlerini yerine getirirken kanunların Anayasa'ya uygunluğunu da denetleyemezdi.

Yine aynı anayasanın 6. maddesine göre, “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.*”

298 sayılı Kanun'un **o tarihte yürürlükte olan** 101. maddesi düzenlemesine aykırı olarak verilen kararın gerekçesinde söz konusu kararın “*Anayasanın 67 ve 90/5. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 No.lu Protokolün 3. maddesi birlikte*

değerlendirilerek¹ verildiği yazılıdır. **16 Nisan 2017 tarihinde yürürlükte olan** Anayasa'nın kararda atıfta bulunulan 67. maddesine göre;

*Vatandaşlar, **kanunda gösterilen şartlara uygun olarak**, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve **halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.***

*(...) **Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir** (...)*"

Yukarıda da belirtildiği gibi 298 sayılı Kanun'un **o tarihte yürürlükte olan** 101. maddesi "*arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan, (...) oy pusulaları **geçerli değildir.***" düzenlemesini içermekte olup, bu hüküm Anayasa'nın yukarıda alıntılanan 67. maddesine aykırılık içermemektedir. Kaldı ki; yukarıda belirtildiği gibi Yüksek Seçim Kurulu, 79. maddede yazılı olan görevlerini yerine getirirken bir kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunu denetleyemezdi.

Prof. Dr. Kemal Gözler'in *Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması: YSK'nın 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 sayılı Kararı Hakkında Bir İnceleme* adlı makalesinde belirttiği gibi²:

Anayasanın 67'nci maddesiyle 298 sayılı Kanunun 101'inci maddesi arasında bir çatışma yoktur. 298 sayılı Kanunun "arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan, ... oy pusulaları geçerli değildir" diyen 101'inci maddesi hükmünün aksine bir hüküm Anayasamızın 67'nci maddesinde bulunmamaktadır.

Kaldı ki, bir an için, 298 sayılı Kanunun 101'inci maddesi ile Anayasamızın 67'nci maddesi arasında bir çatışma olduğu kabul edilse bile, değişen bir şey olmaz. Çünkü bizim hukuk sistemimizde bir Kanun hükmü ile bir Anayasa hükmü arasındaki çatışma konusunda karar vermeye yetkili tek makam vardır; o da Anayasa Mahkemesidir. YSK'nın bir kanun hükmünü, Anayasaya aykırıdır deyip onu iptal etme veya onu ihmal etme gibi bir hak ve yetkisi asla ve kata yoktur. YSK, kendisi tarafından Anayasaya aykırı görülen kanun hükümleriyle de bağlıdır. Anayasa Mahkemesi, 298 sayılı Kanunun 101'nci maddesi hükmünü iptal etmedikçe, bu Kanun hükmü yürürlükte ve bağlayıcıdır. YSK bu Kanun hükmünü uygulamak zorundadır.

YSK, Kanun'un "*arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan, (...) oy pusulaları **geçerli değildir.***" hükmünü uygulamama gerekçesi olarak Anayasa'nın 67. maddesiyle birlikte Anayasa'nın 90/5. maddesini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesini öne sürmüştür.

O tarihte yürürlükte olan Anayasa'nın 90/5. maddesi "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların **aynı konuda farklı hükümler içermesi** nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" hükmünü içermektedir.

AİHS 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesiye aşağıdaki gibidir:

¹ <https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/5059/2017-560.pdf> (Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2024)

² Kemal Gözler, "Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması: YSK'nın 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 sayılı Kararı Hakkında Bir İnceleme", <http://www.anayasa.gen.tr/muhursuz.html> (Konuşma Tarihi: 19 Nisan 2017)

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.

O tarihte yürürlükte olan Anayasa'nın 90/5. maddesi hükmü uyarınca AİHS 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi ile 298 sayılı Kanun'un 101. maddesinin aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde AİHS 1 No.lu Protokol'ün 3'üncü maddesinin uygulanması ihtimali söz konusu olabilirdiyse de anılan düzenlemelerin aynı konuda farklı hükümler içermesi durumu söz konusu değildir. Prof. Dr. Kemal Gözler'in de ifade ettiği gibi³;

(...) 1 Nolu Protokolün 3'üncü maddesi, referandum için değil, yasama organının seçilmesi, yani milletvekili seçimleriyle ilgili bir maddedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11 Haziran 2013 tarih ve 12626/13 ve 2522/12 Sayılı McLean and Cole v. The United Kingdom Kararında "1 Nolu Protokolün 3. Maddesinin yasama organının seçimleriyle sınırlı olduğuna ve referandumlara uygulanmayacağına" hükmetmiştir.⁴

c) Kaldı ki, bir çatışmadan söz edilebilmesi için çatışan kuralların her ikisinin de birbirinden bağımsız olarak olaya uygulanabilecek derecede sorunu somut olarak düzenliyor olması gerekir.

(...) YSK'nın, mühürsüz oy pusulalarının geçerliliği sorununu çözmek için, uygulanacak apaçık ve somut bir kural (298 sayılı Kanun, m.101) var iken AİHS 1 Nolu Protokolün 3'üncü maddesine dayanması hukuken yanlıştır. Çünkü bu Protokolün bu maddesinde söz konusu sorun hakkında bir hüküm yoktur. Böyle bir hüküm olmadığına göre, ortada bir çatışma da yoktur. Olaya uygulanabilecek tek bir hüküm vardır; o da 298 sayılı Kanunun 101'nci maddesidir.

*(...) **Sonuç olarak**, YSK'nın kararının dayanağı olarak ileri sürdüğü iki kural (AİHS, 1 Nolu Protokol, m.3 ve Anayasa, m.67) da, mühürsüz oy pusulalarıyla kullanılan oyların geçerliliği sorununa uygulanamaz. Dolayısıyla YSK'nın 16 Nisan 2017 tarih ve 560 sayılı Kararının geçerli bir hukukî dayanağı yoktur. Diğer bir ifadeyle söz konusu kararın hukukî bir gerekçesi bulunmamaktadır. Vakıa şudur ki, söz konusu olayda, YSK uygulamak zorunda olduğu 298 sayılı Kanunun 101'inci maddesini uygulamamıştır.*

Tekraren söylemek gerekirse **16 Nisan 2017 tarihinde yürürlükte olan** Anayasa'nın 87. maddesine göre; "(...) kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisi **Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir.**", 148. maddesine göre **Anayasa Mahkemesi** "kanunların, (...) Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu" denetler ve 6. maddesine göre, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz."

Söz konusu Anayasa'nın 79. maddesi YSK'ya "Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin (...) **dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma**" görevini vermiş idiye de kendini yasa koyucu veya Anayasa Mahkemesi yerine koyarak **seçimin**

³ Bknz. Dipnot 2.

⁴ Cumhuriyet Halk Partisi'nin sonuç alınamayacağına yönelik uyarılara rağmen yaptığı başvuru hakkında da "AİHM, (...) Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesindeki "seçimler" ifadesinin olağan anlamına, "referandumun" dahil olmayacağını tespit ettiğinden Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi bağlamında, Sözleşme ve Protokollerinin hükümleriyle konu bakımından (ratione materiae) bağdaşmazlık nedeniyle bu şikayetin Sözleşme'nin 35 § 4 maddesi uyarınca reddedilmesi gerektiğine, (...) bu gerekçelerle başvurunun kabul edilemez bulunması gerektiğine karar vermiştir." (<https://inhak.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cumhuriyet-halk-partisiturkiye-karari12082020113304>) (Erişim Tarihi: 14 Ağustos 2024)

dürüstlüğünü sağlamaya yönelik kanun hükümlerini kaldırma yetkisi vermemiştir.

Yüksek Seçim Kurulu'nun yukarıda anılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Anayasa Mahkemesi'nin yerine geçerek verdiği kararı, **o tarihte yürürlükte olan** Anayasa'nın 6. maddesinin "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.*" açık hükmü ve hukukun genel ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde hukuken yok hükmündedir.

Hukukta fonksiyon gaspı olarak adlandırılmakta olan yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin diğerine ait yetkileri, hakkı olmadığı halde kullanması durumu, ağır ve açık biçimde hukuka aykırı olup, yok hükmünde kabul edilir.⁵ *"Eski dilde (keenlemyekün) tabiri ile de ifade edilen yokluk halinde, hukuki işlem, hiç meydana gelmemiş sayılır. Vücuda gelmemiş sayılan bir işlemin, hukuksal sonuç doğurması da düşünülemez. Yokluk yaptırımının uygulanması için, işlemin yasal yetkisi olmayan kişilerce yapılmış olması gibi bir durum olmalıdır."*⁶

Prof. Dr. Sami Selçuk tarafından yazılmış olan 16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin Bilimsel Görüş adlı eserde belirtildiği gibi **"yokluk, hukukta en ağır yaptırımdır. Sözgelimi, kaymakamın boşanma, tutuklama kararları vermesi ya da iddianame düzenlemesi yoklukla sakattır; hukuksal sonuçlar doğurmadığından hiç kimseyi bağlamaz."**⁷

Anılan eserde "(...) **anayasa mahkemesinin görev alanına giren anayasa normuna aykırılık iddiası söz konusu ise, bu konuda Yargıtay ya da Danıştay yahut da YSK gibi yarı yargısal bir merci kendisini yetkili görerek karar verirse**" kurulan hükmün, **"görev gaspı"** (usurpation de fonction) nedeniyle **'YOKLUK'** yaptırımı ile sakat; hukuk dünyasında doğmamış, hukuksal varlık kazanmamış" olacağı ve Anayasa Değişikliğine İlişkin Halkoylaması'nın, "kullanılan geçersiz oyların sayımla belirlenmesi olanağının olmaması durumunda yokluk ile sakat ve gayrimeşru" olduğu tespit edilmiş olup; bu durumda oylamanın ve YSK'nın oylamaya ilişkin son kararının, "Cumhurbaşkanından en sade yurttaşta dek hiçbir kişiyi; TBMM'den en sıradan kurum ve kuruluşlara dek hiçbir kurum ve kuruluşu bağlamayacağı" ifade edilmiştir.

Prof. Dr. Kemal Gözler ise YSK kararının açıkça hukuka aykırı olduğunu ortaya koymakla birlikte o tarihte yürürlükte olan Anayasa'nın 79. maddesini öne sürerek bu kararın geçerli ve bağlayıcı olduğunu öne sürmektedir⁸:

⁵ <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/idarehukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/11/IDARI-ISLEMLER.pdf> (Erişim Tarihi: 19 Haziran 2024)

⁶ Prof. Dr. Necip Bilge, 2003, "Hukuk Başlangıcı", sf. 60

⁷ Prof. Dr. İur. Sami SELÇUK, "16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin BİLİMSEL GÖRÜŞ", sf. 51

⁸ Kemal Gözler, "YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine", <http://www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html> (Konuluş Tarihi: 21 Nisan 2017)

Hukuk sistemimizde YSK'nın kararları, kanuna ne kadar açık bir şekilde aykırı olursa olsun geçerlidir ve bağlayıcıdır.

YSK'nın hukuken yok hükmünde kararlar verebileceği ve bu kararların hukuken geçerli ve bağlayıcı olacağı anlamına gelen bu görüşe katılmak mümkün değildir. Aksi düşünce, devletin kilit noktalarına yerleşip önlerine gelen konu ile ilgisi olmayan uluslararası antlaşmaları öne sürerek işlerine geldiği gibi *kanun koyan, değiştiren ve kaldıran* kişi ve organların anayasal düzeni ortadan kaldırabilmeleri sonucunu doğurur ki içinde bulunduğumuz durum da budur.

b- Can Atalay hakkındaki Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararı ışığında, 16 Nisan 2017 tarihinde yürürlüğe sokulan Anayasa hükümlerine uyulmasına yer olmadığının tespiti

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can Atalay kararı hakkında verdiği karar⁹ da **bağlayıcı ve kesin kararlar veren kişi ve organların yok hükmündeki kararlarına uyulmayacağı yönündedir:**

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular sonucu önüne gelen dosyalarda süper temyiz merci gibi davranmak suretiyle kendisi gibi yüksek mahkemeler olan Yargıtay ve Danıştay'ın, Anayasal yetki ve görev alanlarına müdahale etmesi halinde, ortada hukuki değerden yoksun ve yasal yetkiler aşılmak suretiyle verilen bir karar bulunacağından; ihlal kararının mahiyeti değerlendirildikten sonra Anayasa'yı ihlal eden Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararına uyulmayacaktır.

(...) Gelineen noktada Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa ve kanunlar ile çizilen görev ve yetki sınırlarını aşarak hukuk dışı kararlar vermek suretiyle kendisine belirsiz ve sınırsız bir misyon yüklediği, (...) Anayasa Mahkemesi'nin bu uygulamalarının hukuk güvenliğini tehdit ettiği ve kaos oluşturduğu anlaşılmıştır.

*(...) Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can Atalay'ın bireysel başvuruları hakkında 25.10.2023 ve 21.12.2023 tarihli hak ihlali kararlarına **hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, bu bağlamda Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmamakla; (...) Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararlarına UYULMASINA YER OLMADIĞINA,***

Yukarıda alıntılanan Yargıtay kararından hareketle, **Anayasa ve kanunlar ile çizilen görev ve yetki sınırlarını aşarak hukuk dışı kararlar vermek suretiyle kendisine belirsiz ve sınırsız bir misyon yükleyen Yüksek Seçim Kurulu'nun TBMM'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin anayasal yetki ve görev alanlarına müdahale etmesi halinde, ortada hukuki değerden yoksun ve yasal yetkiler aşılmak suretiyle verilen bir karar bulunacağından ve YSK'nın mühürsüz oyların geçerli sayılmasına ilişkin kararına hukuki değer ve geçerlilik atfedilemeyeceğinden Anayasa'nın 79. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmamaktadır.**

⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 2024/1 Değişik İş numaralı kararı
(<https://s.gazeteduvar.com.tr/storage/files/documents/2024/01/03/serafettin-can-atalaya-iliskin-ik-0r88.pdf>)
(Erişim Tarihi: 20 Haziran 2024)

Prof. Dr. Metin Günday da Türkiye Barolar Birliği tarafından 28 Haziran 2024 tarihinde düzenlenen “Anayasacılığı Savunmak ve Değişmeyen Gündem: Anayasayı Değiştirmek” konulu panelde kendisine yöneltilen bir soruya “*Açıkça yasaya aykırı bir biçimde, yasa hiçe sayılarak, yasada verilmemiş olan bir yetkiyi Yüksek Seçim Kurulu kullandı. İdare Hukuku’nda bunun adı fonksiyon gaspıdır. Yasamanın yapması gereken bir şeyi yedi kişilik Yüksek Seçim Kurulu yapmıştır. (...) Yok hükmünde, keenlemyekün. (...) Lakin, sonuç itibarıyla bu, yok hükmünde olmasına karşın etkilerini sürdürüyor. **Zaten problem orada. (...) [Y]ok hükmünde olmasına rağmen onun yokluğunu saptayacak olan başka bir merci bulunması lazım. O yok(...)***”¹⁰ cevabını vermiştir.

Prof. Dr. Metin Günday’ın yukarıdaki cümleleri gibi Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin anılan kararında yer alan şu cümle de **–içinde geçen “Anayasa Mahkemesi” kelimeleri “Yüksek Seçim Kurulu” ile değiştirildiğinde–** YSK tarafından yaratılan sorunun kaynağını ortaya koymaktadır:

Mevcut sorun, herhangi bir şekilde denetlenmemenin kendisine tanıdığı yasal boşluğu kullanan Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa hükümlerini uygulanamaz hale getirmesinden kaynaklanmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki; Prof. Dr. Metin Günday’ın yokluğu tespit edecek bir mercinin bulunmadığı görüşü doğru değildir. Zira,

*Bir hukuki işlemin yokluğu **her zaman, ilgili herkes tarafından** ileri sürülebilmektedir. İşlemin hükümsüz kılınması için bir dava açmaya gerek yoktur. Açılmış **herhangi bir davada**, bir hukuki işlemin yokluğu anlaşılırsa, yokluğu kimse ileri sürmemiş olsa dahi hakim yokluğu resen dikkate alır.*¹¹

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarını denetleme yetkisine sahip olmadığı halde Anayasa Mahkemesi kararını yok hükmünde kabul eden Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin anılan kararı da konu ile ilgili önemli bir emsal olarak hukuk tarihindeki yerini almıştır:

*Mevcut sorun, **herhangi bir şekilde denetlenmemenin** kendisine tanıdığı yasal boşluğu kullanan Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa hükümlerini uygulanamaz hale getirmesinden kaynaklanmaktadır.*

¹⁰ Prof. Dr. Metin Günday’a Prof. Dr. Ahmet Saltık tarafından yöneltilen soru şöyledir:

Sami Selçuk üstadımızı hepimiz tanıyoruz hukuk dünyasında. Bu üstadımızın 2017 anayasa değişiklikleri, mühürsüz oylar, zarflar süreci bağlamında kullandığı yorum çok net; “*Keenlemyekün, bütün sonuçlarıyla hukuk dünyasında böylesi bir sonuç doğmamıştır, bu anayasa değişikliğinin hukuk dünyasında varlığı söz konusu değildir. Bütün hukukçuların (...) hukuk namusu gereği ‘jurisdictio’ diye başlayarak bu gerçekliği sürekli gündemde tutmaları, vurgulamaları gerekir.*” der.

(...) 2017 anayasa değişikliğinin apaçık bir anayasa ihlali olduğu, YSK’nın parlamentonun ve Anayasa Mahkemesi’nin yetkisini gasp ederek mühürsüz oy pusulası ve zarfları geçerli sayarak, sonucun değiştirilmesini sağladığını, İdare Hukuku’nun en temel ilkelerinden biri; fonksiyon gaspı, yetki gaspının söz konusu işlemi tümüyle geçersiz, sakat kılacağı, hukuk dünyasında doğmamış kılacağı gibi bir görüş sahibi ve der ki; “*Bütün hukukçular hukukçu namusuyla –onun sözünü aktarıyorum– ‘jurisdictio’ diye başlamalı ve demeli ki; ‘Bu 2017 anayasa değişikliği hukuk dünyasında doğmamıştır.’*” (...) [N]e dersiniz?

<https://www.youtube.com/live/NQKHVwIDZ9o?si=BACzDK2fghkWYgWU&t=9929> (Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2024)

¹¹ Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi, Hüseyin Melih Çakır, Yüksek Lisans Tezi, sf. 6

(https://www.academia.edu/5611386/Dan%C4%B1%C5%9Ftay_Kararlar%C4%B1_%C3%87er%C3%A7evesinde_Yokluk_Teorisi) (Erişim Tarihi: 19 Haziran 2024)

(...) Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can Atalay'ın bireysel başvuruları hakkında 25.10.2023 ve 21.12.2023 tarihli hak ihlali kararlarına **hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, bu bağlamda Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmamakla; (...) Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararlarına UYULMASINA YER OLMADIĞINA,**

16 Nisan 2017 tarihinde yürürlükte olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümleri, hukukun genel ilkeleri ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Şerafettin Can Atalay kararı ışığında söylemek gerekir ki; **herhangi bir şekilde denetlenmemenin kendisine tanıdığı yasal boşluğu kullanan YSK'nın geçersiz oyları geçerli saydığı kararı ve bu karar neticesinde yürürlüğe sokulan Anayasa hükümleri yok hükmündedir, bu hükümlere uyulmasına yer yoktur.**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın **siyasi ve hukuki düzene ilişkin birçok maddesi**, karşı çıkanlara cebir ve şiddetin kullanıldığı, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme ve tehdit yöntemlerine başvurularak¹² gerçekleştirilen bir halkoylamasıyla; temel hak ve özgürlüklerin alabildiğine kısıtlandığı olağanüstü hal şartları¹³ ve diğer tarafın terörist veya vatan haini ilan edildiği adil olmayan propaganda koşulları altında¹⁴; YSK'nın yok hükmündeki kararına dayanılarak ve Recep Tayyip Erdoğan'ın "Boşuna uğraşmayın, atı alan Üsküdar'ı geçti." söylemi eşliğinde yürürlükten kaldırılmıştır.

16 Nisan 2017 tarihinde yürürlükte olan Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesi "Cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek (...) amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden" eylemi terör suçu olarak tanımlamıştır ve aynı kanunun 3. maddesine göre "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, **309**, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

"Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen

¹² O tarihte ana muhalefet partisi genel başkanlığı koltuğunda oturan Kemal Kılıçdaroğlu, referandum sürecindeki baskıyı, korkmuş ve sinmişliğini şu şekilde ifade etmiştir: "Karşı taraf silahlıydı. Bu tür duyumlar aldık. Partideki arkadaşlarla o gece (referandum gecesi) bunu tartıştık. Ve sürekli eylem, protesto gösterileri için vatandaşlarımıza 'sokağa çıkın' çağrısında bulunmadık. Çok vahim olaylar çıkabileceği endişesi nedeniyle bu sorumluluğu almamaya karar verdik." (<https://www.birgun.net/makale/ama-karsi-taraf-hep-silahlidir-158496>) (Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2024)

¹³ 21 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü halin başlangıcından Anayasa Değişikliğine İlişkin Halkoylaması'nın gerçekleştirildiği Nisan 2017'ye kadar yaşanan insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak bkzn. Zeynep ALTIOK, OHAL BİLANÇOSU, HAK İHLALLERİ RAPORU (<https://cdn.chp.org.tr/cms/0/Folder/33743.pdf>) (Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2024)

¹⁴ Anayasa Değişikliğine İlişkin Halkoylaması'nın adil olmayan propaganda şartları ve cebir ve şiddet altında gerçekleştiğine ilişkin bilgi için ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ REFERANDUMU 16 Nisan 2017, AGİT/DKİHB Sınırlı Referandum Gözlem Heyeti Sonuç Raporu (<https://www.osce.org/files/f/documents/7/4/331101.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.07.2024) adlı belgeye ve çeşitli haber sitelerine başvurulabilir de meşhur ve maruf olaylar ispata muhtaç değildir.

uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek” **16 Nisan 2017 tarihinde yürürlükte olan** Türk Ceza Kanunu’nun **309.** maddesinde “Anayasayı ihlal” suçu olarak tanımlanmıştır.

2- BASKIYA KARŞI DİRENME HAKKI

Varlık nedenlerini yerine getirmeyen, bireyi ve toplumu karşısına alan, birey ve topluma hizmet yerine onların üstünde egemenlik kurup yöneten, kaynaklarını kendini oluşturan bireylerin ve toplumun mutluluğu ve ortak iyiliği için değil de kendi hükümrancılığı için kullanan devlet meşruiyetini kaybeder.

(...) Baskıya karşı direnme hakkının kullanılmasında en önemli unsur, iktidarın meşruiyetini kaybetmesidir.¹⁵

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde; “İnsanın zorbalık ve baskıya karşı son çare olarak başkaldırmak zorunda kalmaması için, insan haklarının hukukun üstünlüğüyle korunması” esaslı bir zorunluluk olarak görülmüş olup; anayasası zorbalık ve baskıyla uygulanamaz hale getirilmiş olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nde insan haklarının hukukun üstünlüğüyle korunduğundan söz edilemez.

Zorbalığın, baskının ve saymakla bitmeyecek adaletsizliğin artık kanıksanmış hale geldiği Türkiye Cumhuriyeti’nde, Anayasa ve yasalara aykırı davranışlarıyla hukuksal dayanağını yitirmiş iktidarın hukuku dışladığı ve hukuk devleti yerine baskı rejimi kurduğu, açık bir olgu niteliği taşımaktadır.

Direnme hakkı (...) anayasa ve yasalara aykırı davranışlarıyla hukuksal dayanaklarını yitiren, hukuku dışlayan, hukuk devleti yerine baskı rejimi kuran bir iktidara karşı başkaldırma hakkı olarak tanımlanabilir.

(...) Baskı, zulüm ve hukuk dışı uygulamalar karşısında hukuksal başvuru yollarının kapalı ya da etkisiz olması, tüm yasal yollar denenmesine karşın sonuç alınamaması; toplumda temel hak ve özgürlüklerin sürekli daraltılması karşısında ortak tepkiyi gösterecek yeterli hukuksal güvencelerin ve etkili hukuksal başvuru yerlerinin bulunmaması ya da bireylerin kendilerini ifade edebilme yollarının yasaklanmış olması, direnme hakkının kullanılmasının haklı nedenidir.

(...) Direnme hakkı kullanılırken halk meşru savunma durumundadır.¹⁶

3- SONUÇ

Bu çalışmada ortaya konan hususlar ve diğer nedenler dikkate alındığında, meşruiyetini yitirmiş bir iktidar ile onun güdümündeki hukuk düzeni karşısında direnme hakkının maddi unsurları bütünüyle mevcuttur. Ancak bu hakkın hayata geçebilmesi, irade ve cesaret gibi manevi unsurların bir araya gelmesini beklemektedir.

Muhammed Aybars Akdoğan

¹⁵ Ahmet TAŞKIN, Baskıya Karşı Direnme Hakkı, TBB Dergisi, Sayı 52, 2004 s. 37-65 (<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-52-17>) (Erişim Tarihi: 22 Haziran 2024)

¹⁶ Bknz. Dipnot 15.