

# Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'nin Can Atalay Hükmünü Uygulamama Kararının Schmittyen Tahlili: Anayasa Nasıl Korunur?

Ayşegül KARS KAYNAR\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr. Türkiye Büyük Millet Meclisi. aysegul.karskaynar@tbmm.gov.tr.  
**ORCID:** 0000-0002-5011-2436.

**Makale geliş tarihi:** 8 Temmuz 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Eylül 2024

**Atıf önerisi:** Kars Kaynar, Ayşegül, “Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'nin Can Atalay Hükmünü Uygulamama Kararının Schmittyen Tahlili: Anayasa Nasıl Korunur?”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 337-381. **DOI:** 10.30915/abd.1512746.

## YARGITAY ÜÇÜNCÜ CEZA DAİRESİ'NİN AYM'NİN CAN ATALAY HÜKMÜNÜ UYGULAMAMA KARARININ SCHMITTYEN TAHLİLİ: ANAYASA NASIL KORUNUR?

### ÖZ

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliği dokunulmazlığına sahip olduğunu saptadığı hükmüne önce 8 Kasım 2023'de, ardından 3 Ocak 2024'de uymama kararı aldı. Ayrıca kendilerine verilen yetkileri aştıkları ve anayasayı ihlal ettikleri gerekçesiyle AYM üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulundu ve AYM'nin anayasal düzeni koruyamadığını iddia ederek denetlenmesini istedi. Kamuoyu tarafından “anayasal düzeni değiştirme teşebbüsü” ve “anayasasızlaşma süreci” olarak yorumlanan bu karar, hukuki olduğu kadar siyasi bir karardır. Yargıtay'ın AYM'ye yönelttiği eleştirinin siyasi boyutunda ise terör suçları kapsamında yer alan bir suçtan mahkumiyet kararı verilen bir kişinin anayasal bir hak olan seçilme hakkından yararlandırılarak dokunulmazlık verilmesi vardır. Makale, Yargıtay'ın AYM'ye yönelttiği eleştirilerin siyasi anlamını ünlü Alman hukukçu Carl Schmitt'in görüşlerinden yararlanarak incelemektedir. Bu inceleme yapılırken bilhassa Schmitt'in “Anayasanın Koruyucusu” ve “Anayasa Öğretisi” adlı eserlerinden yararlanılmaktadır. Makale, Yargıtay'ın anayasal düzeni dost-düşman ayrımı üzerinden tahkim ettiğini ve anayasal hak ve özgürlüklerin öznesini bu ayrım üzerinden yeniden belirlediğini göstermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Carl Schmitt, anayasa kuramı, dost-düşman ayrımı, anayasal devlet, Anayasa Mahkemesi

## **A SCHMITTIAN ANALYSIS OF THE THIRD CRIMINAL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION'S REJECTION TO APPLY THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION ON ŞERAFETTİN CAN ATALAY CASE: HOW IS THE CONSTITUTION PROTECTED?**

### **ABSTRACT**

The Third Criminal Chamber of the Court of Cassation decided on November 8, 2023, and again on January 3, 2024, not to comply with the Constitutional Court's ruling in the Şerafettin Can Atalay case concerning parliamentary immunity. It filed a criminal complaint to the Office of the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation against the members of the Constitutional Court, accusing them of exceeding their powers and violating the constitution. Claiming that the Constitutional Court is incapable of protecting the constitution, the Third Criminal Chamber of the Court of Cassation called for its oversight. This decision, seen by the public as an "attempt to change the constitutional order" and a "move towards unconstitutionality," is as much political as it is legal. The political dimension of the Third Criminal Chamber of the Court of Cassation's objection to the Constitutional Court involves granting immunity to a person convicted of terrorism offenses by leveraging constitutional rights. The article examines the political significance of this objection with reference to the views of the renowned German jurist Carl Schmitt. This analysis draws particularly on Schmitt's works "The Guardian of the Constitution" and "Constitutional Theory." The article demonstrates that the Third Criminal Chamber of the Court of Cassation aims to reinforce the constitutional order through the friend-enemy distinction and to redefine the subject of constitutional rights and freedoms based on this distinction.

**Keywords:** Carl Schmitt, constitutional theory, friend-enemy distinction, constitutional state, Constitutional Court.

## GİRİŞ

Şerafettin Can Atalay, 28 Mayıs-30 Ağustos 2013 tarihleri arasında İstanbul'daki Gezi Parkı'nda düzenlenen eylemler nedeniyle Gezi Parkı Davası'nda yargılanan sekiz kişiden biridir. Atalay, İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada 2022 yılının Nisan ayında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 312. ve 39. maddeleri kapsamında "Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etmeye yardım" suçundan onsekiz yıl hapis cezasına çarptırıldı<sup>[1]</sup>. İstinaf başvurusu ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi tarafından 2022 yılının Aralık ayında reddedildi<sup>[2]</sup>. Ardından Atalay dosyası Yargıtaya taşındı. Dosya, tebliğname düzenlenmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında iken Atalay, 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan genel seçimlerde Hatay'dan milletvekili seçildi.

Milletvekili seçildiği tarihte henüz hakkındaki karar onanmayan ve bu nedenle "tutuklu sanık" statüsünde olan Atalay, milletvekili seçilmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığının olduğu gerekçesiyle ve Anayasa'nın 83. maddesi gereğince yargılamanın durması ve buna bağlı olarak tahliye edilmesi istemiyle Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesine başvurdu. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi bu talebi 13 Temmuz'da reddetti<sup>[3]</sup>. Atalay karara itiraz etti. Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi tarafından incelenen itiraz da hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle 17 Temmuz'da reddedildi<sup>[4]</sup>. Bunun üzerine Atalay 20 Temmuz'da Anayasa Mahkemesine (AYM) milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanmış olmasına rağmen yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi

[1] İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi, 25 Nisan 2022 Tarih ve E.2021/178, K.2022/178 Sayılı Karar.

[2] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Aralık 2022 Tarih ve E.2022/1270, K.2022/1463 Sayılı Karar.

[3] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 13 Temmuz 2023 Tarih ve E.2023/12611, K.2023/112 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[4] Ersan Şen, Erkan Duymaz, Hasan Yılmaz ve Özüm Su Uzun. "AYM'nin Şerafettin Can Atalay (2) Kararı ve Kararın İnfazı Sorunu", [https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-\(2\)-karari-ve-kararin-infazisorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir](https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-(2)-karari-ve-kararin-infazisorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir), (Erişim Tarihi: 3 Temmuz 2024).

sebebiyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının; tahliye talebinin reddedilmesi nedeniyle de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulundu. Başvuru AYM’de incelenirken Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi 28 Eylül’de Atalay hakkındaki mahkûmiyet hükmünü onadı<sup>[5]</sup>.

AYM ise 25 Ekim’de Atalay’ın başvurusu hakkında kararını açıkladı ve Atalay’ın hem seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının hem de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine hükmetti<sup>[6]</sup>. Bunun üzerine mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ve tahliyenin sağlanması için kararını İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesine gönderdi.

Kamuoyu tarafından “anayasaya yargı darbesi”, “anayasal düzeni değiştirme teşebbüsü” ya da “anayasasızlaşma süreci” olarak yorumlanan gelişmeler bu noktadan sonra başladı. Anayasa’nın 153. maddesi “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” demektedir. Bu doğrultuda 25 Ekim tarihli AYM kararının uygulanması beklenirken İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi kararı uygulamadı ve Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesine gönderdi. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ekim’de mütaalasının alınması için dosyayı öncelikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına iletti; 8 Kasım’da da cumhuriyet tarihinde emsali olmayan kararını açıkladı.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, AYM’nin ihlal kararına “hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle” Anayasa’nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmadığına ve AYM kararına uyulmamasına; Atalay’ın milletvekilliğinin düşürülmesi maksadıyla işlemlerin başlatılması için kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) gönderilmesine ve anayasa hükümlerini ihlal ettikleri ve kendilerine verilen yetki sınırlarını aştıkları gerekçesiyle AYM üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verdi<sup>[7]</sup>. 9 Kasım’da da suç duyurusunda bulundu.

[5] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Eylül 2023 Tarih ve E.2023/12611, K. 2023/6359 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[6] Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2023 Tarih ve 2023/53898 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[7] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı.

Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM hükmüne uymama kararını anayasal düzene başkaldırı ve anayasayı yok sayarak AYM'yi fiilen ortadan kaldırma çabası ve anayasal düzeni değiştirme teşebbüsü olarak yorumladı<sup>[8]</sup>. Ankara Barosu ise Yargıtay'ın anayasayı tasfiye etmeye çalıştığını belirterek Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin başkan ve üyeleri hakkında suç duyurusunda bulundu<sup>[9]</sup>. Anayasa hukukcusu İbrahim Kaboğlu, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullandığını belirterek; bunun anayasayı ihlal suçuna giden halkalar olduğunu dile getirdi<sup>[10]</sup>. Murat Sevinç<sup>[11]</sup>, Oya Aydın ve Özlem Kaygusuz<sup>[12]</sup> ise konuyu “anayasasızlaşma süreci” olarak yorumladılar. Buna göre Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin kararıyla ortaya çıkan bir yargı krizi değil, devlet krizidir. Aydın ve Kaygusuz'un “siyasi anayasasızlaşma” olarak adlandırdığı bu süreç sadece iktidarın yürürlükteki yasaları ya da anayasal kural ve kurumları çalışmaz hale getirmesi değil; yürütme erkinin kendini denetleyebilecek tüm yasal ya da anayasal mekanizmaları etkisizleştirmesi sürecinin bir parçasıdır.

Atalay, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin kararına itiraz etti. Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 20 Kasım'da bu itirazla ilgili bir karar verilmesine yer olmadığına hükmetti. Bunun üzerine Atalay, 24 Kasım'da ikinci kez AYM'ye başvurdu.

AYM, 21 Aralık'ta ikinci kez Atalay'ın seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine; hak ihlalinin giderilmesi için İstanbul

[8] Türkiye Barolar Birliği. “Bu karar anayasal düzene karşı açık bir başkaldırıdır.” <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/bu-karar-anayasal-duzene-karsi-acik-bir-baskaldiridir-84291>, (Erişim Tarihi: 24 Haziran 2024).

[9] Ankara Barosu, “8 Kasım 2023 Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını tasfiye etti! Bugünü Unutma!”, <https://www.ankarabarosu.org.tr/duyuru/2797f702-7e60-11ee-9dfe-000c29c9dfce> (Erişim Tarihi: 16 Şubat 2024).

[10] İbrahim Kaboğlu, “Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali”, <https://legal.com.tr/blog/>, (Yayın Tarihi: 16 Kasım 2023).

[11] Murat Sevinç, “Bir adım, bir adım daha... Bir ‘dip’ olmayabilir!”, <https://www.diken.com.tr/bir-adim-bir-adim-daha-bir-dip-olmayabilir/>, (Erişim Tarihi: 14 Haziran 2024).

[12] Oya Aydın ve Özlem Kaygusuz, “Yargıtay Kararı ve Türkiye’de Siyasi Anayasasızlaştırma”, <https://birikimdergisi.com/guncel/11548/yargitay-karari-ve-turkiyede-siyasi-anayasasizlastirma>, (Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023).

Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi'nce başvurucunun yeniden yargılanmasına başlanmasına, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ve Atalay'ın tahliye edilmesine karar verdi<sup>[13]</sup>. Bu kararla birlikte bir kısır döngüye girilmiş oldu. İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi AYM'nin kararını ikinci kez uygulamayarak 27 Aralık'ta dosyayı yeniden Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'ne gönderdi. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi ise 3 Ocak 2024'de bir kez daha AYM'nin kararına hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmadığına hükmetti<sup>[14]</sup>.

Atalay 11 Ocak'ta üçüncü kez AYM'ye başvurdu. Başvuru değerlendirme aşamasındayken TBMM 30 Ocak'ta Atalay'ın milletvekilliğini düşürdü. AYM ise 22 Şubat tarihli kararında, Atalay'ın milletvekilliğinin TBMM tarafından düşürülmesinin yok hükmünde olduğunu tespit etti<sup>[15]</sup>.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'nin Atalay kararını uygulamaması Anayasa'nın 153. maddesinin ihlalidir. Ancak Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi sadece anayasayı ihlal etmekle kalmaz; aynı zamanda anayasal norm denetimi yapmakla ve bireysel başvuruları incelemekle yetkili bu yüksek mahkemeyi oldukça sert bir şekilde eleştirir. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, AYM'nin anayasayı yanlış yorumladığını iddia etmekte ve bırakın anayasayı korumayı, anayasal düzeni tehlikeye düşürdüğünü belirtmektedir<sup>[16]</sup>. Bu nedenle de Yargıtay'a göre AYM'nin anayasa normlarını yorumlamada en üst yetkili merci olma statüsü son bulmalı ve AYM denetlenmelidir<sup>[17]</sup>.

[13] Anayasa Mahkemesi, 21 Aralık 2023 Tarih ve 2023/99744 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[14] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı.

[15] Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2024 Tarih ve E. 2024/43, K. 2024/65 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı. Karar, 1 Ağustos 2024 Tarihli ve 32619 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

[16] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.20; 33.

[17] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.10.

Bu makale Atalay kararı özelinde Yargıtay'ın, AYM'nin anayasayı koruyamadığı değerlendirmesinin siyasi anlamını ve bu değerlendirmenin anayasal devlet için ne ifade ettiğini araştırmaktadır. Makalenin yazarı hukukçu değil, siyaset bilimi dokturudur. Çalışmada da yüksek mahkeme kararları temel alınmış olmasına karşın, mahkeme kararlarının anayasal devlet için yarattığı siyasi etkiler ön plana çıkarılmaktadır. Ancak söz konusu anayasa, anayasal devlet ve seçilme hakkı olduğunda hukuk ve siyasetin birbirinden ayırtılamayacağı da açıktır.

Çalışmada ünlü Alman hukukçu Carl Schmitt'in görüşlerinden yararlanılacaktır. Anayasanın bir mahkeme tarafından yargısal denetimi ve bu denetimin ortaya çıkarabileceği sorunlar yaklaşık yüz yıl önce Almanya'da tartışma yaratmıştır. "Anayasanın koruyucusu kimdir?" tartışması 1930'lu yılların başında Schmitt ve bir başka ünlü Alman hukukçu olan Hans Kelsen arasında yaşanan bir polemik ürünüydü. Weimar Anayasası'nda bir anayasa mahkemesi öngörülmemiş olmasına rağmen, 4 Kasım 1925 tarihinde Alman Devlet Yüksek Mahkemesi (Staatsgerichtshof), tüm mahkemelerin önlerindeki davaya uygulamaları gereken kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olduklarını kabul eden bir karar verdi. Bunun üzerine, aslen federal devlet ve eyaletler arasındaki anlaşmazlıkların çözümüyle yetkili Staatsgerichtshof'un yetkilerinin güçlendirilerek bir anayasa mahkemesine dönüştürülmesinin gerekip gerekmediği konusunda hararetli bir tartışma başladı. Kelsen 1928 yılında "Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi", Schmitt ise 1929 yılında "Anayasanın Koruyucusu Olarak Yüksek Mahkeme (Das Reichgericht als Der Hüter der Verfassung)"<sup>[18]</sup> ve "Anayasanın Koruyucusu" (Der Hüter der Verfassung)"<sup>[19]</sup> adlı makalelerini yayınladı. 1931 yılında Kelsen, Schmitt'e cevaben "Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalı?" adlı makalesini yayınlarken, Schmitt ise "Anayasanın Koruyucusu" makalesini kitaplaştırdı<sup>[20]</sup>.

[18] Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İstanbul, İletişim, 2015, s.238.

[19] Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1996, s.5.

[20] Arkadiusz Gornisiewicz, "Dispute over the Guardian of the Constitution: Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Weimar Case", *Politeja*, Cilt 3, Sayı 72, 2021, s.201. 1931 basımlı kitap "Anayasanın Koruyucusu" dışında Schmitt'in konuyla ilgili diğer makale ve ders notlarını da içermektedir. Bakınız Lars Vinx, "Introduction", in Lars



Schmitt'in anayasanın korunması ve kimin bu korumayı sağlayabileceği konusunda yürüttüğü tartışmanın bir ayağı olağanüstü hal kuramında, diğer ayağı parlamenterizm ve liberal hukuk devleti eleştirisindedir ve bu tartışma dost-düşman ayrımından diktatörlüğe uzanan oldukça geniş bir düşünsel ağ içinde vuku bulur. Açıktır ki bu temaların bırakınız hepsine, bir kaçına dahi nüfuz etmek; bilhassa Schmitt'in çalışmaları üzerine oluşmuş uluslararası yazın göz önüne alındığında bir makalenin sınırlarını aşacaktır. Hal böyle olunca bu makale, konuyu dağıtmamak ve Yargıtay'la AYM arasındaki çatışmada ortaya çıkan meselelere odaklanabilmek için temel olarak Schmitt'in "Anayasanın Koruyucusu" ve "Anayasa Öğretisi" (Verfassungslehre, 1928) adlı eserlerine başvurmaktadır. Son olarak bu çalışmanın, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin, AYM'nin Can Atalay hakkında verdiği hükmü uygulamayı reddetmesinin olası Schmittyen tahlillerinden sadece bir tanesi olduğunu; Schmitt'in çalışmaları çerçevesinde birçok Schmittyen tahlil yapılabileceğini; mevcut tahlilin ise Schmitt'in başka çalışmalarıyla genişletilip derinleştirilebileceğini belirtmek gerekir<sup>[21]</sup>.

Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.6.

- [21] Anayasayı kimin koruyacağı mevzusunu derinleştirecek daha geniş çaplı bir çalışma için Richard Wolin'in ("Carl Schmitt, Political Existentialism, and the Total State", *Theory and Society*, Cilt 19, 1990, s. 395) belirttiği üzere hukuki düzenin kapalı bir normlar sistemi olmadığı ve yargısal bir kararın hiçbir zaman tümünden gelim yoluyla ve atlatma ile tüketilemeyeceği teması için *Kanun ve Karar'a* (Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912); yasallığın meşruiyet sağlamaya yetmediği, hukukun kendi kendini meşrulaştırmadığı ve meşruiyetini kendi dışından aldığı teması için *Kanunilik ve Meşruiyet'e* (Legalität und Legitimität, 1932) (İstanbul, İthaki, 2016), liberal demokratik parlamenter sistem eleştirisi ve bu sistemin devlet için yaratabileceği tehlikeler teması için *Parlamenter Demokrasinin Krizi'ne* (Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923) (Ankara, Dost, 2017), olağanüstü hal kuramı, hukukla siyaset ilişkisi ve siyasetin hukuka üstünlüğü temaları için *Diktatörlük'e* (Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 1921), dost-düşman ayrımı için *Siyasal Kavramı'na* (Der Begriff des Politischen, 1932) (İstanbul, Metis, 2006) ve de birey hak ve özgürlüklerine sağlanabilecek devlet korumasının sınırları teması için *Devletin Değeri ve Bireyin Önemi'ne* (Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1914) bakılabilir.

## II. HUKUKİ BİR SORUN OLARAK ATALAY'IN MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞINDAN YARARLANMASI

Yargıtay, Anayasa'nın 153. maddesini çiğner ve AYM kararına uymazken temel gerekçesi Atalay'ın dokunulmazlığa sahip olmadığıdır.

Milletvekili dokunulmazlıkları Anayasa'nın 83. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, TBMM'nin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ancak 1982 Anayasası bu durum için iki istisna getirmiştir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ya da seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" kenar başlıklı 14. maddesindeki durumlar, 83. maddenin dışında tutulmuştur. Böylesi bir istisnanın varlığında yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya TBMM'ye bildirmek zorundadır.

O halde Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren durumlarda milletvekilliği dokunulmazlığı geçerli değildir. Ancak 14. maddenin içeriği muğlaktır. 14. madde şöyle demektedir:

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Görüldüğü üzere 14. maddede dokunulmazlığı geçersiz kılacak faaliyetlerin içeriğiyle ilgili sadece genel bir kapsama yer verilmiştir. Yargıtay, Atalay'ın yargılandığı ve hüküm giydiği suçların 14. madde kapsamına girip girmediğine dair bu belirsizliğe işaret eder ve belirsizliğin nasıl ve kim tarafından giderilebileceğini sorgulamaya açar.

## A) BELİRSİZLİĞİ GİDERMEYE KİM YETKİLİDİR?

### 1- AYM: Kanunilik Esastır

AYM'ye göre Yargıtay'ın ya da başka bir mahkemenin içtihatlarıyla 14. maddenin muğlaklığını gidermeye yetkisi yoktur. Bu muğlaklığı sadece ve sadece kanun koyucu; parlamento giderebilir. Mahkemeler kural koyucu bir organ değildir. Bu nedenle yorum yoluyla yasama dokunulmazlığının ve dolayısıyla seçilme gibi temel bir hakkın kapsamını belirleyemezler<sup>[22]</sup>. AYM bu durumu kanunilik ilkesine dayandırmaktadır. Bunu yaparken de üç temel noktanın altını çizer.

İlk olarak, 14. maddenin üçüncü fıkrası açıkça, maddenin hükümlerine aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyidelerin kanunla düzenleneceğini dile getirmektedir. Ayrıca 14. madde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımıyla ilgili olduğu için “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı Anayasa'nın 13. maddesiyle de ilgilidir. Anayasa'nın 13. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Üçüncü olarak AYM, Anayasa'nın “Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” kenar başlıklı 67. maddesine göndermede bulunarak, vatandaşların seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının kullanılmasının kanunla düzenleneceği hükmünü hatırlatır<sup>[23]</sup>.

AYM'nin kanunilik ilkesini vurgulamasının bir nedeni, 14. maddenin suçları değil, hakların kötüye kullanıldığı durumları düzenlemiş olmasıdır. Bir hakkın kötüye kullanılmasının doğrudan suç kabul edilmesi ise AYM'ye göre mümkün değildir. Bu nedenle bir kötüye kullanımın açıkça kanunla suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. AYM, böyle bir kanuni düzenlemenin yokluğunda, Yargıtay'ın aldığı kararların 14. maddedeki durumları anlamlı bir şekilde belirleyemeyeceğini ve belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayamayacağını savunur.

[22] Anayasa Mahkemesi 7 Nisan 2022 Tarih ve 2018/26689 Başvuru Numaralı Leyla Güven Kararı; Anayasa Mahkemesi 1 Nisan 2021 Tarih ve 2019/10634 Başvuru Numaralı Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı.

[23] Anayasa Mahkemesi 25 Ekim 2023 Tarih ve 2023/53898 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı.

AYM'nin bu görüşü, Yargıtay'ın Atalay'ın milletvekili seçilmesi nedeniyle ve Anayasa'nın 83. maddesi gereğince yargılamanın durması ve tahliye talebini 13 Temmuz'da verdiği kararla reddetmesine de bir cevaptır. AYM'ye göre, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi 14. maddeyi kendi yorumlamış ve bu madde kapsamına hangi suçların gireceğini kendi tespit etmiştir. Bunu yaparak Yargıtay, seçilmiş bir milletvekilinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale etmekte; Anayasa'nın yasama organına verdiği bir yetkiyi kendi kullanmaktadır.

## 2- Yargıtay: Hukuki Belirlilik Esastır

Yargıtay'a göre ise hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunilikle sınırlandırılmaz; belirlilik ilkesi hukuki belirliliği de kapsar<sup>[24]</sup>. Buna göre, normlara dayanması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir niteliklere sahip olması koşuluyla mahkeme içtihatlarıyla da hukuki belirlilik sağlanabilir. Hatta hukuki bir boşluğun yargı kararlarıyla doldurularak belirliliğin sağlanması, söz konusu anayasa normunun işlevini yerine getirmesi bakımından hukuk devletinin bir gereğidir<sup>[25]</sup>.

Ayrıca, Anayasa'nın 14. maddesinde madde kapsamına giren suçların tahdidi olarak sayılmaması, kanun koyucunun yargı içtihatlarına bilinçli olarak açtığı bir alandır<sup>[26]</sup>. Yargıtay'a göre anayasa koyucu, hangi suçların 14. madde kapsamında olduğunu belirleme görevini özellikle soruşturma

[24] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s. 5; 17.

[25] Adalet Bakanlığı'nın görüşünde de 14. maddenin kapsamının yargı kararlarıyla öngörülebilir bir şekilde belirlenebileceği ve Atalay'a isnad edilen suçun bu madde kapsamında kaldığı ifade edilmiştir. Bakınız Anayasa Mahkemesi 21 Aralık 2023 Tarih ve 2023/99744 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı, s. 12. Öte yandan, AYM'nin 21 Aralık 2023 tarihinde verdiği ikinci ihlal kararı sonrasında Yargıtay 3. Ceza Dairesi dosyayı 29 Aralık'ta mütalaasının alınması için yeniden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir. Başsavcılık'ın 2 Ocak 2024'de hazırladığı mütalaada Atalay'ın mahkûmiyet ve hükmen tutukluluğuna karar verilen 5237 sayılı Kanun'un 312. maddesinde yazılı suçun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 83. maddesinde yazılı yasama dokunulmazlığı kapsamında kalmadığı değerlendirilmiştir. Bakınız Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s. 4.

[26] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.17.

makamı ile derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine bırakmıştır. Bu son görüşünü Yargıtay şu şekilde gerekçelendirir: Eğer anayasa koyucu tarafından Anayasa'nın 14. maddesinde milli güvenliğe aykırı yaptırımlar somut suç listesi şeklinde sayılmış olsaydı, 2005 yılının Haziran ayında 765 sayılı TCK kaldırılıp yerine 5237 sayılı TCK kabul edilirken bir anayasa değişikliği gerekli olacaktı. Yargıtay'ın yorumuna göre, anayasa koyucunun anılan hükümde bir değişikliğe gitmeyerek sadece çerçevesini çizmekle yetinmesi, bu durumun anayasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu ortaya koymaktadır<sup>[27]</sup>.

Öte yandan, 14. maddede doğrudan doğruya birtakım suç tipleri sayılmamış olmakla birlikte kavram, ilke ve faaliyetlerle genel bir çerçeveye yer verilmiştir. Yargıtay'a göre bu genel çerçeve hangi suçların madde kapsamına girdiğini tespit etmeye imkân tanımaktadır. 14. maddede yer alan "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz" ibaresi devletin varlığının devamı için olmazsa olmaz unsurları belirlemiştir. Buna göre halk ve devletin birliği, halk egemenliği ve laiklik kimlerin dokunulmazlıktan yararlanamayacağını da sınırlarını çizmektedir: "Zira, hiçbir devlet varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanan bir kimsenin dokunulmazlığını kabul etmez."<sup>[28]</sup>

Devletin güvenliği ve varlığını hedef alan suçlar, 5237 sayılı TCK'nın 302 ile 308. maddelerinde "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" ile 309 ile 316. maddelerinde "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" ve 320. madde ile 310. maddenin birinci fıkrasındaki suçlardır. Bu suçlar aynı zamanda 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına alınarak "terör suçları" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, Atalay'ın hüküm giydiği "Hükümete karşı suçlar" başlıklı TCK'nın 312. maddesi, TMK'nın 3. maddesinde mutlak ve asli nitelikte terör suçu olarak kabul edilmiştir<sup>[29]</sup>.

[27] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s. 31.

[28] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.5.

[29] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.24.

Yargıtay'a göre 3713 sayılı TMK'da yer alan terör suçları ve 14. madde aynı kavram ve kurumlara vurgu yapmaktadır ve korunan hukuki yarar aynıdır<sup>[30]</sup>. Bu nedenle Yargıtay'a göre devletin güvenliği ve varlığını hedef alan suçların 14. madde kapsamında yer aldığına kuşku yoktur ya da bu konuda şüphe bulunmamaktadır<sup>[31]</sup>. Atalay'ın mahkûmiyetine esas teşkil eden TCK'nın 312. maddesindeki suç ve eylemler de devletin güvenliğine karşı işlenen suçlardan olduğundan Yargıtay için bu maddenin 14. madde kapsamına girmeyeceğini düşünmek mümkün değildir; anayasa koyucunun iradesinin, yürütme organının varlığını ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyette bulunduğu takdirde milletvekili dokunulmazlığına son verilmesi gerektiği yönünde olduğu izahtan varestedir<sup>[32]</sup>.

Ancak AYM'nin yaptığı tam da budur. AYM belirsizliklerin giderilmesini kanunilik ile sınırlandırarak 14. maddeyi uygulanamaz hale getirmekte ve böylece anayasanın ilk dört maddesini ve dolayısıyla Cumhuriyeti, Cumhuriyet'in anayasal düzenini ve Türk milletinin devletle kurduğu bölünmez bütünlüğü korumasız bırakmaktadır<sup>[33]</sup>.

### III. SCHMITT'E GÖRE ANAYASANIN KORUNMASI: HANGİ ANAYASAYI KİMDEN VE NEYDEN KORUYACAĞIZ?

Schmitt'in konumuz açısından önemi anayasanın korunması meselesine yaklaşımı kadar, anayasayı kimin koruyabileceğinin nasıl bulunacağı ile ilgilidir. Zira ona göre anayasanın korunması hukuki normlar arasında yürütülecek soyut bir tartışma değil; somut ve siyasi bir meseledir ve öncelikle şu soruların yanıtlanmasını gerektirir: Anayasaya yönelen tehlikenin kaynağı nedir? Anayasa kimden korunacaktır? Korunacak anayasa nedir? Ancak bu

[30] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.18.

[31] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.3 ve 13.

[32] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.5 ve 16.

[33] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.14; 20.

sorular yanıtlandıktan sonra kimin anayasanın koruyucusu olduğu tespit edilebilir.

Anayasanın korunmasından bahseden, önce tehlikeden ya da anayasanın kimden korunacağından bahsetmelidir. Anayasanın koruyucusundan beklenen soyut bir tehlikeye karşı soyut bir koruma sunması değil; belli bir yönden gelen belirgin bir tehlike karşısında ve somut korkulara karşı koruma sağlamasıdır. Eğer bir koruyucu talep ediliyorsa, elbette belirli bir tür koruma talep ediliyor demektir. Schmitt Almanya için anayasaya yönelik o dönemki tehlikenin öncelikle yasa koyucudan kaynaklandığını belirtmektedir<sup>[34]</sup>.

Schmitt'e göre parlamento; daha doğrusu parlamentodaki çoğunluk en büyük tehlike kaynağıdır. Zira Almanya'daki parlamenter sistem, devlet iradesinin oluşumunun, durumdan duruma değişen ve her bakımdan heterojen olan çok partili parlamento çoğunluğuna dayanmak zorunda olmasıyla malüldür. Parlamentoda çoğunluk, çok sayıdaki partinin koalisyonu aracılığıyla elde edildiği için bütünlükten uzak ve her an dağılabilecek olan bir yamalı bohça; salt bir sayısal çoğunluktur. Bu durum siyasetteki en büyük istikrarsızlık kaynağıdır. Kısaca, parlamenter demokrasilerin parti devleti, istikrarsız bir koalisyon partisi devletidir. Yönetme becerisi olmayan koalisyon hükümetleri siyasi sorumluluk da alamazlar; zira elleri kolları koalisyonu oluşturan partiler arası uzlaşmayla bağlıdır<sup>[35]</sup>. Parlamento, siyasi partiler etrafında örgütlenen ve hizipsel çıkarlarını dayatmak için yasama sürecini istismar etmeye çalışan rakip sosyal gruplar için bir savaş alanı haline gelmiştir<sup>[36]</sup>. Bu hizipçilik, tarafdarlık ve çatışma halkın ve devletin birliğini baltalamaktadır<sup>[37]</sup>.

[34] Carl Schmitt, "The Guardian of the Constitution", in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.129-130.

[35] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.143.

[36] Lars Vinx, "Carl Schmitt and The Problem of Constitutional Guardianship", in Matilda Arvidsson, Leila Brännström ve Panu Minkkinen (Ed.), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*, New York, Routledge, 2015, s.36.

[37] Berke Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı*, İstanbul, İletişim, 2022, s.211.

Schmitt'e göre modern toplumlarda siyasi partiler anayasanın parçalanmasından büyük ölçüde sorumludur. Bunun nedeni, toplumdaki çeşitli gruplardan destek almaları ve kurumsal güç ve etkilerini diğer partiler ve çıkar gruplarıyla uzlaşarak sürdürmeleridir. Bunun neticesinde de hukuku kendi üyelerini tatmin etmek veya uzlaştırmak için kullanma ve de anayasaya çoğulcu ilkeler ekleme eğilimindedirler. Velhasıl, anayasal meşruiyetin toplumda birliği ifade etmesine zıt şekilde siyasi partiler, toplumsal çıkarların bu birliği aşındırıcı şekilde çoğullaşmasını ifade eder<sup>[38]</sup>.

Anayasayı kimin koruyabileceğinin belirlenmesinde ikinci soru, neyin korunacağı yani anayasanın ne olduğudur. Schmitt için anayasanın tek bir tanımı yoktur. Anayasa çok katmanlı ve parçalı, somutla soyut arasında gidip gelerek katmanların ve parçaların birbirine bağlandığı çoklu anlamlara sahiptir<sup>[39]</sup>. Schmitt, *Anayasa Öğretisi* adlı kitabında mutlak, görelî, pozitif ve

[38] Jeffrey Seitzer ve Christopher Thornhill, "An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context", in Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008, s.40-41.

[39] Schmitt, *Anayasa Öğretisi*'ni yazarken (1928) döneminin diğer önemli anayasa hukukçularıyla bir hesaplaşmaya girmiştir. Bu isimler arasında, anayasa değişikliği yoluyla her türlü değişikliğin yapılabileceğini savunan Richard Thoma ve Gerhard Anschütz vardır (Ece Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXIII, Sayı 1, 2015, s.142). Ancak yine de Schmitt en ağır eleştirilerini Hans Kelsen ve onun pozitif hukuk anlayışına yöneltmiştir. Kelsen, hukukun bilimsel analizinin, onu diğer bilim dallarının ve toplumsal alanların etkisinden tamamen yalıtılmış "saf" haliyle ele alındığında mümkün olduğunu savunur. Hukuku ise normların hiyerarşik bir şekilde sıralandıkları ve alt normun geçerliliğini bir üst normdan aldığı normatif bir düzen olarak görür. Bu normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunan anayasa ise geçerliliğini, varlığı bir önkabul olan "temel normdan" alır. Bu bağlamda, siyaseti hukuk analizinin dışında bırakan Kelsen'in anayasa anlayışının Schmitt'in anlayışıyla neredeyse taban tabana zıt olduğu söylenebilir. Bakınız Kasım Akbaş, "Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı", in Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin ve Ertuğrul Uzun (Ed.), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İstanbul, İthaki, 2015, s.29-49; Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, op. cit.; Stanley L. Paulson, "Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931", in Jens Meierhenrich ve Oliver Simons (Ed.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York, Oxford University Press, 2016; Norberto Bobbio, "Kelsen ve Hukukun Kaynakları", in Cemal Baki Akal (Ed.), *Devlet Kuramı*, Ankara, Dost Kitabevi, 2013, s.459-469.



ideal anayasa olmak üzere dört ayrı anayasa anlayışından bahseder. Ancak her bir anayasa anlayışının da alt anlamları vardır. Aşağıdaki tablo bu dört anayasa anlayışını ve alt anlamlarını topluca görmek açısından faydalı olabilir<sup>[40]</sup>.

**Tablo-1: Schmitt'e göre dört anayasa anlayışı**

<b>Mutlak Anayasa (Birleşik Bir Bütün Olarak Anayasa)</b>	<b>Görelî Anayasa (Tekil Yasaların Yığını Olarak Anayasa)</b>
<p><b>I. Siyasi Birliğin Somut Varoluş Biçimi</b> 1.Devletin siyasi birliğinin ve sosyal düzeninin somut, kolektif durumu (devlet, anayasadır)<sup>[41]</sup> 2.Siyasi ve sosyal düzenin özel biçimi 3.Siyasi birliğin dinamik olarak ortaya çıkması ilkesi</p> <p><b>II.Temel Yasal Düzenleme</b> 1.Temel yasa/norm olarak anayasa (anayasa, devlettir)<sup>[42]</sup> 2.Anayasa yapma gücü ya da otoritesi 3.Tarihsel bir olgu olarak anayasa</p>	<p><b>I. Anayasa Metni</b></p> <p><b>II. Yazılı Anayasa</b></p> <p><b>III. Nitelikli Çoğunlukla Değiştirilebilirlik</b> 1.Esnek ve katı anayasalar 2.Parlamento çoğunluğu ve anayasa değişikliği</p>

[40] Tablo hazırlanırken kullanılan kaynaklar: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Elfte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2017, s.3-41 ve Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008, s.59-93.

[41] Devlet, kendini oluşturan ve ona göre işleyeceği bir şey olarak anayasaya sahip değildir; devlet anayasanın ta kendisidir. [“(…) der Staat *ist* Verfassung (…)”], Schmitt, “Verfassungslehre,” 4.

[42] Devlete bakıldığında görülen, gerçekte var olmamasına karşın, normatif olarak geçerli olan bir yasal düzen, bir normlar sistemidir. Bu anlamıyla anayasa devlettir. [(…) die Verfassung ist der Staat (…)],Schmitt, *Verfassungslehre*, *op. cit.*, s.7.

<b>Pozitif Anayasa</b> (Siyasi Birliğin Türü ve Biçimi Hakkında Eksiksiz Bir Karar Olarak Anayasa)	<b>İdeal Anayasa</b> (Belirli Bir İçerik Nedeniyle Bu Şekilde Adlandırılmış Bir Örnek Olarak "Anayasa")
<b>I. Anayasa, Anayasa Yapan İktidarın Eylemidir.</b>	<b>I. Siyasi Nedenlerle "Gerçek" Anayasa Olarak Tanımlanan, Yalnızca Belirli Bir Anayasa İdealidir.</b>
<b>II. Siyasi Bir Karar Olarak Anayasa</b> 1. Anayasadaki temel siyasi kararların niteliği 2. Anayasa ve anayasa metni arasındaki farklar	<b>II. Burjuva Hukuk Devletinin İdeal Anayasa Fikri</b> 1. Anayasa, burjuva özgürlükleri güvence altına alan bir sistemdir. 2. Anayasa, güçler ayrımıdır. 3. Anayasa, yazılı anayasadır.
<b>III. Weimar Anayasası'nın Uzlaşmacı Niteliği</b> 1. Weimar Anayasası, Alman halkının siyasi varlığının somut biçimine dair siyasi kararları ihtiva ettiği için bir anayasadır. 2. Weimar Anayasası, bütün asli siyasi kararları ihtiva etmemektedir. 3. Weimar Anayasası, kimi konularda karar almayı ertelemiştir.	<b>III. Günümüzde Egemen Olan İdeal Anayasa Fikri Burjuva Hukuk Devletidir.</b>

Kısaca açıklamak gerekirse mutlak anlamıyla anayasa, siyasi birliğin somut varoluş biçimidir. Mutlak anayasa anlayışında bir anayasa için olmazsa olmaz olan ve anayasayı var eden asli unsur halkın siyasi birliğidir ve bu birliğe göndermede bulunan hükümlerdir. İlk olarak anayasa, bir devletin siyasi birliğinin ve sosyal düzeninin somut, kolektif durumudur. Siyasi birlik ve sosyal düzen her devletin bir parçasıdır. Bu anlamıyla anayasa ve devlet özdeştir; anayasa, daha doğrusu bu birlik ve düzen ortadan kalkarsa devlet de ortadan kalkar<sup>[43]</sup>. Martin Loughlin'in ifadesiyle Schmitt için anayasa, devletin anayasası anlamına geldiğinde net bir şey ifade eder<sup>[44]</sup>. Bu açıdan anayasa, bir devlette normal düzenin ne olduğunu ve normal durumla ilişkili olarak devletin ne olduğunu tanımlar; hem devletin temel örgütlenmesini hem de düzenden ne anlaşılacağını belirtir<sup>[45]</sup>. Ancak çıkar

[43] Schmitt, *Constitutional Theory*, op. cit., s.59-60.

[44] Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010, s.210.

[45] Carl Schmitt, "The Dictatorship of the President of the Reich according to Article 48 of the Weimar Constitution," in Carl Schmitt, *Dictatorship: From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Cambridge, Polity Press, 2014, s.209.

ve güç çatışmalarının yaşandığı kritik durumlarda belirleyici olan bir karar alma otoritesinin varlığını da içerir<sup>[46]</sup>.

İkinci olarak mutlak anayasa, özel bir siyasi ve sosyal düzen demektir. Bu ikinci anlam, üstünlük ve tabiiyet ilişkilerinin büründüğü somut biçime; başka bir ifadeyle, siyasi iktidarın yapısına atıfta bulunur. Toplumsal gerçeklikte, der Schmitt, ister monarşi, ister aristokrasi, ister demokrasi olsun, üstünlük ve tabiiyet ilişkisinin olmadığı bir düzen yoktur. Üstünlük ve tabiiyetin farklı biçimlerini düzenleyen anayasa ise *forma formarum* (biçimlerin biçimi) demektir. Üçüncü olarak anayasa, siyasi birliğin dinamik niteliğini ifade eder. Bu anlamıyla anayasa, siyasi birliğin sürekli olarak yenilenen oluşum ve ortaya çıkış sürecinin ilkesidir. Siyasi birlik bir kez oluşmuş ve bitmiş değildir; karşıt çıkarlar, görüşler ve beklentilerden her gün kendini yeniden var eder<sup>[47]</sup>.

Mutlak anayasayı temel yasal düzenleme ya da kapalı bir normlar bütünü olarak görmek de mümkündür<sup>[48]</sup>. Daha doğrusu anayasa, bir kez tekil hükümler ya da normlar değil de halkın devlet olarak somut siyasi birliği meselesi olarak algılandığında, tüm diğer yasalar ve normların onu işaret ettiği “temel yasa” ya da “yasaların yasası” olabilir; bütünsel, kapalı bir üst normlar sistemi olarak düşünülebilir. Yine anayasa, halkın devlet olarak somut siyasi birliği meselesi olarak algılandığında devlet de hukuk normlarının birliğine dayanan bir hukuk düzeni haline gelir<sup>[49]</sup>. Ancak, halkın somut siyasi birliğinin temsili olmasına gönderme yapmadan anayasadan “temel yasa” veya “temel norm” olarak bahsedildiğinde ne kastedildiği belirsizdir; zira bu durumda muhtelif normlar yığına sistematik ve mantıksal bir bütünlük atfedilmiş olacaktır. Çünkü anayasanın bütünlüğü anayasanın kendi nde değil, Alman halkının siyasi birliğinde yatmaktadır<sup>[50]</sup>.

[46] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.59-60.

[47] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.61.

[48] Gözde Türkeli, “Schmitt ve Kelsen’in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s.993.

[49] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.62.

[50] Loughlin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, s.215.

Görelî anayasa anlayışının merkezinde anayasa ve “anayasa metni” arasındaki ayırım yatmaktadır. Schmitt'e göre görelileşme, anayasayı biçimsel özellikleriyle ele almanın sonucudur. Görelileşme, anayasayı bütüncül ve birleşik bir metin olmaktan çıkarır ve onu, yığın halindeki anayasa hükümlerinin istemsiz ve düzensiz biraradalığına indirger<sup>[51]</sup>. Ayrıca görelî anayasa anlayışı, bütün anayasa hükümlerini eşitler; değer ve önemlerini ayırt edilemez hale getirir. Başka bir ifadeyle, anayasa metninde yer bulan her ne varsa eşit derecede görelî yapar<sup>[52]</sup>. Bütün anayasa maddeleri biçimsel olarak eşdeğer hale gelirken aralarındaki her türlü maddi ve olgusal ayırım da; keza anayasanın bütünlüğü de kaybolur gider. Biçimci ve görelî bu yaklaşım açısından ayırım gözetmeksizin bütün anayasa hükümleri aslidir. Halbuki Schmitt, Weimar Anayasası'nın 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan Almanya'nın bir cumhuriyet olmasıyla 129. maddesinde yer alan “Devlet memurlarının şahsi malları güvence altındadır” hükmünün eş derecede asli ya da temel norm sayılmayacağını savunur<sup>[53]</sup>. İlki anayasa dahilken, ikincisi sadece “anayasa metnine” dahildir.

Pozitif anayasa, anayasa yapan iktidarın bir eylemi olarak anayasa demektir. Anayasa yapmak demek, siyasi birliğin bütününe özgül varoluş biçimine dair tek bir karar anını ifade eder. Bu eylem, daha önceden var olan siyasi birliğin biçiminin ve türünün tayin edilmesidir. Yoksa, siyasi birliğin ilk olarak anayasanın yapılması sırasında ortaya çıkması söz konusu olamaz<sup>[54]</sup>. Pozitif anayasa, anayasa yapan iktidarın siyasi birliğin özgül biçimini belirlemesi anlamında bilinçli bir eylemdir. Bu biçim değişebilir; devlet varlığını sürdürürken ve halkın siyasi birliği devam ederken bu birliğe farklı biçimler verilebilir. Ancak anayasa yapma iradesiyle hareket eden özne her zaman anayasa yapımının bir parçası olacaktır; kısaca, anayasa her zaman bir öznenin bilinçli kararıdır<sup>[55]</sup>. Örnek olarak, Weimar Anayasası'nda yer alan “Almanya bir Cumhuriyettir” ya da “devlet, otoritesini Alman halkından

[51] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.67.

[52] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.67.

[53] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in ‘Anayasa Öğretisi’”, *op. cit.*, s.140.

[54] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.75.

[55] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.75.

alır” gibi anayasa hükümleri açıkca, Alman halkının siyasi varlığına biçimini veren siyasi kararlardır<sup>[56]</sup>.

İdeal anayasa ise, belli bir içerikten dolayı anayasaların “gerçek” anayasa olarak adlandırılmasını ifade eder. Schmitt, anayasaların siyasi muhalefetin taleplerine cevap verebilmesine göre “gerçek” anayasa olup olmadığı tartışmasına açık hale geldiğini belirtir. Modern anayasanın tarihsel gelişimi sırasında anayasanın belirli bir ideal olarak ortaya çıkması, özellikle 18. yüzyılda liberal burjuvazinin mutlak monarşiye karşı verdiği mücadele esnasında meydana gelmiştir. Akabinde ise bu ideal anlam, anayasa kavramıyla özdeşleştirilmiştir. Sonuçta da anayasadan, ancak burjuva özgürlükler, bu özgürlüklere getirilen korumalar ve burjuvazinin siyasi talepleri (örneğin temel insan haklarının tanınması, güçler ayrılığı ve halkın yasama iktidarını kullanması) yerine getirildiğinde söz edilir olmuştur. Schmitt bu farklılaşmış anayasa kavrayışının olumsuz bir neticesi olarak şu tespitte bulunur: Her devletin bir anayasaya sahip olduğu artık apaçık bir gerçeklik olmaktan çıkmıştır<sup>[57]</sup>.

Yukarıdaki tablodan da görülebileceği üzere anayasanın ne olduğuyla ilgili bir tema, tek bir başlık altında tüketilmemiştir; aynı mevzuya farklı başlıklar altında değinilmiş ve böylece anayasanın anlamının parçaları arasında geçiş sağlanmıştır. Örneğin, siyasi bir karar olarak anayasa teması hem pozitif anayasa anlatılırken hem de mutlak anayasa temel bir yasal düzenleme olarak ele alınırken; kapalı normlar sistemi olarak anayasaya bütünlüğünü verenin, varlığı anayasayı önceleyen bütünlüklü bir irade olduğu<sup>[58]</sup> bahsinde ortaya çıkar. Bu çalışma açısından Schmitt’in anayasa anlayışları içinde aydınlatıcı olan olgu, “anayasa” ve “anayasa metni” arasında yapılan ayırımdır. Bu ayırma ise hem mutlak ve görelî anayasa tartışılırken hem de pozitif anayasa anlayışı içinde; kimi anayasa hükümlerinin anayasa yapan iradenin aldığı siyasi kararlar olduğu<sup>[59]</sup> ve nitelikli çoğunlukla dahi değiştirilemeyeceği açıklanırken rastlamak mümkündür. Anayasa ve “anayasa metni” ayırımının konumuz açısından önemi, ilk olarak; anayasayı bir normlar bütünü olarak

[56] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.78.

[57] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.89-90.

[58] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.64-65.

[59] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.79.

görmeyi sağlayacak yorumun kaynağı olarak “anayasada” yer alan siyasi kararların ortaya çıkmasıdır. İkincisi ise, bu ayırım vesilesiyle bireysel hak ve özgürlüklerin “anayasa metnine” dahil edilerek, anayasal değerinin ikincilleştirilmesidir.

Schmitt için anayasa farklı boyutlara ve (zaman zaman birbiriyle çelişen) niteliklere sahip olmasına rağmen modern dönemde salt hukuki ve biçimci anlayışla yorumlanmaktadır. Bunun bir örneği, temel hak ve özgürlükler ile anayasa arasındaki ilişkidir. Modern anayasalar temel hak ve özgürlüklere yer verirler. Ancak zaman içinde anayasanın diğer vehçeleri unutulmuş ve anayasa temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hükümler bütünü olarak algılanmaya başlanmıştır<sup>[60]</sup>. Schmitt için anayasayı görelî yapan tarihsel gelişmelerden biri de budur. Schmitt için hak ve özgürlükler gibi kimi hükümler bir devletin anayasası için asli niteliğe sahip değildir. Bu nedenle “anayasa metnine” dahildirler, ama “anayasa nedir?” sorusuna cevap vermezler (zira bu hak ve özgürlükleri içermeyen anayasalar da düşünmek mümkündür). Ona göre, temel hak ve özgürlükler yasalarla da düzenlenebilirken, sadece anayasa metnine dahil edildikleri için anayasal hüküm halini alırlar<sup>[61]</sup>. Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nı görelî anayasa anlayışına göre ele alacak olursak, şu örneği verebiliriz: Anayasa'nın toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyen 34. maddesi yasayla düzenlenebilecekken anayasa metnine dahil edilen bir hükümdür; yani *ipso facto* anayasal hükümdür. Anayasaya neden dahil edildiğinin yanıtını ise o dönemin siyasi ve toplumsal koşullarında aramak gerekir.

Schmitt'e göre halkın devletiyle birlikte kurduğu somut siyasi birliğin unsurları ve güvenliğiyle ilgili anayasal normlar, anayasaları var eden siyasi iradenin kararlarıdır<sup>[62]</sup>. Bu nedenle de kendilerini takip eden bütün diğer normların önkoşuludurlar<sup>[63]</sup>. Bu bağlamda söz konusu normlar ve bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında bir üstünlük ve de öncelik vardır. Bir uyuşmazlıkta korunması gereken, halkın siyasi birliği olarak devlettir<sup>[64]</sup>. O

[60] Türkeli, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde”, *op. cit.*, s.993.

[61] Türkeli, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde”, *op. cit.*, s.993.

[62] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'”, *op. cit.*, s.142.

[63] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.78.

[64] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.207.

halde Schmitt için anayasanın korunması demek, anayasa metni tarafından güvence altına alınan haklardan ziyade, toplumsal ve siyasi düzenin somut biçiminin korunması demektir. Bu koruma anayasal hak ve özgürüklerin göz ardı edilmesini bile gerektirebilir<sup>[65]</sup>.

Bu bağlamda, anayasanın korunması tartışmasının bir uzantısı, normal anayasa değiştirme prosedürüyle değiştirilebilen ve değiştirilmesi yasaklanmış normlar arasındaki farktır. Anayasaların değiştirilemez maddeleri, anayasalarda belirtilen nitelikli çoğunluk ya da özel prosedürlerle dahi değiştirilemeyen maddelerdir. Bu ilkelere getirilen korumayla anayasa yapan siyasi iradenin kurduğu anayasal düzen üzerinde, anayasa değiştiren iktidarın yapacağı değişikliklere sınırlama getirilmiştir<sup>[66]</sup>. Bu nedenle anayasanın değiştirilemez hükümleriyle, halkın somut siyasi birliğine dair verilen siyasi kararlar arasında organik bir bağ vardır.

#### A) YASAMA DEVLETİNDE ANAYASANIN YARGISAL DENETİMİ

Schmitt, anayasanın yargısal denetimini tamamen reddetmez ancak koşullandırır ve üçe ayırdığı devlet biçimlerinden sadece birinde AYM benzeri yüksek mahkemelerin yargısal denetim yoluyla anayasayı koruyabileceğini belirtir.

Schmitt, nihai siyasi iradenin nasıl ortaya çıktığına bağlı olarak üç devlet biçiminden bahseder. Bunlar yasama, yargı ve yürütme (idare) devletidir<sup>[67]</sup>.<sup>[68]</sup> Yargı devleti, devlet otoritesinin merkezinin yargı kurumlarında bulunduğu ve devlet otoritesiyle yargılama yetkisinin özdeşleştiği devlettir<sup>[69]</sup>. Hukuki uyumsuzluklarda son sözü söyleyen yargıç, yasa koyucudan daha üstündür

[65] Vinx, “Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship”, *op. cit.*, s.35.

[66] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in ‘Anayasa Öğretisi’”, *op. cit.*, s.141.

[67] Schmitt, *Anayasa'nın Koruyucusu*'nda (*Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, s.37) yürütme (Exekutive) devletinden bahseder ve yürütme devletini idare (Regierung) ve hükümet (Verwaltung) devleti olarak çeşitlendirir.

[68] *Kanunilik ve Meşruiyet*'te (*Legalität und Legitimität*, Achte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2012, s.9) ise yürütme devleti ifadesi yer almazken, idare ve hükümet devleti eş anlamlı olarak kullanılır.

[69] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.128.

ve hukukun da nihai koruyucusudur<sup>[70]</sup>. Doğru yasayı ya da adaleti ortaya çıkaran, genellik özelliğine sahip yasaların aracılığına ihtiyaç duymayan yargıcın kararıdır. Başka bir ifadeyle, yargıcın kararı normativizmle veya yasallıkla kendini tüketmemektedir. Bu açıdan yargıç, doğrudan doğruya hukuki doktrini üretir ve bu hukuku doktrini yasama organına uygular<sup>[71]</sup>. Yargı devletinde yasa yapan ile yasayı uygulayan ayrımı da yoktur. Schmitt, yargı devletine örnek olarak, kamusal hayatın mahkemelerin kontrolünde olduğu Kutsal Roma İmparatorluğu'nu gösterir. Modern dönemde ise Anglo-Sakson geleneğini takip eden ABD'de görülebileceğini belirtir<sup>[72]</sup>.

Yürütme devleti ise 17. ve 18.yüzyıl'da hüküm süren ve Prusya'nın örneği olduğu mutlakiyetçi devlettir<sup>[73]</sup>. Yürütme devleti, silahlı kuvvetler ya da sivil bürokrasiye dayanır. Yürütme devletinin merkezinde normların içeriğinin ne olduğu yer almaz; gerektiğinde temel haklar askıya alınabilir. Önemli olan, normların geçerli sayılacağı durumun yaratılmasıdır. Normlar da geçerliliklerini yürütmenin kamu güvenliği ve düzenini sağlayabilmesinden alırlar<sup>[74]</sup>. Schmitt, yürütme devletinin iki çeşidinden bahseder. Bunlardan hükümet (*Verwaltung*) devletinde, devleti yöneten kişinin yüceltilmiş şahsi iradesi ve otoriter buyruğu egemendir. Bu nedenle hükümet devleti, şahsi yönetim demektir. İdare (*Regierung*) devleti ise bunun tam zıttıdır. Yönetenin buyruğu ya da iradesi şahsi bir yönetim olarak görünmez. Ancak yasama devletindeki gibi salt normların uygulanması da değildir. Daha ziyade buyruklar, objektif direktifler olarak görünürler. İdare devleti ne şahısların yönetimidir ne de gayri-şahsi yasaların uygulanışıdır. Bunun yerine, kamusal işlerin kendi kendilerini yönetiyormuş gibi durdukları bir yönetimdir<sup>[75]</sup>.

19. yüzyıl itibariyle ortaya çıkan parlamenter devlet ya da burjuva hukuk devleti, yasama devletinin en iyi örneğidir. Yasama devletinde adil olması amaçlanan normlar, halk iradesinin nihai ifadesi olarak belirirler.

[70] Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy*, Berlin, Duke University Press, 2004, s.4

[71] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.5.

[72] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.80.

[73] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.7.

[74] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.128.

[75] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.5.



Bu normlar, gayri-şahsîlik ve genellik gibi belirli niteliklere sahip olmalı ve diğer tüm kamusal işler ve alanlar bu normlara tabi olmalıdır. O halde yasama devleti, yürütme devletinin aksine gayri-şahsî ve genel yasalarla yönetilen devlettir. Daha doğrusu yönetenlerin, iktidarlarını bu yasalara göre kullandıkları devlettir. Yasama devletinin örgütsel ilkesi, yasa yapan ve uygulayanın ayrılmasıdır. Yasama devletinde bir yandan devlet yönetiminin merkezinde yasaları yapan parlamento vardır; diğer yandan iktidar sahibine itaat sorunu ortadan kalkmıştır; çünkü sadece halk iradesinin ifadesi olan yasaların uygulanması söz konusudur<sup>[76]</sup>. Yasallık, devlet otoritesine neden uyulduğunu; bir başka ifadeyle meşruiyet sorununu dışarıda bırakmıştır. Yasama devletinin yasallık sistemi ayrıksıdır. Egemen halkın temsilcisi olan parlamentonun bir işlemi olarak yasa, yasama devletine özgüdür. Devletin yasalarla yönetilmesi, devletin egemen halkın iradesiyle yönetilmesidir; yasanın egemenliği, yasama organı üzerinden halkın egemenliğidir.

Schmitt'e göre yargısal denetim yoluyla anayasanın korunması sadece yargı devletinde mümkündür. Almanya'nın da içinde yer aldığı Kıta Avrupası geleneğinde geçerli olan yasama devletinde ise durum farklıdır. Bir yasama devletinde, bir mahkeme anayasayı koruyamaz; çünkü mahkeme, ihtilafı bir durumda anayasayla ilgili kendi inisiyatifiyle karar verecektir. Halbuki bu inisiyatif yasama devletinde parlamentoya aittir ve bizzat devletin de yasama devleti olmasının önkoşuludur<sup>[77]</sup>.

Bir yasama devletinde anayasanın yargısal denetimi benimsenip, bir mahkeme anayasayı korumakla yetkilendirilirse bir dizi sorun ortaya çıkar. Bu sorunlardan ilki altlamayla ilgilidir. Yargılama için altlama gereklidir. Hukuk devletinde hakimin özel konumu, objektifliği, bağımsızlığı ve taraflar karşısında üstünlüğü, onun yasaya dayalı karar vermesinden kaynaklanır. Hakim, yasaya bağlıdır. Bunun anlamı, verdiği kararın yasanın içinde hali hazırda var olması; ölçülebilir ve hesaplanabilir bir şekilde, halihazırda o yasaya dayanan başka bir kararın içeriğinden de türetilbilmesidir<sup>[78]</sup>. O halde mahkemeler için bağımsızlık demek, yasaya bağımlılık demektir ve bu durum yüksek mahkemeler için de geçerlidir. Bu da demek oluyor ki, bir

[76] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.3-4.

[77] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.129-130.

[78] Paulson, "Hans Kelsen and Carl Schmitt", *op. cit.*, s.526; Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*,s.98.

yüksek mahkemedeki hakimin yaptığından herhangi bir hakimin yaptığından hiç bir farkı yoktur. Dolayısıyla, yasaya ve yargı prosedürüne göre karar veren bir mahkemeyi anayasayı korumakla görevlendirmek oldukça gereksizdir<sup>[79]</sup>.

Öte yandan, yargısal faaliyete dayanak olan normun belirgin, açık ve tartışmadan uzak olması gerekir. Hakim hukuk normlarına bağlı olduğuna göre, normların içeriğinin belirsiz ya da tartışmalı olduğu yerde hakimin işi de son bulacaktır. Halbuki, demektedir Schmitt, anayasa hükümlerinin çoğunun içeriği belirsizdir ve çoğu, kendi aralarında çelişkilidir; çelişkili ilkelere dayandıkları için aralarında bir bağ olmaksızın yan yana dururlar.<sup>[80]</sup> O halde hakim yasaya bağlıdır ama anayasal normlar onun bağımsızlığını sağlayacak nitelikten uzaktır. Bu durumda da evvel emirde anlamı muğlak olan normun içeriğinin belirlenmesi gerekecektir. Bu ise artık yargısal bir faaliyet değildir<sup>[81]</sup>; sadece siyasi yorum ve tercihlerden söz edilebilir. Schmitt, kanun metninden görece bağımsızlıkla ortaya çıkan ve muğlak olan normun içeriğinin belirlenmesini sağlayan eyleme kararlılık demektedir<sup>[82]</sup>. O halde normun anlamının açık olmadığı her vakada anayasanın yargısal denetimini yapmak kararlılığa; yani mahkemenin siyasi tercihinine yol açacaktır. Bu durum mahkemenin hukuku uygulayan değil, yaratan bir organ olarak ortaya çıkmasına neden olur ve yasama devletinde, sadece parlamentoya verilmiş bir yetkinin gasbı demektir<sup>[83]</sup>.

Yasama devletinde anayasanın yargısal denetimiyle ilgili bir diğer sorun, iki norm çeliştiğinde ortaya çıkar ve çelişen normlardan hangisinin geçerli olacağına ilişkindir. Hukuki biçimcilik için iki norm çeliştiğinde değiştirilmesi zor olan güçlü norm ile değiştirilmesi daha kolay olan zayıf norm arasındaki hiyerarşi bu sorunu çözeceğidir. Zira biçimcilik, zayıf normun güçlü normu tehdit edilebileceğini düşünmez. Normlar hiyerarşisi tam da bu korumayı sağlaması için vardır.

[79] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.93.

[80] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.115.

[81] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.100-101; 210.

[82] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.117.

[83] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.109.

Schmitt de değiştirilmesi daha zor olan norma “güçlü” demektedir<sup>[84]</sup>. Ona göre normlar için “daha güçlü” (*stärker*) ya da “daha zayıf” (*schwächer*) ifadelerini kullanmak; yalnızca bir normu değiştirme ya da yürürlükten kaldırma prosedüründeki farklı zorluk derecelerini belirtmesi (ve normlar arasında bir üstünlüğe tekabül etmemesi) şartıyla yararlıdır<sup>[85]</sup>. Ancak Schmitt için iki norm çeliştiğinde ortaya çıkan sorun, normun güçlü ya da zayıf olması değil; bir normun diğerini kontrol edememesidir. Schmitt için bir norm, başka bir norm tarafından korunamaz<sup>[86]</sup>. Bunun nedeni, birbiriyle çelişen anayasa hükümleri karşı karşıya geldiğinde bir normun diğerini geçersiz kılmayacağıdır. Zira hakim, yargılama yaparken çelişen hükümlerden birini kararına esas olarak seçtiğinde, diğerini ortadan kaldırmış olmaz; sadece uygulamamış olur<sup>[87]</sup>. O halde çelişen yasal ya da anayasal hükümler söz konusu olduğunda bahsedilebilecek tek şey, bir normun ya da hükmün uygulama bulamamasıdır<sup>[88]</sup>. Başka türlü; yani bir hükmün diğerini yargılayarak onu geçersizleştirmesi mümkün değildir.

Schmitt için anayasanın korunması sorununun püf noktalarından biri tam da budur. Schmitt için anayasanın korunması meselesi, en güçlü normu daha zayıf bir norma karşı korumakla ilgilidir<sup>[89]</sup>, ki bu mesele hukuki biçimcilik açısından mevcut dahi değildir.

## B) ANAYASAYI DEVLET BAŞKANI’NIN SİYASİ KARARI KORUR

Eş zamanlı olarak hem halkın somut siyasi birliği hem de anayasa yapan iradenin siyasi kararı olan anayasa, Schmitt için siyasi bir olgudur. Benzer şekilde, anayasanın kendinden korunacağı ve anayasaya karşı bir tehdit

[84] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.111.

[85] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.111, dipnot.

[86] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.110.

[87] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.112-113.

[88] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.89.

[89] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.112. Orijinal ifade şu şekildedir: “Bei der Frage nach dem Hüter der Verfassung handelt es sich um den Schutz der stärksten Norm gegenüber einer schwächeren Norm” (Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, s.41).

oluşturan parlamento, siyasi partiler ve çoğulculuk da siyasi bir güçtür. O halde parlamentonun yarattığı istikrarsızlık ve tehlikeler karşısında siyasi birliği ve istikrarı sağlayacak olan da siyasi bir otorite olmalıdır. Bu doğrultuda Schmitt'in beklentisi anayasanın koruyucusunun çok partili, parçalı ve istikrarsız parlamento karşısına bütünleştirici bir unsur olarak çıkması ve parlamentoyu dengelemesidir<sup>[90]</sup>; sosyal ve ekonomik güç gruplarının çoğulculuğu karşısında bir karşı ağırlık oluşturması ve halkın birliğini korumasıdır<sup>[91]</sup>. Açıktır ki bunlar bir mahkemenin üstlenebileceği yargısal görevler değildir.

Schmitt anayasanın koruyucusunu parlamentonun neredeyse anti-tezi olarak kurgular. Anayasanın koruyuculuk işlevinin önkoşulu siyasi partilerden bağımsızlık ve tarafsızlıktır<sup>[92]</sup>. Yani anayasanın koruyucusu tarafsız ve partiler üstü olmalı; ama yine de siyasi karar verebilmelidir<sup>[93]</sup>. Bu koşulları sağlamak şartıyla anayasal hükümlere dair görüş ve yorum farklılıkları, daha güçlü bir siyasi güç tarafından, yani farklı görüşlerin üzerinde duran daha üstün bir üçüncü taraf tarafından çözülebilir. Ancak o zaman bu üçüncü taraf anayasanın koruyucusu değil, egemen bir güç olacaktır. Bir diğer alternatif ise uyuşmazlıkların, taraflardan üstün olmayan; onlarla eşit konumda bulunan bir mercii tarafından çözüme kavuşturulmasıdır. Bu alternatifte üçüncü kişi, kendine özgü yetkilerle donatılmış tarafsız bir otorite olacaktır<sup>[94]</sup>.

Bu tarafsız ama siyasi karar veren üçüncü kişi devlet başkanıdır<sup>[95]</sup>. Devlet başkanı, partilerce parçalanmış bir parlamento tarafından değil, halk tarafından seçilir<sup>[96]</sup>. Bu nedenle de tüm halkın güvenine ve parlamento karşısında halkın siyasi birliğini korumak için gereken meşruiyete sahiptir.

[90] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.157.

[91] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.172.

[92] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.210.

[93] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.156.

[94] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.151.

[95] Carl Schmitt, "Closing Statement Before the *Staatsgerichtshof* in Leipzig," in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.226.

[96] Paulson, "Hans Kelsen and Carl Schmitt", *op. cit.*, s.530.

Tam da bu nedenle parlamentoyu dengeleyebilir. Öte yandan devlet başkanına verilen yetkiler de yasama organı karşısında tarafsız bir arabulucu olarak denge işlevi görmesi için formüle edilmiştir<sup>[97]</sup>. Devlet başkanının dokunulmazlığı veya en azından ayrıcalıklı konumu, kararname çıkarma, af; bakanları, kimi üst düzey bürokratları atama ve parlamentoyu feshetme yetkisi<sup>[98]</sup> bir tarafsız arabulucu rolü üstlenmesi için yapılmış gibidir. Devlet başkanının tarafsızlığının; arabulucu, düzenleyici ve koruyucu konumunun pratik değeri budur<sup>[99]</sup>.

Schmitt'in kurgusunda anayasanın koruyuculuğu sürekli bir kurum; devlet başkanına verilecek sürekli bir görev değildir. Arabuluculuk ya da muhafaza etme ve düzenleme otoritesi bir kriz anında ortaya çıkacak *ad hoc* bir görev<sup>[100]</sup> ve aynı zamanda siyasi bir karar<sup>[101]</sup> olacaktır. Bu haliyle de bir kriz anında olağanüstü hal ilan edebilme yetkisiyle yakından ilgilidir. Ancak aynı zamanda “somut bir tehlikenin” ne/kim olduğunun saptanması bağlamında dost-düşman ayrımını yapmayı gerektirir.

Schmitt'e göre dost-düşman ayrımı siyasal eylem ve saikleri açıklamada kullanılabilir özgün ayrımdır<sup>[102]</sup>. Halkın varoluşsal siyasal birliğinin merkezinde de bu ayrım vardır. Bir insan topluluğunun siyasal birlik olmasının şartı, kimi düşman ilan edeceğine ve düşmanına nasıl davranacağına dair son kararı verebilmesidir<sup>[103]</sup>. O halde siyasi birlik bir dışlamayla kurulur. Belirli bir insan topluluğu, kimin o topluluğa ait ve kimin ait olmadığına dair verdiği karar aracılığıyla ötekine karşı bizi oluşturur<sup>[104]</sup>. Devlet de benzer şekilde dostun ve düşmanın kim olduğu kararını bir bütün olarak

[97] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.172.

[98] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.152.

[99] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.169.

[100] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.209.

[101] Schmitt, “Closing Statement”, *op. cit.*, s.226.

[102] Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, İstanbul, Metis, 2006, s.47.

[103] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, *op. cit.*, s.67.

[104] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.164-165.

kendi içinde veren örgütlenmiş siyasal birlik olarak tanımlanabilir<sup>[105]</sup>. Devletin varlığını sürdürebilmesi, bir tehlike anında dost-düşman ayrımını yapabilmesine; halkın arasından düşmanları ayıklayarak homojen bir birliği yeniden tesis edebilmesine bağlıdır<sup>[106]</sup>.

O halde anayasanın korunması demek, düşmanın kim olduğuna karar vererek halkın birliği ve homojenliğinin bu düşmandan korunması ve bunun için gerektiğinde olağanüstü hal ilan ederek hukuk dışına çıkılması demektir.

#### IV. YARGITAY'IN KARARINI SCHMITT İLE BİRLİKTE OKUMAK: TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN ANAYASAL DÜZENİNİN BİR ÖZÜ VARDIR

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'ne göre bazı anayasa hükümleri diğerlerinden daha önemlidir; zira onlar “siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olan” ilkeleri içerirler. Bu ilkeler 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde belirtilmiştir. Yargıtay, oldukça uzun olan bu bölümden şu kısmı alıntılar<sup>[107]</sup>:

Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı; Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı.

Alıntılanan kısımda vurgulanan ilkeleri milli egemenlik, laiklik, Türklük, Türk milliyetçiliği, Atatürk milliyetçiliği ve Türk milletinin devleti ve toprağıyla kurduğu birlik olarak özetlemek mümkündür. Yargıtay'a

[105] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, *op. cit.*, s.50.

[106] Türkeli, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde”, *op. cit.*, s.985.

[107] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.17-18.

göre anayasal düzen, bu ilkeleri içeren kuralların bütünüdür. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen” de budur.

Anayasal düzen, yukarıda belirtilen ilkeleri içeren kurallardan müteşekkil ve bu ilkeleri içeren anayasa hükümleri siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen iken, bütün anayasa maddelerinin aynı derecede önemli olduğunu iddia etmek zordur. Yukarıda bahsedildiği üzere Schmitt’e<sup>[108]</sup> göre anayasanın kurucu ilkeleri, değiştirilmemeleri için anayasa yapıcı tarafından koruma altına alınmıştır. Bunlar anayasada belirtilen usule göre dahi değiştirilemezler. Benzer şekilde Yargıtay’a göre de anayasal düzene egemen olan ilkeler ve Başlangıç kısmında korunmak istenen hukukî ve siyasi yarar, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez olan Anayasa’nın ilk dört maddesinde dile getirilmiştir<sup>[109]</sup>. Bu nedenle, anayasanın diğer hükümleri karşısında üstünlüğe sahiptir. Schmitt’in anayasa ve “anayasa metni” ayrımında, anayasaya dahildir.

Yargıtay’ın anayasayı tehdit ettiğini düşündüğü somut tehlike, siyasi partiler ve parlamentodur. Yargıtay parlamentoya, siyasi partilere ve milletvekillerine büyük bir güvensizlik ve şüpheyile yaklaşmaktadır. Zira siyasi partiler, devletin milletiyle bütünlüğüne kasteden, “pek çok kanlı terör eylemi ile irtibatlandırılan” ve haklarında terör suçlarından soruşturma veya kovuşturma bulunan şüpheli ya da sanıkları milletvekili yapabilmektedirler<sup>[110]</sup>. Yargıtay’ın “parlamentodan yükselebilecek tehlike” olarak verdiği örnek ise açıkça yürütmeye; bilhassa Cumhurbaşkanı’na seslenmektedir. Buna göre, meclis çoğunluğunu muhalefetin ele geçirmesi durumunda AYM Anayasa’nın 101. maddesini keyfi şekilde yorumlayarak seçilmiş Cumhurbaşkanı’nın meşruiyetini dahi tartışmaya açabilecektir<sup>[111]</sup>.

[108] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in ‘Anayasa Öğretisi’”, *op. cit.*, s.143.

[109] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.14.

[110] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.18; 21. Keza bu kararında TBMM’e sitem etmiştir. TBMM, Atalay hakkındaki kesin hükmün Yargıtay tarafından kendisine bildirilmesini takiben “milletvekilliğinin derhal düşürülmesine dair karar verilmiş olması gerektiği halde” bu kararı vermemiştir.

[111] Yargıtay bu duruma Pakistan örneğini verir. Pakistan’da güvensizlik oylaması ile 2022’de Başbakan İmran Han’ın başbakanlığını düşürdüğünü hatırlatır. Bakınız

O halde, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi için Atalay vakasında ortaya çıkan sorun, değiştirilmesi yasaklanmış olan anayasanın ilk dört maddesinde belirtilen ilkelerin 83. maddede belirtilen milletvekili dokunulmazlığından nasıl korunacağıdır. İşte bu soru yanıtlanırken Anayasa'nın 14. maddesi önem kazanır. Zira Yargıtay'a göre 14. madde, 83. maddeye getirdiği istisnayla anayasanın ilk dört hükmünü koruyucu niteliği haizdir<sup>[112]</sup>. Ancak AYM, 14. maddeyi uygulamayarak anayasayı korumasız bırakmıştır.

Başka bir ifadeyle Atalay vakasında vuku bulan olay, tam da hukuki biçimciliğin yok saydığı; Schmitt'in ise yasama devletinde anayasanın yargısal denetimi benimsendiği takdirde anayasanın korunması konusunda ortaya çıkabilecek sorunlardan biri olarak tespit ettiği, en güçlü normun (ilk dört madde) zayıf norma karşı (83. madde) korunmasıdır. Yargıtay, 14. maddenin bu korumayı gerçekleştirebileceğini varsaymaktadır. Ancak Schmitt'in<sup>[113]</sup> hukuki biçimcilik eleştirisinde dile getirdiği gibi; bir kez mahkeme karar verirken hükmüne esas olarak 14. maddeyi almayınca, öngörülen koruma da tuzla buz olmuştur. Bir norm, diğerini koruyamamıştır; (Schmitt için hali hazırda bir kurgu olan) normlar hiyerarşisinin öngördüğü koruma gerçekleşmemiştir. Anayasa yapıcının halkın devleti ile oluşturduğu siyasi birliğin türü ve biçimiyle ilgili kararlar olan ve anayasaya anlamını veren ilk dört madde, "anayasa metni" karşısında korumasız kalmıştır.

Anayasayı normlar hiyerarşisi korumuyorsa, o zaman kim/ne koruyacaktır? İşte Atalay vakasının Schmittyen yorumunda ortaya çıkan sorun ve soru budur. Yargıtay bu sorunu AYM'nin kararını uygulamayarak çözmüş, bu soruya ise AYM'nin denetlenmesi gerektiğini savunarak cevap vermiştir. Bunu yaparken de 14. maddeyi kendi yorumlamıştır.

İlk olarak, 14. maddenin üçüncü fıkrası, maddenin hükümlerine aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyidelerin kanunla düzenleneceğini; Anayasa'nın 13. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini açıkça belirtmekte ve böylece, belirsizliği

---

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.33-34.

[112] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.14; 20.

[113] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.111-112.



giderecek aktör olarak parlamentoyu işaret etmektedir. Buna rağmen Yargıtay, kanuniliği hukukilik ile aşmış ve yapılan yorum erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olduğu müddetçe yasa koyucu yanında yasayı uygulayan mahkemelerin de belirsiz olan bu anayasa maddesinin içeriğini doldurabileceğini iddia etmiştir.

14. maddenin içeriğinin belirlenmesinde ise Yargıtay'ın Schmittyen bir hat izlediği söylenebilir. Schmitt'e göre anayasal düzeni kuran hükümler, diğer anayasal hükümlerin nasıl yorumlanacağını belirlerler<sup>[114]</sup>. Kısaca söylemek gerekirse, münferit anayasal hükümlerin tüm çelişkilerinin, kopukluklarının ve muğlaklıklarının ötesine geçerek belirsizliği giderecek ve bütünlüğü tesis edecek yorumun kaynağı, varoluşsal bir olgu olan halkın devletiyle kurduğu somut siyasi birliği temsil eden normlar ve bu birliğin tür ve biçimine dair verilen siyasi karardır.

Denebilir ki Yargıtay da benzer bir mantık yürütmüştür. Yargıtay'a göre 14. maddede doğrudan doğruya bir suç tanımı benimsenmemiş ya da suç tipleri sayılmamış olabilir; ancak buna gerek de yoktur. Hiçbir devlet, varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanan bir kimseye dokunulmazlık verilmesini zaten kabul etmez; bu durum Yargıtay için *izahtan varestedir*. Bu nedenle Atalay'ın mahkumiyetine esas teşkil eden "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" dan olan TCK'nın 312. maddesinin, 14. maddenin kapsamına girdiğine *kuşku yoktur*, bu konuda şüphe bulunmamaktadır, aksini düşünmek *mümkün değildir*. Öte yandan yukarıda değinildiği üzere devletin, anayasal düzenin ve siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişinin ilkeleri anayasanın Başlangıç bölümünde ve ilk dört maddede belirtilmiştir. Bu ilkelerin bir kısmına 14. maddede yer alan ve hangi suçların madde kapsamına gireceğine dair genel bir çerçeve çizen "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz" ibaresinde de rastlanmaktadır. Bu açıdan Yargıtay için 14. madde, herhangi bir suç tanımı benimsenmemiş olmasına rağmen hali hazırda açıktır, nettir.

[114] Loughlin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, s.216.

## A) AYM'NİN GÖRELİ ANAYASA YORUMUNUN ELEŞTİRİSİ

Yargıtay'ın AYM'e yönelttiği eleştirinin odağında, Schmitt'in de hedef tahtasında olan biçimcilik vardır. Biçimci yaklaşımı nedeniyle AYM anayasayı, Türk milletinin devletiyle oluşturduğu siyasi birliğin ona verdiği anlamla değerlendirememektedir. Bütün anayasal normları eşit kabul eder ve onlara aynı değer ve önemi atfederken; Türk milletinin devletiyle olan siyasi birliğini temsil eden normların bireysel hak ve özgürlüklere üstünlüğünü tartamamaktadır. Böylece anayasayı görelileştirmektedir.

Yargıtay, AYM'nin görelî anayasa yaklaşımını eleştirirken bireysel başvuru hakkını hedef alır. AYM'nin bireysel başvurular neticesinde verdiği kararların sadece başvurucu ve ihlale neden olan kamu makamı yönünden bağlayıcı olmasına subjektif etki denmektedir. Bu kararların objektif etkisi ise bireysel başvuru kararlarının genel bağlayıcı niteliğe sahip olması ve benzer durumda olanlar için ve bütün mahkemeler tarafından dikkate alınmasını ifade eder. Bireysel başvuru kararlarının objektif etkiye sahip olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır<sup>[115]</sup>.

Bu tartışma devam ederken Yargıtay 3. Ceza Dairesi bireysel başvuruların objektif etkiye sahip olabileceğini tamamen reddetmiştir. Bu nedenle de mahkemelerin bireysel başvurular sonucunda verilen ihlal kararlarına uyup uymama hususunda bir değerlendirmede bulunabileceğini savunmaktadır<sup>[116]</sup>. Yargıtay'a göre mahkemeler sadece AYM'nin norm denetimi yaptığı kararlara uymak zorundadırlar. Dahası, Yargıtay 3. Ceza Dairesi bireysel başvurular sonucunda AYM tarafından verilen kararların Resmi Gazete'de yayımlanma zorunluluğunun da mevcut olmadığını savunmaktadır<sup>[117]</sup>. Ancak bu iddia da hatalıdır. İlk olarak, Anayasanın 153. maddesi bireysel başvuru kararları için herhangi ayrık bir düzenleme yapmadan "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını,

[115] Yılmaz Akçil, "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.1- 45.

[116] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.15.

[117] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.19.

idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar,” demektedir.<sup>[118]</sup> Ek olarak AYM İçtüzüğü madde 81, “Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır,” demektedir<sup>[119]</sup>.

Velhasıl, Yargıtay keyfi bir biçimde AYM’nin bireysel başvurular sonucunda aldığı bütün kararları subjektif olarak nitelemekte ve Resmi Gazete’de yayınlanmamaları gerektiğini savunmaktadır. Nasıl ki Schmitt, hak ve özgürlüklerin ikincilleştirilmelerini onları anayasadan çıkarıp anayasa metnine dâhil ederek yapmışsa, Yargıtay da benzer bir ikincilleştirmeyi, AYM’nin hak ihlallerine dair bireysel başvuru kararlarının objektif hiç bir etkiye sahip olmadığını kabul ederek yapmaktadır.

Yargıtay’ın AYM’ye getirdiği eleştirilerden belki de en kritik olanı AYM’nin faaliyetinin yargısal değil; siyasi olduğu yönündedir<sup>[120]</sup>. Buna göre AYM, soyut bir anayasal norma anlam verirken, yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek değişik manalardan istediğini keyfi olarak öne çıkarmıştır. Yaptığı tercih ise 14. maddeyi hükümsüz kılmak olmuştur. Yargıtay’a göre bu bir yetki gasbidir. Zira kuralı koyan yasama organı ise kaldırılacak olan da o olmalıdır<sup>[121]</sup>. Yargısal bir işlemle 14. maddeyi hükümsüz kılmak kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır. AYM’e yöneltilen bu eleştiri Schmitt’in kararcılığına da denk düşmektedir. Schmitt’e göre her ne kadar karar, normu tamamlayarak yargılamayı mümkün kılsa da yasaların uygulanışının değil, yasa yapımının; yargının değil, yasamanın bir parçasıdır<sup>[122]</sup>. Yargıtay için de AYM hukuku uygulamamakta; hukuk yaratmaktadır. Bu hareketiyle de

[118] Akçil, “Bireysel Başvuru Kararlarının”, *op. cit.*, s.14.

[119] Anayasa Mahkemesi 28351 Sayılı İçtüzüğü, 12 Temmuz 2012 Tarih ve 28352 Sayılı Resmi Gazete

[120] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.10.

[121] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.4.

[122] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.107.

kendisi anayasa koyucu gibi hareket etmekte, anayasa koyucunun iradesini çiğnemekte ve anayasanın sözüne ve özüne aykırı davranmaktadır<sup>[123]</sup>.

Bu eleştiri, Schmitt'in yasama devletinde anayasanın koruyucusu olarak bir mahkeme tesis edilirse bu mahkeme siyasi bir organ olur<sup>[124]</sup>, eleştirisiyle de örtüşmektedir. Schmitt, anayasal uyumsuzlukların çözümü için yetkilendirilecek bir mahkemenin, ikinci bir meclis ihdas etmek olduğunu ve bunun "cübbeliler otokrasisi" yaratacağını belirtmiştir<sup>[125]</sup>. Benzer şekilde Yargıtay da AYM'nin faaliyetinin juristokrasiyi andırdığını dile getirmektedir<sup>[126]</sup>.

## B) AYM DENETLENMELİDİR: DOST-DÜŞMAN AYRIMINDA ANAYASAL DÜZEN

Yargıtay için AYM, anayasayı tehlikeye atmaktadır. Bir yandan, anayasa koyucu gibi hareket ettiği için anayasayı ihlal etmektedir. Öte yandan, muğlak olan anayasal normlarda belirliliği sağlamada sadece kanuniliği kabul ederek anayasal düzenin merkezinde bulunan normları korumasız bırakmaktadır. Böyle bir durumda da AYM'nin kararlarının, Anayasa'nın 153. maddesine göre bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi ve denetlenemeyeceğinin ileri sürülmesi devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü için tehlike arz edecektir.

Bu tespitleri ışığında Yargıtay'ın vardığı sonuç, anayasanın yargısal norm denetiminden vazgeçilmesi, AYM'nin kapatılması ya da Schmitt'i takiben, yetkilerinin devlet başkanına verilmesi değildir. Yargıtay'a göre AYM'nin anayasa normlarını yorumlamada en üst yetkili merci olma statüsü son bulmalıdır; yani AYM denetlenmelidir<sup>[127]</sup>.

[123] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.13.

[124] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, op. cit., s.96.

[125] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, op. cit., s.210.

[126] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.33.

[127] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.10. AYM "denetlenmemenin verdiği cesaretle" anayasası ihlal etmekte; kendisini denetleyecek bir meci olmadığını kabulle keyfi kararlar verebilmektedir.

Öncelikle AYM bireysel başvuru hakkını *doğru* işletmemekte; *teröristleri* anayasal hak ve özgürlüklerden yararlandırmaktadır. Anlaşılan o ki doğru işletmek, kimi bireylerin hak ve özgürlükleri ile milletin devletiyle kurduğu siyasi birlik çatıştığı takdirde ikincisinden taviz vermemekle; başka bir ifadeyle, kimi bireyleri anayasal düzenin dışına atabilmekle olacaktır. Bu ise açıkça kimin dost, kimin düşman olduğunu bilmeyi gerektirir. AYM dost-düşman ayrımını yapamadığına göre, bu ayrımı yapabilen bir merci tarafından denetlenmesi zaruridir.

Yargıtay bu denetlemenin siyasi ve hukuki zeminini de hazırlar. Yargıtay'ın hukuki olarak AYM'nin denetlenmesine kapı aralayan yorumu, hali hazırda böyle bir denetleme olmamasını "yasal boşluk" olarak yorumlamasıdır<sup>[128]</sup>. Başka bir ifadeyle AYM'nin denetlenmesi, gerekli yasal düzenlemeler yapılarak kapatılması gereken bir boşluktur. Ancak bu boşluk kapatılırsa AYM siyasi/keyfi kararlar veremeyecek ve kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun hareket edecektir. Kısaca AYM, ancak denetlenirse anayasanın kendisine verdiği vazifeleri yine anayasaya uygun bir şekilde yerine getirebilecektir. Siyasi olarak ise Yargıtay, AYM'nin halk nezdinde uzun zamandır meşruiyetini yitirdiğini iddia eder. AYM'nin soyut anayasal normların muhtevasını belirlerken yaptığı yorumlar, anayasa koyucunun gerçek iradesi ile çelişmekte; AYM yetkisini aşmaktadır. Bu nedenle kamuoyu nezdinde meşruluğu tartışmalı hale gelmiştir<sup>[129]</sup>.

## SONUÇ (SONUCU BEKLERKEN)

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin 8 Kasım 2023 ve 3 Ocak 2024 tarihli kararları Schmitt ile birlikte okuduğunda bu üst mahkemenin AYM'ye getirdiği eleştirinin siyasi boyutu görülecektir. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin eleştirisi Anayasa'nın 153. maddesine değildir. Daire, AYM'nin Atalay kararının bu madde kapsamına girmeyi hak edecek hukukiliği taşımadığını; çünkü bu kararın uygulanması halinde anayasanın tehlikeye gireceğini savunur. Hukuk dilinde bu şekilde ifade edilebilecek olan eleştiri, siyasetin diline şu şekilde tercüme edilebilir:

[128] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.15;29;33.

[129] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.3.

Hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs ettiği mahkemeler ve Adalet Bakanlığı tarafından tasdik edilen bir “teröriste”, onu hak ve özgürlüklerden yararlandırmak uğruna dokunulmazlık verilemez.

Bu satırlar yazılırken yürütme erkinin başı olan Cumhurbaşkanı şimdiye kadar Yargıtay'ın bu eleştirisi doğrultusunda herhangi bir adım atmış ya da öneride bulunmuş değildir. AYM'nin yetkilerinde değişiklik yapıp yapılmayacağı, bireysel başvuru hakkının akibeti ya da AYM'nin kararlarının bağlayıcılığıyla ilgili cumhurbaşkanı kabinesinden bir yanıt da henüz gelmedi. Yine de 2023 yılının Mayıs ayındaki genel seçimler sonrasında başlayan ve 31 Mart 2024 tarihinde gerçekleşen yerel seçimler sonrasında Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından alevlendirilen yeni anayasa yapma girişimleri, yeni anayasada AYM ile ilgili yeni düzenlemeler yapılacağı beklentisini yükseltmiş durumdadır. Bu nedenle bir sonuç yazmak yerine, Yargıtay-AYM gerginliğinin nasıl neticelendirileceğini ve yeni anayasa taslağını beklerken bir değerlendirme yazmak daha uygun olacaktır.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'ye yönelttiği eleştiri sadece muğlak olan bir anayasa normunun anlamı üzerine çıkan bir görüş çatışması değildir. Yargıtay ne anayasayı ne de anayasanın üstünlüğünü reddetmektedir. Hatta AYM'nin Can Atalay vakasında verdiği hükmü uygulamama kararı, anayasayı korumak içindir. Kısaca Yargıtay, anayasayı korumak için anayasayı ihlal etmektedir.

Yargıtay'a göre, anayasa yapan iktidarın, halkın devletiyle kurduğu siyasi birliğin somut biçimine dair verdiği kararlar olan anayasanın ilk dört maddesi, anayasanın merkezinde yer alır ve Türk halkının siyasi varlığını temsil ederler. Başka bir ifadeyle, “anayasa nedir?” sorusunu yanıtlarlar. Bu nedenle de anayasanın geri kalan hükümleri karşısında üstünlüğe sahiptirler. Türk halkının devletle olan birliği anayasayı kuşatır ve anayasal normların nasıl yorumlanacağına dair sınırlamalar getirir. Bu açıdan hukuki olmak, Türk halkının devletle olan siyasi birliğine uygun olmakla eşitlenmiştir. Bu yorumun, neyin hukuki olduğu konusunda uluslararası sözleşmelerden doğan haklara ve uluslararası hukuka kapıları kapatarak; büyük bir içe kapanma anlamına geldiği aşıkardır.

Buna göre, anayasada belirtilen hak ve özgürlükleri yorumlamanın ve onları kullanmanın siyasi sınırları vardır; ancak bu siyasi sınırlar aynı

zamanda *anayasal sınırlardır*. Türk halkının siyasi varlığı yahut anayasanın ilk dört maddesiyle çelişen faaliyetler anayasal hak ve özgürlüklerin sağladığı korumanın dışında bırakılırlar; başka bir ifadeyle, ilk dört maddeyle çelişen faaliyetler Yargıtay'ın yorumuyla anayasanın dışına atılırlar.

Öte yandan Yargıtay'ın anayasa yorumunun arka planında anayasanın anlamının sadece normatif/soyut bütünlüğü olmadığını da belirtmek gerekir. Schmitt'in yorumunu da katarak ifade edersek, Cumhuriyet'in anayasal düzeninin anlamında bir birlik ve tutarlılık varsa, bu somuttaki bir ortaklaşma ve birliktir. Birlik ve düzen tüzüklerde, kurallarda ve normları içeren herhangi bir unsurda değil, devletin somuttaki birliğinde yatmaktadır. En net ifadeyle sadece somut olarak var olan varlıkların hiyerarşisi; somut otoritelerin birbirine üstünlüğü ve tabiiyetinden söz edilebilir<sup>[130]</sup>. Yargıtay da AYM'nin Atalay hükmünü uygulamaz ve kendi anayasa yorumunu dayatırken aslında somut bir birlikten güç almaktadır. Zira Atalay'ın suçunun tespiti, cezasının belirlenmesi ve kesinleşmesi ve de milletvekilliği dokunulmazlıklarından muaf tutulması sürecinde İstanbul 13. Ceza Mahkemesi, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Yargıtay 4. Ceza Dairesi ve Adalet Bakanlığı'nın hepsi görüş birliği içinde hareket etmişlerdir. Başka bir ifadeyle, anayasa hükümleri bu kurumlar tarafından aynı şekilde okunmuş ve yorumlanmıştır. Bu yorum şu şekildedir:

Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal düzenini ortaya çıkaran Türk milletinin siyasi birliği ve bu birliği hem yansıtan hem de bu birliğe hakim olan ilkeler, Atalay'ın dokunulmazlığına anayasal güvence sağlamamaktadır.

Yargıtay, terör suçundan tutuklu olan bir sanığın seçilme hakkının bir parçası olan dokunulmazlıklardan yararlanamayacağına hükmederken, aslında anayasal hakların meşru öznesine dair bir yargıda bulunmaktadır. Hannah Arendt'n meşhur ifadesiyle kimin haklara sahip olma hakkı olduğunu belirlemektedir. En yalın haliyle Yargıtay, anayasal hak ve özgürlüklerden faydalanılmasını siyasi bir kriter olan dost-düşman ayrımına dayandırılmasını önermektedir. Başka bir ifadeyle dost-düşman ayrımı, anayasanın ona göre yorumlanacağı bir üst-norm halini almalıdır. Düşman addedilenler anayasal haklardan yararlanmamalıdır. Yargıtay'ın yorumu açıkça bütün bir anayasal

[130] Arkadiusz, "Dispute over the Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.202.

düzeni ortadan ikiye bölme, düşman addedilen için bir hukuksuzlaştırma; onu anayasal düzenden kovma, afaroz etme önerisidir. Öte yandan Yargıtay düşmanın kim olduğunu da belirtmektedir. Tüketmemekle birlikte TMK çerçevesinde hüküm giyenler, yani “teröristler” düşmandır ve anayasal düzenin dışında tutulmaları gerekir. O halde dost-düşman ayrımı hukukun ona göre yorumlanacağı bir üst-kriter halini alırken, düşmanı belirleyen TMK da anayasanın ona göre yorumlanacağı bir üst-norm halini alır. TMK, Yargıtay için Cumhuriyet'in meta-anayasasıdır. Açıktır ki bu şekilde yorumlanan bir anayasanın bütün yurttaşları eşit görme ve eşit muamele etme iddiası ve de liberal olarak adlandırılmasının gerekçesi ortadan kalkar. Bu nedenle Yargıtay Üçüncü Dairesi'nin anayasa yorumu, Türkiye'de anayasal devletin sürüklendiği istikameti görmek açısından önemlidir.

Schmitt ne parlamentodan ne de yargısal norm denetiminden hoşnuttur. Her ikisi karşısında devlet başkanının yetkilerinin genişletilmesini savunur. Anayasa ise Schmitt'in hayalindeki başkanlık sistemi (Präsidentsystem) önündeki en büyük engeldir<sup>[131]</sup>. Schmitt hem *Anayasa Öğretisi* hem de *Anayasanın Koruyucusu*'nda devlet başkanının diktatörlüğünü mevcut anayasal hükümlerle meşrulaştıramayınca doğrudan halkın iradesiyle meşrulaştırmaya yönelik bir strateji gütmüştür<sup>[132]</sup>. Bu strateji çerçevesinde ilk olarak anayasa ve “anayasa metni” diyerek anayasayı ikiye böler, anayasal hükümlerin bir kısmını ikincilleştirir, bir kısmını da sadece metne dahil ederek anayasadan tamamen çıkarır. İkincisi, kanunilik olabildiğince küçümsenir. Yargıtay'ın terörist addettiği kişilerin seçilme hakkını ellerinden alması önündeki en büyük engel de kanuniliktir. Yargıtay kanuniliği hukukilik ile aşarken hukukiliği, anayasayı ve anayasa koyucunun iradesini Türk halkının siyasi birliğin devamına özgüler. Öyle ki anayasanın ilk dört maddesi, anayasanın geri kalanına doğru çevrilmiş bir silaha dönüşür.

Yargıtay da ne parlamentodan ne de AYM'den hoşnuttur. Ancak “AYM denetlenmelidir” demekten öteye gitmez; bu denetlemenin nasıl olacağına dair herhangi bir detay da önermez. Ama yaşanan süreç kimi ipuçları vermektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin AYM üyeleri hakkında suç

[131] Paulson, “Hans Kelsen and Carl Schmitt”, *op. cit.*, s.525.

[132] John P. McCormick, “The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt 10, 1997, s.177.



duyurusunda bulunmasının ertesi günü Cumhurbaşkanı ve AKP Genel Başkanı Recep Tayyüzyilip Erdoğan, AYM ve Yargıtay arasında *hakem* konumunda olduğunu belirtmiştir. İkincisi, yaptığı açıklamada Erdoğan, bu gerginliğin yasalarla çözüleceğini ama *yasaların da eksik kaldığını* ve ülkenin yeni bir anayasaya ihtiyacı olduğunu söylemiştir<sup>[133]</sup>. Kısaca, yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı da aynı Yargıtay gibi konuyla ilgili bir “yasal boşluk” görmektedir.

Halbuki ortada bir yasal boşluk olmadığı gibi muğlaklık dahi yoktur. Anayasa'nın 153. maddesi oldukça sarihdir. Anayasayı ihlal eden bir fiil için “yasal boşluk” demek, bir anayasa ihlalini meşrulaştırmanın ilk adımıdır; öyle ki, gerekli yasal düzenleme yapılarak bir zamanlar ihlal olan bu fiile hukuki meşruiyet kazandırılabilir. Yine açıktır ki aynı mantık yürütmeye her konuda bir “yasal boşluk” görülebilir. Örneğin Anayasa'nın 88. maddesi kanun teklif etmede sadece milletvekillerini yetkilendirmiştir. Buna rağmen bir bakanın hazırlayacağı kanun teklifinin TBMM Başkanlığı'na sunulması durumunda bunun bir anayasa ihlali değil, doldurulmayı bekleyen bir “yasal boşluk” olduğu pekala savunulabilir. Kısaca “yasal boşluk”, anayasayı çiğneyerek günün ihtiyaçlarına göre anayasa değişikliği yapma dinamiğinin hukuki argümanıdır.

Günümüzün Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle yönetilen Türkiye'sinde AYM'nin denetlenmesini talep etmek; yasama yetkisini sadece parlamentonun kullandığı bir sistemden bakiye kalan bu yüksek mahkemenin, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle uyumlaştırılması olacaktır. En nihayetinde yürütme yetkisini elinde bulunduran ve kanun hükmünde kararnamelerle yasamaya dair yetkilere de sahip olan cumhurbaşkanının anayasa yargısına denetçi olması düşünülemeyecek bir durum değildir. Yine Schmitt'in düşüncelerinden faydalanacak olursak hakemlik ya da yargısal denetim yetkisini kullanmasının önündeki tek engel, cumhurbaşkanının siyasi parti aidiyetidir. Bu vesileyle, çalışmalarını sürmekte olan yeni anayasada cumhurbaşkanının tarafsızlığının ele alınıp alınmayacağı merakla beklenen konulardan biridir.

[133] “Erdoğan'dan Yargıtay'ın AYM kararıyla ilgili açıklama: ‘Bu tartışmada taraf değil hakem konumundayız.’” *BBC Türkçe*, 10 Kasım 2023. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cjrp8xgr79lo>

## KAYNAKLAR

- Akbaş, Kasım, “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı”, in Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin ve Ertuğrul Uzun (Ed.), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İstanbul, İthaki, 2015, s.29-49.
- Akçil, Yılmaz, “Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.1- 45.
- Bobbio, Norberto, “Kelsen ve Hukukun Kaynakları”, in Cemal Baki Akal (Ed.), *Devlet Kuramı*, Ankara, Dost Kitabevi, 2013, s. 459-469.
- Gornisiewicz, Arkadiusz, “Dispute over the Guardian of the Constitution: Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Weimar Case”, *Politeja*, Cilt 3, Sayı 72, 2021, s.193-214.
- Göztepe, Ece, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in ‘Anayasa Öğretisi’”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXIII, Sayı 1, 2015, s.129-180.
- Kardeş, Ertan, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İstanbul, İletişim, 2015.
- Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010.
- McCormick, John P., “The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt 10, 1997, s.163-187 (<https://doi.org/10.1017/S0841820900000291>)
- Özenç, Berke, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı*, İstanbul, İletişim, 2022.
- Paulson, Stanley L, “Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931”, in Jens Meierhenrich ve Oliver Simons (Ed.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York, Oxford University Press, 2016, s.510-547.
- Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1996.

- Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität*, Achte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2012.
- Schmitt, Carl, *Legality and Legitimacy*, Berlin, Duke University Press, 2004.
- Schmitt, Carl, *Siyasal Kavramı*, İstanbul, Metis, 2006.
- Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008.
- Schmitt, Carl, “The Dictatorship of the President of the Reich according to Article 48 of the Weimar Constitution,” in Carl Schmitt, *Dictatorship: From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Cambridge, Polity Press, 2014, s.180-226.
- Schmitt, Carl, “Closing Statement Before the *Staatsgerichtshof* in Leipzig,” in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.222-228.
- Schmitt, Carl, “The Guardian of the Constitution”, in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.79-174.
- Schmitt, Carl, *Kanunilik ve Meşruiyet*, İstanbul, İthaki, 2016.
- Schmitt, Carl, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, Ankara, Dost, 2017.
- Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Elfte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2017.
- Schupmann, Benjamin A., *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory*, Birleşik Krallık, Oxford University Press, 2017.
- Seitzer, Jeffrey ve Christopher Thornhill, “An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context”, in Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008, s.1-53.
- Türkeli, Gözde, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s.980-1005.

Vinx, Lars, “Carl Schmitt and The Problem of Constitutional Guardianship”,  
*in* Matilda Arvidsson, Leila Brännström ve Panu Minkkinen (Ed.),  
*The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*,  
New York, Routledge, 2015, s.34-49.

Vinx, Lars, “Introduction”, *in* Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the  
Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of  
Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press,  
2015, s.1-22.

Wolin, Richard, “Carl Schmitt, Political Existentialism, and the Total  
State”, *Theory and Society*, Cilt 19, 1990, s. 389-416 (<https://doi.org/10.1007/BF00137619>).

#### **MAHKEME KARARLARI ve YASAL MEVZUAT**

Anayasa Mahkemesi 28351 Sayılı İçtüzüğü, 12 Temmuz 2012 Tarih ve  
28352 Sayılı Resmi Gazete

İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi, 25 Nisan 2022 Tarih ve  
E.2021/178, K.2022/178 Sayılı Karar

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Aralık 2022  
Tarih ve E.2022/1270, K.2022/1463 Sayılı Karar

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 13 Temmuz 2023 Tarih ve E.2023/12611,  
K.2023/112 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Eylül 2023 Tarih ve E.2023/12611, K.  
2023/6359 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı

Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2023 Tarih ve 2023/53898 Başvuru Numaralı  
Şerafettin Can Atalay Kararı

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı  
Değişik İş Kararı

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611,  
2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı

Anayasa Mahkemesi, 21 Aralık 2023 Tarih ve 2023/99744 Başvuru Numaralı  
Şerafettin Can Atalay Kararı

Anayasa Mahkemesi, 7 Nisan 2022 Tarih ve 2018/26689 Başvuru Numaralı  
Leyla Güven Kararı

Anayasa Mahkemesi, 1 Nisan 2021 Tarih ve 2019/10634 Başvuru Numaralı  
Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı

Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2024 Tarih ve E. 2024/43, K. 2024/65  
Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı

### ÇEVİRİM İÇİ KAYNAKLAR

Ankara Barosu, “8 Kasım 2023 Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını tasfiye etti! Bugünü Unutma!”, <https://www.ankarabarusu.org.tr/duyuru/2797f702-7e60-11ee-9dfe-000c29c9dfce> (Erişim Tarihi: 16 Şubat 2024).

Aydın, Oya ve Özlem Kaygusuz, “Yargıtay Kararı ve Türkiye’de Siyasi Anayasasızlaştırma”, <https://birikimdergisi.com/guncel/11548/yargitay-karari-ve-turkiyede-siyasi-anayasasizlastirma>, (Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023).

BBC Türkçe, “Erdoğan’dan Yargıtay’ın AYM kararıyla ilgili açıklama: ‘Bu tartışmada taraf değil hakem konumundayız.’”, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cjrp8xgr79lo> (Yayın Tarihi: 10 Kasım 2023).

Kaboğlu, İbrahim, “Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali”, <https://legal.com.tr/blog/> (Yayın Tarihi: 16 Kasım 2023).

Sevinç, Murat, “Bir adım, bir adım daha... Bir ‘dip’ olmayabilir!”, <https://www.diken.com.tr/bir-adim-bir-adim-daha-bir-dip-olmayabilir/>, (Erişim Tarihi: 14 Haziran 2024).

Şen, Ersan, Erkan Duymaz, Hasan Yılmaz ve Özüm Su Uzun, “AYM’nin Şerafettin Can Atalay (2) Kararı ve Kararın İnfazı Sorunu”, [https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-\(2\)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir](https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-(2)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir), (Erişim Tarihi: 3 Temmuz 2024).

Türkiye Barolar Birliği, “Bu karar anayasal düzene karşı açık bir başkaldırıdır.” <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/bu-karar-anayasal-duzene-karsi-acik-bir-baskaldiridir-84291>, (Erişim Tarihi: 24 Haziran 2024).