

# KAMU'DA SOSYAL POLİTİKA

Yıl/Year: 4 • Sayı/No:12 • 2010 / 1

ISSN:1306-8334

## “Türkiye'de Kadın Olmak”





Memur-Sen Adına Sahibi  
Ahmet Gündoğdu

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü ve Editör  
Halit Ortaköy

Genel Yayın Yönetmeni  
Mustafa Güçlü

Yayın Kurulu  
Mahmut Kaçar  
Hüseyin Çumak  
Yusuf Yazgan  
Hacı Bayram Tonbul  
Ahmet Kaytan

Danışma Kurulu  
Prof. Dr. Naci Bostancı (Gazi Üniversitesi)  
Prof. Dr. Ali Seyyar (Sakarya Üniversitesi)  
Doç. Dr. Mustafa Şentop (Marmara Üniversitesi)  
Prof. Dr. Yasin Aktay (Selçuk Üniversitesi)  
Prof. Dr. Kadir Arıcı (Gazi Üniversitesi)  
Prof. Dr. Ömer Çaha (Fatih Üniversitesi)  
Prof. Dr. Mümtaz'er Türköne (Gazi Üniversitesi)  
Doç. Dr. Oya Akgöncü (Ufuk Üniversitesi)  
Yrd. Doç. Dr. Cengiz Anık (Gazi Üniversitesi)  
Yrd. Doç. Dr. Veysi Erken  
Yrd. Doç. Dr. Erdinç Yazıcı (Gazi Üniversitesi)  
Alaettin Şahin  
Şahin Ali Şen

Bilimsel makaleler ile ilgili  
tüm soru ve yazışmalarınız için; Mustafa Güçlü  
m.guculu@memursen.org.tr

Yayın İdare Merkezi:  
Memur-Sen  
GMK Bulvarı Özveren Sokak No:9/4  
Demirtepe/Ankara  
Tel: (0312) 230 09 72-73 - 230 48 98  
Bürocell: (0533) 657 97 03-04  
Faks: (0312) 230 39 89  
www.memursen.org.tr

Grafik Tasarım&Baskı  
Hermes Ofset Ltd. Şti.  
Kazım Karabekir Cad. Murat Çarşısı  
39/16 İskitler / Ankara  
Tel: 0312 341 01 97 - 384 34 32

Yayın Türü:  
Yaygın - Süreli

Basım Tarihi:  
28 Haziran 2010  
5000 adet

Ücretsiz Dağıtılır.

## EDİTÖRDEN

Halit ORTAKÖY

Genel Basın Yayın ve Halkla İlişkiler Sekreteri

## SİVİL TOPLUM YAKLAŞIMINI HAYATA GEÇİRMEK

Dünya üzerinde, sivil toplum yaklaşımını hayata geçirmeden demokrasisini tekemmül ettirmiş bir sistem olmadığı gibi demokrasinin asgari standartlarına kavuşmadan sivil toplum yaklaşımını hayata geçirmeyi başarmış bir sistem de bulmak mümkün değildir.

Neredeyse her on yılda bir demokratik parlamenter sistemi hedef alan başarılı/başarısız militer itaatsizliklere ve hukuk ihlallerine sahne olan ülkemiz açısından, sivil toplum ve demokrasi arasındaki bu etkileşimi olumlu bir sonuç elde edecek biçimde hayata geçirmek noktasında sivil toplum kuruluşlarına oldukça büyük görevler düşmektedir.

Diğer taraftan, demokratik sistemi ortadan kaldırmaya ve millet iradesini yok saymaya yönelik benzer girişimlerin oluşmasına engel olacak önemli parametrelerden biri de hiç kuşkusuz, demokrasiyi özümsemiş sivil toplum kuruluşlarının sayısı ve gücüdür.

Bu bilinçle, Türkiye'nin en büyük kamu görevlileri konfederasyonu olmamızı, milleti ve iradesini yok saymayı hedefleyen planlara ve eylemlere sessiz kalmama sorumluluğumuzun, kuruluşumuzun temelini ve kuruluşumuzdan bu yana ortaya koyduğumuz görüş ve eylemlerin ana fikrini oluşturan "Özgür Birey, Demokratik Devlet, Güçlü Türkiye" idealini somut gerçeğe çevirme azmi ve kararlılığımızın daha da artmasına gerekçe olarak gördük.

Kendisine hizmet edecek devleti ve cumhuriyeti "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" diyerek var eden bir milletin, "daha fazla özgürlük" talep ettiği için mevcut özgürlüklerinin elinden alınmasına, "daha fazla demokrasi" dediği için iradesinin yok sayılmasına; gücünü ve değerlerini milletinden, medeniyet değerlerinden almış, tam ve koşulsuz demokrasiye inanmış Memur-Sen Konfederasyonu olarak seyirci olamazdık, sessiz kalamazdık. Bu bağlamda, alanında uzman, yerli ve yabancı bilim ve düşünce adamları ile gazetecilerin ve siyaset dünyamızın önde gelen isimlerinin katılımıyla ve Sayın Başbakanın teşrihiyle "Uluslararası Demokrasi Kongresi"ni gerçekleştirdik.

Bu anlayış içerisinde, bütün kural ve kurumlarıyla hayata geçirilmiş tam ve koşulsuz demokrasiyi, Kaf Dağı'nın arkasından kurtararak ülkemiz ve insanımız açısından yaşanır bir durum haline getirmek adına; Türkiye'nin gündeminde yer edinen ve toplumun ortak talebi haline gelen "yeni, sivil ve demokratik bir Anayasa" konusıyla ilgili çalışmalara katkı sağlayacağı düşüncesiyle "Sosyal Politika" dergimizin bu sayısını "Anayasa Değişikliği ve Yargı Reformu" konusuna ayırdık.

Çünkü, "demokratik devlet ve toplum olmak" hedefine ulaşmanın vazgeçilmez gereklerinden biri, insan hak ve özgürlüklerini önleyen, evrensel hukukun temel ilkelerini içselleştirmeyi başarmış, cübbelerini resmi ideolojinin üniforması olarak gören ve görevini bu doğrultuda yerine getiren yargı mensuplarından arınmış, devleti korumak amentüsünden kurtulmuş bir yargı sistemi oluşturmak ve bu sistemin varlığı için gereken reformları gerçekleştirmek olduğuna inanıyoruz.

Umuyoruz ki; yukarıda belirtilen nitelikte bir yargı sistemine ve bu sistemi var etmek için gereken reformlara dair bilgi, tespit ve önermeler içeren makaleleriyle dergimizin bu sayısı, konuyla ilgilenenlerin ve yetkililerin bu alanda yürütecekleri çalışmalarda kullanabilecekleri bir başucu kaynağı olacaktır.

Kökünü, inancı ve ideolojisi ne olursa olsun bütün vatandaşlarına karşı su-i zanı terk etmiş ve hüsn-ü zanı hakim kılmış demokratik sosyal hukuk devletine ulaşmamızı sağlayacak, özellikle yargı sistemini resmi ideolojiyle beslediği önyargısından ve "özgür birey" kaygısından kurtaracak yeni ve sivil anayasanın ivedilikle yürürlüğe konulması dileğiyle dergimizin bu sayısında birikimlerini bizimle paylaşan herkese şükranlarımızı sunuyoruz.

3

Ahmet GÜNDOĞDU - Sivil Toplum ve Hukuk

6

Prof. Dr. Fazıl Hüsni ERDEM - Statüko Muhafızı Yargının Değişimle İmtihanı

15

Abdullah CEBECİ - Uluslararası Hukukda Yargı Konseyleri ve Yargı Reformu Bağlamında HSYK'nın Yapısı

22

Gültekin AVCI - Üçüncü Cumhuriyete Doğru Yargı

26

Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN - Yargıçlar Hükümeti ve Türkiye'de Yargı Reformu Üzerine

41

Yrd. Doç. Dr. Erdiç YAZICI - 'Üstünlerin Hukukundan Hukukun Üstünlüğüne' Ama Nasıl?

44

Doç. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ - Yargı Reformunun Gerekliği ve Anayasa Değişiklik Paketi

48

Doç. Dr. Osman CAN - Röportaj

51

Yrd. Doç. Dr. Osman SARI - Sosyal Hukuk Açısından 2010 Tarihli Anayasa Değişikliği ve Memurlara Toplu Sözleşme Hakkı Tanınması

58

Av. Ali AYDIN - Anayasa

62

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY - "Anayasa Değişikliğinin Nedenleri ve Sonuçları"

66

Ekrem ALFATLI - T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Yapılan Değişiklikleri ve Yargı Reformu

70

Doç. Dr. Mustafa ŞENTOP - Yargının Tek İdeolojisi Olabilir: Adalet



Ahmet GÜNDOĞDU

Memur-Sen Konfederasyonu Genel Başkanı

## SİVİL TOPLUM VE HUKUK

*Spinoza hiçbir zaman şu soruyu sormaksızın herhangi bir düşünce üretmemiştir: Peki bunlarla ne yapacağız?*

U. Baker

Biyolojik bir varlık olarak dünyaya gelen insan, çevresinde meydana gelen olayların algılanması ve bunların belirli yollar ile beyindeki merkezlere taşınarak yorumlanması için özel organlara sahiptir. Sahip olduğu bu olanaklarla dış dünyadan aldığı verileri fiziksel olarak mevcut olmayan zihne ulaştırır. İnsan bir taraftan duyularının armağan ettiği bir dünyayla tanışırken diğer yandan kendine, dünyaya, varoluşuna anlam katmaya çalışır.

İnsanın anlama erişiminde ilk başvuracağı araç dil ve dil yardımıyla ulaşabileceği hâlihazırda mevcut olan dünyadır. Dil bir taraftan iletişim aracı olarak insanın hayatını kolaylaştırırken, aynı zamanda içinde taşıdığı yaptırımlarla/ buyruklarla örtülü biçimde ona boyun eğdirir, biçimlendirir. Bu süreç, insanın özne olarak varlık kazanmasının, sınırlarının farkına varmasının da biricik yoludur.

Hepimizin bildiği gibi insanın fiziksel varlığı kendi içinde taşıdığı standartlara bağlı olarak gelişir. Toplumsal varlık olarak insanla ilgili normlar ve güvenceler ise kendi dışındadır. Bu bağlamda hukuk; insana değer, anlam ve yer güvencesi sunan ortak üst yapılardan biridir. Hukuksal açıdan insan, biyolojik ve sembolik boyutların birleştirilmiş halidir; hukuk insanın zihinsel evreninin sınırsızlığı ile fiziksel deneyimlerinin sınırlılığını birleştirir ve aklın temellendirilmesindeki işlevini böylelikle tamamlar. Ve insan, hayatı boyunca iki tür bağ ile hukukun konusu olur. Bu bağlardan ilki "yasa" dediğimiz, bize irademiz dışında hükmeden metinler ve sözler; ikincisi ise sözleşme dediğimiz, başkalarıyla yapılan özgür antlaşmadan kaynaklanan metinler ve sözlerden oluşur. Bu durumda herkes yaptığı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden önce yasanın ona tanıdığı medeni durumdan doğan yükümlülüklerle tabidir. Hayatımız boyunca her birimiz taraf olup kabul etsek de kabul etmeyip karşı çıksak da üzerimizde

güce sahip olan yasaların belirleyici rolünden kaçamayız. Bu kabullerdir ki aramızda adaleti sağlar; aklımıza yön verir.

İnsanlar doğmadan, onların gelecekleriyle ilgili bağlayıcı kararlar barındıran hukuk normları, diktatörlerin ilk hedefleri olmuştur. Demokratik hak ve özgürlüklerin baskı altında tutulduğu, bütün yetkilerin bir elde veya küçük bir yönetici grubunun elinde toplamaya yönelik girişimlerin temel hedefi, hukuku ve hukuksal olarak tanımlanmış insanı öldürmek olmuştur. Öldürme eylemi, insanın salt fiziksel varlığına son verme şeklinde anlaşılmamalıdır. Hukukun öznesi olma niteliğinin elinden (siyasi, ekonomik ya da başka gerekçelerle) alınması, sonra da basit bir hesap unsuru haline getirilmesi, öldürmenin başka bir şeklidir, ki sonrasında, hepimizin bildiği şekliyle, hukuk dışı yöntemlerin hem uygulayıcısı hem de mağduru haline getirilir.

Hukuk dediğimiz sisteme el koymanın gerçek anlamı, toplumsal iradeyi hukuk düzeni içerisinde temsil eden "Bana uy; Beni gerçekleştir" buyruğunun cuntacılar tarafından ele geçirilmesi, sonrasında da bu saygın kavram üzerinden "Bana, yani diktacı iradenin emirlerine uy! denmesidir. Ve asıl tartışılması gereken taraf da bana göre bu ele geçirmede saklıdır. Demokrasiyle yönetilen ülkelerde hukuk," İnsanın kendi aklını kullanma cesaretine, akıl sahibi bir varlık olarak özgürce düşünebilme yeteneğine itimat etmeye dayanır." Bu gerçeği daha iyi anlayabilmek için Orta Çağ Avrupa'sında dinin işlevine bakmalıyız. Bu çağda din özel bir konu değildir: Devletin, kralın ve tebaanın hukuksal durumunu belirler. Devlet, hiçbir zaman ölmeyen ve ölmeyecek olandır. Çünkü Ortaçağ hukuk ve siyaset anlayışına egemen olan kral efsanesine göre, hükümdarların iki bedeni olduğu kabul edilir. Bunlardan biri günün birinde çürüyecek olan doğal bedendir; öteki kutsal, gizemli ve ölümsüz bedendir. Krallık payesi, bütün insan zaafı ve krallık üzerindeki olası talihsizlikleri aşan dünyevi bir sonsuzluktur; tüccarlar, ortak inanç altında birleşen iyi Hristiyanlardır; tebaa



ise her türlü otoriteye kayıtsız şartsız itaat eden, kendilerine özgü iradeleri olmayan kitlenin adıdır.

Modern Batı kuşkusuz bu kavramları dönüştürdü.

Devlet, fizikötesi, mistik bir beden olmaktan çıkarıldı. Devlet kişilerin, kimliklerin ve verilen sözlerin en son kefilisi, somut bir yapı olarak konumlandırıldı. Yöneticilerin kendilerini Tanrının temsilcisi olarak görme ayrıcalıkları ellerinden alındı. Bireylerin hak ve özgürlükleri devletin bekasından daha önemli hale getirildi. Doğu toplumlarında da kişinin özelliklerine, cinsiyetine, iş konumuna, dinine ve mezhebine göre farklı kurallar uygulanıyordu. Kestirme bir söyleyişle hukuk, ait olunan cemaat, din ve geleneklerden kaynaklanan yasalarla biçimlenmişti. 17. yüzyıl boyunca toprağın emeğin ve sermayenin ticarileşmesi, pazar ekonomisindeki genişleme ve yeni keşifler, İngiliz ve Amerikan devrimleriyle ortaya çıkan gelişmeler, mevcut siyasal düzen ve otoritenin sorgulanmasına ve dönüşmesine neden olmuştur. Bu düşünce sivil toplumun oluşumunu hazırlayacak olan tarihsel koşulları da beraberinde getirmiştir. İçinde ayaklanmaların, ihtilallerin, darbelerin, kanlı savaşların yaşandığı uzun bir tarihsel süreçten geçerek bugünlere geldik. Geldiğimiz bu yerde, anayasal

demokratik bir devlet, serbest pazar ekonomisi ve siyasal özgürlükler var. Özgürlükler alanı sivil toplumun

yaşayabildiği alanlardır. Bu alanda, insan hakları ve insan onurunun dokunulmazlığı kuraldır, insanların özgürlüklerinden emin olması esastır.

Artık demokratik hukuk devletlerinde, “halkın belli aralıklarla sandık başına giderek siyasal karar mekanizmalarını etkilemeleri” anlayışı çoktan terk edildi. İnsanların, devletten izin almak bir yana, gerektiğinde bizzat devletin uygulamalarına karşı çıkması sağlıklı bir demokrasinin koşulları arasında sayılmaktadır. Tam da burada sormamız gereken soru şu: Demokrasi karşıtı güçler, silahlı kuvvetlerle işbirliği halinde bir darbe girişiminde bulunurlarsa, özgür toplum ve demokrasi taraftarları bu girişimi etkisiz kılacak yeterli ve iyi organize olmuş teşkilatlara sahip mi? Eğer cevabımız evet değilse, Demokrat Parti örneğinde olduğu gibi yeniden acı bir deney yaşayabiliriz. Demokrat parti önderliği” Çoğunluğu temsil ettiğini, bu çoğunluğun kendisine gerekli gördüğü her şeyi yapmak için mutlak yetki ve meşruiyet verdiğini düşünüyordu.

Sivil toplum; eğitim, hukuk, çevre, kültür, sağlık gibi birçok konuda sorumluluğunun bilincinde olan, ideolojiler üstü sosyal gerçekliğin adıdır. Sivil toplumlar, tarihsel süreç içinde oluşturdukları etki açısından birçok devlet ve şirketten daha güçlü bir konuma gelmiştir. Güntümüzde 5-6 yaşlarındaki çocukların çalıştırılması, fokların kafalarına vurularak uyuşturulup canlı canlı derilerinin yüzülmesi, ozon tabakasının delinmesi, su stoklarımızın yok edilmesi, savaşlar, yoksulluk, sömürülen mülteciler, insan haklarına yapılan saldırılar gibi pek çok olay, iç içe geçmiş nedenlerle, insanları buluyor, sonuçlarına katlanmak zorunda bırakıyor. Sorumluluk alma konusunda artık hiç kimsenin duyarsız kalmasının mümkün olmadığı, “Bana dokunmayan yılan bin yıl yaşasın” demenin imkânsız olduğu dönemlerdeyiz.

Artık demokratik hukuk devletlerinde, “halkın belli aralıklarla sandık başına giderek siyasal karar mekanizmalarını etkilemeleri” anlayışı çoktan terk edildi. İnsanların, devletten izin almak bir yana, gerektiğinde bizzat devletin uygulamalarına

karşı çıkması sağlıklı bir demokrasinin koşulları arasında sayılmaktadır. Tam da burada sormamız gere-



ken soru şu: Demokrasi karşıtı güçler, silahlı kuvvetlerle işbirliği halinde bir darbe girişiminde bulunurlarsa, özgür toplum ve demokrasi taraftarları bu girişimi etkisiz kılacak yeterli ve iyi organize olmuş teşkilatlara sahip mi? Eğer cevabımız evet değilse, Demokrat Parti örneğinde olduğu gibi yeniden acı bir deney yaşayabiliriz. Demokrat parti önderliği” Çoğunluğu temsil ettiğini, bu çoğunluğun kendisine gerekli gördüğü her şeyi yapmak için mutlak yetki ve meşruiyet verdiğini düşünüyordu.”<sup>1</sup>

DP iktidarı siyaseti, seçkinlerin uğraşı olmaktan çıkarak geniş halk kitlelerine ulaştırdı. Siyasette figüran bile olmasına izin verilmeyen milletin, aktör olduğunu hissettirmeye başladı. Böylelikle bir yandan ülkemizdeki siyasi kültüre olumlu etkide bulunulurken, diğer yandan bürokratik-baskıcı devlet geleneğinin yumuşamasını, milli bir ticaret-sanayi burjuvazisinin doğmasını sağladı. Tarım reformu, barajlar ve hidroelektrik santralleri; eğitim ve ulaşım hizmetlerinin yaygınlaştırılmasının sonucu olarak siyasi yapının katı kalıpları yıkıldı. Türkiye tarihinin en önemli değişimini yaşadı: köylü, ‘çiftçi’; amele ‘işçi’; tebaa ise ‘vatandaş’ oldu. Bu dönem, Türkiye’nin dış politikasının da en başarılı dönemlerinden biri olmuştur. 2 Mayıs 1954 günü yapılan genel seçimlerden Demokrat Parti, cumhuriyet tarihinin rekor oranıyla galip çıktı: % 56,6 oy alan Demokrat Parti, 503 milletvekilliği kazandı. CHP ise % 34,8 oranla parlamentoya ancak 31 milletvekili sokabildi. Yürürlükte olan çoğunluk sistemi DP’ye milletvekilliklerinin neredeyse tamamını kazandırmıştı: % 56,6 oy karşılığında milletvekillerinin % 93’ü. DP iktidarı, bu güçlü parlamento yapısına rağmen trajik sondan kaçamamıştır.

Çünkü bu dönem “ Kendini iktidar gibi gören muhalefet ile kendini muhalefet gibi gören iktidar “ sendromunun yaşandığı dönemdir. Çünkü iktidarın el değiştirmesi dönemin iki büyük partisi ve sivil- asker bürokrasisi tarafından hiçbir zaman tam olarak içselleştirilememiştir. “İktidarda- 1923 yılından beri- yirmi yedi yıl kalmış bir CHP, yönetme sorumluluğunu henüz üstünden atamamıştı. CHP bu konuda yalnız değildir: “Temel konularımıza ilişkin tanımları bu ülkede asker yaptı, kriterleri asker koydu, onları siyasi sisteme dikte etti. Bu kriterler, cumhuriyetin kuruluşundan itibaren devletin resmi ezberini oluşturdu. Asker bu “kriter”lerin ihlal edildiğine, bu kriterlerin çok partili rejim içinde korunamayacağına kanaat getirse kılıcını meydan attı.

Askerin ‘kurtarıcılığı’ budur.”<sup>2</sup>

Rejime ilişkin ‘asker vesayeti’ budur.

Şimdi, benzerine az rastladığımız, bir kalkınma ve özgürleşme süreci yaşıyoruz. Ancak hâlâ çok iyi anlaşılardan duran, can yakıcı gerçeklerimiz var:

“Kendi ülkesinde esir düşmüş bir milletiz biz.

Cumhuriyet, kurduğu “düzenle” hepimizi kuşatıp bir çaresizliğin içine hapsedmiş.

Ordu-yargı-medya üçgeni, bu büyük kuşatmanın ayaklarını oluşturuyor.

İtiraf edeyim ki bu kuşatmayı büyük bir maharetle, hayranlık uyandıracak bir ustalıkla oluşturmuşlar.

Çıplak gözle baktığınızda kolayca görmeniz mümkün değil.

Yargı sistemini öyle yerleştirmişler ki özellikle incelemedikçe, bizi içine hapsedtikleri ağırlık ilmeklerini görmüyorsunuz.

Eğer Ergenekon çetesinin üstüne gidilmeseydi ve yargının bazı unsurları telaşa düşmeseydi hiçbirimiz bu “gizli ilmekleri” keşfedemeyecektik.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun aslında ne işe yaradığını görmemiz mümkün olmayacaktır.

Orduya dokunan bir savcının hayatını mahvedecek mekanizmanın, düzenin içine nasıl yerleştirildiğini göremeyecektik.

Soruşturmayı engellemek için ne tür ilişkilerin, ne tür baskıların devreye sokulabildiğini asla anlayamayacaktık.

Halkın talepleri doğrultusunda anayasa değişiklikleri gündeme gelmeseydi Anayasa Mahkemesi’nin, Yüksek Seçim Kurulu’nun işlevlerini ve düzeni, “hukuka” da aldırmadan nasıl savunduklarını bilemeyecektik.

Ama şimdi biliyoruz.”<sup>3</sup>

Şimdi, toplum olarak derin sarsılmaların, sorgulamaların, taleplerin, beklentilerin izdüşümlerinin her alanda kendini hissettirdiği bir dönemden geçiyoruz. Her geçen gün daha çok farkına vardığımız derin kuşatma; bizim demokrasi, özgürlük, hukuk devleti mücadelesine olan inancımızı besliyor. Çünkü biz, insanoğlunun tarihsel süreç içinde hangi aşamalardan geçerek demokrasi ve insan haklarıyla ilgili standartlara ulaştığını artık çok daha iyi biliyoruz. Bu yüzden de “Demokratikleşme için özgürlükçü yeni bir anayasaya ihtiyacımız vardır ve sorumluluk hepimizindir.” diyoruz.

## DİPNOTLAR

1. bk. Erik Jan Zürcher, Modernleşen Türkiye’nin Tarihi
2. Altan Öymen, Türkiye’nin Asker Sorunu, s.18
3. Ahmet Altan, Taraf gazetesi, 12.06.2010



**Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM**

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## STATÜKO MUHAFAZİ YARGININ DEĞİŞİMİLE İMTİHANI



### Toplumsal Değişim Karşısında Bürokrasinin Direnci

Türkiye, son onlu yıllarda, küresel ölçekte baş döndürücü bir hızla yaşanan ve insan hayatının her alanına sirayet eden köklü değişim rüzgârının etkisini iliklerine kadar hissediyor. Küresel düzeyde bir alt-üst oluşturma sebebiyet veren bu gelişmenin -bütün dünyada olduğu gibi- Türkiye’de de sarsıcı bir etki yaratması kaçınılmazdır. Ekonomiden siyasete, sanattan edebiyata varıncaya kadar toplumsal hayatın her alanında baş gösteren bu paradigmatik değişime çok kısa bir zaman dilimi içerisinde ayak uydurabilmenin güçlüğü açıktır. Eski alışkanlıkların, zihniyet kalıplarının, yaşam biçimlerinin, kural ve kurumların sorgulanması ve bunların yenileriyle ikame edilmeye çalışılması gerçekten çok zor bir ameliyedir. Değişim olgusunun tabiatında mevcut olan bu genel geçer zorluğa rağmen, genel olarak Türkiye toplumunun, kendi dinamikleriyle zamanın

ruhunu ve tarihin temposunu yakalama noktasında bir irade ortaya koyduğu görülüyor.

Toplumun dinamik ve hareketli yapısının bir sonucu olarak gelişen küresel değişime uyum temayülünü maalesef bürokratik düzlemde göremiyoruz. Toplumla mukayese edildiğinde, bürokrasinin değişim karşısında direngen bir tavır içinde olduğu, daha iyimser bir yorumla, değişime uyum sağlamada isteksiz olduğu anlaşılıyor. Bürokrasinin bu tavrında, biri evrensel ikisi de yerel olmak üzere üç faktörün etkili olduğu söylenebilir. Evrensel ölçekte geçerliğe sahip olan faktör, bürokrasinin korumacı ve statükocu özelliğidir. Türkiye’ye özgü faktörlere gelince; bunlardan ilki, otoriter ve hükümlan devlet geleneğinin bir sonucu olarak, devletin değişim karşısındaki esneklik kat sayısının düşüklüğüdür. İkincisi ise, devletin ideolojik karakteridir.

Türkiye tarihinin en önemli değişim hamlelerinden birini oluşturan AB’ye tam üyelik süreci ile demokra-



tik açılım sürecinde yaşananlar, bürokrasinin ne denli direngen bir yapıya sahip olduğunu gözler önüne seriyor. AB'ye tam üyelik sürecinde gerçekleştirilen bir dizi anayasal ve yasal reform paketlerinin bürokrasi marifetiyle nasıl etkisizleştirilmeye çalışıldığı, süreci yakından takip edenlerin bildikleri bir gerçektir. Kanun- ni düzenlemelerle tanınan ya da sınırları genişletilen

hakların, bürokrasinin çıkardığı yönetmeliklerle kayıtlı olmaya çalışıldığı ve/veya kullanılamaz hale getirildiği; idari pratiğin değişime uyum sağlamada zorlandığı ve yargının uyum yasalarına uyum sağlamada güçlük çektiği ve bu nedenle de kimi kanun maddelerinin birkaç kez değiştirilmek zorunda bırakıldığı gerçeği hafızalarda tazeliğini koruyor.

AB müktesebatına uyum çerçevesinde gerçekleştirilen reformların hayata geçirilmesinde bürokrasinin gösterdiği direncin benzerine, "demokratik açılım süreci"nde de tanıklık ediyoruz. Alevi sorununun çözümünde Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, Kürt sorununun çözümünde ise YÖK, üniversiteler, yargı ve ordunun takındığı engelleyici ve/veya isteksiz tavırları buna örnek göstermek mümkündür.

Toplumsal talepler ekseninde, siyasetin sınırlarını zorlayarak gelişen değişim süreci içerisinde, bürokrasinin kimi unsurlarının gecikmeli ve kısmen de olsa bu sürece uyum sağlama becerisini gösterdiği; ordu ve özellikle de yargı kurumunun ise, değişim karşısında geleneksel duruşunu önemli ölçüde koruduğu görülüyor. Her iki kurumun, statükocu tavırlarında ısrarcı olmalarında ve bu tavırlarını muhafaza edebilmelerindeki temel amil, bu kurumların demokratik

**Toplumsal talepler ekseninde, siyasetin sınırlarını zorlayarak gelişen değişim süreci içerisinde, bürokrasinin kimi unsurlarının gecikmeli ve kısmen de olsa bu sürece uyum sağlama becerisini gösterdiği; ordu ve özellikle de yargı kurumunun ise, değişim karşısında geleneksel duruşunu önemli ölçüde koruduğu görülüyor. Her iki kurumun, statükocu tavırlarında ısrarcı olmalarında ve bu tavırlarını muhafaza edebilmelerindeki temel amil, bu kurumların demokratik siyaset karşısındaki özerk konumlarıdır.**

siyaset karşısındaki özerk konumlarıdır. Söz konusu kurumlar, demokrasinin işleyiş mekanizmasının dışında kaldıkları için, toplumsal gelişmeler karşısında kayıtsız kalabilmektedirler. Farklı bir ifadeyle, gerek ordunun ve gerekse yargının toplumla olan etkileşim kanallarının koparılmış olması, hesap sorma-hesap verme ilişkisinin yokluğu, bu kurumları, değişim olgu-

su karşısında duyarsızlaştırılmakta ve hatta kurumsal çıkarlarını kollama adına değişime karşı koymalarına yol açabilmektedir. Esas itibarıyla, bu kurumları değişime zorlayacak herhangi bir mekanizmanın mevcut olmadığı bir yapı içerisinde onlardan değişime uyum sağlamalarını beklemek de abesle iştigaldir.

Ordu ve yargı kurumlarını tarih ve toplum dışına iten ve onları anakronikleştiren tavırların yapısal sebeplerini ortaya koymadan, sorunu sağlıklı bir biçimde analiz edebilmenin imkânı yoktur. Bunun yolu da, Türkiye demokrasisini muallle kılan, toplumun demokrasi ve özgürlük taleplerini baskılayan ya da sınırlayan "vesayetçi siyasi sistem"i anlamaktan geçer.

### **Vesayetçi Otoriter Yönetimden Vesayetçi Demokrasiye**

Osmanlı'dan Cumhuriyete tevarüs eden siyaset geleneğinde, siyasetin devlet eksenli olarak tanımlanıp sürdürülmesi anlayışı vardır. Devletçi siyaset anlayışında, devlet, toplumdan bağımsız, onun üzerinde ve ona hükmeden "müteâl" (aşkın) bir değer olarak kabul edilir. Kutsal/yüce bir değer olarak görülen devlet, toplum üzerinde yürütülen siyasetin yegane aktörüdür. Toplum için neyin iyi, neyin kötü olduğuna, devlet adına güç kullanma yetkisini elinde bulunduran devlet elitleri/bürokratlar karar verirler. Toplum, kendi yönetimine ilişkin karar süreçlerinin dışında tutulur.



Toplumun, kendi hayat ve geleceğine ilişkin alınacak kararlara katılması ya da etkilemesi söz konusu değildir. Siyaset denkleminin dışında tutulan topluma biçilen rol; susup dinlemek ve itaat etmektir.

Dikkat edilecek olursa, bu anlayış, toplumu, kendisini yönetme kabiliyeti olmayan bir çocuk ya da ruh sağlığı bozuk bir erişkin olarak görmektedir. Böyle gördüğü içindir ki, toplumu vesayet altına alır ve onlar adına, onları yönetmeye kalkışır. "Halka rağmen, halk için" parolasıyla hareket eden ve kendilerini birer "vasi" olarak gören bürokratik elit, toplumu yönetme/hükmetme yetkisini, devlet gücünü elinde bulundurmakla meşrulaştırır. Meşruluğunun kaynağı ne halkın iradesidir ve ne de insanı esas alan bir hukuktur.

Osmanlı-Türkiye modernleşme sürecinde hâkim olan bu pozitivist yaklaşım ve bunun tabii sonucu olan seçkinci anlayış, bir toplum mühendisliği çerçevesinde işletilerek, topluma ve siyasete yön ve şekil verilmeye çalışıldı. Çok partili siyasi hayata dönülünceye kadarki dönem içerisinde, toplum üzerinde doğrudan bir vesayet icra edildi. Bu dönemde siyasetin biricik öznesi devlet olduğundan ve devlet de yekpare bir yapı görünümüne sahip olduğundan, toplum üzerindeki vesayet, devlet organlarınınca gerçekleştirildi. Devletin ideolojik ve güvenlik aygıtlarının seferber edilerek gerçekleştirilen bu vesayetin ideolojik/fikri çerçevesini, Cumhuriyetin kurucu babalarının tanımladıkları "resmi ideoloji" oluşturdu. "Kemalizm" ve "Atatürkçü düşünce sistemi" olarak da

tanımlanan bu resmi ideoloji, her türlü söylem ve eylemin yegane meşruluk ölçütü olarak kabul edildi.

Çok partili siyasi hayata döndüldükten ve Demokrat Parti iktidara geldikten sonraki dönemde, toplum üzerindeki vesayet, demokratik siyaset üzerinden gerçekleştirilmeye çalışıldı. Bu dönemde siyaset, devletin gerçek sahipliği iddiasındaki devletçi seçkinlerle, de-

mokratik siyasetin taşıyıcısı konumundaki siyasi seçkinler arasında varılan fiili mutabakat çerçevesinde işlemeye başladı. Halkoyuna karşı duyulan derin güvensizliğin ve seçkinci dünya görüşünün tezahürü olarak, demokratik siyasetin alanı resmi ideolojinin kalın çizgileriyle çizildi. Siyasi seçkinlerin, ancak bu alan içerisinde siyaset yapmalarına müsaade edildi. Resmi ideolojinin kurucu unsurları olan "militan laiklik" ve "dışlayıcı/ötekileştirici milliyetçilik" ilkeleri, "Kemalist rejimin kırmızı çizgileri" olarak demokratik siyasetin faaliyet alanını belirlediler. Devlet iktidarını kullanan atanmışlarca (siyasetin gizli aktörleri) çizilen bu tabulaştırılmış ve mahrem kılınmış alana, siyasi iktidarı kullanan seçilmişlerin (siyasetin görünür aktörleri) girmesi ve bu alanda siyaset üretmesi yasaklandı. Böylece, sınırlı ve vesayetçi bir demokrasi modeli ortaya çıkmış oldu.

Siyasi seçkinlerce kullanılan siyasi iktidarın faaliyet alanını, ağırlıklı olarak iktisadi meseleler oluşturdu. Bunun dışındaki siyaset alanları büyük ölçüde "devlet meselesi" olarak kabul edilip demokratik siyasetin bağlamı ve konusu dışında tutuldu. Dolayısıyla demokratik siyaset, adeta dar alanda kısa paslaşmalar şeklinde cereyan eden bir oyuna indirgenmiş oldu. Oyunun alanını genişletmeye yönelik olan girişimler, oyunun kullarını koyanlarca kimi zaman uyarıldılar ve kimi zaman da acımasızca cezalandırıldılar. Türkiye'nin darbeler ve muhtıralar tarihi bunun dramatik örnekleriyle doludur.

Siyasi seçkinlerce kullanılan siyasi iktidarın faaliyet alanını, ağırlıklı olarak iktisadi meseleler oluşturdu. Bunun dışındaki siyaset alanları büyük ölçüde "devlet meselesi" olarak kabul edilip demokratik siyasetin bağlamı ve konusu dışında tutuldu. Dolayısıyla demokratik siyaset, adeta dar alanda kısa paslaşmalar şeklinde



cereyan eden bir oyuna indirgenmiş oldu. Oyunun alanını genişletmeye yönelik olan girişimler, oyunun kurallarını koyanlarca kimi zaman uyarıldılar ve kimi zaman da acımasızca cezalandırıldılar. Türkiye'nin darbeler ve muhtıralar tarihi bunun dramatik örnekleriyle doludur.

Resmi ideolojinin kırılması çizgileri ihlal edildiği gerekçesiyle 1960 askeri darbesini yapan devletçi elit, fiili mutabakat üzerinden işletilmeye çalışılan vesayetçi sistemin güvencesiz olduğundan hareketle, hazırladıkları 1961 Anayasasıyla, bu sistemi anayasal güvence altına aldılar. Bu bağlamda, demokratik siyaseti resmi ideoloji çerçevesinde sınırlamak ve sürekli denetim altında tutmak amacıyla bir dizi vesayet kurumu oluşturdular. Cumhuriyet Senatosu, Milli Güvenlik Kurulu ve Anayasa Mahkemesi, bu amaçla oluşturulan kurumlar arasında yer aldı. Bunların yanı sıra özerkliğe sahip kılınan üniversiteler ve TRT de birer vesayet organları olarak düşünüldü. Söz konusu kurumlar, siyasi iktidarın her türlü müdahalesinden uzak tutulmak suretiyle çoğulcu toplum değerleri ile çok sesliliği güvence altına almak için değil, devletçi değerlerin toplum ve siyasetten bağımsız olarak korunup üretilebilmesi için özerklikle donatıldılar. Bu kurumlara yönelik mühendislik hesapları tutmadığı için 1971 değişikliğiyle birlikte özerklikleri törpülenerek, devletin gözetim ve denetimine alındılar.

1982 Anayasasıyla birlikte vesayetçi sistemin oluşum ve işleyiş şeması yenilenerek daha da güçlendiril-

di. İşlevsizliği nedeniyle Cumhuriyet Senatosu devlet iktidarı şemasından çıkarıldı. Bu kez devlet iktidarı şeması, hiyerarşik bir yapılanma çerçevesinde oluşturuldu ve bu hiyerarşik şemanın tepesine, çok geniş yetkilerle donatılmış cumhurbaşkanlığı makamı getirildi. Bu

makam, vesayetçi sistemin adeta kumanda merkezi olarak tasavvur edildi.

Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak ve bu Kurula başkanlık etmek; YÖK Başkanı, YÖK üyelerini ve üniversite rektörlerini seçmek; Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını ve HSYK üyelerini seçme görev ve yetkisi cumhurbaşkanına tevdi edildi. Her biri bağımsız bir vesayet organı olarak düşünülen bu kurum ve kuruluşların oluşumunda cumhurbaşkanlığı makamı tayin edici bir role sahip olduğundan, vesayetçi sistemin bürokratik kanadının bir blok oluşturabilmesinde ve kusursuz işleminde, cumhurbaşkanının devletçi bloktan bir şahsiyet olması kritik önemi haizdir. Bu nedenle ki, Türkiye'de her cumhurbaşkanlığı seçimi sancılı olmakta ve siyasi krizlere yol açmaktadır.

Anayasanın yürürlüğe girdiği günden bugüne yukarıda sıralanan vesayet kurum ve kurulları kendi görev alanlarıyla ilgili konularda siyasi iktidarı frenlemeye ve denetlemeye çalışarak vesayet

misyonunu yerine getirmeye çalıştılar. Siyasi iktidarların, merkezi değerlerle (resmi ideolojiyle) uyumlu olmayan politikalara ağırlık ya da öncelik verdikleri dönemlerde, vesayetin dozajı ve şiddeti artırıldı.

**Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak ve bu Kurula başkanlık etmek; YÖK Başkanı, YÖK üyelerini ve üniversite rektörlerini seçmek; Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını ve HSYK üyelerini seçme görev ve yetkisi cumhurbaşkanına tevdi edildi. Her biri bağımsız bir vesayet organı olarak düşünülen bu kurum ve kuruluşların oluşumunda cumhurbaşkanlığı makamı tayin edici bir role sahip olduğundan, vesayetçi sistemin bürokratik kanadının bir blok oluşturabilmesinde ve kusursuz işleminde, cumhurbaşkanının devletçi bloktan bir şahsiyet olması kritik önemi haizdir. Bu nedenle ki, Türkiye'de her cumhurbaşkanlığı seçimi sancılı olmakta ve siyasi krizlere yol açmaktadır.**



Özellikle “28 Şubat süreci”nde “devletin hassasiyetleri” doğrultusunda “durumdan vazife çıkaran” vesayet organları, ağır aksak işleyen demokratik siyaseti işlemez hale getirdiler. 2000’li yılların başında hız kazanan AB’ye üyelik sürecinde gerçekleştirilen bir dizi reformla, bir yandan demokrasi ve özgürlüklerin alanı genişletildi, diğer yandan da özellikle vesayetçi sistemin askeri kanadı nispi olarak zayıflatıldı. Bununla birlikte, özellikle AK Parti iktidarının yerleşmeye başlamasıyla birlikte, cumhurbaşkanlığı, YÖK, üniversiteler, Genelkurmay Başkanlığı ve yüksek yargı organları marifetiyle demokratik siyaset abluka altına alınmaya çalışıldı.

Krize dönüşen 2007 cumhurbaşkanlığı seçiminde Abdullah Gül’ün cumhurbaşkanı olarak seçilmesi, vesayetçi sistem açısından sarsıcı bir etki yarattı. Zira, bu gelişmeyle hem cumhurbaşkanlığı makamı ve hem de ilerleyen yıllarda YÖK ve üniversitelerin önemli bir kısmı kaybedilmiş oldu. Vesayetçi sistemin en önemli kurumlarından biri olan MGK’nın sistem içerisindeki konum ve etkisi AB’ye uyum reformlarıyla zayıflatılmış olduğundan, vesayeti icra edecek organlar arasında kala kala yalnızca yüksek yargı organları ve HSYK kalmış oldu. Yüksek yargı organları ve HSYK, vesayetçi sistemin son kaleleri olarak görüldüğü içindir

ki, Anayasa Mahkemesi ile HSYK’nın oluşum ve işleyişinde yapılması düşünülen anayasa değişikliğine, başta bu organların temsilcileri olmak üzere, vesayetçi sistem taraftarları şiddetle karşı çıkmaktadırlar.

## Vesayetçi Sistem ve Yargı

Demokratik toplumlarda halk adına egemenlik yetkisini kullanan ve devletin üç temel erkinden birini oluşturan yargının temel fonksiyonu; gerek bireyler

ve gerekse birey ile devlet arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkları adalet değeri temelinde çözmek; özellikle güçsüzleri, devlet ve diğer güç odakları karşısında korumak; bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak ve bu amaçla devlet iktidarını denetlemek ve sınırlamak; eşitlik, özgürlük, adalet ve çoğulculuk ilkelerine dayalı bir hukuk düzeninin oluşumuna yardımcı olmak ve böylelikle toplumsal barışa hizmet etmektir. Toplum hayatında çok büyük önem taşıyan bu görevlerin gereği gibi yerine getirilebilmesi, yargının bağımsız ve tarafsız olmasına bağlıdır. Bu sebeple, hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik toplumlarda, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi, korunması gereken temel bir değer olarak anayasal güvence altına alınır; çeşitli anayasal ve yasal mekanizmalarla bu güvence tahkim edilir.

Türkiye’de ise, yargı, tarihinin hiçbir döneminde ne bu işlevleri yerine getirmekle görevli kabul edildi ve ne de gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız

kıldı. Ülkede cari olan vesayetçi sistem gereği, tıpkı diğer bürokratik yapılar gibi, yargı da devlet iktidarının bir parçası olarak düşünüldü. Bu bağlamda yargıya iki önemli görev biçildi: Birincisi, diğer bürokratik ku-

Demokratik toplumlarda halk adına egemenlik yetkisini kullanan ve devletin üç temel erkinden birini oluşturan yargının temel fonksiyonu; gerek bireyler ve gerekse birey ile devlet arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkları adalet değeri temelinde çözmek; özellikle güçsüzleri, devlet ve diğer güç odakları karşısında korumak; bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak ve bu amaçla devlet iktidarını denetlemek ve sınırlamak; eşitlik, özgürlük, adalet ve çoğulculuk ilkelerine dayalı bir hukuk düzeninin oluşumuna yardımcı olmak ve böylelikle toplumsal barışa hizmet etmektir.



rum ve kurullar gibi resmi ideolojinin sınırlarına riayet etmesi, onun dışına taşmaması ve onunla uyumlu çalışmasıdır. Buna bağlı olarak, resmi ideolojinin tanımladığı ve çerçevesini çizdiği “devletçi kamu düzeni”ni korumasıdır. İkincisi ise, bu sınırları ihlal eden söz ya da eylemleri engelleyici ve/veya bastırıcı kararlar vermesi, bu doğrultuda sağlam bir duruş sergilemesi, resmi ideolojiyle mücehhez devletin âli menfaatlerini koruması ve vesayetçi sistemle uyumlu bir hukuk düzeninin oluşumuna yardımcı olmasıdır. Bu görev alanlarının dışına taşan ve devletçi seçkinleri rahatsız eden yargı tasarrufları karşılıksız bırakılmaz. Bu durumlarda -Ferhat Sarıkaya ve Sacit Kayasu örneklerinde olduğu gibi- ya söz konusu tasarruf sahiplerinin cezalandırılması yoluna gidilir ve/veya çeşitli yöntemler kullanılmak suretiyle bu tasarruflar geri alınmaya ya da değiştirilmeye zorlanır. Kimi zaman, yargı mensuplarına gerçek misyonlarını hatırlatmak için fiili uyarılarda bulunulur. Nitekim, Güneydoğu Anadolu bölgesinde görev yapmış olan bir general, bir basın organına verdiği röportajda, bölgede görev yapan hâkim ve savcılar “hizaya getirmek” için lojmanlarının yakınına bomba attırdığını itiraf etti.

Elbette ki, yargıya yönelik mühendislik hesaplarının tümü tutmaz; bu tür zorlama ve baskıların hepsinde beklenen sonuç elde edilmez. Her türlü baskılara karşı direnen, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm veren yargıçlar da vardır. Ancak burada önemle ifade edilmek istenen husus, resmi ideolojinin hegemonik bir güç olarak varlığını hissettirdiği bir toplumsal ortamda, her zaman için, devletçi seçkinlerden yargıya yönelik baskı/müdahale imkân ve ihtimalinin var

olduğu ve buna direnmenin ise güç olduğudur. Hatta herhangi bir fiili baskı olmaksızın dahi, yargının ege-men söylemin etkisi altında kalabilme ihtimal ve potansiyelinin varlığıdır. Zira, resmi bir ideolojinin devlet eliyle toplumsal hayatın her alanına nüfuz ettirilmeye çalışıldığı bir atmosferde, bütün kurum ve kuruluşlar gibi yargının da devlet iktidarının nüfuz alanına girebilme ve ondan etkilenme ihtimali her zaman için mevcuttur. Bundan da öte, diğer bürokratik kurumlarla

mukayese edildiğinde, yargının bu anafora kapılma ve kendisini devlet iktidarının bir parçası olarak görme eğiliminin daha yüksek olduğu açıktır. Çünkü, yargının toplumla ilişkisi kopuktur. Değişim ve dönüşümün ana dinamiği olan toplumsallıktan kopuk bir yapının kendini yenilemesi, kendisine biçilen rolün dışına çıkıp evrensel misyonunu üstlenebilmesi çok güçtür.

Türkiye özelinde, askeriye ve yargı dışındaki bürokratik kurumlar, demokratik siyasetle ve buna bağlı olarak da toplumla olan ilişkisi nedeniyle, kısmen de olsa değişime açık kurumlardır. Nitekim, her iki kurum dışında kalan kurum ve kuruluşların, dünyada ve Türkiye’de yaşanan değişime uyum sağlamada nispi olarak ilerlemeler kaydedildiği görülmüyor. Her iki kurumun demokratik siyaset

Ordunun demokratik siyaset karşısındaki özerk ve ayrıcalıklı pozisyonu, daha çok onun tarihsel misyonundan ve elindeki silahlı gücünden kaynaklanan “de facto” bir gerçeklik olmasına karşın, yargının özerk duruşu “bağımsızlık ilkesi”ne dayandığı için “de jure”dir. Bu durum, yargının resmi ideoloji adına toplum ve demokratik siyaset üzerinde icra ettiği vesayete görünürde bir hukuki meşruluk sağlamaktadır. Farklı bir ifadeyle, “bağımsızlık ilkesi”, yargının vesayetini maskeleyen bir işlev görmektedir.

karşısındaki özerk pozisyonları, bu kurumların değişim karşısında direnç gösterebilmelerini kolaylaştırmaktadır. Yargı kurumunun, ordudan farklı olarak, sahip olduğu “bağımsızlık zırhı”, bu direnci daha da bir pekiştirmekte ve ona hukuki bir meşruluk görüntüsü vermektedir. Ordunun demokratik siyaset karşısındaki özerk ve ayrıcalıklı pozisyonu, daha çok onun tarihsel misyonundan ve elindeki silahlı gücünden kaynakla-



nan “de facto” bir gerçeklik olmasına karşın, yargının özerk duruşu “bağımsızlık ilkesi”ne dayandığı için “de jure”dir. Bu durum, yargının resmi ideoloji adına toplum ve demokratik siyaset üzerinde icra ettiği vesayete görünürde bir hukuki meşruluk sağlamaktadır. Farklı bir ifadeyle, “bağımsızlık ilkesi”, yargının vesayetini maskeleyen bir işlev görmektedir.

Ordunun, bir yandan gerçekleştirilen anayasal ve yasal değişikliklerle özerkliğinin törpülenmesine, diğer yandan da özellikle Ergenekon soruşturması sürecinde güvenilirliğinin zedelenmesine bağlı olarak, özellikle yüksek yargı organları, vesayetçi sistemin yegane savunucusu ve koruyucusu haline gelmiş bulunuyorlar.

Otoriter nitelikli resmi ideolojiyle mücehhez olan vesayetçi sistemi ayakta tutabilmenin ve toplumun değişim talepleri karşısında statükoyu muhafaza edebilmenin yolu yüksek yargıyı bu haliyle ayakta tutmaktan, bunun yolu ise yargı bağımsızlığı ilkesinden geçtiği için, bu ilke, değişim taleplerini bastırma ve demokratik siyaseti akim kılmada meşru bir savunma aracı olarak kullanılıyor.

Vesayetçi sistemi meşrulaştırmada bir savunma aracı olarak kullanılan bağımsızlık ilkesi, evrensel anlam ve işlevinden uzaklaştırılmış bir bağımsızlık ilkesidir. Zira, hukuk devletin temel gereklerinden biri olan yargı bağımsızlığı ilkesi, bizzatı bir amaç değil, yargının tarafsızlığını sağlamaya yönelik bir araçtır. Yargıyı bağımsız kılmadaki esas amaç, yargının tarafsız hareket edebilmesini temin etmek suretiyle adil kararlar veribilmesini sağlamaktır.

Oysa Türkiye’de, statükocu güçler, bağımsızlık ilkesini, tarafsızlık ilkesini gerçekleştirebilmenin bir araç-değeri olarak değil de, devlet iktidarı adına siyasi iktidar üzerinde vesayet icra edebilmenin bir gereği olarak savunmaktadırlar. Burada bağımsızlıktan kasdedilen, yasama çoğunluğu ile hükümet karşısındaki bağımsızlıktır; devlet iktidarından bağımsızlık değildir. Yüksek yargı organları başkanlarının, statüko yanlısı siyasetçi ve basın mensuplarının bağımsızlık ilkesini dillerinden

düşürmemelerine karşın, tarafsızlık ilkesinden hiç söz etmemeleri, onların gerçek niyetlerini ortaya koymaktadır. Gerçek niyetleri, yargının kendi kendini oluşturması, kapalı bir kast sistemi haline gelmesi, her türlü denetimin dışında kalması ve hiçbir makama hesap vermemesidir. Yüksek yargı organları böylesi bir bağımsızlık içinde olmalı ki, devlet iktidarının bir parçası olarak kalabilsinler ve vesayetçi sistemin yılmaz bekçileri olarak görev yapabilsinler.

Demek ki, esas itibarıyla devlet iktidarının “bağımsızlık” unsuru olan yüksek yargının bağımsızlık silahına sarılması boşuna değildir. Bu silah ona, “rejim bekçiliği” görevini layık-ı veçhile yerine getirebilmesi için çok büyük imkân sunmaktadır. Nitekim bu imkândan yararlanan yüksek yargı organları, hukuku çiğneyen ve kamu vicdanını zedeleyen birçok karara imza attılar.

Asıl görevleri olan hukukilik denetimini bir tarafa bırakıp yerindelik denetimi yaptılar. Yasama ve yürütmenin özgürlük karşıtı tasarruflarını iptal etmesi gerekirken, özgürlüklerin sınırlarını genişletmeye yönelik kimi yasama ve yürütme tasarruflarını iptal etmeyi tercih ettiler.

Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan bugüne 25 siyasi parti hakkında kapatma kararı vererek, Türkiye’yi adeta bir siyasi parti mezarlığına döndürdü. Bu kararlar, de-

mokratik siyasetin kurumsallaşmasına zarar verdiği gibi, onun alanını da olabildiğince sınırlı hale getirdi. Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağına karşı olmayı ve Kürtlerin meşru haklarını savunmayı kapatma sebebi olarak kabul etti. Parlatmentonun başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik kanuni düzenlemesini iptal etti. Söz konusu yasağı kaldırmaya yönelik gerçekleştirilen anayasa değişikliğine de geçit vermedi. Anayasa değişiklikleri hakkında iptal kararını verirken, Anayasanın kendisi için çizdiği yetki sınırlarını aşmada herhangi bir beis görmedi. 2007 cumhurbaşkanlığı seçimlerinde, akla ziyan meşhur “367 kararı”nı verdi. Asker kişilere sivil yargı yolunu açan kanuni düzenleme hakkında iptal kararı verdi. Atatürkçülüğe aykırı olduğu gerekçesiyle özelleştirmelerin karşısında durdu.

**Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan bugüne 25 siyasi parti hakkında kapatma kararı vererek, Türkiye’yi adeta bir siyasi parti mezarlığına döndürdü. Bu kararlar, demokratik siyasetin kurumsallaşmasına zarar verdiği gibi, onun alanını da olabildiğince sınırlı hale getirdi.**



Yargıtay, tüzüğünde anadilde eğitime ilişkin bir hükme yer verdiği için Eğitim-Sen hakkında açılan kapatma davasında yerel mahkemenin verdiği red kararını bozdu. Hiçbir hakaret izi taşımayan bir sözünden dolayı Hrnt Dink'i, "Türklüğe hakaret"ten dolayı mahkum etti. AYM üyelerine yönelik olarak "hukuku bilmiyorlar" ifadesini kullandığı için Prof. Dr. Mustafa Erdoğan'ı tazminata

mahkum etti. Resmi ideolojiyle barışık olmayan bir gazetede yazı yazdığı için, Baskın Oran'ın kişilik haklarına yönelik saldırıya geçit verdi. Şemdinli davasında, görevli olmadığı halde dava dosyasını askeri mahkemeye havale etti. Siirt'te gösteri yapan bir kalabalığa gelişigüzel ateş açan ve bir vatandaşın ölümüne sebebiyet veren bir uzman çavuşun cezalandırılmaması gerektiğine, "bölgenin özellikleri"ni dikkate alarak karar verdi. Orhan Pamuk hakkında, "30 bin Kürt ve 1 milyon Ermeni'yi öldürdük" ifadesi nedeniyle altı kişinin açtığı tazminat davasının yerel mahkemece "taraf olmadıkları" gerekçesiyle reddedilmesi üzerine, "millete aidiyet duyguları da kişilik değerleri kapsamındadır" diyerek, davacıların taraf konumunda olduklarına karar verdi.

Danıştay, okul dışında başörtüsü kullanan bir öğretmeninin idareci olmasını engelleyen bir karara imza attı. Eşi başörtülü bir öğretmenin MİT raporu gerekçe gösterilerek yurtdışındaki bir göreve atanmasını haklı buldu. Meslek liselerinde okuyan veya bu okullardan mezun olanların açıköğretim liselerine geçiş yapmalarına imkân sağlayan yönetmeliğin iptaline karar verdi. İlköğretim 5. sınıfı bitiren öğrencilerin yaz

tatilinde Kur'an kurslarına gitmelerine imkân tanıyan Kur'an Kursları Yönetmeliği'nin ilgili maddelerini iptal etti. YÖK'ün, üniversiteye giriş sınavında farklı katsayı uygulamasını kaldıran kararın yürütmesini durdurdu. Belediyelerin toplu taşıma ücretlerine ilişkin aldıkları kararlara müdahale etmekten çekinmedi. Özelleştirme girişimlerinin karşısında durdu.

**Anayasa Mahkemesi Parlamento'nun başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik kanuni düzenlemesini iptal etti. Söz konusu yasağı kaldırmaya yönelik gerçekleştirilen anayasa değişikliğine de geçit vermedi. Anayasa değişiklikleri hakkında iptal kararını verirken, Anayasanın kendisi için çizdiği yetki sınırlarını aşmada herhangi bir beis görmedi. 2007 cumhurbaşkanlığı seçimlerinde, akla ziyan meşhur "367 kararı"nı verdi. Asker kişilere sivil yargı yolunu açan kanuni düzenleme hakkında iptal kararı verdi. Atatürkçülüğe aykırı olduğu gerekçesiyle özelleştirmelerin karşısında durdu.**

## Yargı Reformuna Duyulan İhtiyaç

Bir önceki başlık altında kısaca gösterilmeye çalışılan tablo, yargının sorunlu yapısının yalnızca bir yönünü ortaya koyuyor. Oysa, yargı alanında birçok sorun mevcuttur. Yargılama faaliyeti için gerekli olan fiziki şartların yetersizliğinden, bu faaliyeti yürütenlerin hukuk formasyonlarının eksikliğine, yargının bağımlı ve tarafsız oluşundan, yargının verimsizliği ve etkin olmamasına kadar birçok alanda sorunlar yaşanıyor. Bu sorunların çözümü için ciddi ve kapsamlı bir reform gerekmektedir. Bu çerçevede Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan "Yargı Reformu Strateji Belgesi" yol gösterici olabilir. Bu belgede yer alan tespit ve öneriler ile çeşitli kurum ve kuruluşların geliştirecekleri öneriler etrafında bir reform paketinin hazırlanması doğru olacaktır. Bu süreçte katılımcılığa azami özen gösterilmeli ve konuyla ilgili

bütün kurum ve kuruluşlar sürece dahil edilmelidir.

Gerçekleştirilecek reformun en zor tarafı, bir bütün olarak yargıyı hukukun sınırları içinde tutabilmek; yani, ona bir siyasi aktör görünümünü veren tavırlardan kaçınmasını sağlamak, siyasi değil, hukuki denetim yapmasını temin etmektir. Bu çerçevede yargı mensup-



larının, kendilerini “devlet memurları” yada “devletin gerçek sahipleri” olarak görmelerine yol açan zihniyetten arındırılmaları gerekmektedir. Bu ise, anayasal ve yasal düzenlemelerle çözülebilecek bir sorun değildir. Gerçek bir yargı fonksiyonunun icrasına yönelik alınacak kurumsal tedbirlerin yanı sıra, yargı mensuplarının ihtiyaç duydukları fikri ve zihinsel donanımına sahip kılınmaları için, çok kapsamlı bir eğitim reformunu acilen başlatmak gerekmektedir.

Yargının bağımlı ve tarafgir yapısına son verebilmenin, onu gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız kılabilmenin ve değişime açık bir yapı haline getirebilmenin temel gereklerinden biri de, özellikle yüksek yargıdaki mevcut kapalı kast sistemine son vermektir. Yargıyı, değişimin adresi olan toplumsal mekânla ilintilendirmek ve onu demokratik meşruiyetle güçlendirmektir. Millet adına yetki kullanan bir organın tamamıyla milletten bağımsız oluşması doğru bir tercih değildir. Çünkü böylesi bir yapının zamanla “yargıçlar yönetimi”ne yol açma ihtimali çok yüksektir. Nitekim Türkiye’deki yargının böylesi bir eğilim içerisinde bulunmasının en önemli sebeplerinden biri, yüksek yargıdaki bu korporatist yapıdır.

Yüksek yargı organlarının oluşum yöntemine baktığında, kooptasyon sisteminin, yani bu organlara mensup üye ve temsilcilerinin yine bu organlarca belirlendiği bir usulün geçerli olduğu görülür. Seçimler, karşılıklı paslaşmalarla kendi içinde oynanan bir oyun görüntüsü veriyor. Yargıtay ve Danıştay HSYK’yı, HSYK da her ikisini belirliyor. Böylece, dışarının müdahalesine kapalı, kendi içinde dayanışmacı ve kollayıcı özellikleriyle belirginleşen bir kapalı kast modeli oluşuyor. Kapalı kast sistemi kendi içinde türdeş bir yapı oluşturuyor. Bu nedenle türdeşliği bozacak girişimlere izin verilmiyor. Kast sistemi içerisinde yer alabilmenin yolu, bu sistemin üzerine kurulu olduğu değerler dünyasına bağlılıktan geçiyor.

Bu şekilde kapalı kast sistemi içine hapsolünmüş olan yüksek yargı, toplumda ve dünyada yaşanan gelişmelere kapalı ve bunlar karşısında duyarsız bir yapı görüntüsü çiziyor. Dışarıyla olan etkileşim kanalları kapalı olduğundan, kendisini değiştirmesi ve yenilemesi mümkün olmuyor. Organik açıdan kapalılık, beraberinde işlevsel kapalılığı da getiriyor. Başka bir deyişle, oluşumundaki dışarıya kapalılık, işleyişinde de etkili oluyor ve verilen kararlarda kendini gösteriyor.

Zaten yüksek yargının oluşumunda kapalı kast modelinin öngörülmesinin nedeni de, bu modelin bağımlı olduğu otoriter zihniyet dünyasıyla uyumlu hareket edebilmeyi sağlamaktır.

Yüksek yargının oluşum ve işleyişinde hâkim olan bu blokajı kırmak gerekiyor. Hukuku yorumlayarak bağlayıcı kararlar alan ve böylelikle hukuk hakkında son sözü söyleyen yargının, hukukun toplumsal olgu boyutuyla uyumlu kararlar verebilmesi, kararlarının kamu vicdanında makes bulabilmesi, nihai hedefi olan “adaletli toplumsal var oluş”u sağlayabilmesi ve toplumsal barışa hizmet edebilmesi için, yargının toplumla ve toplumsallıkla olan ilişkisinin iyi kurulması ve bunun her daim yenilenmesi gerekir.

Pozitif hukukun, tabiatı gereği formalist niteliğine bağlı olarak statik bir yapıya sahip olduğu gerçekliği dikkate alındığında, bu gereklilik daha bir elzem hale gelmektedir. Pozitif hukukun statik doğası ile bu hukukun üretildiği ve tüketildiği zemin olan toplumsal mekânın dinamik ve devingen yapısı bağdaştırılmalıdır. Zira, ancak böylelikle hem hukuku donuk kurallar bütünü olmaktan çıkarmak ve hem de yargıyı canlı ve dinamik bir hale getirebilmek mümkün olabilir.

Son anayasa değişiklik paketi, eksik de olsa, esas itibarıyla bu hedefi gerçekleştirmeye yönelik bir girişimdir. Anayasa değişiklik paketinde yer alan ve Anayasa Mahkemesi ile HSYK’nın oluşum ve işleyişinde değişiklikler öngören düzenlemeler, yüksek yargıdaki kapalı kast modelini bozma ve nispi olarak geniş tabanlı temsil esasına dayalı idari ve yargısal yapılar oluşturma amacını taşımaktadır. Değişikliklerin kabul edilip yürürlüğe girmesiyle, Anayasa Mahkemesi ve HSYK nispeten daha çoğulcu bir yapıya kavuşacak; buna bağlı olarak da temsiliyet gücü artacaktır. Dolaylı da olsa, yüksek yargı ile toplum arasında iletişim kanallarının açılacak olması, yargının toplumsallıkla olması gereken bağının kurulmasına yol açacaktır. Millet adına egemenlik yetkisini kullanan yargının, milletle olan bağının kurulması ve demokratik meşruiyetinin sağlanması, hukuka ve yargıya olan güveni arttırıcı bir etki yaratacaktır. Yargı kararlarının adilliği ve doğruluğuna ilişkin kanaat toplumda daha yaygın kabul görecektir. Böylesi bir yargının, evrensel misyonu olan, toplumsal barışı sağlama işlevini yerine getirmesi mümkün olabilecektir.



Abdullah CEBECİ  
Hakim

Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdür Yardımcısı

## ULUSLARARASI HUKUKDA YARGI KONSEYLERİ VE YARGI REFORMU BAĞLAMINDA HSYK'NIN YAPISI



### 1. Genel Olarak

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı hukuk devletinin olmazsa olmaz şartlarından. Bu bağlamda demokratik ülkelerde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması konusunda önemli gelişmeler kaydedilirken uluslararası kuruluşlarda da bu yönde bir çok çalışmalar yapılmaktadır.

Ülkemizde de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması için çeşitli görüşler ortaya atılmakta, özellikle; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) icraatları zaman zaman gündeme getirilip anılan Kurulun gerek yapısal ve gerekse işlevsel olarak daha objektif ve şeffaf bir konuma sahip olması istenilmekte, HSYK' nun bazı uygulamaları toplumun değişik kesimlerinde şiddetle eleştirilmektedir.

Son yıllarda HSYK' nun ortaya koyduğu bazı uygulamalar dikkat çekmektedir. Bu cümleden olmak üzere; öncelikle kamu oyunda Şemdinli olayı olarak anılan ve HSYK'nın Van özel yetkili Cumhuriyet savcısının düzenlediği bir iddianame nedeniyle meslekten çıkarılması kararı ile sonuçlanan süreçte, gerek yurt içinde hukuk çevreleri ile sivil toplum örgütleri ve gerekse yurt dışındaki yansımalar, uygulamanın yerinde olmadığını ortaya koymaktadır. Hatta Avrupa Birliği 2007 Türkiye İlerleme Raporunda; Şemdinli davasında Kara Kuvvetleri Komutanının isminin geçmesi üzerine Genel Kurmayın eleştirileri ve anayasal kurumlara çağrıda bulunması üzerine, HSYK' nun iddianameyi hazırlayan Cumhuriyet savcısının 2006 yılında meslekten çıkarıldığından bahsedilerek Yüksek Kurulun bağımsızlığının sorgulandığı vurgulanmıştır.<sup>1</sup> Bilindiği gibi bu olayda aynı iddianame yetkili ağır ceza mahkemesi tarafından kabul edilerek yargılama yapılmıştı.



İkinci olarak; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Dairesinin (Kayasu - Türkiye) Davasında verdiği 13 Kasım 2008 tarihli kararda, HSYK kararlarına yapılan itirazın işlevsiz olması ve yine Kurulun kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal ettiği belirtilmektedir. Bu olayda, Cumhuriyet savcısı S.K. yapmış olduğu soruşturma neticesi 12 Eylülün sorumluları hakkında iddianame düzenlemiş ve fakat bu iddianame hiç işleme konulmadan bir diğer deyişle iddianamede adı geçenler hakkında bir dava dahi açılmadan, Cumhuriyet savcısı S.K. hakkında cezai ve idari soruşturma başlatılmış, sonuçta; HSYK kararı ile anılan Cumhuriyet savcısı meslekten çıkarılmıştır. Yeniden inceleme ve itiraz talepleri de reddolunarak karar kesinleşmişti. Yapılan itirazda, HSYK İtirazları İnceleme Kurulu'nun dokuz üyesinden dördü başvuran ile ilgili itiraz konusu kararı alan HSYK'nunda da yer almaktaydı. Bu koşullarda, başvuranın itirazını inceleyen HSYK'nın oluşumu itibarıyla, tarafsızlığı ciddi biçimde tartışmaya açıktır. Üstelik HSYK iç yönetmeliğinde itirazları inceleme kurulunda görev yapan üyelerin tarafsızlığını güvence altına alacak nitelikte hiçbir tedbir öngörülmemektedir. Bu itibarla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesindeki "Etkili Başvuru Hakkı"nın ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.<sup>2</sup>

Üçüncü ve son olarak; İdari bir kurul olup hiçbir yargısal görevi bulunmayan HSYK'nın soruşturma yapmakta olan Erzurum özel yetkili Cumhuriyet savcılarını yürüttükleri bu soruşturma nedeniyle görevden el çektiğidir. Benzer bir olayda birinci sınıf bir hakimin soruşturmasının Cumhuriyet Savcılarınca yapılacağını belirten Yargıtay 5. Ceza Dairesinin içtihadı da HSYK'nın uygulamasının yerinde olmadığını göstermektedir. Şöyle ki; bundan kısa bir süre önce, İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı A.K. hakkında, "suç örgütüne yardım etmekten" dolayı, İzmir Özel Yetkili Savcılığı tarafından soruşturma başlatılmış, yargılanan bir kişiyi rüşvet karşılığı tahliye ettiği iddiası ile anılan hakim gözaltına alınarak İzmir'de tutuklanmıştı. Bu olaya ilişkin olarak, Yargıtay 5. Ceza Dairesi 05.06.2009 tarihli 2009/1-5 esas sayılı içtihadında, özetle; bu olayla ilgili olarak soruşturmanın İzmir Cumhuriyet başsavcılığınca yapılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. Yargıtay 5. Ceza Dairesi içtihadında "CMK

250. madde kapsamına giren suçlarda, soruşturma, yetkili cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile, Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır" denilmektedir. Bu itibarla, Erzurum Cumhuriyet savcılarının Erzurum Cumhuriyet başsavcısı hakkında yürüttükleri soruşturmanın hukuka uygun olduğu Yargıtay 5. Ceza Dairesinin içtihadı ile sabitken idari bir kurul olan HSYK'nın soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcılarını yerinde olmayan gerekçelerle görevden alması, yargı görevini ifa edenlere doğrudan doğruya bir müdahaledir. Kaldı ki, Erzurum Özel Yetkili Cumhuriyet Savcılığına atanan yeni savcılar da aynı soruşturmaya devam etmiş, hatta ilgililer hakkında iddianame tanzim ederek dava açmış ve mahkeme iddianameyi kabul ederek yargılamaya geçmiştir.

Yukarıda açıklanan bu gelişmeler gerçekten de HSYK'nun yapısal ve işlevsel olarak değişime ihtiyacı olduğunu ve en kısa sürede yargı reformu içinde ele alınması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

## 2. Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı

2009 tarihli Yargı Reformu Stratejisinde, yargının bağımsızlığının güçlendirilmesi ve tarafsızlığının geliştirilmesi, verimliliğinin ve etkinliğinin artırılması en önemli amaçlar arasında sayılmıştır.<sup>3</sup> Bu amaçların gerçekleştirilmesinde HSYK'na büyük görev düşmektedir. Çünkü; HSYK; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama, nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapmakta, tabiri caiz ise yargının tam kalbinde yer almaktadır. Bu işlevlerini yerine getirirken HSYK'nun bağımsızlık, tarafsızlık ve şeffaflık temelinde uluslararası belgeler ışığında geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden yapılandırılması, kararlarına karşı etkili bir itiraz sisteminin getirilmesi ve yargı yolunun açılması elzemdir.<sup>4</sup>

Yeni düzenlemelerde HSYK'nun kendi sekreteryasının oluşturulması, özel bütçesinin bulunması, iddia ve karar makamlarının tek elde birleşmesini engelleyecek şekilde denetim biriminin de Kurul bünyesinde yeniden yapılandırılması önem arz etmektedir.<sup>5</sup>



Yargı Reformu Stratejisi eylem planında, HSYK' nun geniş temsil esasına göre yeniden yapılanması ve kararlarına karşı etkili itiraz sistemi ihdası ve yargı yolunun açılması için öncelikle; geniş tabanlı bir temsil esasının sağlanması gerektiği, bu bağlamda Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile meslektaşlarınca seçilen birinci sınıf hakim ve savcılar HSYK'da, etkili bir biçimde temsilinin sağlanması öngörülmüş, Parlamento ile ilişkileri sağlamak ve hesap verilebilirlik açısından Adalet Bakanı'nın, Bakanlık ile gerekli koordinasyonu sağlamak için Bakanlık Müsteşarı'nın HSYK'da bulunmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 62. ve devamı maddelerinde hâkim ve savcılar disiplin suçu oluşturan ve disiplin cezasının gerektiren hususlar düzenlenmiştir. Doğal olarak bir eylemin yasanın ilgili maddelerini ihlal edip etmediğine HSYK karar vermektedir. Ancak; bu kararlar sadece ilgisine tebliğ edilmekte, bir başka hakim veya savcı tarafından ne tür eylemin disiplin cezası gerektirdiği öğrenilememektedir. Oysa "suç ve cezada belirlilik" ilkesi uyarınca, hâkim ve savcılar ne tür eylemlerin disiplin cezasını gerektirdiğinin önceden bilme hakları olmalıdır. Diğer yünden kamu yönetiminde geçerli "saydamlık" ilkesi

de hâkim ve savcılara verilen disiplin cezalarına ilişkin kararların kişisel veriler çıkarıldıktan sonra yayınlanmasını gerektirdiği düşünülmektedir. Böylece, hem verilen disiplin cezaları yargı mensuplarının davranışları açısından örnek oluşturulacak hem de HSYK kararlarında şeffaflık sağlanacaktır.<sup>6</sup>

Yargı Reformu Stratejisi eylem planında, HSYK' nun geniş temsil esasına göre yeniden yapılanması ve kararlarına karşı etkili itiraz sistemi ihdası ve yargı yolunun açılması için öncelikle; geniş tabanlı bir temsil esasının sağlanması gerektiği, bu bağlamda Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile meslektaşlarınca seçilen birinci sınıf hakim ve savcılar HSYK'da, etkili bir biçimde temsilinin sağlanması öngörülmüş, Parlamento ile ilişkileri sağlamak ve hesap verilebilirlik açısından Adalet Bakanı'nın, Bakanlık ile gerekli koordinasyonu sağlamak için Bakanlık Müsteşarı'nın HSYK'da bulunmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur. Ayrıca; HSYK yeniden yapılandırılırken, uluslararası uygulamalara paralel olarak Kurulun bağımsız bütçesi ve binasının olması, kendi sekreteryasının kurulması, hakim ve savcılarının inceleme, soruşturma ve denetimlerinin Kurul bünyesinde gerçekleştirilmesine yönelik yeni bir sistemin ihdası konuları da dikkate alınmıştır.<sup>7</sup>

### 3. HSYK' nun Mevcut Yapısı

Anayasanın 159. maddesinde düzenlenen HSYK (7) asıl ve (5) yedek üyeden oluşmaktadır. Sekreterya hizmeti Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen Kurulun başkanı Adalet Bakanı olup Adalet Bakanı Müsteşarı doğal üyedir. (3) asıl ve (3) yedek üye Yargıtay' ın, (2) asıl ve (2) yedek üye ise Danıştay' ın, kendi üyelerinden her boş üyelik için seçeceği üç kişi arasından Cumhurbaşkanınca dört yıllığına seçilmektedir. Kurul asıl üyeleri arasından bir başkan vekili seçmektedir. Adalet Bakanı genellikle toplantılara katılmadığından, seçilen başkan vekilinin başkanlığında asıl üyeler, müsteşar ve kıdemli yedek üyenin katılımıyla (7) kişi ile toplantılar yapılmaktadır. Verilen kararlara karşı ilgililer tarafından yedi kişilik kurul nezdinde "yeniden inceleme" talep edilebilir. Bundan da bir sonuç alınamazsa o zaman ilgililer yedek üyelerin de katıldığı (12) kişilik itirazları inceleme kurulunda "itiraz" yoluna baş vurabilirler. Ancak; itirazları



inceleme kurulunda yer alan (7) kişi ilk kararı veren kişilerden olduğundan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Karasu - Türkiye kararında da belirtildiği gibi HSYK' na yapılan "itiraz" etkili bir başvuru hakkı olarak kabul edilemez. Bu arada HSYK'nun bağımsız bütçeye sahip olmadığını da belirtmeliyiz.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız HSYK' nun mevcut yapısına karşı özellikle, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanan ilerleme raporlarında ve zaman zaman düzenlenen yargı sistemimizin işleyişine dair hazırlanan istişari ziyaret raporlarında bazı eleştiriler ileri sürülmektedir. Bu eleştirilerin başında ilk derece mahkemelerinden hiç bir üyenin yer almadığı Kurulun yargının tamamını temsil etmediği hususu gelmektedir. Bunun yanında, Kurulun kararlarına karşı etkin bir itiraz yolunun olmadığı, bağımsız bütçesinin ve sekreteryasının bulunmadığı, Şemdinli olayında olduğu gibi etki altında kararlar verebildiği izlenimini uyandıran uygulamalarına rastlandığı, Adalet Bakanı ve Müsteşarının kurulda yer almasının yargı bağımsızlığı ile bağdaşmadığı gibi eleştirilere yer verilmektedir.<sup>8</sup>

Aslında yapılan eleştiriler bazen farklılaşabilmektedir. Örneğin, 14 Nisan 2009 tarihli Yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı konulu 4. İstişari Raporda, Adalet Bakanı ve Müsteşarının HSYK üyesi olarak iki oy sahibi oldukları belirtilerek Kurulun başkanlığının Adalet Ba-

kanlığı Müsteşarına devredilmesi ve Bakanın kuruldan çıkarılması tavsiye edilmektedir.<sup>9</sup>

#### 4. Diğer Ülke uygulamalarında ve Uluslararası Belgelerde Yargı Konseyleri

Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, Avrupa ülkelerinin tümünde HSYK benzeri kurullar bulunmamaktadır. Örneğin; Almanya, Avusturya, Finlandiya ve Lüksemburg gibi ülkeler yargı konseylerine sahip değildir.(CCJE(2007)4 sayılı doküman) Diğer yandan yargı konseylerine sahip olan ülkelerde standart bir model yer almamaktadır. Yunanistan gibi bazı ülkelerde yargı kurulları sırf hakimlerden oluşurken, Polonya gibi ülkelerde hakimlerin yanında parlamento üyelerinden de temsilci bulunabilmekte, İtalya gibi ülkelerde ise hakimlerin yanında parlamento tarafından seçilen kişiler görev yapabilmektedir. Hatta Hollanda ve İsveç gibi ülkelerde kurul üyeleri kral veya hükümet tarafından atanabilmektedir.<sup>10</sup>

Avrupa Konseyi nezdinde yer alan Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi 2007/10 sayılı kararında bazı genel ilkeler belirlemiş ve yüksek yargı konseylerinin açıklanan bu ilkeler çerçevesinde kurulması konusunda üye ülkelere tavsiyelerde bulunmuştur. Bu ilkeler; "yargı kurulları yargı bağımsızlığı güvencesi altında olmalı, kendine ait sekreteryası ve bütçesi bulunmalı, kurul üyeleri aktif politika içinde olmamalı, karma yapıda olan kurullarda üyeleri çoğunluğu meslektaşları tarafından seçilen hakimlerden oluşmalı, yargı bağımsızlığı ve hesap verilebilirlik arasında bir denge öngörülmeli, hakim olmayan üyeler mesleklerinde temayüz etmiş saygın kişilerden seçilmelidir" şeklinde özetlenebilir.<sup>11</sup>

16-17 Mart 2007 tarihinde 70. Genel Kurulunda görüşülen, Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonunun (Venedik Komisyonu) Adli Atamalar konulu 22 Haziran 2007 tarihli ve 403/2006 sayılı raporunda yargısal atamalara ilişkin sistemler, yargı konseylerinin bu atamalara etkisi, yargı konseylerinin oluşumu gibi konular yer almaktadır.

Bu raporda öncelikle; yargı konseylerinin oluşumunda, yargısal bağımsızlık ve hesap verilebilirlik arasında bir denge gözetilmesi gerektiği belirtildikten

Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, Avrupa ülkelerinin tümünde HSYK benzeri kurullar bulunmamaktadır. Örneğin; Almanya, Avusturya, Finlandiya ve Lüksemburg gibi ülkeler yargı konseylerine sahip değildir. (CCJE(2007)4 sayılı doküman) Diğer yandan yargı konseylerine sahip olan ülkelerde standart bir model yer almamaktadır.



sonra demokratik ülkelerde yargı konseylerinin teşkilinde standart bir model olmadığı, yargı konseylerinde çoğunluğun kendi aralarından seçilen yargıçların oluşturduğu, kalan üyelerinin parlamento tarafından hukuk bilgisine haiz kişiler arasından seçilebildiği, Bulgaristan, İtalya ve Slovenya gibi ülkelerde yargı konseylerinin bazı üyelerinin hukuk profesörleri veya avukatlar arasından seçilebildiği, hatta Gürcistan ve Macaristan da bazı parlamento üyelerinin yargı konseyi üyesi olabildiği, Hollanda’da ise yürütme tarafından seçilen üyelerden yargı konseyinin oluşturulduğu vurgulanmıştır. Ancak; yargı konseylerinde aktif politika ile uğraşan kişilerin yer almaması ve parlamento tarafından atamalarda nitelikli çoğunlukla seçim yapılması temenni edilmektedir. Sonuç olarak; yargı bağımsızlığı esasına göre kurulacak yargı konseylerinin oluşumu ve yetkileri ile otonomisinin anayasal güvence altında olması; bu konseylerin yargıçların atama, yükselme ve disiplin işlerinde karar almaya yetkili bulunmaları; üyelerinin çoğunluğunun kendi aralarından seçilen yargıçlardan oluşması, demokratik meşruiyet için parlamento tarafından seçilen vasıflı üyelerin de bu konseylerde yer alması, yargı konseylerinin oluşumunda yargısal bağımsızlık ve hesap verilebilirlik arasında denge gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>12</sup>

Bu bölümde açıklanan uluslararası belgeler ile HSYK’ nun mevcut durumunun karşılaştırılmasında; kendine ait sekreteryası ve bütçesi olmayan HSYK’ nun oluşumunda ilk derece hakim ve savcılardan hiçbir temsilci bulunmamakta, Adalet Bakanı ve Müsteşarı dışındaki tüm üyeleri yüksek mahkeme üyelerinden

oluşmakta, Avrupa’ da hiçbir örneği bulunmamaktadır. Bu anlamda HSYK, yukarıda bahsedilen uluslararası belgelerde ön görülen yapılanmadan çok uzak görülmektedir.

## 5. HSYK’ nun Yeniden Yapılanması ve Anayasa Değişikliği

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız uluslararası yargı konseylerinin yapısı, işleyişi ve son yıllarda HSYK’ nun uygulamaları dikkate alınarak Kurulun yeniden

yapılanması zorunlu hale gelmiş, Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı hayata geçirilerek hazırlanan Anayasa değişikliği paketinde HSYK’ na da yer verilmiştir. HSYK’ nun demokratik, şeffaf ve geniş tabanlı bir yapıya kavuşturulması, hâkim ve savcılardan da haklarında kararlar alan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda temsili önem arz etmektedir.<sup>13</sup>

Anayasanın 159. maddesinde değişikliği öngören madde gerekçesinde de belirtildiği gibi “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun mevcut yapısı, üye sayısının azlığı, üyelerin sadece yüksek yargıdan gelmesi, ilk derece mahkemelerini yönetmekle görevli olmasına rağmen

buralarda görev yapan hâkim ve savcılardan hiçbir temsilcinin Kurulda yer almaması, Kurul kararlarının tamamen yargı denetimine kapalı olup, Kurul kararlarına karşı etkili iç itiraz sisteminin öngörülmemiş olması, hâkim ve savcılardan denetimi, haklarında inceleme ve soruşturma izni verilmesi, adalet müfettişlerinin atanması gibi önemli bazı yetkilerin Adalet Bakanına ait olması, Kurulun kendisine ait sekreteryasının, binasının ve bütçesinin bulunmaması gibi hususlar gerek iç



ve gerekse uluslararası kamuoyunda eleştiri konusu" yapılmaktadır.<sup>14</sup>

Yeni düzenlemeye göre: HSYK' nun (22) asıl ve (12) yedek üyeden oluştuğu ve üç daire halinde çalışacağı, Kurul başkanının Adalet Bakanı olduğu, Adalet Bakanlığı Müsteşarının doğal üye olarak Kurulda yer aldığı hükme bağlanmaktadır. Kurulun (4) asıl üyesi yüksek öğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca doğrudan seçilecektir. (3) asıl ve (3) yedek üye Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca; (2) asıl ve (2) yedek üye Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca; (1) asıl ve (1) yedek üye Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından seçilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca; (7) asıl ve (4) yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcıları arasından adli yargı hakim ve savcılarınca; (3) asıl ve (2) yedek üyesi idari yargı hakim ve savcıları arasından idari yargı hakim ve savcılarınca seçilecektir.

Yine aynı düzenlemede; HSYK üyeleri dört yıl için seçilecek, süresi biten üyeler yeniden seçilebilecek, üye seçimi üyelerin görev süresinin dolmasından önceki 60 gün içinde yapılacaktır. HSYK, üç daire ve bir Genel Kurul şeklinde çalışacaktır. Kurulun yalnızca "meslekten çıkarma" cezasına ilişkin kararlarına karşı yargı yolu açık olacaktır.

Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adli ve idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; ancak bir aday için oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılacaktır.

Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanı olan Adalet Bakanına aittir. Ancak, Adalet Bakanı dairelerin çalışmalarına katılamayacaktır. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkan vekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkan vekiline devredebilir.

Kurul, adli ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme,

yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı olan Adalet Bakanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Ayrıca; düzenlemede HSYK' na bağlı bir Genel Sekreterlik de öngörülmektedir Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcıları, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.

Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.<sup>15</sup> Sırası gelmişken burada şunu da ifade etmek gerekmektedir. Kurulun daireleri tarafından verilen kararlara karşı itirazlar kararı veren kurul üyelerinin katılmadığı genel kurulda görüşüleceğinden etkin itiraz mekanizması da kurulmuş olacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kayasu – Türkiye dosyasındaki Türkiye aleyhine verilen ihlal gerekçesi de ortadan kalmış olacaktır.

Değişiklik paketi ile Anayasaya eklenen Geçici 20. maddede; yeni HSYK üyelerinin seçim şekli, nitelikleri, sosyal ve mali hakları düzenlenmiştir.<sup>16</sup>



Görüldüğü gibi yapılan düzenleme ile geniş tabanlı, ilk derece mahkemelerinin yeterince temsil edildiği, yüksek yargıdan çok sayıda üye ile Adalet Bakanının ve Müsteşarının yer aldığı değişik toplum kesimlerinden uzmanların olduğu, kendi sekreteryası ve bütçesi bulunan bir Kurul öngörülmektedir. Hakim ve savcılarının denetimi, inceleme ve soruşturma işlemleri HSYK'nun görev ve yetkisi dahilindedir. Bu haliyle yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hakim teminatı ilkelerine göre oluşturulan HSYK, şimdikinden çok daha demokratik bir yapıda, uluslararası normlara uygun ve hesap verebilir niteliktedir. Ayrıca; bilindiği suçla mücadele politikasının belirlenmesi ve yargının fiziki gelişimi ile genel yargı bütçesinin oluşturulmasından siyasi iktidar sorumludur. Adalet Bakanının Kurulda olmasının bir faydası da bu konularda siyasi iktidarın görüşlerinin Kurulla paylaşılmasının sağlanmasıdır.

## SONUÇ

Yargının tamamen kendi kendisini yönetmesi yönündeki teori modern zamanlarda pek kabul görmemektedir. Kaldı ki, Parlamenter sistemde yumuşak bir kuvvetler ayrılığı öngörülmekte, etkin bir yönetim için erklerin birbirleri ile işbirliği yapması zorunlu olmaktadır. Bu açıdan, parlamenterizmde kuvvetler ayrılığı, devletin yasama, yürütme ve yargı olarak tanımlanan üç erki arasında etkili bir kontrol ve dengeyi de gerektirmektedir. Buna göre yasama ve yürütme erkleri yargı tarafından nasıl denetleniyorsa, yargı erkinin işleyişi sırasında denge ve demokratik meşruiyet açısından Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarının HSYK' da yer alması uygun görülmelidir.

Yargı bağımsızlığı, sorumsuzluk olarak kabul edilmemelidir. Tam tersi yargı yetkisinin "Türk Milleti adına" bağımsız mahkemelerce kullanılması, en baştan yargı mensuplarının da hesap verebilir bir konumda olmasının gerektirir. Bu bağlamda yargı bağımsızlığı, tarafsızlık ile birlikte ele alınmalı, yargı bağımsızlığı adı altında yargı tarafsızlığını şüpheye düşürecek hiçbir tavır ve harekete sebebiyet verilmemelidir.

Anayasada öngörülen yeni HSYK, tarafsızlık ve şeffaflık ilkesi çerçevesinde geniş tabanlı temsil, üyelerinin büyük çoğunluğunun hakim ve savcılardan oluşması,

Kurulun kararlarına karşı etkin itiraz yolu ve buna ek olarak meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yolunun açılması, kendine bağlı denetim biriminin, ayrı bir sekreteryasının ve bağımsız bütçesinin olması, hakim ve savcılarının denetimi, haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Kurul kararı ile gerçekleşeceği bir sistemin ihdası ile daha demokratik, bağımsız ve tarafsız bir yapıya sahip olmaktadır. Bu haliyle, HSYK hem Avrupa'daki örneklerine benzer hem uluslararası belgelerde açıklanan özelliklere haiz, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumlu bulunmaktadır.

Son cümle olarak kanımca HSYK'nun yeni yapısına karşı ileri sürülebilecek en önemli eleştiri; yüksek yargıdan (Yargıtay ve Danıştay üyelerinden) bu kadar fazla üyenin olmasıdır. Nitekim, HSYK'nun yüksek yargı ile ilgili hiçbir görevi bulunmamakta, Kurulun tüm görevleri ilk derece hakim ve savcılar ile alakalı bulunmaktadır. Bu nedenle yüksek yargı organlarından sadece birer temsilcinin Kurulda yer alması yeterli olup onların yerine ilk derece mahkemelerinden hakim ve savcılarının seçilmesinin yönetime katılma ilkesi açısından yerinde olacağını düşünmekteyim.

## DİPNOTLAR

1. Avrupa Birliği 2007 tarihli ilerleme raporu
2. AİHM 2. DAİRE KAYASU -TÜRKİYE DAVASI (Başvuru no: 64119/00 ve 76292//01) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/se-arch.asp?skin=hudoc-en>
3. 2009 Yargı Reformu Stratejisi sayfa 3, [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr)
4. a.g.e. sf. 6
5. a.g.e. sf. 6
6. a.g.e. sf. 13
7. Yargı Reformu Stratejisi eylem planında, sayfa 5-6, [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr)
8. İlerleme Raporları ile İstisari Ziyaret Raporlarına [www.abgm.adalet.gov.tr](http://www.abgm.adalet.gov.tr) adresinden ulaşılabilir.
9. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Hakkında 4. İstisari Ziyaret Raporu sayfa 29, [www.abgm.adalet.gov.tr](http://www.abgm.adalet.gov.tr)
10. Avrupa Hakimler Danışma Konseyi CCJE (2007) 4 sayılı Doküman, [www.coe.int/ccje](http://www.coe.int/ccje)
11. Avrupa Konseyi Danışma Konseyi 2007/10 sayılı kararına [www.coe.int/ccje](http://www.coe.int/ccje) ulaşılabilir.
12. Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu 403/2006 sayılı raporu [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)
13. Genel Gerekçe, TBMM, Anayasa Komisyonu Raporu [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr) adresinden ulaşılabilir.
14. Madde Gerekçesi, [www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil1/ss497.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil1/ss497.pdf)
15. Kanun metnine 13 Mayıs 2010 Tarihli ve 27580 Sayılı Resmî Gazeteden ulaşılabilir.
16. Kanun metni 13 Mayıs 2010 Tarihli ve 27580 Sayılı Resmî Gazete yayımlanmıştır.



Gültekin AVCI

Yazar - Eski Cumhuriyet Savcısı

## ÜÇÜNCÜ CUMHURİYETE DOĞRU YARGI



"Nomos (hukuk) her şeyin kralıdır" diyor tarihçi Herodotus. Gerçekten isabetli bir hukuk sisteminin hükümferma olduğu iklimlerde sistem sorunları bir bir aşılır ve zamanla yok olur gider. Zor olan ise müttekâmil bir hukuk sistemini hayata geçirmek ve hâkim kılmaktır.

Bu minvalde hukuk dizaynının özellikle yerleşik bürokrasinin üzerinde olmasına ve devlet aygıtına ileri derecede hâkim olmasına dikkat etmek gerekmektedir.

Türkiye'nin içinde bulunduğu kırılma ve dönüşüm sürecinde en önemli eksenlerden birisi kuşkusuz hukuk sistemidir. Türk hukuk sisteminin sorunsallığının altında yatan en önemli sebep ise demokratik algı ve mantalite yetersizliğidir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Paris Şartı, hukuk ve demokrasi vizyonunun isabetli bir şekilde ortaya koyar:

"Demokrasi, temsili ve çoğulcu karakteriyle seçmene hesap verilmesini, kamu makamlarının hukuka

uyumak yükümlülüğünü ve adaletin yansız bir şekilde dağıtılmasını zorunlu kılar. Kimse hukukun üstünde olamaz."

Yani çağımızdaki serencamda Vacherot'nun dediği gibi demokrasi, hukukun ve adaletin temelidir.

Türk yargısının ve özellikle yüksek yargı bürokrasisinin içinde bulunduğu dönemde demokratik standartların yükselmesine yönelik tuhaf direncinin altında demokratik algı eksikliği ve ideolojik angajmanlar mevcuttur. Böyle bir garabet, nihai olarak devletin resmi ideolojik rengini açıkladığı 82 Anayasasının 2. maddesine istinad etmektedir.

İşte sorunsalın bu noktasında Louis D. Brandeis'in şu ifadesi aklımıza gelir:

"Eğer kanunlara saygı gösterilmesini istiyorsak, önce saygı duyulacak kanunlar yapılması gerekir"

Bu gerçekliği yakalayabilmek için kuşkusuz ciddi bir yargısal sistem dönüşümü ve reformu kaçınılmazdır. Tabii olarak normlar hiyerarşisinin üst sırasında yer alan mahcubiyet verici bir darbe anayasasının tas-



fiyesi ve asrı kucaklayan bir sivil anayasanın inşa edilmesi gereklidir.

Yeni bir sivil anayasa inşası için kâfi parlamento çoğunluğuna sahip olmayan siyasal iktidarın, radikal çözümler getirmese de önemli dönüşümler sağlayacak bir anayasa değişikliği paketini hayata geçirmek istediği bir süreçteyiz.

Tek parti düşünceliğiyle kurulan ve 1960'a kadar devam eden Birinci Cumhuriyet, 27 Mayıs 1960 askeri iharetiyle tek parti ideolojisinin silahlandığı ve kurum-sallaştığı İkinci Cumhuriyet dönemi. Ve yaşadığımız dönemde, halkın kendi değer ve tercihlerini yansıtır demokrasi tacını giyen yeni bir Cumhuriyet.

Öyle görülüyor ki Üçüncü Cumhuriyet'in eşliğindeyiz. Üçüncü Cumhuriyet döneminin en önemli özelliği demokrasi tacını taşıyan bir Cumhuriyet karakteristiğidir. Bu itibarla devletten önce birey anlayışı, adalet dağıtımında bireye nazaran devleti tercih eden ve önceleyen perspektifin terk edilmesi önemli dönüşüm varyantlarıdır.

Ama gerek yargı ve gerekse ordu bürokrasisi hala skolastik-tabusal eğilimler ve elitist ayrımcılığa teşne bir vaziyette.

Değişim ve dönüşüm rüzgârlarına direnen bürokratik aygıtların en önemli ikilisi ise ordu ve yargı bürokrasisi.

Özellikle yüksek yargının referandum ve Ergenekon sürecindeki hukuku tamamen göz ardı eden illegal inisiyatifleri çizmeyi aşmış durumda.

Anayasa değişiklik paketindeki Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve işleyişi ile HSYK'nın oluşumu ve işleyişine yönelik düzenlemeler paketin en hayati arterleri durumundadır.

## HSYK açısından

Muhtelif ülkelerdeki yüksek yargı konseyleri açıkça karşımızdayken, HSYK benzeri kurulun oluşumunu tek başına yüksek yargının inisiyatifine vermek demokratik hukuk devleti ile açıklanamaz.

Batıda hiçbir Avrupa ülkesinde üyelerinin tamamını yüksek yargının seçtiği bir kurul mevcut değildir. AB sistemindeki ülkelerde bu tür kurulların üye seçiminde karma usul benimsenmiştir. Kaldı ki üyelerinin tamamının yargı tarafından belirlendiği kurul yargı bağımsızlığına katkı sağlamaz; bilakis ilk derece mahkemelerindeki yargı mensupları üzerinde yüksek yargının daha ezici ve yönlendirici bir aktör haline gelmesine yol açar.

Gerek yüksek yargının, gerek HSYK'nın ve gerekse Anayasa Mahkemelerinin oluşumunda sadece hukuki meşruiyet değil demokratik meşruiyet prensibinin gözetilmesi önem arz etmektedir. Diğer yandan Avrupa'daki bu ülkeler içerisinde HSYK muadili yüksek yargı konseylerine parlamentonun üye seçmediği bir emsal yoktur. Bu ülkelerde parlamentonun belirli sayıda üye seçmesinin "demokratik meşruiyet" açısından önemi de göz önünde tutulmaktadır.

Anayasa değişikliği paketinde HSYK'nın oluşumuna ilişkin göze çarpan hususlar ise Kurul üye sayısının artırılması (7 üyeden 21 üyeye), karma oluşum sisteminin benimsenmesi ve Kurul'un kendi sekreteryasına kavuşturulmasıdır. Bununla birlikte pakette TBMM, Kurul'a üye seçmemekte ve adalet bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarının Kurul üyeliği devam etmektedir.

Batıda hiçbir Avrupa ülkesinde üyelerinin tamamını yüksek yargının seçtiği bir kurul mevcut değildir. AB sistemindeki ülkelerde bu tür kurulların üye seçiminde karma usul benimsenmiştir. Kaldı ki üyelerinin tamamının yargı tarafından belirlendiği bir kurul yargı bağımsızlığına katkı sağlamaz; bilakis ilk derece mahkemelerindeki yargı mensupları üzerinde yüksek yargının daha ezici ve yönlendirici bir aktör haline gelmesine yol açar.

Paketin ilk halinde mevcut olan Parlamentonun HSYK'ya üye seçmesi kriterinin, Batıdaki örneklerinin aksine olarak paketten çıkarılması isabetsiz olmuştur. Ama bu haliyle bile HSYK'nın mevcut paketteki deği-



Değişiklik paketindeki haliyle HSYK'ya ilk derece mahkemelerinin üye seçme imkânına sahip olması, Kurul'da geniş temsil esasına yer verilmesi Avrupa Konseyinin vurguladığı hususlarla uyum arz etmektedir. Fakat HSYK'ya TBMM'nin üye seçememesi, AB standardıyla uyuşmayan en önemli noktadır. Avrupa'da HSYK muadili yüksek yargı konseylerine Parlamento'nun üye seçmesinin demokratik meşruiyet açısından vazgeçilmez öneme sahip olduğu muhtelif raporlarda da belirtilmektedir.

şık hali, muhalefet partilerinin ve yargı bürokrasisinin hukukla ve demokrasiyle açıklanamayacak direnişine muhatap olmuştur. Üstelik 21 üyenin 14'ü yargı mensupları tarafından seçilecektir.

Değişiklik paketindeki haliyle HSYK'ya ilk derece mahkemelerinin üye seçme imkânına sahip olması, Kurul'da geniş temsil esasına yer verilmesi Avrupa Konseyinin vurguladığı hususlarla uyum arz etmektedir. Fakat HSYK'ya TBMM'nin üye seçememesi, AB standardıyla uyuşmayan en önemli noktadır. Avrupa'da HSYK muadili yüksek yargı konseylerine Parlamento'nun üye seçmesinin demokratik meşruiyet açısından vazgeçilmez öneme sahip olduğu muhtelif raporlarda da belirtilmektedir.

Üye sayısının artırılması ve 21 rakamı oldukça isabetlidir. Böyle bir aritmetikte HSYK'da Adalet Bakanı ve müsteşarının üye olarak bulunması hiçbir belirleyicilik ve yönlendiricilik arzetmemektedir. Kaldı ki AB ülkelerinde mevcut olduğu gibi Adalet Bakanının siyasal hesap verme mükellefiyetinde bir kimlik taşıması cihetiyle Kurul'da olması gereklidir.

Netice itibarıyla paketteki değişik HSYK, ideal olmasa da mevcut halinden kuşkusuz daha ileri ve isabetli bir sistemdir.

## Anayasa Mahkemesi açısından

Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşumu ile ilgili değişiklikler Avrupa standardına ulaşma noktasında kaçınılmaz reformlar olmasına rağmen bunun yargı bağımsızlığını ihlal edeceğini söylemek, AB örneklerine ve üniversal hukuk sistematığına kör olmakla eşdeğerdir.

Diğer yandan Anayasa yargısı teknik bir hukuk faaliyeti değil, hakikatte siyasal bir faaliyettir. Zira faaliyete esas teşkil eden metin olan anayasalar, siyasal metinlerdir. Böylelikle İtalya'da Anayasa Mahkemesi yargının bir parçası değildir. Fransa'da ise Anayasa denetimini Anayasa Konseyi yapmaktadır.

Özellikle Anayasa mahkemelerinin oluşumunda Parlamento inisiyatifini sınırlayan tek ülke Türkiye'dir. Bir darbe anayasası olan 1961 Anayasası'nda bile Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte birini TBMM seçmekteydi.

Bu pakette parlamento büyük ölçüde devre dışı bırakılmış ve maalesef 1961 anayasasının gerisinde kalınmıştır. Parlamento Anayasa Mahkemesine 3 üye atayacak ki, bu da sembolik bir inisiyatif olacaktır. Lakin Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesine üye atama hususunda ciddi bir inisiyatif tanınmıştır. Cumhurbaşkanı'nın artık halk tarafından seçildiği düşünüldüğünde bu durum makul karşılanabilirse de, demokrasinin asli kalbi parlamentolar olduğu hakikati göz ardı edilmemelidir. Zira parlamento bütün siyasal iradeyi temsil eder.

Ayrıca Anayasa Mahkemesine Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden üye seçilmesi düzenlemesi de yanlış olmuştur. Hiçbir askerî mahkemeden üye seçilmeliydi. Zira Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 1961 Anayasası'nın öngörmediği, 12 Mart 1971 müdahalesi sonrasında hayata geçirilmiş ve askerî bürokrasiyi idari sorunlarda da sivil zeminden koparan bir kurumdur.

Nihai olarak Anayasa Mahkemesinin tabiatı itibarıyla sadece yargısal değil siyasal bir kurum olduğunu belirtmek gerekmektedir. Anayasa yargısının duayeni Avusturyalı meşhur hukukçu Hans Kelsen de bunu açıkça ifade etmiştir. Kelsen, 'Negatif kanun koyucu' olarak nitelediği Anayasa Mahkemelerinin siyasal bir kurum olduğunu, bunun için de üyelerinin siyasal organlarca seçilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.

Demokratik dünyadaki emsalleri istikametinde tam olmasa da kısmen değiştirilmesi istenen bu iki kurum (HSYK ve Anayasa Mahkemesi), tuhaf bir şekilde sta-



tükünün iki yaman müdafii kesilmiştir. Diğer yüksek yargı da bu hukuksuz ve antidemokratik tutumu inanılmaz bir şekilde paylaşmaktadır.

Statükocu ve ideolojik bir Anayasa Mahkemesi üzerinden siyaset yapma istikrarındaki CHP, AK Parti iktidarının ortaya koyduğu anayasa değişiklik paketini, değişikliklerin anayasanın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine götürmüştür.

Anayasanın 148. maddesi, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinde sadece şekil denetimi yapabileceğini ve davanın esasına asla giremeyeceğini yorandan uzak bir açıklıkta belirtmiştir. Diğer yandan Anayasaya göre hiçbir organ (buna AYM de dâhildir), kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanamaz (md. 6).

Anayasa Mahkemesi, bir tanesi 1987'de bir diğeri ise 2007'de (Cumhurbaşkanını halkın seçmesiyle ilgili anayasa değişikliğinde CHP'nin başvurusunu esasa girmeyerek reddetti) olmak üzere üç kararında bu maddeye uydu ve Anayasaya uygunluk denetimini yetkisizlik sebebiyle reddetti.

Fakat ne garbettir ki, 2008 yılında aynı mahkeme tesis ettiği bu içtihadını tamamen değiştirdi. Ve inanılmaz bir şekilde ilk üç maddeye uygunluk bakımından da denetim yapabileceğini kabul etti. Böylelikle Anayasa Mahkemesi kendisini sistemin ortasına raptetti ve kurucu iktidarı da sahiplenmiş oldu. Yani hem Anayasanın 148. maddesini ve hem de kaynağı anayasada mevcut olmayan bir yetkiyi kullanması hasebiyle Anayasanın 6. maddesini görmezden geldi.

Artık politik bir devrim konseyi kimyasında çalışıyor.

Bu süreçte anayasa değişikliği paketinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması davasında tabii olarak esas incelemesi yapamaz. Yapması gereken sadece şekil denetimidir. (Anayasa değişikliklerine ilişkin şekli denetim, Anayasa değişikliği için lüzumlu olan teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Anayasa. 148)

Kaldı ki şu husus gözden uzak tutulmamalıdır:

Referandumda kabul edilip bunun sonucunun Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce ortada bir düzenleme yoktur. Ortada sadece bir teklif mevcuttur. Teklifin de tek başına hukuki sonuç doğurma kudreti yoktur. Zira referandumda kabul görmeyen bir değişiklik teklifi henüz yürürlüğe girmemiş, hayata geçmemiştir. Hukuken doğmuş bir Anayasa değişikliği olmadığından CHP'nin Anayasa Mahkemesi'ne şekil denetimi açısından on günlük sürede iptal davası açması açıkça hukuka aykırılıktır.

Tüm bu açık hükümlere rağmen, Anayasa Mahkemesi tekrar İstiklal Mahkemesi mantığıyla çalışır ve esasa girerek ve kendisini zorlayarak ilk üç maddeye aykırılıktan iptal kararı verirse, zaten ayaklarının altında ezilmiş olan hukuka ölümcül bir darbe daha vurmuş olur.

Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesinin bu kararı, hiçbir hukuki mesnede dayanmadığından ve anayasanın 6. maddesine aykırı olduğundan "yok-keenlenmek" hükmündedir.

Türkiye'de yargıyı siyasallaştıran iki etkili aktör yargının kendisi ve Genelkurmayın tutumları olmuştur. Parlatonun hiç üye seçemediği bir HSYK'ya karşı çıkmanın hiçbir reel ve rasyonel alt yapısı yoktur.

İdeolojik eğilimler hiçbir zaman hukuk adı altında kimseye dikte edilemez.

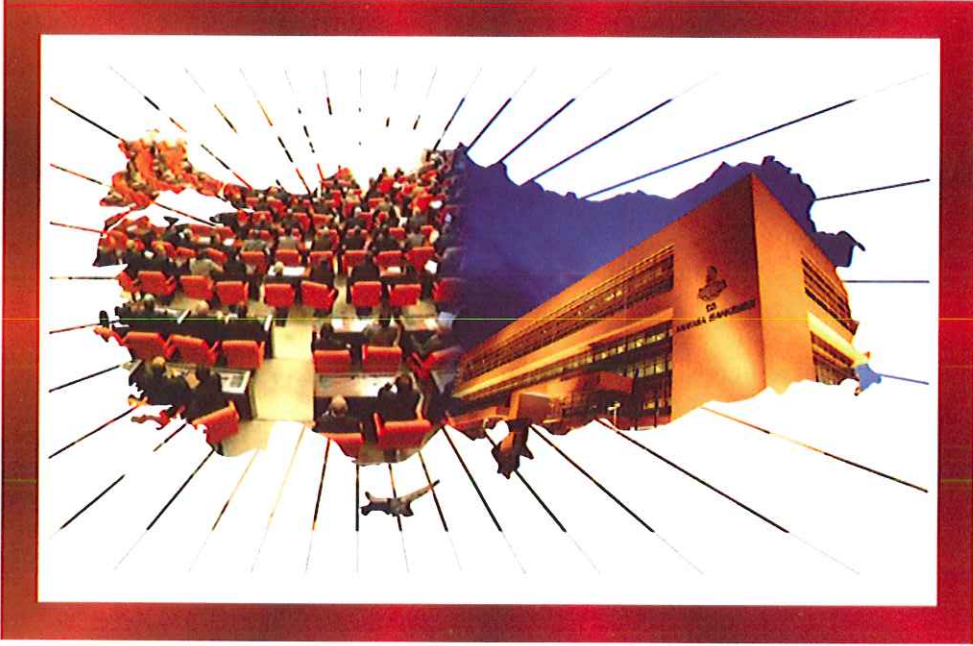
İdeal bir Üçüncü Cumhuriyetin başlaması için öncelikle yargının da ordunun da kendi mecrasına dönmesi gerekmektedir. Referanduma giden bu anayasa paketi ise Üçüncü Cumhuriyet'in işaret fişegidir.

Referandumda kabul edilip bunun sonucunun Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce ortada bir düzenleme yoktur. Ortada sadece bir teklif mevcuttur. Teklifin de tek başına hukuki sonuç doğurma kudreti yoktur. Zira referandumda kabul görmeyen bir değişiklik teklifi henüz yürürlüğe girmemiş, hayata geçmemiştir. Hukuken doğmuş bir Anayasa değişikliği olmadığından CHP'nin Anayasa Mahkemesi'ne şekil denetimi açısından on günlük sürede iptal davası açması açıkça hukuka aykırılıktır.



Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## YARGIÇLAR HÜKÜMETİ ve TÜRKİYE'DE YARGI REFORMU ÜZERİNE



### GİRİŞ

Anayasalı bir devlet modelinin oluşturulması çabalarının temelinde, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak, siyasal iktidarın keyfî yönetiminin önüne geçilmesi fikri bulunmaktadır. Bu fikir de “hukuk devleti idealinde” somutlaşmaktadır. Siyasal iktidarın hukukla sınırlandırılması, yani hukuk devletinin gerçekleştirilmesi açısından iki araçtan bahsedilmektedir; Birincisi, siyasi iktidarın uymak zorunda olduğu üstün kurallar bütünü olan bir anayasanın bulunması, ikincisi ise kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, mutlak iktidarın yozlaşmayı da beraberinde getireceği faraziyesine dayanarak, gücü güçle sınırlandırma esasına dayanmaktadır. Bu kabule göre, egemenliğin üç farklı fonksiyonu olan kural koyma (yasama), bu ku-

ralları uygulama (yürütme) ve uyuşmazlıkları çözme (yargı) etkinliklerinin farklı organlar arasında paylaştırılması gerekmektedir.

Hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkesi, zorunlu olarak devlet kaynaklı işlemlerin yargısal denetimini gündeme getirmektedir. Yasama ve yürütme erkinin işlemleri, diğer erk olan yargı tarafından denetlenecektir. Burada da, yargı denetiminin sınırı ve bu denetimin meşruiyeti sorunu ile karşılaşmaktayız. Özellikle yasanın işlemlerini denetleyen anayasa yargısı ve yürütmenin işlemlerini denetleyen idarî yargı bakımından bu sorun daha da derinleşmektedir. Bu yargı yerlerinin denetlediği işlemler genellikle siyasal tercihlerin birer ürünü olmaktadır. Bunları denetleyen yargıçların da siyasal tarafsızlık içinde kalarak, başka bir deyişle hukukilik denetimi dışına çıkmadan karar vermeleri gerekir. Yargısal denetim bunun dışına çıktığında, si-



yasal nitelikli karar verilmesi anlamına gelecektir ki, buna da “yargıçlar hükümeti” denilmektedir.

Kuşkusuz yargı reformu deyimi hayli geniş bir alanı kapsamaktadır. Yargıçların yetiştirilmesinden başlayarak, mesleğe kabulleri, yükselmeleri gibi konular yanında, yargılama aşamalarının sürati, kişilerin yargıya güveninin tesisi, yargının iş yükü çokluğu gibi bir dizi konular yargı reformu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Biz burada, yüksek yargı teşkilatlarının oluşumu, demokratik meşruiyyet ve bu bağlamda yargıçlar hükümeti üzerinde değerlendirmelerde bulunmak istiyoruz.

## I. YARGIÇLAR HÜKÜMETİ KAVRAMI VE YARGININ TARAFSIZLIĞI

### 1.Kavramın Ortaya Çıkışı

“Yargıçlar hükümeti” deyimi, 18.yüzyıl Fransa’sında, kralın yetkilerini kısıtlama amacıyla mahkeme yetkisi de bulunan yerel meclisin (Paris Parlömeni), Kralın çıkardığı kanunları yürürlüğe koymayı reddetmeleri üzerine ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Kavramın 1803’te ABD Yüksek Mahkemesinde görülen “*Marbury v. Madison*” davası sonrasında “yargı yoluyla yönetmek (*government by judiciary*)” biçiminde kullanılmaya başlandığı, hukuk literatürüne, Fransız mukayeseli hukuk uzmanı Eduard Lambert’in 1921 yılında yayımlandığı kitabı ile girdiği belirtilmektedir. Yargıçlar hükümeti deyiminin, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı ilkesine karşı bir tehdit olarak kullanılması ise, 1930’lu yıllarda ABD başkanı Roosevelt’in, büyük ekonomik krizden çıkmak için uygulamak istediği reform yasalarına Federal Mahkemenin karşı durması sonucu olmuştur. Başkanın önerdiği iktisadi ve sosyal reform yasalarını Yüksek Mahkeme anayasaya aykırı bulmaktadır. Bu direnişi kırmak için Başkan, mahkemenin yapısını değiştirme tehdidinde bulunmuş, ancak bu tehdit gerçekleşmeden mahkeme içtihadını değiştirerek anayasal krizin önüne geçmiştir.

Yargıçlar hükümeti deyimi, yasama, yürütme ve yargı güçleri arasındaki kuvvetler ayrılığı ilkesinin,

yargı gücü tarafından çiğnenmesi anlamına gelmektedir. Yargının, özellikle anayasa yargısının, kendi yetki alanını aşarak, yasama ve yürütmenin yetki alanına tecavüz edip, siyasal tercihlerine göre karar vermesi demektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, yargının siyasal nitelikli karar vermesi, yine hukukilik denetimi sınırını aşarak yerindelik denetimi yapması, yargıçlar hükümeti yönteminin ortaya çıkması demek olacaktır.

## 2.Hukuk Devleti- Kuvvetler Ayrılığı İlişkisi

Kuvvetler ayrılığı rejimi, Devlet yönetiminde birbirinden farklı üç temel görev olduğu, yasama, yürütme ve yargıdan oluşan bu görevlerin her birini yerine getiren bir güç bulunduğu ve bunların birbirinden bağımsız bir statüye sahip olması gerektiği esasına dayanmaktadır. Siyasi düşünce tarihinde Montesquieu’nün adıyla özdeşleşen kuvvetler ayrılığı teorisi, tek elde toplanan iktidarın baskısına karşı, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlamaktadır. Zira bu üç kuvvetin aynı elde toplanması, istibdada yol açacaktır. Kuvvetler ayrılığı rejimi her şeyden önce siyasi bir kavramdır. Devlet yönetiminin bu güçler arasında paylaştırılarak karşılıklı bir dengeyi sağlanması ve bu yolla hak ve özgürlüklerin korunması amaçlanmaktadır.

Anayasanın ikinci maddesi *serlevha* olarak ilan etmektedir ki Devletin en başta gelen niteliği *hukuk devleti* olmasıdır. En geniş anlamıyla “hukuk devleti” hukukun üstün olduğu, hukuk kurallarının, onu koyanlar da dahil olmak üzere her kişi ve kuruluşu bağladığı, kişilere hukuk güvenliğinin sağlandığı devleti deyimler. Şu halde hukuk devletinin özünü, devletin hukuka bağlılığı, devlet organlarının hukukun içinde kalarak işlem ve eylemler yapabilmesi oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesini, devletin bütün organlarının hukuka bağlı kalması ve tüm faaliyetlerinin yargısal denetime açık olması, şeklinde tanımlamaktadır. Yine yüksek mahkeme, “yargı denetiminin, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturan temel öğe olduğunu” vurgulamıştır. Danıştay da kararlarında hukuk devleti ilkesinin içeriğini belirlerken devlete, hukuk devleti vasfının ve güvencesini veren en önemli esas yargısal denetim-



Yargıcın tarafsızlığı, yargıcın davanın tarafları ile olan ilişkileri yanında kendi inanç, siyasi eğilim ya da ideolojisinin, karar verme sürecinde etkili olup olmadığı ile ilgilidir. Yargıcın, davanın tarafları ile olan duygusal yakınlığı ya da uzaklığı, yine yargıcın inançları, siyasal eğilimleri, karar verme aşamasında etkili oluyor ise, tarafsızlık zedelenmiş demektir.

dir ilkesini ortaya koymuştur. Yüksek mahkeme bir kararında, "... idarî tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabındandır..." diyerek bunu açıkça ortaya koymuştur. Bu açıklamalar gösteriyor ki, tüm devlet organlarının faaliyetlerinin yargısal denetimi, hukuk devletinin olmazsa olmaz (sine qua non) ilke ve kuralıdır.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, bir sistemin hukuk devleti olabilmesi, devlet kaynaklı tasarrufların, yargısal denetime tabi olmasına bağlıdır. Bu durumda, yasama ve yürütme dışında bunlardan bağımsız bir yargı gücünün varlığını, kısaca kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabulünü zorunlu kılmaktadır.

### 3.Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Yargılama sürecinin, yargıcın objektifliğine halel getirebilecek her türlü etkidenden arındırılması gerekir. Bu objektifliği sağlamanın "bağımsızlık" ve "tarafsızlık" şeklinde iki önemli garantisi bulunmaktadır.

*a.Mahkemelerin Bağımsızlığı:* Mahkemelerin bağımsızlığı, "mahkemelerin gerek yürütme gerek yasama organına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı" demektir. Öte yandan yargının, yargıya karşı bağımsız olması da üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir husustur. Bu husus 1982 Anayasasının 9. maddesinde (1961 AY, m.7) "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır", 138. maddede "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdır... Hiçbir organ, makamı merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir ve talimat ve-

remez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz" şeklinde ifade edilmiştir.

Anayasanın 138-142 maddeleri yargı bağımsızlığının sağlanmasına matuf hükümler ihtiva etmektedir. Bağımsızlık konusu bakımından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı ve işleyişine ilişkin tartışmalar önemli olmakla birlikte, konunun asıl önemli veche-sinin "tarafsızlık" olduğunu düşünmekteyiz.

*b.Yargının (Yargıcın) Tarafsızlığı:* Yargıcın tarafsızlığı, yargıcın davanın tarafları ile olan ilişkileri yanında kendi inanç, siyasi eğilim ya da ideolojisinin, karar verme sürecinde etkili olup olmadığı ile ilgilidir. Yargıcın, davanın tarafları ile olan duygusal yakınlığı ya da uzaklığı, yine yargıcın inançları, siyasal eğilimleri, karar verme aşamasında etkili oluyor ise, tarafsızlık zedelenmiş demektir.

Buna göre yargıcın tarafsızlığının iki boyutu bulunmaktadır: 1. Dış tarafsızlık yargıcın davanın tarafları bakımından tarafsızlığı. 2.İç tarafsızlık, yargıcın kendi inanç ve fikirleri bakımından tarafsızlığı.

Yargıcın, davanın taraflarına karşı tarafsızlığını sağlamaya yönelik yargılama usulü kanunlarında, yargılama yasakları, hâkimin çekilmesi ve hâkimin reddine ilişkin kurallar öngörülmüştür. Bu kurallara uyulup uyulmadığının denetimi nispeten kolaydır. Asıl çözümü zor konu, yargıcın siyasi tarafsızlığı, yani inanç, siyasi eğilim ya da ideolojisinden etkilenmeden karar verebilmesidir.

Yargılama faaliyetinin -diğer iki organdan farklı olarak- "siyasi olmayan" ya da olmaması gereken bir işlev olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, yargının üstlendiği görev, yasamanın ve yürütmenin görev ve yetki alanına giren ülkeyi yönetmek ve genel siyaseti



belirlemek değil, hukuku somut olaylara uygulayarak hukuki uyumsuzlukları çözmektir. Bu ise özünde politik değil, teknik-hukukî bir faaliyet olarak ifade edilmektedir.

Ne hukukun oluşumu (kuralları koyma faaliyeti) ne de yargılama faaliyeti, tamamen teknik boyuttadır. Har iki faaliyet de başka faktörlerden etkilenmeyen tamamen bağımsız gerçeklik değillerdir. “Kuralların tarafsız uygulayıcısı yargıç”, bir gerçeklikten ziyade “ideal” bir tiptir. Toplum içindeki statüleri, diğer siyasi aktörlerden etkilenmeyecek şekilde belirlenmiş olsa da, yargıçların toplumdaki siyasi güç dengelerinden, hakim olan siyasi fikir ve anlayışlardan, yine kuralları yorumlarken kendi inanç ve siyasi düşüncelerinden hiç etkilenmeyeceğini söylemek gerçekçi olmaz. Ne var ki, hukukun tamamen siyasi olduğunu söylemek de hukuku reddetmek demektir. Hukukun belli oranda özerkliğe sahip olduğu, yargılama faaliyetinin teknik-hukukî yönünün ağır bastığını kabul etmeyen bir medeni ülke bulunmamaktadır. Adaletin ve hukukî güvenliğin sağlanması, hukukun özerkliği düşüncesinin ve “tarafsız yargıç” idealinin korunmasını zorunlu kılmaktadır. Tam anlamıyla gerçekleşmesi mümkün değildir diye bu değerleri hafife almak doğru bir yaklaşım olmaz. Doğru davranış, yargıçların kendi konum ve işlevlerini doğru kavramaları konusunda ısrarlı olmaktır. Bu ise hukuk eğitimi üzerinde titizlikle durmak ve yargı kararlarını ciddi ve bilimsel olarak sürekli eleştiriye tabi tutmakla mümkündür.

Yargıcın siyasi tarafsızlığı, yargıcın karar verirken kendi inanç ve siyasi düşüncelerinin etkisinde kalmaması demektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu alan konunun en müşkül yanını oluşturmaktadır. Yargıcın kendi inanç ve siyasal düşüncesi etkisinde kalarak karar verdiğini tespit etmenin zorluğu yanında, yargıcın siyasal tarafsızlığını temin edecek bir teori geliştirmek ve buna göre önlemler almak pek kolay gözükmemektedir.

#### 4. Yargılama Yetkisinin Sınırı: Yerindelik Denetimi Yasağı

Yargıçların siyasal tarafsızlığının yoğun şekilde gündeme geleceği iki alan bulunmaktadır. Bunlar ana-

Adaletin ve hukukî güvenliğin sağlanması, hukukun özerkliği düşüncesinin ve “tarafsız yargıç” idealinin korunmasını zorunlu kılmaktadır. Tam anlamıyla gerçekleşmesi mümkün değildir diye bu değerleri hafife almak doğru bir yaklaşım olmaz. Doğru davranış, yargıçların kendi konum ve işlevlerini doğru kavramaları konusunda ısrarlı olmaktır. Bu ise hukuk eğitimi üzerinde titizlikle durmak ve yargı kararlarını ciddi ve bilimsel olarak sürekli eleştiriye tabi tutmakla mümkündür.

yasa yargısı ve idarî yargı alanlarıdır. Birisi yasama organının, diğeri ise yürütme organının bir nevi siyasal tercihleri üzerinde yargısal denetim faaliyeti yürütmektedir.

Yargıçların, yargılama sürecinde “iğvaya” kapılma ihtimallerinin en yüksek olduğu alan anayasa yargısı ve idarî yargıdır. Bu iğva da, hukukilik denetimi sınırının aşarak, yerindelik denetimi yapılmasında ortaya çıkmaktadır. Yerindelik denetimi yapılması da “yargıçlar hükümeti” deyiminin karşılığını oluşturmaktadır.

Anayasa ve idare yargıcının, “hukukilik denetimi” sınırını aşıp aşmadığının tespiti bakımından, “yerindelik denetimi yasağı” önem arz etmektedir

a. Yerindelik Denetimi Yasağı

Yaklaşık bir buçuk asır önce Montesquieu, yargıcın kendini yasa koyucu yerine koymasının sakıncalarına işaret etmiştir. Yasama ve yürütmenin keyfi davranmasının önüne geçmek için yargısal denetim öngörülmektedir. Eğer yargıçlar, kendilerini yasa koyucu



yerine koyarak hareket ederseler, yargı, iktidarların keyfiliğine karşı güvence olmaktan çıkar. Yerindelik kavramının ne anlama geldiğini açıklamadan önce hukukumuzdaki düzenlemelere bakalım.

Anayasa yargısı bakımından Anayasada “yerindelik denetimi yasağından” açıkça söz edilmemektedir. Ancak Anayasanın 153. maddesindeki “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” şeklindeki düzenleme yerindelik denetimi yasağını ifade etmektedir. Bu bakımdan anayasa yargısının da yerindelik denetimi yapamayacağına kuşku yoktur.

İdari yargı bakımından Anayasanın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/2. maddesinde, idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu., yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez hükmü, yanında “*idari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar*” şeklinde bir hüküm daha bulunmaktadır. Bu yerindelik kavramı, kavramın muğlaklığından olmalı ki, 1982 Anayasasının 125/4. maddesinde yer verilmemiştir.

Görüldüğü gibi yasada *yerindelik* kavramının ne anlama geldiği açıklanmamaktadır. Dolayısıyla bu kavramın içeriğinin doldurulması öğreti ve içtihatlarla kalmaktadır. Yerindelik kavramı açıklanmaya çalışılırken de onunla yakın ilişki içinde olan, hatta bazen iç içe giren takdir yetkisi ile birlikte ele alınmaktadır.

Öğretide yerindelik kavramının ne anlama geldiği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yerindelik kavramı, takdir yetkisinden ayrı bir kavramdır. Bu yaklaşıma göre, takdir yetkisi, işlem-den bağımsız, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Yerindelik ise, işlemle ortaya çıkan, süreklilik arzeden bir durumu belirtir. Yerindelik alanı, tamamen takdir alanının içine sokulamaz. Takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda mutlaka yerindelik söz konusudur denemez. İşlemin konu unsurunda idareye bir seçim ya da tercih olanağı verildiğinde, bu da harekete geçme zamanının belirlen-

mesinde, yapılacak işlemin tercih edilmesinde yerindelik söz konusu olur. Kısaca yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetiminin dışında kalan kısmıdır ve yargı denetimi dışındadır.

Diğer bir görüşe göre, yerindelik kavramı-takdir yetkisi ayırımı yapılamaz. Böyle bir ayırım yapılırsa, yerindelik alanının yargısal denetime tabi olmayacağı, kabulü anlamına gelir ki bu da işlemi tamamen takdiri işlem şekline sokar, buna hukuk devletinde cevaz verilemez. Yerindelik, takdir yetkisi alanında cereyan eder. Takdir yetkisi yerindelik alanlarında bulunur. Başka bir ifade ile İdarenin takdir yetkisi varsa, ancak o zaman yerindelik tartışması yapılabilir.

Yerindelik denetimi yasağının kapsamına nelerin girdiği konusunda bir ittifaktan söz edilemez ise de, şu hususların yerindelik kapsamı içinde olduğunu ifade edebiliriz:

- Maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi.
- Belli bir yönde hareket edip etmeme serbestliği.
- Harekete geçme yer ve zamanının saptanması serbestliği.
- Kullanılacak yöntem, araç ve gerecin seçimi serbestliği.
- Yürütülen faaliyetin kamu yararına uygun düşüp düşmediğinin tespiti.

İdari yargıda olduğu gibi, anayasa yargısında da işlemin beş unsuru (yetki, şekil, sebep ve amaç) bakımından hukuka ya da anayasaya uygunluk denetimi yapılır. Yetki ve şekil unsurları bakımından yargısal denetimde fazla sorun çıkmaz. Yetki unsuru bakımından Yürütme ve Yasamaya bir takdir alanı bırakılmamıştır. Şekil unsurunda da benzer şeyler söylenebilir. Dolayısıyla bu unsurlara ilişkin yargısal denetimde yerindelik denetimi sorunu pek yaşanmaz.

İster anayasa yargısında, isterse idari yargıda olsun yerindelik denetimi sorunu diğer unsurlar olan sebep ve konu unsurları açısından ortaya çıkabilecektir. Sebep unsuru, işlem yapan merciyi, işlem yapmaya iten maddi ya da hukuki durumlardır. Burada yargının yapacağı denetim çok sınırlıdır. Sebebin kanunda açıkça belirtildiği durumlarda, bu sebebin var olup olmadığı denetlenebilir. İşlemin konusunun mümkün olup ol-



madığı ve hukuken yasaklanan bir konu olup olmadığı denetlenabilir.

Amaç unsuruna gelince, tüm kamusal işlemlerin bir tek amacı vardır, o da “kamu yararı”dır. Kamu yararının içeriğini belirleme yetkisi yasama ya da yürütmeye ait bir yetkidir. Neyin kamu yararına olup olmadığının yargı tarafından tespit edilmeye kalkışılması, yerindelik denetimi anlamına gelecektir.

Anayasanın 153. maddesindeki “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” hükmü ile ilgili en çarpıcı örnek, yükseköğretim kurumlarında kılık-kıyafete ilişkin düzenlemelerde karışımıza çıkmıştır. Olayın özeti kısaca şudur.

-Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde 1987 tarihli değişiklik ile, “çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak” disiplin suçu olarak düzenlenmiş, bu kurala aykırı davranan öğrenciler hakkında da çeşitli disiplin cezaları (üniversiteyle ilişkisinin kesilmesi gibi) verilmiştir.

-Bu sorunun giderilmesi amacıyla 1988 tarihli ve 3511 sayılı kanunla, 2547

sayılı kanuna “Yükseköğretim kurumlarında... Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir” hükmünü içeren Ek.16. madde eklenmiştir. Bu yasal düzenleme Anayasa Mahkemesi önüne gitmiş ve Anayasa Mahkemesi 7.3.1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararı ile, Anayasada yer alan laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

-Yasama organı tekrar devreye girerek, 1990 tarih ve 3670 sayılı kanunla 2547 sayılı kanuna, “yürürlükteki kanunlara aykırı olnamak kaydı ile; Yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir” hükmünü içeren Ek.17. maddeyi eklemiştir. Bu düzenleme de Anayasa

Mahkemesi önüne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi 2.4.1991 tarih, E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararı ile ilginç bir tutum sergilemiştir. Mahkeme söz konusu yasal düzenlemeyi anayasaya uygun bularak davayı reddetmiştir. Ancak ret kararı verirken bir de yorumda (yorumlu-ret kararı) bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi bu yorumunda, üniversitelerde başörtüsü serbestisinin anayasadaki laiklik ilkesine aykırı olduğunun daha önceki kararda açıklandığını vurguladıktan sonra, kanunda yer alan “yasa” deyimi anayasayı da kapsadığını, dolayısıyla Ek. 17. maddedeki düzenlemenin başörtüsüne serbestlik getirmediğini belirtmiştir.

-Bu sorunun giderilmesi bakımından, 2008 tarihinde Anayasa değişikliği yoluna gidilmiş, anayasanın 10.

ve 42. maddelerinde değişiklik yapılmış, Anayasa Mahkemesi bu değişikliği de iptal etmiştir.

Bu gelişmelere baktığımızda, Yasama organı ısrarla serbestlik getirmek istemektedir. İki defa yasa, bir defa da anayasa değişikliği yaptığına göre, bu husun laikliğe aykırı olmadığını ortaya koymaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi de ısrarla yasaklama yolunda kararlar almaktadır. 2547 sayılı Kanunun Ek.17. maddesi halen yürürlükte olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin yorumuna

dayanarak yasak devam etmektedir. Anayasanın 153. maddesinde yer alan, Anayasa Mahkemesi “kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” hükmüne aykırı bir durumun bundan daha açık örneği bulunamaz.

Yargıcın siyasal nitelikte karar vermesi yahut yerindelik denetimi yapması demek olan “yargıçlar hükümeti”, en çok anayasa yargısında ortaya çıkmaktadır. Bu hususa biraz daha detaylı eğilmekte fayda var.

#### **b.Egemenliğin Kullanımı ve Yargıçlar Hükümeti**

Hukuk bilimi açısından Devlet, belli bir ülke üzerinde yaşayan insan topluluğunun oluşturduğu siyasi



ve hukukî teşkilat olarak tanımlanabilir. Devlet kavramının en başta gelen unsuru “egemenlik”tir. Fransızca da egemenlik karşılığı olarak kullanılan “*souveraineté*” kelimesi, Latincedeki “*superanus*” kökünden gelmekte olup, “en üstün güç” anlamına gelmektedir. Egemenlik, en üst emretme ve kural koyma gücü, başka bir ifade ile “hukukî aslı ve yüce bir iktidar” demektir. Buradaki iktidar, salt bir güç olayı olmayıp, belli bir hukuk düşüncesine dayanır ve bireyler tarafından bu gücün kuralları koymaya yetkili olduğu kabul edilir.

İktidar ya da egemenlik, emretme ve itaat ilişkisine dayanmaktadır. İşte bu aşamada kural koyma ve emretme yetkisinin meşruluğu sorunu gündeme gelmektedir. İktidarın meşru olması, yönetilenler tarafından kabul görmesi ve ona itaat edilmesi anlamına gelir. Eğer bir iktidar, ona itaat edilmesi konusunda toplumda bir uzlaşma (consensus) varsa meşrudur. Meşru olmayan iktidar da kaba bir güçten başka bir şey değildir. Egemenliğin yasama (kural koyma), yürütme ve yargı olmak üzere üç unsurunun olduğu kabul edilmektedir.

İktidarın meşruluğu konusunda çok farklı yaklaşımlar bulunmakla

birlikte bu gün yaygın olarak kabul gören yaklaşım demokratik meşruluk görüşüdür. Buna göre egemenliğin kaynağı halk iradesidir. Bu durumu 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nin 3. maddesindeki “*Her hakimiyetin özü esas itibarıyla millettir; hiçbir heyet, hiçbir fert sarahatle millettan gelmeyen herhangi bir otoriteyi kullanamaz*” hükmü çok veciz bir şekilde ifade etmektedir.

İktidarın meşruluğu konusunda çok farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte bu gün yaygın olarak kabul gören yaklaşım demokratik meşruluk görüşüdür. Buna göre egemenliğin kaynağı halk iradesidir. Bu durumu 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nin 3. maddesindeki “*Her hakimiyetin özü esas itibarıyla millettir; hiçbir heyet, hiçbir fert sarahatle millettan gelmeyen herhangi bir otoriteyi kullanamaz*” hükmü çok veciz bir şekilde ifade etmektedir.

Demokratik meşruiyet ve egemenliğin kaynağına ilişkin düzenleme, bizim hukukumuzda açık olarak 1921 Anayasasının (Teşkilât-ı Esasiye Kanunu) 1. maddesindeki “*Hakimiyet bilâkaydû şart milletindir. İdare usulü, halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir*” hükmü ile girmiştir. Aynı konu 1924 Anayasasının (Teşkilât-ı Esasiye Kanunu) 3. maddesinde “*Hakimiyet bilâkaydûşart Milletindir*” (3). “*Türkiye Büyük Millet Meclisi, Milleti yegane ve hakiki mümessili olup milletin namına hakkı hakimiyeti istimal eder*” (m.4). Bu iki

anayasanın düzenlemesine baktığımızda, egemenliğin kaynağının millette olduğu yanında, halkın bu egemenlik hak ve yetkilerini, esas olarak halkın seçtiği Meclis eliyle kullanacağını vurgulandığını görmekteyiz. Bu bakımdan 1924 Anayasasında Danıştay öngörülmüş ise de yasamayı denetleyecek anayasa yargısı öngörülmemiştir.

Egemenliğin kullanımı konusunda 1961 Anayasası ile esaslı bir değişikliğe gidilmiştir. Anayasanın 4. maddesi hükmü, “*Egemenlik kayıtsız şartsız Türk milletininindir. Millet egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılmasında, hiçbir suretle*

*belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz*” şeklindedir. 1982 Anayasasının 6. maddesi de aynı yaklaşımı devam ettirmektedir. Bunun yanında yasama organının tasarruflarının denetlenmesi için anayasa yargısı da 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir (m.145).

Bu düzenlemelere bakıldığında, halk adına egemenliği kullanma yetkisinin esas olarak seçimle gelen



Meclise ait olduğu anlayışı terk edilmiştir. Onun yanında diğer yetkili organlar da halk adına egemenlik kullanma yetkisine sahip kılınmıştır. Burada önemli nokta demokratik meşruiyet sorunudur.

Yasamanın demokratik meşruiyeti bulunmaktadır. Yürütme, Meclis içinden çıkıp Meclisin onayı ile görev ve başladığına göre onun da demokratik meşruiyetinin bulunduğu söylenebilir. Türk milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemelerin (1961 AY, m.7; 1982 AY, m.9) de demokratik meşruiyete sahip olması gerekir. Mademki egemenlik halktadır, o halde halk adına egemenlik yetkisi kullanan yargıçların (özellikle yüksek yargı mensuplarının) göreve gelmesinde halkın doğru- dan ya da dolaylı söz sahibi olması gerekir. Aksi durum yargıçlar hükümetini kaçınılmaz kılacaktır.

Demokratik meşruiyet açısından öne çıkan Anayasa Mahkemesinin yapısıdır. Seçimle gelen yasama organının işlemlerini denetleyen Anayasa Mahkemesi üyelerinin göreve gelmesinde, halkın ne kadar söz sahibi olduğudur demokratik meşruiyet sorununu gündeme getiren. Demokratik ülkelerde yasama işlemlerini denetleyen mahkeme üyelerinin göreve gelmelerinde belli bir oranda demokratik meşruiyet aranmaktadır.

Amerika Birleşik Devletlerinde federe devlet yargıçları genellikle seçimle, anayasa yargısı görevi yapan Federal Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) üyeleri ise, senatonun onayı ile başkan tarafından göreve getirilmektedir. Birleşik Krallıkta, zaten yazılı bir anayasa olmadığından bizdekine benzer bir Anayasa Mahkemesi de bulunmamaktadır. Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi üyeleri, Millet Meclisi (*Bundestag*) ve Senato (*Bundestrat*) tarafından seçilmektedir. İtalyan Anayasa Mahkemesi (*Corte Costituzionale*) üyelerinin bir kısmı parlamento tarafından, bir kısmı atama, diğer kısmı ise yüksek mahkemeler ile devlet başkanı tarafından göreve getirilmektedir. Fransa'da ise Anayasa Konseyi üyelerinin bir kısmı devlet başkanı, bir kısmı millet meclisi, diğer kısmı ise senato tarafından göreve getirilmektedir.

Bizde 1961 Anayasası demokratik meşruluğa kısmen de olsa dikkate almıştır. Anayasanın 145. maddesinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir kısmının Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay tarafından, bir kısmının Millet Meclisi ve Senato tarafından, diğer bir kısmı da

Cumhurbaşkanı tarafından göreve getirileceği hükme bağlanmıştır. 1982 Anayasasına baktığımızda (m.146), Anayasa Mahkemesine üye belirlemede Meclisin hiçbir söz hakkı bulunmadığını görmekteyiz. Siyasi partileri kapatma, kanunların ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme gibi önemli siyasal sonuçları olan kararlar verme yetkisi ile donatılan bir mahkemenin mutlaka demokratik meşruiyete kavuşturulması gerekmektedir. Bunun yolu da Anayasa Mahkemeleri üyelerinin en azından çoğunluğunun Meclis tarafından seçilmesidir. Aksi halde yargıçlar hükümeti tartışmalarının bir sonu gelmeyecektir.

**Anayasa Yargısı Meşru Mudur?** Anayasa yargısı meşru mudur sorusu tuhaf karşılanabilir. Ancak hemen belirtelim ki, demokratik ülkelerde, anayasa yargısının meşru olup olmadığı halen tartışılan bir husustur.

Anayasa yargısının meşruluğunu savunanlar, normlar hiyerarşisine dayanmaktadırlar. Buna göre, normlar hiyerarşisinde en üst hukuk normları anayasa kurallarıdır. Yasama organının yaptığı kanunlar, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı gereğince, anayasaya uygun olmalıdır. Yasama organının yaptığı kanunun anayasaya uygun olup olmadığı denetlenmeli ve aykırı olanlar geçersiz kılınmalıdır. Bunu yapacak merci de Anayasa Mahkemesidir. Anayasa yargısının meşruluğunu, bazı pratik argümanlara, Anayasa Mahkemesinin temel hakları, yasama organına göre daha iyi koruyacağı yönünde güçlü inançların bulunması ile savunanlar da bulunmaktadır.

Anayasa yargısının gayr-ı meşruluğunu savunan GÖZLER, bu iddiasını aşağıdaki gerekçelere dayandırmaktadır:

a) Bilme alanı-irade alanı: Bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı, bilme ile ilgili olmayıp, irade alanı ile ilgilidir. Bilmeye dayalı olarak değil, sadece irade olarak karar verilen bir husustur.

b) Yorum kaçınılmazdır: Bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına karar verilmesi, hem kanunun hem de anayasanın ne anlama geldiğinin anlaşılması, yani yorumlanması zorunludur. Bir hukuk metni birden fazla anlama gelebileceği gibi, her kişi de farklı anlam çıkarabilir. Bu durumda, mahkeme üyelerinin her biri, farklı bir anlam çıkarabileceği gibi, yasama organı da farklı şekilde yorumlayabilir. Örneğin ABD Federal



Mahkemesinin 1992 tarihli bir kararda, kürtajı yasaklayan bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığı konusunda, dörde karşı beş oyla karar alınmış fakat 9 üyeli mahkemede tam beş ayrı gerekçe ortaya çıkmıştır.

c) Hangi organ daha doğru yorumlar? Anayasa metnindeki kelime ya da kavramların birçoğunun soyut olduğu kuşkusuzdur. Bu kavramların ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması yani yorumlanması gerekir. Yasama organının yorumu mu yoksa Anayasa Mahkemesinin yorumu mu daha doğrudur? Yorumun doğruluğu ya da yanlışlığı olamaz. Ancak "geçerli ya da geçersizliği" olabilir. Hangisini geçerli kabul edeceğiz. Demokratik bir ülkede yasama organının yorumunun geçerli olması gerekir.

Örneğin, Anayasanın 2. maddesinde, devletin niteliklerinden birisinin "laiklik" olduğu yazılıdır. Laikliğin ne anlama geldiği konusunda anayasada başkaca bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, yükseköğretimde başörtüstü serbest bırakmak amacıyla yapılan düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmuştur. Şimdi düşünelim. Yasama organı, yükseköğretimde başörtüstünün serbest bırakılmasının laiklik ilkesine aykırı olmadığını düşünerek düzenleme yapmakta, ancak Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin anayasaya dolayısıyla laikliğe aykırı olduğunu söylemektedir. Her ikisi de aynı anayasanın aynı hükmüne dayanmakta ve yorumlamaktadır. Hangisinin yorumu geçerli olacaktır? Demokratik bir sistemde yasama organının yorumunun geçerli olması gerekir.

d) Anayasa Mahkemesi yanılmaz mı? Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Yargıçlarından Jackson, 1953 tarihli "*Brown v. Allen*" kararında yazdığı ayrışık oyda anayasaya uygunluk denetimi açısından şu çarpıcı ifadelerle yer vermektedir: "*Biz yanılmaz olduğumuz için son sözü söylemiyoruz; tersine son sözü söylediğimiz için yanılmazız*".

Anayasa yargısının varlık sebebi, yasama organının yanılabilirliği, bilerek ya da bilmeyerek anayasaya aykırı davranacağı varsayımına dayanmaktadır. Peki, Anayasa Mahkemesi yanılmaz mı?

Anayasa Mahkemesinin yanılabilirliğine ilişkin birçok örnekler bulunmaktadır. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi 1857 tarihli *Dred Scott v. Sanford* kararında,

bazı eyaletlerde köleliği yasaklayan kanunu, anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme gerekçesinde, yasama organının köleliği kaldırma yetkisinin olmadığını, zencilerin "insan" değil bir mal niteliğinde olduğu ve köleliğin kaldırılmasının mülkiyet hakkının ihlali olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile aldığı kararlar da, mahkemenin yanılmaz olmadığının bir ispatıdır. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, içtihadını değiştirebiliyorsa, önceki içtihadında yanıldığını kabul etmiş demektir. O halde, Anayasa Mahkemesi de yanılabiliriyorsa, onun kararının bağlayıcılığı nereden gelmektedir? Anayasa Mahkemesinin kararının bağlayıcılığını meşru kılan nedir? Bu sorunun tek cevabı var, yargıç Jackson'un sözü: "*Biz yanılmaz olduğumuz için son sözü söylemiyoruz; tersine son sözü söylediğimiz için yanılmazız*"

**Anayasa Yargısı Bir Zorunluluk Mudur?** Anayasa yargısı mutlaka gerekli midir? Kanunların anayasaya uygunluğunun anayasa yargısı yoluyla denetlenmesi, yasama organının siyasal tercihlerinin denetlenmesi anlamına gelmektedir. Zira kanunlar yasama organının siyasal tercihlerinin hukukileştirilmiş halidir. Anayasa yargısı yaptığı denetimde, tamamen anayasal ve hukukî sınırlara riayet etmiş olsa da, yasama organının belli yöndeki siyasal tercihini geçersiz kılmaktadır. Bu durumun demokratik bir rejim açısından sorun teşkil edeceği açıktır. Bu nedenledir ki, anayasal yargının demokrasi ilkesine aykırı olduğu fikri öteden beri savunulagelmekte ve bazı ülkelerde (örneğin Hollanda, Birleşik Krallık) bu sebeple anayasa yargısı kabul edilmemektedir. Yine bu sebeple Fransa'da Anayasa Mahkemesi değil, bir politik ön denetim organı olan Anayasa Konseyi tercih edilmiştir.

Anayasa yargısını kabul eden ülkelerdeki yaklaşımın, halkın ve onun seçtiği yasama organının güvene layık olmadığı ön kabulüne dayandığı da söylenebilir. Bizde anayasa yargısının, halkın büyük desteğine sahip bir iktidarın, askeri müdahale sonucunda iktidardan uzaklaştırılarak oluşturulan bir ortamda yapılan 1961 Anayasası ile girmesi de bu bakımdan manidardır. Egemenliğin tek sahibi olan halkı doğrudan kontrol etmek mümkün değilse de, halkın seçtiği Meclis, anayasa yargısı eliyle kontrol altında tutulabilecektir.



Bu da yargıçlar hükümetinin bir başka görüntümünü ortaya koymaktadır.

Demokratik sistemi benimsemiş ülkelerde, politik tercihlerin uygulamaya konulması yöntemleri belirli- dir. Kişiler ya da guruplar siyasal partiler aracılığıyla politik tercihlerini halkın beğenisine sunar, halk da seçimlerde bu tercihlere oy vererek, söz konusu poli- tik tercihlerin uygulamaya konulmasına cevaz vermiş olur. Bunu dışında bir yolla, politik tercihlerin uygula- maya konulması demokratik sistemlerde kabul edile- mez. Anayasa yargısının hukukilik denetimini aşarak siyasal yerindelik denetimine yönelmeleri, yargıçlar hükümetine yol açar ki, demokratik sistemlerde buna cevaz verilemez.

Anayasa hükümlerinin, hukuk kuralları arasında en soyut ve yoruma açık hükümler içerdiği bilinmektedir. Kanunların yasama organının politik tercihlerinin hu- kukileştirilmiş hali olduğunu göz önüne aldığımızda, anayasa yargısının ister istemez siyasal neticeleri olan kararlar alacağı söylenebilir. Ancak verilen kararın si- yasal bir krize yol açmaması, kararın sağlam hukukî gerekçelere dayanması ve demokratik meşruiyete sa- hip olması ile mümkün olabilir.

## II.TÜRKİYE'DE YÜKSEK YARGININ OLUŞUMU VE DEMOKRATİK MEŞRUIYYET SORUNU

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, halk adına karar alma yetkisine sahip olan yargının da en azından dolaylı olarak demokratik meşruiyete sahip olması gerekmektedir. Son anayasa değişikliğinde Anayasa Mahkemesi ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tartışıl- maktadır. Ancak Yargıtay'ın, Danıştay'ın oluşumu da bu açıdan tartışılmalıdır. Askeri yargı ise akademik çevreler dışında hiç gündeme gelmemektedir. Biz de burada Anayasa Mahkemesi ve HSYK üzerinde dura- cağız.

### 1.Anayasa Mahkemesinin Oluşumu

#### a.Türkiye'de Durum

1982 Anayasasına göre (m.146) Anayasa Mahkeme- si onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhur- başkan, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve

bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yar- gıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay ge- nel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için göste- recekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğ- retim Kurulunun kendi üyesi olmayan Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinde göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöne- ticileri ile avukatlar arasından seçer.

1982 Anayasasının (m.146) sisteminde, Cumhurbaşkanı onbir asıl ve dört yedek üyeden onbirini yüksek mahkemeler ve Yükseköğretim Kurulunun önerdiği üç kat aday arasın- dan; dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri ile avukatlar ara- sından doğrudan atamaktadır. Sonuçta Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamı Cumhurbaşkanınca atanmış olmaktadır.

### b.Demokratik Ülkelerde Durum

Demokratik ülkelere baktığımızda, anayasa mah- kemesinin üyelerinin seçilmesi usulleri konusunda du- rum şu şekildedir.

Anayasa hükümlerinin, hukuk kuralları arasında en soyut ve yoruma açık hükümler içerdiği bilinmektedir. Kanunların yasa- ma organının politik tercihleri- nin hukukileştirilmiş hali oldu- ğunu göz önüne aldığımızda, anayasa yargısının ister istemez siyasal neticeleri olan kararlar alacağı söylenebilir. Ancak ve- rilen kararın siyasal bir krize yol açmaması, kararın sağlam hukukî gerekçelere dayanması ve demokratik meşruiyete sahip olması ile mümkün olabilir.



-Yasama Organı tarafından seçilmesi usulü: Almanya (Federal Anayasa Mahkemesi), İsviçre (Federal Mahkeme), Macaristan, Polonya, Portekiz, Makedonya, Litvanya ve Hırvatistan'da uygulanmaktadır. Üye seçiminde genellikle nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Bu nedenle parlamentoda bulunan siyasal partiler çoğunlukla uzlaşmak zorundadırlar. Siyasal uzlaşma farklı hukuki ve siyasal anlayışların mahkemeye yansımaları sağlar. Üyelerin yasama organınca seçilmesi usulü, anayasa yargısının demokratik meşruiyetine katkıda bulunur.

*Yasama, yargı, hükümet ve devlet başkanı arasındaki paylaşımları usulü (karma sistem):* Avusturya, Belçika, Bulgaristan, İtalya, Romanya, İspanya ve ABD'de

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi yöntemi, Avrupa ülkelerinin ortak uygulamasından uzak ve demokratik olmayan bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesine Türkiye Büyük Millet Meclisinin de belli sayıda üye seçmesi kabul edilmelidir. Esasen ülkemizde de bu konuda genel bir fikir birliğinin olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, yakın zamanda yapılan çeşitli anayasa önerisi çalışmalarında da Anayasa Mahkemesine Türkiye Büyük Millet Meclisinin de belli sayıda üye seçmesi yönünde tekliflere yer verilmiştir.

uygulanmaktadır. Karma sistem Türkiye'de 1961 Anayasası döneminde uygulanmaktaydı. İtalya'da, Anayasa Mahkemesinin 15 üyesinden 5'i Cumhurbaşkanınca atanır, 5'i Parlamento tarafından seçilir, 5'i ise Danıştay, Yargıtay ve Sayıştay tarafından seçilir. Bulgaristan'da, 12 üyenin 4'ü Parlamento, 4'ü de yüksek mahkemelerce seçilir, geriye kalan 4 üye ise Cumhurbaşkanınca atanır. Romanya'da 6 üye Parlamentoca seçilir, 3 üye de Cumhurbaşkanınca atanır. İspanya'da, Parlamento, hükümet ve Adliye Genel Konseyince seçilen üyeler Cumhurbaşkanınca atanırlar. Avusturya'da, hükümet ve Parlamentoca seçilen üyeler Cumhurbaşkanınca atanırlar. Belçika'da, üyeliklere Senato tarafından önerilen iki kat aday arasından Kral atama yapar. ABD'de Yüksek Mahkeme üyeleri, Senato'nun onayı ile Başkan tarafından atanırlar.

Türkiye'de, 1961 Anayasası (m.145), Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi yetkisini, yüksek mahkemeler (onbir üye), TBMM (yedi üye) ve Cumhurbaşkanı (iki üye) arasında paylaştırmış bulunmaktaydı. Buna göre, onbeş asıl ve beş yedek üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi üyelerinin altısı (dört asıl, iki yedek) Yargıtay; dördü (üç asıl, bir yedek) Danıştay; biri (asıl üye) Sayıştay; dördü (üç asıl, bir yedek) Millet Meclisi; üçü (iki asıl, bir yedek) Cumhuriyet Senatosu; ikisi (asıl üye) de Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekteydi. Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekteydi. Cumhurbaşkanı tarafından seçildiği üyelerden biri Askeri Yargıtay'ca önerilen adaylar arasından seçilmekteydi.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi yöntemi, Avrupa ülkelerinin ortak uygulamasından uzak ve demokratik olmayan bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesine Türkiye Büyük Millet Meclisinin de belli sayıda üye seçmesi kabul edilmelidir. Esasen ülkemizde de bu konuda genel bir fikir birliğinin olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, yakın zamanda yapılan çeşitli anayasa önerisi çalışmalarında da Anayasa Mahkemesine Türkiye Büyük Millet Meclisinin de belli sayıda üye seçmesi yönünde tekliflere yer verilmiştir. Bu çalışmalar arasında Ergun Özbudun başkanlığındaki bir bilimsel komisyonun hazırladığı yeni anayasa önerisi (2007) ile Türkiye Barolar Birliğinin hazırladığı yeni anayasa önerileri (2001,2007) zikredilebilir. Anayasa Mahkemesi de 2004 yılında hazırladığı bir anayasa değişikliği çalışmasında belli sayı-



daki Mahkeme üyelerinin TBMM tarafından seçilmesini önermiştir.

**Anayasa Değişikliği:** Referanduma sunulacak anayasa değişikliği paketinde durum şu şekildedir:

‐Anayasa Mahkemesi onyediy üyeden kurulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkanı ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer‐.

‐Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askeri Yargıtay, bir üyeyi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkanı ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer‐.

Görüldüğü üzere yeni düzenlemede TBMM, üç üye seçmekte ancak bunları doğrudan değil, Sayıştay ve baro başkanlarının seçtiği adaylar arasından seçmektedir. On yedi üyeden sadece üçünü TBMM seçmektedir. Bu durumu, Yasamanın yargıyı kuşatması olarak nitelendirmek insafla bağdaşmaz.

## 2.Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

Anayasanın 159. maddesine göre Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici

yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hakimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Öte yandan anayasanın 154.maddesi uyarınca, Yargıtay üyelerinin tamamı, birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcılar ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli

oyla seçilir. Yine anayasanın 155.maddesi uyarınca Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay ve Danıştay HSYK üyelerini, HSYK da Yargıtay üyelerinin tamamını, Danıştay üyelerinin de dörtte üçünü seçmektedir. Böylece bir kooptasyon

usulü benimsenmiştir. Hakimler ve savcılar üzerinde bu denli yetkilere sahip olan kurulun oluşumuna bakalım.

### a.Türkiye’de Durum

1982 Anayasasının 159.maddesine göre kurul şu şekilde oluşmaktadır. Kurulun Başkanı, Adalet Bakanındır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asil ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçile-



bilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.

## b. Demokratik Ülkelerde Durum

Avrupa ülkelerinin bir kısmında HSYK benzeri yüksek yargısal kurullara yer verilmemektedir. Türkiye'deki HSYK'nın benzeri olan bu kurullara yer veren ülkeler içerisindeki şu örneklerle bakarak yargısal kurulların oluşumu hakkında kanaat sahibi olmak mümkündür.

**İtalya:** 1947 tarihli İtalya Anayasasının 104. maddesinde, Yüksek Yargı Konseyi'nin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanacağı, Yargıtay Birinci Başkanı ve Yargıtay Başsavcısının Kurul üyesi oldukları belirtilmektedir. Anayasaya göre, diğer üyelerden üçte ikisi değişik kategorilerde görev yapan hakimler arasından ve üçte biri ise 15 yıllık mesleki deneyimi olan üniversitelerdeki tam zamanlı hukuk profesörleri ve hukukçular arasından parlamento tarafından seçilirler.

**Fransa:** 1958 tarihli Fransız Anayasasının 65. maddesinde 2008 yılında yapılan değişiklikten sonraki duruma göre Fransa'da Yüksek Yargı Konseyi biri hakimler diğeri ise savcılar üzerinde yetkili olan iki ayrı bölümden oluşmaktadır. Yüksek Yargı Konseyinin hakimlere ilişkin bölümü, Yargıtay Başkanı başkanlığında beş hakim, bir savcı, bir Danıştay üyesi, bir avukat ve yasama, yürütme ve yargı üyesi olmayan seçkin kişiler arasından Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanının seçeceği ikişer üyeden oluşmak-

tadır. Yüksek Yargı Konseyinin savcılara ilişkin bölümü ise Yargıtay Başsavcısının başkanlığında beş savcı, bir hakim, bir Danıştay üyesi, bir avukat ve yasama, yürütme ve yargı üyesi olmayan seçkin kişiler arasından Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanının seçeceği ikişer kişiden oluşmaktadır.

**İspanya:** İspanya Anayasasının 122. maddesine göre Yargı Erki Genel Konseyi Yüksek Mahkeme Başkanı ve Kral tarafından beş yıllığına atanan toplam

yirmi üyeden oluşur. Bu yirmi üyeden on ikisi değişik yargı kategorilerinde organik kanunda belirtilen süreler zarfında çalışan hakimler olmalıdır. Geriye kalan üyelerden dört tanesi Senato ve diğer dört tanesi ise Kongre tarafından mesleklerinde 15 yıldan fazla deneyimi olan avukat veya diğer hukukçular arasından beşte üç çoğunluk oyu ile aday gösterilirler. Yüksek Mahkeme Başkanının başkanlığında toplanan Konsey, atanma, yükseltme, denetim ve disiplin gibi konularda yetkilidir.

**Portekiz:** Portekiz Anayasasına göre Yüksek Yargı Konseyi, Yüksek Adalet Mahkemesi Başkanı başkanlığında, biri hakim olmak şartıyla Cumhurbaşkanı tarafından atanan

iki üye, Parlamentonun seçtiği yedi üye ve hakimlerin kendi aralarından orantılı temsil esasına göre seçtikleri yedi üyeden oluşur. Anayasasının 219. maddesine göre Yüksek Yargı Konseyi idari ve mali yargı dışındaki mahkemelerde çalışan hakimlerin mesleğe kabul, atanma, yükselme disiplin soruşturması ve yer değiştirme işlerinde yetkilidir. Portekiz Anayasasında idari ve mali yargıda görevli hakimler için de benzer yüksek yargısal kurulların oluşturulacağı öngörülmüştür.



Polonya: Polonya Anayasasının 186. maddesinde mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığının koruyucusu olarak görülen Ulusal Yargı Konseyi, Yüksek Mahkeme Başkanı, Adalet Bakanı, Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından atanan bir üye, Yüksek Mahkeme, genel mahkemeler, askeri mahkemeler ve idare mahkemelerinin hakimleri arasından seçilen 15 hakim ve Temsilciler Meclisinin kendi milletvekilleri arasından seçtiği dört üye ile Senatonun kendi senatörleri arasından seçtiği iki üyeden oluşur. Organizasyon yapısı, faaliyet kapsamı ve çalışma prosedürünün ayrı bir kanunla düzenleneceği Konseyde seçimlik üyelerin dört yıl görev yapabileceği öngörülmüştür.

Diğer ülkeler: Avrupa’da yukarıda sıralanan altı ülke dışında da anayasal düzeyde yargısal kurullara yer veren ülkelere rastlamak mümkündür. Sözelimi, bu bağlamda Romanya’da üyelerinin önemli bir kısmı parlamento tarafından seçilen Yüksek Hakimlik Konseyi öngörülmüştür. 1991 tarihli Romanya Anayasasının 133. maddesinde Konseyin 19 üyeden oluşacağı belirtilmektedir<sup>8</sup>. Bunun gibi Ukrayna’da da Yüksek Yargı Konseyi bulunmaktadır. 1996 tarihli Ukrayna Anayasasının 131. maddesinde karma oluşum yöntemine göre farklı yerlerden gelen 20 üyeden oluşacağı öngörülen Konseye yargı mensuplarının değişik özlük hakları ile ilgili karar alma yetkisi tanınmıştır<sup>9</sup>. Yine Bulgaristan’da da hakimlerin özlük hakları ile ilgili bir idari birim olarak Yüksek Yargı Konseyi öngörülmüş ve Anayasanın 130. maddesine göre Konseyin 25 üyeden oluşacağı belirtilmiştir. Burada da karma oluşum yönteminin benimsendiği görülmektedir.

Değerlendirme: HSYK’ya ilişkin temel sorunlu noktaları şu şekilde sıralamak mümkündür:

-HSYK yedi üyeden oluşmaktadır. Yargı mensuplarının özlük hakları ile ilgili çok önemli yetkiler kullanan HSYK’nın üye sayısı, yargısal kurula yer veren Avrupa ülkelerinin tümünden çok daha azdır. Avrupa örneklerinde en az üye on bir kişi ile Slovenya’da bulunmaktadır. İspanya, Polonya ve Bulgaristan’daki kurulların üye sayısının yirminin üzerinde olduğu da unutulmamalıdır.

- Kurulda yargı kökenli üyelerin sayısı çoğunlukta olmakla birlikte bu üyelerin yargının bütününi temsil ettiği söylenemez. Türkiye’deki hakim ve savcılar

çok büyük bir kesimi ilk derece mahkemelerinde görev yapmalarına rağmen Yargıtay ve Danıştay üyesi olmayan adli ve idari yargı mensupları hiçbir şekilde HSYK’da temsil edilmemektedirler. Oysa, sayı olarak toplam hakim ve savcıların yüzde 10’una bile ulaşmayan Yargıtay ve Danıştay üyeleri kendi aralarından gönderdiği üyelerle HSYK’da yargının bütününi temsil etmektedirler.

- HSYK üyeliğine seçilme ile Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilme arasında adeta kapalı devre çalışan bir sistemi andıran ilginç bir ilişki olduğu da göze çarpmaktadır. HSYK’nın beş üyesinin üçü Yargıtay, ikisi ise Danıştay üyeleri arasından seçilmektedirler. HSYK ise Yargıtay üyelerinin tümünü, Danıştay üyelerinin ise dörtte üçünü seçmektedir. Böylesi bir sistemin gerçek anlamda yargı bağımsızlığına hizmet edeceğini ve hukuk devleti ile bağdaştığını söyleyebilmek mümkün değildir.

-Kurulda yasama organından gelen hiçbir üye bulunmamaktadır. Bu yönüyle Türkiye’deki HSYK yargısal kurul olarak Avrupa ülkeleri içerisinde tek örnek konumundadır. Bu durum, bürokratik vesayet bariz örneği olarak algılanmalıdır.

**Anayasa Değişikliği:** Referanduma sunulacak anayasa değişikliği paketinde durum şu şekildedir:

“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîi üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasından adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılar arasından idari yargı hâkim



ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir”.

Kurul 22 üyeden oluşmaktadır. Adalet bakanı ve müsteşar tabii üyedir. Geriye kalan 20 üyeden 15 üye, yargı mensubu olup doğrudan yargıçlar tarafından (3 Yargıtay, 2 Danıştay, 7 adli hakimler, 3 idari hakimler) seçilmektedir. Böylece tüm yargı mensupları ve yargılama aşamaları üzerinde geniş yetkileri bulunan HSYK, tüm yargı mensuplarını temsil eder hale gelmektedir.

Kurulda her halükarda yargıçlar çoğunluktadır. Bu duruma göre, yargının kuşatılması eleştirisi bilim ve insafla bağdaşmamaktadır.

## DİPNOTLAR

- İNSEL Ahmet, “Yargıçlar Hükümeti”, Radikal İki, 27.1.2008.
- İNSEL, agm.
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1996, s.182-183.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s.68; Kuvvetler ayrılığı rejiminin siyasi düşünce tarihi içindeki gelişimi için bkz. GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünce Tarihi, İstanbul 1992, s.177 vd; AKIN İlhan, Kamu Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1990, s.126 vd.
- TEZİÇ, kuvvetler ayrılığı teorisinin Montesquieu'nun adıyla özdeşleştirilmesine rağmen, bu teorisin Aristot tarafından ileri sürüldüğünü, sonra John Locke tarafından savunulduğunu, bundan sonra Montesquieu tarafından geliştirildiğini belirtmektedir. TEZİÇ, age., s.387.
- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s.143.
- Kuvvetler ayrılığı rejimine göre siyasi rejimler, kuvvetlerin sert ayrılığı (Başkanlık sistemi) ve kuvvetlerin işbirliği (Parlementer sistem) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ülkemizde 1961 ve 1982 Anayasaları bunlardan ikincisini kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır 1989, s.21 vd.; ÖZÇELİK Selçuk, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İstanbul 1982, s.294 vd.
- Bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s.145; SOYSAL Müttemaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986, s.243; ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 3.Bası, Ankara 1993, s.88.
- Bkz. AYM. E. 63/124, K. 63/243. T. 11.10.1963, AYMKD, sy. 1, s. 429; E. 85/31, K. 86/11, T. 27.3.1986, AYMKD, sy. 22, s. 119; E. 90/20, K. 91/17, T. 21.6.1991, AYMKD, sy. 28/1, s.81; E. 91/24, K. 91/40, T. 31.10.1991, AYMKD, sy. 27/2, s. 627.
- AYM. E. 76/1, K. 76/28, T. 25.5.1976, AYMKD, sy. 14, s. 189; E. 76/43, K. 77/4, T. 27.1.1977, AYMKD, sy.15, s. 117.
- Bkz. D3.D, E. 78/1158, K. 78/1213, T. 22.11.1978, DD. 34-35, s. 194; DGKK. E. 78/80, K. 78/76, T. 28. 12.1978, DD. 34-35, s. 202.
- DDGK, E. 49/320, K. 50/128, T. 30. 3. 1950, DKD. 50-53, s. 118.
- ÖZAY İlhan, “Yargı Kararları Uygulanmalı”, Milliyet Gazetesi, 28. 10. 1985, s.2.
- ÇOBAN, agm., s.12.
- KURU Baki, Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s.6.
- SELÇUK Sami, “Yargıcın Yansızlığı”, Adnan Küçük ve Diğerleri, Türkiye’de Siyasal Hayat, 2006.
- Bkz. HUMK, m.28, İYUK, m.56-57.
- ERDOĞAN Mustafa, Açık Görüş, Star.02.03.2008.
- ERDOĞAN, agm.
- ERDOĞAN, agm.
- ERDOĞAN Mustafa, “İdeolojik Devletten Kurtuluşun Reçetesi”, Zaman, 16.7.2007.
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s.182.
- Bu durumun anayasaya aykırılık teşkil edeceği hususuna dikkat çekilmektedir. AZRAK Ali Ölkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı

- Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, İHİD., Aralık 1985, Yıl.6, S.1-3, s.28.
- Takdir yetkisi ve yerindelik denetimi yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, EHFD, C.VII, Sayı.3-4 (2003).
  - AZRAK, İdari yargı denetiminin, s.27.
  - YAYLA Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, İHFM, C.30, S.1-2, s.207,208.
  - ALAN Nuri, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, s.53-54.
  - OYTAN Muammer, “Yargılamamın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi -Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.156.
  - AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, AİD, C.23, S.1, s.9.
  - GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AGÜN Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s.75.
  - YENİCE/ESİN, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s.213.
  - YAYLA, Takdir yetkisi, s.207,208; GİRİTLİ/BİLGİN/AGÜN, age., s.75; ALAN, Türk idari yargısında, s.53-54; ALAN, Konu unsuru bakımından, s.341-342; OYTAN, agm., s.156; DURAN, İdari işlem niteliğinde (İ), s.8.
  - TEZİÇ, age., s.117.
  - BAŞGİL A. Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, İstanbul 1960, s.178;
  - ZABUNOĞLU Yahya, Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 1973, s.7.
  - TEZİÇ, age., s.85.
  - 1982 Anayasası: m.6: “Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz”.
  - GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul 1995, s.485;DEMİRKOL Ferman, Bağımsız Yargının Fonksiyonları, İstanbul 1992, s.17;ALİFENDİOĞLU Yılmaz, “Anayasa ve Yargı”, Yeni Türkiye Dergisi, C.10, Sayı.10, Temmuz-Ağustos 1996, s.390.
  - Bu meşruiyet tartışmaları konusunda bkz. ÇAĞLAR Bakır, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi” Anayasa Yargısı-4, 1987; ÇAĞLAR Bakır, “Demokrasi Anlayışı Yenilenirken: Anayasal Demokrasi”, Anayasa Yargısı-10, 1993; ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi 5.Baskı, Ankara 2003, s.84. , KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, s.152 vd; GÖZLER Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, AÜSBF Dergisi, 61-3, Temmuz-Eylül 2006, s.132.
  - GÖZLER, agm., s.132.
  - ÖZBUDUN Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, ERGUL Ozan (Ed.), Demokrasi ve Yargı, Ankara 2005, s.12.
  - GÖZLER, agm., s.132-164.
  - Üç hâkime göre, Anayasa hamileliğin son üç ayında kürtajı yasaklamaktadır; iki hakim de farklı gerekçelerle yasanın anayasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşmıştır. Kanunu anayasaya uygun bulan dört hâkim ise, iki farklı gerekçeye dayanmışlardır. GÖZLER, agm., s.139.
  - “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”. Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953) GÖZLER Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, AÜSBF Dergisi, 61-3, Temmuz-Eylül 2006, s.154.
  - GÖZLER, agm., s.149.
  - ERDOĞAN Mustafa, Açık Görüş, Star.02.03.2008.
  - ÇOBAN, agm., s.14.
  - KABOĞLU İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, İstanbul 2000, s.28-29.
  - KABOĞLU, age., s.30-31.
  - KABOĞLU, age., s.34.
  - ATAR Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, SDE, Ankara Şubat 2010, s.11.
  - Bu konuda geniş bilgi için bkz. HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, SDE, Ankara Şubat 2010, s.53 vd..
  - HAKYEMEZ, agm., s.61 vd.



Yrd. Doç. Dr. Erdinç YAZICI

Gazi Üni. İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Öğretim Görevlisi

## 'ÜSTÜNLERİN HUKUKUNDAN HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNE' AMA NASIL?



Tarih, bir bakıma, insanın fıtratında var olan adalet duygusu ile zulüm ve insanın insana zulmü arasında var olan bir düalizmin hikâyesidir. Zaman içerisinde gelişen zihniyet haritaları içerisinde üstünlerin ve egemenlerin hukukunu temel alan zihniyet haritasının yanında, asıl insan fıtratının bir fonksiyonu olarak gelişmiş, varlığın varoluşundan kazandığı hukuka dayanan adil bir varlık düzenine dayanan zihin haritası algımızın temelini oluşturmuştur.

Zaman içerisinde ortaya çıkan insani tecrübe ortaya koymaktadır ki; gücü sınırlayamayan, herkesi kuşatamayan ve mümkün olan en geniş tatmin duygusunu yaratamayan hukuk, herhangi bir toplumda meşruiyetini geliştiremez. Ayrıca herhangi bir toplumda kanunların olması gerçek anlamda bir hukukun olduğu anlamında da yorumlanamaz.

İnsanlık tarihinin taşıyıp bugüne getirdiği zulüm ve güç temelli zihniyet haritasına karşı adaleti öne çıkaran algının kaynakları, insan fıtratından ve İbrahimi gelenek olarak bilinen kadim inanç silsilelerinden güç almıştır. Nitekim Doğu/İslam uygarlığı bağlamında son defa dışa vuran bu zihin haritasının algı alanında gücün varlığı güvence altına alacak şekilde sınırlandırılması ve varlığa var olmasından dolayı bir hak ve hukuk talep edilmesi esastır. Bu bağlamda insanlık tarihi boyunca zulüm ve adaletsizlik ehlileştirilememiş her gücün bir zorunlu sonucu olarak ortaya çıkarken, gücü ehlileştirip sınırlayarak adaleti ve hakkı egemen kılmak temel bir insani değer olagelmıştır.

Batı, gerek ortaçağında gerekse modern dönemde hukuku güçlülerin ve egemenlerin egemenliklerini meşrulaştırma aracı olarak kullanmıştır. Nitekim bu



çatışma temelinde batıda son üç yüzyılında yaşananlar insanlık tarihinin en acı sayfalarını öne çıkarmaktadır. Bu sayfalar dini, etnik, sınıfsal ve siyasal temelde milyonlarca insanın katledildiği bir insani trajediyi içerisinde taşımaktadır. Bu bağlamda bakıldığında söz konusu uzun süreç, insan onurunun bu algıya direndiği bir süreci de ifade etmektedir. Nitekim geç dönem modern tarihte söz konusu gücün sınırlandırılabilme başarısının gösterildiği de görülmektedir.

Güntümüz dünyasında çoğunlukların kabul edileceği bir kamu düzeninin esasları artık uzun ve trajik bir süreçten sonra belirginleşmiştir. Yine bugün sahip olunan tecrübe ortaya koymaktadır ki adil ve kabul edilebilir kamu düzeni mümkün olan en geniş sınırlar içerisinde, olabildiğince geniş toplumsal çevreleri içine alabildikçe hayatiyet ve toplumsal meşruiyet alanını genişletebilmektedir. Aksi halde çatışma ve tatminsizlik zorunlu bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.

Bugün batıda toplumsal müşterek ve bir arada yaşamının moral koşullarını insan haklarına saygı, bireysel özgürlükler ve demokrasi kültürü oluşturmaktadır. Bu yapının oturduğu hukuki bağlam ise hukukun üstünlüğüne dayanan devlet anlayışıdır. Batı tecrübesi içerisinde üstünlerin hukukunu öne çıkaran polis devletinden eşit yurttaşların hukukunu öne çıkaran hukukun üstün olduğu devlete geçiş, insanlığın birlikte barış içinde yaşaması idealine doğru ciddi bir adım olarak anlaşılabilir. Nitekim bu zeminde gelişen açık toplum anlayışının ve sivil toplum kültürünün bu ideale doğru, sürece ivme kazandıran toplumsal formasyonlar olduğu da dikkatli bakıldığında derhal anlaşılabilir.

Türkiye’de öncelikle meşrutiyet tecrübeleri, ardından da millet egemenliğine dayanan meşruiyet fikrinin egemen bir algı haline gelebilmesi, modern siyasal kültüre eklenmek yönünde önemli fırsatlar olarak algılanmalıdır. Daha sonra ise otoriter siyasi tortuların oluşturduğu siyasi iklimde olumlu başlangıcın fena

halde zedelendiğini de özellikle belirtmek gerekmektedir.

Türkiye’de Tek parti iktidarının açtığı yolda otoriter ve tekçi siyaset anlayışının uzun yıllara yayılacak siyasi ve toplumsal sonuçlarının Türkiye’yi büyük açmazlarla karşı karşıya bıraktığını burada özellikle belirtmek gerekmektedir. Türk toplumunu modernist bir mühendistik proje dâhilinde, kuvvetler birliği prensibi ile kul-yurttaş algısı ile biçimlendiren devlet merkezli bürokratik otoriterizm, zaman içerisinde hukuk devletin gelişmesine fırsat vermeyen bir polis devleti algısı içerisinde otoriter devlet ve siyaset algısını kurumsallaştırmıştır.

Türkiye açısından talihli gelişme İkinci Dünya Savaşı’nın sonucunda batıda faşizmin yenilmesi ve de-

mokratik bir sürecin başlamasıdır. Bu koşullarda Türkiye’de varlığını sürdürmenin imkânsızlığını gören milli şefin çok partili rejime geçme kararı ve ardından Demokrat Parti’nin iktidara gelişi, millet egemenliğine dayanan meşruiyet fikrine yeniden dönüşü temsil etmekteydi. Ancak tek partili yıllarda temelleri atılmış bürokratik otoriterizmin kendi güvenlik subaplarında yapılandırarak şekilde on yıl sonra bir darbeye iktidarı yeniden ele geçirmesi bugün Türkiye’de tartışılan pek çok sorunun da kay-

nağını oluşturmaktadır. 27 Mayıs 1960’da Türkiye’nin seçimle iktidara gelmiş ilk başbakanını asanlar, aslında yıllarca sürececek bir kurumsal otoriterizmin de temellerini atıyorlardı. Bu bağlamdan bakıldığında 27 Mayıs, Türkiye’nin modern siyasi tarihinde henüz emekleme dönemini yaşayan Türk demokrasisinin sırtına indirilmiş bir hançerdi ve bu hançer yarasını Türkiye acı içerisinde yıllarca taşıyacaktı.

Türkiye’de 27 Mayıs ile çeşitli vesayet kurumları oluşturarak işi şansa bırakmak istemeyen seçkin bürokrasi ilerleyen yıllarda soğuk savaşın çatışmacı iklimini de kullanarak, bir devlet fetişi şemsiyesinde seçkinlerin ve güçlülerin egemenliğine dayanan bir ve-



sayet hukukunu giderek daha köklü bir biçimde yerleştirdi.

### 12 Eylül: Yeni Bir Viraj

12 Eylül 1980 de yapılan darbenin aslında yalın iki anlamı vardı. Bunlardan ilki soğuk savaşın yeni evresi yada ABD'nin yeni yeşil kuşak politikasına göre Türkiye'deki şartları yeniden tasarımılamak ve gelişen toplumsal dinamiklere karşı bürokratik otoriterizmi güvenceye almak. Nitekim 82 Anayasasının yurttaş karşısında devleti savunan yaklaşım tarzının esas olarak bu yaklaşımdan kaynaklandığı da bilinmelidir.

Mutlak bir devlet otoritesi ile toplumu yeniden istendik yönde bir kalıba sokmak isteyen 12 Eylül'ün polis devletine yeniden dönuştü getiren Anayasası, 1980 den bu güne ne yazık ki toplumun ve gelişme süreçlerinin önünde bir fren rolü oynamıştır. Özal'la başlayan 12 Eylül anayasasını aşma çabalarının ise Türkiye'nin yaklaşık yirmi beş yılını almasına rağmen henüz mutlak anlamda başarılı olamadığını da burada belirtmek gerekiyor.

Bir yandan özellikle son on yılda yapılan değişikliklerle Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılamada önemli bir mesafe alınırken, diğer taraftan 28 Şubat müdahalesi ile başlayan süreçte ağırlıklı 27 Mayıs ve 12 Eylül kurumları ile Türkiye'nin anayasa bağlamında inanılması güç sorunlar yaşadığı görülmüştür. Başörtüsü kararlarından kalkarak cumhurbaşkanı seçimine ve Ergenekon sürecine kadar ortaya çıkan müdahaleler, darbe hukuku ve onun kurumlarının Türkiye'de çağdaş anlamda bir demokrasi ve hukukun üstünlüğüne dayanan bir düzenin oluşabilmesinin önünde büyük bir engel oluşturmışlardır.

Türkiye'nin 2010 yılında halen daha baştan ayağa bir sivil anayasa yapamamış olması ve bunu bugünkü siyasi ortamda başarabilmesinin hemen hemen imkânsızlığı kuşkusuz ümit kırıcıdır. Öntümüzdeki on beş yılda dünyanın ilk on ekonomisi içerisine girmek isteyen, nüfusunun önemli bir kısmını eğitilmiş hale getirebilmiş, nüfusunun artık neredeyse dörtte üçünü şehirleştirmiş ve tarımdan endüstri ve hizmetler sektörüne aktarabilmiş Modern Türkiye artık baştan sona sivil bir anayasayı sonuna kadar hak etmektedir.

Baştan sona sivil bir anayasa niçin önemlidir? Baştan sona sivil bir anayasa makalenin başında sözünü ettiğimiz mutlak millet egemenliğine dayanan bir düzenin yerleşebilmesi için gereklidir. Egemenlerin hukuku yerine hukukun üstünlüğüne dayanan ve adaleti

yerleştirecek bir yapı getireceği için önemlidir. Ayrıca geçen yüzyılın başında bağımsızlığını perçinlemiş Türkiye'nin Yeni yüzyılda demokratik bir hukuk devleti üzerinden sokaklarında bireylerin temel özgürlüklerini geliştirebildiği özgür bireyler ülkesi Türkiye'nin kurulabilmesi için gereklidir.

Türkiye madem yukarıda vurgu yapılan baştan sona sivil bir anayasayı şimdilik yapabilecek koşullara sahip değildir; o halde bu yolun kapısını açacak referandum fırsatını iyi değerlendirmelidir. 12 Eylül 2010 Referandumu ile değişecek olanlar, hukukun üstünlüğüne dayanan bir anayasanın yapılabilmesi için bir başlangıç kabul edilebilir. Türkiye çok uzun zaman sonra nihayet yeni bir toplumsal ve politik rüzgarı arkasına alarak Hukukun üstünlüğüne dayalı yeni bir dönemin kapısını aralamak üzeredir. Bu noktada Türkiye'nin sivil ve demokratik dinamiklerine güven ile Türkiye'nin geleceğine inançla bağlılık aynı anlama gelmektedir.

Baştan sona sivil bir anayasa niçin önemlidir? Baştan sona sivil bir anayasa mutlak millet egemenliğine dayanan bir düzenin yerleşebilmesi için gereklidir. Egemenlerin hukuku yerine hukukun üstünlüğüne dayanan ve adaleti yerleştirecek bir yapı getireceği için önemlidir. Ayrıca geçen yüzyılın başında bağımsızlığını perçinlemiş Türkiye'nin Yeni yüzyılda demokratik bir hukuk devleti üzerinden sokaklarında bireylerin temel özgürlüklerini geliştirebildiği özgür bireyler ülkesi Türkiye'nin kurulabilmesi için gereklidir.



Doç. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KTÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Üyesi

## YARGI REFORMUNUN GEREKLİLİĞİ ve ANAYASA DEĞİŞİKLİK PAKETİ



Türkiye’de yargı, gerek ilk derece mahkemeleri bağlamında ve gerekse üst yargı mercileri düzeyinde ciddi sorunlarla karşı karşıyadır. Yargıda karşılaşılan çok boyutlu sorunlar sonuçta demokratik bir hukuk devletinde olması gereken standardın çok gerisinde kalan bir yargı organını karşımıza çıkarmaktadır. Bu durum adaletin tesisinde de ciddi sorunlar doğurmaktadır ve sonuçta bireylerin yargıya olan güvenini erozyona uğratmaktadır. Demokratik hukuk devletine uygun bir yargı tesisi sürecinde bugüne değin önemli mesafeler alınmış olmasına rağmen, günümüzde karşılaşılan sorunlar bağlamında yargı ile ilgili bazı reformların acilen hayata geçirilmesi zorunlu hale gelmiş durumdadır. Bugün, yargı ile ilgili sorunları değişik boyutları ile birlikte ele almak ve bu süreçte anayasal ve yasal değişiklikleri gerçekleştirmek ve buna dayalı olarak yargının işleyişini yeniden düzenlemek hayati bir zorunluluk arz etmektedir.

Günümüzde yargı ile ilgili dile getirilen önemli bir sorun “üst yargı” olarak nitelendirilebilecek Danıştay ve Yargıtay’ın konumu ve idari bir birim olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) ile doğrudan ilgilidir. Gerçekten adli ve idari yargıdaki iki yüksek mahkeme olan Yargıtay ve Danıştay’ın oluşumu ve işleyişi ile adli ve idari yargıdaki hakim ve savcılarının özlük hakları konusunda güçlü yetkileri elinde bulunduran idari bir birim olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) yargı ile ilgili temel sorunlar bağlamında daha fazla göze çarpmaktadır. Yargıtay ve Danıştay’ın oluşumu, birer temyiz mercii olarak ilk derece mahkemeleri üzerindeki yetkilerinin ötesine geçen not verme sistemi ve üst yargının işleyişindeki bazı sorunlu uygulamalar yanında HSYK bağlamında Kurulun üye sayısının azlığı, Adalet Bakanının Kurulda yer alması, Adalet Bakanlığı Müsteşarının Kuruldaki ağırlıklı etkisi, HSYK’da yargının bütününe temsil edilmemesi ve Yargıtay ile Danıştay’ın ağırlıklı etkisi,



karma oluşumun bulunmaması, Kurulun oluşumunda demokratik meşruiyetin ihmal edilmesi, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması dile getirilen en önemli sorunlar olarak zikredilebilir.

Yüksek yargı mercileri bağlamında Anayasa Mahkemesinin oluşumunda TBMM'nin tamamen dışlanması, Anayasa Mahkemesinin oluşumunda yargının ve bürokrasinin ağırlığı, üye sayısının yoğun iş yükü de dikkate alınarak artırılması ve iki daire biçiminde çalışması esasının benimsenmesi, Yüce Divan yargılamasındaki hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı bağlamındaki aksaklıklar, karşılaşılan önemli sorunlar arasında yer almaktadır. Bunun yanında adli ve idare yargıdaki sivil ve askeri yargı ayrımı ve bu bağlamda askerlerin işlediği bazı suçların yargılanmasındaki görevli yargı mercii ile ilgili tartışmalar da karşılaşılan diğer bir sorun öbeğini oluşturmaktadır.

Yukarıda sıralananlar dışında yargı ile ilgili en önemli sorunlar yargının işleyişi ve yargı mensuplarının özlük haklarıyla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıdaki yoğun iş yükü ve bundan kaynaklanan bir takım sorunlar, yargı mensuplarının özlük hakları ve güvencelerinin demokratik hukuk devleti ölçütlerinin gerisinde kalması ya da Anayasa veya kanunla getirilen kimi teminatların öngörüldüğü ölçüde uygulamada etkisini göstermemesi, yargı mensuplarının yetiştirilmesi, hukuk eğitimi ve benzerleri de bu alanda da ciddi bir reforma ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Sadece adli ve idari yargıdaki temyiz başvurularının sonuçlandırılmasının pek çok davada iki ile beş yıl arasında değişmesi bile sorunun vahametini gözler önüne sermek için yeterlidir.

Son yıllarda yargıya olan güvenin ciddi biçimde düşmesi aslında yukarıda sıralanan değişik sorunlarla doğrudan ilintilidir. Bu bakımdan yargı reformunun öncelikli olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte tüm bu sorunların çok kısa bir zamanda çözülebileceğini söyleyebilmek ve böyle bir beklentiye girmek gerçekçi değildir. Ancak acilen bir yerlerden başlanması gerekmektedir. Nitekim son zamanlarda ülke gündemini yoğun biçimde meşgul eden anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi ve HSYK bağlamında bir kısım yenilikler yapılmaya çalışılmaktadır. Söz konusu değişikliklere karşı açılan iptal davasını ve değişikliklerin referandum aşamasındaki sonuçlarını bir kenara bırakarak değişiklik paketinde yargı ile ilgili olarak getirilmeye çalışılanları irdelemek faydalı olacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, bugüne değin karşılaşılan sorunlar bağlamında Türkiye'de HSYK ve Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılandırılmasında demokratik hukuk devleti örneklerinin dikkate alınması adeta zorunlu hale gelmektedir. Çünkü, ülkemizde bu iki kurumun işleyişindeki temel sorunların önemli bir

kısmı ağırlıklı olarak Avrupa örneklerinden farklı, kendine özgü bir yapılanmanın benimsenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. İşte bu doğrultuda HSYK'nın üye sayısının artırılması, yargının geniş temsiline imkan sağlanması, karma oluşum yönteminin benimsenmesi, Danıştay ve Yargıtay'ın Kuruldaki ağırlığına son verilmesi, parlamentonun belli sayıda üye seçmesi ve Adalet Bakanının Kuruldaki etkisinin zayıflatılması, Kurul'un Adalet Bakanlığının gölgesinde kaldığı izleniminin ortadan kaldırılması ve Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açılması mutlaka dikkate alınması gereken hususlardır. Anayasa Mahkemesi bağlamında da üye sayısının artırılması, üyelerin bir kısmının TBMM tarafından seçilmesine imkan sağlanması, çoğulcu - karma oluşumun benimsenmesi, iki daire biçiminde örgütlenme temel öncelikler olarak görülmelidir.

Son yıllarda yargıya olan güvenin ciddi biçimde düşmesi aslında yukarıda sıralanan değişik sorunlarla doğrudan ilintilidir. Bu bakımdan yargı reformunun öncelikli olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte tüm bu sorunların çok kısa bir zamanda çözülebileceğini söyleyebilmek ve böyle bir beklentiye girmek gerçekçi değildir. Ancak acilen bir yerlerden başlanması gerekmektedir. Nitekim son zamanlarda ülke gündemini yoğun biçimde meşgul eden anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi ve HSYK bağlamında bir kısım yenilikler yapılmaya çalışılmaktadır.



Bu bağlamda Cumhurbaşkanı tarafından referandumla sunulmak üzere Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa değişikliklerinde yargı ile ilgili getirilmeye çalışılanlar nasıl değerlendirilmelidirler? Acaba bu değişikliklerle getirilmeye çalışılanlar kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmekte ve bunun sonucu olarak yargı bağımsızlığı ile tarafsızlığını zedelemekte midirler; yoksa mevcut anayasal yapıdan daha olumlu bir standardı gerçekleştirebilecek içerikte midirler? Bu konulara ana hatlarıyla değinmek yararlı olacaktır.

Anayasa değişikliği paketinde HSYK ile ilgili olarak getirilmeye çalışılanlara "oluşum", "işleyiş" ve "kararlar" biçiminde bakmak mümkündür. Yeni şekliyle HSYK'nın 22 üyeden oluşması öngörülmektedir. Adalet Bakanı yine Kurulun başkanıdır ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun dört asıl üyesi yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulu tarafından, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulu tarafından, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu tarafından kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcılar arasından adli yargı hakim ve savcılar tarafından, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hakim ve savcılar arasından idari yargı hakim ve savcılar tarafından, dört yıl için seçilecektir.

Bu değişikliklerle, oluşum açısından, birinci olarak Adalet Bakanının konumu eskiye göre zayıflatılmıştır. 1982 Anayasasındaki orijinal şekliyle HSYK'da Adalet Bakanı tüm toplantılara katılma ve oy hakkına sahip iken, yeni düzenlemede artık sadece HSYK'nın Genel

Kurul toplantılarına katılabilecektir. Disiplin, terfi, atama, nakil ve benzeri konularda karar alma yetkisinin yeni düzenleme ile Dairelere verildiği göz önünde tutulduğunda, artık Bakanın HSYK'daki ağırlıklı etkisinin zayıflatıldığı söylenebilir. İkinci olarak, Adalet Bakanlığı Müsteşarı artık sadece bir Dairenin toplantılarına katılabilmektedir ve toplantılara katılmadığı zamanlarda Daire Müsteşarın yokluğunda da karar alabilecektir. Üçüncü olarak Kurulun üye sayısı artırılmıştır. Üye sayısının artırılması sayesinde kişisel kayırmalar, blok halde oy kullanmalar ve benzeri sakıncalar

azalabilecektir. Dördüncü olarak Yargıtay ve Danıştay'ın HSYK'daki ağırlıklı konumu zayıflatılmış, Kurulda adli ve idari yargıdaki ilk derece mahkemelerinin üyelerine yer verilerek yargının bütününe Kurulda temsil imkanı sağlanmıştır. Beşinci olarak Kurulda karma oluşum yöntemi dikkate alınmış ve böylece yargı dışından gelen belli sayıdaki üyeye de yer verilmiştir. Bununla birlikte Kurulda TBMM'nin seçtiği üyelere yer verilmemesi önemli bir eksiklik olarak görülmelidir. Demokratik meşruiyeti sağlamak açısından Kuruldaki belli sayıda üyeyi TBMM'nin seçmesi tercih edilebilirdi. Bu durum Avrupa Konseyinin danışma organı konusundaki Venedik Komisyonu tarafından da savunulmaktadır.<sup>1</sup> Nitekim Avrupa'da HSYK

benzeri yargısal kurullara yer veren Fransa, İtalya, İspanya, Portekiz, Polonya gibi ülkelerin tümünde parlamentolar kurula belli sayıda üye seçmektedirler.<sup>2</sup>

İşleyiş açısından ise HSYK üç ayrı daireye ayrılarak, daireler atama, terfi, nakil, disiplin cezası verme ve benzeri konularda yetkili hale getirilmektedir. Öte yandan Kurula bağlı genel sekreterlik oluşturularak, HSYK'nın kendi personeli aracılığıyla çalışması imkanı sağlanmaktadır. Ayrıca Kurulun hakim ve savcılarının disiplin soruşturmasını kendi müfettişleri aracılığıyla yapmasına imkan sağlanmakla da yargı bağımsızlığı



ğı açısından daha olumlu bir adım atılmış olmaktadır. Bunun yanında HSYK'nın meslekten çıkarma biçimindeki cezalarına karşı yargı yoluna başvuru imkanı sağlanmıştır. Her ne kadar bu husus olumlu bir yenilik ise de, Kurulun meslekten çıkarma biçimindeki kararları dışındakilere karşı yargı yolunun kapalı tutulduğunu ve bunun hukuk devleti ile bağdaşmadığını belirtmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi ile ilgili Anayasa Değişikliklerinde göze çarpan birinci husus Mahkemenin üye sayısının 17'ye çıkarılması ve Mahkemenin iki ayrı bölüm ve bir Genel Kurul biçiminde çalışmasının öngörülmesidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal ve itiraz başvuruları, Yüce Divan yargılamaları ve siyasal parti kapatma davaları yine Genel Kurul tarafından yapılacağından, bu yeniliğin Mahkemenin iş yükünü çözmede olumlu katkı sağlayacağı söylenemez. Üye sayısının 21 veya 23'e çıkarılması ve Genel Kurul yerine Bölümlere daha fazla görev verilmesi daha amacına uygun bir yenilik olabilir. Bununla birlikte uygulamada önemli sorunlara yol açan yedek üyeliğin kaldırılması ve üyeliğin 12 yıla sınırlandırılması olumlu yenilikler olarak görülmelidir. 17 üyeli yeni oluşumda TBMM'nin doğrudan üye seçme imkanı olmamasını Avrupa standardı ile bağdaştırmak mümkün değildir.<sup>3</sup> Buna rağmen Kurulun oluşumunda yargının ağırlıklı etkisi yeni düzenleme ile belli ölçüde kırılmakta; Mahkemenin üyelerinin belirlenmesinde Cumhurbaşkanı'nın etkisi daha belirgin hale getirilmektedir.

Mahkemenin siyasal parti kapatma ve anayasa değişikliklerinin şekil açısından iptaline karar verebilmesi için 3/5 olan karar yetersayısı değişiklikle 2/3'e çıkartılmaktadır. Kanaatimizce uygulamada sorunlar doğuran ve ciddi tartışmalara yol açan anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetiminin hangi noktalarda yapılacağının hiçbir yoruma sebebiyet vermeyecek biçimde açıklığa kavuşturulacağı bir hükme ve yine 1993 yılında içtihatla elde edilen anayasa yargısındaki yürürlüğü durdurma yetkisinin kullanımına ilişkin pozitif bir dayanağa da yer verilmesi gerekirdi.

Değişiklik paketinde yer alan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı getirilmesi özde olumlu bir yenilik olarak görülebilir. Yalnız bireysel başvuru hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen haklarla sınırlı olarak öngörülmesini hakların bütünselliği ilkesi ile bağdaştırmak zordur. Anayasa şikayetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen haklarla sınırlı tutmakla, aslında anayasa şikayetini benimsemenin asıl amacının hak ve özgürlükleri daha etkili biçimde korumaktan başka bir gerekçesinin olduğu akla gelebilmektedir.

Son olarak, Anayasa değişikliği paketindeki, kamuoyunda askere sivil yargı olarak bilinen ve askerlerin askerlik hizmeti ile ilgili olmayan suçlarına karşı askeri mahkeme yerine sivil mahkemelerde yargılanmasına imkan sağlayan düzenlemeyi de olumlu kabul etmek gerekmektedir. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin 2010 yılı başlarında iptal ettiği bu konuya ilişkin yasal düzenleme sonrasında artık bu konunun bir anayasa değişikliği ile gerçekleştirilmesi zorunlu hale gelmiştir.

Sonuç olarak, Türkiye'de yargı reformu, gerek mevzuatta yer alan sorunlu noktalar ve gerekse yargının işleyişindeki temel aksaklıklar dikkate alındığında zorunlu bir hal almıştır. Bu bağlamda kısmi bir anayasa değişikliği ile değil, yeni bir anayasa ile yargı reformunu ele almanın daha sağlıklı sonuçlar vereceği özellikle ifade edilmelidir. Nitekim, yargı ile ilgili sorunların yer aldığı anayasa hükümlerinin bir kısmına kısmi anayasa değişikliği paketinde dokunulmaması bazı yeni sorunlara da sebebiyet verebilecektir. Buna rağmen tüm eksikliklerine rağmen referanduma sunulan bu kısmın anayasa değişikliğinin içerik ve zamanlama açılarından önemli olduğu belirtilmelidir. Gündemdeki değişiklik, 1961 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihten bu yana olağan dönemlerde parlamentonun yargı konularıyla ilgili anayasa maddelerinde gerçekleştirdiği ilk ve tek değişiklik girişimidir. Bu değişiklik sayesinde mevcut bürokratik vesayetçi ağırlığın siyasal sistem üzerindeki etkisi belli ölçüde zayıflatılabilecektir. Öte yandan 2008 yılında gerçekleştirilen, ardından Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen anayasa değişiklikleri sonrasında bu değişikliklerin yapılması parlamento açısından fevkalade olumludur. Bilindiği gibi 2008 yılındaki anayasa değişikliklerinin iptali ile birlikte parlamentonun üzerinde vesayetin izleri çok daha yoğun biçimde kendisini göstermeye başlamıştır. İşte tüm bu nedenlerle, içeriğinde eleştirilebilecek eksik noktalar olmakla birlikte bu değişiklikleri genel olarak olumlu kabul etmek ve bunların yargıdaki sorunları belli ölçüde çözebilecek nitelikte olduklarını belirtmek gerekmektedir.

## DİPNOTLAR

1. Bkz.: "Judicial Appointments": Revised discussion paper prepared by the Secretariat for the meeting of the Sub-commission on the Judiciary (14 March 2007).
2. Bu konuda bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yay., Ankara, 2010, s. 53-55.
3. Avrupa ülkeleri ile mukayese edildiğinde Türk Anayasa Mahkemesinin oluşumunda var olan sorunlar konusunda geniş bilgi için bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 378-422.



**Doç. Dr. Osman CAN**

Anayasa Mahkemesi Raportörü - Demokrat Yargı Derneği Eş Başkanı

## RÖPORTAJ



**Hukukun üstünlüğü ne anlama gelmektedir?**

Ülkemizde hukukun üstünlüğü, yargı oligarşisinin "hukuk" adı altında yarattığı bir iktidarın korunması anlamına gelir. Oysa hukukun üstünlüğü, toplumsal iradenin ürünü olan ilke ve kuralların üstünlüğü, başta yargı olmak üzere tüm devlet birimlerini bağlayıcı olması anlamına gelir. Hukukun üstünlüğü, bu bağlamda yargılardan daha çok yurttaşların talep etmesi gereken bir değer, hem de yargı oligarşisine karşı talep etmesi gereken bir değerdir.

**Günümüzde yargı vesayetiyle ilgili tartışmalar neden ülke gündeminin en üst sırasında yer almaktadır? Sizin dile getirdiğiniz "yargının toplumsallaşması" sözünden yola çıkarak nasıl bir cevap verebiliriz?**

Yurttaşlar artık yargının verdiği her kararın ekonomik, sosyal ve siyasal, hatta uluslar arası ilişki yönünden etkileri olduğunu görmektedir. Kendinin demokratikleşmesine rağmen, yargı sisteminin gerici bir ideolojinin korunması amacıyla gittikçe radikalleştiğini ve daha fazla yıkıcılaştığını görmektedir. Yurttaşlar etkin siyasal aktörler olmaya başlayınca, kendi siyasal

iradelerinin yargısal vesayet nedeniyle hiçe sayıldığını, kendi demokrasi ve özgürlük taleplerinin "düşman" olarak görülmeye başlandığını görmektedir. Buna ise artık tahammül edebileceğini zannetmiyorum. Yargı "benim adıma" kullanılan bir erk ise, devlet içinde devlete izin vermem demeye başlıyor. Tüm erkler gibi, bunun da demokratik meşruiyete kavuşması gerekir, demeye başlıyor. Tarihsel bir kırılma noktasına işaret etmektedir bu gelişme.

**Yasama, yürütme ve yargı egemenlik yetkisini millet adına kullandıklarını söylemelerine rağmen neden halen ülkemizde demokrasi ve hukuk üstünlüğü kavramları tartışılmaktadır? Sorunun ana kaynağı nedir?**

Sorun, başta yargı erki olmak üzere, devletin etkin kimi organlarının demokratik meşruiyete dayanmaması. Böyle olunca kendi ideolojik öncüllerine göre, sistemi yapılandırmaya başlarlar. Bunun zorunlu sonucu vesayetin inşası ve demokrasinin ise olanaksızlaştırılması.

**Ülkemizdeki yargı sistemiyle adalet kavramı yan yana geldiğinde ne gibi bir tablo karşımıza çıkmak-**



tadır? Bu tabloda yüksek yargı organlarının pozisyonu nedir?

Yargının adalet ile ilişkisi, ordunun savunma ile ilişkisine benzer. İkiisi olağan bir ülkede ne kadar sıkı ilişkideyse, Türkiye’de de o ölçüde bir birinden uzaktır maalesef. Ordunun savunmayla ilgisi kalmadığı gibi, yargının da adalet ile ilgisi yok. Zaten yargıyı kuran ideoloji, onun temel misyonunu “toplumun adalet talebinin karşılanması” olarak değil, “devrimleri topluma dayatma misyonu” olarak tanımlamıştır. Yüksek Mahkemeler ve HSYK’dan oluşan yargı oligarşisi bu sistemin güvencesidir. Adalet kavramına bütünüyle yabancılaşmışlardır.

Ülkemizdeki yargı sistemi ele alındığında erkler ayrılığı sistemi ölçüsünde yargının kendi kendini yükseltmesini, yetkilendirmesini, atamasını nasıl değerlendiriyorsunuz?

Az önce nitelendirdiğim ideolojik misyonun devamı için gerekli bir yapılanmadır bu. Böyle olmasaydı, yargı ideolojik silah olarak çalışmayı 50 yıl öncesinden terk etmiş olurdu. Bu nedenle zaten demokratikleşmeye karşı bu kadar radikal bir direniş gösteriyorlar.

1924 Anayasasının ruhunun değiştirilmesinin arka planında ne yatmaktadır?

1924 ruhunun yargısal görünümü, yargının Adalet bakanlığı üzerinden siyasi iradeye bağlanmasıydı, sorunluydu, ancak 27 Mayıs sonrası uygulamalarına bakıldığında, daha az sorunluydu demek zorundayız. Çünkü 1924 döneminde hiç olmazsa iktidar olan siyasal akım kendine yakın yargıçların sisteme dahil olmasını sağlar, bu şekilde dönemsel ve periyodik olarak farklılıklar yargıya yansıtılmış olurdu. Ancak 1961 Anayasası ile tek tip ideolojik yargı sistemi anayasal düzeyde güvenceye alındı, toplumsal çeşitlilik ile yargı arasındaki bağ koparılarak, yargının devlet içinde devlet olması sağlanmış oldu.

Niçin çok partili döneme geçişle birlikte yargıyla ilgili çokça tartışma gündeme gelmeye başlamıştır?

Bu sorunun yanıtı çok basit. Tek partinin kontrol ettiği yargı dahil tüm devlet aygıtı ile yasama iktidarı arasında çatışmaların çıkması kaçınılmaz. Tek parti vesayeti olarak çalışan bir yargı, adaletin değil, vesayetin garantisidir. Ancak tek parti iktidarda olduğu sürece, bu yargı oligarklarının aklına “yargı bağımsızlığı” diye bir soru gelmez. Çünkü bağımsızlık, ancak ve ancak halka karşı olabilir, onlara göre, efendilere karşı bağımsızlık olmaz zaten.

HSYK’nın yargı sistemimizi içindeki yeri nedir? Anayasa değişikliğiyle birlikte gündeme gelen HSYK’nın yapısıyla ilgili olarak yapılan düzenlemeye bazıları tarafından neden şiddetle karşı çıkmaktadır?

İdeolojik bir filtredir. İdeolojisi kirlenmiş olanların yükselmesini engellemek, sistemin taşıyıcısı olduğuna inanılanların ise hızla yükselttilerek Danıştay, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi, HSYK ve YSK üyesi seçilmesi kurulu olarak çalışır. Demokrasi ve özgürlük ekseninde düşünenlerin ise ayıklandığı bir mekandır. Bu yönüyle bizi hiç şaşırtmadı. Darbecilerin ise yüzakıdır sanırım. Kürsü hakim ve savcılar üzerindeki mutlak hegemonyal yetkisi açısından bakıldığında, tabii ki şimdiki HSYK bunu ortadan kaldıracak bir değişikliğe karşı çıkacaktır.

Yurttaşlar artık yargının verdiği her kararın ekonomik, sosyal ve siyasal, hatta uluslar arası ilişkiler yönünden etkileri olduğunu görmektedir. Kendinin demokratikleşmesine rağmen, yargı sisteminin gerici bir ideolojinin korunması amacıyla gittikçe radikalleştiğini ve daha fazla yıkıcılaştığını görmektedir. Yurttaşlar etkin siyasal aktörler olmaya başlayınca, kendi siyasal iradelerinin yargısal vesayet nedeniyle hiçe sayıldığını, kendi demokrasi ve özgürlük taleplerinin “düşman” olarak görülmeyle başladığını görmektedir. Buna ise artık tahammül edebileceğini zannetmiyorum.



**Uluslar arası yargı organlarıyla ülkemizdeki yargı organlarının ne gibi bir bağlantısı vardır?**

Tersinden bağlantı vardır. Yani oralarda geçerli değer sistemleri, buralarda tersyüz edilerek oligarşik yapının devamı için çarpıtılır. Usul güvenceleri ideolojiyi koruyacaksa hatırlanır. Özgürlük talepleri, seçilmiş temsilcileri frenleyecekse hatırlanır. Hukuk devleti genelinde, oligarşik yapıların korunması için kullanılan bir gerekçeden öteye gitmez. Bunun batıda nasıl olduğunu artık sormayın.

**Demokratik bir hukuk devleti darbe ürünü anayasalarla sağlanabilir mi? Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. Maddesi "Türkiye Cumhuriyeti, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir" demektedir.**

Sağlanmaz. Bu eşyanın doğasına aykırı. Şeytanın tanrının en iyi kulu, Hitlerin en adil, azılı katilin en masum olması gibi bir şey. Siyasal ve hukuksal sistemi itibarıyla darbe ürünü olan bir ülkenin kendine hukuk devleti, laik devlet demesi utanç verici, demokratik devlet demesine ise söylenecek söz bulunmaz. 2. Madde bence Frankocu bir yapının gülünç yüzü maskesinden başka bir şey değil.

**"Sivil bir iradeyle sivil bir ruha sahip yeni bir anayasa toplumsal uzlaşıyla hazırlanmalıdır" sözünden sizce ne anlaşılmalıdır?**

Toplumsal bir uzlaşı önemli. Ancak bunun için, hiç kimsenin, ötekinin kabul etmeyeceği ideolojik unsurların anayasada bulunmasında ısrar etmemesi gerekir. Bir Anayasa yalnızca uzlaşı sağlanabilecek temel unsurları barındırmalıdır bence. Şu sıralar toplumsal uzlaşıya anlaşılması güç bir vurgu yapanların hazırlayacağı bir Anayasanın toplumun yalnızca küçük bir kesimi tara-

findan benimsenebileceğini düşünüyorum. Bu nedenle uzlaşma kelimesi, uzlaşmazlığın bir aracından başka bir şey olmayabiliyor. "Evet, ama" gibi bir şey, yani aslında "hayır" demek gibi bir şey. Hayır derken de, hayır demenin hiçbir riskini üstlenmemek. Yani oldukça etik dışı bir tutum.

**Ülkemizdeki yüksek yargı organlarını dünya ölçeğinde kısaca değerlendirdiğimizde ne gibi bir sonuç doğmaktadır?**

Öncelikle yüksek yargı diye bir şey yok. Yüksek mahkemeler vardır, onlar da temyiz mercii, yani hukuksal denetim yapar. Yargı kürsüde gerçekleşir. Bizdeki yüksek mahkemelere bakıldığında, dünya ölçeğinde konumlandıkları yerin, "siyasal alan" olduğunu söylemem gerekir. Yani yargıyla ilgisiz, ancak siyasetle pür ilişkili biçimde bir görüntülerinin olduğu görülmektedir. Batı dünyasından böyle görüldüğü çok açık.

**13- Tüm bu konuşulan konular dışında eklemek istediğiniz hususlar nelerdir?**

Kime ait olursa olsun, tüm yurttaşların ve grupların temel hak taleplerini değerli görmemiz gerekir. Bu yetmez, bunu değerli gören bir yargı sisteminin

Kime ait olursa olsun, tüm yurttaşların ve grupların temel hak taleplerini değerli görmemiz gerekir. Bu yetmez, bunu değerli gören bir yargı sisteminin yaratılması gerekir. Aksi takdirde çok daha ciddi sorunlarla, yargısal aktörlerin başlatacağı kaotik sonuçlarla karşılaşacağımız kesin. Yargının demokratikleşmesi şart. Yeni Anayasa değişiklikleri bunu kısmen yapıyor. Bu süreci ilerletmek, bu sürece toplumsal örgütlenmeleri ve tepkileri eklemek zorundayız.

yaratılması gerekir. Aksi takdirde çok daha ciddi sorunlarla, yargısal aktörlerin başlatacağı kaotik sonuçlarla karşılaşacağımız kesin. Yargının demokratikleşmesi şart. Yeni Anayasa değişiklikleri bunu kısmen yapıyor. Bu süreci ilerletmek, bu sürece toplumsal örgütlenmeleri ve tepkileri eklemek zorundayız. Her şeye rağmen, vesayetçilerin, yargı oligarklarının, üniformalı ve cüppelilerin tüm dirençlerine rağmen ülkenin demokratikleşmesini kimsenin durduramayacağına inanıyorum.



Yrd. Doç. Dr. Osman SARI

Sakarya Üniversitesi-İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi,  
Eski İş Müfettişi

## SOSYAL HUKUK AÇISINDAN 2010 TARİHLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ VE MEMURLARA TOPLU SÖZLEŞME HAKKI TANINMASI



### I. GİRİŞ

Toplum nasıl değişiyorsa, dünya nasıl değişmekteyse, insanı ve toplumu kuşatan sosyal, ekonomik ve teknik şartlar nasıl değişiyorsa, devletin temel çatısını, sosyal düzenin esaslarını oluşturan anayasalar da zamanın akışına, tarihin zorlamasına dayanamayarak, bir gün zorunlu olarak değişikliğe uğrarlar. Fakat önemli olan, sosyal olaylar ve ilişkiler bir kangrene dönüşmeden, aydınların, bu değişimi önceden sezerek, milletimizin ihtiyaç ve gereklerine göre ve milletimizin bireylerini mutlu edecek bir çerçevede gerçekleşmesi için bütün çabalarını birleştirmesi ve bu konuda bir çıkış yolu bulmalıdır. Ne var ki, aydınlarımız, hem anayasa yapımında hem de anayasaların değiştirilmesinde, kendi toplumumuzun veya milletimizin ihtiyaç ve gereklerini hiç göz önüne almamakta, ya kendi ideolojileri çerçevesinde, ya da batı yönetimlerinin ve özellikle

de Avrupa Birliği'nin baskıları ve tavsiyeleri doğrultusunda hareket etmektedir. Hâlbuki bu anayasa, bizim toplumumuzu yönetecek, bizim toplumumuzun, bizim milletimizin siyasal örgütlenmesi olan devletin temel çatısını, temel siyasal ve sosyal kurumlarını düzenleyecektir. Bu nedenle anayasamız yapılırken veya değiştirilirken, hem uluslar arası çalışma kurallarını hem de kendi sosyal yapımızı ve bunun gereklerini göz önünde bulundurmak zorunluluğu vardır.

1982 Anayasasının da artık değiştirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. 1982 Anayasası bundan önce de birçok defa değişikliğe uğramıştır. Fakat bu değişikliklerin yeterli olduğu inancında değiliz ve bu değişiklikler anayasamızı yamalı bir bohçaya dönüştürmüştür. Doğrusu artık yepyeni bir anayasa yapmanın zamanı çoktan gelmiş ve geçmektedir. Anayasayı yeniden yapmanın sorumluluğu aydınlarımızın omuzunda dünyanın en ağır yüklerinden biri olarak durmaktadır. Fakat biz bu yazımızda 1982 Anayasasında son defa yapılan



2010 tarihli değişiklikle memurların toplu sözleşme hakkının üzerinde durmaya çalışacağız.

1982 Anayasası, kamu çalışanlarının sendikal haklarıyla ilgili olarak iki defa değişikliğe uğramıştır. Bunlardan ilki 1995 yılında gerçekleşmiştir. Ülkemizde, kamu görevlileri ile ilgili olarak 1995 yılında yapılan bu değişiklikle, esas itibarıyla, iki önemli düzenleme getirilmiştir. Bunlardan birinci düzenleme, hatta bizce en önemli düzenleme, kamu çalışanlarına sendika kurma hakkının tanınmış olmasıdır. Çünkü sendika kurma hakkı, toplu pazarlıkla ilgili diğer hakların, özellikle toplu görüşme ve toplu sözleşme yapma haklarının temelini oluşturmaktadır. Sendika var olmadan, sendikal örgütlenme gerçekleştirilmeden, diğer sendikal hakların varlığı ve kullanılması da mümkün olmamaktadır. Nitekim kamu çalışanları en büyük ve en zorlu mücadelesini, sendikal örgütlenme konusunda vermişlerdir.

Kamu çalışanlarının sendika kurma hakkını, toplu görüşme hakkının elde edilmesi izlemiştir. Toplu sözleşme ve grev haklarından yoksun bir toplu sözleşme hakkının pek de fazla bir önem taşımayacağı ileri sürülebilirse de, sosyal hukukta, sosyal ve ekonomik hakların bir çırpıda, kolayca gerçekleşmeyip, merdiven basamaklarının birer birer yükselişi gibi, aşama aşama gerçekleştiği gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim 1982 Anayasası'nda

gerçekleştirilen 1995 anayasa değişikliği, sendika kurma hakkı yanında, ikinci bir önemli hak olarak toplu görüşme hakkını tanımıştır. Eğer bu toplu görüşme hakkı 1995 anayasa değişikliği ile gerçekleştirilmemiş olsaydı, muhtemeldir ki 2010 anayasa değişikliği, bugün toplu sözleşme hakkının yerine, toplu görüşme hakkının tanınmasına yer verecekti. Toplu görüşme hakkı, bugün, kamu çalışanlarına tanınan toplu pazarlık hakkının esasını oluşturduğundan 4688 sayılı ve 25.6.2001 tarihli Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda nasıl düzenlenmiş olduğuna da kısaca değinmek gerekmektedir.

## II. DEĞİŞİKLİKTEN ÖNCEKİ DURUM: TOPLU GÖRÜŞME HAKKI

### 1.Toplu Görüşme Hakkının Kapsamı

4688 sayılı Kanun, kamu görevlileri sendikalarına oldukça sınırlı bir toplu görüşme hakkı tanımıştır. Bu sınırlama, bir yandan toplu pazarlık yapılacak konular yönünden ortaya çıkmakta, diğer yandan da tarafların iradesini büyük ölçüde daraltmaktadır. Adı geçen kanun, kamu sendikalarına toplu görüşme hakkını, işçi sendikalarında olduğu kadar geniş tutmamış, toplu görüşmede taraflar, ister anlaşsın, ister anlaşmasın, son söz siyasi iradeye tanınmış ve toplu görüşme uyuşmazlıkla sonuçlanırsa grev yolu kapalı tutulmuştur.<sup>1</sup>

Toplu görüşmeler sırasında, taraflar, 4688 sayılı Kanunu'na göre, kamu görevlileri için uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminat, fazla çalışma ücretleri, harcırah, ikramiye, lojman tazminatı, doğum, ölüm, aile yardımı ödenekleri, tedavi yardımı ve cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları gibi etkinlik ve verimlilik artırıcı diğer yardımları (m.23) kapsamaktadır. Kanunun bu hükmünden, toplu görüşmede, tarafların ancak mali ve ekonomik konularda görüşme yapmaya yetkili oldukları

anlaşılmaktadır.<sup>2</sup> Bu durumda, kamu çalışanları sendika ve konfederasyonlarına, mali haklar dışında kalan hak ve çıkarlar konusunda toplu görüşme yapma yetkisi tanınmamıştır. Kanunun 23.maddesindeki bu sınırlama ILO Uzmanlar Komitesi'nce, serbest toplu pazarlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştiriyse uğramıştır.<sup>3</sup>

### 2.Toplu Görüşmede Taraflar

Toplu görüşmenin taraflarından biri, kamu çalışanları adına veya onları temsilen her hizmet kolunda



kurulmuş olan yetkili kamu görevlileri sendikalarıdır. Toplu görüşmenin diğer tarafı ise, kamu işverenleri adına Kamu İşveren Kurulu'dur. Görüldüğü gibi, 4688 sayılı Kanun, işçi sendikalarının aksine, konfederasyonlara da toplu görüşme hakkı tanımıştır. Kanundaki bu düzenleme, bir hizmet kolunda, toplu görüşmede ele alınacak çeşitli konular arasında uyum sağlama, standart oluşturma açısından, doktrinde olumlu karşılanmıştır.<sup>4</sup>

Toplu görüşmede işveren tarafını temsil eden Kamu İşveren Kurulu, başbakan tarafından görevlendirilen bir devlet bakanının başkanlığında, Başbakanlık, Maliye Bakanlığı, Hazine ve DPT Müsteşarları ile Devlet İstatistik Enstitüsü ve Devlet Personel Dairesi Başkanları, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü ve kamu işveren sendikası temsilcilerinden oluşmaktadır. Kamu işveren temsilcilerinin sayısı, kanunda, toplu görüşmeler yapılırken, şekli de olsa eşitliği sağlamak için, Kamu İşveren Kurulu üyelerinin sayısı kadar kabul edilmiştir(m.29/2).

### 3. Toplu Görüşme Yetkisi

Toplu görüşme yapma yetkisi, her hizmet kolunda en çok üyeye sahip kamu görevlileri sendikası ile bunların bağlı oldukları konfederasyonlara aittir. Toplu görüşme heyetinin başkanı ise, en çok üyeye sahip konfederasyonun temsilcisidir (m.30/1). Görüldüğü gibi, 2821 sayılı kanunla işçi sendikaları için getirilen düzenlemenin aksine, kamu görevlilerinin toplu görüşmesinde, sendikaların yanında konfederasyonlar da yetkili kılınmıştır.<sup>5</sup>

#### a. Yetkinin Saptanması

4688 sayılı Kamu Sendikaları Kanunu, toplu görüşme yetkisinin saptanması konusunda işçi sendikalarının toplu pazarlık yetkisine paralel olarak, fakat biraz karmaşık düzenlemiştir.<sup>6</sup> Buna göre, 4688 sayılı kanun, kamu görevlileri sendikalarının da hizmet kolu esasına göre kurulabileceğini hükme bağlamış ve 11 hizmet kolu tesbit etmiştir(m.5). 2004 yılında, 5198 sayılı kanunla Kamu Görevlileri Kanunu'nda yapılan değişiklik, yetkili sendikanın tesbiti sürecine, ilgili hizmet kolundaki sendikaların temsilcileri de eklenmiştir. katılmıştır. Nitekim 4688 sayılı kanunun 30.maddesinin 5198 sayılı kanunla değiştirilmiş şekline göre, kurum tarafından, her yıl, 15 Mayısı takip eden 5 işgünü içinde belirlenen yer ve tarihte yetkili sendikayı tesbit toplantısı yapılır. Bu toplantıya, kurumu temsil eden iki yetkili ile kurumun faaliyette bulunduğu hizmet kolunda faaliyette bulunan sendikalardan birer temsilci katılır. Bu toplantıda, 15 Mayıs tarihi itibarıyla kurum-

da çalışan ve kuruma aidat kesintisi yapılan kamu görevlilerinin, sendikalara göre toplam sayılarını belirten bir tutanak düzenlenir. Bu tutanak, taşra örgütlerinden benzeri esaslara göre düzenlenip gönderilen tutanaklarla birleştirilerek 31 Mayıs tarihine kadar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına gönderilir (m.30/4,5).<sup>7</sup>

Çalışma ve Sosyal ve Güvenlik Bakanlığı da kurumlardan gelen bu tutanakları ve listeleri inceleyerek, buralarda çalışan kamu görevlileri sayısı ile sendikalar itibarıyla üyelik kesintisi yapılan üye sayılarını dikkate alarak, her yıl 15 Mayıs tarihi itibarıyla hizmet kollarında çalışan tüm kamu görevlileri sayısı ile hizmet kolundaki sendikaların önce üye sayılarını tesbit eder, arkasından, her hizmet kolundaki yetkili kamu görevlileri sendikaları ve konfederasyonların toplam üye sayısını belirler. Böylece ulaşılan tesbit sonuçları her yıl Temmuz ayının ilk haftasında Resmi Gazetede yayınlanır(m.30/b).

#### b. Yetkiye İtiraz

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yukarıda belirtildiği gibi ulaştığı tesbit sonuçlarına itiraz edilmesi mümkündür. Tesbit sonuçlarının Resmi gazete- de yayınlanmasından itibaren 5 çalışma günü içinde, yetkili oldukları tesbit edilen sendikaların ve konfederasyonların yetki tesbiti sonucuna itiraz hakları bulunmaktadır. Yetki tesbitine itiraz, aynı işçi sendikalarında olduğu gibi, (2822 sayılı kanun, m.15), Ankara İş Mahkemesi' ne yapılır. Mahkeme bu itirazı 15 gün içinde karara bağlar(m.31). Yargıtay, bir kararında, hizmet koluna ilişkin Resmi Gazete'de yayınlanan, istatistiğe itiraz davalarının kamu düzeninden olduğu, bu nedenle mahkemenin delilleri kendiliğinden toplayıp, önceki istatistikle kesinleşen üye sayısı ve yüzdesini baz almak suretiyle bir değerlendirme yapması ve bu tür davalarda ilgili hizmet kolundaki tüm sendikaların hasım gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir (31.10.2006 E.28890, K.287 63, Çalışma ve Toplum, 2007/3,313 vd. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda İş Mahkemesi kararının kesin olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda İş Mahkemesi'nin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca, 8 gün içinde temyiz yoluna başvurabileceğini kabul etmek gerekir.<sup>8</sup>

### 4. Toplu Görüşme ve Mutabakat Metni

#### a. Toplantı Usulü ve Toplu Görüşme

Yetkili kamu görevlileri sendikası ile bağlı olduğu konfederasyon, her yılın Ağustos ayının on beşinci günü bir araya gelirler. Tarafların nerede bir araya ge-



leceğini, Devlet Personel Başkanlığı belirler ve bir hafta önceden yine taraflara bildirir. Bu toplantı her yılın Ağustos ayı içinde ayrıca bir çağrıya gerek olmaksızın yapılır. Toplu görüşmenin sekreteryaya hizmetleri ise Devlet Personel Başkanlığınca yürütülür (m.32).<sup>9</sup> Toplantıda, Kamu İşveren Kurulu, Yüksek İdari Kuruldan gelen önerileri de dikkate alarak, toplu görüşme kapsamındaki konulara dair bilgi ve belgeleri kurula sunar ve böylece toplu görüşmeye başlanır. Toplantıda görüşmelerin nasıl yapılacağı yani görüşme usulü taraflarca belirlenir. Taraflar, karşılıklı olarak önerilerini ortaya koyar. Bu öneriler toplantıda görüşülür, tartışılır, ancak görüşmelerin en geç on beş gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. İşte bu süre içinde anlaşmaya varılırsa, düzenlenen mutabakat metni taraflarca imzalanır(m.34/1)

#### **b.Mutabakat Metni (uyuşma metni)**

Mutabakat metni, uygun idari, icrai ve yasal düzenlemelerin yapılabilmesi için Bakanlar Kuruluna sunulur. Bakanlar Kurulu da üç ay içinde mutabakat metni ile ilgili uygun düşen idari ve icrai düzenlemeleri yaparak, bununla ilgili hazırladığı kanun tasarısını TBMM'nin onayına sunar(m.34/2).

Toplu görüşme yapma yetkisi, her hizmet kolunda en çok üyeye sahip kamu görevlileri sendikası ile bunların bağlı oldukları konfederasyonlara aittir. Toplu görüşme heyetinin başkanı ise, en çok üyeye sahip konfederasyonun temsilcisidir (m.30/1). Görüldüğü gibi,2821 sayılı kanunla işçi sendikaları için getirilen düzenlemenin aksine, kamu görevlilerinin toplu görüşmesinde, sendikaların yanında konfederasyonlar da yetkili kılınmıştır.

Kamu görevlileri sendikaları ile Kamu İşveren Kurulu arasındaki toplu görüşme,2822 sayılı kanunda düzenlenen toplu görüşmeye pek benzememektedir. Her ne kadar, mutabakat metni, kamu görevlilerinin çalışma şartlarını, sosyal ve ekonomik durumlarını az çok düzenleyen bir anlaşma metni ise de, Yasa koyucu, bunu bir toplu iş sözleşmesi olarak nitelememiştir. Çünkü mutabakat metni, toplu iş sözleşmesi gibi, iş akitleri üzerinde bir yasa gibi etkileyici sonuçlar doğurmaz ve Bakanlar Kurulu onay vermedikçe bir hukuki bağlayıcılığı da yoktur. TBMM siyasi açıdan kendisine sunulan yasa tasarısı ile bağlı ise de, duruma göre, bu tasarı üzerinde gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir.<sup>10</sup> Meclis'e sunula kanun tasarısı, TBMM tarafından kabul edildiği takdirde, artık bu düzenleme, Anayasanın 10. maddesi gereği aynı hizmet kolunda çalışan tüm kamu görevlilerine uygulanır.

Çünkü Anayasanın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesi bunu gerektirmektedir. Aksi halde eşitlik ilkesi çiğnenmiş olur.<sup>11</sup>

Görüldüğü gibi, kamu görevlileri sendikaları ile Kamu İşveren Kurulu arasında yapılan toplu görüşmenin, 2822 sayılı kanunda düzenlenmiş olan toplu görüşmeye benzediği pek söylenemez. Doktrinde, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda düzenlenen toplu görüşme sürecinin, bir tür danışma süreci, kamu görevlileri sendikalarının da bir tür danışma organı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>12</sup> Esasen, kanunla, son söz taraflara değil de Bakanlar Kurulu'na en son söz de TBMM'ne bırakılmıştır.

### **5. Uyuşmazlık ve Uzlaştırma Kurulu**

Yapılan toplu görüşmeler uyuşmazlıkla da sonuçlanabilir. Eğer toplu görüşmeler, 15 günlük süre içinde anlaşma ile sonuçlanmazsa, taraflardan biri Uzlaştırma Kurulunu toplantıya çağırır. Uzlaştırma Kurulu, Yüksek Hakem Kurulu'nun Başkanlığında, Üniversitelerarası Kurul tarafından, fakültelerin Çalışma Ekonomisi, İş Hukuku, İdare Hukuku ve Kamu Maliyesi bilim dallarından seçilecek birer üye olmak üzere dört öğretim üyesinden oluşur(m.35). Kurul üyeleri, partilerin merkez karar ve yürütme organlarında görev alamazlar. Görüldüğü gibi Uzlaştırma Kurulu bilim adamlarından oluşan bir kuruldur. İşte bu kurul, uyuşmazlık konularını inceler. Gerekli görürse, tarafların temsilcilerini de dinler ve beş gün içinde kararını verir. Uzlaştırma kurulunda, kararlar salt çoğunlukla alınır.

Uzlaştırma Kurulu'nun verdiği bu kararı, taraflar kabul ederse, bu karar mutabakat metni olarak Bakan-



lar Kurulu'na sunulur. Fakat taraflar, bu karara katılmazsa, hem uzlaşılan konuların, hem de anlaşmazlık konularının tümü bir tutanak halinde taraflarca imzalanır ve yine Bakanlar Kurulu'na sunulur (m.35). Tarafların toplu sözleşme özerkliğine bile sahip olmadığı açıkça belli olan bu prosedürde grev ve lokavt hakkının söz konusu olmadığı, esasen bu aşamada Uzlaştırma Kurulu'nun kararının uzlaştırma sürecine ne derece etkili olduğunun çok tartışma götüreceği doktrinde haklı olarak ileri sürülmüştür.<sup>13</sup>

### III. 1982 ANASASINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLE KAMU GÖREVLİLERİNE TOPLU SÖZLEŞME HAKKI TANINMASI

1982 Anayasası son olarak,5982 sayılı ve 7.5.2010 tarihli T.C.Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla, yeni bir değişikliğe daha uğramıştır. Anayasada yapılan bu son değişikliğin sosyal hukuk ve sosyal politika açısından hiç kuşku yoktur ki en önemlisi kamu görevlilerine ilk defa toplu iş sözleşmesi yapma hakkının tanınmış olmasıdır. Toplu sözleşme hakkının, işçilerin yanında kamu görevlilerine de tanınması, gerek kamu görevlileri sendikaları, gerek kamu çalışanları hatta kamuoyu tarafından yeterli ilgiyi çekemediği gibi, toplu sözleşme hakkının kullanılmasıyla doğacak muhtemel sosyal ve ekonomik sonuçlar üzerinde pek durulmamaktadır. Hâlbuki kamu çalışanlarına toplu pazarlık hakkının tanınması, sosyal hukukumuz açısından çok önemli bir yenilik olduğu gibi, çok önemli sosyal, ekonomik ve mali sonuçlara da yol açabilecek bir gelişmedir. Dolayısıyla toplu sözleşme hakkının önemine, kapsamına ve bu hakkın öznelere kısaca değinmek gerekmektedir.

#### 1.Toplu iş sözleşmesinin önemi

Toplu iş sözleşmesi, iş akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hükümlerle, taraflar arasındaki bazı hak ve borçları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya işveren arasında yazılı olarak yapılan iş hukukuna özgü bir sözleşmedir.<sup>14</sup>

Toplu iş sözleşmeleri, hem çalışanlar, hem işverenler, hatta hem de toplum ekonomisi açısından büyük önem taşımaktadır. Her şeyden önce toplu iş sözleşmeleri, çalışanlar açısından büyük önem taşır. Çünkü toplu iş sözleşmeleriyle getirilen yeni hak ve çıkarlar, çalışanların sosyal ve ekonomik yönden daha fazla korunmalarını ve güçlenmelerini sağlar. Ücretlerin artırılması ve yeni sosyal hakların kabul edilmesiyle çalışanlar, millî gelirden daha fazla pay almaya başlar ve

1982 Anayasası son olarak,5982 sayılı ve 7.5.2010 tarihli T.C.Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla, yeni bir değişikliğe daha uğramıştır. Anayasada yapılan bu son değişikliğin sosyal hukuk ve sosyal politika açısından hiç kuşku yoktur ki en önemlisi kamu görevlilerine ilk defa toplu iş sözleşmesi yapma hakkının tanınmış olmasıdır.

sosyal refah düzeyi yükselir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmelerinin, çalışanlardan çok, çalışanların ekonomisi üzerinde çok olumlu etkilerde bulunduğu bilinen bir gerçektir. Bu nedenledir ki çalışanlar açısından toplu iş sözleşmesinden yararlanma, işverenler açısından ise, toplu iş sözleşmesiyle bağlılıktan söz edilir.<sup>15</sup>

Çünkü esas itibarıyla, toplu sözleşme hakkı, sosyo-ekonomik açıdan, daha zayıf bir konumda bulunan çalışanları korumaya yönelmiş bir haktır.<sup>16</sup>

Toplu iş sözleşmelerinin, işverenler veya çalışanlar açısından da büyük bir önem taşıdığı söylenebilir. Çünkü bir işyerinde toplu iş sözleşmesi yapılmasıyla, her şeyden önce, belli bir süre (ki bu süre, ülkemizde 1 yıl ile 3 yıl arasında değişir) sosyal barış veya çalışma barışı kurulmuş olur. Bu barış ve istikrar ortamından da hem çalışanlar, hem toplum ve hem de işverenler yararlanır. Ülke düzeyinde kurulan çalışma barışı yanında, çalışanların da rahatlıkla benimseyip uydukları bir işyeri düzeni, bu düzen içinde ortaya çıkmış çalışma veya üretim standartları da, işyerinde verimliliği ve üretim artışını getirecektir. Ancak bütün bunlara rağmen, çalışanların korunması amacı, iş düzeni veya çalışma barışına feda edilmemeli,<sup>17</sup> bu ikisi arasındaki ideal dengeyi arayıp bulmaya çalışmalıdır.

Toplu iş sözleşmesi hakkının diğer bir önemi de bu hakkın, sendikal hakların (ki bu haklar sendika hakkı, grev hakkı ve toplu iş sözleşmesi haklarıdır) özünü



veya temelini oluşturmaktadır. Çünkü toplu sözleşme hakkının varlığı ve kullanılabilmesi için, her şeyden önce, sendika hakkının varlığı zorunludur. Grev hakkı ise, işvereni toplu sözleşme yapmaya zorlayan hukuki bir mücadele aracıdır. Dolayısıyla bu üç hak, bir bütünün parçaları gibidir. Bu haklardan birinin olmayışı, diğerlerinin etkinlik ve önemini ya azaltır ya da büyük ölçüde ortadan kaldırır.<sup>18</sup>

Fakat sendika ve grev hakkının asıl hedefinin toplu iş sözleşmesine ulaşmak olduğu açıktır.

## 2. Toplu Sözleşme Hakkının Kapsamı

Toplu iş sözleşmesinin kapsamı, biri normatif veya düzenleyici hükümler, diğeri ise ise, borç doğurucu hükümler olmak üzere ikiye ayrılır. Fakat bu ayrım işçi sendikaları ile işveren sendikası veya işveren arasında imzalanan toplu iş sözleşmeleri hakkındadır. Kamu görevlileri sendikalarının imzalayacağı toplu sözleşmelerin kapsamının işçi sendikaları ile aynı kapsamda olacağını söylemek oldukça zordur. Kamu görevlileri, toplum hayatı için zorunlu, vazgeçilmez ve bazen toplu pazarlığı dahi yapılamayacak kamu hizmetlerinde çalışan kişiler olduğu için, bunlara uygulanacak toplu iş sözleşmelerinin kapsayacağı personel ve çalışma koşulları bakımından işçi sendikaları ile aralarında çok önemli farklar olacağına kuşku yoktur.

Kamu görevlileri sendikalarının, kamu yönetimleri ile yapacakları toplu sözleşmelerin kapsamının önemli ipuçları zaten halen yürürlükte olan 2688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda açıkça görülmektedir. Bu kanuna göre, toplu görüşme sonucunda uz-

laşma sağlansın veya sağlanmasın, Bakanlar Kurulu nihai kararı veren mercidir. Toplu sözleşme prosedürü adeta kamu görevlileri sendikalarını uzlaşmak zorunda bırakan bir şekilde düzenlendiği gibi<sup>19</sup> toplu görüşme konularını da oldukça sınırlı tutmuştur. 2688 sayılı kanuna göre toplu görüşme, dolayısıyla Anayasa değişikliğinden sonra ortaya çıkacak olan kamu toplu sözleşmeleri aşağıdaki ko-

nuları kapsayabilir: Kamu görevlileri için uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, fazla çalışma ücretleri, harcırah, ikramiye, lojman tazminatı, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, tedavi yardımı ve cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ile bu mahiyette etkinlik ve verimlilik artırıcı diğer yardımları kapsar(m.28).

## 3. 2010 Anayasa Değişikliğinde Toplu Sözleşme Hakkının Düzenlenişi

5982 tarihli kanunla 1982 Anayasası bir kez daha kamu görevlileri için değiştirilmiş ve bu değişiklikte daha önce tanınmış olan toplu görüşme hakkına bu defa toplu iş sözleşmesi hakkı da eklenmiştir. Bu düzenlemede başlıca iki husus veya nokta dikkat çekici olarak ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce bu değişiklikte kamu görevlilerine açık ve net bir şekilde toplu sözleşme

hakkı tanınmıştır. Bu hakkın sahibi olarak, hem memurlardan hem de kamu görevlilerinden söz ederek her ikisini de toplu sözleşme hakkının öznelere olarak zikretmiştir. İkinci olarak, bu değişiklikte, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'na yer verilmiştir. Anayasa değişikliğine göre, eğer toplu görüşmeler sonunda uyuş-



mazlık çıkarsa Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'na başvurabilir. Bu kurul aynı işçi sendikalarında olduğu gibi, grev yolu kapalı olduğu için, zorunlu olarak başvuru bir zorunlu tahkim yoludur. Verdiği kararlar kesin olup, toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Ayrıca yapılan değişikliğe göre, toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü ve benzeri ayrıntılarla diğer hususlar kanunla düzenlenir (5982 sayılı ve 7.5.2010 tarihli kanun m.6).

## SONUÇ

Uluslar arası alanda, ILO' nun 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi ile birlikte sendikalara toplu pazarlık yapma hakkı tanınmışken ulusal alanda da 1982 Anayasası'nda 5982 kanunla yapılan değişikliklerle kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkı, ülkemizde ilk kez, tanınmış olmaktadır. Kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkı, Türkiye Memur Sendikaları Konfederasyonunun da büyük katkı ve çabalarıyla anayasa değişikliği paketine dahil olan kamu yönetimi ve kamu düzeniyle yakından ilgili bir sosyal haktır. Şimdilik paketteki diğer hükümler arasında, bu hak pek önemsenmemiş gibi gözükse de değişiklik paketindeki en önemli ve hemen herkesi ilgilendiren hükümlerden biridir. Fakat memurlara toplu sözleşme hakkının gerçekleşip uygulanabilir hale gelmesi, Anayasa Mahkemesinin bundan önce birkaç defa olduğu gibi, yasama organının iradesini hiçe sayarak memurlara toplu sözleşme hakkı da tanıyan bu anayasa değişikliklerini iptal etmemesine ve yapılacak referandumda da halk tarafından kabul edilmesine bağlı bulunmaktadır.

Dünyada ise, bazı ülkeler (ABD, İtalya, İspanya, Almanya, Fransa gibi) kamu görevlilerine toplu pazarlık hakkı tanımakla birlikte, bazı kamu görevlilerini bu hakkın kapsamı dışında tutmaktadır. Genel olarak, gelişmiş ülkelerdeki uygulamalar, birbirine yakındır. Gelişmiş ülkelerin çoğunda kamu görevlilerine toplu pazarlık hakkı tanınmış olsa da, bu ülkelerde, toplu pazarlık hakkının kullanılması sonucunda, özel kesimde olduğu gibi, herhangi bir siyasi veya idari makamın veya yetkilinin kararına veya onayına bağlı olmaksızın, kendiliğinden ve doğrudan yürürlüğe konulup uygulanabilen bir toplu iş sözleşmesine ulaşamadığı görülmektedir. Bilindiği gibi, ülkemizde olduğu gibi, gelişmiş ülkelerde de, kamu görevlileri genel olarak statü hukukuna tabi olmakta ve bunların statü hukuku dışında diğer bazı haklara kavuşabilmeleri idari ve

yasal düzenlemelerin de yapılmasını gerektirmektedir. Hatta bunun sonucu olarak, Anayasanın 128.maddesinde de değişiklik yapılmasının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Kamu kesiminde, özel kesime en çok yaklaşan toplu pazarlık sistemlerinde bile, toplu pazarlık sonunda imzalanan belge veya metinlerin kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olmamaları nedeniyle, sözleşme kavramı yerine genel olarak anlaşma protokol, sonuç belgesi, pakt gibi terimler kullanılmaktadır. Bu anlaşma metinlerinin yürürlüğe girebilmesi için genellikle yasama organının onayından geçmesi gerekmektedir. Nihayet belirtmek gerekirse, Kamu hizmetlerinde toplu pazarlık yapılması, hemen her ülkede yasama organının denetimine tabi olarak ortaya çıkan bir toplu pazarlık yoludur.<sup>20</sup>

## DİPNOTLAR

1. Çevikbaş, Rafet. "Memurlarda Sendikal Haklar Sorunu", TİSK Akademi, 2010, I, 21 vd.
2. Tuncay, A Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2010. 386.
3. Kutsal, Metin "Uluslar arası Çalışma Normları Karşısında 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu" MESS Sicil, Eylül 2007, 66; Tuncay, 286.
4. Tuncay 386.
5. Tuncay, 388; Işıklı, Alparslan, İş Hukuku, Ankara 2010, 7. baskı, 284-285.
6. Tuncay, 388.
7. Tuncay, 388.
8. Tuncay, 389; Işıklı 286 vd.
9. Tuncay, 388; Işıklı 285.
10. Gülmez, Mesut: Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e, 1926-2001 TODAİE, Ankara, 2002; Tuncay 390.
11. Tuncay, 390.
12. Ünsal Engin: "Kamu Görevlilerinin Sendika Kurma Hakkı", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, 50-51; Tuncay, 391, Işıklı 288.
13. Kutsal, 64 vd.
14. Bulut, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009, 168.
15. Tunçomağ, İş Hukuku, Cilt II, s. 84-85.
16. Bulut, 168.
17. Bulut 169, Tuğ, Adnan: Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, 1998, 47, Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 1.
18. Tanör, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, s.291, Tuğ, 49, Şahlanan, 2.
19. Algan Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara 2007, 259, Bulut 174.
20. Gülmez, Mesut: Dünyada ve Türkiye'de Sendikal Haklar, TODAİE, Ankara 1996, 25-27.

## KAYNAKLAR

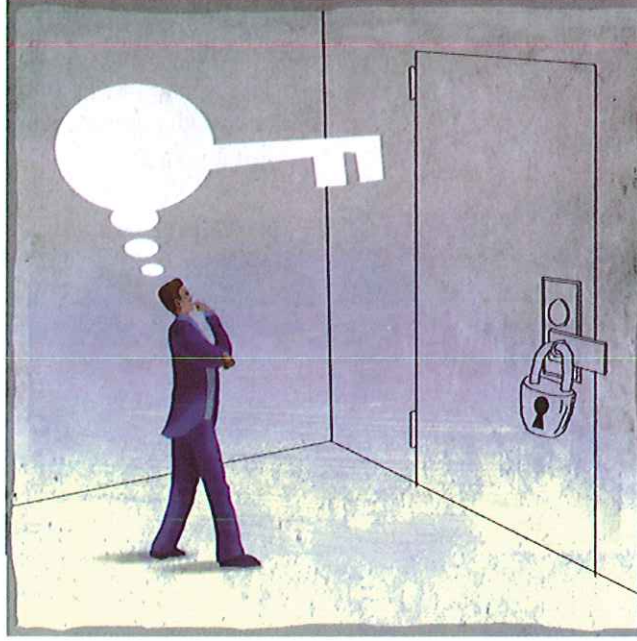
1. Algan, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara 2007.
2. Bulut, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009.
3. Çevikbaş, Rafet: "+Memurlarda Sendikal Haklar Sorunu", TİSK Akademi, 2010, I, 21 vd.
4. Gülmez, Mesut: Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e, 1926-2001 TODAİE, Ankara, 2002.
5. Gülmez, Mesut: Dünyada ve Türkiye'de Sendikal Haklar, TODAİE, 1996 Ankara.
6. Işıklı Alparslan, İş Hukuku, Ankara 2010 7. baskı.
7. Kutsal, Metin; "Uluslar arası Çalışma Normları Karşısında 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu" MESS Sicil, Eylül 2007, 64 vd.
8. Tanör, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar.
9. Tuncay, A Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2010.
10. Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku, Cilt II. Kırklareli, 1980.
11. Tuğ, Adnan: Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, 1998.
12. Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.
13. Ünsal Engin: Kamu Görevlilerinin Sendika Kurma Hakkı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, 52 vd.



Av. Ali AYDIN

Kayseri Barosu Başkanı

## ANAYASA



Türkiye, gündeminden hiç düşmeyen anayasasını yine tartışmaya devam ediyor. “Anayasa ülkemizin gündeminden neden hiç düşmüyor sorusunu” öncelikle cevaplandırmak gerekiyor. Gerçekten de 1876 Kanuni Esasi’den beri ülkemizin gündemine oturmuş bulunan “Anayasa” hiçbir ülkede olmadığı kadar bizde neden tartışılmaktadır? Bu soruya verilecek doğru cevapların bu tartışmaları önemli ölçüde ortadan kaldıracığı de kuşkusuz olmakla birlikte Türk Hukuk öğretisinin bu konuya özel bir önem vermesi, bu konu üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir.

Bu soruya verilebilecek cevaplardan biri hiç kuşkusuz anayasalarımızın konjonktürel (dönemsel) olması, belli kaygı ve korkuların etkisi altında ve anayasa koyucunun kendi felsefesine göre gelecek nesilleri dizayn etmeyi amaçlayan bir nitelikte hazırlanmış olmalarıdır. Tabii ki bunca karmaşık ve çeşitli hususları bir kalemde düzenlemek isteyen anayasa koyucular, oldukça

ayrıntılı, başkalarının müdahalesine kapalı, dogmatik, dokunulamaz ve belli felsefi inanç veya amaçlar için anayasalar yaptıklarından dolayı toplumun önemli bölümü bu anayasalarda kendini bulamamıştır. Böylesine donmuş, tutucu ve katı anayasalar tabiatları itibarı ile sorun çözmekten ziyade, sorun kaynağı olmaya aday ve değişen şartlara ile ihtiyaçlara uyum sağlayamayan mekanizmalar barındırdıkları gibi, bu mekanizmalar gelecek nesilleri de ipotek altına almak amacı ile birbirleriyle uyumlu çalışmaktan ziyade birbirlerini dengeleyen, kontrol eden vesayet makamları ile donatılmışlardır. Mevcut 1982 Anayasası ise tüm bu olumsuzların her birini birer öğreti emsali olarak en çarpıcı şekilde kendi bünyesinde barındıran bir anayasa olarak, sadece ülkemizin ve vatandaşlarımızın değil, tüm uluslar arası ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerimizde de sorun üreten, engel çıkaran yapısı itibarı ile devamlı surette şikayet konusu olagelmıştır. Bu sorunların hal-



li amacı ile kısa ömrü içinde 16 kere yapılan değişiklikler ile yarıdan fazla maddesi değiştirilmiş olmasına rağmen 82 Anayasası üzerindeki tartışmalar bitmemiş ve 17. değişiklik paketi ile de bir taraftan "halkoyuna" gidilirken, diğer taraftan "yargı denetimine" maruz bırakılarak hiçbir hukuk sisteminde de karşılaşılmayacak bir garip değişiklik serüvenini daha bize yaşatmaktadır. Onca değişiklik sonrası bir taraftan çağdaş demokratik değerler bakımından iyileştirmeler sağlanmışken, diğer taraftan Anayasanın kendi içindeki ahengi de bozulmuş, anayasal bütün kurumlar, yasama ve yürütmenin aleyhine olacak şekilde kendilerince birer erk alanı oluşturmuş ve ilan etmişlerdir. Yamalı bohçaya dönen anayasamızın bir çok maddesi birbirleri ile de çelişir hale gelmiştir. Bu nedenle, kısmi değişiklikler yerine sivil ve gerçek demokratik bir anayasaya şiddetle ihtiyaç vardır ve kısmi değişiklikler ile bu ihtiyacın giderilmesi mümkün görünmemektedir.

Yapılan her değişiklik parlamenter demokrasi, insan hakları, temel haklar ve özgürlükler adına iyi birer adım olsalar da, Anayasamızın vesayetçi, dayatmacı, siyasal katılım, şeffaflık ve demokratik meşruiyet karşıtlığını

gidermeye, herkesin kendisini bulabildiği, çağdaş demokratik değer ve standartları toplumsal hayatımıza taşımayı gerçekleştirecek değişimi sağlayamamıştır.

Yapılan her değişiklik parlamenter demokrasi, insan hakları, temel haklar ve özgürlükler adına iyi birer adım olsalar da, Anayasamızın vesayetçi, dayatmacı, siyasal katılım, şeffaflık ve demokratik meşruiyet karşıtlığını gidermeye, herkesin kendisini bulabildiği, çağdaş demokratik değer ve standartları toplumsal hayatımıza taşımayı gerçekleştirecek değişimi sağlayamamıştır. 28 maddeden müteşekkil yeni anayasa paketi de (şayet gerçekleşebilir ise) zikredilen temel değerleri getirmek açısından yeterli olmasa dahi, özellikle yasama organı üzerine oturtulmuş bulunan vesayetçi anlayışı sona erdirmek bakımından son derece önemli ve yerinde bir dönüşüm sağlayabilir.

28 maddeden müteşekkil yeni anayasa paketi de (şayet gerçekleşebilir ise) zikredilen temel değerleri getirmek açısından yeterli olmasa dahi, özellikle yasama organı üzerine oturtulmuş bulunan vesayetçi anlayışı sona

erdirmek bakımından son derece önemli ve yerinde bir dönüşüm sağlayabilir.

Aynı zamanda hükümet ve parlamento üzerindeki askeri ve sivil bürokratik vesayetin kaldırılması, ekonomik ve sosyal alanlardan tutun da siyasal alanlara ve özellikle son dönemde ortaya konulmaya çalışılan "demokratik açılım" ların önündeki en önemli engellerin kaldırılması sonucunu da doğacak ve buna paralel olarak halkımız çoktan hak ettiği çağdaş demokratik bir toplum yapısına kavuşma yolundaki çok önemli engellerden bazıları da aşılmış olacaktır.

Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanan ve Resmi Gazete'de yayımlanmak sureti ile referandum süreci başlayan 5982 Sayılı kanunun 12 Eylül 2010 tarihinde yapılacak halkoylaması ile hayata geçmesi genel bir beklenti iken CHP'nin ilgili kanunun iptali için Anayasa Mahkemesine müracaatta bulunması ve Anayasa Mahkemesinin bu müracaatı kabul ederek, davayı incelemeye başlaması ise bütün hukuk camiasını

hayrete düşürdüğü gibi haklı endişeleri de tetiklemiş bulunuyor. Her ne kadar mahkeme ilgili paketi "sadece şekil yönünden inceleyeceğini" beyan etmişse de,



geçmişte yaşanan 10 ve 42. Madde değişikliklerinin iptali, askeri kişilerin sivil mahkemelerde yargılanmalarına ilişkin yasanın iptali ve 367 kararları karşısında mahkemenin yine anayasaya aykırı olarak, işin esasına girerek kısmen de olsa bazı maddeleri iptal edebileceği yolunda haklı ve yerinde kaygılar tüm kamuoyunda mevcuttur. Böyle bir durumda ne yapılması gerektiği hususlarına girmeksizin mevcut değişiklik paketinin getirdiği yenilikleri kısaca ifade etmek gerekirse;

Çocuklar, yaşlılar ve engelliler ile kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık yapılması, memurlara toplu sözleşme hakkı tanınması, kişisel verilerin tespiti ve kullanılmasının anayasal güvenceye kavuşturulması, yurt dışına çıkışların engellenebilmesinin hakim kararı ile teminat altına alınması, kamu denetçiliği kurumunun getirilmesi yönündeki eklemler sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri açısından yerinde birer yaklaşımdır. Bunun dışında 125.madde de yapılan değişiklik ile Yüksek Askeri Şura'nın "ilişik kesme" kararlarının da yargı denetimine açılmış olması önemli bir adaletsiz uygulamaya son vermeye yönelik yerinde bir tavır olarak desteklenmelidir.

Anayasanın 69. maddesinde düzenlenmiş bulunan Siyasi Partilerin Kapatılmasına ve siyasi yasakların süresinin kısaltılmasına ilişkin değişikliğin 6.maddesinin oylamalar sırasında 330 oyun altında kalarak değişiklik paketinden düşmüş olması açık bir talihsizliktir. Özellikle de bu hususta en çok sıkıntı çeken partinin sürece olumlu katkı sağlamaktan kaçınmış bulunması manidardır.

AYM'nin geçen yıl iptal ettiği suç işleyen askeri personele adli yargı yolunun açılmış olması da hukuk adına önemli bir adımdır.

Değişiklik paketinin en çok tartışma yaşanan ve pakete özelliğini kazandıran maddeleri ise, Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısına ve işleyişine ilişkin düzenlemeler olarak karşımıza çıkmış bulunmaktadır.

#### ANAYASA MAHKEMESİNİN YAPISI;

Başka ülkelerde örneğine pek rastlanmayacak şekilde oluşturulmuş bulunan Anayasa Mahkemesi'nin mevcut yapısının ve yetkilerinin parlamenter demokrasi ile bağdaşması mümkün değildir. Yukarıda da kısmen değinildiği üzere AYM (Anayasa Mahkemesi) verdiği kararları itibarı ile neredeyse tamamen siyasal kararlar veren veya verdiği kararlar ile siyaset alanını doğrudan etkileyen ve hatta düzenleyen bir kurumsal yapıya sahiptir. 11 üyeli mahkeme özellikle yetki gaspları da yapmak suretiyle yasama organını üzerinde açık bir vesayet makamı olarak oturmaktadır. AYM hiçbir hukuki ve siyasi sorumluluğu bulunmadığı halde, siyasi ve sosyal hayatı en derin biçimde etkileyecek

11 üyeli mahkeme özellikle yetki gaspları da yapmak suretiyle yasama organını üzerinde açık bir vesayet makamı olarak oturmaktadır. Anayasa Mahkemesi hiçbir hukuki ve siyasi sorumluluğu bulunmadığı halde, siyasi ve sosyal hayatı en derin biçimde etkileyecek kararları vermesi, hatta iktidar partisini kapatmak sureti ile seçilmiş hükümeti dahi düşürebilecek yetkiler ile donatılmış olması, katılımcılık, denetlenebilirlik, hesap verilebilirlik ve demokratik meşruiyet vs ilkeler bakımından kabul edilebilir bir durum değildir.

kararları vermesi, hatta iktidar partisini kapatmak sureti ile seçilmiş hükümeti dahi düşürebilecek yetkiler ile donatılmış olması, katılımcılık, denetlenebilirlik, hesap verilebilirlik ve demokratik meşruiyet vs ilkeler bakımından kabul edilebilir bir durum değildir. Mevcut değişiklik paketi olması gereken ilkeler ve değerlere uygunluk bakımından yerinde bir yaklaşımdır. Özellikle paketin iptali isteminin AYM tarafından baştan



reddi gerekirken aksine bir yaklaşımla kabul edilmiş olması, değişiklik ihtiyacını bir kere daha teyit etmiş bulunmaktadır. Mevcut hali ile başta demokratik açılım çabaları olmak üzere, her türlü hak ve özgürlük çabasının ve çağdaş demokrasinin önündeki en büyük engel olarak AYM ortada durmaktadır. Bu manada bu paketin oldukça gecikmiş bir paket olduğunun da altı ayrıca çizilmelidir.

#### **HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU;**

Son bir yılda yaşanan bir çok gelişme HSYK'na ilişkin yaygın kanaatleri altüst etmiş bulunuyor. 1982 Anayasasını ders olarak okuyan her öğrencide, mevcut hali ile kurula adalet bakanının başkanlık etmesinin ve müsteşarın üye olarak kurulda bulunmasının hakimlik bağımsızlığını ortadan kaldırdığı, kurulu siyasal baskılara maruz bıraktığı vs yönünde bir kanaat oluşturulur ve yeni nesil hukuk öğrencileri de bu öğretiyi benimser idi. Geçen yaz döneminde patlayan hakim ve savcı atamalarına ilişkin kriz halen devam ediyor. Yapılan atamalar ile kilit noktalara tayin edilen hakimlerin vermiş bulundukları pek çok karar yargılama güvenliğini tehdit ettiği gibi kamuoyu vicdanında da derin yaralar açıyor, kaygılara neden oluyor. Yürütülmekte olan davalar üzerine yapılan pazarlıklar, etkileme girişimleri, usul ve ahlak dışı yönlendirme gayretleri, yargılamayı yürüten hakimleri para cezaları ile tecziye etmeler, Yargıtay üyelik seçimlerindeki kişisel, felsefi ve inanç ayrımcılıkları karşısında hukuk camiası ve kamuoyu değil adalet bakanının ve müsteşarın, çok daha fazla kişinin bu kurulda yer almasının bir zorunluluk haline geldiği kanaatine varmaya başlamıştır. Kendi kendini doğuran ve besleyen bir yapı olarak HSYK'nın değiştirilmesi hukuk güvenliği ve yargı itibarının korunması açısından olmazsa olmaz bir şart haline gelmiş bulunuyor. Kendi içinde bir kast oluşturan bu yapılanma yargıya kendi içinden de en sert müdahalelerde bulunmaktan kaçınmaz hale gelmiştir. Bu gün yargı dışarıdan ziyade içeriden bir baskı ile karşı karşıyadır ve bir hakemlik makamı olmaktan çıkarılıp siyasi bir taraf ve muhalefet tavrına itilmiştir. Halktan tamamı ile kopmuş bir yargı kastı oluşturulmuştur.

Anayasanın 159 maddesinde düzenlenmiş bulunan HSYK'nın yapısını değiştiren ve paketin 20.maddesinin ilk hali ile meclise getirilmemiş bulunması açık bir talihsizliktir. Hükümetin HSYK'ya parlamento tarafından 4 üye seçme yetkisini "uzlaşma" adına paketten

çıkarılmış olması, değişikliğin en önemli rengini ortadan kaldırmıştır. Buna rağmen değişikliğin amacını kurulun siyasal iktidar tarafından ele geçirilmesi olarak yorumlamak ancak kötü niyetle izah edilebilir. Yukarıda sayılan tüm bu olumsuzlukların giderilmesi için bu kurulun yapısı mutlaka değiştirilmelidir. Değişikliğe karşı çıkan kesimlerin kendilerine referans aldıkları ve her fırsatta methiyeler düzdükleri 1961 Anayasasının konuya ilişkin düzenlemesi ise dikkat çekicidir. 1961 Anayasasına göre Yüksek Hakimler Kuruluna TBMM üç, Cumhuriyet Senatosu da iki olmak üzere toplam 5 üye verdiğini hatırlatmakta fayda olduğunu düşünüyorum... HSYK aynı zamanda ilk derece mahkemeleri üzerinde de çok önemli bir baskı oluşturmuş bulunmakla adli ve idari yargının ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimlerin kendi aralarından seçecekleri toplam 10 üyenin sağlayacağı katkı ve demokratik meşruiyet tartışma götürmez bir kazanım olacaktır.

#### **12 EYLÜL DARBECİLERİN YARGILANMASI;**

Her darbe yönetimi gibi 12 Eylül 1980 darbe yönetimi de yaptıkları hukuk dışı işlem ve eylemlerini yargı denetiminden uzak tutmak için 1982 Anayasasına geçici 15.maddeyi koymak sureti ile kendilerini koruma altına almaya çalışmışlardır. Böylece darbe döneminde işlemiş bulundukları özellikle işkence, adam öldürme, yasadışı infazlar, kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik keyfi kısıtlamalar ile pek çok ekonomik ve sosyal suçun soruşturulma ve kovuşturulmasını engellemek istemişlerdir. Geçici 15.maddenin kaldırılması son derece yerinde bir karar olacaktır. 12 Eylül darbesinin 30.yıldönümünde yapılacak halk oylaması ile geç de olsa insanlık dışı eylemler ile gerçekleştirilmiş bulunan suçlar hakkında davalar açılacak sorumluların yargılanması yapılabilir. Sembolik anlamda olsa dahi yapılacak bu yargılanmaların neticesi hala acı ve ızdırabı dinmemiş olan tahribatların rahabilitesine umuyorum ki yardımcı olacaktır.

#### **SONUÇ OLARAK;**

12 Eylül 2010 günü yapılacak halkoylaması Türkiye için yeni ve önemli bir dönemin başlangıcı olabilir. Değişiklik paketi yeni ve sivil bir anayasaya olan ihtiyacı karşılamasa dahi günümüz için çok önemli kazanımları olacaktır. Ülkemizin ve demokrasimizin sırtında taşınması mümkün olmayan vesayet kamburlarından bazıları atılacak ve parlamenter demokrasinin tabiatı ile halkın önü açılacaktır.



**Prof. Dr. Ender Ethem ATAY**

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

## "ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN NEDENLERİ VE SONUÇLARI"



Anayasa toplumun kaynaşmasındaki temel elemanı, ulusun oluşturulmasının harcı ve devletin iskeletidir. Bu özellikleri anayasaya öncelikle devlet erklerinin paylaşımını, yetki ve sorumluluklarını ve aralarındaki ilişkiyi belirleme işlevi yükler. İkinci olarak da anayasa, bireysel ve kolektif hak ve hürriyetlerin tanınması, sürekliliğinin sağlanması, tehdit ve tehlikelere karşı korunması ve bu hak ve hürriyetlerin uygulanmasının somutlaşmış belgesidir. Anayasa devletin siyasi ve hukuki yapısını kurar ve işletilmesinin araç ve yöntemlerini öngörür. Hukuk sisteminin asli unsurlarını belirler, normları derecelendirir ve söz konusu hukuk sisteminin oluşumu ve sürekliliğini sağlayıcı kurallar ve kurumları ihdas eder. Toplumsal birliktelik, uzlaşma ve barış ile siyasi örgütlenmenin temel belgesidir.

Anayasanın bu çok yönlü işlevi ona toplumun geçmişi ve geleceğine ilişkin ilke ve kurumları oluşturma işlevi yüklemektedir. Anayasadaki düzenlemeler ilgili ülkenin şartları ve ihtiyaçlarını göz önünde tutma ile

birlikte evrensel hukuk kaideleriyle de uyum içinde bulunmayı gerektirir. Ülkenin uluslararası yükümlülükleri ve özellikle insan hak ve hürriyetlerine ilişkin olanlar, anayasal düzenlemelere kaynaklık ederler ve anayasanın hükümleri bu tür düzenlemelerle uyum içinde olmalıdır.

Anayasa oluşturduğu hukuki ve siyasi düzenin istikrarı ve güvenliği için koyduğu kurallarla değiştirilmesini diğer hukuk normlarına oranla farklılaştırır. Bu farklılaştırmanın niteliği ve yoğunluğu uygulandığı ülkenin siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel tarihi geçmişiyle doğrudan ilişkilidir. Bu durum aynı zamanda anayasanın yapısındaki atmosferle de doğrudan bağlantılıdır. Demokratik ve çoğulculuğun hâkim olduğu bir klimada hazırlanan anayasa, bireye ve topluma değer verir ve onlara güvenir. Bunlara yönelik ihlal ve saldırıları önleyici kural ve kurumları oluşturur ve geliştirir.



Toplumsal barışın, istikrarının bozulduğu olağanüstü şartların bulunduğu ortamda hazırlanan anayasa kendisini koruyucu mekanizmalara daha sıkı sarılma ihtiyacı hisseder. Ancak bu tür bir ortamda hazırlanan anayasanın tamamıyla temel işlevinden uzaklaştığı, hiçbir şekilde demokratik ve çoğulculuğu bünyesinde barındırmadığı söylenemez. Zira anayasanın düzenlemelerinin, öngördüğü ilke ve kurumlarının anti demokratikliği ile hazırlanışındaki ortamın anti demokratikliği farklı şeylerdir. Anti demokratik bir ortamda hazırlanan anayasanın da demokrasiyle uyum içinde bulunması mümkündür. Ancak demokratik olmayan bir ortamda hazırlanıp kabul edilen anayasanın geniş halk kitleleri tarafından benimsenmesi kolay değildir. Bu tür anayasaların "meşruiyeti" anlamında sürekli bir tereddüt ve tartışma söz konusudur. Onun içindir ki bu tür dönemlerde hazırlanan anayasaların meşruiyet yoğunluğunda sorunlar söz konusudur. Bir başka ifadeyle demokratik olmayan bir ortamda hazırlanıp, kabul edilen bu tür bir anayasanın temel handikabı, meşruiyet debisindeki eksikliktir. Bu eksiklik kendisini normalleşmenin gerçekleşmesinde yani demokratik ortamlarda veya daha sonra ortaya çıkan önemli sosyal ve siyasal sorunların bulunduğu durumlarda daha da fazla gösterir.

Anayasaların günümüzdeki demokratik çoğulcu rejimlerdeki temel işlevi; hürriyetçi, eşitlikçi, demokratik ve sosyal devlet olma özelliğini vurgulaması, hukuk devletinin bilinen kural ve kurumları öngörmesi ve uygulamaya koyması ve nihayet devletin ülkesi ve milletiyle birlik ve beraberliğini sağlamasıyla kendisini gösterir. Bu işlevlerinin birlikteliği esas olup birinin diğerine üstün tutulması veya tercihi söz konusu edilemez.

Anayasaların günümüzdeki demokratik çoğulcu rejimlerdeki temel işlevi; hürriyetçi, eşitlikçi, demokratik ve sosyal devlet olma özelliğini vurgulaması, hukuk devletinin bilinen kural ve kurumları öngörmesi ve uygulamaya koyması ve nihayet devletin ülkesi ve milletiyle birlik ve beraberliğini sağlamasıyla kendisini gösterir. Bu işlevlerinin birlikteliği esas olup birinin diğerine üstün tutulması veya tercihi söz konusu edilemez.

Toplumsal sözleşme, uzlaşma metni olması gereken anayasa, ülkemiz açısından kabul edilip yürürlüğe konulduğu andan itibaren bazen zayıf, bazen de yoğun bir şekilde tartışma ve eleştiri konusu edilmiş, yeni anayasa arayışları veya en azından yapılacak anayasa değişikliği ile demokratik ortam ve koşullarda hazırlanmamanın doğurduğu olumsuzlukların giderilmesi istemiyle sürekli olarak karşı karşıya kalmıştır. Bu istemin temelinde anayasanın çağdaş batılı demokratik devletlerin hukuk ve siyasal sistemlerinde görülmeyen veya onlara yabancı olan unsurlardan arındırılma arayışı yatmaktadır. Ayrıca anayasanın hazırlanması sürecindeki anti demokratik ortam ve şartların uluslararası camiadaki oluşturduğu olumsuzluklar ve saygınlığın zedelenmesi anlamındaki istenmeyen durumun giderilmesi sürekli bir talep olarak varlığını korumuştur. Son anayasa değişikliğine ilişkin pakette bu noktalarla birlikte yasama ve yürütme erkini elinde bulunduran AKP Hükümeti ile yüksek yargı arasında yaşanan gerginlik damgasını vurmuştur.

Demokratik hukuk devletlerinde genel kabul gören anlayışa göre; devlet erki tek bir elde toplanmaz ve her erkin yetkisinin bir sınırı söz konusudur. Her erk kendisine tanınan alan içinde yetkisini ve tercihlerini kullanabilir. Sını-

rının aşılması halinde devreye diğer erk ve özellikle de yargı girerek sistemin sağlıklı ve hukuka uygun bir şekilde işlemesi temin edilir. Bu anlamda yasamanın kullandığı yetki ile hükümet ve idarenin tasarruf ve tercihlerinin bunların kendilerine tanınan alan içinde kalıp kalmadıklarını hukuki anlamda denetleyen yüksek yargı yerleri ile çekişme halinde olması, işin doğasında saklıdır. Ancak demokratik çoğulculuk bu çekişmenin çatışmaya dönüşmesine müsaade etmez. Gerginlik sistemin aktörleri tarafından giderilir ve en kısa zamanda normal şartlara dönme sağlanır. Ancak



demokrasinin kurum ve kurallarıyla oluşturulmadığı ve/veya yerleşmediği ülkelerde söz konusu gerilim bu anlamda çözümlenemeyebilir. Ülkemizde son anayasa değişikliği paketinin böyle bir atmosfer ve şartlar altında gerçekleştiği bilinen bir gerçekliktir. Bu ortam ve şartlar siyasal uzlaşma kültürünün eksikliğine bağlı olarak ta siyasal arenada çözümlenmesi gerekirken, bu anlamda çözümlenemediği için çözüm yolu olarak işin içine tekrar yargının sokulması tercihiyle baş başa bırakılmıştır.

Bu yöntem arzulanmayan ve tehlikeli bir durumdur. Çünkü siyasal tercih ve çatışmaların çözüm yeri yargı olmamalıdır. Yargının bu anlamda bir sorun çözme mercii olarak görüldüğü durumlarda verilen karar her halükarda birilerini tatmin etmeyecek ve yargıyı siyasi tercih kullanan bir organ gibi görmeye neticelenecektir. Söz konusu nokta günümüzde anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmış olması dolayısıyla yoğun bir şekilde yaşanmaktadır ve söz konusu Yüksek Mahkemenin kararı sürekli tartışma konusu edilecektir.

Anayasa değişikliğinde karşı karşıya kalınan bu temel sorunla birlikte anayasa değişikliği sürecinde kullanılan yöntem ve anayasa değişikliği olarak öngörülen değişikliklerin kısaca değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Genel olarak anayasa yapılması veya değiştirilmesi ya yeni bir devletin kurulması, ihtilal gibi mevcut siyasal sistemde köklü değişiklik örneklerinde olduğu gibi olağanüstü şartların varlığına bağlı olarak ya da mevcut anayasal düzenlemenin günün şartlarının çok gerisinde kalması, tıkanan siyasal sistemin tıkanıklığının giderilmesi halinde gündeme gelir. İlk durumda anayasanın yeniden yapılması veya yeni bir anayasa hazırlanması söz konusudur. Bu halde anayasayı yapan güç, "asli kurucu güç" olup herhangi bir hukuki sınırla bağlı değildir. Söz konusu durumda hazırlanan anayasa ile ülkedeki siyasi örgütlenme gerçekleştirilir, hukuki sistem oluşturulur. Asli kurucu gücün anayasa hazırlanması sürecindeki yegâne sınırlandırıcısı, meşruiyeti ve halkın taleplerine cevap verebilmesidir. Bu anlamda uluslararası camiadaki kredibilitesi, tanınması ve yükümlülüklerine bağlılığı söz konusu gücü etkiler ve hatta sınırlar. Bu noktada özetle anayasanın milli hüviyeti ile evrensel değerlere saygı gösteriyor olması ideal olmalıdır.

Mevcut bir siyasal ve hukuki sistemin bulunduğu durumlarda tamamıyla yeni bir anayasa yapma mevcut anayasanın öngördüğü sistem ve yöntemlere

uygun gerçekleştirilmesi asıl olandır. Ancak var olan anayasadaki bu anlamdaki düzenlemelerin elverişsizliği ya da anti demokratikliği halinde halkın iradesine dayanma ve siyasal uzlaşmanın sağlanması şartlarını haiz olma durumunda deregasyon kabul edilebilir. Bu halde önem kazanan anayasanın demokratik usuller çerçevesinde hazırlanmasıdır. Bu anlamda anayasayı hazırlamak üzere yeni bir meclisin oluşturulması ve hazırlanan metnin halkın oyuna (referanduma) sunulması bilinen en temel usullerdir. Burada anayasayı hazırlayan gücün asli kurucu güç olarak nitelendirilmesi yapılmakla birlikte; ilk durumdaki asli kurucu güce oranla yetkisi ve hareket kabiliyetinin sınırlılığının kabulü gerekir. Anayasayı yapan güç mevcut hukuki sistemin devamına özen gösterecek ve fakat sistemin demokratikleşmesini sağlayacak unsurları sisteme ekleyecektir. Bir başka deyişle sistemin anti demokratik ve evrensel hukuk anlayış ve ilkelerine ters düşen düzenlemelerini sistemden arındıracak, ayıklayacaktır. Hazırlanacak yeni anayasa ile sistemin tıkanıklarının giderilmesi amacıyla getirilen düzenlemelerin sorunu kısa vadenin ötesinde orta ve uzun vadede de çözümlenici nitelik taşıması gerekir. Getirilen düzenlemelerin rasyonelliği bu anlamda ön planda olmalıdır.

Mevcut anayasanın değiştirilmesinde, anayasanın değiştirilmeye ilişkin düzenlemelerine riayet edilmesi zorunludur. Bu anlamda değiştirilmesi yasak olan düzenlemelere dokunulamaz, değiştirilmeye ilişkin usul kurallarına harfiyen riayet edilir. Bu bağlamda anayasa değişiklik paketinin Anayasanın ilk dört maddesinin değiştirilmesi yönünde hüküm taşıması gerekir. Aksi takdirde bu tür bir değişiklik yasa koyucunun yetkisinin sınırlarını aşmış olması dolayısıyla iptali söz konusu olur. Burada asıl sorun ilk üç maddeyle ilişki olma anlamında dolaylı etki gösteren düzenlemelerin bu kapsama dahil edilip edilemeyeceğidir. Burada söylenebilecek husus anayasada değişiklik yapan iradenin sistemin temel taşlarını oynatmaması, sistemden dolaylı yöntemler kullanarak sapma anlamına gelecek düzenlemelerden kaçınmasıdır. Aksi tutum ve davranış siyasal tercihin yargısal denetim yöntemi kullanılarak işin içerisine anayasa yargısının dahil edilmesi zorunluluğunu doğurur. Ayrıca söz konusu durumda yapılan değişiklik meşruiyeti anlamında sorunlu olacağından sürekli eleştiri konusu edilebilecektir. Böyle bir değişiklik halinde değişiklik ile ulaşılmaması istenilen amaca ulaşamaz.

Diğer yandan bu tür bir ihtimalde karşılaşılabilecek bir diğer temel sorunda; anayasanın anayasa değişik-



liklerinin sadece şekil açısından denetlenebileceği ve bunun anlamının da “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle götüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı” olduğu anayasal ilkesinin (Ay md. 148/2) somut duruma nasıl uygulanacağıdır. Çünkü söz konusu durumda anayasa değişikliğinin hukukî şekli anlamda bir değişiklik olarak yorumlanması güçtür. Burada anayasal düzenleme anlamında bir eksikliğin varlığı söz konusudur. Bu gibi durumlarda anayasa koyucunun iradesinden hareket edilip, anayasaya uygun yorum yapılması gerekir. Bu anlamda yetkili olan anayasa yargıcısıdır. Anayasa yargıcısı anayasanın yorumlanması anlamında yetkilidir ve bu yetkisini “anayasanın dili” olma vecizesine uygun yerine getirmesi gerekir. Anayasa yargıcısı belirtilen tip bir uyumsuzluğun önüne getirildiği durumlarda asli kurucu gücün bu noktadaki iradesinin tali kurucu güç tarafından çiğnendiği için değişikliği iptal edebilir. Ancak bu tür bir uyumsuzlukta verilecek kararda yokluktan söz edilemez. Zira kanun koyucu anayasayı değiştirme anlamında kendisine tanınan yetkinin sınırlarını aşmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin anayasa değişikliklerini şekil noksanlığını gerekçe gösterip ve fakat esastan denetlemesi anayasaya uygun bir yorum olmaz. Bir başka deyişle bu tür bir karar anayasa koyucunun amacına uygun düşmez. Buna rağmen verilen bir karar hukukî anlamda bağlayıcı (Ay md.153/son) ve fakat anayasaya uygunluğu anlamında sakattır ve fakat bu sakatlığın müeyyidesi yoktur. Bazılarının ileri sürdüğü gibi bu durumda TBMM’nin Anayasa Mahkemesi’nin kararını yok sayması, tanımaması gibi bir durum söz konusu olmaz. Bu iddia pozitif anayasa hukukunun bilinen ilkeleri ve anayasal sistemimize uymaz. Bu tür bir çözüm sistemde erkler arasında çatışmanın en üst seviyeye çıkması anlamı taşır. Bu yöntemi kullanan erkin hukukiliği ve meşruiyeti tartışmalı hale gelir.

Anayasa değişikliklerinde mevcut bir anayasanın bulunduğu, hukukî ve siyasal rejimin varlığını devam ettirdiği durumlarda anayasayı değiştiren iradenin devleti kuran irade ve bu iradeye uygun oluşan hukukî ve siyasal sistemde radikal anlamda sapması söz konusu olamaz. Aynı şekilde devletin unsurları anlamında köklü değişikliğin yapılması kabul edilemez.

Anayasanın değiştirilmesi anlamında anayasaya uygun oluşmuş parlamentonun anayasayı değiştirme anlamında yetkisinin varlığı kuşkusuzdur. Ancak anayasa değişikliğinin zamanlaması anlamında seçilen sürenin yerindeliği tartışma konusu olabilir. Karşılaşılan her sosyal veya siyasal krizde bunun müsebbibi olarak

anayasanın görülmesi yanlış bir anlayışı ifade eder. Anayasa değişikliklerinin yapılmasında siyasal aktörlerin ve sivil toplum kuruluşların görüşlerinin alınması ve birlikte, işbirliği içinde anayasa değişiklik metninin hazırlanması yapılacak değişikliğin sıhhati ve ömrü açısından önem taşır. Anayasa değişikliğine ilişkin paketin hazırlanması ve kabulünde belirtilen bu hususlara uyulmamış olması bu değişikliklerin en önemli eksikliği ve tartışmaya açık olan yanıdır.

Anayasa değişikliğine ilişkin pakette temel hak ve hürriyetlere ilişkin değişikliklerin olumlu bir düzenleme olduğunu söylemekle birlikte; bu değişiklikler olmasa dahi Anayasa ve hukuk sisteminin bu anlamda düzenleme yapmaya engel olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Kamu denetçiliği anlamında anayasaya hüküm konulması Anayasa Mahkemesi’nin kamu denetçiliğine ilişkin yapılan yasal düzenlemeyi iptal etmesi dolayısıyla anayasal bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Kamu görevlileri ve memurlara toplu sözleşme yapma hakkının öngörülmesi demokratikleşme açısından ve söz konusu grubun milli gelirden adil bir şekilde pay almasını sağlama anlamında olumlu katkı yapacağı söylenebilir. Ancak bu düzenleme ile birlikte Anayasanın 128. Maddesindeki memur ve kamu görevlisi kavramının netleştirilmesi daha yerinde bir tercih olurdu.

Anayasa değişikliği paketinde Anayasa Mahkemesi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun oluşumu en tartışmalı düzenlemedir. Söz konusu düzenlemelerin anayasanın değiştirilmez maddeler kapsamında değerlendirilerek bize göre doğru olmayan bir yorumla iptal edilmesi riski söz konusudur. Bu tür bir kararın verilmesi halinde yinelemek gerekirse, bu karara riayet edilmesi anayasal bir emirdir.

Özetle anayasa değişikliğine ilişkin pakette demokratikleşme, evrensel nitelikteki hukuk kuralları ile mevcut anayasanın uyumlu hale getirilmesi anlamında olumlu adımlar atılmıştır. Ancak bu adımın önemli bir kısmının anayasa değişikliği yapılmadan yasal değişikliklerle sağlanması da mümkündür. Yargı anlamında getirilmek istenilen değişiklikler belli ölçüde haklı sebeplere dayanıyor olmakla birlikte; öngörülen değişikliklerin sorunu tam anlamıyla çözeceği kuşkuludur. En azından orta ve uzun vadede sorun yaratacağı rahatlıkla söylenebilir. Paketin hazırlanması ve kabulündeki zamanlama ve usul değişikliğin hukukiliğini etkilemekle birlikte, meşruiyeti anlamında ciddi tereddütlerin ve eleştirilerin olmasına yol açacak niteliktedir.

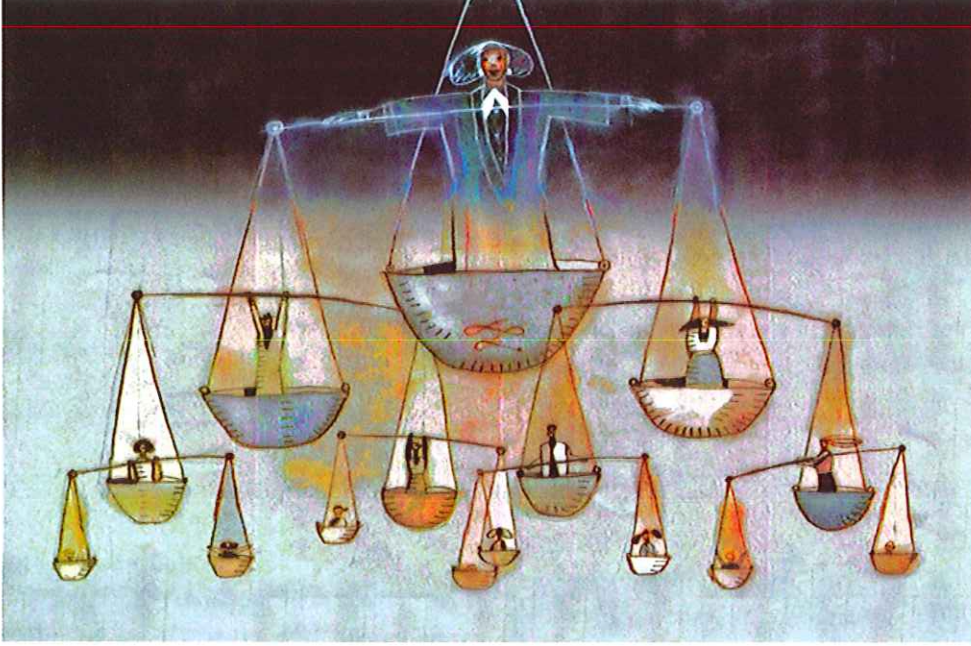


**Ekrem ALFATLI**

B.B.P. M.K.Y.K. Üyesi

Gnl. Muh. Yardımcısı

## T.C. ANAYASASININ BAZI MADDELERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİ VE YARGI REFORMU



86 yıldır sivil olmayan darbe mahsultü anayasalarla yönetilen Türkiye Cumhuriyeti, artık "insan merkezli" "millet mutabakatlı" sivil bir anayasaya kavuşmalıdır.

Bu hususta hazırlanmış olan mevcut yasa değişikliğini bazı noktalarda olumlu genel olarak yetersiz görüyoruz.

Demokrasi dışı askeri vesayet altında hazırlanmış 12 Eylül Anayasası'nın esasında top yekûn değiştirilmesi ve değişiklik sonrası 27 Mayıs, 12 Mart, 12 Eylül, 28 Şubat müdahalelerinin faillerinin yargılanması gerekliliğine inanıyoruz.

Sivil anayasa ihtiyacını her fırsatta dile getiren bir siyasi parti olarak bu yönde atılacak adımlara duyarsız kalmamız mümkün değildir.

Her türlü siyasi çıkar hesabından uzak bir toplumsal uzlaşma zemininde bu konunun yürütülmesi ülkemiz ve milletimiz açısından çok faydalı olacaktır.

Anayasa sadece AKP ve ona oy verenlerin değil, bütün Türk milletinin ve devletin anayasası olacaktır. Dolayısıyla bu hassas konuda uzlaşma kanalları sonuna kadar zorlanmalıdır.

Öncelikle şu konuyu belirtmeliyiz ki; TBMM'de bulunan siyasi partilerden varlık gerekçesi ve misyonu terörle anılan ve özellikle terör suçlarını ortadan kaldırmaya veya hafifletmeye yönelik şartlarını hükümete kabul ettirerek destek olabilecekleri sinyali veren siyasilerin de öyle ya da böyle içinde olduğu anayasa değişikliklerini iyi niyetle yaklaşmamız söz konusu bile olamaz.

- Diğer partilerle uzlaşma konusunda İktidar partisi üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmek zorundadır. Ana muhalefet partisi Milletvekili Dokunulmazlığı'nın kaldırılmasını şart koşmakta ve kuvvetler ayrılığı prensibini yıpratmayacak bir değişikliğe sıcak yaklaşabileceğini söylemektedir. Milletvekillerinin asli görevi olan yasama görevini ilgilendiren 'Kürsü Dokunulmazlığı' haricindeki bütün dokunulmazlıkların kaldırılması gerekir. Milletin aslına herhangi bir suç işlediği zaman dokunuluyorken milletin vekiline neden dokunulmasın?... Ayrıca dokunulmazlık zırhı istismara açık şekilde kullanılabildiği için mutlaka yeni bir düzenleme yapılmalıdır.



• Biz yıllardır ‘anayasalı’ devlet değil gerçekten demokratik ‘anayasal’ bir hukuk devleti istediğimizi söylüyoruz. Buradaki ‘hukuk devleti’ kavramının altını özellikle çizmek istiyoruz. Hukuk devletinde esas olan bağımsız ve tarafsız yargının her türlü müdahale ve etkiden uzak olmasıdır. Hukukun siyasallaşması gibi ideolojik borazanlığa dönüşmesi ve kurumlar arası iktidar mücadelesine araç olarak kullanılması da oldukça tehlikelidir. Bu noktada sadece HSYK değil, diğer kurumlar da demokratik hukuk devleti ilkelerine uygun hale getirilmelidir. Siyasi partilerin etkisi ve yaptırımını makul seviyede tutulmak kaydıyla TBMM’de yüksek mahkeme üyelerini seçebilmelidir. Nihayetinde TBMM milli iradenin temsil yeri olup sistemde etkisinin bulunması son derece normaldir. Cumhurbaşkanı, Yargıtay, Danıştay, Üniversiteler ve ilgili diğer kurumlar söz konusu yüksek mahkeme üyelerinin belirlenmesinde makul ağırlığa sahip olmalıdır. TBMM’yi bu konuda dışlamak doğru değildir.

• Parlamenter sistemde kuvvetler ayrılığı dengesi çok önemlidir. Yasama, yürütme ve yargı arasındaki denge iyi ayarlanmalıdır. Demokratik bir sistemin olmazsa olmaz şartlarından birisi de, Yasama Yürütme ve Yargı olarak anılan üç kuvvetin ayrılığı olduğu halde, mevcut kanunlarımız ve anayasamızda bu kuvvetler iç-içe girmiş olarak ve tek elde toplanmış vaziyette bulunmaktadır. Bu sistemin, memleket ve millet menfaatine olabilmesi için ve ülkenin sorunsuz bir ülke olması için Kuvvetler ayrılığını sistematik olarak sağlayacak bir anayasa yapabilmemiz gerekir. Kuvvetler ayrılığının sağlanması demek, hükümetlerin, iktidar partilerinin egemenliklerinin sınırlandırılmış olması demektir. Bu rejimin sağlıklı işlemesi ancak bu şekilde mümkündür. Sistemde bu denge ayarlanamazsa sistem kendiliğinde zamanla çürür ve gerilimler üreterek çözülüp çöküşe geçer.

• Yapılması düşünülen düzenlemelerde demokratik hukuk devleti ilkesi kıstas olarak alınırsa çözüm daha kolay gerçekleşir. Çünkü hukuk devleti ilkesi duvar gibidir; yanlışlık olunca o duvardan döner fakat kanun devleti farklıdır, kanun çıkarma yetkisi gücün elinde olacağı için totaliter bir düzen bile oluşabilir. Üstünlüğün hukuku değil hukukun üstünlüğünü gerçekleştirip, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı mutlaka sağlanmalıdır.

• Söz konusu anayasa değişikliğinde katsayı adaletsizliğini giderecek bir düzenleme mutlaka olmalıdır. Eğitimde fırsat eşitliğini sağlayacak bir değişiklik anayasa paketine eklenmelidir. YÖK’ün mevcut yapısı, yani 130 ve 131. maddeler Anayasa’dan tamamen çıkarılmalıdır. “Üniversiteler yasalar çerçevesinde

özerktirler.” Şeklinde genel bir ifade Anayasa’da yer almalıdır.

• Söz konusu taslağa yeni bir madde olarak ekleme yapıp, üniversitelerde kılık kıyafet dâhil hiçbir ayırım gözetilmeksizin herkesin eğitim hakkına sahip olması temin edilmelidir. Partimizin önerdiği 10. Maddedeki 1. fıkra ve 4. fıkraya ek değişiklik teklifleri başörtüsü/kılık kıyafet sorununun tam çözümüne yöneliktir.

(Madde 10, 1. fıkraya ek: Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, felsefi inanç, din, mezhep, kılık kıyafet ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

4. fıkraya ek: Kamusal alanlardan ve kamu hizmetlerinden yararlanmaları konusunda hiçbir gerekçe ile insanlar arasında ayırım yapılamaz ve farklı muamelelere tabi tutulamaz.)

• Siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştıracak düzenlemeyi desteklemekle birlikte, yeni düzenlemede; şiddeti savunmayan, şiddet hareketleriyle arasındaki mesafeyi net şekilde ortaya koyan, demokratik hukuk devletinin özünü ve ruhuna uygun hareket eden bir çerçeve çizilmesini de faydalıdır.

• Emeklilere “toplu sözleşmeli” sendikal faaliyette bulunma hakkı anayasal teminata kavuşturulmalıdır. Engelli, kadın ve çocuk hakları da mutlaka anayasal düzenlemeye dâhil edilmeli ve bunu AB’ye uyum olarak bir nevi dayatma şeklinde değil, kendi sosyal gerçekliğimiz ve kültürümüze uygun şekilde gerçekleştirmeliyiz.

• En ileri demokrasilerde bile uygulanan idam cezasının ülkemizde de yeniden uygulanmasını istiyoruz. Bazı akıl almaz ve insanlık dışı suçlar açısından idam cezasının gerçekten caydırıcı olduğunu düşünüyoruz. İdam cezasını sözde hümanistlerin romantizmiyle değerlendirmek gerçekçi değildir. AB’ye uyum yasaları adı altında daha önceki yıllarda kaldırılan bu düzenlemenin yeniden anayasaya eklenmesi gerekir. Genel bir bakış açısı olarak anayasa paketinde bu toprakların ruhuna ve ahlaki çerçevesine uygun bir düzenleme yapılmasına özellikle dikkat edilmelidir.

• Mevcut seçim kanununda yer alan seçim barajı uygulamasının çoğulcu demokrasinin en temel ilkelerinden biri olan temsilde adalet ilkesine uygun bir hale getirilmesi gerektiğini yıllardır savunuyoruz. Türkiye’de, hiçbir demokratik ülkede olmayan anti-demokratik bir anlayışla halen % 10 seçim barajı uygulaması yürürlüktedir. Böyle yüksek bir orandaki seçim barajı uygulamasını savunmak ne demokrasiyle ne inşafı ne de siyasi ahlakla bağdaşır. Söz konusu barajı makul bir seviyeye getirerek temsilde adaleti sağlamak gerekmektedir. Biz bunu sadece kendi partimizin beklentisi ve çıkarı ekseninde değil temiz ve ilkeli



bir siyasetin gereği olarak söylüyoruz. Siyasi partileri bazı mecburiyetlere mahkûm etmek ( bağımsız aday gösterilmesi, çeşitli hülle çözümler ve ittifaklar gibi) ve bu şekilde rencide olmalarına kapı aralamak yerine demokrasinin gereği olarak demokratik ülkelerde uygulanan şekilde makul bir seçim barajı olabilir. İki Turlu, İkinci Turda Seçim İşbirliğine Açık Milletvekilliği Seçim Sistemi, temsilde adaleti yönetimde istikrarı sağlayacaktır. Hemen her konuda AB kriterlerini gözetken ve uyum yasaları diyerek çeşitli alanlarda yeni düzenlemelere giden bundan önceki ve bugünkü hükümetlerin bu konuda çifte standart uygulamasını da tutarlı bir yaklaşım olarak görmüyoruz. Üstelik hükümetin bu konuyla ilgili daha önce kamuoyuna verdiği sözler vardır ve bu sözleri tutmanın şimdi zamanı gelmiştir. Yeni anayasa paketinde bu konuyla ilgili mutlaka yeni bir düzenleme olmalıdır. Bu konuda yapılacak düzenleme hükümetin bir nevi demokrasi sınavı ve samimiyetini ölçme vasıtası olacaktır.

- Siyasi partilerin hazine yardımından faydalanması konusu da önemlidir. Mevcut duruma göre yüzde 7 oy alan partiler hazine yardımından faydalanmaktadır. Burada önemli bir çelişkiye dikkat çekmek gerekiyor. Seçim barajı yüzde 10 iken partilerin hazine yardımından faydalanması neden yüzde 7 şeklinde düzenlenmiştir, garip bir durum ve teselli ikramiyesi gibi bir uygulama söz konusudur. Bu anlamsız bir uygulamadır. Bunun yerine birkaç seçime katılmış, teşkilatlanma barajını geçmiş ve asgari yüzde 1 oy almış partiler de dâhil olmak kaydıyla hazine yardımı bir havuzda toplanıp her partiye aldığı oy nispetinde adil şekilde dağıtılmalıdır. Siyasi hayatta eşit rekabeti sağlamak adına bu daha adil ve demokratik bir tutum olacaktır. Yahut siyasi partilerin hazineden yardım alması tamamen ortadan kaldırılıp bu haksızlıklar sona erdirilmelidir.

- Demokrasimizin en önemli açmazlardan birisi de siyasi partiler kanunudur. Mevcut sistem 'lider sultanı' oluşmasına yol açmaktadır. Milletvekilleri genel başkanların hegemonyası altında adeta iradesiz kalmakta dolayısıyla milli iradenin TBMM'ye tam olarak yansımaları söz konusu olamamaktadır. Önseçim yasal bir mecburiyet haline getirilerek, parti tüzükleri demokratik usule uygun olarak hazırlanıp aynı yasal mevzuata bağlanıp tekleştirilerek, bağımsız siyasetin ve sivil toplumun önü açılarak ve lider sultanları yıkılarak daha sağlıklı bir demokratik işleyiş gerçekleştirilmelidir.

- Gerek HSYK gerekse Anayasa Mahkemesi'nin yapısı şekillendirilirken demokratik usulleri öne alarak, millet iradesinin her alanda yansımalarının önü açılmalıdır. HSYK iki ayrı kurula dönüştürülmelidir. Hâkimler ve savcılar kurulu ayrıştırılmalıdır.

- Memurlara sendikal haklar ve toplu sözleşme hakkı yanında grev hakkı da verilmelidir.

- Çeşitli mağduriyetlerin yaşandığı YAŞ kararları-na yargı yolu mutlaka açılmalıdır.

TBMM'nin görevi yasa yapmaktır. Görevi gereği TBMM üyeleri bundan sorumludur. Anayasa yapmak da buna dâhildir.

İktidar ve muhalefetiyle bütün TBMM üyelerini muhatap alarak son söz olarak şunu söylemek istiyoruz: Asli görevlerini yapamayacak durumda iseler, yani yasa ve anayasa yapamayacak durumda iseler milletten aldıkları emaneti hiç zaman kaybetmeden millete iade etmelidirler.

#### • Siyasi Partiler ile Alakalı Düzenlemeler:

Siyasi Partiler, Anayasa'ya göre "Demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır."

Ancak siyasi partilere gerek anayasa'nın ve gerekse demokrasi kavramının yüklediği anlam erozyona uğramıştır.

Siyasi partilerin; geniş toplum kitleleri, meslek kuruluşları, sivil toplum örgütleri ve bunlardan oluşan sosyal doku içinde kılcal damarlar gibi yayılması, siyasi ve ekonomik gücünü buralardan alması, demokrasinin tabana yayılması ve sivil toplum dinamizmi bakımından son derece hayati önem taşımaktadır.

Bu nedenle:

- 1-Siyasi hayatta eşit rekabeti sağlamak adına yapılan yardımlar, bu amaç doğrultusunda genel seçimlerde "tüm partilere" "aldıkları oy oranında" yapılmalı.

- 2- Partilere yapılan hazine yardımının miktarı, partilerin senelik makul ve zorunlu harcamaları nispetinde ve toplam gelirini aşmayacak ölçüde düzenlenmelidir.

- 3- Toplumun siyasi partilere güveninin sağlanması adına yapılan Hazine yardımlarının partiler tarafından nereye harcadığı denetlenmeli ve kamuya açıklanmalıdır.

- 4- Siyasi hayattaki yozlaşmayı önlemenin yolu sağlıklı bir denetimden geçmektedir. Partilerin gelir kaynaklarını nasıl elde ettikleri, bu gelirleri parti çalışmalarına için harcıyıp harcamadıkları konusunda düzenli bir mali denetimin varlığı sağlanmalıdır. Siyasi Partilerin mali açıdan denetimi Anayasa Mahkemesi yerine, bu konuda uzman kurum olan Sayıştay'a verilmelidir.

- 5- Hatta sadece mali yardımda değil; radyo ve televizyonda propaganda gibi bütün 'kamusal' destek ve yardımlarda da bütün partilere eşit davranılmalıdır

#### • Seçim Yasası:

Seçim yasası da, siyasi partiler yasası gibi demokratik olmadıkça ülkede demokrasiyi kurmanın olanağı yoktur. O nedenle, anayasa ne denli demokratik olursa olsun eğer seçim yasanız demokrasi ile uyumlu



değilse, bir kısım yurttaşların oyları işe yaramıyorsa, onları temsil edecek kimselerin parlamentoya girmesini engelliyorsa, o ülkede demokrasiyi kurmak yine de imkân dâhilinde olmaz.

Bu nedenle Adil bir seçim sistemi için Ulusal baraj düşürülmeli ya da tamamen kaldırılmalıdır.

- Milletvekillerinin en fazla kaç dönem görev yapabileceğine sınırlama getirilmelidir.

- Kürsü dokunulmazlığı hariç milletvekili dokunulmazlıkları kaldırılmalıdır

- Meclis'e yasa önerisi sunma hakkı, yerel meclisler, yerel yönetimler, STK'lar ve meslek örgütlerine de tanınmalıdır.

- Cumhurbaşkanı Halk seçmelidir.

- Milletvekilliğinde 65 yaş üst sınırı olmalıdır.

- Milletvekili seçilme yeterlik koşullarına "asgari lise mezunu olma" şartı eklenmelidir

- YÖK'ün mevcut yapısı, yani 130 ve 131. maddelerin anayasadan tamamen çıkarılmalıdır.

Yükseköğretimin yönetim şekli, üst kuruluşlar, rektör seçimi, tarafsız-tampon kurumlar ve bunların teşekkül şekli anayasayla değil, yükseköğretim yasasıyla belirlenmelidir. 'üniversiteler yasalar çerçevesinde özerktirler' şeklinde genel bir ifade anayasada yer almalıdır. Üniversite öğrencileri/öğrenci temsilcilerinin rektör seçiminde oy hakkı olmalı

- Kamu kaynağı kullanılan "her tür bütçe" hesap sorulabilir, şeffaf, denetime açık kılınmalıdır.

- Milli Güvenlik Kurulu, uluslararası standartlarla uyumlu hale getirilmeli, Savunma Bakanlığına Bağlanmalıdır.

- YÖK, RTÜK, Rekabet Kurulu, BDDK, EPDK vb. kurumların tamamı özerk ve şeffaf hale getirilmelidir. Buna paralel olarak bu kurumların denetimleri sağlayacak mekanizmalar güçlendirilmelidir.

- Bakanlar kurulu üyeleri, savcı ve yargıçların atanması ve yüksek mahkeme üyelerinin seçimi de dâhil olmak üzere yargıyı etkileyecek hiçbir yetkiye sahip olmamalıdır.

- Bakanlar Kurulunun atama yetkileri kısıtlanmalıdır.

Üniversitede hiçbir ayırım gözetilmeksizin herkesin eğitim ve örgütlenme hakkına sahip olması temin edilmelidir. Anayasanın 10.Maddesi Yeniden düzenlenmeli

Bu konuda Büyük Birlik Partisi'nin önerdiği 10. Maddedeki 1.fıkra ve 4.fıkra ek değişiklik teklifleri Başörtüsü/Kılık-Kıyafet sorununun "TAM ÇÖZÜMÜNE" yöneliktir:

Madde 10:

1.fıkra ek: Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, kılık-kıyafet ve

benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

4.fıkra ek: Kamusal alanlardan ve kamu hizmetlerinden yararlanmaları konusunda hiçbir gerekçe ile insanlar arasında ayırım yapılamaz ve farklı muameleyle tabi tutulamaz."

- Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmalıdır.

- Bağımsız düzenleyici kurulların (SPK, EPDK, vb.) yargısal nitelikli işlevleri anayasada açıklığa kavuşturulmalıdır.

- Yargı, yargılama, iddia ve savunma kavramları, işlevleri net bir biçimde tanımlanmalıdır.

Savcılık örgütünün ağır ceza merkezleri esas alınarak dağıtık örgütlenmesi yerine tüm ülke çapında birleşik bir üst savcılık örgütünün şubeleri olarak örgütlenmesi sağlanmalıdır. İlk derece ve kurulacak ikinci derece adli yargı örgütlenmelerinde savcılık örgütü ile mahkemeler örgütü birbirinden ayrılmalıdır. Yargı yönetimi yargıya, savcılık yönetimi savcılığa ait olmalıdır.

- Askeri yargı ise bizzatihi bir komutanlık altında faaliyette bulunduğundan tam olarak bağımsız olması hiçbir zaman mümkün değildir. Askeri yargı ya tamamen kaldırılmalı ya da işlevi oldukça daraltılmış askeri - disiplin suçlarına ve sadece askerlere inhisar ettirilmelidir.

- YAŞ kararları yargı denetimine açılmalıdır. YAŞ kararlarına karşı yargı yolu, general terfileriyle ilgili kararların yargı tarafından iptalini önlemek, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin üst komuta kadrosunda istikrar ve disiplin sağlamak amacıyla kapatılmıştır. 1982 Anayasası'ndan önce böyle bir hüküm yoktur.

- Cumhurbaşkanı'nın tek başına aldığı kararlar yargı denetimine açılmalıdır.

- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu aynı şekilde Hakimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu şeklinde ayrışmalı, kurulların özellikle hakimler yüksek kurulunun işleyişi Adalet Bakanlığından bağımsız hale getirilmeli, hakimler ve savcılarının denetimi üst kurullara bağlı denetim birimlerince yerine getirilmelidir.

- HSYK'ya TBMM'den üye seçilebilmelidir. Zira Türk milleti adına karar veren yargının milletle ilişkisinin güçlendirilmesi için bu atılması gerekli bir adımdır.

Daha özgür, daha adaletli, daha paylaşımcı bir dünya için,

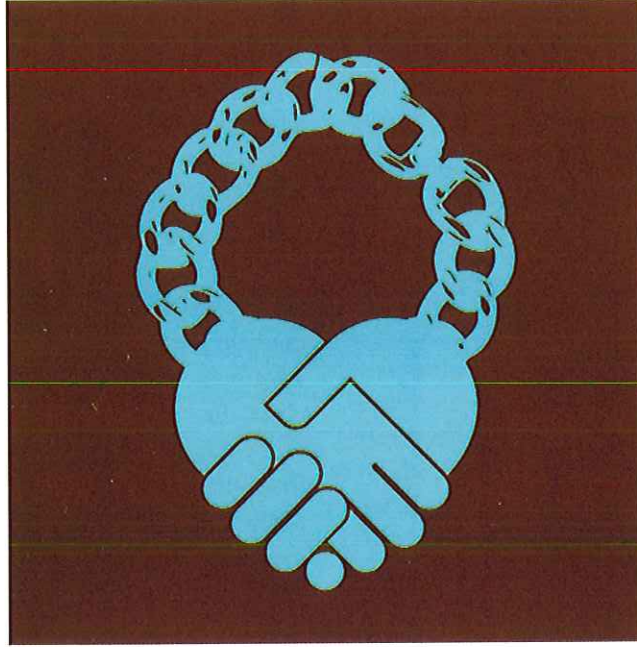
Saygılarımla.



Doç. Dr. Mustafa ŞENTOP

Marmara Üni. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## YARGININ TEK İDEOLOJİSİ OLABİLİR: ADALET



Uzun bir süredir Türkiye’de devlet kurumlarının ciddi bir çözülme yaşadığı bilinmektedir. Özellikle son birkaç senedir bu çözülmenin en önemli tezahürleri yargının işleyişi alanında farkedilmektedir. Diğer bütün alanlardaki sorunlar hukuk alanında yaşanan çözülmenin bir görüntümüdür; en azından bu temel çözülmenin sebep olduğu neticelerden ibarettir.

Hukuk krizinin iki boyutu vardır. Birinci boyut ülkemizdeki mevzuatla ilişkilidir. Hukuk kurallarıyla sosyal gerçeklikler arasında ciddi bir uyum problemi bulunmaktadır. Hukuk kuralları sosyal vakalar karşısında ya yetersiz, ya da doku uyumsuzluğu gösterir niteliktedir. Mevzuat üzerinde yapılacak inceleme, özellikle hukuk kurallarının uygulanamaması sonucunda doğan durumları telafi maksadıyla çıkartılan başka hukuk kurallarının sayıca çokluğu bu doku farkını açıkça gösterecektir. Mali, hukuki, cezai pek çok alanda alışılmadık sıklıkta çıkartılan “af” kanunları hem mevzuatın

sosyal gerçeklikle uyumsuzluğunu göstermekte, hem de bu uyumsuzluğu ciddi biçimde arttırmaktadır.

Hukuk krizinin ikinci boyutu uygulama ile ilgili olanıdır. Mevzuatın iyi veya kötü olmasından çok daha önemli olan şey mevzuatın idare ve yargı kurumları tarafından uygulanmasıdır. Bizce bu ikinci boyut Türkiye’nin temel sorunudur. Hukukun uygulanmasını da ikiye ayırmak gerekir; hukukun idare tarafından uygulanması ve yargı tarafından uygulanması. Bu ayırımı sadece pratik anlam taşımamaktadır; iki kurumsal uygulama mahiyet farkı da taşımaktadır. Hukukun yargı tarafından uygulanması, idari uygulamaların kontrolünü de içerdiğinden, ülke hukukunun nihai göstergesi olarak kabul edilmelidir. Şu halde, yargının hukuka bakışı ve hukuku uygulayışı ülkenin hukuk anlayışının gerçek ve en doğru göstergesidir.

Türkiye tarihinde yargı kurumu hukuka inanç ve sadakati esas almıştır. Uzun tarihi süreçte hukuka uy-



mayan tutum ve kararlar elbette görülebilmektedir. Ancak bu uygulamalar “arızı” nitelik taşımakta, yargı kurumu tarafından birer arıza, hata olarak değerlendirilmektedir. Daha doğru bir ifade ile yargı, hukuku hem varlık sebebi, hem de kendi dışında oluşmuş / gelişmiş, uyma zarureti bulunan bir değerler sistemi olarak görmüştür; yargı kurumu hukuku anlamış, yorumlamış, uygulamıştır. Konumuz tarihi değerlendirmeye olmadığı için, ayrıntılara girmeden, birkaç önemli noktaya temasla yetineceğiz.

Türkiye tarihinde önemli bir dönemde görev yapan İstiklal Mahkemelerine dikkat çekmek istiyoruz. Bilindiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti, pek çok kurum gibi, yargı kurumlarını da Osmanlı Devletinden tevarüs etmiştir; Yargıtay’ın, Danıştay’ın kuruluşları Cumhuriyetin ilanından çok önceki tarihleri esas almaktadır. Bu üst kurumlar gibi, yerel yargı kurumları da tevarüs edilmiştir. Bu bakımdan, Cumhuriyet’ten sonra, uzun yıllar içinde oluşmuş ve gelişmiş yargı kurumlarıyla, yargı bürokrasisiyle çalışılmıştır. Mevzuat değişikliklerine de yargı kurumunun yabancı olmadığı belirtilmelidir. Daha XIX. yüzyılın ortalarında Ali Paşa tarafından, Fransız Medeni Kanunu (Code Civile) nun tercüme edilip yürürlüğe konulması yönündeki gayretler ve o tarihteki tartışmalar yargı bürokrasisinin “kanun iktibası” konusuna da yabancı olmadığının açık bir göstergesidir. Bu konudaki örnekleri sınırsız sayıda çoğaltmak mümkündür. Burada ifade etmek istediğimiz, Cumhuriyet yönetiminin itimat ettiği bir yargı kurumu ve bürokrasisi mevcut olduğu halde ihtilal dönemlerine ait uygulamalar sebebiyle doğan sorunlarla uğraşmak üzere mevcut kurumların değil de ihdas edilen yeni bir mahkemenin görevlendirilmesi hususudur. Olağanüstü siyasi şartlar altından, siyasi suç niteliğindeki fiillerle ilgili yargılama yapma ve ceza verme yetkisinin “özel” bir mahkemeye verilmesi, olağan yargı yerlerinin siyasi nitelikteki davalara karıştırılmaması yönündeki bir endişeden kaynaklanmaktadır. Burada hem devlet yöneticilerinin yargıyı siyasete bulaştırmaktan kaçınmasından, hem de yargının siyasete bulaşmak istememesinden kaynaklanan ikili bir itina gözlenmektedir.

27 Mayıs 1960 ihtilaline kadar, yargı kurumunun hukuka bağlı ve siyasete mesafeli tutumunun sürdüğünü görüyoruz. Bu dönem içinde de arızı bazı sapmalar gözlenmektedir. Ancak genel tutum değişmemiştir.

27 Mayıs İhtilalinden sonra, siyasi suçluları yargılamak üzere kurulan Yassıada “Mahkeme”sinin, sonradan kurulan bir mahkeme olarak yargı yetkisinin meşruiyeti tartışılmıştır. Mahkemenin yargılama sürecindeki tutumu ve kararları “meşruiyet” sorununu daha da ciddileştirmiştir. Sanıkların bu yönde itirazlarının bulunmaması, bu ciddi sorunu örtülü halde tarihe havale etmiştir. Bu dönemden itibaren, başta Anayasa Mahkemesi’nin kararları olmak üzere, yüksek yargının bir ideolojik misyon anlayışı içinde hareket etmeye başladığını görmekteyiz. 12 Mart 1971’de başlayan ara dönemde de, birçok tartışmalı karar, özellikle yüksek yargı organlarının siyasi boyutları olan davalarda hukukun ötesinde bir ideolojik misyonla hareket ettiğini göstermektedir. 12 Eylül 1980 müdahalesinden sonra, bazı siyasi davalarda başarılı sınav vermiş olsa da, geneli itibarıyla yargının hukuka saygı ve hukukun üstünlüğüne inanç anlayışı içinde hareket etmediğini söyleyebiliriz.

Hukukun bir değerler sistemi olarak değil de, siyasi hedefleri gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanılması anlayışının yerleşmesi, 90’lı yılların başlarından itibaren ortaya çıkmış, özellikle yüksek yargı organlarındaki belli ideolojik yapılaşma “28 Şubat” süreciyle beraber günyüzüne çıkmış ve hukuk sisteminin işleyişini bütünüyle rayından çıkartmıştır. Bu dönemde küçük büyük pek çok hukuk ihlaline rastlanmakla birlikte, özellikle yargı üst kurumlarının bir siyasi kurum gibi zaman zaman devreye girmesi, tayin edilen genel siyasi istikametten “sapma” gösteren hakimlere uygulanan açık yıldırma politikaları hukuk ve yargının tam bir siyasi “organ” biçiminde görünmesine yol açmıştır. Artık yargı kararları hukuki yorum farklılıkları çerçevesinde açıklanabilir olmaktan çıkmıştır. Daha da ileri gidilerek, mevzuatın da ötesinde, hukukun, eşitlik gibi, evrensel en temel değerleri kale alınmamış, bunun “olağan”laştırılmasına çalışılmıştır.

O dönemde çok yaygın olarak tartışılan birkaç önemli örneği hatırlamakta fayda görüyoruz. Üniversitelerde “başörtüsü sorunu” ile ilgili 28 Şubat öncesinde yargı kurumlarının verdiği kararlar belli bir istikrar kazanmıştı. Kısaca belirtmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi’nin sonucu ve etkisi tartışmalı bir kararı üzerine Danıştay uygulamasında, üniversite öğrencilerinin başörtülü olarak öğrenim görmeleri disiplin yönetmeliğine göre “kınama” cezası gerektiren bir suç



olarak kabul edilmiştir. Yönetmelikte böyle bir suç mevcut olmamakla beraber, yargısal kararlar suç ihdas edilmiş, bu suça, aynı fiille ilgili olarak kamu görevlerine uygun görülen “uyarma” cezasından daha ağır bir ceza tertip edilmesinin anlamı da tartışılmamıştır. Yine mevzuat çerçevesinde, bu “suç”un tekrerrüri halinde bir üst ceza olan “kısa süreli uzaklaştırma” cezası verilebileceği, daha ağır bir cezanın verilemeyeceği, aksi halde “öğrenim hakkı”nın engellenmesi sonucunun doğacağı Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun kararlarıyla yerleşmiştir. Üniversitelerde başörtüsü sorununun belli bir dönem gözle görülür derecede azalmasında en büyük pay, yargının bu şekilde çizdiği hukuki çerçevenin yerleşmiş bulunmasındadır. Kamu görevlileri için de benzer yargısal uygulama mevcuttu. 28 Şubat’tan sonra ise yargının tutumu ve kararları tamamen değişmiştir. Bu değişikliği makul gösterecek bir mevzuat farklılığı gerçekleşmediğine göre, tutum değişikliğini “hukuk” içinde izah etmek imkansız görünmektedir. Başörtülü öğrenciler için en çok “kısa süreli uzaklaştırma” cezası verilebileceğini, daha ileri cezaların öğrenim hakkını engelleyeceğini karar bağlayan İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 28 Şubat’tan sonra, doğrudan çıkarma cezasının verilmesini uygun, hatta gerekli bulmuştur. Hukuki düzenlemeleri yok sayarak, dönemin Danıştay başkanının, verdikleri “yeni” kararın uyulması gereken, bağlayıcı bir karar olduğunu ilan etmesi, ayrı bir garabet göstergesi olarak hatırlanacaktır. Adı geçen kurul kararları, hukuken elbette etkili kararlardır; ama bağlayıcı kararlar değildir. Bağlayıcı olan sadece İçtihadı Birleştirme kararlarıdır. Bunu dönemin Danıştay başkanının bilmemesi düşünülemez. Bu yüzden, yapılmış olan açıklamanın altında hukuki olmayan başka sebepler aramak gerekmektedir. Yargıya çizilen bu “istikamet”in dışında kalan ve farklı kararlar veren hakimler içinse yer değişikliği ve soruşturma “ceza”ları uygun görülmüştür.

Refah Partisi’nin kapatılmasıyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararına da değinmek gerekir. Kararın içeriği ayrı bir tartışma konusudur. Ancak, çok bariz bir hukuk ihlalini göstermek gerekir. Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi’ni kapatabilmek için bir kanun hükmünü iptal etmiştir. Anayasa hukuku çerçevesinde, Mahkemenin böyle bir yetkisi vardır; “mahkeme” sıfatıyla hareket ettiği sırada Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı gördüğü bir hükmün iptali prosedürünü başlatabilir ve mevzuata uygun bir işleyişle bu hükmü

iptal edebilir. Ancak, Anayasanın açık hükmüne göre, Anayasa Mahkemesi’nin kararları “Resmi Gazete’de yayımlandıktan sonra yürürlüğe girer” ve “geriye yürümez”. Başka bir ifadeyle, bir kanun hükmü Anayasa Mahkemesi iptal edinceye kadar yürürlüktedir; iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanması tarihinden sonra yürürlükten kalkar. Dolayısıyla, Mahkeme henüz iptal etmediği için, kanun hükmüne göre hareket edenleri itham edebilmek, bu kanun hükmüne uygun davrandıkları için suçlamak mümkün olamaz; çünkü kanun yürürlüktedir. Halbuki Anayasa Mahkemesi Refah Partisi davasında, önce bir kanun hükmünü iptal etmiş, ama iptal kararı Resmi Gazete’de yayımlanmadığı için henüz yürürlüğünü sürdüren bu kanun hükmüne uygun hareket ettiği için de bir partiyi kapatmıştır. Basit bir ifadeyle, adı geçen siyasi partinin yürürlükte olan bir kanuna uyması kapatma gerekçesi sayılmıştır.

Aradan geçen on yıldan fazla bir zaman, yargı içindeki kamplaşmaları ve siyasi tutumları daha da belirginleştirmiştir. Bugün artık mahkeme kararı sadece bir resmi merci kararı haline gelmiş, hukukun ve adaletin somut gerçekleşmesi olarak algılanmaktan bütünüyle uzaklaşmıştır. Eskiden, yargı, kendisine yöneltilen ithamlardan ve eleştirilerden rahatsız olur, tarafsızlık algısına gölge düşürebilecek tutumlardan, hatta şaibelerden kaçınmaya çalışırdı. Artık bunun lüzumu dahi hissedilmemektedir; kamuoyunun bilgisi dahilinde olan bazı ses kayıtlarıyla ortaya çıkan bazı siyasi içerikli planların aynen uygulandığı görüntüsünü veren bir işleyiş bile rahatsızlık vermemektedir. Artık hukuk sadece bir kılıf, bir araç haline gelmiştir. “Mahkeme” kavramının arkasına saklanılarak, verilen kararların şekli bakımından bağlayıcılığından istifade edilerek, siyasi ve ideolojik amaçların gerçekleştirilmesine çalışılmaktadır. Hukuk çürütülmektedir.

İçinden geçtiğimiz ve yaklaşık yirmi yıldır devam eden dönem, hukukun yeniden üretimi ve yargının yeni baştan yapılandırılması için bir başlangıç olabilirse, Türkiye kazanacaktır. Siyasi ve ideolojik amaçları için yargı kurumlarını suistimale çalışanlar, yaptıkları işin başta yüksek yargı kurumlarını yıpratmış, bu yıpranmanın çok vahim sonuçları olduğunu bilmek zorundadırlar. Çürüten yargıdır, hukuktur, Türkiye’dir. Yargı, bütün kurumlara güvenin sarsıldığı noktada güvenilir kalması gereken bir kurumdur.





# KAMU'DA SOSYAL POLİTİKA

Memur-Sen'in Bilimsel, Akademik ve Sosyal Hayata Katkısıdır