

12 Eylül'de Halkoyuna Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Ne Tür Yenilikler İçermektedir?

Prof. Dr. Serap Yazıcı
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi



TESEV
Türkiye Ekonomik ve
Sosyal Etüdler Vakfı
Türkish Economic and
Social Studies Foundation

I. Anayasaya Bazı Yeni Haklar Eklenmektedir.¹

- 1. Kişisel verilerin korunması hakkı:** Her birey yaşamı süresince çeşitli eylem ve işlemler yapmakta, bu eylem ve işlemlerin konularına göre pek çok kişisel veri kaydedilmektedir. Öte yandan, bireyin kendi iradesi dışında da kişisel verilerinin kaydedildiği bilinmektedir. İçinde yaşadığımız yüzyılın teknolojik imkânları bu verilerin kaydedilmesine yaygınlık kazandırmıştır. Bu verilerin erişime açık olması, bireysel hakların üçüncü kişiler ve kamu makamları tarafından ihlali olasılığını yaratmaktadır. Bu yüzden, değişiklik paketinin kişisel verilerin korunması şeklinde yeni bir hakkı tanıması, isabetli bir tutumdur.
- 2. Çocuk hakları:** İnsan hakları alanındaki gelişmeler, tüm hakların kişiler arasında ayırım gözetmeksizin tanınmasının, kimi özel durumlarda yeterli olmadığını göstermektedir. Herkes, anayasal hakları bakımından kanun önünde eşit olmakla birlikte, toplumun diğer kesimlerine kıyasla nispeten daha kırılgan olan hak sùjelerinin anayasalarda ve uluslararası belgelerde özel olarak düzenlenmesi gerekir. Çocuklar da bu gruba girmektedir. Bu bakış açısının eseri olarak, demokratik anayasalar çocuk haklarına özel bir yer ayırmaktadır. 12 Eylül'de halkoyuna sunulacak olan paket de, çocuk haklarını güçlendiren bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre: **"Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."** Bu hüküm, çocuk haklarını özellikle, boşanma gibi nedenlerle, aile birliğinin sona erdiği durumlarda korumakta, çocukların boşanmayı takiben anne ve babalarıyla görüşmelerini anayasal bir hak biçiminde düzenlemektedir. Bu, çocukların boşanma sonrasında ruhsal gelişimini ve kişilik gelişimini korumaya yönelik bir düzenlemedir. Öte yandan değişiklik metni, çocukları her tür istismar fiiline karşı da korumayı, devlete ödev olarak yüklemektedir. Özellikle, teknolojik olanakların geliştiği günümüz şartlarında, bu olanakların kötüye kullanılması, çocuk istismarına da yol açabilmektedir. Dolayısıyla hüküm, devlete önemli bir sosyal ödev yüklemektedir.
- 3. Bilgi edinme hakkı:** Bilgi edinme hakkı, bireylere kamu makamlarının eylem ve işlemlerinin ayrıntılarını öğrenme imkânını sunmaktadır. Bu hakkın tanınması, yönetimde şeffaflığı teşvik eden bir yeniliktir. Evvelce özel bir kanunla tanınan bu hak, değişiklik paketiyle anayasal bir hakka dönüştürülmüştür. Bu, yasama ve yürütme organlarına bilgi edinme hakkını sınırlayan herhangi bir hukuk kuralını kabul edemeyecekleri biçiminde negatif

¹ Bu yazıda yer alan görüşler yazara aittir ve bir kurum olarak TESEV'in görüşleriyle birebir örtüşmeyebilir.

bir ödev yüklemektedir. Benzer şekilde yargı kararları da kişinin bilgi edinme hakkını ortadan kaldıramayacaktır.

II. Mevcut Bazı Anayasal Hakların Alanı Güçlendirilmektedir.

- 1. Seyahat hürriyeti daha güçlü bir güvenceye kavuşturulmuştur:** Anayasamız, 23. maddesinde, "seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir" hükmüne yer vermektedir. Bu hüküm, seyahat hakkının idari işlemler yoluyla sınırlanabileceği sonucunu doğurmaktadır. Oysa anayasa değişikliği paketi, seyahat hakkını şu ifadeyle düzenlemiştir: **"Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir"**. Böylece, seyahat hakkının idari işlemlerle sınırlanması engellenmiş, bu hakkın hâkim kararı olmadıkça sınırlanma ihtimali tamamen ortadan kalkmıştır.
- 2. Seçme ve seçilme hakkının güvenceleri güçlendirilmiştir:** Anayasamızın 84. maddesi, bir siyasi partinin kapatılmasına eylem ve sözleriyle sebep olan milletvekillerinin, kapatma kararını takiben milletvekilliği statüsünün sona ereceği kuralına yer vermektedir. 1982 Anayasasının yürürlüğü döneminde 19 siyasi parti kapatılmış, bu kapatma kararlarının bir kısmı, bazı milletvekillerinin bu statülerinin sona ermesine sebep olmuştur. Bilindiği gibi, kapatma kararlarının biri hariç olmak üzere (Refah Partisi), tümü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulunmuştur. Aynı zamanda AİHM kapatma kararı nedeniyle milletvekilliklerinin sona ermesi yaptırımını orantısız bularak, Sözleşmenin 1 no'lu protokolünün 3. maddesine aykırılığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, bu tür milletvekillerinin statülerinin sona ermesi, seçme ve seçilme hakkını da zedelemektedir. Bu nedenle, değişikliğin bu yaptırımı ilga etmesi, seçme ve seçilme hürriyetini dolaylı olarak güçlendirilmektedir.

Öte yandan Anayasa, bir siyasi partinin kapatılmasına eylem ve sözleriyle sebep olan üyelere beş yıl süreyle siyaset yasağı getirmektedir. Değişiklik paketi siyaset yasağının süresini üç yıla indirerek, siyasal hakları güçlendirmektedir.

III. Pozitif Ayrımcılık Kuralı Kabul Edilerek, Yeni Bir Hak Güvencesi Yaratılmaktadır.

19. yüzyıldan bu yana demokratik anayasaların tümü, kanun önünde eşitlik ilkesine yer vermektedir. Bu ilke, hiçbir devlet organının, kişiler arasında din, dil, ırk, cinsiyet, felsefi inanç gibi nedenlerle ayırım yapamayacağı anlamına gelir. Buna hukuk literatüründe, negatif ayrımcılık yasağı adı verilir. 1982 Anayasası da 10. maddesinde negatif ayrımcılık yasağını içeren eşitlik ilkesine yer vermiştir. Bu

madde, 2004'te kadınlar lehine pozitif ayrımcılık kuralını teşvik edecek biçimde değiştirilmiştir. Bu şu anlama gelmektedir; hukuk normlarıyla kadınlara özel bazı avantajlar sunulduğu takdirde, bu avantajlar, negatif ayrımcılık yasağının ihlali kabul edilmeyecektir. Bir bakıma bu hüküm, devlete, kadınlara özel avantajlar sunma ödevi yüklemiştir. Ne var ki, 2004'te yapılan değişikliğin tam olarak kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yaratmadığı gerek CHP, gerekse kadın örgütleri tarafından öne sürülerek bu hüküm eleştirilmiştir. Üstelik bu eleştiriler arasında özellikle, CHP milletvekili Prof. Oya Araslı, pozitif ayrımcılık kuralının demokratik dünyadaki emsalleri gibi kapsayıcı olmadığına işaret etmiştir. Prof. Araslı'nın değindiği gibi, pozitif ayrımcılık kuralı kadınlar yanında, engelli vatandaşları da kapsamalıdır. Gerçekten AB normları pozitif ayrımcılığı, kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engelliler lehine tanımaktadır.

12 Eylül'de oya sunulan paket, 2004'ten bu yana süregelen tartışmaları dikkate alarak, AB standartlarına uygun bir pozitif ayrımcılık kuralına yer vermiştir. Bu hükme göre: **"Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz."**

IV. Hukuk Devleti Güvencesi Güçlendirilmektedir.

Hukuk devleti, devlet otoritesinin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olmasını sağlayan bir ilkedir. Bu ilkenin uygulama bulması için kamu otoritesi kullanılarak yapılan her eylem ve işlemin hukuka uygunluk yönünden yargı denetimine tabi olması gerekir. Şüphesiz, yargı denetiminden beklenen yararın doğması, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının garantisıyla mümkündür.

1. Anayasanın Bazı Kamu İşlemlerine Sunduğu Yargı Bağımsızlıkları Yürürlükten Kaldırılmaktadır: Anayasamız Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde hukuk devleti kavramına yer vermiştir. Ne var ki Anayasa bazı hükümlerinde hukuk devletiyle çelişen düzenlemeleri de içermektedir. Anayasanın 125. maddesine göre, YAŞ kararları, 159. maddesine göre, HSYK kararları, 129. maddesine göre, uyarma ve kınama cezası içeren disiplin işlemleri, idari işlem oldukları halde, yargı denetimi dışında bırakılmışlardır.

- a) Paket, YAŞ kararlarından sadece, TSK ile ilişkin kesilmesine yol açanları idari yargı denetimine tabi kılmıştır.
- b) Paket, HSYK kararlarından sadece, meslekten men cezası içerenleri idari yargı denetimine tabi kılmıştır.
- c) Paket, disiplin işlemlerinin tümünü idari yargı denetimine tabi kılmıştır.

2. Anayasanın Bazı Kamu Görevlilerine Sunduğu Yargı Bağımsızlıkları Sona Ermektedir: Hukuk devleti, tüm kamu görevlilerinin, görevleriyle ilgili suçlarından dolayı yargılanmalarını gerektirir. Aksi halde, devlet otoritesinin

hukukun sınırları içinde hareket etme yükümlülüğü yerine getirilemez. Bu yüzden kamu görevlileri arasında ayırım gözetilmeksizin, göreve ilişkin suçların hangi yargı kuruluşunda, hangi usuller çerçevesinde yargılanacakları önceden belirli olmalıdır. Anayasamız 148. maddesinde, devlet hayatı açısından çok önemli kamu görevlerini yerine getiren kişilerin görevleriyle ilgili suçlarından dolayı AYM tarafından Yüce Divan sıfatıyla yargılanacaklarını hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini yargılama yetkisi Yüce Divana aittir. Ne var ki Anayasa, ne 148. maddede ne de bir başka maddesinde Genelkurmay Başkanı, dört Kuvvet Komutanı ve Meclis Başkanının görevleriyle ilgili suçlarından dolayı yargılama yetkisinin hangi mahkemeye ait olduğu hükmüne yer vermiştir. Bu yüzden sözü geçen kişiler, görevleriyle ilgili bir suç işleseler dahi uygulamada yargılanmalarına imkân bulunmamaktadır. Oysa bir hukuk devleti, hiç kimseye yargılanmama imtiyazı sunamaz. Paket, Genelkurmay Başkanı, dört Kuvvet Komutanı ve Meclis Başkanının görevleriyle ilgili suçlarından dolayı Yüce Divan'da yargılanacaklarını hükme bağlayarak, bu hukuk boşluğunu gidermiştir.

3. Askeri Yöneticilere ve Onların Kararlarını Uygulayanlara Sunulan Yargı Bağımsızlığı Sona Ermektedir: Anayasamız geçici 15. maddesinde, 12 Eylül'de kurulan Milli Güvenlik Konseyi yönetiminin karar vericilerine ve uygulayıcılarına yargı bağımsızlığı sunmuştur. Bu maddeye göre, MGK üyeleri (Genelkurmay Başkanı ve dört Kuvvet Komutanı), Bakanlar Kurulu üyeleri, Danışma Meclisi üyeleri ile askeri liderlerin kararlarını uygulayan kamu görevlileri, 12 Eylül 1980 - Aralık 1983 tarihleri arasındaki eylem ve işlemlerinden yargılanamazlar, dolayısıyla hukuken ve cezaen sorumlu kılınamazlar. Oysa askeri yönetim süresince çok sayıda insan hakkı ihlalinin gerçekleştiği tüm kamuoyunun malumudur. Bu ihlaller, yaşama hakkının sona ermesine yol açmış, çok sayıda kişi işkence ve kötü muameleye maruz kalarak, beden bütünlüğünü ve ruh sağlığını kaybetmiştir. Pek çok kişinin öğretim hakkını, mesleki faaliyetlerini, aile bütünlüğünü kaybettiği bilinmektedir. Geçici 15. madde nedeniyle bu mağduriyetlerin sorumluları aleyhine dava açılmamaktadır. Paket, geçici 15. maddenin yürürlükten kalkmasını sağlayacaktır. Maddenin ilgası ile sözü geçen kişiler aleyhine dava açılıp, açılmayacağı, zaman aşımının dolup dolmadığı, hukukçular arasında tartışmalıdır.

4. İdari Yargıda Yerindelik Denetimi Yapılamayacağı Şeklindeki Temel Kamu Hukuku Kuralı Anayasada Açıkça Yer almaktadır: Hukuk devleti tüm kamu işlemlerinin ancak hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi olmasını gerektirir. Bu, yargı kuruluşlarının bir kamu işlemini hukuk normlarına uygunluk yönünden denetleyebileceği anlamına gelir. Başka bir deyişle, yargı kuruluşları kamu işlemlerinin dayandıkları takdir yetkisini

denetleyemez. Bir işlemi yapan makamın takdir yetkisinin denetlenmesi, yerindelik denetimidir. Bu denetim, hukuk devleti ile çelişmektedir. Ne var ki Türkiye’de yargı kuruluşları çeşitli kararlarında yerindelik denetimi yapmaktadır. Paket, kamu hukukunun bilinen bir kuralı olan yerindelik denetimi yasağını, bir anayasa hükmü haline getirmiştir. Böylece yargı kararlarının hukuka uygunluğu teşvik edilmiştir.

5. Kamu denetçiliği (ombudsman) kurumunun yaratılması: Pek çok Batı demokrasisinde mevcut olan kamu denetçiliği, kamu gücü kullanılarak yapılan eylem ve işlemleri, hukuka ve hakkaniyete uygunluğu yönünden toplum adına denetleyen özerk bir kurumdur. İlk kez idari yargı denetiminin mevcut olmadığı İskandinav ülkelerinde, bu denetimin yerine geçmek üzere kurulan kamu denetçiliği, günümüzde Fransa gibi kökleşmiş bir idari yargı sisteminin mevcut olduğu ülkelerde de benimsenmiştir. Bu, kamu denetçiliğinin idari yargıdan daha geniş bir denetim alanına sahip olmasından ve idari yargıya kıyasla vatandaşlar tarafından daha kolay ve maliyetsiz olarak harekete geçirilmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten idari yargı, idareyi, sadece hukuka uygunluğu yönünden denetleyebilmektedir. Oysa kamu denetçisi, idari makamları hem hukuka hem de hakkaniyete uygunlukları yönünden denetleyebilmektedir. Üstelik idari yargının etkin olarak işletilmesi, vatandaşların bir avukatı vekil tayin etmesini gerektirdiği halde, kamu denetçisi, vatandaşların şikayet mektuplarıyla harekete geçirilebilmektedir. Kamu denetçisi, başvuruları, yıllık raporlar halinde kamuoyuna açıklamaktadır. Böylece toplum ve parlamento, kamu gücünün hukuka ve hakkaniyete aykırı uygulamalarından haberdar olmakta, karar vericilerin bu ihlalleri önleyecek reformlar yapması kolaylaşmaktadır. Anayasa değişikliğinin, kamu denetçiliğinin kurulmasını sağlayan hükmü, belki de paketin en önemli düzenlemelerindendir. Çünkü Türkiye’de toplumun hemen her kesimi, kamu gücünün hukuka ve hakkaniyete uygun olarak işlemediğinden yakınmakta ancak, bir çözüm üretememektedir.

V. Anayasa Mahkemesi Çağdaş Emsallerine Yaklaşacak Biçimde Yeniden Yapılandırılmaktadır.

Tüm dünyada anayasa mahkemelerinin temel fonksiyonu, parlamentolar tarafından kabul edilen kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Denetlenen kanunun anayasaya aykırılığının saptanması, onun iptalini gerektirir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir iptal hükmü ise kanunun hukuk âlemindeki varlığına son verilmesini ifade eder. Şu halde parlamento, kanunu yaparken pozitif bir kanun koyuculuk işlevi yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemesi ise bir kanunu iptal ederken, parlamentonunkine paralel negatif bir kanun koyuculuk görevi ifa etmektedir. Demokratik dünyada nasıl parlamentoların pozitif kanun yapma yetkilerinin temelinde halkın iradesi ve bu iradeden kazandıkları demokratik meşruiyet varsa, anayasa mahkemelerinin de temelinde gene halkın iradesi ve bundan edinilen demokratik meşruiyet mevcuttur. Bu

yüzden demokratik devletlerde, anayasa mahkemesi üyelerinin tümü ya da önemli bir kısmı parlamentolar tarafından seçilmekte, böylece mahkemeye demokratik meşruiyet sunulmaktadır.

Almanya, Macaristan ve Polonya'da anayasa mahkemesi üyelerinin tümünü parlamento seçmektedir. Fransa'da Anayasa Konseyi dokuz üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin üçünü, halkın seçtiği Cumhurbaşkanı, altısını her iki Meclisin Başkanları seçmektedir. Bu yüzden dokuz üyenin tümünün seçiminde halkın iradesi dolaylı etkiye sahiptir. ABD'de Yüce Mahkeme (Supreme Court) aynı zamanda kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Yüce Mahkemenin tüm üyelerini halkın seçtiği Başkan belirlemekte, bu işlem Federal Meclisin bir kanadı olan Senato tarafından onaylanmaktadır. Böylece Yüce Mahkemenin üyelerinin tümünün belirlenmesinde, Başkan ve Senato vasıtasıyla halkın iradesi etkili olmaktadır.

1961 T.C. Anayasası da 145. maddesinde Anayasa Mahkemesinin 15 asıl 5 yedek üyeden oluşacağını hükme bağlamakta, bu üyelerden 5 asıl 2 yedek üyeyi seçme yetkisini TBMM'ye (Millet Meclisi 3 asıl 1 yedek, Cumhuriyet Senatosu 2 asıl 1 yedek) tanımıştır. 1982 Anayasası ise Anayasa Mahkemesinin 11 asıl 4 yedek üyesinin tümünü seçme yetkisini Cumhurbaşkanıya tanımıştır. Halen yürürlükte olan 146. maddeye göre, Cumhurbaşkanı sekiz asıl, üç yedek üyeyi dolaylı olarak, üç asıl, bir yedek üyeyi ise doğrudan doğruya seçmektedir.

Görüldüğü gibi, bu üyelerin seçiminde demokratik dünyadaki örnekler gibi parlamentoya (TBMM) yetki tanınmamıştır.

Paket, Anayasa Mahkemesinin yapısını nasıl değiştirecektir?: Anayasa Mahkemesinin üye sayısı 11'den 17'ye yükselecektir. Yedek üyelik statüsüne son verilecektir. Mevcut yedek üyeler, asıl üye statüsüne yükseltilecektir.

Üyelerin seçimi: Paketin getirdiği en önemli yenilik, 17 üyeden 3'ünü seçme yetkisini TBMM'ye sunmasıdır. TBMM bu yetkiyi doğrudan doğruya değil, dolaylı olarak kullanacaktır. Buna göre, TBMM'nin seçeceği üç üyeden ikisini aday gösterme yetkisi Sayıştay'a, birini aday gösterme yetkisi, barolara tanınmıştır. TBMM seçme yetkisini, bu kuruluşların her boş yer için göstereceği 3'er aday arasında kullanacaktır. Paket, Anayasa Mahkemesinin 14 üyesini seçme yetkisini ise Cumhurbaşkanıya tanımaktadır. Cumhurbaşkanı, 14 üyeden 10'unu çeşitli kurumların (Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve YÖK), her boş yer için gösterecekleri üçer aday arasından, dört üyeyi ise (üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ve Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından) doğrudan doğruya seçecektir.

Paket Cumhurbaşkanı'nın Yetkisini Güçlendirmiş midir?: Anayasamızın halen yürürlükte olan 146. maddesine göre, Cumhurbaşkanı sekiz asıl üç yedek üyeyi dolaylı olarak, üç asıl bir yedek üyeyi ise doğrudan doğruya seçmektedir. Pakete göre ise, yedek üyelik statüsü kalktığından Cumhurbaşkanı 10 asıl üyeyi

dolaylı olarak, dört yedek üyeyi doğrudan doğruya seçmektedir. Şu halde ne dolaylı ne de doğrudan seçilen üyelerin sayısında bir artış vardır. Hatta dolaylı olarak seçilen üyelerin sayısında bir eksik göze çarpmaktadır.

Üyelerin görev süresi: Dünyadaki uygulama, anayasa mahkemesi üyelerinin görev süresinin 9 ile 12 yıl arasında sınırlanması yönündedir. Türkiye’de Anayasa Mahkemesine üye seçilmek için 40 yaşını tamamlamak gerekir. Bir üye, 65 yaş olan emeklilik yaşını tamamlayıncaya kadar bu görevi yerine getirir. Kısacası, 25 yıl bu görevi sürdürebilir. Bu, Mahkemenin üye kompozisyonunun kemikleşmesi, toplumsal gelişmelere uyum sağlayamaması demektir. Paket, AYM üyelerinin görev süresini 12 yıl ile sınırlamaktadır. Ancak bu kural, anayasa değişikliği yürürlüğe girdikten sonra üyeliğe seçilenler için geçerlidir. Hâlihazır üyeler, 65 yaşını tamamlayana kadar görevlerini sürdürecektir.

Anayasa Mahkemesinin yetkileri üzerindeki değişiklik:

a) Anayasa şikâyeti: Almanya, İspanya, Macaristan gibi ülkelerde, vatandaşlara doğrudan doğruya anayasa mahkemesine başvurma hakkı tanınmaktadır. Buna anayasa şikâyeti denir. Vatandaşlar, hukuk normlarının, yargı kararlarının, idari ve yargısal kararların anayasaya aykırılığı gerekçesiyle anayasa mahkemesine başvurabilir. Paket, T.C. vatandaşlarına bu hakkı tanımaktadır. Pakete göre: **“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”**. Bu hüküm, TOBB 2000, TBB 2001 ve 2007 taslaklarından aynen uyarlanmıştır. Anayasa şikâyeti, Mahkemenin iş yükünü artıracığından, bu taslaklarda olduğu gibi, Yüksek Mahkemenin iki daire ve bir Genel Kurul şeklinde yeniden yapılandırılması sağlanmıştır.

b) Karar yetersayısındaki değişiklik: Anayasamızın 149. maddesine göre, AYM’nin anayasa değişiklikleriyle, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda karar yetersayı üye tamsayısının 3/5’üdür. Pakete göre, sözü geçen davaları karara bağlamak Genel Kurulun yetkisindedir, Genel Kurul en az 13 üye ile toplanır ve anılan davalarda, toplantıya katılan üyelerin 2/3’siyle karar verir.

VI. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Demokratik Dünyadaki Modellere Paralel Olarak Yeniden Yapılandırılmaktadır.

HSYK yargı mensuplarının özlük hakları üzerinde karar veren idari bir organdır. Özlük hakları, hâkim ve savcılarının ilk kez mesleğe kabulleri, tayin ve terfileriyle, disiplin işleri konularını içerir. Hukuk devletinin inşası için en önemli faktör, yargıya, kurumsal ve bireysel bağımsızlık sunmaktır. HSYK benzeri organların

kuruluşları (üye kompozisyonu), üyelerin seçiminde izlenen yöntem, kararlarının şeffaflığı ile etkin bir itiraza ve yargı denetimine açık olması, bireysel tarafsızlık ve bağımsızlığı garanti eden koşulların başında gelir.

Demokratik dünyada HSYK benzeri organların üye kompozisyonunun çoğulculuğu, demokratik meşruiyeti ve hesap verirliliği sağlamasına özen gösterilir. Bu organların üye kompozisyonunun demokratik çoğulculuğu yansıtması, üyelerin tek kaynaktan değil, farklı kaynaklardan beslenmesini ifade eder. Bu nedenle, üyelerinin tümünün yargıçlık mesleğinden gelmesi sakıncalı görülür. Yargı konseyinin üyelerinin tümü yargı içinden geldiği takdirde, bu, mesleki kooptasyona ve kayırmacılığa yol açmaktadır. Bu yüzden demokratik ülkelerde, üyelerin bir bölümünün yargıç olmayanlar arasından seçimi tercih edilir. Böylece yargının, sadece, yasama ve yürütmeye karşı değil, kendi içinden gelebilecek müdahale ve baskılara karşı da korunması sağlanır.

Türkiye'nin üyesi olduğu Venedik Komisyonu ile Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu'nun raporlarında, yargı konseyinin yapısının nasıl olması gerektiği yönünde önemli ipuçları vardır. Bu raporlara göre:

1. Yargı konseyi, karma bir üye yapısına sahip olmalı.
2. Üyelerin çoğu yargıçlardan oluşmalı.
3. Yargının tümü bu konseyde temsil edilmeli ve kendi eşitlerince seçilmeli.
4. Kısacası, alt derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin yargı konseyinde temsilcileri bulunmalı. Bunların seçiminde sadece, kendi eşitleri belirleyici olmalı.
5. Yargı konseyi, bir ülkenin yargı mekanizmasının büyüklüğü ile doğru orantılı üye sayısına sahip olmalı.
6. Yargıçlık mesleğinden gelmeyen üyeler, hukuk profesörleri, avukatlar işletme yöneticileri, hatta seçkin vatandaşlar olabilir. Bunlar parlamentolar tarafından nitelikli oy çoğunluğuyla seçilmelidir.

HSYK bu yapısal özellikleri yansıtıyor mu?: Anayasanın 159. maddesiyle düzenlenen HSYK, Adalet Bakanı ve Müsteşarı ile beş asıl, beş yedek üyeden oluşmaktadır. Bu üyeler, Yargıtay (3 asıl 3 yedek) ve Danıştay'ın (2 asıl 2 yedek) kendi üyeleri içinden gösterecekleri adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir.

1. AB 2009 ilerleme raporundaki verilere göre, Türkiye'de 7081 hâkim, 4040 savcı, 3875 boş kadro vardır. HSYK'nın üye sayısı bu yapıyı temsil için yetersizdir.
2. HSYK'da sadece iki yüksek yargı kuruluşunun üyesi yer almaktadır. Alt derece hâkim ve savcıları bu organda temsil edilmemektedir. Nitekim AB 2009 ilerleme raporunda bu husus eleştirilmiştir. Rapora göre: "Yargı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda bütünüyle temsil edilmemektedir; yalnızca kıdemli Yargıtay ve Danıştay mensupları bu Kurulun üyesidir".

3. HSYK'da parlamento tarafından seçilen, yargıçlık mesleğinden gelmeyen üye bulunmamaktadır.
4. HSYK kararları şeffaf olmayıp, etkin bir itiraza açık değildir, yargı denetimine tümüyle kapalıdır.
5. Her şeyden önemlisi, HSYK üyeleri Yargıtay ve Danıştay tarafından seçilmekte, HSYK ise 250 Yargıtay üyesinin tümünü, 95 Danıştay üyesinin 3/4'ünü seçmektedir. Bu, yukarıda değinilen raporlarda kaçınılması gerektiği belirtilen, mesleki kooptasyon ve kayırmacılığın tipik örneğidir.

Paket HSYK'ı nasıl düzenliyor?: Pakete göre HSYK, Adalet Bakanı ve Müsteşarı dahil 22 asıl 10 yedek üyeden oluşacak, 3 daire halinde çalışacaktır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, hukukçu öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir. 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 seçilir. Yedi asıl ve dört yedek üyesi, adli yargı hâkim ve savcıları arasından adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi, idari yargı hâkim ve savcıları arasından idari yargı hâkim ve savcılarınca seçilir. Üyelerin görev süresi dört yıl olup, yeniden seçilmek mümkündür.

Görüldüğü gibi paket, HSYK'nın üye sayısını Türkiye'deki yargı mekanizmasının büyüklüğüne uygun olarak artırmıştır. Üyelerin farklı kaynaklardan gelmesini ve yargının tüm basamaklarının bu organda temsilini sağlamıştır. Halen yürürlükte olan 159. maddenin, HSYK üyelerinin seçiminde Cumhurbaşkanına sunduğu dolaylı yetkiyi sona erdirmiştir. Bunun yerine, Cumhurbaşkanına 4 üyeyi doğrudan doğruya seçme yetkisi tanımıştır. Üye seçiminde TBMM'ye yetki tanımamış olması bir eksikliktir.

Adalet Bakanının Kurulda Yer Alması HSYK'ı Siyasallaştırır mı?: Venedik Komisyonu 2007 raporunda, Avrupa Konseyine üye tüm devletlerin yargı konseylerini incelemiştir. HSYK ile ilgili olarak, Adalet Bakanının varlığını sakıncalı görmemiştir. Paket, Adalet Bakanının varlığını koruduğu halde, yetkilerini sınırlamakta ve sembolik kılmaktadır. Pakete göre Adalet Bakanı, HSYK'nın Başkanıdır ve Kurulu temsil eder. Ancak, HSYK 3 daire halinde çalışacak, Bakan dairelerin çalışmalarına katılamayacaktır. Her daire, kendi üyeleri içinden bir Başkan ve Başkanvekilini seçecektir. **HSYK'nın yeni yapısı ve çalışma usulü, bu Kurula 30 yıldan beri yöneltelen eleştirileri karşılamıştır.**

1. Bugünkü yapısıyla Kurulun görevlerinden biri, yargı mensuplarının disiplin işlemlerini yapmaktır. Bu işlemler, Adalet Bakanının izni ile Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerce yapılan incelemeyi takiben gerçekleşmektedir. Müfettişlerin Adalet Bakanlığına bağlı olması, 30 yıldan beri öne sürülen, yargının yürütmeye bağımlılığı eleştirilerinin en önemli dayanağıdır. Paket, bu usulü tümüyle değiştirmektedir. Pakete göre, yargı mensuplarına ilişkin incelemeler, Kurulun seçeceği, HSYK'ya bağlı müfettişler eliyle yapılır. Bu incelemelerin başlatılması HSYK'nın ilgili dairesinden birinin teklifi üzerine, Adalet Bakanının onayı ile gerçekleşecektir. Şu halde, evvelce Adalet Bakanının tek başına vereceği izinle başlayan ve Adalet

Bakanlığı müfettişleri eliyle yapılan inceleme usulü sona ermektedir. Kısacası, Bakanın rolü zayıflamıştır.

2. Diğer eleştiri ise, Kurulun kendine ait bir sekreterliğinin olmamasıdır. Paket, Kurulun kendine ait bir sekreterliğinin olacağını düzenlemektedir. Genel Sekreter, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılar arasından, Kurulun teklif ettiği üç aday içinden Adalet Bakanı tarafından atanır. Genel Sekreterin atanmasında izlenen usul gereğince, asıl yetki Kurulundur. Bakan biçimsel bir atama işlemi yapacaktır.

VII. Değişiklik Paketinin Biçimine Yönelik Tartışmalar Ne Ölçüde Haklıdır?

1. Değişiklik Paketi Partiler arası Bir Uzlaşmayla Hazırlanamaz mıydı? :

Anayasa yapımının ideal yöntemi, bu süreçte toplumun tüm kesimlerinin etkili olmasıdır. Bu, toplumun farklı kesimlerinin temsilcileri vasıtasıyla sürece katılımını gerektirir. Şu halde, parlamentodaki tüm partilerin sürece aktif katılımı, parlamento dışında kalan partilerin de bu süreçte etkili olmaları, demokrasi kültürünün gereğidir. TBMM’de yer alan siyasi partiler, bu sürece katılmamış, değişikliğin şekillenmesini tümüyle AKP’nin inisiyatifine terk etmişlerdir. Oysa MHP, 2007 seçim beyannamesinde seçmenlerine, Türkiye’de daha demokratik bir anayasa düzeninin kurulmasını sağlayacak kısmi değişiklik vaadinde bulunmuştur. Parlamento dışındaki DP’nin vaadi de aynı yöndedir.

Paketin içerdiği bazı hükümler, Anayasa Mahkemesi ve HSYK’nın yeniden yapılandırılması, askeri yargının yetki alanının sınırlanması ve kamu denetçiliğinin kurulması, Adalet Bakanlığının Ağustos 2009’da açıkladığı “Yargı Reformu Strateji Belgesi”nde yer almaktadır. Bu rapor, AB’nin 2009 ilerleme raporunda gerek içeriği gerek hazırlanmasında izlenen istişari yöntem nedeniyle övülmüştür. 2009 ilerleme raporuna göre: **“Söz konusu Stratejinin, onaylanması öncesindeki istişare süreci ve içeriği, reformlar için izlenmesi gereken doğru yolu açıkça gösterdiği için olumlu bir adımdır.”**

2. **Değişiklik Paketi Neden Halkoylamasına Sunulmuştur?:** Anayasamız, bir anayasa değişikliğinin TBMM tarafından kabul edilmiş sayılması için en az üye tamsayısının 3/5’ünün olumlu oyunu zorunlu kılmaktadır. Bu sayı 330’a tekabül etmektedir. Ne var ki, TBMM’de 330 oy ile kabul edilmiş bir anayasa değişikliği, halkoylamasına sunulmadıkça, yürürlüğe giremez. Anayasa, bu sayı ile kabul edilen anayasa değişiklikleri için halkoylamasını zorunlu görmüştür (m.175, f.4). Bu yüzden Anayasanın emredici hükmü gereği olarak, değişiklik paketi 12 Eylül’de halkoyuna sunulacaktır.

3. Değişikliklerin Ayır Ayır Halkoyuna Sunulması Zorunlu mudur?

- a) **Anayasamızın bu konuda TBMM’ye sunduğu yetki:** Anayasa 175. maddesinde şu hükme yer vermektedir: “Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoylamasına

sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar". Bu hüküm karşısında, TBMM, kabul ettiği bir anayasa değişikliğini bir bütün olarak halkoyuna sunma yetkisine sahiptir. Bu, Anayasanın TBMM'ye sunduğu bir yetkidir. Nitekim 111 milletvekilinin bu paket aleyhine, Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru üzerine, Yüksek Mahkeme de aynı kararı vermiştir.

b) Venedik Komisyonunun Referanduma İlişkin İyi Uygulama Rehberi (Code of Good Practice on Referendums) raporunun konuya ilişkin 30. paragrafı:

Paketin bir bütün olarak halkoyuna sunulması konusunda sık sık Venedik Komisyonunun raporundan söz edildiği görülmektedir. Ancak bazı çevreler, raporun konuya ilişkin hükmünü yanlış olarak yorumlamaktadır. Raporun bu konuyu düzenleyen 30. paragrafı aynen şöyledir: "Serbest oy kullanmanın daha da katı bir gereği, içeriğin bütünlüğüne saygıdır. Seçmenler, aynı anda birbiriyle içsel bağlantıları olmayan çeşitli sorunlar hakkında oy kullanma durumunda bırakılmamalıdır; çünkü seçmenler bunlardan birine taraftar, diğerine aleyhtar olabilirler. Bir metnin değişikliği, birbirinden ayrı birkaç hususu ihtiva ettiği takdirde, halka birkaç soru sorulmalıdır. Bununla birlikte, bir metnin özellikle bir anayasanın toptan değiştirilmesi, doğal olarak sadece birbirine sıkıca bağlı hususlara ilişkin olamaz. Dolayısıyla bu durumda içeriğin bütünlüğü şartı uygulanamaz. Bir metnin çeşitli bölümlerine ilişkin olan geniş çaplı bir değişikliği toptan değişiklikle eşdeğerli sayılabilir; şüphesiz bu farklı bölümlerin ayrı ayrı halkoyuna sunulamayacağı anlamına gelmez".

Görüldüğü gibi rapor, bir anayasanın kısmen değiştirilmesinde, değişiklik metni anayasanın farklı bölümlerini tadil ettiğinde, bunlar arasında içsel bağlantı varsa, bir bütün olarak halkoyuna sunulmasını mümkün görmektedir. 12 Eylül'de halkoyuna sunulacak olan paket, Anayasanın çeşitli bölümlerindeki hükümleri değiştirmektedir. Bu değişiklikler arasında içsel bağlantı mevcuttur. Değişikliklerin tümü, Türkiye'de insan hakları, hukuk devleti ve demokrasinin standartlarını yükseltmektedir. Nitekim AB 2009 ilerleme raporunun "Demokrasi ve hukukun üstünlüğü" ve "Yargı ve temel haklar" başlıklı bölümleri, bu anayasa değişikliğinin içerdiği tüm hususları vurgulamaktadır. Şu halde metnin içerdiği hükümler, içsel bir bağlantı ve bütünlük sergilemektedir.

Paketin içerdiği bu hükümler, Türkiye'de hukuk devletine uygun bir anayasa düzeninin kurulmasına katkı sağlayacaktır. Hukuk devleti ile anayasal hakların korunması, demokrasi değerlerinin güçlenmesi arasındaki zorunlu bağ dikkate alındığında, bu yenilikler Türkiye'de demokratikleşmeyi hızlandıracak niteliktedir.