

TESEV DEMOKRATİKLEŞME PROGRAMI  
SİYASA RAPORLARI SERİSİ

YARGI REFORMU 1

# YARGISAL DÜĞÜM: TÜRKİYE'DE ANAYASA REFORMUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

EDİTÖR:  
SERAP YAZICI

YAZARLAR:  
OZAN ERÖZDEN, ÜMİT KARDAŞ,  
ERGUN ÖZBUDUN VE SERAP YAZICI



**YARGISAL DÜĞÜM:  
TÜRKİYE'DE ANAYASA REFORMUNA  
İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER**

EDİTÖR  
**SERAP YAZICI**

YAZARLAR  
**OZAN ERÖZDEN, ÜMİT KARDAŞ, ERGUN ÖZBUDUN VE SERAP YAZICI**

**MAYIS 2010**

**TESEV  
YAYINLARI**

**YARGISAL DÜĞÜM:  
TÜRKİYE'DE ANAYASA REFORMUNA  
İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER**

ISBN: 978-605-5832-36-0

TESEV YAYINLARI

**Editör:** Serap Yazıcı

**Yazarlar:** Ozan Erözden, Ümit Kardeş, Ergun Özbudun ve Serap Yazıcı

**Düzeltili:** Elçin Gen

**Yayın Kimliği Tasarımı ve Tasarım Danışmanı:** Rauf Kösemen, Myra

**Kapak Tasarımı:** Banu Yılmaz Ocak, Myra

**Basıma Hazırlayan:** Myra

**Basım Yeri:** Sena Ofset



**TESEV**

**Türkiye Ekonomik ve  
Sosyal Etüdler Vakfı**

**Demokratikleşme Programı**

Bankalar Cad. Minerva Han No: 2 Kat: 3

Karaköy 34420, İstanbul

Tel: +90 212 292 89 03 PBX

Fax: +90 212 292 90 46

info@tesev.org.tr

www.tesev.org.tr

**Copyright © Mayıs 2010**

Bu yayının tüm hakları saklıdır. Yayının hiçbir bölümü Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı'nın (TESEV) izni olmadan elektronik veya mekanik (fotokopi, kayıt veya bilgi depolama, vb.) yollarla çoğaltılamaz.

Bu kitapta yer alan görüşler yazarlara aittir ve bir kurum olarak TESEV'in görüşleriyle birebir örtüşmeyebilir.

TESEV bu kitabın yayımlanmasına katkılarından ötürü Chest Vakfı'na, Açık Toplum Vakfı'na ve TESEV Danışma Kurulu'na teşekkür eder.

# İçindekiler

Sunuş, 5

**YARGI REFORMU STRATEJİSİ KAPSAMINDA ANAYASAL DEĞİŞİKLİKLER, 7**

Giriş, 7

*Serap Yazıcı*

**Hukuk Devleti İlkesi ve Yargı Tarafsızlığının Normatif Hukuk Ötesi Boyutu, 9**

*Ozan Erözden*

**Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması, 12**

*Ergun Özbudun*

**Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 17**

*Serap Yazıcı*

**Yargı Reformu Çerçevesinde Askeri Yargıya İlişkin Sorunlar, 21**

*Ümit Kardaş*

**Kamu Denetçiliği Kurumu, 26**

*Serap Yazıcı*

**Sonuç, 30**

*Serap Yazıcı*

**ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİ HAKKINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME, 31**

*Serap Yazıcı*

**Hukuk Devletinin Güçlendirilmesi, 31**

**Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması, 33**

**Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yeniden Yapılandırılması, 36**

**ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNDE ASKERİ YARGI, 37**

*Ümit Kardaş*

**KAYNAKÇA, 38**

**YAZARLAR HAKKINDA, 40**



# Sunuş

Türkiye kendisine demokrasi demeyi sürdürürken, aslında demokrasi olmak için uğraşan bir ülke. Cumhuriyet'in bir vesayet rejimi olarak yapılaşmış olduğunu yeni fark etmiş ve bunu değiştirebilecek farklı bir zihniyete doğru da yeni yönelmiş durumdayız. Demokrasi ile vesayet rejimi arasındaki en önemli fark ise, muhtemelen "hukukun üstünlüğü" kavramında cisimleşiyor. Bu kavram, bütün devlet kurumlarının ve bu arada yargının da hukuka tabi olmasını ve insanlığın evrensel hak ve özgürlük birikimini dikkate almasını gerektiriyor.

Oysa Türkiye'de yargı, darbe anayasalarının da verdiği imtiyazlı konum sayesinde kendisini hukukun tanımlayıcısı olarak görmekte... Bu durum demokrasiye yönelirken kritik adımlardan birinin yargı reformu olacağını ortaya koyuyor. Dolayısıyla TESEV'in son dört yılda en yoğun olarak proje yaptığı alanlardan biri yargı oldu. Mithat Sancar öncülüğünde yürütülen çalışmalarda önce yargıç ve savcılar, ardından da toplumun yargı sistemine ve işlevlerine bakmamızı sağlayan incelemeler yapıldı ve bunlar Mayıs 2009'da kitaplaştırılarak kamuoyuna tanıtıldı. Mart 2010'da ise, Meryem Erdal'ın, farklı medya kuruluşlarının belirli dava süreçlerini haberleştirme biçimlerini ve yargıya yönelik genel yaklaşımlarını ele alan bir çalışması kamuoyuna sunuldu.

Böylece yargı sistemi etrafındaki algılama sorunlarını irdeleme fırsatı yaratıldı. Ancak, yargı sisteminin demokratikleşmesi, bir "reform" siyasetinin hayata geçmesini ve bu siyasetin toplumla paylaşılmasını gerektiriyor. Söz konusu reformun iki ayağı olduğu söylenebilir: Biri, sistemin bütünü ve yargının konumu açısından "bağımsızlık", "tarafsızlık" ve "meşruiyet" meselelerinin yeniden ele alınarak uluslararası normlara kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda yürütme ile yargı arasındaki ilişkiler, yargının resmi ideoloji ile evrensel hukuk arasındaki yeri ve üst yargı kurumlarının nasıl bir seçim sistemine sahip olması gerektiği, başlıca sorun alanları olarak beliriyor.

Serap Yazıcı'nın editörlüğünde hazırlanan elinizdeki rapor, hükümetin yargı reformu projesinin de konusu olan bu meselelere demokratik evrensel kriterler açısından bakıyor ve reformun yönü ve çerçevesine ilişkin anlamlı bir zemin oluşturuyor. Ayrıca raporda Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından hazırlanan ve 30 Mart 2010'da Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan anayasa değişikliği teklifi hakkında kısa bir değerlendirme bulunuyor.

Yargının, sisteme ilişkin bir reform alanı olmasının yanında, vatandaşın adalet ihtiyacına cevap vermesi gereken bir mekanizma olarak da değişime ve yeni bir zihniyetle ele alınmaya ihtiyaç var. Bu ise TESEV'in bu yıl içinde hazırlayacağı iki raporla kamuoyu gündemine getirilmeye çalışılacak. Bu raporların, vatandaşların yargıdan temel talepleri arasında olan "adalete erişim" ve "adil yargılanma hakkı" gibi konuları irdelemesi planlanıyor.

Böylece çağdaş bir yargı reformunun içermesi gereken temel unsurların kapsanmasına vesile olmayı ve kamuoyunun bilgilenme ve tartışma ihtiyacına bir nebze de olsa cevap verebilmeyi umuyoruz.

**ETYEN MAHÇUPYAN**

TESEV DEMOKRATİKLEŞME PROGRAMI



# YARGI REFORMU STRATEJİSİ KAPSAMINDA ANAYASAL DEĞİŞİKLİKLER

## Giriş

Serap Yazıcı

24 Temmuz 2009'da Adalet Bakanlığı'nın web sayfasında yayınlanan ve aynı gün Bakanlar Kurulu'nun bilgisine sunulan "Yargı Reformu Stratejisi" belgesi, yargı organının bağımsızlığını, tarafsızlığını, etkinliğini ve verimliliğini güçlendirmeye yönelik hedeflere yer vermektedir. 10 madde halinde sıralanan bu hedefler şöyledir:

1. Yargının bağımsızlığının güçlendirilmesi.
2. Yargının tarafsızlığının geliştirilmesi.
3. Yargının verimliliğinin ve etkililiğinin artırılması.
4. Yargıda mesleki yetkinliğin artırılması.
5. Yargı örgütü yönetim sisteminin geliştirilmesi.
6. Yargıya güvenin artırılması.
7. Adalete erişimin kolaylaştırılması.
8. Uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hale getirilmesi ve alternatif çözüm yolları geliştirilmesi.
9. Ceza infaz sisteminin geliştirilmesi.
10. Ülkemizin ihtiyaçları ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmalarına devam edilmesi.

Bu hedeflere ulaşmak için izlenmesi gereken yöntemin ayrıntıları ve takvimi, "Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı" belgesinde düzenlenmiştir. Bu hedeflere ulaşılması, bir yandan anayasamızın cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde yer alan demokratik hukuk devletinin icaplarına uygun bir hukuk düzeninin kurulmasını, diğer yandan da AB'ye üyelik sürecinin zorunlu kıldığı Kopenhag siyasi kriterlerinin gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacaktır.

Hukuk devleti, devletin üç temel organının ve kamu otoritesini kullanan tüm idari makamların, hukukun sınırları içinde hareket etmekte yükümlü olduğu bir sistemi ifade etmektedir. Devlet otoritesini hukukun üstünlüğüyle sınırlayan bu ilkenin asıl amacı, yönetimde keyfiliği önleyerek, bireylerin geleceğe güvenle bakabildikleri bir sistem inşa etmektir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında hukuk devletini benzer ifadelerle tanımlamıştır.<sup>1</sup> Hukuk devletinin, hukukun üstünlüğüyle sınırlanan bir sistemi yaratma amacına ulaşması, çeşitli anayasal kurumların ve mekanizmaların varlığını gerektirmektedir. Bunların belki de en önemlisi, yasama ve yürütme işlemleriyle tüm idari kararların, hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi olmasıdır. Yargının, hukuk devletinin kendisine yüklediği bu denetim fonksiyonunu yerine getirmesi ise, ancak bu organın tarafsızlığını ve bağımsızlığını garanti eden, yargı fonksiyonuna etkinlik ve verimlilik kazandıran mekanizmaların varlığıyla mümkün olabilir. Bu nedenle yargı reformu projesinin yöneldiği hedefler, anayasamızın 2. maddesinde yer alan, hukuk devletinin icaplarının karşılanmasını sağlayacaktır.

Kopenhag siyasi kriterleri ise, AB'ye üyelik sürecindeki devletlerin, bu süreçte ilerleyebilmeleri için anayasal ve siyasal düzenlerinin karşılaması gereken asgari şartları içermektedir. Bu şartlar, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerini ve

<sup>1</sup> E. 1991/7, K. 1991/43, k.t. 12.11.1991, AMKD, Sayı 27, Cilt 2, s. 652; E. 1976/1, K. 1976/28, k.t. 25.5.1976, AMKD, Sayı 14, s. 189; E. 1985/31, K.1986/11, k.t. 27.3.1986, AMKD, Sayı 22, s.120; E. 1988/36, K. 1989/24, k.t.2.5.1989, AMKD, Sayı 25, s.262; E. 1989/11, K. 1989/48, k.t. 12.12.1989, AMKD, Sayı 25, s.433-434.



insan haklarını garanti eden, azınlık haklarını koruyan ve bu haklara saygı duyan istikrarlı kurumların yaratılmasıdır.<sup>2</sup> Bunlardan sadece biri olan hukuk devletinin garanti edilmesi için yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması, yargı fonksiyonuna etkinlik ve verimlilik kazandırılması gerektiği açıktır. Bu nedenle, yargı reformu projesinin yürürlük kazanması, hem Türkiye'nin uzun yıllardan beri ihtiyaç duyduğu insan haklarına dayanan, demokratik bir hukuk devletinin inşasında çok temel bir adımı oluşturacak, hem de Kopenhag siyasi kriterlerinden bir kısmının karşılanmasına, böylece Türkiye'nin AB'ye üyelik sürecinde ilerlemesine olanak sağlayacaktır.<sup>3</sup> Yargı reformu projesinin yöneldiği hedeflerin tümü, hukuk devletinin gereği olan bir yargı düzeninin oluşması açısından önem taşımakla birlikte, bu çalışmada sadece anayasa değişikliğini gerektiren hedeflere yer verilecektir. Bu hedefler, Anayasa Mahkemesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) yeniden yapılandırılması, askeri mahkemelerin görev alanlarının yeniden değerlendirilmesi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin iki dereceli hale getirilmesi ve nihayet, kamu denetçiliği makamının kurulmasıdır.

2 Serap Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 319-322.

3 2004 ilerleme raporunda, Türkiye'nin son yıllarda kabul ettiği anayasal ve yasal reformlar sayesinde, Kopenhag siyasi kriterlerini yeterince (*sufficiently*) karşıladığı ifadesine yer verilmiş, böylece 17 Aralık 2004 zirvesinde, Türkiye'yle müzakerelere başlanabileceği kararı alınmıştır. Burada üzerinde durulması gereken konu, 2004 ilerleme raporunda Türkiye'nin Kopenhag siyasi kriterlerini *tümüyle* değil, ancak *yeterince* karşıladığı ifadesinin kullanılmasıdır. Bu ifade, Türkiye'nin bu kriterlerin tümünü karşılamak için yapması gereken bir dizi reformun varlığına işaret etmektedir. Nitekim, o tarihten bu yana her yıl yayımlanan raporlarda Türkiye'nin Kopenhag siyasi kriterlerini *tümüyle* karşılamak konusunda yapması gerekenlere işaret edilmektedir. Son olarak 2009 yılı ilerleme raporunda da yapılması gereken reformlara yer verilmiştir. Bu rapor aynı zamanda, Adalet Bakanlığı'nın Ağustos 2009'da yayımladığı "Yargı Reformu Stratejisi"nin gerek hazırlanma sürecinde izlenen istişari yöntem, gerekse içerdiği hedefler bakımından olumlu bir adım olduğuna işaret etmektedir.

# Hukuk Devleti İlkesi ve Yargı Tarafsızlığının Normatif Hukuk Ötesi Boyutu

Ozan Erözden

Günümüzde, demokratik rejimlerin olmazsa olmaz unsurlarından birisi olarak kabul edilen hukuk devleti ilkesinin' yapıtaşlarından başlıcası, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Hukuk devleti, en basit tanımında, her türlü eylem ve işleminde hukuka uyan devlettir. Devlet organlarının eylem ve işlemlerinde keyfi davranmalarını, hukuk dışına çıkılmalarını engellemenin bilinen en iyi yolu da, bunları bağımsız ve tarafsız bir organın denetimi altına almaktır. Geleneksel kuramda, bu denetim işlevi yargıya verilir. Yargı, hem bireyler arasındaki uyuşmazlıklara hukuk düzeni içinde çözümler üretecek, hem de devlet organlarının eylem ve işlemlerini hukuka uygunluk açısından denetleyecektir. Bu bağlamda, yargının diğer devlet erklerine karşı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması açısından, normatif usuller ve etik ölçütler geliştirilmiştir.<sup>2</sup>

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, esas olarak normatif çerçevede ele alınsa da, konunun bunun ötesine geçen önemli bir boyutu olduğu da şüphesizdir.<sup>3</sup> Bu boyutu açıklayabilmek için, yargının bir kamusal organ olarak, yargı mensuplarının da devlet erki kullanan kamu ajanları olarak, kime ve neye karşı bağımsız ve tarafsız olacağı sorusunu ele almak gerekir. Yargı, öncelikle, yürütme ve yasama organlarının müdahalelerine karşı bağımsız, bunların işlemleri hakkında hüküm verirken de tarafsız olmalıdır. Normatif güvenceler bunu hedefler. Ancak, yargı mensuplarının öznel, yani içsel tarafsızlığı da çok önemlidir. Yargı mensubu, toplum içinde yaşayan her insan gibi çeşitli düşünce ve davranış kalıplarıyla donanmıştır. Ne var ki, yargısal bir işlem yaparken, özellikle de hüküm tesis edip karar verirken, birey olarak sahip olduğu değer yargılarından, düşünce kalıplarından kendisini mümkün olduğu kadar bağımsızlaştırabilmesi, bu açıdan da tarafsız kalabilmelidir.

Öznel tarafsızlık, yargı mensubunun, yargılanacak olaya hukuk normlarını uygularken bir insan olarak sahip olduğu dünya görüşünün etkisinden de sıyrılmasını gerektirir. Ancak, yargı mensubunun hukukun kaynağı, amacı ve işlevi konusunda sahip olduğu perspektif söz konusu olduğunda –ki bu, genel olarak dünya görüşü kapsamında ele alınabilecek bir noktadır– etkiden kurtulma mümkün olmayacaktır. Yargı mensubu, soyut bir hukuk kuralını somut bir olaya uygularken kaçınılmaz olarak bir yorum yapacak, bu yorum da yine kaçınılmaz olarak yargı mensubunun hukukun kaynağı, amacı ve/veya işlevi hakkında sahip olduğu bakışla şekillenecektir. İşte, tam bu noktada, yargı alt-kültüründe egemen olan hukuk algısıyla, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi arasındaki önemli bağ ortaya çıkar. Eğer yargı alt-kültüründe, demokratik bir hukuk düzeninin, egemen irade açısından bağlayıcı olan, üstün evrensel hukuk ilkelerine dayandığını ve insan haklarının da bu üstün değerler arasında yer aldığını söyleyen bir paradigma geçerli değilse, normatif güvenceler ne derece güçlü olursa olsun, hukuk devleti ilkesini tam anlamıyla uygulamaya geçirmek mümkün olamayacaktır. Günümüz Türkiye'sinde demokratikleşme bağlamında, yargı erki üzerinde yürütülen tartışma, bu bağlantının somut örneğini oluşturmaktadır.

Türkiye'de, cumhuriyetin kuruluş döneminde, hukukun toplumu dönüştürme, modernleştirme araçlarından birisi olarak kurgulandığı kuşkusuzdur. Hukuk alanında yapılan yenilikler, cumhuriyet devrimlerinin önemli bir parçasını oluşturur. 1920'lerin ikinci yarısından itibaren gerçekleştirilen geniş çaplı hukuk resepsiyonunun<sup>4</sup> temel hedefi, toplumu Batılılaştırmak olarak açıklanmaktadır.<sup>5</sup> Bu bağlamda hukuk reformu, cumhuriyet devrimlerinden başlıcası olan laikliğin kurumsallaşmasının bir aracı olarak düşünülmektedir. Ne var ki, hukuku bu şekilde dönüştürmenin düşünsel bir

1 Bu ilke Anglo-Sakson literatürde hukukun üstünlüğü (*rule of law*) olarak adlandırılmaktadır.

2 Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, "Adil Yargılanma Hakkı Etik (*éthique*) Açından Yargı Bağımsızlığı ve Yansızlığı", *Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa: Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı*, haz. Osman Can, A. Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu, Otto Depenheuer, Michael Sachs, Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumu Yayını, İmaj Yayınevi, Ankara, 2006, s. 9-40.

3 Bu boyutu Türkiye örneği özelinde ele alan bir çalışma için bkz. Osman Can, "Yargı Bağımsızlığı: Yalnızca Normatif Bir Sorun mu?", *Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı*, haz. Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayınları, İstanbul, 2006, s. 97-118.

4 Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996.

5 Dönemin Adalet Bakanı M. E. Bozkurt 1925 yılında şu açıklamayı yapmaktadır: "Türk ihtilâlinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar, o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeye mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı olduğu gibi Batı'dan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız." Aktaran: Gülnihal Bozkurt, "Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Sayı 22, Cilt VIII, Kasım 1991, s. 45-53.

arka planı da vardır. Bu düşünsel temel, hukuk felsefesi terminolojisiyle, egemenlik kuramının mutlak yorumuna dayalı bir hukuki pozitivizm olarak adlandırılabilir.

Hukuki pozitivizm, çok genel bir tanımla, toplumda yasa koyma yetkisiyle donatılmış gücün iradesini, hukukun yegâne kaynağı olarak kabul eden hukuk felsefesi akımıdır. Hukuki pozitivizmin karşısında yer alan doğal hukuk anlayışında ise, yine genel bir ifadeyle, hukukun yasa koyucunun iradesinin ötesinde bir kaynağı, yasa koyucunun iradesiyle değişmeyecek bir özü olduğu düşünülür.

Ulusal egemenliğin mutlak içeriğiyle benimsendiği bir sistem, hukuki pozitivizme dayanır. Bu perspektifte, ulusun iradesini kısıtlayan herhangi bir şey olmadığı için, doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla yasa yapan ulus, hukuku dilediği gibi şekillendirebilir. Ulusal bağımsızlık mücadelesinin başlangıcında, TBMM'nin açılmasıyla açıkça ilan edilen ve bunu izleyen tüm anayasal belgelerde yer alan ulusal egemenlik ilkesi, Kemalist devrim açısından ikili bir anlam taşımaktadır. Bu ilkenin benimsenmesiyle, öncelikle, monarşik egemenlik anlayışı reddedilerek, padişahın iradesi yasa kaynağı olmaktan çıkarılmaktadır. Bunun yanında, hukukun bu şekilde temellendirilmesiyle, Tanrı'nın iradesi olan din kuralları da hukuk kavramı dışına çıkarılır. 1920'lerin ikinci yarısından itibaren hız kazanan laiklik devrimi, hukuki pozitivizmin bu yönüne de sıkı bir biçimde atıf yapmakta, din kurallarının hukuk kuralı olarak benimsenmesini bu perspektiften tümüyle reddetmektedir.

Egemenliğin halka ya da ulusa devri, burjuva devrimleriyle hayata geçirilen önemli demokratik atılımlardan birisidir. İlk defa 1789 Fransız Devrimi'yle gerçekleşen bu olgu günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Demokratik rejimler, halen ulusal egemenlik ya da halk egemenliği ilkesi üzerinde temellendirilmektedir. Ne var ki, ulusal egemenlik, saf bir hukuki pozitivizmle birleştiğinde, ulusun iradesini sınırlayan hiçbir şeyin olmadığı düşüncesine erişilecektir ki, bu durumda yine demokratik bir düzen açısından temel önem taşıyan insan hakları kavramını, daha doğrusu demokratik düzende temel bir hukuk kuralı olarak insan hakları manzumesinin varlığını, egemen gücün müdahalesinden korunaklı bir noktada temellendirmek mümkün olmayacaktır. Bu durum, hukuk devleti ilkesi açısından da önemli sonuçlar doğuracaktır. Şöyle ki, hukuk devletini tanımlarken, kaçınılmaz olarak "hangi hukuk?" sorusunu da sormak gerekmektedir. Bu bağlamda hukuk, salt pozitivist perspektiften tanımlanırsa, yani yasa koymaya yetkili otoritenin oluşturduğu kurallardan ibaret sayılırsa, hukuk devleti kavramı, Kelsen'in ifade ettiği gibi,<sup>6</sup> bir totolojiye dönüşecektir. Eğer hukuk, devlet şeklinde örgütlenmiş ulusun iradesinden kaynaklanıyorsa, bu şekilde yapılanmış her devlet kaçınılmaz olarak hukuk devletidir. Ne var ki, hukuk devleti eğer devlet erkini sınırlandıran bir ilkeyse, o zaman hukuka, yasama da dahil olmak üzere tüm devlet organlarının iradelerinden başka bir yerde bir temel bulmak gerekecektir. Daha açık bir ifadeyle, ulusun egemen iradesine dahi üstün gelen ve insan haklarını kapsayan bazı evrensel hukuk ilkelerinin varlığı kurgulanmadığı sürece, gerçek anlamda demokratik bir hukuk devleti tanımı yapmak da mümkün olmayacaktır.

Bu soyut önermeleri, yine Türkiye özelinde örneklenerek daha net açıklamak mümkündür. Devrim koşulları içinde, Kemalist kadroların, saf egemenlik kuramını pozitivist bir yaklaşımla benimsemeleri çok normaldir. Bu kadrolar, gerçekleştirdikleri atılımları ulusun iradesi üzerinden meşrulaştırırken, bu iradeyi kısıtlayacak herhangi bir üstün kuralı da kabul etmemektedirler. Ne var ki, 1946'dan itibaren ulusun iradesi, tek parti üzerinden değil de, çokpartili sistemde genel oyla seçilen çoğunluk üzerinden belirmeye başlayınca, devrimlerin meşruiyeti sorunu baş gösterecektir. İnkilap, 1921 ve 1924 anayasalarının dayandığı, egemenliğin ulus tarafından kullanılmasının sağlanmasıyla demokratik meşruiyetin sağlanacağı inancından kaynaklanmaktadır. Bu sistemde, genel oydan gelen iktidarın "karşı-devrimci" olması halinde, devrimlerin meşruiyetinin hangi zemine dayanacağı sorusunun yanıtı yoktur. 1950-60 döneminde iktidardaki Demokrat Parti'nin (DP) karşı-devrimci olduğuna inanan Kemalist kadrolar, aradıkları meşruiyeti devrimci felsefeyi yansıtan anayasa ve yasalarda bulacaklardır. Öte yandan, Kemalist devrimin, devrim hukukunu ve bu hukukun arkasında yatan temel felsefeyi benimseyen hukukçular yetiştirme projesi de<sup>7</sup> başarıya ulaşmış, devrimleri hukuk üzerinden savunacak bir yargı yapısı kurulmuştur. Osman Can'ın belirttiği üzere, tek parti döneminde hiç dile getirilmeyen yasama ve yürütmenin yargısal denetimi ile yargı bağımsızlığı güvenceleri konusundaki anayasal eksikliklerin, DP iktidarı süresince sıklıkla söz konusu edilmesi tesadüf değildir.<sup>8</sup>

Hukuk devleti ilkesini cumhuriyetin temel ilkeleri arasına yerleştiren ve bunun gereği olarak, bir yandan yasama ve yürütmenin işlemlerini yargı denetimi altına sokarken, bir yandan da normatif ölçütlerde yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alan 1961 Anayasası döneminde dahi, insan hakları alanında birçok sorunun yaşanması,

6 Hans Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 450-451.  
7 Atatürk, Ankara Hukuk Fakültesi'nin açılış töreninde şunları söylemektedir: "Tamamen yeni kanunlar meydana getirerek eski hukuk esaslarını kökünden kaldırmak teşebbüsündeyiz. Yeni hukuk esasları ile alfabesinden eğitime başlayacak yeni bir hukuk neslini yetiştirmek için bu müesseseleri açıyoruz." Aktaran: Bozkurt, a.g.e., 1991,

8 Can, a.g.e., s. 108.

insan hakları alanındaki ihlallerin bir kısmının doğrudan yargıdan kaynaklanması<sup>9</sup> yine anlamlıdır. 1961 Anayasası döneminde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından getirilen normatif güvenceler, tam anlamıyla demokratik bir hukuk devleti perspektifiyle değil, Kemalist devrimin modernleşme projesine muhalefet edenlerin genel oydan çoğunluğu elde etmeleri “riskine” karşı emniyet sübapları olarak tasarlanmıştır.<sup>10</sup> Daha açık bir deyişle, 1961 sisteminde hukuk devleti ilkesinin normatif boyutunun eksiksiz hayata geçirilmesinin arkasında, evrensel hukuk ilkelerini ve insan hakları manzumesini egemen iradenin üstüne yerleştiren bir felsefi bakış değil, genel oydan gelen iktidarı Kemalist devrim hedefleriyle sınırlandıran bir düşünce yatmaktadır. Devrim hukuku, bir kez daha, devrimci hukukçular yetiştirme projesi çerçevesinde açılan hukuk fakültelerinden mezun yargı mensuplarına emanet edilmektedir. Bu perspektif, 1961 Anayasası’nın ilk halinde mevcut ileri insan hakları düzenlemelerinin, 12 Mart darbesi sonrasında ciddi biçimde törpülenmesiyle iyice belirgin hale gelecektir. Daha baştan itibaren devlet erkini koruma amacına yönelerek, temel hak ve özgürlükleri iyice geriletken 1982 Anayasası sisteminde de aynı eğilim daha da güçlenerek devam etmiştir.<sup>11</sup>

Bu somut örnekler bize göstermektedir ki, yargı mensupları, evrensel hukuk ilkelerinin ve temel hak ve özgürlüklerin üstünlüğü perspektifiyle donatılmış bir hukuk algısına sahip olmadıkları sürece, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki normatif güvenceler ne derece güçlü olursa olsun, demokratik hukuk devleti ilkesini hayata geçirmek mümkün olamayacaktır. Ne yazık ki, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Yargı Reformu Stratejisi” (2009) belgesinde de, yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi ve yargı tarafsızlığının geliştirilmesi başlıklarında ağırlıklı olarak normatif çerçevede kalan önerilere yer verilmiştir.<sup>12</sup> Oysa, Türkiye’de yargı mensuplarının hukuk algısı üzerine yapılmış ender çalışmalardan birisinin<sup>13</sup> ortaya koyduğu verilere göre, yargı mensupları arasında devletçi ve cinsiyetçi perspektif egemenken, evrensel insan hakları standartlarına ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına karşı ilgisizlik ve güvensizlik söz konusudur.

## ÖNERİ

Yargı mensupları, insan hakları ve diğer evrensel demokratik standartları üstün değer olarak kabul eden, yeni bir hukuk algısıyla donatılmadığı sürece, demokratik hukuk devleti ilkesini hayata geçirmek mümkün olmadığına göre, yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının güçlendirilmesi amacını taşıyan bir yargı reformu gerçekleştirilirken, yargı mensuplarının öznel tarafsızlığını sağlayacak önlemlerin düşünülmesi de kaçınılmazdır. Bu bağlamda, kısa vadeli bir çare olarak, anayasaya, hukukun üstünlüğünü tanımlayan ve insan hakları manzumesini bu çerçeveye yerleştiren bir hüküm konulması önerilebilir. Böylelikle, yargı mensupları arasında egemen olan hukuki pozitivizm, her ne kadar paradoksal gözükse de, pozitif bir hukuk düzenlemesiyle alt üst edilebilecektir. Bunun yanında, uzun vadeli bir çözüm olarak, gerek hukuk fakülteleri gerekse Adalet Akademisi müfredatında, doğal hukuk perspektifinin işleneceği hukuk felsefesi dersleri açılması önerilebilir. Aynı şekilde, mevcut insan hakları eğitimlerinde, konuyu pozitivist bir perspektifle kavrayan içerik değiştirilmeli, insan haklarının felsefi temellerine ağırlık verecek bir bakış geliştirilmelidir.

9 Bu konuda bkz. Bülent Tanör, *T.C.K. 142. Madde: Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, Forum, İstanbul, 1979. Ayrıca bkz. Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.

10 Hootan Shambayati ve Esen Kirdiş, “In Pursuit of ‘Contemporary Civilization’: Judicial Empowerment in Turkey”, *Political Research Quarterly*, cilt 62, sayı 4, Aralık 2009, s. 767-780.

11 Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararda, Kemalist devrimler ile hak ve özgürlükler arasında nasıl bir denklem kurduğunu çok açık bir biçimde ifade etmektedir: “Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıyırılmasına olanak tanımamıştır.” E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989. AMKD, Sayı 25.

12 “Yargı Reformu Stratejisi”, TC Adalet Bakanlığı, 2009, s. 5-13

13 Bkz. Mithat Sancar ve Eylem Ümit Atılğan, “Adalet Biraz Es Geçiyor...”, *Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009.

# Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması

Ergun Özbudun

Anayasa Mahkemesi'nin oluşum tarzı ve yetkileri, Türkiye'de uzun süredir tartışma konusudur. Adalet Bakanlığı'nın 2009 yılında hazırlanan "Yargı Reformu Stratejisi" belgesinde, "Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması" başlığı altında, mahkemenin "görev tanımının yeniden belirlenmesi amacıyla uluslararası belgeler çerçevesinde [...] gerekli çalışmalar"ın yapılacağı ve buna "bağlı olarak, Mahkeme'nin oluşumuna ilişkin ihtiyaç duyulan mevzuat değişiklikleri"nin gerçekleştirileceği ifade edilmekle birlikte, bu konularda ayrıntılara girilmemiş ve somut öneriler getirilmemiştir.

Anayasa yargısı, ya da kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, demokratik gelişmenin nispeten geç aşamalarında ortaya çıkmış bir olgudur. Bu kurum, kökleri ABD'de 1803 tarihli *Marbury v. Madison* davasına kadar uzanmakla birlikte, uzun süre, Broadway müzikalleri veya Western filmleri gibi Amerika'ya has bir istisna, hatta bir garabet olarak algılanmıştır. Avrupa'ya, İngilizlerin "parlamento erkeği kadın, kadını erkek yapmak dışında her şeyi yapabilir" vecizesinde ifade bulan "parlamento egemenliği" teorisi, Fransızların da kanunu "milli iradenin ifadesi" sayan anlayışı hâkim olmuştur. Bu dönemde, yazılı anayasaların hemen hemen tümü katı anayasalar olmakla birlikte, kanunların anayasaya uygunluğunun, yargısal değil, ancak siyasal yollardan denetlenebileceği kabul edilmiştir.

Kara Avrupası'nda anayasa yargısı konusunda ilk adım, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in etkisiyle, 1 Ekim 1920 tarihli Avusturya Anayasası'yla atılmıştır. Bütün genel mahkemelerin anayasa denetimine yetkili olduğu Amerikan tipi yaygın bir anayasaya uygunluk denetiminin Avrupa ülkelerinin siyasal elitlerince benimsenmeyeceğinin farkında olan Kelsen, anayasaya uygunluk denetiminin çok özel nitelikli bir mahkeme tarafından yapılması gibi ortalama bir formül önermiştir. Başka deyişle, böyle bir sistemin, "bir hâkimler hükümetine dönüştürmeksiz anayasal denetimin yararlarını sağlayabileceğini gösterme"yi amaçlamıştır.<sup>1</sup> Dolayısıyla, Avusturya Anayasa Mahkemesi, ilk şekliyle, ancak anayasada sayılmış devlet organlarının (federe devlet kanunlarına karşı federal yürütme organının, federal kanunlara karşı da federe devlet hükümetlerinin) iptal davası açabildikleri, mahkemelerin (1929 değişikliğine kadar) anayasaya aykırılık sorununu itiraz yoluyla dahi Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettiremedikleri ve tüm üyelerinin siyasal organlarca seçildiği çok özel bir yapı olarak oluşmuştur. Kelsen, anayasaların temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümler ihtiva etmemesi gerektiğini de ileri sürmüştür. Çünkü, doğaları gereği yoruma elverişli ve açık uçlu olan bu hükümler, anayasa mahkemelerinin, yasamanın takdir alanına müdahale etmesine ve "negatif kanun koyucu" olmaktan çıkıp "pozitif kanun koyucu" haline gelmesine yol açabilir. Bu ortalama formül dahi iki zıt yönden eleştirilmiştir: Carl Schmidt gibi gelenekçiler, bu kuruluşun bir mahkeme değil, bir çeşit üst yasama organı olduğunu ileri sürmüşler; Amerikan tipi bir denetimin taraftarları ise, onu bir yargısal denetim yolundan çok, bir siyasal denetim yolu olarak nitelendirmişlerdir. Dolayısıyla, iki dünya savaşı arasındaki dönemde, Çekoslovakya (1920) ve İspanya'daki (1931) iki başarısız deneme hariç, Avusturya örneğini taklit eden ülke olmamıştır.<sup>2</sup>

Anayasa yargısında Kelsen tipi merkezi bir sistemin yaygınlaşması, İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminden sonra gerçekleşmiştir. Nazizm ve faşizm dönemlerinin acı deneyimleri sonucu, seçilmiş organların iktidarlarına daha etkin sınırlamalar getirmek isteyen Almanya ve İtalya, savaş sonu anayasalarıyla anayasa mahkemeleri kurmuş, Avusturya da 1920 Anayasası'ndaki sisteme geri dönmüştür. Fransa, 1958 Beşinci Cumhuriyet Anayasası ile, tarihinde ilk defa anayasal denetim yetkilerini haiz bir Anayasa Konseyi kurmuştur. Ancak, diğer örneklerden farklı olarak Anayasa Konseyi, sadece kanunların yürürlüğe girmesinden önce "önleyici (*a priori*) denetim" yapabilmektedir. Üstelik, altmış Millet Meclisi veya altmış Senato üyesinin de Konseye başvurma hakkının tanındığı 1974 anayasa değişikliğine kadar, Konsey daha çok, 1958 Anayasası'nın yürütmeyi güçlendirme eğiliminin bir tezahürü olarak, yürütme organını yasamanın yetki tecavüzlerine karşı koruyan bir organ olarak tasarlanmış ve bu yönden, yargısal olmaktan çok, siyasal

1 Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 35.

2 A.g.e., s. 34-37; Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971, s. 50, 71-74.

bir denetim yoluna yaklaşmıştır. Nitekim 1974 değişikliğinden önce, Anayasa Konseyi'ne başvurma hakkı olanlar, sadece cumhurbaşkanı, başbakan ve meclislerden birinin başkanıydı. Türkiye, 1961 Anayasası ile, anayasal denetimi benimseyen ilk Avrupa ülkelerinden biri olmuştur.

Anayasa yargısının daha da geniş ölçüde yaygınlaşması, 1974 Portekiz devrimiyle başlayan "demokratikleşmenin üçüncü dalgası" sırasında gerçekleşmiştir. 1970'li yıllarda demokrasiye geçen üç Güney Avrupa devletinden İspanya ve Portekiz, anayasa mahkemeleri kurmuşlar, Yunanistan ise Amerikan tipi yaygın bir anayasa yargısı sistemini tercih etmiştir. Berlin Duvarı'nın yıkılmasını takiben anayasa yargısı, eski komünist Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde ve bağımsızlıklarına kavuşan eski Sovyet ülkelerinin hemen hemen tümünde benimsenmiştir. Günümüzde anayasa yargısının, anayasal demokrasinin olmazsa olmaz şartı değilse bile çok önemli bir unsur olduğu yolunda yaygın bir kanaat mevcuttur.

Anayasa yargısının yaygınlaşması, çağımızın iki temel siyasal değeri olan anayasacılık (*constitutionalism*) ile demokrasi arasında, bu kavramların mahiyetlerinden doğan gerilimi daha ön plana çıkarmıştır. Gerçekten, anayasa yargısı, bir anlamda, yakın zamanlara kadar seçilmiş parlamentoların tekelinde olduğu kabul edilen yasama yetkisinin yargı organıyla paylaşılması demektir. Ran Hirschl'in ifadesiyle, "günümüzün yeni anayasacılık dünyasında, er veya geç yargısal bir ihtilaf haline gelmeyecek hemen hiçbir ahlaki veya siyasal ihtilaf yoktur. İddia edilebilir ki, jüristokrasi yönündeki bu küresel eğilim, 20. yüzyıl sonları ve 21. yüzyıl başları siyasal rejimlerdeki en önemli gelişmelerden biridir."<sup>3</sup>

Anayasa yargısının bu özel karakteri ve anayasa mahkemelerine intikal eden davaların çoğunun doğaları gereği siyasal nitelik taşıması, bu mahkemelerin üyelerinin seçiminde genel mahkemelerinkinden çok farklı yöntemler kullanılması gerektirmiştir. Nitekim, Batı demokrasilerinde genel uygulama, anayasa mahkemeleri üyelerinin tümünün veya büyük bölümünün siyasal organlarca seçilmesidir. Bunun amacı, Türkiye'de bazılarının sandığı veya iddia ettiği gibi, anayasa mahkemelerini siyasal iktidarın hizmetkârı haline getirmek değil, kanunları iptal etmek gibi fevkalade güçlü bir yetkiyle donatılmış olan bu mahkemelerin demokratik meşruluğunu güçlendirmektir.

Avrupa ülkelerinin bir bölümünde (Almanya, Polonya, Macaristan), Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümü parlamentolar tarafından seçilmektedir. Avusturya'da (Ay, m. 147), anayasa mahkemesinin başkanı, başkan vekili, altı asıl ve üç yedek üyesi, federal hükümetin önerisi üzerine cumhurbaşkanınca seçilmektedir. Geri kalan altı asıl üyenin üçü Temsilciler Meclisi'nin, üçü Senato'nun göstereceği üçer aday arasından gene cumhurbaşkanınca seçilmektedir. İspanya'da (Ay, m. 159) on iki üyeden dördü Temsilciler Meclisi'nin, dördü Senato'nun, ikisi hükümetin ve ikisi Genel Yargı Konseyi'nin önerisi üzerine kral tarafından atanmaktadır. Portekiz'de (Ay, m. 224), on üç üyeden onu parlamento (Cumhuriyet Meclisi) tarafından, üçü kooptasyon yoluyla seçilmektedir; üyelerden altısının diğer mahkemelelerin hâkimleri arasından seçilmesi gerekmektedir. Fransa'da Anayasa Konseyi'nin dokuz üyesinden üçü cumhurbaşkanı, üçü Millî Meclis Başkanı, üçü de Senato başkanı tarafından seçilmektedir. Bulgaristan'da (Ay, m. 147) on iki hâkimin üçte biri Millet Meclisi, üçte biri cumhurbaşkanı tarafından, üçte biri de Yargıtay ve Danıştay hâkimlerinin ortak toplantısında seçilmektedir. Romanya'da (Ay, m. 140) dokuz hâkimin üçü Milletvekilleri Meclisi, üçü Senato, üçü cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Çek Cumhuriyeti'nde (Ay, m. 84) mahkemenin on beş üyesi, Senato'nun onayıyla cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. İtalya'da (Ay, m. 135) Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte biri cumhurbaşkanı tarafından, üçte biri iki meclisin ortak toplantısında, üçte biri de genel ve idari yüksek mahkeme hâkimleri tarafından seçilmektedir. Bu örnekler daha da çoğaltılabilir.

Görülüyor ki, Batı demokrasileri arasında anayasa mahkemesi hâkimlerinin seçimini parlamento iradesinden tümüyle koparmış olan Türkiye'den başka hiçbir ülke yoktur. Üstelik, 1961 Anayasası'nın, Batılı örneklerle nispeten daha yakın şekilde, mahkeme üyelerinin seçiminde TBMM'ye önemli bir rol tanınmış olduğu unutulmamalıdır. Bu anayasanın 145. maddesine göre:

Anayasa Mahkemesi, on beş asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Asıl üyelerden dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısı ve Başkanunsozcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye Sayıştay Genel Kurulu'nca kendi başkan ve üyeleri arasından aynı usulle seçilir. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer. Cumhurbaşkanınca da iki üye seçilir. Cumhurbaşkanı, bu üyelerden birini, Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer. Yasama meclisleri, bu seçimleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından, üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar. Yasama Meclislerince yapılacak seçimlerde, adaylığa başvurma ve seçim esas ve usulleri kanunla düzenlenir.

3 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts ve Londra, 2004, s. 1.

1982 Anayasası, bu sistemi önemli ölçüde değiştirmiş ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde cumhurbaşkanına belirleyici bir rol tanımıştır. Halen yürürlükte olan sisteme göre, cumhurbaşkanı, on bir asıl üyeden üçünü ve dört yedek üyeden birini doğrudan doğruya kendi takdirine göre üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasında; sekiz asıl ve üç yedek üyeyi de diğer yüksek mahkemeler (Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay) ile Yüksek Öğretim Kurulu'nun (YÖK) her boş yer için göstereceği üç aday arasından seçmektedir (m. 146). 1982 Anayasası'nın, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde cumhurbaşkanına belirleyici bir rol tanınması, bu anayasanın cumhurbaşkanlığı makamını güçlendirme ve onu, devlet elitleri adına sivil siyaset kurumu ve seçilmiş organlar üzerinde bir vesayet makamı olarak tasavvur etme yolundaki genel eğilimine uygundur. 1982 Anayasası'nın askeri yapıcılarını, bu makamın görünür gelecekte, asker kökenli veya hiç değilse TSK'nın onayladığı bir kişi tarafından doldurulacağını düşünmüş olmalıydılar.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin oluşum tarzının değiştirilmesi ve üyelerinin seçiminde parlamentoya önemli bir rol tanınması yolundaki önerilere, Türkiye'deki bazı çevrelerce yöneltilen şiddetli itiraz ve suçlamaların saikini anlamak mümkün olmaktadır. Günümüz Türkiye'sindeki temel siyasal çatışma, 1982 Anayasası'nın vesayetçi felsefesinin ve vesayet kurumlarının olduğu gibi devamından yana olanlar ile, bu anlayışın tasfiye edilerek "normal" bir hürriyetçi demokrasiye geçilmesinden yana olanlar arasındadır. Bu çatışma, sadece Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçim tarzı üzerinde değil; bu mahkemenin yetkileri, özellikle anayasa değişikliklerini denetim yetkisi, HSYK'nın yapısı, askeri yargının varlığı ve yetki alanları, cumhurbaşkanının seçilme yöntemi, TSK'nın siyasal hayattaki rolü ve sivil-asker ilişkileri, siyasi parti yasakları, azınlık hakları, ifade hürriyetinin sınırları gibi daha pek çok alanda kendisini açıkça hissettirmektedir. Statükonun devamından yana olanların temel endişesi, bu tür vesayetçi "süzgeçler ve filtreler"den arındırılmış, evrensel standartlara uygun bir demokratik rejimin, tedricen veya hızla bir İslami rejimin ya da bir bölünmenin yolunu açacağıdır. Kanımca, her iki korku da, gerçekçi temellerden yoksundur. Hayali korku ve senaryolarla Türkiye'yi iletibeit ikinci sınıf bir demokrasiye, ya da Hürriyetler Evi'nin (Freedom House) değerlendirmesiyle bir "yarı-demokrasi"ye mahkûm etmeye kimsenin hakkı yoktur. Türk halkı, altmış küsur yıllık çokpartili hayat deneyimiyle, siyasi rüştünü fazlasıyla ispat etmiştir.

Anayasa yargısının yeniden yapılandırılması bağlamında ele alınması gereken hususlardan biri de, üyelik süresinin sınırlandırılmasıdır. Bunun, Avrupa uygulamasında genel kural olduğu açıkça görülmektedir. Bu süre, Almanya'da on iki, Çek Cumhuriyeti'nde on, Fransa, İtalya, İspanya, Macaristan, Polonya, Romanya ve Slovenya'da dokuz yıldır. Sürenin sınırlandırılmasındaki amaç, kamuoyu eğilimindeki değişimlerin anayasa mahkemelerinin yapısına da yansımaları sağlamak, böylece mahkemenin toplumdan kopuk bir biçimde işlemesini önlemektir. Oysa Türkiye'de kırk yaşında Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilen bir kişinin, zorunlu emeklilik yaşı olan altmış beş yaşını dolduruncaya kadar, yani yirmi beş yıl bu görevde kalması mümkündür.

Reformun başka bir unsuru, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleme imkânını kesin olarak ortadan kaldırmak olmalıdır. Ne 1961 Anayasası, ne de 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir yetki verdiği, hatta tam tersine bu denetimi şekil denetimiyle sınırlandırdığı halde, Anayasa Mahkemesi her iki dönemde de yetki aşımında bulunarak, bazı anayasa değişikliklerini esas yönünden incelemiş ve iptal etmiştir. Bunun en yakın örneği, kamuoyunda "türban değişikliği" olarak anılan, anayasanın 10 ve 42. maddelerinde yapılan değişikliğin iptal edilmiş olmasıdır. Avrupa'nın yerleşik demokrasilerinde böyle bir uygulamanın örneği yoktur. Anayasa Mahkemesi'ne anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini veren ülkelerin sayısı çok azdır, bunların da demokratik sicilleri pek parlak değildir: Romanya, Moldova, Ukrayna ve Azerbaycan. Üstelik bu ülkelerde de denetim, sadece önleyici denetim biçimindedir. Demokratik bir rejimde, ister aslı ister tali kurucu iktidarın, yani anayasayı yapma ve değiştirme iktidarının tek sahibinin halk olduğuna şüphe yoktur. Bu en üstün iktidarın, halk tarafından seçilmiş olmayan bir organla paylaşılması düşünülemez.

Nihayet, Avrupa'nın pek az ülkesinde mevcut olan, meclis iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğu denetiminin de ya tümüyle kaldırılması, ya da en azından bir önleyici denetimle sınırlandırılması isabetli görünmektedir. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi, gerek 1961, gerek 1982 Anayasası dönemlerinde bu hükme dayanarak, aslında denetim yetkisi içinde olmayan pek çok parlamento kararını, "eylemli (fiili) iç tüzük düzenlemesi" niteliğinde görerek denetlemiş ve iptal etmiştir. Oysa, Batı parlamenter rejimlerinin temel kurallarından biri, "parlamentoların yönetsel (usuli) bağımsızlığı" (*procedural independence of parliaments*) kuralıdır. Bu kural, yasama meclislerinin, kendi çalışma usullerini, hiçbir dış müdahale olmaksızın tamamen kendi hür iradeleriyle belirleyebilmeleri anlamına gelmektedir.

Bütün bu hususların gerçekleştirilmesi, kısmi anayasa değişiklikleriyle değil, ancak evrensel demokratik normlara uygun, hürriyetçi bir yeni anayasanın kabulüyle mümkün görünmektedir. Bu tür önerilerin, statükocu güçlerin şiddetli tepkisiyle karşılaşacağını tahmin etmek güç değildir. Dolayısıyla sorunun çözümü, Türk toplumunun, mevcut vesayet rejiminin (en fazla bazı makyaj değişiklikleriyle) sürdürülmesi ile; Batı demokrasileri normlarına uygun, hürriyetçi ve gerçek anlamda demokratik bir rejim arasında temel bir tercihte bulunmasına bağlıdır.

## ÖNERİLER:

Yukarıdaki görüşler ışığında, yeni bir anayasa yapımı veya yürürlükteki anayasada kısmi değişiklikler yapılması sürecinde, şu hususların göz önünde bulundurulması yararlı görünmektedir.

1. Anayasa Mahkemesi'nin oluşum tarzı, üyelerinin seçiminde parlamentoya önemli bir rol tanıyacak şekilde değiştirilmeli, üyelik belli bir süreyle sınırlandırılmalıdır. Bu konuda, 2007 yılında bir bilim kurulu tarafından hazırlanmış olan "sivil anayasa" taslağının 112 ve 113. maddeleri, tartışmalar için bir başlangıç noktası teşkil edebilir:

### Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu

Madde 112

- (1) Anayasa Mahkemesi on yedi üyeden oluşur.
- (2) Türkiye Büyük Millet Meclisi, en az üçü anayasa hukuku, kamu hukuku veya siyaset bilimi alanında çalışan profesörlerden olmak üzere sekiz üyeyi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile seçer. Üyelerden dördü Yargıtay, dördü Danıştay, biri de Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.
- (3) Öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilebilmeleri için, kırk yaşını doldurmuş, hukuk, siyasal bilimler, iktisadi ve idari bilimler alanlarından mezun olmuş ve öğretim elemanlığında veya kamu hizmetinde en az on beş yıl fiilen çalışmış veya en az on beş yıl avukatlık yapmış olmaları şarttır.
- (4) Anayasa Mahkemesi, üyeleri arasından, gizli oyla ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir başkan ve bir başkan vekili seçer. Başkan ve başkan vekili en fazla iki kez seçilebilir.
- (5) Anayasa Mahkemesi üyeleri, asli görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar.
- (6) Yasama organınca yapılacak seçimin esas ve usulleri kanunla düzenlenir.

### Üyelerin görev süresi ve üyeliğin sona ermesi

Madde 113

- (1) Anayasa Mahkemesi üyeleri bir defaya mahsus olmak üzere ve dokuz yıl için seçilirler. Anayasa Mahkemesi üyeleri altmış beş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar.
- (2) Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde ise, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.

Görülüyor ki, bu öneriyle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde parlamentoya önemli bir rol tanınmak suretiyle, bu hayati kurumun demokratik meşruluğunun güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte, mahkemenin çoğunluğunun yargı organlarınınca seçilen üyelerden oluşmasına özen gösterilmiştir. Üstelik bu üyeler, bugün olduğu gibi, yüksek yargı organlarınınca belirlenecek üçer aday arasından cumhurbaşkanınca seçim yoluyla değil, doğrudan doğruya bu organların seçimiyle göreve geleceklerdir. TBMM'deki siyasal çoğunluğun, mahkeme üyelerinin seçiminde aşırı derecede etkin olmasını önlemek için, üye tamsayısının beşte üçü gibi yüksek bir yetersayı öngörülmüştür. Üyeliğin dokuz yılla sınırlandırılmasıyla da, kamuoyundaki değişimlerin Anayasa Mahkemesi'ne daha iyi yansması amaçlanmıştır.

2. Mahkemenin yetkilerinin kapsamı konusunda, sivil anayasa taslağı radikal değişiklikler önermemektedir. Ancak, taslağın 114. maddesinin ikinci fıkrasında, TBMM İç Tüzüğü'nün anayasaya uygunluğunun öndenetim yoluyla denetlenebileceği belirtilmektedir. Bu öneri, yukarıda belirtildiği gibi, mahkemenin "eylemler iç tüzük değişikliği" adı altında, aslında denetimine tabi olmaması gereken parlamento kararlarını denetleme uygulamasını önlemeyi amaçlamaktadır. Anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda ise taslak, yürürlükteki anayasanın hükümlerine bağlı kalarak, anayasa değişikliklerinin "sadece şekil bakımından" denetlenebileceğini, şekil denetiminin de "teklif ve oylama çoğunluğu ile iki defa görüşülme şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı" olduğunu ifade etmiştir. Ancak, o zamandan bu yana, yürürlükteki anayasanın 148. maddesinin çok açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi'nin yetki aşımında bulunarak, bir anayasa değişikliğini esas yönünden inceleyip iptal etmesi, bu konuda daha net bir yasaklayıcı hükmün kabulünü zorunlu kılmaktadır. Bu, ya mahkemenin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisinin tümünden kaldırılması, ya da bu denetimin, anayasanın değiştirilemez maddelerine uygunluk denetimini kapsamadığının çok açık şekilde ifade edilmesi yoluyla sağlanabilir. Taslakta, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisi sınırlandırılmıştır. Buna göre (m. 118, f. 3)

Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu olan hükmün uygulanması halinde telafisi imkânsız bir zararın doğması ve Anayasa'ya açıkça aykırı görülmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda talep üzerine gerekçeli olarak kurulların yürürlüğünü katılanların üçte ikisinin çoğunluğu ile durdurabilir. Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğünü durdurduğu kurulla ilgili nihai kararı en geç altmış gün içinde Resmi Gazete'de yayımlanır. Aksi takdirde, yürürlüğü durdurma kararı hükümsüz hale gelir.



Gerçekten, ne 1961, ne de 1982 anayasaları yürürlüğün (ya da yürütmenin) durdurulması hakkında hüküm taşıdığı ve Anayasa Mahkemesi de 1993 yılına kadar bu yöndeki talepleri reddettiği halde, bu yılda içtihadını değiştirerek yürürlüğün durdurulması yoluna çok sık başvurmuş, idare hukukundaki yerleşik kriterlerin (açık bir hukuka aykırılık ve telafisi imkânsız bir zarar) gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasına da fazla özen göstermemiştir. Dolayısıyla bu yetkinin sınırlandırılmasında yarar görülmektedir.

Nihayet, itiraz yoluyla bir kanunun “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalara” aykırılığının iddia edilebilmesi (m. 117) ve bunun sonucunda o kanunun iptal edilebilmesi, Türkiye’deki insan hakları standartlarının evrensel düzeye yükseltilmesini sağlamak açısından önemli bir yeniliktir. Gerçi anayasanın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri”nin “esas alınacağı” belirtilmiştir. Ancak, böyle bir durumda kanunun iptaline imkân verilmemiş olduğundan, farklı mahkemelerin farklı kararlar vermeleri ihtimali ve bazılarının milletlerarası andlaşmaları esas almaktaki isteksizlikleri göz önüne alınırsa, önerilen yenilik, Türkiye mevzuatının milletlerarası insan hakları standartlarına uydurulmasında çok daha etkin bir yol olacaktır.

# Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

Serap Yazıcı

“Yargı Reformu Stratejisi” belgesinin “Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi” başlıklı 1. maddesi, HSYK’nın “objektiflik, 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” hedefini vurgulamaktadır. “Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı” ise, bu hedefe ulaşılması için yapılması gereken reformları somutlaştırmaktadır. Bu belgeye göre, HSYK geniş tabanlı temsil esasına göre oluşturularak iki veya üç daire şeklinde yapılandırılacak; Yargıtay ve Danıştay, genel kurullarınca seçilen üyeleri aracılığıyla HSYK’da temsil edilecek; yargının tümünün temsil edilebilmesi amacıyla, yüksek yargı dışında, meslektaşlarınca seçilen birinci sınıf hâkim ve savcılarının HSYK’da etkili bir biçimde temsili sağlanacak; Türkiye Adalet Akademisi, hukukçu öğretim üyeleri ile avukatların HSYK’da temsili sağlanacak; HSYK’nın kararlarına karşı etkili bir başvuru yolu getirilecek; parlamentoyla ilişkileri sağlamak ve hesap verilebilirlik açısından adalet bakanının, bakanlıkla ilişkileri koordine etmek için de bakanlık müsteşarının HSYK’da bulunması sürdürülecektir.

Anayasamızın 159. maddesinde düzenlenen HSYK; Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ile üç asıl üç yedek üyesi Yargıtay’ın, iki asıl iki yedek üyesi Danıştay’ın kendi üyeleri içinden gösterecekleri adaylar arasından Cumhurbaşkanınca belirlenen üyelere oluşmaktadır. Kurul, 159. maddenin 3. fıkrası gereğince, “adli ve idari 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” yapmaktadır. HSYK, yargı mensuplarının özlük hakları gibi çok hayati bir konuda karar verme yetkisine sahip olduğu halde, aynı maddenin 4. fıkrası, bu kararların yargı denetimine tabi olmayacağı hükmüne yer vermektedir.

Kurulun yapısı ve kararlarının yargı denetimine tabi olmaması, Anayasanın yürürlüğe girmesinden bu yana eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştiriler, Kurulda Adalet Bakanı ve Müsteşarının yer almasının yargı bağımsızlığını zayıflatığı, Kurul kararlarının yargı denetimine tabi olmamasının ise, hukuk devletiyle çeliştiği noktalarına odaklanmaktadır.

Kurul kararlarına karşı yargı denetimine başvurulamamasının, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Bu ilke, devletin tüm organ ve makamlarının her tür eylem ve işleminin hukuka uygun olmasını gerektirir. Bu ise ancak, yasama ve yürütme organlarıyla, idari makamların tüm işlemlerinin, hukuka uygunlukları yönünden, bağımsız yargı kuruluşları tarafından denetlenebildiği bir sistemle mümkün olabilir. Hâkim ve savcılarının özlük hakları konusunda karar verme yetkisini haiz HSYK, idari bir organdır. Doğası gereği, bu organın tüm kararları da idari işlem niteliğindedir. Bu nedenle bu kararların hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi kılınmaması, hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Üstelik yargı mensuplarını mesleki güvenceden yoksun bırakan bu yargı bağımsızlığı, yargı kararlarının tarafsızlığını ve bağımsızlığını da zedelemektedir. Bu nedenle, yargı reformu projesinin, HSYK kararlarının yargı denetimine tabi kılınmasını hedeflemesi isabetli bir tutum olup, bu yeniliğin kamuoyunda ihtilaf yaratması da muhtemel görünmemektedir.

Buna karşılık, “Yargı Reformu Stratejisi” belgesinde HSYK’nın üye sayısının artırılması; Kurulda yüksek yargı mensupları yanında adli ve idari yargı alanında görev yapan birinci sınıfa ayrılan hâkim ve savcılarının temsiline yer verilmesi; daha da önemlisi, Kurulun bir kısım üyelerinin TBMM tarafından seçimine olanak tanınması<sup>1</sup> ve Adalet Bakanı ile Müsteşarının üyelik statülerinin devam ettirilmesi, kamuoyunda önemli tartışmalar yaratmıştır. Bu tartışmalarda öne sürülen asıl eleştiri, Kurulda Adalet Bakanı ile Müsteşarının varlığının korunması ile, Kurul üyelerinin bir kısmının TBMM tarafından seçilmesinin, HSYK’yı parlamento çoğunluğunun kontrolüne tabi kılacağı şeklindedir.

Bu tepkilerin haklı olup olmadığını değerlendirmeden önce, Batı demokrasilerinde, özellikle AB’ye üye devletlerde, HSYK benzeri kuruluşların ne tür bir yapıya sahip olduklarını gözden geçirmek gerekir. Fransa’da hâkimlerin ve savcı-

1 “Yargı Reformu Stratejisi” ve “Yargı Reformu Strateji Eylem Planı” belgeleri, HSYK’nın bazı üyelerinin TBMM tarafından seçileceğinden söz etmemektedir. Bu husus, Adalet Bakanı Sadullah Ergin’in, 5 Eylül 2009’da basın mensuplarıyla yaptığı toplantıda beyan edilmiştir.

ların özlük hakları konusunda karar verme yetkisi, Hâkimler Konseyi ile Savcılar Konseyi şeklinde iki ayrı organa aittir. On iki üyeden oluşan Hâkimler Konseyi'nin başkanı Cumhurbaşkanı, başkan vekili ise Adalet Bakanıdır. Konseyin üç üyesinden biri Cumhurbaşkanı, biri Senato Başkanı, biri Meclis Başkanı tarafından, yasama ve yargı mensubu olmayan kişiler arasından seçilmekte; Konseyde ayrıca beş hâkim, bir savcı, bir de Danıştay üyesi yer almaktadır. İtalya'da yirmi yedi üyeden oluşan Hâkimlik Yüksek Konseyi de karma bir yapıya sahiptir. Cumhurbaşkanı Konseyin Başkanı, Yargıtay Başkanı ve Başsavcısı doğal üyesidir. Konseyin, ikisi Yargıtay üyeleri, onu birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından olmak üzere toplam on iki üyesi, birinci sınıfa ayrılmış hâkimler tarafından; dört üyesi, birinci sınıfa ayrılmış savcılarca kendi aralarından, sekiz üyesi ise, parlamentonun beşte üç çoğunluğuyla avukatlar ve hukukçu öğretim üyeleri arasından seçilmektedir. İspanya'da ise, Yargı Kuvveti Genel Konseyi yirmi üyeden oluşmakta ve bu üyelerin on ikisi hâkimler, dördü Meclis, dördü Senato arasından olmak üzere tümü kral tarafından atanmaktadır. Hollanda'da beş kişiden oluşan kurulun üç üyesi birinci sınıfa ayrılmış hâkimler, iki üyesi iktisat, işletme vb. eğitim almış yöneticiler arasından, Adalet Bakanının önerisi üzerine, kral tarafından atanmaktadır. Görüldüğü gibi, demokratik ülkelerin önemli bir kısmında, yargı mensuplarının özlük hakları üzerinde karar verme yetkisini haiz organların üyelerini seçme yetkisi sadece yargı kuruluşlarına tanınmamakta, yasama ve yürütme organlarına da bu yönde yetki sunulmaktadır. Böylece bu tür kurulların demokratik meşruiyeti ve hesap veriliği sağlanmaktadır.

HSYK'nın yapısı ve çalışma usulleri, sadece demokratik dünyadaki emsalleriyle değil, aynı zamanda Türkiye'nin taraf olduğu, Avrupa Konseyi bünyesinde yayımlanan raporların içerdiği verilerle de çelişmektedir. Bu raporlardan biri, Avrupa Konseyi'nin bir kuruluşu olan, Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu'nun "Yargısal Atamalar" başlıklı raporudur.<sup>2</sup> Diğeri ise; Avrupa Konseyi Yargıçları Danışma Kurulu'nun (AYDK), "10 numaralı" görüşüdür.<sup>3</sup> Her şeyden önce bu iki rapor, yargı konseyinin yerine getirdiği görevin, hukuk devleti, demokrasi, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile vatandaşların adalete güven duygusu üzerinde önemli etkileri olduğuna işaret etmektedir. AYDK'ya göre:

Yargıçlar Konseyi hem bağımsız bir yargı sisteminin hem de yargıçların bireysel bağımsızlıklarının güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hukuk devletiyle yönetilen bir devletin yapısal gereğidir. (para. 8) [...] yargıçların bağımsızlığı, her vatandaşça gerçeğin, özgürlüğün, insan haklarına saygının ve dış etkilerden uzak tarafsız adaletin garantisi olarak telakki edilmelidir. Yargıçların bağımsızlığı, onların kendi menfaatleri için tanınmış bir ayrıcalık olmayıp, hukuk devleti ve adaleti arayan ve ümit eden herkesin menfaatine tanınmış bir husustur. Dolayısıyla yargıçların tarafsızlığının bir şartı olarak bağımsızlık, vatandaşların mahkemeler karşısındaki eşitliğinin bir garantisini sunmaktadır. (para. 9)

Venedik Komisyonu raporunda ise bu husus şu sözlerle ifade edilmiştir: "[D]emokratik bir ülkenin kendi Yüksek Yargı Konseyi'ni kurarken takip etmek zorunda olduğu standart bir model yoktur; yeter ki, böyle bir konseyin fonksiyonu, demokratik bir devlette bağımsız bir yargı organının uygun şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla sınırları içinde kalsın." (para. 28)

Demokratik bir hukuk devletinin en önemli güvencesi olan yargı bağımsızlığı, bir bütün olarak yargı sisteminin, yasama ve yürütme organından ve hatta yargının kendi içinden gelmesi muhtemel her türlü ideolojik, siyasal ve kültürel etkiye karşı korunmasını gerektirir. Bu hedefin gerçekleşmesi ise, yargı konseyinin yapısı ve bu konseyin siyasal organlar ve mahkemeler karşısındaki özerkliğinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Nitekim AYDK'ya göre:

Yargı Konseyi, yargı karşısında kendi idari rolünün ve yönetiminin ötesinde, bireysel olarak yargıçların yasama ve yürütmenin kontrolü dışında ve yargının kendi içinden gelen baskılar olmaksızın özerk biçimde teşekkül etmelidir. (para. 12) [...] Dahası, Yargıçlar Konseyi'nin mahkemelerin hiyerarşisine bağlı olmadığı, uyumsuzlukların esası hakkında karar veremeyeceği düşünüldüğünde, konseyin mahkemelerle ve yargıçlarla ilişkilerinin dikkatle ele alınması gerekir. (para. 13) Yargıçlar Konseyi, yargıçların davaları kendi vicdanlarına ve olgular hakkındaki yorumlarına uygun olarak ve geçerli hukuk kurallarıyla uyum halinde karara bağlamak hususundaki sınırsız hürriyetlerini siyasal, ideolojik veya kültürel nitelikte önyargılardan ve dış baskılardan korumakla da yükümlüdür. (para. 14)

Her iki raporda da, yargı konseyinin yargıç üyelerle yargıç olmayan üyelerden müteşekkil, karma bir yapıya sahip olmasının avantajları vurgulanmaktadır. Gerek AYDK, gerekse Venedik Komisyonu, yargı konseyinin karma bir yapıya sahip olması halinde, yargıçlık mesleğinden gelen üyelerinin çoğunluk oluşturması gerektiğine dikkat çekmektedir (AYDK, para. 18; Venedik Komisyonu, para. 29). Yargı konseyinin üye kompozisyonu kadar, üyelerin seçiminde izlenecek yöntem de konseyin özerkliği ve dolayısıyla yargı mensuplarının mesleki güvenceleri üzerinde etkili bir role sahiptir.

2 Venedik Komisyonu (Venice Commission), *Judicial Appointments*, 15 Mart 2007, CDL-JD (2007)001rev. [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)

3 Avrupa Konseyi Yargıçları Danışma Kurulu (Consultative Council of European Judges [CCJE]), *Opinion no.10 (2007)*, Strasbourg, 21-23 Kasım 2007, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp)

AYDK'ya göre, yargı konseyinin yargıçlık mesleğinden gelen üyeleri, yargının her düzeyindeki hâkimler arasından, kendi eşitlerince seçilmelidir. Bu tür bir yöntem, yargının tümünün yargı konseyinde temsiline olanak tanıyacağı gibi, alt derece mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin, yüksek yargı kuruluşları karşısında bağımsızlığını da temin edecektir (AYDK, para. 27). Yargı konseyinin yargıçlık mesleğinden gelmeyen üyeleri, parlamento tarafından, hukuk profesörleri, avukatlar, işletme yöneticileri ve seçkin vatandaşlar arasından seçilebilir. Hukuk mesleğinden gelmeyen kişilerin yargı konseyinde yer almaları Türkiye'de bazı çevrelerde yadırgansa da, AYDK, modern yargı yönetiminin, işletme, finans, bilgi teknolojisi, sosyal bilimler gibi hukuk dışındaki alanlarda tecrübe edinmiş kişilerin daha geniş katkılarını gerektirdiği düşüncesindedir (AYDK, para. 22).

Venedik Komisyonu ise, raporunda, yargı konseyi üyelerinin bir kısmının parlamento tarafından seçilmesinin konseye kazandıracığı demokratik meşruiyetin önemini vurgulamaktadır. Komisyona göre:

Yasama organının böyle bir makamın oluşumuna katılması karakteristik bir husustur. Demokratik ilkelerin yönlendirdiği bir sistemde, Yargı Konseyi'nin, parlamento tarafından ifade edilen halkın iradesiyle ilişkilendirilmesi makul görünmektedir. Genellikle parlamentolar, yüksek yargı konseyleri üyelerinin bir bölümünü, hukukçuluk mesleği mensupları arasından seçmeye yetkilidir. (para. 31)

Ne var ki, her iki raporda da parlamentonun yargı konseyine üye seçme yetkisinin, nitelikli oy çoğunluğu esasına bağlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu kural, yargı konseyinin boşalan üyeliklerinin parlamento çoğunluğu tarafından doldurulmasını önleyecek, farklı eğilimlerdeki siyasi partilerin seçim sürecinde uzlaşmasını teşvik edecektir. Sonuç olarak, her iki rapor da yargı konseyinin üye kompozisyonunun karma bir yapıya sahip olmasının, adalet hizmetlerinin yönetimine daha büyük katkı sağlayacağı noktasında birleşmektedir. AYDK'ya göre:

[B]u tür bir karma yapı hem kendi menfaatine yönelme, kendi menfaatini koruma ve kayırmacılıktan kaçınma, hem de toplumdaki farklı düşünceleri yansıtmaya avantajını sunacak, böylece yargıya ek bir meşruiyet kaynağı sağlayacaktır. Böyle olmakla birlikte, üyelik karma olduğunda dahi, Yargı Konseyi'nin işleyiş tarzı, adaletin değerleri ve temel ilkelerini koruyabilmek amacıyla parlamento çoğunluklarının oyunlarına ve yürütme organının baskılarına karşı hiçbir tavize izin vermemeli ve siyasi parti mülahazalarına tabi olmaktan uzak bulunmalıdır. (para. 19)

Venedik Komisyonu'na göre ise:

Genellikle yargı konseyleri, yargı organı mensubu olmayan ve diğer iktidar dallarını veya akademik ya da mesleki sektörleri temsil eden üyeleri de içine alır. Böyle bir kompozisyonu haklı kılan olgu, adaletin kalitesinin ve tarafsızlığının denetlenmesinin, bireysel bir hâkimin menfaatlerinin ötesine geçen bir rol oluşudur. Konseyin bu denetimi gerçekleştirmesi, vatandaşların, adaletin yönetimine karşı duydukları güvenin yükselmesine neden olacaktır. Üstelik, yargısal unsurun ezici üstünlüğü, "korporatist yönetim" ile ilgili endişeler uyandırabilir. (para. 30)

Görüldüğü gibi, HSYK'nın yapısı, kompozisyonu ve üyelerinin seçiminde izlenen yöntem, bu raporların içerdiği verilerle bağdaşmamaktadır. Her şeyden önce, HSYK, karma bir yapıya sahip değildir. Yedi üyeden oluşan Kurulun iki üyesinin yürütme, beş üyesinin yargı kökenli olması, karma modelin özelliklerini yansıtmamaktadır. Her iki raporda da karma model ifadesiyle kastedilen, yargıç üyelerle, yargıç olmayan ve parlamento tarafından seçilen üyelerin oluşturduğu bir yapıdır. Bu yönüyle HSYK, demokratik meşruiyetten ve hesap verirlikten yoksun bir organdır. Öte yandan, HSYK'nın yargıç üyelerinin niteliği ve seçiminde izlenen yöntem de bu raporlarla örtüşmemektedir. Anayasamıza göre, Kurulun beş asıl ve beş yedek yargıç üyesi, Yargıtay ve Danıştay'ın kendi üyeleri içinden gösterecekleri adaylar arasından, Cumhurbaşkanınca seçilmektedir. Bu nedenle HSYK, yargının tümünü değil, sadece yüksek yargının bir bölümünü temsil etmektedir. Üstelik, HSYK üyelerini seçme yetkisinin Yargıtay ve Danıştay'a tanınması, buna karşılık Yargıtay üyelerinin tümünü, Danıştay üyelerininse dörtte üçünü seçme yetkisinin HSYK'ya sunulması, kapalı bir kast sistemi yaratmaktadır.<sup>4</sup> Bu ise, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyecek bir mesleki kooptasyonun varlığına işaret etmektedir. Şu halde, HSYK'nın yeniden yapılandırılmasında, her şeyden önce, Kurul karma bir yapıya kavuşturulmalı, yargıç üyelere çoğunluk sağlanmalı, bu üyeler yargının tümünü temsil etmeli, yargıç olmayan üyeler parlamento tarafından nitelikli oy çoğunluğuyla seçilmelidir. Bütün bunlar, Anayasanın HSYK'yı düzenleyen 159. ve Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenleyen 104. maddesinde değişiklik yapmayı gerektirmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus, HSYK'ya başkanlık yetkisinin kime ait olacağı meselesidir. Gerek AYDK, gerekse Venedik Komisyonu, Devlet Başkanının sembolik yetkileri haiz olduğu parlamenter sistemlerde, yargı konseyine başkanlık yetkisinin Devlet Başkanına sunulmasında sakınca görmemektedir. Buna karşılık, Devlet Başkanının güçlü yetkileri haiz olduğu sistemlerde, AYDK yargı konseyi başkanlığının, konseyin yargıç üyele-

4 Bu yöndeki eleştiriler, günümüze özgü olmayıp, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana dile getirilmiştir. Bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara, 1986, s. 338-343.

rinden birine ait olması gerektiğini vurgularken, Venedik Komisyonu, başkanın yargıç olmayan üyeler arasından seçilmesini önermektedir (AYDK, para. 33; Venedik Komisyonu, para. 34). Öte yandan Venedik Komisyonu, çeşitli ülkelerin yargı konseylerinin yürütme organıyla ilişkisini değerlendirirken, raporunda Türkiye'ye ilişkin olarak şu ifadeler yer vermiştir:

Türkiye'de adalet bakanı ve adalet bakanlığı müsteşarı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun tabii üyesidirler; [...] bu mevcudiyet, başlı başına, konseyin bağımsızlığını zedeler gibi görünmemektedir. Bununla birlikte adalet bakanı, konsey kararlarının hepsine, mesela disiplin tedbirlerine ilişkin olanlarına katılmamalıdır.<sup>5</sup> (para. 33)

Bu açıklamalar dikkate alındığında, Adalet Bakanının HSYK'ya başkanlık statüsünün muhafaza edilebileceği düşünülebilir. Ne var ki, bu yöntemin benimsenmesi halinde, yargı mensuplarının disiplin soruşturmalarının karara bağlandığı toplantılarda Adalet Bakanının oy hakkının olmaması gerekir. Bu, yargının siyasal organlar karşısındaki bağımsızlık ve tarafsızlığının korunmasında dikkate alınması gereken bir zorunluluktur.

## ÖNERİ

Hazırlanma sürecinde yer aldığım "Sivil Anayasa Taslağı"nın HSYK'yı düzenleyen 109. maddesi, gerek demokratik dünyadaki örneklerle, gerekse Venedik Komisyonu ile AYDK'nın yukarıda değindiğimiz ölçütleriyle uyumlu bir yapı yaratmaktadır. Bu nedenle, yargı reformu projesinde yer alan HSYK'nın yeniden yapılandırılması hedefine ulaşmak için, sözü geçen taslağın ilgili maddesi esas alınabilir.

### Sivil Anayasa Taslağı Madde 109:

(1) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu on yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Adalet bakanlığı müsteşarı kurulun tabii üyesidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılar arasından üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile beş asıl ve bir yedek üye seçer. Üç asıl ve bir yedek üye Yargıtay Genel Kurulu'nca, iki asıl ve bir yedek üye Danıştay Genel Kurulu'nca; dört asıl ve bir yedek üye birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve savcılarınca, iki asıl üye birinci sınıfa ayrılmış idari yargı hâkim ve savcılarınca kendi aralarından gizli oyla seçilir. Asıl ve yedek üyeler dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler bir daha seçilemez. Yargıtay ve Danıştay genel kurullarınca seçilecek üyelerin altmış yaşını tamamlamış olmaları şarttır. Kurul, asıl üyeleri arasından bir başkan ve bir başkan vekili seçer. (2) Kurul on yedi üye ile toplanır ve salt çoğunlukla karar verir. Meslekten ihraç kararları toplantıya katılanların üçte ikisi ile alınır. (3) Kurulun seçimle gelen asıl ve yedek üyeleri, görevlerinin devamı süresince başka görev alamazlar. (4) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığı'nın, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. (5) Adalet Bakanlığı'nın merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi adalet bakanına aittir. (6) Adalet bakanı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hâkim ve savcılarını geçici yetki ile görevlendirebilir. (7) Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir.

5 Kemal Gözler de, yargı konseyi şeklindeki organlarda adalet bakanının yer almasının Batı demokrasilerinde örneğine rastlanan, karşılaştırmalı hukukun verilerine uygun bir yöntem olduğuna değinmektedir. Öte yandan yazar, adalet hizmetlerinin yürütülmesinden dolayı parlamentoya karşı sorumlu olan adalet bakanının bu kurulda yer almasının, parlamentarizmin doğasına da uygun olduğuna işaret etmektedir. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos, 2009, s. 541.

# Yargı Reformu Çerçevesinde Askeri Yargıya İlişkin Sorunlar

Ümit Kardeş

Adalet Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu, "Yargı Reformu Stratejisi" ve "Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı" belgelerinde, askeri yargıya ilişkin hedefler de belirtilmiştir. Askeri yargıya ilişkin bu hedefler, "Yargı Reformu Stratejisi" belgesinin "Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi" başlıklı ilk maddesinin 7, 8, 9 ve 10. başlıklarında, yine "Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı"nın da "Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi" başlıklı 1. maddesinin 7, 8, 9 ve 10. başlıklarında yer almaktadır. Bu raporda, her iki belgede yer alan hedeflerden öncelikle ve sadece anayasa değişikliği gerektiren hususlara değinilecektir. Yapacağım değerlendirme, söz konusu belgelerin öngördüğü açılımların, demokratikleşme ve hukuk devleti hedefi yönünden isabetli ve yeterli olup olmadığı hususunda olacaktır.

## ASKERİ CEZA YARGISI AÇISINDAN

### SORUN 1 : ASKERİ HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIK, TARAFSIZLIK VE GÜVENCE SORUNU

#### a) Askeri Mahkemelerin Kurulması, Kaldırılması ve Yargı Çevresinin Değiştirilmesi Açısından

353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, askeri mahkemelerin kurulması, kaldırılması ve yargı çevresinin değiştirilmesi, kuvvet komutanlıklarının yapacakları öneri veya Genelkurmay Başkanlığı'nın doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine, Milli Savunma Bakanlığı'nca yerine getirilir. Askeri bürokrasi istediği takdirde, milli savunma bakanı, bir askeri mahkemeyi kaldırabilecek, ya da yargı çevresini değiştirebilecektir. Bu durumun askeri hâkimleri güvencesiz kıldığı açıktır. Sıkıyönetim dönemlerinde, istenilen sonucu elde etmeye yönelik olarak bazı askeri mahkemeler kaldırılmıştır. Söz konusu düzenleme, hâkim bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmamakta ve adil yargılanma hakkını zedelemektedir.

#### b) Milli Savunma Bakanının Askeri Hâkimler Üzerindeki Gözetim Yetkisi Açısından

357 Sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 23. maddesine göre, askeri hâkimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçları veya sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan durum ve eylemleri yahut askeri yargıya ilişkin şahsi suçları şikâyet veya ihbar edilir yahut cereyan eden işlemlerden öğrenilirse, soruşturma iznine gerek olup olmadığının saptanması bakımından ilgili hâkimden daha kıdemli askeri adalet müfettişi milli savunma bakanı tarafından görevlendirilir. Ayrıca bu müfettiş, milli savunma bakanından, askeri hâkimin geçici olarak işten el çektilmesini talep edebilir. Askeri hâkimler üzerindeki gözetim yetkisinin siyasi bir organa tanınması, hâkim bağımsızlığını zedelemektedir.

#### c) Milli Savunma Bakanının Askeri Hâkimlere Disiplin Cezası Verme Yetkisi Açısından

357 Sayılı Kanun'un 29. maddesinde, askeri hâkimlere, milli savunma bakanı tarafından uyarma ve kınama, disiplin cezalarının verilebileceği ve bu cezalarla ilgili kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Her an askeri bürokrasinin önerisiyle, milli savunma bakanı tarafından cezalandırılabilmesi kuşkusu içinde kalan bir hâkimin, güvenceli, dolayısıyla bağımsız olduğu söylenemez. Bu durumdaki bir hâkimden, tarafsızlık da beklenemez.

#### d) Yaş Sınırı Nedeniyle Askeri Hâkimlerin Emekliye Sevk Edilmeleri Açısından

357 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin 1. fıkrasına göre, askeri hâkimler emeklilik bakımından subayların emeklilik yaş hadlerine tabi tutulmuşlardır. 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 40. maddesinin (ç) fıkrasına göre, albayların bu rütbede bekleme hadleri altmış yaştır. Bu durumda bir hâkim albay, altmış yaşında yaş sınırı nedeniyle emekli edilmektedir. Oysa, anayasanın 140. maddesinde, hâkimlerin altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekleri belirtilmiştir. Askeri hâkimlerin, anayasada öngörülmüş yaş sınırı güvencesinden yoksun bırakılıp subayların yaş sınırına tabi tutulmaları, askeri hâkimleri güvencesiz kılmıştır.

#### e) Askeri Hâkimlerin Atanmaları ve Yer Değiştirmeleri Açısından

Türkiye’de askeri hâkimlerin atanmaları ve nakilleri bakımından, yürütme organınca atama sistemi uygulanmaktadır. Askeri hâkimler, milli savunma bakanı ile başbakanın ortak kararnamesi ve cumhurbaşkanının onayıyla atanır ve yer değiştirirler. Atama ve yer değiştirme tasarruflarında subaylara ilişkin esaslar uygulanır. Bu sistemde, milli savunma bakanı başta olmak üzere, askeri bürokrasinin askeri hâkimler üzerinde baskılarda bulunabileceği ve askeri hâkimin bağlı bulunduğu askeri idarenin, askeri hâkimin atanmasında ve yer değiştirmesinde etkili olabileceği, bu durumun ise, bağımsız ve tarafsız olması gereken askeri hâkimi tedirgin ve huzursuz edeceği ortadadır.

#### f) Askeri Hâkimlerin Yükselmeleri Açısından

357 Sayılı Kanun’un 12. maddesinde, askeri hâkimlere, subay sicil notu ve mesleki sicil notu olmak üzere, iki çeşit sicil verileceği belirtilmiştir. Maddenin (a) fıkrasında, subay sicil belgesinin, idari sicil üstlerince, görevi ve sıfatı ne olursa olsun tüm askeri hâkimler hakkında düzenleneceği hususu; (b) fıkrasında ise, subay sicil belgesini düzenleyecek üç sicil üstü belirtilmiştir. Bu sicil üstlerinden birincisi olarak, birlikte çalıştıkları askeri hâkimlerin kıdemli hâkimi gösterilmiştir. Kıdemli hâkimlerin birinci sicil üstü, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiridir. İkinci ve üçüncü sicil üstleri, kuruluş bağlantısına göre, bir üst komutan olmaktadır. Kıdemli hâkimlerin diğer hâkimlere ve generallerin birlikte çalıştıkları askeri hâkimlere sicil vermesi, hâkim bağımsızlığını ortadan kaldırmaktadır. Yükselmeleri idarenin takdirine bırakılan askeri hâkimlerin güvenceli oldukları söylenemez. Askeri hâkimler, idari ve mesleki bir hiyerarşı içine sokulmuşlardır. Bu durumu, hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Nitekim, bu durumla ilgili olarak önemli bir gelişme yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi, 08.10.2009 tarih ve E. 2006/105, K. 2009/142 sayılı kararıyla, Askeri Hâkimler Kanunu’nun 12. maddesinin (b) bendinin ilk paragrafının, “sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri” bölümünü, yine aynı bendin (1) numaralı alt bendinde yer alan, “kıdemli hâkimler birlikte çalıştıkları hâkimlerin” ibaresini, anayasanın 9, 138, 139 ve 145. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Ancak, ikinci ve üçüncü sicil üstleriyle ilgili düzenlemeler yerinde durmaktadır. Bu durumda, askeri hâkimlere, söz konusu sicil üstlerinin sicil verme imkânı bulunup bulunmadığı hususu, kanımızca tartışmalı duruma gelmiştir.

#### g) Yetersizlik , Disiplinsizlik ve Ahlaki Durum Nedeniyle Askeri Hâkimlerin İşlerine Son Verme Açısından

357 Sayılı Kanun’un 22. maddesine göre, söz konusu durumların saptanmasında idari sicil yönetimi benimsenmiştir. Bu nedenler idari sicil yoluyla saptandığından, hâkim bağımsızlığı ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca maddede, tutum ve davranışlarıyla yasa dışı görüşleri benimsedikleri anlaşılanların da işlerine son verileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme, başlı başına hâkim güvencesini ortadan kaldırmaktadır.

#### h) Askeri Mahkemelerin Kuruluşunda Subay Üyelerin Bulunması Açısından

1961 Anayasası’nın 138. maddesinin 4. fıkrasında, askeri mahkemelerde görev yapacak olan üyelerin “çoğunluğunun” hâkimlik niteliğine sahip olmaları bir zorunluluk olarak kabul edilmişti. 1961 Anayasası’nın yukarıda anılan hükmü doğrultusunda düzenlenen 353 Sayılı Kanun’un 2. maddesinde, askeri mahkemelerin, iki askeri hâkim ve bir subay üyeden oluşacağı belirtilmiştir. Ancak, 1982 Anayasası’nda askeri mahkemelerin kuruluşuyla ilgili emredici bir hüküm bulunmadığından, kanun koyucu, askeri mahkemelerin kuruluşunu istediği gibi düzenleyebilecek ve askeri mahkemelerin üyelerinin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şartını aramayabilecektir.

General ve amirallerin işledikleri suçları yargılayan ve Genelkurmay Başkanlığı yanında kurulan Genelkurmay Askeri Mahkemesi ise, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hâkim ile iki general veya amiralden oluşmaktadır. Asker kişilerin işledikleri disiplin suçlarını yargılayan ve 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Kanunu’na göre kurulan disiplin mahkemeleri, bir başkan, ikisi üye olmak üzere, üç subaydan oluşmaktadır. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmaları sırasında, üyelerden biri astsubay olmaktadır.

353 Sayılı Kanun’un 4. maddesinde, subay üye ve yedeklerinin, nezdinde askeri mahkeme kurulan, komutan veya askeri kurum amiri tarafından, her yılın aralık ayında, o askeri mahkemenin yetkisine giren birlik ve kurum personeli arasından, bir yıl süreyle değiştirilmemek üzere seçilecekleri belirtilmiştir. Böyle bir atama şeklinin, askeri mahkemede yargılanacak kişiler bakımından güvencesizlik oluşturduğu açıktır. Bir mahkemede, hâkim niteliği olmayan memur statüsündeki kişiler doğrudan doğruya yargılamaya ve karara katılıyorlarsa, o mahkemeyi hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bu durumla ilgili olarak önemli bir karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 07.05.2009 tarih ve E. 2005/159, K. 2009/62 sayılı kararıyla, 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının ilk tümcesinde yer alan “bir subay” ibaresini, anayasanın

9, 138, 140 ve 145. maddelerine aykırı bularak iptal etmiş, doğacak hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edici bulduğundan, kararın yayımlandığı tarihten bir yıl sonra, yani 07.10.2010 tarihinde yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Kanun'un 2. maddesinde yer alan "Genelkurmay Başkanlığı nezdindeki askeri mahkeme, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hâkim ile iki general veya amiralden kurulur" düzenlemesi, iptal davasına konu olmadığından geçerliliğini sürdürmektedir. Askeri mahkemede subay üye bulunmasının, general ve amirallerin dışındaki subaylar açısından yarattığı sakıncaların, general ve amiraller söz konusu olduğunda varit olmadığı söylenemez.

## SORUN 2: ASKERİ MAHKEMELERİN GÖREV ALANININ SİVİL YARGI ALEYHİNE GENİŞLEMESİ SORUNU

Anayasanın 145. maddesiyle paralel bir şekilde düzenlenen 353 Sayılı Kanun'un 9. maddesi, askeri mahkemelerin askerler bakımından görev alanını belirlemiştir. Bu düzenlemelere göre askeri mahkemeler, asker kişilerin askeri suçlarına, asker kişilerin aleyhine işledikleri suçlara, askeri mahallerde yahut askeri hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara bakarlar.

### a) Askeri Suç Ölçütü

Askeri suçun, Askeri Ceza Kanunu'nda bir tanımı yoktur. Oysa, bu suçun tanımı çok önemlidir. Diğer görev alanları bu tanıma göre belirlenmektedir. Türkiye'de uygulanan sivil ve askeri yargı sistemlerinin farklı sistemler olduğu, ayrı usulleri uyguladıkları, hâkimlerinin bağımsızlıklarının ve güvencelerinin farklı düzenlemelere bağlı olduğu, bu durumun da tabii hâkim ve yargılama birliği ilkelerine aykırı olduğu açıktır. Bu nedenle, askeri suç kavramının açıklıkla ve kesinlikle belirlenmesi, yoruma açık olmaması, sınırlarının iyi çizilmesi büyük önem göstermektedir. Askeri suç tanımı, siyasi suçları da kapsayacak kadar geniş tutularak, askeri yargının sivil yargı aleyhine genişlemesine neden olunması, asker ve sivil kişilerin tabii hâkimleri dışında kalan merciler karşısında yargılanmaları sonucunu doğurmuştur.

### b) Asker Kişilerin İşledikleri Suçların Askerlik Hizmet ve Görevleriyle İlgili Olması Ölçütü

Askeri mahkemelerin görev alanını düzenleyen 353 Sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan ölçütlerden birisi, asker kişinin işlediği suçun, askeri hizmet ve göreviyle ilgili olması ölçütüdür. Kanuni düzenlemelerle askeri personele yüklenen ve periyodik hale getirilerek onların bilgisine sunulan işler, askeri görev oluşturmaktadır (İç Hizmet Kanunu m. 6,7,14,15; İç Hizmet Yönetmeliği m. 4-27). Amirler, anılan mevzuat çerçevesinde, askeri ihtiyaçların doğduğu gerekler ışığında yazılı veya sözlü emirler verebilirler (İç Hizmet Kanunu m. 8 ; İç Hizmet Yönetmeliği m. 28-34). Askeri şahısların, bu görevlendirmelerle ilgili olarak işlediği suçlarda askeri yargı görevli olacaktır. Ancak, hizmet ve görevin salt askeri mevzuatta yer alıyor olması, işlenen suçu gerçek anlamda askeri suç haline getiremeyebilir. Gerçekleşen suç, askeri hizmet ve görevle ilgili olarak işlenmiş olmakla birlikte, söz konusu suçun işlenmesiyle askeri yarar ve gereklerin korunması gerçek anlamda ihlal edilmemiş olabilir. Mevzuatla tevdi edilen hizmet ve görev, doğrudan doğruya yurt savunmasının sağlanması, askeri disiplinin tesisi, askeri yarar ve gereklerin korunması ilkeleriyle bağlantılı olmayabilir. Bu durumda ise, askeri hizmet ve görevden söz edilemez. Suç işleyen, yargı merciini belirleyecek somut eyleminin niteliği bir yorumla ortaya konabileceğinden, bu ölçüt de tabii hâkim ilkesine aykırıdır. Çünkü adli yargı ile askeri yargı arasındaki görev sınırı, yoruma meydan vermeyecek şekilde açık ve net değildir. Suç işleyen kişinin, işlediği suçun hangi yargı alanına girdiğini önceden net olarak bilmesi, tabii hâkim ilkesinin en önemli unsurudur. Bu durum, adli yargı ile askeri yargı arasında çözülmesi uzun zaman alan görev uyumsuzluklarına yol açmakta, bu yüzden Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev yeri ihtilafını çözmesi için yıllarca beklenmektedir.

### c) Askeri Mahal Ölçütü

Asker kişinin işlediği suç, Askeri Ceza Kanunu'nun dışında TCK'da, 6136 Sayılı Kanun'da veya bir başka özel kanunda düzenlenmiş olabilir. Ancak suç, askeri mahalde işlenmiş ise askeri yargı görevli olacaktır. İç Hizmet Kanunu'nun 12, 51 ve 100. maddelerinin ışığı altında, istikrar kazanmış Askeri Yargıtay kararlarına baktığımızda, askerlerin eğitim, öğretim, tatbikat gibi görev yaptıkları, barındıkları ve konakladıkları yerlerin askeri mahal kabul edildiği görülmektedir. Bunlar da İç Hizmet Yasası'nın 12. maddesinde sayılan kıta, karargâh, askeri kurumdur (askeri hastane, okul, orduevi, dikimevi, askeri fabrika, askerlik şubesi, ikmal merkezi, depo).

Görüldüğü gibi, "askeri mahal" olarak kabul edilen yerler maddede sayılmıştır. Ancak bu kavramı açıklayan bir tanım verilmemiştir. Gerek 353 Sayılı Kanun'da, gerekse 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu'nda askeri mahallin tanımı yoktur. Kanunda sayılan yerlerle ilgili olarak tanımlar yapılmıştır. Örneğin, İç Hizmet Kanunu'nun 12. maddesinde, askeri kurumun tanımı yapılmıştır. Suçun sadece askeri mahal sayılan yerde gerçekleştirilmiş olması nedeniyle, asker kişilerin tabii hâkimlerinden koparılarak, adil yargılanma hakkından mahrum edilmiş olmaktadır.



#### d) Asker Kişilerin Asker Kişiler Aleyhine Suç İşlemeleri Ölçütü

Asker kişilerin asker kişiler aleyhine işledikleri suçlarda da askeri yargı görevlidir. Anılan suçların, Askeri Ceza Kanunu'nda öngörülen askeri suçlar olmaları zorunlu değildir. Askeri yargının görevli olması için, suçların asker kişi aleyhine işlenmiş olması yeterlidir. Askeri şahıs, asker kişi aleyhine hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekârlık, konut dokunulmazlığını ihlal suçlarını işlediği takdirde, askeri mahkemede yargılanacaktır. Bu suçlar, Askeri Ceza Kanunu tarafından gönderme dahi yapılmayan suçlardır. Diğer bir anlatımla, "askeri suç benzeri" nitelikleri dahi yoktur. Sadece asker kişi aleyhine işlenmiş olmaları nedeniyle askeri yargının görevli olması, görev belirlenmesinde sağlıklı bir kabul değildir. Bu düzenlemeler tabii hâkim ilkesine aykırıdır. Sırf failin de mağdurun da asker kişi olmaları sebebiyle askeri yargı organlarının görevli olduğunu kabul etmek, askerler arasında olup bitenleri sivil mahkemelere teslim etmemek, "kol kırılır yen içinde kalır" düşüncesiyle açıklanabilir.

#### SONUÇ VE ÖNERİLER

- 1) Anayasa Mahkemesi'nin 2009 yılında verdiği iki iptal kararına rağmen, askeri hâkimlerin buldukları statü itibarıyla, tarafsızlığı sağlayacak bağımsızlık ve güvenceye sahip olmadıkları, bu nedenle de yargılanan kişilerin adil yargılanma haklarını ihlal eden bir yapılanma içinde oldukları açıktır. Başta Avrupa ve Afrika ülkeleri olmak üzere, dünyada askeri yargıyı sivilleşme yoluyla ortadan kaldırma uygulaması ve eğilimi giderek yaygınlaşmaktadır. Demokratik hukuk devleti niteliğine sahip ülkelerden bir kısmında, disiplin yargılaması dışında askeri ceza yargılaması bulunmamaktadır. Almanya, Avusturya, İsveç, Danimarka ve Japonya'da, askeri yargı bulunmamaktadır. Hollanda, Fransa, İspanya'da ise, kuruluşunda sivil hâkimlerin de bulunduğu askeri mahkemeler görev yapmaktadır. Cezayir, Fas, Tunus, Madagaskar gibi ülkelerde de bu model uygulanmaktadır. Ancak, bu mahkemelerin verdiği kararların hukuki denetimini sivil yargıtay yapmaktadır. Hollanda, Fransa, Yunanistan, Cezayir ve Tunus'ta, askeri yargıtay yoktur. Rusya'da da temyiz görevini Rusya Yüksek Mahkemesi yapmaktadır. İngiltere ve ABD'de ise, askeri yargıtayda sivil hâkimler görev yapmaktadırlar. Kanada'da temyiz incelemesini, Kanada Yüksek Mahkemesi yapmaktadır. Böylece, söz konusu ülkelerde yargıda çift başlılık önlenmiş ve demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak, yargılama birliği yoluyla adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

#### ÖNERİ

Anayasanın, askeri yargıyı düzenleyen ve askeri mahkemelerle disiplin mahkemelerini anayasal organ haline getiren 145. maddesi kaldırılmalıdır. Askeri mahkeme-disiplin mahkemesi ikiliği kaldırılarak, sırf askeri suçlara bakacak sivil hâkimlerden oluşan "asker mahkemesi", bir uzmanlık mahkemesi olarak adli yargı içinde yer almalıdır. Çift başlılığa neden olan; demokratik, sivil, hukuki denetimi engelleyen; demokratik rejimle yönetilen ülkelerde bulunmayan ve anayasanın 156. maddesinde düzenlenen Askeri Yargıtay kaldırılmalı, ikinci derece denetimi istinaf mahkemelerine, temyiz incelemesi ise Yargıtay'ın bir dairesine bırakılmalıdır.

- 2) Asker kişilerin bakımından, anayasanın ve 353 Sayılı Kanun'un belirlediği, askeri yargı alanı, yargılama birliği ve tabii hâkim ilkelerini ortadan kaldıracak derecede geniştir. Asker kişilerin dahil her yurttaş için adil yargılanma hakkı çok önemlidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinde 26.06.2009 tarih ve 5918 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, örgüt suçlarıyla birlikte, TCK ikinci kitap, dördüncü kısım, 4-7 bölümünde tanımlanan suçları (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç) işleyen asker kişilerin, tabii hâkimleri olan sivil hâkimler önünde yargılanmaları yolu açılmıştır. Böylece, asker kişilerin yargılanması açısından demokratik bir standart getirilmiştir. Bu değişiklik, AB 2009 yılı ilerleme raporunda da, demokratikleşme yönünde önemli bir gelişme olarak kaydedilmiştir. Söz konusu suçların bir kısmı, Askeri Ceza Kanunu içine alınmış olduğundan (Askeri Ceza Kanunu 54. maddeyle, TCK 302. maddenin alınması gibi) askerlik hizmeti ve askeri yararlarla ilgisi bulunmayan bu suçlar bakımından tabii hâkim ilkesine dönülmüştür. 250. maddede sayılan bazı suçlar ise zaten Askeri Ceza Kanunu içine alınmamış olduğundan (TCK 309, 311, 312. maddeler gibi), sivil siyasi suç olmalarına rağmen sırf askeri mahal ölçütü nedeniyle askeri yargı alanına girmektedirler. Bu suçlar bakımından da tabii hâkim ilkesine dönülmüştür. Ancak, bu değişiklikler sistemin temelinde ve özellikle yargılama birliği ekseninde yapılmış olduğundan, bir yama gibi kalmış ve anayasanın 145. maddesinin varlığı nedeniyle tartışılır hale gelmiştir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bu değişikliği anayasaya aykırı bulmuş ve 22.01.2010 tarihli kararıyla iptal etmiştir.

#### ÖNERİ

1930 tarihli olması nedeniyle eskimiş ve yeni Türk Ceza Kanunu'yla uyumsuz hale gelmiş Askeri Ceza Kanunu ile 477 Sayılı Disiplin Mahkemelerine İlişkin Kanun kaldırılmalı; sadece askerler tarafından işlenebilen ve doğrudan doğruya askeri disiplini bozan, askeri yarar ve gerekleri ihlal eden eylemleri askeri suç olarak düzenleyen 25-30

maddelik yeni bir askeri ceza kanunu yapılmalıdır. Böylece, hukuki denetimi olmayan disiplin suçları bakımından da adil yargılanma hakkı sağlanmış olacaktır.

- 3) 2006 yılında 29.06.2006 tarih ve 5530 Sayılı Kanun'la, sivil kişilerin Askeri Ceza Kanunu'na tabi suçlarının barış zamanında adli yargıda görülmesi kabul edilmiştir. Böylece siviller, Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan birçok suç bakımından tabii hâkim ilkesine uygun olarak askeri yargı alanından çıkarılmıştır (Askeri Ceza Kanunu'nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 114 ve 131. maddeleri). Yine 26.06.2009 tarih ve 5918 Sayılı Kanun'la CMK'nın 3. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, sivil kişilerin askerlerle birlikte işledikleri suçlarda, işlenen suçun askeri bir suç olması halinde dahi sivillerin adli yargıda yargılanacakları öngörülmüştür. Böylece sivillerin, askeri mahkemelerde yargılanmalarının yolu kapanmıştır. Ancak, bu değişiklikler anayasal bir teminat sağlamamaktadır. Nitekim Virginia Üniversitesi'nden hukuk profesörü Thomas Giegerich, 14 Nisan 2009 tarihli "Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor" isimli incelemesinde, yapılan değişikliklerin olumlu olduğunu belirtmiş, ancak anayasa açık olarak eski duruma izin verdikçe yeteri kadar ilerleme sağlandığının söylenemeyeceğini ifade etmiştir.

#### ÖNERİ

Her ne kadar, kanunlarda yapılan değişikliklerle sivillerin askeri mahkemede yargılanmalarının önüne geçilmişse de, anayasanın 145. maddesinin 2. fıkrasındaki sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmalarını sağlayan düzenleme aynen durmaktadır. Kanunlarda yapılacak değişikliklerle, bu düzenlemeye işlerlik kazandırmak her zaman mümkündür. Bu nedenle anayasanın 145. maddesinin tamamen kaldırılması gerekmektedir.

#### ASKERİ İDARİ YARGI AÇISINDAN

12 Mart 1971 askeri müdahalesinden sonra 1961 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle, idari yargının asker kişileri, hatta bir kısım sivilleri ilgilendiren kısmı idari yargıdan ayrılmış, askeri danıştay olarak nitelendirilebilecek Askeri Yüksek İdare Mahkemesi adı altında kurulan bir yüksek mahkemeye verilmiştir. Böylece, ceza hukuku alanında yaratılan çift başlılığa, idare hukuku alanında da yer verilmiştir. Bu düzenleme, 1982 Anayasası'nın 157. maddesinde aynen yer almıştır. Bu mahkeme, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Sivillerin, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıkları da bu mahkemede görülür. Bu mahkemede, askeri hâkim sınıfından olan üyelerin yanında, Genelkurmay Başkanlığı'nca gösterilen adaylar arasından cumhurbaşkanınca seçilen, hâkim sınıfından olmayan subaylar vardır. Tarihimizde örneği bulunmayan bu mahkemenin, idari yargıda çift başlılığa neden olduğu ve kuruluşunda, güvencesiz askeri hâkim ve memur statüsündeki subayların bulunması nedeniyle adil yargılanma hakkını ortadan kaldırdığı açıktır. İdari yargının, adli yargı içine alınarak, yargı alanındaki çift başlılığın önlenmesi tartışılırken, ayrıca idari yargının, sivil-askeri idari yargı olarak ikiye bölünmesi kabul edilemez. İdari yargıda bu zihniyet geçerli olursa, İçişleri Bakanlığı'nın ya da Milli Eğitim Bakanlığı'nın kendilerine ait bir danıştay istemeleri doğal hale gelir. "Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı"nda, bu mahkemenin bünyesinde iki dereceli hale getirilmesinin öngörülmesi meselenin anlaşılmadığını göstermektedir. Askeri idari yargının bizatihi varlığı hukuka aykırıdır. Askeri mahkeme bünyesi içinde sağlanacak iki derecelilik, adil yargılanma hakkı açısından asker ve sivil kişilere hiçbir güvence sağlamaz. Ayrıca, idari yargıda silahlı bürokrasiye sağlanan bu ayrıcalık, kurumun şeffaf ve hesap verebilir olmasını da engeller. Prof. Giegerich sözü geçen raporunda, askeri idari yargı mercilerinin temyiz incelenmesinin Danıştay'da yapılmasını öngörmekte, özerk bir askeri idari yargının Avrupa'da istisna olduğunu belirtmektedir. Kanımızca, yerel askeri idare mahkemelerinin varlığı da yargılama birliğine aykırılık oluşturur. Bu nedenle, yerelde de askeri makamların tesis ettikleri idari işlemler bakımından sivil idare mahkemelerinin görevli olması gerekmektedir.

#### ÖNERİ

Hukuk tarihimize 1971'de giren, bir askeri müdahalenin ürünü olan, idari yargıda çift başlılığa ve adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet veren, ordunun demokratik sivil denetimini engelleyen bu mahkemenin kaldırılması zorunludur. Anayasa'nın 157. maddesi kaldırıldığında, idari yargı devreye gireceğinden bir boşluk olmayacaktır.

# Kamu Denetçiliği Kurumu

Serap Yazıcı

“Yargı Reformu Stratejisi” belgesinin yöneldiği hedeflerden biri de, “Uyuşmazlığı Önleyici Nitelikteki Tedbirlerin Etkin Hale Getirilmesi ve Alternatif Çözüm Yolları Geliştirilmesi”dir. Belge, bu hedefe ulaşmak için aynı maddenin 8. alt başlığında, “Kamu Denetçiliği Kurumu’nun faaliyete geçirilmesi” ifadesine yer vermektedir. Sözü geçen belgede de işaret edildiği gibi, kamu denetçiliği 28.09.2006 tarih, 5548 Sayılı Kanun’la kurulduğu halde, bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu nedenle, “Yargı Reformu Stratejisi” belgesi, Anayasa Mahkemesi’nin kararı dikkate alınmak suretiyle, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun kurulmasını sağlayacak anayasal ve yasal değişikliklerin yapılacağı ifadelerine yer vermektedir.

Kamu denetçiliği kurumu (Ombudsman), üyeleri parlamento tarafından seçildiği halde, parlamento, hükümet ve yargı karşısında özerkliğe sahip olan; vatandaşların şikâyetleri üzerine kamu otoritesini hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden denetleyen; böylece kamu gücünün, hukuk devletine ve eşitlik ilkesinin bir unsuru olan ayrımcılık yasaklarına uygun olarak kullanılmasını sağlayan; denetimleri ve incelemeleri neticesinde hukuka ve hakkaniyete aykırı uygulamalar tespit etse dahi icrai karar alamayan; ancak elde ettiği verileri raporlara dönüştürerek kamuoyunu bilgilendiren ve karar vericileri bu ihlalleri önlemeye yönelik tedbirler almaya teşvik eden bir kurumdur.<sup>1</sup>

Kamu denetçiliği kurumu, ilk kez İsveç’te, 1809 Anayasası’yla ortaya çıkmış, 1919’da Finlandiya, 1955’te Danimarka, 1962’de Norveç ve Yeni Zelanda’da kabul edilmiştir. Günümüzde ise İngiltere, İtalya, Almanya, Avusturya, Hollanda, Polonya gibi pek çok ülkede, ulus, bölge, şehir ve belediye düzeylerinde yer almaktadır. Avrupa Birliği’nde ise, 1992 tarihli Maastricht Andlaşması’yla, AB’nin işlemlerine karşı vatandaşların başvurabilecekleri bir kurum olarak düzenlenmiştir.<sup>2</sup> Kamu denetçiliği kurumunun farklı ülkelerdeki uygulamaları incelendiğinde, bu kurumun yapısal özellikleri, yetki ve fonksiyonları aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Kamu denetçiliği, üyeleri parlamento tarafından seçilen, ancak üstlendiği görevin gereği olarak, özerkliği parlamento, hükümet ve yargı karşısında garanti edilen bir kurumdur.
- Kurumun asıl görevi, kamu yetkisini kullanan tüm makamları hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden denetlemektir. Bu yönüyle kamu denetçiliği, ilk bakışta idari yargıya benzer bir fonksiyona sahip olduğu izlenimini uyandırmakla birlikte, idari yargıdan önemli ölçüde ayrılmaktadır. Her şeyden önce idari yargı, idari makamların eylem ve işlemlerini sadece hukuka uygunluk yönünden denetleyebilir, oysa kamu denetçisi, tüm kamu makamlarının işlemlerini, hem hukuka hem de hakkaniyete uygunluk yönünden denetleyebilmektedir. Bu nedenle, idari yargının denetimine tabi olmayan kurum ve organlar, kamu denetçisinin denetim alanında yer almaktadır. İkincisi, idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin gereği olarak, idari yargı denetimi, idari işlemleri hakkaniyete uygunluk yönünden denetleyemezken, kamu denetçisi bu işlemleri hakkaniyete uygunluk yönünden de denetleyebilmektedir. Nihayet, idare, yargı kararlarının gereği olan işlemleri yapmaya yükümlü olduğu, böylece yargı kararlarının icrai bir gücü olduğu halde, kamu denetçisinin idare yönünden aldığı kararlar bu tür bir icrai sonuç yaratmamaktadır. Sadece kamuoyunu bilgilendirerek, karar vericileri hukuka ve hakkaniyete aykırılıkları gidermeye teşvik etmektedir. Bu nedenle, idari yargının köklü bir geçmişe sahip olduğu Fransa gibi örneklerde dahi kamu denetçiliği kurumu yer almaktadır.
- Vatandaşların şikâyeti üzerine harekete geçen kamu denetçisi, yaptığı inceleme ve denetimlerin sonuçlarını yıllık raporlar halinde, karar vericilere ve kamuoyunun bilgisine sunmaktadır. Böylece, bir yandan karar vericiler hukuka ve hakkaniyete aykırılıkları gidermek konusunda harekete geçirilirken, diğer yandan da kamuoyu bu uygulamalar hakkında bilgilenme imkânına kavuşmaktadır.

1 Kamu denetçiliği (Ombudsman) hakkında ayrıntılar için bkz., Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı Ve Türkiye Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.138-151.

2 B. Zakir Avşar, *Ombudsman (kamu hakemi) Türkiye İçin Bir Model Önerisi*, Hak-İş Konfederasyonu, Ankara, 2000, s. 46-49; *The European Ombudsman Origins, Establishment, Evolution*, ed. by. P. Nikiforos Diamandouros, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005.

- Kamu denetçisinin kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirmesi, ancak kamu denetçiliği kurumunun özerkliğinin sağlanmasıyla mümkün olmaktadır. Bu ise kamu makamlarına, kamu denetçisinin incelemelerinde ihtiyaç duyduğu her tür bilgi ve belgeyi sunma yükümlülüğünü yüklemektedir.
- Kamu denetçiliği kurumunun kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirmesi, bu kurumda görev yapacak kişilerin tarafsızlığının sağlanmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle, kamu denetçiliği kurumunun mevcut olduğu örneklerde, kamu denetçisi, toplumun geniş kesimleri nezdinde saygınlığı olan, tüm siyasal ve sosyal gruplara eşit mesafede olduğuna güven duyulan kişiler arasından seçilmektedir. Bu amaçla, parlamentonun kamu denetçisini seçme yetkisi, nitelikli oy çoğunluğu esasına dayanmaktadır. Böylece, bu makama farklı eğilimlerdeki siyasi partilerin üzerinde uzlaşabilecekleri kişilerin seçilmesi sağlanmaktadır.
- Nihayet kamu denetçiliği, kamu makamlarının hukuka ve hakkaniyete uygun faaliyet göstermelerini teşvik etse dahi, bu kurumun hukuk devletinin asıl güvencesi olan anayasa yargısı, idari yargı ve temyiz denetiminin yerini alamayacağı unutulmamalıdır.

Kamu denetçiliği kurumunun denetim yetkisinin alanı, bu kurumun mevcut olduğu örneklerde farklılık göstermektedir. İsveç'te merkezi yönetim, yerel yönetim ve askeri kurumlar kamu denetçisinin denetim alanında yer almaktadır. Finlandiya'da ceza kanununun kamu görevlisi olarak tanımladığı herkes, kamu denetçisinin denetim yetkisine tabidir. Bu nedenle Finlandiya Ombudsmanı, hükümet, bakanlar ve mahkemeler dahil olmak üzere, farklı kurumlarda görev yapan tüm kamu görevlilerini denetleyebilmektedir. Danimarka'da merkezi yönetim, yerel yönetimler ve askeri kurumlar kamu denetçisi tarafından denetlenebilmektedir. Norveç'te de kamu idaresi kavramının kapsadığı merkezi yönetim ve yerel yönetim kuruluşlarının tüm unsurları, kamu denetçisinin denetimine tabidir.<sup>3</sup>

Türkiye'de kamu denetçiliği kurumunun kurulması gerektiği düşüncesi, uzun bir süreden beri akademik ve siyasi çevrelerde tartışılmaktadır. Üstelik, bu kurumun kurulması ve etkin olarak faaliyet göstermesi, Türkiye'nin AB sürecinde yerine getirmesi gereken yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Nitekim, Avrupa Birliği'nin Türkiye için yayımladığı ilerleme raporlarında, kamu yönetiminin hukuka uygunluğunun sağlanmasını teşvik edecek bir kamu denetçiliği kurumunun kurulması gerektiği vurgulanmıştır. 2005 tarihli ilerleme raporunda, kamu denetçiliğinin kurulması yönünde ciddi bir çalışmanın yürütülmediğine işaret edilmiş, bu tür bir kurumun kurulmasının idari faaliyetlere etkinlik kazandıracağı ve yolsuzlukların önlenmesine katkı sağlayacağı belirtilmiştir. Sonuç olarak, 28.09.2006 tarih ve 5548 Sayılı Kanun'la Kamu Denetçiliği Kurumu yaratılması öngörülmüştür. Böylece, 2006 ilerleme raporunda, Kamu Denetçiliği Kanunu'nun kabul edilmiş olmasından kaynaklanan olumlu gözlemlere yer verdikten sonra, bu kurumun vatandaşların idari faaliyetleri izlemesine katkı sağlayacağı vurgulanmıştır.

5548 Sayılı Kanun'un, "Amaç" başlıklı 1. maddesi şöyledir:

Bu Kanun'un amacı; gerçek ve tüzel kişilerin idarenin işleyişi ile ilgili şikâyetlerini, Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasa'da belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumu'nu oluşturmaktır.

Kanun, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, başdenetçilikten ve bir kuruldaki oluşacağı hükmüne yer vermektedir (m. 4, f. 2). Öte yandan kurumda, bir başdenetçi ve en fazla on denetçi ile genel sekreter, uzman, uzman yardımcıları ve diğer personelin görev yapacağı düzenlenmiştir (m. 4, f. 3). Kanunun 9. maddesi, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görevlerini düzenlemektedir. Bu maddeye göre, kurum, vatandaşların şikâyeti üzerine idarenin her tür eylem ve işlemini hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden incelemekle ve önerilerini idari makamlara sunmakla yükümlüdür (f. 1). Ancak madde, "Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re'sen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı faaliyetlerine ilişkin işlemler ile yargı mensuplarının işlem ve eylemleri ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nin salt askeri hizmete ilişkin faaliyetleri"nin Kamu Denetçiliği Kurumu'nun denetimine tabi olmadığı hükmüne yer vermektedir (f. 2).

Kanunun 10. maddesi, kamu denetçiliğine seçilecek kişilerin vasıflarını düzenlemektedir. Madde, diğer şartlar yanında, kamu denetçisinin tarafsızlığını sağlamak amacıyla bu göreve seçilecek kişilerin herhangi bir siyasi partiye üye olmaması gerektiği hükmüne yer vermektedir. Kanunun 11/5. maddesi ise, Kamu Denetçiliği Kurumu'nda görev yapacak olan kamu başdenetçisi ile denetçilerin TBMM'nin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla seçileceği, bu sağlanamazsa, ikinci oylamada salt çoğunluk kuralının uygulanacağı, bu da sağlanmadığı takdirde, üçüncü oylamada karar yetersayısı mevcut olmak şartıyla basit çoğunluk kuralıyla yetinileceği hükmüne yer vermektedir. Madenin ilk oylamada üçte iki, ikinci oylamada salt çoğunluk kuralına yer vermesi, kamu denetçilerinin tarafsız kişiler

■ 3 Oğuz Babüroğlu ve E. Nevra Hatiboğlu, *Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi*, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, Ocak 1997, s. 22-23.

arasından seçimini teşvik eden bir role sahip olacaktır. Ne var ki, maddede, ilk iki oylamada seçim gerçekleşmediği takdirde üçüncü oylamada basit çoğunluk kuralıyla yetinilmesi, kamu denetçilerinin parlamento çoğunluğu tarafından seçilmesine yol açabilecektir. Böylece kamu denetçisinin, farklı eğilimdeki siyasi partilerin üzerinde uzlaşacakları kişiler arasından seçimi ilkesinden feragat edilmiş olacaktır. Oysa, dünyadaki örnekler incelendiğinde, bu kurumun kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi için kamu denetçilerinin parlamentonun nitelikli oy çoğunluğuyla seçimi şartına yer verildiği görülmektedir.

Kanunun 12. maddesi, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun bağımsızlığını sağlamak amacıyla "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, başdenetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz" hükmüne yer vermektedir. 18. madde ise, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun istediği bilgi ve belgelerin en geç otuz gün içinde kuruma sunulmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamakta, ancak aynı madde 2. fıkrasında, devlet sırları ve ticari sırların bu yükümlülüğün dışında kalabileceğini düzenlemektedir. Kanunun 22. maddesi, kamu denetçiliğinin her yıl hazırladığı raporları Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'ndan oluşan Karma Komisyon'a sunacağı ve bu raporların kamuoyunun bilgisine sunulmak üzere, *Resmî Gazete*'de yayımlanacağı hükmüne yer vermektedir.

5548 Sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nce 25.12.2008'de iptal edilmiştir.<sup>4</sup> Mahkemenin bu kararı, 5548 Sayılı Kanun'un, Anayasa'nın egemenliği düzenleyen 6, TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87 ve idarenin bütünlüğü ile kamu tüzelkişiliğini düzenleyen 123. maddelerine aykırı olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Kararın 87. maddede ilişkin gerekçesi şöyledir:

Yasa'nın bir bütün olarak incelenmesinden, başdenetçi ve denetçilerin seçimi ve görevden alınmaları konularında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne görevler verildiği ve Yasa'nın bu konulara ilişkin hükümlerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce yürütülmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 87. maddesinde, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulu'nu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kurulu'na belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek ve Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir" denilerek, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri açıkça belirtilmiştir. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanma ve görevleri yerine getirme şeklindeki hükümlerin, genel nitelikteki görevleri düzenleyen bu maddeye alınması uygun görülmüştür. Madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa'da gerek bu maddede gerek diğer maddelerinde düzenlenmiş olan bütün görev ve yetkilerini kapsayacak şekilde düşünülmüştür. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa'da belirtilen görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumu'na başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi adı geçen Kurum ile Türkiye Büyük Millet Meclisi arasında bu seçime olanak verecek Anayasa'dan kaynaklanan doğal sayılabilecek bir ilişki de söz konusu olmadığından Yasa Anayasa'nın 87. maddesi ile uyumlu değildir.

Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, hukuki dayanaktan yoksun olmakla birlikte, Anayasanın 153. maddesi karşısında, tüm devlet organlarını ve idari makamları bağlayıcı niteliktedir. Bu yüzden, "Yargı Reformu Stratejisi" belgesinin, "Uyuzmazlığı Önleyici Nitelikteki Tedbirlerin Etkin Hale Getirilmesi ve Alternatif Çözüm Yolları Geliştirilmesi" hedefine ulaşabilmek için öngördüğü Kamu Denetçiliği Kurumu'nun oluşturulması, anayasada bu kurumu düzenleyen bir hükme yer vermeyi zorunlu kılmaktadır. Ancak bu yöndeki bir anayasa değişikliğinin kabul edilmesinden sonra, kanun koyucunun Kamu Denetçiliği Kurumu hakkında yeni bir kanuni düzenleme kabul etmesi mümkün olabilecektir.

## ÖNERİ

Anayasanın, TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddesine "kamu başdenetçisi ile kamu denetçilerini seçmek" ifadesi eklenebilir. Bu anayasa değişikliğini takiben, TBMM, kamu denetçiliğinin kuruluş ve görevlerini düzenleyen yeni bir kanunu kabul edebilir. Kamu Denetçiliği Kanunu'nun hazırlanması sırasında, bu kurumun üye sayısının, üyelerinin sahip olacağı vasıfların ve üye seçiminde izlenecek yöntemin, demokratik dünyadaki örnekler dikkate alınarak yeniden düzenlenmesinde yarar vardır.

Türkiye, uzun senelerden beri, din, dil, etnik köken, mezhep ve cinsiyet temelinde ciddi kutuplaşmalarla, bu kutuplaşmaların yol açtığı, giderek derinleşen bir çatışma süreciyle karşı karşıya bulunmaktadır. Bu yüzden, Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulurken, bütün bu çatışma boyutları ile insan hakları alanında elde edilen çağdaş gelişmeler göz önünde bulundurulmalıdır. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, Kamu Denetçiliği Kurumu'nda, kamu gücü-

4 E. 2006/140, K.2008/185, k.t.25.12.2008, [Http://www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) Kararı eleştiren düşünceleri için bkz. Ergun Özbudun, "Kamu Denetçiliği ve Anayasa Mahkemesi", *Türkiye'nin Anayasa Krizi*, Liberte Yayınları, Ankara, 2009, s.231-237.

nün hukuka ve hakkaniyete uygunluğundan; din, mezhep ve etnik kökende ortaya çıkan ayrımcılıklardan; cinsiyet temelinde ortaya çıkan ayrımcılıklardan; engellilerin karşı karşıya kaldığı ayrımcılıktan sorumlu kamu denetçilerinin yer alması sağlanmalıdır. Öte yandan, Hakan Yılmaz'ın önerdiği gibi, kamu gücünün laik devlet anlayışıyla bağdaşmayan uygulamalarını denetleyecek bir kamu denetçisinin mevcut olması da düşünülmelidir.<sup>5</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu'nda, çeşitli alanlarda ortaya çıkan ayrımcılık yasağını ihlal eden uygulamaları denetleyecek üyelerin yer alması, bu kurumun mevcut olduğu Batılı örneklerde de tercih edilen bir yapıdır. Böylece, ülke düzeyinde kamu yetkisinin kullanımından kaynaklanan, hukuka ve hakkaniyete aykırı tüm uygulamaların sistemli biçimde denetlenmesi, raporlara dönüştürülmesi, bu uygulamalar hakkında kamuoyunun ve karar vericilerin bilgilendirilmesi sağlanabilecektir. Bu bilgilendirme süreci ise, karar vericilere izlemeleri gereken politikalar konusunda ışık tutacak, kamuoyunun karar mekanizmalarını harekete geçirecek bilgi düzeyine erişimini sağlayacaktır.

■ 5 Hakan Yılmaz, *Laiklik Türkiye'deki Uygulamaları, Avrupa İle Kıyaslamalar, Politika Önerileri, Rapor No: 9, BİLGESAM.*

# Sonuç

Serap Yazıcı

Yargı reformu projesi, Türkiye’de yargının bağımsızlığını, tarafsızlığını ve verimliliğini güçlendirmeye yönelik, kısa, orta ve uzun vadede gerçekleştirilmesi planlanan çeşitli hedeflere yer vermiştir; daha önce belirtildiği gibi, bu çalışmada, sözü geçen hedeflerden sadece anayasa değişikliği gerektirenler üzerinde durulmuştur. Bunlar, anayasa yargısı ile HSYK’nın yeniden yapılandırılması, askeri yargının yetkilerinin hukuk devletinin icaplarına uygun olarak sınırlandırılması, böylece yargı sistemindeki iki başlılığın sona erdirilmesi ve nihayet, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun yaratılmasıdır. Bu anayasa değişikliklerinin gerekliliği, ilgili bölümlerde teorik ve ampirik verilerle açıklanmıştır. Gerçekten Türkiye’de, hukuk devletinin icaplarına uygun, tarafsız ve bağımsız bir yargı düzeninin mevcut olmaması, büyük ölçüde yapısal faktörlerden kaynaklanmaktadır ve bu faktörler, ancak anayasal ve yasal reformlarla ortadan kaldırılabilir. Ne var ki, gerek bu reformların toplumun geniş bir kesiminin oydaşmasına dayanması, gerekse bu reformlardan beklenen tarafsız ve bağımsız bir yargı düzeninin yaratılması, hukuk devleti, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı gibi kavramların evrensel anlamları konusunda kamuoyunun objektif olarak bilgilendirilmesiyle mümkün olabilir. Çünkü bu kavramlar, Türkiye’nin kendine özgü siyasi şartlarında, 1961 ve 1982 Anayasalarına hâkim olan vesayet zihniyeti çerçevesinde öznel bir içerik kazanmış, bu öznel içerik de hukuk uygulayıcıları ve genç kuşaklar tarafından benimsenmiştir. Bu nedenle, Türkiye’de yargı fonksiyonunun tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanmasında, yargı kuruluşlarına ilişkin yapısal reformların kabulü kadar, kamuoyunun objektif bilgilendirilmesi de gereklidir.

Hukuk devleti, yargı da dahil olmak üzere, tüm devlet organ ve makamlarını hukukun sınırları içinde hareket etmeyle yükümlü kılan bir ilkedir; oysa Türkiye’de belirli çevrelerde, bu ilkenin sadece seçilmiş organları ve idari makamları bağladığı inancı hâkimdir. Devlet seçkinlerince benimsenen ve yüksek yargı kuruluşlarınca da paylaşılan bu inanç, yargı kararlarının hukuki ölçütlere dayanmamasının, bu kararlara siyasi ve ideolojik saiklerin hâkim olmasının asıl nedenidir. Bu bakış açısı, bir yandan yargıyı siyasallaştırmakta, diğer yandan da bu fonksiyonun tarafsız olarak yerine getirilmesini engellemektedir. Yargı kararlarının hukuka uygun olma zorunluluğunun önemsenmemesi veya hukuka uygun olmayan yargı kararlarının belirli çevrelerde meşru görülmesi, ülkemizde “hâkimler hükümeti” veya “jüristokrasi” olarak tanımlanan bir sistemin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu tür bir sistemin, hukuk devleti ve temsili demokrasiyle bağdaşmadığı açıktır.

Yargının bağımsızlığı kavramı çerçevesinde, Türkiye’ye özgü olarak ortaya çıkan bir başka yanılgı ise, bu kavramın sadece yargının kurumsal bağımsızlığına indirgenecek biçimde algılanmasıdır. Şüphesiz, hukukun üstünlüğü kuralının korunması için, yargının siyasal organlar karşısında kurumsal bağımsızlığının garanti edilmesi gereklidir. Ne var ki, yargı kararlarının her tür baskıdan uzak olarak, hukukun sınırları içinde alınmasında, yargının kurumsal bağımsızlığı kadar yargı mensuplarının bireysel bağımsızlıklarının da temini gerekmektedir. Bu ancak, yargı mensuplarına gerekli mesleki güvencelerin sunulmasıyla mümkündür. Yargı mensupları anayasadan ve kanunlardan kaynaklanan görevlerini yerine getirirken, verdikleri kararlardan dolayı özlük haklarını kaybetme endişesiyle karşı karşıya olmalıdır. Bu zorunluluk, onların yasama ve yürütme organlarıyla yargının kendi içinden gelebilecek her türlü müdahaleye karşı korunmalarını gerektirir.

Nihayet, ülkemizin yargı kültürü içinde ortaya çıkan bir başka problem de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları arasındaki neden-sonuç ilişkisiyle ilgilidir. Demokratik bir hukuk devletinde, aslanan yargı kararlarının tarafsızlığıdır. Yargının bağımsızlığı, bunu sağlayacak araçlardan biridir. Türkiye’de ise uzun yıllardan beri süregelen tartışmalar, yargının tarafsızlığı sorununu ikinci plana iterek, yargı bağımsızlığının asıl amaç olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bütün bu sebeplerle, Türkiye’de hukukun üstünlüğüyle sınırlanan, tarafsız ve bağımsız bir yargı sisteminin kurulması için anayasal ve yasal değişiklikler gerektiren yargı reformu kadar, temel hukuk kavramlarının evrensel anlamları konusunda köklü bir zihniyet değişikliğine de ihtiyaç vardır.

# ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİ HAKKINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME

Serap Yazıcı

Adalet ve Kalkınma Partisi, anayasanın çeşitli hükümlerini değiştirmeye yönelik olarak hazırladığı, yirmi üç madde ile üç geçici maddeden oluşan bir taslak metnini, 22 Mart 2010'da kamuoyuna açıklamıştır. Taslak, gerek hazırlanmasında izlenen yöntem, gerekse içerdiği hükümler yönünden çeşitli tartışmalara ve eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilerin bir kısmı dikkate alınarak, taslak bir kez daha gözden geçirilmek ve bazı yeni maddeler eklenmek suretiyle, yirmi altı madde ile üç geçici maddeden oluşan bir anayasa değişikliği teklifi biçiminde, 30 Mart 2010'da TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur.<sup>1</sup>

Teklif, anayasaya bazı yeni haklar eklemek, mevcut hakların anayasal güvencelerini güçlendirmek, bazı hakların ise alanını genişletmek suretiyle, temel haklar ve özgürlükler yönünden iyileştirici düzenlemelere yer vermektedir. Bunlar, kadınlar, çocuklar, engelliler ve yaşlılar lehine pozitif ayrımcılık kuralının tanınması (AY. m. 10, Teklif m. 1), kişisel verilerin (AY m. 20, Teklif m. 2) ve çocuk haklarının (AY m. 41, Teklif m. 4) korunması, memurlara ve diğer kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkının tanınması (AY m. 53, Teklif m. 6), yerleşme ve seyahat hürriyetinin (AY. m. 23, Teklif m. 3) güçlendirilmesi, kapatma yaptırımının (AY m. 69, Teklif m. 8) zorlaştırılmasıdır. Öte yandan, teklifte hukuk devletini güçlendiren düzenlemeler de yer almaktadır. Bunlar, TSK'dan her türlü ilişik kesmeye ilişkin Yüksek Askeri Şura kararlarının, meslekten ihraca ilişkin HSYK kararlarının ve disiplin cezalarının yargı denetimine açılması; Genelkurmay Başkanı, Kuvvet Komutanları ve Meclis Başkanının Yüce Divan'da yargılanmalarına olanak tanınması; Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulması ve nihayet, geçici 15. maddenin içerdiği yargı bağımsızlığının ilgası şeklindedir. Teklif, HSYK ve Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılması, askeri yargının<sup>2</sup> yetki alanının sınırlanması yönünde hükümler de içermektedir.

Bu değişikliklerin tümü önemli olmakla birlikte, bu bölümde teklifin, raporumuzun konusuyla ilişkili hükümleri üzerinde durulacaktır. Bunlar, teklifin hukuk devleti güvencelerini güçlendiren, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulmasını sağlayan, Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın yeniden yapılandırılmasını sağlayan hükümlerdir.

## HUKUK DEVLETİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ

### ÇEŞİTLİ YARGI BAĞIŞIKLIKLARININ İLGASI

Teklifin 12. maddesinde, Anayasanın idari yargı yolunu düzenleyen 125. maddesinde iki önemli değişiklik yapılmaktadır. Bunlardan biri, anılan maddenin Yüksek Askeri Şura kararlarına sunduğu yargı bağımsızlığının kısmen ilgasıdır. Diğeri ise, bu maddeye "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz" hükmünün eklenmesidir. Teklif, Yüksek Askeri Şura kararlarının tümünü değil, ancak bu kararlardan, TSK'dan her türlü ilişik kesmeye ilişkin olanları yargı denetimine açmaktadır. Bu nedenle 125. maddenin, Yüksek Askeri Şura kararlarına sunduğu yargı bağımsızlığı tümüyle değil, ancak kısmen ilga edilmektedir.

Yukarıda hukuk devletine ilişkin açıklamalarda değinildiği gibi, bu ilke, tüm devlet organlarının ve idari makamların her tür eylem ve işleminin hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi olmasını gerektirmektedir. Böylece, devlet otoritesinin hukukun sınırları içinde hareket etmesi sağlanarak, bireylerin bu otorite karşısında kendilerini güvende hissetmeleri temin edilmektedir. Bu nedenle, Anayasanın 125. maddesinin Yüksek Askeri Şura kararlarına sunduğu yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin icaplarıyla çelişmektedir. Teklifin bu yargı bağımsızlığını kısmen ilga etmesi, hem Anayasamızda Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddenin içerdiği hukuk devleti ilkesinin, hem de Türkiye'nin üyelik sürecinde olduğu Avrupa Birliği'nin öngördüğü Kopenhag siyasi kriterlerinin karşılanması anlamına gelmektedir.

1 Halen süregelen tartışmalar, teklif metninde değişiklikler yapılabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Böyle olmakla beraber buradaki değerlendirmelerimize esas olan, 30 Mart 2010'da TBMM Başkanlığı'na sunulan teklif metnidir.

2 Teklifin askeri yargının yetki alanını sınırlayan hükümleri, Ümit Kardaş tarafından, raporun son kısmında değerlendirilecektir.



Şüphesiz, hukuk devletinin, yasama ve yürütme organlarıyla her tür idari makamın eylem ve işlemlerini hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi kılması, bu yargı denetiminin hukuka uygunlukla sınırlı olmasını gerektirmektedir. Bu ise, bir kamu işleminin, ancak hukuk kurallarına uygunluk yönünden denetlenebileceğini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, hukuk devleti, bir işlemi yapan makamın takdir yetkisinin denetlenmesi anlamına gelen siyasal yerindelik denetimine izin vermemektedir. Ne var ki, Türkiye'nin 1961 Anayasası'ndan bu yana gerek idari yargı alanında, gerekse anayasa yargısı alanında karşılaştığı en önemli problemlerden biri, yerindelik denetimidir. Yargı organlarının, kamu işlemlerini siyasal yerindelik yönünden denetleyerek bunlara ilişkin iptal kararları vermeleri, bir yandan yargının tarafsızlığını, diğer yandan da temsili demokrasiyi önemli ölçüde zayıflatmaktadır. Böylece, hukuk devleti ve temsili demokrasiyle bağdaşması imkânsız bir tür hâkimler hükümeti modeli ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden, teklifin Anayasanın 125. maddesine eklediği "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz" hükmü, bu problemin çözümünü teşvik etmesi bakımından isabetli görülebilir. Ne var ki, Anayasaya eklenen bu tür bir hükmün, tek başına, idari yargı kuruluşlarının yerindelik denetimi yapmasını önleyemeyeceğini de unutmamak gerekir. Nitekim, Anayasamızın 125. maddesinin 4. fıkrasında, "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez" şeklinde bir hüküm mevcuttur. Bu hükme rağmen idari yargı kuruluşları, çeşitli kararlarında hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını aşarak, adeta yeni bir idari işlem tesis edecek biçimde hareket etmektedir. Bu nedenle, yargı kuruluşlarının siyasal yerindelik denetimi yapmalarının önlenmesinde, sadece anayasa mühendisliği yönteminin yeterli olmadığı, hukuk fakültelerindeki eğitimin gözden geçirilmesi dahil olmak üzere, daha uzun vadeli politikalara ihtiyaç olduğu göz ardı edilmemelidir.

Teklifin 14. maddesi, Anayasanın 129. maddesiyle, uyarma ve kınama cezalarına sunulan yargı bağışıklığını ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan, teklifin HSYK'nın yeniden yapılandırılmasını öngören 22. maddesi, Anayasanın 159. maddesinin HSYK kararlarına sunduğu yargı bağışıklığını kısmen ilga etmektedir. Bu hükme göre, HSYK'nın meslekten çıkarmaya ilişkin kararları yargı denetimine tabi olacaktır.

Teklifin 19. maddesi, Meclis Başkanı, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanmalarına olanak tanıyan bir hükme yer vermektedir. Mevcut anayasal düzenlemeler çerçevesinde, sözü edilen kişilerin, görevleriyle ilgili bir suç işlemeleri halinde bu suçlarından dolayı hangi yargı kuruluşu önünde yargılanacaklarını gösteren bir düzenleme mevcut değildir. Oysa, bir hukuk devletinde hiç kimsenin işlediği bir suçtan dolayı yargılanmama imtiyazı olamayacağı, bu yöndeki bir imtiyazın Anayasanın eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu yüzden, teklifin içerdiği bu hükmün önemli bir hukuk boşluğunu giderdiği söylenebilir.

Öte yandan teklif, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasını sağlayan hükümleri çerçevesinde, Yüksek Mahkeme'nin Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlar için bir itiraz mekanizması öngörmüştür. Bu hükme göre "Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir". Yüksek Mahkeme'nin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamanın ceza yargılaması olduğu düşünüldüğünde, bu kararlar için itiraz mekanizmasının öngörülmesi de adil yargılanma hakkının gereklerinden birinin karşılanması anlamına gelmektedir.

Teklifin 24. maddesi, Anayasanın geçici 15. maddesinin ilgasını öngörmektedir. Bilindiği gibi bu hüküm, Milli Güvenlik Konseyi üyeleri, Milli Güvenlik Konseyi yönetimi süresince kurulan hükümetler, Danışma Meclisi üyeleri ile Milli Güvenlik Konseyi yönetiminin kararlarını uygulayanlara ilişkin bir yargı bağışıklığı sunmaktadır. Bu nedenle, 12 Eylül müdahalesini takiben kurulan Milli Güvenlik Konseyi yönetimi döneminde ortaya çıkan ve çok geniş bir alana yayılan insan hakları ihlallerine karşı, bugüne kadar hiçbir idari, cezai veya mali takip gerçekleştirilememiş, bu ihlallerden sorumlu olanlara karşı herhangi bir yaptırım uygulanamamıştır. Oysa, Türkiye'de demokrasinin istikrar kazanmasını engelleyen en önemli faktörün, siyasal hayatın askeri müdahalelerle kesintiye uğraması olduğu açıktır. Bu engelin aşılması ise, sadece hükümet ve parlamentoyu devirmek üzere darbe teşebbüsünde bulunanların yargılanması ve teşebbüs fiillerinden dolayı cezalandırılmalarıyla aşılamayacaktır. Askeri müdahale tehlikesinin bertarafı, darbe teşebbüsünde bulunanlar kadar, darbe fiilini gerçekleştiren ve askeri yönetim dönemlerinde insan hakları ihlallerine yol açan kişilerin de bu ihlallerinden dolayı sorumlu kılınmalarını gerektirmektedir. Bu ise, ancak geçici 15. maddenin içerdiği yargı bağışıklığının ilgasıyla mümkün olabilir. Ne var ki, geçici 15. madde, korumaya aldığı fiiller yönünden, zaman aşımının işlemlerini önleyen açık bir kurala yer vermemektedir. Bu nedenle, madde kapsamındaki haksız fiiller ve suçlar için zaman aşımı süreleri dolmuş bulunmaktadır. Bu ise, maddenin ilgasıyla, 12 Eylül yönetimi döneminde ortaya çıkan insan hakları ihlallerinin otomatik olarak yargılanamayacağı, bu ihlallerin neden olduğu mağduriyetlerin ortadan kalkamayacağı anlamına gelmektedir. Geçici 15. maddenin ilgasının manevi değeri açık olmakla birlikte, 12 Eylül yönetimi süresince hayatını, beden bütünlüğünü, ruh sağlığını, eğitim ve öğretim hakkını, mesleki faaliyetini, aile birliğini kaybedenlerin mağduriyetlerini karşılayacak köklü tedbirlerin alınması gerektiği unutulmamalıdır.

## KAMU DENETÇİSİ

Teklifin 9. maddesi, TBMM Başkanlığı'na bağlı olarak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulmasını öngörmektedir. Yukarıda değinildiği gibi, kamu denetçiliğinin kurulması 5548 Sayılı Kanun'la öngörüldüğü halde, Anayasa Mahkemesi'nin bu kanunu iptal etmesi ve iptal gerekçeleri arasında, kamu denetçiliğinin anayasada düzenlenmesi zorunluluğuna işaret etmesi, bu yönde bir anayasa değişikliğini kaçınılmaz kılmaktadır. Öte yandan, kamu denetçiliğinin kurulması, AB ilerleme raporlarında üzerinde durulan hususlardan biridir. Bu yüzden teklifin, kamu denetçiliğinin kurulmasına ilişkin bir hükme yer vermesinde, AB'ye uyum süreci açısından da isabet vardır.

Ne var ki, teklifin önerdiği hüküm iki açıdan eleştirilebilir. Teklif, kamu denetçiliğinin TBMM Başkanlığı'na bağlı olarak kurulmasını öngörmekte, böylece bu kurumun yasama organı karşısındaki özerkliğinin zayıflayabileceği izlenimini uyandırmaktadır. İkinci nokta, kamu başdenetçisinin seçiminde izlenecek yöntemle ilgilidir. Madde, kamu başdenetçisinin, TBMM üye tamsayısının üçte ikisiyle seçileceğini öngörmekte, ilk iki oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu kuralını içermekte, bunun da sağlanamaması halinde dördüncü oylamanın basit çoğunluk esasına dayanacağını hükme bağlamaktadır. Böylece, kamu başdenetçisinin seçimi sadece parlamentonun basit çoğunluğunun iradesiyle gerçekleşebilecektir. Bu ise, kamu başdenetçisinden beklenen fonksiyonun yerine getirilmesini engelleyebilecektir. Sadece parlamentonun basit çoğunluğunun, diğer bir deyişle, iktidar partisinin oylarıyla seçilen bir kamu denetçisinin, yürütme fonksiyonunun denetiminde ne ölçüde tarafsız olabileceği tartışmalı hale gelebilecektir. Bu nedenle, kamu başdenetçisinin seçiminde nitelikli oy çoğunluğu kuralından vazgeçmemek, parlamentoyu adaylar üzerinde uzlaşmaya teşvik etmek isabetli olacaktır.

## ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YENİDEN YAPILANDIRILMASI

Teklif, Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısını, üyelerin seçiminde izlenen yöntemi ve görev sürelerini, seçilme yeterliklerini düzenleyen ve Mahkemenin iki dairesi olarak çalışmasını öngören hükümlere yer vermek suretiyle, Yüksek Mahkeme'nin yeniden yapılandırılmasını hedeflemektedir.

## ÜYE KOMPOZİSYONU

Anayasanın mevcut 146. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin önemli bir bölümü, Yargıtay (2 asıl 2 yedek), Danıştay (2 asıl 1 yedek), Askeri Yargıtay (1 asıl), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (1 asıl), Sayıştay (1 asıl) ve YÖK'ün (1 asıl) gösterecekleri adaylar içinden Cumhurbaşkanınca seçilmektedir. Üç asıl bir yedek üye ise, yüksek yöneticiler ve avukatlar arasından gene Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Bu nedenle, Mahkemenin üye kompozisyonu üzerinde nihai yetki Cumhurbaşkanına aittir. Cumhurbaşkanı, sekiz asıl üç yedek üye üzerinde, bu yetkisini çeşitli kurumlarla paylaşmak suretiyle dolaylı olarak, üç asıl bir yedek üye üzerindeki yetkisini ise doğrudan doğruya kullanmaktadır.

Teklif ise, on yedi üyeden oluşması öngörülen Anayasa Mahkemesi'nin üç üyesini seçme yetkisini TBMM'ye tanımaktadır. TBMM bu üyeleri doğrudan doğruya değil, ikisini Sayıştay'ın, birini ise baro başkanlarının gösterecekleri adaylar arasından seçecektir. TBMM'ye tanınan bu yetki, Yüksek Mahkeme'ye sınırlı da olsa demokratik meşruiyet kazandıracaktır. Ne var ki, yukarıda işaret edildiği gibi, demokratik dünyaya ait örnekler incelendiğinde, anayasa mahkemelerinin üyelerinin tümünün veya önemli bir kısmının parlamentolar tarafından seçildiği görülmektedir. Bu nedenle, teklifin TBMM'ye on yedi üyeden sadece üç üyeyi seçme yetkisini tanınması, yapılan iyileştirmenin özü itibarıyla olumlu, ancak yetersiz bir adım olduğunu göstermektedir. Burada üzerinde durulması gereken en önemli husus, TBMM'nin bu yetkiyi, ilk oylamada üye tamsayısının üçte ikisiyle, ikinci oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğuyla, bu da sağlanamazsa son oylamada basit çoğunlukla kullanmaya yetkili kılınmasıdır. Anayasa Mahkemesi gibi önemli bir yüksek yargı kuruluşunun üyeliklerinin basit çoğunluk kuralıyla doldurulması, uygulamada, seçim sürecinin, çoğunluk partisinin iradesiyle şekilleneceği anlamına gelecektir.

Teklif, Anayasa Mahkemesi'nin on dört üyesini seçme yetkisini ise Cumhurbaşkanına tanımaktadır. On üye, Yargıtay (3), Danıştay (2), Askeri Yargıtay (1), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (1) ile YÖK'ün (3) gösterecekleri üçer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilecektir. Dört üye ise, üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından, Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilecektir. Mevcut 146. madde de Cumhurbaşkanına üç asıl bir yedek üyeyi, yüksek yöneticiler ve avukatlar arasından seçmek şeklinde, nispeten geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Teklif ise, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya seçeceği üyelerin sayısını artırmamakta, bu üyelerin birinci sınıf hâkim ve savcılarla, Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçilmesine olanak sunmaktadır. Halen Yüksek Mahkeme'de raportör olarak görev yapanlar, tüm dava dosyalarını incelemekte, raporlarını Mahkeme heyetine sunmakta, Mahkeme heyeti de bu raporlardaki değerlendirmeleri dikkate almak suretiyle kararını vermektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisine dahil konularda tecrübe ve birikime sahip olan raportörlerin, Mahkemeye üye seçilecek kişiler arasında belirtilmiş olması isabetlidir.

## ÜYELERİN GÖREV SÜRESİ

Teklifin 18. maddesi, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresini on iki yıla sınırlamakta ve üyelerin ikinci kez seçimine olanak tanımamaktadır. Anayasamızın, Mahkeme üyelerinin görev süresini düzenleyen 147. maddesi ise, üyeliğe seçimin yeterli şartları arasında, kırk yaşı tamamlamış olma koşulunu öngörmekte ve üyelerin emeklilik yaşı olan altmış beş yaşı tamamlayıncaya kadar bu statülerini sürdürmelerine olanak sağlamaktadır. Böylece, kırk yaşını tamamladığında Yüksek Mahkeme'ye üye seçilen bir kişi, yirmi beş yıl süreyle bu görevi sürdürmektedir. Bu ise, Mahkeme kompozisyonunun, toplumsal değişimlere cevap veremeyecek ölçüde kemikleşmesine yol açmaktadır. Oysa dünyadaki örnekler incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin ortalama görev sürelerinin dokuz ile on iki yıl arasında değiştiği, bunların bir kısmında yeniden seçilmeye olanak tanınmadığı da görülmektedir. Bu nedenle teklifte üyelerin görev süresinin on iki yıla sınırlanması isabetlidir.

Ne var ki, teklifin 25. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nde halen görev yapan asıl ve yedek üyelerin, altmış beş yaşını tamamlayıncaya kadar bu statülerini sürdürecekleri, değişiklik teklifinin yürürlüğe girmesiyle birlikte yedek üyelerin asıl üye statüsü kazanacakları hükmüne yer vermektedir. Bu ise, Anayasa Mahkemesi'nin üye kompozisyonunun uzun bir vadede, ancak tedricen değişebileceğini göstermektedir. Oysa teklif, görev süresini on iki yıla sınırlayan hükmünü, mevcut üyeleri de içine alacak biçimde düzenlemeliydi. Bu tür bir tercih, devam eden statülere ilişkin kural değişikliklerinin bu statülere uygulanması gerektiği, müktesep hak kuralının ancak tamamlanmış statüler için geçerli olabileceği yolundaki kamu hukukunun yerleşmiş ilkesine daha uygun olurdu.

## ANAYASA ŞİKÂYETİ

Teklifin 19. maddesi, Anayasanın, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesine yeni bir hüküm eklemek suretiyle, anayasa şikâyetine olanak sağlamıştır. Avusturya, Almanya, İspanya, İsviçre, Belçika, Macaristan gibi ülkelerde uygulanmakta olan anayasa şikâyetinin amacı, kamu gücü kullanılarak yapılan işlemlerin anayasaya uygunluk denetimini sağlamaktır. Böylece, anayasa şikâyeti, anayasa yargısının işlevini genişleterek, kanunlar ve kanun hükmünde kararname dışındaki kamu işlemlerini de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir hale getirmektedir. Bu nedenle, anayasa şikâyeti mekanizması Türkiye'de Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek yargı kuruluşlarınca eleştirilmektedir. Bu yüksek yargı kuruluşlarına göre, Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyetlerini inceleme yetkisinin tanınması, bu Mahkemeyi yüksek yargı kuruluşlarının da üzerine çıkaracaktır. Böyle olmakla beraber, çeşitli çevrelerde, anayasa şikâyetinin tüm kamu gücünün anayasaya uygun kullanılmasını teşvik edeceği yolunda bir kanaat mevcuttur. Nitekim, TOBB'nin 2000, TBB'nin 2001 ve 2007 yıllarında hazırladıkları tasarlarda, Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyetlerini inceleme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Bütün bu tasarlarda anayasa şikâyeti, AİHS'nin içerdiği haklarla sınırlı olarak harekete geçirilecek bir mekanizma biçiminde tanınmıştır. Oysa, Anayasamızın milletlerarası andlaşmaların hukuki statüsünü düzenleyen 90. maddesine 2004'te eklenen hüküm, aynı amaca hizmet eden bir hukuki sonuç doğurmaktadır. Anılan hüküm şöyledir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu hüküm karşısında, tüm yargı kuruluşlarının kendilerine intikal eden uyuşmazlıklarda Anayasanın 90. maddesinde yer alan emredici kuralı uygulama zorunluluğu mevcuttur. Bu hükmün varlığına rağmen, Anayasa Mahkemesi'ne, aynı amaca hizmet edecek biçimde, anayasa şikâyetlerini inceleme yetkisinin tanınması, anayasa düzeninde insan haklarının korunması lehine kurucu bir yenilik yaratmayacak, sadece Mahkemenin iş yükünü daha da artıracaktır.<sup>3</sup> Üstelik, anayasa şikâyeti mekanizmasının tanınması, AİHM'e yapılacak müracaatlarda da geciktirici bir role sahip olacaktır. Hatırlanacağı gibi, AİHM'e başvurulmasının ön şartlarından biri, iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Böyle olmakla beraber, Türkiye kamuoyunun bir kısmında, hatta anayasa hukukçuları arasında da anayasa şikâyeti mekanizması hararetle savunulmakta ve bu yönde bir anayasal reform talep edilmektedir. Bu yüzden, teklifin anayasa şikâyetine olanak tanıyan hükmü, bu çevrelerin beklentilerini karşılayacaktır.

Nihayet, teklifin 20. maddesi, Anayasa Mahkemesi'ni iki daire ve bir genel kuruldan oluşacak biçimde yeniden yapılandırmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne, anayasa şikâyetlerini inceleme yetkisinin tanınması halinde, Yüksek Mahkeme'nin halen yoğun olan iş yükünün daha da artacağı açıktır. Bu nedenle, bu yöndeki bir yenilik, Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli daireler ve genel kurul şeklinde yeniden yapılandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim, anayasa şikâyeti yöntemini benimseyen Türkiye Barolar Birliği'nin taslak çalışmalarında da Yüksek Mahkeme'nin benzer biçimde yeniden yapılandırıldığı görülmektedir.

3 Anayasa şikâyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 131-138.

## SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI

Teklifin 8. maddesi, siyasi partilerin kapatılmasını güçleştiren bazı düzenlemelere yer vererek, parti hürriyetinin alanını cılız da olsa genişletmiştir. Teklifte, Anayasanın 69. maddesinin 5. fıkrasının ilgası hedeflenmektedir. Böylece bir siyasi parti, program ve tüzüğünde yer alan ifadelerin anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına aykırı olduğu gerekçeyle kapatılamayacaktır. Pek çok siyasi partinin, henüz faaliyete geçmeden, sadece program ve tüzüğünde yer alan ifadeler sebebiyle kapatıldığı düşünülürse, teklifin bu uygulamayı sona erdirecek bir düzenlemeye yer vermesinin ne ölçüde isabetli olduğu anlaşılacaktır. Üstelik, 69. maddenin 5. fıkrasının ilgası, sadece parti hürriyetinin alanını genişletmekle kalmayacak, ifade hürriyetine getirilen bir sınırı da ortadan kaldıracaktır. Böylece Türkiye'nin, AİHM'de tazminata mahkûm edilmesine yol açan önemli bir anayasa hükmünün ilgası gerçekleşmiş olacaktır.

Öte yandan teklif, 69. maddenin 8. fıkrasında yer alan "Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz" hükmünün ilgasını da hedeflemektedir. Bugüne kadar kapatılmasına hükmedilen tüm siyasi partilerin, bir başka isim altında yeniden kuruldukları düşünülürse, 69. maddenin 8. fıkrasında yer alan ve hiçbir pratik sonuç doğurmayan hükmün ilgasıyla, siyasi ve sosyolojik realiteye uygunluğun sağlanacağı anlaşılacaktır.

Bundan başka teklif, kapatma yaptırımının ferî sonuçları üzerinde de iyileştirici hükümler içermektedir. Bu ferî sonuçlardan biri, Anayasamızın 84. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Buna göre: "Partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliği, bu kararın Resmi Gazete'de gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona erer." Teklif, isabetli olarak, bu hükmün ilgasını öngörmektedir. Kapatma yaptırımının diğer ferî sonucu ise, 69. maddenin 9. fıkrasında yer alan siyaset yasağıdır. Bu hükme göre: "Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazete'de gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar." Teklif, bu siyaset yasağını ilga etmemekte, yasağın süresini beş yıldan üç yıla indirmektedir. Oysa, gerek AİHM içtihatlarına uyum sağlanması, gerekse siyasi hürriyetlerin alanının genişletilmesi açısından, bu hükmün ilgası da sağlanmalıydı.

Nihayet, teklif kapatma davalarının usulünü de değiştirmektedir. Teklife göre: "Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın talebi üzerine, talebin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ulaştığı tarihte Meclis'te grubu bulunan her bir siyasi partinin beşer üye ile temsil edildiği ve Meclis Başkanı'nın başkanlığında oluşturulacak Komisyon'un üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla vereceği izin üzerine açılır ve Anayasa Mahkemesi'nce kesin olarak karara bağlanır." Oysa, Anayasanın 69. maddesine (f. 4) ve Siyasi Partiler Kanunu'nun (SPK) 100. maddesine göre, kapatma davası, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ya re'sen veya Bakanlar Kurulu kararıyla, Adalet Bakanının talebi üzerine yahut bir siyasi partinin talebi üzerine açılmaktadır. Bu ise, kapatma yaptırımının uygulandığı Almanya ve İspanya gibi ülkelerdeki usul kurallarından farklıdır. Almanya'da kapatma davasını harekete geçirme yetkisi, Parlamentonun her iki Meclisine veya Federal Hükümete aittir. İspanya'da ise bu yetki, Başsavcıya tekabül eden "Ministerio Fiscal"a ait olup, kendisi hükümetler tarafından atanan bir kişidir. Türkiye'de ise, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının re'sen kapatma davası açabilmesi, kapatma yaptırımının keyfi olarak uygulanmasına ve çok sayıda siyasi partinin kapatılmasına yol açmıştır. Nitekim, SPK'nın 100. maddesinin kapatma davasının Bakanlar Kurulu kararıyla, Adalet Bakanının talebi üzerine veya siyasi partilerin talebi üzerine açılabileceğini düzenleyen hükmüne rağmen, bugüne kadar kapatma davalarının tümü, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından re'sen açılmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına re'sen dava açma yetkisinin tanınması, Venedik Komisyonu'nun 2009 tarihli raporunda da<sup>4</sup> eleştirilmiştir. Rapor, kapatma davasının hesap verirliliği olan organlarca harekete geçirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle, teklifin kapatma davasının açılma usulünü değiştiren kuralı, özünde isabetli bir yeniliktir. Ne var ki, teklifin bu maddesinin, siyasi partilere yeterli bir güvence sunabileceği şüphelidir. Kapatma süreci, gene Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının talebiyle başlatılacak, ancak TBMM'nin ilgili komisyonunun vereceği karar üzerine davanın açılması kesinlik kazanacaktır. Teklif, bu komisyonda TBMM'de temsilcisi bulunan tüm siyasi partilerin beşer kişiyle temsilini öngörmekte ve kapatma izninin üye tamsayısının üçte ikisiyle verilebileceğini düzenlemektedir. Her şeyden önce, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının süreci harekete geçirmesi, komisyonu otomatik olarak kendisinden talep edilen izni vermeye teşvik edebilecektir. Öte yandan bu komisyonda, her siyasi partinin eşit sandalyeyle temsili, küçük partilerin bir blok oluşturarak çoğunluk partisi aleyhine dava açma sürecini harekete geçirmelerine yol açabilecektir. Bu nedenle, teklifin kapatma davasının usulünü değiştiren hükmü, siyasi partilere yeterli güvenceyi sunmaktan uzaktır. Oysa teklif, kapatma davasının, TBMM'nin üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alacağı karar üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafın-

4 "Venedik Komisyonu'nun Türkiye'de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Yasal Hükümlere Dair Görüşü" Bu rapor, TESEV tarafından Türkiye'ye çevrilmiştir. (<http://www.tesev.org.tr/UD.OBJS/PDF/DEMP/Venedik%20Komisyonu%20Raporu-Tercume.pdf>)

dan açılabilceği yönünde bir hükme yer verseydi daha isabetli bir yöntem izlemiş olurdu. Böylece, kapatma davasının harekete geçirilmesinde, inisiyatif, hesap verirligi olan parlamentoya ait olur, parlamentodaki azınlık partilerinin çoğunluk partisi aleyhine bir blok oluşturması da önlenebilirdi.

Öte yandan, teklif 20. maddesinde, kapatma kararlarının güçleştirilmesini sağlamak amacıyla, bu kararların, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının üçte ikisiyle verilebileceğini düzenlemektedir. Anayasanın 149. maddesine göre, kapatma kararı üye tamsayısının beşte üçüyle verilebilmektedir. Bu değişikliğin de parti hürriyetini nispi olarak güçlendirdiği söylenebilir.

Teklifin siyasi parti hürriyeti yönünden en büyük eksikliği, kapatmayı gerektiren nedenleri, Venedik Komisyonu'nun 1999 tarihli raporuna uygun olarak, şiddete başvurma veya şiddeti savunma kriterleriyle sınırlanmamasıdır.<sup>5</sup> Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, çoğu muğlak anlamlar içeren, bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'ne kapatmaya hükmetmek konusunda geniş takdir yetkisi sunan nedenlerin tümü varlığını korumaktadır.

## **HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN YENİDEN YAPILANDIRILMASI**

Teklif 22. maddesinde, HSYK'nın yeniden yapılandırılmasını öngören bir hükme yer vermektedir. Bu hükme göre, HSYK yirmi bir asıl, on yedek üyeden oluşacak ve üç daire halinde çalışacaktır. Adalet Bakanı Kurulun başkanı, Adalet Bakanı Müsteşarı ise Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, üç asıl, iki yedek üyesi Yargıtay, bir asıl, bir yedek üyesi Danıştay, bir asıl, bir yedek üyesi Adalet Akademisi üyeleri arasından, kendi genel kurullarınca; yedi asıl, dört yedek üyesi, birinci sınıfa ayrılmış adliye hâkim ve savcılar arasından, bu grupta yer alan hâkim ve savcılar tarafından; üç asıl, iki yedek üyesi, idari yargı hâkim ve savcılar arasından, bu grupta yer alan hâkimler ve savcılar tarafından seçilecektir. Dört üye ise, nitelikleri kanunda belirtilen; yüksek öğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından, Cumhurbaşkanı tarafından seçilecektir.

Teklifin, HSYK üyelerinin sayısını artırması ve Kurulda yüksek yargı kuruluşları yanında, birinci dereceye ayrılmış adli ve idari hâkim ve savcılarının yer almasına olanak tanınması isabetlidir. Böylece, bir yandan Kurulun üye sayısı yargı sisteminin büyüklüğu oranında artırılırken, diğer yandan Kurulda, yargının tüm kademelerine temsil olanağı sunulmuştur. Üstelik, Kurulda yargıyı temsilen yer alacak üyelerin tümü, kendi eşitlerince seçilecektir. Bütün bu hususlar, HSYK'nın yukarıda yer verilen, Türkiye'nin üyesi bulunduğu uluslararası kuruluşlarca hazırlanan raporlar ışığında yeniden yapılandırıldığını göstermektedir.

Teklifin bu bağlamdaki en büyük eksikliği, Kurulun üyelerinin seçiminde TBMM'ne yetki tanımamasıdır. Oysa, demokratik dünyadaki örnekler ve Türkiye'nin üyesi bulunduğu kuruluşların raporları, HSYK benzeri organlarda parlamento tarafından seçilen üyelerin yer alması gerektiğini göstermektedir. Teklifin bu eksikliği, HSYK'yı bugün olduğu gibi, gelecekte de demokratik meşruiyet ve hesap verirlikten yoksun bırakacaktır. Teklif, TBMM'ye sunması gereken üye seçme yetkisini Cumhurbaşkanına sunmakla, bir başka sorunun ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. 1982 Anayasası'nın en önemli kusurlarından biri, parlamentarizmin temel mekanizmaları yanında, çok güçlü bir Cumhurbaşkanlığına yer vermesidir. Bu ise, özellikle Cumhurbaşkanı ve parlamento çoğunluğunun farklı siyasi eğilimlerde olması halinde, devlet hayatını kilitleyebilecek bir tablo yaratmaktadır. Nitekim geçmişte bu yönde problemler yaşanmıştır. Teklif, Cumhurbaşkanına HSYK'ya üye seçme yetkisi sunmakla, zaten güçlü olan bu makamı biraz daha güçlendirmektedir. Ne var ki teklif, HSYK'nın Yargıtay ve Danıştay'dan gelen üyelerinin belirlenmesinde Cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkiyi sona erdirmekte, bu yetkiyi, Yargıtay ve Danıştay'ın genel kurullarına sunmakta, böylece Cumhurbaşkanlığının aşırı ölçüde güçlenmesi bir ölçüde önlenmektedir.

Genel olarak değerlendirdiğimizde, teklifin temel hakların ve hukuk devleti mekanizmalarının güçlendirilmesi konusunda olumlu hükümler içerdii söylenebilir. Öte yandan teklifin, Anayasa Mahkemesi'yle HSYK'yı yeniden yapılandırılan hükümlerinin de, bu kurumların mevcut vesayetçi görüntüsünü bir ölçüde değiştireceği düşünülebilir. Ne var ki teklif, bu kurumları demokratik hukuk devletinin icaplarına uygun olarak yeniden yapılandırılacak köklü değişiklikler içermemekte, bu yönde eksik, yetersiz, hatta ürkek hükümler içermektedir. Bu nedenle, değişiklik teklifi yürürlüğe girse dahi, Türkiye'nin daha özgürlükçü ve daha demokratik bir anayasa düzenine sahip olma yönündeki ihtiyacı sona ermeyecektir. Bu ise, yeni bir anayasanın hazırlanması yönündeki tartışmaların uzun bir süre daha kamuoyunu meşgul edeceği anlamına gelmektedir.

5 Venedik Komisyonu'nun "Siyasi Partilerin Yasaklanması Ve Kapatılması İle Benzeri Tedbirler Hakkında Yol Gösterici İlkeler" başlıklı bu raporu da, TESEV tarafından Türkteye çevrilmiştir: (<http://www.tesev.org.tr/UD-OBJS/PDF/DEMP/yol%20gosterici%20ilkeler-web%20oversiyonu.pdf>)

# ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNDE ASKERİ YARGI

Ümit Kardeş

Meclise sunulan anayasa değişikliği teklifinde askeri yargıyla ilgili değişikliklerin, yargılama birliği ve tabii hâkim ilkeleri doğrultusunda tam bir sivilleştirme-demokratikleştirme sağlamaktan çok, askeri yargı alanını daraltarak bir sıkışıklığı giderme amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Askeri mahkemelerin görevlerini belirleyen 145. maddede öngörülen değişiklikle, askeri suç ölçütü, askeri mahal ölçütü ve askerlerin askerler aleyhine suç işlemesi ölçütü kaldırılarak askeri mahkemelerin görev alanı önemli ölçüde daraltılmış,askeri mahkemelerin görevi sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili askeri suçlarla sınırlandırılmıştır. Bunun yanında devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davaların her halde adliye mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir. Aynı madde içinde, askeri mahkemelerin savaş hali hariç sıkıyönetim dönemlerindeki yetkilerine son verilmiştir. Yine aynı maddede savaş hali haricinde, asker olmayan kişilerin askeri mahkemelerde yargılanamayacağı düzenlemesi getirilerek sivillere bu anlamda tam bir güvence sağlanmıştır. Maddede son olarak, askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişi ve askeri hâkimlerin özlük işlerinde hâkim bağımsızlığı ve teminatı ilkeleri yanında yer alan “askerlik hizmetinin gerekleri” kriteri kaldırılmış, askeri hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden komutanlıkla ilişkilerinin kanunla düzenlenmesine ilişkin düzenleme de maddeden çıkarılmıştır. Bu maddede öngörülen değişikliklerden anlaşıldığı gibi, hem askeri mahkemelerin görev alanı önemli ölçüde daraltılmış, hem sivillere kesin bir güvence getirilmiş, hem de askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişleri ve askeri hâkimlerin özlük işleri bakımından askeri hizmetin gerekleri ölçütü kaldırılarak subay statüsünün getirdiği güvencesizliklerin dışında bırakılmak istenmiştir. Bu maddedeki değişiklikler kuşkusuz çok önemlidir. Ancak, yapılması gereken, askeri mahkemelerin ve disiplin mahkemelerinin anayasal organ olmaktan çıkarılması, dolayısıyla 145. maddenin tamamen kaldırılmasıdır. Askeri suçlarda temyiz incelemesi yapan Askeri Yargıtay (md.156 ) ve idari yargıda görev yapan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (md. 157 ) ise korunmuştur. Ancak, yapılan teklifte, bu iki askeri yüksek mahkemenin kuruluş ve işleyişi ve mensuplarının disiplin ve özlük işlerinde hâkim bağımsızlığı ve teminatı ilkeleri yanında yer alan “askerlik hizmetinin gerekleri” kriteri kaldırılmıştır. Bu değişikliğin hayata nasıl geçirileceği, kanunlarda yapılması gereken değişikliklerle belli olacaktır. Söz konusu iki mahkemenin de, yargılama birliği ilkesi ve adil yargılanma hakkı bakımından kaldırılması gerekmektedir. Bu konuda, raporun ilgili bölümünde önerilerde bulunulmuştur.

## GİRİŞ

SERAP YAZICI

Yazıcı, Serap: *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

## HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE YARGI TARAFSIZLIĞININ NORMATİF HUKUK ÖTESİ BOYUTU

OZAN ERÖZDEN

Aliefendioğlu, Yılmaz, "Adil Yargılanma Hakkı Etik (éthique) Açısından Yargı Bağımsızlığı ve Yansızlığı", *Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa: Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı*, haz. Osman Can, A. Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu, Otto Depenheuer, Michael Sachs, Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumu Yayını, İmaj Yayınevi: Ankara, 2006.

Bozkurt, Gülnihal: *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996.

---- "Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Sayı 22, Cilt VIII, Kasım 1991.

Can, Osman: "Yargı Bağımsızlığı: Yalnızca Normatif Bir Sorun mu?", *Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı*, haz. Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayınları, İstanbul, 2006.

Kelsen, Hans: "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

Sancar, Mithat ve Eylem Ümit Atılğan: "Adalet Biraz Es Geçiliyor...": *Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009.

Shambayati, Hootan ve Esen Kirdiş: "In Pursuit of 'Contemporary Civilization': Judicial Empowerment in Turkey", *Political Research Quarterly*, cilt 62, sayı 4, Aralık 2009.

Tanör, Bülent: *TCK 142. Madde: Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, Forum, İstanbul, 1979.

---- *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.

"Yargı Reformu Stratejisi" belgesi, TC Adalet Bakanlığı, 2009.

## ANAYASA YARGISININ YENİDEN YAPILANDIRILMASI

ERGUN ÖZBUDUN

Cappelletti, Mauro: *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971

Hirschl, Ran: *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts ve Londra, 2004.

Sweet, Alec Stone: *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

## YARGI REFORMU PROJESİ: HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU

SERAP YAZICI

Venedik Komisyonu (Venice Commission), *Judicial Appointments*, 15 Mart 2007, CDL-JD (2007)001rev. www.venice.coe.int

Avrupa Konseyi Yargıçları Danışma Kurulu (Consultative Council of European Judges [CCJE]), *Opinion no. 10 (2007)*, Strasbourg, 21-23 Kasım 2007: [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp)

Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986.

Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos, 2009.

## **KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU**

SERAP YAZICI

Avşar, B. Zakir: *Türkiye İçin Bir Model Önerisi*, Hak-İş Konfederasyonu, Ankara, 2000.

Babüroğlu, Oğuz ve E. Nevra Hatiboğlu, *Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi*, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, Ocak 1997.

Diamandouros, Nikiforos: *The European Ombudsman Origins, Establishment, Evolution*, ed. P. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005.

Özbudun, Ergun: "Kamu Denetçiliği ve Anayasa Mahkemesi", *Türkiye'nin Anayasa Krizi*, Liberte Yayınları, Ankara, 2009.

Yazıcı, Serap: *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı Ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

Yılmaz, Hakan: *Laiklik Türkiye'deki Uygulamaları, Avrupa İle Kıyaslamalar, Politika Önerileri, Rapor No: 9, BİLGESAM*.

## **ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİ HAKKINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME**

SERAP YAZICI

Venedik Komisyonu, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Yasal Hükümlere Dair Görüşü". Türkçe çevirisi, TESEV: ([http://www.tesev.org.tr/UD\\_OBJS/PDF/DEMP/Venedik%20Komisyonu%20Raporu-Tercume.pdf](http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/Venedik%20Komisyonu%20Raporu-Tercume.pdf))

Venedik Komisyonu, "Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Kapatılması İle Benzeri Tedbirler Hakkında Yol Gösterici İlkeler". Türkçe çevirisi, TESEV: ([http://www.tesev.org.tr/UD\\_OBJS/PDF/DEMP/yol%20ogosterici%20ilkeler-web%20versiyonu.pdf](http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/yol%20ogosterici%20ilkeler-web%20versiyonu.pdf))

Yazıcı, Serap: *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.



# YAZARLAR HAKKINDA

## OZAN ERÖZDEN

Ozan Erözden 1988'de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Aynı üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde kamu hukuku dalında 1990 yılında yüksek lisans, 1996 yılında da doktora programlarını tamamladı. 2009 yılında Siyasi Hayat ve Kurumlar alanında üniversite doçenti unvanını aldı. Erözden 1989-1997 yılları arasında İÜ Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku bölümünde araştırma görevlisi, 1997-1999 yılları arasında da aynı bölümde öğretim üyesi olarak görev aldı. 1998-2001 yılları arasında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı bünyesinde insan hakları gözlemcisi olarak Hırvatistan'da çalıştı. 2006-2007 döneminde Alexander von Humboldt bursuyla Köln Üniversitesi Ceza Hukuku Enstitüsü'nde demokrasiye geçiş süreci adaleti alanında araştırmalar yürüttü. Halen Yıldız Teknik Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümünde öğretim üyesi ve YTÜ Küresel İncelemeler Merkezi Müdür Yardımcısı olarak görev yapmaktadır.

## ÜMİT KARDAŞ

İstanbul'da serbest avukat olarak çalışmakta olup, yirmi iki yıl süresince Türk Silahlı Kuvvetleri'nde savcılık, hâkimlik ve adli müşavirlik yapmıştır. 1985 yılında hukuk doktoru olmuştur. TESEV bünyesinde faaliyet gösteren Güvenlik Sektöründe Demokratik Açılımlar Çalışma ve İzleme Grubu'nda görev yapmaktadır. *Hâkim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri*; *Askeri Ceza ve Ceza Yargısı*; *Disiplin Mahkemeleri ve Yargılama Usulü*; *Türkiye'nin Demokratikleşmesinde Öncelikler*; *Hukuk Devlete Sızabilir mi?*; *Ötekiler İçin Sivil İtaatsizlik Rehberi* isimli kitapları bulunmaktadır.

## ERGUN ÖZBUDUN

Profesör Dr. Ergun Özbudun halen Bilkent Üniversitesi'nde anayasa hukuku ve Türk siyasal hayatı konularında ders vermektedir. Uzun süre Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyeliği görevinde bulunmuş, ayrıca çeşitli ABD üniversitelerinde araştırmacı veya misafir profesör olarak görev yapmıştır. Prof. Özbudun, 1990 yılından beri, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) üyesidir.

## SERAP YAZICI

Prof. Dr. Serap Yazıcı, 1984'te Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Yüksek lisans ve doktora çalışmalarını, aynı üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde tamamladı. Halen İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olan Yazıcı'nın, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*; *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme*; *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*; *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine* başlıklı eserleri bulunmaktadır.



**TESEV**

Bankalar Cad. Minerva Han No: 2 Kat: 3  
Karaköy 34420, İstanbul  
Tel: +90 212 292 89 03 PBX  
Fax: +90 212 292 90 46  
info@tesev.org.tr  
www.tesev.org.tr



ISBN 978-605-5832-36-0