

Prof. Dr. Thomas Giegerich
LL.M. (Virginia Üniversitesi)

1 Ağustos 2011

Yönetici Direktör
Walther Schuecking Uluslararası Hukuk Enstitüsü
Kiel Üniversitesi Uluslararası Kamu Hukuku, AB Hukuku ve Kamu Hukuku Öğretim Görevlisi

Westring 400
D-24098 Kiel
Almanya

Tel: +49 0431 880 21 89
Faks: +49 0431 880 16 19
e-mail: tgiegerich@internat-recht.uni.kiel.de

Fasıl 23: Yargı ve Temel Haklar Hakkında 17-21 Ocak 2011 Tarihlerinde Gerçekleştirilen Uzman Heyetinin Görüşü

YARGININ BAĞIMSIZLIĞI, TARAFSIZLIĞI VE İDARESİ HAKKINDA RAPOR

İçindekiler

Yönetici Özeti.....	4
1. Giriş	4
1.1. 2011 Emsal Değerlendirme Misyonunun Takip Niteliği ve Raporun Kapsamı	4
1.2. Kaynaklar ve Metodoloji.....	5
2. 2010 Anayasal Reform Paketi – Yargı ile ilgili Unsurlar.....	7
2.1. Yargı Reformu üzerinden Siyasi Kutuplaşma.....	7
2.2. Tamamen Yeni bir Anayasaya Giden Yolun Açılması	8
2.3. Anayasal Reform Paketinin Kaderi	8
2.3.1. Olayların Gelişimi	8
2.3.2. Anayasal Reform Paketinin Ana Unsurlarına Kısa bir Bakış.....	9
2.3.3. Anayasa Mahkemesinin 7 Temmuz 2010 Tarihli Kararı – Yetki Aşımı mı?.....	10
2.3.4. Devam Etmekte Olan Mevzuat Uygulamaları	11
3. Anayasal reform Paketinin Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Açısından Değerlendirilmesi.....	11
3.1. Anayasa Mahkemesi: Yeni Yapı ve Yetkiler.....	11
3.1.2. Atama Sürecinde Reform: Türkiye Büyük Millet Meclisine Küçük bir Rol Verilmesi	12
3.1.3. Anayasa Mahkemesindeki “Bir Adam Bir Oy” Kuralının Kaldırılması	13
3.1.4 Türkiye Büyük Millet Meclisinde Seçim Usulü (Gerekli Çoğunluk)	14
3.1.5. Avukatlar Arasından Baro Başkanlarınca Aday Gösterilmesi	15
3.1.6 Cumhurbaşkanı'nın Baskın Nüfuzu	16
3.1.7 Anayasa Mahkemesi Üyeleri Arasında Askeri Hâkimlerin Bulunması	16
3.1.8. Temel Hakların Uygulaması için Bireysel Başvuru Hakkı Getirilmesi.....	18
3.1.9 Yüce Divan Sıfatıyla Verilen Kararların Dahili olarak Yeniden İncelenmesi	19
3.2 Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yeni Yapı ve Yetkiler	20
3.2.1 Üye Sayısının ve Çeşitliliğinin Artırılması	20
3.2.2 Seçim Sürecinde Reform	21
3.2.2.1 Yargı Mensuplarının Seçimi	21
3.2.2.2 Yargı Mensubu Olmayan Üyelerin Cumhurbaşkanı Tarafından Atanması.....	23
3.2.2.3 Görev Süresinin Kısa Olması Yeniden Atanma Olasılığı	23
3.2.3 Bakanlığın Etkisinin Azaltılması.....	24
3.2.4 İdari ve Mali Özerklik.....	25
3.2.5 Teftiş Sistemi ve Disiplin Yetkisinin Denetimi	25
3.2.6 Kararların Yayınlanması ve Etkin bir Hukuk Yolunun Mevcudiyeti.....	27
3.3 Askeri Yargı Sistemi: Yapı ve Yetkiler.....	28
4. Nihai Değerlendirme	30
Ek: 2009 Raporunda Yer Almakla Birlikte Uygulanmayan Öneriler	32

Özet

2010 yılında kabul edilen anayasal reform paketi Anayasa Mahkemesi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) bakımından önemli bir ilerleme kaydedilmesi anlamına gelmiştir. Ancak, Türk toplumun farklı kültürel ve siyasi yönelimlerinin bu kurumların üyelik yapılarına yeterince yansıtılmasını temin adına daha başka adımların da atılması gereklidir. Her iki kuruma yapılacak üye atamalarında Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) rolünün güçlendirilmesi gereklidir.

Reformun nihai başarısı, yeni HSYK'nın Türk yargısının bağımsızlığını, tarafsızlığını ve etkinliğini uygulamada ne denli muteber şekilde teşvik edeceğine bağlıdır. Daha genel bir ifade ile toplumun yargının bağımsız, tarafsız ve etkin olduğuna ve sorunsuz işlediğine dair güveni devam ettirilmeli, gerekli ise bu güven yeniden tesis edilmelidir. Bunun için, aksayan temyiz sisteminin tamir edilmesi ve hem hükümet hem de yargı tarafında profesyonel bir bilgilendirme politikasının oluşturulması gereklidir. Askeri yargının ayrı teşkilatlanması ve yetkilerinin bulunması, sivil otoritenin silahlı kuvvetler üzerindeki kontrolünün henüz tam gerçekleşmediğini göstermektedir.

Keskin siyasal kutuplaşma ve derinleşen güvensizlik göz önüne alındığında, Hükümetin gelecekteki reform adımları hakkında tüm paydaşlarla güven inşa etme ve diyalog çabalarının ("yuvarlak masa toplantıları") yoğunlaştırılması gereklidir. Ancak, bu diğer paydaşlar (muhalafet partileri, barolar, medya ve sivil toplum kuruluşları) da sorumluluktan vareste değildirler ve hükümetle samimi diyaloga girmeye hazırlıklı olmalıdırlar.

'Reformun kâğıt üzerinde kalması' yargının bağımsızlığını, tarafsızlığını ve etkinliğini güçlendirmeye yetmez. Reform zihinlerde yer etmelidir: devlet merkeziliğin, hiyerarşinin, bürokrasinin, kurumculuğun (devlet nüfuzunun) ve yargıda kopukluğun azaltılması ve insan haklarının bütünüyle uygulandığı yeni bir kültürel anlayışın tesisi gereklidir. Böylesi yeni bir yargı kültürünün gelişmesi için zamana ve aktif biçimde gayret sarf edilmesine ihtiyaç vardır.

1. Giriş

1.1. 2011 İstişari Ziyaret Heyetinin Takip Niteliği ve Raporun Kapsamı

2011 yılında İstişari Ziyaret kapsamında Ankara'ya gerçekleştirdiğim ziyaret, Kasım 2008'deki çalışma gezisine yönelik bir izlem/takip ziyareti niteliğinde idi. Bu ziyaret esnasında da çoğunlukla aynı konulara yoğunlaşmış ve öncelikli olarak 14 Nisan 2009 tarihli son raporumun (2009 Raporu)¹ ardından kaydedilen ilerleme ele alınmıştır. Anılan Rapora, Avrupa ile başta hukukun üstünlüğü temelinde entegrasyon bağlamında² olmak üzere yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının asli önemi, raporun kapsamı ve düzenlenme şekli ve terimlerin tanımı³ ile ilgili olarak atıfta bulunmaktayım. Demokratik bir yönetim sisteminde yargı bağımsızlığının mutlak biçimde tanımlanamayacağını özellikle yinelemek isterim. Yargı, güçler ayrılığının/dengesinin tesis edildiği ve siyasal kurumlarla düzgün işbirliğinin bulunduğu bir sisteme entegre edilmelidir.⁴ Ayrıca, hâkimler verecekleri bağımsız kararlar konusunda sadece dış müdahalelerden değil aynı zamanda yargının kendi içerisinde (örneğin, yüksek mahkemeler veya HSYK) gelmesi muhtemel

¹ Bu rapora şu adresten ulaşılabilir: <http://www.internat-recht.uni-kiel.de/institut/opinions/Report14042009.pdf>

² a.g.e. 1.1.

³ a.g.e. 1.2.

⁴ a.g.e. 1.4.3.

tehditlerden de korunmalıdırlar.⁵ Bunun yanı sıra 2009 Raporunda dile getirdiğim, Türkiye’deki “hukuk mücadelesi”nde AB’nin ve şahsımın rolünün altını çizmek isterim.⁶

Edindiğim genel izlenim şudur: 2009 yılında dile getirdiğim önerilerin önemli bir bölümü Türk Hükümeti tarafından uygulayacakları Yargı Reformu Stratejisinde yol gösterici öneriler olarak ciddiye alınmıştır.⁷ Yargı ile ilgili pek çok kilit önlem, 2010 anayasal reform paketinin bir parçası olarak yaşama geçirilmişken, bazı kilit tedbirler için süreç devam etmekte ve bazıları için henüz adım atılmamıştır. Başta Anayasa Mahkemesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapılanması ve ek işlevleri hakkındaki değişiklikler olmak üzere, yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri ile ilgili nihai bir değerlendirme yapmak için henüz çok erkendir. Bunun nedeni kısmen uygulama mevzuatının tam olarak çıkarılmamış olması (örn. Anayasa Mahkemesi hakkında mevzuat) ve kısmen ise mevzuat çıkarılan alanlarda kanunun uygulamaya dönüşmesinin beklenmesi gereğidir (örn. yeni HSYK’nın işleyişi konusunda; yeni kurul o sırada henüz birkaç haftadır faal idi). Bu yüzden, ancak mukaddime mahiyetinde bir değerlendirme yapma imkanım bulunmaktadır. Pek çok şey yeni yetki ve mekanizmaların etkin ve düzgün biçimde, diğer bir deyişle, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından güven telkin edici bir biçimde kullanılıp kullanılmayacağına ve neticede kamuoyunun yargının işleyişine güven duymasını sağlamasına bağlıdır.⁸

Bu Raporda Anayasa Mahkemesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hakkında yakın zaman önce gerçekleştirilen reformlara odaklanmakla birlikte, askeri yargı sisteminin de bazı boyutlarına temas edeceğim. 2009 Raporumda yer alan diğer pek çok önemli konuya özel olarak eğilmeyecek olsam da, o Raporda dile getirilen ve henüz çözüme kavuşturulmamış belirli sorunlar bulunmaktadır. Bunlar hâkimlerle Cumhuriyet savcılar arasındaki bağlantı ve savunma avukatlarının rolü, hâkim ve savcılarının eğitimi ile genel olarak hukuk eğitimi ve ayrıca hâkim ve savcılarının temel haklarıdır.⁹ Burada, Venedik Komisyonunun Türk sisteminin savcılarla hâkimlerin işlevleri arasındaki belirgin farkları hem teşkilatla ilgili hem maddi kurallarda daha iyi biçimde yansıtabilecek biçimde yeniden değerlendirilmesi gerektiği yolundaki yorumunu kaydetmek isterim.¹⁰ Ayrıca, şu noktanın altını çizmek isterim ki, demokratik sistemlerde silahlı kuvvetlerin sivil yargının idaresinde oynayacağı herhangi bir meşru rol bulunmamaktadır. Buna uygun olarak, Anayasanın 138. Maddesinin ikinci fıkrasında yargı dışından hiçbir organ, makam, merci veya kişinin (ki bunlara hiç kuşkusuz silahlı kuvvetler de dâhildir) yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ifade edilmektedir.¹¹ Görünüşe göre bu kural askeri liderler tarafından hala yeterince ciddiye alınmamaktadır.¹² Anayasa Mahkemesinde askeri hâkimlerin bulunması ve askeri mahkeme sisteminin teşkilat yapısı ile yetkileri konuları üzerinde gelen bölümlerde daha ayrıntılı biçimde durulacaktır.¹³ Daha önce de belirttiğim üzere, 2009 raporunda yer almakla birlikte uygulanmamış öneriler ve diğer konular bu Raporun ekinde yer almaktadır.

1.2. Kaynaklar ve Metodoloji

Bağımsız bir uzman sıfatıyla yazdığım bu rapor, 17-21 Ocak 2011 tarihleri arasında Ankara’ya düzenlediğim ziyaret esnasında topladığım bilgilere dayalıdır. Bu ziyaret sırasında Türk yargı ve yürütme erkinin (Adalet Bakanlığı ve ABGS) pek çok temsilcisinin yanı sıra STK’larla ve Baro üyeleri ile de yargının bağımsızlığı ve

⁵ a.g.e. 2.2.

⁶ a.g.e. 1.4.5.

⁷ T.C. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı (2009).

⁸ Ayrıca bkz. Venedik Komisyonunun 24 sayılı Ara Görüşü.

⁹ Bkz. 2009 Raporu 2.5, 2.6, 2.7.

¹⁰ Ara Görüş, Madde 70 ve devamı.

¹¹ Ayrıca bkz. 2009 Raporu, 2.1.3.2.

¹² Bkz. Avrupa Komisyonu Türkiye 2010 İlerleme raporu, s.10 ve devamındaki sayfalar.

¹³ Bkz. 2.2.3.

tarafsızlığı konularını görüşme fırsatı buldum. Türk muhataplarım çok açık yürekli davranarak hassasiyet arz eden konularda bile konuşmaktan ve kritik sorularımı cevaplamaktan çekinmediler; ve hatta bu defa önceki ziyaretime oranla daha fazla istekliyidiler. 2008 yılındaki ziyaretim sırasında yüksek yargı, özellikle de önceki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Yargıtay üyelerinden bazıları çok isteksiz, hatta zaman zaman neredeyse hasmane bir tutum benimsemişlerdi. Bu defa yeni HSYK ile yaptığım toplantı bütünüyle farklı idi; Yargıtay da söz konusu meseleleri tartışmaya çok daha hazırды.

Önceki ziyaretimle bu ziyaretim arasındaki farklılıklardan ikisine daha burada değinmek gerekmektedir: Bu ziyaretimde Adalet Bakanı Sayın Sadullah Ergin ile 45 dakika görüşme imkanı buldum. Randevu Türk tarafından teklif edilmişti. Ben de bu tekliften onur duymanın yanında, bunu, Türk hükümetinin yargı reformunu ve bu süreçte yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını ne denli ciddiye aldığına bir nişanesi olarak gördüm. Ayrıca, ziyaret hazırlıklarını sürdürürken Türk askeri yargısının temsilcileri de bizimle bir araya gelmek istediklerini ifade ettiler. 2009 raporumda Türkiye'deki askeri mahkemeler konusunda bazı ifadeler kullandığımı, fakat askeri hâkim ve savcılara yürüttükleri işlevleri açıklama fırsatı tanımadığıma dikkat çektiler ki bu konuda haklı idiler. Hakkaniyet adına kendilerini de dinlemem gerektiğini ifade ettiler ki ben de derhal kabul ettim. Bu çerçevede, Milli Savunma Bakanlığında yarım günlük bir toplantı yapıldı. Bu toplantıya Askeri Adalet İşleri Daire Başkanı ile Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Sekreterleri de katıldı. Bu toplantı benim için Türk askeriyesinin de devam etmekte olan yargı reformuna duydukları ilgiyi göstermekteydi.

Toplantılarda Avrupa Komisyonu Genişleme Genel Müdürlüğü Türkiye Masası Başkan Yardımcısı Christos Makridis ile Ankara'daki AB Delegasyonundan Bayan Didem Bulutlar Ulusoy bana eşlik ettiler. Bazı toplantılara AB Delegasyonu Siyasi İşler Bölümü Sorumlusu Michael Miller de katıldı. Hâkim Hasan Söylemezoğlu Adalet Bakanlığının (AB Genel Müdürlüğü) temsilcisi olarak programın resmi kısmında bize mihmandarlık yaptı ve toplantıda bulunmasının Türk muhataplarımızın açıklıkla konuşması önünde engel teşkil edebileceği haller dışında toplantıların çoğunda hazır bulundu. Bunun dışında, T.C. Başbakanlık AB Genel Sekreterliği temsilcileri ile çevirmenler de bize eşlik ettiler.

Bu toplantılardan elde ettiğim bilgi ve izlenimlerin yanında ziyaret öncesinde Türk mercileri ve Avrupa Komisyonu tarafından bana verilen çok sayıda dokümandan da yararlandım. Bu dokümanlar arasında çoğunlukla Türk Anayasasının ve ilgili Türk yasalarının İngilizce çevirileri bulunmaktaydı. Bunların ve hazırlamış olduğum 2009 Raporunun yanısıra burada üç dokümandan daha özellikle söz etmek gereklidir:

1. Avrupa Komisyonu tarafından 9 Kasım 2010 tarihinde çıkarılan Türkiye 2010 İlerleme Raporu (SEC(2010) 1327 final/nihai); bundan sonra "İlerleme Raporu" olarak anılacaktır.
2. T.C. Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan 2009 Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Raporu'nun resmi İngilizce çevirisi.
3. Avrupa Konseyi, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) tarafından 85'inci Genel Kurul Toplantısında (17-18 Aralık 2010) kabul edilen Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanun Tasarısı (Türkiye tarafından 27 Eylül 2010 tarihinde gönderilmiştir) hakkında Ara Görüş; bundan sonra "Ara Görüş" olarak anılacaktır.¹⁴

¹⁴ 600/2010 sayılı Görüş – CDL – AD (2010)042, 20 Aralık 2010.

2. 2010 Anayasal Reform Paketi – Yargı ile ilgili Unsurlar

2.1. Yargı Reformu üzerinden Siyasi Kutuplaşma

Türkiye’de AB üyelik sürecinden bağımsız olarak yargıda reforma ihtiyaç olduğu konusunda yaygın bir kabul mevcuttur. Türk yargısı, adaleti güven telkin eder ve hızlı biçimde dağıtma konusunda toplumun beklentilerini karşılamamaktadır. Bunun sonucunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 ve 6’ncı Maddeleri uyarınca Türkiye’ye oldukça fazla sayıda mahkumiyet çıkmakta, bu ise kamuoyunun yargı sistemine duyduğu güveni zedelemektedir.

Hâkim ve savcı sayılarındaki eksiklik giderek azalmakla birlikte hala devam etmekte (3.875)ve bu eksiklik halen çalışmakta olan hâkim ve savcı (11.394) sayısının üçte birine tekabül etmektedir.¹⁵ Yüksek mahkemelerdeki dava yığılmaları (hukuk ve ceza davaları için Yargıtay, idari davalar için Danıştay) çok ciddi boyutlardadır¹⁶ ki bu da temyiz sisteminin işleyişindeki bozuklukların bir tezahürüdür. Yargıtay’ın dava yükünü hafifletmesi beklenen istinaf mahkemeleri, kanunda öngörülen sürenin üzerinden neredeyse 4 yıl geçmiş olmasına rağmen henüz faaliyete geçmemiştir ve bu mahkemeler için HSYK tarafından hâkim seçimi yapılmamıştır. Halihazırda, nasıl bir yol takip edileceği konusunda Adalet Bakanlığı ile “yeni” HSYK arasında görüşmeler devam etmektedir. İstinaf mahkemeleri için kabaca 1200 hâkim ve Cumhuriyet savcısı gerekli olduğu tahmin edilmektedir. Ancak, ilk derece mahkemelerindeki personel açığından da görüldüğü üzere nitelikli personel eksikliği mevcuttur. Diğer bir sorun ise, Yargıtay’daki mevcut yığılmalara yol açan davaların kısmen veya bütünüyle istinaf mahkemelerine aktarılmasının bu mahkemelerin daha faaliyetlerinin başında büyük bir yük altında kalmalarına yol açıp açmayacağı konusudur.

Bu çerçevede, bu soruna acil bir rahatlama getirebilmek için üç erkin de yakın işbirliğine gitmesi beklenmektedir. Son Raporumda yakınlaşmaya dönük bazı olumlu işaretlere değinmiştim;¹⁷ fakat anayasa reformuna ilişkin siyasi çekişme, işbirliği ve diyalog ruhunun henüz yeterince gelişmediğini göstermiştir.¹⁸ Ziyaretim sırasında ayrıca Hükümetin, bazı barolara ve akademik çevrelerin bir bölümüne karşı derin bir güvensizlik olduğunu ve bunun toplumun önemli kesimleri tarafından paylaşıldığını sezinledim. Türkiye’deki siyasi kutuplaşma aşikardır. Bu manada, Hükümetin güven inşası konusunda yoğun çaba sergilemesi gerekmektedir. İşte bu nedenden ötürü Ergenekon ve Balyoz darbe davaları kapsamında yürütülen cezai soruşturmalarda adaletin yerini bulmasının yanında adaletin tezahür ettiğine de güven duyulması toplumun bütün kesimleri için çok önemlidir. Soruşturmalar kapsamında ve özellikle gazetecilerin darbe planlarında yer aldıkları iddiasıyla kovuşturuldukları durumlarda hükümete yönelik eleştirileri susturma aracı biçiminde kullanıldığı tarzında bir izlenim yaratmaktan kesinlikle kaçınılmalıdır. Savcıların ve hâkimlerin kararlarında bağımsız olduklarından hareketle, sadece Hükümet değil aynı zamanda yargının da yürütülmekte olan işlemlerin durumu hakkında kamuoyuna açıklama yapmakla yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu açıklamalar, sözcüler tarafından profesyonel biçimde yapılmalıdır.

¹⁵ İlerleme Raporu, 76 (1 May 2009 rakamları).

¹⁶ Halihazırda Yargıtay’da yaklaşık 1.8 milyon dosya beklemektedir.

¹⁷ 2009 Raporu (not 1), 1.4.4.

¹⁸ Ayrıca bkz. İlerleme Raporu, 6 ve devamındaki sayfalar.

Özellikle ana reform projelerinin zemini mümkün olduğunda muhalefet partileri ve sivil toplum ile istişare ile hazırlanmalıdır.¹⁹ Şu nokta bütün paydaşlara açık biçimde anlatılmalıdır: Türk yargısının reformu siyasi manevraların müsaade edebileceğinden çok daha önemlidir ve aciliyet arz etmektedir. Bu yüzden, herhangi bir siyasi kampın yargıyı “ele geçirmesi” ve kendi taraftarı halinde getirmesi şeklinde yorumlanabilecek her türlü hareketten kaçınılmalıdır. 2009 yılında konu ile ilgili yazdığım öneriyi genişleterek yeniden aktarıyorum.

Türkiye’deki bütün siyasi tarafların ve yargının düzenli ve samimi bir diyalog içine girmesini öneriyorum. Bu sürece dâhil olması gereken diğer bir paydaş da yargı ile toplum arasında doğal bir bağlantı işlevi ifa eden barolardır. Bu diyalogdan gelecekteki reformların zeminini hazırlaması anlamında da yararlanılmalıdır. Ayrıca, reform sürecini medya aracılığıyla topluma objektif ve yeterli bir şekilde açıklamaya ve olası itirazları boşa çıkarmaya dönük gayretler yoğunlaştırılmalıdır. Toplumun yargının bağımsız, tarafsız ve etkin olduğuna ve sorunsuz işlediğine dair güveni devam ettirilmeli, gerekli ise yeniden tesis edilmelidir.

2.2. Tamamen Yeni bir Anayasaya Giden Yolun Açılması

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası, 1980 darbesinin ardından kurulan askeri yönetimin ürünüdür. Demokratik meşruiyetinin yanında demokratik hükümete, temel haklara ve hukukun üstünlüğüne yönelik genel yaklaşımı nedeniyle, geçtiğimiz yıllarda ciddi değişikliklere maruz kalmasına karşın sorunlu ve eski bir anayasa olarak kabul edilmektedir. Bu şartlar içerisinde, Hükümet, mevcut anayasayı yargının konumu da dâhil güç dengelerini yeniden düzenleyecek biçimde bütünüyle yeni bir anayasa ile değiştirme konusunda ilk adımları atmıştır.²⁰ Bu girişim kuşkusuz övgüye değerdir,²¹ fakat anayasa metni oluşturulmasına giden sürecin bir şeffaflık ve kapsayıcılık örneği haline getirilmesi konusunda azami itina gösterilmelidir. Muhalefet partilerinin, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin, azınlıkların, medyanın vb. temsilcilerinin de katılımıyla “yuvarlak masa” yaklaşımının benimsenmesi taslak metnin hazırlanmasında en iyi yöntem olabilir ve böylelikle seçmen katılımının artırılması ve nihayet referandumda yüksek bir kabul oranı çıkması sağlanabilir. Yapılacak yeni anayasa yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili bu Raporda da belirtilen bazı eksikliklerin giderilmesi adına da bir fırsat sunmaktadır. Bize yeni Anayasa yapılması konusunun 2011 parlamento seçimlerinin ardından ele alınacağı söylendi.

2.3. Anayasal Reform Paketinin Kaderi

2.3.1. Olayların Gelişimi

T.C. Anayasasının Üçüncü Bölümünde yargının teşkilatlanması ile ilgili o kadar ayrıntılı hükümler bulunmaktadır ki²², pek çok reform ancak Anayasanın 175. Maddesi uyarınca külfetli bir değişiklik sürecinin ardından gerçekleştirilebilmektedir. Genel bir konu olarak, yargı organlarının teşekkülü ve işleyişine dair detaylı kuralların anayasa metninde mi bulunması yoksa normal mevzuatla mı düzenlenmesi gerektiği konusu düşünmeye değerdir. Yasamaya ne kadar çok düzenleyici çalışma yapma imkanı verilirse reformlar da o kadar kolaylaşır. Anayasada yalnızca temel kurallara yer verilmeli ve bu sayede Anayasa siyasi tartışmaların dışında tutulmalıdır.

¹⁹ Hükümet anayasal reform paketini hazırlarken bu noktayı ihmal etmiştir (İlerleme Raporu, 8).

²⁰ İktidardaki AKP Partisi 2007 yılında yeni bir anayasa taslağı hazırlamaları için bir grup akademisyen seçmiştir. (Nihayetinde rafa kaldırılan) bu taslağın Türkçesi elektronik olarak mevcuttur (<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/419856.asp>). İngilizceye veya okuyabileceğim başka bir yabancı dile çevrilip çevrildiğini bilmiyorum. Taslak metnin hazırlanış süreci, şeffaf ve yeterince kapsayıcı olmadığı gerekçesiyle ciddi eleştirilerek maruz kalmıştır.

²¹ Ayrıca bkz. Venedik Komisyonu Ara Görüşü Madde 11.

²² Madde 138 – 160.

Yargı organlarının teşekkülü ve işleyişi ile ilgili ayrıntılı kuralların ne düzeye kadar Anayasadan çıkarılarak gerektiğinde sonradan kolaylıkla değiştirebilmek için normal mevzuatla düzenleneceği hususunun ciddi biçimde ele alınmasını öneriyorum.

Hükümet tarafından hazırlanan anayasal reform paketi Mart 2010'da TBMM'ye sevk edilmiştir. Bu reform paketinin özü Anayasanın Üçüncü Kısımına yönelik olup 144-149, 156, 157 ve 159'uncu Maddeleri etkileyecek bir dizi değişiklik yapılması öngörülmektedir. 7 Mayıs 2010 tarihinde yapılan oylamada üçte iki (367) çoğunluk sağlanamamıştır. Bu çoğunluk Cumhurbaşkanının değişiklikleri derhal onaylayarak kanunlaşmasını sağlayacaktı. Ancak, teklif edilen değişikliklerin çoğu, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun adıyla beşte üçten fazla bir çoğunlukla TBMM'den geçmiş ve Cumhurbaşkanı da yetkisini kullanarak teklif edilen değişiklikleri referanduma götürmüştür. Cumhurbaşkanı 5982 sayılı Kanunun 1980 askeri darbesinin 30. yıldönümü olan 12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulmasına karar vermiştir. Seçmen katılım oranının %74 olduğu referandumda değişiklikler %42 Hayır oyuna karşılık %58 ile kabul edilmiştir.

Meclis oylamasından hemen ardından, bazı muhalefet milletvekilleri değişiklik paketinin Anayasanın belirli usul gerekliliklerini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır. Değişikliklerin bir kısmına ise Anayasanın maddi hükümlerine aykırı oldukları gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi değişikliklerin bazı kısımlarını çıkarmış ve neticede Türk halkı 5982 sayılı Kanunu belirli kısımları çıkarılmış halde oylamak durumunda kalmıştır. Anayasa Mahkemesinin kararına değinmeden önce,²³ anayasal reform paketinin ana unsurlarının yargı ile ilgili bölümlerinin açıklanması gerekmektedir.

2.3.2. Anayasal Reform Paketinin Ana Unsurlarına Kısa bir Bakış

Özünde anayasal reform paketinin odağında yargı bulunmaktaydı.²⁴ İlgili anayasa değişiklikleri yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile doğrudan ilgilidir ve bunların başında Anayasa Mahkemesinin ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısının değiştirilerek yetkilerinin genişletilmesi gelmekte, ayrıca askeri mahkemelerinin yetki çevresi yeniden tanımlanmaktadır. Reformun bu boyutlarına aşağıda ayrıntıları ile değinilecektir.²⁵ Diğer reform unsurları arasında temel haklar alanının iyileştirilmesi yer almaktadır. Bu kapsamda, Yüksek Askeri Şuranın her türlü ihraç kararı ile idarenin devlet memurlarına ve diğer kamu çalışanlarına yönelik disiplin kararları üzerindeki yargı denetiminin artırılması söz konusudur.²⁶ Ayrıca, TBMM Başkanlığında idarenin çalışmalarına yönelik şikayetlerin incelenmesiyle görevli bir Kamu Denetçiliği Kurumu ihdas edilmiştir.²⁷

Hükümetin teklif etmesine karşın TBMM'de referandum için gerekli beşte üç oy çoğunluğuna ulaşamayan diğer bir reform maddesi daha bulunmaktaydı. Anayasanın 69'uncu Maddesini ilgilendiren bu değişiklik, teklifi siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştırılması hakkında idi. Bu değişikliğin gerçekleşmesi durumunda Yargıtay Başsavcısının kapatma davası açması, TBMM'de teşkil edilecek bir komisyonun iznine bağlı olacaktı. Aslında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'deki çoğu parti kapatma kararının Avrupa İnsan Hakları

²³ Bkz. 2.3.3.

²⁴ 5982 sayılı Kanunun 26 maddesinin 14-22 ve 25'inci Maddeleri.

²⁵ Bkz. 3. Bölüm.

²⁶ Değişik Madde 125(2) ve 129(3)

²⁷ Değişik 74'üncü Madde.

Sözleşmesinin 11. Maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Venedik Komisyonunca da vurgulandığı üzere, Türkiye'deki uygulamaların acilen Avrupa standartlarına uygun hale getirilmesi gerekmektedir.²⁸

2.3.3. Anayasa Mahkemesinin 7 Temmuz 2010 Tarihli Kararı – Yetki Aşımı mı?

Anayasa Mahkemesi, 7 Temmuz 2010 tarihli, 2010/87 Karar ve 2010/49 Esas sayılı kararıyla anayasa değişikliği paketine usul yönünden getirilen bütün itirazları reddetmiştir. Ancak, Mahkeme değişikliğin belirli kısımlarını esas bakımından oybirliğiyle iptal etmiştir. Bu kısımlar kanundan fiili olarak çıkarıldığından referanduma dâhil edilememiş, dolayısıyla yürürlüğe konamamıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve HSYK üyelerinin seçim sürecine ilişkin konuları düzenleyen belirli kuralları iptal etmiştir. Ayrıca, Cumhurbaşkanının yükseköğretim kurumlarının hukuk fakülteleri dışından akademisyenleri²⁹ ve hukukçu olmayan üst düzey idare görevlilerini HSYK üyesi olarak atamasına imkan tanıyan hükümleri de iptal etmiştir.

Elimde Anayasa Mahkeme kararının yalnızca bir bölümünün İngilizce çevirisi bulunduğu için, Mahkemenin gerekçesini ayrıntılı biçimde inceleme imkanına sahip değilim. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin ve HSYK'nın yeni yapısı hakkında ancak elimden geldiğince Mahkemenin itirazlarının esasına bakmaya çalışacağım.³⁰ Burada, sadece Mahkemenin anayasal değişiklikleri ile ilgili inceleme yetkileri konusundaki anayasal sınırlara değinmek ve 2009 raporundaki Türban Davası ile kritik yorumlarımı hatırlatmak istiyorum.³¹ Bu konu doğrudan tarafsızlıkla ilgilidir, zira herhangi bir mahkeme yetkisini aştığında ve yasayla kendine tanınan inceleme yetkilerinin ötesine geçtiğinde kendi siyasi gündemini takip ettiği yolunda kuşklar doğurur. Bu nedenle, hukukun tarafsız biçimde uygulanması yönündeki kendi gerçek işlevini ihmal ederek gayri meşru biçimde siyasi alana girmesi ve neticede halk nezdindeki otoritesini tehlikeye atması anlamına gelir. Mahkemelerin yetki aşımı yoluyla verdikleri kararlar hukukun üstünlüğüne büyük zarar verir, çünkü nihayetinde mahkemelerin görevi hukuku layıkıyla gözetmektir.

Anayasanın 4'üncü Maddesi uyarınca yönetim biçimini Cumhuriyet olarak tespit eden 1'inci Madde, Cumhuriyetin niteliklerinin (demokratik, laik hukuk devleti, insan hakları vb.) belirlendiği 2'inci Madde ve (Türkiye devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü hakkındaki) 3'üncü Madde değiştirilemez veya değiştirilmesi teklif edilemez. Diğer anayasa hükümlerinde yapılacak olup bu üç maddeyi etkileyecek değişikliklerin de yasak olduğunu varsaymak makul olacaktır. Ancak, Anayasa Mahkemesi kanunları vb. şekil ve esas bakımından incelerken anayasa değişikliklerini yalnızca şekil bakımından (yani usul zemininde) inceleyebilmektedir.³² Anayasanın 148'inci Maddesinin üçüncü fıkrasında öngörüldüğü üzere, bu denetim, teklif ve oylamada gerekli çoğunlukların bulunup bulunmadığı ve ivedilikle görüşme yasağına uyulup uyulmadığı ile sınırlıdır. Bu kısıtlayıcı hükümler Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21'inci Maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında açık biçimde tekrarlanmaktadır.³³

Mahkemenin yetki çevresinin bu denli açık biçimde sınırlandırılması, herhangi bir uluslararası hukuk standardından veya genel meşruiyet ilkesinden kaynaklanmamaktadır. Bu sınırlama, anayasa değişiklikleri ile ilgili son sözün halka veya halkın doğrudan seçilmiş temsilcilerine ait olması yönündeki gerekçelendirilebilir

²⁸ Bkz. Venedik Komisyonunun Türkiye'de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına dair Anayasal ve Yasal Hükümler Hakkında 489/2008 sayılı ve 13 Mart 2009 tarihli Görüşü (CDL-AD (2009 (006), Madde 104 ve devamı).

²⁹ Anayasa değişikliğine dair kanunun TBMM'den geçen halinde Cumhurbaşkanıya iktisat ve siyasal bilimler fakültelerinden akademisyenler arasından da atama yapma yetkisi verilmekteydi.

³⁰ Bkz. 3.1.3 ve 3.2.2.1.

³¹ Bkz 2009 Raporu, 2.3.

³² Anayasanın 148'inci Maddesinin birinci fıkrası.

³³ 2949 sayılı ve 10 Kasım 1983 tarihli Kanun. Ayrıca bkz. T.C. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısının (yeni) 36'ncı Maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları.

düşünceye dayalıdır. Böylesi bir kısıtlamayı engelleyici herhangi bir uluslararası hukuk standardı veya genel meşruiyet ilkesi bulunmamaktadır. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi 2008 yılındaki Türban Davasında ilgili anayasa değişikliğini 2'inci Maddede yer verilen laikliğe aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiş, 7 Temmuz 2010 tarihli kararı ile de anayasa değişikliklerinin bazı kısımlarını demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerini - bu ikinci ilke yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını teşkil etmektedir - (Madde 2(1)) ihlal ettiği bu değişikliği iptal etmiştir. Türban Davasında karşı oy bulunmasına karşılık bu ikinci anayasa değişikliği konusunda Mahkeme oybirliğiyle karar vermiştir. Mahkemenin yetkisi dışına çıktığı ve adaleti tarafsız uygulama yükümlülüğünü ihlal ettiği ile ilgili izlenimimi çürütecek hiçbir şey bulunmamaktadır. Ancak, durum ne olursa olsun, Hükümetin bu kararı kabullenerek değişiklikle ilgili kanunu iptal edilen kısımlarından yoksun olarak referanduma götürme dışında bir çaresi kalmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin yetki alanına ilişkin anayasal ve yasal sınırlarına hassasiyetle riayet etmesini ve siyasi tarafsızlığının sorgulanmasına yol açabilecek ve nihayetinde otoritesini sarsabilecek yetki dışı karar verme izleniminden dahi titizlikle kaçınmasını öneriyorum.

2.3.4. Devam Etmekte Olan Mevzuat Uygulamaları

Anayasa değişiklikleriyle ilgili mevzuat uygulama süreci devam etmektedir. TBMM 11 Aralık 2010 tarihinde 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununu kabul etmiştir. Eylül 2010 sonunda Venedik Komisyonundan bu kanunun daha önceden hazırlanan taslağı üzerinde görüş bildirmesi istenmiştir. Komisyonun Görüş Tasarısı 13 Aralıkta, Ara Görüşü ise 20 Aralık tarihinde, yani 6087 Kanunun çıkarılmasından sonra kabul edilmiştir. Ancak, Türk makamları ile Komisyonun bireysel üyelerinin bazı yorumları dikkate alınarak kanun tasarısında belirli değişiklikler yapılmıştır.³⁴ HSYK'nın yeni yapısının ve yetkilerinin yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki etkisini daha ayrıntılı biçimde değerlendirdiğim kısımda Ara Görüşten yararlanacağım.³⁵

Şu an itibariyle TBMM'de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı görüşülmektedir.³⁶ Ayrıca, 1983 tarihli Hâkimler ve Savcılar Kanununda değişiklik yapılarak bu kanunun yargıyla ilgili anayasa değişikliklerine uygun hale getirmek amacıyla bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı halen Adalet Bakanlığındadır. Son halini aldıktan sonra Bakanlar Kurulu teklifi olarak TBMM'ye gönderilecektir.

3. Anayasal reform Paketinin Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Açısından Değerlendirilmesi

3.1. Anayasa Mahkemesi: Yeni Yapı ve Yetkiler

Anayasa Mahkemesinin üye sayısı ve yetkileri önemli ölçüde artırılmıştır.

3.1.1. Kamu Kurumlarının Temsilcisi Bir Organ Olarak Anayasa Mahkemesi

Onyedi üyeden teşekkül eden yeni Anayasa Mahkemesinde kamu kurumları (özellikle yüksek mahkemeler) eski yapıda olduğu kadar çok temsil edilmektedir ve temsil *oranında* çok katı kurallar geçerlidir: şu anki haliyle Sayıştay'dan iki üye, Yargıtay'dan üç üye, Danıştay'dan iki üye, Askeri Yargıtay'dan bir üye, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden bir üye gelmektedir ve üyelere üçünün yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat veya siyasal bilimler bölümlerinde öğretim üyesi olması gerekmektedir. Diğer beş üyeden birinin

³⁴ Bkz. Venedik Komisyonu Görüşü, Madde 1-5.

³⁵ Bkz. 3.2.

³⁶ Venedik Komisyonu tarafından paylaşılan İngilizce çeviriyi kullanmaktayım (3 Şubat 2011 tarihli ve 6122011 sayılı Görüş)

serbest avukatlıktan gelmesi gerekirken, dördü hukukçular veya üst düzey idare görevlileri, birinci sınıf hâkim ve savcılar veya Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçilebilmektedir.³⁷ Üye sayısındaki bu artış neticesinde yüksek mahkeme temsilcilerinin çoğunluğu azalmıştır.³⁸ Bu olumlu bir durumdur, zira Anayasa Mahkemesinin üye yapısı hukuk camiasını ve toplumun genelini daha iyi temsil eder bir hale gelmiştir. Bu bağlamda, önceden hayat boyu (65 emeklilik yaşına kadar) olan üyeliğin kaldırılarak bir defa için 12 yıllık görev süresi haline getirilmesi de mahkemenin bağımsızlığı zarar görmeksizin daha sık üye değişikliği yapılabilmesini sağlamaktadır.³⁹

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından, özellikle de yüksek mahkemelerden gelen üyelerin bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını müdafaa etmeye alışkın oldukları düşünüldüğünde bu “temsil” sistemine itiraz etmek mümkün değildir.⁴⁰ Ayrıca, nihai seçim görevi Cumhurbaşkanı veya TBMM’ye verilmesi ve bu seçim makamlarının ellerindeki aday seçeneklerinin oldukça dar olması, Anayasa Mahkemesinin çoğunluğu elinde bulunduran siyasi partinin taraftarlarıyla doldurulmasının önünün alınmasında yardımcı olacaktır. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin kısmen mahkeme ve kısmen de siyasi bir organ olması (ve bu özelliğiyle bir bütün olarak toplumu temsil etmesi) nedeniyle, bu katı temsil *oranının* esnetilip esnetilemeyeceğini ve seçim yetkisine sahip organların sayısının artırılıp artırılmayacağını merak ediyorum. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi Türk hukuk camiasını bir bütün olarak daha fazla temsil eder bir niteliğe kavuşacaktır. Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirli bir yüzdesinin (sözelimi onyediden altı veya yedisinin) yüksek mahkemelerden geleceği ile ilgili bir genel ifade konup mahkeme heyetinin belirli bir üye sayısının katı biçimde spesifik organlara ayrılmasından vazgeçilebilir. Bu sayede süregelmekte olan yüksek mahkeme tahakkümü makul ölçülerde azaltılabilir ve serbest avukatlar ve kurumsal şirket avukatları gibi devlet kurumları dışından daha fazla üye alınması sağlanabilir. Aday yelpazesi genişletildiğinde nihai seçimi hangi organın yapacağını ve gerekli çoğunluğun da yeniden ele alınması gerekecektir.⁴¹

Halihazırdaki katı temsil *oranının* yeniden değerlendirilerek Anayasa Mahkemesinin üyelik yapısının bir bütün olarak Türk hukuk camiasını daha fazla temsil eder hale getirilmesini ve devam etmekte olan yüksek mahkeme tahakkümünün azaltılmasını teklif ediyorum.

3.1.2. Atama Sürecinde Reform: Türkiye Büyük Millet Meclisine Küçük bir Rol Verilmesi

Anayasanın 146’ncı Maddesinde yapılan değişiklikle asıl üye sayısının on birden on yediye çıkarılmasının ve yedek üyeliğin kaldırılmasının yanı sıra atama sürecinde de genel itibarla olumlu bir reform yapılmıştır. Eski sistemde üyelerin tümü sonunda Cumhurbaşkanı tarafından seçilip atanırken, şimdiki sistemde üç üye (üyelerin yaklaşık %18’i) TBMM tarafından seçilmektedir. Bu, doğru yönde atılmış bir ilk adım niteliğindedir. Ancak, TBMM Sayıştay’dan iki ve (baro üyesi) serbest avukatlar arasından üye seçebilmektedir ve seçim imkanı her boş yer için yalnızca üç kişilik bir aday listesi ile sınırlıdır. Sayıştay’dan gelecek adaylar bu mahkemenin genel kurulu tarafından, avukatlar arasından seçilecek adaylar ise baro başkanları tarafından belirlenmektedir.

Benim kanaatime göre, TBMM milletvekilleri Anayasa Mahkemesine üye seçiminde bu denli dar bir yelpaze içerisine sıkıştırılmamalıdır. Nihayetinde, Meclis Türk Ulusu tarafından doğrudan seçilmekle tüm ulusu temsil etmektedir ve devletin yasama erkini içinde barındırmaktadır. Parlamenter demokraside parlamento devletin en yüce ve en önemli organıdır. Buna karşılık, TBMM milletvekilleri anayasal reform paketini beşte

³⁷ Anayasanın (değişik) 146’ncı Maddesi.

³⁸ Şu anki durumda onyediden dokuzu yüksek mahkemelerden gelmektedir; önceden bu oran 11’de 8 idi.

³⁹ Anayasanın (değişik) 147’nci Maddesi.

⁴⁰ Ancak, Anayasa Mahkemesinde askeri mahkeme hâkimlerinin bulunması konusunda bkz. 3.1.7.

⁴¹ Bkz. 3.1.4. ve 3.1.6.

üç çoğunlukla geçirmelerine rağmen Anayasa Mahkemesinin üyelerinin seçilmesinde kendilerine pek küçük bir rol biçmişlerdir. Meclisin bu aşikar özgüvensizliği bana kalırsa çok çarpıcıdır. Türkiye’de parlamenter anlayışın köklerinin çok derin olmadığı görülmektedir.

TBMM’nin yargı atamalarından uzak tutulması konusunda zaman zaman seçim sürecinin, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin “siyasileşeceği” yolunda bir argümana başvurulmaktadır. Bu pek ikna edici bir tez değildir, çünkü anayasa mahkemeleri en başından itibaren “siyasi” mahkemelerdir. Üstelik, mahkeme üyeliklerine siyasi taraftarlarını tayin edebilmek için bir partinin Mecliste çok çok ezici bir üstünlük sağlaması gereklidir ki bu da çok zordur.⁴²

Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa Mahkemesinin teşekkülündeki etkisinin seçeceği üye sayısı ve aday seçimi bakımından ciddi ölçüde artırılmasını öneriyorum.

3.1.3. Anayasa Mahkemesindeki “Bir Adam Bir Oy” Kuralının Kaldırılması

TBMM’den beşte üç oy çoğunluğuyla geçen başlangıçtaki değişiklik kanununda Sayıştay’daki aday belirleme süreci daha da ayrıntılı olarak belirlenmekteydi: buna göre, Sayıştay genel kurulunun her üyesi her boş yer yalnızca bir aday için olmak üzere bir kez oy kullanacak, en yüksek oyu alan üç kişi Sayıştay’ın belirlediği adaylar olacaktır. Aynı kural Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Yüksek Öğretim Kurulu için de geçerliydi. Benzer şekilde, serbest avukatlar arasından seçilecek adaylar için her baro başkanının yalnızca tek aday için oy kullanması, en yüksek oyu alan kişilerin de boş yer aday gösterilmesi öngörülmekteydi. Bu “bir adam bir oy” kuralının uygulanmasıyla üç adaylık her listede mümkün olan en üst düzeyde çoğulculuk sağlanması ve Anayasa Mahkemesinin bir bütün olarak çoğulcu bir yapıya kavuşturulmasına katkıda bulunulması amaçlanmaktaydı. Gizli oylama gerekliliğinin yanısıra, bu kural, “siyasi” güçlerin her genel kurulda çoğunluğunu oluşturmasını güçleştirecek ve azınlıkta kalan adayların listeye girme şansını yükseltecekti. Bu bütünüyle meşru bir kaygıdır.

Maalesef, “bir adam bir oy” kuralı Anayasa Mahkemesinin 7 Temmuz 2010 tarihli yetkisini aşan kararının kurbanı olmuştur.⁴³ Bu kural, Anayasanın Cumhuriyetin temel niteliklerine dair 2. Maddesinin değiştirilemeyeceğine dair 4. Maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi oybirliğiyle demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesinin (daha spesifik olmak gerekirse, hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olan yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Kararın elimdeki kısmi çevirisine bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin demokrasi ilkesi ile ilgili argümanı şöyleydi: “üç adayın belirleneceği seçimlerde her üyeye yalnızca bir aday adayına oy verme hakkı tanınması suretiyle diğer iki adayın seçiminde oy kullanılamaması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir düzenleme seçilecek diğer adaylar açısından seçmenlerin oy kullanma hakkını ortadan kaldırmaktadır”. Bu tez ikna edici değildir; aynı oylamada birden fazla boş yer için adaylık belirlenecek olsa bile “bir adam bir oy” kuralın demokratik olmayan hiçbir durum yoktur. Zira bu oylama kuralıyla her seçmene tam olarak aynı oylama yetkisi ve seçim üzerinde aynı derecede etki etme olanağı verilmektedir. Anayasanın 75’inci Maddesine göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen beşyüzelli milletvekilinden oluşur. Her seçmen 550 oy kullanamayacağına göre bu seçimler gerçekten antidemokratik midir?

Hukukun üstünlüğü (yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı) ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi seçmenlerin bir oy hakkıyla sınırlandırılmasının yargının bağımsız ve tarafsız yapısını engelleyeceği yönünde bir argümana başvurmuştur. Aslında bu, sonunda TBMM tarafından seçilecek (veya Cumhurbaşkanı tarafından

⁴² Bkz. 3.1.4.

⁴³ Bkz. 2.3.3.

belirlenecek) Anayasa Mahkemesi üyeleri için aday belirlenmesi sürecinde genel kurulların “siyasi” çoğunluğunun o denli kolaylıkla ağırlık koyamayacağı anlamına gelmektedir. Öyle görünmektedir ki, Anayasa Mahkemesi ancak yüksek mahkemelerin “siyasi” çoğunluklarının aday belirleme sürecinde tayin edici olması durumunda kendi bağımsızlığının ve tarafsızlığının teminat altına alınacağına inanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesinin oluşumu ne kadar çoğulcu olursa bağımsızlığı ve tarafsızlığı da o denli azalacaktır. Bana kalırsa bu tuhaf bir mantıktır. Zira, çoğulcu bir toplumun Anayasa Mahkemesi de çoğulcu olmalıdır. Şurası unutulmamalıdır ki Türk toplumu belirgin bir şekilde çoğulcu olmak durumundadır ve Türkiye de AB üyeliğinin siyasi gerekliliklerini yerine getirebilmek için çoğulculuğa saygı ve çoğulculuğu teşvik hususlarına muteber biçimde bağlı olduğunu göstermelidir.⁴⁴

Anayasa Mahkemesinin bu talihsiz müdahalesi nedeniyle, yukarıda anılan genel kurulların ve baro başkanlarının her biri artık kendi kurumlarınca belirlenecek üç adayın belirlenmesinde üç oy hakkına sahiptir. Bunun sonucunda her genel kurulun veya baro başkanlarının “siyasi” çoğunluğu adayları belirlemede, azınlık aday listesinde temsil bile edilememektedir. Aslında, Mahkemenin dayattığı “üç aday üç oy” kuralı, yüksek mahkemelerin önceki uygulamalarını yansıtmaktadır: buna göre, üç adayın her birinin ayrı ayrı belirlenmesi için üç tur oylama yapılmaktaydı. Bu oylama şekli, yüksek mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin teşekkülü üzerindeki “siyasi” çoğunluk tahakkümlerini devam ettirmekte, adaylar arasından boş yer için üye belirlenmesinde TBMM’nin seçme ve Cumhurbaşkanının atama ile ilgili siyasi tercihini daraltmaktadır. Bu durumun Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığına veya tarafsızlığına hizmet ettiğine inanmıyorum. Ancak, Mahkemenin yarattığı “üç aday üç oy” kuralının artık değişmesi imkansızdır. Bu kuralın değişmesi için Türk ulusunun kurucu iktidar olarak mevcut Anayasayı yeni bir Anayasa ile değiştirmesi gereklidir.

Mahkemenin dayattığı aday seçim sisteminin zaman içerisinde Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinde doğuracağı olumlu veya olumsuz etkinin dikkatle değerlendirilmesini öneriyorum. Eğer sistem bu sınavı veremezse, başlangıçta 7 Mayıs 2010 tarihli ve 5982 sayılı Değişiklik Kanununda öngörülen sistem gibi başka bir sistemle değiştirilmelidir. Ancak, bunun yalnızca tümüyle yeni bir Anayasa yapılması bağlamında Türk kurucu iktidarı tarafından yapılabileceğini de anlıyorum.

3.1.4 Türkiye Büyük Millet Meclisinde Seçim Usulü (Gerekli Çoğunluk)

Anayasa Mahkemeleri tabiatı gereği siyasi davalar hakkında karar vermek durumunda olduğundan, doğal olarak ciddi bir siyasal etkiye sahiptir. Bu nedenle, bu mahkemelerin siyasi bağımsızlığı ve tarafsızlığı en önemli kaygı konusu olmaktadır. Bu yüzden, siyasi taraftarlıkları aşıkâr hâkimlerin seçilmesini önleyecek ve mahkeme heyetinde siyasi dengenin tesis edilmesini sağlayacak bir mekanizmanın geliştirilmesi önemlidir. Öte yandan, boş yerlerin gecikme olmaksızın doldurularak Anayasa Mahkemesinin işleyişinin sekteye uğratılmaması bakımından etkin bir atama süreci yürütülmelidir. Bu çerçevede, Anayasanın 146. Maddesinin ikinci fıkrasında gayet haklı bir şekilde TBMM’de Anayasa Mahkemesi üyelerinin toplam Meclis üye sayısının üçte iki çoğunluğu tarafından seçileceği öngörülmektedir. Ancak, TBMM’deki siyasi kutuplaşma düşünüldüğünde, üçte iki çoğunluk üzerinde ısrarcı olunması üye seçimlerinde aşırı gecikmelere mahal verebilir. Bu nedenle, Anayasanın 146. Maddesinin ikinci fıkrasında bir emniyet kuralı olarak oylamanın ikinci turunda salt çoğunluğun yeterli olacağı belirtilmektedir. Salt çoğunluğun dahi elde edilmemesi durumunda üçüncü tura ikinci turda en yüksek oyu alan iki adayla devam edilecek ve en yüksek oyu alan aday seçilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmek için nihayetinde nispi çoğunluk yeterlidir. Bu durum en başından itibaren belli olduğuna göre, Mecliste çoğunluğu elinde bulunduran bir partinin bir aday üzerinde muhalefetle uzlaşmak için ne gibi bir sebebi kalmaktadır? Diğer bir deyişle, bu emniyet kuralı Anayasa

⁴⁴ Lizbon Antlaşması (OJ 2010 C 83/1) ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması Madde 2(49).

Mahkemesine siyasi taraftarlığı aşık olan üyelerin seçilmesinin önlenmesi için uygun değildir; bu ise Mahkemenin siyasi tarafsızlığını tehlikeye atacaktır. Şu an muhalefette olan bir partinin bir gün TBMM’de çoğunluğu elde etme ve o zaman kendi taraftarlarını Anayasa Mahkemesine yerleştirme ihtimali de durumu değiştirmemektedir.

Bu yüzden, TBMM’deki farklı siyasal kampların üçte iki çoğunluğun destekleyeceği bir aday üzerinde uzlaşmasını sağlayacak yeni bir emniyet kuralına ihtiyaç vardır. Uzlaşamamaları halinde karar alma yetkilerinin azalması sağlanabilirse belki bu durum halledilebilir. Sözelimi, TBMM’nin altı ay gibi belirli bir süre içinde üçte iki çoğunluğu sağlayarak üye seçmemesi halinde Anayasa Mahkemesine (veya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna) boş yeri geçici olarak (sözelimi iki yıllığına) doldurma yetkisinin verildiği bir emniyet kuralı ihdas edilebilir. Özellikle aynı anda birden fazla üyenin seçilmesi gereken durumlar için başka çözümler de bulunabilir. Hükümet aktif biçimde ve iyi niyetle gayret sarf ederek diğer paydaşlarla birlikte yeni bir seçim usulü aramalıdır. Bu gayret aynı zamanda önemli bir güven inşası tedbiri anlamına da gelecektir.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki seçim sürecinin, Anayasa Mahkemesine siyasi taraftarlığı aşık kimselerin seçilmesini mevcut sisteme göre daha iyi önleyecek biçimde gözden geçirilmesini ve bu sayede Mahkemenin siyasi tarafsızlığının daha iyi korunmasını öneriyorum.

3.1.5. Avukatlar Arasından Baro Başkanlarınca Aday Gösterilmesi

Serbest avukatlıktan gelen adaylar Türkiye genelinde baro başkanları (baro başkanları da üyelerinin oylarıyla seçilmektedir) tarafından gizli oylama yöntemiyle belirlenmektedir. Aday gösterme sürecinde Türkiye’deki bütün baroların eşit biçimde temsil edilmelerini sağlayan bu sistem Ankara Barosu üyelerince eleştirilmiştir. Eleştirilerin temelinde İstanbul, Ankara ve İzmir barolarının üye sayısı bakımından ülkenin en büyük baroları olması yatmaktaydı. Büyük baroların aday belirlenmesinde küçük illerdeki çok daha küçük barolara nazaran daha fazla etkisinin olması gerektiğine inanmaktadırlar. Ayrıca, Hükümetin küçük baroların başkanlarını büyük baroların başkanlarına göre çok daha kolaylıkla kontrol altına alabileceğini ifade etmişlerdir. Ancak, Anayasanın 146. Maddesinin ikinci fıkrasında baro başkanlarının gizli oylamayla baro adına üç aday belirleyecekleri öngörülmektedir. Bu yöntem, Hükümetin doğrudan aday belirleme sürecini kontrol etme tehlikesini hiç kuşkusuz asgariye indirmektedir. Öte taraftan, il baroları ve başkanlarının o an için çoğunluğu elinde bulunduran partiye büyük şehir barolarına nazaran siyasi olarak daha yakın duracakları ihtimalini de göz ardı edemem.

Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında serbest avukat bulunmasının amacı Türk barolarının bütününün temsil edilmesini sağlamaktır. Bu ise, Anayasanın 146. Maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yarı bölgesel seçim sisteminin yeterli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sistemde süreç üzerinde küçük illerin barolarının hakimiyeti söz konusu olabilir ve listeye giren adayların tümünün serbest avukatların ancak küçük bir azınlığı tarafından desteklenmesiyle sonuçlanabilir. Diğer yandan, büyük şehirler dışındaki baroların da sürece yeterli biçimde dâhil olması da önemlidir. Bu yüzden İstanbul, Ankara ve İzmir dışındaki barolardan en az bir adayın listede yer alması için tedbir alınmalıdır. Durum ne olursa olsun, sistemin baro üyelerinin sayısını düzgün biçimde dengeleyecek ve yeterli coğrafi temsili sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gereklidir. Örneğin, aday belirlemesini Türkiye Barolar Birliğinin yapması önerilmiştir.

Barolarca aday belirleme sürecinin, aday listesinin Türkiye’deki baroların bütün üyelerini daha temsil eder nitelikte ve büyük şehir barolarının hakimiyetini önleyecek biçimde yeniden yapılandırılmasını öneriyorum.

3.1.6 Cumhurbaşkanının Baskın Nüfuzu

Geçmişte, Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesinin bütün asıl (ve yedek) üyelerini atamakta idi. Reform yapılan sistemde, onyedü üyenin ondördü ile ilgili olarak Cumhurbaşkanı atama yetkisini korurken, diğer üç üye için bu atama yetkisi artık Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir. Ancak Cumhurbaşkanının seçenekleri her zaman sınırlı olmuştur; şöyle ki, üyelerinin çoğu (önceden onbir üyeden yedisi, bugün ondört üyeden onu) üç adaylık bir liste içerisinde seçilmek durumundaydı ve bu listelerin her biri farklı bir siyaset dışı kurum tarafından hazırlanmaktaydı.⁴⁵ Eski sistemde, Cumhurbaşkanı üç asıl üye ile ilgili olarak özgür iradesiyle (deneyimli üst düzey idare görevlileri ve serbest avukatlar arasından) seçim yapabilirken, artık onyedü üyeden dördünü kendi iradesiyle oldukça geniş bir aday havuzundan (deneyimli üst düzey idare görevlileri, serbest avukatlar, 1. sınıf hâkim ve savcılar ve Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından) seçebilmektedir.

Cumhurbaşkanı doğrudan Türk halkı tarafından seçildiğinden Cumhurbaşkanının seçiminin demokratik meşruiyeti konusunda hiçbir kuşku yoktur. Öte yandan, Cumhurbaşkanları genellikle siyasal partilerden gelmektedir ve atama yetkisini partizan şekilde kullanma eğilimi ortaya çıkabilir. Siyasi olmayan bir kurum tarafından aday gösterilen üç adaylı bir listeden bir kişiyi seçme konusundaki rolünde taraflı bir tutum ciddi bir sorun oluşturmaz. Elbette durum Cumhurbaşkanının seçmekte özgür olduğu dört üye ile ilgili olarak daha da ciddidir. Cumhurbaşkanının bu dört üye ile ilgili rolünün aday gösterme ile sınırlı olması, onay makamının Büyük Millet Meclisi olması düşünülmelidir.⁴⁶

Cumhurbaşkanının atadığı diğer on kişi ile ilgili olarak, Anayasanın 146. Maddesinin mevcut katı temsil oranı yeniden ele alındığında, önerdiğim gibi,⁴⁷ Cumhurbaşkanının tercihinin kapsamı buna uygun olarak genişletilmemelidir. Bunun yerine, tamamen yeni bir sistem düşünülmelidir: Cumhurbaşkanına, örneğin Anayasa Mahkemesi üyeliği için bütün adayları saptama yetkisi verilebilir, Büyük Millet Meclisine ise nitelikli çoğunluk temelinde onay yetkisi verilebilir.

Cumhurbaşkanının atama sürecindeki baskın rolünün azaltılmasını öneriyorum. Bu, özellikle, yaptığı tercihin, siyaset dışı bir kurum tarafından hazırlanan aday listesi ile sınırlı olmayan dört sandalye açısından önemlidir. Daha da genel olarak, Cumhurbaşkanının, Anayasa Mahkemesi üyeleri için bütün adayları kendisinin göstermesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin de nitelikli bir çoğunlukla bunu onaylaması şeklinde Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi arasında yeni bir "iş bölümü" yapılması hususu Hükümet tarafından ele alınmalıdır.

3.1.7 Anayasa Mahkemesi Üyeleri Arasında Askeri Hâkimlerin Bulunması

Anayasanın değişik 146. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin asıl üyelik sayısı onyedüye çıkartılmaktadır, iki askeri hâkim ise (Hâkimlerden biri Askeri Yargıtay'dan, öteki ise Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden gelmektedir) görevine devam etmektedir. Bunların Mahkemenin Genel Kurulundaki etkileri şüphesiz azalmaktadır ki bunu olumlu bir gelişme olarak görüyorum. Ancak durum, yedi üyesi ve ayrıca bir başkanı (mahkemenin başkan vekili) bulunan iki Daire dikkate alındığında tamamen değişmektedir. Daireler yeni bireysel başvurularla ilgili karar verme görevine sahiptir. Bu amaç doğrultusunda, Dairelerden her biri Mahkemenin başkan vekilinin yönetiminde sadece dört üyeden oluşan bir heyet biçiminde toplanmaktadır.⁴⁸ İki Dairenden her birinde en fazla bir askeri hâkim olduğu varsayıldığında, her heyette askeri yargı sisteminin etkisi yüzde 20'ye çıkabilir.

⁴⁵ Yargıtay veya Danıştay'ın genel kurul toplantıları gibi.

⁴⁶ Gerekli olan çoğunluk ile ilgili olarak bkz. 3.1.4.

⁴⁷ Bkz. 3.1.1.

⁴⁸ Buna göre, her Daire başkanı aynı iki ayrı heyet teşkil edebilir.

Anayasa Mahkemesinde her zaman askeri uzmanlığın doğrudan bulunup bulunmaması gerektiğini, dolayısıyla üyeler arasında iki askeri hâkimin daimi olarak bulunmasının gerçekten kaçınılmaz olup olmadığını merak ediyorum. Diğer anayasa mahkemeleri ile karşılaştırıldığında, bu, Türk sisteminin olağanüstü bir özelliğini oluşturmaktadır. Askeri konularla ilgili davalarda, örneğin üst düzey askeri komutanların görevleriyle ilgili suçlarda Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yargılandığında, Anayasa Mahkemesinin karar vermesi gerekebilmektedir.⁴⁹ Askeri konularda uzmanlığa gerek duyulması halinde Mahkeme bu amaçlar dışarıdan bilirkişiler tayin edebilir. Ancak bu davaların sayısı, askeri hâkimlerin daimi üyeliğini gerekçelendiremeyecek kadar azdır. İstisnai bir davada bunun yetersiz olması ve üyeler arasında askeri bir uzmanın doğrudan bulunmasının gerekli olması durumunda, sözgelimi üst düzey bir askeri komutan yargılanırken, üst düzey bir askeri hâkim bu maksatla (örneğin ilgili Askeri Yargıtay Başkanı) Anayasa Mahkemesi heyetine davet edilebilir ilgili davanın karara bağlanmasında görev alabilir. Bu istisnai dava kategorileri ve ihtiyaç halinde davet edilecek üst düzey askeri hâkimler kanunla önceden nesnel biçimde tespit edilmelidir.

2009 yılı raporundan bir pasajı tekrarlamak gerekirse, demokratik bir sistemde anayasa hukuku sivilleri ilgilendiren bir konu olması nedeniyle, askeri hâkimlerin bu kapsamda yeri olmaması gerekir. Türk Anayasasının bu açıdan farklı bir yöntem izlemesi, silahlı kuvvetlerin Türkiye'nin anayasal sisteminde oynadığı kendine özgü ve sorunlu rolden kaynaklanmaktadır. Bu konuyu genel olarak ele almak benim görev tanımının dışındaydı ve hala da dışındadır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından o dönemde Anayasa Mahkemesine askeri hâkimlerin dahil edilmesinin özel bir sorun oluşturduğunu düşünmemiştim, çünkü Anayasa Mahkemesinin üyeleri o dönemde aynı zamanda hayat boyu görev yapma hakkına sahipti; böylelikle askeri hâkimler emekliliklerine kadar Türk Silahlı Kuvvetlerinin emir-komuta zincirinin dışında kalıyordu. Bu artık değişti, çünkü Anayasanın değiştirilen 147. Maddesi kapsamında, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi oniki yıldır, ve yeniden atanma olasılığı söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için kırk beş yaşını geçmiş olmanın gerektiği düşünüldüğünde dahi,⁵⁰ bu Mahkemenin askeri üyesinin, emekli olmadan önce en az birkaç yıllığına askeri yargıya geri dönebileceği göz ardı edilmemelidir. Özellikle de üyelerin karşı görüş bildirme hakkına sahip olması nedeniyle, bu bakış açısının Anayasa Mahkemesindeki oy kullanma davranışlarını etkileyebileceği de dikkate alınmalıdır.⁵¹

Fakat daha da önemlisi, bireysel başvuru usulünün getirilmesiyle konuya yeni bir boyut kazandırılmaktadır. Anayasanın 148'inci Maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, bu usulle, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından teminat altına alınmış olan Türkiye Anayasasının temel haklarla ilgili önemli hükümlerinin etkin biçimde uygulanmasının sağlanması amaçlanmaktadır.⁵² Daha önce belirtildiği gibi, bireysel başvurular beş üyeden müteşekkil heyetler halinde toplanan Daireler tarafından karara bağlanacaktır. "Medeni haklar ve yükümlülükler" veya "cezai suçlamalar" ile ilgili olarak bireysel bir başvuru yapılması durumunda, Anayasa Mahkemesi fiilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6(1) Maddesinde öngörülen alt mahkeme usulünü yürütür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihat hukukuna göre, Anayasa Mahkemesi usulü AİHS Madde 6(1) kapsamına da girmektedir.⁵³ Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin ilgili heyeti AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle, AİHS Madde 6(1) kapsamında "bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" olma standardını karşılamak zorunda olacaktır. Bu ise akla Türkiye'deki eski Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili Strasbourg içtihatlarını getiriyor. Bu mahkemelerin yapısında askeri hâkime

⁴⁹ Anayasanın 148. Maddesinin dördüncü fıkrası.

⁵⁰ Anayasanın 146'ncı Maddesinin beşinci fıkrası.

⁵¹ 2949 sayılı Kanunun 53'üncü Maddesinin birinci fıkrası (bkz. dipnot 26); yeni Yasa Tasarısının 66'ncı Maddesinin yedinci fıkrası (bkz dipnot 30).

⁵² Bkz. 3.1.8.

⁵³ Örneğin bkz AİHM'nin 8 Ocak 2004 tarihli kararı (No. 47169/99 – Voggenreiter – Almanya), 31 ve takip eden maddeler (mahkeme işlemlerinin aşırı uzun olması ile ilgili).

yer verilmesi AİHS Madde 6(1)'e uygun bulunmamaktaydı; çünkü bu durum bu mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda meşru kuşkulara yol açmaktaydı.⁵⁴ İleride Anayasa Mahkemesi heyeti tarafından bireysel bir başvuru neticesinde verilen bir karara heyette askeri hâkim bulunduğu gerekçesiyle AİHS Madde 6(1) temelinde itiraz edilmesi halinde Strasbourg Mahkemesinin yukarıda bahsedilen aynı gerekçeyi takip etmesi muhtemeldir.

Bu çerçevede, askeri hâkimlerin üyeliği konusunda Anayasa Mahkemesinin yapısını yeniden ele almanın zamanı gelmiştir. Bu sorun, şüphesiz özellikle de Anayasa Mahkemesi üyelerinin alındığı temyiz seviyesinde, askeri mahkeme sisteminin genel reformu ile ilgili daha büyük sorunla yakından ilgilidir. Bu konu aşağıda ele alınacaktır.⁵⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6(1) açısından, askeri mahkeme sistemi ile ilgili genel reform bağlamında, Anayasa Mahkemesinin iki askeri üyesinin sivillerle değiştirilmesini öneriyorum. Askeri uzmanlığın doğrudan gerekli olduğu istisnai davalarda, bu özel davayı karara bağlamak üzere bu amaçla heyete geçici olarak üst düzey bir askeri hâkim eklenebilir. Bu istisnai dava kategorileri ve ihtiyaç halinde davet edilecek üst düzey askeri hâkimler kanunla önceden nesnel biçimde tespit edilmelidir.

3.1.8. Temel Hakların Uygulanması için Bireysel Başvuru Hakkı Getirilmesi

Anayasa Mahkemesinin yetkileri, yeni bireysel başvuru usulünün eklenmesiyle büyük ölçüde genişletilmiştir. Anayasanın 148'inci Maddesinin beşinci fıkrasına göre, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin teminat altına aldığı temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin, kamu mercileri tarafından ihlal edildiğini iddia eden herhangi bir şahıs, bütün normal hukuk yollarının tükenmesi kaydıyla, Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Ulusal teminatlarla Avrupa teminatlarının paralel olması gerekliliği göstermektedir ki bu yeni usulün temel amacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye'den yapılan başvuruların ve Türkiye aleyhine çıkan kararların sayısını azaltmaktır. Bu, Strazburg Mahkemesinin Türkiye'den kaynaklanan ciddi dava yükünü hafifletmek için ek bir filtre işlevi gören yeni bir ulusal çözümdür ve da Strazburg sistemin temel taşlarından biri olan yerindelik ilkesine oldukça uygundur.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla ilgili çalışmalar halen devam ettiği için, bireysel başvuru usulü henüz uygulamaya geçirilmemiştir. Anayasanın 6'ncı Kısmının geçici 18'inci Maddesinin son fıkrasına göre, bireysel başvurularla ilgili gerekli düzenlemelerin iki yıl içinde tamamlanması gereklidir. Henüz çözümlenmemiş konulardan biri, Anayasa Mahkemesinin Yargıtay ve Danıştay ile olan ilişkisidir. Her iki yüksek mahkeme de kendi kararlarının, temel hakların ihlali konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi ve iptal edilmesi fikrinden hoşlanmamaktadır. Kendilerini "en üst derece mahkemesi" olarak niteleyen, Anayasanın 154'üncü 155'inci Maddelerinin birinci fıkralarına işaret etmektedirler. Bu mahkemeler hiç kuşkusuz Anayasanın ve Avrupa Sözleşmesinin temel haklarının hükümlerinin dışındaki kanunlarla ilgili olarak son derece mahkemeleridir ve zamanla buna alışacaklardır; ayrıca, özellikle Anayasanın 148'inci Maddesinin dokuzuncu fıkrası ile , genel mahkemelerin kanunları uygulanmasının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi engellenmektedir. İhtisaslaşmış Anayasa

⁵⁴ Bu konuda en önde gelen dava AİHM'nin (Büyük Daire) 9 Haziran 1998 tarihli (No. 22678/93 – Incal - Türkiye) kararıdır; 65 ve takip eden maddeler (8'e karşı 12 oy, ortak bir karşı görüş ile). Ayrıca bkz. AİHM'nin 28 Ekim 1998 tarihli kararı (No. 19601/92 – Çıraklar - Türkiye), 37 ve takip eden maddeler (2'ye karşı 7 oy ile, iki karşı görüş ile); 7 Kasım 2002 tarihli AİHM kararı (No. 42739/98 – Özel - Türkiye), 31 ve takip eden maddeler (oy birliğiyle); 12 Mayıs 2005 tarihli Büyük Daire kararı (No. 46221/99 – Öcalan - Türkiye), 112 ve takip eden maddeler (6'ya 11 oy ile, ortak karşı görüş ile).

⁵⁵ Bkz. 3.3.

Mahkemelerine sahip diğer sistemlerde, Anayasa Mahkemelerinin diğer yüksek mahkemelerle ilişkisi de her zaman pürüzsüz olmamaktadır.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak, bireysel başvuru usulünün mutlaka olumlu bir potansiyeli vardır. Bireyin hukuk veya ceza davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesine yönelik hakkı sadece AİHS Madde 6(1) tarafından teminat altına alınmamaktadır. Bu hak ayrıca, Türk Anayasasının temel haklar katalogunda, örneğin Madde 9 ile birlikte okunduğunda Madde 36'da (adil yargılanma hakkı) ve Madde 37'de (yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı) mevcuttur. Bunun yanında, bu teminatın bir hâkim ya da mahkemenin kararı bağlamında bireysel özgürlüklere temas eden bütün temel hakların hükümlerinde de zımnî biçimde mevcut olduğu söylenebilir. (örneğin Anayasanın 19-23'üncü Maddeleri).

Yeni bireysel başvuru usulünün, yürürlüğe girer girmez, AİHS Madde 6(1) ve Türk Anayasasının çeşitli hükümlerinde yer alan bireyin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının uygulanmasında kararlılıkla kullanılmasını öneriyorum.

Genel olarak yargının idaresi ile ilgili olarak, bireysel başvuru sayısının çok yüksek olması durumunda Anayasa Mahkemesinin bunlarla başa çıkabilip çıkamayacağına görülmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun henüz taslak halindeki 48'inci Maddesinin ikinci fıkrası ile, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve esas hakkında karar verilmesini gerektirmeyen ve başvuru için önemli bir zarara uğramadığı başvuruları reddetmesi sağlanmaktadır. AİHS Madde 6(1)'in (bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadıyla geliştirilen standartlara göre ihlal edilmesi nedeniyle AİHS Madde 34 uyarınca bireysel başvurunun iyi temellendirilmiş olması durumunda, bireysel başvuru her zaman Türkiye Anayasa Mahkemesinin başvuru için esas üzerinden bir karar vermesi gerekir. Aksi takdirde, dava nihayet Strazburg'a gelecek ve Anayasanın 148'inci Maddesinin beşinci fıkrasının asıl amacı ortadan kalkacaktır.

Anayasanın 148'inci Maddesinin beşinci fıkrasının asıl amacına uygun olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadıyla geliştirilen standartlara göre AİHS Madde 6(1)'in ihlal edildiği davalarda başvuru için her halükarda esas üzerinden karar verilmesini öneriyorum.

3.1.9 Yüce Divan Sıfatıyla Verilen Kararların Dahili olarak Yeniden İncelenmesi

Cumhurbaşkanı veya Yargıtay üyeleri gibi bazı öndegelen siyasi liderler ya da yargı mensupları görevleri ile ilgili olarak suç işlediklerinde, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanacaklardır (Anayasanın 148'inci Maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları. Önceden Yüce Divan kararları kesin iken, artık dahili bir yeniden inceleme usulü getirilmiştir (Anayasanın 148'inci Maddesinin dokuzuncu fıkrası). Tasarı halindeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Taslağının 58'inci Maddesine göre, bu yeniden inceleme işlemi savcılığın, yargılanan tarafın ya da bir müdahilin başvurusu üzerine başlatılabilir. Hukukun üstünlüğü bakımından, bu kesinlikle olumlu bir gelişmedir. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7'inci protokolünü onaylamadığı için, ceza davalarında temyize gitme konusunda genel bir hak bulunmamaktadır.⁵⁶ Öte yandan, AİHS Madde 13 ile Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin etkin bir yargı yolu talebi teminat altına alınmaktadır. Öndegelen siyasetçilerin ve yargı mensuplarının ceza davaları, AİHS'nin en azından 5, 6 ve 7'nci Maddelerinin uygulama

⁵⁶ 22 Kasım 1984 (CETS No.117). Bu Protokolün 2. maddesi bile ilgili kişinin ilk olarak en yüksek mahkemede yargılandığı durumlarda istisnaya olanak tanımaktadır.

kapsamına girmektedir. Bu nedenle, ilgili görevlinin mahkum olması ve AİHS’de belirtilen haklarının ihlal edildiği konusunda kabul edilebilir bir iddiada bulunması durumunda, ulusal hukuk kapsamında etkin bir yargı yoluna başvurulmalıdır.

Öndegelen siyasetçilerin ya da yargı mensuplarının görevleri ile ilgili suçlar nedeniyle yargılanmaları konusunda AİHS’nin 13’üncü Maddesinin uygulanması da muhtemeldir. Her durumda, Sözleşmeye taraf olan bir devlet tarafından bir temyiz usulü ihdas edilirse, temyiz kararının, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından verilmesi sağlanmalıdır. Halihazırda, hem yargılama hem de yeniden inceleme işlemini aynı heyet, yani Anayasa Mahkemesinin genel kurulu yürütmektedir.⁵⁷ Diğer bir deyişle, ilk kararı veren aynı hâkimlerin aynı kararı yeniden incelemek üzere görevlendirilmeleri söz konusudur - ancak böylesi bir davada gerçek anlamda bağımsız olmaları ve bağımsız bir gözlemcinin gözüyle tarafsız olduklarının düşünülmesi mümkün müdür? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun disiplin kararlarına karşı önceden uygulanan iç itiraz usulü ile ilgili olarak, HSYK bünyesindeki İtirazları İnceleme Kurulunun yapısının, ilk kararı veren kişilerin itirazla ilgili karara katılması ve Kurulun tarafsızlığına halel getirmesi nedeniyle, AİHS’nin 13’üncü Maddesine uygun olmadığına hükmetmiştir.⁵⁸ Bu durum, Anayasa Mahkemesinin kendi içinde tesis edilen yeniden inceleme usulü için de geçerli olacaktır.

Bu sorun, Anayasa Mahkemesinin Dairelerinden birinin davayı görmesi ve yeniden incelemeye diğer Dairenin bakmasıyla çözülebilir. Bir Dairenin öteki Dairenin altında bir konumda olduğu algısının yaratılmaması için, her bir davada yargılamayı hangi Dairenin yapacağı kura ile belirlenebilir: bu durumda öteki Daire otomatik olarak temyiz dairesi olur.

Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararların dahili olarak yeniden inceleme usulünün yeniden ele alınmasını öneriyorum: Temyiz heyetinin sadece gerçek anlamda tarafsız olmasını ve aynı zamanda tarafsız bir gözlemci açısından da tarafsız görünmesini sağlamak için, yargılama işlevi ve temyiz işlevi Anayasa Mahkemesinin farklı Dairelerine verilebilir.

3.2 Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yeni Yapı ve Yetkiler

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, hâkim ve savcılarının terfisi, başka mahkemelere tayin edilmesi ve görevden alınmaları da dahil disiplin işlemlerinde önemli bir rol oynaması nedeniyle Türk yargı sisteminde önemli bir yere sahiptir.⁵⁹ Bu nedenle, Kurul yargı reform sürecinin temelinde yer almaktadır. 2009 Raporumda da buna önemli ölçüde yer vermiştim ve diğer uzmanlarla birlikte yapmış olduğum önerilerin büyük bölümünün Türkiye’de ciddiyetle ele alındığını görmekten mutluluk duydum.

3.2.1 Üye Sayısının ve Çeşitliliğinin Artırılması

Anayasal reform paketi ile değiştirilen Anayasanın 159’uncu Maddesine göre, yeni HSYK artık 22 (önceden 7 idi) asıl ve 12 (eskiden 5 idi) yedek üyeden oluşmaktadır. Bu genişleme sayesinde, Kurul artık çok daha çoğulcu ve bir bütün olarak Türk yargısını temsil eder bir niteliğe bürünmüştür. Yargıtay (üç üye göndermektedir) ve Danıştay (iki üye göndermektedir) hala beş üye gönderiyor olsalar da, önceden sahip oldukları ağırlık ortadan kaldırılmıştır. Bu durum, Türk yargısının hiyerarşik yapısını rahatlatmakta ve yargı

⁵⁷ Anayasasının 149’uncu Maddesinin üçüncü fıkrası ve 148’inci Maddesinin dokuzuncu fıkrası; Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısının 57 ve 58’inci Maddesi.

⁵⁸ Bkz. 2009 Raporu, 2.2.2.3. Ayrıca bkz. (aşağıda) 3.2.6.

⁵⁹ Yüksek mahkemelerin hâkim ve savcılarını HSYK’nın yetki çevresinde olmayıp kendi disiplin kurullarına tabidirler.

içinden gelen tehditler karşısında yargının bağımsızlığını korumaktadır; ayrıca, 2009 yılındaki önerime uygundur.⁶⁰

Çok olumlu bir gelişme olarak değerlendirdiğim bir kararla, idare mahkemeleri dâhil alt mahkemelerin hâkim ve savcılarını ilk kez kendi mesleki hayatlarıyla ilgili karar alma yetkisine sahip bir organda temsil edilmektedir: Kurulun yedi asıl ve dört yedek üyesi, genel mahkemelerden gelen birinci sınıf (yani deneyimli) hâkimler ya da savcılardır, üç asıl ve iki yedek üye artık idari yargıdan gelen birinci sınıf idari hâkimler ya da savcılardır. Hepsini birlikte Yüksek Kurulun en büyük grubunu oluşturmaktadırlar.⁶¹ Konuşma fırsatı bulduğum bütün hâkimler ve savcılar bunun, sadece kendi bağımsızlıkları için değil, genel olarak önemli bir ilerleme olduğunu söylediler. Bunun nedeni Venedik Komisyonu Ara Görüşünde şu şekilde belirtilmiştir: “karşılaştırma yapılacak olursa, Türkiye’de HSYK’nın hâkim ve savcılarının denetim ve kontrolü konusundaki yetkilerinin Avrupa ülkelerindekinden daha fazla olmasının yanısıra, bu yetkilerin geleneksel tarzda yorumlanmakta olduğu, ayrıca siyasileşmiş bir tavırla ve oldukça çelişkili biçimde yargı ve kovuşturma yetkilerini büyük ölçüde etki altında bırakır şekilde uygulandığı açıkça görülmektedir.”⁶²

Cumhurbaşkanı tarafından atanacak olan dört asıl üyenin⁶³ yükseköğretim kurumlarının hukuk fakültelerinden ya da serbest avukatlar arasından seçilmesi gerekmektedir. Böylelikle, HSYK’ya serbest avukatlar arasından üye atanması tam olarak sağlanmış olmamaktadır. Teorik olarak Cumhurbaşkanı hukuk fakültesinden dört öğretim üyesi atarken tek bir baro üyesini bile atamayabilir; ancak, baro yargının düzenli işleyişinde daha büyük bir role sahiptir. Hâkimler, savcılar ve serbest avukatlar yargı sistemlerinin üç önemli sacayağıdır. Türkiye’de avukatların oynadığı önemli rol göz ardı edildiği için, herhangi bir dönemde yüksek yargı organında birkaç baro temsilcisinin bulunması önemli olabilir. Ayrıca serbest avukatların devletle mesleki bir bağı bulunmadığından, HSYK’da sivil toplumu muteber bir biçimde temsil edebileceklerdir.⁶⁴ HSYK’nın günlük işleri üç Daire tarafından yürütüldüğü için, her Dairede barodan bir üye bulunmalıdır. Bunun genel üye sayısının artırılması gerekmez; çünkü avukatlardan farklı olarak Kurulda bir hukuk fakültesi temsilcisi yeterli olacaktır.

Anayasanın ve kanunların, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda baro üyelerinin tercihan üç Dairenin her birinde bir üye olacak şekilde sürekli temsilini sağlayacak biçimde değiştirilmesini öneriyorum.

3.2.2 Seçim Sürecinde Reform

3.2.2.1 Yargı Mensuplarının Seçimi

Üye sayısındaki artış, seçim ve atama ile ilgili yeni kurallar oluşturulması ihtiyacını doğurmuş, aynı zamanda geleneksel üyelerin atanma sürecinde reform yapılmasına neden olmuştur. Genel itibarla, HSYK’nın yargı mensuplarından oluşan onaltı asıl ve oniki yedek üye seçimi, hükümetin yasama ve yürütme organlarından herhangi bir müdahale olmaksızın, artık tamamen yargı organlarına bırakılmıştır.

Yargıtay ve Danıştay’dan gelen asıl ve yedek üyeler daha önce Cumhurbaşkanı tarafından, ilgili yüksek mahkemenin genel kurulunun her boş yer için belirlediği üç kişilik bir aday listesi içerisinde atanmakta idi. Artık Cumhurbaşkanı bu yüksek yargı mensuplarının seçiminde hiçbir rol üstlenmemektedir; bunların

⁶⁰ Bkz. 2009 Raporu, 2.2.2.1.

⁶¹ Bkz. 2009 Raporundaki önerim, 2.2.2.1.

⁶² Madde 50.

⁶³ Bkz. 3.2.2.2.

⁶⁴ Yükseköğretim kurumlarının hepsi devletle yakın ilişki içindedir. (Anayasanın 130’uncu Maddesi).

atanması tamamen yüksek mahkemelerin genel kurullarına bırakılmıştır. Benzer bir biçimde, Adalet Akademisinden gelen üye de Adalet Akademisinin genel kurulu tarafından atanmaktadır.

Adli yargı mahkemelerinin ve idare mahkemelerinin hâkim ve savcılarını temsil eden on asıl ve altı yedek üye, Adalet Bakanlığında çalışanlar dahil, bu iki yargı makamının her birindeki bütün hâkim ve savcılar tarafından gizli oylamayla seçilmektedir. Seçimlerin idaresi, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerini de yürüten bağımsız Yüksek Seçim Kurulu tarafından yerine getirilmektedir.

Bakanlıkta çalışan hâkim ve savcıların adaylığı ile ilgili şikayetlerde bulunulmuştur; ancak bu itirazlar, Anayasanın 159'uncu Maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bütün birinci sınıf hâkim ve savcılar halihazırda nerede çalıştıklarına bakılmaksızın seçilme haklarının bulunması nedeniyle, hem Yüksek Seçim Kurulu hem de Danıştay tarafından reddedilmiştir.

Yukarıda belirtilen onaltı asıl ve oniki yedek üyenin hepsi için değişiklik kanununda başlangıçta "bir adam bir oy" kuralı öngörülmüştü ki bu kural aynı zamanda Anayasanın 146'ncı Maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin oniki üyesinin seçimi için de geçerli idi. Keza bu da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁶⁵ Bu nedenle, oy kullanan her kişi artık ilgili makam tarafından seçilecek olan asıl ve yedek üyesi için aday sayısı kadar oy kullanabilecektir.⁶⁶ Mahkemenin dayattığı bu sistem, bu organların "siyasi" çoğunluğunun bütün boş yerleri kazanmasını sağlayacaktır; oysa "bir adam bir oy" sistemi azınlıkta kalan adayların da seçilmesi olasılığını artıracak, böylelikle HSYK'nın Türk yargısını bir bütün olarak daha iyi temsil eder bir niteliğe ve daha çoğulcu bir yapıya kavuşmasını sağlayacaktır.⁶⁷ Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi ile ilgili yukarıda yaptığım tavsiye HSYK için de geçerlidir.⁶⁸

Mahkemenin dayattığı seçim sisteminin Türk yargısını bir bütün olarak gerçek anlamda temsil etmesi gereken HSYK'nın yapısı üzerinde doğuracağı olumlu ya da olumsuz etkinin zaman içerisinde dikkatle değerlendirilmesini öneriyorum. Eğer sistem bu sınavı veremezse, başlangıçta 7 Mayıs 2010 tarihli ve 5982 sayılı Değişiklik Kanununda öngörülen sistem gibi başka bir sistemle değiştirilmelidir. Ancak, bunun yalnızca tümüyle yeni bir Anayasa yapılması bağlamında Türk kurucu iktidarı tarafından yapılabileceğini de anlıyorum.

Geçen yıl, idari yargıdan gelenler dahil, alt mahkeme hâkim ve savcılar tarafından on asıl ve altı yedek üyenin seçilmesi, 6087 sayılı (yeni) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmiştir. Bu kanuna göre, adaylar bireysel olarak yarışmıştır – siyasi grupların desteklediği çok adaylı listeler yoktur. Bunun yerine Yüksek Seçim Kurulu seçilme niteliğini haiz bütün adaylara resmi aday listesinde yer vermektedir.⁶⁹ Seçim propagandası kesinlikle yasaklanmıştır.⁷⁰ Ancak, Venedik Komisyonunun doğru bir biçimde belirttiği gibi, "bu kurallar, azınlıkta kalan görüşlerin ifadesini üstlenecek adayların seçilmemesini sağlamak adına gayri resmi seçim çoğunluğu anlaşmalarının yapılması ihtimalini engellemektedir; oysa anılan adayların Kurul'da yer alması gereklidir."⁷¹ Aslında, yaklaşık 11,000 Türk hâkim ve savcıyı temsil eden, iyi örgütlenmiş ve siyasi olarak aktif iki sivil toplum kuruluşu bulunmaktadır, YARSAV ve Demokratik Yargı Derneği. Her iki kuruluşun üyeleri de adaylık için yarışmıştır. "Hükümet destekli aday listesi" iddialarını destekleyecek kanıt bulunmamaktadır. Durum ne olursa olsun, bağımsız Yüksek Seçim Kurulu tarafından düzenlenen ve seçmenlerin %95'in üzerinde katılım sağladığı gizli oylama

⁶⁵ Bkz. 2.3.3.

⁶⁶ Bkz. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, Madde 19.

⁶⁷ Ayrıca bkz. Venedik Komisyonu Ara Görüşü, Bölüm 36-38.

⁶⁸ Bkz. 3.1.3.

⁶⁹ 6087 sayılı Kanun, Madde 21(c), Madde 24.

⁷⁰ 6087 sayılı Kanun, Madde 25.

⁷¹ Ara Görüş, Madde 36.

neticesinde, Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı en yüksek oyu almıştır. Kendisi önceden Bakanlıkta Personel Genel Müdürü olarak da görev yaptığından ülke genelinde hâkimler ve savcılar tarafından çok iyi tanınmaktaydı.

3.2.2.2 Yargı Mensubu Olmayan Üyelerin Cumhurbaşkanı Tarafından Atanması

HSYK üyeliği için hukuk fakülteleri öğretim üyeleri ve serbest avukatlar arasından seçilecek olan Yüksek Kurul dört üyenin belirlenmesi tamamen Cumhurbaşkanı'nın kararına bırakılmıştır; TBMM sürece hiç katılmamaktadır. Hem Cumhurbaşkanı hem de TBMM doğrudan halk tarafından seçildiği için aynı demokratik meşruiyete sahiptir. Ancak, Meclisin katılımı seçim sürecini daha çok saydam ve daha az parti yanlısı görünmesini sağlayacaktır.⁷² Venedik Komisyonunun da vurguladığı gibi, Meclisin seçim sürecinin dışında tutulması, HSYK'da Türk toplumunun farklı kültürel ve siyasi eğilimlerinin temsil edilmemesine yol açmaktadır.⁷³ Üyelerin Cumhurbaşkanı tarafından atanması yerine TBMM tarafından seçilmesi, seçim usulünün uygun biçimde düzenlenmesi halinde HSYK'nın "siyasileştirilmesi" tehlikesini artırmayacak, aksine azaltacaktır. Alternatif olarak, dört adayın da Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği ve bu adayların TBMM nitelikli çoğunlukla seçileceği bir sistem düşünülebilir. Her iki yöntemin bir bileşimi de düşünülebilir. Bütün bu seçenekler, HSYK'nın mevcut sistem ile karşılaştırıldığında daha çoğulcu bir yapıya kavuşmasını sağlayacaktır. HSYK'nın yapısı Türk toplumundaki farklı kültürel ve siyasi eğilimleri ne kadar çok yansıtırsa, toplum o kadar çok yargıyı "kendi" kurumu olarak benimseyecek ve yargıya olan güveni de o kadar artacaktır.

Halen Cumhurbaşkanı tarafından atanan dört Yüksek Kurul üyesinin en azından ikisi, Türk toplumunun farklı kültürel ve siyasi eğilimlerin temsil edilmesini destekleyecek şekilde TBMM tarafından seçilmelidir. Başka bir seçenek ise, Cumhurbaşkanı'nın dört adayı da kendisinin göstermesi, bu adayların daha sonra Mecliste nitelikli çoğunluk yoluyla seçilmesidir. Her iki yöntemin bir bileşimi de düşünülebilir.

3.2.2.3 Görev Süresinin Kısa Olması Yeniden Atanma Olasılığı

Yargının bir bütün olarak bağımsızlığı ve tarafsızlığı sadece, Türk yargı sisteminin temel taşı olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasıyla sürdürülebilir. Bu açıdan, HSYK üyelerinin dört yıl olan olağan görev süresi ve yeniden atanma olasılıkları sorun yaratmaktadır. Bu durum, üyelerin yeniden atanmalarını temin etmelerini sağlayacak kararlar, bir başka deyişle, kendilerini yeniden atama yetkisine sahip olan kurumları memnun edecek kararları almalarına neden olabilir. Bu sorunu bir nebze çözmek adına, HSYK Dairelerinin kararlarının tek bir üyeyle alınmasını engelleyecek biçimde çoğunluk yoluyla alması sağlanmıştır.⁷⁴ Ancak, HSYK gelecekte farklı görüşlerin temsiline imkan tanımayı planlamaktadır. Kanunda Kurul üyelerinin, kendi istekleri de dikkate alınarak, önceki görev yerlerine ya da uygun görevlere atanmasının öngörülmesi sorunu bir nebze daha hafifletmektedir.⁷⁵ Yine de, yeniden atanma olasılığı olmaksızın görev süresinin uzatılmasının mümkün olup olmadığı ve bunun HSYK'nın bağımsızlık ve tarafsızlığının korunmasına daha çok katkıda bulunup bulunmayacağı hususunun değerlendirilmesini öneriyorum.

Yeniden atanma olasılığı olmaksızın görev süresinin uzatılmasının mümkün olup olmadığı ve bunun HSYK'nın bağımsızlık ve tarafsızlığının korunmasına daha çok katkıda bulunup bulunmayacağı hususunun değerlendirilmesini öneriyorum.

⁷² Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimiyle ilgili paralel sorunlar için bkz. 3.1.4 ve 3.1.6.

⁷³ Ara Görüş, Madde 33.

⁷⁴ 6087 sayılı Kanun, Madde 30 ve devamı.

⁷⁵ 6087 sayılı Kanun, Madde 28.

3.2.3 Bakanlığın Etkisinin Azaltılması

2009 yılında, HSYK'nın bağımsızlığının yürütme organının tehdidi altında olduğu izlenimi yaratılmaması için, Bakanlığın Kurul üzerindeki etkisinin azaltılmasını önermiştim. O dönemde, HSYK'nın Başkanı Adalet Bakanıydı ve Müsteşar da Kurulun tabii üyesi idi. Toplam sadece yedi üye olduğu için, Kurulun başkanlığının Müsteşarlığa devredilmesini ve Bakanın Kuruldan çıkarılmasını önermiştim.⁷⁶ Bu önerim Türk Hükümeti tarafından kabul edilmişti: şu an HSYK Başkanlığını hala Adalet Bakanı yürütmektedir ve Müsteşar da hala tabii üyedir, fakat üye sayısının artırılması nedeniyle, artık Bakanlıktan gelen üyeler toplam üyelerin %10'undan daha az bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu sayılar dışında, Bakanlığı temsil eden bu iki üyenin maddi etkisi büyük ölçüde azaltılmıştır: Bakan olağan çalışmaların yürütüldüğü üç Dairenin hiçbirinde bulunmamaktadır,⁷⁷ ayrıca disiplin konuları ile ilgili Genel Kurul toplantılarına katılmamaktadır;⁷⁸ sadece temsil görevini yerine getirmektedir. Bunun yanı sıra, geçmişte Bakan ve Müsteşar Kurul toplantılarına katılmayarak "eksik üye" kozunu kullanabilmekte ve Kurulun karar almasını engelleyebilmekte idiler ki bu imkanı geçtiğimiz yıl kullanmışlardır. Neyse ki bu artık mümkün değildir. Venedik Komisyonunun değerlendirmesine paralel olarak, Bakanın Kurulda bu şekliyle yer almasının HSYK'nın bağımsızlığına zarar verdiğini düşünmüyorum.⁷⁹ Anlaşılan o ki TBMM, Meclise karşı siyasal olarak hesap verebilir bir HSYK Başkanının bulunması konusunda ısrar etmiştir.

Ancak, Bakanın elinde (HSYK Başkanı sıfatıyla) hala hâkim ve savcılar hakkında açılacak disiplin soruşturmalarını engelleme yetkisi bulunmaktadır.⁸⁰ Bakanın vetosu, soruşturmaları yürütmekten sorumlu Teftiş Kurulunun o sırada Adalet Bakanlığına bağlı olması durumunda anlamlı idi; bu veto yetkisi, herhangi bir alt düzey yürütme görevlisinin kendi iradesi ile yargı bağımsızlığına müdahale etmesini engellemekte idi. Ancak, soruşturmalar artık sadece yargıyı bir bütün olarak tam anlamıyla temsil eden bir yapıya bürünen HSYK'nın yetkili Dairesi tarafından alınan kararlarla gerçekleştirilebilmektedir. Artık Bakana, bir hâkim ya da savcıyı, kendi meslektaşlarının gerekli gördüğü ve HSYK'nın denetimi altında gerçekleştirilen bir soruşturma karşısında koruma yetkisini vermeye gerek yoktur.⁸¹ Bu nedenle, Bakanın veto yetkisinin kaldırılması gerektiği konusunda Venedik Komisyona katılıyorum.⁸²

Yargı denetiminin bulunması Bakanın veto yetkisine karşı çıkmamı engellememektedir. Bana bildirildiği kadarıyla, Bakanın soruşturmaya izin vermemesine Danıştay nezdinde itiraz edilebilir. Ancak, Anayasanın 125'inci Maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Danıştay, Bakanın bu takdirini sadece hukuka uygunluk bakımından denetleyebilir, yerindelik denetimi yapamaz. Bakanın takdirini kısıtlayamaz. Anayasada ya da kanunlarda Bakanın vetosunu nasıl uygulayacağı ile ilgili hiçbir kural öngörülmediğinden, Danıştay'ın böyle bir vetonun hukuka uygunluğunu hangi normatif standarda göre denetleyeceği sorusunun cevaplanması zordur.

Yine bana aktarıldığına göre, soruşturmadan etkilenen hâkim veya savcının yargı yoluna başvurabilmesi ancak Bakanlık iznine karşı mümkün olmaktadır, zira HSYK'nın Dairelerinden birinin soruşturma başlatma

⁷⁶ Bkz. 2009 Raporu, 2.1.3.1.

⁷⁷ Anayasanın 159'uncu Maddesinin yedinci fıkrası.

⁷⁸ 6087 sayılı Kanunun 6'ncı Maddesinin üçüncü fıkrası.

⁷⁹ Ara Görüş, Madde 35.

⁸⁰ Anayasanın 159'uncu Maddesinin dokuzuncu fıkrası.

⁸¹ Bkz. 2009 Raporundaki önerim, 2.1.4.

⁸² Ara Görüş, Madde 42.

kararı yargı denetimine tabi değildir.⁸³ Elbette bu sorunun ideal çözümü, bütün HSYK kararlarının yargı denetimine açılması olacaktır.⁸⁴

Hâkim ve savcılar hakkında disiplin soruşturması açılmasını engelleyen bakan vetosunu kaldırılmasını öneriyorum. Bakanın rolü bir temsil işlevine indirildiğinde, üye sayısı artırılmış olan HSYK'ya başkanlık etmesi hiçbir şekilde yargı bağımsızlığını tehlikeye düşürmeyecektir.

Müsteşarın personel yönetiminden sorumlu olması nedeniyle Bakanlıkla yakın ilişki içinde bulunması gereken Birinci Dairenin üyesi olması sorun teşkil etmez, çünkü Devletin yürütme organı ile bağlantılı olmayan diğer üyeleri Müsteşara karşı oy üstünlüğü sağlayabilirler ki bu geçmişte yaşanmıştır. Müsteşar kanun gereği Daire başkanı seçilememektedir.⁸⁵

Bakan ve Müsteşarın üyeliği ile ilgili olarak, Venedik Komisyonunun şu ifadesine tümüyle katılıyorum: “bu düzenleme, asıl sınavını uygulamadaki işleyişle verecektir. Eğer Hükümeti temsil eden iki üyenin konumu HSYK'nın işleyişi üzerinde usulsüz bir baskı ve nüfuz oluşturma amacıyla kullanılırsa bu modelin yeniden değerlendirilmesi ve gerekirse anayasal reform sürecinin bir sonraki aşamasında değiştirilmesi gerekir”.⁸⁶

3.2.4 İdari ve Mali Özerklik

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Adalet Bakanlığının bir birimi iken, Adalet Bakanlığı ile yalnızca karşılıklı ilişkisi bulunan idari ve mali bir özerkliğe sahip kamu tüzel kişiliğine dönüştürülmüştür.⁸⁷ Personeli ile birlikte Kurulun idaresinden sorumlu olan Genel Sekreter, Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı tarafından kendisinin katılamayacağı ve her bir Kurul üyesinin en fazla üç adaya oy verebileceği HSYK Genel Kurulu tarafından belirlenecek , en çok oyu alan üç aday arasından atanır.⁸⁸ Kurul kendi bütçesiyle yönetilmektedir.⁸⁹ Bu reform 2009 yılı raporunda belirttiğim kaygılarımı ortadan kaldırmıştır.⁹⁰

3.2.5 Teftiş Sistemi ve Disiplin Yetkisinin Denetimi

Daha önce Adalet Bakanlığına bağlı olan Teftiş Kurulu, bir önceki rapordaki bir öneriye uygun olarak artık HSYK'ya bağlanmıştır.⁹¹ Adalet Bakanlığının kendi müfettişleri bulunmaktadır, ancak bu müfettişler hükümetin yürütme organına bağlı kurumlarında (örn. Bakanlıkta veya ceza infaz sisteminde) çalışan hâkim ve savcılar ve savcılarının idari görevlerini (adliyelerin ihtiyaçlarını karşılamak gibi idari görevler .) denetlemekle görevlidirler.⁹² Bakanlığın bu teftiş işlevi yargı bağımsızlığı için artık tehdit oluşturmamaktadır. HSYK'nın görevi, Bakanlığın teftiş işlevinin yargının bağımsızlığına müdahale etmemesini sağlamak olacaktır.⁹³ HSYK bir bütün olarak yargının kendi kendini yönetmesine yönelik bir kurum haline geldiği için, gelecekteki rolünü yargının bağımsızlığı savunmak ve yargı ile ilgili kaygılarını açıklıkla ifade etmek olarak tesis etmelidir.⁹⁴

⁸³ Anayasanın 159'uncu Maddesinin onuncu fıkrası.

⁸⁴ Bkz. 3.2.6.

⁸⁵ 6087 sayılı Kanun, Madde 8(3).

⁸⁶ Ara Görüş, Madde 44.

⁸⁷ 6087 sayılı Kanun, Madde 3.

⁸⁸ 6087 sayılı Kanun, Madde 11.

⁸⁹ 6087 sayılı Kanun, Madde 44.

⁹⁰ 2.1.3.1.

⁹¹ Bkz. 2009 Raporu, 2.1.4.

⁹² Anayasanın değişik 144'üncü Maddesi.

⁹³ Bkz. Venedik Komisyonu Ara Görüşü, Madde 62-63.

⁹⁴ Bkz. Venedik Komisyonu Ara Görüşü, Madde 80.

HSYK'nın teftiş işlevi ile ilgili olarak, 2009 yılı raporumda eleştirdiğim değerlendirme kriterleri şu an yeniden değerlendirme sürecindedir. Yüksek mahkemelerin not verme sistemi için de aynı durum geçerlidir. Her ikisi ile ilgili önerilerime (EK'tedir) bir kez daha dikkat çekiyor ve bunları yineliyorum.⁹⁵

Bu arada, bu konu daha da acil bir hal almıştır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 69. Maddesinin dördüncü fıkrasının sarıh olmamasıyla ilgili ciddi kaygılar dile getirmiştir. Bu fıkra ile bir hâkim ya da savcıya, "mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte" bir suç işlemesi halinde meslekten çıkarma cezası verilmesi öngörülmektedir. Bu fıkranın yorumunu daha net izah eden yayımlanmış herhangi bir içtihat yoktur.⁹⁶ Bu tür bir meslekten çıkarma cezası, Avrupa Sözleşmesinin teminat altına aldığı temel bir hakka müdahale anlamına geldiğinde, bunun "kanunla belirlenmesi gereklidir". Strasbourg Mahkemesinin müstakar içtihadı uyarınca, bu yükümlülüğün özü öngörülebilir olmalıdır. "Bu nedenle, bir norm, bir vatandaşın kendi davranışını düzenlemesini sağlayacak biçimde yeterince kesin biçimde ifade edilmediği sürece, "yasa" olarak kabul edilemez: kişi, gerektiğinde gerekli tavsiyelerden de yararlanabilmek kaydıyla, bir fiilin doğurabileceği sonuçları durumun elverdiği makul ölçülerde öngörme imkanına sahip olmalıdır".⁹⁷

Halen, Bangalore Yargı Meslek İlkeleri temelinde geliştirilmekte olan yargı etiği ile ilgili yeni Meslek Kuralları ile bu konu daha da netleştirilecektir.⁹⁸ Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yakın tarihli Özpınar - Türkiye davasındaki kararı dikkate alınmalıdır. Bu davada, Mahkeme HSYK'nın bir hâkimin meslekten çıkarılmasında kullandığı kriterlerin hâkimin özel yaşamına orantısız müdahale anlamına geldiğine ve bu nedenle AİHS'nin 8'inci Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁹⁹

Hâkimler ve savcılarının meslekten çıkarılması ile ilgili kuralların daha kesin ve dar biçimde tanımlanması konusundaki önerimi tekrarlıyorum. Ayrıca, müfettişlerin kullandığı değerlendirme kriterlerinin, bu kriterlerin uygulanmasının yargı bağımsızlığını etkilemeyecek ve hâkim ve savcılarının özel hayatlarına uygunsuz müdahalede bulunulmamasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekir.

Yakın dönemde yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre kıdemli hâkim ve başsavcılarının yaklaşık %80'i daha tarafsız olduğunu düşündükleri için merkezi teftiş tasvip etmektedirler; buna karşın, merkezi performans değerlendirme yaklaşımının yeniden ele alınması gerektiğini düşünüyorum.¹⁰⁰

Türk Hükümetinin hâkim ve savcılarının mesleki performanslarının değerlendirilmesinin adem-i merkezi hale getirilmesi hususunu ciddi biçimde dikkate alması yönündeki (önceki) önerimi tekrarlıyorum.

Vatandaşların hâkim ve savcılarla ilgili bireysel şikayetleri değerlendirme sorumluluğu teftiş sisteminin denetimi ile bağlantılıdır. Her iki yetki de Bakanlıktan Yüksek Kurula devredilmiştir ve artık bu konuyla Üçüncü Daire ilgilenmektedir. Halen 3.000 şikayetin işlemde olduğunu öğrendim. Bunların birçoğu haklı bir sebebe dayanmamakta ve ilgili hâkim ya da savcılarının durumdan haberi bile yoktur. Açıkça görülüyor ki, ülkede herhangi bir yerde birilerinin hoşuna gitmeyen bir durum olduğunda şikayeti başkente gönderme

⁹⁵ Bkz. 2009 Raporu, 2.1.4 ve 2.2.3.

⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Daire), 19 Ekim 2010 tarihli karar (No. 20999/04- Özpınar - Türkiye), Madde 50 ve devamı.

⁹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Büyük Daire), 20 Mayıs 1999 tarihli karar (No. 25390/94- Rekvényi - Macaristan), Madde 34.

⁹⁸ Kasım 2002 (Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 2006 yılında onaylanmıştır [ECOSOC 2006/23].

⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Daire), 19 Ekim 2010 tarihli karar (No. 20999/04 – Özpınar - Türkiye), Madde 67 ve devamı. Bu kriterler kıyafet, makyaj, aile içi geçimsizlik ve evlilik dışı ilişki iddiası idi.

¹⁰⁰ Ayrıca bkz. Venedik Komisyonu Ara Görüşü, Madde 85.

alışkanlığı yaygındır. Anayasanın 74'üncü Maddesi (dilekçe ile başvurma hakkı) uyarınca, şikayetlere yazılı şekilde cevap verilmesi gereklidir. HSYK'nın bu yoğunlukla nasıl başa çıkacağıın izlenmesi gerekir. İstinaf mahkemeleri işlerlik kazandığında ve temyiz sisteminin mevcut aksaklıkları giderildiğinde yapılan şikayet başvurularının sayısı muhtemelen azalacaktır.

3.2.6 Kararların Yayınlanması ve Etkin bir Hukuk Yolunun Mevcudiyeti

Daha önceki önerime uygun olarak,¹⁰¹ kanunda Genel Kurul ve Dairelerin (gerekçeli) kararlarının isimler çıkarılarak HSYK'nın resmi internet sitesinde yayınlanması açıkça öngörülmektedir.¹⁰² Bu, hukuki kesinliği teşvik etmesi ve kamuoyunun yargı disiplininin gereğince uygulanmasına duyduğu güveni güçlendirecek olması bakımından çok önemli bir gelişmedir. Aynı zamanda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin temel haklara müdahalenin yeterince açık bir hukuki dayanağı olması yolundaki gerekliliğinin yerine getirilmesinde de yardımcı olacaktır.¹⁰³

HSYK'nın kararlarına karşı başvurulacak etkin hukuk yolu ile ilgili olarak, , Anayasanın HSYK'nın kararlarına karşı hiçbir derecedeki mahkemeye başvuru imkanı tanımayan ve çok katı bir madde olan 159'uncu Maddesinin dördüncü fıkrası anayasal reform paketi ile değiştirilmiştir. Anayasanın yeni 159'uncu Maddesinin onuncu fıkrası ile artık en azından meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı makamlarına başvuruda bulunma imkanı verilmektedir. HSYK'nın Daireler veya Genel Kurul tarafından verilen meslekten çıkarma kararlarını denetleme yetkisi Danıştay'a verilmiştir.¹⁰⁴ Bu hiç kuşkusuz çok önemli bir gelişmedir.

Öte yandan, Yüksek Kurul terfi, tayin ve disiplin cezaları ile ilgili önemli kararlar vermektedir ki, bu kararlar hâkim ve savcılarının kariyerlerini önemli ölçüde etkileyebilmekte, bağımsızlık ve tarafsızlıklarına müdahale anlamına gelebilmektedir. Bunlarla ilgili olarak, Kurulun önceden yedi asıl ve beş yedek üyeden oluşan İtirazları İnceleme Kurulu bulunmaktaydı ve iç denetim mekanizmasından gelen konular için nihai karar bu kurul tarafından verilmekteydi. İtirazda bulunulan karar başlangıçta İtirazları İnceleme Kurulunun yedi asıl üyesi tarafından verilmiş olması hasebiyle, bu değerlendirme organını çoğunlukla tarafsız olarak nitelendirmek mümkün değildi. Buna uygun olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Dairelerinden biri, Kayasu – Türkiye davasında 13 Kasım 2008 tarihinde HSYK'nın disiplin kararlarıyla ilgili eski gözden geçirme düzenlemelerinin, tarafsız bir ulusal makam önünde etkin bir hukuk yoluna erişim hakkını (AİHS Madde 10 ile bağlantılı olarak Madde 13) ihlal ettiğine oybirliği ile karar vermiştir;¹⁰⁵ bu karar yakın zaman önce Özpınar - Türkiye davasında bir kez daha teyit edilmiştir (AİHS Madde 8 ile bağlantılı Madde 13).¹⁰⁶

Türkiye, iç değerlendirme mekanizmasının reformu ile HSYK'nın kararlarına karşı etkin bir hukuk yolu çözümünü getirme konusunda Avrupa Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğü yerine getirmeye çalışmıştır. Şu an ilk aşamada ilgili hâkim ya da savcı, ilk kararı veren Daireye itirazda bulunmaktadır. Bu Daire durumu yeniden inceledikten sonra ilk kararı uygun bulursa, söz konusu şikayet Genel Kurula aktarılır ve Genel Kurul da nihai kararı vermek üzere toplanır.¹⁰⁷ Benim kanaatime göre, böylelikle AİHS'nin 13'üncü Maddesindeki tarafsızlık standardı tam olarak yerine getirilmiş olmamaktadır. Genel Kurulun 21 ya da 22 üyesi bulunmaktadır,¹⁰⁸ ancak bu sayıya ilk kararı veren Dairenin yedi üyesi de dâhildir. Önceki uygulamadan farklı

¹⁰¹ Bkz 2009 Raporu, 2.2.2.2.

¹⁰² 6087 sayılı Kanun, Madde 32(4).

¹⁰³ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Daire), 19 Ekim 2010 tarihli karar (No. 20999/04- Özpınar - Türkiye), Madde 50 ve devamı.

¹⁰⁴ 6087 sayılı Kanun, Madde 33(5).

¹⁰⁵ 64119/00 ve 76292/01 sayılı başvurular (<http://www.echr.coe.int/echr> [karar sadece Fransızca olarak mevcuttur])

¹⁰⁶ 19 Ekim 2010 tarihli Daire Kararı (No. 20999/04).

¹⁰⁷ 6087 sayılı Kanun, Madde 33.

¹⁰⁸ Disiplin konularında Başkan katılmaz (6087 sayılı Kanun, Madde 6(3)), bu nedenle sadece 21 üye kalmaktadır.

olarak, en azından değerlendirme kurulunun çoğunluğu artık tarafsızdır; fakat tarafsız bir gözlemcinin bakış açısıyla, değerlendirmeyi yapanların yaklaşık üçte biri tarafsız değildir. Bu 14 tarafsız üye bile her zaman, konuyu daha iyi bildiklerini iddia edebilecek olan ve tarafsız olmayan bu yedi meslektaşının etkisi altında kalacaktır. Bu yüzden, yasal çerçeve her ne kadar iyileştirilmiş olsa da hala Avrupa Sözleşmesine uygun değildir. Sorun, Daire kararlarının yeniden incelenme işleminin sadece diğer iki Dairenin üyelerinden oluşan “küçük” bir Genel Kurula bırakılması ile çözülebilir.

Genel Kurul ayrıca ilk derece kararlar verme sorumluluğuna da sahiptir ki bu kararlar, başta Kurul üyelerinin cezai ve disiplin soruşturmaları veya yargılanması ile ilgili haklar konusunda olmak üzere, yargı bağımsızlığı ve bireysel haklar üzerinde ciddi etki doğurabilir.¹⁰⁹ Bu kararları yeniden inceleme yetkisi ise AİHS Madde 13 kapsamında tarafsız olmadığı açıkça görülen aynı Genel Kuruldur.

Diğer bir deyişle, HSYK kararlarını değerlendirme sisteminde reforma devam edilmesi gerekmektedir. Anayasanın 159’uncu Maddesinin onuncu fıkrasının, HSYK’nın bütün kararlarını yargı denetimine açacak şekilde tamamen yeniden oluşturulması fırsatının değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.¹¹⁰ Meslekten çıkarma kararları, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili en ciddi kararlardır; buna karşılık Kurulun diğer kararları da hâkim ve savcılarının kariyerini büyük ölçüde etkileyebilir. Sonuç olarak, benim kanaatime göre, HSYK’nın kararlarının yargısal denetim anlamında kategorizasyonunun gerekçelendirilmesi mümkün değildir; bu yüzden bu farklılıkların kaldırılması gereklidir. En azından, Kurulun yargı bağımsızlığını ya da tarafsızlığını ya da bireysel hakları etkileyen bütün ilk derece kararları yargı denetimine açılmalıdır, zira tarafsız değerlendirmeyi teminat altına almanın başka bir yöntemi yoktur. Yetkili mahkemede dava açılmasından önce iç değerlendirme mekanizmalarının tüketilmesi gerektiği fikrine karşı çıkılacağını sanmıyorum.

HSYK Genel Kurulunun yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını ya da bireysel hakları etkileyen bütün ilk derece kararlarının yargı denetimine açılmasını öneriyorum. Ayrıca Daire kararlarını değerlendirme görevinin, ilk kararı veren üyelerin dışarıda bırakılması kaydıyla diğer iki Dairenin üyelerinden oluşan bağımsız “küçük” bir Genel Kurula tevdi edilmesini öneriyorum. Ancak, yargı denetimi tercihen Kurulun bütün kararlarını kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Bu durumda, önce iç değerlendirme mekanizmasının tüketilmesinin gerekli kılınması tümüyle uygun olacaktır.

3.3 Askeri Yargı Sistemi: Yapı ve Yetkiler

2009 Raporumda, Türkiye’de ayrı bir askeri yargı sisteminin belirli özelliklerini ele almıştım.¹¹¹ Sistemi o dönemde de sorgulamadım, halen de sorgulamıyorum. Çok büyük bir orduya sahip bir devlet için bu sistem uygun olabilir, çünkü diğer demokratik devletlerde de bu tür sistemler mevcuttur. Ancak, 2009 yılında Türkiye’nin sistemindeki bazı özellikleri eleştirmiştim. Anayasal düzenlemelerde askeri yargı sisteminin bazı özellikleri ele alınmış ve pozitif reformlar yapılmıştır. Daha da önemlisi, askeri mahkemelerin cezai yargı yetkisi büyük oranda azaltılmıştır. Anayasanın değişik 145’inci Maddesinin ikinci fıkrasında, askeri mahkemelerin savaş hali dışında sivilleri yargılamayacağı öngörülmektedir. Bu istisna halleri daha sonra kanunla belirlenecektir.¹¹² Şayet bu istisna ile sıkıyönetim ilanı veya uluslararası silahlı çatışma öncesinde olağanüstü hal ilanı değil bizzat savaş hali kastediliyor ise, önerimin uygulamaya geçirilmesi konusunda oldukça mesafe kaydedildiği ifade edilmelidir. Bununla birlikte, savaş sırasında sabotaj ya da ihanet fiillerini

¹⁰⁹ 6087 sayılı Kanun, Madde 7.

¹¹⁰ Bu durum, Venedik Komisyonunun Ara Raporuna (Madde 76) uygundur.

¹¹¹ 2.4.

¹¹² Anayasanın 145’inci Maddesinin üçüncü fıkrası.

işlemiş olsalar bile, sivillerin askeri bir mahkemede yargılanmasına gerek görmüyorum. Bu nedenle bu istisna kaldırılmalıdır.

Bir başka gelişme de şudur: Anayasanın 145'inci Maddesinin birinci fıkrasında askeri mahkemelerin yargı çevresi asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla sınırlanmaktadır. Ayrıca devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine (yani askeri darbeler) karşı suçların adliye mahkemelerinde görüleceği açıkça belirtilmektedir.¹¹³ İlgili anayasa düzenlemeleri ile Anayasa Mahkemesinin bu hükme aykırı olan Ocak 2010 tarihli kararı ilga edilmiştir. 2009 Raporumda ifade ettiğim üzere, askeri ve sivil mahkemelerin yargı yetkisinin tam olarak tanımlanıp tanımlanmadığından hala emin değilim. Şemdinli davasının henüz kararlaştırılmamış olması bu konudaki kuşkularımı artırmaktadır.¹¹⁴ Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına uygun olarak Sözleşmeye taraf olan devletlerin kendi silahlı kuvvetlerinin insan hakları ihlallerini kararlı bir biçimde soruşturması ve yargılaması zorunludur hükmü dikkate alınmalıdır.¹¹⁵

Bu nedenle, (1) sivillerin hiçbir durumda askeri mahkemelerin cezai yargılama sürecine tabi olmaması, (2) ister görevi esnasında, ister görev dışında sivillere karşı suç işleyen askerlerin, sadece sivil savcılarca soruşturulması ve sivil ceza mahkemelerinde yargılanması gerektiği konusundaki önerilerimi tekrarlıyorum. Her iki durumda da, ordu suçların soruşturması ve yargılanmasında tam anlamıyla işbirliği yapma konusunda yasal yükümlülük altında olmalıdır.

2009 Raporumdan da alıntı yaparak değineceğim son konu şudur: hukuk ve ceza davalarında ve ayrıca idari davalar için iki dereceli askeri mahkeme sisteminin zorunlu olup olmadığından hala emin değilim. İkinci derece yargı görevinin sivil mahkeme sistemine devredilmesi, kamuoyuna ordunun hükümetin idari sisteminin bir parçası olduğunu ve herkes kadar yasalara tabi olduğunu gösterebilir. Daha da ötesi bu askeriye üzerinde sivil denetimi destekler. Yargıtay'ın ve Danıştay'ın ihtisas daireleri, ilk derece askeri mahkeme ve askeri idari mahkeme kararlarına karşı temyiz konusunda karar vermek üzere uzmanlıklarını geliştirebilirler. Konuştuğum askeri hâkimler, her iki sivil yüksek mahkemenin zaten yoğun bir dava yükü taşıdığını ve bu nedenle ordu ile ilgili davaları gerektiği kadar hızlı bir biçimde ele alamayabileceklerini belirttiler. Bu konu, genelde Yargıtay'ın ve Danıştay'ın mevcut yükünün hafifletilmesi bağlamında ele alınmalıdır.

Bu nedenle, Türk hükümetinin hukukla ilgili askeri ve askeri idari mahkeme kararlarının incelenmesi konusunda yetkinin sırasıyla Yargıtay ve Danıştay'ın ihtisas dairelerine aktarılması önerimi tekrarlıyorum.

Bu bağlamda söz edilmesi gereken bir başka olumlu gelişme de şudur: Yüksek Askeri Şuranın faaliyetleri geçmişte yargı denetimine kapalı iken, artık en azından her türlü meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabilmektedir (fakat kadro eksikliği nedeniyle terfi işlemleri ve emeklilik ile ilgili kararlar kapsam dışındadır).¹¹⁶ Bu, gecikmiş ve doğru yönde bir adım olmakla birlikte kapsamı yeterli değildir. Türkiye kendisini bir hukuk devleti olarak tanımladığı için,¹¹⁷ Türk ordusunun da hukuka tabi olması ve hukuktan

¹¹³ İlgili bir gelişmede, Anayasa değişikliği yapılmasına dair 7 Mayıs 2010 tarihli Kanunun 24'üncü Maddesi ile Anayasanın 12 Eylül 1980 askeri darbesinin faillerine dokunulmazlık taniyan geçici 15'inci Maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹⁴ Bkz. 2010 İlerleme Raporu, 11 ve devamı.

¹¹⁵ Sözgelimi bkz. 20 Mayıs 1999 tarihli Büyük Daire kararı (No. 21594/93 – Oğur - Türkiye aleyhinde açtığı dava), Madde 85 ve devamı.

¹¹⁶ Anayasanın değişik 125'inci Maddesinin ikinci fıkrası.

¹¹⁷ Anayasanın 2'nci Maddesi.

üstün olmaması doğaldır. Ancak Yüksek Askeri Şura da dahil askeriye yasalara tabi ise, Anayasanın 125'inci Maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bütün faaliyetlerinin de hukuka uygunluk açısından yargı denetimine açık olması gerekir. Aksi taktirde, hukukun üstünlüğü askeriye ile ilgili olarak etkin biçimde uygulanmamış olur. Şüphesiz ki mahkemelerin kanunla askeri makamlara tanınan karar hakkına müdahale etmesine izin verilmez; ancak bu mahkemeler her durumda bu özgürlüğün hukuki sınırlarının titizlikle uygulanmasını sağlamakla görevlendirilmelidir.¹¹⁸

Anayasanın, diğer bütün askeri makamların kararları ile birlikte, Yüksek Askeri Şuranın bütün kararlarını yargı denetimine tabi kılacak şekilde değiştirilmesini öneriyorum.

4. Nihai Değerlendirme

2010 Anayasal reformu paketi ile Anayasa Mahkemesi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu konusunda büyük gelişmeler kaydedilmiştir. Her iki kurum da Türk yargı sisteminin temel unsurlarındandır. Bu kurumların sadece kendi içlerinde bağımsız ve tarafsız olmaları yeterli değildir, aynı zamanda bir bütün olarak yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını korumaları ve geliştirmeleri gerekir. Reformdan önceki, yani iki yıl önceki durumlarıyla karşılaştırıldığında, bugün her iki kurum da bu amaca matuf olarak daha donanımlıdır. Artık Türk hukuk camiasını daha iyi temsil etmektedirler. Ancak Türk toplumundaki farklı kültürel ve siyasi eğilimlerin üyelikte yeterli biçimde temsil edilmesini sağlamak için her iki kurum için başka adımların da atılması gerekmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu iki kurumun üyelerinin atama işlemlerindeki rolünün güçlendirilmesi gerekir; ayrıca TBMM'deki seçim usulü, bu kurumların yapılarında siyasi ve kültürel çoğulculuğa yeterli oranda olanak tanıyacak biçimde düzenlenmelidir.

Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak olumlu gelişmelerden biri de, temel hakların uygulanması için bireysel başvuru hakkının getirilmesidir. Bu imkan aynı zamanda, Anayasa mahkemesinin yeni açılan dava yükünü hızlı biçimde ele alması kaydıyla bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkına müdahale edilmesinin önüne geçmek için de kullanılabilir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi yetkisi dışında karar verme görüntüsünden uzaklaşmanın ne kadar önemli olduğunu henüz kavramamıştır.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu reformu ile ilgili değerlendirmelerim genel itibarla olumludur; ancak, kurulun yapısı ve işleyiş biçimi daha da iyileştirilmelidir. Şüphesiz ki reformun nihai başarısı, birkaç hafta önce göreve başlayan yeni HSYK'nın Türk yargısının bağımsızlığını, tarafsızlığını ve etkinliğini inandırıcı bir biçimde geliştirip geliştirmeyeceğine bağlıdır.¹¹⁹ Yeni üyelerin birçoğu ile görüştüğüm için üstlerindeki büyük sorumluluğun farkında olduklarını biliyorum; motivasyon ve kararlılıklarını görmek beni çok etkiledi. Bir örnek vermek gerekirse, "yeni" HSYK, bilgi toplamak ve reform önerilerini tartışmak üzere vakit kaybetmeksizin on altı ilde hâkim ve savcılarla toplantı düzenlemiştir. Kısacası, bütün bu girişimler gelecek için umut vericidir.

HSYK bir bütün olarak yargının kendi kendini yönetmesine yönelik bir kurum haline geldiği için, gelecekteki rolünü yargının bağımsızlığı savunmak ve yargı ile ilgili kaygılarını açıklıkla ifade etmek olarak tesis etmelidir.

¹¹⁸ Anayasanın, Cumhurbaşkanının kendi yetkileri içinde yürüttüğü faaliyetlerinin (yani Cumhurbaşkanının siyasi takdirinin hukuki sınırları içinde değerlendirilenler) yargı denetimine tabi olmamasına ilişkin 125'inci Maddesinin ikinci fıkrasının ilk biçimini bu şekilde okuyorum.

¹¹⁹ Bkz. Venedik Komisyonu Ara Görüş, Madde 51; "Türk yargısının gelecekteki bağımsızlığı, etkinliği ve meşruiyeti ile ilgili temel konu, son dönemde yapılan kurumsal reformun HSYK'nın önemli yetkilerinin kullanımında bir değişikliğe neden olup olmayacağı ya da siyasi müdahale geleneğinin bu yeni çerçevede de devam edip etmeyeceğidir."

HSYK'nın kararları ve Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinin hükümleri karşısında yargıya müracaat ve diğer hukuk yollarını artırmak için takdire şayan çabalar gösterilmiştir. Ancak bütün davalarda, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından gerekli görülmesine karşın, itirazların veya temyizın gerçek anlamda bağımsız bir heyet (tercihen mahkeme) tarafından karara bağlanması teminat altına alınmamıştır.

Askeri yargı sisteminin yetkileri sivil mahkemeler lehine azaltılmış olsa da, bu yetki kısıtlamasının sınırları daha da belirginleştirilmelidir. Silahlı kuvvetlerin sivil denetimi altında yer almasının en açık göstergelerinden biri de askeri (idari) mahkeme kararları ile ilgili temyiz işlevinin sivil temyiz mahkemelerine (Yargıtay ve Danıştay) devredilmesi olabilir. Bu durumda askeri temyiz mahkemeleri lağvedilebilir. Anayasa Mahkemesinin üyeleri arasında bulunan iki askeri hakim de her halükarda Anayasa Mahkemesinden çıkartılmalıdır.

2010 Reform Paketi yargının üstyapısını geliştirmiştir ancak alt yapının da iyileştirilmesi gerekmektedir. Özellikle, hâkim ve savcılarının sayısı artırılmalı ve çalışma koşulları iyileştirilmelidir. Ayrıca, doğrudan Yargıtay'a giden yoğun temyiz başvuruları ile başa çıkmak için istinaf mahkemeleri açılmalıdır. Türkiye'de temyiz sistemi şu anda etkin bir biçimde işlememektedir.

Keskin siyasal kutuplaşma ve derinleşen güvensizlik göz önüne alındığında, Hükümetin gelecekteki reform adımları hakkında tüm paydaşlarla güven inşa etme ve diyalog çabalarının ("yuvarlak masa toplantıları") yoğunlaştırılması gereklidir. Ancak, bu diğer paydaşlar (muhalafet partileri, barolar, medya ve sivil toplum kuruluşları) da sorumluluktan varestede değildirler ve hükümetle samimi diyaloga girmeye hazırlıklı olmalıdırlar. Şu nokta bütün paydaşlara açık biçimde anlatılmalıdır: Türk yargısının reformu siyasi manevraların müsaade edebileceğinden çok daha önemlidir ve aciliyet arz etmektedir. Bu yüzden, herhangi bir siyasi kampın yargıyı "ele geçirmesi" ve kendi taraftarı halinde getirmesi şeklinde yorumlanabilecek her türlü hareketten kaçınılmalıdır.

Toplumun yargının bağımsız, tarafsız ve etkin olduğuna ve sorunsuz işlediğine dair güveni devam ettirilmeli, gerekli ise yeniden tesis edilmelidir. Bu noktada yargıya da sorumluluk düşmektedir. Bunun için, yargı tarafında profesyonel bir bilgilendirme politikasının oluşturulması gereklidir: önemli mahkeme kararları ve diğer önemli faaliyetler (örneğin sansasyonel bir suç ya da siyasi boyutları olan bir suçun soruşturulmasında alınan önlemler) medya aracılığıyla, tercihen yetkili mahkemenin ya da savcılık makamının resmi sözcüsü olarak görevini üstlenen bir hâkim ya da savcı tarafından kamuoyuna duyurulmalıdır.

Son olarak, 2009 Raporumdan bir alıntı yapmak istiyorum:

'Reformun kağıt üzerinde kalması' yargının bağımsızlığını, tarafsızlığını ve etkinliğini güçlendirmeye yetmez. Reform zihinlerde yer etmelidir: devlet merkeziliğin, hiyerarşinin, bürokrasinin, kurumculuğun (devlet nüfuzunun) ve yargıda kopukluğun azaltılması ve insan haklarının bütünüyle uygulandığı yeni bir kültürel anlayışın tesisi gereklidir. Böylesi yeni bir yargı kültürünün gelişmesi için zamana ve aktif biçimde gayret sarf edilmesine ihtiyaç vardır'. Şüphesiz ki bu tür bir yeni yargı kültürünün gelişmesi zaman alacaktır. Ancak, bu yöndeki ilk girişimler görülmektedir ve bunları geliştirmek için müşterek çaba gösterilmelidir. Bu, Türkiye'yi tam anlamıyla çoğulcu bir topluma dönüştürmeyi amaçlayan ve devam etmekte olan, zorlu fakat umut vaat eden çağdaşlaşma sürecinin en önemli özelliklerinden biridir. Bunun başarılması mümkündür, ancak siyasi reform gayretlerinin yenilenmesi ve güçlendirilmesi gereklidir.¹²⁰

¹²⁰ 2009 Raporu, 3 (dipnot atlanmıştır).

Ek: 2009 Raporumda Yer Almakla Birlikte Uygulanmayan Öneriler

Önceki önerileri tekrarlıyor ve genişletiyorum:

- Hâkim ve savcıların işe alınması sürecinde görev yapan mülakat kurulunda Adalet Bakanlığı temsilcilerinin sayısı azaltılmalı, buna karşılık alt mahkemeler de dâhil yargı mensuplarına ve baro üyesi deneyimli bir avukata kurulda yer verilmelidir. Yeni oluşturulacak mülakat kurulu Adalet Akademisine veya HSYK'ya bağlı olarak faaliyet göstermelidir.
- Hâkim ve savcı adaylarının yalnızca "liyakate, ehliyete, dürüstlüğe, yeteneğe ve verimliliğe" dayalı olarak seçilmesini temin etmek adına spesifik ve nesnel kriterler belirlenmeli, yayımlanmalı ve yürürlüğe konmalıdır.
- Hâkimin bağımsızlığına ve muhtemelen AİHS'nin 8'inci Maddesinde ifade edilen mahremiyet hakkına uygun olmayan ("görünüm ve kıyafet", "kötü alışkanlığı olmama", çevrenin (kendisi ve ailesi hakkındaki) izlenimi" gibi) uygunsuz değerlendirme kriterleri çıkarılmalıdır.
- Kullanılan değerlendirme kriterleri eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmeli ve gerekirse bunların uygulanmasının yargı bağımsızlığını etkilememesi adına yeniden formüle edilmelidir.
- Hâkim ve savcılar "uygunsuzluk" nedeniyle görevden alma ile ilgili kurallar ve meslekten çıkarmayı gerektiren suçların kanunda daha kesin ve dar biçimde tanımlanması gereklidir.
- Kanunda her türlü durumda uygulanacak disiplin cezalarının orantılılık ilkesine uygun olacağı açıkça öngörülmelidir.
- Yüksek mahkemelerin hâkim ve savcılara not verme ve temyizde bekleyen kararlarının niteliğini değerlendirme uygulamasına son verilmelidir.
- Hakimler ve savcılar spesifik davalar üzerinde çalışırken birbirinden açık biçimde ayrı çalışmalı, birlikte hareket ediyor görüntüsü vermekten kaçınmalıdırlar.
- Savunma avukatlarına daima saygı ile muamele edilmelidir; aksi takdirde, mahkeme işlemlerinin hakkaniyeti ve mahkemelerin tarafsızlığı zedelenecektir.