

Liberal Perspektif Rapor

Sayı: 2 ■ Ekim 2015



HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE TÜRKİYE

Mustafa Erdoğan

Liberal Perspektif Rapor

Sayı: 2 ▪ Ekim 2015

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE TÜRKİYE

Mustafa Erdoğan

© Mustafa Erdoğan, 2015

© Özgürlük Araştırmaları Derneği, 2015

*Bu çalışmadaki görüşler yazara aittir.
Özgürlük Araştırmaları Derneği ve Friedrich
Naumann Vakfı'nın kurumsal görüşlerini
yansıtmaz.*

*Bu çalışma Friedrich Naumann Vakfı'nın
katkılarıyla hazırlanmıştır.*

Mustafa Erdoğan

Mustafa Erdoğan, Ankara Hukuk Fakültesi mezunu. Aynı fakültede yüksek lisans ve doktorasını yaptı (1981-88). İdari yargıda hâkim olarak çalışırken 1985 yılında, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde akademik mesleğe intisap etti. Erdoğan, 1991 yılında Anayasa Doçenti oldu, 1997 yılında Profesörlüğe yükseldi. 1997-98 akademik yılında Amerika'nın Virginia eyaletindeki George Mason Üniversitesinde Fulbright bursiyeri olarak araştırmalar yaptı. Halen İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

ÖZGÜRLÜK ARAŞTIRMALARI DERNEĞİ

📍 Turgut Reis Caddesi.No:15/4
Mebusevleri, Çankaya / ANKARA

✉ info@ozgurlukarastirmalari.com

🌐 www.ozgurlukarastirmalari.com

☎ (312) 213 24 00

f ozgurlukarastirmalari

🐦 ozgurlukar



Özgür
bir
toplum
için...

İÇİNDEKİLER

I. Takdim	1
II. Giriş	3
III. Hukukun Üstünlüğünün Anlamı ve Önemi	4
1. Üstün Hukukîlik.....	5
2. Hikmet-i Hükümetin Reddi.....	6
3. Hukukun Yapısal Adaleti.....	7
4. Usulî Hakkaniyet.....	7
5. İnsan Hakları.....	9
IV. Özetle, Hukukun Üstünlüğü	9
V. Hukukun Üstünlüğünün Kurumsal Gerekleri	10
1. İdeolojik Tarafsızlık.....	10
2. Hukuk Önünde Eşitlik.....	10
3. Hukuka Bağlı Yönetim.....	11
4. Yargı Denetimi.....	12
5. Bağımsız ve Tarafsız Yargı.....	12
6. Temel Hak Güvenceleri.....	14
7. Hak Arama Yolları.....	14
VI. Hukukun Üstünlüğünün Somut Yararları	15
VII. Türkiye İçin Bir Durum Değerlendirmesi	16
1. Genel Siyasî Yönelimler.....	16
2. Yürütme ve İdarede Keyfiliğin Dışlanması.....	23
3. Hukukî Güvenlik ve Öngörülebilirlik.....	28
4. Yargısal Adalet.....	42
VIII. Sonuç	52

TAKDİM

İnsan haklarını koruyan genel, kesin, açık ve sıklıkla değişmeyen hukuk kurallarına bağlı bir yönetimin varlığını ifade eden “hukuk devleti” prensibi, bireysel özgürlüğün en önemli teminatıdır. Böyle bir yönetim anlayışının var olduğu bir siyasal birliktelikte keyfiliğin değil hukukun üstünlüğünden bahsedebiliriz. Hukukun üstünlüğünün tesis edilmediği bir yerde gerek sivil gerek siyasal gerekse de ekonomik özgürlükler diğer bireylerden ve/ya (daha çok) devletten gelecek tehditlere açık olacaktır. Thomas Hobbes’un terimleriyle, bir savaş haline (state of war) benzeyen böyle bir ortamda bireyler enerjilerini ve kaynaklarını nereden geleceğini bilemedikleri tehditlere karşı kendilerini savunmak için kullanacaklar, ekonomik üretkenlik ve sanatsal, entelektüel yaratıcılık baltalanacaktır.

Medeni bir varoluşun önkoşulu olan hukuk devleti prensibinin Türkiye’deki durumu acaba nedir? Avrupa Komisyonu’nun hazırladığı Türkiye İlerleme Raporlarının da işaret ettiği üzere, Türkiye özellikle 2000’lerin ilk 10 yılında bu alanda önemli aşama kaydetmiştir. 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği referandumu ile hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi yönünde büyük mesafe kat edilmişti. Ancak, takriben 2012 yılı civarından itibaren genel olarak özgürlükler ve özel olarak da hukukun üstünlüğü alanında bir geri kayış söz konusu olmuştur. Nitekim bu geri kayış uluslararası özgürlük ve hukuk devleti endeksleri tarafından da tespit edilmiştir. Türkiye Freedom House’un hazırladığı, 1’in en iyi 7’nin en kötü duruma karşılık geldiği Dünya Özgürlük Endeksi’nde 2013 yılında 3’ten 3,5’a düşmüş; World Justice Project’in hazırladığı Dünya Hukuk Devleti Endeksi’nde ise 2014 yılından 2015 yılına bir yıl içinde 59. luktan 80.liğe gerilemiştir.

İşte Prof. Dr. Mustafa Erdoğan tarafından kaleme alınan Hukukun Üstünlüğü ve Türkiye başlıklı bu çalışmada özellikle 2014 ve 2015 yıllarında hukuk devleti alanında yaşanan gerilemenin bir fotoğrafı çekilip, hukukun üstünlüğünün tesis edilebilmesi için bir yol haritası sunuluyor. Bu rapor Friedrich Naumann Vakfı’nın desteğiyle Özgürlük Araştırmaları Derneği tarafından yürütülen Türkiye’de Hukuk Devleti Projesi’nin nihai ürünüdür. Raporun ortaya çıkmasında Nisan, 2015’te hukukçu dernekleri, siyasi partiler, medya ve akademi dünyasından temsilcilerin katılımıyla İstanbul’da gerçekleşen tartışma toplantısı temel oluşturmaktadır. Raporu kaleme alan Prof. Dr. Mustafa Erdoğan’a ve ona entelektüel katkı veren Doç. Dr. Ali Rıza Çoban’a ve Araştırma Görevlisi Kerem Yaşar’a şükranlarımı sunarım.

Doç. Dr. Bican Şahin
Başkan
Özgürlük Araştırmaları Derneği

Özgür
bir
toplum
için...

I. GİRİŞ

Hukuk bir toplumun üyeleri tarafından bağlayıcı kabul edilen ve kamu otoritesi tarafından gerektiğinde zorla uygulanan davranış kurallarıdır. Hukukun amacı, Lon Fuller'ın dediği gibi¹, insan davranışlarını kuralların yönetimine bağlamaktır. Bu bakımdan, hukuk toplum olarak var olmanın ve toplumsal hayatın vazgeçilmez bir şartıdır. Toplum olarak var olmak ancak barışçı bir düzen içinde mümkündür. Ancak, bu düzenin niteliği, daha özel olarak da “iyi” veya “adil” toplumun niteliği hakkındaki görüşleri bakımından insanlar birbirlerinden farklılaşmaları için, toplumun ortak hayatını koordine edecek kararlara ihtiyaç vardır. Başka toplumsal kurullarla birlikte hukuk işte bu ihtiyacı karşılar.

Hukukun ne olduğu “hukukun üstünlüğü”nün gereklerinden bağımsız olarak düşünülemez. Hukukun üstünlüğünün değeri en başta onun medenî bir toplumsal-siyasal örgütlenmenin vazgeçilmez temelini oluşturmasından ileri gelir. Medenî bir toplumsal varoluşun özgürlük, eşitlik ve adalet gibi başka gerekleri de var olmakla beraber; aslında bunlar da esas itibarıyla hukukun üstünlüğüne dayanan bir rejimde güvence altına alınabilirler. Kuruluşundan beri Türkiye Cumhuriyeti'nin resmî hedeflerinden biri Türkiye toplumunu “çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırmak”tır. Bu hedefin uluslararası alandaki karşılığı ise, yine resmî söylemle belirtirsek, Türkiye'nin “medenî milletler ailesinin şerefli bir üyesi olması”dır. Bu yöndeki çabalar özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra hızlanmış; böylece Türkiye bir yandan Birleşmiş Milletler'in kurucu üyesi olurken, öbür yandan bölgesel düzeyde de Avrupa Konseyi'nin kurucuları arasında yer almıştır. Yine aynı temel düşünceyle Türkiye 50'li yıllarda “medenî dünya”nın ortak savunma örgütü olan NATO'ya katılmış, 60'lı yıllarda ise Avrupa Ekonomik Topluluğu'na (bugünkü Avrupa Birliği'ne) tam üye olmak için başvurmuştur. Türkiye on yıldan fazla bir süredir de Avrupa Birliği'nin tam üyelik için öngördüğü “Kopenhag Kriterleri”ni karşılamak üzere hukukî ve siyasî sistemini reforme etmeye çalışmaktadır.

“Medenî” bir toplumsal-siyasal örgütlenmenin temel sütunlarından birinin “hukukun üstünlüğü” olması nedeniyle, Türkiye, sadece söz konusu temel iddiasıyla tutarlı olmak için değil, kendi içinde medenî-insanî bir düzen kurabilmek için de hukukun üstünlüğünün ilkesel ve kurumsal gereklerine uymak zorundadır. Şu var ki, resmî anayasasının vaadiyle de tutarlı olarak, başta Kopenhag Kriterlerini karşılayabilmek için 2000'li yıllarda yaptığı hukukî ve siyasî reformlara rağmen; 2010 Anayasa referandumu ve 2011 genel seçimlerinden sonra iktidar partisinin reform

Hukukun ne olduğu
“hukukun üstünlüğü”nün gereklerinden
bağımsız olarak düşünülemez.

1 Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, rev. ed., 1969), s. 106.

iradesinin zayıflaması ve gitgide gerilemesi sonucunda, Türkiye bugün itibariyle hukukun üstünlüğü idealinden oldukça uzaklaşmış durumdadır. Bunun hayatımızdaki olumsuz sonuçları, toplumda hukuka güvensizliğin yaygınlaşması, adaletsizlik ve siyasî baskının artması ve somut hak ve özgürlük kayıpları şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

İşte yapmayı tasarladığımız “Hukukun Üstünlüğü” konulu araştırma kısaca işaret ettiğimiz bu durumun daha ayrıntılı bir resmini çıkarmayı amaçlamaktadır. Bu araştırmanın “kanun” kavramının otoritesinin, hukukî güvenliğinin, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının, etkin ve hakkaniyetli yargısal denetimin ve temel hak güvencelerinin zayıflamasının hangi düzeye ulaştığını gözler önüne sereceği umulmaktadır. Bu bulgular, hukukun üstünlüğü açısından ortaya çıkan yanlışlık, aksaklık ve kusurları telâfi etmeyi amaçlaması muhtemel herhangi bir girişim için uygun bir hareket noktası oluşturabileceği gibi, Türkiye’nin hâlihazırda ki rejiminin tanımı bakımından da önemli ipuçları sağlayacaktır.

Bu araştırmada Türkiye’de “hukukun üstünlüğü” sorunu, referansı günümüz Batı demokrasilerinin dayandıkları liberal “anayasal-demokratik” rejim modeli olan yaklaşım açısından ele alınacaktır.



Bu araştırmada Türkiye’de “hukukun üstünlüğü” sorunu, referansı günümüz Batı demokrasilerinin dayandıkları liberal “anayasal-demokratik” rejim modeli olan yaklaşım açısından ele alınacaktır.

Anayasal-demokratik rejim modeli olan yaklaşım açısından ele alınacaktır. Anayasal-demokratik rejim modeli, halkın iradesini yönetime katmak ile keyfî iktidarı sınırlamak ideallerini birleştirmeye çalışır ve böylece demokratik çoğunluğu da anayasa ve hukukla bağlamayı öngörür. Dolayısıyla, yönetimde keyfiliği önlemeyi ve herkese hukuk güvenliği sağlamayı amaçlayan hukukun üstünlüğü bu model açısından vazgeçilmez öneme sahip olan bir siyasî idealdir. Bu arada belirtmek gerekir ki, hukukun üstünlüğü kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesi olduğu kadar, toplumsal barışın (veya, barışçı bir toplumsal düzenin) da kurucu unsurudur.

II. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN ANLAMI VE ÖNEMİ²

İktidarla özgürlük çatışması insanlık durumunun evrensel bir özelliğidir. Bu çatışma modern devletin ortaya çıkışıyla birlikte daha belirgin bir hal almıştır. Buna bağlı olarak modern anayasal gelişmenin dinamiği de, esas olarak, iktidar ile özgürlük arasındaki bu gerilim olmuştur. Modern dönemde devletin faaliyet alanı ve dolayısıyla yetkileri daha önceki çağlardakine nispetle çok daha geniş olduğu için, anayasacılık düşünce ve pratiği özgürlüğün ancak bu yetkilerin sınırlanması, kanalize edilmesi

2 Bu konuda ayrıca bkz., Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 12. b., 2015), 3. Bölüm; Mustafa Erdoğan, “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet”, *Haşim Kılıç’a Armağan* (Ankara: 2015), ss.331-350.

ve frenlenmesi yoluyla korunabileceği kabulüne dayanmaktadır. Bu çerçevede modern anayasaların temel işlevi siyasî iktidarın sınırlanmasıdır.

İşte, “hukukun üstünlüğü” anayasacılığın bu temel amacına hizmet eden siyasî ilkelerden biridir. Bir siyasî ideal veya “meta-legal bir ilke” olarak hukukun üstünlüğü devlet örgütlenmesine hâkim olması gereken bir kılavuzdur.³ (Loughlin 2010: 312, 314). Aynen anayasacılık gibi, hukukun üstünlüğü de esas olarak iktidarın sınırlanmasına ve yönetimde keyfiliğin önlenmesine hizmet eder.

Burada kastedilen anlamda hukukun üstünlüğü “hukuk devleti” (government under law, rechtstaat, l’Etat de droit) ile aynı anlama gelmez. Hukuk devleti hukukun üstünlüğünün asgarî anlamını içerir. Hukuk devleti ilkesi devletin hukuka bağlı olmasını, hukuk çerçevesinde hareket etmesini gerektirir: Devletin her türlü faaliyeti hukukun sınırları içinde kalmalı, bütün iş ve işlemleri hukuka uygun olmalıdır. “Hukuk devleti” anlamında hukukun üstünlüğü, dolayısıyla, kamu otoritelerinin sadece hukuken yetkilendirildiği durumlarda harekete geçmelerini, iş ve işlem yapmalarını, bunun dışında hareketsiz kalmalarını gerektirir.

Böylece, hukuk çerçevesinde yönetim kişilere başlıca iki gözle-görünür avantaj sağlar: a) hukukî güvenlik, b) keyfî yönetimin dışlanması. Hukukî güvenlik hukukun belirliliği sayesinde kişilerin geleceği öngörebilmelerini ve eylem ve işlemlerini buna göre planlayabilmelerini sağlar. Keyfî yönetimin olmaması ise kamu otoritelerinin ancak hukuken yetkilendirildiklerinde ve yetkilerinin sınırları dâhilinde faaliyet yapabilmeleri demektir. Böylece her iki güvence de kişilere geleceği öngörerek hayat planlarını kendi uygun gördükleri şekilde gerçekleştirmek için keyfî devlet müdahalesinden korunmuş özel alanlar sağlar. Bu, özgürlüğün genel güvencesidir.

1. Üstün Hukukîlik

“Hukukun üstünlüğü” elbette ilk önce hukuka bağlı yönetimi, yaygın anlamıyla “hukuk devleti”ni şart koşar. Ancak, hukukun üstünlüğü, icapları bunun da ötesine geçen daha kapsamlı bir ideali ifade eder. Başka bir anlatımla, hukukun üstünlüğü meta-hukukî bir öğretiyi veya siyasî bir idealdir ve bir “üstün hukukîlik” düşüncesine dayanır. Bu ilke açısından, mesele sadece şu veya bu “hukuk”un üstün olması değildir; üstün olması istenen hukukun belli bazı kriterleri karşılması gerekir. “Üstün hukukîlik” fikri devletin şu veya bu şekilde bir hukuk sistemine sahip olmasını yeterli görmez; bu düşünce açısından önemli olan herhangi bir hukuka değil, nasıl bir hukuka ve rejime sahip olduğudur. Meselâ Lon

³ Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford University Press, 2010), s. 312, 314.

Özgür bir toplum için...

Fuller, “hukukun iç ahlâkı”⁴ (internal morality of law) olarak adlandırdığı ve hukukun üstünlüğünün gerekleri olarak görülebilecek ölçütleri tamamen veya büyük ölçüde karşılamayan bir normatif sistemin hukuk olarak adlandırılmayacağını söylemiştir.

Hukukun üstünlüğü açısından, Fuller’ın öngördüğü standartlara ek olarak, bir hukuk sisteminin adaletin asgarî gereklerini –en başta usulî hakkaniyeti- karşılaması ve insan haklarını güvence altına alması gerekir. Böylece, adalete ve insan haklarına uygun bir siyasî ve hukukî sistemi gerektirmesi bakımından, hukukun üstünlüğü hukukî olmaktan çok siyasî bir ideal olarak ortaya çıkmaktadır. Martin Loughlin’in⁵ formülasyonu,



bir hukuk sisteminin adaletin asgarî gereklerini –en başta usulî hakkaniyeti- karşılaması ve insan haklarını güvence altına alması gerekir.

bunu, hukukun üstünlüğü öğretisinin amacının özgürlüğü korumak üzere kişisel yönetimin ve diktatörlüğün önlenmesi olarak da belirtebiliriz. Peter Rijkema da bir yönetim ilkesi olarak hukukun üstünlüğünün bir toplumdaki bütün iktidar ilişkilerinin belirli temel ilkelere göre düzenlenmesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Meşruluğun gerekleri olarak bu ilkeler kişilere saygıyı gerektirdiğinden, bir yönetim ilkesi olarak hukukun üstünlüğü manipülasyon yoluyla yönetimle ve özgül emirlere dayalı yönetimle bağdaşmaz.⁶

2. Hikmet-i Hükümetin Reddi

Hukukun üstünlüğüyle ilgili temel bir nokta genellikle gözden kaçmaktadır. O da şudur: Meta-hukukî veya siyasî bir ideal olarak hukukun üstünlüğü daha temelde devlete ve devlet-toplum ilişkisine farklı bir bakışı gerektirir. Hukukun üstünlüğü siyasî ideali, her şeyden önce, devleti toplumsal varoluşun birincil ilkesi veya onun varlık nedeni olarak gören anlayışla bağdaşmaz. Bundan dolayı, hukukun üstünlüğüne en aykırı siyaset anlayışı devleti kendinde bir amaç olarak gören “hikmet-i hükümet” felsefesidir. Bu temel noktayı görmezden gelen bir siyasî rejimde hukukun üstünlüğünün tam olarak gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu gibi “devletçi” rejimlerde hukukun üstünlüğü, hatta hukuk devleti değil, olsa olsa “kanun devleti” tesis edilebilir.

Hikmet-i hükümet devletçi bir siyasî felsefedir, hukuk ve siyaseti devlet merkezli olarak kavrar. Bu kavrayışta devlet bizatihi bir amaç veya “kendinde varlık”tır, kısaca en üstün değerdir. Bu anlayışa dayalı bir sistemin –dolayısıyla hukukun da- amacı devletin her ne pahasına olursa olsun

4 Fuller 1969, ss. 46 vd.

5 Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford University Press, 2010), s. 336.

6 Peter Rijkema, “The Rule of Law beyond Thick and Thin”, *Law and Philosophy*, n. 32 (2013), s. 795, 807-811.

bekâsıdır. Bundan dolayı, hikmet-i hükümet felsefesi ahlâk ve adaleti olduğu gibi hukuku da devleti bağlayan bir değer olarak görmez; aksine onu kendi takdirine göre belirlemeyi ve kendi amacı doğrultusunda kullanmayı esas alır. Hikmet-i hükümet felsefesine göre hukukun devlete üstünlüğü değil, devletin hukuka üstünlüğü esastır. Devlet hukuku istediği şekilde yaratır, yani hukuk-yapımında özgürlük, adalet ve insan hakları değerlerini referans alma yükümlülüğü hissetmez. Hikmet-i hükümet anlayışında hukuku bu gibi evrensel değer ve ilkeler değil, devleti idâme ettirmenin “demirden zorunlulukları” belirler.

3. Hukukun Yapısal Adaleti

Lon Fuller’a göre⁷, herhangi bir ülkede yürürlükte olan normatif sistemin sahici anlamda “hukuk” adını hak edebilmesi için şu sekiz ilkeye uygun olması gerekir. Birinci ilke *genelliktir*. Bir hukuk sisteminin kuralları kişiler için genel davranış standartları koymalıdır. İkinci olarak, kişilerin onlara uyması istendiğine göre, hukuk kuralları *ilan* edilmeli veya kendilerine uygulanacak kişilerin bilgisine sunulmalıdır. Üçüncüsü, kanunların geçmişe değil *ileriye dönük* olması ilkesidir. Dördüncü ilke kanunların *açık-seçik* olmasıdır. Açık olmayan kanunlar anlaşılacakları için onlara uygun davranılması fiilen imkânsızdır. Beşincisi, hukukun kendi içinde *tutarlı* olması, yani kanunlarda çelişkiler olmaması gereğidir. Altıncı ilke, kanunların *imkânsız* olan şeyi emretmemeleridir. Yedinci ilke *istikrardır*, kanunların sık sık değişmemesi gerekir. Sık sık değişen kanunlara uymak ve dolayısıyla ona göre davranmak zordur. Nihayet, kurallarla uygulama arasında *uyum* olmalıdır.

Bu ilkelere, Joseph Raz’ın⁸ öngördüğü şu gereklilikleri de eklemek uygun olur: (1) Yargının bağımsızlığı güvence altına alınmalıdır, (2) Doğal adalet ilkelerine (açık ve hakkaniyete uygun duruşma, tarafsızlık vb.) ilkelerine uyulmalıdır, (3) Mahkemeler diğer ilkelerin uygulamaya geçirilmesi üzerinde denetim yetkisine sahip olmalıdır (kanunların ve idarî faaliyetin yargısal denetimi), (4) Mahkemelere erişim kolay olmalıdır (makul sürede ve az maliyetle yargılanma vb.).

4. Usulî Hakkaniyet

Hukukun üstünlüğü, hukuk kurallarının ve daha genel olarak hukuk sisteminin yapısal adaleti yanında, hukuk uygulamasının hakkaniyetli olmasını da gerektirir. Çünkü, hukuk genel ve adil kurallarla ilgili olduğu kadar usulle ve muhakemeye de ilgili bir disiplindir. Bu demektir ki, kuralların âdil olmaları yanında hakkaniyetli bir şekilde uygulanmaları da hukukî

7 Fuller 1969, ss. 46 vd..

8 Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue”, *The Authority of Law* (Clarendon Press, 1979), 214-18.

adaletin ve dolayısıyla hukukun üstünlüğünün bir gereğidir. Başka bir anlatımla, hukukun adaleti sadece kuralların olduğu gibi uygulanmasını değil, aynı zamanda bu kuralların, doğal adalet ve “usulî hakkaniyet” ideallerinin gerektirdiği şekilde uygulanmalarına da bağlıdır. Türkçedeki “usul esastan önce gelir” şeklindeki vecize de aynı temel düşünceyi yansıtır.

Usulî hakkaniyetin, başka bağlamlarda olduğu gibi, hukukta da üç temel gereği vardır: eşit muamele, tarafsızlık ve söz hakkı.⁹ “Eşit muamele” ihtilâf çözümünde karar vericilerin benzer durumlara benzer, farklı durumlara farklı muamele etmelerini gerektirirken, onunla yakından ilişkili olan “tarafsızlık” karar-vericinin ilgililer arasında keyfî ayırım yapmamasını ifade eder. Hukuk uygulamasında tarafsızlık yargıçların siyasî ve idarî baskıdan korunmuş, güvenceli bir statüye sahip olmasını, kısaca yargının bağımsızlığını ve hâkim güvencesini şart koşar. “Söz hakkı” ise ihtilâfın çözümünden durumları veya hakları etkilenecek olanların çözüm sürecinde kendi iddia ve kanıtlarını dile getirebilmeleri demektir. Bunun pratik anlamı, kişilerin yargısal sürece katılma ve savunma haklarına sahip olması gereğidir. Tarafların bu şekilde çözüm sürecine katılmaları süreçten adil bir sonucun çıkması ihtimalini artıracak gibi, bu durum tarafların izlenen usule güven duymalarına da katkı yapar. Bu gereklere, Joseph Raz’a katılarak¹⁰, açık ve adil duruşma ve yargıçların tarafsızlığı yanında, mahkemelerde hak aramanın kolay olmasını, en başta davaların çok uzun sürmemesi ve az masraflı olmasını da eklemeliyiz.

Usulî hakkaniyetin bu ve benzeri gerekleri bugün genellikle “âdil yargılama ilkesi” altında dile getirilmektedir. Bunlara, doğal adaletin bir gereği olan “kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı” ilkesini de ekleyebiliriz. Bu çerçevede usulî hakkaniyet kişinin hukukî hak ve ödevlerinin adil usullerle belirlenmesini gerektirmektedir. İngiliz hukukunda, hukukî yetkilendirme olmadan kimsenin haklarının çiğnenemeyeceği şeklinde anlaşılan bu ilkenin bir benzeri Amerikan hukukunda “due process of law” olarak adlandırılmıştır: “Hiç kimse uygun hukukî usule başvurulmadan haklarından yoksun kılınmaz.” Her iki ilkenin de arkasında aynı temel düşünce yatmaktadır: “Kişi hukukun yasaklamadığı her şeyi yapabilir.”¹¹ Böylece, usulî hakkaniyetin hukukun içeriğiyle ilgili sonuçları da olduğu anlaşılmaktadır. Usulî hakkaniyetin hukuk sisteminin maddî içeriğine yansımalarının başka ilkesel örnekleri de vardır; kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği, kimsenin kendi haksız eyleminden kazanç sağlayamayacağı ve sorumluluğun kusura dayanması gibi.

9 E. S. Cohn & S. O. White & J. Sanders, “Distributive and Procedural Justice in Seven Nations”, *Law and Human Behavior*, Vol. 24, No 5 (Oct. 2000), s. 554, 556-58.

10 Raz 1979: 217.

11 Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press, 2009), ss. 330-32.

5. İnsan Hakları¹²

Hukukun üstünlüğü, yukarıda belirttiğimiz gibi, bir yandan yapısal adaleti ve usulî hakkaniyeti buyururken, öbür yandan hukukun içeriğinin insan haklarıyla uyumlu olmasını da gerektirir. Çünkü, adalete ilişkin makul görüş farklılıklarının dışında tutulabilecek bir konu varsa, bu en başta insan hakları olmalıdır. Nitekim birçok düşünür hukukî adaletin asgarî özünün “insan haklarına saygı” olduğunu belirtmiştir. Keyfî devlet müdahalesine karşı kişilere güvence sağlayan işlevi göz önüne alındığında, hukuk sisteminin insan haklarını güvence altına alması “hukukun üstünlüğü” açısından hayati önemdedir. Öte yandan, gerek hukukun “asgarî tabii hukuk içeriği”ne ilişkin tezini, gerekse herkesin “özgür olma eşit hakkı”na bir doğal hak olarak sahip olduğu görüşünü esas olarak, kendisi bir pozitivist olan Herbert Hart’ın da modern toplumlarda hukukun herkesin özgürlüğünü -ve dolayısıyla insan haklarını- güvence altına alması gerektiği görüşünde olduğunu söyleyebiliriz.¹³

Keyfî devlet müdahalesine karşı kişilere güvence sağlayan işlevi göz önüne alındığında, hukuk sisteminin insan haklarını güvence altına alması “hukukun üstünlüğü” açısından hayati önemdedir.

III. ÖZETLE, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

- “Hikmet-i hükümet”ten bağımsız olarak oluşturulmuş bir hukuk sisteminin varlığını ve devletin hukukun dışında veya üstünde meşru olarak var olamayacağını,
- Hukuk sisteminin yönetimde keyfiliği dışlayacak, kişilere hukukî öngörülebilirlik ve hukukî güvenlik sağlayacak özellikte olmasını,
- Hukuk sisteminin istikrarlı ve yapısal bakımdan âdil (genel, ilân edilmiş, açık-seçik, geleceğe yönelik ve birbiriyle tutarlı kurallardan oluşması) olmasını,
- Hukuk sisteminin insan haklarını korumasını,
- Hukuk uygulamasında “usulî hakkaniyet” ile “âdil yargılama”nın gereklerinin gözetilmesini,
- Hukukun gerek yapısı gerekse uygulaması bakımından diğer “evrensel hukuk ilkeleri”ne uyulmasını zorunlu kılar.

12 Genel olarak insan hakları konusunda bkz., Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku (Ankara: Orion, 3. b., 2012).

13 H. L. A. Hart, *Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1978), ss. 189-93; H. L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, J. Waldron (ed.), *Theories of Rights* (Oxford University Press, 1992) içinde, ss. 77-90.

IV. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN KURUMSAL GEREKLERİ

Şimdi de hukukun üstünlüğünün bu gereklerinin hangi ilkeler ve kurumsal mekanizmalarla güvence altına alınabileceğini gözden geçirelim.

1. İdeolojik Tarafsızlık

Hukukun üstünlüğü her şeyden önce devletin yurttaşlar karşısında ideoloji ve dünya görüşü olarak tarafsız olmasını şart koşar. Çünkü belli bir dünya görüşüne, dine veya ideolojiye bağlı olan bir devlet için hukukun kendi başına bir değeri yoktur; hukuk devlet ideolojisinin bir aracından ibarettir. Böyle bir sistemde devlet hukuka değil, hukuk devlete -ideolojiye- bağlı addedilir. Yine böyle bir devlette hukukun yapısına ve uygulanmasına ilişkin evrensel ilkelerden ayrılmak olağandır. İdeolojik devletin hukuku yozlaştırması hukukun üstünlüğü açısından en ürkütücü ihtimaldir. İdeolojik devlet hukuku yozlaştırır, çünkü kanun-yapma işi teknik-hukuki bir mesele olmaktan çıkar ve ideolojik manipülasyon aracı haline gelir. Kanun yapımında hukukun bilinen, evrensel kavram ve teknikleri yerine, ideolojik olarak taraflı ve keyfi uygulamaya açık hukuk-dışı kavram ve terimler kullanılır.

Ayrıca, ideolojik devlet toplumu belli bir dünya görüşü ve hayat tarzı doğrultusunda biçimlendirme çabası içinde olacağından, bunun fiilî sonucu cebir kullanımının artması, yani özgürlük daralmaları olacaktır. İster laik isterse dini olsun, ideolojik devlet yurttaşlarının siyasi-ideolojik tercihlerine, hayat tarzlarına müdahale etme, onların inanç ve düşüncelerini yönlendirme eğiliminde olur.

“ İster laik isterse dini olsun, ideolojik devlet yurttaşlarının siyasi-ideolojik tercihlerine, hayat tarzlarına müdahale etme, onların inanç ve düşüncelerini yönlendirme eğiliminde olur.

İdeolojik devletin ters düştüğü en önemli hukuk devleti ilkesi eşitliktir. Çünkü, kendisini herhangi bir ideolojiyle tanımlayan devletin yurttaşları arasında dünya görüşlerine, ideolojilerine ve hayat tarzı tercihlerine göre ayırım yapması kaçınılmazdır. Böyle bir devlet yurttaşları arasındaki ideolojik, dinî ve mezhebî farklılıklar karşısında tarafsız kalamaz; tam aksine kendi ideolojisine veya din yorumuna uzak gördüğü grupları mağdur ederken, kendisine ideolojik bakımdan yakın gördüğü grupları kayırır. Resmi ideoloji yurttaşlar arasında kamu hizmetine giriş, hatta siyasete katılma hakları bakımından ayırım yapılmasına dayanak oluşturur.

2. Hukuk Önünde Eşitlik

Hukuk devleti yukarıda sözünü ettiğimiz güvenceleri herkese sağlayan devlet olduğu için, eşitlik onun hem bir ilkesi hem de pratik bir gereğidir.

Hukuk önünde eşitlik, kamu otoritelerinin kural yapımında ve uygulamasında hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese eşit muamele etmesi demektir. Bu, bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını, bir yandan da kuralların herkese eşit uygulanmasını gerektirir. Gerçi hukuk normları her zaman tam anlamıyla genel nitelikte olamazlar, çünkü böyle olması her kuralın herkesi ilgilendirmesi anlamına gelir ki bir hukuk düzeninin yalnızca bu türden kurallardan oluşması elbette söz konusu olamaz. Bu nedenle, hukukun kişiler ve kişi gruplarının özel durumlarına özgü düzenleme yapması olağandır. Bu tür düzenlemelerin yapıldığı durumlarda eşitlik ilkesi, özel düzenlemenin muhatapları arasında ayırım yapılmamasını, yani benzer durumda olanların aynı kurallara tâbi kılınmasını gerektirir. Bunun doğal sonucu, farklı durumda olanlara farklı muamele yapılabilmesidir.

Genel eşitlik ilkesi, kişiler arasında haklı bir neden olmaksızın ayırım yapılmamasını gerektirmektedir. Evrensel anlayışa göre, din, dil, ırk, soy, sınıf, cinsiyet, felsefi ve siyasi inanç farklılıkları farklı muameleyi haklı kılmayan başlıca nedenlerdir. Nitekim gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (m.2) gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.14) bu ilkeye yer vermişlerdir. Aynı ilke “kanun önünde eşitlik” (m. 10) adı altında TC Anayasası tarafından da tanınmıştır. Bu noktada anlaşmazlık olmamakla beraber, benzer muameleden ayrılmayı gerektiren veya makul kılan nedenlerin neler olduğu konusunda aynı ölçüde bir fikir birliği yoktur. Esasen bu konuda, somut şartlardan bağımsız olarak genel-geçer bir ölçüt veya ölçütler koymak zor görünmektedir.

Eşitliğin uygulama ilkesi olan farklı muamele yasağının sonuçları iki yönlüdür. Bir yönüyle eşitlik ilkesi ayrımcı muameleyi, diğer yönüyle de ayrıcalık (imtiyaz) tanınmasını yasaklar. Daha açık bir deyişle, yasal düzenlemeler veya uygulama yoluyla bazı kişi ve grupların “keyfi olarak” mağdur edilmesi yanında, bazı kişi ve grupların aynı durumda olan başkalarına göre “keyfi olarak” kayırılması veya avantajlı hale getirilmesi de hukuk önünde eşitliğe aykırıdır.

3. Hukuka Bağlı Yönetim

Hukukun üstünlüğü, her şeyden önce, “kişilerin değil, kuralların yönetimi”ni gerektirir. Bir hukuk devletinde bütün devlet kurumlarının ama özellikle de siyasî ve idarî yönetimin -yani, hükümetin ve kamu idaresinin- hukuk çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Bu da ancak kamu otoritelerinin yetki alanlarının sınırlarının anayasayla ve kanunlarla açık-seçik bir biçimde belirlenmiş olmasıyla mümkündür. Aksi halde yönetimde keyfilik hâkim olur ki bu da kişilerin özgürlük ve haklarının yönetenlerin takdir ve insafına kalması, dolayısıyla güvenceden yoksun olması demektir.

4. Yargı Denetimi

Hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için kamu otoritelerinin tanımlanmış ve sınırları açıkça belirlenmiş yetki alanlarına riayet etmelerinin sağlanması gerekir. Ne var ki, kamu otoritelerinin, yetkilerini keyfi olarak kullanma ve yetki alanlarını aşma eğilimi içinde oldukları evrensel bir gerçektir. Bundan dolayı, devlet yetkilerinin kullanım biçiminin sıkı biçimde denetlenmesi gerekir. Yasama ile yürütme ve idarenin kendi iç denetim mekanizmaları yanında, özellikle yürütme ve idarenin (parlamento tarafından yapılan) dış denetim yolları da bulunmakla beraber; bunlar ya siyasî ya da idarî-teknik nitelikte olup, hukuka uygunluğu yeterince garanti edemezler. Hukuka uygunluğun gerçek güvencesi sadece bağımsız mahkemelerce yapılan denetimdir. Bu çerçevede, yasama faaliyetinin yargısal denetimi esas itibariyle anayasaya uygunluk açısından yapılır ve bu denetimi yapmakla görevli organların konumları ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir.



Kişilerin özgürlük ve hakları açısından kanunların anayasaya ve evrensel hukuk ilkelerine uygunluğu yanında, devletin icraî-idarî faaliyetlerin hukuka uygunluğunun sağlanması da bir zorunluluktur.

Kişilerin özgürlük ve hakları açısından kanunların anayasaya ve evrensel hukuk ilkelerine uygunluğu yanında, devletin icraî-idarî faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması da bir zorunluluktur. Çünkü, tarihsel olarak özgürlüklere yönelik en ciddi tehditler genellikle yürütme ve idare makamlarından gelmiştir. Bunun böyle olması da doğaldır. Çünkü, devletin “cebredici” yanı en çok bu alanda kendini gösterir, devletin cebir-kullanıcı yönünün -cezalandırma alanından sonra- en çok karşımıza çıktığı alan idarî faaliyetlerdir. Yürütme ve idarenin işlem ve eylemleri hukuki ilişkilerimizi, hak ve yükümlülüklerimizi doğrudan doğruya etkileyen sonuçlar yaratırlar. Yürütmenin vatandaşlara uyguladığı bazı yaptırımlar ceza yaptırımlarına benzer; iktisadi özgürlüklerimizi kısıtlar (işyeri kapatma), birtakım mallarımızı (istimval ve istimlak) ve paramızı (para cezası, vergi ve vergi cezaları) kendi tasarrufumuzdan çıkarıp devlete aktarır. Bütün bu nedenlerle idarî faaliyetin bağımsız mahkemelerce hukuka uygunluk açısından denetlenmesi kesin bir gerekliliktir.

5. Bağımsız ve Tarafsız Yargı

Yargı denetiminin gerçekten etkin olabilmesi, her şeyden önce mahkemelerin bağımsız ve yargıçların güvenceli olmalarına bağlıdır. “Yargıçların bağımsızlığının nedeni, onların kuralları yorumlama işlevini yerine getirirken kuralların anlamını onlardan etkilenen kişilerin görüşlerine uydurmak üzere değiştirmelerine yol açacak türden baskıya tâbi olma-

maları ve “vakalar”ı tespit ederken yerindelik veya maslahata uygunluk mülâhazalarından etkilenmemeleri gereğidir. Bu, anayasacılığın özünü oluşturan, kuralların istikrarı ve öngörülebilirliğinin idamesinde esaslı bir unsurdur.”¹⁴

Mahkemelerin bağımsızlığı hem organik hem de işlevsel anlamda düşünülmelidir. *Organik bağımsızlık*, mahkemelerin yasama ve yürütmeden bağımsız olarak örgütlenmelerini ve kendi özlük işlerini yine kendilerinin yürütmelerini ifade eder. İşlevsel bağımsızlık ise, hâkimlerin görevlerini yerine getirirken bağımsız davranmaları, yani başka bir merciden (yasama, yürütme ve idareden, hatta diğer yargı yerlerinden) emir ve talimat almaksızın sadece hukuka ve kendi vicdanî kanaatlerine göre karar verebilmeleri demektir.

Öte yandan, yargı denetiminin hukukun üstünlüğüne ve adalete hizmet edebilmesi için yargıçların görev güvencesine sahip olmaları da şarttır. *Yargıç güvencesi* özünde bir statü garantisidir; yargıçların görevden alınamamalarını ve buna benzer sonuçlar doğuran bir işleme tâbi tutulmalarını, kendi istekleri dışında kanunî yaş haddinden önce emekli edilmemelerini gerektirir. Ancak bu güvence sayesinde ki hâkimler işlerini kaybetme korkusu olmadan, hak ve adalet gerektirdiğinde iktidar sahiplerine karşı veya onları rahatsız edebilecek kararlar verebilirler.

Yargının adalete uygun kararlar verebilmesi, aynı zamanda, kamu otoriteleri –meclis, hükümet, devlet başkanı vb.- ve siyasî partiler karşısında olduğu kadar güçlü çıkar grupları karşısında tarafsız olmalarına da bağlıdır. Ayrıca, yargıçların kararlarını verirken kendi dünya görüşlerinden ve grup aidiyetlerinden de bağımsız hareket edebilmeleri gerekir. Hukukun üstünlüğü yargıçların siyasî ve ideolojik bakımdan kesin tarafsızlığa riayet etmelerini zorunlu kılmaktadır. Çünkü, hukukun otoritesi, önemli ölçüde, onun partizan-politik biçimde işlememesine bağlıdır. Bu arada, devletin ideolojik tarafsızlığı yargının tarafsızlığının da ön şartıdır.

Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim güvencesi ilk bakışta yargıya sağlanan özel yararlandırmalar (ayrıcılıklar) gibi görünmekle beraber, bu gibi düzenlemelerin asıl amacı kişilere devlet karşısında güvence sağlamaktır. Aynı durum hâkimlerin ideolojik tarafsızlığı bakımından da söz konusudur. Hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmadıkları bir yerde, başka bütün kurumsal düzenlemeler anayasacılığın gereklerine uygun olsa bile, kişiler güvence altında değildir.

14 M. J. C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Powers* (Liberty Fund, 2nd ed., 1998), s 361.

6. Temel Hak Güvenceleri

Hukuk devletinin gereklerinden biri de özgürlükler ve insan haklarının hukuken ve fiilen güvence altına alınmasıdır. Böylece, hukukun üstünlüğünü temin etmenin bir yolu olarak, devletin keyfi ve baskıcı yönelimleri karşısında kişilere dokunulmaz, korunmuş alanlar sağlanmış olur. İnsan haklarını hukuk yoluyla güvence altına almak hem devlet iktidarını sınırlamanın bir aracıdır, hem de iktidarı sınırlamanın esas amacı bu hakları güvence altına almaktır. Dolayısıyla, hukukun üstünlüğü insan haklarının “*anayasal haklar*” olarak tanınmasını, hatta bundan da öte, anayasal düzenin dayanaklarından biri haline getirilmesini gerektirmektedir.

7. Hak Arama Yolları

Yönetimin keyfilik eğilimi karşısında kişilerin gerçekten güvende olabilmeleri, haklarının çiğnendiğini düşündükleri zaman ihlâlin tespitini ve duruma göre ortadan kaldırılmasını veya telâfi edilmesini sağlamak üzere kişilerin başvurabilecekleri hukukî (ve siyasi) yolların da açık bulunması gerekir. Kısaca, kişilerin meşru yol ve araçlardan yararlanarak haklarını arayabilmeleri hukuk devletinin vazgeçilmez gereklerindedir.

Başlıca meşru hak arama yolları dava, idari ve siyasi makamlara başvuru ve -başta ifade özgürlüğü, dernek, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları olmak üzere- diğer sivil hakların serbestçe kullanımınıdır. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün gerçekte var olması ise yukarıda işaret ettiğimiz yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı yanında, yargıç güvencesinin ve doğal yargıç ilkesinin teminat altında olmasına bağlıdır.

Ayrıca, hukuk sisteminin suçsuzluk karinesi, suç ve cezaların kanuniliği, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve suçun geçmişe yürümezliği gibi evrensel ilkeleri de tanımış ve güvence altına almış olması gerekir. *Suçsuzluk karinesi*, suçlu oldukları mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılması demektir. Gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (m. 11), gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6) suçsuzluk karinesini temel haklardan saymıştır. Böyle bir güvencenin olmadığı yerde, ceza yargısında hak arama çabası kişi açısından tam tersi sonuçlar yaratabilir. Bu, özellikle, ceza soruşturması esnasında “şüpheli” ve “sanık”lara suçlu muamelesi yapılması durumlarında açıkça ortaya çıkabilecek olan bir sakıncadır.

Suçların kanuniliği, “suç” olduğu kanunda açıkça belirtilmiş olmayan bir eylemden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğini, *cezaların kanuniliği* ise kimseye kanunda açıkça “ceza” olarak belirtilmiş olmayan bir



İnsan haklarını hukuk yoluyla güvence altına almak hem devlet iktidarını sınırlamanın bir aracıdır, hem de iktidarı sınırlamanın esas amacı bu hakları güvence altına almaktır.

yaptırımın uygulanamayacağını ifade eder. *Ceza sorumluluğunun şahsiliği* suçtan sadece failinin sorumlu tutulabileceği ve hiç kimsenin bizzat kendisinin işlemediği bir suçtan dolayı cezalandırılmayacağı anlamına gelir. Bunun pratik sonucu, bir kişinin işlediği suçtan dolayı onun yakınlarına ceza verilememesidir. *Suçların geçmişe yürümezliği*, “kimsenin işlendiği zaman kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaması”, *cezaların geçmişe yürümezliği* ise “kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olandan daha ağır bir ceza verilememe”si demektir. Aslında bu son iki ilke, kanunilik ilkesinin mantıkî sonuçlarıdır. Bu ilkeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. ve Anayasa’nın 38. maddelerinde zikredilmişlerdir. Açıktır ki, bu ilkelere aykırı davranılması kişiler için hukuk güvenliğini ortadan kaldırdığı gibi, hak arama özgürlüğünü de fiilen anlamsız kılar.

Hak arama özgürlüğünün özellikle ceza yargılamasındaki başka bir güvencesi “doğal yargıç” ilkesidir. *Doğal yargıç ilkesi*, kişilerin suçu işledikleri tarihte o suça bakmakla görevli olan mahkeme ve hâkim tarafından yargılanmaları anlamına gelir. Buna “olağan mahkeme” kuralı da denebilir. Suç işlendikten sonra ve o suça (suçlara) özgü yeni bir mahkeme kurulması (veya mahkeme üyelerinin değiştirilmesi) bu ilkeye aykırıdır. Olağanüstü mahkemeler (Türkiye’de 27 Mayıs 1960 darbesini müteakip kurulan Yassıda Mahkemeleri gibi) doğal yargıç güvencesini ortadan kaldırmanın tipik yöntemidir. Nihayet, kuruluşu ve işleyişi bakımından mahkeme niteliğinde olmayan merciler kurulmasının da aynı ölçüde, belki daha da fazla, hukuk devleti ilkesinin reddi anlamına geldiğini ifade etmeliyiz.

Bunlara, âdil yargılamanın, AİHM’nin yorumladığı şekliyle AİHS’nin 6. maddesinde belirtilen diğer gereklerini de katmak gerekir. Âdil yargılama devlet bakımından bir yükümlülük oluştururken, kişiler bakımından ise “adil yargılanma hakkı” şeklinde temel bir hak olarak ortaya çıkmaktadır.

V. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN SOMUT YARARLARI

Aslında, baştan beri yapılan açıklamalardan hukukun üstünlüğünün neye yaradığı anlaşılmaktadır. Yine de bu ilkenin kişilere ve genel olarak topluma sağlayacağı somut yararları kısaca özetlemek yararlı olabilir. Brian Tamanaha¹⁵ bu yararları beş başlık altında özetliyor:

- Hem devlet ile yurttaşlar arasında (dikey olarak) hem de yurttaşların kendi aralarında (yatay olarak) belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenliği artırır.

15 Brian Tamanaha, “A Concise Guide to the Rule of Law”, <http://ssrn.com/abstract=1012051>.

- Kamu görevlilerinin takdir yetkisini kısıtlar, kasıtlı ve keyfî davranışı azaltır.
- Hukuk kuralları marifetiyle barışçı bir sosyal düzen sürdürülür.
- Belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenlik sayesinde iktisadî gelişme kolaylaşır.
- Kuralların herkese eşit olarak uygulanması anlamında temel adalet sağlanır.

VI. TÜRKİYE İÇİN BİR DURUM DEĞERLENDİRMESİ

1. Genel Siyasî Yönelimler

Anayasa 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'ni, başka özellikleri yanında, hukuk devleti olarak nitelemekte ve bununla tutarlı birçok ilke, kural ve kurumsal düzenleme içermektedir. Ancak bu anayasal iddiasına veya vaadine rağmen Türkiye hiçbir zaman tam bir hukuk devleti olamamıştır. Elbette Anayasanın bu bakımdan eksik-gedikleri ve kusurlu yanları vardır, ama Türkiye'de hukukun üstünlüğünün tam olarak yerleşmemesinde anayasal-normatif düzenlemeden daha çok siyasî-idarî uygulamanın etkili olduğu söylenebilir. Bu durum son yıllarda daha belirgin bir hal almıştır. Bu bir yandan Türkiye'de öteden beri hâkim olan hukukun üstünlüğü fikriyle bağdaşmayan fikrî ve kurumsal geleneklerin, öbür yandan son yıllarda belirginleşen ve hukukun üstünlüğüyle bağdaşmayan yeni anlayış ve yönelişlerin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bunları, hukukun üstünlüğünün yerleşmemesinin hem temel nedenleri hem de göstergeleri olarak düşünebiliriz. Son yıllarda AKP iktidarına ârız olan hukuk tanımazlık eğilimini bu çerçevede düşünmek gerekiyor.

a) Hikmet-i Hükümet Felsefesi

Türkiye'nin devlet geleneği aşağı yukarı Tanzimat'tan buyana "hikmet-i hükümet" felsefesine dayanmaktadır. Hikmet-i hükümetçi felsefenin hukukun üstünlüğünün tam karşısında yer alan bir siyasî anlayışı temsil ettiğine daha önce işaret edilmişti. Çünkü, hikmet-i hükümet devleti ve otoriteyi toplumsal-siyasal varoluşun merkezine yerleştirir ve bunun doğal bir sonucu olarak kamu hayatında önceliği hukuk ve adalete değil fakat devletin her ne pahasına olursa olsun idamesine verir. Dolayısıyla, bu felsefeye bağlı bir yönetim hak ve özgürlükleri güvence altına almak yerine güvenlik öncelikli bir siyasî-idarî uygulamaya yol açar. Ayrıca, hikmet-i hükümetçi aşkın devlet anlayışı devlete izafe edilen veya onun adına yapılan her faaliyete ve onu yapanlara peşin bir sorgulanamazlık sağlar ki bu da devlet yönetiminde hukukilik ve şeffaflığı temelden sarsar.

AKP hükümetlerinin aşağı yukarı 2011'den sonraki söylem ve uygulamalarında bu anlayışı devraldıklarının pek çok kanıtı vardır. Türkiye'nin hukukun üstünlüğü hedefinden son yıllarda hızla uzaklaşmakta olmasında en etkili olan faktörlerden biri AKP iktidarının "hikmet-i hükümet" felsefesini içselleştirmiş olmasıdır.

Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesinde sosyo-ekonomik ve kültürel altyapının çok hayati bir rol oynadığı şüphe götürmez. Toplumda ve idarecilerde hukuka uyma konusunda yaygın bir inanç yoksa, yerleşik bir yargı bağımsızlığı kültürü gelişmemişse, hukukun üstünlüğünü esas alan bir hukuk uygulaması ve kültürü yoksa hukuk devletini uygulamaya koymak pek kolay olmayacaktır. Belirtilen hususlarda yerleşik kültür oluşturmak yıllar hatta onyıllar alabilecek bir uğraşı gerektirmektedir.¹⁶

Türkiye'de iktidara gelen her siyasi grubun ya da kültürel kimliğin devletin kutsallığına (hikmet-i hükümet) sığınma arayışına girmesinin arka planındaki bazı sosyolojik ve kültürel nedenlere işaret edilmesi faydalı olabilir. Bunların başında Türkiye'nin çok güçlü bir devlet geleneğine sahip olması gelmektedir. Güçlü devlet aynı zamanda zayıf toplum demektir. Türkiye'de geleneksel olarak toplum devlete göre ikincil ve ona bağımlı bir varlık alanıdır. Bu tarihsel arka plan Türkiye'de toplumun devleti birincil siyasî değer olarak anlamasını ve bu algının yerleşmesini sağlamış, bu da devletin bekâsı uğruna her şeyin -bu arada, hukukun da- fedâ edilmesini meşru gören kültürel bir tutumu beslemiştir.

Bu tarihsel arka plan Türkiye'de toplumun devleti birincil siyasî değer olarak anlamasını ve bu algının yerleşmesini sağlamış, bu da devletin bekâsı uğruna her şeyin -bu arada, hukukun da- fedâ edilmesini meşru gören kültürel bir tutumu beslemiştir.

Öte yandan, Türkiye'de siyasetin süjesi birey değil kültürel, ideolojik, sınıfsal vb. kimlikler veya kolektivitelerdir. Bir tür kabilecilik olarak görülebilecek olan bu anlayışta, siyasetin hedefi de devlet aygıtını mensup olunan "kabile"nin çıkarlarını artırmak üzere kullanmaktır. Bu aynı zamanda, devlet iktidarının ele geçirilmesi sayesinde, kabilenin çıkarlarını devlet veya toplum menfaati olarak tanımlamaya da imkân vermektedir. Böylece, "hikmet-i hükümet" in varsaydığı devletin "kutsallığı" devleti kontrol etmekte olan grubun görüş ve çıkarlarına da yansımakta ve onları hukuken dahi sorgulanamaz hale getirmektedir.

b) Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı

Son yıllardaki icraatlarına bakılırsa, AKP kadroları demokrasiyi iktidarların seçim yoluyla değişmesinden ibaret görmektedirler. Bu anlayışa,

¹⁶ Tamanaha 2007: 13 vd.

Özgür bir toplum için...

“millî irade” mitiyle meşrulaştırılmaya çalışılan “çoğunlukçu” bir tasavvur eşlik etmektedir. Formül şudur: Demokrasi seçimde beliren “millî irade”dir, millî irade ise seçilen çoğunlukta tecelli ve temerküz eder. Bu anlayış iktidarı elinde tutanlara eleştiri ve muhalefeti en hafifinden “haddini bilmezlik”, hatta “ihamet” olarak görmenin ve “kendine güveniyorsan parti kur karşıma çık” zihniyetinin de temelini oluşturmaktadır.

Bu, çoğulcu değil tekilci ve çoğunlukçu bir demokrasi anlayışıdır. Bu anlayışa göre, demokrasi seçilmiş çoğunluğun sınırsız iktidarı demektir. Ayrıca, bu iktidar kamu hayatıyla sınırlı olmayıp, toplumun bütün farklı unsurlarının, “millî ve manevî değerlerimiz” adı altında çoğunluğun değerlerini benimsemesi gerektiğini de ima etmektedir. Türkiye uzun bir süre “demokrasiziz yarım hukuk”tan bîzar olmuşken, şimdi de “hukuksuz demokrasi”ye doğru ilerlemektedir. Şu kayıtlarla ki, eskinin hukuk vurgusu resmî ideolojinin bir kılıfı idi, yeni zamanların sözde demokrasisi ise hukuk fikrini büsbütün reddetmektedir. Yine de bir ortak noktaları var: Her ikisi de toplumun çoğul yapısını ve farklılıkların meşruluğunu reddeden tekilci bir anlayışa sahip.

Bu sözde demokrasi, çoğunluk partisinin toplum hayatının tamamını kontrolü altına alması ve kendi siyasî tasavvurunu paylaşmayanların sivil alanda bile var olma hakkını tanımaması bakımından çoğulculuk karşıtıdır. Bu anlayışta, çoğunluğun bunu yapmaya hakkı vardır, çünkü



AKP’ye muvafık olmayanlara tek düşen sessizce oturup itaat etmeleridir.

çoğunluğun “millî irade”yi, milletin iradesini temsil ettiği düşünülmektedir. Onun için, çoğunluk görüşünü paylaşmayanların gelecek seçimlere kadar oturup beklemekten başka bir hakkı yoktur. Onlar “millî irade” karşısında ve “millî irade”ye karşı seslerini yükseltmemeli, “hadlerini bilmeli” ve kamusal meseleler hakkında görüş beyan etmekten, hele çoğunluk iktidarının politikalarını eleştirmekten kesinlikle kaçınmalıdırlar.

Kısaca, AKP’yemuvafık olmayanlara tek düşen sessizce oturup itaat etmeleridir. Böylece, AKP’nin demokrasi adına savunduğu şey, devletin topluma vesayet etmesi olmaktadır. Öyle anlaşılıyor ki, devlet başkalarının elindeyken bürokrasi marifetiyle devlet vesayeti sakıncalı idi, ama devlet artık “bizim” (AKP’lilerin) olunca, onun topluma vesayet etmesi meşru hale gelmektedir.

Bu yanlış anlayışın etkisiyle, AKP başta yargı bağımsızlığı ve anayasa yargısı olmak üzere liberal-demokratik bir rejimin tipik denetim mekanizmalarını bile “millî irade”ye ve dolayısıyla kendisinin demokratik yönetim hakkına getirilmiş vesayetçi sınırlar olarak görme ve gösterme çabasıdadır.

c) *Dost-Düşman Ayrımına Dayanan Siyaset*

Türkiye'nin siyasî ve idarî yönetiminde özellikle son iki-üç yılda göze çarpan hukuk-tanımazlığın arkasında yatan başka bir neden de iktidar mevkiindekilere ve genel olarak kamu idaresine hâkim olan “dost-düşman ayrımı”na dayanan siyaset anlayışıdır. İktidar kadroları kendilerine muhalefet edilmesini ve aldıkları siyasî-idarî karar veya tedbirlerin eleştirilmesini kendilerine düşmanlık olarak görme eğilimi içine girmiştir.

Bu dünyanın yabancı olduğu bir politik anlayış değildir. Meselâ 11 Eylül 2001 Dünya Ticaret Merkezi saldırılarından sonra ABD Başkanı Bush tarafından geliştirilen terörle mücadele doktrini de aynı anlayışa dayanmaktadır. Söz konusu doktrinin temel mottosu, farklı versiyonları olmakla birlikte, “ya bizimlesiniz ya da düşmanla” idi¹⁷. Erdoğan'ın “paralelle mücadele” doktrininin özünde yatan mantık da uluslararası ilişkiler literatürüne “Bush doktrini” olarak geçen “ya bizimlesiniz ya da bize karşı (düşmanın yanında)” mantığıdır.

Belirtmek gerekir ki, karşı karşıya olduğumuz, Türkiye'de geleneksel olarak iktidardakilerin muhalefete kötü gözle bakma alışkanlığından farklıdır. Burada daha ziyade, kendisini “düşman-öteki”ne karşı olarak tanımlayan bir “biz” kimliği ve onun iktidarı vardır. Millet in iyiliğini (“milletin iradesi”ni ve menfaatini) temsil etme konusunda tekeli bir hakka sahip olduğuna inanan cemaatçi bir anlayışla karşı karşıyayız. Dolayısıyla da iktidarın dışında kalanlara “milletin iyiliği”ne karşı çalışan düşmanlar olarak bakılmakta ve dolayısıyla da düşmanlar karşısında safların sıklaştırılması istenmektedir. Bu bakışı hukukun üstünlüğü açısından özellikle ve daha tehlikeli kılan şey, “düşman” sayılanlar karşısında kamu idaresinin, hatta yargının da siyasî kadrolarla aynı “cephe”de yer almaya zorlanmasıdır. Bir süredir yürütülen devlet içinde örgütlendiği iddia edilen “paralel yapı ile mücadele” bu şekilde oluşturulan dost-düşman siyasetinin uygulanmasını kolaylaştıran bir etken olmuştur. Dahası, hükümet bu sayede fiili bir olağanüstü (anayasa-dışı) rejime geçmeyi başarabilmiştir.

d) *“Paralel Yapı”nın Tasfiyesi*

AKP iktidarının hukukun üstünlüğünden sapmasının başka bir nedeni, devlet içinde örgütlendiğini düşündüğü “paralel yapı”nın tasfiye edilmesi konusundaki kararlılığıdır. “Paralel yapı” kavramıyla kastedilen, başta emniyet teşkilâtında olmak üzere, kamu bürokrasisi içinde yer

17 Başkan George W. Bush'un Kongre'nin 20 Eylül 2001 tarihli birleşik oturumunda şöyle demişti: “Ya bizimlesiniz, ya da teröristlerle.” Bkz. [WhiteHouse.gov](http://www.whitehouse.gov) Address to a Joint Session of Congress and the American People. Başkan Bush muhtelif konuşmalarında kısmen değişik ifadeler kullanmıştır; “ya bizimlesiniz ya da bize karşı”, “ya bizimlesiniz ya da düşmanla” gibi.

alıp da görevleriyle ilgili konularda resmî-hukukî hiyerarşi dışında kalan kişi veya gruplardan gelen talimatlara göre hareket eden bir grup kamu görevlisinin var olduğu ve bunların kendi aralarında koordineli bir şekilde hareket ettikleridir. İddiaya göre, devlet içinde örgütlenmiş olan bu grup Gülen Cemaatinin bir uzantısı olup, Fethullah Gülen'in talimatlarıyla hareket etmektedir. Cumhurbaşkanına ve hükümete göre, Gülen Cemaatine yakın bazı kamu görevlileri paralel bir devlet gibi hareket etmekte, hatta örgütlü bir şekilde hükümeti devirmeye çalışmaktadırlar. Yine hükümet ve iktidar partisi çevreleri, "paralel yapı"nın yargı içinde de uzantıları bulunduğunu ve bunların askerî vesayet tasfiyesine yönelik yargılamaları amacıyla saptırarak hükümetle silâhlı kuvvetlerin arasını açmaya, hatta bu yolla "millî orduyu tasfiye etmeye" çalıştıklarını ileri sürmektedirler.¹⁸ Hükümet bu gerekçelerle yaklaşık iki yıldır özellikle Gülen Cemaatiyle ilgili tutumu bakımından Anayasayı ve hukuku askıya alan, olağanüstü rejim benzeri fiilî bir durum yaratmıştır.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, gerçek olması halinde, devlet içinde kastedilen türde bir ("paralel") yapılanmanın varlığının hukukun üstünlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü bu, kamu yetkilerinin özel ve kişisel amaçlarla kötüye kullanılması, kamu idaresinde keyfilik ve kayırmacılığın hâkim olması anlamına gelir. Bu nedenle, gerçek olması halinde, bu yapı içinde yer alan kamu görevlileri hakkında hukuk çerçevesinde gerekli idarî ve yargısal takibatın yapılması tabiidir.

Ancak, yargısal kararlar için aynısı söylenemez. Askerî vesayet tasfiyesi amaçlı davalarda verilen kararların düzeltilmesinin yolu yine yargı sisteminin kendi içinde mevcuttur. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine verdiği kararlardan sonra yeniden başlayan yargı sürecinin sonucunda bazı mağduriyetler giderilmiştir. Bunun dışında, hâkimlerin verdikleri kararlardan sorumlu tutularak haklarında idarî ve yargısal işlemler yapılabilmesi için, kararlarının hukuken "yanlış" olduğunun iddia edilmesi, hatta "yanlış" olması yetmez; onların bilerek ve isteyerek hukuka aykırı kararlar vermiş, yetkilerini kasıtlı olarak kötüye kullanmış olmaları gerekir. Hukuk uygulamasında mahkemeler arasında yorum ve içtihat farklılığı olağan bir durumdur, dolayısıyla "farklı" kararların kimilerine göre "yanlış" olması o kararları veren hâkimler hakkında idarî ve cezaî takibat yapılmasına gerekçe oluşturmaz.

Öte yandan, devlet içinde iddia edilen türde bir yapılanmanın varlığı ancak hukuka uygun olarak yürütülecek yargısal süreçlerle ortaya çıkarılabilir. Ama ne yazık ki bu konuda yargının olağan işleyişine izin verilmemiş ve siyasî bakış açısından bu meseleyle ilgili görülen herkeşe peşinen suçlu muamelesi yapılmıştır. Keza, suçun şahsiliği ilkesi yok

18 <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/25431903.asp>

sayılarak, toptancı bir cezalandırma yoluna gidilmiştir. Dahası, “paralel yapı” bahane edilerek bütün bir Cemaat, hatta ona sempati duyan yahut sempati duyduğu rivayet edilen herkes baskı altına alınmış, Cemaat sivil alandan tamamen tasfiye edilmeye çalışılmıştır. Cemaatin tasfiyesi saplantı haline getirildiği için, “paralel yapının tasfiyesi” ucu hükümetle uyumlu davranmayan her kesimden kişi ve gruba uzanan kapsamlı bir cadı avına dönüşmüştür.

Kaldı ki, “paralel yapıyla mücadele” iddiasının hükümetin hukuk ve demokrasi adına sahici bir endişesiyle ilgili olduğu da şüpheli görünmektedir. Çünkü hükümet devlet içinde “paralel yapı”nın varlığını, ucu kendisine uzanan büyük yolsuzluk iddialarının ortaya çıkmasıyla birlikte, Aralık 2013’te birdenbire keşfedivermiştir. Başta o zamanki başbakan Erdoğan olmak üzere, iktidar çevreleri bunun “paralel yapı”nın bir darbe girişimi olduğunu ileri sürmüştür.¹⁹ Bu durum hükümetin “paralel yapı”yla ilgili iddialarının inandırıcılığını son derece zayıflatmaktadır. Ayrıca, eğer böyle bir yapının varlığı gerçekse, bu kendi iktidar döneminde gerçekleştiğine göre, bundan en başta AKP iktidarının sorumlu olması gerekirdi.

Bütün bunlar, iktidarın bu meseledeki asıl derdinin “devlet içinde örgütlenmiş olan paralel yapı”nın tasfiyesi olduğu konusunda ciddî şüphe uyandırmaktadır. Gerçekte yapılmak istenenin, “paralel yapı” bahanesini kullanarak aslında Gülen Cemaatinin sivil alandaki varlığını da tasfiye etmek ve genel olarak muhalefeti sindirmek olduğu kuşkusuz doğmuştur. Diğer dinî cemaat ve grupların tamamına yakını kendisine şu veya bu şekilde bağlı veya bağımlı hâle getirdiği gerçeğiyle birlikte düşündüğümüzde, AKP’nin Gülen Cemaatine yönelik hamlesinin onun yukarıda işaret edilen sivil alanı da devlet (parti) kontrolü altına alma stratejisinin bir uygulaması olduğu akla gelmektedir. Nitekim başlangıçta “paralel yapı”ya mensup kamu görevlileriyle ilgiliymiş görülen operasyonun kapsamı zamanla genişlemiş ve Cemaate yakın veya sempatzan olduğu düşünülen bütün sivil unsurların baskı altına alınmasına yol açmıştır.

Bu meyanda, anaokulları da dâhil olmak üzere Cemaate yakın neredeyse bütün özel okullara sık sık polis refakatli sözde “denetim”ler yapılması alışkanlık halini almıştır. Benzer şekilde, Koza-İpek grubu ve Boydak Holding gibi “sempatzan” ticarî-sınâî teşebbüsler görünüşte “denetim” amaçlı baskınlar marifetiyle sindirilmeye çalışılmaktadır. Hatta, Melikşah Üniversitesi örneğinde olduğu gibi, sözde terör bahanesiyle

Gerçekte yapılmak istenenin, “paralel yapı” bahanesini kullanarak aslında Gülen Cemaatinin sivil alandaki varlığını da tasfiye etmek ve genel olarak muhalefeti sindirmek olduğu kuşkusuz doğmuştur.

19 http://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/01/140115_erdogan_darbe

Özgür bir toplum için...

polis üniversite bile basar hale gelmiştir.²⁰ Bütün bunlar iktidarın “devlet içindeki paralel yapının tasfiyesi”ni, Cemaatin ve ona maddî-manevî destek sağlayan bütün unsurların sivil alandaki varlığını sona erdirmek için bahane olarak kullandığını göstermektedir.

İktidar partisi bu konuda o kadar “gözü kara” bir tutum içindedir ki, Gülen Cemaatini ulusal güvenlik için tehdit teşkil eden bir “terör örgütü” olarak “Kırmızı Kitap”a geçirmekte bile beis görmemiştir.²¹ AKP iktidarının bu yolla hukukî kavram ve terimleri amacından saptırdığı açıktır. Ayrıca, kendi “düşman”ını otomatik olarak “devletin düşmanı” saydığının da açık bir göstergesi olan bu olay, AKP’nin kendisini devletle özdeşleştirme

ve gitgide bir parti devleti oluşturma yönündeki genel eğilimiyle de tutarlıdır. Ne var ki, parti-devlet özdeşliğine dayanan bir rejimin demokrasiyle olduğu gibi, hukukun üstünlüğüyle de bağdaşmayacağı açıktır.

İktidarın derdinin “devlet içindeki paralel yapı”nın tasfiyesi olduğundan kuşku duymamızın başka bir kanıtı da, bu bahaneyle oluşturulan mekanizmaların bütün muhalifler için uygulamaya konulmuş olmasıdır. Nitekim, ifade özgürlüğüne yönelik baskıların sembolü haline gelen Cumhurbaşkanına hakaret suçlamalarından tüm toplum kesimleri nasibini almaktadır²². Parti devletin arzularına tam olarak mûti olmadığı düşünülen Doğan Medya grubunun devlet yöneticileri ve destek-

çileri tarafından alenen tehdit edilmesi de bu yönelimin başka bir somut göstergedir. Bunun gibi, 7 Haziran seçimleri öncesinde Başbakanın tüm muhalefet partilerini yasa dışı örgütlerle irtibatlı göstererek “uç parti ve

İktidar partisi bu konuda o kadar “gözü kara” bir tutum içindedir ki, Gülen Cemaatini ulusal güvenlik için tehdit teşkil eden bir “terör örgütü” olarak “Kırmızı Kitap”a geçirmekte bile beis görmemiştir.

20 http://www.zaman.com.tr/ekonomi_abdullah-gulun-actigi-universiteye-baskin_2316915.html

21 <http://www.haberturk.com/gundem/haber/969555-paralel-yapi-ic-tehdit-olarak-kirmizi-kitapa-girecek>

22 Meselâ, yapmış olduğu bir heykel yüzünden başbakan olduğu dönemde Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’la arasında yaşanan “ucube” polemik nedeniyle hakaret davası açıp 10 bin TL tazminat kazanan heykeltıraş Mehmet Aksoy kazandığı tazminat ile heykel mi yapacağı sorusuna “Haram parayı heykele yatırmam” şeklinde cevap verdiği için Cumhurbaşkanı’na hakaret ettiği gerekçesiyle 4 yıl 8 aya kadar hapis istemiyle dava açılmıştır. Birgün Gazetesi 5.7.2015

Başka bir haber şöyledir: *Soma faciasının yıl dönümünde, hayatını kaybeden 301 işçiyi anmak için Eskişehir’de Haziran Hareketi’nin düzenlediği eyleme katılan 173 kişiye, attıkları slogan sebebiyle “cumhurbaşkanına hakaret” soruşturması açıldı.* Birgün Gazetesi 24.6.2015

Hürriyet Washington temsilcisi Tolga Tanış hakkında dava, Today’s Zaman Genel yayın yönetmeni Bülent Keneş Hakkında Mahkumiyet vb.

üç paralel örgütle” mücadele ettiklerini söylemesi de parti devleti dışındaki her kesimin vatan hainleri sınıfına dahil edildiğini göstermektedir²³.

2. Yürütme ve İdarede Keyfiliğin Dışlanması

a) Hukuka Bağlı Yönetim

Hukukun üstünlüğü yönetimin (hükümet ve idarenin) yetkisinin sınırlarının anayasal ve yasal olarak belirlenmesini ve faaliyetlerini kesinlikle bu sınırlar içinde kalarak gerçekleştirmesini gerektirir. Türkiye’de hükümet ve idarenin anayasayla belirlenmiş sınırları, kimi istisnalarla birlikte, hukuka bağlı bir yönetim için kabaca elverişli bir çerçeve oluşturmaktadır. Bunların başında “İdarenin kanuniliği”, kanun önünde eşitlik, kamu hizmetine girişte liyakat esası, kanunsuz emre uymama gibi anayasal ilkeler gelmektedir.

Hâlihazırda kamu idaresinin işleyişinde hukukun üstünlüğüyle ilgili en önemli sorunlar hem bu ilkelerin bazılarında uymadaki isteksizlikten, hem de genel bir eğilim olarak Weberyen akılcı-hukukî bürokrasi anlayışından sapılmasından kaynaklanmaktadır. Son yıllarda gitgide artan bir tempoyla, liyakat temelli, tarafsız ve kurallara bağlı kamu bürokrasisi modelinden uzaklaşmakta ve onun yerine kişiye veya partiye sadakat esasına dayalı bir tür “kapıkulu bürokrasisi” oluşturulmaya çalışılmaktadır. Liyakatin yerini sadakatin alması eğiliminin doğal bir sonucu olarak, kamu görevlilerinin işe alımında liyakat ölçmeye yönelik objektif sınavlar terkedilmekte, bunun yerini gitgide sınavsız veya “mülâkat”la işe alma almaktadır. Aynı nedenle, kanun önünde eşitliğin gereği olarak kamu hizmetlerinin sunumunda kişilere eşit ve tarafsız muamele ödevinden sapılmakta olduğuna dair şikâyetler yaygınlaşmaktadır. Bunun gibi, kanunlara bağlılığın yerini siyasî otoritenin iradesine uymanın almasına paralel olarak, “kanunsuz emre uymama” şeklindeki anayasal kural da gitgide anlamını yitirmektedir.

Hukuka bağlı yönetimin önündeki en büyük engellerden biri, “Kırmızı Kitap” diye anılan Millî Güvenlik Siyaset Belgesi’nin bütün resmî makam ve merciler için bağlayıcı olacağına bizzat cumhurbaşkanı tarafından dile getirilmiş olmasıdır. Nitekim, yukarıda işaret edildiği üzere, Gülen Cemaatinin mensupları ve sempatanları hakkındaki sonu gelmez tâkibat ve baskılar bu açıklamadan sonra daha da yoğunluk kazanmış bulunmaktadır. Devlet faaliyetlerinde artık Anayasadan önce Kırmızı Kitabın referans alınacağı, hatta yargı mercilerinin de buna göre karar

23 Başbakan Ahmet Davutoğlu, 24 Mayıs 2015 tarihinde İzmir Başbakanlık Ofisi’nde katıldığı (Show TV) televizyon programında Türkiye’de üç parti ve üç paralel örgütlerle mücadele ettiklerini söylemiştir:

vereceklerinin söylendiği bir ülkede ne “hukuka bağlı idare”den ne de “hukukî güvenlik”ten söz edilebilir. Aksine, burada olsa olsa keyfî, baskıcı ve öngörülemez bir yönetim ortaya çıkar. Nitekim öyle de olmaktadır.

Günümüz Türkiye’sine özgü olarak hukuka bağlı yönetimi zora koşan başka bir faktör, görevdeki Cumhurbaşkanının tarafsızlığı zorlayan ve hukuk tanımadığı izlenimi uyandıran uygulamasıdır. Bu tarafgirlik iktidar partisini kayırma veya destekleme anlamında kendisini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanının tarafsızlığı neredeyse tamamen gözardı etmesi Türkiye için yeni bir durumdur. Anayasaya göre tarafsız olması gereken Cumhurbaşkanı parlamento seçimleri için yapılan kampanya döneminde iktidar partisi lehine meydanlara çıkmakta bile bir sakınca görmemiştir.

Bu durumun bir sakıncası da, üst kademe kamu yöneticilerinin, hatta genel olarak kamu görevlilerinin Cumhurbaşkanının tarafsızlıktan ayrılmasını kendileri için de aynı yönde davranma talimatı olarak algılamaları tehlikesidir. Türkiye’de hukukun üstünlüğünün uygulamadaki durumunu değerlendirirken, genel oyla seçilen ve anayasal olarak güçlü bir cumhurbaşkanının tarafgir ve toplumu kutuplaştıran üslubunun yürütme ve idarenin alt kademelerinde talimat gibi algılanması ihtimalinin yaratacağı haksızlık ve hukuksuzluklar elbette görmezden gelinemez.

Hukuka bağlı yönetimin temel göstergelerinden birisi hukuka aykırı işlemlerin bağımsız yargı denetimine tâbi tutularak iptal edilebilmesi ve hukuka uymayan kamu görevlilerinin de idarî, malî ve cezaî sorumluluklarını doğurabilecek inceleme ve soruşturmalara tabi tutulmalarıdır. Bu yönüyle “yolsuzlukla mücadele”nin etkinliği ve ciddiyeti hukuka bağlı yönetimin en açık turnusol kağıdıdır. Ne var ki, son zamanlarda ülkede yolsuzlukla mücadeleden söz etmek adeta imkânsız hâle gelmiştir. Herhangi bir şekilde yolsuzlukla ilgili soruşturma başlatan polis, dava açan savcı, karar veren hâkim, haber yapan gazeteci vb. kişilerin işlerini kaybetmeleri, yöneticiler tarafından alenen hedef gösterilmeleri ve idarî-cezaî takibata uğramaları olağan hale gelmiştir.

Bakanların memurlara hukuka uymamaları, yargı kararlarını uygulamamaları yönünde alenen talimat verdiği bir ülkede elbette hukuka bağlı yönetimden söz etmek anlamsızdır.

b) Kamu Düzeni ve Güvenlik

Kamu düzeninin ve güvenliğin hukuk çerçevesinde sağlanması konusunda da Türkiye’nin ciddi sorunları bulunmaktadır. Bu sorunların bir kısmı yasal ve idarî düzenlemelerden, bir kısmı ise uygulamadan kaynaklanmaktadır. Yasal düzenlemelerle ilgili iki önemli konudan biri son

iç güvenlik paketinin²⁴ yasalaşmasından sonra polisin artan yetkileriyle, diğeri ise istihbarat birimlerinin hukuk dışına çıkmasına ve denetimden muaf hâle gelmesine izin veren yeni MİT Kanunu'yla²⁵ ilgilidir.

Polisin yetkilerini demokratik hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırmaya-
cak ölçüde artıran düzenlemenin amaçlarından biri, öyle görünüyor ki,
hükümetin artan baskısını protesto etmek için yapılacak olan toplandı ve gösterileri şiddet yoluyla bastırmaktır. MİT Kanunu'nun yeniden düzenlenmesiyle güdülen temel amaç ise hükümetin bu kurumu sivil toplumu istihbarî yoldan kontrol altına almak ve bu arada girişeceği hukuk dışı ve şeffaf olmayan (bildik “derin devlet”vari) uygulamalarına yasal kılıf bulmaktır. Böylelikle Türkiye bir “güvenlik ve istihbarat devleti” olma yoluna girmiştir.

Bu arada, bu düzenlemeyle güdülen daha özel bir amacın da, MİT'in yurt dışına yasadışı silâh sevkiyatı yapması gibi yasadışı faaliyetlerini “yasal” hale getirmek olduğu daha sonra anlaşıldı. Hükümet bu türden gizli-kapaklı işleri yürütme konusunda o kadar gözü kara hareket etmektedir ki, MİT TIRlarıyla yabancı bir ülkeye yasadışı silâh sevkiyatı yapıldığını gösteren kayıtları yayınlayan Cumhuriyet gazetesi genel yayın yönetmeni hakkında “terörist” isnadıyla hemen soruşturma başlatılmıştır.²⁶ Öte yandan, mülkî amirlerin adlî görev yapmakta olan savcılarının emrindeki kolluk güçlerine emir verebilmesine ilişkin idarî düzenleme başka bir sorun kaynağıdır.

Kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasında uygulamadan kaynaklanan sorunların başında ise polis şiddeti gelmektedir. Güvenlik güçleri sözde kamu düzenini korumak adına ölçsüz şiddet kullanarak demokratik gösterileri bastırmayı özellikle “Gezi Olayları”ndan buyana alışkanlık haline getirmiştir. Hükümet bu baskıcı yöneliminde kolluk kuvvetlerini rahatça kullanabilmek için, “paralel yapının tasfiyesi” bahanesiyle ve MİT TIRları skandalını örtbas edebilmek için emniyet teşkilâtında ve kısmen jandarmada büyük bir tasfiye operasyonu yapmıştır. Tamamen partizan-politik amaçlarla yapılan bu operasyon polis yetiştiren ve eğiten kurumsal yapıyı neredeyse tamamen çökertmiş bulunmaktadır. Polis kolejleri ve Polis Akademisi'nin kapatılması yoluyla kolluk eğitimine vurulan darbe kamu

24 27.3.2015 tarihli ve 6638 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 4.4.2015 tarih ve 29316 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

25 17/4/2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 26.4.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

26 <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1084660-can-dundara-mit-tirlari-sorusturmasi>

düzeninin hukuka uygun şekilde sağlanmasını da riske atmıştır. Bu yolla ayrıca, ciddi bir eğitimden geçmemiş olan kişilerin herhangi bir liyakat kriterine bakılmadan sırf hükümetin “himmeli”yle mesleğe alınmasının, kısaca partizan kolluğun da yolu açılmış olmaktadır.

c) Kamu Görevlilerinin Hukuksuzluklarının Müeyyidelendirilmesi

Türkiye’de yönetimin hukuka bağlılığını sağlamadaki başka bir problem, kamu görevlilerinin hukuka aykırı davranışlarını müeyyidelendirmedeki zorluktur. Anayasa her ne kadar idarenin kanun çerçevesinde faaliyet göstermesini öngörüyor ve kamu görevlilerinin hukuka aykırı emirlere uymamaları gerektiğini buyuruyorsa da, Kamu İdaresi bir süredir bilinçli ve kararlı bir şekilde hukuka uymama eğilimi içine girmiş, hatta açıkça suç teşkil eden idarî uygulamalarda ısrar etmeye başlamıştır. Weberyen anlamda hukuka bağlı tarafsız bürokrasi modelinin yerini kişisel sadakate dayalı “kapıkulu” bürokrasisinin almasına paralel olarak, kamu görevlileri artık kendilerini hukukla değil siyasî iradenin emirleriyle bağlı saymaktadırlar.

Bu konuda o kadar ileri gidilmiştir ki, birçok örnekte idarî makamlar, siyasî makamların verdikleri talimat uyarınca, mahkeme kararlarına bile uymamaktadırlar²⁷. Konusu suç teşkil eden emirleri yerine getirmek dâhil olmak üzere, kamu görevlilerinin hukuka aykırı davranmaktan çekinmemelerinin bir nedeni, böyle hareket etmeleri durumunda yargı önüne çıkarılmalarının onlara kanunsuz emirleri veren idarî ve/veya siyasî amirlerinin takdirine bağlı olmasıdır. Öte yandan, kişilere kasıtlı olarak zarar veren eylemleri nedeniyle ödenen tazminatlar için ilgili kamu görevlilerine rücu edilmesine ilişkin anayasal hükmün siyasî sâiklerle uygulanmaması veya seçici uygulanması da kamu görevlilerinde hukuka aykırı davranma eğilimini güçlendirmektedir.

d) Yürütme ve İdarenin Denetimi

Hukukî Denetim: Anayasa, bazı istisnalarla beraber, İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirtmektedir. Buna göre, Anayasamız açısından, idarî faaliyetin mahkemelerce hukuka uygunluk açısından denetlenmesi esastır. Ne var ki, uygulama, Anayasanın denetim dışı bıraktığı idarî işlemlerin de kişilerin hak ve özgürlükleri açısından ciddi sakıncalar doğurabileceğini göstermiştir. Özellikle, HS-

²⁷ Cumhurbaşkanlığı sarayının da içinde olduğu alanın SİT alanı olmaktan çıkarılmasına ilişkin işlemi hukuka aykırı bularak yürütmesini durduran Ankara 11. İdare Mahkemesinin Mart 2014 tarihli kararına ilişkin olarak Başbakan Erdoğan “Güçleri yetiyorsa yıksınlar, yürütmeyi durdurdular, bu binayı durduramayacaklar, açılışını da yapacağım, içine de oturacağım” demiştir. Hürriyet, 5.3.2014, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/25944219.asp>

YK'nın hâkim ve savcılarla ilgili olarak yaptığı disiplin ve yer değiştirme işlemleri, hakkında bu türden işlem yapılanlar için yarattığı olumsuz sonuçlar yanında, daha da önemlisi hukukun üstünlüğü açısından ciddi sakıncalar doğurmaya elverişlidir. Çünkü böylece, hükümeti veya iktidar partisini rahatsız edebileceği durumda hukuku uygulamak hâkim ve savcılar bakımından cesaret meselesi haline gelmektedir.

Öte yandan, hukukî denetimin işlevsel olabilmesi, mahkeme kararlarının uygulanmasına, bu kararların gereklerinin yerine getirilmesine bağlıdır. Oysa, yukarıda işaret edildiği gibi, siyasî otoritenin tercihleriyle bağdaşmayan mahkeme kararlarına direnilmesi ve bunun istikrar kazanma eğilimi gösteren bir siyasî-idarî pratik haline gelmesi yürütme ve idarenin hukuka bağlılığını sağlamayı zorlaştırmaktadır.

Daha genel olarak, yargı eliyle yapılan hukukî denetimin hukukun üstünlüğüne hizmet etmesi mahkemelelerin bağımsızlığının, hâkim güvencesinin ve tabii hâkim ilkesinin hukukî ve fiilî olarak teminat altında olmasını gerektirmektedir ki, bu konuları aşağıda yargıyla ilgili bölümde ele alacağız.

Siyasî Denetim: Parlamento tarafından yapılan siyasî denetim hükümetin demokratik hesap-verirliğini sağlamanın bir yolu olduğu kadar, Yürütme ve İdarenin keyfilikini önleme ve faaliyetlerinde şeffaflığı sağlama bakımından da hayati önemi hâizdir. İktidar partisnin yasama organında güçlü bir çoğunluğa sahip olduğu durumlarda TBMM'nin yürütme organını denetlemesine ilişkin bildik parlamenter araçların etkinliğinin zayıf olacağı açıktır. Bununla beraber, bu meselede Türkiye'de son birkaç yıldır yaşamakta olduğumuz durum bunun da ötesine geçmiştir. Bunun temel nedeni, iktidar partisi kadrolarına bu Bölümün Giriş kısmında işaret ettiğimiz yanlış demokrasi anlayışının hâkim olmasıdır. Bir yandan "çoğunlukçu demokrasi" anlayışına bağlı olması bir yandan da siyaseti "dost-düşman" karşıtlığı içinde kavraması, iktidar partisnin muhalefeti yasama faaliyetinde neredeyse tümüyle dışlamasına ve siyasî denetim girişimlerinin ise sonuç almasını engellemesine yol açmaktadır.

Parlamento adına Ombudsmanın kamu idaresi üzerinde yapması öngörülen denetim de yeterince işlevsel değildir. Her şeyden önce Anayasanın Ombudsman için öngördüğü seçim yöntemi bu göreve seçilen kişinin tarafsızlığını sağlamaya elverişli olmaktan uzaktır. Çünkü, ombudsmanın son tur oylamada salt çoğunlukla seçilmesini öngören bu yöntem iktidar partisnin kendi uygun gördüğü kişiyi bu göreve getirmesini garanti etmektedir.

hükümeti veya iktidar partisini rahatsız edebileceği durumda hukuku uygulamak hâkim ve savcılar bakımından cesaret meselesi haline gelmektedir.

Nihayet, Türkiye’de yürütme ve idarenin malî denetimi fiilen ortadan kalkmış durumdadır. Muhalefetin kamu harcamalarıyla ilgili sorularının iktidar çoğunluğu tarafından ciddiye alınmaması ve Kesin Hesap Kanunu tasarılarının yasama organında ciddi bir tartışma ve müzakereye konu olmadan, rutin bir işlemmiş gibi onaylanması bunu açıkça göstermektedir. Ayrıca, Sayıştay’ın TBMM adına kamu idaresi birimlerini malî olarak denetlemesi de büyük ölçüde hukuken ve fiilen engellenmiş durumdadır.

3. Hukukî Güvenlik ve Öngörülebilirlik

a) Kanun Kavramı ve Uygulaması

Türkiye’de öteden beri “kanun” kavramının moral otoritesi zayıf olmuştur. Özellikle “yasa” kelimesinin “kanun”un yerini almasından sonra bu durum daha da belirginleşmiştir. Gerçekten de, “kanun” kelimesi temel nitelikte, nispeten değişmez ve kalıcı bir norm fikrini çağırıştırır ve içinde az çok bir “doğruluk” iması taşırken, “yasa” yasama organının

yaptığı herhangi bir düzenleme düşüncesini çağırştırmaktadır. Başka bir ifadeyle, “kanun” âdeta doğru olduğu için yasama organının zaten yapması gereken bir norm çağırışımı yapmaktadır; buna karşılık “yasa”yı ayırt eden ise sadece onun yasama organı tarafından yapılmış olmasıdır. Uygulamada da, adı resmen “yasa” olan veya kamuya öyle yansıyan “kanun”ların hızlıca ve çok sık yapılması ve değiştirilmesi “kanun”un temel bir norm olduğu düşüncesini iyice ve gitgide zayıflatmaktadır. Ayrıca, kanunların parlamentoda doğru-dürüst tartışma ve müzakere edilmeksizin çoğunluğun adeta oldu-bittisi şeklinde kabul edilmesi de kanun kavramının otoritesinin zayıflamasına hizmet etmektedir.

kanunların parlamentoda doğru-dürüst tartışma ve müzakere edilmeksizin çoğunluğun adeta oldu-bittisi şeklinde kabul edilmesi de kanun kavramının otoritesinin zayıflamasına hizmet etmektedir.

Kanunların yapımına parlamento içi muhalefet doğru dürüst katılmamaktadır, oysa bu sürecin daha geniş bir sivil katılıma ihtiyacı vardır. Hem yasama sürecini daha katılımcı hale getirmek hem de muhtemel hataları önlemek bakımından kanun tasarıları daha Bakanlık aşamasındayken halka açıklanabilir ve böylece kamuoyunda tartışılması sağlanabilir. Yasama sürecinin bu ve benzeri hususları yansıtacak şekilde Anayasa ve İktisatla yeniden tanımlanmasına ihtiyaç var. Ayrıca, kanunlar için ciddi, üzerinde düşünüp-taşınılmış gerekçeler hazırlanmamaktadır.

Olumsuz yöndeki bu gidişatı daha da pekiştiren yeni bir unsur “torba” kanun deyim ve uygulamasının ortaya çıkması ve gitgide yaygınlaşmasıdır. “Torba” kanun uygulamasına AKP iktidarı döneminde daha sık başvurulmaya başlanmış, hatta bu uygulama son zamanlarda neredey-

se olağan kanun yapma tekniği halini almıştır. Torba kanun yönteminin yaygınlaşması kanunların açık-seçik, anlaşılabilir ve ulaşılabilir olmasına ilişkin hukukun evrensel ilkesine aykırı olmaktan başka, vatandaşların kanun kavramına olan güvenini de tahrip etmektedir.

Türkiye’de genel olarak hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik önemli ölçüde zedelenmiştir, kanunlar kısa süre içinde tekrar tekrar değiştirilmektedir. O kadar ki, belirli konulara ilişkin olarak hâlihazırda yürürlükte olan norm veya normların neler olduğunu tespit etmek uzman hukukçular için bile çok zorlaşmıştır. Özel kişi veya grupları kayırmak veya mağdur etmek sâikiyle kanun yapmanın alışkanlık haline gelmesiyle birlikte, kanunlar genel nitelikte olmaktan çıkmaya başlamıştır. Söz gelişi, Kamu İhale Kanunu’nun birkaç yıl içinde akıl almaz ölçüde değişikliğe uğratılmasının iktidar tarafından kamu kaynaklarının belirli kişi ve grupları avantajlı kılma amacının bir sonucu olduğu yaygın bir kanaattir.

Hukukun istikrarı kalmamıştır; değiştirilen bir kanun kısa bir süre sonra tekrar değiştirilmekte, değişiklik bazen eskisine dönmek şeklinde gerçekleşmekte, dahası değişikliğin hangi yasayla ne zaman yapıldığını belirlemek adeta bulmaca çözümüne benzemektedir. “Kanunu bilme-me”nin, bırakınız sıradan vatandaşları, uzmanlar için bile “mazeret” sayılabileceği bir duruma doğru gidiyoruz. Bugün hepimiz “anlaşılabilir” (vazih, açık-seçik) olmayan, hatta çelişkiler içeren bir mevzuat yığınıyla –“sistemiyle” değil- karşı karşıya kalmış durumdayız.

b) Temel Hak Güvenceleri

En başta şunu belirtmek gerekir ki, temel hak ve özgürlükler öncelikle devlet tarafından ihlâl edilir. Dolayısıyla, kişilerin temel haklarının güvence altında olması için, ilk önce kamu yetkisi kullananların temel hakları çiğnemekten vazgeçmeleri gerekir. Temel hakların korunmasında asıl sorumluluk kamu makam ve mercilerinde olmakla beraber, bu konuda sivil örgütlerin katkısının sağlanmasına da ihtiyaç vardır. Bu bakımdan, sivil insan hakları örgütlerinin bu konudaki faaliyetlerine kamunun güven duymasını sağlamaya çalışmaları önemlidir. Ancak sivil teşekküllerin bunu yapabilmeleri her şeyden önce hukuken tam bir güven altında olmalarına bağlıdır. Ne yazık ki, Türkiye’deki siyasî ve idarî yönetimin kendisi insan haklarına saygı hassasiyeti taşımadığı gibi, sivil insan hakları kuruluşlarının tespit, eleştiri ve önerilerine de genellikle kulaklarını tıkamaktadır.

(i) Eşit Muamele ve Ayrımcılık Yokluğu

Hukuk önünde eşitlik, hukukun üstünlüğünün temel şartıdır. Bunun doğal bir sonucu olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da herkesin kanun önünde eşit olduğunu ve kimsenin keyfî ayrımcılığa tâbi tutulamayacağı-

nı öngörmektedir. Bu ilke bir yandan başta kanunlar olmak üzere hukuk kurallarının belirli kişi veya gruplar için haklı bir nedene dayanmaksızın lehte veya aleyhte farklı muamele öngörmeyecek şekilde genel ve soyut olmasını, öbür yandan bu nitelikteki kuralların herkese eşit olarak uygulanmasını ve kimsenin ayrımcılığa uğratılmamasını gerektirmektedir.

Yukarıda, kanunların yapımında hukuk önünde eşitlikten cayma eğiliminin gitgide yaygınlaşmakta olduğuna işaret edilmişti. Kanun yapımında ortaya çıkan bu sapmayı tahrik eden siyasî irade kanunların uygulanmasında da kendisini göstermektedir. Bunun bir sonucu olarak, siyasî iktidarın “öteki” veya “düşman” olarak kodladığı kişi ve grupları ayrımcı muameleye tâbi tutma uygulaması günden güne yaygınlaşmakta ve olağan uygulama haline gelmektedir. Siyasî iktidarın kabaca Gezi olaylarından sonra başlayan bu yönelimi 17-25 Aralık olaylarından sonra toplumun başka kesimlerini de hedef alacak şekilde genişlemiştir. AKP liderliğinin “Gezi olayları”ndan duyduğu korku ve endişe, zamanla iktidarlarına muhalefet eden veya kendilerini eleştiren herkesi ayrımcı muamelenin hedefi haline getirmiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, kanunların seçici uygulanması (yani, sadece istenen kişi ve gruplara uygulanması) gittikçe olağanlaşmaktadır.

Öte yandan, 17-25 Aralıkla birlikte başlayan yolsuzluk soruşturmaları yüzünden, Fethullah Gülen Cemaati, hükümetin kızgınlığının ve onun tahrik ettiği hukuksuz uygulamaların yeni hedefi haline gelmiştir. Şu var ki, bu gruba zarar vermek amacıyla başlatılan hukuksuz uygulamalar, dersanelerin kapatılması ve medyaya baskı örneklerinde olduğu gibi, gitgide başka kişi ve grupları da hedef olarak yaygınlaşmaktadır. Gülen Cemaati aleyhine başlatılan kampanyanın başka bir boyutunu da emniyet teşkilâtında ve yargıda yapılan hukuksuz takibat ve tasfiye operasyonları oluşturmaktadır.

Daha genel olarak Aleviler öteden beri ayrımcı kamusal uygulamaların hedefi durumunda olup, AKP iktidarı döneminde de bu durum değişmiş değildir. Hatta, özellikle kamu hizmetine girişte bu kesime ayrımcılık yapıldığına dair şikâyetler vardır. Gezi olaylarının hemen öncesinde İstanbul Boğazi’ne inşa edilecek 3. köprüye ad olarak Alevi vatandaşların toplumsal hafızasında olumsuz bir yer işgal eden Yavuz Sultan Selim’in adının seçilmiş olması, Alevi vatandaşlar arasındaki iktidarın kendilerine yönelik önyargılı olduğu kanaatini pekiştirmiştir. Nitekim Gezi olaylarına Alevi vatandaşların katılımının yoğun olduğu bilinmektedir.

AKP liderliğinin “Gezi olayları”ndan duyduğu korku ve endişe, zamanla iktidarlarına muhalefet eden veya kendilerini eleştiren herkesi ayrımcı muamelenin hedefi haline getirmiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, kanunların seçici uygulanması (yani, sadece istenen kişi ve gruplara uygulanması) gittikçe olağanlaşmaktadır.

Benzer bir durum, hayat tarzları bu iktidarın gelenekselci-muhafazakâr değerleriyle uyuşmayan LGBTİ'ler için de söz konusudur; hatta bunlar belki de en şiddetli ayrımcılığa maruz kalan grubu oluşturmaktadırlar. LGBTİ bireyler kendilerine yönelik nefret cinayetleri, şiddet ve hoşgörüsüzlüğü yoğun bir şekilde tecrübe etmektedir. Nitekim Özgür- lük Araştırmaları Derneği'nin 8 Eylül 2015'de Ankara'da gerçekleştirdiği Hoşgörüyü Geliştirmek: Türkiye'de LGBTİ konulu yuvarlak masa toplantısında LGBTİ derneklerinin temsilcileri özellikle kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların kendilerine yönelik hoşgörüsüzlük ve ayrımcılığına dikkat çekmiştir. LGBTİ bireyler cinsel sağlık hizmetlerine erişim, kamu- da istihdam edilme ve askere alım süreçlerinde negatif ayrımcılığa ve kötü muameleye uğramaktadır.

Gayrimüslim yurttaşların kamu idaresinde, kolluk ve ulusal savunma hizmetlerine girişte ayrımcılığa uğramaları ise öteden beri gelen yer- leşik bir uygulamadır. Gayrimüslim grupların Lozan Antlaşması ile elde ettikleri hakların tamamıyla tanınmaması AKP Hükümeti döneminde de devam etmiştir. Yine kamu arazisi üzerine kaçak veya imar planlarına aykırı inşaat yapmanın sıradan vaka olduğu Türkiye'de, Ermeni bir Tür- kiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Sevan Nişanyan'ın kendi mülkü olan bir arazide yapmış olduğu "kaçak" inşaattan dolayı hapis cezasına çarp- tırılması, gayrimüslim vatandaşlarımıza yönelik negatif ayrımcılığın bir başka örneğini sunmaktadır.

(ii) Hayat Hakkı ve Kişi Güvenliği

Tutukevi ve cezaevlerindekiilerin can güvenliğinin sağlanmasının da bir sorun olma eğiliminde olduğunu gösteren, kimi avukatlar ve insan hak- ları aktivistlerinin gözlemleri vardır. Cezaevlerinde bulunan kişilerin can güvenliğinin korunması şüphesiz bir insan hakları sorunudur, cezaevle- rinde sürekli insanların ölüyor olması bu ölümlerin ciddi şekilde soruş- turulmasını gerektirmektedir.

Bu alanda başka bir sorunlu alan ise asker intiharlarıdır²⁸. Askerler ara- sında meydana gelen intihar olaylarının aynı yaş grubundaki intiharlara

28 CHP İstanbul Milletvekili Mahmut Tanal'ın yazılı soru önergesine Milli Savunma Ba- kanı İsmet Yılmaz'ın 22 Kasım 2013'te verdiği yanıtta; 2002 yılında 157, 2003'te 95, 2004'te 87, 2005'te 99, 2006'da 85, 2007'de 88, 2008'de 83, 2009'da 75, 2010'da 80, 2011'de 65 ve 2012'de 69, 01 Ocak- Ekim 2013 tarihleri arasında 52 olmak üzere toplam 1.035 askerin intihar ettiği belirtilmiştir. 24. Dönem, 4. Yasama yılı, 7/31331 Esas numaralı, 06/09/2013 tarihli soru önergesi; [http:// www.tbmm.gov.tr/d24/7/7-31331s.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/d24/7/7-31331s.pdf). Ayrıca bu konuda çeşitli kaynaklardan gelen bilgiler için bkz. Kerem Altıparmak & Duygu Türemez, Servet Gündüz ve Diğerleri Kararının Uygulanması Raporu 2015, s.20 vd. <http://www.aihmiz.org.tr/files/supheliaskerolum- lerirapor.pdf>

göre 2.5 kat daha yüksek olduğu belirtilmektedir. AİHM tarafından verilmiş ihlâl kararları sonrasında yapılan bazı iyileştirmelere rağmen, askere alımdaki psikolojik muayenelerin ve askerlik sırasındaki psikolojik desteğin yeterli olduğu konusunda ciddi şüpheler vardır. Askerlik sırasında meydana gelen ölüm olaylarının soruşturulmasını zorlaştıran bazı yapısal sorunlar yüzünden bu gibi vak’alarda gerçekleri ortaya çıkarmak neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle, söz konusu olayların soruşturma ve kovuşturmalarının askerî makamlar yerine sivil savcılıklar ve mahkemelerce yürütülmesi sağlanmalıdır. Ayrıca, bu tür soruşturma ve kovuşturmalarda tanıklık yapacak askerlere de gerekli güvenceler sağlanmalıdır.

Başka bir kronik sorun alanı ise “kadına karşı şiddet” olayları nedeniyle meydana gelen ölümlerdir. Bu kategori içinde değerlendirilebilecek ölümlerden bir kısmı aile içi şiddet vakalarından, bir kısmı “namus cinayeti” olarak tanımlanan vakalardan bir kısmı ise kadın intiharlarından kaynaklanmaktadır. Sosyal ve kültürel temelli bu sorunlar konusunda devletin önleyici pozitif tedbirleri alma ve fâilleri etkili bir şekilde soruşturma ve cezalandırma gibi yükümlülüklerini yeterince yerine getirmedeği yönünde yaygın kanı ve şikâyetler bulunmaktadır.

Devletin pozitif sorumluluğunu doğurabilecek olan bir başka ölüm kategorisi ise iş kazaları sonucu meydana gelen işçi ölümleridir. Ülkemizde dünya ortalamasının çok üzerinde ölümlü iş kazası meydana gelmektedir²⁹. İş güvenliğine ilişkin yasal çerçevenin belirlenmesi ve uygulamanın denetim ve kontrolü konusunda kamu otoritelerinin üzerine düşen sorumluluğu yeterince yerine getirmediği ve meydana gelen ölüm olaylarının etkili bir şekilde soruşturulması ve sorumluluğu olanların cezalandırılması konusunda eksikliklerin bulunduğu gözlenmektedir.

(iii) İfade ve Basın Özgürlüğü³⁰

Özgür bir toplumun temellerinden olmasına rağmen, Türkiye’de ifade ve basın özgürlükleri öteden beri en az korunan özgürlükler arasında yer almaktadır. Bu durum, AİHM’nin Türkiye hakkında verdiği ihlâl kararlarında olduğu gibi, çeşitli uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarında da aşağı yukarı aynı şekilde tespit edilmiştir.³¹ Bu konuda-

29 2005-2013 yılları arasında iş kazalarından ölenlerin toplam sayısı 11047 olarak açıklanmıştır, bu yıllık ortalama 1227 kişi anlamına gelmektedir. Ancak gerçek rakamların çok daha yüksek olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Aziz Çelik, Birgün Gazetesi, 19.3.2015

30 Çağdaş Gazeteciler Derneği’nin Nisan, Mayıs, Haziran 2015 aylarını kapsayan üç aylık medya raporunda sıralanan olay ve olgular medya özgürlüğünün halini anlamak için yeterli gözükmemektedir. Bkz. <http://www.cgd.org.tr/index.php?Did=370&Page=1>

31 <http://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyenin-bas%C4%B1n-%C3%B6zg%C3%BCrl%C3%BCk-%C3%BC-karnesi-d%C3%BCzelmiyor/a-18425450>

ki koruma eksiği veya zaafı sadece ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin anayasal-hukukî düzenlemelerin elverişsizliğinden ileri gelmemektedir. Daha önemli bir neden, yargı camiasına hâkim olan milliyetçi, devletçi ve “ahlâkçı” hukuk kültürüdür.

Son yıllarda bu konuda yeni bir siyasî faktör daha etkili olmaya başlamıştır: Siyasî iktidar çoğulculuk ve farklılıktan hazzetmemekte ve kamu düzenini toplumun susturulmasında görmektedir. AKP yönetimi kendisinden farklı düşünen, konuşan, hak arayan veya talep eden bir toplumu sadece “kamu düzeni” için değil, kendi iktidarı için de bir tehdit olarak görmektedir.

Bu psikoloji uygulamaya, sözlü, yazılı ve görsel medyada dile getirilen eleştiri ve muhalefetin, iktidarla uyumlulaştırılmış yargının yardımıyla bastırılması şeklinde yansımaktadır. Bu konuda iktidar o kadar duyarlıdır ki, sosyal medyayı bile kontrol altına almaya çalışmaktadır. Nitekim hükümetin son bir-birbuçuk yıl içinde sosyal medyadaki görüş açıklamalarının ve sohbetlerin yasaklanması veya burada dile getirilen görüşlerden dolayı insanların takibe alınması ve kovuşturulması, hatta bu ortamların idarî kararlarla kapatılması yönünde bazı girişimleri olmuş, ama neyse ki bunların bir kısmı Anayasa Mahkemesi’nden dönmüştür.³²

Açılan soruşturma ve davalardan sosyal medyanın kamusal takip altında tutulduğu anlaşılmaktadır. Twitter, facebook ya da youtube gibi mecralarda eleştirel fikirler dile getiren veya bu nitelikteki bilgileri paylaşan kişiler aleyhine genellikle Cumhurbaşkanıya veya iktidar mensuplarına hakaret ettikleri isnadıyla ceza davası açılması veya hatta bir tweeti retweet ettiği için kişiler hakkında tutuklama kararları verilmesi bir süredir standart uygulama hâlini almıştır. Bir Üniversitede çalışan araştırma görevlilerinin hükümeti eleştiren tweetler attığının Valilik tarafından soruşturulma isteğiyle ilgili Üniversiteye bildirilmesi ülkenin âdeta bir BBG evine döndüğünü göstermektedir.³³

Daha genel olarak, AKP hükümetleri döneminde, başta eski Başbakan ve şimdiki Cumhurbaşkanı Erdoğan’a olmak üzere, siyasî iktidara yönelik her eleştirel beyanı ve hatta mizahî dokundurmayı “hakaret” olarak algılayıp bu söz, yazı veya çizilerin fâillerine dava açılması çok sık başvuru bir rutin haline gelmiştir. İlginç olan, yargının da bu başvuruları genellikle iktidarın beklentisi doğrultusunda sonuçlandırmasıdır.

Medyaya zaman zaman getirilen yayın yasağı ifade ve basın özgürlüğü-

32 <http://t24.com.tr/haber/anayasa-mahkemesi-twitter-yasagi-hak-ihlali-tib-ve-bakanlik-gereginini-yapsin,255007>.

33 http://www.radikal.com.tr/turkiye/valilik_istedi_rektor_akademisyenlere_tweet_sorusturmasi_acti-1387999

nün başka bir ihlâlini oluşturmaktadır. Yayın yasağı uygulamasına hükümetle ilişkili yolsuzluk soruşturmaları esnasında da başvurulmuş olması, bu yola, özel hayatın korunmasından çok, bir yandan iktidar mevkiindeki-leri kayırmak, öbür yandan da konu hakkındaki kamusal tartışmayı önlemek sâikiyle başvurulduğunu düşündürmektedir. Neredeyse her kamusal olayda yayın yasağı konulması kamuoyunun bilgilenme hakkına müdahale olduğu gibi kamu görevlilerinin sorumluluğunu doğurabilecek her olayın tartışma ve eleştiri dışı bırakılmasına zemin hazırlamakta ve bu kişilerin hukuki sorumluluklarından kaçmasına, dolayısıyla hukukun etkisiz kalmasına neden olmaktadır. Yayın yasağına uymayarak kamuoyunu bilgilendiren kişi ve kuruluşlar aleyhine hukuk ve ceza davaları açıldığı gibi, vergi vb. malî soruşturmalara tâbi tutulmaları, bu yolla muhalif medyanın tamamen susturulmasının amaçlandığı izlenimi uyandırmaktadır. Diğer taraftan açılan dava ve soruşturmalara bazı kamusal figürlerin müdahale ettiği haberleri de medyada yer almaktadır.

Son zamanlarda basın özgürlüğüne yönelik en büyük saldırı Aralık 2014'te Cemaate yakın bazı yayın organlarına yapılan polis baskını ve ardından gelen gözaltılar ve tutuklamalardır. Bugün ve Kanaltürk televizyonları ile Bugün gazetesini bünyesinde bulunduran Koza-İpek grubuna Eylül 2015 başında yapılan baskının da aynı amaca yönelik olduğu anlaşılmaktadır.³⁴ Nitekim bu baskınlarda Zaman gazetesi genel yayın müdürü Ekrem Dumanlı ile Samanyolu yayın grubu başkanı Hidayet Karaca önce gözaltına alınmış, bir süre sonra Ekrem Dumanlı serbest bırakılırken Hidayet Karaca tutuklanmıştır.³⁵ Karaca'nın herhangi bir ciddi suç isnadına dayanmayan tutukluluğu yaklaşık iki yıldır devam etmektedir. Bu olay, hükümetin muhaliflerini susturma veya onlara gözdağı verme amacıyla yargı mekanizmasını da harekete geçirebildiğini göstermektedir.

Bu operasyonlardaki amacın hukukî değil politik olduğu söz konusu baskın ve gözaltıların zincirleme bir kampanya halinde yürütülmesinden de anlaşılmaktadır. Bu arada, "Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçları Soruşturma Bürosu"ndan bir savcının Türksat Genel Müdürlüğü'ne Gülen Cemaati'ne yakın medyanın yayınlarının durdurulması talimatı vermesi³⁶ ilk etapta sonuçsuz kalmışsa da, daha sonra Tivibu ve Digitürk yayın platformları herhangi bir kesinleşmiş mahkeme kararı olmaksızın bu talimata istinaden Cemaate yakın söz konusu tv kanallarını yayın listesinden çıkarmıştır. Bu durum hem basın-yayın özgürlüğünü tanımama

34 http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150901_koza_holding_baskin

35 <http://t24.com.tr/haber/14-aralikta-karar-ekrem-dumanli-serbest-hidayet-karaca-tutuklandi,280949>

36 <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/29025910.asp>

konusunda Anayasayı bile yok saymayı göze alabilen bir siyasî iradenin varlığını göstermiş, hem de sözkonusu siyasî iradeyle uyumlu davranmayı kendileri için görev telâkki eden kimi unsurların yargı içinde de yer tutmuş olduğu kuşkusunu yaratmıştır.

(iv) Vicdan ve Din Özgürlüğü

AKP iktidarı döneminde Sünnî Müslüman çoğunluk üzerinde öteden beri var olan kimi baskılar kalkmış olmakla beraber, Alevilerin ve Müslüman olmayan azınlıkların durumunda belirgin bir iyileşme sağlanmamıştır. Diyanet İşleri Başkanlığı sadece Sünnî çoğunluğun dinî ihtiyaçlarını karşılamakta, Alevî ibadet mekânları câmiler ve mescidler gibi kamu kaynaklarından yararlandırılmamaktadır. Daha temelde, devlet Alevî inancına bir vicdan ve din özgürlüğü meselesi olarak değil de folklorik bir çeşitlilik veya farklılık olarak bakmaya devam etmektedir. Ayrıca, kamu hizmetine girişte Alevilere karşı ayrımcılık yapıldığına dair öteden beri gelen şikâyetler son yıllarda artmıştır.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu din derslerinin başta Alevî toplumu olmak üzere Sünnî İslâm inancına mensup olmayanların din ve vicdan özgürlüğünü ihlâl ettiği yolundaki muhtelif kararlarına rağmen, hükümetin orta dereceli okullardaki bu uygulamayı inatla sürdürmesi hem Alevilerin hem de gayrimüslimlerin ve çocuğuna din dersi aldirmek istemeyen her inançtan yurttaşın vicdan özgürlüğünü çiğnemektedir.

Bu arada, gayrimüslim vatandaşların dini eğitim ihtiyaçlarıyla ilgili sorunlarında herhangi bir iyileşme olmadığı gibi, Heybeliada Ruhban Okulu'nun açılacağı yönündeki resmî beyan ve hatta vadelere rağmen hükümet henüz bu yönde herhangi bir adım atmamıştır.

Vicdanî reddin tanınmamasının bir vicdan özgürlüğü ihlâli teşkil ettiği yolunda AİHM tarafından verilmiş müteaddit kararlara rağmen bu konuda da hiçbir adım atılmamıştır.

Diyanet İşleri Başkanlığı'nın öteden beri Sünnî din anlayışı doğrultusunda hizmet vermesi ve dinî hayatı kamusal kontrol altında tutma işlevi görmesine ek olarak, son zamanlarda Diyanet vasıtasıyla câmî ve mescitler de iktidar partisinin propaganda aracına dönüştürülme yolundadır. Merkezden hazırlanan tek tip hutbeler yoluyla iktidarın mesajları ibâdet etmeye gelen bireylere dinin gereğiymiş gibi iletilmektedir. Seçimden iki gün önce iktidarın rakibi konumundaki iki siyasî partinin görüşlerini hedef alan bir "hutbe"nin bütün câmilerde okutulmuş olma-

Vicdanî reddin tanınmamasının bir vicdan özgürlüğü ihlâli teşkil ettiği yolunda AİHM tarafından verilmiş müteaddit kararlara rağmen bu konuda da hiçbir adım atılmamıştır.

Özgür
bir
toplum
için...

sı³⁷ en azından bireylerin inanç özgürlüğüne saygısız bir davranış olarak nitelendirilmelidir.

Seküler yaşam tarzını benimseyenlerin çeşitli şekillerde yaşam biçimlerine yönelik müdahalelere maruz kaldığı şikâyetleri ya da müdahale edileceği kaygıları da bu arada not edilmelidir.

(v) Toplanma ve Örgütlenme Hakkı

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından mevcut durum kabaca şöyle özetlenebilir: Hükümeti rahatsız etmeyen toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından herhangi bir sorun olmamakla beraber, bu hakkın hükümet karşıtı veya hükümete eleştirel nitelikte siyasî mesajlar içerecek şekilde kullanılması kamu makamlarının keyfî kararlarına kalmış durumdadır. Özellikle “Gezi olayları”ndan sonra hükümet ve emrindeki kamu makamları siyasî-eleştirel toplantı ve gösterileri genellikle siyasî iktidara tehdit olarak algılamaktadırlar. O tarihten beri iktidar çevreleri ve hatta yer yer yargı normal bir demokraside olağan sayılan bu hakların eleştirel kullanımını hükümete karşı darbe olarak nitelemeyi alışkanlık haline getirmiştir.

Örgütlenme hakkı bakımından daha ilginç bir durumla karşı karşıyayız. Türkiye’de bu hakkın, adlandırmasından başlayan bir talihsizliği vardır. İngilizce orijinalindeki “association” dar anlamda “dernek” demek olmakla beraber, temel haklar hukuku bakımından bu kelime her türlü barışçı bir araya gelme, birlik oluşturma ve örgütlenmeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla, demokratik toplumlarda bu hak özgür ve çoğulcu bir sivil hayat alanının kurucu unsurudur. Oysa Türkçede bu geniş anlama tam olarak karşılık gelecek bir kelime bulunmadığı için, onu en yakın olarak “örgütlenme” kavramıyla karşılayabiliyoruz.

Ne var ki, Türkçede “örgüt” kelimesinin maalesef olumsuz çağrışımları vardır ve bu durum öteden beri kamu otoriteleri tarafından kötüye kullanılmaktadır. Kabaca 12 Eylül döneminden beri “örgüt” kelimesi kamu makamları tarafından terörist örgüt veya suç örgütü anlamında kullanılmakta ve bu kullanım biçimi kanun-yapımını ve hukuk camiasını da içine alacak şekilde kasıtlı olarak yaygınlaştırılmaktadır. Bu bağlamda, birden fazla kişinin bir araya gelmesi, kamu otoriteleri -hatta bazen siviller- tarafından kendi başına tehlikeli bir girişim olarak algılanmaktadır.

Bu nedenle Türkiye’de dernek, vakıf ve sendikalar çok sıkı bir hukukî rejime tâbi olduğu gibi, başta mülkî makamlar ve kolluk kuvvetleri olmak üzere, kamu makamları da her türlü örgütlü faaliyete -bu arada

37 <http://www.meydangazetesi.com.tr/gundem/secim-ayarli-hutbe-h6579.html>

toplantı ve gösterilere- şüpheli bakmaktadırlar. Polisin toplantı ve gösterileri bastırmadaki istekliliğinin ve bu faaliyetlere yönelik olarak hoyratça güç kullanmasının arkasında yatan etkenlerin başında bu kuşkucu bakış gelmektedir. Hatta, bazı avukatların bu kuşkucu yaklaşımın mahkemeleri bile etkisi altına aldığı, hâkimlerin “örgüt”ü kendi başına suç saydıkları yolunda yakınmaları olmuştur.

Örgütlenmeye yönelik devlet katındaki bu kuşkuculuk ve örgüt kavramının kötüye kullanılması, son “Millî Güvenlik Siyaset Belgesi”ne “legal görünümlü illegal örgütler”in takibinin eklenmesi³⁸ yönündeki MGK kararıyla makullüğün sınırlarını zorlayan bir boyuta ulaşmış bulunmaktadır. “Legal görünümlü illegal örgütler” ifadesi, hukuk çerçevesinde faaliyet gösteren sivil teşekküllerin siyasî iradenin keyfî tasarrufuyla her an “illegal” ilân edilebileceğini göstermesi bakımından son derece tehlikeli olmasının yanında, dayandığı varsayım bakımından da örgütlenme hakkıyla ve sivil toplum anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

Ne yazık ki, artık genel olarak toplum tarafından da içselleştirilmiş olan bu varsayım şöyle ifade edilebilir: Devlet tarafından “dernek”, vakıf” veya başka bir resmî ad altında hukuken kayıt altına alınmadıkları sürece, kişilerin barışçı şekilde bir araya gelmeye ve ortak faaliyet yürütmeye hakları yoktur. Çünkü böyle yaparlarsa “illegal örgüt” olmuş olurlar ve dolayısıyla tanımı gereği suçludurlar. Ama öte yandan “legal” bir örgüt olsalar da güvende değildirler, çünkü kolluk ve yargı tarafından her an “illegal” olarak yaftalanabilirler.

(vi) Şüpheli ve Sanık Hakları (Özgürlük Ve Güvenlik Hakkı)

Bireyin fiziksel özgürlüğünü güvence altına alan özgürlük ve güvenlik hakkı, özgürlüğün en temel biçimini korumaktadır. Bu hakka yönelik ağır bir müdahale olan tutuklama tedbirinin uygulanış biçimine ilişkin sorunlar özgürlüğün en temel formunun bile ciddi tehdit altında olduğunu göstermektedir. Amacı ceza yargılamasının âdil bir şekilde yürütülmesini ve verilen cezanın uygulanmasını sağlamak olan tutuklama, istisnaî olarak başvurulması gereken bir tedbir olmasına ve bu nedenle çok sıkı yasal koşullara tabi tutulmasına rağmen, uygulamada sıkça ve gereksiz yere başvurulmuş bir yol hâline gelmiştir. Hatta tutuklamanın bir baskı ve cezalandırma aracı olarak kullanıldığı inancı giderek yaygınlaşmaktadır.

Ergenekon, Balyoz, KCK gibi siyasal nitelikli davalarda yaygın olarak başvurulmuş tutuklama önlemi bugün de aynı yaygınlıkta ve hatta daha sorunlu bir şekilde uygulanmaya devam etmektedir. Daha soruşturmanın başında tutukluluk kararları verilmekte ve tutukluluktan itibaren bir

38 <http://www.haberler.com/mgk-toplantisi-sona-erdi-3-7253495-haberi/>

yıldan uzun bir süre geçmesine rağmen kişiler hakkında iddianâme düzenlenmemektedir. Bu dönemde soruşturmanın gizliliği bahanesiyle tutukluların ve vekillerinin dosyaya erişimi kısıtlanmakta, dolayısıyla hangi fiil ve faaliyeti nedeniyle soruşturulduğunu ve tutuklandığını bilmeyen kişinin haklarını gereğince kullanması da mümkün olmamaktadır.

Tutuklulukla ilgili olarak bugün yaşanan temel sorunlardan birisi 2014 yılında ihdas edilen Sulh Ceza Hâkimliklerinin bizzat kendisidir³⁹. Soruşturma aşamasındaki tüm koruma tedbirleri hakkında karar verme yetkisiyle donatılan bu hâkimlikler bizzat Başbakan tarafından “paralelle mücadele”yi yürütecek “proje mahkemeler” olarak takdim edilmiştir.⁴⁰ Kamuoyunda bu hâkimliklere atanan kişilerin özel olarak iktidara yakın olmalarına özen gösterildiği yönünde güçlü bir algı vardır. Bu hâkimlikler her ilde çok sınırlı sayıda belirlenmekte ve kararlarına yapılan itirazlar da üst mahkemeler tarafından değil diğer sulh ceza hâkimlerince

39 18/6/2014, tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 48. Maddesi ile 5235 sayılı Kanun’un 10. Maddesi değiştirilerek Sulh Ceza Hakimlikleri kurulmuş ve bu değişiklik 28.6.2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Hüküm aşağıdaki gibidir.

“Sulh ceza hâkimliği

MADDE 10- Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri numaralandırılır. Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Sulh ceza hâkimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur.

Sulh ceza hâkimliği, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

Sulh ceza hâkimliği buldukları il veya ilçenin adı ile anılır.

Sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.

Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir sulh ceza hâkimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.”

40 http://www.zaman.com.tr/gundem_sulh-ceza-hakimlikleri-istiklal-mahkemelerinin-yeni-versiyonu_2296338.html

incelenmektedir. Dolayısıyla bir ilde iki sulh ceza hâkimi varsa birbirlerinin kararını denetlemekte ve tedbirlere ilişkin nihaî kararlar bu şekilde ortaya çıkmaktadır.

Oluşturulan bu kapalı devre sistemin tutuklular için gerçek bir *habeas corpus güvencesi sunmaktan uzak olduğu açıktır. Bu nedenle*, bu hâkimliklerce verilen tutuklama ve tahliye talebinin reddi kararlarının hukuka uygunluğu konusunda ciddi kuşklar oluşması kaçınılmazdır. Tutukluluğa yapılan itirazların ret gerekçelerinin genel olarak doyurucu olmaktan uzak olduğu bir vakıa olmakla birlikte -birçok durumda doğru-dürüst gerekçe bile yoktur-, son zamanlarda hukukun tamamen göz ardı edildiğini işaret eden gerekçelere dayanıldığı basında haberlerde yer almaktadır. Bazı davalarda “tahliyesini gerektirecek yeni delil sunulmadığı” gibi akıllara durgunluk veren gerekçelerle tahliye taleplerinin reddedildiği haberleri eğer doğruysa, masumluk karinesini yok sayan ve ispat külfetini tersine çeviren böyle bir yaklaşımın temel hakların toptan reddi anlamına geldiğinde kuşku yoktur.

Tutukluluk sürelerinin genel olarak çok uzun olması başka bir ciddî sorundur. Davaların uzun sürmesine bağlı olarak kişilerin tutuklu kaldıkları süreler de çok uzamaktadır. Tutuklamayı haklı gösteren nedenler ortadan kalktıktan sonra da dava bitmedikçe tahliye kararı verilmemesi yönünde maalesef bir yargı kültürü oluşmuştur. Özellikle mahkûmiyet kararı verileceği öngörüsü ile yapılan yargılamalarda tutuklama nedenleri ortadan kalkmış olsa bile tahliye kararı verilmekten kaçınılmakta ve tutukluluk süreleri aşırı derecede uzamaktadır. Hatta mahkûmiyet kararı verilse bile infaz edilecek cezadan daha uzun süren tutukluluklara rastlanmaktadır. Öte yandan, yargıçlar tutuklama yerine geçecek diğer koruma tedbirlerine başvurma konusunda pek istekli görünmemektedirler.

Bütün bu nedenlerle, kişi özgürlüğüne yapılan en ağır müdahalelerden biri olan tutuklamanın niteliği ve temel haklar üzerindeki olumsuz etkisi konusunda yargıçlarda bir bilinç oluşturulması için acilen köklü reformların yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

(vii) Mülkiyet Hakkı ve Teşebbüs Özgürlüğü

Hukukun üstünlüğünün sağladığı öngörülebilirlik birey özgürlüğünü güvence altına almasının yanı sıra, sözleşme ve mülkiyet güvencisi sağlayarak üretken ekonomik faaliyetin istikrarına ve dolayısıyla ekonomik kalkınmaya hizmet eder. Hukuk devletinin sağladığı mülkiyet garantisi, emeğinin ve teşebbüsünün sonuçlarını elde etme konusunda kişilere güvence sağlayacağından çalışmayı ve üretkenliği teşvik eder. Diğer taraftan hukuk devletinin sağladığı öngörülebilirlik ekonomik sözleşmelerin muhtemel maliyet ve getirilerini önceden tahmin etme olanağı

sağladığından, müteşebbislerin tanımadıkları yabancılarla sözleşmeler yapmalarını teşvik ederek ekonomik aktivitenin hacminin genişlemesine öncülük eder. Böylece hukuk devleti ekonomik kalkınmanın da temel dinamiklerinden birisini oluşturur.⁴¹

Ancak ülkemizde bir türlü bitirilemeyen kadastro çalışmaları, bitmek tükenmek bilmeyen orman ve kıyı ihtilâfları nedeniyle gayrimenkul mülkiyeti konusunda tam bir belirlilik ve öngörülebilirlik bulunduğundan söz etmek imkânsızdır. Kadastro çalışmalarının orman kadastrosu ile koordineli olarak acilen tamamlanması ve ormanların tapuya tescilinin sağlanması taşınmaz mülkiyetinin kesin olarak tespiti açısından bir zorunluluktur. Aksi takdirde açılan orman davaları nedeniyle her zaman tapu iptali davası açılması ve tapuların iptalinin mümkün olduğu bir ülkede mülkiyet garantisinden ve ekonomik istikrardan söz etmek mümkün değildir. Ayrıca kıyı kenar çizgilerinin belirlenmesi işlemlerinin tamamlanması ve ihtilâflı alanların ihtilâflarının bir an önce çözülmesi gerekir.

Öte yandan, Türkiye’de kültür ve tabiat varlıklarının korunması da, önemli ölçüde, mülkiyet haklarıyla uyumlu bir politikanın benimsenmesine bağlıdır. Mevcut koruma sistemi ne yazık ki mülkiyet haklarıyla uyumlu olmadığı gibi, rasyonel de değildir. Aynı şey tarım toprakları ve meraların korunmasına ilişkin politikalar açısından da geçerlidir. Bu politikaların amaca ulaşmaya elverişli ve mülkiyet hakları ile uyumlu olması, bu değerleri yük olmaktan çıkarıp ekonomik kalkınmanın dinamosu haline getirecektir.

Şehir planlarının yapılması, uygulanması ve değiştirilmesi taşınmaz mülkiyeti konusunda oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Büyük rantlar oluşturan bu kararların kamuoyu denetimine açık ve objektif ölçülere uygun olması yanında, oluşan rantın mümkün olduğunca hakkaniyetli bir şekilde paylaşılmasını sağlayacak sistemlerin geliştirilmesi

hukuk devletinin yerleşmesi açısından önemlidir. Keyfî kararlarla oluşturulan kişisel rantların devşirilmesine imkân veren bir sistemden hukuk devleti üretilmesi, hukukun üstünlüğüne dayalı bir kültür geliştirilmesi mümkün değildir.

Hukukun üstünlüğüne dayanan bir sistemde teşebbüs özgürlükleri de mülkiyet hakları kadar önemlidir ve ekonomik gelişmenin temelini oluşturur. Teşebbüs özgürlüklerinin ancak hukuk devletinin sağladığı hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik içinde yeşerebileceği açıktır.

Keyfî kararlarla oluşturulan kişisel rantların devşirilmesine imkân veren bir sistemden hukuk devleti üretilmesi, hukukun üstünlüğüne dayalı bir kültür geliştirilmesi mümkün değildir.

41 Tamanaha 2007: 11.

En büyük işverenin devlet olduğu Türkiye’de kamu ihalelerinin şeffaflığı ve âdil rekabet kurallarına uygun olarak yapılması sağlıklı bir sermaye yapısının oluşmasının temelini oluşturacaktır. Güçlü ve çoğulcu bir sermaye yapısının varlığı sosyolojik olarak hukuk devletinin varlık zeminini oluşturur. Bağımsız ve çoğul yapıları bir sermaye sistemi olmadan gerçek anlamda sınırlı devleti kurmak mümkün değildir. Ancak hâlihazırda Türkiye’de kamu ihale sisteminin şeffaflığından ve öngörülebilirliğinden söz etmek mümkün değildir. Kamu İhale Kanunu’nun çok sık değiştirilmesi ve bu değişikliklerin yüzleri bulması, neredeyse her ihale için yeni bir kural getirilmesi aslında böyle bir kanunun olmadığı anlamına gelmektedir.

Yolsuzlukla mücadele ile kamu ihaleleri arasında da sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Zira büyük yolsuzluklar kamu ihaleleri yoluyla gerçekleştirilmektedir. Yolsuzlukla mücadele konusunda yukarıda belirtilenler doğrudan çalışma, iş kurma ve teşebbüs özgürlüğü bakımından da ciddi bir sorunun varlığına işaret etmektedir. Zira yolsuzluğun yaygınlığı demek âdil rekabet kurallarının işlememesi demektir.

Teşebbüs özgürlüklerine yönelik sorunların bir boyutu da keyfi ve seçici bir şekilde, özellikle muhalif olduğu düşünülen gruplara ait teşebbüslerin izin ve ruhsatlarının iptal edilmesi ya da yenilenmemesi, gereksiz ve kastî vergi soruşturmalarına tâbi tutulmaları, hatta son aylarda olduğu gibi terör yuvasıymışçasına polis baskınına maruz kalmalarıdır. Kesilen ağır vergi cezaları yoluyla belli grupların ekonomik dünyadan tasfiyesinin amaçlandığı yönünde güçlü emareler bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen dolaylı yöntemleri de aşan bir şekilde bazı teşebbüslere hukuka aykırı bir şekilde el konulması ya da kapatılması ekonomik özgürlüklerin tamamen göz ardı edildiğinin göstergeleridir. Yüzbinlerce çalışanı olan ve sayıları birkaç bini bulan dershanelerin tamamen siyasî kaygılarla kapatılması ve müteşebbislerinin ekonomik zararlarının azaltılması ve tazmini yönünde neredeyse hiçbir tedbir alınmamış olması, muhaliflerin ekonomik olarak da çökertilmesi yönünde parti devletinin top yekûn harekete geçirildiğini göstermektedir. Aynı şekilde bir bankanın bizzat Cumhurbaşkanı tarafından hedef tahtasına konulması ve finansal açıdan zor durumda bırakılması, teşebbüs özgürlüğünün bâriz bir ihlâlî olduktan başka, muhalif kişi ve gruplara hayat hakkı tanınmaması yönünde siyasî bir irade olduğunu da göstermektedir. Her iki durumda da hukuka bağlı yönetim ve hukukun üstünlüğü ilkesinin toptan reddi söz konusudur.

Kamu İhale Kanunu’nun çok sık değiştirilmesi ve bu değişikliklerin yüzleri bulması, neredeyse her ihale için yeni bir kural getirilmesi aslında böyle bir kanunun olmadığı anlamına gelmektedir.

4. Yargısal Adalet

Yargısal adalet konusuna, Türkiye yargı sisteminde görev yapan hukuk uygulayıcıları (hâkim ve savcılar) hakkında bazı genel tespitler yaparak başlamak uygun olur. Türkiye’de yargı camiasına hâkim olan zihniyet ve kültür devletçi eğilimli olduğu için, birçok durumda yargı hakları korumaktan çok kendisi bir ihlâl kaynağı olarak ortaya çıkmaktadır. Keza, hâkim ve savcılarda genel olarak “hukuk adamı” olmakla “grubunun adamı” olmayı birbirine karıştırma eğilimi etkili olmaktadır. Nitekim, birçok hâkim ve savcı içinden geldiği grubun kimliğinden kendisini bağımsızlaştırmakta zorluk çekmekte ve (çoğu) zaman gruba aidiyet duygusunun etkisi altında kalmaktadır.

a) Usulî Hakkaniyet ve Âdil Yargılanma

Hukukun üstünlüğü, diğerleri yanında, hak arayışı içinde olan ve/veya tarafı oldukları bir ihtilâfın çözümünü arayan insanların mahkemelerden âdil bir sonuç elde edebilmelerini gerektirmektedir. Bu ise, aşağıda işaret edeceğimiz, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkim güvencesi ve doğal hâkim ilkesi yanında, hem yargılamaya hâkim olan kuralların âdil olmasıyla, hem de yargılama süreçlerinin hakkaniyete uygun bir şekilde işlemesiyle mümkündür. Usulî hakkaniyet konusu o kadar önemsenmektedir ki, “usulün esastan önce geldiği” fikri toplumumuzda da yaygın bir kabul görmüştür.

Usulî hakkaniyet, yukarıda belirtilmiş olduğu gibi, mahkemelerin davanın veya uyuşmazlığın taraflarına eşit muamele etmesini ve taraflardan birini diğerine tercih etmemesini şart koşar. Bu demektir ki, mahkemeler benzer durumlara benzer, farklı durumlara farklı muamele etmelidirler. Farklı muamelenin gerektiği durumların ise gerçekten “ilgili” bir farklılığa ve haklı bir nedene dayanması gerekir. Kısaca, eşit muamele ve tarafsızlık davanın tarafları arasında keyfî bir ayrımcılıktan kaçınmakla mümkün olur.

Türkiye’de son yıllarda, özellikle 17-25 Aralık yolsuzluk iddialarının ortaya çıkmasından buyana, yargısal adaletin bu gerekleri unutulmuş gibidir. İktidarın siyasî pozisyonunu zayıflatacağından korkulan her örnekte yargısal süreçlere keyfî ayrımcılığın hâkim olduğu bir dönem yaşanmaktadır. Eşit muamele ve tarafsızlık ilkeleri yolsuzluk iddialarıyla ilintili olan hükümet mensupları ve onların yakınları lehine, “paralel yapı” olarak yaftalanan, “Cemaat”le ilintili oldukları düşünülen kişilerin ise aleyhine terk edilmiştir, edilmektedir. Bu kişiler, ister kamu görevlisi, isterse sivil şahıslar olsun soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde tarafsızlık ve eşit muamele” güvencelerinden yararlanamamakta, hatta bunlar hak sahibi kişiler değil de “hiçbir hakkı olmayan” hainler veya düşmanlarmış gibi muamele görmektedirler.

Usulî hakkaniyetin başka bir gereği olan “söz hakkı”na gelince, Türkiye’de öteden beri yargısal kararların oluşumuna tarafların katılmasına pek izin verilmediği gibi, özellikle ceza yargılamasında şüpheli ve sanıkların kendilerini savunma imkânları hukuken, ama daha çok da fiilen büyük ölçüde kısıtlıdır. Esasen mahkemelerin düzeni, “iddia” tarafı ile “savunma” tarafının eşit olmadıkları fikrini temsil eder şekilde kurulmuştur. Duruşmalar kanıtların ve argümanların karşılıklı olarak yarışmasına ve bu arada savunma tarafının iddia makamının tanıklarını hakıyla sorgulamasına imkân verecek şekilde yürütülmemektedir. Sonuç olarak ceza yargılamasında nihaî karar (“hüküm”) diyalektik bir sürecin ürünü olmaktan çok, ikisi de devleti temsil eden hâkim(ler)in ve savcının tek taraflı bir irade beyanı şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, usulî hakkaniyetin temel haklar dilindeki aşağı yukarı karşılığı olan âdil yargılanma hakkının Türkiye’nin yargı sistemi içinde, özellikle şüpheli ve sanık hakları bakımından sıkça ihlâl edildiği de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarıyla sabittir. Hükümetin belirli kişi ve gruplara dönük olarak siyasî mülâhazalarla harekete geçirttiği keyfî tutuklamalar olağanlaşmıştır. Aşağı yukarı son iki yıldır hükümetin “paralel yapının tasfiyesi” şeklindeki politikasının yargı tarafından da uygulanmaya başlaması yüzünden yakın gelecekte AİHM’nin Türkiye aleyhindeki bu türden ihlâl kararlarının daha da artacağını öngörebiliriz.

Âdil yargılanmanın bir gereği olarak davaların makul sürede sonuçlandırılması konusunda da, Anayasa’nın açık buyruğuna ve AİHM’nin kararlarına rağmen, maalesef iyileşme sağlanamamıştır. Geciken adaletin gerçekte adaleti sağlamadığı bilinen bir gerçek olmakla beraber, Türkiye’de yargının bu bakımdan içinde bulunduğu durum, bu sorunun kısa vadede çözümünün pek mümkün olmadığını göstermektedir. Altı milyon civarındaki derdest davanın yaklaşık 1.5 milyonunun mahkeme önündeki süresi şimdiden dört yılı aşmıştır.

Özellikle kadastro ve gayrimenkullere ilişkin davaların birkaç onyılıda sonuçlandırılmaması mülkiyet haklarının bir türlü istikrar kazanamamasına neden olmaktadır. Malikiyet durumu kesinleşemeyen bir taşınmaz piyasasının ekonomik yatırımları teşvik etmediği açıktır.

Diğer taraftan ceza davalarının aşırı uzaması bir taraftan haksız yere uzun tutukluluklara neden olmakta, diğer taraftan delillerin güvenilirliğini zedeleyerek verilen kararların adaletini sorgulanır hale getirmektedir. Bunun başka bir sakıncası da yargılamanın uzamasının mağdurlarda adaletin gerçekleşmediği veya gerçekleşmeyeceği duygusuna neden olmasıdır.

Belirtmek gerekir ki, yargılama süresinin uzaması kısmen usul kanunlarının yapısından, kısmen nispeten nizâlı bir toplum olmamızdan, kıs-

men de yargının yerleşik alışkanlıklarından ve yargılama kültüründen kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular arasında en büyük başvuru grubu uzun yargılama şikâyetlerini içerenlerdir. Mahkeme şimdiye kadar bu konuda yüzlerce ihlâl kararı vermiş ve tazminata hükmetmiştir. Ancak yapısal bir çözüm bulunmadığı sürece bu sorunun bireysel başvuru yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Bu başvurular Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü aşırı derecede artırarak diğer konulara ayrılması gereken zaman ve emeği tüketmektedir. Diğer taraftan uzayan davalar nedeniyle tazminat ödeyerek elde edilecek makul bir sonuç bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ciddi bir inceleme ve araştırma ile davaların uzamasına neden olan sebepler tespit edilerek düzeltme için reform programı uygulanmalıdır.

b) Ceza Sisteminin Adaleti

Türkiye'de etkin bir soruşturma sisteminin yokluğu ceza adaletini olumsuz etkilemektedir. En başta, idarî kolluktan ayrı, savcılığa bağlı olarak çalışacak bağımsız bir adli kolluk örgütü bulunmamaktadır.⁴² Bu da bir yandan suç soruşturmasının pek de profesyonelce olmayan bir şekilde yürütülmesine yol açmakta, öbür yandan idarî makamların soruşturma sürecine müdahalesini kolaylaştırmaktadır. Türkiye'de suç soruşturmasında savcılarını esas olarak kolluğun yönlendirdiği gerçeğiyle birlikte düşünüldüğünde, bu durumun ceza adalet sistemimiz bakımından ne büyük bir sakınca yarattığını anlamak kolaylaşır. Onun için, Türkiye'de sadece kolluğun değil, savcılarının da suç soruşturmasının tekniği konusunda eğitilmesine, hatta belki savcılığın hâkimlikten tamamen ayrılmasına ihtiyaç vardır.

İstendiği zaman savcılarının hâkim, hâkimlerin savcı olarak atanabilmesi de ülkemizde ceza adaleti bakımından iki yönlü sakınca yaratmaktadır: Bir yandan, soruşturmada taraf olarak çalışmaya alışmış ve kendisini "devletin adamı" olarak gören bir savcının birdenbire kendisini hâkim konumunda bulması, onun bu konumun gereğine kendisini uyarlamasını, davayı tarafsız olarak yürüten bir hâkim olarak görev yapmasını zorlaştırmakta, en azından geciktirmektedir. Öte yandan, hâkim olarak görev yapagelmiş bir kişi birdenbire savcı olarak atandığında bu görevin teknik bilgisine ve psikolojik gereklerine hazırlıksız bir durumda olmaktadır.

42 19 Aralık 2013'te, Adli Kolluk Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikle, daha önce savcılarının talimatı üzerine hareket eden kolluk görevlilerine, suça ilişkin ihbar veya şikâyetler hakkında en üst dereceli amirlerine bilgi verme zorunluluğu getirilmiş ve savcılarının idareden bağımsız bir şekilde soruşturma yürütmesi imkansız hale getirilmiştir. Bkz. Avrupa Komisyonu *2014 Türkiye İlerleme Raporu*, s.43, http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf

Savcılığın Türkiye Başsavcılığı altında özerk bir yapı olarak yeniden yapılandırılmasından sonra savcılarının mesleğe hazırlanması ve eğitimi tamamen hâkimlerden ayrılmalı ve aşağıda Adalet Akademisine ilişkin olarak yapılan öneri doğrultusunda uzmanlaşmış akademik personel tarafından yürütülmelidir. Buna bağlı olarak âdli kolluk kurularak savcılığa bağlanmalıdır. Bu arada Jandarmanın adlî yetkileri tamamen kaldırılmalı, uzman kriminoloji laboratuvarları da savcılığın gözetimine alınmalıdır.

Adli Tıp kurumunun bugünkü yapısı ve işleyişi ceza davalarının uzamasının önemli nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Bu kurum reforme edilerek uzmanlık kurullarının sayısı artırılmalı ve yaygınlaştırılmalıdır. Ayrıca, Adli Tıp kurumuyla üniversiteler arasında işbirliği ve eşgüdüm sisteminin geliştirilmesine de ihtiyaç vardır.

Ceza adaleti bakımından ceza infaz sisteminin yapısı da önemlidir. Her şeyden önce, hapishanelerin fizikî ve psikolojik ortamları suçların azalmasında etkili olması gerekir. Bu kurumlar eğer yeterince güvenli, kişi haklarına saygılı ve kişiyi topluma kazandırmaya uygun yapıda değilseler, infaz sisteminin asıl amacı olması gereken yeniden suç işlenmesinin önlenmesine katkı yapmalarına imkân yoktur. Nitekim, Türkiye’de hapisten çıkanların aynı veya benzer suçları tekrar tekrar işlemeleri sık rastlanan bir durumdur.

c) Mahkemelerin Bağımsızlık ve Tarafsızlığı

Yargılamanın adilliği önemli ölçüde mahkemelerin yapı ve işleyiş olarak (kurumsal ve işlevsel olarak) başta siyasî makamlar olmak üzere yargı dışı otoritelerden bağımsız olmasına bağlıdır. Türkiye’de mahkemelerin yürütme ve yasamadan bağımsızlığı anayasal ilkelerden biri olmakla beraber, uygulamada bu konuya ilişkin yasal ve idarî düzenlemelerden kaynaklanan ciddi sorunlar vardır. Mahkemelerin bağımsızlığı yargının yönetiminin yürütme ve idarenin dışında örgütlenmiş, bağımsız bir kurum eliyle yapılmasını gerektirmektedir. Türkiye’de bu görev anayasal olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na verilmiş ve bu Kurul 2010 Anayasa değişikliği ve müteakip yasal düzenlemeyle⁴³ bağımsızlık ve tarafsızlık gereklerine daha uygun olacak şekilde yeniden şekillendirilmiştir.

Ne var ki, bu konuya ilişkin yasal düzenlemede 2014 yılında hüküme-

Savcılığın Türkiye Başsavcılığı altında özerk bir yapı olarak yeniden yapılandırılmasından sonra savcılarının mesleğe hazırlanması ve eğitimi tamamen hâkimlerden ayrılmalı ve aşağıda Adalet Akademisine ilişkin olarak yapılan öneri doğrultusunda uzmanlaşmış akademik personel tarafından yürütülmelidir.

43 11/12/2010 tarih ve 6087 sayılı kanun

tin inisiyatifiyle yapılan bir değişiklik⁴⁴ ve onu izleyen yeni üye seçimiyle birlikte kamu oyunda HSYK'nın önemli ölçüde Adalet Bakanı'nın (ve hükümetin) kontrolü altına girdiği kanaati uyanmıştır.⁴⁵ HSYK seçimlerinde Adalet Bakanlığı'nın desteklediği Yargıda Birlik Platformu listesinin seçimi kazanması, Kurul'un iktidar çoğunluğundan ve yürütmeden bağımsız ve onlara karşı tarafsız hareket etme imkânını ciddi ölçüde azaltmıştır. Nitekim iktidar partisinin kararlarından hazzetmediği hâkim ve savcıların meslekten çıkarılmaları ve bazılarının tutuklu olarak yargılanmaları bu seçimlerden sonra gerçekleşmiştir. HSYK'nın bu ve benzeri olaylarda yerine göre Bakanın, Başbakanın veya Cumhurbaşkanı'nın telkin veya talimatı üzerine harekete geçmiş olduğu izleniminin oluşması hukukun üstünlüğü açısından son derece endişe verici bir durumdur. Kısaca hâlihazırda HSYK hükümetle gayet "uyumlu" çalışmaktadır ki mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığı bakımından en fazla kaygılanmamız gereken husus budur.

Son zamanlarda yargıya yapılan müdahaleler uluslararası kamuoyunun da dikkatini çekmiş, başta Venedik Komisyonu olmak üzere pek çok uluslararası kurum ve örgüt Türkiye'de yargı bağımsızlığına yönelik müdahaleler nedeniyle duydukları kaygıyı dile getiren bildirgeler yayınlamışlardır. Venedik Komisyonu 20 Haziran 2015 tarihli bildirge ile bu konuya ilişkin evrensel standartları ve Avrupa normlarını ihlâl eden uygulamalara dikkat çekmiş ve Türk makamlarından hâkim ve savcılara yönelik müdahalelerin gözden geçirilmesi, HSYK Kanununun gözden geçirilerek yürütmenin Kurul içindeki etkisinin azaltılması, Kurulun devam eden dava ve soruşturmalara müdahalesinin yasaklanması, hâkim ve savcılarının görev yerlerinin ve yetkilerinin değiştirilmesi konusunda anayasal ve yasal güvencelerin geliştirilmesi gibi tavsiye ve önerilerde bulunmuştur.⁴⁶

Yargı bağımsızlığı bakımından kaygı veren başka bir gelişme Yargıtay ve Danıştay'ın "yeniden yapılandırılması" adı altında bu kurumların üye sayısının birdenbire büyük oranda artırılması olmuştur. Çok sayıda yeni görevlendirmeye, bu operasyonun Yargıtay ve Danıştay'ın hükümetin kontrolü altına girmesi ihtimalini artırdığından endişe edilmektedir. Bu arada, avukatlıktan hâkimliğe geçiş için aranan avukat olarak çalışma süresini 5 yıldan 3 yıla indiren yasal değişikliğin genel olarak iktidarın yargıda kadrolaşmasını kolaylaştıracağı düşünülmektedir. Avukatların gözlemine

44 15/02/2014 tarih ve 6524 sayılı kanun

45 Bu konuda bkz. Avrupa Komisyonu 2014 Türkiye İlerleme Raporu, s.43, http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf

46 http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/dunya/304303/Zehir_zemberek_aciklama..._Yargiya_Venedik_ten_uyari.html

göre, bugün mesleğin daha başında olduğu halde ağır ceza mahkemesi başkanlığına atanmış “yeni” hâkimlere rastlamak mümkündür.

Yargının yürütmeden bağımsız hareket etmediğinin en belirgin göstergelerinden biri, başta sözde “Anayasal Düzene Karşı Suçlar”ın takibi çerçevesinde “terörist örgüt” iddiasıyla başlatılmış olanı olmak üzere, Gülen Cemaatine ve onunla ilişkili olduğu düşünülen hem kamu görevlilerine hem de sivil kişilere karşı yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturmalardır. Özellikle de sözkonusu Cemaati “terörist örgüt” olarak niteleyen resmî takibatın hiçbir hukukî temeli bulunmadığı açıktır. Bu takibatların tamamına yakınının yargının inisiyatifiyle başlatılmadığı, aksine savcılıkların hükümetten ve cumhurbaşkanından gelen bu yöndeki telkin ve talimatlar üzerine harekete geçtikleri kanaati hâkimdir.

Türkiye’de yargının bağımsızlık ve tarafsızlığıyla ilgili daha genel bir sorun, yargıçların kimi zaman kendilerini ya “devletin çıkarları”nın koruyucusu olarak görmeleri ya da kendi ideolojik yönelim, bağlılık veya mensubiyetlerinden bağımsız davranamamalarıdır. Her iki durumun da mahkemelerin adalet ve hakkaniyetten sapmalarına yol açtığı birçok örneği vardır. Aşağı yukarı 2008-2009 yılına kadar hâkim ve savcıların zaman zaman adaletten sapmalarına, genellikle onların devlet odaklı bir siyasî tasavvura sahip olmaları ve bu çerçevede resmî ideolojiye bağlılıkları sebep oluyordu. Son zamanlarda ise gerek kendisini iktidar partisine yakın hisseden hâkim ve savcıların, gerekse “Cemaat”ın veya başka grupların sempatzanı olan hâkim ve savcılarının bu yakınlık ve sempatilerinden bağımsız davranamadıkları durumlara daha sık tanık olmaktadır.

Bütün bu konularda hâkim ve savcılarının mesleğe kabulü sistemi ve eğitimleri meselesi birinci derecede önemli hale gelmektedir. Hâkimlerin mesleğe kabulünde kesin tarafsızlığa riayet edilmesi hukuk devleti açısından şarttır. Bunun için de, mülakat gibi sübjektif ve tarafgirlik şüphesi taşıyan yöntemlerin yerini, bilgi ve yetenek ölçmeye uygun objektif sınavların alması gerekmektedir.

Türkiye’de hâkimlerin kariyerlerinin başındaki eğitimi esas olarak Adalet Akademisi’nde yapılmaktadır. Ne var ki, bu kurum hükümetin yaptığı bir seri yasal ve idarî operasyonla tarafsızlığını büyük ölçüde yitirmiştir. Kaldı ki, Adalet Akademisi’nde yapılacak eğitim mesleğini evrensel standartlara uygun olarak yapabilecek donanıma sahip hâkimlerin yetişmesi için yeterli değildir.

“Akademi” kavramıyla tek ilgisi neredeyse adından ibaret olan bu kurumun gerçek bir akademi hüviyetine kavuşması için, öncelikle, kadrolu akademik personele sahip olması ve bu akademisyenlerin hâkim ve savcı eğitimi konusunda uzmanlaşması gerekmektedir. Diğer taraf-

tan Akademinin Adalet Bakanlığı'nın kontrolünden çıkarılarak gerçek anlamda özerk bir yapıya kavuşması, tarafsız ve liyakat esasına dayalı bir eğitimin verilmesi açısından zaruri görünmektedir. Akademi gerçek anlamda bağımsız ve özerk bir kurum olarak yeniden yapılandırıldıktan sonra ehil ve uzman personelini yetiştirmelidir. Ancak bu şekilde yeniden yapılandıktan sonra hâkim ve savcı adaylığına alım sınavları Akademi tarafından yapılmalıdır. Ayrıca, mesleğin gerektirdiği evrensel adalet ilkelerine uygun bilgi ve donanım kazanmaları için, hâkim ve savcıların başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde geçirilmek üzere, ciddî yurt dışı tecrübesine sahip kılınmalarına da ihtiyaç vardır.



söz konusu yolsuzluk iddialarını soruşturmaya yeltenen savcılar, “paralel yapı”ya mensup olduğu düşünülen bir televizyoncu ile bazı polislerin tutukluluklarına yapılan itirazı kabul eden hâkimler HSYK tarafından meslekten çıkarılmıştır.

Nihayet Türkiye’de hukuk eğitiminin bu hedefe ulaşmayı kolaylaştıracak şekilde yeniden yapılandırılması şarttır. Ne yazık ki, hâlihazırda, hukuk fakültelerimizde takip edilen ve üç aşağı-beş yukarı aynı olan müfredat öğrencilere esas olarak ulusal mevzuatı belletmeyi amaçlamış durumdadır. Bu sistem içinde, hukuk ve adalet nosyonu kazandırmayan ve hukuku evrensel değil ulusal bir mesele olarak gören bir anlayışla yetişen “mevzuat hukukçular”ı ile adalete hizmet edilemeyeceği açıktır. Keza, hukuk fakültesinden mezun olan bir kişinin araya başka bir tecrübe girmeden ve genç yaşta hâkim olarak atanmasını sağlayan mevcut sistemle de hukukun üstünlüğüne ve adalete hizmet eden bir yargı oluşturamayız. Hâkimliğe atanmada

avukatlıkta belli bir süre tecrübe kazanmış olmak, akademik meslekte belli ölçüde ilerleme sağlamış olmak ve Barolar Birliği'nin akreditasyonu gibi şartlar arayan bir sisteme geçmeliyiz.

d) Hâkim Güvencesi

Hükümete yönelik yolsuzluk iddialarının ortaya çıkmasından sonra yapılan yasal düzenlemelerden sonra, Türkiye’de Anayasanın hâkimler için öngördüğü güvence sadece hükümetle “uyumlu” davranan veya baktıkları davalar hükümetin ilgi alanı dışında kalan hâkimler için söz konusudur. Nitekim söz konusu yolsuzluk iddialarını soruşturmaya yeltenen savcılar, “paralel yapı”ya mensup olduğu düşünülen bir televizyoncu ile bazı polislerin tutukluluklarına yapılan itirazı kabul eden hâkimler HSYK tarafından meslekten çıkarılmıştır. İşaret edilen dinî cemaatin MGK tarafından Millî Güvenlik Siyaset Belgesi'ne (“Kırmızı Kitap”a) “silâhlı terör örgütü” olarak geçirilmesinden sonra, başka hâkim ve savcılarının da meslekten çıkarılabileceğini Cumhurbaşkanı haber vermiş ve ne yazık ki son haftalardaki gelişmeler de bunu doğrulamıştır.

“Hukukun üstünlüğü”ne bağlı bir devlette bu olay iki bakımdan kabul edilemezdir. İlk olarak, kamuoyunda “kırmızı kitap” olarak bilinen “siyasî” belgenin hiçbir anayasal temeli bulunmadığından, mahkemelerin kararlarında buna dayanmaları başta Anayasanın kendisi olmak üzere “hukuk”un toptan reddi anlamına gelir. Çünkü Anayasa’ya göre (m. 138), mahkemeler şu veya bu siyasî belgeye göre değil, fakat sadece “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak” vicdanî kanaatlerine göre karar vermekle yükümlüdürler. İkinci olarak, bir siyasî makamın bazı hâkimlerin meslekten çıkarılacaklarını önceden haber verdiği/verebildiği yerde, hukuk devletinin varlığından söz etmek imkânsızdır.

Diğer taraftan HSYK Genel Sekreteri’nin yaptığı bir açıklamada söz konusu kişiler hakkında benzer bir karar verecek hâkimler hakkında da “gereğinin yapılacağı”nı belirtmesi, hâkimler açısından karar ölçüsünün hukuk ve hukukun gerekleri değil, siyasî iktidarın talep ve arzuları olduğu, bu talep ve arzulara uymayan hâkimlerin meslekte gelecekleri olmadığı kanaatinin oluşmasına yol açmaktadır. Esasen, 2014 yılında yapılan HSYK seçimlerinden sonra siyasî iktidarın istek ve/veya beklentilerine uygun karar vermeyen hâkim ve savcılarının sık sık yer değişikliği, yetki değişikliği gibi tasarruflara maruz kalması da artık yargıçlar ve savcılar için meslekte kalmanın ve ilerlemenin tek ölçütünün karar verirken siyasî iradeyle uyumlu davranmak olduğunu göstermektedir.

Aslına bakılırsa, hâkim güvencesinin tanınmadığını ortaya koyan söz konusu olayların sakıncası bu hukuksuzlukların ilgili hâkim ve savcılarını mağdur etmesinden ibaret de değildir. Bu uygulamalar “hâkim güvencesi”nin ilke olarak reddi anlamına geldiğinden, geleceğe dönük olarak hâkim ve savcılar üzerinde bir tür “Demokles Kılıcı” işlevi görecektir ve hâkimler iktidarın hoşlanmayabileceği kararları adalet gerektirdiğinde bile vermekten kaçınacaklardır. Bu türden kararları vermek artık tek tek hâkimler için bir cesaret meselesi haline gelecektir. Böyle bir durumda hâkimlerin meslekî konum ve geleceklerinden emin olmalarına elbette imkân yoktur.

e) *Tabîi Hâkim*

Bu dönemde tabîi hâkim ilkesinin en belirgin ihlâli hükümetin “paralel yapıyla mücadele etmek üzere” Sulh Ceza Hâkimliklerinin ihdas edilmesidir. 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yaptığı değişiklikle, soruşturma aşamasındaki tüm koruma tedbirlerine ilişkin kararların alınması bu mahkemelerin yetkisine verilmiştir. Dolayısıyla soruşturma aşamasında dava açılıncaya kadar tutukluluk, iletişimin dinlenmesi ve tespiti gibi işlemlere ilişkin tüm kararlar bu hâkimliklerce verilmekte ve bu kararlara karşı yapılan itirazlar da yine bu

hâkimlikler tarafından incelenmekte ve karara bağlanmaktadır. Ayrıca Cumhuriyet savcılıklarınca verilecek takipsizlik kararlarına yapılan itirazları inceleme yetkisi de bu hâkimliklere verilmiştir.

Sınırlı sayıdaki bu hâkimliklerle bir kapalı devre sistemi oluşturulmuş ve siyasî iktidar tarafından “güvenilir” bulunan hâkimler bu görevlere getirilmek suretiyle, hükümetin istemediği bir kararın verilmesi ihtimalinin tamamen ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Nitekim zaman içinde istenilen kararları vermeyen hâkimler de hemen bu görevlerden alınmıştır.⁴⁷

Hatırlanacağı üzere, söz konusu yasal değişiklik o sırada Başbakan olan Sayın Erdoğan tarafından “proje mahkemeler” olarak kamuoyuna takdim edilmiştir. Bu hâkimliklere ilk atamalar yapıldıktan sonra, bunların önemli bir kısmının Başbakan ve AKP hakkında sosyal medyada açıkça övücü beyanlarda bulunan kişiler oldukları yönündeki eleştiriler üzerine, dönemin HSYK 1. Daire Başkanı bu atamalarda hata yapılmış olabileceğini ifade etmiştir. Yine gazetelerde, yukarıda sözü edilen hâkimler hakkında tutuklama kararı veren yargıcın daha önce AKP’den belediye başkan adayı olduğu ve parti yönetiminde yer aldığı haberlerine yer verilmiştir.⁴⁸

Bütün bunlar yeni kurulan sulh ceza hâkimliklerinin siyasi iktidarın taleplerini yerine getirmek üzere özel olarak oluşturulduğu izlenimi uyandırmaktadır. Nitekim sonraki uygulamalar da bu izlenimi pekiştirmiştir. Bu hâkimlikler eliyle sadece 17-25 Aralık yolsuzluk operasyonunu başlatan savcı ve polisler saf dışı edilmekle kalmadı; aynı zamanda MİT TIRlarıyla Suriye’de kimliği meçhul gruplara silâh taşıyanlar hakkında yasal işlem yapan savcı ve jandarma mensuplarını ve bu arada “Cemaat medyası”na yönelik operasyonlar da bu hâkimlikler aracılığıyla gerçekleştirildi.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar bu hâkimliklerin varlığının tabii hâkim ilkesine aykırı olmadığına karar verdiyse de⁴⁹; hangi şartlar altında, nasıl ve ne amaçla kuruldukları göz önüne alındığında, bunların en azından “paralel yapının tasfiyesi” bağlamındaki soruşturma ve kovuşturmalar bakımından tabii hâkim ilkesine aykırı oldukları açıktır. Bu nedenle, söz konusu hâkimliklerin verdikleri kararların hukukun üstünlüğü ve adalet ilkelerine aykırı olduğu açıktır.

47 Meselâ, söz konusu düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluna başvuran Eskişehir Sulh Ceza Hâkimi bu görevden alınarak küçük bir süreyle tayin edilmiştir.

48 Bugün Gazetesi, 2.7.2015, s. 12.

49 <http://www.aljazeera.com.tr/haber/aym-sulh-ceza-hakimligi-anayasaya-uygun>

f) Mahkeme Kararlarının Uygulanması

Gerek yürütme ve idarenin faaliyetlerinin yargı yoluyla yapılan hukukî denetiminin işlevsel olabilmesi, gerekse kişilerin mahkemelerde hak arama çabalarının etkin sonuç vermesi, esas itibarıyla, mahkeme kararlarının uygulanmasına bağlıdır. Bu konudaki asıl sorun vatandaşların devletle ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda mahkeme kararlarına uyulmasıyla ilgilidir. Bu konudaki ihlallerin de önemli bir kısmı idarenin tek taraflı işlem ve eylemleriyle kişilerin meşru menfaatlerinin ve haklarının ihlâl edildiğini tespit eden idarî yargı kararlarının yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, ceza soruşturma ve kovuşturmaları esnasında şüpheli ve sanıklar lehine verilen tahliye kararlarının uygulanmaması da ciddî bir sorun teşkil etmektedir.

Birinci örnekte mahkeme kararlarına uyulmaması yukarıda işaret ettiğimiz gibi idarenin rutin bir uygulaması haline gelmek üzeredir. Bu genel bir uygulama olmakla beraber, hükümet tarafından “düşman” olarak ilân edilen Cemaat mensupları veya sempatanları için daha bir titizlikle yürütülen bir politika niteliğindedir. Özellikle bu kişiler lehine olan mahkeme kararlarının uygulanmaması için hükümetten idarî makamlara açık emirler verilmektedir. Haklarında cezaî takibat yapılanlardan yine Cemaatle bağlantısı olanların şüpheli ve sanık haklarının tanınmaması da kararlılıkla uygulanmakta olan başka bir politikadır. Bunun en son örneği, Samanyolu Televizyonu yöneticisi Hidayet Karaca'nın ve Cemaatle ilişkili oldukları düşünülen bazı polislerin tahliye edilmesine ilişkin mahkeme kararının uygulanmamış olmasıdır. Oysa, yargısal yoldan değiştirilmediği veya kaldırılmadığı sürece, bir mahkeme kararının uygulanmaması diye bir şey hukuken söz konusu olamaz ve açık bir suç teşkil eder.

AKP iktidarı son yıllarda mutabık olmadığı AİHM kararlarını da uygulamamayı alışkanlık haline getirmiştir. Daha önce işaret edildiği gibi, zorunlu din dersleri uygulamasının insan hakkı ihlâli olduğu yolundaki AİHM kararlarına rağmen, iktidar bu durumu özgürlükçü yönde düzeltecek yasal ve idarî adımlar atmak şöyle dursun, hem Mahkemeyi bu kararlarından dolayı uygunsuz bir şekilde alenen eleştirmiş, hem de bu kararların gereğinin yerine getirilmeyeceğini resmen ilân etme yoluna gitmiştir.

Öte yandan, yukarıda belirtildiği üzere, kamu görevlilerinin görev suçlarından dolayı yargılanmasındaki zorluklar ve kişilere hukuka aykırı olarak verilen zararlardan dolayı kusurlu idare ajanına rücu' yolunun

kamu görevlilerinin görev suçlarından dolayı yargılanmasındaki zorluklar ve kişilere hukuka aykırı olarak verilen zararlardan dolayı kusurlu idare ajanına rücu' yolunun işletilmesi kamu görevlilerini hukuka aykırı davranma konusunda cesaretlendirmekte, hatta suç işleyen kimi kamu görevlilerinin cezasız kalmasına yol açmaktadır.

Özgür
bir toplum için...

işletilmemesi kamu görevlilerini hukuka aykırı davranma konusunda cesaretlendirmekte, hatta suç işleyen kimi kamu görevlilerinin cezasız kalmasına yol açmaktadır. Bütün bunlar mahkeme kararlarının uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

Son bir nokta, Anayasa Mahkemesi kararlarının anayasal olarak geçmiş yürümemesinin bazı haksızlıklara yol açmasıyla ilgilidir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun veya kanun hükmündeki kararnameyi iptal eden kararının Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasına kadar geçen süre içinde, kötü niyetli bir yürütme ve idarenin iptal edilen hükmü esas alan hukuka aykırı işlem ve eylemler yapmasına zemin hazırlamaktadır. Nitekim hükümetin HSYK'nın kontrolünü ele geçirmesi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen bu şekilde yaptığı göreve son verme ve atamalar ile idarî düzenlemeler sayesinde mümkün olmuştur.⁵⁰

g) Yargının Çalışma Şartları

Son yıllarda genel olarak adliye binalarının ve bu arada mahkemelerin duruşma salonlarının fizikî şartlarında kısmî iyileşmeler sağlanmıştır. Bununla beraber, yargının çalışma ortamıyla ilgili birçok sorun varlığını koruyor. Bunlardan biri, yargının halâ her türlü maddî imkân ve araç-gerecin temin ve tedariki bakımından savcılığa bağımlı olmasıdır. Daha genelde, şu veya bu nedenle, Türkiye'de yargının iş yükü gereğinden fazladır, bununla baş edilmesini kolaylaştıracak -usul kanunlarının değiştirilmesinden hâkimlerin eğitimine ve mahkeme önüne gelecek anlaşmazlıkların azaltılmasını sağlayacak diğer yollara kadar- bütün tedbirlerin alınması âcil bir ihtiyaç halini almıştır.

VIII. SONUÇ

Hukukun üstünlüğü medeniliğin ve medeniyetin temellerinden biridir. Hukukun üstünlüğünün özgürlükçü, barışçı ve genel olarak medenî bir toplumsal varoluş için vazgeçilmez olduğunda kuşku yoktur. Hukukun üstünlüğü barışçı bir toplumsal düzenin temelidir; hukukun üstünlüğünün kurumsallaşmadığı yerde kimsenin canı, malı ve özgürlüğü güvende değildir. Toplumsal düzenin hem istikrarı hem de barışçı yoldan değişimi hukukun üstünlüğüne bağlıdır. Bu arada, hukukî güvenlik ve hukukî istikrar her alanda üretkenliğin ve iktisadî kalkınmanın da temelini oluşturur.

Bu araştırma, hukukun üstünlüğü standartları açısından ülkemizin hâ-

50 Bu konuda ayrıca bkz. Özbudun, Ergun (2015). Turkey's Judiciary and the Drift Toward Competitive Authoritarianism, in *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs*, 50:2, 42-55.

lihazırdaki manzarasının maalesef ümit kırıcı olduğunu ortaya koymuştur. Yukarıda ayrıntılı olarak gösterildiği gibi, bugün itibarıyla Türkiye’de keyfi yönetim neredeyse tamamen hukuka bağlı yönetimin yerini almış durumdadır. Hukuk uygulaması önemli ölçüde adaletten sapmış, kayırmacılık ve dışlamanın aracı haline gelmiştir. Hukuku birçok durumda partizan siyasî amaçlar yönlendirmektedir. Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı gerçekleşmek şöyle dursun, neredeyse bir ideal olarak bile görülmez olmuştur. Mahkemeler adalet dağıtan yerler olmaktan çok iktidarın amaçlarına hizmet eden aygıtlar olarak görülmeye başlamıştır. Hukuk öngörülebilir olmaktan ve kişilere güven hissi vermekten çıkmak üzeredir. Kişilerin temel hak güvenceleri ciddi ölçülerde zayıflamıştır.

Türkiye’nin medenî ve çoğulcu-demokratik bir toplum olma arayışı ile uyuşmayan bu istenmedik görüntü, daha önce işaret edildiği gibi, elbette sadece AKP iktidarının eseri değildir. Şu var ki, hukukun üstünlüğünden ve medeniliğin göstergesi olan diğer siyasî hedeflerden belirgin bir sapmaya işaret eden bu durum AKP iktidarının son yıllarında göze batar hale gelmiştir ve bunun bir anlamı vardır. Bu anlam, AKP’nin tam da bu hedefleri gerçekleştirme vaadiyle iktidara gelmiş ve başlangıçta bu yolda gerçekten de dikkate değer adımlar atmış olmasıyla ilgilidir. Bu anlam, AKP iktidarının özgürleşme ve demokratikleşme yolundaki gidişinden son yıllarda caymış olmasının yarattığı hayal kırıklığında ve artık geleceğe ümitle bakılamaz olmasında saklıdır.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye’de hukukun üstünlüğünün ne durumda olduğu sadece bir “hak-hukuk” meselesi değildir. Bu aynı zamanda daha genel olarak bir demokrasi meselesidir. Sağlayacağı hayatî yararlar düşünülendiğinde, hukukun üstünlüğünün tesisi elbette başlı başına değerli bir siyasî amaçtır. Bununla beraber, hukukun üstünlüğü aynı zamanda istikrarlı ve pekişmiş bir demokrasinin de varlık şartıdır. Hukukun üstünlüğü -insan hakları, kuvvetler ayrılığı, denge ve denetim mekanizmaları ve özerk sivil toplum gibi diğer liberal fikir ve kurumlarla birlikte- sahici anlamda demokratik bir rejimin üzerine oturacağı zemini, böyle bir rejimin vazgeçilmez temelini oluşturur. Bu nedenle, liberal temellerin var olmadığı veya zayıf olduğu yerde demokrasinin yerleşik bir rejim haline gelmesi neredeyse imkânsızdır. Bu temeller üzerine oturmayan bir rejimin “demokrasi” olarak kalıcı olmasına imkân yoktur, eğer kalıcı olursa da bu ancak yarı-otoriteren veya yarı-demokratik bir rejim biçiminde olabilir. Demokrasinin Batı Avrupa ve Kuzey Amerika’da dünyanın başka yerlerine nispetle daha başarılı olmasının arkasında, bu ülkelerde sözkonusu liberal fikir ve kurumların tarihsel temellerinin bulunması yatmaktadır.

İşte tam da bu bağlamda, birbuçuk yüzyılı bulan bu yöndeki çabasına

Özgür
bir
toplum
için...

Özgür bir toplum için...

rağmen, Türkiye’de hukukun üstünlüğüne dayanan çoğulcu-demokratik bir rejimin bir türlü yerleşmemesi anlaşılabilir hale gelmektedir. Tarihsel mirası pek elverişli olmadığı için, Türkiye’nin yerleşik bir çoğulcu-demokratik rejime sahip olması ancak bu yönde düzenli ve istikrarlı bir şekilde çaba göstermesiyle mümkün olabilir.

Maalesef, Türkiye’de de, hukukun üstünlüğü dâhil olmak üzere, demokrasinin fikrî, kültürel ve kurumsal bileşenlerinin tarihsel temelleri maalesef zayıftır. Türkiye’nin tarihinde ne bağımsız şehirler ve belediyeler, ne merkezî otoriteyi dengeleyebilecek toprak ve din aristokrasileri ve diğer yerel güçler, ne yerleşik bir “dokunulmaz mülkiyet” düşüncesi ne de padişahı hukukla sınırlayabilen özerk hukuk otoriteleri var olmuştur. Mülkiyetin düşünce ve kurum olarak kökleşik olmadığı yerde, kendi ayakları üzerinde durabilen özerk bir toplumdaki söz edilemeyeceği gibi, devletin toplumun velinimetini haline gelmesinden de kaçınılamaz. Bizim tarihimizde devletten bağımsız bir dinî otorite de var olmadığı için “şeriat”ın egemenler için bir sınır olarak işlev görmesi de mümkün olmamıştır. Onun için, bu gelenekte devlet-toplum ilişkisi aşağıdan yukarıya değil, yukarıdan aşağıya doğru kurulmuştur. Yani, devletin toplumdaki önce geldiği, toplumun devleti değil de devletin toplumu kurduğu bir tarihsel sosyolojiyle karşı karşıyayız. Böylesi bir tarihsel arkaplana sahip olan Türkiye’nin siyasî kültürünün esas olarak devlet-merkezli ve “hikmet-i hükümetçi” olması şaşırtıcı değildir.



tarihsel arka planı bunu destekleyecek fikrî ve kurumsal temellerden büyük ölçüde yoksun olduğu için, Türkiye’de hukukun üstünlüğünün tesisi, önemli ölçüde, bu yönde samimî ve güçlü bir siyasî iradenin sürekli olarak var olmasına bağlı görünmektedir.

Maalesef, Türkiye’de de, hukukun üstünlüğü dâhil olmak üzere, demokrasinin fikrî, kültürel ve kurumsal bileşenlerinin tarihsel temelleri maalesef zayıftır. Türkiye’nin tarihinde ne bağımsız şehirler ve belediyeler, ne merkezî otoriteyi dengeleyebilecek toprak ve din aristokrasileri ve diğer yerel güçler, ne yerleşik bir “dokunulmaz mülkiyet” düşüncesi ne de padişahı hukukla sınırlayabilen özerk hukuk otoriteleri var olmuştur. Mülkiyetin düşünce ve kurum olarak kökleşik olmadığı yerde, kendi ayakları üzerinde durabilen özerk bir toplumdaki söz edilemeyeceği gibi, devletin toplumun velinimetini haline gelmesinden de kaçınılamaz. Bizim tarihimizde devletten bağımsız bir dinî otorite de var olmadığı için “şeriat”ın egemenler için bir sınır olarak işlev görmesi de mümkün olmamıştır. Onun için, bu gelenekte devlet-toplum ilişkisi aşağıdan yukarıya değil, yukarıdan aşağıya doğru kurulmuştur. Yani, devletin toplumdaki önce geldiği, toplumun devleti değil de devletin toplumu kurduğu bir tarihsel sosyolojiyle karşı karşıyayız. Böylesi bir tarihsel arkaplana sahip olan Türkiye’nin siyasî kültürünün esas olarak devlet-merkezli ve “hikmet-i hükümetçi” olması şaşırtıcı değildir.

Sonuç olarak, tarihsel arka planı bunu destekleyecek fikrî ve kurumsal temellerden büyük ölçüde yoksun olduğu için, Türkiye’de hukukun üstünlüğünün tesisi, önemli ölçüde, bu yönde samimî ve güçlü bir siyasî iradenin sürekli olarak var olmasına bağlı görünmektedir. Başka bir anlatımla, hukukun üstünlüğüyle bağdaşmayan, keyfî ve baskıcı bir yönetim Türkiye için bir kader değildir. Ayrıca, hukukun üstünlüğünün fikrî ve kurumsal temellerinin zayıflığı gerçeği karşısında, Türkiye’nin hukukun üstünlüğü konusundaki bugünkü kötü performansının sorumluluğunu tamamen AKP iktidarına yüklemek de yanlış olur. Ama öte yandan, hukukun üstünlüğünün tesisine katkı yapma yönündeki başlangıçtaki iradesinden caymakla kalmayıp, bu yöndeki gidişi son yıllarda bilinçli olarak tersine çevirmeye kalkışan iradenin sahibi de yine aynı iktidardır.

Özgür
bir
toplum
için...

Liberal Perspektif Rapor

Sayı: 2 ■ Ekim 2015



HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE TÜRKİYE

Mustafa Erdoğan



📍 Turgut Reis Caddesi.No:15/4
Mebusevleri, Çankaya / ANKARA

✉ info@ozgurlukarastirmalari.com

🌐 www.ozgurlukarastirmalari.com

☎ (312) 213 24 00

📘 ozgurlukarastirmalari

🐦 ozgurlukar

Özgür
bir
toplum
için...