



LİBERAL PERSPEKTİF RAPOR

SAYI: 18 • MART 2021



TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİ RAPORU

Ali Rıza Çoban

Activity supported by the
Canada Fund for Local Initiatives
Activité réalisée avec l'appui du
Fonds canadien d'initiatives locales

Canada



LIBERAL PERSPEKTİF RAPOR

Sayı: 18 • Mart 2021

TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİ RAPORU
Ali Rıza Çoban

© Özgürlük Araştırmaları Derneği, 2021

Bu çalışma, Kanada Büyükelçiliği tarafından desteklenmektedir. Bu çalışmadaki görüşler yazara aittir. Kanada Büyükelçiliği ve Özgürlük Araştırmaları Derneği'nin görüşlerini yansıtmaz.

Özgürlük Araştırmaları Derneği

📍 Çankaya Mah., Atatürk Bul., No: 160 D: 10 Çankaya, Ankara

☎ (312) 213 24 00 🌐 www.oad.org.tr ✉ info@oad.org.tr

f [ozgurlukarastirmalari](https://www.facebook.com/ozgurlukarastirmalari) 🐦 [ozgurlukar](https://twitter.com/ozgurlukar)



Ali Rıza Çoban

Ali Rıza Çoban, 1971 Denizli doğumludur. İlk ve orta okulu Denizli’de, liseyi İzmir Yenişehir Sağlık Meslek Lisesinde okumuştur. 1992 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesinden mezun olmuş, yüksek lisansını aynı üniversitede, doktorasını ise İngiltere’de Leeds Üniversitesi, Hukuk Fakültesinde 2002 yılında tamamlamıştır. Avukatlık stajını İzmir’de yapmış, bir süre hâkim adaylığında bulunmuştur. 1994 yılında Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine hukuk bilimleri alanında araştırma görevlisi olarak atanmıştır. Doktora sonrası Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Anayasa Hukuku Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak çalışmaya başlamış, 2008 yılında Anayasa Mahkemesinde raportör olarak görevlendirilmiştir. Bireysel başvurunun kabul edilmesi ile 2011 yılında Bölümler başraportörü olarak atanmıştır. Bireysel başvuru sisteminin kurulmasında ve hayata geçirilmesinde rol oynamıştır. 2013 yılında Anayasa Hukuku alanında doçent olmuştur. 2016 yılında Anayasa Mahkemesinden ayrılmış, 2017 yılında da KHK ile akademiden çıkarılmıştır.

Anayasa hukuku ve temel haklar alanında yayınlanmış kitapları ve makaleleri bulunmaktadır. Mülkiyet hakları, ifade özgürlüğü, anayasa yapımı ve anayasa değişiklikleri, hukuk devleti, anayasa teorisi ve anayasa yargısı özel ilgi duyduğu ve yayınlarının yoğunlaştığı alanlardır. Çeşitli üniversitelerde Anayasa Hukuku, İnsan Hakları ve Devlet Teorisi dersleri yürütmüştür.

2017 yılından itibaren sivil toplumda faaliyet yürütmektedir. İfade özgürlüğü, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı gibi alanlarda çeşitli projelerde yer almıştır.

İÇİNDEKİLER

Önsöz.....	7
1. Giriş.....	8
2. Hukuk Devletinin Tanımı ve Unsurları.....	9
3. Hukuk Devleti Kavramının Gelişimi.....	13
4. Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi.....	16
5. Hukuk Devletinin Gelişimine Etki Eden Sosyo-Ekonomik Arka Plan.....	20
6. Hukuk Devleti Kontrol Listesi.....	24
a. Kanunilik.....	25
i. Hukukun Üstünlüğü.....	25
ii. Kanuna Uygunluk.....	30
iii. Uluslararası Hukuk ile İç Hukuk arasındaki ilişki.....	34
iv. Yürütmenin kanun yapma yetkisi.....	35
v. Kanun Yapma Yöntemleri.....	38
vi. Olağanüstü Hallerde İstisnalar.....	44
vii. Kanunu Uygulama Görevi.....	46
viii. Kamu Hizmeti Veren Özel Kişiler.....	48
b. Hukuki Belirlilik.....	49
i. Kanunların Erişilebilirliği.....	50

ii. Mahkeme Kararlarına Erişim.....	50
iii. Kanunların Öngörülebilirliği.....	51
iv. Hukukun İstikrarlı ve Tutarlı Olması.....	54
v. Meşru Beklentiler.....	55
vi. Geriye Yürümezlik.....	57
vii. ‘Kanunsuz Suç Olmaz’ ve ‘Kanunsuz Ceza Olmaz’ İlkeleri.....	58
viii.Kesin Hüküm (Res Judicata).....	58
c. Yetkinin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi.....	59
d. Hukuk Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı.....	63
e. Adalete Erişim.....	67
i. Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı.....	67
ii. Adil Yargılanma.....	84
iii. Anayasa Yargısı.....	89
7. Sonuç.....	94
Ekler.....	95

ÖNSÖZ

Bu raporda hukuk devleti ilke ve unsurlarına uyum bakımından Türkiye'nin güncel durumu ele alınacaktır. Önce hukuk devletinin kavramsal çerçevesi ve tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Daha sonra Türkiye'deki durum değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede hukuk devleti unsurları açısından ölçüt olarak Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan Hukuk Devleti Kontrol Listesi referans alınacaktır. Bu listede yer alan unsurlar önce kısaca açıklanacak daha sonra ilgili unsur bakımından Türkiye'nin durumu değerlendirilecektir. Güncel durumun değerlendirilmesinde ise önce mevcut yasa ve uygulamalar dikkate alınacak, daha sonra da Özgürlük Araştırmaları Derneğinin hukuk uygulayıcılarına yönelik olarak gerçekleştirdiği Çevrimiçi Hukuk Devleti Akademisi eğitimine katılanlarla yapılan anketlerden elde edilen sonuçlar belirtilecektir.

Hemen ifade etmek gerekir ki yapılan anketin bilimsel yöntemlere uyularak, güvenilirlik testlerinin yapıldığı ve ölçme kalitesinin test edildiği şeklinde bir iddiamız yoktur. Aynı şekilde ankete katılanların bilimsel bir örneklem metoduyla seçilmediğini de belirtmemiz gerekir. Etkinlik, derneğin sosyal medya hesaplarından duyurulmuş ve kampanyası yapılmıştır. Çevrimiçi Hukuk Devleti Akademisine katılmak isteyen ve bu amaçla derneğe başvuranlara anket yapılmıştır. Bu şekilde ankete 720 kişi katılmıştır. Katılanların çok büyük bir çoğunluğu genç avukatlar ve hukuk fakültesi öğrencileridir. Türkiye'nin her tarafından katılım gerçekleşmiştir.

Ankette yer alan 21 soru, hukuk devletinin farklı unsurları bakımından Türkiye'deki duruma ilişkin olarak katılımcıların algısını ölçmeye yöneliktir. Bu nedenle anket ile amaçlanan ülkenin hukuk devleti karnesi hakkında

Hukuk devleti, günümüzde bir siyasal sistemin sahip olması gereken temel niteliklerden birisi olarak kabul edilmektedir. Hem ulusal hem de uluslararası düzeyde hukuk devletine uyum devletlerin gelişmişlik düzeyinin bir göstergesi olarak ele alınmaktadır.

genel bir ölçüm yapmak değil, her soru ile ilgili olarak katılımcıların kanaatini öğrenmektir. Dolayısıyla anketten genel sonuçlar çıkarılamasa ve Türkiye'nin hukuk devleti notu 100 puan üzerinden X'tir gibi kesin bir yargı belirtilemese de ilgili sorunlar bakımından ülkenin durumuna ilişkin ciddi bir fikir verdiği açıktır. Bu nedenle anket sonuçları ülkedeki yasal durum ve uygulamaya ilişkin gözlemleri destekleyici bir unsur olarak raporda yer almaktadır.

Önce hukuk devletinin kavramsal çerçevesi ve Türkiye'de gelişimine ilişkin hususlar ele alınacak, daha sonra güncel durum değerlendirilecektir.

1. GİRİŞ

Hukuk devleti evrensel geçerliliği olan bir kavramdır. Hukuk devleti, günümüzde bir siyasal sistemin sahip olması gereken temel niteliklerden birisi olarak kabul edilmektedir. Hem ulusal hem de uluslararası düzeyde hukuk devletine uyum devletlerin gelişmişlik düzeyinin bir göstergesi olarak ele alınmaktadır. Uluslararası ve ulusal alanda hukuk devletine uyma ve onu uygulama ihtiyacının varlığı, 2005 Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi'nde bütün Birleşmiş Milletler Üye Devletleri tarafından kabul edilmiştir.¹ Aynı şekilde uluslararası örgütler hukuk devletini gerçekleştirmeyi temel amaçlarından biri olarak belirlemekte ve bir devletin kendilerine üyeliğinin ön koşulu olarak bu kavrama atıf yapmaktadırlar. Hukuk devleti Avrupa Konseyinin kurucu değerlerinden biri olup, Avrupa Konseyi Statü'sünün 3. maddesine göre hukuk devleti ilkesine uyulması Konseyin üyesi olmak için önkoşuldur. Aynı şekilde Avrupa Birliği Antlaşması'nın giriş kısmında ve ikinci maddesinde hukuk devleti, üye devletler ve Avrupa Birliği arasında paylaşılan kurucu değerlerden biri olarak ifade edilmiştir. Uluslararası ilişkilerde hukuk devletine bağlılık bir temel nirengi noktası olduğu gibi, ülke içinde de iktidarın hukuk devleti gereklerine ne ölçüde uyduğu en önemli politika araçlarından biri olarak işlev görmektedir. Dolayısıyla demokrasi ve insan hakları ile birlikte hukuk devleti modern politikanın en temel ahlaki ölçütü olarak işlev görmektedir.

Ülkemizde de 1961 Anayasasından itibaren hukuk devleti anayasal bir temel ilke olarak tanınmış ve politik jargona hâkim olmuş olmakla birlikte uygulamada ne derece uyulduğu temel bir sorun olarak kalmaya devam

¹ 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, para.119, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf

etmiştir. Özellikle son yıllarda idari ve yargısal pratikte hukuk devleti ilkesi giderek önemini kaybetmiş görünmektedir. Bazen de ilkeyi kökünden reddeden söylem ve uygulamaların hukuk devleti adına savunulduğuna rastlanmaktadır. Kavrama en fazla zarar veren uygulamaları gerçekleştirenlerin kavramı dillerinden düşürmemesi ve hukuk devleti nutukları atmaları ise ancak kavramın trajedisi olarak kavranabilir.

2. HUKUK DEVLETİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Hukuk devleti kavramı, geliştiği politik ve kültürel koşullara göre farklı ülkelerde farklı anlamlar taşısa da özünde siyasal gücü elinde bulunduranların keyfi tercihleri doğrultusunda değil, hukuka uygun olarak yönetmesi gereğini ifade etmektedir. Yönetimi hukuka uydurmanın arkasında yatan temel saik ise birey hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır. Sınırlı devlet idealini doktriner bir çerçevede savunan anayasacılık düşüncesinin temel unsurlarından biri olan hukuk devleti, anayasacılık düşüncesinin diğer unsurları olan kuvvetler ayrılığının tesis edilmiş ve temel insan haklarının güvence altına alınmış olması gerekleriyle de çok yakından ilgilidir ve çoğunlukla da iç içe geçmiş durumdadır. Bir taraftan hukuk ve devlet ilişkisinin karmaşıklığı, diğer taraftan diğer kavramlarla iç içe geçmiş olması nedeniyle hukuk devletinin tanımı konusunda çok farklı yaklaşımların olduğu göze çarpmaktadır.

Devletin hukukla bağlılığı düşüncesi özünde hukukun, devletin dışında mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır (Birey haklarını güvence altına alan ve akıl yoluyla keşfedilen devletten bağımsız bir hukuk anlayışı). Ancak devletin ve hukukun kaynağının devleti oluşturan bireylerin iradeleri olduğu (halk ya da millet egemenliği) anlayışı hukuk ve devlet arasındaki ilişkiyi dönüştürmüş ve daha karmaşık bir hale getirmiştir. Hans Kelsen gibi düşünürler, devlet ile hukuku özdeşleştirirken bir taraftan da hukuku devletin türevi haline getirmişlerdir. Hukuk bir anlamda devlet tarafından üretilen kurallar bütünü olarak tanımlanınca, devletin hukukla bağlılığı da devletin kendi kendini bağlaması, bir tür öz sınırlama olarak algılanmaya müsait hale gelmiştir. Başlangıçta, halkın temsilcilerinin iradesi olan hukuk anlayışının birey haklarını korumada yeterli olacağı (Rousseau) düşünülmüş ise de kısa sürede bu varsayımın gerçekçi olmadığı görülmüştür. Ancak hukuku irade ürünü olarak tanımlayan pozitivist yaklaşımın etkisiyle, yasa koyucunun iradesini bağlayan ahlaki ilkeler (haklar) bulunduğu tezi reddedilse de hukuk kavramının doğasından kaynaklanan bazı yapısal,

Sınırlı devlet idealini doktriner bir çerçevede savunan anayasacılık düşüncesinin temel unsurlarından biri olan hukuk devleti, anayasacılık düşüncesinin diğer unsurları olan kuvvetler ayrılığının tesis edilmiş ve temel insan haklarının güvence altına alınmış olması gerekleriyle de çok yakından ilgilidir ve çoğunlukla da iç içe geçmiş durumdadır.

şekli ölçütleri karşılaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu çerçevede hukuk kurallarının, genel, soyut, geleceğe dönük ve birbiriyle tutarlı olması gerektiği düşüncesi hukuk devleti anlayışına eklenmiş ve bir hukuk devletinde hukukun asgari olarak bu yapısal niteliklere sahip olması gerektiği ileri sürülmüştür². Salt yapısal niteliklerin birey haklarını korumaya yetmeyeceğini ileri süren düşünürler hukuk devletine uygunluktan söz edebilmek için kanunların asgari bir maddi içeriğe de sahip olması gerektiğini iddia etmişlerdir. Buna göre kanunların bireysel temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi gerekir.

Diğer taraftan bazı düşünürler hukuk devletini salt olarak hukukun niteliğine indirgemenin doğru olmadığını, kanunlar belirtilen niteliklere sahip olsa bile, bu nitelikteki kanunların varlığının tek başına birey haklarını güvence altına almaya yetmeyeceğini ileri sürmüşler ve bu kanunların uygulanmasını güvence altına alacak kurumsal güvencelere de ihtiyaç olduğunu savunmuşlardır. Bu çerçevede, öncelikle kanunların anayasalarca korunan temel hakları ihlal etmemesi için anayasallık denetimine yer verilmesi, hukuk devleti açısından gerekli bir kurumsal güvence olarak düşünülmüştür. Diğer taraftan devlet aygıtının kanunlara uygun davranmasını güvence altına almak üzere idarenin yargısal denetiminin kaçınılmaz olduğu ileri sürülmüştür. Son olarak, hem anayasallık denetiminin hem de idarenin yargısal denetiminin gerçek anlamda işlevsel olabilmesi ve geniş anlamda da hukuk kurallarının bütün bireylere eşit olarak uygulanmasının ancak yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının güvence altına alınmasıyla mümkün olacağını ileri süren düşünürler, bunu hukuk devletinin temel önkoşullarından biri olarak ele almışlardır.

Yukarıda söylenen görüşlerin her biri hukuk devletine ilişkin farklı bir anlayışa işaret etse de günümüzde genel olarak hukuk devleti denildiğinde bu unsurların tamamını kapsayan bir paket akla gelmektedir. Nitekim 2011 yılında hukuk devleti üzerine kapsamlı bir rapor yayınlayan Venedik Komisyonu, bu raporda hukuk devletinin asgari olarak altı unsuru bulundu-

2 Lon Fuller, *The Morality of Law*, (Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1964); Joseph Raz, *"The Rule of Law and Its Virtue"*, in *Authority of Law: Essays on Law and Morality*, (OUP, Oxford, 1979); Jeremy Waldron, *"The Concept and Rule of Law"*, NYU, School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper No. 08-50 (2008) <http://ssrn.com/abstract=1273005>; Brian Tamanaha, *"A Concise Guide to The Rule of Law"* St. JU, SL, Legal Studies Research Paper Series Paper #07-0082, (2007), <http://ssrn.com/abstract=1012051>.

ğuna işaret etmiştir. Bunlar, hukukilik (kanunların şeffaf, hesap verebilir ve demokratik bir süreçle yapılması dâhil), hukuki belirlilik, keyfiliğin yasaklanması, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adalete erişim (idarenin yargısal denetimi dâhil), insan haklarına saygı ve ayrımcılığın yasaklanması ve kanun önünde eşitlik olarak belirtilmiştir.³ Görüldüğü gibi bu unsurlar bir taraftan demokratik bir süreçle yapılmış kanunlara uygunluğu kapsarken diğer taraftan bu kuralların bazı temel yapısal nitelikleri de taşımasını, kuralların belirli ve öngörülebilir olmasını da içermektedir. Ancak rapor bununla yetinmemekte, aynı zamanda hukukun içeriğinin de insan haklarına saygılı olması gereğini kavramın kapsamı içine almaktadır. Hukukun niteliğine ilişkin bu gerekliliklerin yanı sıra hukukun uygulama koşullarının da önemi vurgulanmış ve hukukun ayrımcı ve keyfi uygulamasını engellemek için idarenin yargı denetimine tabi olması ve bireylerin bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adalete erişim imkânına sahip olması da temel gerekler arasında sayılmıştır.

Elbette bu tanımın çok muğlak olduğu ve bağımsız başka pek çok değeri de hukuk devleti kavramı içine almakla, kavramın içeriğini aşırı genişlettiği, hatta içeriğini boşalttığı eleştirileri getirilebilir. Ne var ki, anayasacılığın gereklerine uygun işleyen bir siyasal sistemin kaçınılmaz olarak demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti kavramlarını sentezleyerek ve uyumlaştırarak ahenkli bir şekilde uygulamaya geçirmesi kaçınılmazdır. Bu kavramların ahlaki meşruiyeti konusunda bazı kuşklar dile getirilmiş olsa da yukarıda belirtildiği gibi bu kavramların değeri konusunda dünyada genel bir uzlaşma olduğu görülmektedir. Bu nedenle, tartışmayı kavramın içeriğinden ziyade uygulama koşullarına yöneltmek daha işlevsel olacaktır.

Diğer taraftan günümüzde anayasal demokrasiyle yönetilen ülkeler açısından hukuk devleti kavramı yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile özdeşleşmiştir denilebilir. Daha doğrusu, temel hak ve özgürlükler yazılı anayasalar tarafından güvence altına alınmış, serbest seçimler yoluyla oluşan parlamentolarca demokratik usullere göre çıkarılan kanunların anayasaya uygunluğu yargısal denetime tabi tutulmuş ve idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu öngörülmüşse de -ki anayasal demokrasi olarak nitelendirilebilecek bütün ülkelerde aşağı yukarı bu koşullar sağlanmıştır- hukuk

Günümüzde anayasal demokrasiyle yönetilen ülkeler açısından hukuk devleti kavramı yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile özdeşleşmiştir denilebilir.

³ Venice Commission, Report on The Rule of Law, (CDL-AD(2011)003rev) adopted by Venice Commission at its 86th plenary session on 25-26 March 2011, para.41. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e)

Son yıllarda dünya hızlı bir otoriterleşme dalgasına kapılmış durumdadır. 1990'larda yaşanan demokratikleşme dalgası, 11 Eylül 2001 tarihinde ABD'de gerçekleştirilen terör saldırılarının ardından tersine dönmüş ve güvenlikçi politikalar ön plana çıkmaya başlamıştır.

devletinin bütün bu unsurlarının işlevselliği yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığının güvence altına alınıp alınmadığına bağlı hale getirilmiştir. Dolayısıyla diğer unsurlar bakımından sistem önemli ölçüde hukuk devletinin gereklerine uyumlu hale gelmiştir denilebilir. Ancak bu unsurların kendinden beklenen işlevi görmesi, temel hak ve özgürlükleri koruyan anayasal ve yasal hükümlerin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce, herkese eşit bir şekilde uygulanmasına bağlıdır⁴. Yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı güvence altına alınırsa tekil sorunlar ve ihlaller yaşanabilirse de bu sorunların sistem içinde çözülmesi ve ihlallerin giderilmesi mümkün olacaktır. Elbette bu söylenenler yalnızca anayasal demokrasi olarak nitelenebilecek ülkeler açısından geçerlidir ve dünyadaki ülkelerin çok azı bu nitelemeyi hak etmektedir. Anayasal demokrasi, hatta demokrasi olarak nitelendirilemeyecek ülkeler açısından elbette hukuk devletine ilişkin sorunlar çok daha derin ve kapsamlıdır. Bu ülkelerin pek çoğunda hukukilik konusunda daha büyük problemlerle karşılaşmaktadır. Yani kanunların niteliğine ilişkin sorunlara gelmeden önce, var olan iyi ya da kötü kanunlar bile uygulanmamakta, ya da seçici ve keyfi bir şekilde uygulanarak yönetimde keyfilik hâkim olmaktadır. Elbette bu ülkelerde de keyfi yönetimin tesisinde ve sürdürülmesinde yargının tarafsız ve bağımsız olmamasının büyük rolü vardır, ancak tek sorun bundan ibaret değildir.

Ancak son yıllarda dünya hızlı bir otoriterleşme dalgasına kapılmış durumdadır. 1990'larda yaşanan demokratikleşme dalgası, 11 Eylül 2001 tarihinde ABD'de gerçekleştirilen terör saldırılarının ardından tersine dönmüş ve güvenlikçi politikalar ön plana çıkmaya başlamıştır. Terörü bahane ederek uluslararası politik çıkarlarını geliştirmek isteyen ülkeler ve liderler, sorunu olduğundan daha büyük göstererek devlet yetkilerini sivil özgürlükler aleyhine genişleten yasalar çıkarmışlardır. 2008 finansal krizinin doğurduğu ekonomik sıkıntılar ve Arap baharının neden olduğu çatışmalarla tetiklenen göç dalgası, batı dünyasında milliyetçi hassasiyetleri artırmış ve popülist parti ve liderlere desteği yükseltmiştir. Polonya ve Macaristan gibi bazı ülkelerde popülist partiler ve liderler iktidara gelmiştir. Bu popülist dalga yürütmenin yetkilerinin diğer organlar ve kurumlar aleyhine artırılması ile sonuçlanmaktadır. Bir taraftan örgütlenme ve ifade özgürlükleri daha fazla kısıtlanmakta, basın ve sivil toplum üzerindeki iktidar baskısı ve kontrolü artırılmaktadır. Diğer taraftan da yasama organının etkinliği

⁴ Bkz. Martin Loughlin, The Foundations of Public Law, (OUP, Oxford, 2010) s.265-287

zayıflatılmakta, özellikle muhalefetin hem yasama süreçlerindeki etkinliği hem de hükümet icraatları üzerindeki siyasi denetimi zayıflatılmaktadır. Bağımsız kurumlar ya kapatılmakta ya da bağımsızlıkları ortadan kaldırılarak işlevsizleştirilmektedir. Son olarak ve belki de yukarıda belirtilenlerin hepsinden daha önemli ve tehlikeli bir şekilde yargının bağımsızlığı zayıflatılmakta, hatta ortadan kaldırılmaktadır. Bu şekilde yargı bir denge ve denetleme aracı olmaktan çıkarılarak yürütmenin baskı aracına dönüşmektedir. Alexander Hamilton tarafından 78 Nolu Federalist Papers'da "en az tehlikeli kuvvet" ya da "en zayıf kuvvet" olarak tanımlanan yargı, bu şekilde en tehlikeli aygıt haline gelmektedir. Otoriter rejimlerde yargının işlevi yürütmenin gücünü sınırlamak yerine, temel hakları sınırlama ve otoriteyi meşrulaştırma rolüne dönüşmektedir.⁵ Ginsburg ve Moustafa, otoriter devletlerde genellikle hukukun ve mahkemelerin dört farklı işlev gördüğünü belirtmişlerdir. Buna göre otoriter liderler yargıyı (1) sosyal kontrol kurma ve siyasi muhalifleri ekarte etme, (2) rejimin meşruiyetini sağlama, (3) idarenin devletin bürokratik işleyişine uymasını sağlama ve (4) ticaret ve yatırımları geliştirme amaçlarıyla kullanırlar.⁶

3. HUKUK DEVLETİ KAVRAMININ GELİŞİMİ

Hukuk devleti kavramı özünde, yönetimde keyfiliğin ortadan kaldırılarak yöneticilerin hukuka uygun hareket etmesini zorlayacak kurumsal güvencelerin tesisi yoluyla birey haklarına saygılı bir siyasal sistemin hayata geçirilmesini amaçlamakla birlikte bunun nasıl gerçekleştirileceği her ülkenin kendi tarihsel koşullarına bağlı olarak farklı bir hikâye ve farklı bir içerikle ortaya çıktığı görülmektedir.

İngiltere'de hukuk devleti (*rule of law*) kavramı, kişi özgürlüklerinin yürütmeye karşı yargı yoluyla korunması şeklinde gelişmiştir. Common law sisteminin kendine has niteliği gereği İngiltere'de yargı sadece hukukun uygulayıcısı değil, aynı zamanda yargı geleneği içinde emsal kararlar yoluyla hukuki ilkeleri akıl yoluyla keşfeden dolayısıyla hukukun yaratıcısı konumunda yer almaktadır. Bu nedenle *rule of law* kavramı yargıcın gelenek içinde akıl yoluyla keşfettiği hukuki ilkelerin hâkimiyeti anlamına gelmektedir. Elbette İngiltere'de hukuk deyince salt common law anlaşılmamakta,

⁵ Peter H. Solomon, Law and Courts in Authoritarian States, In: James D. Wright (editor-in-chief), International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2nd edition, Vol 13. (Oxford, Elsevier 2015) s.427.

⁶ Tom Ginsburg and Tamir Moustafa, Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes, (CUP, 2008), s. 4-10.

Bu yönüyle bakıldığında mutlakiyetçi devlet anlayışına karşı geliştirilen *rechtsstaat* kavramı yukarıda da belirtildiği gibi yasama organına güveni esas almaktadır ve yürütme ve yargıya karşı birey haklarının ancak halkın demokratik tercihleriyle oluşan parlamentonun çıkardığı kanunlar yoluyla korunacağı varsayımına dayanmaktadır.

halkın temsilcilerinden oluşan parlamento tarafından yapılan mevzu hukuk (*statutory law*) da common law ile birlikte ve yan yana yer almaktadır. Parlamentonun hâkimiyeti ilkesiyle hukukun hâkimiyeti ilkesi birbirini tamamlayan iki ilke olarak İngiliz anayasa hukukunun temelini oluşturmaktadır. Kavramın bu temel algılanışı meşhur anayasa hukukçusu A. V. Dicey ile özdeşleşmiştir⁷.

Kavramın Almanca muadili olan *rechtsstaat* (hukuk devleti) kavramı ise kişi özgürlüklerinin yasama yoluyla yürütmeye karşı korunması şeklinde gelişmiştir. Kavramın fikir babasının, kendisi kavramı hiç kullanmamış olmakla birlikte Kant olduğu ifade edilmektedir⁸. Kant, Devlet Teorisi adlı eserinde devleti adalet ilkelerine göre bir araya gelmiş bireylerin birliği olarak tanımlamış ve hukuka uygun bir devletin kaçınılmaz olarak akli hukuka, yani toplumdaki her bireyin eşitliği, özgürlüğü ve kişisel otonomisi ilkelerine dayanan hukuka, göre yöneten devlet anlamına geleceğini ileri sürmüştür. Kant'ın bu fikirleri daha sonra hukuk devleti kavramını savunanların temel dayanağı olmuştur. Kavram özünde siyasal sistemin bireylerin özgürlüklerini korumak üzere tasarlanması gereği olarak savunulmuştur.

Ancak 1848 liberal devriminin başarısız olmasından sonra birey haklarının güvence altına alınmasını devletin kendi hukukuna uymasında gören anlayış hukuk devletini şu üç unsur ile tanımlamıştır: devletin kendi kendini sınırlaması tezi (egemen devleti sınırlayan hiçbir dış faktör yoktur, tek sınır halkın ya da toplumun etkisiyle devletin kendi kendini sınırlamasıdır), sübjektif haklar (hakların kaynağı egemen devletin yasama organı vasıtasıyla çıkardığı kanunlardır ve bu şekilde ortaya çıkan bireysel haklar devletin hareket alanını sınırlandırır) ve hukukun üstünlüğü (soyut, genel ve geleceğe etkili kanunlara yürütme ve yargı organı tarafından titizlikle saygı gösterilmeli ve uygulanmalıdır)⁹. Bu üç unsurdan oluşan hukuk devleti anlayışı özünde kendi yasama organının çıkardığı kanunlara titizlikle uyan devlet anlamına gelmektedir. Bu yönüyle bakıldığında mutlakiyetçi devlet anlayışına karşı geliştirilen *rechtsstaat* kavramı yukarıda da belirtildiği gibi yasama organına güveni esas almaktadır ve yürütme ve yargıya karşı bi-

7 Bkz. Albert Vincent Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, (London, Macmillan, 1959).

8 Ricardo Gosalbo-Bono, "The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States", *University of Pittsburgh Law Review*, (2010)Vol. 72, s. 241.

9 Ibid., s. 242.

rey haklarının ancak halkın demokratik tercihleriyle oluşan parlamentonun çıkardığı kanunlar yoluyla korunacağı varsayımına dayanmaktadır.¹⁰

Fransa'da hukuk devleti kavramı (*Etat de Droit*) diğer ülkelerle karşılaştırıldığında nispeten yeni bir kavram olarak ortaya çıkmış gibi gözükmemektedir. Her ne kadar anayasacılık düşüncesi 1789 devrimiyle Fransa'da kabul görmüş ve İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesinde insan haklarını güvence altına almayan ve kuvvetler ayrılığını kurumsallaştırmayan bir ülkenin gerçek bir anayasasının olmayacağı hüküm altına alınmış ise de hukuk devleti teriminin bu ülkede kullanımı ancak 20. yüzyılda yaygınlık kazanmıştır. Hukuk devleti kavramının Fransız tarihinde yer almamasının nedeni, ulus, devlet ve cumhuriyet kavramlarının bu kavramın ifade ettiği fikirleri karşılaması olarak gösterilmiştir. Ulus kavramı egemenliğin monarktan halka geçişini sembolize eden bir kavram olup egemenliğin sahibi olan soyut varlığa işaret etmektedir. Cumhuriyet ise egemen halkın kendi kendini yönetmesini ifade etmektedir. Ancak bu kavram aynı zamanda devrimin ortaya çıkardığı özgürlük, eşitlik ve dayanışma gibi değerleri de bünyesinde barındırmaktadır. Devlet kavramı ise siyasi gücün hukuka tabi olmasını ima etmektedir. Montesquieu devleti "hukukla yönetilen toplum" olarak tanımlamıştır. Bu nedenle hukuku olmayan ya da hukuka uymayan devlet düşünülemeyeceğinden ve tamamen keyfi bir şekilde yönetilen topluma devlet denilemeyeceğinden, hukuk devleti (*Etat de Droit*) kavramı Fransızlara anlamsız gelmiştir¹¹. Diğer taraftan Fransa'da istikrarlı bir anayasacılığın olmaması ve devrimden sonra on beş yıl içinde beş farklı anayasa yapılmış ve her birinde birbirinden tamamen farklı siyasal rejimlerin benimsenmiş olması da hukuk devleti kavramının bu ülkenin tarihinde yer almamasının başka bir nedenini oluşturduğu ileri sürülmüştür. Ancak en önemli nedenlerden birinin Fransa'da temel hakların güvencesi olarak kanun kavramına atıf yapılması ve yargıya güvensizlik olduğu belirtilebilir¹². Yargının, klasik aristokrasinin temsilcisi olması nedeniyle kanunların yargısal denetimi gibi bir konu hiç gündeme gelmemiştir. Montesquieu da yargıçlara, sadece kanunların dili olma rolü vererek bu güvensizliğin işaretini vermiştir. Bunun sonucu olarak Fransa'da İngiltere'deki gibi yargı yoluyla korunan birey hakları anlamında bir hukuk devleti anlayışı gelişmemiştir. Kanunun Rousseau'nun deyiimiyle ulusun genel iradesi olarak

¹⁰ Venice Commisison, (CDL-AD(2011)003rev), para.13.

¹¹ Ricardo Gosálbo-Bono, op. Cit 5., s.247.

¹² Ibid, s.248.

1961 ve 1982 Anayasaları hukuk devletini cumhuriyetin temel nitelikleri arasında saymış ve yazılı anayasa düzeyinde hukuk devletinin gereklerine büyük ölçüde uyumlu hükümler içermişlerdir. Ancak bu dönemlerde de yazılı anayasaların öngördüğü kurumsal çerçeve, hukuk devletinin gündelik siyasi ve idari pratiğe hâkim bir ilke olarak işlev görmesine uygun olmadığından bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuki güvence altında olduğu özgür bir ülke nitelemesini hak eden bir pratik geliştirilememiştir.

algılanması birey haklarının kanun koyucuya karşı da korunması gerektiği fikriyle örtüşmemektedir.

Ancak üçüncü Cumhuriyet döneminde yirminci yüzyılın başında Amerikan ve Alman deneyimlerinden etkilenen bazı düşünürler parlamentonun mutlak üstünlüğü fikrini tartışmaya açmışlar ve birey haklarının keyfi müdahalelere karşı korunması için devletin kendi kendini sınırlaması gereğine işaret etmişlerdir. Hukuk devleti kavramının Fransa'da kullanılmasının öncülüğünü yapan R. Carré de Malberg kurucu iktidar-kurulu iktidar kavramları çerçevesinde anayasa ile olağan kanun arasında kesin bir ayırım yaparak, yasamanın keyfi işlemlerine karşı birey haklarını korumak için kanunların anayasal denetimine ihtiyaç olduğunu savunmuştur. Pozitivist kanun devleti (*Etat legal*) anlayışından kopuşu simgeleyen bu yaklaşım yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren Fransa'da güç kazanmaya başlamıştır. Dolayısıyla Fransa'da hukuk devleti, birey haklarının anayasa yargısı yoluyla yasama organına karşı korunması anlamına gelmektedir¹³.

4. TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ

Türkiye'de hukuk devleti kavramının tarihi çok eski değildir. Ancak kavramın işaret ettiği düşüncenin temellerinin çok eskiye uzandığı söylenebilir. Yöneticilerin keyfi davranmaması ve adaletle hükmetmesi fikri elbette toplum kadar eskidir. Ancak idarecilerin hukukla sınırlandırılmasını kurumsal güvencelerle garanti altına alan yaygın bir düşünce ve uygulamadan söz edebilmek için anayasacılık düşüncesinin gelişimine bakmak gerekmektedir. 1808 Sened-i İttifakıyla başlatılan anayasacılık hareketleri Osmanlı döneminde bazı önemli adımlar atılmış olmasına karşın gerçek anlamda bir sınırlı devlet uygulamasına olanak tanımamıştır¹⁴. Cumhuriyet döneminde de 1924 Anayasası hukuk devleti kavramını içermemekle birlikte özü itibarıyla liberal anayasacılık geleneğiyle büyük ölçüde uyumlu düzenlemeler içermesine karşın, yeterli kurumsal güvenceler içermediğinden sınırlı devlet anlayışına ve hukuk devleti gereklerine uygun bir uygulamaya imkân vermemiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları hukuk devletini cumhuriyetin temel nitelikleri arasında saymış ve yazılı anayasa düzeyinde hukuk devletinin gereklerine büyük ölçüde uyumlu hükümler içermişlerdir. Ancak bu dönemlerde de yazılı anayasaların öngördüğü kurumsal çerçeve, hukuk

¹³ Venice Commisison, (CDL-AD(2011)003rev), para.14.

¹⁴ İbrahim Kaboğlu, "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", Hayrettin Ökçesiz (der.) Hukuk Devleti, (AFA yayınları 4, İstanbul, 1998) s. 97 vd.

devletinin gündelik siyasi ve idari pratiğe hâkim bir ilke olarak işlev görmesine uygun olmadığından bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuki güvence altında olduğu özgür bir ülke nitelemesini hak eden bir pratik geliştirilememiştir.

Hukuk devleti kavramı ilk olarak 1961 Anayasası ile normatif olarak tanınmakla birlikte kavramın Türkçede kullanımı daha eskiye dayanmaktadır. Kavramın Türkiye’de ilk kez Sıddık Sami Onar’ın 1938 yılında yayınlanan “İdare Hukukunun Umumi Esasları” kitabında yer aldığı ifade edilmektedir¹⁵. Önce idare hukuku alanında kullanım alanı bulan kavram daha sonra kamu hukuku ve anayasa hukuku alanında da ilgi görmeye başlamıştır. 1950’li yıllarda Danıştay bazı kararlarında bu kavrama yer vermiştir. Kavram, özellikle 1950’li yılların ikinci yarısında gündelik politik tartışmaların temel sloganlarından birisi haline gelmiş, parti programlarına girmiştir¹⁶. 1957 yılında ABD’de sunulan bir tebliğde Türkiye’de hukuk devletinin üç ilkeyi kapsadığı ifade edilmiştir. Bu ilkeler, idarenin kanuniliği, yargısal denetimi ve yargıç bağımsızlığı olarak belirtilmiş, ayrıca kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile hukuk devleti arasında yakın bir bağ görüldüğüne dikkat çekilmiştir¹⁷.

Hukuk devleti kavramına 1950’li yıllarda Demokrat Parti iktidarının bazı kanun ve uygulamalarına karşı başvurulduğu; keyfi sayılabilecek uygulamalar karşısında yargının ve siyasetin tepkisi olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu dönemde kavramın Cumhuriyet Halk Partisi ve Hürriyet Partisinin programlarına girmesi de tesadüfi değildir. Bu programlarda hukuk devleti ile yargı bağımsızlığı, yargı kararlarına uyulması ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi arasında ilişki kurularak kavrama yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla Türkiye’de hukuk devleti kavramının ortaya çıkmasında çoğunluk iktidarının işlemlerine karşı yargının korumasına sığınma düşüncesinin önemli bir rol oynadığı söylenebilir.

1960 askeri darbesinin ardından hazırlanan 1961 Anayasası’nın 2. maddesinde hukuk devleti, cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olarak yer al-

Türkiye’de hukuk devleti kavramının ortaya çıkmasında çoğunluk iktidarının işlemlerine karşı yargının korumasına sığınma düşüncesinin önemli bir rol oynadığı söylenebilir.

¹⁵ Bkz. Ali KUYAKSİL, Ali Altunbaş, “Türklerde Hukuk Devleti Anlayışının Tarihsel Gelişimi”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl/Year: 2012 Cilt/Volume: 9 Sayı/Issue: 19, s. 19. (İlgili kitabın 1938 baskısına tarafımızdan ulaşılamadığından kontrol etme imkânı olmamıştır)

¹⁶ Bkz. Tahsin Bekir Balta, Hüseyin Nail Kubalı “Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Cilt: 15 Sayı: 3 Yayın Tarihi: 1960, s. 1-10

¹⁷ Ibid. s. 3.

mıştır. Elbette kavramın Anayasada bu derece önemli bir yer edinmesinde Anayasayı hazırlayanların 1950-60 arasında yaşananlara duyduğu tepkinin de ciddi bir rolü olduğu yadsınamaz. Bu tarihten sonra kavram, hem idari yargı hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında sürekli vurgulanmış ve tekrarlanmıştır.

1961 Anayasasının öngördüğü kurumsal yapının, özünde sınırlı devlet idealiyle uygun, dolayısıyla denge ve denetlemeye elverişli bir sistem olduğu söylenebilir. Bu çerçevede kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini yapmak üzere Anayasa Mahkemesi tesis edilmiş, yargı bağımsızlığını güvence altına almak üzere Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu oluşturulmuş, idarenin eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi tutulmuş, kanunların demokratik bir müzakere sonucunda çıkarılmasını güvence altına almak üzere hem iki meclisli bir parlamento öngörülmüş hem de parti çoğulculuğuna izin verecek şekilde seçim sistemi çoğunluk sisteminden nispi temsile döndürülmüştür. Bunun yanı sıra, idari açıdan önem taşıyan TRT ve Üniversiteler gibi bazı kurumlar özerkliğe kavuşturulmuştur. Böylece parlamento çoğunluğunu elde eden bir partinin bütün devlet organlarına hâkim olması önlenerek denge ve denetim olanağı öngörülmüştür.

Ne var ki, bu kurumsal yapı işlemeye başlamadan önce yargı ve orduda geniş kapsamlı tasfiyeler yapılarak bu kurumların uzun süre darbeyi yapan Kemalist elitlerin kontrolünde kalması teminat altına alınmaya çalışılmıştır. Bu Anayasanın 20 yıllık uygulanması sürecinde ülkede çoğulcu demokratik bir rejimin yerleşmesi mümkün olmamış, pek çok darbe teşebbüsü ve 12 Mart 1971 muhtırası gibi müdahalelerle ülkede siyaset vesayet altında tutulmaya çalışılmıştır. Yargı organlarının vesayet düzeninde oynadığı rol ve bu rolün icrasında sıklıkla hukuk devleti kavramına başvurulması nedeniyle bazı çevrelerin bu kavrama kuşkuyla yaklaşmasına neden olduğu da söylenebilir.

Benzer bir durum 1982 Anayasası dönemi açısından da söz konusudur. 1982 Anayasası daha katı bir vesayet düzeni öngörmüştür. Demokratik çoğulculuk ve denge-denetleme sistemi yerine Kemalist elitlerin kontrolünde bir ordu, yargı, üniversite ve medya düzeni ile politik sistemi kontrol altında tutma girişiminin merkezine Cumhurbaşkanlığı makamı yerleştirilmiştir. Cumhurbaşkanıya tanınan yetkiler yoluyla özellikle yüksek yargının ve üniversitelerin uzun süre kontrol altında tutulması hedeflenmiştir. Darbenin lideri Orgeneral Kenan Evren'in Cumhurbaşkanı olacağı ve bu ma-

kamın daha sonra da benzer profile sahip kişilerce doldurulacağı beklentisiyle tasarlanan sistem, aradaki bazı pürüzlü dönemlere rağmen temel olarak 2007 yılına kadar geçerliliğini sürdürülmüştür. 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimi sürecinde çıkarılan anayasal kriz, Kemalist elitlerin başarısızlığı ile sonuçlanmış ancak krizin çözümü için acele bir şekilde gündeme getirilen anayasa değişiklikleri kabul edilerek Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası getirilmiştir. Bu değişikliklerden sonra vesayet rejiminin gittikçe zayıfladığı, özellikle 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ve müteakip yasal değişikliklerle tamamen etkisini yitirdiği söylenebilir.

Ne var ki, ortaya çıkan yeni durumun hukuk devleti ve genel olarak anayasacılık açısından daha uygun bir sistem ortaya çıkardığını söylemek mümkün değildir. 2010 anayasa değişikliği ve Anayasa Mahkemesinin bu değişiklikler sırasında verdiği HSYK üyelerinin seçim usulüne ilişkin iptal kararı, yargının denetiminde çoğulculuğa izin vermemiş ve yargıyı yürütmenin müdahalelerine daha açık hale getirmiştir. HSYK seçiminde çoğunlukçu bir usulün uygulanması sonucu 2010 ve 2014 yıllarında yapılan seçimleri Adalet Bakanlığının desteklediği listeler kazanmış ve bu seçimlerin hemen ardından 2011 yılında 6110 sayılı Kanun¹⁸ ve 2014 yılında 6572 sayılı Kanun¹⁹ ile yargıda önemli değişiklikler yapılmış, özellikle yüksek mahkemelerin üye sayılarında ciddi bir artırıma gidilmiş, bu mahkemelerin yapıları değiştirilmiş, daireler yeniden yapılandırılmış ve daire başkanı seçilebilme koşullarında değişiklik yapılmıştır. Yargının, yüksek mahkemelerin ve kurulun yapısına ve işleyişine müdahale eden yasalar bunlardan ibaret de değildir. Başka pek çok yasa ile yargının işleyişine ilişkin düzenlemeler yapılmış ve yargı yürütmenin müdahalelerine daha açık hale getirilmiştir.

2016 yılında gerçekleşen darbe girişimi sonrasında yargıya yönelik doğrudan müdahaleler iyice artmış ve 2017 Anayasa değişikliği ile hükümet sistemi değiştirildiği gibi HSK'nın adı ile birlikte yapısı da tamamen değiştirilmiştir. Yeni sistemde partili bir cumhurbaşkanı tek başına yürütme organı haline getirilmiştir. HSK da üyelerinin altısı Cumhurbaşkanı, yedisi TBMM tarafından seçilen 13 üyeli bir kurul haline getirilmiştir. Cumhurbaşkanının parlamento çoğunluğunu elinde tutan siyasi partinin başkanı olduğu bir durumda, kurulun tüm üyelerinin Cumhurbaşkanı iradesiyle seçilmesi olanaklı hale gelmiştir.

2016 yılında gerçekleşen darbe girişimi sonrasında yargıya yönelik doğrudan müdahaleler iyice artmış ve 2017 Anayasa değişikliği ile hükümet sistemi değiştirildiği gibi HSK'nın adı ile birlikte yapısı da tamamen değiştirilmiştir.

¹⁸ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20100214-1-3.htm>

¹⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212M1-1.htm>

Yargı bağımsızlığının bu derece zayıflatıldığı bir sistemde yargının insan hakların koruyucusu işlevini hakkıyla yerine getirebilmesi mümkün olmadığı gibi, devletin hukuka bağlılığının garantisi olma fonksiyonunu gerçekleştirmesi de çok zor, hatta imkansızdır.

5. HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİNE ETKİ EDEN SOSYO-EKONOMİK ARKA PLAN

Anayasacılık düşüncesi, 17. ve 18. yüzyıllarda Avrupa toplumlarının sosyo-ekonomik dönüşümü sonucu olarak gelişen burjuvazi sınıfının çıkarlarıyla örtüşen bir ideoloji olarak ortaya çıkmıştır. Uluslararası ticaret yoluyla ekonomik güç elde eden bu sınıf, yerleşik güçler karşısında kendine alan açmak için sınırlı devlet fikrine sığınmış ve diğer tarihsel koşulların elverişliliği ile belli bir başarı da elde etmiştir. Özellikle İngiltere’de etkili olan anayasacılık düşüncesi, hukuk devleti anlayış ve uygulamalarının bu ülkede yerleşmesine katkıda bulunmuştur. Amerikan ve Fransız devrimleri bu fikirlerin gücüyle gerçekleşmiştir. Sancılı tarihsel geçmişine rağmen liberal demokrasi, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Batı Avrupa ve Kuzey Amerika’nın hâkim ideolojisi haline gelmiştir. Yirminci yüzyılın sonunda ise liberal demokrasi diğer siyasal sistemler karşısında mutlak bir ahlaki üstünlük kazandığı algısı oluşmuştur. Ancak liberal demokrasinin ve sınırlı devlet fikrinin elde ettiği bu moral üstünlüğün, dünyada fiili yaygınlık kazanması için yeterli olmadığı açıktır. Kaldı ki yukarıda açıklandığı gibi 21. yüzyılın başından itibaren yeni bir otoriterleşme dalgası başlamış gözükmektedir. Bu popülist otoriterlikler evrensel bir meşruiyet iddiası ile sürememiş olsa da günümüzde pek çok ülkede hukuki uygulamaları etkilemektedir. Bu durumda liberal demokrasinin moral üstünlüğüne rağmen niçin dünyanın her tarafında hayata geçirilemediği ve hukuk devletinin bazı ülkelerde nispeten başarılı bir şekilde uygulanmasına rağmen diğer yerlerde niçin başarılı olamadığını araştırmak gerekmektedir.

1990’larda yazdığı tarihin sonu teziyle tanıdığımız Amerikalı siyaset bilimci Francis Fukuyama son yıllarda siyasal tarih üzerine iki önemli kitap yayınlamıştır²⁰. Bu kitaplarda yazar, modern devleti ortaya çıkaran temel unsurların gelişimini incelemektedir. Siyasal Düzenin Kökenleri “*The Origins of The Po-*

²⁰ Francis Fukuyama, *The Origins of Political Order, From Prehuman Times to the French Revolution*, (Farrar, Straus and Giroux; Reprint edition, March 27, 2012); *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*, (Farrar, Straus and Giroux; Reprint edition, October 13, 2015)

litical Order” başlıklı kitabında modern devletin üç unsurdan oluştuğunu ve 18. yüzyıl sonunda dünyadaki bütün devletlerin bu unsurları taşıdığını ileri sürmektedir. Fukuyama’ya göre modern devleti oluşturan üç unsur; güçlü ve etkin bir devletin varlığı, devletin hukuk devletine bağlılığı ve yönetimin halka karşı sorumluluğundan oluşmaktadır. Fukuyama’ya göre bu üç unsur ilk kez Britanya’da tesadüf eseri bir arada tecelli etmiştir. Daha sonra 19. yüzyıl sonuna kadar diğer kuzey Avrupa ülkelerine de yerleşmiştir.

Avrupa’nın ekonomik ve siyasal gelişimini etkileyen pek çok farklı unsur olmakla birlikte Fukuyama ekonomik gelişimin ön koşulu olarak güçlü ve işleyen bir devlet mekanizmasının şart olduğunu ileri sürmektedir. Güçlü ve işleyen devlet aygıtının ise hukuka uygun hareket etmesi, herkes açısından öngörülebilirlik ve güvence sağlayacağından uzun dönemli ekonomik kararların alınmasını teşvik edecektir. Diğer taraftan yöneticilerin halka hesap vermesine olanak veren bir siyasal düzende başarısız yöneticiler halk tarafından belli aralıklarla yapılan adil seçimler yoluyla görevden alınarak yerine daha başarılı olacaklarına inanılan yöneticiler geçirilecektir.

Fukuyama, Siyasal Düzenin Kökenleri kitabının başında günümüzde az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkeler açısından temel sorunun, nasıl Danimarka gibi olabilecekleri, yani müreffeh, güvenli, yolsuzluğun olmadığı ve iyi işleyen bir liberal demokrasiyi nasıl kurabilecekleri sorusu olduğunu belirtmektedir. Liberal demokrasi ise yukarıda belirtilen üç unsurun hassas bir denge ile bir arada bulunmasıyla gerçekleşebilecektir. Bu üç unsurun birlikte gerçekleşebilmesi için toplumsal yapının önemli ölçüde bireyselleşmiş olması büyük önem taşımaktadır. Kabile, aşiret gibi büyük ailelerin etkili olduğu bir toplumda liberal demokrasinin ve hukuk devletinin yerleştirilmesi büyük zorluklarla karşılaşacaktır. Nitekim yukarıda belirtilen Avrupa’daki gelişim, kabile bağlarının gevşemesiyle eşzamanlı olarak gerçekleşmiştir. Diğer taraftan liberal demokrasinin yaşaması ve hukuk devletinin devamlılığı büyük ölçüde sosyal ve ekonomik güç dengelerine bağlıdır. Ekonomik çoğulculuk, politik çoğulculukla eş zamanlı olarak var olduğu sürece hukuka uymak ve oyunu kurallarına göre oynamak herkesin çıkarına işleyecektir.

Fukuyama demokrasinin işlemesi için işleyen güçlü bir devlet aygıtının önkoşul olduğunu belirttikten ve bunu uzun uzun açıkladıktan sonra geleceğin rejiminin demokrasi olacağı iddiasını yinelemekte ve ekonomik olarak güçlenen orta sınıfın siyasi özgürlük (hukuk devleti) ve hesap verebilirlik (demokrasi) talep edeceği varsayımına dayandırmaktadır. Ancak John

Fukuyama demokrasinin işlemesi için işleyen güçlü bir devlet aygıtının önkoşul olduğunu belirttikten ve bunu uzun uzun açıkladıktan sonra geleceğin rejiminin demokrasi olacağı iddiasını yinelemekte ve ekonomik olarak güçlenen orta sınıfın siyasi özgürlük (hukuk devleti) ve hesap verebilirlik (demokrasi) talep edeceği varsayımına dayandırmaktadır.

**İktidara yanaşık
bir orta sınıf, sınırlı devleti değil
aksine güçlü ve sınırsız, hukuku
kendi lehine kullanan bir
yönetimi tercih eder ve kendi
çıkarlarına daha uygun bulur**

Gray'ın²¹ da belirttiği gibi ekonomik krizler sık sık ülkeleri liberal olmayan siyasal rejimlere savurmuşsa da güçlenen orta sınıfın her zaman demokrasi ve hukuk devleti isteyeceği varsayımı fazla iyimser görünmektedir. Orta sınıfın her zaman gerçekten liberal demokrasiyi talep edeceği varsayımı çok gerçekçi olmayabilir. John Gray orta sınıfın çok güçlü olduğu ülkelerde ve zamanlarda her zaman demokrasiden yana tavır almadığını belirtmektedir ki, şüphelerinde haklı olabilir.

Homo economicus perspektifinden ele alındığında da orta sınıfın kendi çıkarlarını koruyacak düzeni isteyeceği sonucuna ulaşılabilir. Önemli olan hangi koşullarda orta sınıfın liberal demokrasiden yana tavır alacağını gerçekçi bir analizini yapmaktır. Yoksa pek çok otoriter rejimde orta sınıf siyasal iktidarın sağladığı avantajlar ile gelişmiştir ve sistemin bekası, bu sınıfın avantajlarının devamı anlamına geleceğinden sistem için çalışır. İktidara yanaşık bir orta sınıf, sınırlı devleti değil aksine güçlü ve sınırsız, hukuku kendi lehine kullanan bir yönetimi tercih eder ve kendi çıkarlarına daha uygun bulur²². Gerçek anlamda adil rekabet ortamında üretmek ve ticaret yaparak gelişen bir orta sınıf açısından ise demokrasi ve hukuk devleti vazgeçilmez olacaktır.

Bu tespitler Türkiye açısından da hayati niteliktedir. Çünkü Türkiye'de Cumhuriyet kurulduğunda gerçek anlamda üretim ve ticaret yaparak zengin olmuş bir orta sınıfın mevcut olduğu söylenemez. Var olan orta sınıf da çoğunlukla azınlık gruplara mensup olduğundan göçler vb. yollarla tasfiyeye uğramıştır. Daha sonra oluşan orta sınıf ise siyasi iktidar tarafından sağlanan olanaklar ve avantajlarla geliştiğinden iktidara yanaşık durmak, demokrasiye taraf olmaktan daha fazla çıkarına hizmet etmiştir. Siyasi iktidar ve güç odaklarından bağımsız gelişen orta sınıf ise güç sahipleri açısından her zaman kuşku kaynağı olmuştur²³.

²¹ John Gray, "Destination Denmark" http://www.literaryreview.co.uk/gray_09_14.php

²² Fukuyama da bu görüşe katılmaktadır. Bkz. Political Order and Political Decay, s.433.

²³ 28 Şubat sürecinde Anadolu'da yeni gelişen orta sınıf, "yeşil sermaye" ithamıyla güç sahipleri nezdinde yok edilmesi gereken bir grup olarak lanse edilmiştir. Benzer bir durumun günümüzde muhalif sermaye grupları açısından da geçerli olduğu görülmektedir. İktidara yakın kaynakların muhalif sermaye ve medya gruplarını sıklıkla terörle ilişkili oldukları gerekçesiyle itham etmeleri manidar görünmektedir.

Diğer taraftan yukarıda belirtildiği gibi demokrasi ve hukuk devleti bireyselleşmiş toplumlarda daha fazla önemsenmekte ve bu ülkelerde daha başarılı olmaktadır. Grup kimliklerinin bireylerden daha önemli olduğu toplumlarda ise birey hakları ve bireyin özgürlüğünden ziyade grup çıkarları ön planda tutulacaktır. Bu açıdan Türkiye toplumuna bakıldığında, grup aidiyetinin ve grup kimliğinin bireysel haklardan daha fazla önemsendiği görülmektedir. Dolayısıyla Türkiye’de siyasetin temel dinamosunun bireylerin haklarının güvence altına alınmasından ziyade grup kimliklerinin ön plana çıkarılması ve kendi grubunun siyasal sisteme hâkim olması yoluyla kamu kaynaklarının grup üyeleri arasında paylaşılması olduğu görülmektedir. Bu çerçevede siyasi partiler önemli ölçüde kimlik partileri olduğu gibi, sivil toplum da ideal amaçlardan ziyade grup çıkarları etrafında toplanmış görünmektedir.

Bu kabileci kolektivist kültür, anayasacılık çerçevesinde oluşturulan formal denge ve denetleme mekanizmalarını işlevsizleştirmekte ve bir kimliğin kuvvetler ayrılığı görüntüsü altında tüm kurumları denetimi altına alarak kamu gücünün keyfi kullanımına kapı aralanmasına imkân tanımaktadır. Zira gücün tekelleşmesi halinde hukuk hâkimiyetini kaybeder ve ancak şahsi yönetimin aracı olarak işlev görebilir²⁴. Türkiye’de hukuk devletinin gerçekten hayata geçirilememesindeki en önemli etkenlerden birinin formal güvencelerin bu kolektivist kültür yoluyla işlevsizleşmesi ve politik gücün gerçekte tekelleşmesi olduğu göz önünde tutulmalıdır.

Fiili güçler dengesi eksikliği ve kabileci kültür göz ardı edildiğinde ülkemizdeki hukuk devleti açığını kapatmak ciddi anlamda zorlaşmaktadır. Dolayısıyla, Türkiye’de hukuk devletinin yerleşememesi açısından en önemli sorunlardan birinin, devlet kurumlarında ve organlarında çoğulculuğun kurumsal güvencelerle hayata geçirilememiş olması olduğu söylenebilir. Hiçbir kamu gücü denetimsiz bir şekilde bir grubun ya da kimliğin kontrolüne bırakılmamalı, farklı kimliklerin birbirini dengelemesi yoluyla hukukun hâkim olması güvence altına alınmalıdır. Yoksa toplumsal çoğunluğun bütün siyasal sisteme hâkim olduğu ve sistemi kendi grupsal çıkarları lehine manipüle ettiği bir siyasal düzenden hukukun hâkim olduğu ve tüm birey haklarının güvence altına alındığı bir hukuk devletine geçmemiz pek mümkün olmayacaktır.

Türkiye’de siyasetin temel dinamosunun bireylerin haklarının güvence altına alınmasından ziyade grup kimliklerinin ön plana çıkarılması ve kendi grubunun siyasal sisteme hâkim olması yoluyla kamu kaynaklarının grup üyeleri arasında paylaşılması olduğu görülmektedir.

²⁴ Jose Maria Maravall, Adam Przeworski, Democracy and the Rule of Law, (CUP, Cambridge, 2003) s. 3.

6. HUKUK DEVLETİ KONTROL LİSTESİ

Venedik Komisyonu Mart 2011 tarihli 86. oturumunda Hukuk Devleti Raporu'nu kabul etmiştir.²⁵ Bu raporda farklı ülkelerdeki hukuk devleti anlayışları özetlendikten sonra, altı unsurlu bir hukuk devleti anlayışı ortaya konulmuştur.

Bu raporda Komisyon görüş ayrılıklarına rağmen, İngilizcedeki “*rule of law*” kavramının ana unsurları ile Almandaki “*Rechtsstaat*” ve Fransızcadaki “*Etat de droit*” kavramlarının ana unsurları arasında bir uzlaşmanın mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Bu unsurlar sadece şekli olmayıp aynı zamanda içeriksel veya maddi niteliktedir. Söz konusu ana unsurlar şunlardır: (1) Şeffaf, hesap verilebilir ve demokratik bir kanun yapım sürecini içeren kanunilik, (2) Hukuki belirlilik (3) Keyfilik yasağı (4) Yetkileri idari işlemlerin yargı denetimini de kapsayan bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adalete erişim (5) İnsan haklarına saygı; ile (6) Ayrımcılık yasağı ve hukuk önünde eşitlik.

Ayrıca raporun sonunda her bir devlette hukuk devletinin durumunu değerlendirmek amacıyla bir kontrol listesine yer verilmiştir. Daha sonra bu kontrol listesinin geliştirilmesi amacıyla Venedik Komisyonu 2012 yılında İngiltere’de bulunan Bingham Hukuk Devleti Merkezi ile bir konferans düzenlemiş ve ortak çalışma yapma kararı almıştır. Ortak çalışma sonucu geliştirilen ve detaylandırılan ölçütlerle Kontrol Listesi olgunlaştırılmış ve 2016 yılında önce Mart ayında yapılan Genel Kurul toplantısında Venedik Komisyonu tarafından²⁶ daha sonra da Avrupa Konseyinin çeşitli organları tarafından kabul edilmiştir.

Hukuk devletinin, insan hakları ve demokrasi ile yakın bir etkileşim ve ilişki içinde olduğu, zaman zaman bu kavramların örtüştüğü ve birinin gerçekleştirilmesinin aynı zamanda diğerlerinin varlığına bağlı olduğu hususu hem raporda yer almış hem de kontrol listesinde tekrarlanmıştır. Kontrol listesinde yer alan ölçütlerin sabit ve değişmez olmadığı, her zaman gün-

²⁵ Venice Commission, Report on The Rule of Law, (CDL-AD(2011)003rev) adopted by Venice Commission at its 86th plenary session on 25-26 March 2011, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e)

²⁶ Venice Commission, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), (Türkçesine şuradan erişilebilir, [https://www.venice.coe.int/webforms/document-s/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/document-s/?pdf=CDL-AD(2016)007-tur))

cellenmeye ve ülkelerin özel politik kültürel koşullarına uyarlamaya açık olduğu belirtmiştir.

Kontrol Listesinde hukuk devletinin her bir unsuru ile ilgili alt unsurlar ve bu unsurların varlığını test edecek sorulara yer verilmiştir. Buna göre liste her unsurun bir ülkede ne derecede uygulandığını göstermek üzere altı unsur, 25 alt unsur ve bu alt unsurları test eden çok sayıda soru içermektedir. Bu kapsamda aşağıda listede yer alan unsurlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Önce ilgili unsur açıklanacak daha sonra da alt unsurlar bazında Türkiye'nin durumu değerlendirilecektir.

a. Kanunilik

Bir ülkede hukuk devletinden söz edilebilmesi için yönetimin yetkilerini kanunlardan alması ve eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerekir. Kontrol Listesinde kanunilik unsuruna uygunluğu ölçmek açısından sekiz alt unsur belirlenmiştir: Bunlar; 1. Hukukun üstünlüğü, 2. Kanuna uygunluk, 3. Uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişki, 4. Yürütmenin kanun yapma yetkisi, 5. Kanun yapma yöntemleri, 6. Olağanüstü hallerde istisnalar, 7. Kanunu uygulama görevi, 8. Kamu hizmeti veren özel kişiler şeklinde belirlenmiştir.

i. Hukukun Üstünlüğü

Yönetimin yasallığından söz edebilmek için öncelikle hukukun üstünlüğünün hukuk düzeni tarafından tanınmış ve bunu sağlayacak güvencelerin oluşturulmuş olması gerekmektedir. Bu çerçevede listede hukukun üstünlüğünün tanınıp tanınmadığı ölçmek üzere şu sorulara yer verilmiştir:

Hukukun üstünlüğü tanınmış mıdır?

1. Yazılı Anayasa var mıdır?
2. Kanunların Anayasa'ya uygunluğu güvence altına alınmış mıdır?
3. Kanunlar Anayasada gerekli görülen durumlarda gecikme olmaksızın kabul edilmekte midir?
4. Yürütmenin işlemleri Anayasa ve diğer kanunlar ile uyumlu mudur?
5. Düzenleyici işlemler, kanun tarafından gerekli görüldüğü durumlarda, gecikme olmaksızın kabul edilmekte midir?

Özellikle 2016 yılında gerçekleştirilen darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde yürütmenin düzenleyici işlemleri (OHAL KHK'ları) ile hukuk sisteminde kalıcı değişiklikler yapan kanun değişiklikleri gerçekleştirilmiştir.

6. Yürütmenin faaliyetlerinin ve kararlarının kanunlara uygunluğunu denetleyecek etkili bir yargı mekanizması var mıdır?
7. Söz konusu yargı denetimi kamu görevi icra eden bağımsız kişiler ve özel sektör faaliyetleri ve kararları için de uygulanabilir mi?
8. Özel kişilerin ihlallerine karşı bireylerin hakları etkili yasal koruma ile güvence altına alınmış mıdır?
9. Özel hukuk kişilerinin müdahalelerine karşı bireylerin haklarına yönelik etkili hukuki koruma sağlanmakta mıdır?

Değerlendirme:

Türkiye’de yazılı bir anayasa bulunmakta, Anayasanın 11. maddesi anayasanın üstünlüğü ilkesini güvence altına almakta ve kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere bir anayasa mahkemesi görev yapmaktadır. Ancak bir süreden beri anayasal ilke ve kurallara uyulması önemli ölçüde iktidarın inisiyatifine kalmış durumdadır. Türkiye bir süredir anayasal ilke ve kuralların sistematik olarak göz ardı edildiği bir sürece girmiştir. Bu, devlet kurumsallığının zayıflamasına ve yönetimde keyfiliğin hâkim olmasına işaret etmektedir. Bazı yazarlar bu süreci “anayasasızlaştırma” olarak nitelendirmişlerdir.²⁷ Özellikle 2016 yılında gerçekleştirilen darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde yürütmenin düzenleyici işlemleri (OHAL KHK'ları) ile hukuk sisteminde kalıcı değişiklikler yapan kanun değişiklikleri gerçekleştirilmiştir.²⁸ Yüzlerce kanunda 1000’den fazla maddede değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin çok büyük bir kısmı temel haklara yönelik sınırlamalar öngörmüş ya da yürütmenin yetkilerini genişletmiştir.

Anayasa Mahkemesi başlangıçta bu KHK'ları yerleşik içtihadının²⁹ aksine denetleme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle denetlemekten kaçınmış,³⁰ daha sonra bu KHK'ların TBMM tarafından onaylanmasından sonra

²⁷ Kemal Gözler, 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme, <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma.htm>

²⁸ Olağanlaşan OHAL, KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, Rapor (2018) <https://tr.boell.org/tr/2018/01/10/olaganlasan-ohal-khklar-yasal-mevzuat-uezerindeki-etkileri>

²⁹ AYM, E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı 10.1.1991 günlü karar; E. 1991/6, K. 1991/20 sayılı 3.7.1991 günlü karar; E.2003/28, K. 2003/42 sayılı 22.5.2003 günlü karar.

³⁰ AYM, E. 2016/166, K.2016/159 sayılı, 12.10.2016 günlü karar.

yaptığı denetimde ise, OHAL KHK'ları ile yasalarda değişiklik yapılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.³¹ Oysa OHAL niteliği itibariyle sınırlı bir rejim olduğundan, OHAL KHK'ları ile yasalarda değişiklik yapmak suretiyle OHAL süresini aşan düzenlemeler yapılması Anayasaya aykırıdır. Nitekim AYM 1991 yılında verdiği kararlarda OHAL KHK'ları ile kanunlarda değişiklik yapılamayacağına karar vermiştir.³²

Diğer taraftan bu KHK'lar ile yapılan ve anayasaya açık bir şekilde aykırı olan, Venedik Komisyonu ya da diğer uluslararası gözlemciler tarafından eleştiri konusu yapılan pek çok düzenlemenin AYM tarafından anayasaya aykırı bulunmadığını da belirtmek gerekir.³³

Kaldı ki, bu sorunlar yalnızca OHAL düzenlemeleri ile ilgili değildir. Yürütmenin yetkilerini aşırı derecede artıran, sivil toplumun ve çeşitli muhalif aktörlerin etkinliğini zayıflatmayı amaçlayan, bu nedenle de Anayasaya aykırı hükümler içeren pek çok başka yasal düzenlemenin de AYM tarafından eski içtihatlarından ayrılarak iptal edilmediğini görüyoruz.³⁴ Dolayısıyla uygulamada Anayasanın üstünlüğünün etkin bir şekilde güvence altına alındığını söylemek olanaklı görünmemektedir. Özellikle AYM'ye üye seçimi usulünün ve üye profilinde meydana gelen değişikliklerin bu sonuç üzerindeki etkisi gözden uzak tutulamaz. Ayrıca 2010 ve 2017 yıllarında yapılan ve Mahkemenin yapısını etkileyen Anayasa değişikliklerinin bugün geline durum açısından etkisi dikkate alınmalıdır. Özellikle Cumhurbaşkanının tek başına yürütme organı haline geldiği ve siyasi parti üyesi hatta başkanı olmasına izin veren değişiklikten sonra AYM'nin 15 üyesinden 12'sinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması, Cumhurbaşkanının aday gösteren kurumlar üzerindeki etkisiyle birlikte değerlendirildiğinde Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerine gölge düşürmektedir.

Diğer taraftan idarenin işlemlerine karşı yargı denetimi öngörülmüş ve idari yargı teşkilatı kurulmuş olmakla birlikte yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar nedeniyle bu denetimin etkinliği konusunda ciddi sorunlar bulunmaktadır. Ayrıca Anayasada ve yasalarda yargı denetimi dışında tutulan pek çok işlem türü yer almaktadır. Özellikle OHAL döneminde ve sonrasında işlem yapan kamu görevlilerinin sorumsuzluğunu düzenleyen yasalar, idarenin

Özellikle Cumhurbaşkanının tek başına yürütme organı haline geldiği ve siyasi parti üyesi hatta başkanı olmasına izin veren değişiklikten sonra AYM'nin 15 üyesinden 12'sinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması, Cumhurbaşkanının aday gösteren kurumlar üzerindeki etkisiyle birlikte değerlendirildiğinde Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerine gölge düşürmektedir.

³¹ Mesela bkz. AYMK, E.2018/73, K.2019/65 sayılı 24.7.2019 günlü karar.

³² AYMK, E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı 10.1.1991 günlü karar.

³³ Mesela bkz. AYMK, E.2018/31, K.2020/38 sayılı 16.7.2020 günlü karar.

³⁴ Mesela bkz. AYMK, E.2020/60, K.2020/54 sayılı 1.10.2020 günlü karar.

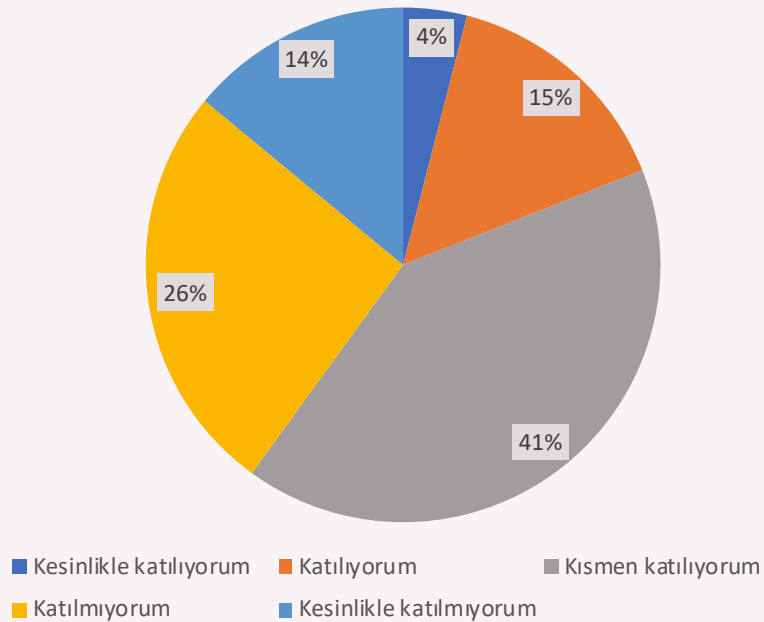
işlemlerinin yargısal denetimini önemli ölçüde zayıflatmıştır. OHAL döneminde uygulanan tedbirlerin yargısal denetimine ilişkin öngörülen kısıtlamalar da idarenin yasallığı açısından ciddi bir sorun oluşturmaktadır.

Özgürlük Araştırmaları Derneği tarafından düzenlenen ve Avukatların, Stajyer Avukatların ve Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencilerinin katıldığı bir eğitimde seminerlere katılan katılımcılarla bir anket çalışması yürütülmüştür. Bu anket çalışmasında katılımcılara 20 adet soru sorulmuştur. Sorular beşli likert ölçeğine göre hazırlanmış olup katılımcıların Türkiye’deki hukuk devletinin durumuna dair görüşleri alınmak amacıyla yapılmıştır. Anket çalışmasına 720 kişi katılmış ve soruları cevaplamıştır. Katılım ülkenin bütün şehirlerine açık olup, her ilden katılım gerçekleşmiştir. Cinsiyet bakımından katılımcıların aşağı yukarı denk olduğu belirtilebilir. Yaş aralığı ise 20-50 yaş aralığı olup büyük çoğunluk 20-30 yaş aralığıdır.

Düzenlenen ankette yer alan sorulardan birisi “*Eğer Anayasaya aykırı bir kanun çıkarılırsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğinden eminim.*” yargısına katılıp katılmadıkları şeklindeki sorudur.

İlgili ifadeye katılma durumu sorulduğunda katılımcıların %4’ü kesinlikle katılıyorum derken %41’i kısmen katıldığını %15’i katıldığını söylemiştir. Ka-

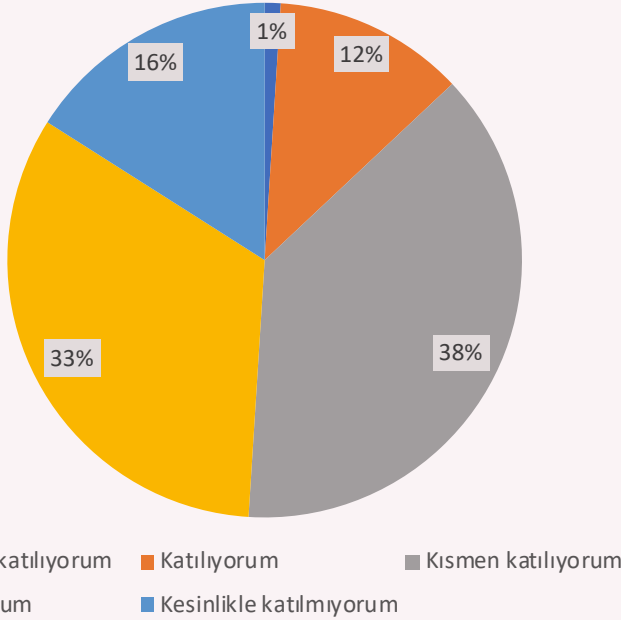
Grafik 1: Eğer Anayasaya aykırı bir kanun çıkarılırsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğinden eminim



katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı %26 iken kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı ise %14'tür.

Ankete katılanlar arasında Anayasa Mahkemesine %100 güven duyanların oranı çok düşük (%4) iken, belli konularda ve belli ölçüde güvenenlerin %56 civarında olduğu görülmektedir. Güvenmeyenlerin oranını ise %40 olduğu görülmektedir. Buna dayanarak Anayasa Mahkemesine güvenin belli ölçüde devam ettiğini ancak ciddi bir güvensiz kesimin de oluştuğunu söylemek mümkündür.

Grafik 2: Hukuka aykırı bir işlem yapılırsa bunun yargı tarafından iptal edileceğinden eminim.



Diğer taraftan bu konuda sorulan başka bir soru ise katılımcıların “*Hukuka aykırı bir işlem yapılırsa bunun yargı tarafından iptal edileceğinden eminim.*” şeklindeki yargıya katılıp katılmadıkları olmuştur.

Verilen cevaplar ışığında katılımcıların %1'i kesinlikle katıldıklarını belirlerken %12'si katıldıklarını ve %38'i ise kısmen katıldıklarını ifade etmişlerdir. Katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı %33 iken kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı %16'dır. Katılımcılar arasında idari yargıya güven %51 düzeyinde iken güvensizlik %49 olarak görülmektedir.

ii. Kanuna Uygunluk

Kanunilik ölçütünün alt unsurlardan biri de kanuna uygunluk olup, idarenin yetkilerinin kanunlar tarafından düzenlenmesi hukuk devleti için temel bir gerekliliktir. Kanunilik, kamu görevlilerinin işlemleri ile ilgilidir. Bu doğrultuda, bu kişi ve kuruluşların faaliyette bulunabilmesi için kanunlar tarafından yetkilendirilmesi ve faaliyetlerini kanunda tanınan sınırlar içerisinde yürütmesi gerekir. İdarenin işlemlerinin hem usul hem de içerik bakımından hukuka uygun olması gerekir. Ayrıca kamusal görevlerin özel sektöre verilmesi halinde de aynı güvenceler kanun tarafından düzenlenmelidir. Özellikle zor kullanma yetkisi söz konusu olduğu hallerde yetkilerin kanuna dayanması bir zorunluluktur. Dahası, kamu otoriteleri etkili bir şekilde diğer özel sektör organlarına karşı bireylerin temel haklarını güvence altına almalıdır.³⁵

Ayrıca aşağıda ayrı bir unsur olarak inceleneceği gibi idareye yetki veren hukukun erişilebilir ve öngörülebilir olması ve keyfi uygulamalara karşı önleyici güvenceler içermesi gerekir.

Bu unsurla ilgili olarak şu sorulara yer verilmiştir.

Kamu kuruluşları yürürlükteki kanunlara dayalı ve bu kanunlara uygun olarak mı hareket etmektedirler?

1. Kamu otoritelerinin yetkileri kanunlar tarafından düzenlenmiş midir?
2. Farklı otoriteler arasındaki yetki sınırı belirgin midir?
3. Kamu kuruluşlarının izlemesi gereken usul ve esaslar kanun tarafından düzenlenmiş midir?
4. Kamu kuruluşları kanuni bir dayanak olmadan hareket edebilirler mi? Bu tarz durumlar usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş midir?
5. Kamu kuruluşları insan haklarının uygulanmasını ve etkili bir şekilde korunmasını sağlayarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirmekte midirler?
6. Özel sektörün kamusal görevler ile yetkilendirilmesi durumunda eşdeğer güvenceler kanunla düzenlenmiş midir?

³⁵ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.45.

Değerlendirme:

Anayasal düzeyde idarenin yasallığı ilkesi kabul edilmiş olup, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulabilir. Ancak 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmıştır (Any.m.104/16). Diğer taraftan bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ve teşkilatının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği kuralına yer verilmiştir (Any.m.106/son). Dolayısıyla idarenin kanuniliği ilkesi fiilen askıya alınmıştır. 2018 seçimleri sonrasında Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte tartışmalı bir şekilde görev süresi sona eren Bakanlar Kurulu 703 sayılı KHK ile tüm teşkilat kanunlarını yürürlükten kaldırmış ve tüm bakanlıklar ve kamu kurumları 1 ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmişlerdir. Dolayısıyla günümüzde idarenin kullandığı yetkilerin kaynağı çok büyük ölçüde kanun değil, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir.

Diğer taraftan son zamanlarda yaygın bir şekilde kanunda açıkça düzenlenmemiş konularda sıklıkla yönetmeliklerin çıkarılarak bu yönetmeliklerde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran hükümlere yer verildiği görülmektedir. İlgili Yönetmelikler hakkında iptal davası açıldıktan sonra bu yönetmeliklere dayanak olabilecek yasal değişikliklere şahit olunduğu görülmektedir. Örneğin, internet üzerinden yayın yapan radyo ve televizyonların RTÜK denetimine alınması aynı şekilde merkezi yurt dışında bulunan radyo ve televizyonların yayınlarının ruhsat alma yükümlülüğü altına sokulması yönetmelik değişiklikleri ile gerçekleştirilmiş, bu yönetmelik aleyhine dava açıldıktan sonra 6112 sayılı kanunda değişikliğe gidilmiştir. Aynı şekilde derneklerin tüm üyelerini mülki idare bildirme yükümlülüğü yönetmelik değişikliği ile getirilmiş, ilgili yönetmelik aleyhine dava açılması üzerine 5253 sayılı yasada bu yönde değişiklik yapılmıştır. Bu konuda başka bir örnek de yine yabancı derneklerin Türkiye'deki faaliyetleri ve işbirlikleri için izin alma yükümlülüğü getirilmesinde yaşanmıştır. Bu konuda önce 9 Temmuz 2020 tarihinde Dernekler Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak bu yönde yükümlülükler öngörülmüş, daha sonra 31 Aralık 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7262 sayılı Kanunla bu yönde 5253 sayılı kanunda değişiklik yapılmıştır. Bu tür düzenlemelerin yasallık ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır ve idarenin yasaya dayanmayan yetki kullanmasının örneklerini teşkil etmektedir.

Günümüzde idarenin kullandığı yetkilerin kaynağı çok büyük ölçüde kanun değil, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir.

Özellikle OHAL döneminde idareye tanınan yetkilerle ilgili yargı denetiminin neredeyse imkansız haline getirilmiş olması (Bir kısım işlemler için yaklaşık bir yıl sonra 685 sayılı KHK -7075 sayılı Kanun-OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonuna başvuru imkanı verilmesi, bir kısım işlemler için ise hiçbir yol öngörülmemiş olması) ve bu işlemler dolayısıyla kamu görevlilerine cezai, idari, mali ve hukuki sorumsuzluk (668 sayılı KHK m.37) tanınması da idarenin hukukiliği ilkesi açısından ciddi bir sorun doğurmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi özellikle OHAL döneminde idareye tanınan yetkilerle ilgili yargı denetiminin neredeyse imkansız haline getirilmiş olması (Bir kısım işlemler için yaklaşık bir yıl sonra 685 sayılı KHK -7075 sayılı Kanun-OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonuna başvuru imkanı verilmesi, bir kısım işlemler için ise hiçbir yol öngörülmemiş olması) ve bu işlemler dolayısıyla kamu görevlilerine cezai, idari, mali ve hukuki sorumsuzluk (668 sayılı KHK m.37) tanınması da idarenin hukukiliği ilkesi açısından ciddi bir sorun doğurmaktadır. Üstelik 7145 sayılı Kanun ile bu yetkilerin süresi 3 yıl daha uzatılmıştır.

Çeşitli kanunlarla İçişleri Bakanlığına tanınan yetkilerin kullanımında da ciddi bir denetim sorunu olduğu görülmektedir. İçişleri Bakanlığına tanınan seçilmiş belediye başkanlarını ve meclis üyelerini geçici olarak görevden alma yetkisinin kontrolsüz bir şekilde kullanıldığı görülmektedir.³⁶ Bakanlık OHAL döneminde 95 Belediye Başkanının yerine kayyum atamıştır.³⁷ 2019 Yerel Seçimleri sonrasında da 53 Belediye başkanı görevden uzaklaştırılarak yerine kayyum atanmıştır.

Özellikle Koronavirüs salgını döneminde uygulanan yasakların yasal dayanağı bulunduğu konusu oldukça tartışmalıdır. Yaygın sokağa çıkma yasağı getirilmesine izin veren bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde belli yaş grupları için uygulanan uzun dönemli sokağa çıkma kısıtlamalarının da doğrudan bir kanun hükmüne dayanmadığı açıktır. Bakanlık kendisine tanınan bazı yetkileri çok geniş yorumlayarak bu kısıtlamaları uygulamaktadır. Ayrıca kısıtlamaların keyfi ve ayrımcı bir şekilde uygulandığı yönünde yaygın bir şikâyet söz konusudur. Mesela, Baro seçimleri pandemi dolayısıyla yasaklanmışken, siyasi partilerin kongrelerine izin verilmektedir. Aynı şekilde en küçük protesto gösterilerine pandemi gerekçesiyle izin verilmezken binlerce kişinin katıldığı açılış törenlerinin yasaklanmadığı görülmektedir.

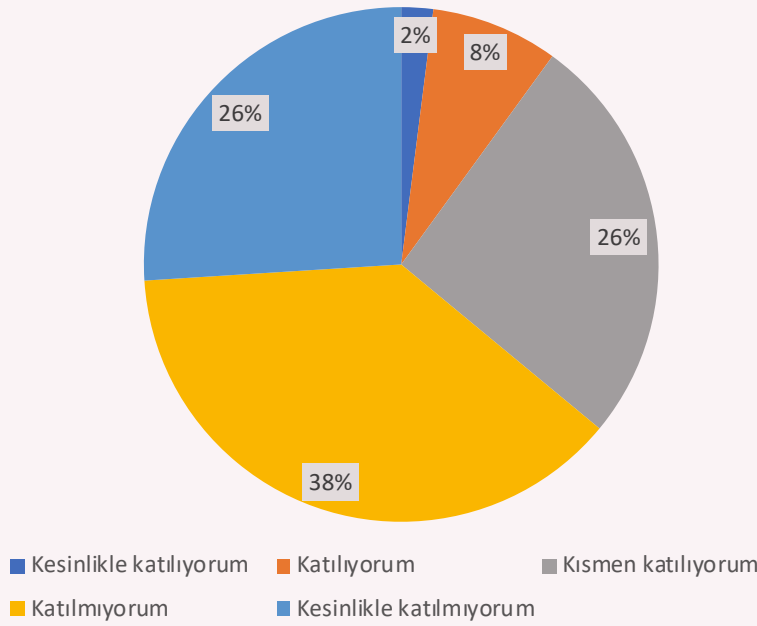
³⁶ 674 sayılı KHK ile Belediye Kanunu'nun 45. maddesinde değişiklik yapılarak görevden alınan Belediye Başkanlarının yerine Belediye Meclisinde seçim yapılması yerine Bakanlıkça doğrudan kayyum atanması yetkisi tanınmıştır. Venedik Komisyonu bu düzenlemeyi incelemiş ve verilen yetkinin çok geniş olduğu ve terör şüphesi ile görevden alınan her belediye başkanı yerine süresi belirsiz bir şekilde kayyum atanmasından kaygı duyulduğunu belirtmiştir. Bkz. Venice Commission, Opinion on the Provisions of the Emergency Decree Law no. 674 of 1 September 2016, CDL-AD(2017)021, para. 71.

³⁷ <https://www.hrw.org/news/2020/02/07/turkey-kurdish-mayors-removal-violates-voters-rights>

En ağır insan hakkı ihlali teşkil eden adam kaçırma ve işkence konularında giderek artan şikayetlerle karşılaşmaktadır. Ankara Barosu bazı işkence iddialarını ve kaçırılma şikayetlerini raporlaştırmıştır.³⁸

Dolayısıyla kanunlara uyma konusunda bazı sorunlu alanlar bulunmaktadır. Denetim araçlarının ve organlarının zayıflaması nedeniyle bu konuda etkili bir denetim yapıldığını söylemek de mümkün değildir.

Grafik 3: Yürütme ve idare tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun hareket eder.



Özgürlük Araştırmaları Derneğinin gerçekleştirdiği anket çalışmasında katılımcılara sorulan “Yürütme ve idare tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun hareket eder.” yargısına katılıp katılmadıkları şeklindeki soruya katılımcıların %26’sı kesinlikle katılmadıklarını ifade ederken %38’i katılmadıklarını belirtmişlerdir. Kismen katılıyorum seçeneğinin oranı %26 iken katılıyorum seçeneğinin %8 ve kesinlikle katılıyorum diyenler ise %2’dir. Görüldüğü gibi idarenin hukuka uyacağına yönelik güven %36, güvensizlik ise %64 oranındadır. Bu da toplumun idarenin kanuna uygunluğu konusundaki güveninin düşük olduğunu göstermektedir.

³⁸ http://www.ankarabarusu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?BASIN_ACIKLAMASI=3099

İçtihadı ile kanunun hükmü arasında çatışma olan hallerde yerel mahkemelerin kanunu ihmal ederek uyuşmazlığı Sözleşmeye göre çözmeleri gerektiğine karar vermiştir.

iii. Uluslararası Hukuk ile İç Hukuk arasındaki ilişki

Uluslararası hukuka uyma yükümlülüğünün temeli ahde vefa (*Pacta sunt servanda*) ilkesidir. Bu ilke, uluslararası hukukun iç hukukta nasıl uygulanması gerektiği ile ilgili değildir. Hukuk devleti ilkesi monizm ve düalizm arasında bir seçim yapmayı gerekli kılmaz. Ancak hangi sistem benimsenirse benimsensin devletlerin uluslararası hukuka uyma yükümlülüğü devam eder ve bir devlet, taraf olduğu antlaşmalara veya uluslararası teamül kurallarına aykırı davranmasını meşrulaştırmak için iç hukukunu gerekçe olarak gösteremez.³⁹

Bu alt unsurla ilgili olarak şu sorular dikkate alınacaktır:

İç hukuk düzeni Devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine uymasını sağlayabilmekte midir? Özellikle:

1. İç hukukta, insan hakları hukukuna uyumluluk, özellikle uluslararası mahkemelerin bağlayıcı kararlarına uyum güvence altına alınmış mıdır?
2. İç hukukta, bu yükümlülüklerin uygulanması hususunda açık kurallar var mıdır?

Değerlendirme:

Anayasanın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak onaylanıp yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Aynı usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası anlaşma hükümleri uygulanır. Dolayısıyla Türk hukuk sistemi monist sistemi benimsemiştir ve uluslararası anlaşmaların iç hukukta doğrudan uygulanması gerekir. Ayrıca 2004 yılında yapılan değişiklikle çatışma halinde insan haklarına ilişkin sözleşmelerin uygulanması gerekmektedir.

Bu anayasal normatif çerçeveye rağmen uygulamada bu kurallara sıkı bir şekilde uyulduğunu söylemek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda temel haklar konusunda AİHM içtihadı ile kanunun hükmü arasında çatışma olan hallerde yerel mahkemelerin kanunu ihmal ederek uyuşmazlığı Sözleşmeye göre çözmeleri gerektiğine karar vermiş-

³⁹ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 47-48.

tir.⁴⁰ Ancak uygulamada her alanda bu içtihadı uygun davranıldığını söylemek mümkün değildir.

AİHM kararlarına uyulması konusunda usul kanunlarında AİHM kararını yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenleyen kurallar yer almaktadır. Ancak son yıllarda AİHM kararlarına uyma konusunda ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. AİHM'in Osman Kavala ve Selahattin Demirtaş kararlarına uyma konusunda ciddi bir sorun yaşanmaktadır.⁴¹ Anayasa Mahkemesi de AİHM'in Alparslan Altan⁴² ve Baş⁴³ kararlarına uymayacağına karar vermiştir.⁴⁴

Daha da önemlisi AİHM'in ihlal kararının gerektirdiği genel önlemleri alma konusunda devletin çok yavaş hareket ettiği ve Bakanlar Komitesinin önünde uygulanması inceleme altında olan 700'e yakın karar olduğu bilinmektedir.⁴⁵ Bu kararlardan 150'den fazlası öncü dava niteliğindedir.

Özgürlük Araştırmaları Derneği Tarafından yapılan ankette bu konuda soru sorulmamıştır.

iv. Yürütmenin kanun yapma yetkisi

Yürütmenin sınırsız yetkiye sahip olması *de jure* veya *de facto* mutlakiyetçi ve diktatör rejimlerin temel bir özelliğidir. Modern anayasacılık bu tarz rejimlere karşı ortaya çıkmıştır, bu nedenle yasamanın üstünlüğünün sağlanmış olması gerekir.⁴⁶

Bu konuda değerlendirme yapmak üzere aşağıdaki sorulara yer verilmiştir.

Yasama organının üstünlüğü sağlanmış mıdır?

1. Bir kanunda yer alan genel ve soyut kurallar veya kanuna dayanan bir düzenleme, Anayasada öngörülen sınırlı istisnalara tabii midir?

⁴⁰ Sevim Akat Ekşi başvurusu, B.No.

⁴¹ Kavala/Türkiye, no.; Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) [BD], no. 14305/17, 22.12.2020

⁴² Alparslan Altan/Türkiye, no.12778/17, 16.04.2019.

⁴³ Baş/Türkiye (no. 66448/17, 03.03.2020

⁴⁴ Yıldırım Turan Başvurusu, B.No.

⁴⁵ Turkey and Its non-Implementation Problem, <https://www.einnetwork.org/ein-voices/2020/2/24/turkey-and-its-non-implementation-problem>

⁴⁶ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.49.

2. Bu istisnalar nelerdir? Zaman ile sınırlı mıdır? Parlamento veya yargı tarafından denetlenmekte midir? Kötüye kullanılmasını engellemek için etkili bir kanun yolu mevcut mudur?
3. Yasama organı yürütmeyi yasama yetkisi ile yetkilendirdiğinde, bu yetkilendirmenin amacı, içeriği ve kapsamı açık bir şekilde bu tasarrufu düzenleyen kanunda tanımlı mıdır?

Değerlendirme:

2017 Anayasa değişikliği ile KHK'lar Türk hukuk sisteminden çıkarılmıştır, ancak Cumhurbaşkanına kanun ile düzenlenmemiş konularda herhangi bir yetki kanununa dayanmadan doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin çerçevesi Anayasada belirlenmiş olmakla birlikte, 106 maddede Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ve teşkilatının düzenlenmesi yetkisi veren kuralın dili, bu konuda münhasır yetki tanındığı izlenimi yaratmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun bulunmayan konularda ve kanunla düzenlenmesi zorunlu olmayan konularda çıkarılabileceği ve aynı konuda bir kanun çıkarılması halinde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı belirtilmiş olmakla birlikte, CBK çıkarabilmek için daha önce kanunla yetki verilmesi gerekmediği gibi, çıkarılan CBK'ların parlamentoya sunulma ve parlamentoya onaylanması usulü de öngörülmemiştir. Dolayısıyla ne yetkilendirme ne de onay bakımında yasama denetimi söz konusu değildir. Parlamento bir CBK'yı uygun bulmazsa ancak bu konuda bir kanun çıkarak CBK'yı yürürlükten kaldırabilir, ancak bunun uygulamada fiilen gerçekleşme ihtimali çok düşüktür. Çünkü uygulanan seçim sisteminin de etkisi dolayısıyla Cumhurbaşkanının aynı zamanda parlamento çoğunluğunu da elinde bulundurması çok büyük ihtimaldir.

OHAL CBK'ları ayrıca ele alınmalıdır ve aşağıda değerlendirilecektir.

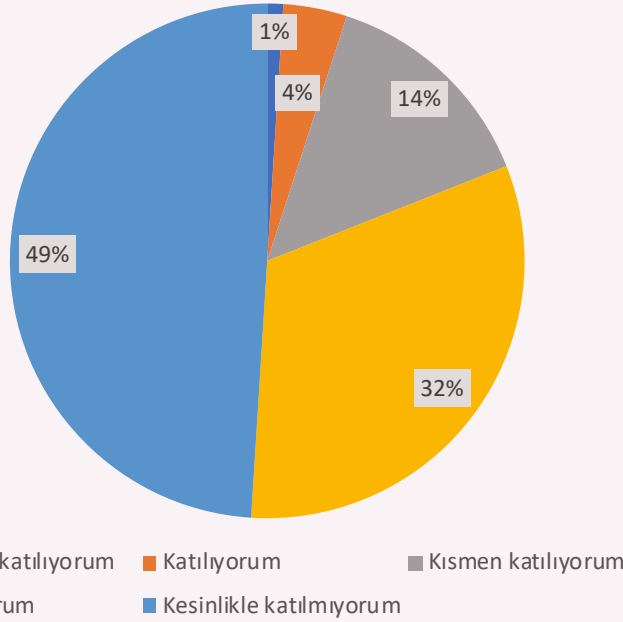
Sonuç olarak mevcut sistemde Cumhurbaşkanı, yürütme organı olarak aynı zamanda yedek bir yasama organı gibi hareket etme olanağına da sahiptir. Tek başına ilk elden düzenleme yapabilecektir. Ancak CBK'larla kanunlarda değişiklik yapılamaz.

Ayrıca CBK'ların nasıl hazırlanacağı konusunda hiçbir düzenleme yoktur ve hazırlık sürecinde kamuoyunun bu tasarlardan hiçbir şekilde haberi

olmamakta ve hazırlanmasına katkıda bulunamamaktadır. Tamamen Cumhurbaşkanlığı bürokrasisi tarafından hazırlanan CBK'lar eksik olmaları ya da diğer düzenlemelerle uyumsuzluk içermeleri dolayısıyla çok kısa sürede değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu da mevzuat istikrarı ve öngörülebilirlik açısından ciddi bir sorun yaratmaktadır. Taslakların hiç değilse bir süreliğine Cumhurbaşkanlığı internet sitesinde yayınlanması ve kamuoyunun görüş ve katkılarına açılması önerilebilir.

Tamamen Cumhurbaşkanlığı bürokrasisi tarafından hazırlanan CBK'lar eksik olmaları ya da diğer düzenlemelerle uyumsuzluk içermeleri dolayısıyla çok kısa sürede değişiklik yapılması gerekmektedir.

Grafik 4: Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri çıkarılmadan önce kamuoyunda yeterince tartışılır.



Özgürlük Araştırmaları Derneği tarafından yapılan ankette katılımcılara “Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri çıkarılmadan önce kamuoyunda yeterince tartışılır” şeklindeki yargıya katılıp katılmadıkları sorulmuştur.

Bu soruya katılımcıların %49'u kesinlikle katılmıyorum şeklinde cevap verirken %32'si katılmıyorum; %14'ü kısmen katılıyorum, %4'ü katılıyorum ve %1'i kesinlikle katılıyorum seçeneklerini işaretlemişlerdir. Dolayısıyla katılımcıların %81'i Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin hazırlık sürecinde kamu oyunca tartışılmadığı kanaatine sahiptir. Burada şaşırtıcı olan aslında bir şekilde tartışıldığını düşünen %19'luk bir katılımcı kitlesinin bulunmasıdır.

Hükümet sistemi değişikliğine rağmen yasa önerilerinin çok büyük bir çoğunluğu yürütme tarafından hazırlanmakta, ancak iktidar partisi milletvekillerinin imzasıyla parlamentoya sunulmaktadır. Bu teklif görünümlü tasarıların parlamentoda görüşülmesi sırasında çoğunlukla teklif sahipleri önerilen teklifin içeriğine hâkim olmadığından gerçek bir müzakere gerçekleştirilememekte ve çoğunluk temsilcileri tekliflerin geldiği gibi komisyonlardan geçirilmesi yönünde katı bir tutum takınmaktadır.

v. Kanun Yapma Yöntemleri

Hukuk devleti ile demokrasi arasındaki yakın ilişki dolayısıyla çıkarılan kanunların hem parlamento içinde hem de dışında mümkün olan en geniş katılımı ile çıkarılması, hem kanunların meşruiyetini artıracaktır hem de daha istikrarlı bir hukuk düzeninin kurulmasına ve sürdürülmesine imkan verecektir. Bu bakımdan kanun yapım süreci ile hukuk devleti arasında da doğrudan bir ilişki bulunmaktadır.

Hukuk Devleti Kontrol Listesinde bu alt unsuru değerlendirmek üzere şu sorulara yer verilmiştir:

Kanun yapma süreci şeffaf, hesap verilebilir, kapsayıcı ve demokratik midir?

1. Yasama usullerini düzenleyen belirli anayasal kurallar var mıdır?
2. Yasama, kanunun içeriğinin belirlenmesinde üstün güce sahip midir?
3. Kanun teklifi parlamentoda halka açık bir şekilde tartışılmakta mıdır ve yeterince gerekçelendirilmekte midir? (Örneğin açıklayıcı raporlar yoluyla)
4. Halkın kanun teklifine en azından parlamentoya iletildiği zaman erişimi mevcut mudur? Halkın tavsiyede bulunma imkânı var mıdır?
5. Kanun kabul edilmeden önce etki değerlendirilmesi yapılıyor mu? (Örneğin kanunların insan haklarına ve bütçeye etkileri)
6. Parlamento, uluslararası antlaşmaların hazırlanması, kabul edilmesi, akdedilmesi ve uygulanması aşamalarına katılmakta mıdır

Değerlendirme:

Bu unsurun yeterince değerlendirilmesi ayrı bir raporun konusu olabilecek kadar geniştir.⁴⁷ Öncelikle belirtmek gerekir ki hükümet sistemi değişikliğine rağmen yasa önerilerinin çok büyük bir çoğunluğu yürütme tarafından hazırlanmakta, ancak iktidar partisi milletvekillerinin imzasıyla parlamentoya sunulmaktadır. Bu teklif görünümlü tasarıların parlamentoda görüşülmesi sırasında çoğunlukla teklif sahipleri önerilen teklifin içeriğine hâkim olmadığından ger-

⁴⁷ Bu konuda ÖAD'nin yürüttüğü Yapısal Reformlar Projesi Kapsamında, Ömer Faruk Gençkaya tarafından hazırlanan rapor için bkz. Güçler Ayrılığı, Denge ve Denetleme ile Yasama ve Yürütme İlişkileri, <https://yapisalreformlar.com/wp-content/uploads/2020/02/Gucler-Ayriligi-Denge-ve-Denetleme-ile-Yasama-ve-Yurutme-Iliskileri-O.-F.-Genckaya.pdf>

çek bir müzakere gerçekleştirilememekte ve çoğunluk temsilcileri tekliflerin geldiği gibi komisyonlardan geçirilmesi yönünde katı bir tutum takınmaktadır.

İkinci olarak bu şekilde yürütmenin hazırladığı öneriler gerçek bir müzakereye imkan verilmeden çok hızlı bir şekilde içtüzükte öngörülen sürelerle bile uyulmadan hızlıca komisyonlardan geçirilerek doğrudan Genel Kurul önüne getirilmektedir. Mesela yakın tarihli bir örnek olarak 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun Teklifi 16.12.2020 tarihinde TBMM'ye sunulmuş, ertesi günü saat 11:00'de Adalet Komisyonuna havale edilmiş ve Komisyonun 18.12.2020 günü saat 14:00'te toplanacağı belirtilmiştir. Kapsamlı bir uluslararası hukuk boyutu olan yasa teklifinde aynı zamanda dokuz farklı kanunda değişiklik yapılması da öngörülmüştür. Yardım Toplama Kanunu, Dernekler Kanunu gibi kanunlarda değişiklik yaparak sivil topluma ilişkin önemli kısıtlamalar getiren böyle bir teklifin komisyon müzakeresine başlamadan önemli bir hazırlık çalışması yapılması gerekirken muhalefet milletvekillerine içtüzükte öngörülen minimum 48 saatlik sürenin bile tanınmadığı görülmektedir. 18 ve 19 Aralık tarihli iki oturumda 43 maddelik Teklif görüşülerek kabul edilmiş ve Genel Kurula sunulmuştur, 27.12.2020 tarihinde Genel Kurulda kabul edilen Kanun, Cumhurbaşkanınca imzalanarak 31.12.2020 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Görüldüğü gibi pek çok kanunda değişiklik yapan, temel hak ve özgürlüklere ciddi bir sınırlama getiren bu nedenle de sivil toplum kuruluşlarının tepkisini çeken⁴⁸ ve uluslararası kamuoyunun itiraz ettiği⁴⁹ bir teklif Meclise sunulmasından itibaren 15 gün içinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tek başına bu örnek bile yasa yapım sürecinde ne parlamento içinde muhalefet partilerinin ne de parlamento dışında sivil toplumun katılımına imkân verilmeden ve sesleri dinlenmeden kanunların kabul edildiğini göstermeye yeterlidir.

Torba kanun uygulaması TBMM içinde kanunların müzakeresini engellemektedir. Tamamen farklı ihtisas komisyonlarının uzmanlık alanına giren

⁴⁸ 694 sivil toplum kuruluşu teklifin geri çekilmesi için imza vermiştir. Bkz. <https://siviltoplumsusturulamaz.org/>

⁴⁹ *Üç Birleşmiş Milletler Özel Raportörü, Terörle Mücadele Ederken İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesi Özel Raportörü, Barışçıl Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Özel Raportörü ve İnsan Hakları Savunucularının Durumu Özel Raportörü*, Kanuna ilişkin bir görüş açıklayarak endişelerini Hükümete ilemişlerdir. <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gld=26004>

2018 yılında yapılan seçimlerden sonra yeni sistemin yürürlüğe girmesinin ardından 2020 yılı Temmuz ayına kadar geçen iki yıl içinde TBMM, Uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması ve bütçe-kesin hesap kanunları dışında 52 kanun kabul etmiş, bu 52 kanundan 39'unun adında "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ibaresi yer almaktadır. Yani bu 39 kanunun her birisi ile en az üç kanunda değişiklik yapılmıştır.

farklı kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin torba kanun teklifleri tek bir komisyonda (genellikle bu kanunlar mali hükümler de içerdiğinden Plan ve Bütçe Komisyonunda) görüşülerek kabul edilmekte ve Genel kurula sunulmaktadır. Onlarca farklı kanunda ve oldukça teknik konulardaki düzenlemelerin tek bir komisyonda layıkıyla tartışılması mümkün değildir. 2018 yılında yapılan seçimlerden sonra yeni sistemin yürürlüğe girmesinin ardından 2020 yılı Temmuz ayına kadar geçen iki yıl içinde TBMM, Uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması ve bütçe-kesin hesap kanunları dışında 52 kanun kabul etmiş, bu 52 kanundan 39'unun adında "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ibaresi yer almaktadır. Yani bu 39 kanunun her birisi ile en az üç kanunda değişiklik yapılmıştır.

Böyle bir yasa yapım yöntemi ile kanunların gerçekten müzakere edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, bu şekilde yapılan değişikliklerle hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik de önemli ölçüde zedelenmektedir. Zira bu şekilde yapılan değişiklikleri kamuoyunun hatta, kanun uygulayıcıların takip edebilmesi mümkün değildir.

Bir başka sorunlu uygulama da temel kanun uygulamasıdır. Bazen de torba kanunlar temel kanun şeklinde görüşülmektedir ki bu hiçbir şekilde kabul edilemez. Temel kanun uygulaması, TBMM'de kanun tekliflerinin madde madde değil, bir grup maddenin grup halinde görüşülmesine olanak veren bir yöntem olup, yasa metinlerinin etraflı bir şekilde müzakere edilmesini imkânsız hale getirmektedir.

Hiçbir kanun teklifi hakkında düzenleyici etki analizi yapılmamaktadır. 2006 yılında bu konuda yönetmeliğe hüküm konulmuş olmasına rağmen hiçbir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Düzenleyici etki analizi, önerilen yasa değişikliğinin getireceği mali yükün, sosyal ve ekonomik etkilerinin analiz edilmesini ve teklifle birlikte sunulmasını gerektirmektedir. Ancak böyle bir yöntem hem zaman alıcı hem de uzmanlık gerektirdiğinden ve bir teklifte bulunurken bunun doğuracağı sonuçların önceden çalışılması gerektiğinden hiçbir bürokrat ya da milletvekili böyle bir zahmete girmemektedir. Oysa böyle bir çalışma yapılması, kanunun toplumsal yararını ve maliyetini ortaya koyması açısından hayati öneme sahiptir. Bu nedenle İktisadî değişiklik yapılarak düzenleyici etki analizi yapılması zorunlu hale getirilmelidir.

Buna bağlı olarak tekliflerin gerekçeli yazılma yükümlülüğü de işlevsel hale getirilmelidir. Bir düzenlemeye niçin ihtiyaç duyulduğunun etraflı bir şekilde açıklandığı yer teklifin gerekçesidir. Ancak uygulamada yazılan gerekçelerin

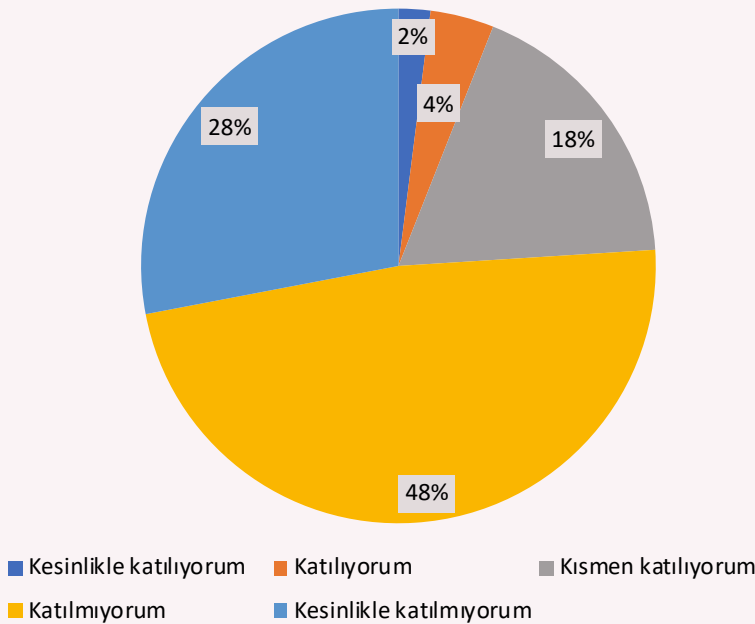
sadece hükmün tekrarından ibaret olduğu, bu kuralı gerekli kılan toplumsal ve ekonomik sebeplerin etraflı bir şekilde açıklanmadığı görülmektedir.

TBMM İçtüzüğünde kanun tekliflerinin alenileştirilerek kamuoyunun katkısına açılmasını öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yasama sürecine halkın katılımı açısından böyle bir yöntem hayati öneme sahiptir. Bazı ülkelerde yasa teklifleri komisyonlara havale edilmeden Meclisin sayfasında yayınlanmakta ve asgari bir süre (mesela bir ay) boyunca halkın ve sivil toplumun, parlamento dışı partilerin söz konusu teklife katkıda bulunmasına olanak tanınmaktadır. Bu katkılar toplandıktan sonra komisyon aşamasına geçilerek, milletvekillerinin çok daha hazırlıklı bir şekilde müzakerelere katılması sağlanmaktadır. İçtüzükte bu yönde bir değişiklik yapılması gerekir.

Nihayet, İçtüzükte yer alan ve muhalefet milletvekillerinin yasama sürecinde etkinliğini kısıtlayan hükümlerin gözden geçirilerek daha fazla katılıma olanak tanınması gerekir. Ayrıca Komisyon görüşmelerinin sivil toplumun ve parlamento dışı partilerin aktif katılımına açık hale getirilmesi gerekir. Unutulmamalıdır ki, aşırı hız trafikte olduğu gibi yasa yapımında da felakete yol açar. İçtüzüğün perspektifi “hızlı kanun yapımından” “katılımcı kanun yapımına” çevrilmelidir.

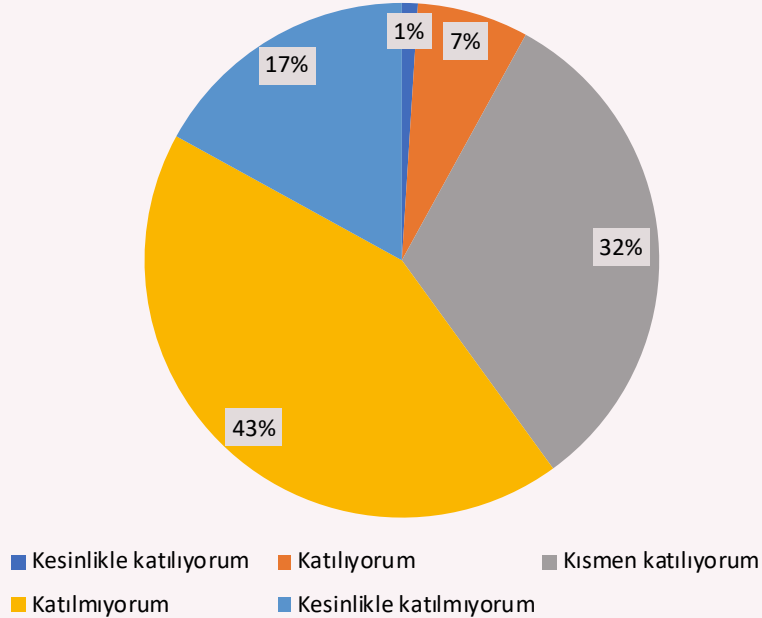
Hiçbir kanun teklifi hakkında düzenleyici etki analizi yapılmamaktadır. 2006 yılında bu konuda yönetmeliğe hüküm konulmuş olmasına rağmen hiçbir şekilde uygulanmadığı görülmektedir.

Grafik 5: Kanunlar çıkarılmadan önce kamuoyunda yeterince tartışılır.



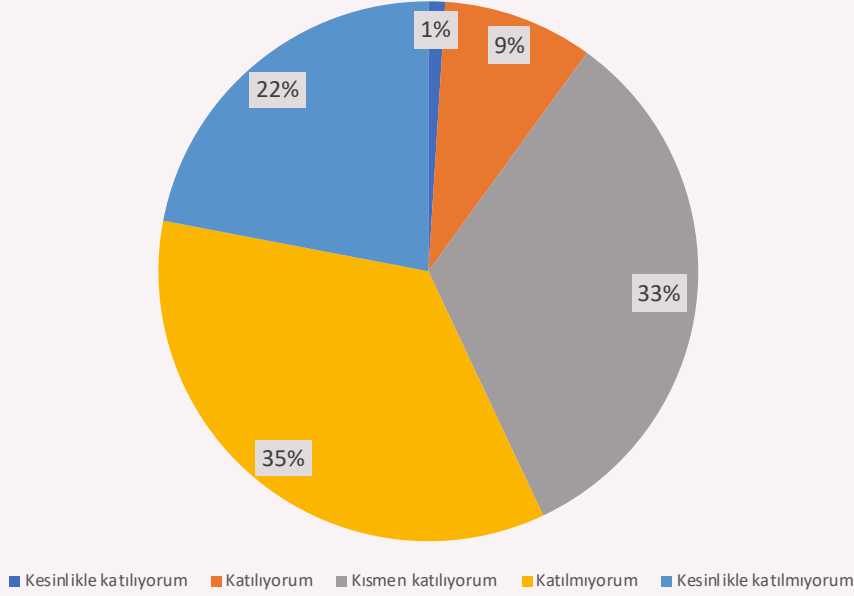
ÖAD tarafından uygulanan ankette katılımcılara bu konuda dört farklı soru yöneltilmiştir. Katılımcılar “*Kanunlar çıkarılmadan önce kamuoyunda yeterince tartışılır.*” yargısına katılıp katılmadıkları şeklindeki soruya katılımcıların %2’si kesinlikle katılıyorum seçeneğini işaretlerken %4’ü katılıyorum ve %18’i kısmen katılıyorum seçeneğini işaretlemiştir. %28’i bu ifadeye kesinlikle katılmazken %48’i katılmadıklarını ifade etmiştir. Görüldüğü gibi yasa yapım sürecine kamuoyunun katılımı konusunda katılımcıların %76’sı katılıma izin verilmediği görüşündedir. %18 kısmen katılım imkânı olduğu görüşünderken yalnızca %6 kamuoyunun kanunları yeterince tartıştığı kanaatindedir.

Grafik 6: Kanunlar kabul edilmeden önce TBMM’de yeterince müzakere edilir.

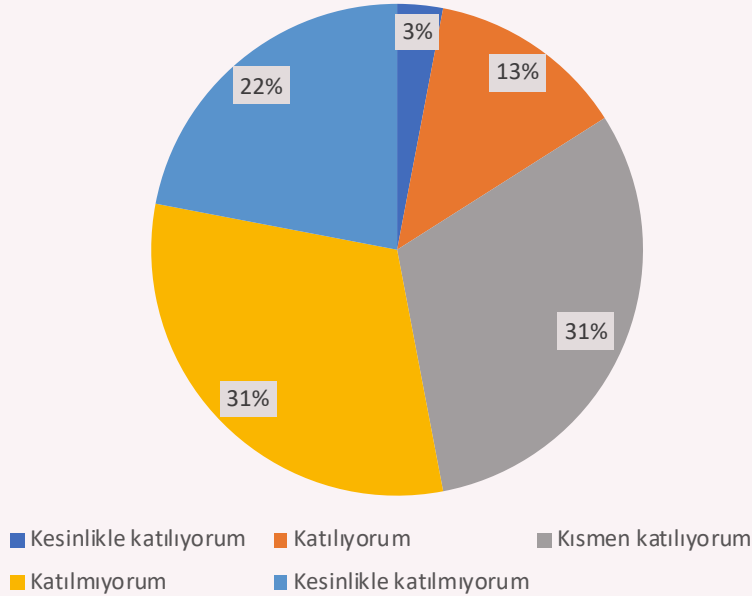


Kanunların parlamentoda yeterince müzakere edilip edilmediğine ilişkin düşüncelerini almak amacıyla sorulan “*Kanunlar kabul edilmeden önce TBMM’de yeterince müzakere edilir.*” yargısına katılıp katılmadıkları şeklindeki soruya katılımcıların %43’ü katılmadıklarını belirtirken %17’si kesinlikle katılmadıklarını belirtmişlerdir. Katılımcıların %32’si ifadeye kısmen katıldıklarını %7’si katıldıklarını ve %1’i ise kesinlikle katıldıklarını işaretlemişlerdir. Görüldüğü gibi katılımcıların %60’ı kanun tekliflerinin parlamentoda yeterince müzakere edilmediğini düşünmektedir. %32’i ise kısmen müzakere edildiğini düşünmektedir. Yeterli müzakere yapıldığını düşünenler ise yalnızca %8’dir.

Grafik 7: Teklif edilen kanunların muhtemel sosyal ve ekonomik etkileri önceden hesaplanır ve değerlendirilir.



Grafik 8: Adaletsiz ve insan haklarını ihlal eden kanunlar çıkarıldığına inanmıyorum



Uygulamada fiilen düzenleyici etki analizi yapılmamasına rağmen katılımcılara, açıkça “Düzenleyici Etki Analizi” terimini kullanmadan böyle bir değerlendirme yapıp yapılmadığı konusundaki görüşleri sorulmuştur.

“Teklif edilen kanunların muhtemel sosyal ve ekonomik etkileri önceden hesaplanır ve değerlendirilir.” yargısına katılıp katılmadıkları şeklindeki soruya katılımcıların %1’i kesinlikle katıldıklarını belirtirken %9’u katıldığını ve %33’ü ise kısmen katıldığını belirtmişlerdir. Katılımcıların %22’si ilgili ifadeye kesinlikle katılmazken %35’i katılmadıklarını ifade etmişlerdir.

Son olarak katılımcılara yasama sürecinin sonucuna ilişkin algılarını ölçmek amacıyla *“Adaletsiz ve insan haklarını ihlal eden kanunlar çıkarıldığına inanmıyorum.”* yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %3’ü kesinlikle katılıyorum seçeneğini işaretlerken %13’ü katılıyorum ve %31’i kısmen katılıyorum demişlerdir. Katılmıyorum seçeneğini işaretleyenler katılımcıların %31’i iken kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretleyenler ise %22 oranına sahiptir.

vi. Olağanüstü Hallerde İstisnalar

Devletin ve toplumun varlığını ve güvenliğini tehdit eden hallerde bu tehditle mücadele etmek amacıyla geçici olarak yürütmenin yetkilerinin artırılması ve haklara olağan dönemlere göre daha fazla kısıtlama getirilmesi bütün uluslararası sözleşmeler ve ulusal anayasalarda tanınan bir istisnadır. Ancak bu istisnai rejimin de bir hukuk rejimi olduğu ve keyfi uygulamalara imkân verilmemesi gerekir. Ne var ki, olağanüstü hâl yetkilerinin genellikle otoriter rejimler tarafından, muhalefeti susturmak ve genel olarak kişilerin haklarını sınırlandırmak için kullanılması oldukça yaygındır. Bu yüzden bu yetkilerin süre, olay ve kapsam bakımından sıkı bir şekilde sınırlandırılması esastır. Devlet güvenliği ve kamu düzeni ancak hukuk devletine tamamen saygı gösterilen bir demokraside etkili bir şekilde korunabilir. Bu güvence- nin sağlanması için, yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek amacı ile, ilan edilen olağanüstü halin varlığı ve süresi parlamento kontrolünde olmalı ve yargı denetimine tabi tutulmalıdır.⁵⁰

Olağanüstü hallerde de hukuk devletine uygun bir yasal çerçevenin kurulup kurulmadığını belirlemek açısından Kontrol listesinde şu sorulara yer verilmiştir:

Olağanüstü hallerdeki istisnalar kanunlarda öngörülmüş müdür?

1. Olağanüstü hallerde (savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden diğer olağanüstü hallerde) uygulanabilecek özel ulusal hükümler mevcut

⁵⁰ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 51.

mudur? Olağanüstü hal durumunda, ulusal hukukta düzenlenmiş olan haklara ilişkin yükümlülüklerin askıya alınması mümkün müdür? İstisnai durumu tetikleyecek gerekli olaylar ve koşullar nelerdir?

2. Ulusal hukuk, olağanüstü hâl durumlarında bile, belirli haklardan sapmayı yasaklayıcı düzenlemeler içermekte midir? Süre, olay ve kapsam yönünden askıya alma, durumun gerektirdiği ölçüyle sınırlı olacak şekilde ölçülü müdür?³⁴
3. Olağanüstü hâl durumunda yürütmenin olağan güçler ayrılığından sapma olasılığı belirli bir süre, olay ve kapsamla sınırlı mıdır?
4. Bir olağanüstü halin tespitinde uygulanan usul nedir? Olağanüstü hâlin varlığı, süresi ve olağanüstü halden gerçekleşecek herhangi bir sapmanın kapsamı parlamentonun kontrolü veya yargının denetimine tabi midir?

Değerlendirme:

Türkiye’de genel olarak olağanüstü halin anayasal çerçevenin uluslararası hukuka uygun olduğu söylenebilir. Olağanüstü hal rejimi, bu rejime geçiş nedenleri, OHAL ilanının parlamento denetimine sunulması, süre koşulu, Olağanüstü hallerde haklara getirilebilecek sınırlamalar bakımından Anayasanın 119 ve 15. maddesi ile AİHS m.15 ve UMSHS m.4 arasında önemli bir paralellik olduğu söylenebilir. Ancak uygulamada çok ciddi sapmaların yaşandığı açıktır.

Öncelikle OHAL KHK’ları ile ilgili olarak uygulamada, yazılı anayasal hükümlerden önemli bir sapmasının bulunduğu belirtilmelidir. Şöyle ki; 2017 değişikliği öncesinde Anayasanın 121/2 maddesinde, değişiklik sonrasında ise 119. Maddenin beşinci fıkrasında olağanüstü hallerde Anayasanın 15. maddesine göre temel hakların nasıl kısıtlanacağını kanunla düzenleneceği açık bir şekilde hükme bağlanmış olmakla birlikte uygulamada ve doktrinde OHAL KHK’ları ile temel haklarda sınırlama yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu görüşe dayanak olarak da Anayasa’nın mülga 91/1. maddesinde yer alan “sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere (...) temel haklar kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez” hükmü gösterilmektedir. Ancak bu görüş ileri sürülürken “düzenleme” ile “sınırlama”nın farklı kavramlar olduğu göz ardı edilmektedir. Anayasanın 121. maddesinde olağanüstü hallerde temel haklara getirilecek sınırlamaların kanunla düzenleneceği belirtilirken 91. maddede bu haklarla ilgili olarak

**TBMM İçtüzü-
ğünde acilen
değişiklik ya-
pılarak OHAL
CBK'larının
meclis kararıyla
onaylanması
açık bir şekilde
düzenlenmelidir**

KHK ile düzenleme yapılabileceği söylenmektedir. Dolayısıyla bu iki kural arasında çatışma değil uyum söz konusudur. Temel haklara yönelik sınırlamalar Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenecek, ancak somut OHAL durumunda OHAL kanunundaki sınırlamaların hangilerinin nasıl uygulanacağı OHAL KHK'ları ile düzenlenecektir.

Aynı durum mevcut halde Anayasanın 119. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları açısından da geçerlidir. Aynı maddenin ardışık iki fıkrasının birbiriyle çatışan iki kural öngördüğü kabul edilemez. Mevcut durumda da OHAL durumunda temel hakların nasıl sınırlandırılacağı olağanüstü hal kanunu ile yapılmak zorundadır. Ancak somut OHAL ilan edildiğinde kanunda yer alan sınırlamalardan hangilerinin nasıl uygulanacağı OHAL CBK'ları ile sınırlandırılabilir.

Ancak uygulamada OHAL Kanununda düzenlenmemiş pek çok sınırlamanın OHAL KHK'ları ile yapıldığı ve bu KHK'ların ne TBMM onayı öncesinde ne de sonrasında bu açıdan AYM tarafından denetlenmediği yukarıda açıklanmıştır.

Bu alanda sorunlu olan bir husus da değişiklik öncesi OHAL KHK'larının, değişiklik sonrasında ise OHAL CBK'larının TBMM tarafından nasıl onaylanacağı sorunudur. Mevcut uygulamada bu onay kanun şeklinde yapılmaktadır ki bu oldukça sorunlu bir durum yaratmaktadır. Bu onaylamanın bir meclis kararı şeklinde olması gerekir. Yoksa onaylamanın kanun şeklinde yapılması halinde KHK ve CBK ile düzenlenemeyecek pek çok husus da bu şekilde kanun haline gelmekte ve Anayasaya aykırı bir şekilde olağanüstü halin süresini aşacak şekilde hüküm doğurmaktadır. Bu durum OHAL CBK'ları açısından daha da vahim bir durum yaratmaktadır. Zira CBK ile kanunlarda değişiklik yapılamaz. 119//6 istisnası da bu konuda değişiklik yapmamaktadır. Ancak OHAL CBK'sı ile Anayasaya aykırı bir şekilde kanunlarda değişiklik yapılırsa, onamanın kanun şeklinde yapılmasıyla bu anayasaya aykırılık kalıcı hale getirilecektir. Bu nedenle TBMM İçtüzüğünde acilen değişiklik yapılarak OHAL CBK'larının meclis kararıyla onaylanması açık bir şekilde düzenlenmelidir.

ÖAD anketinde bu konuda soru sorulmamıştır.

vii. Kanunu Uygulama Görevi

Kanunun tam uygulanması nadiren mümkün olsa da kanuna uyulması, hukuk devletinin temel bir gerekliliğidir. Bu, özellikle devlet organlarının, hukuku

etkili bir şekilde uygulaması gerektiği anlamına gelmektedir. Kanun yalnızca kâğıt üzerinde kaldığı, gereği gibi uygulanmadığı takdirde hukuk devletinin özü zedelenir. Kanunun uygulanması üç katmandan oluşmaktadır: bireylerin kanuna uyması, kanunun devlet tarafından makul bir şekilde uygulanması ve devlet görevlilerinin kendilerine tanınan yetki sınırları içerisinde hareket etmesi. Kanunun etkili bir şekilde uygulanmasındaki zorluklar sadece yetkililerin illegal veya ihmali davranışlarından dolayı oluşmaz; aynı zamanda mevzuatın niteliği de uygulamayı güçleştirebilir. Bu yüzden kanunun gerçekte uygulanabilir olup olmadığının, kabul edilmeden önce değerlendirilmesi, kabul edildikten sonra etkili bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının kontrol edilmesi kadar önemlidir. Bu demektir ki, hukuk devletinden bahsederken, ex ante ve ex post kanun incelemesi mutlaka gerçekleştirilmelidir.⁵¹

Kanunun gerçekte uygulanabilir olup olmadığının, kabul edilmeden önce değerlendirilmesi, kabul edildikten sonra etkili bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının kontrol edilmesi kadar önemlidir.

Yeterli yaptırımların mevcut olmaması (lex imperfecta) veya bu yaptırımların uygulanmalarının yetersiz ya da ayrımcı olması kanunların düzgün bir şekilde uygulanmasını engelleyebilir.

Hukuk devletine uyum açısından bu alt unsuru değerlendirmek üzere Kontrol Listesinde şu sorulara yer verilmiştir:

Kamu görevlilerinin hukuku etkili bir şekilde uygulamalarını sağlayacak hangi tedbirler alınmıştır?

1. Kanunun uygulanmasında ortaya çıkabilecek zorluklar, kanunun kabul edilmesinden önce ve sonra incelenmekte midir?
2. Kanunların uygulanmamasına karşı etkili başvuru yolları mevcut mudur?
3. Kanunda, kanuna uyulmaması halinde uygulanacak açık ve özel yaptırımlar düzenlemiş midir?
4. Kamu otoritelerinin bu yaptırımları uygulayabileceği katı ve uyumlu bir kanuni yaptırım sistemi mevcut mudur?
5. Bu yaptırımlar istikrarlı olarak uygulanmakta mıdır?

Değerlendirme:

Ülkemizde kanunlara uyulmasında çıkabilecek zorlukları değerlendiren özel bir usul bulunmamaktadır. Bu hususların TBMM'de komisyon ve genel kurul görüşmelerinde ele alınması gerekir. Ancak bu yönden özel bir

⁵¹ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 53.

inceleme usulü Meclis İctüzüğünde de yer almamaktadır. Meclis dışında zaten buna yönelik bir mekanizma bulunmamaktadır.

Kanunların uygulanmaması halinde uygulamayan idare aleyhine ilgililerin dava açma imkânı bulunmaktadır. Bunun için önce idari başvuru mekanizmasının işletilmesi ve 60 gün içinde cevap verilmemesi halinde dava açma yoluna gidilmesi gerekmektedir. Ancak bu yolun ne derece etkin olduğu idari yargının tarafsız ve bağımsız karar verme kapasitesine ve etkinliğine bağlıdır. Aşağıda incelenecek olan yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar kanunların uygulanmasını ya da uygulanmaması veya seçici ya da ayrımcı şekilde uygulanmasını da etkilemektedir.

Kanunlar uygulamayanlara ilişkin hangi yaptırımların uygulanacağını da yine kendileri çoğunlukla düzenlerler. Ama bu yaptırımların ne ölçüde katı ve istikrarlı uygulandığı, önemli ölçüde muhatabın kim olduğuna bağlı olduğu söylenebilir. Esasen bu durum başlı başına uygulamanın istikrarsızlığının delili olarak görülebilir.

ÖAD anketinde yer alan ve yukarıda incelenen “*Hukuka aykırı bir işlem yapılırsa bunun yargı tarafından iptal edileceğinden eminim*” sorusunun bu alt başlık açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

viii. Kamu Hizmeti Veren Özel Kişiler

Karma (Kamu-Özel) kuruluşların ya da özel kuruluşların yetkili kılındığı cezaevi yönetimi ve sağlık hizmeti gibi -geleneksel olarak devlet makamlarının yetki alanında olan- devletin otoritesi altında, birçok alan bulunmaktadır. Hukuk devleti ilkesi bu durumlarda da uygulanmalıdır.⁵²

Bu unsura uyum açısından Kontrol Listesinde şu soruya yer verilmiştir:

Geleneksel olan kamu hizmetlerini kısmen veya tamamen üstlenen, hareketleri ve kararları bireyler üzerinde kamu otoriteleri gibi etkili olan devlet dışı organlar için de hukuk devleti ilkesinin koşulları geçerli midir ve onlar da kamu otoriteleri gibi hesap vermekle yükümlü müdür?

Değerlendirme:

Ülkemizde kamu fonksiyonlarının özel sektöre devredildiği bazı alanlar olmakla birlikte, özellikle cezaevi yönetimi, güvenlik gibi doğrudan güç

⁵² Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 56.

kullanma yetkisi içeren görev devri pek yaygın değildir. Bu şekilde devrin söz konusu olduğu hallerde de genellikle bu otoriteler yasal yükümlülüklerle tabidir. Bu konuda ilginç bir örnek olarak internete erişim engelleme kararlarını uygulama yetkisinin bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB) verilmesi olduğu söylenebilir. 5651 sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddesine göre verilen erişimin engellenmesi kararlarını bu kurum uygulamaktadır. 5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesi kuruma hakimlik kararıyla erişime engellenen bir içeriğin aynen başka bir sitede yayınlanması halinde talep üzerine doğrudan erişime engelleme yetkisi vermektedir. Bu tür kararların nasıl denetleneceği konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Kurum kanunda yer almayan durumlarda yetki kullanması nedeniyle açılan davalarda kendisinin işlemin tarafı olmadığı savunması yapmaktadır.

Dolayısıyla kamunun yetkilerini özel kuruluşlara devrettiği hallerde özel kuruluşların yetkilerinin ve sorumluluklarının da açıkça yasalarla düzenlenmesi ve denetiminin öngörülmesi bir zorunluluktur.

b. Hukuki Belirlilik

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri, bireylerin kendilerini hukuki güvenlik içinde hissetmeleridir. Hangi fiil ve duruma hangi hukuki sonucun bağlanacağını kişiler tarafından öngörülebilmesi bireylerin özgürlüğünün temel güvencelerinden biridir. Çünkü bireyler hangi fiillerine ne tür bir sonuç bağlanacağını önceden bilirlerse, tercihlerini buna göre yapma ve tercihlerinin sonucuna katlanma imkanına sahip olabilirler. Bu nedenle hukukun bireylere hukuki öngörülebilirlik sağlaması, bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur.

Bireyler ancak öngörülebilirliğin ve hukuki güvenliğin olduğu yerlerde uzun dönemli kararlar alabilirler ve uzun dönemli taahhütler altına girebilirler. Bu nedenle hukuki belirlilik aynı zamanda ekonomik gelişmenin ve kalkınmanın da temelini oluşturur.

Hukuk devleti Kontrol Listesinde hukuki belirlilik ilkesinin alt unsurları olarak: kanunların erişilebilirliği, mahkeme kararlarına erişim, kanunların öngörülebilirliği, hukukun istikrarlı ve tutarlı olması, meşru beklenti, geriye yürümezlik, 'Kanunsuz suç olmaz' ve 'Kanunsuz ceza olmaz' ilkeleri ve kesin hüküm (Res Judicata) alt unsurlarına yer verilmiştir.

Bireyler ancak öngörülebilirliğin ve hukuki güvenliğin olduğu yerlerde uzun dönemli kararlar alabilirler ve uzun dönemli taahhütler altına girebilirler. Bu nedenle hukuki belirlilik aynı zamanda ekonomik gelişmenin ve kalkınmanın da temelini oluşturur.

Yaygın şekilde torba kanun uygulaması ile tek bir kanun ile pek çok farklı kanunda değişiklik yapılması dolayısıyla yapılan değişikliklerin takip edilmesi ve anlaşılmasında ciddi bir sıkıntı olduğu ve bunun da kanunların erişilebilirliğini etkilediğini söylemek abartılı olmayacaktır.

i. Kanunların Erişilebilirliği

Hukuki belirlilikten söz edilebilmesi için öncelikle yürürlükteki kanunların erişilebilir olması gerekir. Erişilebilirlik aynı zamanda anlaşılabilirliği de kapsamaktadır.

Kanunlar erişilebilir midir?

1. Bütün kanunlar yürürlüğe girmeden önce yayımlanmakta mıdır?
2. Kanunlar kolayca erişilebilir mi? Örneğin, internet üzerinden bedava ve/veya resmi bülten yoluyla?

Değerlendirme:

Türkiye’de bütün kanunların yürürlüğe girebilmesi için Resmî Gazete’de yayımlanması zorunludur. Anayasanın 89. maddesine göre Cumhurbaşkanı TBMM’de kabul edilen kanunları 15 gün içinde yayımlar. Diğer taraftan bütün kanunlar www.mevzuat.gov.tr internet adresinden erişilebilir durumdadır. Bu siteye açık erişim mevcut olup herhangi bir ücrete tabi değildir.

Ancak, yaygın şekilde torba kanun uygulaması ile tek bir kanun ile pek çok farklı kanunda değişiklik yapılması dolayısıyla yapılan değişikliklerin takip edilmesi ve anlaşılmasında ciddi bir sıkıntı olduğunu ve bunun da kanunların erişilebilirliğini etkilediğini söylemek abartılı olmayacaktır.

ii. Mahkeme Kararlarına Erişim

Mahkeme kararları, kanunun anlamını tespit ettiği, ayrıntıları ortaya çıkardığı ve netleştirebildiği için bu kararlara erişim, kanunların belirliliğinin bir unsurudur. Mahkeme kararlarının kural olarak, yargılamanın açıklığının bir gereği olarak kamuya açık ve erişilebilir olması gerekir. Ancak kişisel verilerin korunması, kişilik haklarının ve ticari sırların korunması gibi nedenlerle belli bilgilerin kapatılması meşru görülebilir. Ayrıca hukuk sükelerinin hukuka uygun bir şekilde hareket edebilmeleri için hukuk yeterli kesinlik ve açıklıkta düzenlenmelidir.

Mahkeme kararları erişilebilir midir?

1. Mahkeme kararlarına kolay bir şekilde kamusal erişim mevcut mudur?
2. Erişime getirilen istisnalar yeterince gerekçelendirilmekte midir?

Değerlendirme:

Türkiye’de mahkeme kararlarına erişim bakımından en kolay ulaşılabilen kararlar Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin komisyon kararları dışındaki tüm kararları Mahkemenin internet sitesinde yayımlanmaktadır.

Diğer yüksek mahkemeler bazı kararlarını kişisel verilerden arındırarak yayınlamaktadır. Ancak bütün kararlara basılı olarak ya da çevrimiçi ulaşılabilmesi mümkün değildir. İlk derece ve İstinaf kararlarına ise ulaşım da ciddi bir zorluk olduğu belirtilmelidir.

iii. Kanunların Öngörülebilirliği

Öngörülebilirlik sadece kanunun ne şekilde sonuç doğuracağını önceden anlaşılabilir olması değil, aynı zamanda bireylerin bir davranışı yaptığında bunun hukuka uygun olup olmadığını da yeterli bir kesinlik ve açıklıkta bilebilmesini de gerektirir. Gerekli öngörülebilirlik derecesi kanunun türüne bağlı olarak değişebilir. Bazı teknik konulardaki düzenlemeleri her sıradan insanın anlamaması sorun teşkil etmeyebilir. Önemli olan bir uzman yardımıyla yasanın doğuracağı sonuçların makul olarak önceden tahmin edilebilir olmasıdır. Olası tehlikelere karşı alınan tedbirlerin önemi giderek artmaktadır; değişen teknolojinin bir sonucu olarak çoğalan riskler nedeniyle bu meşru bir değişimdir. Ancak, risk hukuku gibi kanunlarda önleyici bir yaklaşımın uygulandığı alanlarda devlet müdahalesinin ön koşulları daha geniş ve belirsiz bir şekilde tasarlanmaktadır; ama hukuk devletine göre, öngörülebilirlik arka plana konulamaz. Ancak öngörülebilirlik ceza kanunları açısından özellikle çok önemlidir.

Kanunların etkileri öngörülebilir mi?

3. Kanunlar anlaşılabilir bir şekilde mi yazılmıştır?
4. Yeni kanun, önceki kanunun yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığını veya değiştirilip değiştirilmediğini, hangi hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığını veya değiştirildiğini açıkça belirtmekte midir? Kanun değişiklikleri üzerinde uzlaşmış ve kamuya açık bir kanun versiyonunda mı birleştirilmiştir?

Değerlendirme:

Türkiye’de kanunların öngörülebilirliği açısından en büyük sorun özellikle terör mevzuatının çok geniş yorumlanması meselesidir. Türkiye’de terör mev-

zuatının geniş yorumlanması çok uzun yıllardan beri önemli bir sorun olma-ya devam etmektedir. Ancak son yıllarda bu sorun daha kritik bir hal almıştır.

AİHM Sözleşmede güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü gibi hakların kullanımı niteliğindeki faaliyetlerin terör suçları ve terör örgütü üyeliği için delil olarak sayılması nedeniyle pek çok ihlal kararı vermiştir. AİHM, 2000’li yıllarda verdiği kararlarda⁵³ çeşitli ifade şekillerinin örgüt üyeliği veya örgüte yardım suçları kapsamında cezalandırılmasının ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Ancak AİHM bu başvurularda yalnızca ilgili başvurucunun temel haklarına yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığı tespiti ile ihlal kararları verirken, son yıllarda sorunun sistematik olduğunu ve yasaların yerel yargı organları tarafından öngörülemez şekilde yorumlandığını, dolayısıyla düzenlemenin yasa kalitesinde olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermeye başlamıştır.

AİHM önce TCK’nın 220/6 ve 220/7 maddelerinin⁵⁴ daha sonra da Selahattin Demirtaş (2) Büyük Daire kararında 314. maddenin öngörülemez olduğuna karar vermiştir.⁵⁵ AİHM yerel yargı organlarının yasal etkinliklere katılmayı, “örgüte üye olmamakla birlikte örgüte yardım suçu” veya “örgüt adına suç işleme suçu” kapsamında görmesini TCK’nın 220/6 ve 220/7 hükümleri ışığında öngörülemez hale getirdiğini ve Sözleşme kapsamında korunan ifade özgürlüğü (md. 10) ve örgütlenme özgürlüğü (md. 11) haklarının kullanılması niteliğindeki fiillerin suç olarak görülmesinin Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir. Aynı şekilde Demirtaş (2) kararında da Mahkeme başvurucunun 314 madde kapsamındaki suçları işlediği iddiasıyla verilen tutuklama kararının ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edip etmediği bağlamında yaptığı incelemede 314. maddenin öngörülemez şekilde geniş yorumlandığını ve Sözleşmenin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasal dayanaktan yoksun olduğunu karara bağlamıştır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijotovic de 2019 yılında yaptığı ziyaret sonrası yayınladığı raporda, Sözleşme’nin 7. maddesinin terörle mücadele mevzuatının geniş yorumlanmasına olanak tanımadığını vurgulayan Komiser, yerel mahkemelerin, bir suçun unsurlarını, onu öngö-

⁵³ Yılmaz ve Kılıç/Türkiye, no. 68514/01; Gül ve Diğerleri/Türkiye, no. 4870/02

⁵⁴ Işıkırık/Türkiye, no. 41226/09, 14.11.2017; Bakır ve Diğerleri/Türkiye, no. 46713/10, 10.7.2018; İmret/Türkiye (2), no.57316/10, 10.7.2018, Zülküf Murat Kahraman/Türkiye, no. 65808/10, 16.7.2019; Daş/Türkiye, no. 36909/07, 2.7.2019.

⁵⁵ Selahattin Demirtaş /Türkiye (2) [BD], no. 14305/17, 22.12.2020.

rülebilir ve özüne uygun kılacak bir dille açıkça ortaya koymak için özel ihtimam göstermek zorunda olduklarını belirtmiştir. Türkiye’de ceza kanunlarının fazla geniş yorumlanması sorununun temel sebeplerinden birinin Türk yargısına hâkim olan, devletin farz edilen çıkarlarını bireylerin insan haklarından üstün tutma tavrı olduğunu belirten Komiser, diğer nedenin ise TCK’nın ve terörle mücadele mevzuatının, örgüt üyeliğini ispat edecek maddi deliller yokken, yargı makamları tarafından bir terör örgütünün amaçları veya varsayılan talimatlarıyla örtüştüğü kanaati getirilen eylemleri ve beyanları cezalandırmak için kullanılması olduğunu vurgulamıştır.⁵⁶

Venedik Komisyonu mevzuatın geniş yorumlanması sorununa pek çok görüşünde yer verirken Türk Ceza Kanunu’nun bazı maddelerine ilişkin görüşünde zayıf delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesi hususunun, AİHS’nin 7. maddesi bağlamında sorunlar yaratabileceğini belirtmiştir.⁵⁷

Elbette hukukun öngörülebilirliğine ilişkin sorunlar ceza normlarının geniş yorumlanmasından ibaret değildir. Kanunların keyfi ve seçici bir şekilde uygulanması da öngörülemezlik yaratmaktadır. Örneğin bir kural uzun süre hiç kimseye uygulanmamışken, belli bir kişiye çeşitli nedenlere dayalı olarak kuralın uygulanması da öngörülebilirlik açısından sorundur. Bu konuda geçmişte en yaygın uygulamalardan birisi memurların izin almaksızın oturduğu ili terk etmesini yasaklayan kuralın amirler tarafından cezalandırmak istedikleri memurlara keyfi olarak ve seçici bir şekilde uygulanması konusudur.

ÖAD anketinde katılımcılara “*Çıkarılan mevzuatın ne getirdiğini kolaylıkla anlayabiliyorum ve değişiklikleri takip edebiliyorum*” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur.

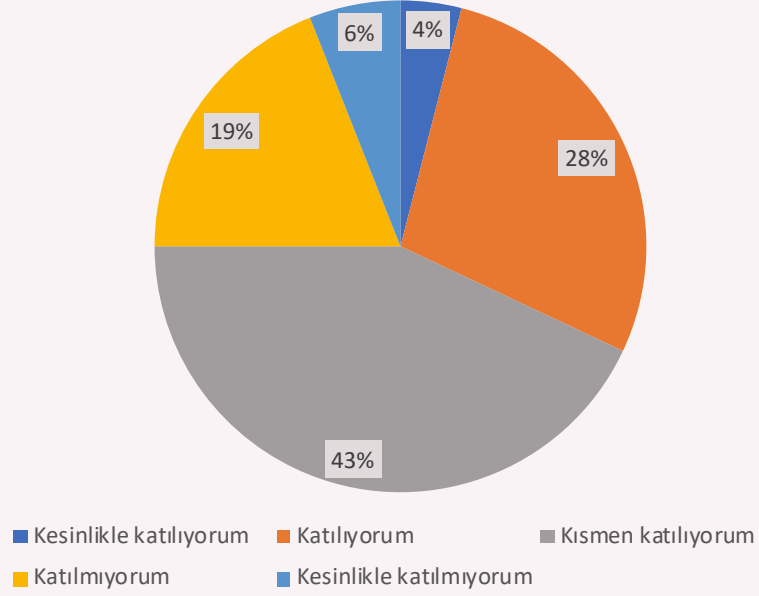
Katılımcıların %4’ü kesinlikle katıldığı söylerken, %28’i katıldığını, %43’ü ise kısmen katıldığını söylemiştir. Dolayısıyla katılımcıların %75’i mevzuatı takip etme konusunda sorun yaşamadığı kanaatindedir. Katılımcıların %19’u katılmıyorum seçeneğini işaretlerken %6’sı kesinlikle katılmıyorum cevabı vermiştir. Böylece katılımcıların %25’i mevzuatı takip bakımından zorluk çektiğini ifade etmiştir.

⁵⁶ Dunja Mijatovic, 1-5 Temmuz 2019 tarihli Türkiye Ziyaretinin ardından yayınlanan Rapor, (CommDH(2020)1) para.37-38.

⁵⁷ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Türk Ceza Kanunu’nun 216, 299, 301 ve 314. Maddelerine İlişkin Görüş, 15 Mart 2016, CDL-AD(2016)002, para. 104-107.

Türkiye’de hukukun istikrarı bakımından en önemli sorun etraflı bir şekilde tartışılmadan ve etki değerlendirme analizi yapılmadan acele ile kanun değişikliklerinin yapılmasıdır.

Grafik 9: Çıkarılan mevzuatın ne getirdiğini kolaylıkla anlayabiliyorum ve değişiklikleri takip edebiliyorum.



iv. Hukukun İstikrarlı ve Tutarlı Olması

Yasama ve yürütmenin faaliyetlerinin istikrarlı ve tutarlı olması bireylerin ilerideki faaliyetlerini planlayabilmesine olanak sağlar. Ancak, tutarlılık kendi başına yeterli değildir; hukuk aynı zamanda değişikliklere uyum sağlayabilecek şekilde olmalıdır. Hukuk değişebilir; ancak bu değişim meşru beklentileri olumsuz etkilemeyecek şekilde, toplumsal tartışma ve bilgilendirme yöntemleri kullanılarak oluşturulmalıdır.⁵⁸

Kanunlar istikrarlı ve tutarlı mı?

1. Kanunlar istikrarlı mı, değiştirilmelerinde ön uyarı ve bilgilendirme metotları kullanılmakta mıdır?
2. Kanunlar tutarlı bir şekilde uygulanmakta mıdır?

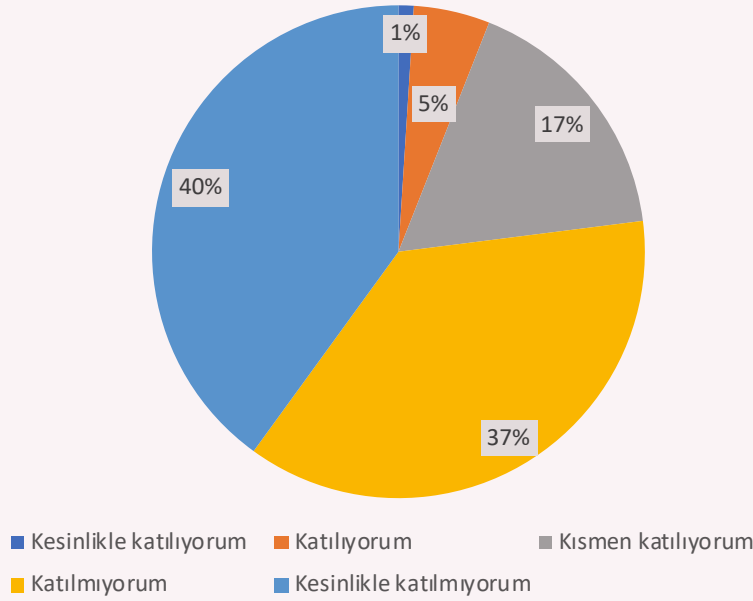
Değerlendirme:

Türkiye’de hukukun istikrarı bakımından en önemli sorun etraflı bir şekilde tartışılmadan ve etki değerlendirme analizi yapılmadan acele ile kanun değişikliklerinin yapılmasıdır. Yukarıda kanun yapımına ilişkin sorunlarla yakından ilgili olan bu durum hukukun istikrarını ve öngörülebilirliğini zedelemek-

⁵⁸ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 60

tedir. Enver Paşaya atfedilen “Yok kanun, yap kanun” anlayışı maalesef bir asır sonra hala devam etmektedir. Her sorunu kanun yaparak çözme ve hızlı kanun yapma anlayışından vazgeçilmeli, geniş müzakere ve yaygın katılımı kanunlar yapılmalı ve zorunlu olmadıkça da değiştirilmemelidir.

Grafik 10: Ülkemizde hukuk yeterince istikrarlıdır ve gerekli olmadıkça kanunlar değiştirilmez.



ÖAD tarafından yapılan ankette katılımcılara “Ülkemizde hukuk yeterince istikrarlıdır ve gerekli olmadıkça kanunlar değiştirilmez.” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %1’i kesinlikle katılırken %5’i katılıyorum seçeneğini %17’si ise kısmen katılıyorum seçeneğini işaretlemiştir. Katılımcıların %37’si ilgili ifadeye katılmazken %40’ı kesinlikle katılmadıklarını ifade etmişlerdir. Görüldüğü gibi katılımcıların %77’si hukukun istikrarlı olduğu ve kanunların ancak gerekli olduğunda değiştirildiği yargısına katılmamaktadır. Bu da katılımcıların yasama faaliyetlerinin önemli bir kısmının gereksiz olduğunu düşündüğünü göstermektedir. Katılımcıların yalnızca %23’ü hukukun nispeten istikrarlı olduğu görüşündedir.

v. Meşru Beklentiler

Hukuki belirlilik ilkesinin gereklerinden biri meşru beklentilere saygı gösterilmesidir. Yani yürürlükteki hukuka uygun olarak belli bir sonuç almak

Meşru beklenti kavramı, istikrarlı bir şekilde uygulanmasa da belli ölçüde idari yargıda ve anayasa yargısında da kabul edilmiştir. Ancak bu konuda yargısal içtihatlar bakımından istikrarlı bir uygulamanın ortaya çıktığını söylemeye olanak bulunmamaktadır.

üzere yatırım yapan, buna göre belli yönde emek ve çaba gösteren kişilerin diledikleri sonuç gerçekleşmeden çıkarılan yeni yasalar yoluyla bu yatırımların boşa çıkarılmaması anlamına gelmektedir. Elbette bu kanunların değiştirilemeyeceği, belli sonuçlar elde etmek için yeni koşullar getirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Fakat bu yeni koşulların uygulanmasında belli geçiş hükümlerine yer verilmek suretiyle, yürürlükte olan hukuka güvenerek belli bir yatırım yapan kişilerin bu yatırımlarının boşa çıkarılmaması anlamına gelmektedir.

Avrupa Birliği hukukunda, hukuki beklentiler prensibi hukuki belirlilik ilkesinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Meşru beklenti doktrinine göre, iyi niyet içerisinde hukuka uygun bir şekilde hareket edenlerin, meşru beklentileri korunmalıdır. Ancak istisnai hallerde, yeni durumların ortaya çıkması neticesinde yapılacak olan meşru beklentileri göz ardı edecek nitelikteki kanun değişiklikleri haklı sayılabilir. Bu doktrin sadece kanunlara uygulanmaz, ayrıca kamusal otoriteleri tarafından verilen bireysel kararlar için de uygulanır.⁵⁹

Değerlendirme:

Türkiye’de genel olarak kanunların meşru beklentileri dikkate alarak çıkarıldığı söylenebilir. Genellikle bir hakkın ya da statünün elde edilmesine ilişkin koşullarda değişiklik yapıldığında mevcut koşullara göre statüyü elde etme sürecine girmiş kişilerin durumu çoğunlukla geçici hükümlerle düzenlenmektedir. Bu şekilde bir geçiş hükmü öngörülme hallerde meşru beklentilerin korunup korunmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Meşru beklenti kavramı, istikrarlı bir şekilde uygulanmasa da belli ölçüde idari yargıda⁶⁰ ve anayasa yargısında⁶¹ da kabul edilmiştir. Ancak bu konuda yargısal içtihatlar bakımından istikrarlı bir uygulamanın ortaya çıktığını söylemeye olanak bulunmamaktadır.⁶²

⁵⁹ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 60

⁶⁰ Mesela bkz. Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/5427, K. 2011/2289 sayılı, 14.06.2011 günlü karar

⁶¹ Mesela bkz. AYM, E.2010/106, K. 2011/55 sayılı, 17.03.2011 günlü karar; E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı, 20.9.2012 günlü karar; E. 2014/61, K. 2014/166 sayılı, 7.11.2014 günlü karar.

⁶² Bkz. Derya Deviner Erguvan, “Türk İdare Hukuku’nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1711-1765

vi. Geriye Yürümezlik

Hukuki belirlilik ilkesinin gereklerinden biri de yasaların geçmişe yürümezliği esasına saygı gösterilmesidir. Özellikle ceza yasalarının geçmişe yürütülmesi kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini de zedeleyecektir. Bu kuralın istisnası lehe olan ceza kurallarının geçmişe yürütülebileceğidir.

Bu konuda Kontrol listesinde şu sorulara yer verilmiştir:

Yasaların geriye yürütmesi yasaklanmış mıdır?

1. Ceza kanunlarının geriye yürütmesi yasaklanmış mıdır?
2. Diğer kanunların geriye yürümezliği hakkında hangi kapsamda genel yasaklar mevcuttur?
3. İstisnalar mevcut mudur ve eğer mevcut ise hangi koşullar altında mevcuttur.

Değerlendirme:

Türkiye’de yasaların geriye yürümemesi ilkesi anayasal düzeyde açıkça tanınmamış olmakla birlikte suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak ceza kanunlarının geçmişe yürütülemeyeceği kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre geçmişe yürürlü ceza yasalarının yapılması Anayasanın 38. maddesine aykırılık oluşturur. Bu ilke disiplin hukuku açısından da geçerli kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi Kanunların geriye yürümezliği ilkesini diğer kanunlar açısından da uygulamaktadır. Ancak bu ilkeye, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi nedenlerle istisna getirilebileceğini kabul etmektedir. Ayrıca kanun koyucunun kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir.⁶³ Son yıllarda bu alanda en önemli sorunlardan biri OHAL döneminde çıkarılan KHK’lar ile getirilen “irtibat ve iltisak” gibi kavramların geçmişe yürürlü olarak uygulanması olduğu belirtilmelidir. Aynı şekilde bazı fiillerin geçmişe yürürlü olarak suç sayılması da hukuki belirlilik ilkesi açısından sorunlu görülmektedir.⁶⁴

Son yıllarda bu alanda en önemli sorunlardan biri OHAL döneminde çıkarılan KHK’lar ile getirilen “irtibat ve iltisak” gibi kavramların geçmişe yürürlü olarak uygulanması olduğu belirtilmelidir. Aynı şekilde bazı fiillerin geçmişe yürürlü olarak suç sayılması da hukuki belirlilik ilkesi açısından sorunlu görülmektedir.

⁶³ AYMK, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 309; Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verdiği karar örnekleri için bkz. E.2010/82, K. 2012/159 sayılı, 18.10.2012 günlü karar, E. 2009/39, K.2011/168 sayılı, 28.4.2011 günlü karar; E. 2014/194, K. 2015/55 sayılı, 17.6.2015 günlü karar.

⁶⁴ AİHM, Atilla Taş/Türkiye, no. 72/17, 19.01.2021

vii. ‘Kanunsuz Suç Olmaz’ ve ‘Kanunsuz Ceza Olmaz’ İlkeleri

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi belirlilik ilkesinin en önemli gereklerinden biridir. Zira ceza sorumluluğu, suç işleme iradesinin bulunmasına bağlıdır. Bir fiil yasada suç olarak düzenlenmemişse o fiili işleyen kişinin suç işleme iradesinden de söz edilemez. Bu nedenle hangi fiilin suç teşkil ettiği kanun ile açıkça düzenlenmiş olmalıdır. Böylece, bireyler davranışlarının sonuçlarını önceden öngörebilirler. Bunun için de hem kanunların nitelik itibarıyla öngörülebilir olması hem de ceza kanunlarında geriye yürümezlik ilkesinin uygulanması gerekmektedir.

Nullum crimen sine lege ve *nulla poena sine lege* (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ilkeleri uygulanmakta mıdır?

Değerlendirme:

Türkiye’de suç ve cezaların kanuniliği ilkesi hem Anayasanın 38. maddesinde hem de Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde güvence altına alınmıştır. Ayrıca bu ilke disiplin suç ve cezaları açısından da uygulanır. Ancak bu konudaki temel sorun yukarıda etraflı bir şekilde açıklandığı gibi ceza normlarının çok geniş ve öngörülemez şekilde yorumlanması, diğer taraftan bazı fiillerin geçmişe yürürlü olarak suç kabul edilmesidir.

viii. Kesin Hüküm (*Res Judicata*)

Hukuki belirlilik ilkesinin gereklerinden biri kesinleşmiş yargı kararlarına uyulması ve kesinleşen kararların olağanüstü durumlar söz konusu olmadıkça yeniden yargılama konusu yapılamamasıdır. Yargı kararlarının bağlayıcılığı anlamına gelen *Res Judicata* ilkesi kesin hükme bağlanmış hususların tartışma konusu haline getirilmemesini gerektirir. Kesinleşmiş mahkeme kararları ancak olağanüstü durumların varlığı, mesela verilen kararın yanlış delile dayandığının anlaşılması gibi nedenlerin varlığı, halinde yeniden yargılama konusu edilebilir.

Kesin Hükümün uygulanması sağlanmakta mıdır?

1. Ne bis in idem ilkesinin (aynı suçtan iki kez yargılanmama) uygulanması güvence altına alınmış mıdır?
2. Nihai olarak verilen kararlar tekrar gözden geçirilebilir mi?
3. Eğer öyle ise, bu hangi koşullar altında yapılabilir?

Değerlendirme:

Türkiye’de normatif düzeyde *res judicata* ilkesi tanınmıştır. Anayasanın 138. maddesine göre yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve yerine getirilmesini geciktiremez. Diğer taraftan Anayasanın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı nitelikte olduğu güvence altına alınmıştır.

Ancak son zamanlarda özellikle Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarına uyma konusunda yerel mahkemelerin belirli bir direnç gösterdiği görülmektedir. Önce 2018 yılında Anayasa Mahkemesinin Mehmet Altan⁶⁵ ve Şahin Alpay⁶⁶ hakkında verdiği ihlal kararlarına yerel mahkemece uyulmaması üzerine Anayasa Mahkemesi⁶⁷ yeniden karar vermiştir. Aynı konuda AİHM de ihlal kararı vermiştir.⁶⁸

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesinin CHP Milletvekili Kadri Enis Berberoğlu’nun yeniden milletvekili seçilmiş olmasına rağmen yasama dokunulmazlığından yararlandırılmayarak yargılamasına devam edilmesi ve mahkûmiyet hükmü verilerek milletvekilliğinin düşürülmesinin anayasal haklarını ihlal ettiği yönündeki kararına⁶⁹ yerel mahkeme uymamış, bunu üzerine Anayasa Mahkemesi yeniden bir ihlal kararı⁷⁰ verdikten sonra ancak karar uygulanmıştır.

c. Yetkinin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi

Hukuk devleti yönetimde keyfiliğin zıttı olup, yönetsel kararların alınmasında mümkün olduğunca kişisel takdirin alanının azaltılmasını, hukukun çizdiği çerçevede kararların alınmasını gerektirir. Yürütmenin kontrolsüz bir şekilde takdir yetkisine sahip olması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Sonuç olarak, kanun yetkinin kötüye kullanımı önlemek amacıyla, takdir yetkisi-

⁶⁵ Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018.

⁶⁶ Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018.

⁶⁷ Mehmet Hasan Altan (3), B. No: 2018/2620, 9/1/2020; Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018; Şahin Alpay (3), B. No: 2018/10327, 3/12/2020.

⁶⁸ Mehmet Hasan Altan/Türkiye, no. 13237/17, 20.03.2020; Şahin Alpay/Türkiye, no. 16538/17, 20.03.2018

⁶⁹ Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

⁷⁰ Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

nin kapsamını düzenlemelidir. Takdir yetkisinin kötüye kullanımı yargı ve diğer bağımsız organlar tarafından denetlenmelidir. Ayrıca takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla idari işlemlerin gerekçeli olması zorunlu tutulmalıdır. Mevcut başvuru yolları net ve kolayca ulaşılabilir olmalıdır. İdarenin işlemlerinin denetiminden sorumlu olan kamu denetçisi gibi bağımsız idari otoritelerinin bağımsızlığı güvence altına alınmış ve bu organlara erişim olanakları açık olmalıdır.⁷¹

Bu konuda Kontrol Listesinde şu sorulara yer verilmiştir:

Kamu görevlilerinin yetkilerini keyfi ve kötüye kullanmalarını önleyecek yasal güvenceler mevcut mu?

1. Evet ise, bu güvencenin hukuki kaynağı nedir? (Anayasa, kanunlar, içtihat hukuku)
2. Özellikle idari işlemlerde, idare tarafından kullanılan yetkilerde, takdir yetkisinin kullanımı ile ilgili belirli hukuki sınırlamalar mevcut mudur?
3. Takdir yetkisinin kötüye kullanımını önleyecek, düzelterek, müeyyidelenirecek mekanizmalar mevcut mu? Kamu makamlarına takdir yetkisinin tanındığı durumlarda bu yetkinin kullanımı yargısal denetime tabi midir?
4. iv. Kamu görevlileri, özellikle bireylerin haklarını etkileyecek olan kararları verirken yeterli gerekçeyi sağlamakla yükümlü müdür? Gerekçe gösterilmemesi, verilen karara karşı mahkemelerde dava açmak için geçerli bir sebep midir?

Değerlendirme:

Türk idare hukukunda kamu hizmetlerinin etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla idare belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenek bulunan hallerde bu seçeneklerden herhangi birisini tercih etmekte takdir yetkisine sahiptir.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin bütün işlemleri yargı denetimine tabi tutulmuş olmakla birlikte bu denetimin kapsamı hukuka uygunluk ile sınırlıdır. Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında, "*Yargı yetkisi, idarî*

⁷¹ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 64-68.

eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” biçimindeki ifade ile takdir yetkisinin kullanımı yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Benzer şekilde 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrasında da “*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.*” kuralına yer verilmiştir.

Yerindelik denetimi şeklinde ifade edilen bu kurala göre, idari organların kamu hizmetlerini yerine getirirken birden fazla seçeneğe sahip oldukları durumlarda idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belirli bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla yargı denetiminin kapsamı hukuka uygunluk ile sınırlıdır. Yargı mercileri idari işlemlerin yetki, şekil, konu, sebep ve amaç unsurları bakımından hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilirler.

Ancak takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız bir yetki olduğu ve idarenin keyfi olarak kullanabileceği anlamına gelmemelidir. İdare takdir yetkisini kullanırken ölçülülük, eşitlik ve temel haklara saygı gibi anayasal ilkeleri gözetmesi gerekir. Örneğin, takdir yetkisi ayrımcı bir şekilde kullanılamaz. Aynı şekilde, ölçülülük ilkesini ihlal edecek ya da insan haklarına aykırı idari tasarruflar takdir yetkisinin keyfi kullanımı olarak nitelendirilmelidir. Bu nedenle, yargı organlarının denetimleri sırasında takdir yetkisinin anayasal ilkelere uygun kullanılıp kullanılmadığını gözetmeleri gerekir.

Türk hukukunda idarenin işlemlerinin gerekçeli verilmesini zorunlu kılan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Oysa gerekçe yükümlülüğü, takdir yetkisinin keyfi kullanımı önleme bakımından hayati bir öneme sahiptir.

Diğer taraftan yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar dolayısıyla günümüzde idarenin yargısal denetiminin etkinliği konusunda ciddi soru işaretleri vardır. OHAL işlemlerinin denetimi konusunda yukarıda değinilen yasal engellerin (6755 sayılı Kanun m.37) yanı sıra kavramların öngörülemez yoru-

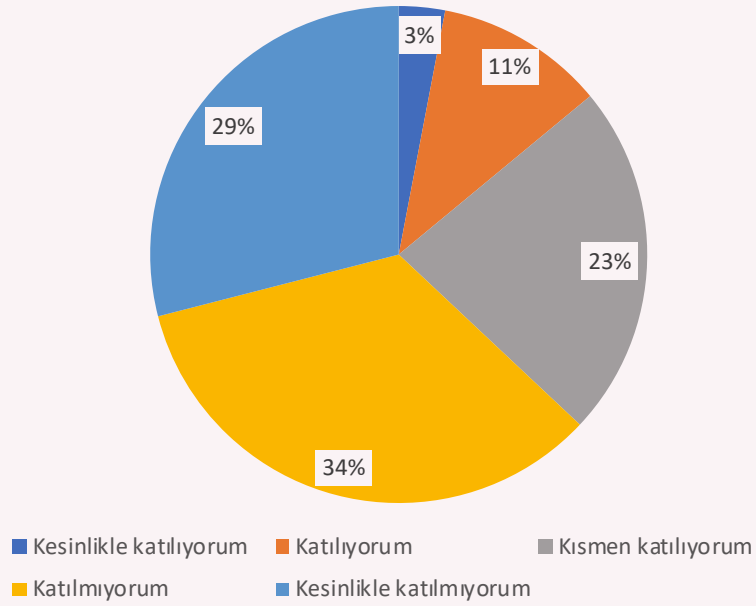
Türk hukukunda idarenin işlemlerinin gerekçeli verilmesini zorunlu kılan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Oysa gerekçe yükümlülüğü, takdir yetkisinin keyfi kullanımı önleme bakımından hayati bir öneme sahiptir.

mu, bazı fiillerin geçmişe dönük olarak suç kabul edilmesi gibi konulardaki yapısal sorunlar yargı denetimini neredeyse işlevsiz hale getirmiştir.

Aynı şekilde idarenin denetimi ile yetkilendirilmiş, kamu denetçiliği, insan hakları ve eşitlik kurumu gibi bağımsız olması gereken kurum ve kurulların bağımsızlığı ve etkinliği önemli ölçüde zayıflatıldığından bu organların etkin bir denetim yapma olanağı kalmamıştır.

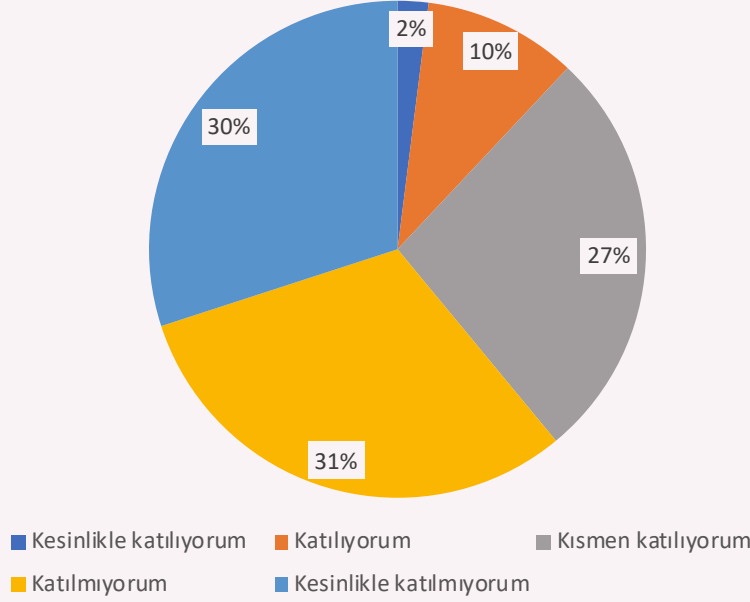
Daha da önemlisi ve vahimi işkence, kötü muamele, adam kaçırma gibi bazı fiillerin soruşturma ve kovuşturulmasında ciddi sorunlar bulunmaktadır.

Grafik 11: Türkiye’de kesinlikle işkence veya kötü muamele uygulanmaz.



ÖAD anketinde bu konuda iki farklı soru sorulmuştur. İlk olarak katılımcılara “Türkiye’de kesinlikle işkence veya kötü muamele uygulanmaz.” ifadesine katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %29’u bu ifadeye kesinlikle katılmadığı şıkkını işaretlerken %34’ü katılmıyorum cevabı vermiştir. Kesinlikle katılıyorum seçeneği %3’lük bir orana sahipken katılıyorum seçeneği %11 ve kısmen katılıyorum seçeneği ise %23’lük bir orana sahiptir. Görüldüğü gibi katılımcıların %63’ü işkence ve kötü muamele gibi hukuk dışı uygulamalara başvurulduğu kanaatini belirtmiştir. Bu tür pratiklere başvurulmadığını düşünen katılımcı oranı ise %14’tür.

Grafik 12: Kolluk hukuk dışı bir güç kullanırsa titizlikle soruşturulup gerekli cezaya çarptırılacağından eminim.



Bu konuda sorulan ikinci soruda ise katılımcılara “*Kolluk hukuk dışı bir güç kullanırsa titizlikle soruşturulup gerekli cezaya çarptırılacağından eminim.*” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Bu soruya katılımcıların %31’i katılmıyorum seçeneğini, %30’u kesinlikle katılmıyorum seçeneğini ve %27’si kısmen katılıyorum seçeneğini işaretlemişlerdir. Kesinlikle katılıyorum seçeneğinin işaretlenme oranı %2 iken katılıyorum seçeneğinin işaretlenme oranı ise %10’dur. Görüldüğü gibi en ağır hukuk ihlallerinden birini oluşturan kötü muameleler konusunda katılımcıların %61’i etkili bir soruşturma yapılmayacağı kanaatindedir. Ancak %12’lik bir katılımcı grubu kötü muamele iddialarının etkili bir şekilde soruşturulacağı kanaatini beyan etmiştir.

d. Hukuk Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri de hukukun herkese eşit uygulanması, yani kanun önünde eşitlik ilkesidir. Bu ilkenin bir boyutu ayrımcı muamelelerin yasaklanması iken ikinci boyutu eşitliğin güvence altına alınmasına ilişkin hukuki mekanizmalardır.

Ayrımcılık yasağı ilkesi, haksız, eşit olmayan uygulamaların hukuk tarafından yasaklanmasını gerektirir ve bütün bireylerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ve diğer görüşleri, uyruğu ya da toplum kökenine, ulusal bir azınlık

Kanunlar eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Bu çerçevede kanunlar benzer durumlara benzer, farklı durumlara ise farklı bir şekilde yaklaşmalıdır. Ancak yasaklanmış olan ayrımcı nedenler farklı durum olarak kabul edilemez; yani ırk, renk, cinsiyet, cinsel kimlik, inanç, sosyal statü, ekonomik durum vb. farklı muamele nedeni olarak öngörülemez

ile bağlantısına, mülküne, doğumuna ve diğer statülere dayalı ayrımcılıklara karşı etkili ve eşit bir şekilde korunmaları sağlanmalıdır.⁷²

Kanunlar eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Bu çerçevede kanunlar benzer durumlara benzer, farklı durumlara ise farklı bir şekilde yaklaşmalıdır. Ancak yasaklanmış olan ayrımcı nedenler farklı durum olarak kabul edilemez; yani ırk, renk, cinsiyet, cinsel kimlik, inanç, sosyal statü, ekonomik durum vb. farklı muamele nedeni olarak öngörülemez. Yani bu temellere dayanarak bir kişi ya da gruba avantaj sağlanamayacağı gibi, dezavantajlı duruma da düşürülemezler. Ancak hukuk, kişilerin belirli bir gruba ait olmaları dolayısıyla yaşadıkları dezavantajlar için giderim sağlamak veya bu dezavantajları önlemek için planlanan geçici özel tedbirlerin kabul edilmesinin ve sürdürülmesinin, ayrıca bu kesimlerin yaşamın her alanına katılmalarının sağlanmasının -ayrımcılık yasağı gerekçesiyle- engellenmemesini sağlamalıdır. Bu tedbirler, amaçlanan hedefler gerçekleştirildikten sonra sürdürülmemelidir⁷³

Hukuk Devleti Kontrol Listesinde bu konuda dört alt unsura yer verilmiştir. Bunlar genel eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, hukuk içinde eşitlik ve kanun önünde eşitliktir. Bu alt unsurlara ilişkin sorular ise şöyle belirlenmiştir:

1. Anayasada eşit muamele ilkesi ile ilgili düzenlemeler, devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunu ve bireylerin ayrımcılığa uğramama hakkını öngörmekte midir?
2. Ayrımcılık yasağına uygunluk temin edilmiş midir?
 - i. Anayasa ayrımcılığı yasaklamakta mıdır?
 - ii. Ayrımcılık yasağının etkili bir yasal güvencesi mevcut mu?
 - iii. Anayasa ya da kanunlar açık bir şekilde doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı tanımlıyor ve yasaklıyor mu?
3. Hukuk düzeni içinde eşitlik güvence altına alınmış mıdır?
 - iv. Anayasa, kanunların (yönetmelik ve tüzükler dahil) hukuk düzeni içinde eşitlik ilkesine uygunluğunu gerekli kılmakta mıdır?⁵⁴ Farklı muamelenin objektif olarak gerekçelendirilmesi gerekli görülmüş müdür?

⁷² Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.69

⁷³ İbid., para71.

- v. Eşitlik ilkesini ihlal eden yasalara karşı yargıya başvuru yolu mevcut mudur?
- vi. Özel hukuki önceliklere sahip bireyler veya gruplar mevcut mudur? Bu istisnalar ve/veya öncelikler ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde meşru bir amaca dayanmakta mıdır?
- vii. Yapısal eşitsizliklere karşı, ulusal azınlıkları da içeren belli grupların yararına olan pozitif tedbirler açık şekilde sağlanmakta mıdır?

4. Kanun önünde eşitlik güvence altına alınmış mıdır?

- viii. Ulusal hukuk düzeni açıkça, kanunların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlık ile birliği, mülk, doğum, veya statü gibi unsurlara bakılmaksızın herkeşe eşit bir biçimde uygulanacağını düzenlemekte midir? Hukuk düzenindeki mevcut farklı muameleler nesnel gerekçelere ve meşru bir amaca dayalı ve orantılılık ilkesi ile uyumlu mudur?
- ix. Kanunların ayrımcı veya eşit olmayan bir şekilde uygulanmasına karşı etkili başvuru yolları mevcut mudur?

Değerlendirme:

Anayasanın 10. maddesinde eşitlik ilkesi anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır. 10. madde “kanun önünde eşitlik” başlığını taşımaktadır ve dört fıkradan oluşmaktadır. Buna göre;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Anayasal düzeyde eşitlik hakkının tanındığı, ayrımcılığın yasaklandığı, kadın erkek eşitliğini sağlama ödevinin devlete yüklendiği, bunu sağlamaya yönelik pozitif düzenlemelerin ayrımcılık sayılmayacağı, çocuklar, yaşlılar, engelliler, şehit yakınları ve gaziler için alınacak pozitif önlemlerin ayrımcı-

**Siyasete hâkim
olan ağır ku-
tuplaştırıcı ve
düşmanlaştırıcı
dil, gündelik
bürokratik
uygulamalara
ayrımcılık olarak
yansımaktadır.**

lık sayılmayacağı, kimseye imtiyaz tanınamayacağı ve devletin işlemlerinde eşitlik ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğünün getirildiği görülmektedir. Ancak uygulamada eşitliğin sağlandığını, ayrımcı uygulamaların tamamen ortadan kalktığını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Yasalarda açıktan ayrımcı düzenlemeler olmasa da pek çok ayrımcı pratiğin devam ettiği ortaya çıkan sonuçlardan gözlemlenebilmektedir. Mesela 15 üyeli Anayasa Mahkemesinde hiçbir kadın üye bulunmamaktadır. Bu Türkiye’de AYM üyeliği yapacak niteliklere sahip akademisyen, yargıç, avukat ya da bürokrat kadınların bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Aksine her alanda oldukça yetkin kadınların bulunduğu açıktır. Sorun seçme ve atama yapan zihniyettir.

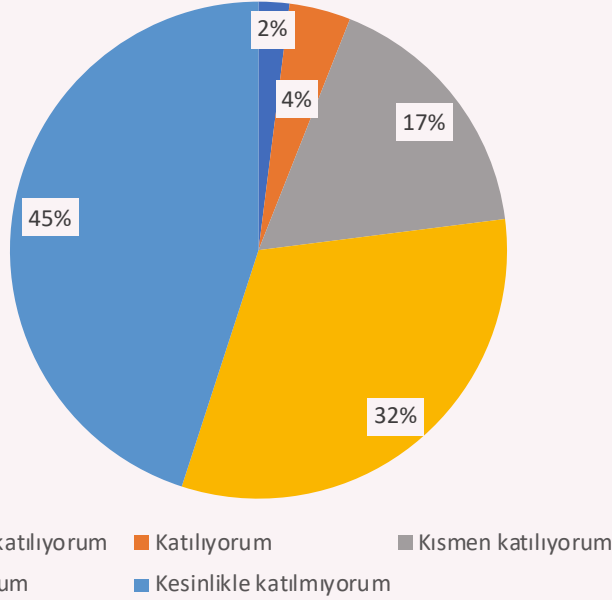
Aynı şekilde belli inanç gruplarından özellikle gayr-ı müslim yurttaşlardan hiçbir yüksek bürokratin atanmamış olmasının tesadüf olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu tür uygulamalara olanak tanıyan güvenlik soruşturması vb. bazı düzenlemeler de bulunmaktadır. Güvenlik soruşturmasında uygulanacak ölçütler açık olmadığından “sakıncalı” kavramının içeriğini soruşturmayı yürüten güvenlik personelinin zihniyeti belirlemektedir.

Siyasete hâkim olan ağır kutuplaştırıcı ve düşmanlaştırıcı dil, gündelik bürokratik uygulamalara ayrımcılık olarak yansımaktadır.

Diğer taraftan, devletin dezavantajlı grupların haklardan esir olarak yararlanması için gerekli pozitif adımları yeterli düzeyde attığını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Mesela, engelli yurttaşların kamu hizmetlerinden eşit olarak yararlanmasını sağlayacak altyapı konusunda hala çok ciddi eksiklikler bulunmaktadır.

ÖAD anketinde bu konuda katılımcılara “*Türkiye’de hukuk kesinlikle herkese eşit bir şekilde uygulanır.*” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %2’si bu ifadeye kesinlikle katıldıklarını belirtirken %4’ü katıldığını ve %17’si ise kısmen katıldığını belirtmişlerdir. Katılımcıların %45’i ilgili ifadeye kesinlikle katılmazken %32’si katılmadıklarını ifade etmişlerdir. Görüldüğü gibi katılımcıların %77’si hukukun herkese eşit uygulanmadığı kanaatinde olduklarını beyan etmişlerdir. Hukukun eşit uygulandığı görüşünde olan katılımcı oranının ise sadece %6 olduğu görülmektedir. Bu da yasal düzeyde nispeten iyi olan bir alanda uygulamada düzeltilmesi gereken çok fazla sorunun olduğunu göstermektedir. Farklılıkların ayrımcılık nedeni olmaktan çıkarılması için her düzeyde tolerans kültürünün geliştiril-

Grafik 13: Türkiye’de hukuk kesinlikle herkese eşit bir şekilde uygulanır.



Farklılıkların ayrımcılık nedeni olmaktan çıkarılması için her düzeyde tolerans kültürünün geliştirilmesi, eşitlik eğitimi verilmesi gerekmektedir. Bunun için de önce devletin eşitliği sağlama iradesine kavuşması gerekmektedir.

mesi, eşitlik eğitimi verilmesi gerekmektedir. Bunun için de önce devletin eşitliği sağlama iradesine kavuşması gerekmektedir.

e. Adalet Erişim

Yukarıda da açıklandığı gibi devletin hukuka uygun davranmasını sağlayacak olan kurumsal güvencelerin sağlanmış olması gerekir. Bu kurumsal güvencelerin en önemlisi ise hukukun uygulanmasını denetleyecek olan yargının tarafsız ve bağımsız olmasıdır. Aynı zamanda hukukun herkese eşit ve hakkaniyetli bir şekilde uygulanması için adil yargılama güvencelerinin teminat altına alınmış olması gerekir.

Hukuk Devleti Kontrol Listesinde adalet erişim altında yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, adil yargılanma ve anayasa yargısı olmak üzere üç alt unsura yer verilmiştir.

i. Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Kontrol Listesinde yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı unsuru altında beş ayrı konuda sorulara yer verilmiştir. Bunlar yargının bağımsızlığı, hakimlerin kişisel bağımsızlığı, yargının tarafsızlığı, savcılığın özerkliği ve kontrolü ve nihayet baroların tarafsızlığı ve bağımsızlığıdır. Bu konu oldukça kapsamlı

Yerleşik bir demokrasisi ve yargı bağımsızlığına saygı geleneği olmayan ülkelerde siyasi aktörlerin yargıç atamalarına müdahil olması yargı bağımsızlığını zedeleyecektir.

olup ayrı bir raporun konusunu oluşturmaktadır. Nitekim Özgürlük Araştırmaları Derneği bu konuda ayrı ve bağımsız bir rapor ve reform önerisi hazırlamıştır.⁷⁴ Burada yalnızca temel ilkelere ve sorunlara yer verilecektir.

Yukarıda da açıklandığı gibi hukuk devletinin temel unsuru ve güvencesi yargının bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Bağımsızlık yargının dış baskılardan arı olması ve özellikle yürütme organı tarafından siyasi etkilere ve manipülasyonlara tabi olmaması anlamına gelmektedir. Bu gereklilik demokrasinin temeli olan güçler ayrılığı ilkesinin vazgeçilmez bir unsurudur. Hakimler siyasi etkilere ve manipülasyonlara maruz kalmamalıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yargı bağımsızlığını ele alırken dört unsuru dikkate almaktadır: atanma şekli, görev süresi, dış baskılara karşı hukuki güvenceler ve yargının bağımsız ve tarafsız görünüp görünmediği. Bu çerçevede hakimlerin atanma ve yükseltilmesine ilişkin objektif ölçütler belirlenmeli ve şeffaf değerlendirme süreçleri ile liyakat esasına göre atama ve yükseltilmeler gerçekleştirilmelidir. Atama ve yükseltilmelerin siyasi saikle yapılmasını önleyecek yapısal tedbirler alınmalıdır. Kısıtlı veya yenilenebilir görev süreleri hakimleri onları atayan ve tekrar atayacak olan otoritelere bağlı kılabilir. Görevden alınma ve disiplin cezasına yol açacak eylemler ve bu eylemlerin sonuçları yasada açıkça belirtilmelidir. Disiplin işlemlerinde adaletli bir prosedürün işleyebilmesi için adil yargılama ve kanun yoluna başvurulabilme hakları sağlanmalıdır. Hakimlerin kural olarak kendi talebi olmaksızın başka mahkemelere atanamaması gerekir. Zira bu tür tayinler bir yaptırım veya ödüllendirme aracı olarak kullanılabilir ve siyasi saiklerle gerçekleştirilebilir.⁷⁵

Yargıçların yönetim ve denetiminin, bu çerçevede atama, yükseltilme, tayin ve disiplin işlemlerinin bağımsız bir yargı konseyi tarafından gerçekleştirilmesi yargının bağımsızlığını güvence altına alan bir yöntemdir. Yargı konseyinin üyelerinin çoğunluğunun yine hakimler tarafından seçilmesi temel bir güvence olup, konseyin çoğulcu bir yapıda olması önerilmektedir. Konseyin yapısında kooptasyon ve siyasi etki ihtimallerini azaltacak dengeli bir sistem oluşturulmalıdır. Yerleşik bir demokrasisi ve yargı bağımsızlığına saygı geleneği olmayan ülkelerde siyasi aktörlerin yargıç atamalarına müdahil olması yargı bağımsızlığını zedeleyecektir.⁷⁶

⁷⁴ Bkz. Ali Rıza Çoban, Hukukun Üstünlüğü İçin Yargı Reformu Önerisi (2021)

⁷⁵ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.74-80.

⁷⁶ İbid, para.81-83.

Yargının, diğer devlet organlarından ve özel kişilerden bağımsız olabilmesi için yeterli kaynaklarının bulunması önemlidir. Böylelikle yargı, görevini bir bütünlük ve etkinlik içerisinde yerine getirerek, halkın, adalete ve hukuk devletine olan güvenini korur. Yargının kurum olarak yeterli bütçeye sahip olmasının yanı sıra hakimlerin de maaşlarının da yeterli olması yargının dışarıya, özellikle de davanın taraflarına karşı bağımsızlığının güvencesini oluşturur.

Savcının, ceza adalet sisteminde sahip olduğu rolün haricinde, davalara müdahale etmesine izin verilmemelidir.

Yargıçların bireysel bağımsızlığı da yargıçlık teminatı ve yargı içinden emir ve talimat almama güvenceleri ile koruma altına alınmalıdır. Olağan kanun yolları denetimi dışında yargıçlar arasında hiyerarşi olmamalı ve yargıçlar, kasıtlı hukuka aykırılıklar dışında verdiği kararlardan dolayı sorumlu tutulmamalıdır. Doğal yargıç ilkesine uygun olarak davalara bakacak mahkemeler ve heyet önceden belirlenmiş olmalı ve dava sırasında müdahale edilmemelidir.

Adil yargılama ve hukuk devletine saygı açısından yargının bağımsızlığı kadar tarafsızlığı da önemlidir. Esasen yargının bağımsızlıkla donatılmasının nedeni tarafsız karar vermesini sağlamaktır. Ancak bağımsızlık tarafsızlık için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Bağımsız olan yargıçlar tarafsız karar vermeyebilir. O nedenle tarafsızlığın da yasalarla güvence altına alınmış olması gerekir. AİHM'in klasik formülüne göre "adaletin gerçekleştirilmesi yeterli değildir, aynı zamanda gerçekleştiğinin dışarıdan da görülebilmesi gerekir". Bu objektif olduğu kadar, sübjektif tarafsızlığa da işaret eder. Halkın algısı yargının uygulamada tarafsız olup olmadığını değerlendirmede yardımcı olabilmelidir.⁷⁷

Yargının tarafsızlığını sağlayacak araçlardan biri de yargıda yolsuzluğun önlenmesidir. Menfaat karşılığı karar verilmesi yargılamanın adaletsizliğine neden olur. Bu tür bir durumu önlemek için yargıçların belli aralıklarla mal beyanında bulunması zorunlu tutulabilir.⁷⁸

Savcılık makamına yetkililerini kullanmasında kanuna aykırı siyasi etkilerden korunmasını sağlayacak yeterli özerklik sağlanmalıdır. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, savcılık makamı sadece hukuka dayalı ve hukuka uygun bir şekilde davranmalıdır. Bu durum, kanunun savcılık makamına,

Yargıçların bireysel bağımsızlığı da yargıçlık teminatı ve yargı içinden emir ve talimat almama güvenceleri ile koruma altına alınmalıdır.

⁷⁷ Ibid, para. 89.

⁷⁸ Ibid, para. 90.

Savcılığın doğrudan iktidarın kontrolünde olması, hatta iktidarın kontrolü olmasa bile savcılığın genel olarak iktidara yakın kişilerden oluşması halinde soruşturma yetkisinin kötüye kullanılması, uygun olmayan veya taraflı soruşturmaların açılmasına neden olabilir.

ceza yargılaması başlatma konusunda belli oranda takdir yetkisi tanınmasına engel bir durum değildir. Savcılık kurumu içinde de özerklik sağlanmalı ve savcılar arasında katı bir hiyerarşi bulunmamalıdır. Hukuka aykırı talimatlara karşı savcıların itiraz edebileceği mekanizmalar oluşturulmalıdır.

Yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin temel kurallar savcılar için de geçerli olmalıdır. Yolsuzluklara karşı bir güvence olarak savcı maaşlarının da yeterli olması önemlidir. Savcılığın doğrudan iktidarın kontrolünde olması, hatta iktidarın kontrolü olmasa bile savcılığın genel olarak iktidara yakın kişilerden oluşması halinde soruşturma yetkisinin kötüye kullanılması, uygun olmayan veya taraflı soruşturmaların açılmasına neden olabilir. Bu durum hukukun eşit ve tarafsız uygulanmasını tehlikeye sokar ve bu yüzden bu tarz bir yoğunlaşma hukuk devleti için bir tehlikedir. Kamunun algısı böyle bir etkinin belirlenmesi açısından önemlidir.⁷⁹

Yargı sisteminin işleyişinde baroların temel bir rolü vardır. Bu yüzden, baroların bağımsızlığı bireylerin adalete erişimi ve savunma haklarından eşit bir şekilde yararlanması bakımından hayati öneme sahiptir. Adli yardımdan tüm bireylerin eşit ve etkin bir şekilde yararlanması kanunlarla güvence altına alınmalıdır. Avukatların ceza ve disiplin sorumlulukları bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını sağlayacak ve koruyacak şekilde düzenlenmelidir. Avukatların mesleki etik kuralları da *tarafsız ve bağımsız* hareket etmelerini güvence altına almalıdır. Mesleklerini icra ederken, müvekkilleri, meslektaşları, mahkemeler ve ilişki kurdukları diğer kişilere dürüstlük, doğruluk ve hakkaniyet esaslarına göre davranmaları esastır. Müvekkilleri ile çıkar çatışmasına girmeme ve çıkar çatışması halinde müvekkilin çıkarının üstün tutulması esastır.⁸⁰

Kontrol Listesinde yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı alt unsuruna ilişkin sorular şu şekildedir:

1. Yargı bağımsızlığını sağlayacak yeterli hukuki ve anayasal güvenceler mevcut mudur?
 - i. Yargı bağımsızlığının temel ilkelerini oluşturan, hakimlerin atanmalarında, kadrolaşmalarında, disiplin işlemlerinde ve görevden çıkarılmalarında, uygulanacak-nesnel usul ve esaslar Anayasa’da veya olağan kanunlarda düzenlenmiş midir?

⁷⁹ Ibid, para. 95.

⁸⁰ Ibid, para. 97-98.

- ii. Hakimler ömür boyu görev almak için mi yoksa emeklilik yaşına kadar çalışmak için mi atanmaktadırlar? Görevden almanın gerekçeleri, kanunla düzenlenen disiplin ve cezai hükümlerin ciddi ihlali veya yargıcın artık görevini devam ettiremeyeceği durumlar ile mi sınırlıdır? Uygulanacak usul, kanunda açıkça düzenlenmiş midir? Görevden alınma kararına karşı hâkimin başvurabileceği kanun yolları mevcut mudur?
- iii. Disiplin cezalarının dayanakları açıkça belirlenmiş midir ve cezalandırılan fiiller kasti eylemler ve ağır ihmaller ile sınırlı mıdır?
- iv. Bu usuller bağımsız bir organ tarafından mı yürütülmektedir?
- v. Bu organ sadece hakimlerden mi oluşmaktadır?
- vi. Hakimlerin atamaları ve görevde yükselmeleri, yetenek, dürüstlük ve tecrübe gibi etkenlere mi bağlıdır? Bu kriterler kanunda düzenlenmiş midir?
- vii. Hangi koşullar altında yargıcın başka bir mahkemeye atanması mümkün müdür? Hâkimin rızası bu atama için gerekli midir? Hâkim atama kararına karşı kanun yoluna başvurabilir mi?
- viii. Bağımsız bir yargı konseyi var mıdır? Bu konsey Anayasa'da veya yargı organı ile ilgili başka bir kanunda düzenlenmiş midir? Evet ise, konsey; hakimlerin, avukatların ve toplumun yeterli temsilini sağlamakta mıdır?
- ix. Hakimler bağımsızlıklarının ihlali nedeniyle konseye müracaat edebilir mi?
- x. Yargıya finansal özerklik sağlanmış mıdır? Özellikle mahkemelere yeterli kaynaklar tahsis edilmiş midir? Bütçede yargı ile ilgili genel ücret tedbirleri ile yapılmadığı sürece yürütmenin ücretlerde eksiltme yapma olasılığını ortadan kaldıran özel bir madde var mıdır?
- xi. Savcıların görevleri ceza yargısı alanı ile sınırlı mıdır?
- xii. Yargı bağımsız olarak algılanmakta mıdır? Hâkim/savcılarının atanması ve terfii veya baktıkları davaların kararları üzerindeki olası siyasi etkiler veya manipülasyonlar konusunda kamunun algısı nedir? Siyasi etkiler ve manipülasyonların mevcut olması durumunda, yargı

konseyi her zaman hakimleri haksız müdahalelere karşı koruyabilmekte midir?

xiii.Hakimler sistematik olarak savcının taleplerini mi takip ediyorlar? [“savcılık tarafgirliği” (“prosecutorial bias”)]

xiv.Hakimler için adil ve yeterli maaşlar mevcut mudur?

2. Hakimlerin kişisel bağımsızlıkları için yeterli anayasal ve kanuni güvenceler mevcut mudur?

i. Hakimlerin eylemleri -temyiz kanun yolu haricinde- yüksek mahkemelerin, mahkeme başkanlarının, yürütme ya da diğer kamu organlarının gözetimine tabi midir?

ii. Doğal hâkim ilkesi kanunda düzenlenmiş midir?

iii. Kanunlar hangi mahkemelerin yetkili olduğunu açıkça belirtmiş midir? Yetki çatışması durumunda bu çatışmanın nasıl çözüleceğine ilişkin kurallar düzenlenmiş midir?

iv. Davaların birleştirilmesi tarafsız ve şeffaf kriterlere bağlı kalınarak mı gerçekleştirilmektedir?

3. Yargının tarafsızlığını sağlayan özel bir takım anayasal ve kanuni kurallar bulunuyor mu?

i. Halkın yargının ve hâkimin tarafsızlığı konusundaki algısı nedir?

ii. Yargıda yolsuzluk var mıdır? Yargıda yolsuzluğa karşı özel tedbirler var mıdır (mal beyanı gibi)? Halkın bu konudaki algısı nedir?

4. Savcılık kurumu için yeterli özerklik sağlanmış mıdır?

i. Savcılık makamı devlet yapısı içerisinde yeterli özerkliğe sahip midir? Savcı, siyasi beklentilerden ziyade hukuka dayanarak mı hareket etmektedir?

ii. Belirli davalarda yürütmenin, savcılık makamına özel talimatlar vermesine izin verilmekte midir? Eğer verilebiliyorsa, bu talimatlar gerekçeli, yazılı ve kamu denetimine tabi midir?

iii. Belirli davalarda, savcı kendisinden daha az kıdemli bir başka savcıya doğrudan talimatlar verebilir mi? Eğer verilebiliyorsa, bu talimatlar gerekçeli ve yazılı şekilde midir?

- iv. Daha az kıdemli savcı, kendisine yöneltilen talimatlara karşı, hukuka aykırı olması veya uygunsuz temellere dayanması nedenleriyle itiraz edebilir mi?
 - v. Ayrıca, savcı kendi yerinin değiştirilmesi ile ilgili talimatların geçerliliğine itiraz edebilir mi?
 - vi. Savcının görevinin feshine sadece emeklilik yaşının gelmesi nedeniyle veya disiplin amaçlarıyla mı izin verilir? Bunun yerine, savcılar uzun bir zaman için yeniden seçilme olasılığı olmadan atanmakta mıdır?
 - vii. Bu konular ve savcılarının görevden alınmasının temelleri açıkça kanunda düzenlenmiş midir?
 - viii. Savcılarının görevden alınmasına karşı kanun yolları mevcut mudur?
 - ix. Savcılar hakkında yapılan atama, nakil, ve terfi işlemleri objektif kriterlere mi dayanmaktadır, özellikle siyasi hususlar yerine beceri, doğruluk ve tecrübe mi esas alınmaktadır?
 - x. Savcılar için adil ve yeterli maaşlar mevcut mudur?
 - xi. Savcının uyguladığı yöntemler, sahip olduğu takdir yetkisinin nesnel olarak uygulanmadığı algısına yol açmakta mıdır?
 - xii. Savcılarının verdiği kararlar yargı denetimine tabi mi?
5. Baronun bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmış mıdır?
- i. Tanınmış, örgütlü ve bağımsız avukatlık mesleği(baro) mevcut mu?
 - ii. Baronun, bağımsızlık, gizlilik ve mesleki etik ve rekabet yasağı ilkelere bağlı olarak işleyişinin kanuni bir dayanağı var mıdır?
 - iii. Baroya erişim nesnel ve yeterli açıklık içerecek şekilde mi düzenlenmiştir, ayrıca düzenlemelerde ücret ve adli yardıma yer verilmiş midir?
 - iv. Baronun içinde etkin ve adil disiplin usulleri mevcut mudur?
 - v. Kamunun baronun bağımsızlığı ile ilgili algısı nedir?

Değerlendirme:

Anayasanın 138. maddesinde yargı bağımsızlığına ilişkin temel kurallara yer verilmiştir. Buna göre;

Yeni sistemde Cumhurbaşkanının siyasi parti üyesi hatta parti başkanı olduğu düşünüldüğünde meclis çoğunluğunun da Cumhurbaşkanının partisine mensup milletvekillerin oluşması ihtimali çok yüksektir. Bu durumda kurulun tüm üyelerinin siyasî etki altında atanması kaçınılmaz hale gelmiştir.

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Diğer taraftan Anayasanın 139. maddesinde hakimlik ve savcılık teminatı güvence altına alınmıştır. Buna göre;

“hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa-da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.”

Bu anayasal güvencelere rağmen Türkiye’de yargı bağımsızlığının güvenceye alınması açısından var olan kurum; hakim ve savcılarının atanması, tayinleri, değerlendirilmeleri, yükseltilmeleri, üyeliğe seçilmeleri, disiplin soruşturmaları ve meslekten çıkarılmalarına ilişkin hususlarla yetkili kılınan Hakimler ve Savcılar Kuruludur. Bu kurulun yapısı, yetkileri ve işleyişi bütün yargının işleyişi ve yüksek mahkemelerin oluşumu bakımından hayati öneme sahiptir. Ancak Kurulun bağımsızlığı ciddi bir soru işareti haline gelmiştir.

2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği sonucunda kurulun adı ve yapısı yeniden değiştirilmiş ve hâkim ve savcılarının üye seçmesi usulü tamamen ortadan kaldırılmıştır. 13 üyeden oluşan yeni kurulun adı Hakimler ve Savcılar Kurulu olmuş, “yüksek” ibaresi kurulun adından çıkarılmıştır. Kurulun altı üyesi doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanırken yedi üyenin ise TBMM tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının siyasi parti üyesi hatta parti başkanı olduğu düşünüldüğünde meclis çoğunluğunun da Cumhurbaşkanının partisine mensup milletvekillerin oluşması ihtimali çok yüksektir. Bu durumda kurulun tüm üyelerinin siyasî etki altında atanması kaçınılmaz hale gelmiştir.

Nitekim bu Anayasa değişikliklerini değerlendiren bütün uluslararası gözlemciler yeni yapının yargı bağımsızlığını zedeleyeceği, hatta ortadan kaldıracağı uyarısında bulunmuşlardır. Venedik Komisyonu öngörülen yapının yargı bağımsızlığını ciddi şekilde tehlikeye attığını belirtmiştir.⁸¹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de 2017 anayasa değişiklikleri sonucunda oluşan yapının çok ciddi bir sorun ortaya çıkardığını ve bunun diğer bütün sorunların önüne geçtiğini belirtmiştir. Komiser şu ifadeleri kullanmıştır: “*HSK’nın yeni yapısının HSK’nın üyelerinin tamamının bütün siyasi partilerin ve menfaatlerin katılımını garanti eden bir usul olmaksızın ya Cumhurbaşkanı ya Meclis tarafından atanmasına imkân verdiğini görmektedir. Bu, hiçbir HSK üyesinin meslektaşları tarafından seçilmediği anlamına gelir ki bu da, hakim ve savcılarının mesleki tutum ve davranışlarını denetlemekle (hakim ve savcılarının atamaları, terfileri, tayinleri, disiplin cezaları ve meslekten çıkarılmaları dahil olmak üzere) yükümlü bu tip yargı kurullarının üyelerinin en az yarısının, yargının her kademesindeki hakimler tarafından, meslektaşları arasından, yargı içinde çoğulculuğu gözetir şekilde seçilmesini öngören Avrupa standartlarıyla açıkça çelişmektedir.*”⁸²

81 Venedik Komisyonu, “TBMM tarafından 21 Ocak 2017’de onaylanan ve 16 Nisan 2017’de Referanduma Sunulan Anayasa Değişikliğine ilişkin Görüş”, 10- 11 Mart 2017 tarihli oturumda kabul edilmiştir, Doc. CDLAD(2017)005-e, para. 119, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-a-d\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-a-d(2017)005-e); Ayrıca bkz. Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu Uygunluk Raporu, Dördüncü Değerlendirme Aşaması: Parlamento üyeleri, hakimler ve savcılar bakımından yolsuzluğun önlenmesi, GrecoRC4(2017)16, 18 Ekim 2017; 12 Türkiye’yi yeniden izlemeye alan Türkiye’de demokratik kurumların işleyişine dair Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Kararı Karar 2156(2017), 25 Nisan 2017. Nils Muižnieks, AK İnsan Hakları Komiseri, 7 Haziran 2017 tarihinde verdiği beyanat, https://www.coe.int/en/web/commissioner/country-monitoring/turkey/-/asset_publisher/IK6iqfNE1t0Z/content/turkey-new-council-of-judges-and-prosecutors-does-not-offer-adequate-safeguards-for-the-independence-of-the-judiciary?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-monitoring%2Fturkey%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_IK6iqfNE1t0Z%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2. AK İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatovic, Türkiye Ziyaret Raporu, CommDH(2020)1, 19.02.2020, para. 14. <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-turkey-by-dunja-mijatovic-council-of-europe-com/168099823e>; ICJ, Turkey: Judicial System in Peril, 2016 <https://www.refworld.org/pdfid/57ee8e674.pdf>; ICJ, Justice Suspended: Access to Justice and State of Emergency in Turkey, 2018, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/12/Turkey-Access-to-justice-Publications-Reports-2018-ENG.pdf>

82 AK İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatovic, Türkiye Ziyaret Raporu, CommDH(2020)1, 19.02.2020, para. 14, <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-turkey-by-dunja-mijatovic-council-of-europe-com/168099823e>

Değişiklikler yürürlüğe girdikten sonra bu kaygılar ortadan kalmamış, tam aksine uygulama endişeleri haklı çıkarmış hatta daha da artırmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, *Selahattin Demirtaş(2)* kararında Sözleşmenin 18. maddesinin ihlâl edildiğine karar verirken, yani yargının siyasi amaçlarla hareket ettiği sonucuna ulaşırken, HSK'nın mevcut yapısını da dikkate almıştır.⁸³ Mahkeme HSK seçimlerinde Cumhurbaşkanının oynadığı role ve yeni anayasal sistemde tarafsız bir konumunun olmadığına, bir siyasi parti lideri olarak parlamento çoğunluğunu da kontrol edebildiği ve bu durumun yargı bağımsızlığını tehdit ettiğine ilişkin Venedik Komisyonunun bulgularına atıf yaparak HSK'yı kontrol altına almanın yargıyı kontrol altına almak olduğunu hatırlatmıştır. Ayrıca hâkim ve savcılarının görevden atılmasının yaygın olduğu bir ülkede HSK'nın bu yapısının yargı kararlarını etkileyebileceğini belirtmiştir.⁸⁴ Bunun yanı sıra Mahkeme, hem Kavala davasında hem de Demirtaş davasında 18. madde ihlâli tespiti yaparken Cumhurbaşkanının açıklamaları ile savcılarının ve yargı organlarının tutumu ve işlemleri arasında büyük paralellikler olduğunu dikkate almıştır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Mijatovic, Türkiye Ziyaret Raporunda yargı bağımsızlığına ilişkin şu nihaî gözlemde bulunmuştur: “*Komiser, 2017 anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden beri uygulamanın ve yargı bağımsızlığını hiçe sayan çeşitli önlemlerin etkilerinin Avrupa Konseyi'nin birçok organı tarafından dile getirilen endişelerin geçerliliğini teyit ettiğini gözlemler: Yargı, kuvvetli bir şekilde siyasi amaç ima eden surette, giderek tekdüze ve partizan kararlar veriyor görünmektedir.*”⁸⁵

Bu gözlem Komiserin ceza yargısının işleyişine ilişkin şu saptamalarla birlikte ele alındığında yargıya ilişkin durumun vahameti daha da açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır: “*Özetle, ceza kanunu hükümlerinin uygulanmasına ilişkin müzmin birçok sorun devam etmekte olsa da, durum son yıllarda ciddi biçimde kötüye gitmiştir. Bunun sonucunda, Komiser, AİHS’de güvence altına alınmış haklar ve özgürlüklere yapılan hukuka aykırı müdahalelerin hem kapsam hem ölçek bakımından arttığını gözlemler. Hukuk devleti olmak için gerekli olan, masumiyet karinesi, suçların geriye yürümezliği, aynı suçtan iki kere yargılama yapılamayacağı, ayrıca hukuk*

⁸³ Selahattin Demirtaş v. Turkey (2) [GC], no. 14305/17, 22.12.2020, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207173>

⁸⁴ İbid. Para. 434.

⁸⁵ AK İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatovic, Türkiye Ziyaret Raporu, CommDH(2020)1, 19.02.2020, para. 32, <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-turkey-by-dunja-mijatovic-council-of-europe-com/168099823e>

güvenliği ve suç teşkil eden eylemlerin öngörülebilir olması gibi hukukun en temel ilkelerinin yargı içinde göz ardı edilmesi öyle bir seviyeye varmıştır ki, siyasi otoriteye yönelik muhalif bir yorum veya eleştirinin, Türk savcı ve mahkemeleri tarafından suç faaliyeti olarak yorumlanıp yorumlanmayacağına iyi niyetle ve objektif olarak kestirebilmek neredeyse imkansız hale gelmiştir.”⁸⁶

Esasen bu değerlendirmelerden sonra yargı bağımsızlığı konusunda söylenecek her mesele tali bir husus olarak kalmaktadır. Hatta hukuk sisteminin işleyişi ve hukuk devletine ilişkin diğer her konu bu sorunun büyüklüğü karşısında önemini kaybetmektedir. Bu nedenle acilen bir anayasa değişikliği ile Kurulun bağımsız bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

ÖAD tarafından yürütülen “Türkiye’de Yapısal Reformlar Projesi” kapsamında hazırlanan yargı reformu raporunda sorunlar ve çözüm önerileri ayrıntılı bir şekilde yer almıştır. Raporda yer alan önerilerden en önemlileri şöyledir:

- ◆ Nitelikli hukukçular yetiştirmek için öncelikle hukuk eğitimi yeni baştan ele alınmalıdır.
- ◆ Hukuk meslekleri olan hâkimlik, savcılık ve avukatlığın mesleğe hazırlık eğitimi ciddiyetle ele alınmalı, stajla birleşik hukuk uygulama eğitimi bilimsel ölçütlere göre profesyonel eğiticiler eliyle yürütülmelidir.
- ◆ Mesleğe kabul sınavları ve karakter ve mesleğe uygunluk değerlendirmeleri uzman Akademi personeli tarafından yapılmalıdır.
- ◆ Yargı mesleğini icra edecek kişilerin asgari bir yaşam tecrübesine sahip olması, mesleğe tamamen liyakat esasına göre kabul edilmesi ve mesleğe başlamadan önce kaliteli ve yeterli bir eğitim almaları sağlanmalıdır.
- ◆ Mesleğe kabul kesinlikle liyakat esasına göre yapılmalıdır. Liyakatin dışında hiçbir ölçüt kullanılmaması, fırsat eşitliği ve hukuk önünde eşitlik ilkelerine uygun olarak objektif ölçütlere göre mesleğe alım sağlanmalıdır.
- ◆ Hâkimlik ve savcılık meslekleri birbirinden tamamen ayrılmalıdır.
- ◆ Savcılık özerk bir kurum olarak ayrıca teşkilâtlandırılmalı, adlî kolluk tamamen savcılığa bağlı olarak idarî kolluktan ayrılmalıdır.

Mesleğe kabul kesinlikle liyakat esasına göre yapılmalıdır. Liyakatin dışında hiçbir ölçüt kullanılmaması, fırsat eşitliği ve hukuk önünde eşitlik ilkelerine uygun olarak objektif ölçütlere göre mesleğe alım sağlanmalıdır.

⁸⁶ Ibid, para. 50.

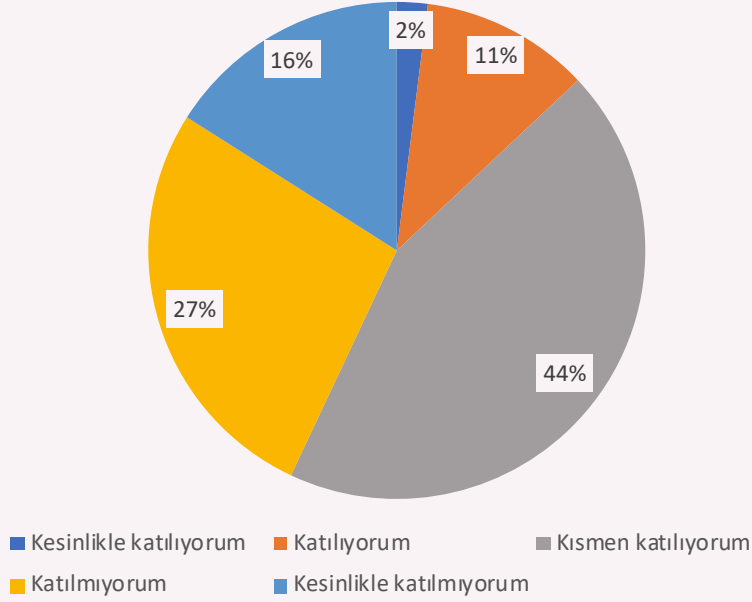
Hâkimlik teminatı yargı bağımsızlığının en temel güvencesidir. Yargıçlar verdikleri kararlar dolayısıyla herhangi bir yaptırıma ya da soruşturmaya tabi tutulmayacaklarından emin olmalıdırlar.

- ◆ Hâkimlik teminatı yargı bağımsızlığının en temel güvencesidir. Yargıçlar verdikleri kararlar dolayısıyla herhangi bir yaptırıma ya da soruşturmaya tabi tutulmayacaklarından emin olmalıdırlar. Kararların doğruluğu ya da yanlışlığı sadece kanun yolu denetimiyle değerlendirilmelidir. Verilen yargısal kararlar dolayısıyla idarî organlarca herhangi bir denetim ve yaptırım uygulanması kesinlikle önlenmelidir.
- ◆ Görevden alma, ancak kanunda açık olarak düzenlenmiş ve mesleğin gerekleri ile bağdaşmayan suçlar bakımından ve âdil bir yargılama sonucunda mümkün olmalıdır. Yargıçlar hakkında açılan soruşturmalarda âdil yargılanma ilkelerine titizlikle riayet edilmelidir. Soruşturma yetkisinin politik gerekçelerle kullanılması kesinlikle önlenmelidir.
- ◆ Hâkimler için coğrafi güvence getirilmelidir. Hâkimler kendileri istemedikçe tayin edilememelidir.
- ◆ Yargının yönetimi ve denetimini sağlamak üzere ayrı Hâkimler Kurulu ve Savcılar Kurulları oluşturulmalıdır.
- ◆ Kurulların üyelerinin çoğunluğu meslektaşlarınca ve çoğulcu temsile imkân veren usullerle seçilmelidir.
- ◆ Terfilerde ve üyelik seçimlerinde uygulanacak objektif kriterler şeffaf bir şekilde yayınlanmalıdır. Değerlendirme sonuçları da kamuoyuna açıklanmalıdır.
- ◆ Etik ilkeler ve disiplin suçları yasallık ilkesine uygun olarak açık bir şekilde düzenlenmeli, uygulanacak yaptırımların belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olması sağlanmalıdır.
- ◆ Kurulların her türlü kararı yargı denetimine açık olmalıdır.

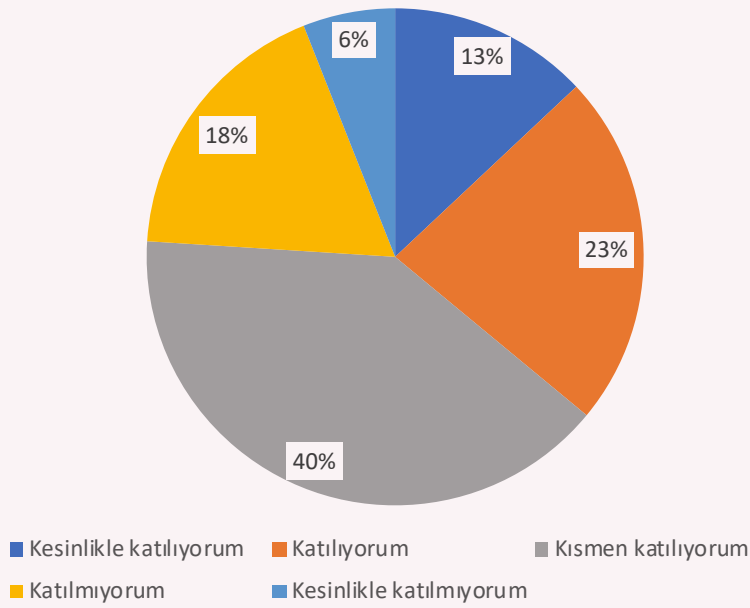
ÖAD tarafından yapılan ankete katılanlara bu konuda yedi farklı soru sorulmuştur. Bu sorularla genel olarak yargıya güven, yargının tarafsızlığı, yolsuzluk algısı, yargıç ve savcılarının nitelikleri ve Kurulun bağımsızlığı konularında katılımcıların kanaatleri sorulmuştur.

Bu sorulardan ilki “*Bir uyuşmazlığım olursa yargı tarafından adil bir karar verileceğine inanıyorum.*” yargısına katılıp katılmadıklarıdır. Katılımcıların %16’sı kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretlerken %27’si katılmıyorum; %44’ü kısmen katılıyorum, %11’i katılıyorum ve %2’si kesinlikle katılıyorum seçeneklerini işaretlemişlerdir. Katılımcıların %43’ü yargının adil karar vereceğine inanmazken %13’ü ise adil karar vereceği kanaatinde olduğunu belirtmiştir. %44’ü ise bu yargıya kısmen katılmıştır.

Grafik 14: Bir uyuşmazlığım olursa yargı tarafından adil bir karar verileceğine inanıyorum.

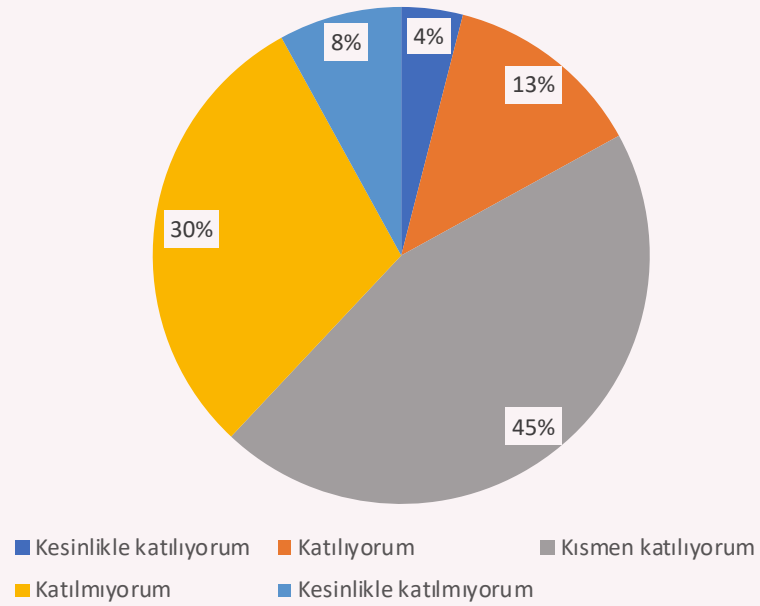


Grafik 15: Adamını bulursan yargıdan istediği kararı çıkartacağına inanıyorum.



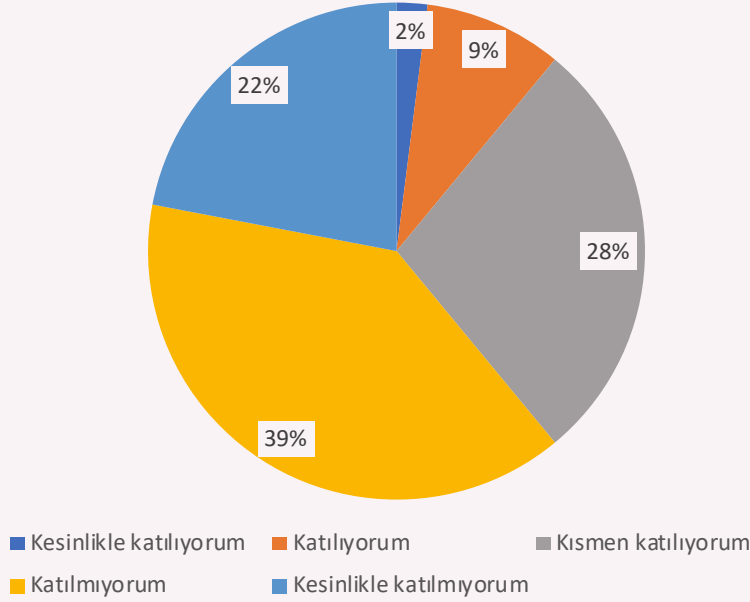
Katılımcılara sorulan bir diğer soruda “*Adamını bulursan yargıdan istediği kararı çıkartacağına inanıyorum.*” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Bu sorunun amacı yargının tarafsızlığına güveni ölçmektir. Ülkemizde kabile kültürünün yaygınlığı dolayısıyla “tanıdıklık” tarafsızlığı etkileyen önemli bir sorundur. Ancak bu aynı zamanda bağımsızlıkla da ilgili bir sorudur. Yargının dış etkilere karşı bağımsızlığını da dolaylı olarak test etmektedir. Katılımcıların %18’i bu ifadeye katılmadıklarını belirtirken %6’sı kesinlikle katılmadıklarını belirtmişlerdir. Katılımcıların %40’ı ifadeye kısmen katıldıklarını %23’ü katıldıklarını ve %13’ü ise kesinlikle katıldıklarını işaretlemişlerdir. Görüldüğü gibi katılımcıların %24’ü yargının bu konuda tarafsızlığına güvenirken %36’sı güvenmediklerini beyan etmişlerdir. %40’lık bir kesim ise kısmi bir güven duyduklarını belirtmişlerdir.

Grafik 16: Eğer hâkim veya savcıyı (ekonomik olarak) görürsen kararı lehine çıkartabileceğini düşünüyorum.



Bir diğer soruda yargıda yolsuzluk algısının ölçülmesi hedeflenmiştir. Katılımcılara “*Eğer hâkim veya savcıyı (ekonomik olarak) görürsen kararı lehine çıkartabileceğini düşünüyorum.*” ifadesine katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %8’i kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretlerken %30’u katılmıyorum; %45’i kısmen katılıyorum, %13’ü katılıyorum ve %4’ü kesinlikle katılıyorum seçeneklerini işaretlemişlerdir. Yargıda yolsuzluk algısının nispeten düşük olduğu görülmektedir. Katılımcıların %17’si yolsuz-

Grafik 17: Üst düzey bir yönetici de tarafı olsa her davada mahkemelerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar verdiğiğine inanıyorum.



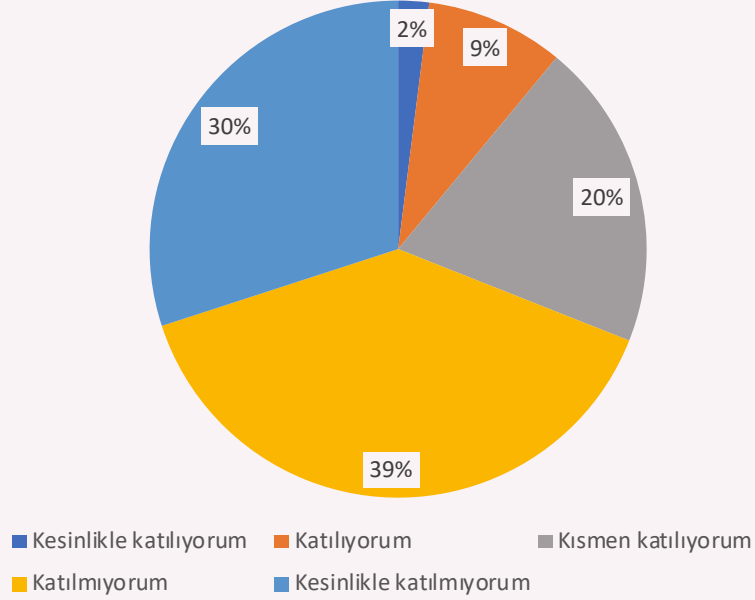
luk olduğu kanaatinde olduklarını belli ederken %38'i aksi kanaat belirtmiştir. %45'lik bir katılımcı oranı ise kısmi bir güvensizlik belirtmişlerdir.

Bir diğer soruda ise yargının bağımsızlığına güveni ölçmek amacıyla katılımcılara “Üst düzey bir yönetici de tarafı olsa her davada mahkemelerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar verdiğiğine inanıyorum.” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %39'u katılmıyorum seçeneğini, %22'si kesinlikle katılmıyorum seçeneğini ve %28'i kısmen katılıyorum seçeneğini işaretlemişlerdir. Kesinlikle katılıyorum seçeneğinin işaretlenme oranı %2 iken katılıyorum seçeneğinin işaretlenme oranı ise %9'dur.

Katılımcıların %61'i yargının yönetim karşısında bağımsız ya da tarafsız olmadığı kanaatindedir. Yalnızca %11 oranındaki katılımcı, yargının yönetim karşısında tarafsız ve bağımsız olduğunu düşünmektedir. %28'lik bir kesim ise yargının yönetim karşısından kısmen tarafsız ve bağımsız olduğu kanaatindedir.

Hakim ve savcılarının kendi içinde HSK'ya karşı bağımsız olup olmadıkları yönündeki algıyı ölçmek amacıyla katılımcılara “Hâkim ve savcılarının karar verirken, kararları dolayısıyla başlarına kötü bir şey gelmeyeceğinden emin olduklarını düşünüyorum” yargısına katılma durumları sorulmuştur. Katılımcı-

Grafik 18: Hâkim ve savcıların karar verirken, kararları dolayısıyla başlarına kötü bir şey gelmeyeceğinden emin olduklarını düşünüyorum.

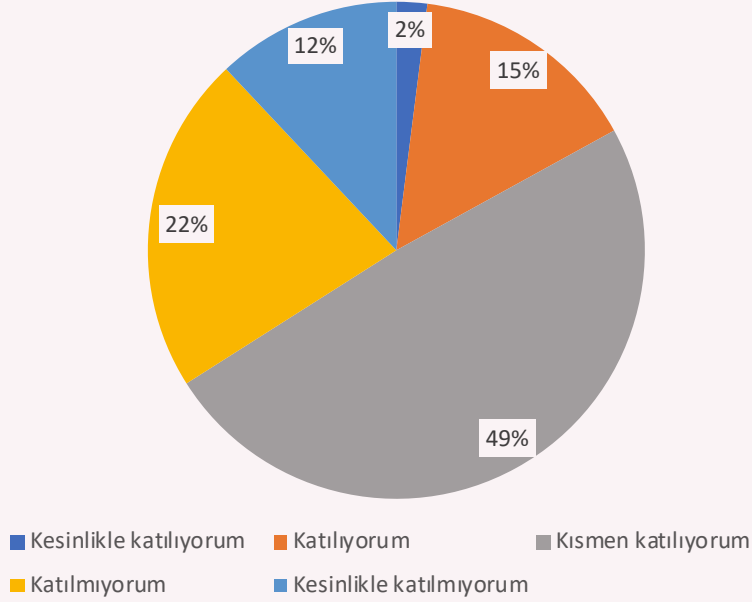


ların %30'u bu ifadeye kesinlikle katılmadıklarını ifade ederken %39'u katılmadıklarını ifade etmişlerdir. Kısım katılıyorum seçeneğinin oranı %20 iken katılıyorum seçeneğinin %9 ve kesinlikle katılıyorum diyenler ise %2'dir. Burada da katılımcıların %69'unun hakim ve savcıların kararları dolayısıyla yaptırım korkusu yaşadıkları kanaatinde olduklarını beyan etmişlerdir. Böyle bir kaygı taşımadıklarını düşünen katılımcıların oranı da yine Yalnızca %11'dir. %20'lik bir kesim ise kısmen bu yargıya katıldıklarını beyan etmişlerdir.

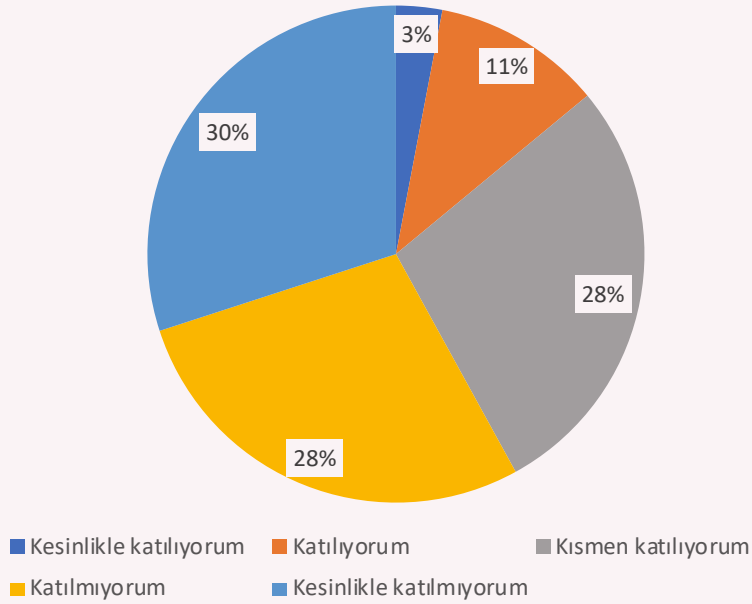
Katılımcıların yargıçların niteliklerine yönelik güvenlerini ölçmek amacıyla "*Hâkim ve savcıların hukuk bilgilerine ve hakimlik mesleğinin gerektirdiği ahlaki niteliklere sahip olduklarına inanıyorum.*" yargısına katılım durumları sorulmuştur. Katılımcıların %49'u bu ifadeye kısmen katıldığını belirtirken %15'i katılıyorum ve %2'si kesinlikle katılıyorum demişlerdir. Katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı %22 iken kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı ise %12'dir. Görüldüğü gibi katılımcıların %34'ü yargıç ve savcıların gerekli niteliklere sahip olması bakımından sorun görürken %17'si bu konuda sorun olmadığı kanaatindedir. %49'luk bir katılımcı kitlesi ise bu konuda kısmen sorun olduğunu düşünmektedir.

Bu alanda sorulan son soruda Kurulun bağımsızlığı konusunda katılımcıların algısını ölçmek amacıyla "*HSK mevcut haliyle tarafsız ve bağımsız bir*

Grafik 19: Hâkim ve savcıların hukuk bilgilerine ve hakimlik mesleğinin gerektirdiği ahlaki niteliklere sahip olduklarına inanıyorum.



Grafik 20: HSK mevcut haliyle tarafsız ve bağımsız bir kuruldur ve hâkim ve savcıların bağımsızlığının güvencesidir



Mahkemeye erişim adil yargılanma hakkının ilk temel unsuru olup, eğer bir uyuşmazlığı mahkeme önün götürme olanağı bulunmuyorsa zaten yargılama da gerçekleşmeyecektir.

kuruldur ve hâkim ve savcılarının bağımsızlığının güvencesidir” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %30’u kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretlerken %28’i katılmıyorum ve %28’i kısmen katılıyorum seçeneklerini işaretlemiştir. Katılıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı %11 iken kesinlikle katılıyorum seçeneğini sadece %3’lük bir kitle işaretlemiştir. Kurulun tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda katılımcıların %58’i sorun görürken %28’i de kısmen sorun olduğunu düşünmektedir. Sorun olmadığını düşünenlerin oranı ise yalnızca %14’tür.

Görüldüğü gibi çok büyük bir kısmı hukukçu ya da hukuk öğrencisi olan katılımcıların büyük çoğunluğunun yargı bağımsızlığı konusunda hemen hemen her alanda ciddi sorunlar olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır.

ii. Adil Yargılanma

Hukuk Devleti Kontrol Listesinde adil yargılama alt unsuru altında dört farklı husus ele alınmıştır. Bunlar; mahkemeye erişim, masumiyet karinesi, adil yargılamanın diğer yönleri ve mahkeme kararlarının etkinliği hususlarıdır.

Mahkemeye erişim adil yargılanma hakkının ilk temel unsuru olup, eğer bir uyuşmazlığı mahkeme önün götürme olanağı bulunmuyorsa zaten yargılama da gerçekleşmeyecektir. Bireyler genellikle tek başlarına yargı süreçlerini başlatabilecek durumda değildirler. Hukuki yardım bu yüzden son derece önemlidir ve herkesin erişimine açık olmalıdır. Ayrıca, hukuki desteği karşılayabilecek maddi imkanları olmayanlar için de adli yardım sağlanmalıdır.⁸⁷

Diğer taraftan bireylerin dava açmasını önleyen ya da aşırı zorlaştıran usuli engeller de mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bu çerçevede dava açma ve kanun yoluna başvuru sürelerinin çok kısa olması, kuralların anlaşılmasız ve karışık olması, harçların özellikle de karşı tarafa ödenecek vekalet ücretlerinin çok yüksek olması gibi hususlar da bireylerin mahkemeye erişimini zorlaştırabilir.

Öte yandan adil yargılanmanın sağlanması açısından masumiyet karinesi hayati öneme sahiptir. Masumiyet karinesinin sağlanması için ispat yükü savcılık makamına ait olmalıdır. İspat yükü ile ilgili kurallar ve uygulama açık ve adil olmalıdır. Hükümetin diğer organları kasıtlı veya kasıtlı olmadan, olayları önyargılı bir şekilde değerlendirerek, yetkili yargı otoritesi üzerinde etkiye bulunmaktan kaçınmalıdır.⁸⁸

⁸⁷ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.99

⁸⁸ İbid, para. 104

Diğer taraftan silahların eşitliği ve etkili savunma haklarının güvence altına alınmış olması ve yargılamaların makul bir sürede bitirilmesi gerekir. Kararların gerekçeli olması mahkemenin bütün argümanları değerlendirdiğini göstermesi ve özellikle de kanun yollarına başvuru hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi açısından önem taşımaktadır.

Son olarak verilen mahkeme kararlarının gecikmeksizin uygulanması gerekir. Eğer verilen kararlar uygulanmıyorsa yargılama anlamını yitirecektir.

Kontrol Listesinde adil yargılanma ile ilgili olarak şu sorulara yer verilmiştir:

1. Bireylerin mahkemelere etkin erişimi var mıdır?

- i. *Locus standi* (dava açma hakkı): Birey, haklarına müdahale eden özel veya kamusal eylemlere karşı başvurabileceği kolaylıkla erişilebilir ve etkili başvuru yollarına sahip midir?
- ii. Etkili hukuki yardımı da içeren savunma hakkı güvence altına alınmış mıdır? Eğer sağlanmış ise bu güvencenin hukuki kaynağı nedir?
- iii. Adaletin sağlanması için gerekli görüldüğü takdirde, hukuki yardım için ödeme yapmakta zorlanacak kişilerin adli yardıma erişimi mümkün müdür?
- iv. Usuli gereklilikler, zaman kısıtlamaları ve mahkeme masrafları makul müdür?
- v. Uygulamada adalete erişim kolaylıkla sağlanmakta mıdır? Erişimin kolay olmasını sağlayacak tedbirler nelerdir?
- vi. Yargının işleyişine ilişkin elverişli bilgiler kamunun erişimine açık mıdır?

2. Masumiyet karinesi güvence altına alınmış mıdır?

- i. Masumiyet karinesi hukuk tarafından güvence altına alınmış mıdır?
- ii. İspat yükü konusunda net ve adil kurallar mevcut mudur?
- iii. Diğer devlet organlarının, suç isnat edilen kişinin suçluluğu ile ilgili ifadelerde bulunmasını önlemeyi amaçlayan hukuki güvenceler mevcut mudur?
- iv. Sessiz kalma hakkı, kendini ve aile bireylerini suçlamama hakkı, kanunlarda ve uygulamada temin edilmiş midir?

İspat yükü ile ilgili kurallar ve uygulama açık ve adil olmalıdır. Hükümetin diğer organları kasıtlı veya kasıtlı olmadan, olayları önyargılı bir şekilde değerlendirerek, yetkili yargı otoritesi üzerinde etkide bulunmaktan kaçınmalıdır.

Adil yargılanma hakkının hukuk devleti açısından önemi açık olmakla birlikte Türkiye'nin bu açıdan sorunları hem eskiye dayanmakta hem de çok boyutludur

- v. Bu teminatlar ölçüsüz tutukluluk süreleri söz konusu olduğunda da mevcut mudur?
- 3. Ek adil yargılanma standartları hukukta düzenlenmiş ve uygulamada mevcut mudur?
 - i. Silahların eşitliği ilkesi kanunla güvence altına alınmış mıdır? Pratikte uygulanmakta mıdır?
 - ii. Hukuka aykırı elde edilen delilleri kabul etmeyen hukuk kuralları mevcut mudur?
 - iii. İşlemlere başlanması ile yargı kararlarının verilmesi arasında geçen süre makul süreler içerisinde mi gerçekleştirilmiştir? Sürecin uzun sürmesine karşı başvurulacak herhangi bir yargı yolu mevcut mudur?
 - iv. Davanın taraflarının mahkeme evraklarına ve dosyalarına gerekli zamanlarda erişim hakkı sağlanmakta mıdır?
 - v. Duruşmada sanığın söz alma hakkı güvence altına alınmış mıdır?
 - vi. Kararlar yeterince gerekçelendirilmiş midir?
 - vii. Duruşmalar ve kararlar, AİHS 6.1. maddesinde sayılan haller ve sanığın yokluğunda görülen davalar haricinde, aleni midir?
 - viii. Temyiz kanun yolları özellikle ceza yargılamalarında mevcut mudur?
 - ix. Mahkeme tebligatları düzenli ve hızlı bir şekilde yapılıyor mu?
- 4. Yargı kararları etkin midir?
 - i. Yargı kararları etkin ve hızlı bir şekilde uygulanmakta mıdır?
 - ii. Kararların uygulanmamasına dair ulusal mahkemeler ve/veya AİHM'ne başvurular sık sık yapılmakta mıdır?
 - iii. Toplumun kararların etkinliğine ilişkin algısı nedir?

Değerlendirme:

Adil yargılanma hakkının hukuk devleti açısından önemi açık olmakla birlikte Türkiye'nin bu açıdan sorunları hem eskiye dayanmakta hem de çok boyutludur. Adil yargılanma hakkı Anayasanın 36. ve diğer maddelerinde güvence altına alınmıştır, ancak bu anayasal güvencelerin hayata geçiril-

mesinde ciddi sorunlar bulunmaktadır. AİHM'in 1959-2020 yıllarını kapsayan istatistiklerine göre Türkiye aleyhine verilen toplam 3.309 ihlal kararının 1.603'ü adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddeye ilişkindir. Bu ihlal kararlarının 953'ü adil yargılama güvenceleri, 608'i uzun yargılama ve 67'si mahkeme kararlarının uygulanmaması ile ilgilidir.⁸⁹ Ancak 2014 yılında Tazminat Komisyonu kurularak uzun yargılama şikayetlerinin bu Komisyona havale edildiği unutulmamalıdır. Adil yargılanma hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru istatistikleri de benzer durumdadır. Anayasa Mahkemesinin 2020 yılı sonuna kadar verdiği toplam 14.273 ihlal kararının 9.039'u (toplam ihlallerin % 63.3'ü) adil yargılanma hakkına ilişkindir.⁹⁰ Yargılamanın uzunluğu şikayetleri bakımından AYM önündeki şikayetler de Tazminat Komisyonuna devredilmiştir.

Diğer taraftan bu sorunlar yukarıda açıklanan yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundan ayrı düşünülemez.

Mahkemeye erişim ile ilgili en önemli sorunlar bazı kararların tebliğ edilmemesi dolayısıyla sürelerin hangi tarihten başlatılacağı konusundaki belirsizlik dolayısıyla başvuruların süre yönünden reddi, hukuk davalarında avukat tayin edilmemesi, dava harçlarının, özellikle de vekalet ücretlerinin yüksekliği gibi nedenler oluşturmaktadır. Özellikle idari yargıda kişiler açtıkları davayı kaybetmeleri halinde idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesi pek çok kişinin dava açmaktan vazgeçmesine neden olmaktadır. Zira idarenin kendi ajanları ile temsil edildiği davalarda dahi vekalet ücretine hükmedilmesi ciddi bir haksızlıktır.

OHAL dönemi işlemlerine karşı yargı yoluna başvuru hala çok ciddi sıkıntılar barındırmaktadır. İşlemlerden çok uzun zaman sonra kurulan OHAL İşlemlerini İnceleme Komisyonu hala incelemelerini tamamlamamıştır ve ilk işlemlerden itibaren beş yıla yakın süre geçmiş olmasına rağmen kişiler hala bu işlemlerin hukuka uygunluğunu bir yargı organı önüne götüremiştir. İhraç ve kapatmalar dışındaki ilave tedbirlerle ilgili olarak ise ancak Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı ile 4,5 yıl sonra idareye başvuru yolu açılmıştır. İdari yargıdan da bu konularda hala kesinleşen bir karar çıkmış değildir. Danıştay ilk derece olarak baktığı hakim ve savcı ihraçları ile ilgili olarak hala istisnai iki karar dışında karar vermiş değildir.

Mahkemeye erişim ile ilgili en önemli sorunlar bazı kararların tebliğ edilmemesi dolayısıyla sürelerin hangi tarihten başlatılacağı konusundaki belirsizlik dolayısıyla başvuruların süre yönünden reddi, hukuk davalarında avukat tayin edilmemesi, dava harçlarının, özellikle de vekalet ücretlerinin yüksekliği gibi nedenler oluşturmaktadır.

⁸⁹ ECHR Overview 1959-2020, s.7 https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf

⁹⁰ https://www.anayasa.gov.tr/media/7192/bb_istatistik_2020-min.pdf

Pek çok KHK'lı hakkında savcılıklarca takipsizlik veya mahkemelerce beraat kararı verilmiş olmasına rağmen idare ve idari yargı organları suçlu muamelesi yapmaya devam etmektedirler. Terör yargılamalarında delil olarak ileri sürülen pek çok olgu kişilerin suçluluğunu gösteren bir kanıt olmadığından çoğunlukla kişiler kendilerinin suçsuz olduğunu ispatlama mecburiyetinde kalmaktadır.

Mahkemeye erişim ile ilgili son bir husus da AYM'ye yapılan bireysel başvurularda mahkemenin özellikle siyasi niteliği ağır basan bazı başvuruları iddiaların ispatlanamadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmasıdır.⁹¹ Şikâyetin konusunun ve ihlal iddiasının apaçık ortada olduğu bu tür başvuruların kabul edilemez bulunması mahkemeye erişim hakkına yönelik ciddi bir kısıtlamadır.

Masumiyet karinesi bakımından özellikle OHAL döneminden sonra ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Akrabalardan herhangi biri hakkında açılan soruşturma nedeniyle diğer aile üyelerine de suçlu muamelesi yapılması hem suçların şahsiliği ilkesine hem de masumiyet karinesine aykırıdır. Mesela, kamu görevinden ihraç edilenlerin eşlerinin ve çocuklarının da pasaportlarının iptal edilmesi gibi uygulamalar yaygınlaşmıştır. Ayrıca pek çok KHK'lı hakkında savcılıklarca takipsizlik veya mahkemelerce beraat kararı verilmiş olmasına rağmen idare ve idari yargı organları suçlu muamelesi yapmaya devam etmektedirler.

Terör yargılamalarında delil olarak ileri sürülen pek çok olgu kişilerin suçluluğunu gösteren bir kanıt olmadığından çoğunlukla kişiler kendilerinin suçsuz olduğunu ispatlama mecburiyetinde kalmaktadır. Mesela yasal bir toplantıya katılan kişi örgüt üyeliği ile suçlandığında savcı yasal toplantıya katılmanın ne şekilde örgüt üyeliği suçunu oluşturduğunu açıklamamakta, kişiler toplantı ile örgüt üyeliği arasında ilişki olmadığını açıklamaya çalışmaktadırlar. Bu da ispat yükünün tersine çevrilmesidir ve masumiyet karinesine aykırıdır.

Masumiyet karinesi açısından başka bir sorun yöneticilerin kişileri doğrudan suçlu ilan etmeleridir. Cumhurbaşkanı başta olmak üzere, bakanlar, siyasetçiler üst düzey kamu görevlileri henüz soruşturma açılmadan, ya da dava devam ederken suçlu ilan eden açıklamalar yapabilmektedirler. AİHM Kavala ve Demirtaş kararlarında 18. maddenin ihlaline karar verirken Cumhurbaşkanının açıklamalarını da dikkate almıştır.

Silahların eşitliği ve savunma hakları bakımında da yaygın sorunlar bulunmaktadır. En başta savcıların savunma makamı ile aynı durumda ve konumda olmaması, savcının mahkeme heyetinin yanında oturması, mahkemenin müzakerelerine şahit olması silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Terör yargılamalarında gizli tanık uygulamasının çok yaygın olması dolayısıyla sanığın tanığı sorgulama hakkı aşırı derecede kısıtlanmaktadır. Terör

91 Mustafa Akaydın, B. No: 2015/14800, 8/1/2020.

yargılamalarında özellikle soruşturma aşamasında dosya hakkında gizlilik kararı verilmesi dolayısıyla kişiler suçlamaları öğrenememekte, tutuklama gibi koruma tedbirlerine karşı kendilerini savunamamaktadırlar. OHAL düzenlemeleri ile avukat yardımından yararlanma hakkına ciddi sınırlamalar getirilmiştir. Tutukluların avukat ile görüşme haklarına kısıtlamalar getirilmiş avukat-müvekkil gizliliği ortadan kaldırılmıştır.

Makul sürede yargılanma hakkı pek çok dava bakımından ihlal edilmektedir.

Mahkeme kararlarının etkili bir şekilde uygulanmaması bakımından özellikle idare aleyhine sonuçlanan idari yargı kararlarının uygulanmasında ciddi gecikmeler yaşanmakta, mahkeme kararını etkisiz kılmak üzere yeni idari işlemler yapılmaktadır.

iii. Anayasa Yargısı

Anayasa yargısı hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir işlev görmektedir. Özellikle temel hak ve özgürlükleri ihlal eden anayasaya aykırı yasaların iptal edilmesi, yine anayasal hakları ihlal eden diğer organların işlemlerinin denetlenmesi bakımından anayasa yargısının işlevi büyük önem taşımaktadır. Venedik komisyonu genel olarak anayasa mahkemesi veya benzer nitelikteki bir organın oluşturulmasını tavsiye etmektedir. Anayasa yargısının kapsamı, yani denetime tabi olan işlemler, dava açma yetkisi, mahkemenin oluşumu ve kararlarının bağlayıcılığı gibi hususlar hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Hukuk Devleti Kontrol Listesinde anayasa yargısına ilişkin olarak şu sorulara yer verilmiştir:

1. Genel hükümlere karşı bireyler anayasal yargıya etkili bir şekilde başvurabilirler mi? Örneğin, bireyler kanunların anayasal denetimini doğrudan veya yerel bir mahkeme nezdinde anayasal itiraz şeklinde talep edebilir mi? Bireylerin bu başvuru yollarını kullanabilmeleri için gerekli kılınmış, varlığı kanun tarafından korunan hukuki menfaatleri nedir?
2. Bireylerin, etkilendikleri bireysel işlemlere karşı anayasal yargıya etkin bir şekilde erişimi mevcut mudur? Örneğin bireyler, idari işlemlerin veya mahkeme kararlarının anayasal denetimini doğrudan veya anayasal itiraz ile talep edebilir mi?

Bireyler görülmekte olan davalarında uygulanacak kuralın Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurulmasını talep edebilirler. Ancak bu talebin kabulü mahkemenin takdirindedir.

Devletler içerisinde anayasal denetimi sağlayacak bir anayasal yargı sistemi temin edilmiş midir? (bu alanda uzmanlaşmış olan anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemeler tarafından)

1. Genel hükümlere karşı bireyler anayasal yargıya etkili bir şekilde başvurabilirler mi? Örneğin, bireyler kanunların anayasal denetimini doğrudan veya yerel bir mahkeme nezdinde anayasal itiraz şeklinde talep edebilir mi? Bireylerin bu başvuru yollarını kullanabilmeleri için gerekli kılınmış, varlığı kanun tarafından korunan hukuki menfaatleri nedir?
2. Bireylerin, etkilendikleri bireysel işlemlere karşı anayasal yargıya etkin bir şekilde erişimi mevcut mudur? Örneğin bireyler, idari işlemlerin veya mahkeme kararlarının anayasal denetimini doğrudan veya anayasal itiraz ile talep edebilir mi?
3. Parlamento ve yürütme, yeni kanunlar veya düzenleyici hükümleri kabul ederken Anayasa Mahkemesi veya benzer bir organın tartışmalarını dikkate almak zorunda mıdır? Uygulamada bu tartışmalar dikkate alınmakta mıdır?
4. Parlamento ve yürütme, Anayasa Mahkemesi veya benzer bir organın kararlarından doğan kanun/düzenleme boşluklarını makul bir süre içerisinde doldurmakta mıdır?
5. Yerel mahkeme kararının anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) sonucu, kaldırılması durumunda, davalar yeniden açıldığında, Anayasa Mahkemesinin veya benzer nitelikteki yargı organının argümanları yerel mahkeme tarafında dikkate alınmakta mıdır?
6. Anayasa Mahkemesi hakimleri parlamento tarafından seçiliyor ise nitelikli çoğunluk için bir zorunluluk ve yapının dengeli olmasını sağlayacak güvenceler mevcut mudur?
7. Yürütme ve yasama organları tarafından yapılan ön anayasal denetim var mıdır?

Değerlendirme:

Türkiye’de 1961 Anayasasının kabulüyle 1962 yılından beri anayasa yargısı mevcuttur. Anayasallık denetimi Avrupa modeline uygun olarak merkezi bir Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir. Mahkemenin yetki alanına norm denetimi, bireysel başvuruların incelenmesi, siyasi parti

kapatma davaları ve siyasi partilerin mali denetimi ve yüce divan yargılamaları girmektedir. Bireysel başvuruları inceleme yetkisi 2010 anayasa değişikliği ile girmiş ve iki yıllık bir geçiş dönemi sonucu 2012 yılında başlamıştır.

Denetlenecek normlar kapsamına kanunlar, TBMM İçtüzüğü, anayasa değişiklikleri (şekil bakımından) ve cumhurbaşkanlığı kararnameleri (2018 öncesinde kanun hükmünde kararnameler) girmektedir. Ancak OHAL CBK'ları denetim kapsamı dışında bırakılmıştır.

Norm denetimi iptal davası ve itiraz yoluyla mümkündür. İptal davası açma yetkisi Cumhurbaşkanı, TBMM'de en çok üyesi bulunan iki siyasi parti grubuna ve TBMM üye sayısının beşte biri tutarındaki milletvekillerine tanınmıştır. Bireyler görülmekte olan davalarında uygulanacak kuralın Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurulmasını talep edebilirler. Ancak bu talebin kabulü mahkemenin takdirindedir.

Normların yürürlüğe girmeden önce anayasaya uygunluk denetimi esasen kanunlar bakımından TBMM Komisyonlarında yapılması gerekmektedir. Ancak uygulamada İçtüzüğün bu hükmünün etkili bir şekilde uygulandığını söylemeye olanak bulunmamaktadır.

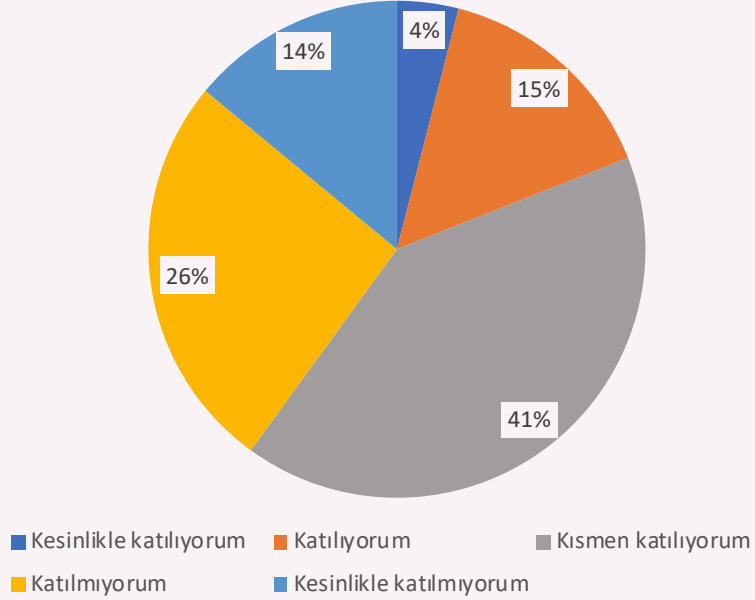
Bireyler AİHS kapsamındaki anayasal haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle diğer hukuk yollarını tükettikten sonra bireysel başvuruda bulunabilirler. Bireysel başvuru sonucu AYM ihlal tespit ederse ihlale neden olan işlemi ya da kararı doğrudan iptal yetkisine sahip değildir. Ayrıca AYM ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit ettiği hallerde kanunu inceleme taleplerini reddetmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 15 üyesinden 12'sini Cumhurbaşkanı, üçünü ise TBMM seçmektedir. Mevcut durumda partili Cumhurbaşkanının AYM'ye üye atamasının doğru olmadığı açıktır. TBMM tarafından yapılan atamalarda da nitelikli çoğunluk zorunluluğu üçüncü turda ortadan kalkmaktadır. Yani basit çoğunlukla üye seçmek mümkündür ve bu çoğunluk partisnin tek başına istediği kişiyi üye seçtirebileceği anlamına gelmektedir.

Genel olarak yargıda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak da en temel sorun Mahkemenin bağımsızlığını güvence altına alacak bir seçim usulünün benimsenmemiş olmasıdır. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında neredeyse tek başına tüm Mahkemeyi şekillendirme yetkisi

Genel olarak yargıda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak da en temel sorun Mahkemenin bağımsızlığını güvence altına alacak bir seçim usulünün benimsenmemiş olmasıdır.

Grafik 21: Eğer Anayasaya aykırı bir kanun çıkarılırsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğinden eminim.



partili Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Bu mahkemenin işlevlerini gerçekleştirmesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Bu temel sorun yanında diğer tüm meseleler önemsiz hale gelmektedir.

ÖAD anketinde Anayasa Mahkemesine güvenlerini ölçmek amacıyla katılımcılara “Eğer Anayasaya aykırı bir kanun çıkarılırsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğinden eminim.” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %41’i bu ifadeye kısmen katıldığını belirtirken %15’i katılıyorum ve %4’ü kesinlikle katılıyorum demişlerdir. Katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı %26 iken kesinlikle katılmıyorum seçeneğini işaretleyenlerin oranı ise %14’tür. Yani katılımcıların %40’ı mahkemeye güvensizliklerini ifade ederken %19’u güvendikleri, %41’i ise kısmen güvendiklerini beyan etmişlerdir.

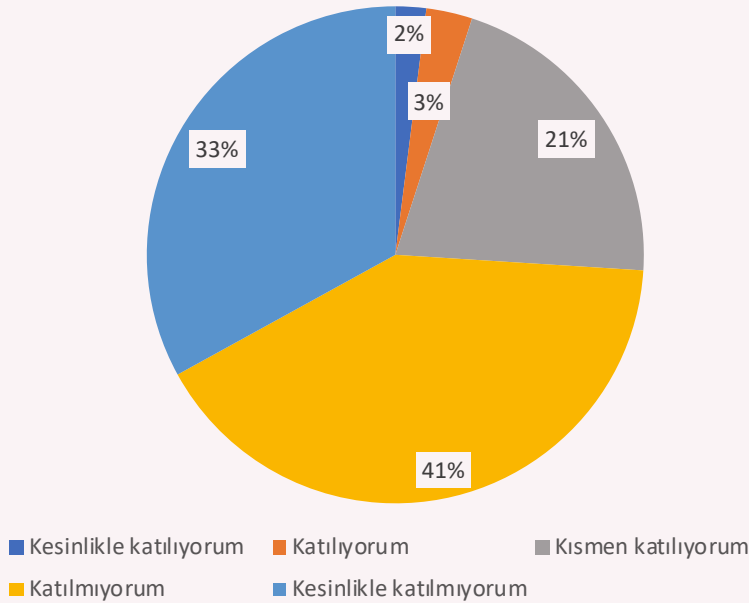
Hukuk devleti raporunda hukuk devletinin altıncı unsuru olarak insan haklarına saygıya yer verilmiştir. Kontrol listesinin ilk halinde de buna ilişkin bazı sorulara yer verilmiştir. Ancak Kontrol Listesinin son halinde bu başlık çıkarılmış, bunun yerine hukuk devletini ihlal eden bazı örnekler başlığı altında yolsuzluk ve kişilerin haberleşmesinin gözetimi örneklerine yer verilmiştir. İlk taslakta insan haklarına saygı başlığı altında ele alınan hususlar ise yukarıda incelenen adalete erişim başlığı altına serpiştirilmiştir.

Yolsuzluk her bakımdan yönetimin hukuka uygunluğunu ve bireyler açısından öngörülebilir bir hukuk uygulamasını ortadan kaldırdığından hukuk devletine yönelik en önemli tehditlerden biridir ve hukuk devleti ile ilgili endekslerde ülkedeki yolsuzluk durumu dikkate alınmaktadır. 1996 yılından beri ülkelerin kamu yönetiminde yolsuzluk algısını ölçen Uluslararası Şeffaflık Örgütünün 2020 yılı Yolsuzluk Algı Endeksi'nde Türkiye, 40 puan alan diğer altı ülke ile birlikte 86. sırada yer almıştır. Türkiye ile aynı sırayı paylaşan diğer ülkeler Fas, Hindistan, Burkina Faso, Trinidad Tobago ve Doğu Timor'dur.⁹² Türkiye'nin puanı 2013 yılında 50 iken 2020 yılında 40'a düşmüştür.

İletişim çağında devletlerin yurttaşların özel hayatına müdahale olanakları aşırı derecede artmıştır ve bu durum hukuk devletine yönelik önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Özellikle sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile devletin gözetleme olanakları da artmıştır ve güvenlik birimleri sanal devriye adı altında özel birimler oluşturarak sosyal medya paylaşımlarını takip altına almıştır.⁹³ Ancak bu faaliyetler sonucu müdahale edilen temel haklardan biri ifade özgürlüğüdür. Son yıllarda Türkiye'de bütün haklar ba-

1996 yılından beri ülkelerin kamu yönetiminde yolsuzluk algısını ölçen Uluslararası Şeffaflık Örgütünün 2020 yılı Yolsuzluk Algı Endeksi'nde Türkiye, 40 puan alan diğer altı ülke ile birlikte 86. sırada yer almıştır.

Grafik 22: Türkiye dört dörtlük bir hukuk devletidir.



⁹² <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/table/nzl>

⁹³ <http://www.gazetevatan.com/icisleri-bakanligi-duyurdu-sanal-devriye-1370699-gundem/>

Oluşturulan hükümet sistemi, bütün yetkilerin Cumhurbaşkanının elinde toplandığı, Parlamente'nin siyasi denetiminin oldukça zayıfladığı, yargının temel organları olan Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin atanmasında temel belirleyicinin Cumhurbaşkanı olduğu başkancı bir sistemdir.

kimından ciddi bir gerileme söz konusu iken, en çok etkilenen haklar arasında ifade ve örgütlenme özgürlükleri bulunmaktadır.

ÖAD anketinde katılımcılara genel olarak Türkiye’de hukuk devleti konusunda ne düşündüklerini anlamak amacıyla “*Türkiye dört dörtlük bir hukuk devletidir.*” yargısına katılıp katılmadıkları sorulmuştur. Katılımcıların %2’si bu ifadeye kesinlikle katıldıklarını ifade ederken %3’ü katıldıklarını ifade etmişlerdir. Katılımcıların %21’i kısmen katıldıklarını ifade ederken %41’i katılmadıklarını %33’ü ise kesinlikle katılmadıklarını ifade etmişlerdir. Görüldüğü gibi katılımcıların %74’ü Türkiye’nin hukuk devleti olduğu yargısına katılmamaktadır ve bu yukarıda yapılan açıklamalarla uyumludur.

7. SONUÇ

Türkiye’de hukuk devleti alanında son yıllarda ciddi bir gerileme söz konusudur. Bu, Dünya Adalet Projesi tarafından düzenli olarak yayınlanan Hukuk Devleti Endeksinde de gözlemlenebilmektedir. Türkiye’nin son beş yılda puanı 46’dan 43’e düşmüştür. 2020 yılı endeksinde Türkiye 128 ülke arasında 107. sırada yer almıştır.⁹⁴ Bu endekste yer alan alt unsurlardan birisi “yürütme gücü üzerindeki sınırlamalar” olup, bu unsurda Türkiye’nin puanı 30 olup, 128 ülke içinde 124. sırada yer almaktadır. Diğer bir alt unsur olan “temel haklar” kategorisinde Türkiye’nin puanı 32 olup, 123. sırada yer almaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalarda da görüldüğü gibi Türkiye’nin temel sorunu 2017 Anayasa değişikliği sonrasında oluşan anayasal mimaridir. Oluşturulan hükümet sistemi, bütün yetkilerin Cumhurbaşkanının elinde toplandığı, Parlamente’nin siyasi denetiminin oldukça zayıfladığı, yargının temel organları olan Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin atanmasında temel belirleyicinin Cumhurbaşkanı olduğu başkancı bir sistemdir. Bu sistemde denge ve denetleme mekanizmaları bulunmamaktadır. Yargının kontrolünü elinde tutan bir Cumhurbaşkanının tek başına yürütme yetkisine sahip olduğu ve parlamente’nin sınırlayıcı bir gücünün bulunmadığı düşünüldüğünde hukuk devleti ilke ve kurallarına uymak Cumhurbaşkanının tercihine bağlı hale gelmektedir. Oysa hukuk devleti ancak sistemin keyfi güç kullanımına izin vermediği bir kurumsal çerçevede gerçekleşebilir. Bu nedenle hukuk devletinin restorasyonu için anayasa yeniden ele alınarak denge ve denetleme mekanizmalarının güvence

⁹⁴ <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2020/Turkey/>

altına alındığı, yargının bağımsızlığının tesis edildiği, kuvvetler ayrılığına ve demokratik çoğulculuğa dayanan bir hükümet sisteminin kurulmasına ihtiyaç vardır.

EKLER

Likert Ölçeği Kullanılarak Hazırlanan Anket Soruları

1. Türkiye dört dörtlük bir hukuk devletidir.
2. Kanunlar çıkarılmadan önce kamuoyunda yeterince tartışılır.
3. Kanunlar kabul edilmeden önce TBMM’de yeterince müzakere edilir.
4. Teklif edilen kanunların muhtemel sosyal ve ekonomik etkileri önceden hesaplanır ve değerlendirilir.
5. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılmadan önce kamuoyunda yeterince tartışılır.
6. Çıkarılan mevzuatın ne getirdiğini kolaylıkla anlayabiliyorum ve değişiklikleri takip edebiliyorum.
7. Ülkemizde hukuk yeterince istikrarlıdır ve gerekli olmadıkça kanunlar değiştirilmez.
8. Adaletsiz ve insan haklarını ihlal eden kanunlar çıkarıldığına inanmıyorum.
9. Eğer Anayasaya aykırı bir kanun çıkarılırsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğinden eminim.
10. Yürütme ve idare tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun hareket eder.
11. Hukuka aykırı bir işlem yapılırsa bunun yargı tarafından iptal edileceğinden eminim.
12. Türkiye’de kesinlikle işkence veya kötü muamele uygulanmaz.
13. Kolluk hukuk dışı bir güç kullanırsa titizlikle soruşturulup gerekli cezaya çarptırılacağından eminim.
14. Türkiye’de hukuk kesinlikle herkese eşit bir şekilde uygulanır.

15. Bir uyuşmazlığım olursa yargı tarafından adil bir karar verileceğine inanıyorum.
16. Adamını bulursan yargıdan istediği kararı çıkartacağına inanıyorum.
17. Eğer hâkim veya savcıyı (ekonomik olarak) görürsen kararı lehine çıkarabileceğini düşünüyorum.
18. Üst düzey bir yönetici de tarafı olsa her davada mahkemelerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar verdiğiğine inanıyorum.
19. Hâkim ve savcıların karar verirken, kararları dolayısıyla başlarına kötü bir şey gelmeyeceğinden emin olduklarını düşünüyorum.
20. Hâkim ve savcıların hukuk bilgilerine ve hakimlik mesleğinin gerektirdiği ahlaki niteliklere sahip olduklarına inanıyorum.
21. HSK mevcut haliyle tarafsız ve bağımsız bir kuruldur ve hâkim ve savcılarının bağımsızlığının güvencesidir.

LİBERAL PERSPEKTİF RAPOR

Sayı: 18, Mart 2021

TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİ RAPORU

Ali Rıza Çoban



Çankaya Mahallesi Atatürk Bulvarı No: 160 D: 10, Çankaya, Ankara

(312) 213 24 00 www.oad.org.tr info@oad.org.tr

[f](https://www.facebook.com/ozgurlukarastirmalari) [ozgurlukarastirmalari](https://www.facebook.com/ozgurlukarastirmalari) [ozgurlukar](https://twitter.com/ozgurlukar)