

LİBERAL PERSPEKTİF RAPOR

SAYI: 43 • HAZİRAN 2025



TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİ

Ali Rıza Çoban



National Endowment
for Democracy
Supporting freedom around the world



FRIEDRICH NAUMANN
FOUNDATION For Freedom.
Türkiye



LIBERAL PERSPEKTİF RAPOR

Sayı: 43 • Haziran 2025

TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİ
Ali Rıza Çoban

© Özgürlük Araştırmaları Derneği, 2025

Bu çalışma, National Endowment for Democracy tarafından desteklenen Türkiye'de Yapısal Reformlar Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Çalışmada yer alan görüşler yalnızca yazara aittir; National Endowment for Democracy ve Özgürlük Araştırmaları Derneği'nin kurumsal 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

[X](#) [ozgurlukar](#) [f](#) [/](#) [o](#) [ozgurlukarastirmalari](#)

Tasarım ve Dizgi:
Serbest Kitaplar
serbestkitaplar.com



Ali Rıza Çoban

Ali Rıza Çoban, 1971 Denizli doğumludur. İlk ve orta okulu Denizli’de, liseyi İzmir Yenışehir 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 akademi-den 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	6
GİRİŞ	7
1. HUKUK DEVLETİNİN TANIMI VE UNSURLARI	8
2. DÜNYADA VE TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİ KAVRAMININ GELİŞİMİ	12
3. HUKUK DEVLETİNE UYUM AÇISINDAN TRÜKİYE’NİN DURUMU	17
3.1. Türkiye’nin Zorlukları	17
3.2. Hukuk Devletinin Unsurları Yönünden Değerlendirme	18
3.2.1. Kanunilik.....	19
3.2.1.1. Hukukun Üstünlüğü	19
3.2.1.2. Kanuna Uygunluk.....	22
3.2.1.3. Uluslararası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişki.....	25
3.2.1.4. Yürütmenin Kanun Yapma Yetkisi.....	28
3.2.1.5. Kanun Yapma Yöntemleri.....	30
3.2.1.6. Olağanüstü Hallerde İstisnalar.....	33
3.2.1.7. Kanunu Uygulama Görevi	36
3.2.1.8. Kamu Hizmeti Veren Özel Kişiler.....	37

3.2.2. Hukuki Belirlilik	38
3.2.2.1. Kanunların Erişilebilirliği	39
3.2.2.2. Mahkeme Kararlarına Erişim	40
3.2.2.3. Kanunların Öngörülebilirliği	40
3.2.3. Hukukun İstikrarlı ve Tutarlı Olması	43
3.2.4. Meşru Beklentiler	44
3.2.5. Geriye Yürümezlik	45
3.2.6. Kanunsuz Suç Olmaz' ve 'Kanunsuz Ceza Olmaz' İlkeleri	46
3.2.7. Kesin Hüküm (Res Judicata)	47
3.3. Yetkilerin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi	49
3.4. Hukuk Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı	51
3.5. Adalete Erişim	54
3.5.1. Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı	54
3.5.2. Adil Yargılanma	65
3.5.3. Anayasa Yargısı	69
3.6. Yolsuzluk	71
4. SONUÇ	72

ÖNSÖZ

Bu rapor 2021 yılında Özgürlük Araştırmaları Derneği için tarafımızdan hazırlanan Türkiye’de Hukuk Devleti raporunun güncellenmiş halidir. Teorik çerçeveye ilişkin açıklamalardan sonra Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen “Hukuk Devleti Kontrol Listesi” esas alınarak Türkiye’nin durumuna ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Dolayısıyla bu raporda teorik çerçeve güncellenmiş, Kontrol listesinde yer alan sorulara dokunulmamış ancak Türkiye’ye ilişkin değerlendirmeler güncel durum dikkate alınarak yeniden yazılmıştır.

GİRİŞ

Hukuk devleti, ya da hukukun üstünlüğü özellikle 20. Yüzyılın ikinci yarısında evrensel kabul görmüş bir siyasi idealdir. Her ne kadar son yıllarda dünyada yeniden otoriterleşme rüzgarları esmeye başlamış ve dünya politikasını etkileme gücüne sahip pek çok ülkede otokrat eğilimli popülist partiler ve liderler iktidara gelmiş ise de bunun ahlaki bir temele dayandığını söylemeye imkân yoktur. Yani, hukukun üstünlüğü idealine yönetilmiş ahlaki geçerliliği yüksek fikirler üzerinde yükselen bir otoriterleşme dalgasından söz edilemez. Aksine bazı sosyal ve ekonomik sorunların istismarına dayalı popülist söylemler üzerinde yükselen, hukuku değil, yöneticilerin keyfi tercihlerini yücelten bu yönetimlerin insanlık için ahlaki bir ideal ürettiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle hukukun üstünlüğü kavramının halen bir siyasal sistemin sahip olması gereken temel niteliklerden birisi olduğunu kabul etmek gerekir. En azından söylem düzeyinde halen 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

Benzer şekilde pek çok uluslararası örgüt açısından hukukun üstünlüğünü gerçekleştirme temel bir hedef olup üyeliğe kabul koşulu olarak devletlerin hukukun üstünlüğüne saygı göstermesi aranmaktadır. Avrupa Konseyinin kurucu değerlerinden biri hukukun üstünlüğüne saygı olup, Avrupa Konseyi Statü'sünün 3. maddesine göre hukukun üstünlüğüne riayet edilmesi Konseyin üyesi olmak için önkoşuldur. Aynı şekilde Avrupa Birliği Antlaşması'nın giriş kısmında ve ikinci maddesinde hukukun üstünlüğü, üye devletler ve Avrupa Birliği arasında paylaşılan kurucu değerlerden biri olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla hem uluslararası politikada hem de iç politikada en azından söylem düzeyinde hukukun üstünlüğüne saygı bir meşruiyet argümanı işlevi görmektedir. Bu nedenle hukukun üstünlüğünün, demokrasi ve insan hakları ile birlikte modern politikanın en temel ahlaki ölçütü olarak işlev gördüğü söylenebilir.

Her ne kadar aşağıda açıklanacağı gibi “hukuk devleti” ve “hukukun üstünlüğü” kavramları arasında tarihsel arka planları, çıktıkları ülkelerin sosyal, siyasal ve ekonomik koşulları ve tekabül ettikleri siyasi anlam bakımından bazı nüanslar bulunsa da bu yazıda bu iki kavram aynı anlamı ifade etmek üzere birbirinin yerine kullanılacaktır. Zira ülkemizde yasal metinlerde ağırlıklı olarak hukuk devleti kavramına yer verilmiştir.

İlk defa 1961 Anayasasında yazılı bir hukuk metnine giren “hukuk devleti” kavramı, o tarihten bu yana anayasal bir temel ilke olarak tanınmıştır. Hatta 1982 Anayasasının değiştirile-

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

mez hükümlerinden biri, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti niteliğidir. Hukuk devleti kavramı tüm siyasi aktörlerin politik jargonuna hâkim olmuş olmakla birlikte uygulamada ne derece uyulduğu temel bir sorun olarak kalmaya devam etmektedir. Son on yılda her bakımdan hukuk devletinin ciddi bir erozyona uğradığı gözlemlenmektedir. Yasama, yürütme ve yargı organlarının her biri açısından keyfilik olağanlaşmış, anayasa ve yasalara uyma hassasiyeti ortadan kalkmıştır. Temel hak güvenceleri işlevsiz hale gelmiş ve hukuki öngörülebilirlikten söz etmek tamamen imkânsız hale gelmiştir. Yargı önemli ölçüde yürütmenin kontrolü altına girmiştir. Buna rağmen hukuk devleti ilkesini kökünden reddeden söylem ve uygulamaların hukuk devleti adına savunulduğuna rastlanmaktadır. Her gün Anayasayı ve temel hukuk ilkelerini hiçe sayan onlarca karar alan yetkililerin hukuk devleti kavramını dillerinden düşürmemeleri, kendi politik ajandalarına uymayan karar veren her hakimin yetkisini ya da görev yerini değiştiren Kurul'un başı olan Adalet Bakanının her sözüne "yargı bağımsızdır", "Türkiye bir hukuk devletidir" diye başlaması ise ancak hukuk devletinin trajedisi olarak kavranabilir.

1. HUKUK DEVLETİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Hukuk devleti kavramı, geliştiği politik ve kültürel koşullara göre farklı ülkelerde farklı anlamlar taşısa da özünde siyasal gücün yöneticilerin keyfi tercihleri doğrultusunda değil, hukuka uygun olarak ve hukuk çerçevesinde kullanılması gerekliliğini 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 ayrılığı ve temel insan haklarının güvence altına alınması 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.

Ayrıca hukuk devletinin tanımı, kaçınılmaz olarak hukukun ne olduğuna ilişkin felsefi yaklaşımlara göre değişecektir. Devletin hukukla bağlılığı düşüncesi özünde hukukun, devletin dışında mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır. Buna geniş anlamda doğal hukuk yaklaşımı diyebiliriz. Birey haklarını güvence altına alan ve akıl yoluyla keşfedilen devletten bağımsız bir hukuk anlayışı bu yaklaşıma işaret eder. 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 sı-

nırlama 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 ahla-ki ilkeler (haklar) bulunduğu tezi reddedilse de hukuk kavramının doğasından kaynakla-nan bazı yapısal, şekli ölçütleri karşılaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu çerçevede hukuk kurallarının, genel, soyut, geleceğe dönük ve birbiriyle tutarlı olması gerektiği düşüncesi hukuk devleti anlayışına eklemlenmiş ve bir hukuk devletinde hukukun asgari olarak bu ya-pısal niteliklere sahip olması gerektiği ileri sürülmüştür.² Bu görüş özünde pozitivist hukuk yaklaşımına dayanmaktadır. Salt yapısal niteliklerin birey haklarını korumaya yetmeyeceği açık olduğundan günümüzde bu katı pozitivist yaklaşım önemli ölçüde terkedilmiş ve hu-kuk devletine uygunluktan söz edebilmek için kanunların asgari bir maddi içeriğe de sahip olması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre kanunların bireysel temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi gerekir.

Diğer taraftan, hukuk devletini salt olarak hukukun niteliğine indirgemenin doğru olmadığı-nı, kanunlar belirtilen niteliklere sahip olsa bile, bu nitelikteki kanunların varlığının tek başı-na birey haklarını güvence altına almaya yetmeyeceği görülmüştür. Bu nedenle kanunların uygulanmasını güvence altına alacak kurumsal güvencelere de ihtiyaç olduğu kabul edil-miştir. Bu çerçevede, öncelikle kanunların anayasalarca korunan temel hakları ihlal etme-mesi için anayasallık denetimine yer verilmesi, hukuk devleti açısından gerekli bir kurumsal güvence olarak kabul edilmektedir. Diğer taraftan devlet aygıtının kanunlara uygun davran-masını güvence altına almak için idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetime açılması kaçınılmazdır. Son olarak, hem anayasallık denetiminin hem de idarenin yargısal denetiminin gerçek anlamda işlevsel olabilmesi ve geniş anlamda da hukuk kurallarının bütün bireylere eşit olarak uygulanması ancak yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının gü-vence altına alınmasıyla mümkün olacaktır. Dolayısıyla yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, hukuk devletinin temel önkoşullarından birini oluşturmaktadır.

Sonuç olarak günümüzde hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü denildiğinde belli bir hu-kuk teorisini esas alan tanımlardan ziyade farklı hukuk teorilerinden unsurlar içeren geniş bir paket akla gelmektedir. Venedik Komisyonu 2011 yılında yayınladığı kapsamlı raporunda hukuk devletinin asgari olarak altı unsuru bulunduğu işaret etmiştir. Bunlar, hukukilik (ka-nunların şeffaf, hesap verebilir ve demokratik bir süreçle yapılması dâhil), hukuki belirlilik,

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>.

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 kanunların demokratik bir süreçle yapılmış olmasını ve tüm devlet işlemlerinin bu kanunlara uygun olarak yapılmasını, diğer taraftan bu kanunların belirli ve öngörülebilir olmasını içermektedir. Ayrıca hukukun içeriğinin de insan haklarına saygılı olmasını hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak ortaya koymaktadır. Görüldüğü gibi Venedik Komisyonunun raporunda kanunların yapım sürecinin demokratik olması, belirlilik, öngörülebilirlik ve keyfi uygulamalara karşı güvenceler gibi belli yapısal nitelikler taşıması ve maddi içeriğinin de insan haklarına saygılı olması zorunlu görülmüştür. 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. Hukuk önünde eşitlik ve her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması da hukuk devletin temel gerekleri arasında sayılmıştır.

Bu tanımın hukuk devleti kavramını çok genişlettiği ve başka pek çok değeri hukuk devleti kavramı içine aldığı görülmektedir. Bu yönüyle eleştiriye açıktır. Ancak, anayasacılığın gereklerine uygun işleyen bir siyasal sistemin kaçınılmaz olarak demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti kavramlarını sentezleyerek ve uyumlulaştırarak ahenkli bir şekilde uygulamaya geçirmesi kaçınılmazdır. Bu kavramların değeri konusunda dünyada genel bir uzlaşma olduğu görülmektedir.

Dünyada son yıllarda pek çok demokratik ülke, demokratik gerileme ve hukuk devletinde erozyona sahne olmaktadır. Bu ülkelerdeki yönetimlerin ayırt edici özelliği, yürütmenin hukuk tanımaz ve keyfi kararlarına dayanmasıdır. Genellikle yürütme yetkisini elinde tutan yönetici kendi partisinin çoğunluğu vasıtasıyla yasama organını da kontrol ettiğinden, yasama dengeleyici bir güç olmaktan ziyade, keyfi yönetimin bir aracına dönüşmektedir. Bu durumda hukuk devletinin kaderi yargının pozisyonuna bağlı hale gelmektedir. Yani hukuk devletindeki gerilemeyi önleme bakımından yargının olumlu bir işlev görüp görmeyeceği ne ölçüde bağımsız ve tarafsız olduğuna bağlıdır. Bu nedenle de otoriterleşme önemli ölçüde yargının yürütmenin kontrolü altına girmesiyle paralel bir süreçte gerçekleşmektedir.

Mesela, 2010'lu yıllardan sonra Avrupa'da ciddi bir otoriterleşme sürecine giren Polonya ve Macaristan'da hükümetlerin temel politikalarından biri yargıyı kendi kontrolleri altına

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/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e)

almak için Anayasal ve yasal değişiklikler yapmak olmuştur.⁴ Yargı, yürütmenin kontrolü altına girdiği ölçüde hukuk dışı uygulamaları önlemek yerine, bizzat hukuka aykırılıkların uygulayıcısı ve meşrulaştırıcısı haline gelmektedir.

Bu nedenle yargının bağımsızlığının korunması, hukukun üstünlüğünün temel güvencelerinden biridir. Nitekim dünyanın en köklü demokrasilerinden biri olarak görülen ABD’de 2024 Devlet Başkanlığı seçimini takiben uygulanan keyfi ve hukuk dışı politikalar karşısında şimdiye kadar direnen tek kurum yargı gibi görünmektedir.⁵ Ancak yargının direnebilmesi de yargıçların ne derece güvenceli bir konumda olduklarıyla doğrudan ilintilidir. Yargı, bağımsızlığını kaybettiği ölçüde hukuksuz uygulamaların yoğunluğu ve yaygınlığı artarak keyfilik kamusal hayata hâkim olmaktadır. Alexander Hamilton’ın “en zayıf kuvvet” olarak tanımladığı yargı, otoriter rejimlerde bir zulüm aracına dönüşmekte, ve “en tehlikeli aygıt” haline gelmektedir. Otoriter rejimlerde yargının işlevi yürütmenin gücünü sınırlamak yerine, temel hakları sınırlama ve otoriteyi meşrulaştırma rolüne dönüşmektedir.⁶ 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.⁷

Yargı bağımsızlığı, sadece demokratik gerilemenin yaşandığı ülkeler açısından değil, aynı zamanda yerleşik demokrasiler bakımından da hukukun üstünlüğüne riayet bakımından hayati öneme sahiptir. Hatta bu ülkeler bakımından hukukun üstünlüğüne bağlılık, önemli

4 Karolewski, I.P., Sata, R. “The dual state of judiciary in Hungary and Poland”, *Z Vgl Polit Wiss* (2025). <https://doi.org/10.1007/s12286-025-00627-0>; Aylin Aydin-Cakir (2024) “The varying effect of court-curbing: evidence from Hungary and Poland”, *Journal of European Public Policy*, 31:5, 1179-1205, DOI: 10.1080/13501763.2023.2171089; Freeberg, Jonathan, “Don’t Judge Me: Declining Judicial Independence in Hungary and Poland” (2022). WWU Honors College Senior Projects. 601. https://cedar.wwu.edu/wwu_honors/601; Peter Čuroš, “Attack or reform: Systemic interventions in the judiciary in Hungary, Poland, and Slovakia”, *OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 13, ISSUE 2* (2023), 626–658: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1393](https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1393)

5 “Tracking the Lawsuits Against Trump’s Agenda”, *The New York Times*, 09.05.2025, <https://www.nytimes.com/interactive/2025/us/trump-administration-lawsuits.html> ; Graver, Hans Petter: *Judges Under Stress and the Duty to Resist: What US Judges Can Learn From the German Experience*, *VerfBlog*, 2025/3/14, <https://verfassungsblog.de/judges-resistance-executive-power/> DOI: 10.59704/e8f8b41498e76dc2.

6 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.

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

ölçüde temel hak ve özgürlükleri koruyan anayasal ve yasal hükümlerin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce, herkese eşit bir şekilde uygulanmasıyla sürdürülebilir.⁸

2. DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİ KAVRAMININ GELİŞİMİ

Benzer çağrışımlar yapan fikir ve kavramlar dünyanın çok farklı yerlerinde çek eski çağlardan beri dile getirilmiş olmakla birlikte, günümüzde yaygın hale gelen kavramın kökeni İngiltere'dir. *Rule of law* (hukukun üstünlüğü, hukukun hakimiyeti) kavramı, 17. yüzyıldan itibaren Britanya'nın özgün koşullarında kişi özgürlüklerinin yürütmeye karşı yargı yoluyla korunması şeklinde gelişmiştir. Common law sisteminin kendine has niteliği gereği İngiltere'de yargıç 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, 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 özdeşleşmiştir.⁹

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 edilmektedir.¹⁰ 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

⁸ Bkz. Martin Loughlin, *The Foundations of Public Law*, (OUP, Oxford, 2010) s.265-287

⁹ Bkz. Albert Vincent Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, (London, Macmillan, 1959).

¹⁰ 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.

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).¹¹ 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 yasama organına güveni esas almaktadır ve yürütme ve yargıya karşı birey haklarının ancak halkın demokratik tercihleriyle oluşan parlamentonun çıkardığı kanunlar yoluyla korunacağı varsayımına dayanmaktadır.¹²

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 düşünülmemeyeceğinden ve tamamen keyfi bir şekilde yönetilen topluma devlet denilemeyeceğinden, hukuk devleti (*Etat de Droit*) kavramı Fransızlara anlamsız gelmiştir.¹³ 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 almasının 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 belirtilebilir.¹⁴ Yargının, klasik aristokrasinin temsilcisi olması nedeniyle kanunların yargısal denetimi gibi bir konu hiç gündeme gelmemiştir. Montesquieu da yargıcılara, sadece kanunların dili olma rolü vererek bu güvensizliğin işaretini vermiştir. Bunun sonucu olarak Fransa'da İngiltere'deki gibi yargı yoluyla korunan birey hakları anlamında

¹¹ Ibid, s. 242.

¹² Venice Commisison, (CDL-AD(2011)003rev), para.13.

¹³ Ricardo Gosálbo-Bono, op. Cit 5., s.247.

¹⁴ Ibid, s.248.

bir hukuk devleti anlayışı gelişmemiştir. Kanunun Rousseau'nun deyimiyle ulusun genel iradesi olarak 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 gelmektedir.¹⁵ Nitekim Fransa'da kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi tedrici olarak kabul edilmiş ve somut norm denetimi sınırlı bir şekilde ancak 2008 yılında yapılan reform ile uygulamaya konulmuştur.¹⁶

Türkiye'de hukuk devleti kavramının tarihi çok eski değildir. 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 edilmektedir.¹⁷ 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 girmiştir.¹⁸ 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,

¹⁵ Venice Commisison, (CDL-AD(2011)003rev), para.14.

¹⁶ Fransa'da soyut norm denetimi ilk defa 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasasında ön denetim şeklinde sınırlı bir şekilde kabul edilmekle birlikte, uzun süre somut norm denetimi kabul edilmemiştir. Ancak 23 Temmuz 2008 tarihinde kabul edilen anayasa değişikliği ile, Fransız Anayasası'nın 61/1. Maddesinde değişiklik yapılarak, bir mahkeme önünde görülmekte olan bir davada uygulanacak olan yasanın anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği ileri sürüldüğü takdirde, Danıştay veya Yargıtay'ın belirli bir süre içerisinde vereceği kararla Anayasa Konseyi'ne başvurulabileceği düzenlenmiştir.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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

ayrıca kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile hukuk devleti arasında yakın bir bağ görüldüğüne dikkat çekilmiştir.¹⁹

Hukuk devleti kavramına 1950'li yıllarda Demokrat Parti iktidarının bazı kanun ve uygulamalarını eleştirmek için başvurulduğu görülmektedir. Keyfi uygulamalar karşısında yargının ve siyasetin tepkisi olarak hukuk devleti kavramı ortaya çıkmıştır. Bu dönemde kavramın Cumhuriyet Halk Partisi ve Hürriyet Partisinin programlarına girmesi de tesadüfi değildir. Yargı bağımsızlığı, yargı kararlarına uyulması ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi hukuk devletinin gerekleri olarak söz konusu parti programlarına girmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de hukuk devleti kavramının ortaya çıkmasında çoğunluk iktidarının işlemlerine karşı yargının korumasına sığınma düşüncesinin önemli bir rol oynadığı söylenebilir.

1961 Anayasasının 2. maddesinde “hukuk devleti” Cumhuriyetin temel bir niteliği olarak yerini almıştır. Bu Anayasanın öngördüğü kurumsal yapının, özünde sınırlı devlet idealine 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 dönüştürülmüştür. 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. Burada vurgulanması gereken husus vesayet organı olarak nitelenen kurumların darbe dinamiği ile oluşturulan homojen yapıları sayesinde olağan demokratik yetkilerini aşarak kendi ideolojik ve sınıfsal çıkarları doğrultusunda siyasi kararlar alınmasını dikte etmeleridir. Yoksa özellikle yargının dengeleyici rolü hukuk devleti açısından hayati öneme sahiptir. Ancak bunun için yargının tarafsız bir şekilde Anayasa ve hukuku bütün yurttaşlara eşit olarak uygulaması gerekir. Yargının keyfiliği, ister seçilmiş yürütmenin yanında pozisyon alsın, isterse seçilmemiş başka odakların yanında pozisyon alsın aynı derecede hukuk devletine aykırıdır ve temel haklara zarar verir.

¹⁹ Ibid. s. 3.

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. Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler yoluyla özellikle yüksek yargının ve üniversitelerin uzun süre kontrol altında tutulması hedeflenmiştir. Darbenin lideri Orgeneral Kenan Evren'in Cumhurbaşkanı olacağı ve bu makamın daha sonra da benzer profile sahip kişilerce doldurulacağı beklentisiyle tasarlanan sistem, temel yapısı itibarıyla 2007 yılına kadar geçerliliğini sürdürülmüştür. 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimi sürecinde çıkarılan anayasal kriz sonucunda aceleyle bir anayasa değişikliğine gidilerek Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası kabul edilmiştir. Bu değişikliklerden sonra, özellikle de 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ve müteakip yasal değişikliklerle vesayet rejimi etkisini kaybetmiştir.

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 HSYK seçiminde çoğunlukçu bir usul uygulanması sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede 2010 ve 2014 yıllarında yapılan HSYK seçimlerini Adalet Bakanlığının desteklediği listeler kazanmış ve bu seçimlerin hemen ardından 2011 yılında 6110 sayılı Kanun²⁰ ve 2014 yılında 6572 sayılı Kanun²¹ 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 yargı kurulunun adı Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) olmuş ve 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. Nitekim 2017 yılında TBMM tarafından seçilen üyelerin tamamı AKP-M-HP koalisyonunun tercihleri ile belirlenmiştir. 2021 yılında muhalefet partilerine de üç üye

²⁰ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20100214-1-3.htm>

²¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212M1-1.htm>

önerme imkânı tanınmış ancak 2025 yılında yapılan seçimlerde tüm üyelerin belirlenmesi AKP-MHP koalisyonunun inisiyatifinde gerçekleşmiştir.

Mevcut yapısı ve geçmiş sekiz yıllık uygulama dikkate alındığında HSK'nın yargı bağımsızlığının güvencesi olmadığı, aksine yargıyı yürütmenin tercihleriyle hizalama mekanizması olarak faaliyet gösterdiği söylenebilir. Bu nedenle de yargı bağımsızlığının güvence altına alınmadığı bir ülkede hukukun üstünlüğünden etmem mümkün değildir. Yürütmenin etkisi altındaki bir yargının insan hakların koruyucusu ve devletin hukuka bağlılığının güvencesi işlevini görmesi beklenemez.

3. HUKUK DEVLETİNE UYUM AÇISINDAN TRÜKİYE'NİN DURUMU

3.1. Türkiye'nin Zorlukları

Hukukun üstünlüğü fikri bugün evrensel kabul görmüş bir yaklaşım olmakla birlikte belli bir sosyal ve ekonomik arka plan üzerinde gelişmiş bir kavramdır. Birey özgürlüklerinin korunmasını temel amaç olarak kabul eden ve bu çerçevede devletin hukukla sınırlandırılmasını hedefleyen hukuk devleti kavramı Avrupa'nın yaşadığı tarihsel dönüşümlerin eseri olarak ortaya çıkmıştır. Feodalitenin zayıflaması ve aydınlanma süreciyle Avrupa toplumlarının imtiyazlı sınıfları olan aristokrasi ve ruhbanların siyasi gücü zayıflamış, ticaret ile zenginleşen burjuvazinin siyasi etkisini artırmıştır. Eşzamanlı olarak sanayi devriminin etkisiyle üretim süreçleri dönüşmüştür. Bütün bu süreçler bireyselleşmeyi teşvik etmiş ve birey özgürlüğünü siyasal sitemin merkezine oturtmuştur. Yaşamını kendi tercihleri doğrultusunda şekillendiren özgür birey, siyasal sistemin belirleyici süjesi ve sınırı haline gelmiştir. Dolayısıyla bütün anayasacılık düşüncesinin merkezinde bireysel özgürlüğün korunması amacı yatmaktadır. Hukukun üstünlüğü ideali, bireysel özgürlüğün güvence altına alınması için devlet yetkilerinin hukuk yoluyla sınırlandırılmasını ve bu yetkilerin hukuk çerçevesinde kullanılmasını teminat altına alınacak kurumsal güvenceler anlamına gelmektedir.

Hukuk devletinin hayata geçirilmesi bakımından Türkiye'nin kültürel ve yapısal bazı zorlukları bulunduğu kabul edilmelidir.²² İlk olarak, Türkiye'de bireyci görüşlerin yaygınlık kazandığını söylemek olanaklı değildir. Kollektif kimlikler hala bireyden daha önemli görülmektedir. Bu da hukukun üstünlüğünün gereklerini benimseme bakımından Türk toplumunun çok yatkın olmadığını göstermektedir.

İkinci olarak, devletten özerk bir orta sınıfın varlığı genellikle hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesinde önemli bir faktör olarak görülmektedir. Bu görüş her zaman geçerli olma-

²² Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ali Rıza Çoban, "Ergun Özbudun Anısına: Türkiye'de Liberal Anayasa(l)cılığın Başarı Şansı Var mı?", Serap Yazıcı, Ergun Özbudun: Son Yazıları ve Ardından Yazılanlar, (Yetkin, 2024), s.305-319.

makla birlikte,²³ Türkiye’de devletten bağımsız bir orta sınıfın bulunmadığını, zenginleşmenin önemli ölçüde devlet ile dirsek temasından geçtiği, yani sermaye birikiminin önemli ölçüde kamu ihaleleri, kamu teşvik ve sübvansiyonları, vergi afları, kamusal kararlarla üretilen taşınmaz rantları vb yoluyla devlet ile temasa bağlı olduğu açıktır. Bu koşullarda devletten bağımsız ve devleti hukuka uymaya zorlayacak bir orta sınıfın varlığından söz edilemez.²⁴

Üçüncü olarak, Türkiye toplumu devleti, belli kamu hizmetlerini yerine getirmek üzere kendi özgür iradeleriyle kurdukları bir organizasyon değil, varlıklarını borçlu oldukları kutsal bir güç olarak görme eğilimindedir. Yaygın kanıya göre devlet, milletin bekasını sağlayan kutsal bir varlıktır. Devlet yöneticilerin şahsında somutlaştığından yöneticiler, yaşayan vatandaşlardan bağımsız soyut bir varlık olarak kabul edilen milletin bekası için gerekli gördüğü her türlü kararı alma yetkisine sahip sınırsız güce sahip kabul edilmektedir. Bu anlayışa göre yöneticiler, milletin bekası için neyin gerekli ve yararlı, neyin ise gereksiz ve zararlı olduğuna karar vermek bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olmalıdırlar. Bu zihniyet dünyasında siyasi gücü elinde tutan kişi ya da grubun çıkarları ile milletin ve devletin yararı özdeş hale geldiğinden, yönetime yönelik her eleştiri milletin bekasına ve devletin varlığına yönelik bir tehdit olarak algılanmaya ve yaftalanmaya mahkûm hale gelmektedir.

Bu zihniyet dünyasının, sınırlı devlet fikrine hiç de olumlu yaklaşmayacağı açıktır. Nitekim tarih boyunca devleti hukukla sınırlama girişimleri güç sahiplerince hoş karşılanmamıştır. 2017 Anayasa değişikliğinin ortaya çıkardığı tek kişilik yürütme ve yürütmenin kontrolünde yasama ve yargı şeklindeki güç mimarisi, yukarıda sözü edilen anlayışla birlikte düşünüldüğünde son yıllarda Türkiye’de hukuk devleti alanında yaşanan gerilemenin nedeni anlaşılır hale gelmektedir. Zira gücün tekelleşmesi halinde hukuk hâkimiyetini kaybeder ve ancak şahsi yönetimin aracı olarak işlev görebilir.²⁵

3.2. Hukuk Devletin Unsurları Yönünden Değerlendirme

Yukarıda söz edildiği gibi Venedik Komisyonunun 2011 yılında kabul ettiği kapsamlı Hukuk Devleti raporunda, hukuk devletin altı unsur içerdiği belirtilmiştir.²⁶ Söz konusu 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

²³ John Gray, “*Destination Denmark*” http://www.literaryreview.co.uk/gray_09_14.php

²⁴ İbid, s. 313 vd.

²⁵ Jose Maria Maravall, Adam Przeworski, *Democracy and the Rule of Law*, (CUP, Cambridge, 2003) s. 3.

²⁶ 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?pdfid=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfid=CDL-AD(2011)003rev-e)

kapsayan bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adalete erişim (5) İnsan haklarına saygı; ile (6) Ayrımcılık yasağı ve hukuk önünde eşitlik.

Komisyon tarafından bu raporun eki olarak bir kontrol listesi oluşturulmuş ve 2016 yılında bu liste de kabul edilmiştir.²⁷ 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.

3.2.1. 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.

3.2.1.1. 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 tanınmadığını 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?

²⁷ 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/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-tur))

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 bütün eleştirilere rağmen yazılı bir anayasa vardır. Ayrıca bu Anayasanın 11. maddesinde anayasanın üstünlüğü ilkesi de düzenlenmiştir. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere bir anayasa mahkemesi görev yapmaktadır.

Ancak son on yılda, özellikle de 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra anayasal ilke ve kurallara uyulması tamamen iktidarın inisiyatifine kalmış durumdadır. İktidar herhangi bir kararı alma ya da işlem yakma iradesini ortaya koyduktan sonra Anayasanın metninde ne yazdığının çok büyük bir önemi yoktur. Mesela, Anayasanın 101. maddesinde bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hükmü yer almaktadır. Bu hüküm 2007 yılında yapılan 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile metne girmiştir. 2017 yılında bu fıkra da herhangi bir değişiklik yapılmadığı gibi bu konuda geçici bir hükme de yer verilmemiştir. Bu çerçevede Recep Tayyip Erdoğan 2014 ve 2018 yıllarında iki defa Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Anayasanın açık hükmüne rağmen 2023 yılında tekrar aday olmuştur. Bazı muhalefet partilerinin itirazı üzerine Yüksek Seçim Kurulu 2023/316 sayılı kararıyla 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile hükümet sisteminin değiştiğini bu nedenle daha önce parlamenter sistemde yapılan Cumhurbaşkanlığının yeni sistem kapsamında sayılmayacağı şeklindeki yorumuyla yeniden aday olmasının önünde bir engel olmadığı sonucuna ulaşmıştır.²⁸

Yine Cumhurbaşkanı, TBMM’nin onaylamayı bir kanun ile uygun bulmasından sonra onaylayarak yürürlüğe koyduğu İstanbul Sözleşmesinden tek başına verdiği bir karar ile Türkiye’yi çekmiştir. Bu konuda 9 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. Maddesinde yer alan “... bunları sona erdirmeye, Cumhurbaşkanı kararı ile olur” ibaresine dayanmıştır. Oysa aynı cümlelerin başı “Milletlerarası antlaşmaların onaylanması” şeklinde başlamaktadır. Yani onaylanmanın da Cumhurbaşkanı kararı ile yapılacağı düzenlenmiştir ancak bu, onay kanunu olmadan Cumhurbaşkanının bir antlaşmayı onaylayabileceği anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde usulde paralellik ilkesi gereği uluslararası sözleşmelerden çekilmenin ancak

²⁸ <https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/82617/2023-316.pdf>

parlamentonun kararıyla olması gerekir. Zira Anayasanın 90. Maddesine göre, uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Hatta insan hakları sözleşmeleri kanuna göre öncelikle uygulanma niteliğine sahiptir. Bir kanun Cumhurbaşkanı tarafından yürürlükten kaldırılmayacağı gibi, kanun hükmündeki uluslararası sözleşmeler de Cumhurbaşkanı tarafından yürürlükten kaldırılamaz.

Özellikle 2016 yılında gerçekleştirilen darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde çıkarılan OHAL KHK'ları ile Anayasanın açık hükümlerine aykırı pek çok düzenleme yapılmıştır. Mesela, Anayasanın 130. Maddesinde öğretim elemanlarının üyelerinin Yüksek Öğretim Kurulu ve veya üniversitelerin yetkili organları dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmaz hükmünü içermesine rağmen OHAL KHK'ları ile on bine yakın öğretim elemanı görevinden uzaklaştırılmıştır. Aynı şekilde OHAL KHK'ları ile yüzlerce kanunda 1000'den fazla maddede değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin çok büyük bir kısmı temel haklara yönelik sınırlamalar öngörmüş ya da yürütmenin yetkilerini genişletmiştir.²⁹

Anayasa Mahkemesi başlangıçta bu KHK'ları yerleşik içtihadının³⁰ aksine denetleme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle denetlemekten kaçınmış,³¹ daha sonra bu KHK'ların TBMM tarafından onaylanmasından sonra yaptığı denetimde ise, OHAL KHK'ları ile yasalarda değişiklik yapılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.³² Oysa OHAL niteliği itibarıyla 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.³³

Başka pek çok konuda da AYM'nin Anayasaya aykırı düzenlemeleri iptal etmediğini kaydetmek gerekir. Mesela, yürütmenin yetkilerini aşırı derecede artıran, sivil toplumun ve çeşitli muhalif aktörlerin etkinliğini zayıflatmayı amaçlayan, bu nedenle de Anayasaya aykırı hükümler içeren yasal düzenlemeler AYM tarafından iptal edilmemiştir.³⁴ Bu kararlar Anayasa Mahkemesinin önemli ölçüde yürütmenin etkisi altına girdiğini göstermektedir.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarına da yasama ve yargı organları tarafından uyulmadığını belirtmek gerekir. Pek çok olayda AYM tarafından iptal

²⁹ Olağanlaştıran OHAL, KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, Rapor (2018) <https://tr.boell.org/tr/2018/01/10/olaganlasan-ohal-khklar-in-yasal-mevzuat-uezerindeki-etkileri>

³⁰ AYMK, 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.

³¹ AYMK, E. 2016/166, K.2016/159 sayılı, 12.10.2016 günlü karar.

³² AYMK, E.2018/73, K.2019/65 sayılı 24.7.2019 günlü karar.

³³ AYMK, E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı 10.1.1991 günlü karar.

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

edilen hükümlerin aynısı yeniden yasalaştırılmış ya da yasalaştırılmaya çalışılmıştır. Bireysel başvurularda verilen pilot kararlara da TBMM tarafından uyulmadığı hatırlatılmalıdır. Ne Hamit Yakut³⁵ pilot kararında ne de Keskin Kalem Yayıncılık³⁶ pilot kararında TBMM, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiği yasa maddelerini değiştirmemiştir. Bu hükümler daha sonra itiraz yoluyla AYM'nin önüne getirilmiş ve AYM tarafından iptal edilmiştir.

Yargı organlarının da bireysel başvuru yoluyla verilen AYM kararlarına uyma konusunda ciddi sorunlar yaşandığını belirtmek gerekir. En bilineni Can Atalay³⁷ kararı olmakla birlikte pek çok bireysel başvuru ihlal kararının gereğinin yerel mahkemelerce yerine getirilmediği bilinmektedir.³⁸

Sonuç olarak, kâğıt üzerinde anayasanın üstünlüğü ve anayasallık denetimi tanınmış olmakla birlikte uygulamada etkili bir şekilde anayasaya ve AYM kararlarına uyulduğunu söylemek mümkün değildir.

3.2.1.2. 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 Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021

³⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu ([GK], B. No: 2018/14884, 27.10.2021

³⁷ Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023; Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023

³⁸ Mesela, Abdullah Kaya ve diğerleri ([2. B.], B. No: 2016/1430, 22/11/2023) kararında 503 farklı erişim engelleme kararıyla ilgili ihlal kararı verilmiştir. Kararın gereğinin yerine getirilmesi için gönderilen sulh ceza hakimliklerinin bir kısmı eski kararını kaldırmamış, bir kısmı ise açıkça karara uymayı reddetmiştir. Aynı şekilde AYM tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasıyla ilgili olarak 20'den fazla toplu karar ile 2000'den fazla başvuru birleştirilmiş ve ihlal kararları verilmiştir. Ancak yapılan yeniden yargılamaların çoğunda yerel mahkemeler yeniden mahkûmiyet kararları vermişlerdir. Mesela bkz. Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022; Abbas Yalçın ve diğerleri [2. B.], B. No: 2014/8146, 29/3/2023.

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.

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

Değerlendirme:

Anayasanın 123 maddesinde idarenin yasallığı ilkesi kabul edilmiş olup, 125. maddeye göre de 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. Anayasa Mahkemesi 703 sayılı KHK'nın bazı maddelerini iptal etmiş olmakla birlikte görev süresi bitmiş Bakanlar Kurulunun çıkardığı KHK'nın tamamını iptal etmemiştir.³⁹

³⁹ AYM, E.2018/117, K.2023/212, 07/12/2023.

İdarenin hukuka uygunluğu konusunda son yıllarda çok ciddi sorunların ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin etkisiyle idarenin giderek partizanlaştığını söylemek abartılı olmayacaktır. Aynı partinin 23 yıldan beri iktidarda olması kamu görevlilerinin iktidar değişimi halinde işlemlerinin denetlenebileceği kaygısını da ortadan kaldırmıştır. Bu durumun, özellikle aşağıda değinileceği üzere yargı bağımsızlığındaki sorunlarla birlikte düşünüldüğünde idarenin hukuka uyma hassasiyetinin ortadan kalmasına neden olduğunu belirtmek gerekir.

Bunun en somut göstergelerinden birisi Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı olduğuna defalarca karar verilmiş olmasına rağmen sürekli toplu eylem yasakları koymasıdır. Mülki idare amirleri keyfi olarak somut hiçbir gerekçe göstermeksizin, soyut güvenlik gerekçeleriyle il çapında yapılacak eylemleri bir ay gibi uzun sürelerle yasaklama kararları vermektedirler.⁴⁰ Mesela, kayıp yakınları tarafından her hafta İstanbul Galatasaray meydanında yapılan “cumartesi anneleri” oturma eylemi 700’ün haftasından itibaren İstanbul Valiliği tarafından keyfi olarak yasaklanmış, eyleme katılanlar hakkında davalar açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu barışçıl eyleme müdahale edilmesinin Anayasanın 34. Maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ihlal ettiğine karar vermesine⁴¹ rağmen yıllarca her hafta kolluk bu barışçıl eyleme müdahale etmeye devam etmiştir.

Aynı şekilde İstanbul Taksim Meydanının gerekçesiz bir şekilde 1 Mayıs kutlamalarına kapatılmasının Anayasaya aykırı olduğu AYM tarafından tespit edilmesine rağmen⁴² her yıl kategorik olarak yasaklanmaya devam etmektedir.

Önemli günlerle ilgili kutlamalarda kolluğun göstericilere gereksiz yere müdahale etmesi ve çok sayıda göstericiyi göz altına alması yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Bu gözaltılar sırasında ciddi kötü muamele iddiaları gündeme gelmektedir.⁴³

Bu keyfi tutum sadece toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkıyla ilgili de değildir. Neredeyse her konuda keyfi idari kararlarla karşılaşmak olası hale gelmiştir. Bireylerle ilgili her türlü idari işlemlerden, çevre konularına, sokak hayvanlarından, madencilik ruhsatlarına kadar her alanda kanuna aykırı işlemlerle karşılaşmak rutin hale gelmiştir. RTÜK’ün idari yaptırım kararlarından BTK’nın bant daraltma uygulamalarına kadar çok geniş kitlelerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden keyfi uygulamalara karşı başvurulabilecek etkili bir

⁴⁰ Bir örnek olarak bkz. <http://ankara.gov.tr/basin-aciklamasi-adi-altinda-toplanti-gosteri-yuruyusu-turunden-eylem-ve-etkinliklerin-yasaklanmasina-iliskin-aciklama>

⁴¹ *Maside Ocak Kışlakçı* [1. B.], B. No: 2019/21721, 16/11/2022

⁴² *Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Disk) ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/14517, 12/10/2023; *Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Disk) ve diğerleri (2)* [GK], B. No: 2016/14518, 12/10/2023

⁴³ Mesela bkz. <https://www.ihd.org.tr/sokaga-dur-iskenceye-yuru-denildi/> ; <https://www.bbc.com/turkce/articles/cvgp1x1rpj1o>;

koruma mekanizmasının bulunmadığını söylemek gerekir. Bağımsız idari otorite olarak nitelenen kurulların üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanınca atanması nedeniyle bu kurullar fiilen büyük ölçüde işlevlerini kaybetmişlerdir. Aynı şekilde idari yargı da önemli ölçüde yürütmenin etkisi altında olduğundan, yapılan yorumların yürütmenin tercihleriyle çatışmasına özen gösterildiğini belirtmek gerekir.

Bütün bunlar, uygulamada idarenin kanuniliği bakımından çok ciddi bir yapısal sorunun olduğunu ortaya koymaktadır. Bu elbette 2017 Anayasa değişiklikleriyle oluşan rejimin doğal sonucudur. Yani zaten rejim yürütmenin sınırsız ve keyfi yönetimini güvence altına almak üzere tasarlanmıştır. Bu nedenle, mevcut rejimde idarenin kanuna uygun işlemesini beklemek gerçekçi değildir.

3.2.1.3. Uluslararası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişki

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.⁴⁴

Bu alt unsurla ilgili olarak şu sorulara cevap aranması gerekmektedir:

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. 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 kanunlara göre öncelikle uygulanması gerekmektedir.

⁴⁴ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 47-48.

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 vermiştir.⁴⁵ Ancak AYM, Medeni Kanun'un 187. maddesiyle ilgili geliştirdiği bu içtihadını başka hükümlerle ilgili olarak henüz uygulamamıştır. Mesela, AİHM Vedat Şorli⁴⁶ kararında AİHM ihlalin TCK'nın 299. maddesinin metni ve uygulamasından kaynaklandığını ve bu hükmün Sözleşmenin ruhuyla bağdaşmadığını açıkça ortaya koymuş ve Sözleşmenin 46. Maddesi bağlamında çözümün bu hükmün Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesiyle sağlanabileceğini belirtmiştir. Ancak bu kararın verilmesinden itibaren dört yıl geçmiş olmasına rağmen AYM 90. Madde içtihadını bu madde yönünden uygulamamıştır. Başka benzer pek çok kanun hükmü ile ilgili olarak AİHM'in tespit ettiği sorunlar bulunmasına rağmen AYM bu hükümler yönünden de benzer bir karar vermemiştir. Aynı şekilde yerel mahkemeler düzeyinde de AYM'nin 90. Madde içtihadına uygun davranıldığını söylemek mümkün değildir.

AİHM kararlarına uyulması konusunda usul kanunlarında AİHM kararını yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenleyen kurallar yer almaktadır. Ancak benzer bir hüküm diğer uluslararası insan hakları mekanizmaları kararları bakımından yer almamaktadır. Özellikle bireysel başvuru imkânı tanınan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi mekanizmaların verdiği kararların yeniden yargılama konusu yapılamaması büyük bir eksikliktir. Esasen bu tür kararların yeni bir durum kabul edilerek yeniden yargılama konusu yapılması gerekir.⁴⁷

Diğer taraftan son yıllarda AİHM kararlarına uyma konusunda ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır.⁴⁸ AİHM kararlarının uygulanması dediğimizde üç farklı husustan söz etmek gerekir. Kararın üç boyutu bulunmaktadır; adil tatmin hükmü, bireysel önlemler ve genel önlemler.⁴⁹ Hükümet bazı istisnai durumlar dışında adil tatmin hükümlerini uygulamaktadır. Yani AİHM

⁴⁵ *Sevim Akat Eşki* Başvurusu, B. No. 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsim Genç* [1. B.], B. No: 2013/4439, 6/3/2014; *Neşe Aslanbay Akbıyık* [2. B.], B. No: 2014/5836, 16/4/2015

⁴⁶ *Vedat Şorli/Türkiye*, B.No: 42048/19, 19.10.2021

⁴⁷ 5271 sayılı CMK'nın yargılamanın yenilenmesini düzenleyen 311. Maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi şöyledir: “e) *Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.*” Yeni düzenleme yapıp İnsan Hakları Komitesi kararları açıkça yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak belirleninceye kadar yargı organlarının İHK kararlarını (e) bendi kapsamında yeni bir olay olarak kabul ederek yargılamanın yenilenmesine karar vermelidir.

⁴⁸ <https://rm.coe.int/annual-report-2023/1680af4ef7>

⁴⁹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kerem Altıparmak, Ali Rıza Çoban, “Yüksel Yalçınkaya/ Türkiye: AİHM Tarihinin En Büyük Buzdağı” İnsan Hakları Okulu, Çalışma Metni, No: 27, Temmuz 2024, <https://www.insanhaklariokulu.org/calisma-metni/calisma-metni-no27/>

Bu çerçevede AİHM tarafından verilen, sınırlama yetkisinin kötüye kullanılmasını yasaklayan 18. maddenin ihlaline karar verdiği Kavala⁵⁰ ve Demirtaş⁵¹ kararlarında bireysel önlem olarak Mahkeme başvuruçuların tahliye edilmesine de hükmetmiştir. Ancak her iki başvuru da yıllardır tahliye edilmemiştir.

AlİHM'in yapısal sorun tespit ettiği ve genel önlemler bağlamında yasal ve yargısal çözüm bekleyen onlarca sorun konusunda uzun zamandan beri herhangi bir adım atılmamıştır. Vicdani retçilerin sorunları, evli kadının önceki soyadını tek başına kullanamaması, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin yapısal sorunlar, cezasızlık sorunu, Alevilerin ibadethane ve zorunlu din dersleriyle ilgili sorunları gibi pek çok yapısal sorun konusunda on yıllardır herhangi bir adım atılmış değildir.⁵³ AlİHM kararlarının uygulanmasını izlemekle yetkili Bakanlar Komitesinin, Kararların İnfazı Bölümünün verilerine göre Türkiye aleyhine yapısal sorunlarla ilgili 142 derdest öncü dava bulunmaktadır.

53 Toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin 05.12.2006 tarihli Oya Ataman kararı (no. 74552/01); Cumhurbaşkanı'na hakarete ilişkin 26.6.2007 tarihli Artun ve Güvener kararı (no. 75510/01); Vicdani redde ilişkin 24.01.2006 tarihli Ülke kararı (39437/98); yaşam hakkına ilişkin 03.06.2004 tarihli Batı ve Diğerleri kararı (33097/96). Evli kadının soyadına ilişkin 16.11.2004 tarihli Ünal Tekeli, Zorunlu din derslerine ilişkin 16.09.2014 tarihli **Mansur Yalçın** kararı, Cem evlerinin hukuki statüsüne ilişkin 26.04.2016 tarihli **İzzettin Doğan ve diğerleri** kararı uygulanmayı bekleyen kararlardan bazılarını oluşturmaktadır.

Mesela, yukarıda belirtildiği gibi AİHM'in 2021 yılında verdiği Vedat Şorli kararında, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunu düzenleyen ve bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngören Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin Sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmiş ve bu sistemik sorunun giderilmesi için yasa değişikliğinin gerekli olduğuna karar vermiştir.⁵⁴ Bakanlar Komitesi de o tarihten bu yana Hükümetten 299. maddenin yürürlükten kaldırılmasını talep etmektedir. Ne var ki bu yönde ne yasama organı herhangi bir adım atmış ne de Anayasanın 90. Maddesinde uluslararası sözleşme hükümleriyle çatışan hükümlerin uygulanmayacağını düzenleyen açık bir hüküm bulunmasına rağmen yargı organları bu hükme uymuştur. Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasa Mahkemesi Vedat Şorli kararından sonra Cumhurbaşkanı'na hakaretle ilgili başvurularda esastan tek bir karar dahi vermemiştir. Her yıl bu suçtan on binlerce soruşturma açılmaktadır. Ayrıca bu suçun kovuşturması Adalet Bakanlığının iznine tabi olduğundan Bakanlık bu soruşturmaların çoğunda kovuşturmaya izin vermeye devam etmektedir.

AİHM Büyük Dairesi, 2023 yılında verdiği Yüksel Yalçinkaya kararında Sözleşmenin kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen 7. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve bu hususun terör yargılamalarında sistemik bir soruna işaret ettiğini belirterek Sözleşmenin 46. Maddesi çerçevesinde benzer davalarda bu kararın gereğinin yerine getirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Ne var ki, yaklaşık iki yıldır AYM dahil hiçbir mahkeme bu karara atıf yapmamıştır. Hatta bizzat başvurucunun kendisinin yargılandığı davada 12.09.2024 tarihinde yapılan yeniden yargılama duruşmasında Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesi AİHM kararına uymayı reddederek başvuru Yalçinkaya hakkında yeniden mahkûmiyet kararı vermiş ve tekrar aynı cezaya hükmetmiştir.⁵⁵

3.2.1.4. 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.⁵⁶

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?

⁵⁴ Vedat Şorli/Türkiye, no. 42084/19, 19.10.2021.

⁵⁵ <https://www.dha.com.tr/gundem/aihmin-ihlal-karari-verdigi-feto-davasinda-yerel-mahkemeden-yine-ayni-karar-2504026>

⁵⁶ 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 bakımından yasama denetimi söz konusu değildir. Parlamento bir CBK'yı uygun bulmazsa ancak bu konuda bir kanun çıkararak CBK'yı yürürlükten kaldırabilir, ancak bunun uygulamada fiilen gerçekleşme ihtimali çok düşüktür. Çünkü uygulanan seçim sisteminin de etkisiyle Cumhurbaşkanı seçilen kişinin kendi partisi ya da kendisini destekleyen partiler vasıtasıyla aynı zamanda parlamento çoğunluğunu da elinde bulundurması çok büyük ihtimaldir. Bu durumda da Parlamantonun Cumhurbaşkanının kararnama çıkarma yetkisi bakımından dengeleyici bir rol oynama ihtimali bulunmamaktadır.

Nitekim geçmiş yedi yıllık uygulamada Cumhurbaşkanının toplam 184 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yayınladığı ve Parlamantonun bu kararnamelerde düzenlenmiş bir konuda kanunla düzenleme yaparak kararnameyi yürürlükten kaldırdığı bir olaya rastlanmamıştır. Hatta bazı Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlarda bile değişiklik yapıldığı görülmüştür. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu kararnamelerde sıklıkla Anayasanın CBK ile düzenlenemeyeceğini öngördüğü konularda da düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi pek çok CBK hükmünü iptal etmiştir.

Bu 184 kararnamenin çok büyük çoğunluğu eski kararnamelerde değişiklik yapan kararnamelerdir.⁵⁷ Bu da kararnamelerin etraflica düşünülerek ve tartışılarak çıkarılmadığını, ihti-

⁵⁷ 2025 yılının ilk dört ayında çıkarılan sekiz kararnameden sadece ika tanesi yeni bir konuyu düzenlerken altı tanesi önceki kararnamelerde değişiklik yapan kararnamelerdir.

yaçları yeterince karşılamadığını, ya da başka düzenlemelerle çatışan hükümler içerdiğini göstermektedir. CBK'ların nasıl hazırlanacağı konusunda herhangi bir düzenleme yoktur ve hazırlık sürecinde kamuoyunun bu taslaklardan hiçbir şekilde haberi olmamakta ve hazırlanmasına katkıda bulunamamaktadır. Tamamen Cumhurbaşkanlığı bürokrasisi tarafından hazırlanan CBK'larda çok kısa sürelerde değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. 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.

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 yapabilmektedir. 2018 yılında görev süresi bitmiş Bakanlar Kurulunun çıkardığı 703 sayılı KHK ile yüzlerce kanun yürürlükten kaldırılmış ve böylece bu alanlarda Cumhurbaşkanının kararname çıkarmasının önü açılmıştır. Devlet teşkilatını ilgilendiren bütün kanunlar bu KHK ile yürürlükten kaldırıldığından tüm kamu yönetimi Cumhurbaşkanının tek başına düzenleyebileceği bir alan haline getirilmiştir.

OHAL CBK'ları ayrıca ele alınmalıdır ve aşağıda değerlendirilecektir.

3.2.1.5. 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 imkân 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 iletiildiği 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:

2017 Anayasa değişikliği ile kanun önerisinde bulunma yetkisi sadece milletvekillerine tanınmıştır. Hükümetin kanun tasarısı sunma yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Ancak uygulamada yasa önerilerinin neredeyse tamamı yürütme tarafından hazırlanmaktadır.⁵⁸ Bu şekilde hazırlanan kanun teklifleri, konuya yeterince vakıf olmayan iktidar partisi milletvekillerinin imzasıyla parlamentoya sunulmaktadır. Bu teklif görünümü 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.

Kanun tekliflerinin hazırlanmasında düzenleyici etki analizi yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. 23/2/2022 tarihli ve 5210 sayılı Cumhurbaşkanı Kararıyla yürürlüğe konulan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 26 maddesinde kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi tasarıları için düzenleyici etki analizi hazırlanacağı belirtilmiştir. Oysa aynı Yönetmeliğin 1/3. maddesinde milletvekilleri tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan kanun tekliflerinin bu Yönetmeliğin kapsamı dışında olduğu hükmü yer almaktadır. Kanun tasarısı diye bir şey olmadığına göre bu yönetmeliğin kanun teklifleri açısından nasıl uygulanacağı kuşkuludur. Yönetmeliğin 26/2 maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarında görüşülecek olan kanun teklifleriyle ilgili düzenleyici etki analizi hazırlanmasının komisyon başkanlıklarınca istenilmesi hâlinde, düzenleyici etki analizinin Strateji ve Bütçe Başkanlığı koordinasyonunda hazırlanması öngörülmüştür. Yönetmeliğin bu hükümleri gözetildiğinde kanun teklifleri bakımından komisyon aşamasında düzenleyici etki analizi yaptırma imkânı bulunduğu anlaşılmaktadır.

3/6/2022 tarihli ve 5681 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla Düzenleyici Etki Analizinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar kabul edilmiştir. Bu esasların 5. Maddesinde yürürlüğe konulması hâlinde muhtemel yıllık bütçe yükü yüz milyon Türk lirasını aşan düzenlemeler için düzenleyici etki analizi yapılması öngörülmüştür. Uygulamada düzenleyici etki analizi yapılan bir kanun teklifine rastlanmamıştır.

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz. Ömer Faruk Gençkaya, “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>

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 İttüzükte değişiklik yapılarak kanun teklifleri için düzenleyici etki analizi yapılması zorunlu hale getirilmelidir. Ancak bunun muhalefet partilerine mensup milletvekillerinin kanun teklifi vermesini zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek bir engele dönüşmemesi için gerekli tedbirler alınmalıdır. Yani bu düzenleyici etki analizinin parlamentoda görevli yasama uzmanlarının yardımı yoluyla yapılmasını sağlayacak düzenleme yapılmalıdır. Ayrıca siyasi parti grupları da kendi hazırlıklarını yapmalı ve tedbir almalıdır.

Diğer taraftan kanun tekliflerinin parlamentoda muhalefet partilerinin, sivil toplumun ve diğer ilgililerin tartışmasına ve katkıda bulunmasına imkân vermeden çok hızlı bir şekilde İttüzükte öngörülen sürelerle bile uyulmadan hızlıca komisyonlardan geçirilerek doğrudan Genel Kurul önüne getirilmesi çok yaygın bir uygulamadır. Bu şekilde yasama süreci demokratik müzakere olmaksızın gerçekleşmektedir. Bu nedenle İttüzükte değişiklik yapılarak kanun tekliflerinin parlamentoya sunulmasından sonra Meclisin internet sitesinde yayınlanması ve kamuoyunun katkı sunması için belli bir süre boyunca müzakerelerin başlatılmaması İttüzük değişikliği ile güvence altına alınmalıdır. Bu sivil toplumun ve meslek kuruluşlarının kanun tekliflerine ilişkin görüşlerini oluşturma ve müzakerelere katkıda bulunmasına olanak tanıyacağı gibi siyasi parti gruplarına ve milletvekillerine de verimli bir müzakere için gerekli hazırlıkları yapma imkânı verecektir. İttüzüğün perspektifi “hızlı kanun yapımından” “katılımcı kanun yapımına” çevrilmelidir. Zira ülkenin ihtiyacı belli bürokratlar tarafından hangi saiklerle hazırlandığı belli olmayan kanun önerilerinin etrafı bir şekilde tartışılmadan hızla kabul edilmesi değil, demokratik katılımı olgunlaştırılarak ülkenin ve toplumun yararına hizmet edecek, adil ve uzun ömürlü kanunlar yapmaktır.

İttüzükteki asgari bekleme süreleri çok kısa olup bu sürelerin müzakereye imkan verecek şekilde değiştirilmesi, sivil toplumun ve meslek kuruluşlarının yasama sürecine katkı sunmasının yasal altyapısının oluşturulması ve muhalefet gruplarının ve vekillerinin müzakerelerde yeterli konuşma süresine sahip olmasını güvence altına alacak İttüzük değişiklikleri yapılmalıdır.

Kanun yapım sürecinde müzakereyi ortadan kaldıran başka bir usul de torba kanun yöntemidir.⁵⁹ Torba kanun uygulaması TBMM içinde kanunların müzakeresini engellemektedir.

⁵⁹ Esen Arnwine, Selin, ve Bahadır Yeşilirmak. “*Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Torba Kanun*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72, Sayı. 2 (Temmuz 2023), s. 643-90. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1280579>.

Tamamen farklı ihtisas komisyonlarının uzmanlık alanına giren 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. Ayrıca bu tür teklifler birbiriyle ilgisiz konuları düzenlediği için her konunun ilgililerince yeterince tartışılması adeta imkansızdır.

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. 27'nci Yasama Dönemi'nde 7 Temmuz 2018'den 27 Mart 2023'e kadar kabul edilen 57 torba kanunun 55'i temel kanun biçiminde görüşülmüştür.⁶⁰

Bütün bunlar demokratik yasa yapımı konusunda ciddi sorunlar yaşandığını göstermektedir. Yasa yapım süreci kamuya açık ve yeterince katılımcı değildir. Parlamento dışı unsurların yasa yapım sürecine katılımını kurumsallaştıracak düzenlemeler bulunmadığı gibi parlamento içinde de muhalefetin yasa yapım sürecine yeterince aktif bir şekilde katılımı güvence altına alınmamıştır. Muhalefet grupları ve vekilleri tarafından sunulan kanun tekliflerinin kanunlaşma ihtimali yoktur. Bununda ötesinde iktidara mensup vekiller tarafında sunulan teklifleri iyileştirmeye yönelik değişiklik önerilerinin kabul edilme oranı ve ihtimali de oldukça düşüktür. İktidar gruplarının da işlevi yürütme tarafından hazırlanan tasarıları herhangi bir değişikliğe uğratmadan yasalaştırmak şeklinde anlaşıldığı gözlemlenmektedir. Bu şekilde kabul edilen yasaların içeriklerinin adil ve temel haklara saygılı, öngörülebilir, uzun ömürlü ve kamu yararına uygun olmasını beklemek de gerçekçi değildir.

3.2.1.6. 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 olması 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

⁶⁰ Ibid. s. 655.

hukuk devletine tamamen saygı gösterilen bir demokraside etkili bir şekilde korunabilir. Bu güvencenin sağlanması için, yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek amacı ile, ilan edilen olağanüstü halin varlığı ve süresi parlamento kontrolünde olmalı ve yargı denetimine tabi tutulmalıdır.⁶¹

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 mudur? Olağanüstü hâl 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?
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 hâl varlığı, süresi ve olağanüstü halden gerçekleşecek herhangi bir sapmanın kapsamı parlamentonun kontrolü veya yargının denetimine tabi midir?

Değerlendirme:

Anayasada öngörülen olağanüstü hâl rejimi genel olarak uluslararası hukuk ile uyumlu görünmektedir. Olağanüstü hâl 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 bulunmaktadır. Ancak uygulamanın Anayasal çerçeveye ve uluslararası hukuka uygun yürütüldüğünü söylemek mümkün değildir.

Öncelikle OHAL KHK'ları ile ilgili olarak uygulamada, yazılı anayasal hükümlerden önemli bir sapmanın 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

⁶¹ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 51

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 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 olağanüstü hallerde temel hakların nasıl sınırlandırılacağı olağanüstü hâl kanunu ile düzenlenmek zorundadır. Ancak somut OHAL ilan edildiğinde kanunda yer alan sınırlamalardan hangilerinin nasıl uygulanacağı OHAL CBK'ları ile belirlenebilir.

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 görülmektedir. Bu da pek çok temel hakkın OHAL KHK'ları ile Anayasaya aykırı bir şekilde sınırlandırılması, dolayısıyla da hakların ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu alanda sorunlu olan bir husus da değişiklik öncesi OHAL KHK'larının, değişiklik sonrasında ise OHAL CBK'larının TBMM tarafından nasıl onaylanacağı sorunudur. İçtüzüğün 128. maddesinde onaya sunulan CBK'ların görüşülüp karara bağlanmasından söz edilmektedir. Mevcut uygulamada bu onay kanun şeklinde yapılmaktadır. Oysa bu, OHAL CBK'larının doğasına aykırıdır. Zira OHAL CBK'ları nihayetinde bir Cumhurbaşkanlığı işlemidir ve Cumhurbaşkanının bir işleminin kanuna dönüştürülmesi mantıksızdır. Bu çerçevede Anayasanın 119. Maddesinin altıncı fıkrasında yer alan bu kararnamelerin kanun hükmünde olduğuna ilişkin düzenleme de yürürlükten kaldırılmalıdır. Bir cumhurbaşkanına kanun yapma yetkisi tanınması açıkça yasama işlevinin gaspı anlamı taşır.

Ayrıca OHAL CBK'ları olağanüstü hâl süresince uygulanmak üzere çıkarılabilir. Bunların kanunlaştırılması OHAL süresini aşan uygulamayı mümkün hale getirebilir. Diğer taraftan CBK'larla kanunlarda değişiklik yapılamaz. Bütün bu hususların gözetilerek OHAL CBK'larının onaylanmasının Meclis Kararı yoluyla yapılması hem içtüzüğün metnine hem de OHAL CBK'larının doğasına daha uygundur. Bu nedenle TBMM İçtüzüğünün 128. Maddesinde acilen değişiklik yapılarak OHAL CBK'larının meclis kararıyla onaylanması açık bir şekilde düzenlenmelidir.

Diğer taraftan, OHAL CBK'larına ilişkin AYM denetimi yasağının da kaldırılması gerekir. Anayasanın 148. Maddesinde yer alan bu yasağın bir mantığı bulunmamaktadır. OHAL de bir hukuki ve Anayasal rejim olduğuna göre OHAL işlemlerinin de Anayasaya uygun olması gerekir. Denetim yasağı keyfiliğe ve hukuksuz uygulamalara yol açılması anlamına gelmektedir. Oysa bir hukuk devletinde keyfi uygulama ve işlemlere izin verilmemesi zorunludur.

3.2.1.7. 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.⁶²

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?

⁶² Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 53.

5. Bu yaptırımlar istikrarlı olarak uygulanmakta mıdır?

Değerlendirme:

Türkiye’de ne yasalaşmadan önce ne de kanun haline geldikten sonra kanunların uygulanmasında çıkabilecek zorlukları değerlendiren özel bir usul bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi ne kanun teklifleri parlamentoya sunulmadan önce ne de parlamento görüşmeleri sürecinde kapsamlı ve soğukkanlı bir tartışma ve müzakere süreci yürütülmemektedir. Bu nedenle öngörülen yasal düzenlemenin uygulanmasında ne tür zorluklarla karşılaşılabilceğini etkili bir şekilde tartışmak mümkün olmamaktadır. Bu hususların TBMM’de komisyon ve genel kurul görüşmelerinde ele alınması gerekir. Ancak bu yönden özel bir inceleme usulü Meclis İçtüzüğü’nde de yer almamaktadır. Meclis dışında zaten buna yönelik bir mekanizma bulunmamaktadır.

Kanunların uygulanmaması halinde uygulamayan idare aleyhine bundan zarara gören ilgililerin dava açma imkânı bulunmaktadır. Bunun için önce idari başvuru mekanizmasının işletilmesi ve 30 gün içinde cevap verilmemesi halinde dava açma yoluna gidilmesi gerekmektedir. Ancak bu yolun ne derece etkin olduğu, idari hesap verebilirlik süreçlerinin etkinliğine ve 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. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında oluşan rejim ve 23 yıla yaklaşan aynı partinin iktidarı, bürokrasinin özerkliğini ve geleneklerini önemli ölçüde ortadan kaldırmış, yasaya uygunluk kaygısının yerini büyük ölçüde partiye sadakat endişesi almıştır.

Kanunları uygulamayan kamu görevlilerine hangi yaptırımların uygulanacağı yine çoğunlukla aynı kanunda düzenlenir. Ancak bu yaptırımların ne ölçüde sıkı ve istikrarlı uygulandığı, önemli ölçüde muhatabın kimliğine bağlı olmaktadır. Bunun en yalın örneği yerel yönetimlerdeki usulsüzlüklerin soruşturma konusu yapıp yapılmamasında görülmektedir. İktidar partilerine mensup belediyeler ile muhalefet partilerine ait belediyeler arasında yapılan denetimlerin ciddiyeti, sıklığı ve sonrasında açılan idari ve cezai soruşturmalar bakımından çok bariz bir farklılık yaşandığı son yıllarda herkes tarafından görülmektedir.

3.2.1.8. 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.⁶³

63

Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 56.

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 kullanma yetkisi içeren görev devri pek yaygın değildir. En yaygın uygulamalardan biri kamu kurumlarındaki güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik şirketlerinden alınmasıdır. Özel güvenlik şirketlerine önleme arama, silah taşıma, işlenmekte olan suça el koyma gibi bazı yetkiler tanınmıştır. Bu hususlar 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunda düzenlenmiştir. Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini aşarak bireylerin haklarına müdahale ettiği durumlarda genel olarak hukuk ve yargı konusunda yaşanan sorunların bu alanda da yaşanması kaçınılmazdır.

Bu şekilde yetki devrinin söz konusu olduğu hallerde de genellikle bu otoriteler yasal yükümlülöklere 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 9⁶⁴ ve 9/A maddesine göre verilen erişimin engellenmesi kararlarını bu kurum uygulamaktadır. 9. Madde AYM tarafından iptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak yeni düzenleme çalışmaları yapıldığı bilinmektedir. 5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesi yürürlükteyken Kuruma hakimlik kararıyla erişime engellenen bir içeriğin aynen başka bir sitede yayınlanması halinde talep üzerine doğrudan erişime engelleme yetkisi vermekteydi. Bu işlemlerin denetiminde yaşanan sorunlardan dolayı Sulh ceza hakimliğine itiraz imkânı tanınmıştır.

Dolayısıyla kamunun yetkilerini özel kuruluşlara devrettiği hallerde özel kuruluşların yetkilerinin ve sorumluluklarının da açıkça yasalarla düzenlenmesi ve denetiminin öngörölmesi bir zorunluluktur. Ancak uygulamada buna titizlikle uyulduğunu söylemek mümkün değildir.

3.2.2. Hukuki Belirlilik

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri, bireylerin kendilerini hukuki güvenlik içinde hissetmeleridir. Hangi fiil ve duruma hangi hukuki sonucun bağlanacağını kişiler tarafından öngörölmesi bireylerin özgürlüğünün temel güvencelerinden biridir. Çünkü bireyler hangi fiillerine ne tür bir sonuç bağlanacağını önceden bilirlerse, tercihlerini buna göre

⁶⁴ 5651 sayılı Kanunun 9. Maddesi AYM tarafından iptal edilerek 10.10.2024 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Ancak yeni bir düzenleme yapma hazırlıkları yapıldığı basına yansımıştır.

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.

3.2.2.1. 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 gazete yoluyla kanunlara herkes ulaşabilir mi?

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. Dolayısıyla kanunlara erişim bakımından herhangi bir zorluk söz konusu değildir.

Ancak, anlaşılabilirlik bakımından ciddi sorunların olduğu söylenmelidir. 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.

Diğer taraftan yukarıda açıklandığı gibi kanunların yapım sürecinin yeterince demokratik olmaması, kanun önerilerinin kapsamlı katılım ve müzakere yoluyla hazırlanmaması ve kabul edilmemesi nedeniyle kanunların eksik ve diğer mevzuat ile uyumsuz hükümler içermemesi önlenememekte ve sürekli değişiklik yapılması ihtiyacı ile karşılaşılmaktadır. Bu da sürekli değişen hükümlerin takibini ve kişilerin eylemlerini kanuna uyarlama olanaklarını

kısıtlamaktadır. Profesyonel hukukçular açısından bile sürekli değişen mevzuatın takibi neredeyse imkânsız hale gelmiştir.

3.2.2.2. *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 kararlarının tamamının yayınlandığı bir mecra bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının önemli bir kısmı Resmi Gazetede yayımlanmaktadır. AYM İçtüzüğüne göre AYM’nin iptal ve itiraz kararları, siyasi parti kapatma davalarına ilişkin kararları, mali denetim kararları Resmî Gazetede yayımlanır. Bireysel başvuru kararlarından hangilerinin yayınlanacağını Mahkeme belirler. Bölüm kararlarının tamamı ve komisyon kararlarından yayımlanması gerekli görülenler Mahkemenin internet sitesinde yayımlanır. Genel Kurulun bütün kararları da internet sitesinde yayınlanır. Ancak sayı bakımından en ağırlıklı grubu oluşturan Komisyon kararlarına ulaşım söz konusu değildir. Dolayısıyla AYM kararlarına erişim bakımından en önemli zorluk komisyon kararları açısından söz konusudur, diğer kararlara erişim mümkündür.

Diğer yüksek mahkeme kararlarının tamamına erişim söz konusu değildir. Bu mahkemeler bazı kararlarını kişisel verilerden arındırarak yayınlamaktadır. Ancak bütün kararlara basılı olarak ya da çevrimiçi ulaşılması mümkün değildir. İlk derece ve İstinaf kararlarının yayımlanması söz konusu değildir. Ancak bazı kararlara ücretli veri bankalarından ulaşılabilir. Dolayısıyla ilk derece ve istinaf kararlarına ulaşımında ciddi bir zorluk olduğu belirtilmelidir.

3.2.2.3. *Kanunların Öngörülebilirliği*

Öngörülebilirlik sadece kanunun ne şekilde sonuç doğuracağını önceden anlaşılabilir olması değil, aynı zamanda bireylerin bir davranışı yaptığında bunun hukuka uygun olup ol-

madığını 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 öngörülebilirliği konusunda bir değerlendirme yapabilmek için şu sorulara cevap aranmalıdır:

Kanunların etkileri öngörülebilir mi?

1. Kanunlar anlaşılabilir bir şekilde mi yazılmıştır?
2. 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 öngörülebilirliğini etkileyen pek çok hususa yukarıda değinilmiştir. Öngörülebilirlik sorununun en yoğun olarak yaşandığı alanlardan biri ceza hukuku alanıdır. Özellikle terör mevzuatının çok geniş yorumlanması nedeniyle suç ve cezaların kanuniliği ilkesi neredeyse anlamsız hale gelmiş durumdadır.⁶⁵ Türkiye’de terör mevzuatının öngörülemez bir şekilde geniş ve keyfi yorumlanması yapısal bir soruna dönüşmüştür. Yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlara da işaret eden bu durum, hukuk devleti eksikliğini göstermektedir. Böylece, başta muhalif siyasetçiler, sivil toplum çalışanları, gazeteciler, akademisyenler, insan hakları savunucuları olmak üzere iktidarın hoşuna gitmeyen söz söyleyen ya da eylemde bulunan herkesin muğlak terör suçlamalarıyla soruşturma ve kovuşturmayla tabi tutulması, tutuklanması ve mahkûm edilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu aynı zamanda başta ifade ve örgütlenme özgürlükleri olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin hukuksuz bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır.

Son on yılda, pek çok bağımsız gözlemci terör mevzuatının öngörülemez yorumu konusunda sayısız raporlar yazmış ve uluslararası kuruluşlar defalarca Türk yetkilileri bu konuda uyarmıştır. Ne var ki, bu konuda herhangi bir olumlu gelişmenin yaşandığını söylemek

⁶⁵ 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.

mümkün değildir. Venedik Komisyonu 2016 yılında Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddeleriyle ilgili bir rapor yazmış ve bu maddelerin uygulamada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan hakları ihlal edecek şekilde geniş ve öngörülemez bir şekilde uygulandığı tespitine yer vermiştir. Bu hükümlerin değiştirilmesi ve Sözleşme ilkeleriyle uyumlu bir şekilde uygulanması hususunda gerekli uyarılarda bulunmuştur.⁶⁶ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserleri yine son on yıl içinde Türkiye'ye ilişkin pek çok ülke raporu ve memorandumlar yayınlamışlar ve her birinde terör mevzuatının keyfi uygulamasına ilişkin tespitlere yer vererek yetkililere uyarı ve tavsiyelerde bulunmuşlardır.⁶⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Türk Ceza Kanunu'nun kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunu düzenleyen 125/3⁶⁸, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunu düzenleyen 220/6⁶⁹, örgüte yardım suçunu düzenleyen 220/7⁷⁰, Cumhurbaşkanı hakareti düzenleyen 299⁷¹, Türk milletini ve devletin kurumlarını aşağılama suçunu düzenleyen 301⁷², ve terör örgütü üyeliğini düzenleyen 314.⁷³ maddeleriyle ilgili olarak, söz konusu hükümlerin öngörülemez bir şekilde yorumlandığına ve Sözleşmede güvence altına alınan haklardan yararlanmaya ilişkin eylemlerin suç kabul edildiğine ilişkin kararlar vermiştir. Bu kararların uygulanmasının denetimini yapan Bakanlar Komitesi periyodik olarak bu kararların gerektirdiği genel önlemlerin Türk yetkililerce alınıp alınmadığını denetlemektedir. Söz konusu kararların denetimi kapsamında henüz hiçbir kararla ilgili genel önlemlerin alındığı yönünde karar verilmemiş ve izleme kapsamından çıkarılmamıştır.

Ancak kanunların öngörülemez yorumu konusu sadece terör mevzuatı ya da ceza mevzuatı ile ilgili değildir, her alanda kanunların keyfi yorumlanması sorunuyla karşılaşmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi bu husus yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar ve rejimin aldığı yeni şekil ile doğrudan ilintilidir.

⁶⁶ Venedik Komisyonu, "Türk Ceza Kanununun 216, 299, 301 ve 314 Maddelerine İlişkin Görüş" 11-12 Mart 2016, İngilizce metne şuradan erişilebilir: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e#](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e#)

⁶⁷ İfade ve Basın Özgürlüğü, İnsan Hakları Savunucuları ve Sivil Topluma ilişkin son Memorandum için bkz: <https://rm.coe.int/memorandum-on-freedom-of-expression-and-of-the-media-human-rights-defe/1680aebf3d>

⁶⁸ *Ömür Çağdaş Ersoy/Türkiye*, no. 19165/19, 15.06.2021

⁶⁹ *Işıkırık/Türkiye*, no. 41226/09, 14.11.2017

⁷⁰ *İmret/Türkiye* (No. 2), no. 57316/10, 10.07.2018

⁷¹ *Vedat Şorli/Türkiye*, no. 42048/19, 19.10.2021

⁷² *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, no. 27520/07, 25.10.2011

⁷³ *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No. 2), [BD], no. 14305/17, 22.12.2020; *Yüksek/Türkiye*, no. 4/18, 22.10.2024

3.2.3. 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.⁷⁴

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 yapılması nedeniyle ihtiyaçları karşılamayan ve diğer mevzuat ile uyumsuz hükümlerin ortaya çıkması ve buna bağlı olarak sık sık kanun değiştirme ihtiyacı ile karşılaşılmasıdır. Yukarıda kanun yapımına ilişkin sorunlarla yakından ilgili olan bu durum hukukun istikrarını ve öngörülebilirliğini zedelemektedir.

Diğer taraftan Türkiye’de kanun yaparak sorunların çözüleceği yönünde yaygın bir kanının bulunmasıdır. Yapısal ve sosyolojik sorunları rasyonel ve gerçek tedbirler olarak çözmeye çalışmak yerine kanun çıkararak, yasak koyarak çözmeyi ummak kolaycı fakat işe yaramaz bir tutumdur. Öte yandan yöneticilerde kanunun yapılmasını yasakladığı işleri yapmak için kanun çıkarma güdüsü de bulunmaktadır. Parlamento çoğunluğuna sahip partilerin yöneticileri akıllarına gelen her işi yapmak için hızlıca kanun çıkarılmasını talep edebilmektedirler. Enver Paşaya atfedilen “Yok kanun, yap kanun” anlayışı maalesef bir asır sonra hala devam etmektedir. Cemal paşa aynı yaklaşımı şöyle dile getirmiştir: “*Bir şey yapmak istiyorum, kanun karşıma çıkıyor. Kanun nedir? Ben yaptım, ben bozarım*”.⁷⁵

Her sorunu kanun yaparak çözme ve hızlı kanun yapma anlayışından vazgeçilmeli, geniş katılım ve müzakere yoluyla kanunlar yapılmalı ve zorunlu olmadıkça da değiştirilmemelidir.

⁷⁴ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 60

⁷⁵ Falih Rıfkı Atay, Zeytindağı, Pozitif Yayınları, 2009

3.2.4. Meşru Beklentiler

Hukuki belirlilik ilkesinin gereklerinden biri de meşru beklentilere saygı gösterilmesidir. Yani yürürlükteki hukuka uygun olarak belli bir sonuç almak 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.⁷⁶

Değerlendirme:

Türkiye’de zaman zaman kanunların meşru beklentileri dikkate alarak çıkarıldığı söylenebilir. 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. Yeni çıkarılan kanunların önemli bir kısmında ise yeni getirilen hükümlerin açılmış olan derdest davlarda da uygulanacağına ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Bu hükümler çoğu durumda daha önce yürürlükteki kanuna göre bir hakkı elde etmiş kişilerin hak kaybına neden olmaktadır. Bu gibi hallerde Anayasa Mahkemesi genellikle yasa yoluyla yargı sürecine müdahale edilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir.⁷⁷ Çoğu durumda kanun değişikliği ile statü değişikliği meydana geldiğinden geçiş hükümleriyle meşru beklentilerin korunmadığı yasaların neden olduğu hak kayıplarının yargısal yolla elde edilmesi çok zor hatta imkânsız olmaktadır. Bu nedenle kanunlarda değişiklik yapılırken mevcut düzenlemeye güvenerek yatırım yapanların beklentilerini koruyacak geçiş hükümlerinin konulmasına özen gösterilmelidir.

⁷⁶ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 60

⁷⁷ Mesela bkz. *Mesut Yıldız ve Adnan Suha Çolak* [1. B.], B. No: 2021/2723, 18/12/2024.

Meşru beklenti kavramı, istikrarlı bir şekilde uygulanmasa da belli ölçüde idari yargıda⁷⁸ ve anayasa yargısında⁷⁹ da kabul edilmiştir. Ancak bu konuda yargısal içtihatlar bakımından istikrarlı bir uygulamanın ortaya çıktığını söylemeye olanak bulunmamaktadır.⁸⁰

3.2.5. 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 yürütülmesidir.

Bu konuda Kontrol listesinde şu sorulara yer verilmiştir:

Yasaların geriye yürümesi yasaklanmış mıdır?

1. Ceza kanunlarının geriye yürümesi 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 koyu-

⁷⁸ Mesela bkz. Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/5427, K. 2011/2289 sayılı, 14.06.2011 günlü karar

⁷⁹ Mesela bkz. AYMK, 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. *Tarık Gündüz* [2. B.], B. No: 2020/27274, 11/12/2024.

⁸⁰ Bkz. Taner Cındık “1416 Sayılı Kanun Kapsamında Mecburi Hizmet ve Meşru Beklenti” (2024) 2(2), TRÜHFD 210-233; 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;

cunun kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir.⁸¹

2016 yılında darbe girişiminden sonra ilan edilen olağanüstü hâl döneminde çıkarılan KHK'lar ile terör örgütleri ya da Milli Güvenlik Kurulunun Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu belirlenen kişilerin kamu görevinden çıkarılması öngörülmüştür.⁸² Bu düzenlemelerde yer alan “irtibat ve iltisak” kavramları Türk hukukuna ilk defa girmiş olmasına rağmen bu kavramlar hem geçmişe yürütülerek uygulanmış hem de içeriği somutlaştırılmamıştır. Buna dayanarak sadece OHAL döneminde 150.000’den fazla kamu görevlisinin görevine son verilmiştir. Daha sonra bu kavramlar çeşitli kanunlara da aktarılmış ve yine geçmişe yürütülerek on binlerce kişinin çeşitli haklardan yararlanması engellenmiştir. Mesela öğretmenlerin öğretmenlik sertifikaları iptal edilerek özel okullarda öğretmenlik yapmaları engellenmiştir.

Ayrıca ceza hukuku alanında da işlendiği zaman suç teşkil etmeyen pek çok eylem daha sonra terör suçları bakımından örgüt üyeliğinin delili olarak kabul edilerek mahkûmiyet hükmü verilmiştir. Bu durumda da ceza normlarının uygulanması bakımından geçmişe yürütülmesi söz konusudur. AİHM Büyük Dairesi Yüksel Yalçinkaya kararında⁸³ bir haberleşme uygulamasının sadece indirilip kullanılmasının geçmişe yürürlü olarak örgüt üyeliği suçunun delili kabul edilmesinin Sözleşmenin kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen 7. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme bu hususun terör yargılamalarında sistemik bir soruna işaret ettiğini belirterek Sözleşmenin 46. Maddesi çerçevesinde benzer davalarda bu kararın gereğinin yerine getirilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

3.2.6. *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.

⁸¹ 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.

⁸² Bu kavramlara ilk defa 23.07.2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 667 sayılı KHK da yer verilmiştir.

⁸³ *Yüksel Yalçinkaya/Türkiye* [BD], no. 15669/20, 26.09.2023.

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. Üstelik bu ilke Anayasanın 15. Maddesine göre olağanüstü hallerde bile askıya alınamayacak temel bir ilkedir. 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. AİHM Büyük Dairesi Yüksel Yalçınkaya⁸⁴ kararında AİHS’in 7. Maddesinde düzenlenen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve bunun sistematik bir sorun olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme kendi önünde derdest 8000 benzer başvuru olduğunu ve potansiyel 100.000 başvurunun gelmesinin beklendiğini belirterek bu sorunun ne derece ciddi ve sistematik bir sorun olduğunu vurgulamıştır.⁸⁵ Üstelik bu sorun yalnızca Yüksel Yalçınkaya kararının konusunu oluşturan ByLock uygulamasıyla ilgili değildir. AİHM’in öngörülemez şekilde uygulandığını tespit ettiği bütün ceza hükümleriyle ilgili yargılamalar bakımından kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi söz konusudur.

3.2.7. Kesin Hüküm (*Res Judicata*)

Hukuki belirlilik ilkesinin gereklerinden biri de 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?

⁸⁴ *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* [BD], no. 15669/20, 26.09.2023.

⁸⁵ *Ibid.*, para.414, 415.

Değerlendirme:

Türkiye’de Anayasal düzeyde mahkeme kararlarının bağlayıcılığı (*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 uygulamada mahkeme kararlarına uyma konusunda ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Son yıllarda yerel mahkemeler Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarına uyma konusunda ciddi direnç göstermektedir. Daha önce de benzer sorunlar yaşanmış olmakla birlikte⁸⁶ bu alanda en ciddi meydan okuma Yargıtay’dan gelmiştir. AYM, Türkiye İşçi Partisi, Hatay Milletvekili Can Atalay’ın milletvekili seçilmesinden sonra Yargıtay tarafından tahliye talebinin reddedilerek yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağına karar verilmesi ve ardından cezasının onanması dolayısıyla seçme ve seçilme hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁷ Söz konusu kararın gereğini yerine getirmek için yeniden yargılama yapmak ve başvurucunun tahliyesine karar vermek üzere kararı ilk derece Mahkemesi olan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir. İstanbul 13. ACM ise ihlalin Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararından kaynaklandığını belirterek dosyayı Yargıtay 3. CD’ne göndermiştir. 3. CD ise AYM’nin yetkisini aştığını belirterek AYM kararına uymayacağına karar vermiş ve karara katılan AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararına rağmen tahliye edilmemesi üzerine yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi ikinci kez ihlal kararı vermiştir.⁸⁸ Genel Kurul kararında, başvurucunun seçme ve seçilme hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkının yanı sıra Anayasanın 148. maddesinde güvence altına alınan bireysel başvuru hakkının da ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ancak buna rağmen Can Atalay hala tahliye edilmemiştir. Üstelik Anayasa Mahkemesi bu kararı TBMM’ye de göndermesine rağmen Meclis Başkanlığı kararın uygulanması yönünde bir teşebbüste bulunmamıştır. Aksine bir başkan vekili tarafından kararın

⁸⁶ 2018 yılında Anayasa Mahkemesinin Mehmet Altan ve Şahin Alpay hakkında verdiği ihlal kararlarına yerel mahkemece uyulmaması üzerine Anayasa Mahkemesi yeniden karar vermiştir. İkinci ihlal kararından sonra başvuru sahipleri tahliye edilmiştir. Yine 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 kararına yerel mahkeme uymamış, bunun üzerine Anayasa Mahkemesi yeniden bir ihlal kararı verdikten sonra ancak karar uygulanmıştır.

⁸⁷ *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

⁸⁸ *Şerafettin Can Atalay (3)* [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023

okunması üzerine başkanlık tutanakların değiştirilmesini sağlamış ve ilgi başkanvekilinin Meclisi yönetmesine izin vermemiştir.⁸⁹

Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma konusunda yaşanan sıkıntılara yukarıda da değinilmiştir. Sulh ceza hakimlikleri bile AYM kararlarına uymayı reddetmektedir. Ancak mahkeme kararlarına uymama sadece AYM kararlarıyla ilgili bir sorun değildir. Pek çok durumda idare, idari yargı kararlarını uygulamamakta ya da iptal kararlarını dolanacak yeni işlemlerle kararlar etkisiz kılınabilmektedir.

3.3. Yetkilerin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi

Hukuk devleti yönetimde keyfiliğin zıttı olup, yönetsel kararların alınmasında mümkün olduğunca kişisel takdir 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 kullanımını önlemek amacıyla, takdir yetkisinin 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 otoritelerin bağımsızlığı güvence altına alınmış ve bu organlara erişim olanakları açık olmalıdır.⁹⁰

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, düzeltecek ve yaptırıma tabi tutacak mekanizmalar mevcut mu? Kamu makamlarına takdir yetkisinin tanındığı durumlarda bu yetkinin kullanımı yargısal denetime tabi midir?
4. 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?

⁸⁹ <https://www.bbc.com/turkce/articles/cpvrllek37wo>

⁹⁰ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para. 64-68.

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 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 kullanımını önleme bakımından hayati bir öneme sahiptir.

Diğer taraftan yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar dolayısıyla günümüzde idarenin yargısal denetiminin etkinliği konusunda ciddi soru işaretleri olduğu belirtilmelidir. Takdir yetkisini çok aşan, açıkça hukuka aykırı tasarrufların iptali konusunda bile idari yargının tereddüt ettiği görülmektedir. Ayrıca özellikle OHAL döneminde çıkarılan KHK'larla pek çok konuda yargısal denetimi zayıflatacak hükümler konulmuştur. OHAL işlemlerini yapan kişilere tanınan sorumsuzluk (mesela 6755 sayılı Kanun m.37) yargı denetiminin zayıflamasına da neden olmuştur.

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. Bu Kurumların tüm üyeleri bizzat Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Üyeliklere atamada liyakatten ziyade sadakate önem verilmesi bu kurumları da işlevsizleştirmiştir.

3.4. 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 ile bağlantısına, mülküne, doğumuna ve diğer statülere dayalı ayrımcılıklara karşı etkili ve eşit bir şekilde korunmaları sağlanmalıdır.⁹¹

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 katılımlarının sağlanmasının -ayrımcılık yasağı gerekçesiyle- engellenmemesini sağlamalıdır. Bu tedbirler, amaçlanan hedefler gerçekleştirildikten sonra sürdürülmemelidir.⁹²

⁹¹ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.69

⁹² Ibid., para. 71

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 ön-görmekte 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?
 - i. Anayasa, kanunların (yönetmelik ve tüzükler dahil) hukuk düzeni içinde eşitlik ilkesi-ne uygunluğunu gerekli kılmakta mıdır?54 Farklı muamelenin objektif olarak gerek-çelendirilmesi gerekli görülmüş müdür?
 - ii. Eşitlik ilkesini ihlal eden yasalara karşı yargıya başvuru yolu mevcut mudur?
 - iii. Özel hukuki önceliklere sahip bireyler veya gruplar mevcut mudur? Bu istisnalar ve/veya öncelikler ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde meşru bir amaca dayanmakta mıdır?
 - iv. Yapısal eşitsizliklere karşı, ulusal azınlıkları da içeren belli grupların yararına olan pozitif tedbirler açık şekilde sağlanmakta mıdır?
 - v. Kanun önünde eşitlik güvence altına alınmış mıdır?
 - vi. 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 herkese eşit bir biçimde uygulanacağını düzenlemekte mi-dir? Hukuk düzenindeki mevcut farklı muameleler nesnel gerekçelere ve meşru bir amaca dayalı ve orantılılık ilkesi ile uyumlu mudur?
 - vii. 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 beş 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 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. Giriş kısmında açıklandığı gibi Türkiye’nin hukuk devletine uyum bakımından yapısal olarak en önemli zorluklarından birisi bireylerden ziyade kolektif kimliklerin ön planda olmasıdır. Bu da siyasetin odağını kimlik siyasetine yönlendirmektedir. Etnik, dinsel, mezhepsel ve yaşam biçimi üzerinden şekillenen kabileci tutumlar ayrımcı uygulamaları meşrulaştırmakta ve yaygınlaştırmaktadır.

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 eşit 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.

LGBTİ+ birey ve gruplara yönelik suçlayıcı ve ayrımcı dil iktidar çevrelerinin söylemine hâkim olmaktadır. Bu gruplara yönelik gerekçesiz etkinlik yasaklarının yanı sıra örgütlenme özgürlüklerine yönelik de müdahaleler artmaktadır. Örneğin, İstanbul'da dezavantajlı grupların yoğun olarak yaşadığı Tarlabası bölgesinde özellikle ve kadın ve çocukları desteklemek amacıyla kurulmuş Tarlabası Toplumunu Destekleme Derneği yürüttüğü farkındalık atölyeleri nedeniyle önce karalama kampanyasının hedefi olmuş⁹³, daha sonra da yayınladığı bazı dergilerde "LGBTİ propagandası" yaptığı iddiasıyla kanuna ve ahlaka aykırı faaliyet yürüttüğü gerekçesiyle kapatma davası açılmıştır.⁹⁴

3.5. Adalet Erişim

Bir hukuk devletinde, kamu otoritelerinin 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 zorunludur.

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

3.5.1. Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Kontrol Listesinde yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı unsuru altında beş ayrı konuda soralara yer verilmiştir. Bunlar yargının bağımsızlığı, hakimlerin kişisel bağımsızlığı, yargının tarafsızlığı, savcılığın özerkliği ve kontrolü ve nihayet baroların tarafsızlığı ve bağımsızlığıdır. Bu konu oldukça kapsamlı olup ayrı bir raporun konusunu oluşturmaktadır.⁹⁵ Burada yalnızca temel ilkelere ve sorunlara yer verilecektir.

⁹³ <https://x.com/milatgazete/status/1408693483460833283>

⁹⁴ <https://www.ihd.org.tr/tarlabasi-toplum-merkezi-yalniz-degildir/>

⁹⁵ Özgürlük Araştırmaları Derneğinin yürüttüğü yapısal reformlar projesi kapsamında tarafımızdan kapsamlı bir Yargı reformu önerisi hazırlanmıştır. Bkz. Ali Rıza Çoban, Hukukun Üstünlüğü İçin Yargı Reformu Önerisi (2021), şuradan erişilebilir: <https://oad.org.tr/yayinlar/rapor/hukukun-ustunlugunu-saglamak-icin-yargi-reformu-onerisi/>

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. Avrupa İnsan Hakları 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 yükseltmeler gerçekleştirilmelidir. Atama ve yükseltmelerin 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 yargılanma ve kanun yoluna başvuru 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.⁹⁶

Yargıçların yönetim ve denetiminin, bu çerçevede atama, yükseltme, 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.⁹⁷

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.

⁹⁶ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.74-80.

⁹⁷ Ibid., para. 81-83.

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 tutulamamalıdır. 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 bağımsızlığının güvence altına alınmasının 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.⁹⁸

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.⁹⁹

Savcılık makamına yetkililerini kullanırken kanuna aykırı siyasi etkilere 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, ceza yargılaması başlatma konusunda belli oranda takdir yetkisi tanımasına 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.¹⁰⁰

⁹⁸ İbid, para. 89.

⁹⁹ İbid, para. 90.

¹⁰⁰ İbid, para. 95.

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.¹⁰¹

Kontrol Listesinde yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı alt unsuruna ilişkin çok kapsamlı sorular öngörülmüştür. 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?
 - ii. Hakimler ömür boyu görev yapmak üzere mi yoksa emeklilik yaşına kadar çalışmak üzere 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 kastî 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 mümkündür? Hâkimin rızası bu atama için gerekli midir? Hâkim atama kararına karşı kanun yoluna başvurabilir mi?

¹⁰¹ Ibid, para. 97,98.

- 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 süreçte yürütmenin ücretlerde eksiltme yapma olasılığını ortadan kaldıran özel bir madde var mıdır?
- xi. Savcılarının 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 savcılarının taleplerine uygun kararlar mı veriyorlar? [“savcılık tarafgirliği” (“prosecutorial bias”)]
- xiv. Hakimlerin maaşı hakkaniyete uygun ve yeterli midir?
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 mevcut mudur?
- 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 verebiliyorsa, bu talimatlar gerekçeli ve yazılı şekilde midir?
 - iv. Daha az kıdemli savcılar kendilerine verilen talimatların hukuka aykırı olduğu veya uygunsuz temellere dayandığı gerekçesiyle itiraz edebilir mi?
 - v. Ayrıca, savcılar yerlerinin değiştirilmesi kararlarına itiraz edebilir mi?
 - vi. Savcılar sadece emeklilik yaşına gelmeleri veya disiplin suçu işlemeleri nedeniyle mi görevleri sona erdirilir? Bunun yerine, savcılar uzun bir süre görevden alınmamak üzere mi atanmaktadır?
 - 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. Savcılarının maaşları hakkaniyetli ve yeterli midir?
 - xi. Savcının uyguladığı yöntemler, sahip olduğu takdir yetkisinin nesnel olarak uygulanmadığı algısına yol açmakta mıdır?
 - xii. Savcılarının verdiği kararlar yargı denetimine tabi midir?
5. Baronun bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmış mıdır?
- i. Tanınmış, örgütlü ve bağımsız avukatlık mesleği(baro) mevcut mudur?
 - ii. Baronun, bağımsızlık, gizlilik ve mesleki etik ve rekabet yasağı ilkelerine 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;

“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 Anayasada 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.”

Anayasa yer alan bu normatif güvencelere rağmen Anayasanın 159. Maddesinde düzenlenen Hakimler ve Savcılar Kurulunun yapısının ve işleyişinin bu güvencelere uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Türkiye’de yargı bağımsızlığının güvencesi olması gereken Hakimler ve Savcılar Kurulu’nu yeniden düzenleyen 2017 Anayasa değişikliği sonucunda kurulun adı ve yapısı yeniden değiştirilmiş ve hâkim ve savcıların üye seçmesi usulü tamamen ortadan kaldırılmıştır. 13 üyeden oluşan yeni kurulun adından “yüksek” ibaresi 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 Cumhurbaşkanı’nın partisine mensup milletvekillerin oluşması ihtimali çok yüksektir. Bu durumda kurulun tüm üyelerinin siyasî etki altında atanması kaçınılmaz hale gelmiştir.

Türkiye, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) tarafından yeniden izleme altına alındıktan sonra üzerinde önemle durulan hususlardan birisi de yargı bağımsızlığı olmuştur. Bu çerçevede AKPM İzleme Komitesi Başkanı, 18 Nisan 2024 tarihli mektubuyla, Venedik

Komisyonu'ndan Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) oluşumuna ve üyelerinin seçim usulüne ilişkin görüş talep etmiştir.

Venedik Komisyonu, 6-7 Aralık 2024 tarihinde yapılan 141. Genel Kurulunda kapsamlı bir görüş kabul etmiştir.¹⁰² 123 paragraftan oluşan görüş, HSK'nın yapısını, üye kaynakları ve seçim usullerini, işleyişi ve yetkilerini, Teftiş Kurulu ve Genel Sekreterliğin oluşumu ve yetkilerini etraflı bir şekilde incelemiştir.

Venedik Komisyonu, Avrupa standartlarına göre, yargı konseyi üyelerinin en az yarısının "meslektaşları tarafından seçilen" hâkimlerden oluşması gerektiğini hatırlatarak, HSK'nın hiçbir üyesinin hakimler ve savcılar tarafından seçilmemiş olmasının Avrupa standartlarıyla bağdaşmadığını vurgulamıştır. Konsey üyelerinin yine yargıçlarca seçilmesinin nedeninin yargıyı siyasi müdahalelere karşı korumak olduğunu vurgulayan Komisyon, Konseyin yargı mensubu üyelerinin sadece hâkim ve savcılar topluluğunun bakış açısını temsil etmesi gerektiğini belirtmiştir. Konseye meslekten olmayan üyelerin seçilmesinin amacının, konseyin dış meşruiyetini güçlendirmek ve korporatizmin olumsuz etkilerini azaltmaya yardımcı olmak böylece çoğulcu, demokratik meşruiyete sahip bir kompozisyon elde etmek olduğu ifade edilmiştir.

Komisyon, Türk HSK'sının sekiz üyesinin hâkim veya savcı olmasına rağmen, bunların meslektaşları tarafından değil, yürütme ve parlamento tarafından seçildiklerini belirterek bu sekiz üyenin siyasal tercihle belirlendiğini bu nedenle yargıçları temsil ettiğinin söylene-meyeceğini kabul etmiştir. Cumhurbaşkanı'nın 2017 anayasa değişikliğinden sonraki konumunu dikkate alan Komisyon, HSK'nın 13 üyesinden en az onunun fiilen yürütme tarafından seçildiği ve böylece yargı üzerinde güçlü bir siyasi etki yarattığını vurgulamıştır. Bu nedenle Venedik Komisyonu, HSK üyelerinin en az yarısının yargı sisteminin farklı kademelerinde çalışan hâkim ve savcılar tarafından seçilmesini, cinsiyet, azınlıklar ve coğrafi kapsam açısından uygun bir çeşitlilik düzeyinin sağlandığı bir sistemin kurulması için ilgili anayasal ve yasal değişikliklerin yapılmasını tavsiye etmiştir. Komisyon ayrıca Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının HSK'dan çıkarılmasını önermiştir.

Komisyon, HSK'nın toplam üye sayısının ve Millet Meclisi tarafından seçilen yargı mensubu olmayan üyelerin sayısının artırılmasını, yürütme ve yasama erkleri mensupları ile açık bir siyasi bağlantısı olan adayların seçiminin yasaklanmasını ve Barolar Birliği ve üniversiteler gibi diğer organların Millet Meclisi'nden önce Karma Komite tarafından seçilecek adaylar

¹⁰² Venice Commission, Türkiye - Opinion on the composition of the Council of Judges and Prosecutors and the procedure for the election of its members, adopted by the Venice Commission at its 141st Plenary Session (Venice, 6-7 December 2024) CDL-AD(2024)041-e
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)041-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)041-e)

için bir ön seçim yapmasını sağlayacak bazı mevzuat değişikliklerinin yapılmasını tavsiye etmiştir.

HSK üyelerinin görev süresi güvencesinin ve işlevsel dokunulmazlıklarının anayasal ve yasal güvenceye kavuşturulmasını, görevden alma ve yaptırım nedenlerinin çok sınırlı bir şekilde ve açık olarak düzenlenmesini ve yargı görevinin yerine getirmeleriyle ilgisi olmayan disiplin ve görevden alma gerekçelerine yer verilmemesini önermiştir.

HSK Başkanı'nın üyeler tarafından seçilen tarafsız bir kişi olmasının sağlanmasını, başkanın yetkilerinin azaltılmasını ve Kurulun tüm kararlarının yargı denetimine açılmasını öneren Komisyon, Adalet Bakanlığı ile Kurul arasındaki personel geçişkenliğinin ortadan kaldırılmasını, Genel sekreter, müfettiş ve tetkik hâkimi atamalarının siyasi etkiye kapatılmasını Kurulun iç işleyişinin şeffaflaştırılmasını tavsiye etmiştir.

Komisyonun bu tespitleri Türkiye'de yargı bağımsızlığının ne derecede sorunlu olduğunu göstermektedir. Komisyonun önerileri bağımsız bir Kurul ve bağımsız bir yargı için zorunlu olmakla birlikte bu değişiklikleri yapacak bir siyasi iradenin mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir.

Türkiye'de yargı bağımsızlığı her zaman sorunlu olmakla birlikte 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğindeki HSYK üyelerinin seçimine ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bir karar ile iptal edilmesinden sonra yargının yürütmenin kontrolü altına alınmasının yolu açılmış, 2017 Anayasa değişikliği ile bu durum iyice pekiştirilmiştir.

Yargının yönetimi ve denetimi HSK'ya ait olduğundan, kurulun yürütmenin kontrolü altına girmesi tüm yargının yürütmenin kontrolü altına girmesi anlamına gelmektedir. Son 15 yıldır yargı üzerindeki sürekli müdahale ve tasarruflar yoluyla yargının bağımsız karar verme kapasitesi iyice zayıflatılmıştır. 2016 yılındaki darbe girişiminden sonra mevcut hâkim ve savcılarının üçte birinden fazlası (yaklaşık 5000 hâkim ve savcı) görevden alınmıştır. 2016 yılından bu yana yaklaşık 17.000 yeni hâkim ve savcı atanmıştır. Toplam 25.000 civarında hâkim ve savcının görev yaptığı düşünüldüğünde mevcut hâkim ve savcılarının üçte ikisinden fazlasının tecrübesiz olduğu ve sürekli meslektaşlarının görevden alındığı bir korku ikliminde mesleğe başladığı dikkate alınmalıdır. Yeni atanan hâkim ve savcılarının önemli bir kısmının da daha önce iktidardaki partilerin teşkilatlarında çalıştığı ileri sürülmüştür.

Güncel pratikte de HSK'nın yürütmenin hoşuna gitmeyen kararlar veren hâkim ve savcılara müdahale ederek görev yerlerini değiştirdiği pek çok örnek bulunmaktadır. 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.¹⁰³ Mahkeme HSK seçimle-

¹⁰³ Selahattin Demirtaş v. Turkey (2) [GC], no. 14305/17, 22.12.2020,

rinde 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.¹⁰⁴ 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, 2020 yılında yayınladığı Türkiye Ziyaret Raporunda yargı bağımsızlığına ilişkin şu nihai 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.”*¹⁰⁵ 2020 yılından beri durum iyileşmemiş daha da sorunlu bir hal almıştır.

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 Türkiye'nin birincil sorununun yargının bağımsızlığı sorunu olduğunu belirtmek gerekir. Mevcut iktidar denklemi içinde mümkün olmamakla birlikte rejimin iyileştirilmesi yönünde atılacak ilk adımın bir anayasa değişikliği ile Kurulun bağımsız bir yapıya kavuşturulması olacağı belirtilmelidir.

ÖAD tarafından yürütülen “Türkiye’de Yapısal Reformlar Projesi” kapsamında tarafımızca hazırlanan yargı reformu raporunda sorunlar ve çözüm önerileri ayrıntılı bir şekilde yer almıştır.¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁴ Ibid. para. 434.

¹⁰⁵ 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>

¹⁰⁶. Bkz. Ali Rıza Çoban, Hukukun Üstünlüğü İçin Yargı Reformu Önerisi (2021), şuradan erişilebilir: <https://oad.org.tr/yayinlar/rapor/hukukun-ustunlugunu-saglamak-icin-yargi-reformu-onerisi/>

- ◆ 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.
- ◆ 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.

3.5.2. 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.

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 anlaşılabilir 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 etkide bulunmaktan kaçınılmalıdır.¹⁰⁷

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?

¹⁰⁷ Hukuk Devleti Kontrol Listesi, para.99-104.

- 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?
 - 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 açıktır. Türkiye'nin bu açıdan sorunları çok boyutludur. Anayasanın 36. ve diğer maddelerinde adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır, ancak bu anayasal güvencelerin hayata geçirilmesi için öncelikle yargı bağımsızlığının güvence altına alınmış olması gerekir. Yargı bağımsızlığına ilişkin olarak yukarıda değinilen sorunlar adil yargılamayı da imkânsız hale getirmektedir. Elbette salt bağımsızlıkla ilgili olmayan başka bazı yapısal sorunlar da bulunmaktadır.

AİHM ve AYM istatistiklerine bakıldığında tartışmasız bir şekilde en çok ihlal kararı verilen hak adil yargılanma hakkıdır. AYM'nin 2012-2024 yıllarını kapsayan bireysel başvuru istatistiklerine göre verilen toplam 79.251 ihlal kararının 56.443'ü makul sürede yargılanma hakkı ihlali. Bu da toplam ihlal kararlarının %71'ine tekabül etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki makul süre şikayetlerinin çok büyük bir kısmı Tazminat komisyonuna yapılmaktadır. Diğer taraftan 6828 ihlal kararı da makul sürede dışındaki adil yargılama şikayetleriyle ilgilidir.¹⁰⁸ Bu şikayetler içinde, mahkemeye erişim hakkı, gerekçeli karar hakkı, silahların eşitliği hakkı ve masumiyet karinesi en yoğun ihlal kararı verilen şikâyet alanlarıdır.

Mahkemeye erişim ile ilgili en önemli sorunlardan biri bazı kararların tebliğ edilmemesidir. Bu kanun yollarına başvuru sürelerinin, özellikle de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru süresinin hangi tarihten başlatılacağı konusunda ciddi sorunlara yol açmaktadır. Bu bağlamda AYM'nin Anayasaya ve kendi kanununa aykırı bir şekilde başvuru süresini tebliğ tarihinden değil, öğrenme tarihinden başlatmasıdır. Bu ciddi hak kayıplarına neden olmaktadır. Oysa kanun açık bir şekilde sürenin başvuru yolu öngörülmüşse bu yolun tüketildiği tarih olduğunu düzenlemiştir. Başvuru yolu öngörülme durumlarda süre ihlali öğrenme tarihinde başlayacaktır. Ancak AYM kendi kanununa aykırı davranarak hak ihlaline sebebiyet vermektedir.

Mahkemeye erişim açısından önemli başka bir sorun da idari davalarda davanın kaybedilmesi halinde idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesidir. Vekalet ücretlerinin yüksekliği nedeniyle pek çok birey açıkça hukuka aykırı işlemler aleyhine dava açmaktan kaçınmaktadır. İdarenin kendi ajanları ile temsil edildiği davalarda dahi vekalet ücretine hükmedil-

¹⁰⁸ <https://www.anayasa.gov.tr/media/9630/bbistatistikler.pdf>

mesi ciddi bir haksızlıktır. Yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlarla birlikte düşünüldüğünde bu ciddi bir mahkemeye erişim sorunu yaratmaktadır.

Ayrıca hukuk davalarında ekonomik gücü olmayanlara adli yardım yoluyla avukat tayin edilmemesi, dava harçlarının, özellikle de vekalet ücretlerinin yüksekliği gibi nedenler de mahkemeye erişim sorunu yaratmaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanmaması da mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebebiyet vermektedir.

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 kamu görevine atanmasında güvenlik soruşturmasının olumsuz çıktığı gerekçesiyle sıkıntılar yaşanmaktadır. Ayrıca KHK'lılar 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 açıklamakta, kişiler toplantı ile örgüt üyeliği arasında ilişki olmadığını açıklamaya çalışmaktadırlar.¹⁰⁹ 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 Cumhurbaşkanı'nın açıklamalarını da dikkate almıştır.

Silahların eşitliği ve savunma hakları bakımında da yaygın sorunlar bulunmaktadır. En başta savcılarının 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. Ayrıca gizli tanık uygulaması diğer örgütlü suçlar bakımından da yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bazı

¹⁰⁹ 7 Mayıs 2025 tarihinde AİHM Büyük Dairesinde yapılan Yasak/Türkiye davası duruşmasında Devletin temsilcisi örgütün amaçlarını bilmediğini ispatlama yükümlülüğünün sanığa ait olduğunu söylemiştir. Aynı duruşmada temsilci ayrıca tümü yasal olan eylemlerin kümülatif olarak terör örgütü üyeliğinin delili olabileceğini ileri sürmüştür. <https://vodmanager.coe.int/cedh/webcast/cedh/2025-05-07-1/en>

kişilerin birbiriyle alakasız pek çok davada gizli tanıklık yapması, bu kişilerin gizli tanıklığı meslek edindiği izlenimi uyandırmaktadır. Terör ve örgütlü suç yargılamalarında soruşturma aşamasında dosya hakkında gizlilik kararı verilmesi dolayısıyla kişiler suçlamaları öğrenememekte, tutuklama gibi koruma tedbirlerine karşı kendilerini savunamamaktadırlar.

Diğer taraftan göz altına alınanların belli sürelerle avukat ile görüşme haklarına kısıtlamalar getirilmesi de savunma hakkına yönelik ölçüsüz bir sınırlamadır.

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.

3.5.3. 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?
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, 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 uygulanmaya başlanmıştır.

Denetlenecek normlar kapsamına kanunlar, TBMM İçtüzüğü, anayasa değişiklikleri (şekil bakımından) ve cumhurbaşkanlığı kararnameleri (2018 öncesinde kanun hükmünde karar-nameler) 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 davalarda 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 partisinin 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 partili Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Bu mahkemenin işlevlerini gerçekleştirmesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir.¹¹⁰ Bu temel sorun yanında diğer tüm meseleler önemsiz hale gelmektedir. Bu nedenle öncelikli mesele Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığını güvence altına alacak, yapısını çoğulcılaştıracak, yetkin ve liyakatli hukukçuların üye seçilmesini sağlayacak bir seçim sisteminin benimsenmesidir. Bu yapıldığı takdirde bazı anayasa ve yasa değişiklikleri ile diğer sorunlar kolaylıkla çözülebilir. Mesela, OHAL CBK'larının yargı denetimine açılması, bireysel başvurularda ihlale neden olan işlem ya da kararı iptal yetkisi tanınması, ihlalin kanundan kaynaklandığı halde kanunu inceleme yetkisi tanınması, kararların objektif bağlayıcılığının tanınması gibi değişikliklerle sistem daha etkili hale getirilebilir.

3.6. Yolsuzluk

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 Örgütü'nün 2024 Yolsuzluk Algı Endeksi'nde Türkiye, 34 puan ile 180 ülke arasında, Cezayir, Brezilya, Malawi, Nijer, Nepal ve Tayland ile birlikte 107 sırayı paylaşmıştır.¹¹¹ Türkiye'nin 2013 yılındaki puanı 50 iken 2024 yılında 34'e düşmüştür.¹¹² Bu düşüşün temel nedenin, yürütmenin sınırsız yetkilerle donatıldığı ve demokratik denge ve denetleme mekanizmalarının işlevsiz hale geldiği bir hükümet sistemine geçilmesidir. Şeffaflık örgütüne göre yolsuzlukla mücadele yasalarının yetersizliği, bu yasaların uygulanmasındaki isteksizlik ve yargı bağımsızlığının olmaması ilerlemenin önünde engel teşkil etmektedir.

¹¹⁰ Anayasa yargısına ilişkin olarak ÖAD'nin Yürüttüğü Yapısal Reformlar Projesi Kapsamında tarafımızca bir rapor hazırlanmıştır. Ali Rıza Çoban, Anayasa Mahkemesi: Anayasal Demokrasinin Güvencesi AYM'yi Yeniden Yapılandırma, Ekim 2024, Rapora şuradan erişilebilir: <https://oad.org.tr/yayinlar/anayasa-mahkemesi/>

¹¹¹ <https://www.transparency.org/en/cpi/2024>

¹¹² <https://www.transparency.org/en/countries/turkiye>

Örneğin, 2008'den bu yana art arda çıkarılan sekiz Varlık Barışı yasası, çok çeşitli yasadışı mali faaliyetler için uygun bir yasal zemin yaratarak, bireylerin ve kuruluşların daha önce beyan edilmemiş offshore varlıklarını ülkeye getirmelerine ve daha önce açıklanmamış yurtiçi varlıklarını herhangi bir vergi cezasına maruz kalmadan ve yasal incelemeyi kaçınarak beyan etmelerine olanak tanımıştır. Panama, Pandora ve Paradise belgelerinin sızdırılması, Türkiye'den offshore şirketler yoluyla kaynak transferi yapan siyasi bağlantılı milyarderlerin açığa çıkmasına yardımcı olmuştur.

Kamu ihale sistemindeki şeffaflık eksikliği, siyasi kayırmacılığı, rekabet eksikliğini ve kamu ihalelerinin yüksek fiyatla verilmesini körüklemektedir. Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun) 2003 yılından bu yana 200'den fazla kez değiştirilmiş ve Cumhurbaşkanlığı gibi birçok kamu kurumu Kanundan muaf tutulmuştur. Son dönemde kamu ihalelerinin çoğu 4734 sayılı Kanun'un istisnai hallerde pazarlık usulünü öngören 21. maddesine göre yapılmaktadır.

Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu'nun (GRECO) 2021 tarihli raporu, on yıllık bir süre zarfında dokuz tavsiyeden yalnızca birinin yerine getirildiği göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'de siyasetin finansmanının şeffaflığını artırmak için önemli bir ilerleme kaydedilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında oluşan siyasi rejim yolsuzlukların soruşturulmasını neredeyse imkânsız hale getirmiştir. Yolsuzluk soruşturmaları daha ziyade muhalefeti sindirme ve baskı aracı olarak kullanılmaya elverişlidir. Bu nedenle yolsuzlukla mücadele için de öncelikle yargı bağımsızlığının güvence altına alınması gerekmektedir.

4. SONUÇ

Türkiye'de hukuk devletinin ciddi bir erozyona uğradığı açıktır. Bu, Dünya Adalet Projesi tarafından düzenli olarak yayınlanan Hukuk Devleti Endeksinde de gözlemlenebilmektedir. Türkiye'nin son on yılda puanı 46'dan 42'ye düşmüştür. 2024 yılı endeksinde Türkiye 142 ülke arasında 117. sırada yer almıştır.¹¹³ Bu endekste yer alan alt unsurlardan birisi "yürütme gücü üzerindeki sınırlamalar" olup, bu unsurda Türkiye'nin puanı 29'dur ve 142 ülke içinde 135. sırada yer almaktadır. Diğer bir alt unsur olan "temel haklar" kategorisinde Türkiye'nin puanı 31 olup, 142 ülke içinde 133. 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 başkanlı bir sistemdir.

¹¹³ <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2024/T%C3%BCrkiye/table>

Bu sistemde denge ve denetleme mekanizmaları bulunmamaktadır. Yargının kontrolünü elinde tutan bir Cumhurbaşkanının tek başına yürütme yetkisine sahip olduğu ve parlamentonun sınırlayıcı bir gücünün bulunmadığı düşünüldüğünde hukuk devleti ilke ve kurallarına uymak Cumhurbaşkanının tercihinine 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 altına alındığı, yargının bağımsızlığının tesis edildiği, kuvvetler ayrılığına ve demokratik çoğulculuğa dayanan bir hükümet sisteminin kurulmasına ihtiyaç vardır.