T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)

ANABİLİM DALI

YARGININ SİYASALLAŞMASI OLGUSU VE 1982 ANAYASASI PERSPEKTİFİNDE TÜRKİYE'DE YARGININ SİYASALLAŞMASININ YAPISAL NEDENLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Rıza ADIGÜZEL

Ankara-2016

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)

ANABİLİM DALI

YARGININ SİYASALLAŞMASI OLGUSU VE 1982 ANAYASASI PERSPEKTİFİNDE TÜRKİYE'DE YARGININ SİYASALLAŞMASININ YAPISAL NEDENLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Rıza ADIGÜZEL

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Bülent ALGAN

Ankara-2016

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)

ANABİLİM DALI

YARGININ SİYASALLAŞMASI OLGUSU VE 1982 ANAYASASI PERSPEKTİFİNDE TÜRKİYE'DE YARGININ SİYASALLAŞMASININ YAPISAL NEDENLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Doç.Dr. Bülent ALGAN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. 14.12.2016

Rıza ADIGÜZEL

TEŞEKKÜR

Bu tezin her satırında yönlendirme, tavsiye ve eleştirileriyle emeği ve katkısı olan danışman hocam Doç. Dr. Bülent ALGAN'a; yine aynı şekilde göstermiş olduğu anlayış ve vermiş olduğu destekten ötürü eşim Meryem BEKAR ADIGÜZEL'e sonsuz teşekkürler.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR…… iv

KISALTMALAR …… vii

GİRİŞ ……..... 1

BİRİNCİ BÖLÜM

MODERN DEVLETTE YARGI ERKİNİN YERİ VE ÖNEMİ

1.1. **GELENEKSEL DEVLET VE YARGI**…….. 5

1.2. **MODERN DEVLET VE YARGI**…… 11

1.2.1. Modern Devletin Yapısı ve Özellikleri……... 11

1.2.2. Farklı Modern Devlet Biçimlerinde Yargı …… 15

1.2.3. Hukuk Devleti ve Unsurları…… 18

1.2.4. Kuvvetler Ayrılığı……... 27

1.2.4.1. Locke…….. 31

1.2.4.2. Montesquieu…… 34

İKİNCİ BÖLÜM

YARGININ SİYASALLAŞMASI

2.1. **KAVRAM OLARAK YARGININ SİYASALLAŞMASI**……. 38

2.2. **YARGININ SİYASALLAŞMASININ NEDENLERİ**…… 42

2.2.1. Siyasal Kültür……. 41

2.2.2. Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Sorunu…… 46

2.2.2.1. Yargının Bağımsızlığı…… 46

2.2.2.1.1. Teorik ve Kavramsal Çerçeve……. 46

2.2.2.1.2. Yasama Organına Karşı Bağımsızlık……... 51

2.2.2.1.3. Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık……. 54

2.2.2.1.4. Yargı Organına Karşı Bağımsızlık…….. 56

2.2.2.1.5. Medyaya, Baskı Gruplarına ve Kamuoyuna Karşı Bağımsızlık.. 58

2.2.2.2. Yargının Tarafsızlığı…….. 61

2.2.2.3. Uluslararası Belgelerde Bağımsızlık ve Tarafsızlık……... 63

2.2.2.4. Bağımsızlık ve Tarafsızlığı Sağlamanın Araçları…….. 70

2.2.2.4.1. Anayasal Güvence…… 70

2.2.2.4.2. Hâkimlik Teminatı…… 71

2.2.2.4.3. Yargılamayı Etkilemenin Suç Olarak Düzenlenmesi…… 76

2.2.2.4.4. Aleni Duruşma…….. 78

2.2.2.4.5. Özel Kolluk……..... 79

2.2.2.4.6. Tabii Hâkim…….. 80

2.2.2.4.7. Hâkimlerin Atanmasının ve Yükselmesinin Objektif Kriterlere Bağlanması…… 81

2.2.3. Yargısal Aktivizm ve Yargının Kendi Kendini Sınırlandırması……. 86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1982 ANAYASASI VE TÜRKİYE' DE YARGININ SİYASALLAŞMASININ YAPISAL NEDENLERİ

3.1.**TARİHSEL ARKA PLAN**……. 91

3.1.1. 1876 Anayasası ve Yargı……..... 91

3.1.2. 1921 Anayasası ve Yargı…… 96

3.1.3. 1924 Anayasası ve Yargı…… 98

3.1.4. 1961 Anayasası ve Yargı…… 102

3.1.5. 1982 Anayasası ve Yargı…… 107

3.2.**TÜRKİYE'DE YARGININ SİYASASALLAŞMASININ YAPISAL NEDENLERİ**…… 111

3.2.1. Hâkimlerin Adaylık ve Mesleğe Kabul Süreçleri…….. 111

3.2.2. HSYK'nın Yapısı……... 121

3.2.2. Yüksek Yargı Organlarının Yapısı……. 131

3.2.2.1. Anayasa Mahkemesi…… 131

3.2.2.2. Danıştay…….. 138

3.2.2.3. Yargıtay…… 145

3.2.3. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi…….……. 148

Sonuç ve Değerlendirme……...……. 154

Kaynakça……... 163

Özet…….. 174

Abstract……... 175

KISALTMALAR

ABD.	Amerika Birleşik Devletleri
A.g.e.	Adı geçen eser
A.g.m.	Adı geçen makale
A.g.t.	Adı geçen tebliğ
AİHM.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKP.	Adalet ve Kalkınma Partisi
Akt.	Aktaran
AY.	Anayasa
AYM.	Anayasa Mahkemesi
AYMK.	Anayasa Mahkemesi kararı
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BM.	Birleşmiş Milletler
Bkz.	Bakınız
CHP.	Cumhuriyet Halk Partisi
Çev.	Çeviren
D.	Dairesi
DEP.	Demokrasi Partisi
DP.	Demokrat Parti
DTP.	Demokratik Toplum Partisi
E.	Esas numarası
E.T.	Erişim tarihi
FP.	Fazilet Partisi
GÜHFD.	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HADEP.	Halkların Demokrasi Partisi
HEP.	Halkın Emek Partisi
HSYK.	Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HYK.	Hâkimler Yüksek Kurulu
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar Numarası
KHK.	Kanun Hükmünde Kararname
K.T.	Karar tarihi
MBK.	Milli Birlik Komitesi
MGK.	Milli Güvenlik Kurulu
MNP.	Milli Nizam Partisi
ÖZDEP.	Özgürlük ve Demokrasi Partisi
RP.	Refah Partisi
S.	Sayfa
SBP.	Sosyalist Birlik Partisi
SYK.	Savcılar Yüksek Kurulu
TBMM.	Türkiye Büyük Millet Meclisi
Vb.	Ve benzeri
YSK.	Yüksek Seçim Kurulu
YÖK.	Yüksek Öğretim Kurulu

GİRİŞ

Siyasal iktidarın sınırlandırılması, neredeyse devletlerin tarih sahnesine çıktığı günden bu yana tartışılan, kadim bir konu olmuştur. Bu konuda; Antik Yunan'dan Roma'ya, skolastik düşüncenin hakim olduğu Ortaçağ'dan modern devletlerin ortaya çıkmaya başladığı Yeniçağ'a kadar, bir çok düşünür kafa yormuş ve çeşitli fikirler ortaya atmışlardır. Günümüz insan hakları düşüncesinin temelini oluşturan doğal haklar doktrini de bu çabanın ürünüdür. Bununla birlikte iktidarın gerçek anlamda sınırlandırılması, liberal teorinin Avrupa'da kendisini yavaş yavaş hissettirmesiyle başlamıştır. Hiç kuşkusuz iktidarın kaynağının gökyüzünden yeryüzüne indirilmesi bu noktada kaydedilen önemli bir aşamadır. Modern devletlerin gelişim safhasında ulusal egemenlik ilkesi kabul edilmiş ve iktidarın ya da egemenliğin kaynağı yer değiştirmiştir. Egemenliğin kaynağı değiştikten sonra sıra onun niteliklerini değiştirmeye gelmiştir. Mutlak ve sınırlandırılamaz olan egemenlik, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti gibi temelinde liberal düşüncenin olduğu doktrinler tarafından önce bölünmüş daha sonra da belli sınırlar içerisinde hareket etmeye zorlanmıştır. Bu sınırlar günümüzde insan hakları olarak adlandırılmakta ve iktidarı sınırlandırmanın tarihsel somut belgeleri olan anayasalar tarafından güvence altına alınmaktadır.

İktidarın, daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse iktidarı kullanma yetkisinin; yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında paylaştırıldığı yeni yönetim anlayışında tüm erkler, anayasadan aldıkları yetkileri yine anayasada belirtilen sınırlar içerisinde kullanabilir. İşte tam burada yargı erkinin önemi ortaya

çıkmaktadır. Yargı erki, yasama veya yürütme organları kendilerine çizilen sınırların dışına çıktıklarında ona dur diyecek bir erk olarak düşünülmüştür. Yargı, bu konumu nedeniyle, günümüzde sık sık siyasal erkler olan yasama ve yürütmenin hedefi olmaktadır. Daha kötüsü günümüz parlamenter demokrasilerinin çoğunda, çeşitli seçim sistemlerinin sonucu olarak, bu iki erk birleşme eğilimi göstermektedir. Yasama ve yürütme arasındaki çizgilerin belirsizleştiği ya da tamamen silindiği bu tablo, hukuk devleti ilkesinin tam olarak yerleşmediği ülkelerde yargının siyasallaşması tehlikesinin de en önemli nedenidir. Bu tehlike, bu eğilime tepki olarak, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik çalışmaların hız kazanması sonucunu doğurmuştur. Bu çalışmalar günümüzde büyük bir yazın oluşturmaktadır. Nihai kertede amaç; yargının, özellikle yürütme erki karşısında bağımsızlığını temin ederek, tarafsızlığına katkı sunmaktır.

Türkiye, yargının siyasallaşması tartışmalarının yapıldığı ülkelerin başında gelmektedir. Yargının bir erk olarak tanındığı 1961 Anayasası'ndan bugüne kadar[1] yargıyı bu tartışmaların odağından çıkarmak mümkün olmamıştır. 1982 Anayasası her ne kadar yargının bağımsızlığını temin edecek temel ilkelere yer verse de, yargı organlarının oluşumundaki yürütmenin sahip olduğu yetkiler ülkedeki siyasal kültürle birleşince ortaya karamsar bir tablo çıkmaktadır. Yargının temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak değil de adeta "ele geçirilmesi gereken bir mevzi olarak görülmesi", tam anlamıyla siyasallaşmış bir yargının temellerini atmıştır. Elbette Türkiye'de yargının siyasallaşmasının birçok nedeni vardır. Bu nedenlerin hatırı sayılır bir kısmı da yapısal sorunlardan kaynaklanmaktadır.

[1] 1961 Anayasası'nın 4. maddesinde egemenliğin millete ait olduğu ve egemenliğin Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı belirtildikten sonra, bu yetkili organlardan biri olan yargı yetkisi 7. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır".*

Bu çalışmanın amacı; modern devletlerde yargı erkinin yerini ve önemini tespit ettikten sonra, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini benimsemiş ve bu minvalde yargıyı bir erk olarak kabul etmiş devletlerde, yargının siyasallaşmasının genel nedenlerini ortaya koymak ve Türkiye'de yargının siyasallaşmasının yapısal nedenlerini, 1982 Anayasası'nın yargıya ilişkin düzenlemeleri ışığında incelemektir.

Çalışmanın birinci bölümünde ilk olarak geleneksel devletler olarak adlandırılan modern öncesi devletlerin iktidar yapıları kısa bir şekilde ortaya konduktan sonra, yargının bu iktidar yapıları içerisindeki yeri tartışılmıştır. Bu kısa girişten sonra modern devletlerin genel özellikleri ele alınmış ve yargının bu devletlerde nasıl bir yere oturtulduğu anlaşılmaya çalışılmıştır. Bölümün sonlarında ise modern devletin gelişim sürecinde ortaya çıkan, yargının iktidar paylaşımında gerçek bir erk olarak ortaya çıkmasının düşünsel zeminini oluşturan kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti anlayışları, çalışmanın sınırları elverdiği ölçüde açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, birinci bölümde açıklanan hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin gerekleri olan yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı başta olmak üzere, yargının siyasallaşmasının nedenleri üzerinde durulmuştur. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı sorunu, yargının siyasallaşması tartışmalarında üzerinde en çok durulan ve tartışılan konuların başında gelmektedir. Bu nedenle bu bölümün önemli bir kısmı bağımsızlık ve bağımsızlığın temel amacı olan tarafsızlık ilkelerine hasredilmiştir. Ayrıca bu temel ilkelerin uluslararası belgelerdeki yeri ve önemi de ayrı bir başlık halinde ele alınmıştır. Bu bölümde tartışılan diğer bir konu ise, yargının siyasallaşmasının başka bir önemli görünümü olan yargısal aktivizmdir.

Bölüm, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik bir takım çözüm önerileri sunularak tamamlanmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, Türkiye'de yargının siyasallaşmasının yapısal nedenleri masaya yatırılmıştır. Yargı erkinin 1982 Anayasası'ndaki yeri ortaya konduktan sonra, anayasal ve yasal düzenlemelerde yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar veren hususlar üzerinde durulmuştur. Buradan yola çıkılarak HSYK, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay gibi yargı alanında önemli görevler üstlenmiş organların yapısı ortaya konmuştur. Ayrıca Türkiye'de yargının siyasallaşması tartışmalarında incelenmesi gereken konuların başında gelen hâkim ve savcıların mesleğe kabul edilme süreçleri, yürütme erkinin bu süreçteki rolü dikkate alınarak, enine boyuna tartışılmıştır. Bu bölümde ele alınan Türkiye'de yargının siyasallaşmasının yapısal nedenleri, salt bir mevzuat incelemesinin ötesine geçilerek, ülkedeki siyasal kültür ve demokrasi anlayışı bağlamında anlamlandırılmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MODERN DEVLETTE YARGI ERKİNİN YERİ VE ÖNEMİ

1.1.GELENEKSEL DEVLET VE YARGI

Her ne kadar indirgemeci bir yaklaşım olsa da; devlet kuramında, modern öncesi tüm devlet modellerini geleneksel devlet olarak adlandırmak mümkündür.[2] Geleneksel devletler de kendi içinde bir takım ayrımlara tabi tutulabilir elbette; ancak bu devletlerin tümünün, modern devletin özellikleri dikkate alındığında, geleneksel devletler olarak anılmasında bir sakınca görünmemektedir. Nitekim bu sınıflandırma da modern devletleri modern öncesi devletlerden ayırt etme çabasının ürünüdür

Modern devletler ve geleneksel devletler arasında bir karşılaştırma yapıldığında, aralarında çeşitli ortak noktalar bulmak mümkün olsa da, ikisi arasında tarihsel bir süreklilik ilişkisi olduğunu ileri sürmek iddialı bir girişim olacaktır. Özellikle de modern devletin özellikleri esas alındığında, bu kesinlikle böyledir. Her iki devlette de birey-birey ve birey-devlet ilişkilerinin dayandığı kimi referanslar ve felsefi arka planlar söz konusudur. Bu referanslar ve felsefi arka planlar arasındaki

[2] **Bkz.** Christopher Pierson, **Modern Devlet**, Çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan, İkinci Basım, Chiviyazıları Yayınları, Ankara, 2015, s. 60,61. ; Pierson adı geçen eserinde ayrıca Eisenstadt'ın tasnif ettiği geleneksel devlet biçimlerinden de bahsetmektedir. Söz konusu geleneksel devlet biçimleri şu şekildedir: a- Kent devletler, b- Feodal devletler, c- Atadan kalma devletler, d- Göçebe devletler veya fetih devletleri, e- Merkezi tarihsel bürokratik devletler. **Bkz.** Pierson, **a.g.e.,** s. 60.

mesafe ise binlerce yıllık devlet tarihini, modern ve geleneksel olarak iki farklı kategori halinde değerlendirecek ve anlamlandıracak kadar uzaktır.

Geleneksel devlet olarak adlandırılan kimi devletlerde bir hukuk sisteminden ve yargı fonksiyonundan bahsetmek mümkün olsa da, yürütmeden ayrı bir yargı organının varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu devletlerde, kimi Antik Yunan demokrasileri ve cumhuriyet dönemi Roma Devleti sayılmazsa, sınırsız iktidara sahip bir kral, padişah veya imparatorun devletin başında olduğu görülür. Sınırsız iktidara sahip bir kişinin yönettiği ülkede, devletin sınırlandırılmasını amaçlayan bir sistemden de iktidarı sınırlandıran bir takım kurum ve organların varlığından da bahsetmek mümkün değildir.[3] Bunun yanında geleneksel devletlerde, zamanla oluşmuş ve istişari bir işlev gören meclislerin dışında, modern anlamda bir yasama organından söz etmek de mümkün değildir. Kısacası, bu devletler modern yönetim anlayışına uygun bir perspektiften yoksundur. Farklı egemenlik anlayışı ve meşruluk kaynakları bu devletlerde bağımsız, özerk bir yargısal organ ve faaliyetin varlığını imkânsız kılmaktadır.

Modern öncesi devletlerin yönetim biçimi bakımından, farklı dönemlerde çok farklı şekillerde ortaya çıktığını unutmamak gerekir. Bu yönetim biçimleriyle daha çok krallık, aristokrasi, imparatorluk ve az da olsa "demokrasi" olarak karşılaşılmaktadır. Örneğin Yunan site devletlerinde tarihsel süreç içerisinde sırasıyla

[3] Burada şu hususun altını çizmekte fayda var: Modern öncesi devletlerin çoğunda iktidarın kaynağı dinseldi. Bu nedenle iktidarın kutsal yasalar tarafından sınırlandığına inanılırdı. Tanrısal Doğal Hak Teorisi diye adlandırılan bu düşünce Antik Yunan, Roma ve Ortaçağ Avrupası'nda kimi düşünürler tarafından ele alınmıştır. Ayrıca az da olsa doğal hakları dinsel bir temelde açıklamayan düşünürler de olmuştur. Ancak bu devletlerde iktidarı sınırlayacak beşeri bir güç olmadığı için pratikte sınırlanamayan bir iktidar söz konusudur.

monarşi, aristokrasi ve demokrasi yönetimlerine rastlanıldığı görülmektedir.[4] Sitenin yurttaşlardan önce geldiği ve siteye bağlılığın esas olduğu bu devletlerde yasaların mutlak üstünlüğü söz konusudur. Ancak yasaların kim ya da kimler tarafından çıkarılacağı, sitenin yönetim biçimine bağlıdır. Krallıkla yönetilen bir sitede yasayı kral çıkartırken; demokrasi yönetimi altındaki bir sitede yasa halk meclisi tarafından çıkarılmaktadır. Demokrasi yönetimi altındaki sitelerde tüm yetki halka aittir. Sınırsız bir yetkiyle donatılan halk meclisi yasamanın yanında, yürütme ve yargıyı da kendi denetimi altında tutmaktadır.[5]

Yunan site devletlerine benzer bir şekilde Roma Devleti'nde de, farklı tarihsel kesitlerde farklı yönetim biçimleri orta çıkmıştır. Roma Devleti ilk olarak krallık biçiminde örgütlenmişken sonrasında cumhuriyet ve imparatorluk deneyimlerini de yaşamıştır.[6] Ayrıca Roma'da karma yönetim denilen yönetim sistemine rastlamak da mümkündür. Özellikle Romalı düşünürler Polybios ve Ciceron eserlerinde bu yönetim biçiminden bahsetmektedirler. İki düşünüre göre de, yönetimler iyi ve kötü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İyi yönetimler krallık, aristokrasi ve demokrasi iken, kötü yönetimler monarşi (tiranlık), oligarşi ve demagojidir. Kötü yönetimler aynı zamanda iyi yönetimlerin yozlaşmış hallerine karşılık gelmektedir. Bu nedenle bu yönetimlerin iyi yönleri birleştirilip karma bir yönetim oluşturulmalıdır. Böylece

[4] Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 11. Basım, DR Yayınları, İstanbul, 2015, s. 28.

[5] Akad ,Dinçkol ve Bulut, **a.g.e.,** s. 7-13. Antik Yunan demokrasilerinin en gelişmişi ve kurumsallaşmışı olarak bilinen Atina'da yargılama fonksiyonu profesyonel hukukçular tarafından değil yurttaşlar tarafından gerçekleştirilmekteydi ve mahkemeler kura ile belirlenen yüzlerce kişilik jürilerden oluşmaktaydı. **Bkz**. Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, Birinci Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 83.

[6] Roma siyasal düşüncesinin farklı dönemlerdeki ayrıntılı bir analizi için **bkz.** Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 13-85.

Roma tarihindeki *"kral-senato-halkoyu"* üçlemesi vücut bulmuştur.[7] Yargının bu yönetimlerdeki yerine gelindiğinde ise, özellikle imparatorluk döneminde kurumsal bir yargı organından ve mahkemelerden bahsetmek mümkündür. Ancak kendinde ve yürütmeden ayrı bir yargı iktidarından söz etmek mümkün görünmemektedir.

Osmanlı Devleti'ne bakıldığında ise karşımıza Roma İmparatorluğu'ndan farklı bir tablo çıkmamaktadır. Aslında, tarihteki hemen hemen tüm imparatorluklarda benzer bir durum söz konusudur. İmparatorluk öncesi tüm krallar ya da hükümdarlar, yargılama yetkisini de diğer tüm yetkiler gibi şahsında toplamıştır. Ancak devletin sınırlarının genişlemesiyle birlikte hükümdarların bu görevlerini tüm ülke sınırları içerisinde yerine getirmesi imkânsız hale gelmiştir. Bu nedenle hükümdarlar, kendi adlarına yargı yetki ve görevlerini yerine getirmeleri için, ülkenin çeşitli merkezlerine yargıçlar atamaya başlamışlardır.[8] Osmanlı'da hükümdar tarafından atanan ve yargılama yetki ve göreviyle donatılan bu yargıçlara "kadı" adı verilmektedir.[9]

Yukarıda da belirtildiği gibi özerk ve bağımsız bir yargının yokluğu, hukuku uygulayan ve anlaşmazlıkları çözen kimi yargısal mekanizmalar olmadığı anlamına gelmez. Geleneksel devletlerde modern devletin bürokratik teşkilatıyla kıyaslanabilecek bir örgütten bahsetmek mümkün olmasa bile yürütme ve yargılama

[7] Akad, Dinçkol ve Bulut, **a.g.e**., s. 44.
[8] Mustafa Kutlu, **Kuvvetler Ayrılığı-Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devleti'nin Kökenleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 155-156.
[9] Belirtmek gerekir ki; Osmanlı kadısı şer-i hukuk alanında padişahın denetimine tabi değildir. Şer-i hukuk alanında padişahın kadıya müdahale etmesi teorik olarak mümkün görünmemektedir. Örfi hukuk alanında ise padişah sınırsız bir yetkiye sahiptir. Bunun yanında kadıların bağımsızlığından ve padişah adına sahip olduğu mutlak yargılama yetkisinden de bahsedilmiştir. Ancak gerek kadıların doğrudan merkezi idareye bağlı olması gerekse de bağımsızlığı güvence altına alan bir kurumsal yapının yokluğu bu hususları etkisiz kılmaktadır. **Bkz**. Kutlu, **a.g.e.,** s. 156.

işlerini yerine getiren kurumlar veya kişiler mevcuttur. Her ne kadar yargılama yetkisine sahip mahkemeler ve yargıçlar var olsa da, bunların varlığı sınırsız yetkilerle donatılmış yürütme erkinin iradesinin yerine getirilmesinin ötesine geçememektedir. Devletin başı, kendisi de yargılama yapabildiği gibi, mahkeme veya yargıç tarafından alınan kararı değiştirme ve bozma gücüne de sahiptir. Nitekim devletin başı aynı zamanda yasaları (ya da fermanları) çıkartan iradedir ve bu kuralları istediği zaman değiştirebilir. Yargıç bu devletlerde devletin başının kulu ve memurudur. Bunun ötesinde bu devletlerde hukuki öngörülebilirlikten, hukuk devletinden, kuvvetler ayrılığından ve bu ilkelerle ilişkili çeşitli güvencelerin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Modern öncesi devletlerin son durağı Ortaçağ Avrupa'sında vücut bulan feodal devlettir.[10] Feodal devlet modern devletin doğumunun öncesinde Batı Avrupa'da ortaya çıkmış ve yüzyıllarca farklı formlarda yaşamını sürdürmüştür. Feodalizmin köklerinin, kimi çalışmalarda Germen kavimlerin Kavimler Göçü'yle Roma İmparatorluğu'nu istila etmeden önceki siyasi kurumlarında aranmakla birlikte[11], genel olarak m.s. 8. yüzyıl dolaylarında ortaya çıktığına inanılır.[12] Ayrıca modern devlet, Batı Avrupa'da feodalizmin çözülmesiyle beraber yavaş yavaş ortaya çıkmaya başladığı için, feodalizmin unsurları modern devleti anlamak için de aydınlatıcı ipuçları sunmaktadır.[13]

---

[10] Burada feodal düzendeki siyasal düzen ve iktidar yapısı dikkate alındığında, devlet kavramının kullanılmasının tartışmalı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Gerçekten de siyasi iktidarın bütünlüğünü ve bölünmezliğini temel alan modern devlet tanımı dikkate alındığında feodal düzende bir "devlet" iktidarından bahsetmek güçtür.

[11] **Bkz**. Gianfranco Poggi, **Devlet-Doğası, Gelişimi ve Geleceği**, Çev: Aysun Babacan, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 48,49.

[12] Pierson, **a.g.e.,** s. 63.

[13] Pierson, a**.g.e.,** s. 63.

Feodalizmin en önemli özelliği kuşkusuz her alanda parçalı bir yapı ortaya koymasıdır. Roma İmparatorluğu'nun merkezi düzeninin bozulmasıyla beraber Batı Avrupa'da parçalı bir siyasal düzen ortaya çıkmıştır.[14] Bu parçalanmışlık kendisini her alanda göstermektedir. Üretim kaynağının toprak olduğu bu düzende siyasal ve toplumsal düzen de toprak mülkiyeti üzerinde yükselmekteydi. Toprak da bu dönemde kilise ve kralın da içinde yer aldığı soylular arasında paylaştırılmıştı.[15] Bu tablo aynı zamanda kilise, kral ve soylular arasında süreklilik arz eden bir iktidar kavgasına neden olmuştu.[16] Modern devlet de bu kavgadan, burjuvazinin de yardımıyla, kralların galip çıkmasıyla ortaya çıkacaktı.

Bu çalışmada amaçlanan Ortaçağ Avrupa'sının feodal düzenini siyasal, toplumsal ve ekonomik yönleriyle incelemek değildir. Bu çalışmanın kapsam ve boyutu da açıkçası buna el vermemektedir. Amaç, Ortaçağ Avrupası'nda nasıl bir iktidar anlayışının hüküm sürdüğü ve yargının bu iktidar anlayışında nereye konumlandırıldığıyla sınırlıdır. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında farklı iktidar odakları ile karşılaşılmaktadır. Merkezi bir devlet yapılanmasının olmadığı bu düzende kilise, kral ve soylular kendi toprakları üzerinde neredeyse sınırsız bir iktidara sahiptir. Örneğin soylular kendi toprakları üzerinde yasama, yürütme ve yargı iktidarlarını tek başlarına kullanmaktadır. Bu durum aynı zamanda bir soylu

[14] Uygun, **a.g.e.,** s. 149.

[15] Ortaçağ Avrupa'sının feodal dünyasında kral da tıpkı diğer soylular gibi belli bir toprağa sahipti ve otoritesi sahip olduğu bu sınırlar içerisinde bir anlam ifade etmekteydi. Kralın diğer soyluların sahip olduğu topraklar ve o topraklar üzerinde yaşayan insanlar üzerinde herhangi bir otoritesi söz konusu değildi. Dolayısıyla soyluların görünüşte bir krala bağlı olmaları ve toprağın kullanım hakkının kendilerine kral tarafından verilmesi feodalitenin şartları içerisinde kralı "egemen" kılmamaktaydı. Kral olsa olsa eşitler arası birinciydi. **Bkz.** Pierson, **a.g.e.,** s. 64, Uygun, **a.g.e.,** s.149.

[16] Feodalitenin oluşum sürecinin, gelişiminin ve parçalı iktidar yapısının neden olduğu güç mücadelelerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için **bkz.** Ağaoğulları ve Köker, **a.g.e**., s. 169-251

olan kral için de geçerlidir. Büyük topraklara sahip olan kilise için de aynı şeyleri söylemek mümkündür.[17] Sonuç olarak çok başlı bir otorite anlayışının varlığı açıkça görülmektedir.

Feodal düzende yargının yerine bakıldığında ise, siyasi ve toplumsal parçalanmışlık burada da etkisini göstermektedir. Soylular kendi topraklarında yargılama iktidarına sahip olmalarına rağmen kilisenin dinsel iktidarı bu alandaki uyuşmazlıkların da kilise mahkemeleri tarafından çözülmesini gerektirmektedir. İster kilise mahkemelerini isterse de soyluların yargılama iktidarını ele alalım, yargıdan bir erk olarak bahsetmek mümkün değildir. Yargı fonksiyonunu yerine getirecek organlar vardır ancak bu organlar yürütme iktidarını elinde bulunduranların elinde bir araç olmaktan öteye gidememektedir.

1.2. MODERN DEVLET VE YARGI

1.2.1. Modern Devletin Yapısı ve Özellikleri

Modern devlet, tıpkı selefi feodal devlet gibi, Batı Avrupa'da doğup gelişmiş[18] ve oradan da uzun bir tarihsel süreç içerisinde önce tüm Avrupa'ya sonra da tüm dünyaya yayılmıştır.[19] Feodal devletin kalıntıları üzerinde yükselen modern devletin ilk biçimi olan mutlak monarşiler, tarihi tartışmalı olsa da, 16. yy dolaylarında ortaya çıkmıştır.[20] Modern devletin ilk kuramcısı ise 1651 yılında

[17] Skolastik düşünce sisteminin hakim olduğu bu dönemde "her türlü iktidar Tanrı'dan gelir" anlayışı kiliseye önemli bir güç vermektedir.
[18] Poggi, **a.g.e.,** s. 47.
[19] Mithat Sancar, **"Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti"**, Hukuk ve Adalet Üstüne, Doğu Batı Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, 2001, s. 28.
[20] Abdurrahman Saygılı, **Kutsallık ve Rasyonellik Sarkacında Devlet**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014, s. 133. ; Pierson, **a.g.e**., s. 66. ; Mutlak monarşileri modern devletin bir biçimi olarak

Leviathan adlı eseriyle modern devletin resmini çizen İngiliz düşünür Thomas Hobbes'tur.[21]

Siyaset ve devlet teorisinde, devletin geleneksel olarak üç unsurunun olduğu kabul edilir. Bu unsurlar ülke (toprak), ulus (halk, insan topluluğu) ve egemenlik (iktidar)'tir.[22] Bu unsurlar geleneksel olsun modern olsun tüm devletler için geçerli olmakla birlikte bu kavramların içeriği her iki devlet kategorisinde birbirinden çok farklıdır. Modern öncesi devletlerde devletin egemenliğinin sınırları net bir şekilde belirlenmemiştir ve sınırlar uç olarak adlandırılmıştır. Uç olarak adlandırılan bu sınırlarda devletin egemenliği daha az hissedilir. Egemenlik daha çok merkez olarak seçilen kentlerde (daha çok başkentlerde) yoğunlaşmıştır.[23] Uç noktalardaki bu belirsizlik devletin sınırlarının sürekli olarak değişmesine yol açmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse; modern öncesi devletlerde egemenlik gücü merkezden sınırlara doğru azalmakta ve etkisini yitirmektedir. Modern devletlerde ise sınırlar devletlerarası anlaşmalarla kesin olarak belirlenmiştir. Bu sınırlarda modern öncesi devletlerde olduğunun aksine egemenlik yoğun bir şekilde hissedilmekte ve bu durum kimi sembollerle teşhir edilmektedir. Gümrük kapıları, sınır karakolları ve radarlar (hava ve deniz) devletin egemenlik sınırlarını belirleyen en önemli varlıklardır. Bunlar ülke unsurunun daha çok somut yönleridir. Ülke unsurunun bir

---

kabul etmeyen yazarlar da vardır. Ancak modern devletin özelliklerini esas aldığımızda bunu kabul etmek mümkün değildir. Bu konudaki farklı yaklaşımlar için bkz. Pierson, **a.g.e.,** s. 66,67.

[21] Sancar, **a.g.m**., s.28. ; Hobbes, devlet hakkındaki düşüncelerini meşhur eseri "Leviathan"da etraflıca ele almıştır. **Bkz**. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, 13. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 133-263.

[22] Bu unsurlar Georg Jellinek'in şu devlet tanımından çıkartılmıştır: *"Devlet, belli bir ulusu olan, belli bir ülkede yaşayan ve bir devlet gücü ile donatılmış insan topluluğudur."* Bu tanım bugün Üç Öğe Kuramı olarak anılmaktadır. **Bkz**. Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku),** Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Yayınevi, İstanbul 2014, s. 24.

[23] Pierson bu sınır özelliklerinin daha çok imparatorluklarda görüldüğünü belirtmektedir. **Bkz**. Pierson, **a.g.e.,** s.61.

de soyut yönleri vardır. Bu soyut yönler "*anayurt*", "*baba ocağı*" gibi tanımlamalarla ülküselleştirilmiştir.[24] Bu soyut yönler, aynı zamanda, ülke unsurunun "vatan" adı altında kutsallaştırılmasına hizmet etmektedir.

Devletin ikinci unsuru olan halk unsuru ise, ülke sınırları içerisinde yaşayan insanlardan oluşmaktadır. Bu halk unsuru ile devlet arasında kurulan ilişki bakımından modern öncesi devletlerle modern devletler arasında önemli farklılıklar vardır. Modern öncesi devletlerde halk unsuru ile kurulan ilişki tebaa anlayışına dayanırken; modern devletlerde bu anlayış yerini modern yurttaşlık anlayışına bırakmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu anlayış antik Yunan ve Roma'da görülen ilkel yurttaşlık anlayışından farklıdır. İlkel yurttaşlık anlayışında köleler, kadınlar, mülk sahibi olmayanlar ve eğitimli olmayanlar gibi toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan kesimler yurttaş olma hakkından mahrumken[25]; modern yurttaşlık anlayışında bu kısıntılar kaldırılmıştır. Modern yurttaşlık anlayışında yurttaş bir takım yükümlülüklerle bağlı olmasına rağmen daha çok sahip olduğu hak ve özgürlükler üzerinden tanımlanır.[26]

Devletin üçüncü unsuru olan egemenlik ise adeta modern devlet ile özdeşleştirilmiş bir kavramdır. Egemenlik kavramını modern anlamda kullanan ilk düşünürün Jean Bodin olduğu kabul edilir.[27] Bodin'e göre egemenlik mutlak,

---

[24] Poggi, **a.g.e.,** s. 31.
[25] Akad, Dinçkol ve Bulut, **a.g.e**., s.11.
[26] Pierson, **a.g.e.,** s. 45-47. ; Poggi, **a.g.e.,** s. 39.
[27] Saygılı, **a.g.e.,** s. 143. ; Pierson, **a.g.e**., s. ; 30. Aslına bakılırsa, egemenlik kavramını kullanmamakla beraber, Machiavelli "Prens" adlı meşhur yapıtında egemenliğin bir çok unsuruna temas etmiştir. Egemenliğin mutlaklık, sınırlanamama ve bölünememe gibi özelliklerine vurgu yapan Machiavelli belki de egemenliğin en önemli unsuru olan sürekliliğine değinmemiştir. Bu önemli eksikliği tamamlayan Bodin olmuştur. **Bkz.** Cemal Bali Akal, **İktidarın Üç Yüzü**, Birinci Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 1998, s. 16.

sınırlandırılamaz, bölünemez ve süreklilik arz eden bir güçtür.[28] Bu egemenlik anlayışının Bodin'in de desteklediği yönetim şekli olan mutlak monarşilerde cisimleştiği bir vakıadır. Modern devletin gelişimiyle birlikte egemenliğin kaynağı krallardan ulusa kaymış ve bu Fransız İhtilali ile birlikle "ulusal egemenlik" ilkesi olarak kabul görmüştür.[29] Unutmamak gerekir ki, egemenliğin unsurları hala değişmemiştir. Değişen egemenliğin kaynağıdır. Egemenliğin niteliksel değişimi ise kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti düşüncesinin tarihsel gelişim süreci içerisinde yavaş yavaş kabul görmesiyle başlamıştır. Egemenlik hala kaynağını ulusta bulmaktadır ama yeni egemenlik anlayışında egemenliğin mutlak olma ve sınırlanamama gibi özelliklerine yer yoktur.[30]

Modern devletin yukarıda sayılan özellikleri çok önemli olmasına rağmen bu devlete asıl karakterini veren özellik merkezileşmedir.[31] Siyasi merkezileşme[32], coğrafi merkezileşme ve güç merkezileşmesi[33] olmak üzere üç boyutlu olan bu merkezileşme süreci modern devletin diğer özelliklerinin de temelini oluşturmuş ve

[28] Literatürde egemenlik birçok yazar tarafından tanımlanmıştır. Bu tanımlar arasında ufak tefek farklar olmakla birlikte hepsinde ortak bazı noktalar bulmak mümkündür. Duguit egemenlik sorunsalını ele aldığı bir makalesinde farklı tanımlardan yararlanarak egemenliği şu şekilde tarif etmektedir: *"...yalnızca kendi kendisini belirleyen, yetkisini doğrudan doğruya yetkisinden alan, dolayısıyla başka her türlü iradeden bağımsız olan, haklara sahip ama ödevleri olmayan ve her zaman buyurucu irade olarak devreye giren iradedir."* **Bkz**. Leon Duguit, **"Egemenlik ve Özgürlük",** Devlet Kuramı İçinde, Der. Cemal Bali Akal, Birinci Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 387.

[29] Saygılı, **a.g.e.,** s. 155.

[30] Uygun, **a.g.e**., s.266, 267.

[31] Pierson modern devletin özelliklerini çeşitli devlet tanımlarından yola çıkarak şu şekilde sıralamıştır: a- Şiddet araçlarının denetimi, b- Bölgesellik, c- Egemenlik, d- Anayasallık, e- Hukukun üstünlüğü ve kişiler üstü iktidar, f- Kamu bürokrasisi, g- Otorite ve meşruiyet, h- yurttaşlık, ı- Vergilendirme. **Bkz**. Pierson, **a.g.e.,** s. 19-52.

[32] Siyasi merkezileşmenin hukuksal merkezileşme ve idari merkezileşme olmak üzere iki boyutu vardır.

[33] Gücün merkezileşmesi meşru güç kullanma tekeli ya da şiddet tekeli olarak anılmaktadır. ; Şiddet tekelini modern devletin omurgası olarak nitelendiren bir çalışma için **bkz**. Sancar, **a.g.m.,** s. 27-46.

onları anlamlı hale getirmiştir.[34] Bu merkezileşmeyi sağlayacak teknik ise egemenliği devletin en ücra yerlerinde bile görülebilir ve hissedilebilir kılacak "*demir kafes*" bürokrasidir. Bürokrasi sayesinde modern devlet tarihte hiçbir devletin sahip olmadığı bir şekilde "egemen" hale gelmiştir. Modern devletin sahip olduğu bu rakipsiz güç, aynı zamanda, onu sınırlandırmak için ortaya konan çabaların da hareket noktasıdır.

1.2.2. Farklı Modern Devlet Biçimlerinde Yargı

Modern devleti, birçok farklı kriteri esas alarak sınıflandırmak mümkündür. Devlet başkanının nasıl başa geldiğine bakılarak yapılan ayrımlar söz konusu olduğu gibi, devletin tek bir merkezden yönetilip yönetilmediğine bakılarak yapılan sınıflandırmalar da mevcuttur. Ya da günümüz devletleri sınıflandırılırken çoğu kez referans alınan hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları kıstasları da esas alınarak bir ayrım yapılabilir. Mesela devlet başkanının nasıl başa geldiğini esas alan sınıflandırmalarda kaba hatlarıyla iki tür devlet biçimi ortaya çıkmaktadır. Bunlar: Monarşi ve cumhuriyettir. Monarşi de kendi içinde mutlak ve meşruti (anayasal) olmak üzere iki alt gruba ayrılabilir.[35] Devletin yönetiminin tek bir idari merkezden yönetilip yönetilmediğine bakılarak yapılan ayrım da ise üniter devlet, federal devlet ve ya özerk topluluklar devleti gibi devlet biçimleri bulunmaktadır.[36]

---

[34] Poggi, **a.g.e.,** s. 31.
[35] Kemal Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, 1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007, s. 105-125.
[36] Üniter ve federal devletlerin ayrıntılı bir incelemesi için **bkz.** Gözler, **a.g.e.,** s. 130-187.

Hukuk devleti ve insan hakları gibi kriterler esas alınarak yapılan ayrımda, devletin biçimsel özellikleri önemli olmakla birlikte meşruluk sorunu üzerinde yoğunlaşılmıştır. Bu ayrımda devletin yönetim şekli ne olursa olsun, kimi biçimsel asgari şartların varlığı dışında; bu yönetim oluşturulurken demokratik mekanizmaların kullanılıp kullanılmadığı ve yahut ne kadar kullanıldığı, sahip olunan anayasanın ve kanunların kısacası pozitif hukukun evrensel hak ve özgürlüklerle olan uyumu gibi niteliksel özellikler önem taşımaktadır. Bu son ayrımda genel hatlarıyla; demokratik hukuk devleti, sosyal hukuk devleti, otoriter devlet, totaliter devlet ve günümüzde sıklıkla zikredilmeye başlanan sosyal demokratik hukuk devleti vb. şekilde adlandırılan devletlerle karşılaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği gibi, modern devleti farklı unsurlarıyla ele alıp sınıflandırmak ayrı ve uzun bir çalışmanın konusudur. Burada yapılmaya çalışılan, genel hatlarıyla belirtilen bu devlet biçimlerinde yargı erkinin ve organlarının yerini belirlemektir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, modern devletin ilk biçimi olan mutlak monarşilerde kral yasaları oluştururken aristokratik ve ya temsil gücü olan bir takım danışma meclislerine başvurabilse de, bu devletlerde kural olarak kralı sınırlayan bir yapı yoktur. Kralın iktidarını sınırlayan bir anayasanın ve gerçek anlamda yönetimde pay sahibi olan halk meclislerinin bulunmadığı bu devletlerde yargıdan da ayrı bir erk olarak bahsedilememektedir. Kralın hem yasama hem yürütme hem de yargının başı olduğu bu yönetim biçiminde yargıçlar da tüm diğer çalışanlar gibi hiçbir mesleki güvenceye sahip olmadan kendilerine verilen icrai görevleri yerine getirmektedir. [37] Dolayısıyla modern devletin ilk biçimi olan mutlak

[37] Poggi'nin Schama'dan aktardığı ve Fransa kralı XV. Louis' e ait sözlerin yer aldığı 1766 tarihli belge mutlak monarşilerde yargı erkinin ve mahkemelerin konumunu çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. 1766 tarihli belgede yer alan sözler şu şekildedir: *"Egemen*

monarşilerde değil hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ya da yargı tarafsızlığından bahsetmek; bir kuvvet olarak bile yargıdan bahsetmek mümkün değildir.

Mutlak monarşiler dışında yukarıda belirtilen devlet tiplerinin hemen hepsinde bir anayasadan ve farklı seçim sistemleriyle oluşturulmuş parlamentolardan bahsetmek mümkündür. Bir devletin meşruti monarşi, cumhuriyet, federal devlet veya üniter devlet olup olmaması o devletin demokratik bir devlet ya da hukuk devleti olmasına engel değildir. Nitekim meşruti monarşi ile yönetilen kimi ülkelerde demokrasi ve hukuk devleti çok güçlü bir şekilde kurumsallaşmışken, kimi cumhuriyetlerde ve federal devletlerde bu değerlerin varlığından söz etmek güçtür.[38] Tüm bu nedenlerden dolayı bu devletlerde yargının yerini tespit etmek her devletin yönetim anlayışının, anayasa dâhil olmak üzere o ülke mevzuatının belli standartları taşıyıp taşımadığının incelenmesi ile mümkün olabilecektir.

20.yy'da ortaya çıkan kimi totaliter devlet modelleri[39] ve günümüzde varlığını sürdüren mutlak monarşiler dışında, otoriter bir şekilde yönetilen ülkeler de dâhil olmak üzere, birçok ülkede; hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve yargının bağımsızlığı gibi ilkeler kural olarak kabul edilmiş ve belli düzeylerde anayasalar ve kanunlar tarafından güvence altına alınmıştır. Bunda elbette ki bu ilkelerin bugün uluslararası alanda güçlü bir şekilde kabul görmesi ve kimi uluslararası sözleşme ve

---

iktidar yalnızca şahsıma aittir ve mahkemelerin sahip olduğu yetkiler tarafımdan verilir…yalnızca benim adıma yetki uygulanabilir… Zira yasama gücü ayrıcalıklı olarak bana aittir… Kamu düzeni, yüce koruyucusu olan şahsım tarafından oluşturulur… Ulusun hakları ve çıkarları… olması gerektiği gibi benim hak ve çıkarlarımla eştir ve yalnızca benim ellerimdedir." **Bkz**. Poggi, **a.g.e.,** s.64.

[38] Gözler, **a.g.e.,** s. 122-124.

[39] Totaliter sistemler olarak kabul edilen ve 20.yy'da dünya sahnesine çıkan faşist, nasyonal sosyalist ve Marksist devlet modellerinin ayrıntılı bir incelemesi için **bkz.** Ayferi Göze, **Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonel Sosyalist ve Sosyal Devlet**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

belgelerde kayıt altına alınarak evrensel birer ilke haline gelmesinin payı büyüktür. Bu ilkelerin ve değerlerin kabul görmediği devletler, uluslararası alanda büyük itibar kaybı yaşadıkları için, gerçekte içini doldurmamalarına rağmen bu ilkeleri kabul edip kendi anayasa ve kanunlarında kayıt altına almaktadırlar. Sonuç olarak, modern devletin tarihsel gelişim süreci içerisinde hukuk devletiyle bağlantılı olarak kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı, yargının tarafsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi ilkelerin büyük kabul gördüğü söylenebilir. Dolayısıyla ikinci bölümde incelenecek olan yargının siyasallaşması konusu, bu ilkelerin kabul gördüğü ülkeler için bir önem taşımaktadır. Bu ilkelerin kabul görmediği bir ülkede yargı erkinin siyasallaşmasını tartışmak ise boş bir çaba olacaktır.

1.2.3. Hukuk Devleti ve Unsurları

Hukuk devleti bir fikir ve ideal olarak ele alındığında, bu düşüncenin köklerini Antik Yunan'a kadar geri götürmek mümkündür. Ancak bu fikrin somutlaştığı ve modern devlet düşüncesinde anlam kazandığı dönem 17. ve 18.yy'larda Batı Avrupa'da doğup gelişen aydınlanma düşüncesidir. Bu yüzyıllarda Batı Avrupa'da aydınlanma düşüncesinin yanı sıra; modern devletin yavaş yavaş ortaya çıkması, kapitalizmin gelişimi ve liberal burjuva devrimlerinin yaşanması hukuk devleti düşüncesinin biçimlenmesinde derin izler bırakan tarihsel gelişmeler olmuştur.[40] Hukuk devleti düşüncesinin arka planında yukarıda sayılan siyasi, sosyal ve ekonomik gelişmeler olmasına rağmen hukuk devleti kavramı Almanya'nın özgül

[40] Mithat Sancar, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 2006, s.164.

tarihsel koşulları içinde ortaya atılmıştır. Kavramın Almanca aslı Rechtsstaat'dır.[41] Kimi Alman yazarlar kavramın fikir babasının "*hukuk devletinin filozofu*" olarak nitelendirilen Kant olduğu düşüncesindedir. Bununla beraber kavramı siyaset ve devlet teorisi literatürüne sokan kişi yine bir Alman Robert von Mohl'dur.[42]

Hukuk devleti (Rechtsstaat) kavramı İngilizce'ye "rule of law" (hukukun egemenliği), Fransızca'ya ise "etat droit" olarak çevrilmiştir. Fransızca'da ayrıca "etat constitutionel" kavramı da aynı anlamda kullanılmaktadır. ABD'de kullanılan "due-process" (hukuk kurallarına bağlılık) kavramı da hukuk devleti yerine kullanılan kavramlardan biridir.[43] Bu kavramlar arasında kimi farklar olduğunu ileri süren düşünürler olsa da[44], bugün bu kavramların aynı anlama geldiğini ve aynı amaca hizmet eder şekilde kullanıldığını gösteren geniş bir yazın vardır. Dolayısıyla bu kavramlar arasında ayrım yapmanın işlevsel ve anlamlı olduğunu ileri sürmek doğru olmayacaktır. Türkçe olarak yapılan çalışmalarda da bu kavramların her biri aynı anlamda ve birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.

Hukuk devleti kavramının köklerinden ve hukuk devletiyle aynı anlama gelen çeşitli kavramlardan bahsettikten sonra hukuk devletini tanımlama ve anlamlandırma

---

[41] Doehring, **a.g.e**., s.208.
[42] Sancar, **a.g.e.,** s.161,162.
[43] Doehring, **a.g.e**., s. 208.
[44] Örneğin **bkz.** Michel Troper, **"Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi",** Demokrasi ve Yargı İçinde, Edit. Ozan Ergül, Birinci Baskı, TBB Yayınları, Ankara, 2005, s. 13-15. ; Troper rule of law doktrininin sınırlı bir yönetim idealinin tasvirinden ibaret olduğunu belirtmekteyken, hukuk devleti doktrininin ayrıca bu idealin araçlarını da ortaya koyduğunu ifade etmektedir. **Bkz.** Troper, **a.g.t**., s. 14-15. ; Selçuk da Anglosakson merkezli hukukun üstünlüğü kavramı ile Kıta Avrupası merkezli hukuk devleti kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. **Bkz.** Sami Selçuk, **"Hukuk Devleti Karşısındaki Tehditler",** Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 87.

çabasına girişilebilir.[45] İlk olarak şunu söylemek gerekir; hukuk devletinin, devleti ve siyasi iktidarı sınırlandırma çabasının bir ürünü olduğuna dair bir şüphe yoktur. Yönetimde keyfiliğin önüne geçmek için ortaya atılan bu düşünce, Almanya'da kamu düzeninin tesisi için her yola başvurabilen "polis devleti"nin zıddını ifade etmek için ortaya atılmıştır.[46] Aynı düşünce Anglo-Amerikan dünyada " *insanların değil hukukun yönetimi*" olarak formüle edilmiştir.[47] İnsanların özgür ve onurlu bir yaşam sürebilmesi için devletin ve özellikle de yürütmenin sınırlandırılması gerektiğine inanılır. Bu idealleri gerçekleştirmek ise, bireyin hak ve özgürlüklerini pozitif hukukta kayıt altına almanın ötesinde, bazı kurumsal güvenceler getirilmesini gerektirir.[48]

Hukuk devleti anlayışı aynı zamanda klasik egemenlik anlayışını da reddetmektedir. Bilindiği üzere bu egemenlik anlayışında siyasi iktidar mutlak ve sınırlandırılamaz bir güç olarak kabul edilip bu gücün yasalar tarafından sınırlandırılmasına karşı çıkılıyordu. Oysa hukuk devleti, bu düşüncenin tersine, devletin tüm kurum ve eylemlerinin hukuk tarafından düzenlenmesi ve sınırlandırılması gereğini ifade etmektedir.[49].

---

[45] Hukuk devletinin kökenleri, tarihsel süreçte geçirmiş olduğu aşamalar, diğer modern düşünce ve ilkelerle olan ilişkisi ve kavrama yüklenen farklı anlamlar konusunda ayrıntılı bilgi edinmek için **bkz**. Sancar, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 2006. ; Berke Özenç, **Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi,** 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

[46] Doehring, **a.g.e.,** s. 210.

[47] Ali Rıza Çoban, **"Hukuk Devleti",** Hukuk Devleti; Siyasi Bir İdeal Hukuki Bir İlke içinde, Edit. Ali Rıza Çoban ve diğerleri, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.11 ; Ayrıca **bkz.** Doehring, **a.g.e.,** s.209. ; İfadenin İngilizcesi şu şekildedir: "*Government of law and not men*".

[48] Çoban, **a.g.m**., s.11.

[49] Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s.115. ; Uygun, **a.g.e.,** s. 268. ; Hukuk devleti bu hedef ve idealleriyle anayasal devlet düşüncesiyle benzerlikler göstermektedir. Ancak, devletin sınırlandırılması gereği her iki yaklaşımda da ortak bir çerçeve sunuyor olsa da hukuk devleti bünyesinde anayasal devleti

Maddi hukuk devletinden bahis açılmışken teori ve yazında ortaya atılmış farklı hukuk devleti anlayışlarından bahsetmekte fayda vardır. Kaba bir ayrım yapmak gerekirse hukuk devleti biçimsel, maddi, pozitivist ve bütünsel hukuk devleti olarak dört farklı başlıkta incelenebilir. Ancak biçimsel hukuk devleti ile pozitivist hukuk devleti yaklaşık olarak aynı şeyi ifade ettiği için bu ikisini birlikte ele alıp değerlendirmekte bir sakınca olmayacaktır.[50]

Biçimsel hukuk devleti, devletin ve organlarının tüm eylem ve işlemlerinin hukuk tarafından düzenlenmesini ve bir takım kurumsal güvencelerle denetlenebilmesini savunmakla beraber, hukuk kurallarının maddi bir içerikten yoksun olması gerektiğini dile getirmektedir. Biçimsel hukuk devletindeki asıl kaygı yasaların genelliği ve eşitlik ilkesi çerçevesinde, öngörülebilir bir hukuk ve devlet düzeni tesis etmektir. Bu amaçları gerçekleştirmek için de yasaların belirliliği ve geçmişe yürürlü olmaması gibi hukukun bir takım asgari şekil şartlarını yerine getirmesi lüzumu belirtilmektedir.[51]

Hukukun belli bir takım ideolojik, sosyal veya ahlaki değer ve hedefleri içermemesi gerektiğini ileri süren biçimsel hukuk devleti yaklaşımı bu haliyle pozitivist hukuk yaklaşımını andırmaktadır. Hukuki pozitivizmde de bilindiği gibi hukuk kurallarının kaynağı, içeriği ve meşruluğu önemsenmeyip; hukuk egemenin emir ve kurallarıyla bir tutulmuştur. Ancak bu yaklaşımın hukuk devletine yüklenen

---

aşan bir takım unsurlar barındırmaktadır. Hukuk devleti anayasa dâhil tüm pozitif hukukun belli birtakım standartları karşılamasını gerektirir. Bu özellikle maddi hukuk devleti için böyledir. **Bkz.** Erdoğan, **a.g.e**., s. 117.

[50] Saf Hukuk Kuramı'nın kurucusu Hans Kelsen'in pozitivist hukuk anlayışı için **bkz.** Hans Kelsen, "**Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği"**, Devlet Kuramı İçinde, Der. Cemal Bali Akal, Birinci Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 387.

[51] Ali Rıza Çoban, **a.g.m.,** s.12.

misyon ve amacı gerçekleştirmekten çok uzak olduğu söylenebilir.[52] Belli bir içerik ve değer tartışması yapmadan, şekli hukuk kurallarıyla düzenlenmiş bir devleti hukuk devleti olarak kabul etmek kanun devleti ve hukuk devleti arasındaki kalın çizgiyi silikleştirecektir. Bu nedenle devletin ve organlarının eylem ve işlemlerinin kimi prosedürlere uygun olarak gerçekleştirilmesi hukuk devleti için vazgeçilmez bir ön şart ve zemin oluşturmakla birlikte, hukuk devleti düşüncesinden beklenenleri gerçekleştirmeye yeterli bir araç olmaktan uzaktır.[53]

Maddi hukuk devleti söz konusu olduğunda ise, belli bir takım hukuk kurallarının yürürlükte bulunması ve üstün olması gerekli koşul olmakla birlikte yeterli değildir. Hukuk kurallarının aynı zamanda belli bir içeriğe de sahip olması gerekmektedir.[54] Elbette bu yaklaşımda biçimsel hukuk devletinde yer alan kuvvetler ayrılığı, yasaların genelliği, suç ve cezanın kanuniliği vb. ilkeler muhafaza edilmektedir. Ancak tüm bu ilkeler belli bir değere ve hedefe hizmet ettiği ölçüde anlamlıdır. Hukuk eğer adalet, pozitif eşitlik ve insan onuru gibi maddi değerleri koruyup bunların gerçekleştirilmesine hizmet etmiyorsa, mevcut siyasi ve hukuki durumun meşrulaştırılmasından öte bir anlam taşımayacaktır. Kısacası bu anlayış bir bütün olarak insan haklarının hukuk düzeni tarafından kayıt altına alınarak güçlü bir güvence sistemiyle korunmasını savunmaktadır.[55]

Şunu da unutmamak gerekir ki, hukukun sırf bir maddi içeriğe sahip olması bu hukuk düzenine sahip ülkeyi maddi anlamda bir hukuk devleti haline getirmez. Hukuk devleti adı altında belli ideolojiler ve bu ideolojilere mündemiç değer ve

[52] Sancar, **a.g.e.,** s. 61-73.
[53] Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.22.
[54] Mithat Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s.35. ; Doehring, **a.g.e.,** s.219.
[55] Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, s.35.

ilkeler mutlaklaştırılarak hukuk devleti anlamsız bir hale getirilebilir. Bu duruma verilebilecek en güzel örnek nasyonal sosyalist ilkelerin hukuk aracılığıyla mutlaklaştırıldığı Nazi Almanyası'dır.

Son olarak ele alınması gereken bütünsel hukuk devleti anlayışı, biçimsel hukuk devletiyle maddi hukuk devletinin aynı potada eritilmesiyle oluşturulmuştur. Aslında maddi hukuk devleti biçimsel hukuk devletinin unsurlarını yok saymadığı için bu anlayışı "*maddi hukuk devletinin başka bir versiyonu*" olarak da kabul edilebilir.[56] Bu kavramlaştırma çabası özü itibariyle saf biçimsel hukuk devleti anlayışını reddeden, bunun yanında tarihsel tecrübelerle doğrulandığı gibi maddi hukuk devletinin kötüye kullanılmasını onaylamayan bir anlayış olarak kabul edilmelidir.[57]

Hukuk devletinin asgari gereklerine gelinecek olursa, ilk olarak yasaların genelliği ve soyutluğu üzerinde durmak uygun olacaktır.[58] Aslında hukuk devletinin asgari biçimsel gerekliliklerinden olan genellik ilkesi kanun önünde eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirilmelidir.[59] Genellikten kasıt; belli bir yasanın ya da hukuki düzenlemenin bir ülke sınırları içerisinde yaşayan tüm bireyleri kapsamasıdır. Bu aynı zamanda herkesin eşit bireyler olarak kabul edildiği modern devlet anlayışının

[56] Sancar, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi**, s.101.

[57] Sancar, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi**, s.111.

[58] Hukuk devletinin asgari gereklilikleri konusuna geçmeden önce bir hususun aydınlatılmasında yarar vardır. Literatürde hukuk devletinin kökenlerine, tarihsel-sosyolojik arka planına ve hangi amaca hizmet ettiğine dair hacimli bir tartışma mevcuttur. Ancak bu tartışmaları tüm detaylarıyla ele alıp değerlendirmek ve tartışmak ayrı ve kapsamlı bir hukuk devleti çalışması gerekmektedir. Bu çalışmada daha çok genel hatlarıyla hukuk devletinin ne olduğu ve günümüzde hangi amaçlarla dile getirilip tartışıldığı açıklanmıştır. Çalışmanın bağlamı esas alındığında da bu kadarının yeterli olacağı düşünülmektedir.

[59] Friedrich A. Von Hayek, **"Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti",** Hukuk Devleti; Siyasi Bir İdeal Hukuki Bir İlke içinde, Editörler: Ali Rıza Çoban ve diğerleri, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 86.

modern öncesi devletlerde var olan ve hukuk tarafından muhafaza edilen kimi ayrımcılıklara karşı geliştirilmiş önemli bir ilkedir. Egemenliğin genel yasalarla yürütülmesi düşüncesinin kökleri, Descartes'in dünyanın işleyişini genel yasalara bağladığı teorisine kadar götürülebilmekle beraber, siyaset ve toplum teorisindeki karşılığını daha çok Rousseau ve Montesquieu gibi düşünürlerin eserlerinde bulmuştur.[60]

Rousseau yasaların genelliğini şu şekilde tanımlamıştır: "*Yasaların konusu geneldir dediğim zaman, şunu anlıyorum: Yasa yurttaşları bir bütün, davranışları da soyut olarak göz önüne alır; yoksa özel bir kişiyi ya da özel bir davranışı dikkate almaz. Böylece, yasa bir takım ayrıcalıklar kabul edebilir ama adlarını belirterek kimseye ayrıcalık tanıyamaz. Yasa yurttaşları sınıflara ayırabilir, hatta bu sınıflara girme hakkı veren birtakım özellikler de gösterebilir ama, şu ya da bu kimseyi, isim söyleyerek, bu sınıflara sokamaz. Yasa bir krallık yönetimi kurabilir, kral ve hanedan düzeni koyabilir ama ne bir kral seçebilir ve ne de bir kral ailesi atayabilir. Kısaca, kişisel bir konuyla ilgili her türlü görev yasama yetkisi dışında kalır.*"[61] Yasaların soyut olması ise Rousseau'nun yukarıda verilen sözlerinden çıkarılabileceği gibi; yasanın somut değil, soyut vakıa ve kişileri esas alarak düzenlenmesidir. Aksi bir tutum yasaların eşitliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Hukuk devletinin bir diğer unsuru yasaların kesin ve belirli olmasıdır. Bir hukuk devletinde hukukun temel amacı vatandaşların hak ve özgürlüklerinin korunması yanında öngörülebilir bir sosyal ve ekonomik bir düzen kurmaktır. Bu

[60] Sancar, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi,** s. 185.
[61] Jean Jacques Rouseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, 11. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013, s. 35.

aynı zamanda hukuki güvenliğe de hizmet etmektedir.[62] Kesin ve belirli olma ilkesinin yanında yukarıda sayılan genellik, soyutluk ve eşitlik ilkeleri de; hizmet ettikleri tek amaç bu olmamakla beraber, doğrudan bu amaca hizmet etmektedir. Yasaların açık ve anlaşılır olmadığı bir hukuk düzeninde hukukun toplumsal hayatı düzenleme ve bireylerin davranışlarını belirleme işlevi de sakatlanmış olacaktır. Hukukun öngörülebilir olması; hukuk kurallarının ilan edilmesi, suç ve cezaların geriye yürümezliği gibi temel hukuk devleti ilkelerini de beraberinde getirmektedir. Hukuk kurallarının muhatapları bu kurallardan haberdar olmadıkça, bu normlar muhataplarının davranışları için bir gerekçe oluşturamayacaktır. Sonuç olarak bireyleri varlığından habersiz oldukları kurallardan sorumlu tutmak adil olmadığı gibi hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.[63]

Suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi de hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlamanın başka bir boyutudur. Bir yasa bir davranış gerçekleştirildikten sonra yürürlüğe girdiyse ve önceki yasa da suç olarak düzenlenmemiş bir davranışı suç kapsamına aldıysa kural olarak bu yasanın, bu yasa yürürlüğe girmeden önce gerçekleştirilmiş davranışa uygulanmaması gerekir. Yasanın amacı insanların davranışlarına yön vermek olduğuna göre, geçmişteki bir davranışı sonraki tarihli bir yasayla yaptırıma bağlamak kabul edilemez.[64] Aynı doğrultuda ceza yasaları da yürürlüğe girdikten önce gerçekleştirilen eylemlere karşı uygulanabilme vasfına sahip değildir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, kimi istisnai durumlarda suç ve ceza yasalarının geriye yürümesi hakkaniyet gereğidir. Belli bir zaman ve yerdeki bir hukuk sistemi "*kokuşmuşsa*" , insanlar sırf o hukuk

[62] Arslan, **a.g.e.,** s.24.
[63] Andre Marmor, **"Hukuk Devleti ve Sınırları",** Hukuk Devleti; Siyasi Bir İdeal Hukuki Bir İlke içinde, Editörler: Ali Rıza Çoban ve diğ ., Adres Yayınları, Ankara, 2008 , s.182,183.
[64] Marmor, **a.g.m.,** s. 186,187.

sistemi tarafından suç sayılmadığı için bir takım eylemler yapmayı kendilerine hak olarak göremezler.[65] Bunun en tipik örneği Nazi Almanyası döneminde gerçekleştirilen bazı eylemlerin sonradan düzenlenen yasal düzenlemelerle suç sayılması ve çeşitli cezai yaptırımlara tabi tutulmasıdır. Bu örnek bize, tek başına biçimsel hukuk devletinin ya da pozitivist anlayışın temel hak ve özgürlükleri korumada ne kadar yetersiz olduğunu göstermektedir.

Hukuk devleti ilkesinin ya da idealinin yukarıda sayılanlar dışında kalan diğer asgari gereklilikleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- Kuvvetler ayrılığı;
- Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi;
- İdarenin yasallığı ve yargısal denetimi;
- Hukukun evrensel ilkelerine saygı;
- Kazanılmış haklara saygı;
- Hak arama özgürlüğü;
- Ölçülülük;
- Temel hakların korunması;
- Yargının bağımsızlığı;
- İdarede istikrar;
- Tabi hâkim ilkesi.

[65] Marmor, **a.g.m**., s.187.

Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden kuvvetler ayrılığı bir sonraki konu başlığında, yargının bağımsızlığı da bir sonraki bölümde detaylı bir şekilde ele alınacağından burada sadece isimleri zikredilmekle yetinilmiştir. Bu iki ilkenin çalışma konusu için arz ettikleri önem, ayrı başlıklar halinde ve etraflıca ele alınması kanaatini doğurmuştur.

1.2.4. Kuvvetler Ayrılığı

Yaklaşık üç yüz yıllık bir geçmişe sahip olan kuvvetler ayrılığı ilkesi[66], aynı zamanda hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biridir. Bu ilke ayrıca burjuva-liberal devletin örgütlenme temelini oluşturmaktadır.[67] Devlet iktidarının temel olarak üç organ ve işleve sahip olduğu ve bu organ ve işlevler arasında bir ayrılığın olması gerektiği düşüncesini savunan bu ilke, modern anayasacılığın da temellerinden birini oluşturmaktadır.[68] Hukuk devletinin asli amaçlarından biri olan devleti sınırlandırarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına almanın araçlarından biri de devlet kudretini temsil eden organların birbirinden ayrı olması gerektiği anlayışıdır.[69] "*Devlet iktidarının yatay olarak paylaştırılması*"[70] olarak da

[66] Kuvvetler ayrılığı düşüncesini Aristo'ya dayandıran çalışmalar da mevcuttur. Gerçekten de Aristo en iyi hükümet sisteminin, her bir devlet fonksiyonunun ayrı bir organa verilmesi durumunda gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Yine Aristo'ya göre üç erk arasındaki ilişkiler iyi bir şekilde düzenlendiğinde bir devletin varlığından söz edilebilir. Bodin de aynı şekilde yasama ve yargı fonksiyonlarının aynı kişide birleşmesinin tehlikelerine değinmiştir. Ancak bu yaklaşımların hiçbiri sorunu kişi hürriyetlerinin korunması bağlamında ele almamış ve pratik yararı olmayan teorik düşünceler olarak kalmıştır. Kuvvetler ayrılığı düşüncesini bu bağlamda ele alıp, açık bir şekilde ortaya koyan kişiler Locke ve Montesquieu olmuştur. **Bkz.** Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 466,467.

[67] Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, s.37.

[68] Erdoğan**, a.g.e.,** s.199.

[69] Devleti veya siyasi iktidarı sınırlandırmanın nedenlerini genel olarak şu şekilde sıralanabilir: a-Siyasi iktidarın yozlaşması, b- Baskıya karşı direnme, c- Ekonomik değerlerin

açıklanabilecek olan bu anlayış, her bir erkin kendine has ve özerk bir alanı olduğu varsayımına dayanır. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemini 16. maddesinde şu şekilde ifade etmiştir: *"Hakların güven altına alınmadığı ve güçler ayrılığının belirlenmediği bir toplumun anayasası yoktur."* Görüldüğü gibi bu ilke aynı zamanda anayasacılık hareketlerinin de temel amaçlarından birini oluşturmaktadır.[71]

Kuvvetler ayrılığı doktrininde yasama organına düşen görev genel yasaları çıkartmaktır. Yasama organı yürütme organı üzerindeki kimi anayasal denetim yolları dışında, yürütmenin takdir yetkisini sınırlandıran tasarruflarda bulunamayacağı gibi yürütme organının yerine geçerek kendi çıkardığı kanunları bizzat icra edemez. Aynı doğrultuda yasama organı yargı organının özerk alanını ihlal edip kendi çıkardığı yasaları somut olaya ve uyuşmazlığa uygulayamaz. Bu kurallar diğer erkler için de geçerlidir. Aksi bir durum hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığının kendisine karşı geliştirmiş olduğu "iktidarın sınırlandırılması" amacına da uygun olmayacaktır.

Herhangi bir iktidar erkinin diğer erklerin alanını ihlal etmesi potansiyel olarak mümkünken, bu ilkenin geliştirilmesindeki asıl amaç, yürütmenin diğer erkler üzerinde kuracağı baskıyı ve bu erkleri işlevsizleştirmesinin önüne geçmektir. Özellikle günümüz parlamenter demokrasiler için bu böyledir. Bu sistemle yönetilen ülkelerde parlamentoda çoğunluğu temsil eden partiler, eğer tek başına iktidara gelebilmişlerse, yürütme organının gerçek manada icracısı olan hükümete (bakanlar

---

korunması, d- İnsan haklarının korunması, e- Egemenlik kaynağının değişmesi. **Bkz.** Kutlu, **a.g.e.,** s. 85-98.

[70] İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar**), 7. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2011, s. 374.

[71] Kutlu, **a.g.e.,** s. 115.

kurulu) bir bütün olarak hakim olmaktadırlar. Tek başına iktidar olamayan ama iktidarın büyük ortağı olan bir partinin bulunduğu koalisyon hükümetlerinde de aynı parti hem parlamentoda hem de hükümette önemli bir güç elde etmektedir. Böyle bir tablonun olduğu bir ülkede hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri her ne kadar anayasalar tarafından güvence altına alınmış olsa da, bu durum yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayrımı ortadan kaldırmaktadır. Yürütme organının bu anlamdaki üstünlüğünün dizginlenmesi, zaman içinde bu gücü denetleyen yargı ile çatışmayı kaçınılmaz kılar.[72] Bu durumda, üçüncü erk olan yargının ayrılığı ve bağımsızlığı ayrı bir önem kazanmaktadır.

Yargı erkinin özerk ve bağımsız olduğu bir ülkede yasama ve yürütme erkinin tek elde toplanmasının sakıncaları olsa da; özgürlükçü bir yargı, özellikle de anayasa yargısı, temel hak ve özgürlükleri koruma hususunda çok büyük bir önemi haiz olacaktır. Bu açıklamalardan hareketle, kuvvetler ayrılığıyla hedeflenen eğer hukuk devletinin gereği olarak devlet iktidarını hak ve özgürler lehine sınırlandırmak ve denetlemekse, burada kilit rolün yargı organına düştüğü rahatlıkla söylenebilir.

Siyasi ve felsefi temelleri Batı Avrupa'da ortaya atılan bu ilke ya da anlayış, modern devletin ilk biçimi olan mutlak monarşilere karşı yürütülen[73] ve burjuvazinin bayraktarlığını yaptığı bir mücadelenin sonucunda tartışılmaya başlanmıştır. Diğer liberal hukuk ilkeleri gibi bu ilke de ortaya çıktığı tarihsel ve siyasi koşullar itibariyle burjuvazinin menfaat ve talepleriyle örtüşen bir içeriğe sahiptir.[74] Mutlak monarşilerin sınırlandırılamaz ve mutlak bir yönetim gücüne sahip krallarının,

[72] Ender Ethem Atay, "**Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay"**, GÜHFD, C..17, Yıl:2013, Sayı: 1-2, s.1136.
[73] Teziç, **a.g.e,** s.465.
[74] Bu konuda kısa bir değerlendirme için **bkz.** Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, s. 36.37.

öngörülebilir bir hukuk düzenine ihtiyaç duyan burjuvazinin çıkarlarıyla çeliştiği açıktır. Kuvvetler ayrılığı bu dönemde mutlak iktidarı sınırlandırma işleviyle, burjuvazinin elinde monarşiye karşı etkili bir silaha dönüşmüştür.[75] Dolayısıyla burjuva hareketinin bu ilkelerin felsefi ve siyasi arka planından ziyade pratik işlevlerini önemsediğini gösteren önemli işaretler vardır. Ancak burjuvazinin bu ilkeyi kendi çıkarları ve geleceği için kullanması ve belirli dönemlerde içini boşaltması, bu ilkenin saf haliyle burjuvazinin çıkarları için ortaya atıldığı iddiasını desteklemez. Bu konu günümüzde hala tartışılmakla birlikte kuvvetler ayrılığının özgür ve demokratik bir toplum için gerekliliği, gerek uluslararası sözleşmelerle gerekse de anayasalarla kabul edilmiştir. Hatta öyle ki, özgür ve demokratik bir yönetim anlayışından uzak kimi devletler de; bu ilkelerin uluslararası meşruiyetinden faydalanmak ve üzerlerindeki baskıyı azaltmak için; bu ilkeleri, gereklerini yerine getirmeseler bile, anayasalarında düzenlemektedirler.

Kuvvetler ayrılığının, gerek siyasi bir ideal gerekse de hukuki bir ilke olarak önemini kavramak için bu ilkenin teorisyenleri olarak bilinen Locke ve Montesquieu'nun görüşlerine başvurmakta yarar vardır. Bugün kuvvetler ayrılığı üzerine yapılan hemen tüm çalışmalarda bu iki düşünürü anmak adeta kural haline gelmiştir. Bu iki düşünürün konuya yaptıkları katkı düşünüldüğünde de, bu durumu normal karşılamak gerekmektedir.

[75] Sancar, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi**, s.197.

1.2.4.1. Locke

John Locke "Yönetim Üzerine İkinci İnceleme" adlı eserinde kuvvetler ayrılığını özgürlüklerin güvencesi olarak gündeme getiren ilk kişidir. Locke bu eserinde devlet kudretini üç ayrı kuvvete ayırmış ve bu kuvvetleri; yasama, yürütme ve konfederatif kuvvetler olarak belirtmiştir.[76] Düşünür toplumların *"ilk ve temel pozitif yasa"* sı olarak gördüğü yasama iktidarını, devlet iktidarını toplumun ve her bir bireyin çıkarlarını nasıl koruyacağını yönlendirme hakkı olarak tanımlamaktadır. Bu noktada yasamaya diğer iktidarlar karşısında bir üstünlük bahşeden Locke, yasama iktidarının sahip olması gereken dört temel özellik saymıştır. Locke ilk olarak yasama tarafından çıkartılan yasaların genel, soyut, ilan edilmiş ve belli bir istikrar kazanmış olması gerektiğini ifade etmiştir. İkinci olarak yasama organı çıkardığı yasalarla halkın yararı dışında bir gaye gütmemelidir. Üçüncü özellik yasamanın halkın ya da temsilcilerinin onayını almaksızın vergileri arttıramamasıdır. Ve son olarak Locke yasama iktidarında bulunması gereken dördüncü ve son özelliği yasama iktidarının, sahip olduğu bu iktidarı devredememesi olarak ifade etmiştir.[77]

Locke yasama iktidarını diğer iktidarlardan üstün görmekle beraber bu iktidarı kesinlikle keyfi bir iktidar olarak da tasavvur etmemiştir.[78] Locke' un yasama iktidarını diğer iktidarların önüne koymasındaki asıl amaç, yönetimin halkın rızasını merkeze almasını sağlamak ve bu şekilde hükümdarı yasamanın çıkardığı yasalarla

---

[76] John Locke, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 95-97.

[77] Locke, **a.g.e.,** s. 93-95.

[78] Teziç, **a.g.e.,** s.467. , Locke'nin yasamayı üstün erk olarak tanımlaması aynı zamanda İngiliz anayasal sisteminin temel unsurlarından biri olan *"parlamentonun üstünlüğü"* ilkesinin de kaynağını oluşturmaktadır. **Bkz.** Arslan, **a.g.e**., s.28. ; Akad ve Dinçkol, **a.g.e.,** s. 128.

sınırlandırmaktır. Bu nedenle yürütme yasamaya bağımlıdır.[79] Bunun yanında yürütme iktidarının yasamadan özerk ve bağımsız hareket edebildiği bir alan da vardır. Yasaları çıkartan organ, bu iktidarın vermiş olduğu güçle ve kimi insani zaaflar nedeniyle, kendi çıkarttığı yasaları yürütmek isteyebilir. Bu durum kendi çıkarttığı yasalarla bağlı olmayan ve kamu yararının ötesinde kendi çıkarları için hareket eden bir yasama iktidarını doğurabilir. Bu nedenle yürütmenin yasamadan bağımsız olması, toplumun menfaatleri için önemli bir özellik arz etmektedir.[80] Ayrıca yasalar kısa sürede yapılmalarına rağmen uzun süre yürürlükte kalırlar. Bu nedenle bir yasama organının sürekli toplanması gerekmediği için, bu organın sürekli var olma ihtiyacı da yoktur. Yürütme iktidarı ve işlevi ise, yasalar her an var olduğu ve yine aynı şekilde her an uygulanma özelliği olduğu için sürekli var olmak zorundadır.[81]

Locke'un yasama iktidarından ne anladığını anlatırken aslında yürütme iktidarından ne anladığı da açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Yine bu konuda da belirtilmesi gereken birkaç nokta vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Locke ayrı bir iktidar veya kuvvet olarak nitelendirmediği yargıyı da yürütme iktidarı içerisinde tasavvur etmektedir. Yasamanın kendi çıkardığı yasaları uygulayamadığı bu sistemde, bu görev sürekli bir nitelik arz eden yürütmeye düşmektedir. Yürütmenin de yasaları uygulamadaki takdir yetkisi esas alındığında, yargı yürütme içinde erimiş ve bu şekilde yürütmeyle birlikte üstün iktidar olan yasamaya bağımlı hale gelmiştir. Elbette ki bu, daha önce de ifade edildiği gibi, yürütmenin yasamadan ayrı ve özerk bir hareket alanının olmadığı anlamına gelmemektedir.

---

[79] Erdoğan, **a.g.e**., s.201.
[80] Teziç, **a.g.e.,** s.467. ; Arslan, **a.g.e.,** s. 28.
[81] Locke, **a.g.e.,** s. 95-96.

Son olarak Locke üçüncü kuvvet olarak konfederatif iktidardan bahsetmektedir. Locke bu iktidar kapsamında; savaş ve barış yapma, birlikler ve ittifaklar oluşturma ve toplum dışında kalan topluluklar ve diğer devletlerle olan ilişkileri yürütme gibi hususları saymıştır.[82] Burada Locke yürütme ve konfederatif iktidarlar arasında bir ayrım olduğunu belirtmesine rağmen, konfederatif iktidarın niteliği gereği yürütmeden ayrı kişilerin eline verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Her iki iktidar da toplumun gücüne ihtiyaç duyduğu için bu iktidarların farklı ellere verilmesi, toplumu er geç yıkıma ve düzensizliğe sürükleyecektir.[83]

Locke' un kuvvetler ayrılığı teorisine göz atıldığında günümüz modern kuvvetler ayrılığı ilkesine nazaran bir takım eksiklikleri olduğu ortadadır. Bu eksiklerin en önemlisi kuşkusuz yargı erkinin yasama ve yürütmeden bağımsız olarak ele alınıp, ayrı bir iktidar olarak değerlendirilmemesidir.[84] Yargı erkinin günümüz demokratik hukuk devletlerindeki önemi dikkate alındığında bunun ne kadar büyük bir eksiklik olduğu ortadadır. Yasamayla yürütmenin fiilen birleştiği ve yürütmenin yargı erki üzerinde sahip olduğu güç ve avantajlar yargının ayrı bir iktidar alanı olarak düzenlenmesini ve bağımsızlığı daha da önemli bir hale getirmektedir. Ancak Locke' un teorisini tarihsel ve toplumsal koşullardan soyutlayıp değerlendirmek isabetsiz olacaktır. Daha önce de ifade edildiği gibi Locke' un bu teoriyi ortaya atmasından günümüze yaklaşık üç yüz yıllık bir zaman geçmiştir. Mutlak monarşilerin hüküm sürdüğü, temel hak ve özgürlüklerin güvence ve denetim mekanizmalarından mahrum olduğu o dönem açısından Locke' un

[82] Locke, **a.g.e**., s.96.
[83] Locke, **a.g.e.,** s.97.
[84] Teziç, **a.g.e.,** s. 467.

düşünceleri adeta bir devrim niteliğindeydi. Nitekim Locke bu teoriyi ortaya atarken toplumun yararı ve kişi özgürlüğü gibi idealleri gerçekleştirmek idealiyle hareket etmiştir. Locke'un toplum sözleşmesi incelendiğinde bu durum çok net bir şekilde ortaya çıkacaktır. Toplum sözleşmesi bu çalışmanın konusu olmamakla beraber şunu belirtmek gerekir ki, Locke bu toplum sözleşmesi teorisinde devletten ya da sivil toplumdan önce var olan bir takım doğal hakların olduğunu ve devletin pozitif hukukunun dışında kalan bu haklara müdahale edemeyeceği anlayışını savunmaktadır.[85] Kısacası; Locke' un düşüncesine bir bütün olarak bakıldığında, bu düşüncenin zamanla ilerleyip dönüşen temel haklar ve özgürlükler (insan hakları) anlayışına büyük katkısının olduğunu söylemek gerekir. Kuvvetler ayrılığı teorisi de, eksik de olsa, bu büyük katkılarından biri olarak görülebilir.

1.2.4.2. Montesquieu

Kuvvetler ayrılığı teorisi, ilk olarak Locke tarafından ortaya atılmasına rağmen; modern çağda bu teoriye ününü kazandıran "Kanunların Ruhu" adlı eseriyle Montesquieu'dur.[86] Locke'un kuvvetler ayrılığı teorisi normatif özellikler barındırırken; Montesquieu'nun teorisi, dönemin İngiliz yönetim sistemini ele aldığı için daha olgusal nitelikler taşımaktadır.

Locke'da olduğu gibi devlet iktidarını üç ayrı erke ve işleve ayıran Montesquieu, ondan farklı olarak yargıyı da bu erkler arasında saymıştır.[87] Bu nedenle modern kuvvetler ayrılığı teorisi Locke'den ziyade Montesquieu ile

[85] Locke, **a.g.e,** s. 53-81.
[86] Erdoğan, **a.g.e**, s.16.
[87] Teziç, **a.g.e.,** s.468.

anılmaktadır.[88] Montesquieu yasama yetkisini; hükümdar veya hükümdar tarafından atanmış bir memurun; kısa ya da uzun süre yürürlükte kalacak kanunları yapması, düzeltmesi ve değiştirmesi olarak tanımlamaktadır.[89] Yürütme ise barış yapmak, savaş açmak, devletlere elçi göndermek ya da kabul etmek ve ülkenin iç ve dış güvenliğini sağlamak gibi yetkilere sahiptir. Hatırlanacağı üzere Locke'da bu yetkiler konfederatif iktidar tarafından yerine getirilmekteydi. Montesquieu son olarak üçüncü erk olan yargının da suçluları cezalandırmak ve kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek gibi yetkilere sahip olduğunu ifade etmiştir.[90]

Locke yasamanın diğer erklere üstünlüğünü açık olarak belirtmiş olmasına rağmen Montesquieu'da böyle bir iddia yoktur. Özgür bir devlette yasamanın yürütme organını durdurma yetkisinin olmaması gerektiğini belirten Montesquieu, bunun yanında yasama organının kendi çıkardığı kanunların nasıl uygulandığını denetleme hak ve yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Yasama organı bu denetlemeyi yaparken yürütmenin başındaki kişinin davranışını ve şahsını hedef almamalı, bu kişi kutsal sayılmalıdır.[91] Burada Montesquieu'nun monarşiyi koruma çabası gözden kaçmamaktadır. Nitekim Montesquieu'nun "Kanunların Ruhu" adlı çalışması bir bütün olarak incelendiğinde monarşik yönetim, bir takım sınırlamalara tabi tutulsa bile ideal bir yönetim şekli olarak sunulmaktadır. Montesquieu'nun

[88] Arslan, **a.g.e.,** s.29.
[89] Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Şevki Özbilen, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, 174.
[90] Montesquieu, **a.g.e.,** s.175.
[91] Montesquieu, **a.g.e**., 179.

monarşiyi sınırlandırma çabasını, esas olarak monarşik yönetimi yıkılmaktan kurtarma çabası olarak değerlendiren yazarlar da vardır.[92].

Devlet iktidarının ancak bu iktidarın yukarıda anlatıldığı şekilde üç farklı erk arasında paylaştırıldığı takdirde kontrol edilebileceğini ileri süren Montesquieu, aksi takdirde siyasi özgürlüğün sürekli bir tehdit altında ortadan kalkacağını savunmaktadır. Yasama ve yargı organlarıyla dengelenmeyen bir yürütme zamanla meşruiyetini yitirip bir istibdat idaresine dönüşecektir. Yürütme ve özellikle yargı ile sınırlandırılmayan bir yasama organı tarafından yönetilen bir ülkedeki yönetim de aynı şekilde zamanla meşruiyetini yitirip yıkılacaktır. [93]

Montesquieu, her ne kadar kuvvetler ayrılığını benimseyip yargıyı da bu kuvvetlerden biri olarak kabul etse de, yargıdan anladığı günümüz hukuk devleti anlayışından çok uzaktır. Bilindiği gibi günümüzde yargıya, yorum ve içtihatlarıyla anayasaları ve kanunları özgürlük lehine bir perspektiften bakarak ele almak gibi bir rol verilmiştir. Özellikle insan hakları alanındaki gelişmeler ve bu hakların kimi uluslararası belgelerde kayıt altına alınması, ulusal anayasa ve kanunlarda bu belgelere yapılan atıflar dolayısıyla, bu hakların bağlayıcı birer referans olmalarına zemin hazırlamıştır. Bu cümleden olmak üzere bugün yargıçları "*kanunun lafzını tekrarlayan ağızlar*" olarak nitelendirmek kabul edilebilir değildir. Montesquieu' da üçüncü kuvvet olan yargı erkinin anlamsızlaştırılmasına ilişkin başka bir örnek de yine meşhur eseri "Kanunların Ruhu Üzerine" adlı eserinden verilebilir: "…*Sözünü ettiğimiz bu üç yetkiden, yargılama yetkisi aşağı yukarı bir hiç sayılır. Şu halde temelli olarak iki yetki kalıyor demektir; bu iki yetkiyi yumuşatmak için de*

[92] **Bkz**. Akad ve Dinçkol, **a.g.e.,** s. 153. ; Bu konu hem spekülatif olması hem de çalışmanın boyutlarını aşması nedeniyle burada tartışılmayacaktır.
[93] Teziç, **a.g.e.,** s. 468-470.

düzenleyici bir başka yetkiye daha ihtiyaç vardır; yasama yetkisinin asilzadelerden meydana gelen bölümü bu yetkiyi en iyi kullanacak durumda olan topluluktur."[94]

[94] Montesquieu, **a.g.e.,** s.178.

İKİNCİ BÖLÜM

YARGININ SİYASALLAŞMASI

2.1.KAVRAM OLARAK YARGININ SİYASALLAŞMASI

Günümüzde, en azından gündelik dilde, siyaset kavramı hukuk kavramı karşıtlığı üzerinden tanımlanmaktadır. Bunun tam tersi, yani hukukun siyaset karşıtlığı üzerinden tanımlanması da vakıadır. Bu ayrımda, siyaset kavramına negatif bir anlam yüklenirken; hukuk kavramı meşruluğu kendiliğinden menkul bir kavram ve kurum olarak kabul edilmektedir.[95] Bu anlamlandırmada; siyasetin egemen olmayı amaçlamasının aksine[96] hukukun bu egemenliğin sınırlarını tayin etme ve denetleme aracı olarak değerlendirilmesinin payı büyüktür. Gerçekten de bugün siyasi kurumlar olarak değerlendirilen devlet, hükümet ve parti gibi yapıların son tahlilde amaçları egemenliktir. Hukuk ise bu egemenliğin meşru elde edilme yollarını belirlemenin yanı sıra; bu egemenlik bir kere ele geçirildikten sonra, bu yetki ve gücün hangi sınırlar içerisinde kullanılacağını gösterir. Özellikle modern devletin

[95] Siyaset kavramının tanımı, kapsamı ve siyaset kavramı hakkındaki farklı görüşler için **bkz**. Andrew Heywood, **"Siyaset Nedir",** Siyaset, Edit. Buğra Kalkan, Çev. Bekir Berat Özipek, Liberte Yayınları, Ankara, 2006. ; Mümtaz'er Türköne, **"Siyaset Nedir",** Siyaset içinde, Edit. Mümtaz'er Türköne, Lotus Yayınları, Ankara, 2003. ; Her iki çalışmada da siyasetin, çatışma ve uzlaşma (işbirliği) olmak üzere iki yüzü olduğu kabul edilmekte ve farklı siyaset yaklaşımları şu şekilde tasnif edilmektedir: a- Hükümet etme sanatı olarak siyaset b- Kamusal hayat (işler) olarak siyaset c- Uzlaşma ve uyum olarak siyaset, Gücün (iktidarın) ve kaynakların dağıtımı olarak siyaset. ; Ayrıca **bkz**. Şeref İba, **Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 36-39.

[96] Mustafa Erdoğan, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi**, Birinci Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul, 2013, s.118.

doğduğu ilk dönemlerde ortaya çıkan ve sınırsız egemenlik yetkileriyle donatılmış mutlak monarşiye karşı verilen mücadele, bu sınırsız ve mutlak egemenliğin bir şekilde sınırlandırılma ve temel hakların güvence altına alınması mücadelesi olarak da görülebilir.

Siyaset ve bu kavramın batı dillerinde karşılığı olarak kullanılan "politika" kavramının etimolojik kökenlerine bakıldığında, aralarında bazı nüanslar olmasına rağmen, temel olarak "yönetmek" anlamında kullanıldığı görülür.[97] Arapça bir kavram olan siyaset; kelime kökeni olarak at bakıcısı (seyis) anlamına gelmesine karşın sosyal bilimlerde toplumun yönetilmesi, ıslah edilmesi vb. anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır. Antik Yunan'da polisi ilgilendiren işler olarak kullanılan politika kavramı da aşağı yukarı aynı anlama gelmektedir.[98] Görüldüğü gibi iki kavramın kökeninde de negatif bir duruma değil başlı başına yönetme sanatına olan bir vurgu vardır. Nitekim devletin ortaya çıkışını açıklayan toplum sözleşmesi teorisyenleri de doğa halinden çıkan insanların, bir devlet çatısı altında yaşamayı tercih etmelerini, siyasal topluma geçiş süreci olarak adlandırmışlardır.[99]

Görüldüğü üzere, siyasal olan ile hukuki olanı bir dikatomi olarak karşı karşıya getirmenin doğruluğu tartışmalıdır. Ancak, bugün için şöyle bir formülasyona başvurmanın yanlış olmayacağı söylenebilir: Kimi siyasi idealler ya da ilkeler, tarihsel süreç içerisinde öyle büyük bir meşruiyet halesine bürünür ki, bu ilke ve idealler artık siyasi alanda çekişme konusu olmaktan çıkarlar. Bu ilke ve idealler bu şekilde pozitif hukukun kapsamına alınarak çeşitli güvencelere kavuşturulurlar.

[97] Türköne, **a.g.m**., s. 4.
[98] Türköne, **a.g.m**., s. 4.
[99] Örneğin Locke, insanların bir araya gelerek oluşturdukları devlet düzenini siyasal topluma geçiş süreci olarak adlandırmaktadır. **Bkz**. Locke, **a.g.e.,** s. 64-80.

Bugün evrensel hukuk ya da insan hakları olarak adlandırılan hukuki ilkeler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunların hukuki birer ilke olarak kabul edilmesi siyasi birer ideal oldukları gerçeğini yadsımaz. Sonuç olarak hukuk da, toplum tarafından oluşturulmuş diğer tüm kurumlar gibi, siyasal bir kurumdur.[100] Siyasetin meşruluğu ise kavramdan bağımsız olarak muhataplarının siyasetten ne anladıklarına bağlıdır. Yargının siyasallaşması bu açıdan bakıldığında kendi içinde sorunlu bir kavramsallaştırma olarak görünebilir.[101]

Yukarıda açıklandığı gibi, bir arada yaşayan bir toplumda; bu birlikteliğe ilişkin her türlü çaba, doğası itibariyle siyasal olmak zorundadır. Bu çalışmada yargının siyasallaşması kavramının kullanılması ise tamamen işlevsel kaygılardan kaynaklanmaktadır. Nitekim literatürde yapılan çoğu çalışmada da bu kavram tercih edilmektedir. Bu kavram yargının olması gerektiği gibi hukuku değil; siyasi bir ideolojiyi veya toplumun genel çıkarlarından bağışık olarak herhangi bir sınıfın çıkarlarını referans alarak karar vermesi durumunu açıklamak için kullanılmaktadır. Hermann Kantorowitz'in şu sözleri konuya ışık tutacak niteliktedir: *" Siyasal yargının kökleri, kendi yasasını insanlara keyfi bir güçle dayatan dünya görüşünün (ideolojinin) derinliklerinde yatar. Siyasal yargı, muhtelif dünya görüşlerinde kök bulabilir, bugün çoğunlukla milliyetçilikte, yani kendi devletinin güç ve zenginliğini en yüksek değer ölçüsü mertebesine çıkaran görüşle köklenmiştir. Milliyetçilik*

[100] Hukuk ve yargının özleri itibarıyla siyasal bir nitelik taşıdığı görüşü için **bkz**. Mithat Sancar, Eylem Atılgan**, "Adalet Biraz Es Geçiliyor": Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar,** Tesev Yayınları, İstanbul, 2009, s.62. ; Erdoğan, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi,** s. 118-122.

[101] Can da yargının özü itibariyle siyasal bir erk olduğunu ileri sürmekte ve yargıyı siyaset dışı değerlendirmenin anlamsızlığına işaret ederek yargının siyasal bir taraf olmamasının yeterli olduğunu düşünmektedir. Ayrıca siyaset dışında kurgulanan bir yargının toplumsallığının ve dolayısıyla da toplumsal meşruiyetinin sorgulanacağını belirtmektedir. **Bkz**. Osman Can, **"Yargı ve Demokratik Meşruiyet"**, Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Yargıda Örgütlenme içinde, Birinci Baskı, YARSAV Yayınları 2, Ankara, 2008, s. 101-103.

çağında bilim, az ya da çok, bilinçli ya da bilinçsiz, hakikatin araştırılması kılıfı içinde belli siyasal hedeflere ulaşmaya yönelik bir tekniğe dönüşmüştür. Aynı şekilde yargı da, az ya da çok, bilinçli ya da bilinçsiz, adli kılıflar içinde belli siyasal hedeflere ulaşmaya yönelik bir teknik haline gelmiştir. Bunlar, büyük siyasetin yüzeyinde cereyan eden önemli olaylardan çok daha büyük önem taşıyan şiddetli dönüşümlerdir."[102] Çalışmada, yargının siyasallaşması ya da siyasal yargı kavramlarından anlaşılması gereken genel anlam özetle bu şekildedir.

Yargının siyasallaşmasının konu edildiği hemen tüm çalışmalarda karşımıza iki anahtar kavram çıkmaktadır. Bu kavramlardan ilki bağımsızlık iken diğeri tarafsızlıktır. Siyasal olan ya da siyasallaşan yargı aynı zamanda "bağımlı" veya "taraflı" yargı olarak kabul edilmektedir. Hal böyle olunca yargının siyasallaşması olgusu bizi kaçınılmaz bir şekilde bu iki kavramın tahliline götürmektedir. Bu iki kavram dışında son zamanlarda yine yargının siyasallaşması tartışmalarında sık kullanılan başka bir kavram daha vardır. "Yargısal aktivizm" olarak adlandırılan bu kavram aynı zamanda yargının (temelde anayasa yargısının) denetlenememesi sorununa da işaret etmektedir. Gerek yargının bağımsızlığının, gerek yargının tarafsızlığının, gerekse de yargısal aktivizmin kendine özgü boyutları olsa da; özünde tartışılan konu tarafsızlıktır. Siyasal yargı da temelde "taraflı" yargıyı ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Son olarak bağımsız ve tarafsız yargı idealini gerçekleştirmek aynı zamanda bir "siyasal kültür" sorunudur. Bu nedenle yargının siyasallaşmasının nedenlerine öncelikle bu kültürün tartışılmasıyla başlanmasında yarar vardır. Devamında yukarıda adları sayılan ve yargının siyasallaşmasının farklı boyutlarını gösteren kavramlar üzerinde durulacaktır.

[102] Hermann Kantorowitz'den **akt**. Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,** s.115.

2.2. YARGININ SİYASALLAŞMASININ NEDENLERİ

2.2.1. Siyasal Kültür

Çalışmanın birinci bölümünde, bir ülkede yargının siyasallaşması tartışmasının yapılabilmesi için öncelikle hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve yargının bağımsızlığı gibi günümüz demokrasilerinin temel ilkelerinin kabul edilmesi gereği ifade edilmişti. Ancak bu ilkelerin anayasa ve çeşitli kanunlarda düzenlenmesi ve güvencelere kavuşturulması tek başına siyasal yargı sorununu çözmekten uzaktır. Bunlar olsa olsa bu sorunu çözme niyetinin ilk ve temel adımları olarak görülebilir. Pozitif hukukta kabul edilen bu temel ilkelerin gerçekleştirilmesi ve gereklerinin hassas bir şekilde yerine getirilmesi ilgili ülkede egemen olan "siyasal kültürle" yakından ilişkili bir konudur. Bir ülkenin siyasal kültürü de o ülkenin tarihinden bağımsız bir zeminde tartışılamaz. [103]

Siyasetin ve dolayısıyla yönetmenin, toplumsal barışı ve uzlaşmayı sağlamanın ötesinde dar ideolojik ve sınıfsal bir takım programların hayata geçirilmesinin aracı olarak anlamlandırıldığı ülkelerde, yasamayla birlikte yargı organı da bu "kutsal" hedef uğruna yürütme erkinin sopası haline getirilebilir. Bu nedenle kutuplaşmış ve toplumsal barışını gerçekleştirememiş ülkelerde yargıyı siyasal baskılardan korumak bir kat daha zor hale gelmektedir. Çalışmada sıklıkla vurgulandığı gibi, günümüz parlamenter demokrasilerde yasama erki yürütme erki

[103] Bir ülkede egemen olan siyasal kültürün, hukuk devleti ve onun gerekleri olan kuvvetler ayrılığı ve bağımsız yargı gibi ilkelerin başarılı bir biçimde hayata geçirilmesindeki önemi için **bkz.** Richard Fallon, **" Hukuk Devleti"**, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 49-50. ; Hüner, **a.g.e**., s. 136-137.

içinde erimiş ve siyasal iktidarın her tür talebinin onay mercii haline gelmiştir.[104] Yürütme erkinin yargı organlarının oluşumu üzerindeki önemli etkisi de bu tabloyla birlikte değerlendirildiğinde, yürütme erkinin egemenliği fiili olarak kendinde toplamasının ve kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı gibi hukuk devleti ve demokrasinin temel ilkelerinin içlerinin boşaltılmasının önünü açmaktadır.

Yukarıda çizilen tablo, bir ülkede cari olan demokrasi anlayışının pozitif hukukun ötesinde bir önemi haiz olduğunu göstermektedir.[105] Demokrasinin seçimlerden ibaret görüldüğü ve çoğunluk iradesinin sınırlandırılmasının "milli irade" karşıtlığı üzerinden okunduğu bir siyasi anlayışı "demokratik" olarak nitelendirmek doğru değildir. Literatürde çoğunlukçu demokrasi olarak adlandırılan bu anlayışın hakim olduğu ülkelerde, yargı erkinin meşruiyeti de tamamen milli iradenin ete kemiğe bürünmüş hali olarak kabul gören siyasal iktidarın (hükümetin) dünya görüşü referans alınarak değerlendirilmektedir.[106] Bu anlayış hukuk devleti ve

[104] Turhan, parlamenter sistemlerde yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayrımın ortadan kalkmasını siyasal partilerin disiplinine bağlamaktadır. Bu nedenle parlamenter sistemlerde gerçek ayrılık iktidar partisi ile yargı ve muhalefet partileri arasında ortaya çıkmaktadır. Turhan, **a.g.e**., s. 89. ; Ayrıca **bkz.** Hasan Dursun, **Nasıl Bir Yargı Reformu**, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 15.

[105] Demokrasinin tarihsel olarak hukuk devleti ve anayasal devlet düşünceleriyle çatışan yönleri vardır. Demokraside aslolan halkın yani yönetilenlerin yönetime katılımı iken hukuk devleti ve anayasal devlet siyasal iktidarın sınırlandırılması üzerine bina edilmiştir. Ancak bugün demokrasi kavramı hukuk devleti ve anayasal devlet anlayışlarını da içerecek şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışmada da aksi belirtilmedikçe demokrasi kavramı bu bağlamda ele alınmıştır. Bu konu için **bkz.** Mithat Sancar, "**Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?** ", Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara, 2005, s. 44-57.

[106] Demokrasi kavramı literatürde birçok farklı sınıflandırılmaya tabi tutulabilmekle beraber temel olarak iki tür demokrasi anlayışının olduğu savunulur. Bu demokrasi anlayışlarından biri çoğunlukçu demokrasi anlayışı iken diğeri çoğulcu (oydaşmacı) demokrasi anlayışıdır. **Bkz.** Arend Lijphart, **Demokrasi Motifleri,** Birinci Baskı, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006, s.14. ; Ayrıca antik demokrasiden modern demokrasiye demokrasinin düşünsel kökenleri, anlamı, tarihsel gelişimi, farklı demokrasi modelleri ve demokrasi üzerine yapılan tartışmalar için **bkz.** Oktay Uygun, **Demokrasi; Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, Birinci Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

demokrasi gibi değerleri kâğıt üzerinde kabul etmekle birlikte dar bir çerçeveye hapsetmektedir. Hatırlanacağı üzere hukuk devleti anlayışı siyasal iktidarın kişi hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırılması esası üzerine kurulmuştur. Siyasal iktidarı ister tek bir kişi isterse de bir ülkede yaşayan seçmenlerin büyük çoğunluğunun oyunu almış bir siyasal parti temsil etsin, durum değişmeyecektir.[107] Çoğunlukçu demokrasi anlayışının hüküm sürdüğü ülkelerde ise hukukun kendisi başlı başına çoğunluğu temsil eden siyasal iktidarın ortaya koyduğu normlar olarak kabul edilmektedir. Bu aynı zamanda meşruluk tartışmasının yapıl(a)madığı pozitivist bir hukuk anlayışına karşılık gelmektedir.[108]

Günümüzde hukuk devleti düşüncesiyle daha uyumlu olan demokrasi anlayışı çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Bu anlayış devleti belli bir dünya görüşünün topluma empoze edilmesi aracı olarak gören anlayışın tersine, devletin tüm farklılıklarıyla topluma eşit mesafede olması gerektiğini savunmaktadır. Devlet dini, etnik ve kültürel farklılıklarıyla tüm vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdür.[109] Çoğulcu demokrasilerde devlete yüklenen bu "hakemlik" rolünün

[107] Erdoğan, demokrasinin amacının demokratik çoğunluğa dayanan siyasal iktidara insan hakları ve hukukun üstünlüğü gibi normatif sınırlar getirmek olduğunu belirtmektedir. **Bkz.** Erdoğan, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi,** s. 91.

[108] Lijphart çoğunlukçu demokrasinin 5 temel özelliğinin olduğunu ileri sürmektedir. Bu özellikler şunlardır: a- Yürütme gücünün tek parti çoğunluk hükümetinin elinde toplanması, b- Yasama-yürütme ilişkilerinde yürütmenin baskın olması, c- İki partili sistem, d- Çoğunlukçu ve gayri nispi seçim sistemi, e- Gruplar arasında herkese açık rekabete dayanan çoğulcu çıkar grupları sistemi. **Bkz.** Lijphart, **a.g.e.,** s. 15.

[109] Lijphart, çoğulcu demokrasi anlayışının temel özelliklerini ise şu şekilde ortaya koymaktadır: a- Yürütme gücünün geniş çok partili koalisyonlar tarafından paylaşılması, b- Yasama ve yürütme arasında güçler dengesi, c- Çok partili sistem, d- Nispi temsile dayanan seçim sistemleri, e- Farklı çıkarların uyumlu yönetimi ve işbirliğinin eşgüdümüne dayanan "korporatist "çıkar grupları sistemi. **Bkz**. Lijphart, **a.g.e**., s. 15. ; Lijphart ayrıca İngiltere, Yeni Zelanda ve Barbados'u çoğunlukçu sistemlerin ; İsviçre, Belçika ve Avrupa Birliği'ni ise çoğulcu sistemlerin saf örnekleri olarak sunmaktadır. **Bkz.** Lijphart, **a.g.e.,** s. 18-19. ; Gözübüyük ise çoğulcu demokrasilerin temel ilkelerini siyasal çoğulculuk, temsil, seçim, çoğunluğun yönetme hakkı, muhalefet etme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin

gerçekleştirilmesi yargı kurumu üzerinden gerçekleştirilmektedir. Yargı kurumu gerek devlet organları ile vatandaşlar arasındaki gerekse de vatandaşların kendi aralarındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak kurgulanmıştır. Yargı bu görevini yerine getirirken sadece adaleti gözetmelidir.

Demokrasi her şeyden önce bir kültür sorunudur. Bu kültürün kurumsallaşmadığı ülkelerde yapılan onca anayasal ve yasal düzenlemeye rağmen demokratik yönetim bir türlü inşa edilememektedir.[110] Bu tür ülkelerin çoğunda demokrasinin köklü bir geçmişe sahip olmadığını da unutmamak gerekir. Tüm bu anlatılanlar bağımsız ve tarafsız bir yargının her şeyden önce yargının bu konumunun özümsendiği siyasi kültüre sahip ülkelerde karşılık bulduğunu göstermektedir.[111] Demokrasiye ve hukuk devletine duyulan inancın zayıf olduğu ülkelerde ise devletin ya da siyasal iktidarın bizzat kendisi amaç haline gelmektedir. Amaç demokrasiyi tahkim ederek hak ve özgürlük rejimini güçlendirmek olmayınca; halk adına kullanılan iktidarın farklı görünümleri olan yasama, yürütme ve yargı erkleri de bir bütün olarak bu amaca hizmet eder hale gelmektedir. Bu ülkelerde özellikle yargı erki, iktidarın sınırlandırılmasındaki rolü nedeniyle hemen her zaman siyasi

---

korunması ve yasa önünde eşitlik olarak tasnif etmektedir. **Bkz**. Şeref Gözübüyük**, Anayasa Hukuku**, Güncelleştirilmiş 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 25-28. ; Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında *"…Demokraside azınlığın çoğunluğun kararlarına saygı göstermesi, çoğunluğun da azınlıkların hak ve özgürlüklerini korumayı kabullenmesi zorunludur. Demokratik kararlar, arkasında belirli bir çoğunluğun bulunduğu kararlar olmakla birlikte, modern demokrasilerde karar öncesi süreçte egemen olan ilke çoğulcu katılım ilkesidir"* diyerek çoğulcu demokrasi anlayışını benimsediğini ortaya koymuştur. **Bkz.** AYMK, **E.** : 2008/1, **K.** : 2008/2, **K.T.** : 30.07.2008.

[110] Hüner, **a.g.e**., s. 136-137.

[111] Fallon, **a.g.t**., s. 49-50. ; Fallon ayrıca bir ülkenin hukuk devleti olma yolundaki başarısı için bakılması gerekenin yazılı anayasa değil *"yazılı kültür"* olduğunu belirterek anayasaya hakim olan ruha işaret etmektedir. Bu duruma örnek olarak Türkiye'yi veren Fallon, 1982 Anayasası'nı hukuk devleti indeksinde üst sıralara yerleştirmekte ve muhtemel bir sorunun Anayasanın metninden değil "kültür" den kaynaklandığını ifade etmektedir. **Bkz.** Fallon, **a.g.t.,** s. 50.

müdahalelere maruz kalmakta ve siyasal iktidarlara "bağımlı" duruma getirilmektedir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında bakıldığında, yargının siyasallaşmasının temel nedeninin çatışmaya ve kutuplaşmaya dayanan siyasal kültür olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bir ülkede cari olan tüm hukuki düzenlemeler bu siyasal kültürün süzgecinden geçirildikten sonra şekillenmektedir. Nitekim çatışmacı bir siyasal kültürün olduğu ülkelere bakıldığında siyasal yargının gündemden düşmeyen bir konu olduğu görülecektir. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde anlatılacak yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile yargısal aktivizm gibi yargının siyasallaşmasının farklı boyutlarına işaret eden sorunlar hep bu siyasal kültürden beslenmektedir.

2.2.2. Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Sorunu

2.2.2.1. Yargının Bağımsızlığı

2.2.2.1.1.Teorik ve Kavramsal Çerçeve

Yargının bağımsızlığı, birinci bölümde bahsedilen hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığının yanı sıra demokrasi ve insan hakları için de vazgeçilmez bir unsurdur.[112]

[112] Aharon Barak, **The Judge in a Democracy**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2006, s. 76. ; Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan, Mahkeme'nin 54. kuruluş yıl dönümü töreninde yapmış olduğu konuşmada yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının hukuk devleti için taşıdığı önemi şu cümlelerle ortaya koymuştur*: "Hukuk devleti insan haklarına dayanan, hak ve özgürlükleri güçlendiren, anayasaya aykırı durumlardan kaçınan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa Mahkemesi insan hakları ve özgürlüklerinin yargı bağımsızlığının her türlü etki ve baskından bağımsızlığını belirtmiştir. Yargının bağımsızlığı tek başına yeterli değildir. Hâkimin de erdemli ve bağımsız olması gerekir. Bağımsız ve tarafsız yargının olmadığı yerde hukuk devleti de yoktur. Hukuk devleti aynı zamanda hâkimler devleti anlamına da gelmemektedir."* **Bkz.** http://www.iha.com.tr/haber-

Bağımsızlık bir anlamda bu değerlerin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[113] Kuvvetler ayrılığının kabul edilmesi bağımsızlık için gerekli olmakla birlikte yeterli bir şart değildir. Bağımsızlık aynı zamanda kimi teknik ve pratik düzenlemelerle sağlanabilir. Hatırlanacağı gibi kuvvetler ayrılığından beklenen, iktidarın tek elde temerküz etmesinin önüne geçmek ve siyasal hak ve özgürlüklerin korunmasını kolaylaştırmaktı. Yargı bağımsızlığı da işte bu hedefi gerçekleştirmeye yönelik çabanın devamı niteliğindeki bir ilkedir.[114] Bu ilke; hâkimlerin karar verirken hiçbir mercinin etki ve baskısına maruz kalmadan, özgür bir şekilde karar vermelerini sağlamak için getirilmiştir.[115] Bu ise öncelikli olarak hâkimlerin yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olmasını gerektirir.[116]

Yargının bağımsız olması gerektiği fikri, hukuk devletine benzer bir şekilde, yönetim anlayışı ne olursa olsun hemen hemen bütün ülkelerde söz ve ilke düzeyinde yaygın bir şekilde kabul görmektedir.[117] Öyle ki bu ilkenin hiçbir anlam ve öneminin olmadığı mutlak monarşiler döneminde bile yargının bağımsız olması fikri savunulabilmiştir.[118] Bu nedenlerle yargının bağımsız olmasının bir norm olarak

---

aym-baskani-arslan-bagimsiz-ve-tarafsiz-yargi-yoksa-hukuk-devleti-de-yoktur-554092/. (E.T. 26.04.2016).

[113] Hasan Tahsin Fendoğlu, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 87. ; Muharrem Özen, "**Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri"**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 32.

[114] Atay, **a.g.m.,** s.1154.

[115] Kunter bağımsızlığı şu şekilde tanımlamaktadır*: "Hâkimlerin bağımsızlığı, kararlarının verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar yapabilmesi ihtimali de hâkimlerin bağımsızlığını engeller."* **Bkz**. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 298.

[116] Mehmet Turhan, **Anayasal Devlet**, 2.Baskı, Naturel Yayınları, Ankara, 2003, s.90. ; Fendoğlu, **a.g.e**., s. 87.

[117]Sancar ve Atılgan, **a.g.e**., s.62.

[118] Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, s.182. ; Munci Kapani, **İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali**, Ankara, 1956, s. 1. ; Kunter de, yargılama görevinin tabii bir

düzenlenmesi ile gerçek durum arasında kimi zaman bir uçurum olabilmektedir. Denilebilir ki; norm ile gerçeklik arasında genel olarak var olan uçurum, derecesi ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, yargı bağımsızlığı için de söz konusudur.[119]

Yargı bağımsızlığı kavramı kullanılırken bununla bir bütün olarak yargı kurumunun bağımsızlığının yanında, mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı da kastedilmektedir. Bu üç kavram aynı zamanda birbirlerinin yerine de kullanılmaktadır.[120] Bununla birlikte özellikle hâkimlerin bağımsızlığını, yargının kurumsal bağımsızlığının yanında yargı içi bağımsızlıkla beraber ele almak gerekmektedir. Bu açıklama bizi yargının bağımsızlığının farklı boyutlarına götürmektedir. Bunlar kurumsal (dış) bağımsızlık ve kişisel (iç) bağımsızlıktır.[121]

Kurumsal bağımsızlıktan kasıt, yargının üç erkten biri olarak diğer iki erk olan yasama ve yürütme organına karşı olan bağımsızlığının yanı sıra; siyasal partilere, medyaya, baskı gruplarına vb. karşı olan bağımsızlığıdır.[122] İç bağımsızlık ise yargı kurumunun kendi içindeki bağımsızlığını ifade eder. Mahkemeler ve hâkimler dışarıdan gelecek etki ve baskılardan korundukları gibi, yüksek

---

gereği olması nedeniyle totaliter rejimlerin bile bağımsızlığı inkâr edemediklerini ifade etmektedir. Ona göre sadece Hitler rejimi açık bir şekilde bağımsızlığa karşı tavır almış, ama o bile bu düşüncesini kanunlara geçirememiştir. **Bkz.** Kunter ve diğerleri, **a.g.e**., s. 298.

[119] Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, s.182.

[120] Bülent Yavuz, **Kuruluşu ve İşleyişi Açısından; Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s.11. ; Fendoğlu, **a.g.e.,** s. 88,89. ; Gözübüyük, a.g.e., s. 276. ; Saadet Yüksel, **"Türk Anayasa Hukukunda Hakimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış"**, İÜHFM, C;LXX, S: 2, 2012, s. 77. ; Anayasa Mahkemesi de mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin bağımsızlığını birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız hukuksal kurumlar olarak tanımlamaktadır. **Bkz**. AYMK, 27.4.1993. **E**: 1992/37, **K**: 1993/18.

[121] Levent Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi- Dengelenmesi ve Yargı,** 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 127. ; Yavuz, **a.g.e**, s.11. ; Barak, **a.g.e**., s. 78-80.

[122] Sancar ve Atılgan, **a.g.e**., s.63, Gönenç, **a.g.e.,** s. 127.

mahkemelerden veya meslektaşlarından gelebilecek etki, baskı ve talimatlara da muhatap olmamalıdır.[123]

Yargı bağımsızlığı, yargı kurumuna ve yargılama yetkisini kullanan hâkimlere tanınmış bir ayrıcalık değildir. Her şeyden önce bu müessese bireylere ve topluluklara tanınan hak ve özgürlüklere güvence sağlamak ve kamunun barış ve huzurunu sağlamak için vardır.[124] Zira kişilerin temel hak ve özgürlüklerini yok etmeye veya zayıflatmaya yönelik devletin eylem ve işlemleri ancak bir yargı kararı ile ortadan kaldırılabilir.[125]

Hâkimler kararlarını verirken, özerk bir şekilde hareket etmekle birlikte, yasama organının çıkardığı yasalara uymak zorundadır. Aksini düşünmek kuvvetler ayrılığının amacına aykırı olacağı gibi, bizi "yargıçlar hükümeti" ile karşı karşıya bırakabilir. Ancak burada bir sorunla karşılaşılmaktadır. Hâkim, anayasa ve hukuka aykırı bir kanun maddesini de uygulamak zorunda mıdır? Söylemek gerekir ki, günümüz demokrasilerinin çoğunda insan hakları olarak adlandırdığımız evrensel hak ve özgürlükler anayasalarda yer almaktadır. Aynı zamanda yine anayasalarda ve kanunlarda insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere yapılan göndermeler söz konusudur. Bu durumda, hâkimin hukuka aykırı olan kanun veya kanun maddesini uygulaması kabul edilemez.[126] Günümüzde yargı Montesquieu'nun belirttiği gibi

[123] Barak, **a.g.e**., s.79. ; Gönenç, **a.g.e.,** s.127.
[124] Nevin Ünal Özkorkurt**, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış"**, AÜHFD, Cilt 57, Sayı: 1, 2008, s. 227. ; Fendoğlu, **a.g.e.,** s. 93. ; Gönenç, **a.g.e.,** s. 125. ; Özen, **a.g.m.** s.54. ; Yüksel, **a.g.m**., s. 80.
[125] Atay, **a.g.m.,** s. 1140.
[126] Kurtuluş Tayanç Çalışır, **Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı**,1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s. 9.

"kanunun lafzını tekrar eden ağızlar" olarak kabul edilmemektedir.[127] Nitekim çoğu anayasada hâkimlerin sadece kanuna değil "hukuka" bağlı olacak şekilde karar vermesi gereği ifade edilmektedir.[128]

Yargı organlarının idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde karar vermeleri de, yargının kendisine ayrılan sınırların dışına çıkmasına neden olur. İdarenin takdir yetkisinin sınırları olmakla beraber, yargı organları idarenin bu tür tasarruflarını yerindelik açısından değil hukukilik açısından inceleyebilir.[129] Yargı da yürütme ve idare gibi yasama organı tarafından çıkartılan kanunlara uygun hareket etmek zorundadır. İdarenin takdir yetkisinin sınırlarını da yasama organı tarafından çıkartılan yasalar oluşturmaktadır. Dolayısıyla yargı organları idarenin takdir yetkisini hukuki açıdan denetleyebilmekle beraber, bu yetkiyi ortadan kaldıracak şekilde karar veremez.[130] Yargı organı böyle bir tasarrufta bulunduğunda idarenin yetki alanına müdahale ettiği gibi, yasamanın vermiş olduğu bir yetkiyi ortadan kaldırarak yasama organının da özerk alanına müdahalede bulunmuş olur. Oysa yasama ve yürütme fonksiyonları siyasi organlar tarafından yerine getirilmelidir ve yargı organının siyasi sorumluluğu yoktur.[131]

Görüldüğü gibi yargının bağımsız olması ve demokratik ülkelerdeki işlevi nedeniyle bu hususa ayrı bir önem verilmesine rağmen, bu durum hiçbir şekilde yargı

---

[127] Hakimi yasaları uygulayan bir otomat olarak gören ve onu içinde yaşadığı dünyanın siyasal, kültürel ve toplumsal gerçekliklerinden soyutlayan geleneksel yaklaşım için **bkz**. Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,**s.23-26.

[128] 1982 Anayasası'nda bu durum, mahkemelerin bağımsızlığı başlığını taşıyan 138/1 maddesinde şu şekilde kayıt altına alınmıştır: *"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."*

[129] Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, II. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.309-310.

[130] Zabunoğlu, **a.g.e.,** s. 312.

[131] Yavuz, **a.g.e.,** s.19.

organına diğer organların özerk alanına müdahale etme hakkı vermemektedir. Kısacası yargının dışsal bağımsızlığı mutlak bağımsızlık olarak değerlendirilemez.[132]

2.2.2.1.2.Yasama Organına Karşı Bağımsızlık

Yargı organının bağımsızlığının, öncelikli olarak siyasi organlar olan yasama ve yürütme organına karşı korunması gerektiği daha önce ifade edilmişti. Gerçekten de yargı bağımsızlığının tarihsel gelişim sürecinde, siyasi organlardan gelebilecek tehditlere karşı, hak ve özgürlükleri koruma aracı olarak geliştirildiği ortadadır.[133] Bilindiği gibi devletin egemenliği paylaşan üç erkinden biri olan yasama organının görevi genel olarak yasa çıkartmaktır. Ancak kuvvetler ayrılığı gereği, yasama organının çıkarttığı bu soyut kuralların somut olaylara nasıl uygulanacağına karar vermesi mümkün değildir. Genel ve soyut yasaları somut olaylara uygulayacak olan organ, yargı organıdır. Dolayısıyla bir yasa hükmünün nihai anlamının, bu yasa hükmünün hâkim tarafından somut olaya uygulanmasıyla ortaya çıktığı söylenebilir.[134] Bu durum zaman zaman yasama organı ile yargı organını karşı karşıya getirmektedir.

Yasama organı ile yargı organını karşı karşıya getiren diğer bir durum ise her iki kurumun da anayasal sınırlar içinde hareket etmesi gerekmesine karşın, yargı organının (anayasa yargısı) yasama organı tarafından çıkarılmış ve onaylanmış

---

[132] Thomas Gıegerıch, **"Yargı Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler**", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2009, s. 22.

[133] Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,** s. 62. ; Yavuz, **a.g.e.,** s.47. ; Yasama ve yürütme organlar tarafından, anayasal ve yasal yetkilerin kullanılması yoluyla yargının baskı altına alınmasının çarpıcı örnekleri için **bkz**. Gönenç, **a.g.e.,** s. 131,132.

[134] Turhan, **a.g.e**., s. 89. ; Barak, **a.g.e**, s.4.

yasaları ve anayasa değişikliklerini iptal yetkisiyle donatılmış olmasıdır. Bu gerçek yasamanın özgürlükçü bir gelenekten geldiği, yargının da tam tersine resmi ideolojinin veya bir takım odakların temsilciliğini yaptığı ülkelerde olumsuz sonuçlar doğurmaya müsaittir. Aksine yasamanın hukuk devleti ve demokrasi anlayışından uzak olduğu, bunun yanında yargının tüm engellemelere rağmen evrensel hukuku esas alarak hak ve özgürlükler lehine tavır geliştirdiği bir ülkede ise, yargının elindeki bu yetki hayati bir önem kazanmaktadır. İlk durumda yargıyı dizginleyen bir mekanizmanın olmaması büyük bir problem yaratmaktadır. Nitekim yasama organı anayasal sınırlar dışına çıktığında bu organı sınırlarına geri çekecek bir organ mevcutken, yargının anayasal sınırları aşan bir tasarrufta bulunduğunda aynı imkân söz konusu değildir.[135] Siyasi organları yargı organına karşı tavır almaya ve yargı organının hareket alanına daraltmaya iten eylemlerinin nedenlerinden biri de, yargının ayrıcalıklı olmayan, ancak bu şekilde kullanılmaya elverişli bu yetkisidir. Maalesef bu sorunu çözecek sihirli bir yöntem geliştirmek mümkün değildir. Günümüzde bile bu çözümsüzlük çoğu zaman parlamentolar ile yargıyı karşı karşıya getirmektedir. Özellikle anti demokratik bir yönetimin hakim olduğu ülkelerde yargının bu işlevinin önüne geçmek için yargının devlet içindeki yerine, teşkilat yapısına, çalışma koşullarına ve yetki ve görevlerine ilişkin bir takım anayasal ya da yasal düzenlemeler yapılarak yargı dizayn edilmeye çalışılmaktadır.[136] Yargı bağımsızlığını hukuk devleti için vazgeçilmez kılan da, yargıyı bu tür müdahalelere karşı koruyacak tarafsız bir yargı oluşturmanın alt yapısını hazırlamaktır.

Hukuk devleti düşüncesinin hakim olduğu bir ülkede yargıdan beklenen, anayasal sınırlar aşılmadığı takdirde yasama organının işlemlerini iptal

[135] Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,** s.37.
[136] Gönenç **a.g.e**, s.131, 132.

etmemesidir.[137] Yargıya verilen bu görev ve yetki iktidarın meşru sınırlar içerisinde hareket etmesini sağlamanın zorunlu koşullarından biridir. Yargının yasamanın işlemlerini hukuk dışı yaklaşımlarla iptal etmesi ya da içini boşaltması, aynı zamanda hukuki güvenliğin unsurları olan öngörülebilirlik, kesinlik ve istikrar ilkelerine de zarar verir. Bu halde de yasalardan beklenen, toplumun düzenini sağlama ve birey davranışlarını yönlendirme işlevlerinin gerçekleştirilmesi imkânsız hale gelir. Aynı zamanda anayasal sınırlar içerisinde gerçekleşen bir yasama iradesini, demokratik meşruiyeti olmayan bir organ olan yargının iptal etmesi, kamunun yargıya olan güven ve inancını da zayıflatacaktır. Bunun yanında yasama organının anayasa ve hukuk dışı yasama işlemlerinin yargı denetimine tabi tutularak iptal edilmesi yargının en temel görevidir.[138] Aksi bir durum tüm toplumsal düzenin ve bu düzenin meşruiyetinin yasama organının keyfi ve sınırsız iktidarına bırakılması anlamına gelecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar daha çok anayasaları demokratik hukuk devleti standartlarına uygun olan devletlerde geçerli olması gereken yasama-yargı ilişkilerine yöneliktir. Bu standartlardan uzak bir anayasayla yönetilen ülkelerde ise yargının anayasaya uygun hareket etmesi anlamsız hale gelecektir. Bu sebeple yargı tarafından verilmiş kararların pozitif hukuka uygun olarak verilmesinin, verilen kararların meşruiyeti açısından bir önemi yoktur. 1791 Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirgesinde yer aldığı gibi *"kuvvetlerin ayrılmadığı ve temek hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı"* bir belgeyi anayasa olarak kabul etmek mümkün değildir.

[137] Barak, **a.g.e.,** s. 39.
[138] Yavuz, **a.g.e**, s. 50.

2.2.2.1.3.Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık

Yargı organının yürütme organına karşı bağımsızlığı neredeyse bağımsızlık sorunuyla özdeşleştirilmiştir. Günümüzde yürütme organlarının parlamentoya olan hakimiyeti ve yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki çizginin belirsizleşmesi bunun en önemli nedenidir. Gerçekten bugün parlamentoda çoğunluğu temsil eden parti yürütme organına da hakim olmaktadır. Bu özellikle bir partinin tek başına iktidarı kurabilecek çoğunluğa ulaştığı durumlarda böyledir. Bu gerçek iki erkin fiili olarak birleşmelerine yol açmış ve yargının önemini bir kat daha arttırmıştır.[139] Karşı karşıya oluna durum, hem yasaları çıkartan hem de kendi çıkardığı yasaları icra eden bir yürütme gücüdür. Bu gücü dizginleyebilecek tek güç ise yargı organıdır. Ancak yargının, yürütmenin elinde olan araçlar söz konusu olduğunda, bu görevi yerine getirebilmesi çok da kolay olmamaktadır.

Kuşkusuz yasama organına hâkim olan bir yürütme organının yargı karşısındaki en önemli avantajı, yasama organındaki gücüne dayanarak yaptığı ve yargı organını şekillendirmeye yönelik anayasa ve yasa değişiklikleridir. Ancak, yinelemek gerekirse, evrensel hukuku gözeten bir yargı organı uluslararası ilkelere başvurarak bu tehlikeyi bertaraf edebilir.[140] Yargı organının kararlarını denetleyen bir organın yokluğundan ve bunun mümkün olmadığından daha önce bahsedilmişti. Ancak yasama organı yargı organının oluşumunda yürütme organına önemli anayasal ve yasal yetkiler verdiğinde orta ve uzun vadede yargı organını yürütmenin esiri haline getirmek mümkün olabilmektedir. Bugün yargı bağımsızlığı üzerindeki en

[139] Murat Yanık, **Yargının Yönetimi ve Denetimi**, DR Yayınları, İstanbul, 2014, s. 110. ; Kutlu, **a.g.e.,** s.154. ; Özkorkut, **a.g.m**., s.227.

[140] Günümüz demokrasilerinde bu işlevi yerine getiren temel organ anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevlendirilen anayasa mahkemeleridir.

büyük tehditlerden biri budur. Fiilen yasama organıyla birleşmiş bir yürütme organının, yargı organını da kendine bağımlı hale getirmesi zaten yara almış olan kuvvetler ayrılığını tamamen ortadan kaldıracaktır. Bu durumda, üç kuvvetin yürütme organında birleşmesi hukuk devletinin de sonu olacaktır.

Görüldüğü gibi üçüncü kuvvet olan yargı organına karşı en büyük tehdit yürütmeden gelmektedir.[141] Yürütmenin her üç kuvvete hakim olduğu bir yönetimde, her ne kadar anayasal ve yasal düzenlemeler hukuk devleti kriterlerini karşılıyor olsa da, denge ve fren mekanizmasının en önemli ayağı olan yargı denetimi ortadan kalktığı için, keyfi ve fiili olarak sınırlandırılamayan bir iktidar gerçeği ortaya çıkar. Bu gerçek yargının tarafsızlığı yanında kurumsal olarak bağımsızlığının da ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bağımsızlığı sağlanmayan ve garanti edilmeyen bir yargı er geç tarafsızlığını da yitirecek ve bu durum telafisi imkânsız bedeller ödenmesine yol açacaktır.

Yürütme organının yüksek yargı organlarına yapılan atamalardaki ve hâkim ve savcıların atama, terfi ve disiplin işlerini yürüten kurullardaki rolü, yargı organı üzerindeki önemli yetkilerinden bazılarıdır. Yürütmenin bu mahkeme ve kurulların oluşumundaki rolü, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, hemen hemen tüm batılı demokratik sistemlerde önemli düzeydedir. Bununla birlikte yürütmenin, bu kurul ve mahkemelerdeki varlığının kaçınılmaz olarak yargı bağımsızlığının ortadan kalkmasına neden olduğunu söylemek de doğru değildir. Bu, ülkelerin demokrasi kültürü ve toplumsal barışıyla yakından ilgilidir.[142] Hatta kimi siyasi organların

[141] Birol Kırmaz, **Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 28. ; Yavuz, **a.g.e.,** 70. ; Yanık, **a.g.e.,** s. 115.
[142] Kırmaz, **a.g.e**., s.29.

yargı organlarının oluşumundaki dahlinin, yargının demokratik meşruiyet eksikliğini gidereceğini söylemek de mümkündür.

Demokrasinin kökleştiği ülkelerde gerek siyasi organların gerekse de yargı organlarının hukuk devletine olan inancı ve toplumda buna duyulan kuvvetli inanç; yürütmenin ve yasamanın yargı organlarının oluşumuna olan dahlini büyük bir sorun olmaktan çıkartmaktadır. Bu dahlin de elbette ki belli sınırlar içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Yoksa kastımız yargı organının özerkliğini tümden kaldıracak ya da anlamsız kılacak düzeyde bir katılım değildir. Demokratik yönetim anlayışından uzak olan ülkelerde ise bu durum yargının bağımsızlığı konusunda çok büyük tehditler yaratmaktadır.

Hâkim ve savcıların mesleğe alınma ve yetiştirilme rejiminin, yürütme karşısında yargının bağımsızlığını sağlama noktasında çok önemli bir etkisi vardır. Yürütmenin kontrolündeki bir mesleğe alınma sürecinde, yürütmenin uyguladığı sınav ve mülakat sisteminin rasyonel olup olmamasından bağımsız olarak, bu görüntü bile yargının bağımsızlığı algısına zarar vermektedir. Bunun yanında rasyonel ve liyakate değil, tamamen ideolojik yakınlık ve benzer mülahazaların geçerli olduğu bir mesleğe alınma sürecinde, yargı bağımsızlığından bahsetmek ham hayal olacaktır.

2.2.2.1.4.Yargı Organına Karşı Bağımsızlık

Yargının bağımsızlığına yönelik yapılan ilk çalışmalarda, genellikle ihmal edilen bağımsızlığın bu boyutu, son zamanlarda yapılan çalışmalarda hak ettiği ilgiyi görmektedir. Sadece siyasi organlara yönelik bir bağımsızlığın gerçekleştiği ancak

yargının kurumsal yapısı içerisinde hâkimlerin baskı altında karar vermelerine zemin hazırlayacak kimi düzenleme ve uygulamaların varlığı bağımsızlığa zarar vermektedir.[143] Elbette ki dünyadaki tüm demokrasilerde yargıda birliği ve istikrarı sağlayacak temyiz mekanizmaları mevcuttur. İşin doğası gereği de mahkeme veya hâkimlerin kararlarını denetleyecek kimi üst mahkemelerin varlığı aynı zamanda gereklidir de[144]. Ancak bu denetimin hâkimlerin sadece hukuku ve adaleti dikkate alarak karar vermelerini engellemeyecek bir yapıda olması gerekmektedir.[145] Eğer hâkimler karar verirken bu ilkeleri değil de kararlarını denetleyecek mekanizmaların bu konulardaki görüşlerini esas alarak hareket ederlerse, bu durum bağımsız ve tarafsız yargı ilkesine aykırı bir tablo oluşturur. Bu noktada yüksek mahkemelerin içtihatlarının hâkimlerin karar verirken dikkate alması gereken bir husus olduğu gerçeğinin yadsınamayacağını da belirtmek gerekir. [146]

İçtihatlar da hâkimin gözetmesi gereken hukuk belgelerinden biridir. Burada anlatılmaya çalışılan mahkeme ve hâkimlerin kararlarının bu içtihatlara uygunluğu doğrultusunda değerlendirilerek, terfilere esas teşkil edecek şekilde puanlandırılmasıdır. Bu bir kriter olabilir. Fakat hâkimi, mevcut içtihatları sorgulama ve değişen şartları dikkate alarak yeni bir içtihat oluşturma imkânından uzaklaştırır. Hâkimlerin performansını değerlendirirken pozitif hukuka uygun olma ve çelişmeme gibi kriterlerin yanında, kararına dayanak teşkil ettiği argümanların ve açıklamaların sağlamlığı da esas alınmalıdır. Aksi bir tutum hâkimleri hukuka değil yüksek yargı

[143] Özkorkut, **a.g.m**., s. 228.
[144] Yanık, **a.g.e.,** 128.
[145] Gönenç, **a.g.e.,** s. 128.
[146] Yavuz, **a.g.e.,** s. 99,100.

organlarının hukuki değerlendirme ve mülahazalarına bağımlı kılarak yargı bağımsızlığına zarar verecektir.[147]

Yüksek mahkemeler ve alt derece mahkemeleri arasındaki ilişkileri değerlendirirken anayasa mahkemeleri için ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Anayasa mahkemeleri de birer yüksek mahkeme olmalarına rağmen, anayasal denetim yaptığı için ayrı bir konuma sahiptir. Anayasa mahkemelerinin bu ayrı konumu, bu mahkemelerin vermiş olduğu kararları, diğer yüksek mahkeme kararlarından (ya da içtihatlarından) ayırt etmektedir. Bu nedenlerle anayasa mahkemelerini ve kararlarını yukarıda anlatılanların dışında bırakmak gerekmektedir. Zira anayasa yargısı günümüz demokrasilerinde kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ulaşılmak istenen amaç olan siyasi iktidarın sınırlandırılmasını sağlayan önemli bir araçtır.[148]

2.2.2.1.5. Medyaya, Baskı Gruplarına ve Kamuoyuna Karşı Bağımsızlık

Aslına bakılırsa yargı kurumunu ve hâkimleri gerek medyaya, gerek baskı gruplarına, gerekse de kamuoyuna karşı bağımlı kılan bir kurumsal ilişki söz konu değildir. Yargı organının diğer erklere karşı olan bağımsızlığında böyle bir kurumsal ilişki söz konusuydu ve hâkimin tarafsız hareket edebilme yeteneğinden bağımsız bir etki ve baskı söz konusu olabiliyordu. Dolayısıyla hakimin yukarıda saydığımız odaklarla olan ilişkisini tarafsızlık başlığı altında incelemek daha doğru olabilirdi.

[147] Giegerich, **a.g.t**., s.26
[148] Kutlu, **a.g.e.,** s. 167

Ancak bağımsızlık da bir anlamda tarafsızlığı sağlamanın ön koşulu olduğundan[149], her ne kadar yukarıda sayılan odakların yargı üzerinde yasal ve idari bir takım yetkileri olmasa da, demokratik ülkelerdeki büyük önemi ve etkisi, yargı organının bu odaklara karşı da korunması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. En azından görülmekte olan bir dava hakkında, mahkeme ve hâkim üzerinde bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyebilecek bir takım eylemlerden kaçınmak gerekmektedir. Özellikle medya organları bu konuda hassas davranmak durumundadır. Nihayetinde hâkim de bir insandır. Medyanın kamuoyu oluşturmadaki gücü de dikkate alındığında hâkim üzerinde oluşturabileceği etki küçümsenmemelidir. Bu nedenle, günümüzde hukuk devleti anlayışını benimsemiş hemen hemen tüm ülkelerde, görülmekte olan bir davayı etkilemeye yönelik bu tür girişimler belli hukuki ve cezai yaptırımlara tabi tutulmuştur. AİHM de medyanın yasal eleştiri ve bildirim sınırlarının ötesine geçtiği aşırı durumlarda, AİHS'nin 2. maddesine atıfta bulunarak, basın özgürlüğünün sınırlandırılabileceğini kimi kararlarında belirtmiştir. Ama bunun yanında basın özgürlüğüne yönelik devletler aleyhine açılan davaların çoğunda aynı AİHM, medyanın demokratik toplumdaki önemine değinerek devletleri mahkum etmiştir.[150]

Yargıyı etkileme babındaki haber ve ifadeler belli yaptırımlara tabi tutulmakla birlikte, burada yargının bağımsızlığı ile basın ve halkın haber alma özgürlüğü arasında bir çekişme olduğu görülmektedir. Demokratik bir sistemde yargının bağımsızlığı ne kadar vazgeçilmezse; basın, ifade ve haber alma özgürlüğü de en az onun kadar vazgeçilmezdir. Bu durumda hangi haber ve ifade açıklamaları bu kapsamda değerlendirilecektir? Belirtmek gerekir ki eleştiri kapsamında olan

[149] Gönenç, **a.g.e**, s. 133.
[150] Giegerich, **a.g.t.,** s.29,30.

ifade ve haberler kesinlikle bu kapsamda değerlendirilemez. Nihayetinde yargı da diğer organlar gibi egemenliği temsil etmektedir. Demokrasilerde de egemenliğin kaynağı halk olduğu için halkın bu süreçlerde bilgilendirilmesi ve eleştirileri varsa dile getirmesi en doğal haklardan biridir. Ancak yapılan haberler ya da sarf edilen sözler eleştiri ve sorgulamanın ötesinde hâkim üzerinde baskı kurmaya yönelik, yargılamanın selametini tehlikeye atacak bir nitelikteyse bunu kabul etmek mümkün değildir. Bunun tespitinin zorluğu ortada olmakla birlikte, her somut olayın özelliğine göre bu dengeyi gözetmek gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki medya; hesap verebilir, demokratik bir devlette *"bekçi köpeği*" işlevi görmektedir. Medyanın bu işlevini yerine getirebilmesi için basın ve ifade özgürlüğünün özenle korunması elzemdir.[151]

Siyasal partiler, meslek örgütleri ve sivil toplum kuruluşları gibi baskı grupları da yargı üzerindeki bir takım baskılar oluşturmaya yönelik eylemler içerisine girebilirler[152]. Bunların eylem ve sözleri de, medya ve kamuoyuna karşı bağımsızlıkta ifade edildiği gibi, demokratik bir ülkede olması gereken ifade özgürlüğü ve eleştiri sınırlarını aşmadığı müddetçe hoş karşılanmalıdır. Yine aynı şekilde hâkimin davanın taraflarından ve dava konusu ile ilgili bir menfaatleri olan kişilerden gelecek etki ve müdahalelere karşı da korunması gerekmektedir.[153]

[151] Giegerich, **a.g.t.**, s.29.
[152] Yanık, **a.g.e.,** s. 135.
[153] Gönenç, **a.g.e,** s.127.

2.2.2.2.Yargının Tarafsızlığı

Yargının tarafsızlığı, yargının bağımsızlığı kavramı ile bağlantılı olmakla beraber bağımsızlıktan çok daha fazlasını ifade etmektedir.[154] Belirtmek gerekir ki yargının bağımsızlığını sağlamaktaki asıl amaç yargının tarafsızlığını gerçekleştirmektir.[155] Yargının bir demokraside gerçek rolünü oynayabilmesi onun tarafsız olmasına bağılıdır.[156] Hatta yargının tarafsızlığı yargı kurumu için o kadar önemlidir ki, bir özellik olmaktan öte yargının özü olarak da kabul edilebilir.[157]

Elbette ki bağımsız olmayan bir mahkemenin ya da hâkimin tarafsız davranması mümkündür. Sonuçta tarafsızlık, bağımsızlığın aksine daha çok hâkimin kişisel tutumu ve düşünceleriyle yakından ilişkili bir kavramdır ve hâkim yargı kurumunun bağımsız olarak dizayn edilmediği bir sistemde de tarafsız bir şekilde muhakeme yaparak kararlar verebilir. Ancak bu durum bizi yanıltmamalıdır. Yargının bağımsızlığı nihai kertede genel olarak yargı kurumunun özelde de hâkimlerin tarafsızlığı için güçlü bir zemin hazırlamaktadır.[158] Yargı için bağımsızlığın pratik değerinin tarafsızlık olarak karşımıza çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.[159] Bağımsızlığın tüm unsurlarıyla garanti altına alındığı bir yargı

---

[154] Kunter, tarafsızlık kavramına karşı çıkmakta ve kullanılması gereken doğru kavramın "objektiflik" olduğunu belirtmektedir. Tarafsızlık objektifliğin sadece bir yönüdür. Objektifliği diğer yönü ise "kişilikten sıyrılma"dır. **Bkz**. Kunter ve Diğerleri, **a.g.e**., s. 305.

[155] Terri Jennings Peretti, **"Does Judicial Independence Exist?, The Lessons of Social Science Research",** İn: Judicial İndependence At The Crossroads, An Interdisciplinary Approach, Edts: Stephen B. Burbank and Barry Friedman, Sage Publications, London, 2002, s. 103.

[156] Barak, **a.g.e**., 101.

[157] Sancar ve Atılgan, **a.g.e**., s.108.

[158] Özkorkurt, **a.g.m.,** s. 229. ; Gönenç, **a.g.e.,** s.133.

[159] Yavuz, **a.g.e.,** s.44.

düzeninde, hâkimin tarafsızlığını sağlamak çok daha kolay olacaktır. Bu doğrultuda bağımsızlığı önemsizleştiren yaklaşımlara ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir.[160]

Tarafsızlık kısaca*; "bir yargılama esnasında hâkimin davanın taraflarına eşit mesafede olması, taraflardan gelecek bir etkiye karşı kapalı olması ve ön yargılı hareket etmemesi olarak"* tanımlanabilir.[161] Burada özellikle önem arz eden bir nokta vardır ki, o da hâkimin kendi kişisel kanaatlerini ve ideolojik kabullerini de bir tarafa bırakması gereğidir. Bu hususları göz ardı eden bir mahkeme veya hâkim tarafından verilecek karar adil olmayacağı gibi yargının toplum nezdindeki imajına da zarar verecektir. Bu ise yargının bağımsız ve tarafsız olması kadar önemli bir husustur. Eğer yargı her ne kadar bağımsız ve tarafsız olsa da, toplumda bunun böyle olduğuna karşı duyulan bir inanç yoksa, bu durum yargının meşruiyetini sorgulayan bir tartışmaya yol açacaktır[162]. Bundan dolayı demokratik bir ülkede, yargıdan beklenen adaleti gerçekleştirme ve düzeni sağlama işlevi gerçekleştirilmek isteniyorsa, toplumda yargıya olan güveni de sağlamak gerekmektedir. Bunu sağlamak ise öncelikle hâkimlere düşmektedir. Hâkimler tarafsız bir muhakeme ile verecekleri, evrensel hak ve özgürlükleri gözeten kararlarıyla bu inancın toplum ve kamuoyu tarafından benimsenmesini sağlayabilirler.[163]

Yargının tarafsızlığını sağlama konusunda genel olarak hâkimlerin kurumsal yapıdan bağımsız olarak sahip oldukları kişisel özelliklerin rol aldığına yukarıda değinilmişti. Bu gerçek, yargı mensuplarını atama ve tayin yetkisini elinde

---

[160] Gönenç, **a.g.e.,** s. 133.

[161] Rıza Türmen, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Milliyet Gazetesi, 10.08.2009. http:// www. Milliyet .com. tr / yarginin – bagimsizligi – vetarafsizligi / rizaturmen / siyaset / siyasetyazardetay/ 10.08.2009/ 1126693/default.htm E.T. (15.01.2016).

[162] Barak, **a.g.e**., s. 77. ; Kunter ve Diğerleri, **a.g.e**., s. 300. ; Gönenç, **a.g.e**., s.135.

[163] Yanık, tarafsızlığın bu boyutunu kurumsal tarafsızlık olarak tanımlamaktadır. **Bkz**. Yanık, **a.g.e.,** s. 173.

bulunduran organların elinden bir şey gelmeyeceği anlamına gelmez. Elbette ki bu yetkiyi elinde bulunduran organın (ki bu genellikle yürütme organı olmaktadır) üzerine düşeni olanca hassasiyetiyle yerine getirmesi sorunu mutlak anlamda çözecek de değildir. Tüm bunlarla beraber hâkimin de kimi niteliklere sahip olması gerekmektedir.[164] Ancak yargı kurumuna personel temin edilirken liyakat değil de kimi irrasyonel hususlar ve siyasal/ideolojik mülahazalar söz konusu olursa, bu şekilde mesleğe kabul edilen hâkimlerden tarafsız olmalarını beklemek çok olası değildir. Bundan dolayı yargı erkinin teşekkülü, personel ve özlük işleri üzerindeki yürütmenin sahip olduğu yetkiler tarafsız bir yargı ideali için büyük tehdit oluşturmaktadır.

2.2.2.3.Uluslararası Belgelerde Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Uluslararası planda yargı organlarının özerkliğini sağlamak ve yargıçların davranış ilkelerini belli bir çerçeveye oturtmak için düzenlenen bu belgeler, yargıçların ulusal hukukta yer alan mesleki standartlarını değiştirmek için değil, takviye etmek için tasarlanmışlardır. Bu ilkelerin kayıt altına alınmasındaki diğer bir amaç da yasama ve yürütme mensuplarının yanında, avukatlar ve kamuoyunun da yargıya yardımcı olmalarını ve yargıyı daha iyi anlamalarını sağlamaktır. Bu özellikleriyle bu belgeler ve içinde barındırdıkları ilkeler, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı noktasında rehberlik edecek niteliktedir.[165]

[164] Tarafsızlık için bir hakimde bulunması gerekli nitelikler için **bkz.** Barak, **a.g.e**., s. 103-104.
[165] Sibel İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.10.

Hak ve özgürlüklere ilişkin kayıt altına alınan uluslararası belgelerin hemen hepsinde, yukarıda anlatılanları teyit eder biçimde, bağımsızlık ve tarafsızlık birlikte düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde bu belgelerde bağımsızlık ve tarafsızlık, hukuk devletinin diğer bir gereği olan adil yargılanma hakkının bir parçası olarak düzenlenmiştir.[166] Örneğin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesi şu şekildedir: "*Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır*."

BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde de tarafsızlık ve bağımsızlık adil yargılanma hakkı başlığı altında düzenlenmiştir. BM Medeni ve Siyasi Haklara Uluslararası Sözleşmesinin ilgili 14. maddesi şu şekildedir: "…*Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir*…"

Konuya ilişkin bir diğer uluslararası belge BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri'dir. İlkeler; yargı bağımsızlığı, yargıçların ifade ve örgütlenme özgürlüğü, yargıçların nitelikleri, göreve seçilmeleri ve eğitimleri, hizmet şartları ve görev süreleri, mesleki gizlilik ve muafiyet, disiplin, görevden alınma ve göreve son verme olmak üzere altı madde halinde sayılmıştır. Bu ilkelerden yargı bağımsızlığı başlığı altında; "*yargılamanın adil bir şekilde yapılması ve tarafların haklarına riayet*

[166] Sibel İnceoğlu**, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2009, s. 54.

edilmesi gereği", yargının önüne gelen işlerde tarafsız bir şekilde karar verebilmesi, "*her ne sebeple olursa olsun*" yargı organlarının hiçbir etkiye maruz kalmamaları, yargılamanın adil yapılması ve bu hususların anayasal ve yasal güvencelere kavuşturulması gibi temel ilkeler belirtilmiştir.[167]

BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından 2003 yılında kabul edilen Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde de yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına yer verilmiştir. İçeriği kapsamıyla adeta yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı başlıkları altında anlatılanların özeti olan bu ilkeler çok önemli birer referans niteliğindedir. Bangolar Yargı Etiği İlkeleri hem ulusal hem de uluslararası metinlerden yararlanılarak hazırlanmıştır ve diğer uluslararası belgelerden farklı olarak yargıya ilişkin devletin yükümlülüklerine değil, yargıçların görevlerini icra ederken uymaları gereken ilkelere odaklanmıştır.[168] Bu belge aynı zamanda Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 2002' de hazırladığı 3 sayılı görüşünün de temel kaynaklarından biri olarak kabul edilmiştir.[169] Bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat adları altında altı ilkenin yer aldığı bu belgede bağımsızlığın farklı boyutlarına değinilmiştir. Yargı bağımsızlığı öncelikle *"hukuk devletinin ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisi"* olarak tasvir edilmiştir. Bu belgede yer alan bağımsızlıkla ilgili diğer önemli ilkeler şu şekildedir:

"Hâkim, doğrudan ya da dolayısıyla herhangi bir sebeple ya da herhangi bir yerden gelen müdahale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm harici etkilerden uzak, hâkimin

---

[167] **BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri,** http://www.barobirlik.org.tr /mevzuat /avukata_ozel/meslek_kurallari/bm_yargi_ba%C4%9Fimsizligi_temel_prensipleri.pdf. (E.T: 09.02.2016).

[168] İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri**, s.11.

[169] İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri**, s. 13.

olayları değerlendirmesi temelinde, vicdani hukuk anlayışı ile uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir."

"Hâkim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır."

" Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisi ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zaman da öyle görünmelidir de."

"Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla, yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir." [170]

Aynı belgede tarafsızlık ile ilgili önemli ilkeler ise şu şekilde yer almaktadır:

"Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir."

" *Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimassız olarak yerine getirmelidir."*

" *Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır."* [171]

---

[170] **BM Bangolar Yargı Etiği İlkeleri** , http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf. (E.T. 09.02.2016).

[171] **BM Bangolar Yargı Etiği İlkeleri**, http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf. (E.T: 09.02.2016)

AİHS'nin adil yargılanma hakkı başlığını taşıyan 6. maddesi ise şu şekildedir: "*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar, konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...*"

AİHM'nin kararlarına bakıldığında bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin burada da birlikte anıldığı görülür. AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararlarının çoğunda bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin birlikte ihlalinin tespit edildiği görülmektedir. Sadece tarafsızlıktan sözleşmenin ihlaline karar verilmesi çok istisnai bir durumdur.[172] Gerçekten de bağımsızlık ve tarafsızlık birbirini tamamlayan ilkelerdir. Biri olmadan diğerinden bahsetmek çok mümkün görünmemektedir. Bu anlatılanlar daha önce de ifade edildiği gibi bağımsız olmayan bir hâkimin tarafsız kararlar veremeyeceği anlamına gelmemektedir. Vurgulanmak istenen husus bağımsızlığın tarafsızlığı sağlama noktasındaki önemidir. Dışsal etkilere karşı savunmasız olan bir hâkimin tarafsız olma dirayeti de her geçen gün zayıflayacaktır.

AİHM kararlarında bağımsızlığın ihlal edilip edilmediği incelenirken ilk olarak bakılan kriter mahkeme yargıçlarının nasıl atandığıdır. Burada yargıcın kim tarafından atandığı da tartışılmaktadır. Ancak bu kriter tek başına bir ihlal kararının verilmesi için yeterli değildir. Bununla beraber diğer kriterlerin yerine getirilip getirilmediği de dikkate alınmaktadır.[173] Hemen belirtmek gerekir AİHM yargıcın

---

[172] Işıl Karakaş, **"Bağımsız ve Etkin Yargı"**, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 159. ; İnceoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, s. 55,56.

[173]İbrahim Şahbaz, **AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, s. 249. http: //www.anayasa.gov.t r/ files /pdf /anayasa_yargisi/ ibrahim_sahbaz. pdf. (E.T. 10.02.2016).

yürütme tarafından atanmasını tek başına ihlal nedeni saymaz. Yargıç yürütme organı tarafından atanmakla beraber; kendisine emir verilemiyorsa, bağımsız bir görüntü veriyorsa, sabit bir görev süresi varsa ve bu hususlar güvence altına alınmışsa, AİHM bağımsızlığın sözleşmeye aykırı bir şekilde ihlal edildiğine hükmetmemektedir.[174] Diğer uluslararası belgelerle karşılaştırıldığında AİHM'in bu konu da düşük bir kriter uyguladığı söylenebilir. Örneğin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nda *"yargıçların seçimi ve kariyerleriyle ilgili karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır*" ibaresi yer almaktadır. Yine Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi görüşlerinde de benzer nesnel nitelikler aranmaktadır.[175]

AİHM tarafsızlık sorununu ise nesnel tarafsızlık ve öznel tarafsızlık olmak üzere iki boyutta incelemektedir. Öznel tarafsızlık davaya bakan yargıcın birey olarak kişisel tarafsızlığına ilişkindir ve incelemede şu soru sorularak değerlendirilmektedir: "*Bir yargıcın belirli bir davadaki başvurucuya yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumu, kişisel bir kanaati var mıdır*?" Bu tür kişisel bir taraflılık ispatlanamadığı takdirde karine olarak mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu kabul edilmektedir.[176] Nesnel tarafsızlıkta ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim esas alınır. Mahkeme ve yargıcın hak arayanların gözünde kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde tarafsız görünmesi gerekir. Tarafsızlığa gölge düşüren meşru nedenlerin varlığı halinde hakimin davadan çekilmesi isabetli olacaktır.[177]

---

[174] Karakaş, **a.g.m**., s. 159.

[175] İnceoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,** s. 57-58.

[176] Şahbaz, **a.g.m**., s. 263-264. ; İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri,** s. 34,35. ; Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,** s. 109,110.

[177] İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri**, s.35. ; Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,** s.110.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının düzenlendiği diğer önemli uluslararası belgeler arasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Hakkında Tavsiye Kararı ile Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 1 ve 3 numaralı görüşleri de sayılabilir.[178] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nda hâkimlerin bağımsızlığını korumak, geliştirmek ve saygı göstermek için tüm tedbirlerin alınması gereği ifade edilmiştir. Alınacak tedbirler arasında hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar verecek merciinin hükümet ve idareden bağımsız olması, hâkimlik teminatı ve hâkimin tarafsız bir şekilde karar vermesini sağlayacak koşulların oluşturulması gibi hususlar yer almaktadır. Bu belgede belirtilen önemli bir husus da, bağımsızlığı ve tarafsızlığı korumak ve güvence altına almak için anayasal veya yasal düzenlemeler yapılırken, söz konusu ülkenin yasal geleneklerinin gözetilmesi gerektiğidir.[179] Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin görüşlerinde de, yukarıda sayılan belgelerde yer alan ilke ve tavsiyeler yer almaktadır. Nitekim bu görüşlerde yukarıda sayılan diğer uluslararası belgelerden yararlanıldığı kayıt altına alınmıştır.[180]

---

[178] İnceoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, s.55.

[179] **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Hakkındaki Tavsiye Kararı**, http://www.anayasa.gov.tr /files /insan_haklari_mahkemesi /bakanlarkomitesi/CMRec199412TRJudgesIndependenceEfficiencyResponsibilities.pdf. (E.T: 10.02.2016).

[180] **Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 1 ve 3 Numaralı Görüşleri**, http:// www. hukukmedeniyeti.org/haber/7857/avrupa-yargiclari-danisma-konseyi-nin-yargiclarin-/ (E.T: 10.02.2016).

2.2.2.4.Bağımsızlık ve Tarafsızlığı Sağlamanın Araçları

2.2.2.4.1. Anayasal Güvence

Yargı organlarının kendilerinden beklenen bir şekilde, bağımsız ve tarafsız hareket ederek adaleti gerçekleştirebilmeleri, öncelikle uluslararası belgelerde yer alan ilkelerin anayasal güvenceye kavuşturulmasına bağlıdır.[181] Bilindiği gibi yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı birçok uluslararası insan hakları belgesine konu olmuştur. Bu belgelerden BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı bağımsızlığın en üst düzeyde anayasalar tarafından güvence altına alınması önerisinde bulunmaktadırlar. Anayasal güvencenin önerilmesinin en önemli nedeni de kuşkusuz anayasaların yasalara oranla daha zor değiştirilme süreçlerine tabi tutulmasıdır. Bu durum bağımsızlığın ve tarafsızlığın, en etkili bu şekilde güvence altına alınacağı varsayımına dayanmaktadır.[182]

Bağımsızlık ve tarafsızlık hususlarının anayasalarda yer alması elbette ki tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bu anayasal düzenlemelerin varlığının bir anlam ifade edebilmesi için, öncelikle bu düzenlemelerin uluslararası belgelerle uyumlu olması gerekmektedir. Bunun yanında uygulamada da bu güvencelerin gerçekten hassasiyetle gözetildiğine yönelik işaretlerin varlığı gerekir. Bu husus da daha çok o ülkenin demokrasi kültürüyle yakından ilişkilidir. Günümüzde birçok ülke anayasalarında yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına yönelik temel ilkelere yer vermesine rağmen uygulamada bu standartların çok gerisinde performans

[181] Peter H. Russell, **"Toward a General Theory of Judicial Independence",** in: Judicial Indipendence in the Age of Democracy, Edts.: Peter H. Russell and David M. O'Brien, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 2001, s. 22.
[182] Şeref Ünal, **"Yargı Bağımsızlığı",** Amme İdaresi Dergisi, Cilt 37,Sayı 3, Eylül 2004, s. 71.

göstermektedir. Diğer taraftan İngiltere gibi bazı ülkeler yazılı bir anayasaya sahip olmamalarına rağmen bağımsız ve tarafsız bir yargının gereklerini çok daha başarılı bir şekilde yerine getirebilmektedir.[183]

Anayasalarda bu konunun genel hatlarıyla mı yoksa ayrıntılı bir şekilde mi düzenlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Kimi ülkeler bu hususu anayasalarında ayrıntılı olarak düzenlerken kimi ülkeler de anayasalarda genel ilkeleri kayıt altına alıp, konunun ayrıntılarını kanunlarla düzenlemektedir. Örneğin Fransız ve Alman anayasalarında bu konuya genel ilkeler düzeyinde yer verilmişken Türkiye'de 1982 Anayasası bu konuyu ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.[184] Toplumsal gelişmelere ayak uydurmak ve bu şekilde yeni düzenlemelerin yapılmasını kolaylaştırmak için ilk yöntemin daha uygun olacağı söylenebilirse de[185] , bu durum ilgili devletin insan hakları karnesiyle de yakından ilişkilidir. Eğer bir devlette demokrasi tüm kurumlarıyla sağlıklı bir şekilde yerleşmemiş ve kanıksanmamışsa bu konulara anayasalarda ayrıntılı bir şekilde yer vermenin daha sağlıklı olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

2.2.2.4.2. Hâkimlik Teminatı

Nasıl ki yargı bağımsızlığını sağlamak yargının tarafsızlığını temin etmenin bir aracıysa, hâkimlik teminatı da yargının bağımsızlığını sağlamanın bir aracıdır. Sonuç itibariyle hâkimlik teminatı da yargının tarafsızlığına hizmet etmektedir. Bir hukuk devletinde hâkimlerin yasama ve yürütmeye karşı sahip olduğu denetim

[183] Yavuz, **a.g.e**, s. 125.
[184] Ünal, **a.g.m**, s.71.
[185] Ünal, **a.g.m**., s.71.

yetkisi kendilerini bu organlar nezdinde hedef haline getirebilir. Hâkimleri bu tehditten koruyabilmenin en etkili yollarından biri de kuşkusuz hâkimlerin belli mesleki güvencelere kavuşturulmasıdır.[186] Bu ise yargının kurumsal bağımsızlığının sağlanmasının yanında, hâkimlerin kişisel olarak bağımsız hareket etmelerini temin edecek güvencelerin varlığını gerektirir.[187]

Hâkimlik teminatı dendiğinde akla ilk gelen husus hâkimlerin özlük hakları üzerinde yürütmenin sahip olduğu tasarruf yetkileridir. Özlük hakları üzerinde yürütmenin sahip olduğu yetkiler hâkimleri, sahip olunan kimi insani zaaflar nedeniyle dışsal etki ve müdahaleye açık hale getirir. İş güvencesi olmayan, her an yerinin değiştirilmesi tehdidiyle karşı karşıya kalan bir hâkimin tarafsızlığını koruması kolay değildir. Elbette ki, tüm olumsuzluklara rağmen, hâkimlik mesleğinin gereklerini benimsemiş cesur ve hakkaniyetli hâkimler tarafsız kararlar verme iradesine sahiptirler. Ancak bu hâkimlerin vermiş oldukları kararlardan sonra başlarına gelebilecekler, bu şekilde hareket eden hâkimlerde bile korku ve endişe yaratma potansiyeline sahiptir. İşte hâkimlik teminatı, hâkimlerin karar verirken başlarına bir şey gelir mi baskısı ve endişesi olmadan görevlerini yerini getirmelerini sağlamak ve güvence altına almak için geliştirilmiştir.[188]

Hâkimlik teminatının kapsamına göz atıldığında, özellikle üç hususun altının çizildiği görülmektedir. Bunlar azledilememe, özlük haklarından yoksun kılınamama

---

[186] Charles H. Franklin, **Behavioral Factors Affecting Judicial Independence**, in: Judicial Independence At The Crossroads, An Interdisciplinary Approach, Edts: Stephen B. Burbank/ Barry Friedman, Sage Publications, London, 2002, s.148 (**Akt.** Yavuz, **a.g.e.,** s.142). ; Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,** s.78.

[187] Kırmaz, **a.g.e.,** s.100.

[188] Atilla Özer, **Türkiye'de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.23. ; Fendoğlu, **a.g.e.,** s. 251. ; Gözübüyük, **a.g.e.,** s. 277. ; Özkorkut, **a.g.m**., s. 228.

ve belli bir yaştan önce emekliye ayrılamamadır. [189] Genel hatlarıyla belirtilen bu güvencelerin sağlanması hâkimlerin hukuksuz bir şekilde baskı altına alınmalarını engelleyecektir. Bu güvencelerin varlığını bilen ve hisseden bir hâkim, karar verirken başına bir iş gelir kaygısıyla hareket etmeyecek, kendisinden beklenen adaleti gerçekleştirme görevini daha uygun bir ortamda gerçekleştirme şansına sahip olacaktır. Bu ise hâkimin tarafsızlığına hizmet edecek ve bunu destekleyecek asgari bir zeminin oluşmasını sağlayacaktır.[190]

Azledilemezlik, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik güvencelerin belki de en önemlisidir.[191] Hâkimlik teminatını gerçekleştirmeye yönelik diğer güvenceler de bir bakıma azledilememe güvencesinin bir uzantısıdır. Bu güvence daha çok yürütmeden gelen tehditleri bertaraf etmek için getirilmişse de kimi zaman yasama organı da yapmış olduğu yasal düzenlemelerle hâkimlerin azledilebilmelerinin önünü açabilmektedir. Örneğin yasama organı tarafından, bir kanunla, yüksek mahkeme üyesi olma şartlarının değiştirilmesi hâkimlerin doğrudan azledilebilmesinin önünü açacaktır. Özellikle yaş ve mesleki yeterliliğe ilişkin yasal değişiklikler bu sonucu doğuracaktır.[192]

Yasama ve yürütmeden gelen bu tür müdahalelerin önüne geçmek için hâkimlerin azledilememesinin anayasal güvenceye kavuşturulması gerekmektedir. Burada azledilememe, belli bir yaştan önce emekli edilememe ve özlük haklarından

---

[189] 1982 Anayasası'nda da hâkimlik teminatı düzenlenirken bu üç husus belirtilmiştir. Anayasanın 139. maddesinin ilgili fıkrası şu şekildedir: " *Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin ve kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz*."

[190] Yanık, **a.g.e.,** s. 178.

[191] Fendoğlu, **a.g.e.,** s.251.

[192] Yavuz, **a.g.e.,** s. 150-151.

yoksun bırakılamamayı bir arada değerlendirmek gerekmektedir. İşin doğası da açıkçası bunu gerektirmektedir. Eğer hâkim ve savcıların görev süreleri belli değilse ve yasama veya yürütmenin keyfi bir şekilde bunu belirleme ve değiştirme yetkisi varsa hâkim her türlü dışsal etkiye açık hale gelecektir. İşini kaybetme riskiyle karşı karşıya olan bir hâkimin tarafsız hareket etmesini beklemek ise gerçekçi olmayacaktır.[193]

Hâkimlerin kendi isteği dışında belli bir yaştan önce emekli edilememeleri de önemli bir güvencedir. Buradaki amaç hâkimlerin keyfi bir şekilde resen emekli edilmelerinin önüne geçmektir. Bunu engellemek için belli bir emeklilik yaşı belirlemenin yanı sıra özellikle yüksek yargı organlarında hâkimlerin görev sürelerini net olarak belirlemek de aynı amaca hizmet etmektedir. Önemli olan hâkimlerin anayasalarda belirlenmiş ve güvence altına alınmış görev süreleri boyunca herhangi bir tehdit altında kalmadan görevlerini icra edebileceklerini biliyor olmalarıdır.

Hâkimlerin özlük haklarından yoksun bırakılması da dolaylı olarak hâkimlerin azledilmesi sonucunu doğurabilir. Aylık ve ödenek haklarından mahrum bırakılan hâkim veya savcı bu baskıya boyun eğip istifa seçeneğini kullanabilir. Bu da yürütmeye, kararlarından hoşlanmadığı hâkim veya savcıyı dolaylı olarak azletme imkânı bahşetmektedir. Görüldüğü gibi, bu güvenceleri bir bütün olarak değerlendirip koruma altına almak gerekmektedir. Herhangi birinin yokluğu hâkimlik teminatıyla elde edilmek istenen neticenin baltalanması sonucunu doğuracaktır.

[193] Yanık, **a.g.e.,** s. 182.

Hâkimlik teminatını açıklarken belirtilen üç temel güvencenin yanında dikkate alınması gereken başka güvenceler de vardır. Bunların başında coğrafi güvence gelmektedir. Hâkimlerin temel mesleki güvencelere sahip olmasına rağmen yer değiştirmek suretiyle cezalandırılması Türkiye'de de sık karşılaşılan bir durumdur. Azledilemeyen, resen emekli edilemeyen ve özlük haklarına dokunulamayan hâkimler rasyonel bir gerekçe gösterilmeden yerleri değiştirilerek mağdur edilmektedir. Bu tasarruf daha çok yürütmenin umduğu çizgide ilerlemeyen davalara bakan hâkim ve savcılar için kullanılmaktadır. Özellikle siyasi nitelikleri haiz olan ya da siyasi sonuçları olduğu vehmedilen davalarda, yürütme organı sözde bağımsız ancak gerçekte kendisine bağımlı yüksek kurullar aracılığıyla, tutumundan rahatsız olduğu hâkimleri istekleri dışında başka yerlerde görevlendirebilmektedir. Bunun yanında vermiş olduğu kararlarla yürütme organıyla aynı perspektife sahip olduğunu kanıtlamış hâkimler istenilen mahkemeye kaydırılmaktadır. Bu şekilde yürütme organı sözde bağımsız olan mahkemelerden istediği yönde kararlar çıkartabilmektedir. Bu gerçek yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı için büyük bir tehdit oluşturmaktadır. Bu nedenle hâkimlerin isteği dışında ya da kimi kaçınılmaz ve makul nedenler dışında hâkim ve savcıların keyfi bir şekilde yerlerinin değiştirilmesine engel olmak için coğrafi güvence sisteminin varlığı büyük önem arz etmektedir. [194]

Son olarak, bahsedilen bu güvencelerin hiçbiri mutlak güvenceler değildir.[195] Anayasada ve yahut yasalarda yer alan kimi durumların gerçekleşmesi durumunda

[194] Türkiye'de coğrafi bölgeler arasındaki derin sosyo-ekonomik farklılıklar, hâkimler için coğrafi güvence sisteminin getirilmesi önündeki en büyük engel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, en azından ülkemizde, coğrafi güvence yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı için zorunlu bir koşul olarak görülmemektedir. **Bkz.** Yanık, **a.g.e.,** s. 185.
[195] Russell, **a.g.m.,** s. 15.

hâkim ve savcılar çeşitli yaptırımlara tabi tutulabilecektir. Bu durumlara örnek olarak; meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan hüküm giymeyi, görevini sağlık bakımından yerine getiremez hale gelmeyi ve meslekte kalmanın uygun olmadığına karar verilmiş olması verilebilir.[196] Önemli olan bu anayasal ve yasal düzenlemelerin yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumaya elverişli bir içeriğe sahip olmasıdır. Yürütmeye veya idareye geniş takdir yetkisi bırakan düzenlemeler de hâkimlik teminatını anlamsız bir retorik haline getirebilir. Bunun için anayasada ve yasalarda yer alan güvencelerin uluslararası hukuka uygun, açık ve kesin bir şekilde düzenlenmeleri gerekmektedir.

2.2.2.4.3. Yargılamayı Etkilemenin Suç Olarak Düzenlenmesi

Yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumak için, bunların anayasalarda düzenlenmesinin yanında, bağımsızlık ve tarafsızlığa zarar verecek söz ve eylemlerin, yasal düzenlemelerle kimi cezai yaptırımlara da tabi tutulması gerekmektedir. Bunun için de yargının işleyişine yönelik baskı ve müdahalelerin ceza kanunlarında ve kimi özel kanunlarda suç olarak düzenlenmesi icap eder. Aksine bu ilkelerin kimi düzenlemelere konu edilmesi bir temenniden öteye geçemeyecektir. Nitekim günümüz dünyasında, hemen hemen tüm demokrasilerde bu değerler anayasal düzeyde kabul edildikten sonra, bağımsızlığı ve tarafsızlığı etkileyebilecek söz ve eylemler yasalarla suç kapsamına alınmıştır.

Türkiye'de de yargılamayı etkilemeye matuf söz ve eylemlerin cezalandırılmasına yönelik kimi düzenlemeler mevcuttur. 1982 Anayasası'nda ilke

[196] Yavuz **a.g.e,** s. 156-157.

düzeyinde belirtilen bu düzenlemeler yasalarla suç kapsamına alınarak belli cezai yaptırımlara tabi tutulmuştur. Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı başlıklı 138. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz*." 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da bu anayasal düzenleme esas alınarak yargılamayı etkilemeye yönelik girişimler suç olarak düzenlenmiştir. İlgili kanunun yargı görevini yapanı etkileme başlıklı 277. maddesi şu şekildedir: "*Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır."*

Yargılamayı etkilemeden kasıt elbette ki davanın seyrine yönelik kimi endişelerin ve eleştirilerin dile getirilmesi değildir. Daha önce de ifade edildiği gibi suç kapsamında değerlendirilen söz ve eylemler yargılamanın selametine gölge düşüren ve yargılamanın taraflarından biri lehine, hâkimi baskı altına almaya yönelik girişimlerdir. Dolayısıyla ifade ve basın özgürlüğü sınırları içerisinde vuku bulan söz ve eylemler kesinlikle yargıya müdahale olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim yukarıda yer verilen ceza kanunundaki düzenlemede de hukuka aykırı olarak gerçekleşen müdahalelerin cezalandırılacağı açıkça ifade edilmiştir.

2.2.2.4.4. Aleni Duruşma

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına hizmet eden diğer bir araç da duruşmanın aleni olarak yapılmasıdır. Duruşmanın aleniliğinden kasıt bir yargılamada ortaya konulan bilgi, belge ve kanıtların herkes tarafından görülmesi ve bunun yanında tarafların iddia ve savunmasına yönelik sarf edilen sözlerin yine herkes tarafından duyulabilmesidir. Bu şekilde şeffaf işleyen bir yargılamada hâkimin tarafsızlığına yönelik olan inanç da artacaktır. Herkese açık işleyen bir duruşmada hâkim de keyfi kararlar alamayacaktır. Bu yönüyle alenilik aynı zamanda hâkimlerin hesap verebilirliğine hizmet etmekte ve yargının demokratik denetimine yardımcı olmaktadır[197]. Kapalı devre işleyen bir yargılamada ise mahkeme tarafından adil bir karar verilmiş olsa bile, sürecin şeffaf olmaması ve karara dayanak teşkil eden bilgi, delil, iddia ve savunmaların ulaşılabilir olmaması hâkimin tarafsızlığına gölge düşüreceği gibi, bir bütün olarak adalet sisteminin sorgulanmasına da yol açacaktır. Yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına duyulan inancın, yargının bağımsız ve tarafız olması kadar önemli olduğu hatırlandığında duruşmanın aleni olmasının faydaları daha iyi anlaşılacaktır.

Duruşmanın aleni yapılmasının yukarıda belirtilen faydaları olsa da, kimi istisnai durumlarda duruşmanın kapalı olması bizatihi söz konusu yargılamanın selameti için zorunluluk teşkil edebilir. Bazı durumlarda taraflardan birinin ya da bir bütün olarak kamunun menfaati duruşmanın gizli yapılmasını gerektirebilir. Zaten duruşmanın gizli yapılmasını gerektiren durumlarda sıklıkla genel ahlak ve kamu güvenliği gibi ilkelere atıfta bulunulur. Bu kavramlar çok net olmadığı gibi hâkimin bu kavramların ne anlama geldiği noktasındaki takdir yetkisini de aşırı bir şekilde

[197] Sancar ve Atılgan, **a.g.e.,** s.38. ; Hüner, **a.g.e**., s. 94.

genişletmektedir. Bu risk mevcut olmakla beraber kimi duruşmaların kapalı olarak yapılmasında fayda vardır. Nitekim bu talep kimi zaman bizzat yargılamanın taraflarından gelmektedir.

Aleni duruşma ilkesi 1982 Anayasası'nda, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması başlıklı 141. maddesinde şu şekilde kayıt altına alınmıştır: "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir... Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*" Görüldüğü gibi duruşmaların aleni olmasıyla mahkeme kararlarının gerekçeli olması bir arada ele alınmıştır. Aslına bakılırsa duruşmaların aleni bir şekilde gerçekleşmesindeki amaç, hâkimin keyfi bir şekilde değil, hesap verebilir ve şeffaf bir biçimde karar vermesini sağlamaktır. Kararların gerekçeli olması da yine hakimin vermiş olduğu kararların keyfi olmasının önüne geçmek için kabul edilmiş bir kuraldır. Hâkimin kararlarının gerekçesiz olması tıpkı kapalı devre yargılamadaki gibi hâkimin keyfi bir şekilde hareket etmesi sonucunu doğurabilir. Hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ise asla keyfi bir yargı yaratma amacında değildir. Bu nedenlerle 1982 Anayasası'ndaki düzenlemenin isabetli olduğu söylenebilir.

2.2.2.4.5. Özel Kolluk

Yargının bağımsızlığını tehdit eden hususlardan biri de yargı organına bağlı bir adli kolluğun yokluğudur. Bu durum yargıyı özellikle soruşturma evresinde

yürütme organına bağlı kılmaktadır.[198] Bu nedenle yargının yürütmeye olan bu bağımlılığını ortadan kaldırmak için yargıya bağlı özel bir kolluk teşkilatının kurulmasında fayda vardır.[199] Kendi kolluğuna sahip olmayan bir yargı özellikle yürütmeyi ilgilendiren davalarda müdahaleye açık olmaktadır. Yürütme organı doğrudan kendisine bağlı olan genel idari kolluk üzerindeki etkisini kullanarak soruşturma dosyalarını manipüle edebileceği gibi kolluk birimlerinden yargı organlarına olan bilgi ve belge akışını da yavaşlatabilir. Tüm bunlar yargı organının beklendiği gibi etkili ve hızlı hareket etmesini engellemektedir.[200]

2.2.2.4.6. Tabii Hâkim

Tabii hâkim ilkesi adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biridir. Bu ilkeye göre herkes yasayla önceden kurulmuş bir mahkemede yargılanma hakkına sahiptir[201]. Kişiye veya olaya özgü mahkeme kurulamayacağı gibi anayasalarda belirtilmiş kimi istisnai durumların dışında olağanüstü mahkemeler de kurulamaz. Tabii hâkim ilkesi Venedik Komisyonu Yargıçların Bağımsızlığı Raporunda şu şekilde ifade edilmektedir: "*Yasayla önceden belirlenmiş yasal yargıç veya doğal yargıç ilkesinin bir ifadesi olarak, davaların her bir yargıca dağıtılması, önceden yasayla veya yasaya dayalı özel düzenlemelerle, örneğin mahkeme tüzükleriyle belirlenmiş nesnel ve şeffaf kriterlere dayanmalıdır. İstisnalar haklı bir gerekçeye dayanmalıdır.*"[202] Görüldüğü gibi bu raporda da tabii hâkim ilkesine aykırı

[198] Yanık, **a.g.e.,** s. 122.
[199] Özen, **a.g.m.,** s.56.
[200] Yanık, **a.g.e.,** s. 122.
[201] Gönenç, **a.g.e.,** s.136.
[202] Gönenç, **a.g.e.,** s.136.

mahkemelerin kurulabileceği öngörülmekle birlikte, bunun için haklı bir nedenin varlığı aranmaktadır.[203]

Tabii hâkim güvencesi sadece kişiye ve olaya özgü olağanüstü mahkeme kurulamayacağını içerdiği gibi, bunun yanında haklı bir gerekçe olmadıkça bir davanın görüldüğü mahkemeden alınıp başka bir mahkemeye verilemeyeceğini ve yine aynı şekilde davaya bakmakta olan bir hâkimin yerine başka bir hâkimin görevlendirilemeyeceğini de kapsar.[204] Bu güvenceler aynı zamanda toplumun yargıya olan güvenini sağlamak için getirilmiş güvencelerdir. Aksi bir durum yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyeceği gibi buna duyulan toplumsal güvene de zarar verecektir.

2.2.2.4.7. Hâkimlerin Atanmasının ve Yükselmesinin Objektif Kriterlere Bağlanması

Hâkimlerin mesleğe kabul edilme, meslekte yükselme ve özlük hakları konusunda hangi organ ve kurumların yetkili olacağı yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını yakından ilgilendirmektedir. Tarihsel tecrübeler göstermiştir ki, bir kişiyi bir göreve getirmeye muktedir kurum veya kişi yine o kişinin faaliyetleri üzerinde etkili olabilmektedir.[205] Bu durum özellikle hâkimlik mesleği açısından yıkıcı sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Daha henüz mesleğe giriş aşamasında

[203] Tabii hâkim ilkesine 1982 Anayasası'nda da yer verilmiştir. Anayasa'nın kanuni hâkim güvencesi başlığı altında düzenlenen 37. maddesi "*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*" şeklindedir.
[204] Gönenç, **a.g.e**, s.136.
[205] Ünal, **a.g.m.,** s.66. ; Fendoğlu, **a.g.e**., s. 210-215.

birilerine mihnet duygusu içerisine sokulan hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bu şekilde şaibeli hale getirilmektedir. Yine aynı şekilde atamayı gerçekleştiren organın, terfi ve diğer özlük hakları üzerindeki yetkisi de bu bağımlılığı güçlendirmektedir. Bu gerçeği Prusya Kralı II. Frederik veciz ve çarpıcı bir şekilde şu sözüyle ifade etmiştir: "*Aylık ve terfileri konusunda ben karar verdikçe, hâkimler istedikleri kadar bağımsız olabilirler*."[206]

Dünya üzerinde farklı ülkelerde hâkimlerin seçilmesine dair çeşitli sistemler mevcuttur. Bu sistemler aşağıdaki gibi sıralanabilir[207]:

- Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi;
- Hâkimlerin yasama organı tarafından seçilmesi;
- Hâkimlerin yürütme organı tarafından seçilmesi;
- Hâkimlerin özel kurullar tarafından seçilmesi;
- Hâkimlerin salt hâkimlerden oluşan kurullarca atanması.

Hâkimlerin halk tarafından seçildiği ülkelere ABD ve İsviçre'yi örnek olarak verebiliriz.[208] Bu ülkelerde ilk derece mahkeme hâkimleri belli süreler için halk tarafından seçilmektedir. Halk tarafından seçilme düşüncesi daha çok yargı organına demokratik meşruiyet kazandırma çabasının ürünüdür. Bu şekilde yargı organı diğer organlara karşı meşruiyetini artıracak ve hâkimler görevlerini daha bağımsız ve etkin bir şekilde yerine getirecektir.[209] Tam tersine hâkimlerin halk tarafından seçilmesinin yargı organını ve hâkimleri siyasallaştıracağını ileri sürenler de vardır. Bu görüşün savunucuları seçimin kaçınılmaz olarak siyasi söylem ve düşünceler etrafında

[206] Helmut Ostermeyer' den **akt.** Ünal, **a.g.m.,** s.66.
[207] Ünal, **a.g.m,** s. 67-70. ; Yüksel, **a.g.m**., s. 78. ;Yanık, **a.g.e**., s. 381.
[208] Fendoğlu, **a.g.e.,** s. 210.
[209] Ünal, **a.g.m.,** s. 66-67.

şekilleneceği gerçeğini esas almaktadırlar. Bu durumda halk tarafından seçilen hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının zarar göreceği iddiasındadırlar.[210]

Hâkimlerin yasama organı tarafından atanmasına da Almanya ve Danimarka örneğini verebiliriz.[211] Almanya'da bu sistem yüksek mahkeme üyelerinin seçiminde uygulanmaktadır. Bu sistemde milli iradenin temsilcisi olan yasama organının hâkimlerin atanma sürecine katılımıyla yargı organını gücü ve meşruiyetinin artacağı düşüncesi hakimdir. Bunun yanında bu sistemim uygulandığı ülkelerde yargı organının iktidar partisinin bir aracı olmaması için gerekli tedbirler alınmıştır.[212]

Hâkimlerin yürütme organı tarafından atanmasına ise en güzel örnek İngiltere'dir. İngiltere'nin yanında İskandinav ülkeleri ve gelişmiş Avrupa ülkelerinde de bu sistem uygulanmaktadır. İngiltere'de bütün hâkimler Adalet Bakanlığı, Lordlar Kamarası Başkanlığı ve Yüksek Mahkeme Başkanlığı görevlerini şahsında toplayan Lord Chancellor tarafından atanmaktadır.[213] İngiltere'de yüksek mahkeme hâkimleri ise Lord Chancellor'un önerisi, başbakanın onayı ile Kraliçe tarafından atanmaktadır. Bu sistemin benimsendiği ülkelerde atamaları doğrudan yürütme organı gerçekleştirmesine rağmen, aday belirleme sürecinde hâkimlerin mesleki kuruluşlarına da öneride bulunma hakkı verilmektedir. Bunun yanında yürütmeye olan bağımlılığı azaltmak için belli güvencelerle yargının bağımsızlığı korunmaya çalışılmaktadır.[214]

---

[210] İnceoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,** s. 60. ; Gönenç, **a.g.e.,** s.142.
[211] Fendoğlu, **a.g.e**., s. 211.
[212] Ünal, **a.g.m.,** s.67.
[213] Fendoğlu, **a.g.e.,** s. 211. ; Ünal, **a.g.m.,** s.66,67.
[214] Ünal, **a.g.m.,** s. 66,67.

Hâkimlerin atanmasına yönelik bir diğer sistem de hâkimlerin özel olarak oluşturulan kurullar tarafından atanmasıdır. Yasama ve yürütme organından temsilcilerin bulunduğu bu kurullar farklı ülkelerde farklı kompozisyonlarda oluşturulabilmektedir. Bu sistem uzun bir süredir Fransa, İtalya ve Türkiye'de uygulanmaktadır.[215] Bu ülkelerin yanında son yıllarda Belçika, Danimarka, Hollanda, Norveç ve Polonya gibi ülkeler de bu sistemi uygulamaya başlamıştır.[216] Bu sistemin yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına ne kadar uygun olduğunu değerlendirmek için özel kurulun nasıl ve kimlerden oluşturulduğuna bakmak gerekmektedir. Bu özel kurullarda yasama veya yürütme organının temsilcileri ağırlıktaysa bu sistemin hâkimlerin doğrudan yasama ya da yürütme organları tarafından atanması sisteminden farkı kalmaz. Ancak bu kurulların oluşumunda yargı mensuplarının katılımı sağlanıp, yasama veya yürütme organına sembolik roller verildiğinde bu sistem daha savunulabilir olur. Günümüzde yargı kurumuna yönelik yapılan çalışmalarda da, kurulun teşekkülü bağımsızlığa elverdiği ölçüde, bu sistem büyük bir kabul görmekte ve tavsiye edilmektedir.

Son olarak hâkimlerin sırf hâkimlerden oluşan bir kurul tarafından atanması sistemine bakılacak olursa, bu sistem kimi yazarlarca teoride savunulmakla birlikte dünya üzerinde henüz bu sistemin bir örneği yoktur. Kooptasyon olarak da adlandırılan bu sistemde çok katı bir kuvvetler ayrılığı öngörülmekte ve yargı bağımsızlığının en iyi bu şekilde gerçekleşeceğine inanılmaktadır.[217] Hâkim atamalarından terfilere kadar hâkimleri ilgilendiren tüm işlere, yine hâkimlerden müteşekkil bir kurulun karar vermesi yargı organını yasama ve yürütme organı

[215] Fendoğlu, a.g.e., s. 212.
[216] Ünal, **a.g.m.,** s.68.
[217] Ünal, **a.g.m.,** s.70

karşısında tam bağımsız bir görüntüye kavuşturacaktır. Ancak bu sistem yargı organını sorumsuz ve hesap vermeyen bir konuma getireceği için de aynı zamanda kimi riskleri içinde barındırmaktadır. Kuvvetler ayrılığını aynı zamanda fren ve denge mekanizması olarak değerlendirdiğimizde gerçekten de bu durum kimi sıkıntılara yol açacaktır. Bu nedenlerle bu tür kurullarda ağırlıklı olarak yargı mensuplarına yer vermekle beraber yasama ve yürütmeden kimi temsilcilerin bulunması faydalıdır. Yalnız yukarıda da ifade edildiği gibi bu kurullarda yer alan yasama veya yürütme temsilcilerinin sayılarının ve konumlarının yargının bağımsızlığını tehlikeye atacak bir düzeyde olmaması gerekir. Bunun nasıl sağlanacağına yönelik tavsiye ve ilkeler ise uluslararası belgelerde açık ve net olarak ortaya konulmuştur.

Hâkim ve savcıların atanma sistemlerine bakıldığında her birinin kendi içinde ayrı ayrı avantaj ve dezavantajlarının olduğu görülecektir. Dolayısıyla diğer unsurlardan bağımsız bir şekilde herhangi bir sistemi idealleştirmek de bu noktada kolay değildir. Elbette ki mümkün olduğunca yargı organının oluşumu ve teşekkülü noktasında, yasama ve yürütmenin bağımsızlık ve tarafsızlığa zarar verici müdahalelerinden korunması gerekmektedir. Ancak bu en uygun çözümün yasama ve yürütmeden katı bir şekilde yalıtılmış bir yargı olduğu anlamına da gelmez. Asıl önemli olan yargı organının ve hâkimin dışsal etkilerden korunmasını sağlayan güvencelerin var olup olmamasıdır. Dolayısıyla bu güvenceler sağlandıktan sonra hâkimlerin atanmasına ilişkin herhangi bir sistem benimsenebilir.

Hukuk devleti anlayışının tüm kurum ve ilkeleriyle benimsenmiş olduğu ve kamuoyu nezdinde de buna duyulan inancın yüksek olduğu bir ülkede, yukarıda adları zikredilen sistemlerden hangisi kabul edilmiş olursa olsun, bağımsız ve tarafsız

bir yargı düzeni inşa etmek mümkün olabilir. Tam tersine, hukuk devletinin ilke düzeyinde kabul edilmesiyle beraber özümsenmemiş olduğu ülkelerde ise yargının yasama ve yürütmeden olabildiğince yalıtılmasında fayda vardır. Tabii burada da yargı organının ve onun mensupları hâkimlerin nitelikleri ve hukuk devletine olan inançları belirleyici olacaktır. Son kertede şunu söylemek gerekir ki, hâkim atamalarında hangi sistem benimsenmiş olursa olsun, eğer mesleğe kabul edilen hâkimler liyakat esasına dayanılarak seçiliyorsa ve yine aynı şekilde terfilerinde liyakat ilkesi benimseniyorsa, bu durumun bağımsızlığa ve tarafsızlığa önemli bir katkı sunacağı söylenebilir.[218]

2.2.3.Yargısal Aktivizm ve Yargının Kendi Kendini Sınırlandırması

Yargının siyasallaşmasının en önemli nedenlerinden biri de, demokratik bir sistemde çok önemli bir yere ve role sahip, anayasa yargısının kimi tutum ve yaklaşımlarıdır. Anayasa mahkemelerinin siyasi bir organ olan yasamanın işlemlerini denetleme ve iptal etme yetkisi, çoğu zaman bu mahkemelerin ve kararlarının hukuk ötesi bir şekilde, siyasi sonuçlarıyla değerlendirilmesine yol açmaktadır. Bu mahkemeleri doğası gereği bu tartışmanın dışında tutmak da açıkçası mümkün değildir.[219] Bir yasa hükmünün iptalini isteme hakkına sahip kurumlara bakıldığında, genellikle yürütmenin başı olan devlet başkanı ve ana muhalefet partisi ile karşılaşılmaktadır. Bu mekanizma da göstermektedir ki anayasa mahkemelerinin vermiş olduğu kararların çoğu bir şekilde siyasi tartışmaların odağı haline gelecektir.

---

[219] Serdar Gülener, **Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu**, Birinci Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 147-148. ; Yavuz, **a.g.e.,** s.60.

Anayasa yargısını benimsemiş olan ülkelerin çoğunda, gündeme gelen ve tartışılan konuların başında yargısal aktivizm (judicial activism) ve yargının kendi kendini sınırlandırması (judicial restraint) gelmektedir.[220] Yargısal aktivizmden kasıt anayasa mahkemesinin pozitif hukukun sınırlarını aşarak sınırlarını yasama aleyhine genişlettiği durumlardır.[221] Yargının kendi kendini sınırlandırması ise tam tersine anayasa mahkemesinin yetkisi olduğu halde, kimi yasama tasarruflarını incelemekten kaçınmasını ifade etmektedir. Anayasa mahkemelerini sınırlandıran bir mekanizmanın olmayışı, günümüz demokrasilerinde anayasa mahkemesine bu konularda geniş bir hareket alanı bırakmaktadır. Hal böyle olunca yasama organıyla yüksek mahkemenin sık sık karşı karşıya gelme ihtimali doğmaktadır.

Her iki yaklaşımın da olumlu ve olumsuz bir şekilde değerlendirmeye uygun olduğunu söylemek gerekir. Örneğin pozitif hukukun evrensel hukukun gerisinde kaldığı bir ülkede anayasa mahkemesinin yasal ve anayasal sınırları aşarak evrensel hukuka dayanarak karar vermesi olumlu karşılanmaktadır.[222] Anayasa mahkemelerinin bu konudaki aktivist tutumu aynı zamanda demokrasinin güçlenmesine de yardımcı olacaktır.[223] Ancak yasal ve anayasal sınırlarını ihlal eden yüksek mahkeme bu ihlali evrensek hukuk lehine değil de, dar siyasal çekişmeler ve

---

[220] Ergun Özbudun, **"Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi"**, AÜSBF Dergisi, Sayı: 62-3, s.258.

[221] Her ne kadar yargısal aktivizm tartışmaları genel olarak anayasa yargısı etrafında yoğunlaşmış olsa da idari yargıda da yargısal aktivizm örneklerine rastlamak mümkündür. Önemli olan yargının yasamanın ya da idarenin işlemlerini denetlerken hukuka uygunluk denetimi sınırları içerisinde hareket etmesidir. **Bkz.** Hüner, **a.g.e.,** s.130. ; Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.34.

[222] Türkiye'de farklı yargı mercilerinin hukuka aykırı olan anayasal ve yasal düzenlemelerin içini nasıl boşalttığına dair birkaç örnek için **bkz.** Fazıl Sağlam, **"Demokratik Hukuk Devletinde Yükselen Yıldız: Yargı"**, Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara, 2005, s. 117- 134.

[223] Ergun Özbudun, **"Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu**", Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara, 2005, s. 351.

bir takım ideolojik angajmanları esas alarak gerçekleştirirse bu durum demokrasiye zarar verecektir. Yine aynı şekilde mahkeme, temel hak ve özgürlüklere zarar veren bir yasama tasarrufunu, siyasi alana müdahale etmemek amacıyla denetlemekten kaçınırsa istenen bir tablo ortaya çıkmayacaktır. Mahkemenin evrensel hukuka uygun, aynı zamanda yasal ve anayasal takdir yetkisi içerisinde gerçekleştirilmiş yasama tasarruflarını denetlemekten kaçınması ise savunulur bir anlayıştır.[224]

Yukarıda anayasa yargısının pozitif hukukun dışına çıkmasının (çıkabilmesinin) kimi avantajlarının olabileceğinden bahsedildi. Ancak belirtmek gerekir ki yargısal aktivizm asli olarak, anayasa yargısının hukuk devleti ve insan haklarına uygun kararlar vermek saikiyle ulusal mevzuatın dışına çıktığı durumlar için değil, aksine yargıçların baktıkları davalarda kişisel politik görüşlerine göre karar verdikleri durumlar için kullanılmaktadır.[225] Bu nedenle kavramı daha çok bu dar anlamda kullanmakta fayda vardır. Yargıç, evrensel hukuk ilkelerini esas alarak değil de kendi ideolojik yaklaşımlarını esas alarak pozitif hukukun dışına çıktığında kendini seçilmiş parlamentonun yerine koyduğu gibi, yargının varlık ve meşruiyet nedeni olan adaleti sağlamak ve devleti kişi hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırmak hedefinden de uzaklaşmış olur.[226] Böyle bir tablo bizi "yargıçlar hükümeti" ya da "hâkimler devleti" olarak adlandırılan tehlikeyle baş başa bırakabilir. Anayasa

[224] Yargısal aktivizmin olumlu ve olumsuz görünümleri için **bkz.** Gülener, **a.g.e**., s. 263-264.
[225] Hüner, **a.g.e**., s.130. ; Gönenç, **a.g.e.,** s. 120. ; Anayasaya uygunluk denetimi yapan yüksek mahkemelerin yargısal aktivizm olarak nitelendirilebilecek kararları daha çok yasama organının işlemlerini iptal etmek şeklinde ortaya çıksa da, yargısal aktivizmi bununla sınırlandırmak doğru değildir. Bu mahkemelerin yasama organlarının anayasaya aykırı işlemlerini görmezden gelmesi de yargısal aktivizm örneğidir. **Bkz.** Serkan Korucu, **Yargısal Aktivizm**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 52.
[226] Erdoğan, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi**, s. 108. ; Gülener, **a.g.e**., s. 264-265.

mahkemesini denetleyen bir mekanizmanın yokluğu da bu tehlikenin ciddiye alınması gerektiğini göstermektedir.[227]

Anayasaya uygunluk denetimi yapan bir mahkemenin kendi kendini sınırlamasının gereği ve nedenine yönelik ABD Yüksek Mahkeme hâkimliği yapmış olan Frankfurter'in şu sözleri dikkate değerdir:

"Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu bir kanun haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (awesome) yetkisi, azami ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır."[228]

Kendi kendini sınırlamada, yargısal aktivizmin aksine anayasaya uygunluk denetimi yapan yüksek mahkemenin anayasa metnine bağlı kalması esastır. Buradaki amaç mahkemenin demokratik süreçlere saygı duymasını sağlayarak mahkemenin demokratik meşruluğuna katkı sunmaktır. Aksi bir tutumun mahkemeyi siyasallaştıracağına inanılmaktadır. Bu anlayışta "çoğunlukçu demokrasi" anlayışının işaretlerini görmek mümkündür.[229]

---

[227] Hüner, **a.g.e.,** s. 130,131.
[228] Tim Koopmans, **Counts and Political Instiututions: A Comparative View**, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s.52.(**Akt.** Özbudun, **a.g.m.,** s.258).
[229] Gülener, **a.g.e**., s. 265.

Görüldüğü gibi anayasa mahkemesinin yargısal aktivizm ile kendi kendini sınırlaması arasında, karşısına gelen her somut olayda bir denge kurması gerekecektir.[230] Bu dengeyi kurmanın zorluğu ortadadır. Bununla birlikte anayasa mahkemelerinin sahip olduğu bu geniş hareket alanı, kimi olumsuzluklara yol açsa bile, hem hukuk devletini tüm kurum ve ilkeleriyle korumak, hem de dinamik bir süreç içerisinde gelişen insan haklarını en son haliyle değerlendirmek açısından vazgeçilmez bir imkân sunar. Bu aynı zamanda bu yüksek mahkemelerin görevidir de.

Anayasa yargısının demokratik ülkelerdeki meşruiyeti temel hak ve özgürlüklere aykırı düzenlemeleri, pozitif hukukla birlikte evrensel hukuk ilkelerini de esas alacak şekilde inceleyip iptal etmektir. Meşruiyetini bu işlevinden alan bir kurumu pozitif hukuka mahkûm etmek, yargıyı tıpkı yürütme gibi genel ve soyut yasaların basit bir icracısı derekesine düşürecektir. Bugün hemen herkes kabul etmektedir ki; evrensel hukuk ilkelerinin, başka bir ifadeyle insan haklarının yer almadığı ve korunmadığı bir anayasayı anayasa olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu korumayı sağlamak için de anayasa yargısına büyük bir görev düşmektedir.[231]

[230] Barak, **a.g.e.,** 271.
[231] Erdoğan, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi** , s. 94-95. ; Yavuz, **a.g.e.,** s. 64

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1982 ANAYASASI VE TÜRKİYE' DE YARGININ SİYASALLAŞMASININ YAPISAL NEDENLERİ

3.1. TARİHSEL ARKA PLAN

3.1.1. 1876 Anayasası ve Yargı

Türkiye'nin modernleşme tarihine göz atıldığında akılda tutulması gereken ilk hususlardan biri, bu modernleşme sürecinin Cumhuriyet'in kurulmasından çok daha önceleri başlamış olmasıdır. Aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin dağılması ve yıkılmasının önüne geçmek için başlatılan bu çabanın, epey mesafe kat edilmiş olmasına rağmen, günümüzde bile devam ettiğini söylemek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Avrupa Birliği ile olan inişli çıkışlı ilişkileri ve bu ilişki neticesinde gerçekleştirilen reformları bu sürecin günümüzdeki yansıması olarak görmek gerekir.

Modernleşme sürecinin merkezine siyasi iktidarı sınırlandırma amacı yerleştirildiğinde, ilk olarak anayasacılık hareketleri ile karşılaşılmaktadır. Bilindiği gibi anayasacılık hareketlerinin en önemli amacı, Ortaçağ'dan sonra mutlak bir iktidara kavuşan monarşik yönetimlerin sahip olduğu sınırsız iktidarın sınırlarını tayin ederek, bu iktidara meşru bir çerçeve oluşturmaktı. Batı Avrupa'da burjuvazinin öncülüğünü yaptığı anayasacılık hareketleri, özellikle Fransız ve Amerikan devrimleri sonrası tüm dünyayı etkisi altına almıştır. Mutlak ve sınırsız

iktidarın karşısına kişi hak ve özgürlüklerini koyan bu hareket, bu referanslarla devlet iktidarını sınırlandırma mücadelesine koyulmuştur. İşte anayasalar bu mücadelenin sonucunda kabul edilen siyasi ilke ve ideallerin ifade bulduğu belgelerdir. Bu siyasi ilke ve ideallerin hayata geçirilmesindeki en önemli araçlardan biri de kuvvetler ayrılığıdır.

Osmanlı Devleti'ni de etkisi altına alan ve devletin son dönemlerinde kendisini göstermeye başlayan bu mücadeleler[232] ilk meyvesini 1876'da vermiştir. Kanun-i Esasi olarak adlandırılan bu Anayasa Osmanlı-Türk modernleşmesinin ortaya koyduğu ilk anayasadır.[233] Anayasa'da ortaya konulan yönetim sistemi ise meşruti monarşidir. İki meclisli bir parlamentonun öngörüldüğü bu Anayasa'da yine de padişah önemli yetkileri elinde tutmayı başarmıştır.[234] Yürütmenin başı olan padişah yasama organı olan Heyet-i Umumi'nin her iki kanadı üzerinde de belirleyici bir rol üstlenmektedir. Padişah Heyet-i Ayan üyelerini ve başkanını doğrudan kendisi seçtiği gibi, seçimle belirlenen Heyet-i Mebusan'ın başkanını da meclis tarafından gösterilen adaylar arasından yine kendisi seçer. Padişah ayrıca Heyet-i Umumi'nin toplanmasına, tatiline ve gerektiğinde feshine karar verebilir.[235] Meclisi Vükela

---

[232] Bu mücadele arkasında kitlesel halk desteği olan bir mücadele değildir. Elbette ki padişahın mutlak yönetiminden rahatsız olan bazı toplumsal kesimler mevcuttur. Bunların başında da azınlıklar gelmektedir. Ancak modernleşme hareketlerinin arkasındaki itici güç her zaman aydın, bürokrat ve asker üçlüsünden oluşmuştur. Bu üçlünün de asıl amacı ilk olarak devleti yıkılmaktan kurtarmaktır. 1876 Anayasası da öncelikle bu amaca hizmet etmektedir.

[233] 1876 Anayasası 1831 tarihli Belçika, 1851 tarihli Prusya ve 1875 tarihli Fransa Anayasalarından etkilenerek hazırlanmıştır. Bununla birlikte bu anayasaların mutlakıyet yönetimine yarayacak yönleri alınmış; meşruti yönetime ilişkin yönleri ise görmezden gelinmiştir. **Bkz.** Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 39.

[234] Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.26. ; Şeref Gözübüyük, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 6.

[235] Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 16. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s.136-138. ; Gözübüyük, **Anayasa Hukuku,** s. 115.

olarak adlandırılan ve günümüzün bakanlar kuruluna denk kurumunun üyelerini seçme, atama ve azletme yetkisi de padişahın elindedir. Tüm bunların yanında çıkartılacak yasalar ve yasa değişikleri için padişahın onayının alınması gerekmektedir. Bu şartlar altında yürütmeden yani padişahtan bağımsız bir yasama organından bahsetmek mümkün değildir.[236]

Kanun-i Esasi'de yargı organının nasıl düzenlendiğine bakılacak olursa bir kuvvet olarak böyle bir organın bahsi geçmemektedir. Anayasa metninde yargı kuvvetinden bahsedilmemekle birlikte mahkemelerle ilgili kimi maddelere yer verilmiştir. Bu maddelere bakıldığında yargı yetkisinin kullanılmasına ve yargının bağımsızlığına ilişkin kimi asgari güvencelerin kayıt altına alındığı görülmektedir. Bu maddeler şu şekilde sıralanabilir: Hâkimlerin özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi ve bir suçtan mahkûm olmadıkları takdirde azledilememeleri (md. 81), hâkimlerin her türlü müdahaleden korunmaları (md. 86), tabii hâkim (md. 23), olağanüstü mahkemeler ve yargılama yetkisine sahip özel komisyonların kurulamaması (md. 89), yargılamanın aleniyeti (md. 89), herkesin mahkemeler önünde bütün yollardan yararlanarak kendini savunabilmesi (md. 83) vb.[237] Fakat bütün bu yargısal güvencelerin Anayasa'nın meşhur 113. maddesiyle işlevsiz kılındığını söylemek gerekir.[238] Söz konusu madde hükümetin güvenliğini tehdit edenlere karşı padişaha ilgili kişi veya kişileri sürgün etme yetkisi vermektedir.[239]

---

[236] Tanör, **a.g.e**., s.138-141. ; Özbudun, **a.g.e**., s.26.

[237] Tanör, **a.g.e.,** s. 144-147. ; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014, s. 18. ; Ayrıca Gözler 1876 Anayasası'nın yargıya ilişkin hükümlerinin, dönemin şartları içerisinde değerlendirildiğinde "mükemmel" olarak nitelendirmektedir.

[238] Gözübüyük, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, s. 6.

[239] İlgili maddenin tam metni şu şekildedir: Md.113 "*Mülkün bir cihetinde ihtilâl zuhur edeceğini müeyyid asar ve emarat görüldüğü halde hükümeti seniyenin o mahalle mahsus*

Tüm bu açıklamalar ışığında 1876 Anayasası'nda yargının yeri değerlendirildiğinde parlak bir tabloyla karşılaşıldığı söylenemez. Her ne kadar Anayasa metninde kimi temel hak ve özgürlüklere ve yargısal güvencelere yer verilmişse de, padişahın sistem içindeki gücü ve Anayasa'da tanınan hakları koruyacak ve denetleyecek bir mekanizmanın yokluğu bu güvenceleri işlevsiz kılmaktadır.[240] Hepsinden önemlisi de bu Anayasa kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsememiş ve padişahı parlamentonun varlığına rağmen iktidarın merkezine yerleştirmiştir. Padişahın yetkileri esas alındığında fiili bir kuvvetler birliğinin uygulandığı görülecektir. Kuvvetler ayrılığının benimsenmediği ve yargıdan bir organ olarak bile bahsedilmeyen bu Anayasa'da yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığından bahsetmek abesle iştigaldir.

1876 Anayasası'nın ne kadar zayıf bir koruma sağladığı 1878 yılında ortaya çıkmıştır. Yukarıda da değinildiği gibi bu Anayasa tarafından padişaha tanınan yetkilerden biri de meclisi süresiz feshetme yetkisidir. II. Abdülhamid Anayasa'dan aldığı bu yetkiyi Rusya ile olan savaşı gerekçe göstererek feshetmiş ve meclis tam 30 yıl süre ile kapalı kalmıştır.[241] 1908 yılında ikinci meşrutiyetin ilanıyla yeniden yürürlüğe giren Kanun-i Esasi 1909' da çok önemli değişikliklere tabi tutulmuştur. Bu değişikliklerde özellikle padişahın yasama meclisi üzerindeki yetkileri kısıtlanmış ve gerçek anlamda sınırlı bir padişahlık makamı ortaya çıkmıştır.[242] Bununla birlikte

---

olmak üzere muvakkaten (idarei örfiye) ilânına hakkı vardır. (İdarei örfiye) kavanin ve nızamatı mülkiyenin muvakkaten tailinden ibaret olup (idarei örfiye) tahtında bulunan mahallin sureti idaresi nizamı mahsus ile tâyin olunacaktır. Hükümetin emniyetini ihlâl ettikleri idarei zabıtanın tahkikatı mevsukası üzerine sabit olanları memâliki mahrusai şahaneden ihraç ve teb'id etmek münhasran zatı hazireti padişahinin yedi iktidarındadır."

[240] **Bkz**. Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 246,247. ; Gören, **a.g.e**., s. 41.

[241] Gözübüyük, **Anayasa Hukuku,** s. 116.

[242] Özbudun, **a.g.e**., s. 27. ; Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, s.118.

devletin monarşik ve teokratik yapısı korunmuştur. 1909 yılında gerçekleştirilen önemli anayasa değişiklikleri, iktidarın sınırlandırılması bağlamında, şu şekilde sayılabilir[243]:

- Padişaha, Meclis-i Umumi önünde Anayasa bağlılık yemini etme yükümlülüğü getirilmiştir;
- Bakanlar Kurulu Mebusan Meclisine karşı sorumlu hale getirilmiştir.
- Bakanlar Kurulu'nun bir konuyu görüşmek için padişahtan alması gereken izin şartı kaldırılmıştır;
- Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan izin almadan yasa önerme hakkına kavuşmuştur;
- Padişahın 113. maddeden kaynaklanan sürgüne gönderme yetkisi kaldırılmıştır;
- Yasa önerilerinin Şuray-ı Devlet' te görüşülüp tasarı haline getirilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır;
- Padişahın mutlak veto yetkisi geciktirici veto yetkisine dönüştürülmüştür;
- Meclis-i Mebusan'a kendi başkanını seçme hakkı verilmiştir;
- Yürütmenin dolayısıyla da yürütmenin başı olan padişahın meclisi feshetme yetkisi sınırlandırılmıştır vb.

Yukarıdaki değişikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde 1876 Anayasası'nın daha demokratik bir hale kavuştuğu söylenebilir.[244] Bunun yanında yürütme ve yasama organları arasında yumuşak işbirliğine dayalı bir kuvvetler

[243] Gören, **a.g.e**., s. 43-45. ; Tanör, **a.g.e**., s.192-195. ; Gözübüyük, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, s. 8-9.

[244] Algan, 1909 değişiklikleriyle elde edilen kazanımların arkasında toplumun özgürlük mücadelesini görmekte ve bu süreci Osmanlı toplumunda aşağıdan yukarıya gerçekleşen ilk özgürlük hareketi olarak değerlendirmektedir. **Bkz**. Algan, **a.g.e.,** s. 247.

ayrılığı rejiminin de önü açılmıştır. Bu anlamda 1909 değişiklikleri gerçek anlamda parlamenter ve meşruti bir monarşi kurmuştur. Ancak Anayasa metnindeki bu önemli değişiklerin uygulamada hak ettikleri karşılığı bulduklarını söylemek zordur. [245]

1909 değişikleri ile monarşinin daha etkili bir sınırlandırma rejimine kavuştuğunu belirtmekle beraber, bu daha çok yasamanın yürütme karşısında ve her ikisinin de padişah karşısında elde ettiği kazanımlarla ilişkilidir. Yargı tıpkı Anayasa'nın ilk metninde olduğu gibi bir kuvvet olarak sayılmamıştır. Bu durumu da dönemin koşulları içerisinde normal karşılamak gerekmektedir. Sonuç olarak söylemek gerekir ki, 1876 Anayasası 1909 değişikleriyle beraber değerlendirildiğinde padişahın mutlak otoritesine son vermiştir. Ayrıca yürütme ve yasama organlarına padişah karşısında geniş bir özerk alan açmıştır. En önemlisi de kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin önemli güvenceler Anayasa metninde kendine yer bulmuştur.[246] Bunların hepsi tereddütsüz söz konusu dönem için çok önemli gelişmelerdir. Ama çalışma konusunun merkezinde yer alan yargı bir hukuk devletinde olması gereken yerin çok uzağındadır. Neticede 1876 Anayasası da bir hukuk devleti olma iddiasında değildir.

3.1.2. 1921 Anayasası ve Yargı

1921 yılında ilan edilen ve Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olarak bilinen 1921 Anayasası bir geçiş dönemi anayasası olması nedeniyle bir anayasadan çok hükümet programını andırmaktadır. 23 maddeden oluşan bu çerçeve Anayasa meclis hükümeti

[245] Tanör, **a.g.e**., s.197.
[246] Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, s. 118-119.

ve kuvvetler birliğinin benimsendiği bir anayasadır.[247] 1921 Anayasası'nın kabul edilme sürecine bakıldığında ise bu Anayasa'nın, Türkiye'nin en demokratik Anayasası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. 1876 Anayasası bir ferman anayasa niteliği taşımasına rağmen, 1921 Anayasası halkın temsilcilerinin etkin katılımıyla tartışılmış ve kabul edilmiştir. Bölgesel ve ulusal kongrelerin gerçekleştiği bu dönemde, ulusal kurtuluş mücadelesinin liderleri sürekli bir biçimde halka ve temsilcilerine danışma gereği duymuştur. Ayrıca bu Anayasa ulusal egemenlik ilkesini kayıt altına alan ilk anayasadır. Milli egemenlik ilkesinin kabulü bu Anayasa'nın en devrimci özelliğidir.[248] Bu, monarşik egemenlik anlayışının reddedildiği anlamına gelmektedir. [249]

1921 Anayasası'nın bir diğer önemli özelliği ise, 1876 Anayasası'nı hukuken ortadan kaldırmamış olmasıdır. 1876 Anayasası'nın 1921 Anayasası ile çelişmeyen maddeleri yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bu durum da ilginç bir şekilde iki anayasanın birden yürürlükte kalması sonucunu doğurmuştur. 1921 Anayasası'nın kısa bir metin olarak ortaya konulmasının nedenlerinden biri de budur. 1921 Anayasası'nın çerçeve bir anayasa olmasının diğer bir nedeni de yukarıda değinilen bir geçiş süreci anayasası olmasıdır.

1921 Anayasası'nda yargı erkinin nasıl düzenlendiğine gelinecek olursa, bu Anayasa'da yargı organına yer verilmemiştir. Daha da önemlisi bu Anayasa'da ne temel hak ve özgürlüklere ne de bunların güvencelerine yer verilmiştir. Bununla

---

[247] Gören, **a.g.e**., s. 49-50.

[248] Özbudun, **a.g.e**., s.28. ; 1921 Anayasası'nın egemenlik ilkesini düzenleyen birinci maddesi şu şekildedir: " *Hakimiyet bilakaydü şart milletindir. İdare usulü, halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir*".

[249] 1876 Anayasası'nda 1909 yılında yapılan değişiklikler akabinde, Heyet-i Ayan tarafından alınan kararlarda bu ilkeye vurgu yapılmasına rağmen anayasa metnine buna dair bir ibare koyulmamıştır . **Bkz**. Tanör, **a.g.e**., s.247-289.

birlikte Anayasa'nın meclis hükümeti ve kuvvetler birliği sistemini benimsemiş olmasından[250] ve kimi uygulamalardan yargının yerini belirlemek mümkündür. İstiklal Mahkemeleri'nin kuruluşunda görüldüğü gibi meclis yargı yetkisini de kendinde toplamıştır.[251] Bu mahkemeler meclis tarafından kurulduğu gibi mahkeme hâkimleri de meclis üyeleri arasından seçilmekteydi. Doğal olarak bu mahkemelerin oluşumu tabii hâkim ilkesine ve yargı bağımsızlığına aykırıydı.[252] Bu sistemde, meclis halkın sahip olduğu egemenliğin temsilcisi olarak mutlak bir egemenliğe sahiptir. Sonuç olarak kuvvetler birliğinin benimsendiği ve bir geçiş dönemi anayasası olan bu Anayasa'da yargının yerine ve önemine ilişkin söyleyebilecek fazla bir şey yoktur. Yargı da yürütme gibi meclisin pratikte sınırlandırılamayan hâkimiyeti altındadır ve hukukun güvencesi değil siyasi amaç ve hedeflerin bir aracı olma işlevi görmektedir.

3.1.3. 1924 Anayasası ve Yargı

1921 Anayasası'nın bir geçiş dönemi anayasası olması, onun bir anayasanın sahip olması gereken asgari şartlardan bile yoksun bir metin olarak ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kurtuluş Savaşı'nın bitmesi ve 1923 yılında devletin yönetim şeklinin Cumhuriyet olarak kabul edilmesiyle yeni bir anayasa yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. 1924 yılında kabul edilen yeni Anayasa kuşkusuz bazı konularda 1921 Anayasası'nın izlerini taşımaktadır. 1921 Anayasası'nda olduğu gibi millet

[250] Özbudun, **a.g.e**., s. 28,29. ; Gören, **a.g.e**., s. 49-50.
[251] Tanör, **a.g.e**., s. 261,262. ; Gören, **a.g.e**., s. 50.
[252] Gözler, **a.g.e**., s. 25,26

egemenliği ilkesinin kabul edildiği bu Anayasa'da da kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sistemi benimsenmiştir.[253]

Egemenliğin millete ait olmasını kabul etmekle beraber egemenlik hakkının kullanılması bakımından 1924 Anayasası 1921 Anayasası'ndan ayrılmaktadır. 1924 Anayasası bu konuda 1921 Anayasası'nın aksine meclisi ön plana çıkarmakta ve meclisin egemenlik hakkını millet adına kullandığına vurgu yapmaktadır. Bu haliyle 1924 Anayasası'nın meclisi yücelttiği ve temsili sistemi güçlendirdiği söylenebilir.[254]

1924 Anayasası kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sistemini kabul etmekle beraber yasama ve yürütme iktidarlarını fonksiyonel olarak birbirinden ayırmıştır. Anayasa metninde yasama ve yürütmeden birer "salahiyet" olarak söz edilmektedir. Yasama yetkisine bizzat sahip olan meclis yürütme yetkisini seçtiği cumhurbaşkanı ve bu cumhurbaşkanının atayacağı İcra Vekilleri Heyeti (Bakanlar Kurulu) aracılığıyla kullanır. Bu şekilde Anayasa bakanlar kurulunun oluşumunu meclise ait bir yetki olmaktan çıkartarak bu yetkiyi cumhurbaşkanı ve onun seçeceği başvekile (başbakan) bırakmıştır.[255]

1924 Anayasası'nda yargının yerine baktığımızda ise yargıdan bir kuvvet (kuvve-i kazaiye) olarak bahsedildiğini görmekteyiz. Ayrıca Anayasa'nın 8. maddesinde yargı yetkisinin millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir. Kuvvetler birliğinin esas alındığı bir anayasada yargıdan bir kuvvet olarak bahsedilmesi ve bağımsız yargıya yapılan vurgu kuşkusuz önemli bir

[253] Bununla birlikte Anayasa'da parlamenter sistemi andıran düzenlemelerde mevcuttur. Bundan dolayı 1924 Anayasası'nın karma bir hükümet sistemi öngördüğü de söylenebilir. Anayasa'nın parlamenter sistemi andıran özellikleri için **bkz**. Gören, **a.g.e**., s. 54.
[254] Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, s. 130. ; Tanör, **a.g.e**., s.294-296.
[255] Tanör, **a.g.e**, s. 296-304.

ilerlemedir ve yargı organına güç ve saygınlık kazandırmıştır. 1924 Anayasası'ndaki yargıyla ilgili diğer önemli maddeleri şu şekilde sıralanabilir[256] :

- Mahkemelerin örgütlenmesi, görev ve yetkilerinin yasayla düzenlenmesi (md. 53);
- Yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarını değiştirememesi, erteleyememesi ve bunların gereğinin yerine getirilmesini engelleyememesi (md. 54);
- Yargıçların yasa ile öngörülen durumların dışında azledilememeleri (md. 55);
- Yargıçların özlük haklarının yasa ile belirlenmesi (md. 56);
- Yargıçların özel ya da kamusal başka bir görev alamamaları (md. 57);
- Aleni yargılama (md. 58);
- Herkesin meşru yollardan yararlanarak tüm haklarını savunabilmeleri (md. 59);
- Hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi dâhilindeki bir davaya bakmaktan kaçınamaması (md. 60).

Görüldüğü gibi 1924 Anayasası yargıya ilişkin temel güvencelere ilke düzeyinde yer vermiştir. Ayrıca yargının yasama ve yürütmeden bağımsız olduğu hususu da önemli bir ayrıntıdır. Tüm bunlara rağmen yargıçların bağımsızlığına ve bu bağımsızlığı sağlayacak güvencelere Anayasa metninde yer verilmeyip bunların düzenlenmesinin yasalara bırakılması çok önemli bir eksikliktir.[257] Yine bu Anayasa yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul etmediği için

[256] Tanör, **a.g.e**., s. 306-308. ; Özbudun, **a.g.e**., s. 377.
[257] Özbudun, **a.g.e**., s. 378. ; Gözler, **a.g.e**., s.32. , Gözübüyük, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, s. 49-50.

uygulamada yasama organını frenleyebilecek bir mekanizmadan yoksundur.[258] Ayrıca bu Anayasa'da idari işlemlerin yargısal denetimi kabul edilmekle birlikte idari yargıya yargı başlığı altında değil idare başlığı altında yer verilmiştir. Bu Anayasa'nın yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını hiçe sayan en önemli eksikliği ise, doğal yargıç ilkesinin kabul edilmeyerek olağanüstü mahkemelerin kurulmasını yasaklamamış olmasıdır.[259]

Yukarıda yapılan açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, 1924 Anayasası'nın yargının yeri ve önemine ilişkin kendinden önceki anayasalara kıyasla önemli artıları olduğu söylenebilir. Hatta bu Anayasa kendi dönemi içerisinde değerlendirildiğinde ileri bir anayasa olarak bile kabul edilebilir. Nitekim o dönem Amerika ve Avusturya dışında anayasa yargısının kabul edildiği batı ülkesi yok gibidir. Ayrıca yine batı ülkelerinde aynı dönemde yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının etkili bir şekilde anayasal güvence altına alındığı da söylenemez. Dolayısıyla bu Anayasa'nın kazanımlarını ve artılarını küçümsememek gerekmektedir.

Günümüz standartları referans alınarak 1924 Anayasası değerlendirildiğinde ise, bu Anayasa yargının bağımsızlığını ve etkililiğini sağlamaktan çok uzaktır. Yargıdan bir kuvvet olarak bahsedilmekle birlikte siyasal organların, özellikle meclisin üstünlüğü ve yargının bağımsızlığını sağlayacak güvencelerin yasal düzenlemelere bırakıldığı hususları birlikte ele alındığında, yargı organı kendisinden beklenen işlevleri gerçekleştirmekten çok uzaktır. Nitekim uygulamada da yargı yeni rejimin siyasi amaçlarının gerçekleştirilmesinin bir aracı haline gelmiştir. Açıkçası

[258] Bu durum Anayasa'nın " *Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz*" hükmünü haiz 103. Maddesini de anlamsız kılmaktadır. **Bkz**. Algan, **a.g.e**., s. 249.
[259] Tanör**, a.g.e**., s. 306-308. ; Gözler, **a.g.e**., s. 32.

dönemin siyasi konjonktürü de yargının araçsallaştırılması için uygun bir zemin sunmaktadır. Dönemin siyasi konjonktürü ise çalışmanın boyutlarını fazlasıyla aşmaktadır.

3.1.4. 1961 Anayasası ve Yargı

Bir başlangıç bölümü, 157 madde ve 22 geçici maddeden oluşan 1961 Anayasası o zamana kadarki Osmanlı –Türk Anayasaları içindeki en uzun anayasadır.[260] II. Dünya Savaşı'ndan sonra kendine batı bloğunda yer bulan Türkiye, bu tarihten sonra yavaş yavaş batı demokrasilerindeki siyasi ve hukuki standartları yakalamaya çalışmıştır. Kuşkusuz bu süreçteki en önemli kararlardan biri de tek parti sistemine son verilip çok partili, demokratik bir sistemin kabulüdür. Çok partili sistemin kabulünün ardından iktidarı CHP' den devralan DP iktidarının tasarrufları ve 1924 Anayasası'nın bu tasarruflar için oluşturduğu zemin 1961 Anayasası hazırlanırken yol gösterici olmuştur. 1924 Anayasası hatırlandığı üzere kuvvetler birliği esasını kabul etmiş ve siyasal iktidarı dengeleyecek ve frenleyecek bir mekanizma öngörmemiştir. Bu durum meclisin çoğunluğunu elinde tutan iktidar partisine sınırsız bir iktidar alanı açmıştır. 1950 yılında tek başına iktidar olan DP de iktidarda kaldığı 10 yıl süre boyunca bu sınırsız iktidarı herhangi bir engelle karşılaşmadan kullanmış, çıkardığı yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir mercii olmadığı için de, istediği şekil ve içerikte kanun çıkartarak ülkeyi yönetmiştir.

[260] Tanör, **a.g.e**., s.377.

1961 Anayasası'ndan önceki iktidar uygulamaları göstermiştir ki, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilke ve güvencelerin anayasada yer alması ve iktidarın tasarruflarını denetleyecek bir mekanizma, sağlıklı işleyen bir demokrasi için yaşamsal önemdedir. 1961 Anayasası birinci sorunu Anayasa'daki hak ve özgürlük rejimine ilişkin maddeleri kazuistik bir yöntemle düzenleyerek çözmeye çalışmış, denetleme sorununu ise anayasa yargısını kabul ederek aşmaya çalışmıştır. Bu şekilde temel hak ve özgürlükler daha güvenceli bir statüye kavuşturulmuştur.[261] Özellikle anayasa yargısının kabul edilerek Anayasa Mahkemesi'nin kurulması hukuk devletine giden yolda çok önemli bir adımdır. Nitekim 1961 Anayasası Türkiye Cumhuriyeti'ni sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Liberal bir anlayışla kaleme alınan Anayasa'da bu anlayışa uygun olarak özgürlük asıl sınırlama istisna olarak kabul edilmiştir. Devleti değil birey ve insanı yücelten Anayasa, başlangıç bölümünde meşruluğunu yitirmiş iktidara karşı direnme hakkını bile benimsemiştir.[262] Aynı zamanda sosyal devlet olmanın gereği olarak bu Anayasa klasik hakların yanında ikinci kuşak haklar olarak da bilinen sosyal haklara da yer vermiştir. Bu sosyal hakların başında ise sendika, grev ve toplu sözleşme gibi haklar gelmektedir.[263]

1961 Anayasası günümüzde bile kimi kesimlerce Türkiye'nin en demokratik ve özgürlükçü anayasası olarak kabul görmektedir. Hatta 1982 Anayasası'nın geçirmiş olduğu onca değişikliğe rağmen 1961 Anayasası'nın düzeyinden uzak

---

[261] Algan, **a.g.e.,** s. 252. ; Özbudun, **a.g.e**., s. 44.

[262] Anayasa'nın direnme hakkının da yer aldığı başlangıç kısmının ilk paragrafı şu şekildedir: *" Tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olan ; Anayasa ve Hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti;…"*

[263] Tanör, **a.g.e**., s. 377-381. ; Özbudun, **a.g.e**., s. 43. ; 1961 Anayasası'nda düzenlenen sosyal ve ekonomik hakların bir değerlendirmesi için **bkz.** Algan, **a.g.e**., s. 249-254.

olduğu da dillendirilen diğer bir iddiadır.[264] Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, 1961 Anayasası metin üzerinden incelenecek olursa kimi eksikliklerine rağmen özgürlükçü ve demokratik bir anayasadır. Hukuk devleti ilkesini kabul etmiş ve bu ilkenin gereği olarak kuvvetler ayrılığı, bağımsız yargı ve anayasa yargısı gibi diğer temel ilke ve kurumları da kabul etmiştir. En önemlisi de temel hak ve özgürlükler anayasal güvencelere kavuşturulmuştur. Ancak tüm bunlara rağmen 1961 Anayasası'nın askeri bir darbe ürünü olduğunu unutmamak gerekir.[265]

Anayasa'nın hazırlanışının da demokratik ilkelere uygun olduğu söylenemez. Mesela DP çizgisi toplumun çok önemli bir kesiminden destek görmesine rağmen bu Anayasa'nın yapımında dışlanmıştır. Bunun yanında anayasal bir kurum haline getirilen MGK'nın sistem içindeki yeri, darbeyi gerçekleştiren MBK üyelerinin ikinci meclis olan Cumhuriyet Senatosu'nun tabi üyesi olmaları ve askeri yargının yetki alanının genişletilmesi gibi hususlar Anayasa'nın demokratikliğine büyük zararlar vermiştir.[266] Askerin sistemdeki ayrıcalıklı konumu 1961 Anayasası'nın uygulanmasında sık sık kendisini gösterecektir. 1982 Anayasası'na giden yolda gerçekleşen 1971 ve 1973 anayasa değişikliklerinin arkasında da yine askerler vardır. Bu değişikliklerden sonra Anayasa'nın özgürlükçü yapısı büyük zarar görmüş ve Anayasa'nın tanımış olduğu "aşırı özgürlükler" in ülkeyi yönetilemez hale soktuğu

[264] Algan, **a.g.e**., s. 254.
[265] Bu konuda **bkz**. Bülent Algan, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki görünümü**, Birinci Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 179,181.
[266] Tanör, **a.g.e**., s. 399. ; 1971 ve 1973 değişiklerinin yürütme lehine getirdiği düzenlemeler için ayrıca **bkz.** Algan, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki görünümü,** s. 186,187.

tespiti yapılmıştır. Bundan sonraki süreç daha çok yürütmenin güçlendirilmesi ve hak ve özgürlüklerin zayıflatılması sürecidir.[267]

1961 Anayasası'nın yargı erkini nasıl düzenlediğine gelecek olursak en başta ifade edilmesi gereken nokta yargı erkinin iktidarı kullanan üç kuvvetten biri olarak geniş bir yetki alanına sahip olduğudur. Hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığının kabul edildiği Anayasa'da yargının bağımsızlığını sağlamaya yönelik birçok ilke, hak ve güvence yer almıştır. Anayasa metninde yer alan yargıya ilişkin temel ilke, hak ve güvencelerin bir kısmı şunlardır[268] :

- Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılması (md. 7);
- Hak arama özgürlüğü (md. 31);
- Tabii yargı yolu (md. 32);
- Cezaların yasallığı ve kişiselliği (md. 33);
- Mahkemelerin bağımsızlığı (md. 134);
- Duruşmaların açık, kararların gerekçeli olması (md. 135).

Bunların yanında hâkimlerin özlük haklarını düzenlemek üzere HYK'nın kurulması, yasa ve anayasa değişikliklerini denetlemek için AYM'nin kurulması, hukuk devletinin temel prensibi olan idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı

[267] Özbudun, **a.g.e**., s. 47. ; 1961 Anayasası'nın değiştirilmesi sonucunu doğuran eleştirileri Gözübüyük şu şekilde sıralamaktadır: *"a- Anayasanın özgürlükler düzeni toplumun gereksinimlerine uygun değildir. Anayasa özgürlüklerin kötüye kullanılmasına elverişlidir. b- İki meclisli sistem yasaların çıkarılmasını geciktirmekte ve güçleştirmektedir. c- Yürütme, güçsüzleştirilmiştir. Oysa yürütmeye toplum gereksinimlerine uygun düzenleme yetkisi tanımak gerekir. d- Anayasa Mahkemesi'nin yasama, Danıştay'ın da yürütme üzerindeki denetimi, iktidarı iş göremez bir duruma getirmektedir. e- Özerk kuruluşlar, devlet içinde birer devlet gibi hareket etmektedir."* **Bkz.** Gözübüyük, **a.g.e.,** s. 144.

[268] Tanör, **a.g.e**., s.403.

denetimine tabi tutulması, seçimlerin yine bir yargı organı olan YSK'nın denetim ve gözetimi altında yapılması gibi yenilikler yargı organına yasama ve yürütme karşısında nispi bir üstünlük sağlamıştır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde denebilir ki 1961 Anayasası'nın yarattığı sistemde "gözde organ" yargıdır. Bu Anayasa'dan, iktidarı yargı erki ile paylaşan siyasal organlar olan yasama ve yürütme kayıplı çıkmışken, yetkileri ve önemi artan yargı erki kazançlı çıkmıştır.[269]

1961 Anayasası sistematiğinde yargı organının yerine bakıldığında gerçekten de yargı kurumsallaşarak etkili bir erk haline gelmiş ve yine yargının kurumsal bağımsızlığıyla beraber hâkimlerin bağımsızlığının da önü açılmıştır.[270] Anayasa metni bu konulardaki madde içerikleriyle dönemin en demokratik batılı devletlerle yarışabilecek düzeydedir. Ancak Anayasa'nın bir darbe ürünü olması ve ordunun adeta özerk bir kuvvet olarak siyasal sistem içinde yer edinmesi Anayasa'nın öngörmüş olduğu demokratik düzene gölge düşürmüştür. Yetmezmiş gibi yargı ve bürokrasi de askerin rejim bekçiliği görevini askerin yanında yer alarak paylaşmışlardır. Anayasa her ne kadar yargının bağımsızlığını güvence altına almışsa da yargı tarafsız olmaktan uzak bir görüntü vermiştir.

Son tahlilde yargı organının üzerinde hassasiyetle durulmasının en önemli nedeni yargı organının bir hukuk devletinde sahip olması gereken konum değil, yürütme organının sınırlandırılması ve gerektiğinde kendi alanına çekilmesi kaygısı olmuştur. Yargı organından yürütme ve yasamaya karşı bağımsız olması beklenmiş ancak söz konusu devlet ve onun menfaatleri olduğunda yargı Anayasa'ya mündemiç olduğu iddia edilen birey ve toplum merkezli felsefeden ziyade devleti kutsayan bir

[269] Tanör, **a.g.e**., s. 403,404.
[270] Gözler, **a.g.e**., s. 40.

anlayışın temsilcisi olmuştur. Bu da şunu bir kez daha göstermektedir ki, yargının tek başına bağımsız olması tarafsızlığı garanti etmemektedir. Bu sorun, 1982 Anayasası döneminde de kendisini hissettirecek ve bu tartışmalar günümüze kadar devam edecektir.

3.1.5. 1982 Anayasası ve Yargı

Kendisinden önceki 1961 Anayasası gibi, yine bir askeri darbe ürünü olan 1982 Anayasası, 1971 ve 1973 yıllarında gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin devamı niteliğindedir. Hatırlanacağı gibi bu tarihlerde gerçekleşen anayasa değişiklikleri 1961 Anayasası'nın özgürlükçü ve demokratik yapısına tırpan vurmuş, yürütmeyi iktidar paylaşımında daha üstün bir konuma yükseltmiştir. 1982 Anayasası da yine aynı şekilde temel hak ve özgürlükleri zayıflatırken yürütme erkinin yetkilerini artırmıştır.[271] Bunun en önemli nedeni de kuşkusuz darbe öncesi dönemde yaşanan iç karışıklıklar ve istikrarsız yönetimlerdir. Bu sorunların kaynağını 1961 Anayasası'nın tanıdığı "aşırı özgürlük"ler olarak değerlendiren darbeciler çözümü de bu anayasayı değiştirmekte bulmuşlardır.[272] Yeni Anayasa ise anayasaların temel işlevi ve tarihsel meşruiyeti olan devleti sınırlandırma şiarıyla değil devleti kutsama ve koruma içgüdüsüyle hazırlanmıştır. Temel hak ve özgürlüklerde istisna olan sınırlandırma yeni Anayasa'yla adeta kural haline getirilmiştir. Yargı tasarrufu olarak adlandırılan ve idarenin kimi işlemlerini yargı denetimi dışında bırakan düzenlemelerin sayısı artmış ve sistem içinde askerin

[271] Gözübüyük, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, s. 206. ; Özbudun, **a.g.e**., s. 63.

[272] Bu yönleriyle ele alındığında 1982 Anayasası bir "tepki anayasası" olarak değerlendirilebilir. **Bkz**. Algan, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü**, s. 221.

konumu ve gücü çok bariz bir şekilde tahkim edilmiştir. Kısacası bu Anayasa'nın otorite/hürriyet dengesinde tercihini otoriteden yana yaptığı açıktır.[273]

1982 Anayasası'nın ilk hali yukarıda da özetlendiği gibi 1961 Anayasası'nın çok gerisindedir. Ancak zamanla birçok kez değişikliğe uğrayan bu Anayasa'nın günümüzde 1961 Anayasası'nın standartlarını yer yer yakaladığı, kimi zaman da aştığı söylenebilir. Bu tespit, daha çok Anayasa'nın sözü noktasında bir anlam taşımaktadır. Anayasanın özü ve ruhu referans noktası olarak alındığında karşımıza iç açıcı bir durum çıkmamaktadır. Otoriter ve vesayetçi ruh hala Anayasa'ya mündemiçtir.[274] Nihai aşamada bu Anayasa da tıpkı kendisinden önceki 1961 Anayasası gibi askeri bir darbenin ürünüdür ve Anayasa'nın yapılışında demokratik bir yol izlenmemiştir.

Bu çalışmada amaç, 1982 Anayasası'nın arkasındaki siyasal ve toplumsal gelişmeleri irdelemek değildir. Bu siyasal ve toplumsal gelişmeler elbette ki Anayasa'nın şekillenmesinde başat bir rol oynamıştır. Ancak çalışma konusu itibariyle Anayasa'nın iktidar veya yönetim anlayışını açıklayıp, yargı organının bu anlayış ve sistem içindeki yerine odaklanmak gerekmektedir. Bu açıdan yaklaşıldığında dikkat kesilmesi gerekilen ilk nokta Anayasa'nın millete ait olan egemenliği nasıl paylaştırdığıdır. 1982 Anayasası da 1961 Anayasası gibi kuvvetler ayrılığını benimsemiştir. Ancak 1961 Anayasası'nda gözde organ yargı iken 1982

[273] Özbudun, **a.g.e**., s.62,63. ; Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 256.
[274] Özbudun, **a.g.e**., s. 71

Anayasası'nda gözde organ yürütmedir. Anayasa yasama ve yargıdan sadece yetki olarak bahsetmişken yürütme yetki ve görev olarak düzenlenmiştir. [275]

Anayasanın başlangıç kısmının dördüncü paragrafında kuvvetler ayrımının devlet kurumları arasında bir üstünlük sıralaması anlamına gelmediği ve üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarda bulunduğu ibaresi yer almaktadır.[276] Ayrıca Anayasa Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal, laik, demokratik ve hukuk devleti niteliklerini haiz olduğunu deklare etmektedir. Hukuk devleti ilkesinin kabul edilmesiyle paralel olarak bu ilkenin gerekleri olan kuvvetler ayrılığı, idarenin denetimi, mahkemelerin bağımsızlığı, tabii hâkim, hâkimlik teminatı, aleni duruşma ve gerekçeli karar, suç ve cezaların kanuniliği, hak arama özgürlüğü gibi temel ilkeler anayasal güvence altına alınmıştır.

1982 Anayasası'nın yargı ile ilgili diğer bir önemli özelliği 1961'de kurulan Anayasa Mahkemesi'ni muhafaza etmesidir. Bir hukuk devletinde anayasa yargısının varlığı hayati derecede önemlidir. Anayasa değişikliklerinin, kanunların, KHK'ların ve TBMM İç Tüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğunu denetleyen bu Mahkeme, sahip olduğu bu yetkilerle bir hukuk devletinde kilit bir rol oynamaktadır. Türkiye' de bu Mahkeme'nin kurulduğu günden bu yana bu işlevini ne kadar başarıyla gerçekleştirdiği ise tartışmalıdır. Özellikle Mahkeme'nin oluşumunda siyasi organların önemli etkisinin bulunması ve Mahkeme'nin vermiş olduğu kimi kararlarda Anayasa ve uluslararası belgelerde teyit edilen hak ve özgürlükler

[275] Özbudun, **a.g.e**., s.148.

[276] Başlangıç kısmındaki ilgili paragraf tam olarak şu şekilde kayıt altına alınmıştır: *" Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;…".*

penceresinden değil de, resmi ideolojiyi esas alarak hareket etmesi, bu soruya olumlu cevap verilmesini zorlaştırmaktadır.

1982 Anayasası'nın günümüzdeki son hali esas alındığında gerçekten de Anayasa'nın yargının bağımsızlığına ilişkin temel ilkeleri güvence altına aldığı görülmektedir. Ancak yargı erkinin teşekkülünde yürütmenin sahip olduğu yetkiler, Türkiye'deki siyasal kurumların hukuk devleti ve demokrasi konusundaki pek parlak olmayan siciliyle birleştiğinde yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını tehdit eder bir tablo ortaya çıkarmıştır. Yürütme erkinin hâkimlerin mesleğe giriş sürecindeki rolü, hâkimlerin özlük ve disiplin işlerini düzenleyen HSYK'nın yapısı içerisindeki dahli ve aynı şekilde yüksek mahkemelerin oluşumunda sahip olduğu önemli yetkiler Anayasa tarafından güvence altına alınan yargının bağımsızlığı ilkesini boşa düşürmektedir. Yürütmenin yargı erki üzerindeki etkisi kaçınılmaz olarak yargının siyasallaşması tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Bu durum yargının siyasallaşmasının tek nedeni olmamakla beraber en önemli nedenidir. Aynı zamanda yargının siyasallaşmasının yapısal nedenlerine baktığımızda, bu nedenlerin çoğu yürütmenin sahip olduğu bu yetkilerle doğrudan irtibatlandırılabilir niteliktedir. Bu nedenle yüksek yargı organları üzerindeki yürütmenin etkisini ortaya koyabilmek için, bu organların kuruluş ve yapısını ayrı ayrı ele almak uygun olacaktır.

3.2.TÜRKİYE'DE YARGININ SİYASALLAŞMASININ YAPISAL NEDENLERİ

3.2.1. Hâkimlerin Adaylık ve Mesleğe Kabul Süreçleri

Türkiye'de yargının siyasallaşması tartışması yapılacaksa tartışılması gereken ilk konulardan biri kesinlikle hâkimlerin adaylık ve mesleğe kabul edilme süreçleridir. Hâkim ve savcıların atanmalarında izlenecek süreç 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kanuna göre hâkim ve savcı aday adayları öncelikle yazılı bir sınava girmekte ve yazılı sınavdan başarılı sayılanlar devamında bir mülakata tabi tutulmaktadır.[277] Yapılan mülakattan sonra yazılı sınav ve mülakat sonuçları birlikte değerlendirilerek, puan sıralamasına göre ilan edilen kontenjan sayısı kadar kişi adaylığa kabul edilmektedir. Adaylar Türkiye Adalet Akademisi'nde ve çeşitli mahkemelerde görecekleri belirli bir eğitim sürecinden sonra yeniden bir yazılı sınava tabi tutulurlar.[278] Bu sınavı kazananların, kanunda yazılı diğer şartları sağlamakla birlikte, mesleğe kabullerine HSYK karar verir. Mesleğe kabul edilen adayların görevlerine atanmaları, kura yöntemiyle yine

[277] Adaylık için yapılan yazılı sınavın başka kurumlara yaptırılması konusunda Adalet Bakanlığı'nın sahip olduğu takdir yetkisi 2007 yılında 2802 saylı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na eklenen 9/A maddesi ile kaldırılmış ve yazılı sınav bu tarihten itibaren ÖSYM tarafından yapılmaya başlanmıştır. Bu değişiklikle birlikte yazılı sınavın daha nesnel bir hale geldiğini söylemek gerekir. **Bkz**. Mustafa Avcı**, "Adli, İdari ve Askeri Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler"**, AÜHFD, 2012, s. 895, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18015.pdf. (E.T. 20.04.2016). ; Halit Yılmaz, **"Hâkim ve Savcı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar"**, TBB Dergisi, 2011, s. 43, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-93-687, (E.T 20.04.2016). ; Yanık, **a.g.e**., s. 398.

[278] 01.07.2016 tarih ve 6723 sayılı kanunla birlikte Akademi'nin yaptığı yazılı sınava ek olarak adayların Akademi tarafından yapılacak sözlü sınavdan da başarılı olma şartı getirilmiştir. Sözlü sınavı yapacak komisyonda yer alacak üyeler ise Akademi Başkanı, Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Yönetim Kurulu tarafından Akademide ders veren öğretim elemanları arasından seçilen iki asıl ve bir yedek üye olarak belirlenmiştir.

HSYK tarafından yapılmaktadır. Hâkim ve savcıların adaylık ve mesleğe kabul edilme süreçleri özetle bu şekildedir.

Yukarıda kısaca değinilen süreçte yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını tehdit eden ve bu yönüyle onun siyasallaşmasına zemin hazırlayan en önemli husus mülakat aşamasıdır. Mülakat komisyonlarının oluşumu dikkate alındığında bu durum gerçekten de yürütme organı olan Adalet Bakanlığı'na bu süreçte olağanüstü yetkiler vermektedir.[279] 2802 sayılı kanunun yazılı yarışma sınavı ve mülakatın yapılış şeklini düzenleyen 9/A maddesinin yapılacak mülakatla ilgili kısmı şu şekildedir:

"*Yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilânında belirtilen kadro sayısının iki katı fazlası mülâkata çağrılır. Ancak başarı oranı, ilân edilen kadronun iki katı fazlasının altında olursa, sadece başarılı olanlar mülâkata çağrılır. Bu şekilde çağrılan en düşük puana sahip adayla aynı puanı alanlar da mülâkata alınır.*

Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilir. Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay

[279] **Bkz.** Sancar ve Atılgan, **a.g.e**., s. 106. ; İnceoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, s.58-59. ; Gönenç, **a.g.e**., s. 145.

mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargıtay mensupları arasından, Danıştay kontenjanı için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay veya Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılır."

Görüldüğü gibi mülakat kurulunda yer alan yedi üyenin beşi Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşmaktadır. Geriye kalan iki üye de Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulu'ndan gelecektir. Adalet Akademisi'nden gelecek üyelerin Yargıtay ve Danıştay kontenjanından seçilecek olması yürütmenin ağırlığını kısmen törpülüyor gözükebilir.[280] Ancak bu durum Mülakat Kurulu'nun açık bir şekilde yürütmenin kontrolünde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Ayrıca 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nda 2014'te yapılan değişikliklere bakıldığında bu kurumun da yürütmenin kontrolüne geçtiği ortadadır. Yapılan değişiklik uyarınca Adalet Akademisi'nin başkanı, Adalet Bakanı tarafından gösterilecek üç aday arasından Bakanlar Kurulu tarafından atanır. Başkan yardımcıları ise doğrudan Adalet Bakanı tarafından atanır ve görevlendirilirler.[281] Yine yapılan değişiklik sonucu, Adalet Akademisinin Genel Kurul yapısı da kanunun 12. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"*Genel Kurul; Bakan, Bakanlık Müsteşarı, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü, Kanunlar Genel Müdürü, Avrupa Birliği*

[280] Yavuz, **a.g.e**., s. 238.

[281] 4954 sayılı kanunun ilgili 9/1 maddesi şu şekildedir*: "Başkan, Bakan tarafından Yargıtay ve Danıştay üyeleri, birinci sınıf adli ve idari yargı hâkim ve savcıları ile bu sınıftan sayılanlar, hukuk profesörleri, en az yirmi yıl fiilen mesleği icra etmiş avukatlar veya en az yirmi yıl fiilen mesleği icra etmiş birinci sınıf noterlerden muvafakatleri alınarak gösterilen üç aday arasından Bakanlar Kurulunca dört yıl süre ile seçilip görevlendirilir veya atanır. Başkan yardımcıları, yukarıda sayılanlar arasından Bakan tarafından görevlendirilir veya atanırlar. Süresi biten Başkan bir dönem daha aynı usulle yeniden seçilip görevlendirilebilir veya atanabilir."*

Genel Müdürü, Personel Genel Müdürü, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürü, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü, Eğitim Dairesi Başkanı ile dört yıl için seçilen aşağıdaki üyelerden oluşur:

a) Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun biri hukuk daireleri, biri ceza daireleri üyeleri arasından seçeceği iki üye

b) Danıştay Başkanlık Kurulunun Danıştay üyeleri arasından seçeceği bir üye

c) Askerî Yargıtay Başkanlar Kurulunun Askerî Yargıtay üyeleri arasından seçeceği bir üye

d) Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulunun Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin hâkim sınıfından olan üyeleri arasından seçeceği bir üye

e) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kendi üyeleri arasından seçeceği bir üye

f) Bakanın, birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş; adli yargı hâkim ve savcıları arasından görevlendireceği dört, idari yargı hâkim ve savcıları arasından görevlendireceği iki üye

g) Yükseköğretim Kurulunun Türkiye'deki hukuk fakültelerinin öğretim üyeleri arasından seçeceği iki üye

h) Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun en az on beş yıl fiilen mesleği icra etmiş avukatlar arasından seçeceği bir üye

ı) Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulunun birinci sınıf noterler arasından seçeceği bir üye

Başkan ve Başkan yardımcıları, Genel Kurulun tabii üyeleridir."

Yapılan değişikliklerin Adalet Akademisini tamamen yürütme organının denetimi altına soktuğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla yazılı sınavdan sonra yapılacak mülakatta yer alacak üyelerin yedisinin de doğrudan veya dolaylı bir şekilde yürütme organı olan Adalet Bakanlığı'nın tasarrufu altında olduğu ortadadır. Tek başına bu görüntü bile yargıyı siyasi tartışmaların ortasına itmeye ve ona duyulan güveni sarsmaya yeterlidir.[282] Buna bir de yapılan mülakatların rasyonellikten uzak mahiyetleri eklendiğinde durum daha da güvensiz bir hal kazanmaktadır.

Belirli meslek mensuplarının kamuya alınırken yazılı yarışma sınavı dışında ayrıca bir mülakata tabi tutulması Türkiye'ye özgü bir sistem değildir. Hâkimlik ve savcılık da bu belirli mesleklerin başında gelmektedir. Yapılan işin özelliği ve önemi de yazılı sınav dışında mülakat denilen sözlü sınavın yapılmasını gerekli hale getirmektedir.[283] Batı demokrasilerinde de hâkimlerin ve savcıların mesleğe alınmaları için yazılı sınavın yanında sözlü sınavda yapılmaktadır.[284] Buradaki asıl sorun sözlü bir sınavın yapılması değil bu sözlü sınavın nasıl yapıldığıdır. Hatırlanacağı gibi bu sınavın kimler tarafından yapıldığı sorusuna verilen cevaplar hâkimlerin bağımsızlığının tehdit altında olduğunu gösteriyordu. Sözlü sınavın liyakatin esas alınarak, rasyonel bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda bu tehditleri ortadan kaldırmak ya da zayıflatmak mümkün olabilecektir. Ancak

[282] Yavuz, **a.g.e**., s.238.
[283] Ayrıca 1982 Anayasası'nda kamu personeli alımında mülakat uygulamasına engel olacak bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle mülakat uygulamasını yasama organının takdir yetkisi içerisinde değerlendirmek gerekir. **Bkz.** Yılmaz, **a.g.m.,** s. 37.
[284] Yavuz, **a.g.e**., s.238.

Türkiye'de yapılan sözlü sınavların rasyonel bir şekilde icra edildiğini söylemek gerçekten de çok zordur.[285]

2802 sayılı kanununun 9/A maddesinde mülakatın ilgilinin; *"muhakeme gücünün", "bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğinin", "genel ve fiziki görünümünün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunun ve liyakatinin", "yetenek ve kültürünün", "çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığının"* değerlendirilmesi suretiyle yapılacağı ifade edilmiştir. Fiziki görünüm gibi bir kıstasın rasyonelliği tartışılır olmakla beraber genel olarak aranan diğer özelliklerde bir problem yoktur. Sözlü sınavın yapılma amacının rasyonel gerekçeleri de zaten bu ölçütlerin varlığını ve derecesini ölçmektir. Pe ki yapılan mülakatların sağlıklı bir yargısal denetimini yapmak mümkün müdür? Ne yazık ki bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Yapılan mülakatlar nesnellikten uzak olduğu gibi etkili bir yargı denetiminin varlığından bahsetmek de olası değildir.

Mülakat sınavının nesnellikten uzak göreli uygulamalara yol açması zaman zaman dava konusu da yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında mülakatın Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasını yargı bağımsızlığı açısından bir sakınca olarak görmediği gibi, mülakat uygulamasının nesnellikten uzak olduğu ve yargı tarafından yeterince denetlenemediği iddialarını da yasama organının bu konuda takdir yetkisi olduğunu hatırlatarak reddetmiştir.[286]

---

[285] Hâkim ve savcı adayları için yapılan sözlü sınavın ne kadar irrasyonel ve keyfi bir biçimde yapıldığına dair birkaç örnek için aşağıda linkleri verilen haberlere bakılabilir: http: // www.egitimtercihi.com / gundem / 10671-hakim-ve-savcilik-sinavinda-bu-sorunun-ne-isi var.html . ; http: // www.timeturk.com/tr/2013/07/22/hakim-ve-savcilik-sinavinda-derece-yaptim-9-mulakatta-da-elenip-atanmadim.html. (E.T. 22.04.2016).

[286]AYMK, **E.** :2005/47, **K.** : 2007/14, **K.T.** : 07.02.2007. ; Anayasa Mahkemesi 1995 yılında vermiş olduğu bir kararda ise, Adalet Bakanlığı'nın hâkim ve savcıların alımında herhangi bir

Anayasa Mahkemesi'nin kararı incelendiğinde tatmin edici bir kararın varlığından bahsetmek güçtür. Mahkeme'nin mülakatı Adalet Bakanlığı'nın yapmasını iptal konusu yapmaması anlaşılmakla birlikte, mülakatın rasyonellikten ve denetimden uzak olduğu gerçeğini yadsıması düşündürücüdür. Bu karar Adalet Bakanlığı'nın eline dizginlenemez bir yetki vermektedir. Bilindiği gibi takdir yetkisi sınırsız bir yetki değildir. Bu yetkinin hukuk sınırları içerisinde cereyan etmesi gerekmektedir.[287] Ancak mevcut mülakat sistemi ve uygulaması yürütmeye açıkça denetlenemeyen bir alan açmaktadır. Şeffaflıktan ve hesap verebilirlikten uzak bu durumu hukuk devleti sınırları içerisinde izah etmek de mümkün değildir.[288] Bu aynı zamanda bağımsızlık ve tarafsızlığın henüz adaylığa kabulde sakatlandığı anlamına gelmektedir.

---

tasarrufta bulunmasını yargı bağımsızlığına aykırı bulmuş ve Bakanlığa yazılı sınav yapma yetkisi veren yasal düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkemenin gerekçesi şu şekildedir: *"…Anayasa, hâkimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Bu da hâkimlik ve savcılık mesleğine girmek isteyenlerin … yeterlik sınavlarının yürütmenin etkili olamayacağı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenecek bir sınav kurulu tarafından objektif ölçme ve değerlendirme esaslarına göre yapılmasını zorunlu kılmaktadır… Yasada belirlenen biçimde Bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hâkimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgelemektedir. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek zorunda olan bir bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü maddî ve manevi etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalar bile kamu vicdanında daima tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138, 139, 140 ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Dava konusu 'Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı' sözcüklerinin iptali gerekir."* **Bkz.** AYMK, **E.** : 1995/19, **K.** : 1995/64, **K.T.** : 14.12.1995.

[287] Bkz. Zabunoğlu, **a.g.e**., s. 309-312.

[288] Anayasa Mahkemesi'nin kararı ayrıca 1982 Anayasa'nın şu hükümlerini de ihlal etmektedir: AY 36/1 : *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* ; AY 70/2 : *"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."* ; AY 125/1 : *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."*

Mülakat uygulaması Danıştay'ın da bazı kararlarına konu olmuştur.[289] Danıştay vermiş olduğu bir kararında, tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi mülakat uygulamasını bir sakınca olarak görmemiştir. Ancak mülakatın yargısal denetimini mümkün kılacak altyapının oluşturulması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay anılan bu kararında hukuk devleti ilkesine de vurgu yaparak bir sınavın objektif olduğundan söz edilebilmesi için, sözlü sınavda dikkate alınan kıstasların, değerlendirilme esaslarının ve uygulanacak yöntemin belirlenmesinin önemine işaret etmiştir. Aksine bir durumun varlığı idari işlem niteliğindeki sözlü sınavın yargısal denetimini zorlaştıracak hatta imkânsız kılacaktır.[290] Yine Danıştay başka bir kararında hukuk devleti ve idarenin her türlü işlemine karşı yargı yoluna başvurulabilmesi ilkelerine atıfta bulunarak, mülakat uygulamasının yargısal denetimini gerçekleştirmeye yönelik asgari şartların oluşturulması gereğini tekrar etmiştir. Bu kararda bu tespitin yanında mülakat uygulamasının yargısal denetimini sağlamak adına, yapılan mülakatların teknolojik imkânlar kullanılarak kayıt altına alınabileceği ifade edilmiştir. Yapılacak sözlü sınav ancak bu şartları karşıladığı ölçüde objektif ve rasyonel olabilecektir.[291]

---

[289] Danıştay daha önce vermiş olduğu birçok kararında sözlü olarak yapılan sınavların yazılı delilleri olmadığı için, bu sınavların yargısal denetimlerinin yapılamayacağını belirtmekle yetinmiştir. Örnek olarak Danıştay'ın şu kararlarına bakılabilir: Danıştay 11. D. , **E**. : 1978/3810, **K.** : 1979/2892, **K.T.** : 25.06.1979. ; Danıştay 8. D. , **E.** : 2003/2058, **K.** : 2003/5408, **K.T.** : 10.12.2003. ; Danıştay 8. D. , **E.** : 1994/7743, **K.** : 1996/3110., **K.T.** : 13.11.1996. ; Ancak Danıştay'ın son zamanlarda vermiş olduğu kararlara baktığımızda ise bu problemi bir iptal nedeni saydığını görmekteyiz. İlerleyen sayfalarda bu kararlara değinilecektir.

[290] Danıştay 12. Dairesi, **E.** : 2008/535, **K.** : 2008/3422, **K.T**. : 09.06.2008.

[291] Danıştay 5. Dairesi, **E.** : 2007/1771, **K.** : 2008/3008, **K.T.** : 21.05.2008. ; Kararın sonuç kısmında yapılacak mülakata ilişkin şu değerlendirme yapılmıştır: "*Bu durumda; ölçme ve değerlendirme ilkeleri uyarınca idarece, sınav komisyonu tarafından sınav öncesinde hazırlanarak tutanağa bağlanmış soruların ve cevap anahtarlarının ve sınav sırasında, sorulan soru ve verilen yanıtlara hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin (düşük not verilmesi durumunda gerekçeleriyle) ortaya konulmasının gerekliliği, yine sınava*

Danıştay'ın farklı dairelerinin yukarıda vermiş olduğu kararlara katılmamak mümkün değildir. Ancak ne yazık bu kararların uygulamada gereği hala yerine getirilmemektedir.[292] Bu sorun sadece hâkim ve savcı alımlarında karşımıza çıkmamaktadır. Diğer kariyer mesleklere girişlerde de benzer uygulamalar söz konusudur. Bununla beraber bu sistemin bağımsızlıkları Anayasa tarafından güvence altına alınan hâkim ve savcıların alımında uygulanması daha vahim bir sonuç doğurmaktadır.[293] Yürütme tamamen kendi kontrolünde olan bu süreci kullanarak yargıyı şekillendirme gücünü elinde tutmaktadır. Yargıda kadrolaşmanın ilk nedeni de işte bu gerçektir. Yürütme erkinin, özellikle HSYK'nın oluşumundaki etkisi de dikkate alındığında, Türkiye'de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı sadece kâğıt üstünde kalmaktadır. HSYK ise başka bir başlığın konusudur.

Türkiye'de hâkimlerin mesleğe kabul edilme süreçleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde gerek karar alma süreçlerindeki yürütmenin dahli ve belirleyiciliği gerekse de mülakatlarda yapılan değerlendirmelerin rasyonellikten ve yargı denetiminden uzak oluşu tarafsız ve bağımsız yargı idealini gerçekleştirmekten çok uzaktır. Parlamenter rejimlerde ortaya çıkan yasama ve yürütme organlarının fiili

---

girenler hakkında müfettişlerce düzenlenen Değerlendirme Raporları konusunda ve müfettiş mesleğinin gerektirdiği niteliklere davacının sahip olup olmadığına dair bir değerlendirmede bulunulmaması karşısında objektif bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılan sözlü sınav sonucunda davacının kadro sayısı olan ilk 15 kişi arasına giremeyerek başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların, teknolojik imkânlardan yararlanılarak kayıt altına alınmak (elektronik ortamda görüntülü ve/veya sesli kayıt gibi) suretiyle, objektif nitelikte incelenip yargısal denetiminin yapılmasına imkân tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından önemli ve yerinde bir uygulama olacağı kuşkusuzdur."

[292] Aksine yasama organı Danıştay'ın mülakat sınavlarının yargısal denetiminin sağlanmasına yönelik anılan kararlarına karşı, bu kararların içini boşaltan düzenlemeler yapma yolunu seçmiştir. Örneğin, yasama organı 2009 ve 2010 yıllarında yaptığı kanun değişiklikleriyle kaymakamlık ve Sayıştay Denetçiliği için yapılan mülakat sınavlarında verilen notun tutanağa geçirilmesi dışında herhangi bir kayıt sistemi kullanılamayacağına karar vermiştir. Ayrıntılar için **bkz**. Yılmaz, **a.g.e**., s. 50.

[293] **Bkz.** Yılmaz, **a.g.m**., s. 44.

olarak birleşmesi durumu, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkesini koruma konusunda yargı organının önemini arttırmıştır. Türkiye'de de karşılaşılan bu fiili durum bağımsız ve tarafsız yargının yaşamsallığını çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Hâkimlerin mesleğe kabul sürecine bakıldığında ise, yargının ve hâkimlerin tarafsızlığının asgari koşulunu oluşturan bağımsızlığın bile ulaşılabilirlikten çok uzak olduğu görülmektedir. Daha mesleğin başında hâkimler yürütmenin yargı denetiminden uzak insafına terk edilmektedir. Tarafsızlıktan uzak, siyasi ve ideolojik mülahazaların rol oynadığı mülakatlar ya yürütmenin elinden alınmalı ya da oluşturulan mülakat kurullarında yürütmeden gelen üyelerin baskın konumu sonlandırılmalıdır. Son yıllarda doktrinde Adalet Bakanlığı tarafından yapılan mülakatların Bakanlığın elinden alınarak HSYK'ya verilmesini önerenler vardır.[294] Hemen belirtelim ki mevcut HSYK'nın yapısı düşünüldüğünde bu öneri sorunu çözmekten çok uzaktır. Sanırım en mantıklı çözüm mülakat kurullarında yargıdan gelen üyelerin, akademisyenlerin ve baroların da dâhil olacağı çoğulcu bir yapı oluşturmaktır.[295] Tabii olarak bu üyelerin nasıl seçileceği de önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra Danıştay'ın da kararlarında isabetli bir şekilde belirttiği gibi mülakatların objektif bir zemine oturtularak yargısal denetimin önünün açılması gerekmektedir.

[294] Örnek olarak **bkz.** Yüksel, **a.g.m**., s. 96. ; Avcı, **a.g.m**., s. 919. ; Giegerich, **a.g.t**., s.23. ; İnceoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,** s. 59. ; Yanık, **a.g.e**., s. 399.
[295] Yavuz, **a.g.e**, s. 241. ; Yılmaz, **a.g.m**, s. 44-45.

3.2.2. HSYK'nın Yapısı

Yargı üst kurulları ilk olarak Fransa'da ortaya çıkmakla beraber özellikle 20.yy'ın ikinci yarısında tüm demokratik ülkelerde benimsenmeye başlanmıştır.[296] Görevleri ve üye yelpazeleri birbirinden farklı olmakla birlikte bu üst kurulların varlığının yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından taşıdığı önem herkes tarafından teslim edilmektedir. Bilindiği gibi bir devlette adalet hizmetleri devletin üstlendiği diğer hizmetlerden farklı bir özelliğe ve öneme sahiptir. Adalet hizmetlerinin taşıdığı bu önem nedeniyle bu hizmeti yürütecek hâkim ve savcıların özlük işleri yürütmeden bağımsız bir şekilde teşkilatlanmış üst kurullara verilmektedir.[297]

Uluslararası belgelerde de yargı mensuplarının özlük işlerinin bağımsız üst kurullarca yürütülmesine yönelik maddeler yer almaktadır. Örneğin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik 94/12 Sayılı Tavsiye Kararı'nda yargı bağımsızlığı için yürütmeden bağımsız ve üyeleri yargı organları tarafından seçilen bir kurumun, hâkimlerin özlük işleri hakkında karar vermesinin önemi vurgulanmıştır. İlke kararının ilgili 1/2c prensibi tam olarak şu şekilde kayıt altına alınmıştır: "*Hâkimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. Hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren*

[296] Literatürde iki tür yargı üst kurulu modeli olduğu kabul edilmektedir. Bunlar Kuzey Avrupa Modeli ve Güney Avrupa Modeli'dir. Kuzey Avrupa Modeli'nde bu üst kurullar esas olarak adalet hizmetlerine yönelik idari işlemlerle ilgilenmekteyken; Güney Avrupa Modeli'nde yargıçların atanmaları, yükselmeleri, görevden uzaklaştırılmaları ve disiplin işlemleri gibi geniş bir yelpazede görev ve yetki sahibidir. Bu bakımdan Türkiye'de Güney Avrupa Modeli'nin uygulandığı görülmektedir. **Bkz.** Gönenç, **a.g.e**., s. 157-158.

[297] Gönenç, **a.g.e**., 154-155. ; Yavuz, **a.g.e**., s.171.

merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını güvence altına almak için, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir"[298] Aynı şekilde Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi 2007/10 sayılı raporunda da yargı üst kurullarının hem yargı sisteminin hem de hâkimlerin bağımsızlığını güvence altına alacak biçimde oluşturulmasını tavsiye etmektedir. Raporda geçen birkaç paragraf şu hükümleri içermektedir: " *Yargı kurulları, hâkimlerin görevlerini yürütme ve yasama erklerinden bağımsız ve kontrollerine tabi olmadan ve aynı ölçüde yargı içinden gelecek yersiz baskılara maruz kalmadan yapmasına imkân tanımak için yargıyı bağımsız şekilde yönetmelidir."; "Yargı kurulları, bağımsızlığı ve etkin çalışmayı sağlayacak şekilde oluşturulmalıdır.", Yargı kurulları sadece hâkimlerden veya hâkimlerle birlikte hâkim mesleğinden olmayan kişilerin karışımından oluşabilir."*[299]

Türkiye'de de demokratik ülkelerdeki gelişmelere paralel olarak, hâkim ve savcıların özlük haklarını düzenlemek üzere ilk olarak 1961 Anayasası ile HYK ve SYK kurulmuştur. 1982 Anayasası ise bir nevi bu iki kurulu birleştirip HSYK çatısı

---

[298] **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik 94/12 Sayılı Tavsiye Kararı**, http: / / www . cepej . adalet.gov.tr / dosya / dokumanlar / REC_94_Tavsiye_Karari. pdf. (E.T. 26.04.2016). ; Ancak belirtmek gerekir aynı ilke kararında devletlerin geleneksel yapıları, hâkimlerin özlük işlerinin yürütme erki tarafından düzenlemesi noktasında müsaade ediyorsa, yargı bağımsızlığının ve şeffaflığın sağlanması koşuluyla bu uygulamayı da kabul edilebilir bulmaktadır. İlke kararının ilgili 1/2c prensibinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "*Bununla birlikte, anayasa veya diğer yasa hükümleri ve örfün hâkimlerin hükümetçe tayinine müsaadesi hallerinde, hâkimlerin tayin usullerinin şeffaflığını ve hâkimin görevde bağımsızlığını sağlayıcı teminatlar sağlanmalı ve bu kararlar, yukarıda sözü edilen nesnel ölçütlerin dışında hiçbir unsurdan etkilenmemelidir. Bu teminatlar aşağıdakilerin biri veya hepsi şeklinde olabilir:*

i. Hükümete uygulamada izleyeceği tavsiyeleri verecek özel bir bağımsız ve tam yetkili organın varlığı veya

ii. Bir karara karşı bağımsız bir organ önünde bireye itiraz hakkı tanınması veya

iii. *Kararı alan merci tarafından, gereksiz ve uygunsuz etkilere karşı tedbir alınması".*

[299] Yavuz, **a.g.e**., s.172.

altında toplamıştır. Yargının yönetimini ve denetimini yapmak üzere oluşturulan bu kurul yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamanın aracı olarak kabul edildiği için bu kurul üyelerinin seçimi Türkiye'de sürekli tartışma konusu olmuştur. Yargı mensupları da bu kurulun yapısı ve işleyişinin, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı için çok önemli olduğu noktasında mutabıktır.[300] Açıkçası yaşanan tecrübeler de bu kurulun oluşumunun tarafsız bir yargı ideali için ne kadar önemli olduğunu göstermiştir. Gerek birinci derece adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının mesleğe kabul, atama, disiplin cezası verme, tayin ve birinci dereceye ayırma gibi konularda sahip olduğu önemli yetkiler gerekse de bazı yüksek yargı organlarının oluşumundaki rolü esas alındığında bu kurulun yapısı ve oluşumu üzerinde önemle durmak gerekmektedir.

HSYK 1982 Anayasası'nın yargı bölümü başlığı altındaki 159. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında Kurul'un oluşumunun ve görevlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olması gereği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise Kurul'un üye sayısı belirtilmiştir. Bu fıkraya göre Kurul 22 asıl ve 12 yedek olmak üzere toplam 34 üyeden oluşmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise bu üyelerin kimler tarafından nasıl seçileceği düzenlenmiştir. İlgili fıkra hükmü şu şekildedir: *"Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabiî üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir*

[300] Sancar ve Atılgan, **a.g.e**., s. 99-104. ; Yavuz, **a.g.e**., 187.

yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir."[301]

Adalet Bakanı'nın ve müsteşarının kurul üyeliği geçmişten günümüze çok tartışılmaktadır. 2010 yılında yapılan değişiklikte de bu durum muhafaza edilmiştir. Bu iki üyenin Kurul'da yer alması Türkiye'de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki en büyük engellerden biri olarak gösterilmiştir.[302] İlk olarak şunu belirtmek gerekir ki, adalet hizmetlerinin başı olan ve bu hizmetlerin belli ilkelere uygun gerçekleştirilmesi konusunda yasama organına karşı siyasi sorumluluğu olan Adalet Bakanı'nın bu kurulun üyesi olması yadırganmamalıdır.[303] Ancak üyelik dışında Bakan'a Kurul üzerinde, Kurul'un özerkliğini tehdit edecek veya ortadan kaldıracak yetkilerin verilmesi durumunda, Bakan'ın Kurul'daki varlığı Kurul'un siyasallaşmasına zemin hazırlayarak bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin içini boşaltabilir[304].

---

[301] 2010 değişikliği öncesi Kurul'un üye sayısı 7 asıl ve 5 yedek olmak üzere 12'ydi. Adalet Bakanı'nın Kurul'un başkanı, Bakanlık Müsteşarı'nın ise tabii üye olduğu Kurul'un diğer üyeleri ise Yargıtay ve Danıştay'dan gelen üyelerden oluşmaktaydı. 3 asıl ve 3 yedek üye Yargıtay'dan, 2 asıl ve 2 yedek üye ise Danıştay'dan gelmekteydi. ; Ayrıca, Bakan ve müsteşarının Kurul'daki varlığının yargı bağımsızlığına zarar verdiğini düşünen yargı mensuplarının açıklamaları için **bkz.** Sancar ve Atılgan, **a.g.e**., s. 94-96.

[302] Yüksel, **a.g.m**., s. 86. ; Yavuz, **a.g.e**., s.188. ; Yanık, **a.g.e**., s. 343.

[303] Yanık, **a.g.e**., s.344.Venedik Komisyonu'nun 2010 yılında yayınladığı raporda da Bakan'ın Kurul üyesi olması sakıncalı bulunmamıştır. Bkz. Yavuz, **a.g.e**., s. 199. ; Ayrıca Anayasa Mahkemesi de 1989 yılında vermiş olduğu bir kararda bu durumu iptal sebebi saymamıştır. **Bkz**. AYMK, **E.** : 1988/32, **K.** : 1989/10, **K.T.** : 28.02.1989.

[304] Gönenç, **a.g.e**., s. 170. ; Yavuz, **a.g.e**., s. 188.

2010 değişikliğinden önce Kurul'un 7 üyesinden 2'sini Adalet Bakanı ve müsteşarı oluşturmaktaydı. Müsteşarın Bakan'a olan bağlılığı, Kurul üye sayısının azlığı ve Bakan'ın Kurul üzerindeki yetkileri dikkate alındığında, tablonun Kurul'un bağımsızlığına zarar verdiği açıktı. Ancak 2010 yılında yapılan değişikliklerle birlikte Bakan'ın Kurul üzerindeki belirleyici ve yönlendirici etkisinin kırıldığını söylenebilir.[305] Bakan'ın Kurul üzerindeki etkisini zayıflatan değişiklikleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Kurul üye sayısının 12'den 34'e çıkartılması[306];
- Kurulun kendi sekretaryasının oluşturulması[307];
- Teftiş Kurulu'nun Kurul'a bağlanması[308];
- Bakan'ın dairelerin çalışmasına katılımının yasaklanması.

Görüldüğü üzere Adalet Bakanı'nın HSYK'daki yeni konumu önceki konumuyla karşılaştırıldığında, Bakan'ın Kurul üzerindeki önemli bazı yetkilerinin elinden alındığı görülmektedir. Kurul üzerindeki Bakan etkisinin azaltılması, bağımsızlık adına önemli bir gelişme olmakla beraber, bunun tek başına Kurul'u yürütmenin etki ve müdahalesinden kurtardığını söylemek zordur. Bu konuyu açıklamak için ise diğer Kurul üyelerinin nasıl ve kimler tarafından atandığına bakmak gerekecektir. Bakan ve müsteşarı dışında geriye kalan 20 asıl ve 12 yedek üyenin dağılımı şu şekildedir:

---

[305] Özbudun, **a.g.e**., s. 394-395. ; Yanık, **a.g.e**., s. 346.

[306] Bu değişiklikle Kurul'un 7 asıl üyesinin 2'sini oluşturan Bakan ve müsteşarının Kurul üzerinde sahip oldukları önemli etkileri kaldırılmıştır. Gerçekten üye sayısının azlığı dikkate alındığında Bakan ve müsteşarının oyları belirleyici olabilmekteydi. Değişiklikle beraber Kurul'un üye sayısı arttırılarak Bakan ve müsteşarının varlığı nicelik olarak, diğer değişiklerle beraber düşündüğümüzde ise nitelik olarak önemsizleştirilmiştir.

[307] Değişiklik öncesi Kurul'un kendisine ait bir sekretaryası olmayıp bu konuda Adalet Bakanlığı'na bağlı durumdaydı.

[308] Teftiş Kurulu değişiklik öncesi Adalet Bakanlığı'na bağlıydı.

- 3 asıl ve 3 yedek üye Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulu'nca,
- 2 asıl ve 2 yedek üye Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulu tarafından,
- 7 asıl ve 4 yedek üye birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve savcıları arasından adli yargı hâkim ve savcıları tarafından,
- 3 asıl ve 2 yedek üye birinci sınıfa ayrılmış idari yargı hâkim ve savcıları arasından idari yargı hâkim ve savcıları tarafından,
- 1 asıl ve 1 yedek üye Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu'nca kendi üyeleri arasından,
- 4 asıl üye nitelikleri kanunda belirtilen, yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatları arasından cumhurbaşkanı tarafından seçilir.

Yargıtay ve Danıştay'dan gelen asıl ve yedek üye sayılarında bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Ancak Kurul'un üye sayısının artırılmasıyla beraber bu iki yüksek mahkemenin Kurul'daki temsili zayıflamıştır. Bunun yanında Kurul'un yeni yapısının daha çoğulcu ve demokratik olduğu söylenebilir. Yargıtay ve Danıştay'dan gelen üyelerin seçimindeki en önemli değişiklik ise kuşkusuz cumhurbaşkanının kendisine sunulan adaylar içerisinden seçim yapma düzenlemesinin kaldırılmasıdır. 2010 değişikliği öncesi cumhurbaşkanı, Yargıtay Genel Kurulu'nun her aday için göstereceği üçer aday içerisinden bir seçim yapmaktaydı. Değişiklikten sonra ise üyeler Yargıtay Genel Kurulu tarafından doğrudan seçilmektedir. Bu değişikliği, yüksek mahkemelerin iradesi üzerindeki yürütmenin takdir yetkisini kaldırdığı için, yargının bağımsızlığı noktasında olumlu bir adım olarak görmek mümkündür. Ayrıca

2010 yılında yapılan anayasa değişikliği doğrultusunda çıkartılan 6087 sayılı HSYK Kanunu'nda (madde 28/3), yüksek mahkeme üyeliklerinden seçilenlerin görev süresi bittiğinde eski görevlerine dönmeleri imkânı getirilerek bir nevi hâkimlik teminatı da güvence altına alınmıştır.[309]

2010 değişikliklerinden bir diğeri de Kurul'a bizzat Kurul tarafından mesleğe kabul edilip atanan, adli ve idari yargı hâkim ve savcıları tarafından üye seçilecek olmasıdır. Aslına bakılacak olursa sadece birinci sınıf hâkim ve savcılar üye olabileceklerdir. Bunun yanında tüm hâkim ve savcılar yapılacak seçimde oy kullanabilecektir. Hâkim ve savcıların kendilerinin özlük işlerini yürütecek Kurul'a üye seçmeleri Kurul'un kısmen de olsa demokratik bir hüviyete kavuşmasını sağlamıştır. Bu şekilde Kurul'un 34 üyesinin 16'sı, yani yaklaşık yarısı adli ve idari yargı hâkim ve savcıları tarafından seçilecektir. Üye olma hakkına sadece birinci sınıf hâkim ve savcıların sahip olması ilk bakışta bir problemmiş gibi gözükebilir. Ancak Kurul üyeliğinin meslekte belli bir tecrübe gerektirdiğini de unutmamak gerekir. Dolayısıyla bu eleştiri çok da yerinde değildir. Sonuç olarak bu yenilik yüksek yargı dışında kalan yargı mensuplarının temsilinin önünü açmış ve Kurul'un çoğulcu bir yapıya kavuşmasını sağlamıştır.[310]

Adli ve idari yargıdan gelecek üyelerin belirlenmesi için bir seçim yapılması öngörülmüştür. Elbette ki bu demokratik bir yaklaşımdır. Ancak seçimlerin beraberinde siyasi kamplaşmaları da getirdiği gerçeğini dikkatlerden kaçırmamak gerekir. Bu durum doğası gereği bağımsızlığı ve tarafsızlığa gölge düşürme potansiyeli taşımaktadır. Özellikle yapılan seçimlerde siyasi partilerin de taraf olma

[309] Yavuz, **a.g.e**., s. 200-202.
[310] Yavuz, **a.g.e**., s.202-204.

ihtimali seçilen üyelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını şüpheli kılacaktır. Anayasa'da öngörülen seçim sistemi de bu endişeleri arttırmaktadır. Öngörülen seçim sistemine göre oy kullanacak hâkim ve savcılar birden fazla adaya oy verebilecektir. Bu durum da fiili blok listelerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu seçim sistemi bu haliyle farklı görüşleri temsil eden gruplardan birinin tüm üyelikleri kazanması sonucunu doğurabilmektedir. Netice itibarıyla bu seçim sistemi azınlıkta kalan görüşün Kurul'da temsilinin önünü kapatarak çoğunlukçu bir yapının oluşmasına yol açmaktadır.[311]

Söz konusu olan seçim sistemi Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucu getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi her hâkim ve savcının ancak bir adaya oy verebileceğine ilişkin ibareyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.[312]Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi ise daha ilginçtir. Mahkeme hâkim ve savcıların her aday için tek oy kullanmalarını; seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olduğunu, demokratik olmadığını, oy kullananların iradelerini olumsuz şekilde etkilediğini ve son olarak da hukuk devletinin temel öğesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının teşekkülünü engellediğini ileri sürerek iptal etmiştir. Ancak görülmektedir ki Mahkeme'nin kararı isabetli olmamıştır. Aksine bu iptal kararı sonuçları itibarıyla yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına, bununla birlikte seçimin demokratikliğine zarar vermiştir.[313]

Son yapılan 2014 seçimleri endişelerin ne kadar haklı olduğunu göstermektedir. Gerçekten de seçim sürecinde blok listeler ortaya çıktığı gibi ortaya çıkan listelerden birinin "bakanlık listesi" olarak basın yayın organlarında sunulması

[311] Yavuz, **a.g.e**., s. 203, 209.
[312] AYMK, **E.** : 2010/49, **K.** : 2010/87, **K.T.** : 07.07.2010.
[313] Yavuz, **a.g.e**., s. 209.

seçimin ne kadar siyasallaştığını göstermektedir. Bunun dışında yine yargıda örgütlü kimi odaklar da kendi blok listelerini oluşturarak seçimlere girmişlerdir. Böyle bir ortamda yapılan seçim sonucunda hangi liste kazanırsa kazansın sonuç olarak siyasal bir görüntü ortaya çıkacaktır. Bu nedenle yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşüren bu seçim sisteminin değiştirilmesinde fayda vardır.[314]

HSYK'ya üye seçmeye yetkili diğer bir kurum ise Türkiye Adalet Akademisi'dir. Akademi Genel Kurulu 1 asıl ve 1 yedek üyeyi doğrudan seçme yetkisine sahiptir. Akademi hâkim ve savcı adaylarını mesleğe hazırlamakla görevlidir. Adaylar kendilerine verilen eğitimden sonra yeterlilik sınavına tabi tutulur ve başarılı olanları mesleğe kabul etme yetkisi HSYK'dadır. Hâkim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitimlerinde önemli rol oynayan bu kurumun HSYK'da temsil edilmesi önemli bir gelişmedir. Ayrıca Kurul'un çoğulcu yapısına da katkı sunmuştur. Ayrıca seçilecek üyenin Akademi Genel Kurulu'nca doğrudan seçilmesi de isabetli olmuştur.[315] Ancak daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi bu kurumun yapısı 2014 yılında yapılan değişiklerle birlikte tamamen yürütmenin lehine

[314] 2014 yılında yapılan seçimlerin ne kadar siyasallaştığını görsel ve yazılı medya organlarında yapılan haberlerden de anlamak mümkündür. Tek başına bu tablo bile yargıya duyulan ya da duyulması gereken güvene büyük zarar vermiştir. Seçim sürecinde ve sonrasında yapılan bazı haberlere şu linklerden ulaşılabilir:
http: // www.aljazeera. com.tr / al-jazeera-ozel/ hsyk-seciminde-cemaat avantajli, ; http: // www. gazetevatan. com / hsyk-uyeligi-secimini-bakanlik-listesi-kazandi -335252- gundem/ ; http: // www.radikal.com.tr / turkiye / hsyk-secimlerinde-dort-grup-tek-soru-cemaat-ne yapacak1211340/ ; http://www.memurlar.net/haber /477157/ ,http://www.ahaber.com.tr / gundem / 2014 / 09 / 16 / hsykda – tuzak – liste – de - hazir ; http: // www.cumhuriyet.com.tr /haber/ turkiye / 129653 / AKP_HSYK_yi_ele_gecirdi... iste_secimlerin_ilk_sonuclari.html. (E.T. 24.05.2016).
[315] Yavuz, **a.g.e**., s. 204.

dönüştürülmüştür.[316] Bu nedenle buradan gelen üyenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışmalıdır.

HSYK'nın geriye kalan 4 asıl üyesini atama yetkisi cumhurbaşkanına verilmiştir. Cumhurbaşkanı bu dört üyeyi Anayasa'nın 159/3 hükmüne göre "*yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından*" seçmektedir. HSYK'ya akademisyenler ve avukatlar arasından da üye seçilmesi, Kurul'un yapısını çoğulcu bir hale getirme amacıyla uyumludur. Bunun yanında bu meslek gruplarından gelecek üyeler Kurul'un vizyonunu da genişletecektir. Özellikle yargılamanın temel direklerinden biri olan savunmanın temsilcilerinin Kurul'da temsil edilmemesi büyük bir eksiklikti. Bu değişiklik bu açıdan da verimli bir değişiklik olmuştur. Ancak bu iki meslek grubuna belirli kontenjanlar ayırmayıp bu konuda cumhurbaşkanına geniş bir takdir yetkisi verilmesinin isabetli olduğunu söylemek zordur. Bu durumda cumhurbaşkanı istediği takdirde, 4 üyenin tamamını akademisyenler ya da avukatlar arasından seçebilecektir. Bu durum da bu iki farklı meslek grubunun temsilinde dengesiz bir tablo ortaya çıkartabilecektir.[317]

Cumhurbaşkanı'nın Kurul'a üye atama yetkisi ile ilgili tartışılacak diğer bir husus, cumhurbaşkanının üye seçerken herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmamasıdır. Kabul etmek gerekir bu durum cumhurbaşkanına çok geniş bir hareket alanı bırakmaktadır.[318] Halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanının varlığı bu makamın yapacağı atamaları bağımsızlık ve tarafsızlık açısından daha sıkıntılı bir

[316] **Bkz.** s. 92-94. ; Ayrıca Türkiye Adalet Akademisinin yeni yapısı üzerine bir değerlendirme için **bkz**. Gönenç, **a.g.e**., s. 185-190.
[317] Yavuz, **a.g.e**., s. 205.
[318] Yavuz, **a.g.e**., s. 206.

hale getirmektedir. Daha önce de üzerinde durulduğu gibi cumhurbaşkanlığına gelecek kişinin seçimle belirlenmesi bu makamın demokratik meşruiyetini arttırmakla beraber taraflı bir cumhurbaşkanlığı makamı yaratmıştır. Bu tespit meclis tarafından seçilen cumhurbaşkanının mekanik olarak daha tarafsız olduğu anlamına gelmemelidir. Nitekim bugüne kadar meclis tarafından atanan cumhurbaşkanlarının ne kadar "tarafsız" oldukları ortadadır. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki özellikle tek parti iktidarının olduğu dönemlerde bu tek parti cumhurbaşkanlığını da rahat bir şekilde kazanabilecektir. Bu nedenle yapılacak seçimlerde uzlaşma arayışına girmek daha düşük bir olasılıktır. Ayrıca Türkiye'de partili cumhurbaşkanı tartışmalarının bu değişiklikten sonra konuşulmaya başlandığını da unutmamak gerekir.[319]

3.2.3. Yüksek Yargı Organlarının Yapısı

3.2.3.1. Anayasa Mahkemesi

Anayasa mahkemeleri bugün tüm dünyada asıl olarak yasama organlarının çıkarttığı yasaların ve yaptığı anayasa değişikliklerinin hukuki denetimini yapmakla görevlendirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında bir hukuk devletinde yargı organına verilen siyasal organları denetleme görevi ağırlıklı olarak bu mahkemelerin sırtındadır. Bu nedenle bugün demokratik ülkelerde kuvvetler ayrılığı ve yargının

[319] **Bkz.** Taha Akyol, **Partili Cumhurbaşkanı**, Hürriyet Gazetesi, 04.10.2012 ,http://www.hurriyet.com.tr/partili-cumhurbaskani-21627414. E.T. (18.04.2016). ; Mehmet Tezkan, **Başkanlıktan Partili Cumhurbaşkanına**, Milliyet Gazetesi, 27.11.2015, http:// www.milliyet.com.tr / -baskanlik-tan-partili / gundem / ydetay / 2154357 / default.htm. (E.T. 18.04.16). ; Serdar Gülener, **Partili Cumhurbaşkanı Ne Anlama Geliyor**, Sabah Gazetesi, 12.12.2015, http : / / www. sabah. com. tr / yazarlar / perspektif / serdar-gulener/2015/12/12/partili-cumhurbaskanligi-ne-anlama-geliyor. (E.T. 18.04.2016).

bağımsızlığı yanında anayasa yargısını da hukuk devletinin asgari şartlarından biri saymak gerekir.[320] Anayasa yargısının kabul edilmediği bir ülkede yasama organını ve kimi zaman bu organı tamamen denetimi altına alan yürütme organını dengeleyecek ve frenleyecek gerçek bir mekanizma mevcut değildir. Anayasa mahkemeleri bu yönleriyle demokrasiler için çok önemli bir rol üstlenmişlerdir.

Anayasa mahkemelerinin siyasal birer işlem olan yasaları ve anayasa değişikliklerini denetlemesi bu mahkemeyi çoğu zaman siyasi tartışmaların da merkezine taşımaktadır. Hatta mahkemenin vermiş olduğu karar ne kadar hukuk sınırları içerisinde cereyan ederse etsin bundan kaçmak mümkün değildir. Netice itibariyle mahkemenin denetlediği tasarruflar çoğu zaman siyasi iktidar ile muhalefet partileri arasındaki çatışmanın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[321] Bu gerçek, mahkemenin kararlarının bir şekilde siyasi odaklar ve kamuoyu tarafından tartışılmasını da beraberinde getirmektedir.[322] Tüm bu nedenlerle anayasa mahkemeleri yargının siyasallaşması tartışmasında önemli bir yer işgal etmektedir.

1982 Anayasası; Anayasa Mahkemesi'ni yargı bölümünde, yüksek mahkemeler başlığı altında ve 146. ile 153. maddeleri arasında 8 madde halinde düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu düzenleyen 146/1 maddesine göre

---

[320] Özbudun, anayasa yargısını *"hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli merhale"* olarak tanımlamaktadır. **Bkz.** Özbudun, **a.g.e**., s. 403. ; Gözübüyük de aynı şekilde anayasa yargısını hukuk devlet ve temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak tanımlamaktadır. Bkz. Gözübüyük, **a.g.e.,** s. 284., Ayrıca **bkz.** Erdoğan, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi**, s. 94-95.

[321] Gören, anayasa yargısının görevinin siyasal konulara ilişkin yargılama yapmak olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun *"siyasal kararların metotlarının uygulandığı bir yargılama"* anlamına gelmediğini ve aslolanın siyasal konuların hukuk kuralları kıstas alınarak değerlendirilmesi olduğunu belirtmektedir. **Bkz.** Gören, **a.g.e**., s. 276.

[322] **Bkz.** Serdar Gülener, **Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu**, Birinci Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 147-148.

mahkemenin üye sayısı 17'dir.[323] Bu 17 üyenin nasıl seçileceği ise aynı maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili fıkralar şu şekildedir:

"Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur."

"Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer."

"Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi

[323] 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği öncesi mahkemenin üye sayısı 11 asıl ve 4 yedek olmak üzere 15'ti. Yapılan değişiklikle birlikte üye sayısı artırılmış bunun yanında yedek üyelik düzenlemesi kaldırılmıştır.

üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır."

2010 değişiklikleriyle beraber değerlendirildiğinde, Mahkeme'nin üye dağılımının yasama organına verilen üye seçme yetkisiyle daha çeşitli hale geldiğini söyleyebiliriz.[324] Ayrıca TBMM'nin de Mahkeme'ye üye seçmesinin Mahkeme'nin demokratik meşruiyetine bir katkı sunduğu da ortadadır.[325] Ancak yasama organı tarafından seçilecek üyelerin seçiminde ilk turda nitelikli çoğunluğun, ikinci turda salt çoğunluğun ve üçüncü turda basit çoğunluğun aranması iktidarda bulunan partiye büyük bir avantaj sağlamaktadır. Bu durumda iktidar partisinin bu üyelerin seçimlerinde belirleyici olacağı açıktır. İktidar partisinin bu belirleyiciliğini törpüleyen husus ise, yasama organının ikisi Sayıştay'dan biri serbest avukatlar arasından olmak üzere, seçeceği üç üyeyi kendisine sunulan üçer aday arasından seçmek zorunda olmasıdır. Bu hükümle beraber değerlendiğinde yasama organının ve dolayısıyla yasama organını büyük oranda elinde tutan iktidar partisinin takdir yetkisinin sınırlı olduğu görülmektedir.[326]

Yasama organının Anayasa Mahkemesi'ne üye seçme yetkisine sahip olması, yargının siyasallaşması üzerinden analiz edildiğinde farklı yaklaşımlarla

[324] Özbudun, **a.g.e**., s. 412. ; 2010 değişikliğinden önce Mahkeme'nin gerek asıl gerek yedek tüm üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktaydı.
[325] Özbudun, **a.g.e**., s. 411. ; Yavuz, **a.g.e**., 251. ; Ancak şunu da unutmamak gerekir ki ; demokratik meşruiyet Mahkeme için istenen bir durum olmakla birlikte, Mahkeme'nin esas meşruluk kaynağı siyasal iktidarı "hukuk"la sınırlandırmaktır. Bu nedenle demokratik meşruiyet Mahkeme'nin esas işlevinin önüne geçirmemek gerekmektedir. **Bkz.** Ozan Ergül, **"Türk Yargı Sistemine Bakış"**, Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu içinde, TBB Yayınları, Ankara, 2008, s. 160.
[326] Yavuz, **a.g.e**., s. 251.

karşılaşılmaktadır. Bir kısım yazar yasama organına verilen bu yetkinin Mahkeme'yi siyasallaştıracağı endişesiyle karşı çıkmaktayken, diğer bir kısım yazar ise yasama organının bu sürece, dahlinin demokratik meşruiyet açısından olumlu sonuçlar doğuracağını ve Mahkeme'yi bu açıdan yapılan tartışmaların dışında tutacağı değerlendirmesiyle olumlu yaklaşmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki yasama organının cumhurbaşkanının yanında Mahkeme'ye üye seçme yetkisine kavuşması olumlu bir gelişmedir. Özellikle değişiklikten önceki ve tüm üyelerin cumhurbaşkanı tarafından atandığı sistemle karşılaştırıldığında yeni sistem kesinlikle öncekinden daha kötü değildir.[327] Bu, yeni sistemin Mahkeme'nin siyasallaşması tehlikesini bertaraf ettiği anlamına gelmemektedir. Yukarıda da değinildiği gibi belirlenen adaylar arasından yasama organının yapacağı seçimde, iktidar partisine sınırlı da olsa bir takdir yetkisi verilmektedir. Ve bu durum uzlaşma kültürünün gelişmediği ülkelerde olumsuz sonuçlar doğurmaya müsaittir. Ancak aynı durum üyelerin cumhurbaşkanı tarafından atanması durumunda da geçerlidir. Özellikle 2007 değişiklikleriyle beraber halk tarafından seçilecek bir cumhurbaşkanının olduğu bir sistemde cumhurbaşkanı tarafından yapılan atamalar da "siyasi" olabilmektedir. Aslına bakılırsa meclis tarafından seçilen cumhurbaşkanının yapacağı seçimler de aynı sonucu doğurabilmektedir. Ancak halk tarafından yapılan seçimde salt çoğunluk yeterliyken 2007 değişikliği öncesinde meclis tarafından yapılan seçimde nitelikli çoğunluk aranmaktaydı. Bu nedenle cumhurbaşkanının meclis tarafından seçildiği

[327] Yavuz, **a.g.e**. s. 253. ; Hakyemez de farklı ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin oluşumu dikkate alındığında yasama, yürütme ve yargı organlarının bu mahkemenin oluşumunda belirli oranlarda dahlinin olduğunu ifade etmektedir. Bu durumun anayasa mahkemelerinin bağımsızlığının önünde bir engel teşkil ettiğini ileri sürmek zordur. **Bkz.** Hakyemez, **a.g.e.,** s.379.

sistemde siyasi partiler daha çok uzlaşma baskısı altında kalmaktayken, şimdiki sistemde aynı baskının olduğunu söylemek tartışmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'ne yasama organı tarafından üye seçilmesi konusunda son olarak şunları söylemek gerekir. İlk olarak, yasama organının bu Mahkeme'ye üye seçmesi tek başına düşünüldüğünde, bu durum Mahkeme'nin siyasallaşması sonucunu doğurmadığı gibi yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına aykırı bir tablo da ortaya çıkarmamaktadır.[328] Bununla birlikte seçme usulündeki kimi hususlar ülkenin demokratik reflekslerinin zayıflığıyla birleştiğinde Mahkeme'nin yürütme lehine siyasallaşması tehlikesi doğmaktadır. Özellikle siyasi iktidarla cumhurbaşkanlığı makamının tek bir partinin elinde olması bu tehlikeyi daha da arttırmaktadır. Her ne kadar cumhurbaşkanı seçilen kişinin partisiyle ilişkisi kesilse ve cumhurbaşkanının tarafsız olması gerektiği Anayasada güvence altına alınmış olsa da, bu önlemler yukarıda bahsedilen tehlikeyi savuşturacak nitelikte değildir. Bu nedenle mevcut sistemde Anayasa Mahkemesi üyelerinin yasama organı ya da cumhurbaşkanı tarafından atanması arasında derin farklılıklar yoktur.[329]

Yasama organının seçtiği Mahkeme üyelerinden sonra Mahkeme'nin geri kalan 14 üyesini atayan cumhurbaşkanının Mahkeme'nin teşekkülündeki dahlini tartışmak gerekir. Cumhurbaşkanı Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, YÖK ve Askeri Yüksek İdari Mahkemesi kontenjanlarından yapacağı atamalarda bu kurumların kendi genel kurulları tarafından gösterilen üç adaydan birini

[328] Yasama organının Anayasa Mahkemesine üye seçmesi Mahkemenin oluşumundaki bürokratik mekanizmadan gelen unsurların belirleyiciliğini sonlandıracak ve bu durum Mahkeme üzerindeki siyasal olmayan aktörlerin vesayetine son verecektir. Bu nedenle yasama organının üye seçiminde rol üstlenmesi demokrasi ve demokratik meşruiyet açısından olumlu bir gelişme olacaktır. **Bkz.** Hakyemez, **a.g.e**., s. 384.
[329] Gönenç, **a.g.e**., s.114.

atayabilmektedir. Cumhurbaşkanının serbest avukatlar kontenjanından atayacağı bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterdiği adaylar arasında yapılacak seçimde en çok oy almış üç kişi arasından yapabilecektir. Tıpkı yasama organının yaptığı atamalarda olduğu gibi cumhurbaşkanının burada sınırlı bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının bu şekilde atadığı üye sayısı 11'dir. Cumhurbaşkanı geriye kalan ve üst düzey yöneticiler, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az 5 yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından atayacağı 3 üyeyi ise, genel şartları sağlamak koşuluyla, istediği gibi seçebilmektedir.[330]

Anayasa Mahkemesi'nin yeni halinde cumhurbaşkanı Mahkeme'ye üye seçme yetkisini yasama organı ile paylaşmasına rağmen Mahkeme üyelerinin büyük çoğunluğunu hala kendisi atamaktadır. Cumhurbaşkanının atadığı üyelerin çoğunu ilgili kurumların kendisine gösterdiği adaylar arasından seçmesi önemli olmakla beraber bu durum, cumhurbaşkanının Mahkeme'nin üye profilini belirlemede etkin bir konumda olduğu gerçeğini değiştirmez.[331] Özellikle kendisine aday gösterecek kurumların oluşumunda cumhurbaşkanının rolünü göz önünde bulundurduğumuzda tablo daha da netleşmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'ne iki üye veren Danıştay'ın üyelerinin dörtte biri cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.[332] Yine

---

[330] Anayasa Mahkemesi'ne üye olarak seçilebilmenin şartları Anayasa'nın 146/5 maddesinde kayıt altına alınmıştır. İlgili fıkra şu şekildedir: "*Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için, kırk beş yaşın doldurulmuş olması kaydıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcıların adaylık dâhil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır*."

[331] Gönenç, **a.g.e**., s. 114.

[332] Anayasa Madde 155/3: *"Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir."*

Mahkeme'ye üç üye veren YÖK'ün üyeleri de, bir kısmı doğrudan olmak üzere, cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.[333]

Anayasa Mahkemesi'ne aday gösteren diğer kurumların genel kurullarının oluşumunda yine cumhurbaşkanının dahli vardır. Ancak cumhurbaşkanının buralarda doğrudan üye seçme hakkı olmayıp kendisine sunulan adaylar arasından tercih yapmak zorundadır. Tüm bunları bir arada değerlendirdiğimizde Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna cumhurbaşkanının damgasını vurduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun uygulamadaki sonuçları bir yana tek başına bu görüntü bile Mahkeme'nin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmektedir. Hatırlanacağı gibi genel olarak yargının özel olarak da mahkeme ve hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmalarının yanında, bağımsız ve tarafsız görünmeleri de demokratik bir toplumda çok önemli bir konudur.[334] Bağımsız ve tarafsız görünmeyen bir mahkemeye kamuoyunun güven duymasını beklemek de yanlış olacaktır. Kendisine güvenilmeyen bir yargı organının vereceği kararlar da hukuki açıdan değil siyasi sonuçları itibarıyla tartışılacaktır.

3.2.3.2. Danıştay

1982 Anayasası'nın 155. maddesinde bir yüksek mahkeme olarak düzenlenen Danıştay'ın yargısal nitelikte görevleri olduğu gibi idari nitelikte görevleri de vardır.

---

[333] Anayasa'nın ilgili 131/2 maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "*Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler ve Bakanlar Kurulunca seçilen ve sayıları, nitelikleri, seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.*"

[334] **Bkz**. s. 61.

Anayasa'nın ilgili maddesinin ilk iki fıkrasına bakıldığında Danıştay'ın görevleri şu şekilde tanımlanmıştır:

"*Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

Hatırlanacağı gibi hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetiminin yapılmasıdır. Kıta Avrupa'sı hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde idari yargı temel olarak bu işlevi yerine getirmektedir. Danıştay da bu işlevi yerine getiren birinci derece yargı mercilerinin vermiş olduğu kararların yargısal denetimini yapmakla ya da yukarıdaki kanun metninde de ifade edildiği gibi bazı idari davalara ilk derece mahkemesi olarak bakarak, bir hukuk devletinde önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Danıştay'ın sahip olduğu bu önemli konum aynı zamanda onu sürekli siyasi iktidar ya da hükümetle de karşı karşıya getirmektedir. Özellikle hukuk devletinin içselleştirilmediği ülkelerde Danıştay veya benzeri organlar, siyasi iktidarların idari tasarruflarının önünde bir engel olarak değerlendirilip hedef haline getirilmektedir. Bu nedenle bir ülkede Danıştay'ın yapısı yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından çok önemlidir. Anayasa da bunun farkında olarak 155. maddenin 5. fıkrasında şu hükme yer vermiştir: "*Danıştay'ın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı,*

başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idarî yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

Yukarıda anlatılanlar ışığında, yargının siyasal müdahalelerden korunması bağlamında, bakılması gereken ilk husus Danıştay üyelerinin kimler tarafından ve nasıl seçildiğidir. Anayasa'nın 155/3 hükmü şu şekildedir: "*Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir."* Anayasa'da Danıştay'ın üye sayısı belirtilmediği gibi üyelerin nasıl seçileceğine dair bir hüküm de yoktur. Bu hususlar 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nda da tam olarak açığa kavuşturulmamıştır. Danıştay Kanunu'nun 13. maddesi "*Danıştay; on beşi dava, ikisi idari daire olmak üzere on yedi daireden oluşur.*"[335] hükmünü içerir. Görüldüğü gibi Anayasa'dan sonra Danıştay Kanunu'nda da üye sayısı düzenlenmemiştir. Bununla birlikte üyelik için ihdas edilen kadro sayısı 95 iken 2011 tarihli 6110 sayılı kanunla ek 61 kadro tahsis edilmiş ve Danıştay'ın üye sayısı 156 olmuştur. 2014 yılında yapılan kanuni düzenlemeyle Danıştay'a 39 üye daha tahsis edilmiş ve toplam üye sayısı 195 olmuştur.[336]

[335] 01.07.2016 tarih ve 6723 sayılı kanunla yapılan değişiklikle dava dairesi sayısı 9'a, idari daire sayısı ise 1'e düşürülmüştür. Bu değişiklikle birlikte Danıştay'ın daire sayısı 17'den 10'a düşmüştür. Aynı kanunla Danıştay Başkanı, başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanlar dışındaki üyelerin görevine son verilmiş ve yerlerine ilgili kanun yürürlüğe girdikten itibaren 5 gün içinde üye seçimi yapılması kararlaştırılmıştır. Danıştay üyelerinin görev süresinin 12 yıl olarak belirlenmesi ve bir kişinin iki defa üye olarak seçilememesi diğer önemli değişikliklerdir.

[336] Daire sayısını azaltan 01.07.2016 tarih ve 6723 sayılı kanun ile birlikte üye sayısında da bir düzenleme yapılmış ve 195 olan üye sayısı ilk etapta 116'ya düşürülmüştür. Boşalan her

Danıştay'a seçilen üyelerin nasıl seçildiğine bakılacak olursa, öncelikle üyelerin dörtte birini seçen cumhurbaşkanının bu seçimini yaparken hangi sınırlar içerisinde hareket ettiğine bakmak gerekmektedir. Danıştay Kanunu'nun8 /1 maddesi Danıştay'a seçilecek üyelerin niteliklerini belirtmektedir. Bu hükme göre: *"Danıştay üyeleri:*

a) İdari yargı hâkim ve savcılığı,

b) Bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, elçilik, valilik,

c) Generallik, amirallik,

d) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği,

e) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Sekreterliği,

f) Genel ve katma bütçeli dairelerde veya kamu kuruluşlarında genel müdürlük veya en az bu derecedeki tetkik ve teftiş kurul başkanlıkları ile düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlıkları,

g) Yükseköğrenim kurumlarında hukuk, iktisat, maliye, kamu yönetimi profesörlüğü,

h) Kamu kurum ve kuruluşlarının baş hukuk müşavirliği, birinci hukuk müşavirliği, hukuk hizmetleri başkanlığı ve hukuk işleri müdürlüğü,

Görevlerini yapanlar arasından seçilir."

---

iki üyelik için bir üye seçilmesi suretiyle de nihai olarak kademeli bir şekilde üye sayısı 90'a düşecektir.

Bu maddenin a bendinde belirtilen idari yargı hâkim ve savcıları arasından seçilecek üyeleri HSYK seçer. Cumhurbaşkanı da diğer bentlerde sayılan görevliler arasından üye seçimi yapar. Ayrıca cumhurbaşkanının seçeceği bu üyelerin Danıştay Kanunu'nun 8/3 maddesinde belirtilen şartları da taşıması gerekmektedir. İlgili fıkra hükmü şu şekildedir: "*İdari görevlerden Danıştay üyeliğine seçileceklerin yükseköğrenimlerini tamamladıktan sonra Devlet hizmetlerinde on beş yıl çalışmış bulunmaları, birinci derece aylığını kazanılmış hak olarak almaları ve hâkimliğin gerektirdiği ahlak ve seciyeye sahip olmaları şarttır*." Görüldüğü gibi cumhurbaşkanı çok geniş bir havuzdan üye seçme yetkisine sahiptir. Ayrıca yapacağı seçimlerde, kendisine sunulan adaylar arasında bir tercih yapmak zorunda değildir. Ancak unutmamak gerekir ki, Danıştay'ın üyelerinin dörtte biri cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Bu durumda HSYK tarafından seçilecek üyelerin nasıl seçileceği büyük önem arz etmektedir.

Danıştay Kanunu'nun 8/2 maddesi HSYK tarafından seçilecek üyelerin taşıması gereken nitelikleri belirtmiştir. İlgili fıkra, *"İdari yargı hâkim ve savcılarının Danıştay üyeliğine seçilebilmeleri için birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl bu görevlerde başarı ile çalışmış olmaları ve birinci sınıfa ayrılma niteliğini kaybetmemeleri gereklidir. Danıştay üyesi seçilebilmek için hâkimlik ve savcılık mesleğinde on yedi yıl çalışmış olmak şarttır.*" hükmünü içerir. Bu şartları haiz olanlar arasından yapılacak seçime ilişkin ise kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle seçimin nasıl yapılacağına HSYK karar vermektedir. HSYK da 15.02.2011 tarihli ve 85 sayılı kararı ile seçimin nasıl yapılacağını belirlemiştir. HSYK bu kararında seçimlerin kademeli olarak eleme sistemine göre yapılmasına karar vermiştir. Buna göre ilk turda en çok oy alan adaydan başlamak üzere boş

kadro sayısının bir katı kadar aday belirlenmektedir. İkinci turda ise birinci turda belirlenen adaylar arasından en az 12 oy almış adaylar Danıştay üyeliğine seçilmiş sayılır.[337] Öngörülen bu seçim sisteminin seçilecek üyelerin çoğulcu bir yelpazede seçilmesine değil çoğunlukçu bir üye profilinin ortaya çıkmasına zemin hazırladığı ortadadır.[338]

Danıştay'ın yapısı bir bütün olarak değerlendirildiğinde bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabilecek bir takım düzenlemelerin olduğu söylenebilir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, Danıştay'ın üye sayısı Anayasa'da belirtilmemiştir. Bu durum ise yasama organında çoğunluğu elinde bulunduran iktidar partisine, kanun değişiklikleriyle üye sayısını belirleme konusunda geniş bir imkân sağlamaktadır. Yürütme erkinin üye belirleme sürecindeki etkisi göz önünde

---

[337] HSYK Genel Kurulu'nun ilgili kararı şu şekildedir:
"a-) Danıştay Kanunu'nun 8'inci maddesinin 2. fıkrasında öngörülen, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş tüm idari hâkim ve savcıların aday olarak belirlenmesine,
b-) Bu şekilde belirlenen aday listelerinin HSYK resmi internet sitesinde yayımlanmasına, listede olması gerektiği halde adı bulunmayanlar ile adı yer aldığı halde aday olmak istemeyenlerin buna ilişkin taleplerini 17.02.2011 tarihine kadar HSYK Genel Sekreterliğine bildirmelerine,
c-) Seçimlerin 24.02.2011 tarihinde kademeli olarak eleme sistemi ile yapılmasına,
d-) İlk turda seçilebilme yeterliğine sahip tüm hâkim ve savcılar arasından en çok oy alandan başlamak kaydıyla boş kadro sayısının bir katı kadar aday belirlenmesine, son sıradaki oyların eşit olması halinde eşit oy alanların tümünün ikinci tur için değerlendirme kapsamına alınmasına,
e-) İkinci turda birinci turda belirlenen adaylar arasından en yüksek oy alandan başlamak üzere 12 oyu geçen hâkim ve savcıların seçilmiş sayılmasına,
Ancak;
- İkinci turda yapılan oylama neticesinde boş kadro sayısından daha fazla 12 oy alan adayların çıkması halinde boş kadro sayısını doldurucaya kadar en çok oyu alan adayların seçilmiş sayılmasına,
- İkinci turda yapılan oylama neticesinde seçilmek için zorunlu olan 12 oyun alınamaması nedeniyle boş kalan üyelikler için aynı usulle kadrolar dolana kadar seçimlere devam edilmesine,
- Bu turlarda son sıralardaki oyların eşit olması halinde ise, eşitler arasında yeniden seçim yapılmasına, bu durumda boş kalan kadro sayısınca en çok oy alanların seçilmiş sayılmasına karar verilmiştir."

[338] Yavuz, **a.g.e**., s. 256.

bulundurulduğunda, bu durum aynı zamanda yürütme erkine Danıştay üyelerinin genel profilini belirleme ya da değiştirme fırsatı sunmaktadır. Yine Danıştay'a üye seçimi yapacak makam ve kurumların yapacakları seçim usulüne dair Anayasa'da ve Danıştay Kanunu'nda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu da üye seçimi yapacak makam ve kurumlara geniş bir takdir yetkisi bırakıldığı anlamına gelmektedir. Bu yapının ise yüksek mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını baskı altında bıraktığını söylemek gerekir. Nitekim 2011 ve 2014 yıllarında yapılan kanuni düzenlemelerle Danıştay'ın üye sayısı arttırılmış ve mahkemeye çok sayıda yeni üye atanmıştır. Aynı zamanda üye seçilebilecek kişilerde aranması gereken niteliklerde de bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler de doğal olarak siyasi bir müdahale olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle Danıştay'ın üye sayısının Anayasa'da kayıt altına alınmasında fayda vardır. Yine aynı şekilde yapılacak üye seçimlerinde uygulanacak seçim usulünün de, Anayasa'da ya da en azından kanunda düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Danıştay'ın yapısı üzerindeki yürütme erkinin belirleyici olduğunu söylerken, bu tespitin tek başına üyelerin dörtte birinin cumhurbaşkanı tarafından atanmasına dayandırılmadığını söylemek gerekir. Bu yürütmenin bir kanadı olan cumhurbaşkanına önemli bir yetki vermekle birlikte yüksek mahkemenin üyelerinin büyük çoğunluğu HSYK tarafından seçilmektedir. Bu durumda HSYK'nın oluşumunda yürütmenin dahli büyük önem taşımaktadır. Hatırlanacağı gibi HSYK'nın oluşumunda da yürütme erkinin önemli bir etkisi vardı.[339] Gerek Adalet Bakanı ve müsteşarının doğal üye olması gerekse de cumhurbaşkanının geniş bir havuzdan 4 üyeyi seçme yetkisine sahip olması yürütmenin Kurul'un oluşumunda ki

[339] **Bkz**. s. 105-115.

önemini ortaya koymaktadır. Ayrıca 2014 yılında yapılan değişiklerle beraber Türkiye Adalet Akademisi'nden gelecek üyeyi de yürütme hanesine yazmak daha doğru olacaktır. Nitekim bu değişiklerle birlikte Akademi'nin kısmı özerkliği sonlandırılmış ve tamamen yürütmenin denetimine geçmiştir. Yine unutmamak gerekir ki hakim ve savcıların mesleğe alınmalarındaki süreçte kontrol ve inisiyatif tamamen yürütmenin elindedir. Tüm bunlar beraber değerlendirildiğinde Danıştay'ın bağımsız ve tarafsız bir görüntüden uzak olduğunu söylemek sanırım yanlış olmayacaktır.

3.2.3.3. Yargıtay

Danıştay nasıl birinci derece idare mahkemeleri tarafından verilen kararların inceleme mercii ise Yargıtay da aynı inceleme görevini birinci derece adliye mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar üzerinde yapar. 1982 Anayasası'nın ilgili 154/1 hükmü şu şekildedir: "*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.''*[340] Bunun dışında Yargıtay'ın yapısı ile Danıştay'ın yapısı Anayasa' da hemen hemen birbirine paralel şekilde düzenlenmiştir. Yalnız birkaç önemli

[340] 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu ise Yargıtay'ın görevlerini 13. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir: – *"Yargıtay'ın görevleri şunlardır:*
1. Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son merci olarak inceleyip karara bağlamak,
2. Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak,
3. Kanunlarla verilen diğer işleri görmek."

sayılabilecek farklılık vardır. Bunlardan birincisi Danıştay üyelerinin dörtte üçü HSYK tarafından seçilirken, Yargıtay üyelerinin tamamı HSYK tarafından seçilmektedir. Bu da bizi Yargıtay'ı incelerken HSYK'nın yapısını da hesaba katmaya yöneltmektedir. İkinci önemli fark ise HSYK tarafından Yargıtay'a seçilecek üyeler için yapılacak seçim usulüne ilişkin Anayasa'da bir düzenlemenin mevcut olmasıdır. Hatırlanacağı gibi Danıştay için Anayasa da böyle bir düzenlemem öngörülmemişti. Anayasa'nın seçim usulünü düzenleyen ilgili 154/2 hükmü *"Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adlî yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir*." şeklindedir.

Yargıtay üyeliğine seçilebilme şartları ise 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu tarafından düzenlenmiştir. Kanun'un 29. maddesi üyelerin niteliklerini şu şekilde düzenlemiştir: *"Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından seçilir. Yargıtay üyesi seçilebilmek için hâkimlik ve savcılık mesleğinde on yedi yıl çalışmış olmak şarttır."*[341] Üye seçimi için yapılacak seçimin detayları ise tıpkı Danıştay üyelerinin seçiminde olduğu gibi HSYK'ya bırakılmıştır. HSYK da 15.02.2011 tarih ve 84 sayılı kararıyla yapılacak seçimin ayrıntılarını belirlemiştir.[342] Bu seçim usulü

[341] 2014 yılında yapılan değişiklikten önce Yargıtay üyeliğine seçilebilmek için hâkimlik ve savcılık mesleğinde 20 yıl çalışma zorunluluğu vardı.

[342] HSYK Genel Kurulu'nun ilgili kararı şu şekildedir:
"a-) Yargıtay Kanunu'nun 29'uncu maddesinde öngörülen, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş tüm adli hâkim ve Cumhuriyet savcılarının aday olarak belirlenmesine,
b-) Bu şekilde belirlenen aday listelerinin HSYK resmi internet sitesinde yayımlanmasına, listede olması gerektiği halde adı bulunmayanlar ile adı yer aldığı halde aday olmak

Danıştay üye seçiminde öngörülen usulün aynısıdır. Dolayısıyla Danıştay üye seçimi için söylediklerimizin hepsi Yargıtay üye seçimi için de geçerlidir. Bu seçim sistemi özü itibarıyla çoğunlukçu bir sistemdir ve Kurul'a hakim olan eğilimin tüm üyelikleri kazanması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca Kurul tarafından yapılacak seçimlerin detaylarının yine Kurul'a bırakılması da tartışmalara açıktır. Nitekim Kurul istediği zaman seçim usulünü değiştirmek için karar alabilir.[343]

Yargıtay'ın yapısıyla ilgili yüksek mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını tehdit eden bir diğer husus da üye sayısının Anayasa'da belirtilmemesidir. Üye sayısı Anayasa'da kayıt altına alınmadığı için yapılacak kanuni düzenlemelerle yüksek mahkemenin üye sayısı arttırılabilmektedir. Bu da siyasi iktidara, eğer Yargıtay'ın tüm üyelerini seçen HSYK'ya hakimse, Yargıtay'ın genel profilini kendi lehine değiştirme fırsatı vermektedir. Nitekim 2011 ve 2014 yıllarında yapılan kanuni düzenlemelerle Yargıtay'ın daire sayısıyla birlikte üye

---

istemeyenlerin buna ilişkin taleplerini 17.02.2011 tarihine kadar HSYK Genel Sekreterliğine bildirmelerine,
c-) Seçimlerin 24.02.2011 tarihinde kademeli olarak eleme sistemi ile yapılmasına,
d-) İlk turda seçilebilme yeterliğine sahip tüm hâkim ve savcılar arasından en çok oy alandan başlamak kaydıyla boş kadro sayısının bir katı kadar aday belirlenmesine, son sıradaki oyların eşit olması halinde eşit oy alanların tümünün ikinci tur için değerlendirme kapsamına alınmasına,
e-) İkinci turda birinci turda belirlenen adaylar arasından en yüksek oy alandan başlamak üzere 12 oyu geçen hâkim ve savcıların seçilmiş sayılmasına,
Ancak;
- İkinci turda yapılan oylama neticesinde boş kadro sayısından daha fazla 12 oy alan adayların çıkması halinde boş kadro sayısını doldurıncaya kadar en çok oyu alan adayların seçilmiş sayılmasına,
- İkinci turda yapılan oylama neticesinde seçilmek için zorunlu olan 12 oyun alınamaması nedeniyle boş kalan üyelikler için aynı usulle kadrolar dolana kadar seçimlere devam edilmesine,
- Bu turlarda son sıralardaki oyların eşit olması halinde ise, eşitler arasında yeniden seçim yapılmasına, bu durumda boş kalan kadro sayısınca en çok oy alanların seçilmiş sayılmasına karar verilmiştir."

[343] Yavuz, **a.g.e**., s. 258.

sayısı da arttırılmıştır.[344] Bu husus açık bir şekilde yüksek mahkemeyi siyasi müdahaleye açık hale getirmektedir. Bu nedenlerle Yargıtay'ın üye sayısının Anayasa'da belirtilmesinde fayda vardır.

Görüldüğü üzere HSYK'nın, gerek Danıştay gerekse de Yargıtay üyelerinin seçimindeki başat rolü, bu yüksek mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını HSYK'nın bağımsızlığı ve tarafsızlığına bağlı duruma getirmiştir. Bu gerçek HSYK'nın Türkiye yargı sistemi içindeki yerinin ne denli önemli olduğunun kanıtıdır. Ancak HSYK'nın yapısı dikkate alındığında bu yapı Kurul'u siyasi müdahalelerin dışında tutmaktan çok uzaktır. HSYK başlığı altındaki değerlendirmelerde belirtildiği gibi, gerek Kurul üyelerinin önemli bir kısmının yürütme tarafından seçilmesi gerekse de adli ve idari yargıdan gelecek önemli sayıdaki üyenin seçiminde uygulanan çoğunlukçu sistem Kurul'un bağımsızlığına zarar vermektedir.

3.2.4. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi

Anayasa Mahkemesi'ne yönelik yukarıda anlatılanlar daha çok Mahkeme'nin bağımsızlığına ve tarafsızlığına yürütme organından gelen tehditlere ilişkindi. Ancak yakın tarih bize göstermiştir ki Anayasa Mahkemesi'nin siyasallaşması çoğu zaman

[344] 01.07.2016 tarih ve 6723 sayılı kanun ile yapılan değişiklikte ise kanun koyucu Yargıtay'ın daire ve üye sayısını azaltmıştır. Bu değişiklikle birlikte 23 hukuk ve 23 ceza olmak üzere 46 olan daire sayısı, 12 hukuk ve 12 ceza olmak üzere 24'e düşürülmüştür. 516 olan üye sayısı ise ilk aşamada 300'e düşürülmüş, boşalan her bir üyelik için bir üye seçmek suretiyle de kademeli olarak 200'e kadar düşecektir. Bu değişiklikte birlikte aynı zamanda, Danıştay'da olduğu gibi, üyelik süresi 12 yıl olarak belirlenmiş ve aynı kişinin iki defa üye seçilemeyeceği kayıt altına alınmıştır.

Mahkeme'nin aktivizminden kaynaklanmıştır.[345] "Yargısal aktivizm" olarak kavramsallaştırılan bu olgu Türkiye'de de, özellikle siyasi nitelik taşıyan davalarda, çok sık gündeme gelmektedir.[346] Bu siyasi davaların başında da kuşkusuz siyasi partilerin kapatılması talebiyle açılan davalar gelmektedir. Mahkeme'nin bu davalarda vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, Mahkeme'nin tarafsızlıktan çok uzak ve siyasi bir tarafmış gibi kararlar verdiği görülmektedir. Mahkeme'nin "ideolojik temelli" bu yaklaşımının arkasında kuşkusuz 1961 Anayasası'nın arkasındaki siyasi saikler de rol oynamıştır. Bu darbe Anayasası'nın anayasa yargısını kabulünün arkasında, meclis çoğunluğunu temsil eden DP'nin mutlak ve sınırsız olan iktidarını sınırlama ve dengeleme amacının olduğu sır değildir.[347] Bu nedenle 1961 Anayasası, Türkiye siyasetindeki merkez-çevre ikiliği üzerinden tanımlanan bölünme çizgisinde, merkez güçlerin *"temel değer ve menfaatlerini"* güvence altına almayı hedeflemiştir. Anayasa Mahkemesi de bu güvenceye temin edecek en etkili araç olarak kurgulanmıştır.[348] Tüm bunlar birlikte

[345] Aslına bakılırsa yargısal aktivizm her ne kadar mahkeme üyelerinin kişisel düşünce ve nitelikleriyle açıklanıyor ve bağımsızlıktan farklı bir başlık altında ele alınıyor olsa da, bu sorunun temelinde de asıl olarak "bağımlı" yargı yatmaktadır. Özellikle Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizm sınırları içerisinde değerlendirilecek kararlarına bakıldığında, Mahkeme üyelerinin çoğu zaman kendilerini atayan ve yürütmenin başı olan kişinin siyasi düşünceleriyle uyumlu hareket ettiği görülecektir. Aynı zamanda Mahkeme'nin aktivist tutumu, siyasi iktidar değişiminin yaşandığı yıllarda hissedilir derecede artmaktadır. Türkiye'de 2002 yılında gerçekleşen iktidar değişiminden sonra yaşananlar bu tezi güçlendirmektedir. Son olarak Mahkeme'ye taşınan ve siyasi niteliği ağır basan davalarda Mahkeme üyelerinin kimler tarafından atandığına bakılarak, çıkabilecek karar hakkında tahminde bulunulması ve yapılan tahminlerin çoğu zaman isabetli çıkmasını da bu doğrultuda değerlendirmek mümkündür.

[346] Yargısal aktivizm kavramının ne olduğu ve kapsamı çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı için burada ayrıca anlatılmayacaktır. **Bkz**. 85-88.

[347] **Bkz**. Özbudun, **a.g.e**., s. 471.

[348] Özbudun, **a.g.e**., s. 471.

değerlendirildiğinde yargısal aktivizmin 1961 Anayasası'nın yapıcıları açısından bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir.[349]

Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu 1982 Anayasası döneminde de devam etmiştir. Mahkeme yasama organının birçok işlemini anayasal sınırları dışına çıkarak iptal etmiştir. Mahkeme bu iptal kararlarının gerekçesinde, "hak temelli" bir yaklaşım ortaya koymaktan çok, birey hak ve özgürlüklerini görmezden gelen ideolojik bir yaklaşımı benimsemiştir.[350] Mahkeme özellikle Anayasa'ya da mündemiç olan laiklik ve üniter devlet ilkelerini çok katı bir şekilde yorumlayarak, hak ve özgürlükleri korumayı değil resmi ideolojinin savunuculuğunu yapmayı tercih etmiştir. Mahkeme vermiş olduğu farklı siyasi parti kapatma davalarında üniter devlet anlayışını net bir şekilde ortaya koymuştur. "Kürt Sorunu"nun çözümüne ilişkin hemen her öneriyi devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı bir girişim olarak algılayan Mahkeme, bu girişimleri Atatürk Milliyetçiliği'ne aykırı bularak partilerin kapatılmasına karar vermiştir. Mahkeme örneğin Sosyalist Parti'nin kapatılması talebiyle açılan davada federasyon önerisini ve Kürtlerin kendi kaderini tayin etmede özgür olduğunun savunulmasını, Anayasa'da kayıt altına alınan üniter devlet yapılanmasına aykırı bulmuştur.[351] Mahkeme HEP, ÖZDEP,

[349] Bu konuda **bkz.** Hüner, **a.g.e**., s. 135. ; Hüner yargısal aktivizmin kimi durumlarda anayasal bir tercih olarak ortaya konduğunu ifade etmekte ve bunun en önemli nedeninin de resmi ideolojiyi korumak olduğunu belirtmektedir. Resmi bir ideolojinin benimsendiği ülkelerde yargının bu resmi ideoloji ekseninde hareket etmesi için anayasada bilinçli olarak muğlak ifadelere yer verilmektedir. **Bkz**. Hüner, **a.g.e**., s. 135.

[350] Özbudun, **a.g.e**., s. 472.

[351] Sosyalist Parti'nin kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın bir değerlendirilmesi için bkz. Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, s. 195-216.

DEP, SBP, HADEP ve DTP kararlarında da benzer argümanları tekrarlayarak söz konusu siyasi partilerin kapatılmasına karar vermiştir.[352]

Mahkeme'nin laiklikten anladığı da üniter devlet de olduğu gibi özgürlükçü bir perspektiften uzaktır. Mahkeme birçok kararında laikliği din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olarak değil dogmatik bir ideoloji olarak ele almıştır.[353] Mahkeme otoriter laiklik anlayışını MNP, RP, FP ve AKP aleyhine açılan kapatma davalarında çarpıcı bir şekilde ortaya koymuştur.[354] Bilindiği gibi laikliğin düşünsel

[352] Anayasa Mahkemesi'nin bu davalarda vermiş olduğu kararlarda üniter devlet ilkesini nasıl algıladığına yönelik **bkz.** Hamdi Gökçe Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 235-246.

[353] Anayasa Mahkemesi Refah Partisinin kapatılması kararında laikliği şu şekilde tanımlamıştır: *"Türkiye'de lâiklik ilkesinin uygulanması, kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına da yansıyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması biçimindeki tanımına karşın, İslâm ve Hıristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dinî ve din anlayışı tümüyle farklı ülkelerde lâiklik uygulamasının, aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan sonucudur. Kaldı ki, aynı dinî benimseyen batılı ülkelerde de lâiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Lâiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, farklı dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefi, bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan lâiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmektedir. Tarihsel gelişiminin farklılığı nedeniyle Türkiye için özellik taşıyan lâiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir."* **Bkz.** AYMK, **E.** : 1997/1, **K.** : 1998/1, **K.T**. : 16.01.1998. ; Anayasa Mahkemesi AKP aleyhine açılan kapatma davasında ise laiklikle ilgili şu ifadelere yer vermiştir : *"…çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve aydınlanma döneminden alır. Lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-din ve inanç ayrımını gerekli kılarak din ve vicdan özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda, siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende ise din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır…"* **Bkz.** AYMK, **E.** : 2008/1, **K.** : 2008/2, **K.T**. : 30.07.2008.

[354] Mahkemenin başörtüsü, zorunlu din dersi, cem evlerine ibadet statüsü verilmesi vb. konularda vermiş olduğu çeşitli kararları da özgürlükçü bir anlayıştan yoksundur.

temelleri yasaklama üzerine değil devletin tüm inanç gurupları karşısında eşit mesafede olduğu, özgürlükçü bir devlet yönetimi üzerine bina edilmiştir. Laikliğin demokrasilerdeki meşruluk zemini budur.

Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumuna ilişkin en çarpıcı örneklerinden biri kuşkusuz Türkiye hukuk ve siyaset literatürüne "367 kararı" olarak geçen karardır. 2007 yılında yapılan cumhurbaşkanlığı seçiminde karar yeter sayısı olarak kabul edilen üçte iki çoğunluğun toplantı yeter sayısı için de aranması gerektiği hususunda dönemin ana muhalefet partisinin açmış olduğu davayı karara bağlayan Mahkeme, dava konusu istemi kabul ederek seçim sürecini tıkadığı gibi Anayasa'nın açık hükmünün de, yaptığı "yorum"la tabir caizse, etrafından dolanmıştır.[355] Anayasa'nın ilgili maddesinde toplantı yeter sayısı olarak nitelikli çoğunluğun aranacağına dair herhangi bir ifade olmamasına rağmen Mahkeme verdiği kararla adeta yeni bir anayasa hükmü oluşturmuştur. Ayrıca aynı madde yürürlükteyken yapılan hiçbir cumhurbaşkanlığı seçiminde toplantı yeter sayısı olarak nitelikli çoğunluk aranmamıştır. Dönemin siyasi kamplaşmaları ve tartışmaları hatırlandığında Mahkeme'nin merkez güçler olarak adlandırılan kesimin siyaseten ileri sürdükleri itirazları "hukuki" bir zırha kavuşturduğu ortadadır. Bu karar aynı zamanda Mahkeme'nin bir vesayet organı olarak tanzim edildiğinin bizzat Mahkemenin kararlarıyla tescil edildiği onlarca örnekten biridir.[356]

Mahkemenin laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü ilkeleriyle ilgili vermiş olduğu bazı kararların bir değerlendirmesi için **bkz.** Hakyemez, **a.g.e**., s. 243-256.

[355] Anayasa'nın Cumhurbaşkanının seçimini düzenleyen 102. maddesi şu şekildeydi: *"Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir…"*

[356] Anayasa Mahkemesi'nin vesayetçi bir kurum olarak yapılanması genel olarak 1982 Anayasası'nın vesayetçi karakterinden kaynaklanmaktadır. Anayasa sivil siyasete duyulan güvensizlik üzerine kaleme alınmış bu anlayış da başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere bir

Anayasa Mahkemesi'nin tutumu değerlendirildiğinde tipik bir yargısal aktivizm problemiyle karşı karşıya olduğumuz ortadadır. Mahkeme temel hak ve özgürlükleri iktidara karşı korumaktan aldığı meşruluğuna zarar vermektedir. Mahkeme evrensel hukuku iktidara karşı korumak şöyle dursun, devletle özgürlüklerin karşı karşıya geldiği birçok konuda tercihini devletten ve onun resmi ideolojisinden yana yapmıştır. Mahkemenin üniter devlet ve laiklik anlayışları da bu devletçi tutumunun kristalize olmuş halleridir. Bu gerçek Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin meşruluğunu tartışma konusu yapmış ve Mahkeme siyasi bir taraf olarak algılanmıştır. Mahkeme'nin birçok kararının satır araları incelendiğinde de görülecektir ki, yapılan değerlendirmelerin önemli bir kısmı hukuki olmaktan uzaktır. Bu da Mahkeme'nin bağımsız ve tarafsız bir görünümden ne kadar uzak olduğunu göstermektedir.[357]

---

takım vesayetçi organ ve kurumların varlığını gerektirmiştir. Diğer vesayetçi kurumlara örnek olarak Cumhurbaşkanı ve MGK verilebilir. Bununla birlikte vesayetçi anlayışın askeri darbelerle yakından ilişkili olduğu gerçeğini unutmamak gerekir. Bu nedenle 1961 Anayasası da özü itibariyle vesayetçi bir anlayışla kaleme alınmıştır. **Bkz.** Algan, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü**, s.285-294. ; Yasa koyucunun Mahkeme'nin bu kararına karşı tepkisi Anayasa'nın toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 96. maddesini değiştirmek olmuştur. 2007 yılında gerçekleştirilen bu anayasa değişikliği ile *"Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dâhil bütün işlerinde üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanır…"* hükmü getirilmiştir. Ayrıca aynı anayasa değişikliği paketiyle cumhurbaşkanının halk tarafından seçimi usulü getirilmiş ve tartışmalara son nokta konmuştur.

[357] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin son yıllarda verdiği kararlar *"hak temelli"* yaklaşıma doğru bir seyir izlemektedir. Mahkeme, anılan kararlarında katı ve dışlayıcı laiklik anlayışından vazgeçerek özgürlükçü laiklik anlayışını benimsemiş ve birey hak ve özgürlüklerini koruyan bir çizgiye gelmiştir. **Bkz.** Özbudun, **a.g.e**., s. 472-473. ; Mahkeme 2013 yılında açılan bir iptal davası üzerine vermiş olduğu kararda iki farklı laiklik anlayışını şu şekilde ortaya koymuştur : *"Katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır."* Mahkeme bu iki farklı laiklik anlayışını tanımladıktan sonra ise özgürlükçü laiklik anlayışını benimsediğini şu sözlerle açık bir şekilde göstermektedir : *"Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından*

Sonuç ve Değerlendirme

Çalışma bir bütün olarak ele alındığında, yargı organının modern devlet için taşıdığı önem açık bir şekilde ortaya konulmuştur. İktidarın tek bir kişide veya tek bir organda temerküz etmesinin önüne geçmek için geliştirilen kuvvetler ayrılığı doktrini ve bu doktrini kendisine eklemleyen hukuk devleti anlayışı da yargı erkine taşıdığı bu öneme uygun bir rol vermiştir. Yargı siyasal organlar olan yasama ve yürütmenin aksine siyaset dışı ya da siyaset üstü bir konuma yükseltilmiş ve hukukun güvencesi olma işlevi görmüştür. Yargının üzerine düşen bu büyük sorumluluğu günümüze kadar ne kadar başarıyla yerine getirdiği tartışmalı olsa bile; yargı, günümüz demokrasileri için hala anahtar bir rol üstlenmektedir. Günümüz parlamenter demokrasilerinde yasama ve yürütme organı arasındaki çizginin belirsizleşmesi ve yasamanın çoğu zaman yürütmenin siyasi hedeflerinin gerçekleştirilmesinin bir aracı haline getirilmesi yargı organının önemini daha da arttırmıştır. Ancak yürütme erkinin elinde olan güç ve imkânlar, yargının temel meşruluk temellerinden uzaklaştırılarak hukukun değil kimi siyasi programların önündeki engellerin kaldırılması için kullanılması tehdit ve tehlikesini beraberinde getirmektedir. Yargının siyasallaşması olarak adlandırılan bu olgu, hukuk devleti anlayışını ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri tehdit eden gelişmelerin başında gelmektedir.

Yargının siyasallaşması çok boyutlu bir olgudur. Bununla birlikte yargının siyasallaşması daha çok yürütme eliyle gerçekleştirilmektedir. Günümüzde hemen

---

biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip olduğu inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir… Laik devlet, resmi bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir." **Bkz.** AYM, **E.** : 2012/65, **K.** : 2012/128, **K.T.** : 20.09.2012.

tüm demokrasilerde yürütme organı yargının teşekkülünde çok önemli yetkileri elinde tutmaktadır. Bu gerçek yargının demokratik bir sistemdeki rolünü gerçekleştirebilmesinde yürütmenin bu role saygı göstermesi ihtiyacını ortaya koymaktadır. Yürütmenin bu ihtiyaca cevap vermesi ise ülkede cari olan siyasal kültürle çok yakından ilişkilidir. Demokratik reflekslerin gelişmediği ve siyasi iktidarın hukuk devleti düşüncesinden uzak olduğu bir ülkede yargının siyasal erkleri dengeleyen ve denetleyen işlevini kabul etmek de kolay olmamaktadır. Bu nedenle gerek uluslararası belgelerde gerekse de başta anayasa olmak üzere ulusal düzeydeki hukuki metinlerde yargının siyasallaşmasının önüne geçmek için kimi öneri ve ilkeler yer almaktadır. Bu öneri ve ilkeler ise daha çok yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı başlıkları altında düzenlenmektedir.

Bağımsız yargı, yargı organının gerek siyasal organlar olan yasama ve yürütmeden gelen gerekse de medya, kamuoyu, siyasal partiler ve sivil toplum örgütleri gibi baskı gruplarından gelebilecek etki ve baskıların önüne geçebilmek için ortaya atılmıştır. Yargıyı aynı zamanda davanın taraflarının etkisi altına girmekten de korumak gerekmektedir. Bağımsızlığın bir diğer boyutu ise yargı mensuplarının bizzat yargı kurumunun kendisinin etki ve baskısından korumaktır. Yargı dışı organlar tarafından söz konusu olabilecek müdahaleler dış bağımsızlık olarak adlandırılmaktayken; yargı organının içinde vuku bulan müdahaleler iç bağımsızlık olarak tanımlanmaktadır. Yargının bağımsızlığı kurumu tüm bu boyutlarıyla esas olarak yargının tarafsızlığını gerçekleştirme amacına hizmet etmektedir. Siyasal yargı aynı zamanda "taraflı" bir yargıdır. Bu nedenle bir hukuk devletinde yargının en önemli vasfı "tarafsız" olmasıdır. Bağımsızlık ise tek başına yargının tarafsızlığını temin etmekten uzaktır. Ancak bu bağımsızlığın önemsiz olduğu şeklinde

anlaşılmamalıdır. Nitekim tarafsız yargı idealini hayata geçirebilmek için bunun asgari koşulu olan bağımsızlığın gerçekleştirilmesi gerekir. Bağımsız olmayan bir yargı organının tarafsız bir muhakeme yapabilmesi mümkün olsa da; bağımsız bir yargının bu özelliği ortaya koyması çok daha olasıdır. Bu nedenle bağımsız bir yargı tarafsız bir yargının en önemli koşullarından biridir.

Bağımsızlık ve tarafsızlığın tek muhatabı yürütme olmamasına rağmen, tarihsel tecrübeler göstermiştir ki; yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını en çok tehdit eden organ yürütmedir. Yürütme erki ya da siyasal iktidar yargı karşısında sahip olduğu yetkilerle yargı organlarının oluşumu üzerinde, derecesi ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, belirleyici bir rol oynayabilmektedir. Hal böyle olunca bağımsız ve tarafsız bir yargı sorunsalında öncelikli muhatap yürütme organı olmaktadır. Yürütme organının yargı organları üzerindeki önemli yetkilerinden biri yargı mensupları olan hâkim ve savcıların mesleğe atanmaları konusunda sahip olduğu yetkilerdir. Parlamenter demokrasi ile yönetilen ülkelerin büyük çoğunluğunda yürütme organı hâkim ve savcıların mesleğe atanmalarında tek başına söz sahibidir. Yürütme organının sahip olduğu bu yetkiler aynı zamanda yargının siyasallaşmasının da önemli nedenlerinden biridir. Çoğulcu demokrasinin kabul görmediği ve demokrasinin seçimlerden ibaret görüldüğü ülkelerde yürütme organının sahip olduğu bu yetkiler, yargı organının içinin boşaltılarak hukuk devleti anlayışına bir saldırı niteliğine bürünebilmektedir.

Yürütmenin yargı organı karşısında yukarıda değinilen yetkilere sahip olması ve bu yetkilerin yargı organını yürütmenin siyasal bir aracı haline dönüştürebilme potansiyeli, yargı organının teşekkülünde ve yine aynı şekilde yargı mensuplarının atanması noktalarında yürütme organının sahip olduğu yetkilerin de tartışılmasına

yol açmaktadır. Uluslararası belgelerde de bu konu üzerinde hassasiyetle durulmaktadır. Aslına bakılırsa kimi uluslararası belgelerde yürütmenin yargı organı üzerinde sahip olduğu yetkiler tek başına bağımsızlığa ve tarafsızlığa aykırı düzenlemeler olarak kabul görmemektedir. Yargı organının bağımsızlığına saygı gösterildiği müddetçe yürütme organının sahip olduğu yetkiler sorun yaratmayacaktır. Sorun yaratması bir tarafa, yasama ve yürütme organının yargı organı üzerindeki yetkilerinin bir bütün olarak yargının demokratik meşruluğuna hizmet edeceğini düşünenler de vardır. Ancak şunu söylemek gerekir ki, demokrasi karnesi zayıf ülkelerde yürütmenin yargı organı üzerinde sahip olduğu bahse konu yetkiler kesinlikle yargının bağımsızlığın ve tarafsızlığının altını oymaktadır. Bu nedenle bu tür ülkelerde yargı organının ve dolayısıyla hâkimlerin üzerinde yürütme erkinin sahip olduğu yetkilerin tolere edilebilir düzeye çekilmesi gerekmektedir.

Yargının siyasallaşmasının diğer bir yönü de bizzat yargının anayasalarda kendine ayrılan sınırların dışına çıkarak yasama ve yürütme aleyhine yetki alanını genişletmesidir. Yargısal aktivizm olarak adlandırılan bu olgu yargının hukuk lehine kendi sınırları dışına çıktığı durumlarda değil, aksine yargının belli siyasi ve ideolojik saiklerle hareket ettiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Yargısal aktivizmle özellikle yargının sivil iradeye karşı bir vesayet organı olarak dizayn edildiği ülkelerde karşılaşılmaktadır. Bu gerçek de yukarıda değinilen yargının bağımsız olmasının tek başına yargının tarafsızlığını ve meşruluğunu sağlamak için yeterli bir unsur olmadığı iddiasını desteklemektedir.

Yargının siyasallaşmasının yoğun bir şekilde tartışıldığı ülkelerden biri de Türkiye'dir. Türkiye'de yargı neredeyse her zaman siyasi tartışmaların odağında yer almıştır. Bu durum Anayasa ve kanunlar tarafından, ilkesel olarak, güvence altına

alınan bağımsız ve tarafsız yargı idealinin çok uzağında bir yargı gerçeğini ortaya çıkarmıştır. 1982 Anayasası da tıpkı 1961 Anayasası gibi yargının bağımsızlığına yönelik kimi güvencelere yer vermiş olsa da, gerek kanunlardaki ve diğer hukuki düzenlemelerdeki bazı eksiklikler gerekse de siyasi iktidarın ya da farklı güç odaklarının yargı üzerindeki siyasi programları yargıyı bir hukuk devletinde olması gereken konumunun uzağına düşürmüştür. Yargı sürekli olarak ele geçirilmesi gereken bir mevzi olarak değerlendirilmiş ve bu doğrultudaki kimi tasarruflarla yargının içi boşaltılmıştır.

Türkiye'de yargının siyasallaşmasının nedenlerinin hatırı sayılır bir kısmı yapısal sorunlardan kaynaklanmaktadır. Ancak bu yapısal sorunların arkasında ülkede cari olan siyasal kültürün var olduğu unutulmamalıdır. Neticede bir ülkedeki siyasal ve toplumsal kurumlar o ülkenin siyasal ve toplumsal yapısının izlerini üzerinde taşımaktadır. Toplumda ya da siyasal düzende var olan kimi çatışma ve kutuplaşmalar yargıya da yansımış ve yargı kimi siyasal güçlerin çatışma alanı haline getirilmiştir. Türkiye'de egemen olan siyasal kültür ve yönetim anlayışına bakıldığında da, bu kültür ve anlayışın bağımsız ve tarafsız bir yargı düzeninin inşasının önündeki önemli engellerden biri olduğu görülmektedir. Uzlaşma yerine çatışmanın, liyakat yerine nepotizmin, evrensel hukuk ilkeleri yerine dar ideolojik çıkarların ön planda olduğu ve rağbet gördüğü bir ortamda yargı da belli siyasal hedeflerin gerçekleştirilmesi önünde bir engel olarak tanımlanmakta ve devamında siyasal müdahalelerle dönüştürülüp yukarıda bahsi geçen hedeflerin hayata geçirilmesinin bir aracı haline getirilmektedir.

Türkiye'nin kendine özgü siyasal kültürünün sınırları içerisinde değerlendirildiğinde, yürütme organının yargı organının kuruluş ve işleyişi

üzerindeki etkisi siyasal yargı tartışmalarında önemli bir yer işgal etmektedir. Yürütme organının yargının siyasallaşmasına zemin hazırlayan en önemli yetkisi kuşkusuz hâkim ve savcı alımlarında Adalet Bakanlığı'nın sahip olduğu yetkilerdir. Hâkim ve savcı adaylarının belirlemek için yapılan yazılı sınavın ÖSYM tarafından yapılması doğru olmakla beraber, yapılan sözlü sınavın tamamen siyasi iradenin kontrolünde olan bir komisyon tarafından yapılması yargının bağımsızlığına gölge düşürmektedir. Bunun yanında yapılan sözlü sınavların hukuki denetiminin yapılamaması, siyasi iktidarın eline adeta mutlak ve sınırlandırılamaz bir takdir yetkisi vermektedir. Danıştay, her ne kadar daha önce vermiş olduğu kararlarda yapılan sözlü sınavların hukuki denetiminin yapılamamasını göz ardı etmiş olsa bile, son yıllarda vermiş olduğu kararlarda içtihat değiştirmiş ve sözlü sınavların hukuki denetimin sağlanabilmesine olanak sağlayacak teknolojik ve teknik imkânlar kullanılarak yapılması yönünde değerlendirmeler yapmıştır. Ne yazık ki bu kararların gereğinin siyasi irade tarafından yerine getirildiğini söylemek zordur.

Yargının siyasallaşmasında hâkim ve savcıların özlük haklarıyla ilgili karar alma yetkisi olan HSYK'nın yapısı da büyük bir sorun olarak kabul edilmektedir. HSYK'nın yapısında en başta gelen tartışmalardan biri Adalet Bakanı ve müsteşarının kuruldaki temsiliydi. Bu durum özellikle Kurul'un yedi üyeden oluştuğu 2010 anayasa değişikliğinden önceki dönemde çok eleştirilmekteydi. Ancak 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile birlikte Kurul'un üye sayısı arttırılmış ve Bakan ve müsteşarının doğal üyeliği, tartışılmaya devam edilmekle birlikte, daha az eleştirilmeye başlanmıştır. Kurulun üye sayısının artması ve daha çoğulcu bir hale getirilmesi nispeten olumlu gelişmeler olmakla beraber, Kurulun üyelerinin belirlenmesinde yürütme organının sahip olduğu önemli yetkiler, Kurul üzerindeki

siyasi gölgenin devam etmesi sonucunu doğurmuştur. Kurulun birçok üyesinin yüksek mahkemelerin genel kurulları ve birinci derece hâkim ve savcılar arasında yapılan bir seçimle belirlenecek olması yanıltıcı olabilir. Ancak yüksek mahkemelerin oluşumundaki ve birinci derece hâkim ve savcıların mesleğe atanmalarındaki yürütmenin etkisi, Kurul'un yapısı üzerindeki yürütme erkinin sahip olduğu belirleyiciliği ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay gibi yüksek mahkemeler incelendiğinde de HSYK'da yaşanan sıkıntılara benzer sıkıntıların yaşandığı görülmektedir. Bu yüksek mahkemelerin üye profilinin belirlenmesinde de yürütme organının elinde geniş bir hareket alanı vardır. Bu durum, özellikle siyasi iktidar ile cumhurbaşkanlığı makamının aynı partinin elinde toplanması durumunda, daha tehlikeli bir boyut kazanmaktadır. Türkiye'de de 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile birlikte siyasi iktidarın yanında cumhurbaşkanının da seçimle belirlenmesinin kabul edilmesi, yürütmenin bu iki başının aynı siyasal parti tarafından kazanılması olasılığını arttırmaktadır. Bu tablo siyasi iktidara yargı da dâhil tüm devlet erklerini ele geçirme ve dönüştürme imkânı sunmakla birlikte; bir hukuk devletinin asgari şartları olan kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı gibi temellerin sarsılmasına yol açmaktadır. Erkler arasında yürütme lehine var olan ve işleyen bu sistem, ülkenin çoğulculuk ve uzlaşmadan uzak demokrasi anlayışıyla birleşince dizginlenemeyen bir iktidar ortaya çıkartmaktadır. Partili cumhurbaşkanı tartışmalarının da bu altyapı esas alınarak yapıldığını gözden kaçırmamak gerekir.

Yakın tarihe bakıldığında, Türkiye'de yargının siyasallaşmasının bir boyutu da Anayasa Mahkemesi'nde kristalize olan yargısal aktivizmdir. Özellikle askeri vesayetin güçlü olduğu yakın dönemlere kadar Anayasa Mahkemesi siyasi iradenin

anayasal denetimini yapmaktan ziyade, bir takım ideolojik argümanlarla resmi ideolojinin muhafızlığını yapmıştır. Mahkemenin bu ideolojik tutumunun en çarpıcı örnekleri ise "laiklik" ve "bölünmez bütünlük" iddialarıyla açılan parti kapatma davalarında görülmüştür. Özgürlükçü bir anlayıştan uzak olarak verilen bu kararlar yargının yetki alanını yasama ve yürütme aleyhine genişletmesine neden olmuş ve yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının bizzat yargı organları tarafından da baskı altına alınabileceğini göstermiştir. Ancak unutmamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun arkasında da temel olarak siyasi iradenin yargı üzerindeki tasarrufları vardır. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve yargısal aktivizme örnek olarak gösterilebilecek kararların çoğunda kararın altında imzası bulunan Mahkeme üyelerinin, kendilerini atayan iradeyle aynı paralelde hareket ettiği görülmektedir. Bu tablo da göstermektedir ki; Türkiye'de yargının siyasallaşmasının temel nedeni, yürütmenin bir bütün olarak yargı üzerinde sahip olduğu üstün yetkilerdir.

Yukarıda yapılan değerlendirmelerden sonra Türkiye'de yargı organının ilk derece mahkemelerden yüksek mahkemeler ve HSYK'ya kadar yoğun bir siyasallaşma içerisinde olduğu görülecektir. Anayasal ve yasal tüm ilke ve güvencelere rağmen yargı siyasi iradenin elinde bir araca dönüşmekte, bu durum da yargıya olan ya da olması gereken güveni zayıflatmaktadır. Pozitif hukukun içerisinde yer alan ve yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının önemini belirten tüm düzenlemelere rağmen; yargının siyasallaşmasının önüne geçilememesi de göstermektedir ki, bir ülkede egemen olan siyasal kültür ve demokrasi anlayışı hukuk devletinin tüm kurumlarıyla işlemesi için çok önemlidir. Türkiye'deki tecrübelere bakıldığında da bu sorunun hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışı

özümsenmeden salt pozitif düzenlemelerle çözülemeyeceği ortadadır. Bu tespit pozitif hukukta var olan temel ilke ve güvencelerin önemsiz ve anlamsız olduğu anlamına gelmemektedir. Anlatılmak istenen bu ilke ve güvencelerin ancak belli bir "kültür" içerisinde hayata geçirilebileceğidir. Bugünden bakıldığında ise, Türkiye'nin bu perspektiften uzak olduğu ortadadır.

Kaynakça

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali ve **KÖKER**, Levent, İmparatorluktan Tanrı Devletine, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011

AKAD, Mehmet, **DİNÇKOL**, Bihterin Vural ve **BULUT**, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 11. Basım, DR Yayınları, İstanbul, 2015.

AKAL, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Birinci Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 1998.

ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 249-254.

ALGAN, Bülent, Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki görünümü, Birinci Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

ATAY, Ender Ethem, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay, GÜHFD, C.17, Yıl:2013, Sayı: 1-2.

BARAK, Aharon, The Judge in a Democracy, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2006.

CAN, Osman, "Yargı ve Demokratik Meşruiyet", Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Yargıda Örgütlenme, Birinci Baskı, YARSAV Yayınları 2, Ankara, 2008.

ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı,1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012.

ÇOBAN, Ali Rıza, "Hukuk Devleti", Hukuk Devleti; Siyasi Bir İdeal Hukuki Bir İlke içinde, Editörler: Ali Rıza Çoban ve diğerleri, Adres Yayınları, Ankara, 2008

DOEHRİNG, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Yayınevi, İstanbul 2014.

DURSUN, Hasan, Nasıl Bir Yargı Reformu, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010.

ERDOĞAN, Mustafa, Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi, Birinci Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul, 2013.

ERGÜL, Ozan, "Türk Yargı Sistemine Bakış", Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu, TBB Yayınları, Ankara, 2008.

FALLON, Richard, "Hukuk Devleti", Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

FRANKLİN, Charles H., "Behavioral Factors Affecting Judicial Independence", in: Judicial Independence At The Crossroads, An Interdisciplinary Approach, Edts: Stephen B. Burbank/ Barry Friedman, Sage Publications, London, 2002.

GIEGERICH, Thomas, "Yargı Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler", Yargının Bağımsızlığı,

Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2009.

GÖNENÇ, Levent, Siyasi İktidarın Denetlenmesi- Dengelenmesi ve Yargı, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

GÖZE, Ayferi, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonel Sosyalist ve Sosyal Devlet, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

GÖZLER, Kemal, Devletin Genel Teorisi, 1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Açıklamalı Türk Anayasaları, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

GÜLENER, Serdar, Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu, Birinci Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

HAYEK, Friedrich A. Von , "Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti", Hukuk Devleti; Siyasi Bir İdeal Hukuki Bir İlke içinde, Editörler: Ali Rıza Çoban ve diğerleri., Adres Yayınları, Ankara, 2008.

HEYWOOD, Andrew, "Siyaset Nedir", Siyaset, Edit. Buğra Kalkan, Çev. Bekir Berat Özipek, Liberte Yayınları, Ankara, 2006.

HOBBES, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, 13. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014.

İBA, Şeref, Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda), Turhan Kitabevi, Ankara 2006

İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

İNCEOĞLU, Sibel, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2009.

KABOĞLU, İbrahim Ö. , Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 7. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2011.

KAPANİ, Munci, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali, Ankara, 1956.

KARAKAŞ, Işıl, "Bağımsız ve Etkin Yargı", Adalet ve Hukuk Devleti uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

KELSEN, Hans, "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", Devlet Kuramı İçinde, Der. Cemal Bali Akal, Birinci Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2000.

KIRMAZ, Birol, Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.

KOOPMANS, Tim, Counts and Political Instiututions: A Comparative View, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

KORUCU, Serkan, Yargısal Aktivizm, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

KUNTER, Nurullah, **YENİSEY,** Feridun ve **NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

KUTLU, Mustafa, Kuvvetler Ayrılığı-Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

LİJPHART, Arend, Demokrasi Motifleri, Birinci Baskı, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006

LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, 2012.

MARMOR, Andre, "Hukuk Devleti ve Sınırları", Hukuk Devleti; Siyasi Bir İdeal Hukuki Bir İlke içinde, Editörler: Ali Rıza Çoban ve diğerleri, Adres Yayınları, Ankara, 2008.

MONTESQUİEU, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Şevki Özbilen, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÖZBUDUN, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", AÜSBF Dergisi, Sayı: 62-3.

ÖZBUDUN, Ergun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", Demokrasi ve Yargı, Edit. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara, 2005.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÖZEN, Muharrem, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1.

ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

ÖZER, Atilla, Türkiye'de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

ÖZKORKURT, Nevin Ünal, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", AÜHFD, Cilt 57, Sayı: 1, 2008.

PERETTİ, Terri Jennings, "Does Judicial Independence Exist?, The Lessons of Social Science Research", İn: Judicial İndependence At The Crossroads, An Interdisciplinary Approach, Edts: Stephen B. Burbank and Barry Friedman, Sage Publications, London, 2002.

PİERSON, Christopher, Modern Devlet, Çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan, İkinci Basım, Chiviyazıları Yayınları, Ankara, 2015.

POGGİ, Gianfranco, Devlet; Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev. Aysun Babacan, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

ROUSEAU, Jean Jacques, Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat Günyol, 11. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013.

RUSSELL, Peter H., "Toward a General Theory of Judicial Independence", in: Judicial Indipendence in the Age of Democracy, Edts.: Peter H. Russell and David M. O'Brien, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 2001.

SAĞLAM, Fazıl, "Demokratik Hukuk Devletinde Yükselen Yıldız: Yargı", Demokrasi ve Yargı, Edit. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara, 2005.

SANCAR, Mithat, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Hukuk ve Adalet Üstüne, Doğu Batı Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, 2001.

SANCAR, Mithat, Hukuk Devletinin Genel Teorisi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 2006.

SANCAR, Mithat, Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.

SANCAR, Mithat, "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi? ", Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara, 2005.

SANCAR, Mithat ve **ATILGAN**, Eylem, "Adalet Biraz Es Geçiliyor": Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, Tesev Yayınları, İstanbul, 2009.

SAYGILI, Abdurrahman, Kutsallık ve Rasyonellik Sarkacında Devlet, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014.

SELÇUK, Sami, "Hukuk Devleti Karşısındaki Tehditler", Adalet ve Hukuk Devleti içinde, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 16. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

TROPER, Michel, "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", Demokrasi ve Yargı, Edit. Ozan Ergül, Birinci Baskı, TBB Yayınları, Ankara, 2005.

TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, 2.Baskı, Naturel Yayınları, Ankara, 2003.

TÜRKÖNE, Mümtaz'er, "Siyaset Nedir", Siyaset, Edit. Mümtaz'er Türköne, Lotus Yayınları, Ankara, 2003.

UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, Birinci Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

UYGUN, Oktay, Demokrasi; Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, Birinci Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

ÜNAL, Şeref, "Yargı Bağımsızlığı", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 37,Sayı 3, Eylül 2004.

YANIK, Murat, Yargının Yönetimi ve Denetimi, DR Yayınları, İstanbul, 2014.

YAVUZ, Bülent, Kuruluşu ve İşleyişi Açısından; Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.

YÜKSEL, Saadet, "Türk Anayasa Hukukunda Hâkimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış", İÜHFM, C;LXX, S: 2, 2012.

ZABUNOĞLU, Hamdi Gökçe, Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku, II. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

AVCI, Mustafa, "Adli, İdari ve Askeri Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin BazıDeğerlendirmeler",AÜHFD,2012,http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18015.pdf.

ŞAHBAZ, İbrahim, AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, http: //www.anayasa.gov.t r/ files /pdf /anayasa_yargisi/ ibrahim_sahbaz. pdf.

YILMAZ, Halit, "Hâkim ve Savcı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar", TBB Dergisi, 2011, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-93-687.

AKYOL, Taha, Partili Cumhurbaşkanı, Hürriyet Gazetesi, 04.10.2012 ,http://www.hurriyet.com.tr/partili-cumhurbaskani-21627414.

GÜLENER, "Serdar, Partili Cumhurbaşkanı Ne Anlama Geliyor", Sabah Gazetesi, 12.12.2015, http : / / www. sabah. com. tr / yazarlar / perspektif / serdar-gulener/2015/12/12/partili-cumhurbaskanligi-ne-anlama-geliyor.

TEZKAN, Mehmet, "Başkanlıktan Partili Cumhurbaşkanına", Milliyet Gazetesi, 27.11.2015, http:// www.milliyet.com.tr / -baskanlik-tan-partili / gundem / ydetay / 2154357 / default.htm.

TÜRMEN, Rıza, "Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Milliyet Gazetesi, 10.08.2009. http:// www. Milliyet .com. tr / yarginin – bagimsizligi – vetarafsizligi / rizaturmen / siyaset / siyasetyazardetay/ 10.08.2009/ 1126693/default.htm.

BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, http://www.barobirlik.org.tr /mevzuat /avukata_ozel/meslek_kurallari/bm_yargi_ba%C4%9Fimsizligi_temel_prensipleri.pdf.

BM Bangolar Yargı Etiği İlkeleri , http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Hakkındaki Tavsiye Kararı, http://www.anayasa.gov.tr /files /insan_haklari_mahkemesi/bakanlarkomitesi/CMRec199412TRJudgesIndependenceEfficiencyResponsibilities.pdf.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 1 ve 3 Numaralı Görüşleri, http:// www. hukukmedeniyeti.org/haber/7857/avrupa-yargiclari-danisma-konseyi-nin-yargiclarin-/.

http://www.iha.com.tr / haber-aym- baskani-arslan-bagimsiz-ve-tarafsiz-yargi-yoksa-hukuk-devleti-de-yoktur-554092/.

http:// www.egitimtercihi.com / gundem / 10671 – hâkim - ve-savcilik- sinavinda-bu sorunun-ne-isi var.html

http://www.timeturk.com/tr/2013/07/22/hâkim-ve-savcilik-sinavinda-derece-yaptim-9-mulakatta-da-elenip-atanmadim.html.

http: // www.aljazeera. com.tr / al-jazeera-ozel/ hsyk-seciminde-cemaat avantajli.

http: // www. gazetevatan. com / hsyk-uyeligi-secimini-bakanlik-listesi-kazandi -335252- gundem/ .

http: // www.radikal.com.tr / turkiye / hsyk-secimlerinde-dort-grup-tek-soru-cemaat-ne yapacak1211340/ .

http://www.memurlar.net/haber /477157/ ,http://www.ahaber.com.tr / gundem / 2014 / 09 / 16 / hsykda – tuzak – liste – de - hazir.

http: / / www . cumhuriyet . com . tr / haber / turkiye / 129653 / AKP_HSYK_yi_ele_gecirdi... iste_secimlerin_ilk_sonuclari.html.

ÖZET

Günümüzde demokrasi kavramı, klasik anlamının ötesinde, hukuk devleti ve ilkelerini de kapsar bir şekilde kullanılmaktadır. Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri de tartışmasız, kuvvetler ayrılığının bir uzantısı olarak, bağımsız ve tarafsız yargıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin dönüşüme uğramasıyla birlikte, yasama ile yürütme arasında olan ayrım belirsiz bir hale gelmiştir. Yasamanın, seçim sistemlerinin de etkisiyle, yürütme içinde erimesi yargı erkinin iktidarın sınırlandırılmasındaki rolünü ve önemini arttırmıştır. Bu durum aynı zamanda yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki siyasal baskıyı da arttırmaktadır. Bu baskının çeşitli boyutları olmakla beraber, yasama organındaki hâkimiyeti ve yargı üzerindeki yetkileri düşünüldüğünde, en büyük baskı yürütmeden gelmektedir. Yargının siyasallaşması olarak kavramsallaştırılan bu durum, meşruiyetini devlet iktidarını insan hakları lehine sınırlandırmaktan alan hukuk devleti anlayışını tehdit etmektedir. Yargının siyasallaşmasının güncelliğini yitirmediği ülkelerden biri de Türkiye'dir. Ülkede cari olan siyasal kültür yargıyı siyasal tartışmaların odağına yerleştirmekte ve yargıyı kimi siyasal hedeflerin aracı haline getirmektedir. Adeta kısır bir döngü haline gelen bu durumun önemli bir kısmı da yapısal sorunlardan kaynaklanmaktadır. Bu yapısal sorunların başında ise siyasal iktidarın hâkim ve savcı atamalarındaki rolü gelmektedir. Diğer önemli nedenler ise yürütmenin HSYK'nın yapısı ve yüksek mahkemelerin oluşumu üzerindeki etkisi olarak sıralanabilir.

Anahtar Kelimeler: Yargının siyasallaşması, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı.

ABSTRACT

Today; the concept of democracy, beyond its classical meaning, is also used to cover the rule of law and its principles. One of the most important principles of the rule of law, as an extension of seperation of Powers, without dispute is independent and impartial judiciary. The distinction between legislative and executive, together with the transformation of the principle of separation of Powers, has become uncertain. With the effect of the electoral system, the dissolution of the legislative inside of the executive increased the role and importance of limiting the state power by the judiciary. This situation also increases the political pressure on the independency and impartiality of the judiciary. Although this political pressure has a variaty of dimension, when the sovereignty and authority of the legislative over the judiciary is considered, the greatest pressure comes from the executive. This situation can be conceptualized as the "politicization of the judiciary". Obtaining its legitimacy by restricting state power in favor of the area of human rights, "politicization of the judiciary" threatens the rule of law. Turkey is one of the countries where the concept "politicization of the judiciary" is up to date. The current political culture in the country places the judiciary to the focus of political debate and makes judiciary to be used as a tool for some political goals. Almost become an vicious circle, important part of this situation is caused by the structural problems. The main structural problem is the role of the political power during the assignment of judges and prosecutors. Executive's impact on structure of HSYK and formation of high courts can be listed as other important structural problems.

Keywords: Politicization of the judiciary, rule of law, separation of powers, independency of the judiciary.