

ANALİZ

MART 2017 SAYI: 193

# CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNDE YARGI

CEM DURAN UZUN





# CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNDE YARGI

CEM DURAN UZUN

COPYRIGHT © 2017

Bu yayının tüm hakları SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı'na aittir. SETA'nın izni olmaksızın yayının tümünün veya bir kısmının elektronik veya mekanik (fotokopi, kayıt ve bilgi depolama, vd.) yollarla basımı, yayını, çoğaltılması veya dağıtımını yapılamaz. Kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.

Uygulama: Hasan Suat Olgun  
Baskı: Turkuvaz Haberleşme ve Yayıncılık A.Ş., İstanbul

**SETA | SİYASET, EKONOMİ VE TOPLUM ARAŞTIRMALARI VAKFI**

Nenehatun Cd. No: 66 GOP Çankaya 06700 Ankara TÜRKİYE  
Tel: +90 312 551 21 00 | Faks: +90 312 551 21 90  
www.setav.org | info@setav.org | @setavakfi

**SETA | İstanbul**

Defterdar Mh. Savaklar Cd. Ayvansaray Kavşağı No: 41-43  
Eyüp İstanbul TÜRKİYE  
Tel: +90 212 395 11 00 | Faks: +90 212 395 11 11

**SETA | Washington D.C.**

1025 Connecticut Avenue, N.W., Suite 1106  
Washington D.C., 20036 USA  
Tel: 202-223-9885 | Faks: 202-223-6099  
www.setadc.org | info@setadc.org | @setadc

**SETA | Kahire**

21 Fahmi Street Bab al Luq Abdeen Flat No: 19 Cairo EGYPT  
Tel: 00202 279 56866 | 00202 279 56985 | @setakahire

## İÇİNDEKİLER

ÖZET	7
TÜRKİYE'NİN YENİ ANAYASA ARAYIŞI VE CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİ	8
CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNDE YARGI	10
YARGININ TARAFSIZLIĞI	10
HAKİMLER VE SAVCILAR KURULUNUN KURULUŞU	12
ASKERİ YARGININ KALDIRILMASI	17
YARGI İLE İLGİLİ DİĞER HÜKÜMLER	19
SONUÇ	20

## YAZAR HAKKINDA

### **Cem Duran Uzun**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans (1999), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü'nde yüksek lisans (2002) ve doktora (2009) eğitimini tamamladı. 2007 yılında University of North Carolina at Charlotteta (UNCC) bir yıl süreyle misafir araştırmacı olarak çalıştı. 2001 yılında Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı ve halen aynı üniversitede öğretim üyesi olarak Anayasa Hukuku, Siyasi Partiler Hukuku ve Anayasa Yargısı derslerini vermektedir.

## ÖZET

Türkiye yaklaşık elli yıldır hükümet sistemi tartışması ve otuz yıldır da tamamen yeni ve sivil bir anayasa arayışı içerisinde. Başarısızlığa uğrayan çeşitli girişimlerden sonra AK Parti ve MHP'nin uzlaşması ile 10 Aralık 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulan Anayasa değişikliği teklifi, gelen eleştiriler doğrultusunda Komisyonunda birtakım revizyonlar yapılarak 21 Ocak 2017 tarihinde TBMM'de kabul edildi ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak halkın onayına sunuldu. Teklifi oluşturan 18 maddenin büyük çoğunluğu hükümet sistemini değiştirmeyi amaçladığından yasama ve yürütmeye ilişkin hükümler içermektedir. Bu ikisi dışında en önemli düzenlemelerin yargı ile ilgili olduğu görülmektedir.

Teklifte yargıya ilişkin üç madde yürürlükten kaldırılmakta ve yedi maddede değişiklik yapılmakta, yargının tarafsızlığı vurgulanmakta, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) yeniden yapılandırılmakta ve askeri yargı tamamen kaldırılmaktadır. Bu düzenlemeler getirilen hükümet sistemi ile doğrudan ilgili olmasa da bunların asıl amacının teklifin gerekçesi olarak açıklanan bürokratik vesayetinin giderilmesine dönük olduğu söylenebilir. Ayrıca HSYK üyeleri için uygulanan seçim sisteminin yargıda ciddi sorunlara sebep olması ve kurulun demokratik meşruiyetinin artırılması düşüncesi HSYK ile ilgili hükümlerin bu pakete girmesine sebep olmuştur. Bu çalışmada bu üç başlık başta olmak üzere yargı ile ilgili düzenlemelerin gerekçeleri ve konuya ilişkin tartışmalar da ele alınmaktadır.

**Bu analizde Anayasa değişikliği teklifindeki yargı ile ilgili düzenlemelerin gerekçeleri ve buna ilişkin tartışmalar ele alınmaktadır.**

## TÜRKİYE'NİN YENİ ANAYASA ARAYIŞI VE CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİ

1982 Anayasası, kabulünden hemen sonra eleştirilmeye ve tartışılmaya başlanmış ve yeni anayasa ve hükümet sistemi arayışı yaklaşık otuz yıldır gündemin önemli bir başlığı olmayı sürdürmüştür. Yeni anayasa umutlarının en güçlü olduğu dönem 2011 seçimlerinden sonra oluşturulan Uzlaşma Komisyonu'nun çalışmalarını yürüttüğü 2011-2013 yılları arasındaydı. Ancak 2013 yılına gelindiğinde Uzlaşma Komisyonu sadece temel haklara ilişkin 60 maddeyi yazabilmiş ve bir metin üzerinde anlaşamayarak dağılmıştı. İki yıla yaklaşan sessizlikten sonra 1 Kasım 2015 seçimleri ile oluşan istikrarlı siyasi tablo ve Meclis aritmetiği ile AK Parti yöneticilerinin açıklamaları 2016 yılında yeni anayasa konusunu tekrar ve hızlı bir şekilde gündeme sokmuştu.

Bu umutlarla 2015 yılının son günlerinde siyasi partiler arasında yapılan görüşmeler neticesinde TBMM'de temsil edilen dört parti –AK Parti, CHP, MHP ve HDP– tekrar yeni anayasa çalışmalarını başlatma kararı aldı.<sup>1</sup> Ancak Anayasa Uzlaşma Komisyonu veya yeni adıyla Anayasa Mutabakat Komisyonu 17 Şubat 2016 Çarşamba

günü henüz üçüncü toplantısını yapmakta iken CHP'nin komisyonun görev alanı ve başkanlık sistemi tartışmalarını gerekçe göstererek komisyondan çekilmesi ile dağıldı.<sup>2</sup> Meclis Başkanı ve Başbakan partileri masaya tekrar çağırır da komisyonun çalışmalarına devam etmesinin önünde engel teşkil eden çok sayıda sorun olduğu görüldü. Komisyonun dağılması 2011 seçimleri sonrasında kurulan komisyonun çalışma ilkeleri ve neden yeni bir anayasa hazırlamakta başarılı olamadığını bilenler için sürpriz olmadı. Çünkü komisyonu başarısızlığa götüren aldığı oy oranı ve TBMM'deki sandalye sayısına bakılmaksızın partilerin eşit temsili ve kararların oy birliği ile alınmasıydı. Bu kuruluş ve çalışma ilkeleri yeni komisyon için de aynen benimsendiğinden sonuç da benzer oldu.

Komisyonun dağılması sonucu yeni anayasa arayışında 15 Temmuz darbe girişimine kadar süren bir sessizlik yaşandı. Darbe girişimi ve FETÖ'ye karşı oluşan ve sonradan “Yenikapı ruhu” olarak adlandırılacak olan siyasi ve toplumsal uzlaşma ortamında siyasi parti liderleri arasında görüşmeler ve ortak zirveler gerçekleştirilmiş, bu toplantılarda hem FETÖ ile mücadele hem de diğer gündem maddeleri ele alınmıştı. Bu çalışmalar sonucunda gündeme gelen ilk konulardan birisi de 2011 yılından beri kesintilerle sürdürülmeye çalışılan yeni anayasa sürecinin tekrar canlandırılmasıydı. Liderler arasında yapılan görüşmeler neticesinde sürecin öncelikle acil olan yargı ile ilgili düzenlemelerin yapılması ve sonrasında bütünüyle yeni bir anayasa hazırlanması şeklinde iki aşamalı olarak gerçekleştirilmesi planlanmıştı.<sup>3</sup>

Bu amaçla her partiden bir temsilcinin (AK Parti'den Genel Sekreter Abdulhamit Gül, CHP'den Genel Başkan Yardımcısı Bülent Tezcan ve MHP'den Afyonkarahisar Milletvekili

1. “İktidar-Ana Muhalefet Görüşmesinde 4 Başlıkta Uzlaşma”, BBC Türkçe, 30 Aralık 2015.

2. “Anayasa Komisyonu Üçüncü Toplantıda Dağıldı”, *Milliyet*, 17 Şubat 2016.

3. “Anayasa Değişikliği Yeniden Gündemde”, Anadolu Ajansı, 10 Ağustos 2016.

Mehmet Parsak) katıldığı bir komisyon kurulmuş ve bu komisyon kısa süre içerisinde çalışmalarını tamamlayarak 23 Eylül 2016 tarihinde üzerinde uzlaşılan yedi maddeden oluşan bir mini paket hazırlamıştı. Uzlaşılan maddeler kamuoyuna tam açıklanmamış ancak yargıya ilişkin konularda bir uzlaşma olduğu belirtilmişti.<sup>4</sup> Kamuoyuna sızan bilgiler ve yapılan açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla askeri yargı hem ilk derece mahkemeleri hem de yüksek yargısı (Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi) dahil olmak üzere kaldırılacak, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını düzenleyen maddelerde bazı ifade değişiklikleri olacak ve Jandarma Genel Komutanı Milli Güvenlik Kurulu üyeliğinden çıkarılacaktı. Ancak asıl beklentinin olduğu ve yargıyla ilgili hayati önemdeki HSYK'nın yapısı, üyelerinin seçimi, görev ve yetkileri konusunda partiler arasında bir uzlaşma sağlanamamıştı.

Bu mini paket sonrasında bütünüyle yeni bir anayasa yapım sürecinin başlatılması amaçlanıyordu. Ancak 15 Temmuz sonrası oluşan siyasi mutabakatın zamanla kaybolması yeni anayasa umudunu zayıflattı. Hatta üzerinde uzlaşılan mini paket için dahi bir girişim söz konusu olmadı. Yeni anayasaya ilişkin beklentilerin tamamen bittiğinin düşünüldüğü bu dönemde MHP Genel Başkanı Devlet Bahçeli'nin hükümet sistemi konusunda yaşanan fiili duruma son verilmesi yolunda yaptığı açıklamalar ile başkanlık sistemi eksikliğini yeni bir tartışma başlattı. Bahçeli mevcut durumun Anayasa'ya aykırı olduğunu ve daha fazla sürdürülemeyeceğini, ya klasik parlamenter sisteme dönülmesi ya da bir anayasa değişikliği ile fiili durumun hukuki statüye kavuşturulması gerektiğini söyledi.<sup>5</sup> Böylece MHP'nin de AK Parti'nin hazırlayacağı başkanlık ile ilgili metne destek vereceği ve teklifin Meclisten geçmesi için gerekli 330 sayısına ulaşılacağı beklentisi oluştu.

AK Parti'nin Meclis Başkanı hariç sahip olduğu 316 milletvekili ile bir Anayasa değişikliği yapmaya yetecek sandalyesi yoktu. Sonrasında AK Parti yoğun bir mesai harcayarak başkanlık sistemini içeren anayasa değişikliği önerisini hazırladı ve MHP ile görüş alışverişinde bulundu. Bahçeli ve MHP'den teklif ve görüşmeye ilişkin destekleyici açıklamaların gelmesi ile süreç olumlu yönde ilerledi.

İki parti arasındaki müzakereler sonucu oluşturulan 22 maddelik Anayasa değişikliği teklifi 10 Aralık 2016 tarihinde AK Parti'li milletvekillerinin imzasıyla TBMM Başkanlığına sunuldu.<sup>6</sup> TBMM Anayasa Komisyonu'ndan tartışmalı bir süreç sonunda ve bazı değişiklikler ile 18 maddeye düşerek geçen teklif, Genel Kurulda iki haftayı bulan müzakereler sonucunda 21 Ocak 2017'de bir değişikliğe uğramadan 6771 sayılı Kanun olarak 339 milletvekilinin oyuyla kabul edildi. Kanun Cumhurbaşkanı'na 2 Şubat'ta gönderildi. Cumhurbaşkanı da Kanun'u 10 Şubat'ta onayladı ve *Resmî Gazete*'de yayımlanmak üzere Başbakanlığa gönderdi.<sup>7</sup> Kanun gereğince *Resmî Gazete*'de yayımlandıktan iki ay sonra referanduma gidilmesi gerektiğinden referandum tarihi 16 Nisan olarak belirlendi.

Sunulan teklifin temel amacı halihazırda saf bir parlamenter sistem özelliği göstermeyen 1982 Anayasası'ndaki modelin terk edilmesi ve başkanlık sistemine geçişin sağlanmasıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki referanduma sunulan hükümet sistemi tam bir başkanlık sistemi değil Türkiye'ye özgü Cumhurbaşkanlığı sistemidir. 1982 Anayasası iki yönden parlamenter sistemden farklılaşmaktadır. Bunlar, cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin sembolik ve törensel olmanın

4. "Mini Anayasa Paketi... Komisyon 7 Maddede Uzlaşmaya Vardı", *Star*, 23 Eylül 2016.

5. "Bahçeli'den Başkanlık Sistemi Açıklaması", *Hürriyet*, 11 Ekim 2016.

6. Teklif metni için bkz. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi", TBMM, 12 Aralık 2015, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>, (Erişim tarihi: 6 Mart 2017).

7. Kabul edilen metin için bkz. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", *Resmî Gazete*, 11 Şubat 2017, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211.htm>, (Erişim tarihi: 6 Mart 2017).

ötesinde geniş olması ve 2007 değişikliği ile benimsenen cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesidir. Uzun zamandır bu sistemin çifte meşruluğa sebep olduğu, iki başlılık yarattığı ve siyasi iktidarların üzerinde bürokratik vesayetlerin kurulmasına sebep olduğu ileri sürülmekteydi. Nitekim teklifin genel gerekçesinde mevcut hükümet sisteminin istikrar sağlamadığı ve siyasi iktidar üzerinde bürokratik vesayete sebep olduğu vurgulanmış, bu sebeple her ikisi de doğrudan halk tarafından seçilen yasama ve yürütmeye yer verildiği belirtilmiştir.

## Meclis ile cumhurbaşkanına karşılıklı olarak seçimleri yenileme yetkisi gibi bazı özgün hükümlerden dolayı önerilen sistem Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak anılmaktadır.

Başkanlık sisteminde olduğu gibi başbakanlık kaldırılarak yürütme tek başlı ve doğrudan halk tarafından seçilecek şekilde düzenlenmiş ancak cumhurbaşkanı ve TBMM'ye karşılıklı olarak birbirlerini görevden alma imkanı sağlanması başkanlık sisteminden ayrılan temel özellik olarak öne çıkmıştır. Teklifin gerekçesinde bunun temel amacının yasama ve yürütme arasındaki muhtemel tıkanıklıkları seçime giderek milli irade ile çözmek olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca benzer şekilde sistem içindeki aktörlerin uyumunu sağlamak için cumhurbaşkanı ve TBMM seçimlerinin birlikte yapılması öngörülmüş. Son olarak cumhurbaşkanına kanuna dayanmadan kararname çıkarma yetkisi tanınmış ama bu yetkiye sadece yürütme alanına ilişkin olma, temel hakları düzenlememe ve çatışma durumunda kanuna üstünlük tanıma gibi birtakım önemli sınırlamalar getirilmiştir. Hazırlanan teklifin başkanlık sisteminin bazı temel unsurlarını taşıdığı ancak devletin ve yürütmenin başı olarak

“başkan” yerine “cumhurbaşkanı” tabirinin tercih edildiği görülmüştür. Bu sebeple ve meclis ile cumhurbaşkanına karşılıklı olarak seçimleri yenileme yetkisi gibi bazı özgün hükümlerden dolayı önerilen sistem Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak anılmaktadır.

Teklifteki başkanlık sistemini ilgilendiren hükümlerin yanında başka bazı düzenlemelerin olduğu da görülmektedir. Bir olağanüstü yönetim usulü olan sıkıyönetim, 12 Eylül askeri döneminin ve vesayetçi zihniyetin izlerini taşıdığı gerekçesiyle Anayasa'dan çıkarılmıştır. Sıkıyönetim usulünde, devletin yetkilerinin genişlemesinin yanında olağanüstü halden farklı olarak kolluk yetkileri askeri makamlara geçmekte ve sıkıyönetim askeri mahkemeleri kurulmakta idi. Ayrıca yürütmenin düzenleyici işlemlerinden kanun hükmünde kararname ve tüzükler Anayasa'dan çıkarılmış; cumhurbaşkanına bir kanuna dayanmadan kararname çıkarma yetkisi verilmek suretiyle yürütmenin/idarenin yasallığı/kanunilik ilkesi terk edilmiş ve ordunun sistem içindeki özerk ve denetlenemez alanını daraltan, silahlı kuvvetleri sivil iradeye tabi kılan önemli değişiklikler yapılmıştır.

## CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNDE YARGI

Temel özellikleri bu şekilde özetlenebilecek başkanlık sisteminin yanında teklifteki en önemli düzenlemelerin yargıya ilişkin olduğu görülmektedir. Yargının bağımsızlığı yanında tarafsızlığı vurgulanmış, partilerin önceki uzlaşması doğrultusunda askeri yargı tamamen kaldırılmış, HSYK'nın üye sayısı azaltılarak üyelerin seçim usulü değiştirilmiş ve son olarak cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemleri yargı denetimi dışında bırakan hüküm Anayasa'dan çıkarılmıştır.

### Yargının Tarafsızlığı

1982 Anayasası'nda yargı bağımsızlığı açık bir şekilde düzenlenmiş, başta 138 ve 139. maddeler

olmak üzere çok sayıda maddede bağımsızlığın gerekleri ve hakimlik teminatları güvence altına alınmıştır. Ancak yargının bağımsızlığı ile yakın ilişkisi olan tarafsızlık kavramına Anayasa’da yer verilmemiştir. Bu eksikliği gidermek amacıyla teklifin 1. maddesi ile Anayasa’nın yargı yetkisini düzenleyen 9. maddesine “tarafsız” ibaresi eklenerek yargının bağımsızlığının tarafsızlığı da içerdiği vurgulanmıştır.

Yakından bakıldığında yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı arasında ayrılmaz bir ilişki vardır ve birini diğ erinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Bağımsızlık yargının her türlü çevresel etkiye karşı –bireysel veya kurumsal, yargı içinden veya dışından– korunmasını, hakimin uyuşmazlığı hukuka ve vicdani kanaatlerine göre çö zmesini ifade eder. Tarafsızlık ise hakimin uyuşmazlığın tarafları ya da dava hakkındaki her türlü ön yargı ve peşin hükümden sıyrılması ve sadece hukuka göre karar vermesidir. Tarafsızlık aynı zamanda hakimin karar aşamasında çıkar, ideoloji, inanç ve dünya görüşlerinden bağımsız olarak karar vermesidir. Bağımsızlık dışa dönük bir koruma sağ larken tarafsızlık hakimin muhakeme aşamasında iken aranan bir unsurdur. İkisinin de amacı hukuka uygun ve adil bir yargılamanın sağ lanmasıdır. Tarafsızlık yargının meşruiyeti ve güvenilirliğini artıracak temel özelliklerdendir.<sup>8</sup>

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı için bazı yazarlar madalyonun iki yüzü benzetmesini yapmaktadır. Gerçekten de yargının bağımsızlığının temel amacı tarafsızlığı sağlamaktır. Yani yargıya tanınan güvencelerin nihai amacı onu ayrıcalıklı kılmak değil tarafsız bir yargılama sağlamaktır. Bir bakıma bağımsızlık bir amaç değil tarafsızlığı sağlayacak bir araçtır. Adaleti temsil eden Themis’in gözünün kapalı olması, onun davanın taraflarını görmeden ve herhangi birini tercih etmeden tarafsız karar vermesini temsil eder.

Merih Öden tarafsızlık ilkesi açıkça ve doğ rudan yer almasa da Anayasa’daki çeşitli hükümlerin tarafsızlığı içerdiği görüşündedir. Öden, tarafsızlık ilkesinin, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” kuralında (AY, m. 138, I) ve demokratik hukuk devleti, adalet, kanun önünde eşitlik, doğal yargıç gibi temel ilkeler (AY, m. 2, 9, 10, 37) ile hak arama özgürlüğünün (AY, m. 36, I) özünde saklı olduğunu belirtmektedir.<sup>9</sup> Gerçekten de bu ilkelerin tarafsızlık ilkesini dolaylı olarak içerdiğini söyleyebiliriz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasa’da olmasa da hukuk sistemimizde hakimin tarafsızlığına yönelik çok sayıda düzenleme mevcuttur. Usul kanunlarımızda hakimin tarafsız kalamayacağı durumlar tespit edilmiş ve tarafsızlığı zedeleyen bu hallerde hangi hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin başlıcaları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 34-45. maddelerinde “Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi” başlığı altında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ise 22-32. maddelerinde “Hakimin Davaya Bakamaması ve Reddi” başlığı altında yer almaktadır. Bu Kanun’un 24. maddesinde, “Hakimin davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, ‘tarafsızlığını şüpheye düşürecek’ diğ er sebeplerden dolayı da reddi istenebilir” denilmektedir. Yani tarafsızlık ilkesi Anayasa’da yer almasa da başta yargılama usulü kanunları olmak üzere hukuk ve yargı sistemimizde kapsamlı bir şekilde yer bulmuştur.

Tarafsızlık ilkesi temel hak ve özgürlüklerin korunması için de son derece önemlidir. Çünkü temel hak ve özgürlükler için asli ve birincil güvence yargıdır ve taraflı bir yargı bu güvenceyi tamamen işlevsiz hale getirecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

8. Levent Gönenc, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı-Anayasa Çalışma Metinleri-3*, (TEPAV, Ankara: 2011), s. 8-9.

9. Merih Öden, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İş e Bakamaması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 43, Sayı: 1, (1993), s. 64.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, İnsan Hakları Kurumu ya da Kamu Denetçisine başvuru gibi yöntemler özgürlüklerin korunmasında ikincil mekanizmalardır. Bu sebeple uluslararası temel insan hakları belgelerinde yargı için “tarafsızlık” ilkesi önemle vurgulanmıştır. Bu belgelerden bazılarındaki ilgili hükümler şöyledir:

- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 10. maddesinde, “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” denilmek suretiyle “bağımsız ve tarafsız mahkeme”ye vurgu yapılmıştır.
- Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, “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” (m. 14/1) hükmüne yer vermektedir.
- Son olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi tarafsızlık ilkesini şu şekilde düzenlemiştir: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

Bu örnekler 1982 Anayasası’na yargının tarafsızlığı ilkesinin eklenmesi şeklindeki Anayasa teklifinin insan hakları sözleşmeleri ile uyumlu olduğunu ve hatta mevcut hükümdeki eksikliğin giderilmesinin gerekli olduğunu göstermektedir.

Son olarak bu düzenlemenin bir diğer sebebinin Türkiye’de uzun yıllar devam eden bürokratik vesayet ile ilgili olduğunu belirtmek gerekir. 1961 Anayasası ile kurulan ve temel unsuru ordu olan vesayetçi yapının siyasi iktidarı sınırlamak ve denetlemek için başvurduğu araçlardan birisi de yargıydı. Yargı bu dönemde temel hakları koruma ya da hukukun üstünlüğünü tesis etmeyi değil vesayetçi devlet iktidarını siyasi iktidarlara karşı korumayı ve ayrıcalıklarını savunmayı tercih etmiştir. Yargının bu yöndeki faaliyetleri ve bu faaliyetlere yönelik eleştiriler daima yargının bağımsızlığı öne çıkarılarak savunulmuş ancak devletin temel ideolojisini tercih ederek ihlal ettiği tarafsızlık ilkesi göz ardı edilmiştir. Yani teklifteki tarafsızlık vurgusu siyasi iktidarın demokratik yönetme yetkisini yargı görünümünde elinden almaya çalışan bürokratik vesayet sistemine duyulan tepkinin bir sonucudur.

### Hakimler ve Savcılar Kurulunun Kuruluşu

Referanduma sunulan metnin yargıya ilişkin en önemli hükümleri Hakimler ve Savcılar Kuruluna (HSK) ilişkindir. Öncelikle sembolik bir düzenleme yapılmış, HSYK’nın ismindeki “yüksek” ibaresi çıkarılarak Hakimler ve Savcılar Kurulu ifadesi tercih edilmiştir. Sonrasında ise kurulun yapısında önemli değişikliklere gidilmiş; daire sayısı üçten ikiye ve üye sayısı 22’den 13’e indirilmiş, üyelere bir kısmının hakimler ve savcılar tarafından doğrudan seçilme usulüne son verilerek bütün üyelerin TBMM ve cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi benimsenmiştir.

Demokratik hukuk devletlerinde kuvvetler ayrılığı ve hukuk devletini gerçekleştirmenin en önemli araçlarından birisi, yargı bağımsızlığı ve

hakimlik teminatlarını korumak için oluşturulmuş yüksek yargı kurullarıdır. Bu kurulların amacı yargı organlarının yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığını sağlayarak yargının tarafsızlığını korumaktır. Bir hukuk devletinde hakim ve savcıların atama, tayin, terfi, disiplin ve cezalandırma gibi özlük işlemlerinin yürütmeden bağımsızlığı hakimlik teminatları için hayati önemdedir. Bu kurullar kurumsal olarak yargının bağımsızlığı yanında yargı görevini yerine getiren hakimlerin mesleki olarak güvenceli bir statüye kavuşturulmasını amaçlamaktadır. Bu sebeple hakimlerin meslekleri ile ilgili özlük işlemlerinin bağımsız kurullarca yapılması özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yaygın uygulama halini almıştır.

Türkiye'de hakimlerin özlük işlemlerinin Adalet Bakanlığından alınması ve Avrupa'da benzeri olan bağımsız bir yargı kuruluna verilmesi ilk defa 1961 Anayasası ile "Yüksek Hakimler Kurulu" nun kurulmasıyla olmuştur. 1971 yılında "Yüksek Savcılar Kurulu" adıyla ayrı bir kurul oluşturulmuş, hakimler ve savcılar için ikili kurul yapısına geçilmiş, 1982 Anayasası ile bu iki kurul birleştirilerek "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" kurulmuştur. 2010 yılında kabul edilen referandumla kurulun yapısında önemli değişiklikler yapılmıştır.

İddia makamı olan savcılık ile hüküm makamı olan hakimlik arasındaki nitelik farkı sebebiyle HSYK'nın ikiye bölünerek hakimler ve savcılar için iki ayrı kurul oluşturulması bazı siyasi partiler ve hukukçular tarafından öneriliyordu.<sup>10</sup> Ancak Türkiye tek kurul yapısını da, iki kurul yapısını da geçmişte denemişti. Ayrıca dünya örneklerine baktığımızda Fransa ve Portekiz gibi iki ayrı kurulun olduğu ülkelere de, İtalya gibi tek kurulun bulunduğu ülkelere de rastlamamız mümkündür. Dolayısıyla tek kurul ya da iki ayrı kurul uygulamasının başlı başına yargı bağımsızlığı için belirleyici olduğunu söylemek mümkün değildir. Ülkeler kendi tarihsel birikimleri çerçevesinde farklı modeller uygulayabilecektir.

## 1961 Anayasası ile birlikte Türkiye'de hakimlerin özlük işlemlerini yapmak üzere Avrupa'daki yargı konseylerine benzer bir kurul oluşturulmuş ancak kurulun yapısı ve oluşumu konusunda kalıcı bir model oluşturulamamıştır.

Kurul üyelerinin seçimi konusunda da ülkemiz tarihinde ve demokratik hukuk devletlerinde tek bir modelin olmadığı ve birbirinden farklı uygulamalar olduğunu görmekteyiz. İlk defa 1961 Anayasası ile "Yüksek Hakimler Kurulu" adıyla kurulan kurulun 18 üyeden oluşması ve bu üyelerin altısının Yargıtay, 6'sının birinci sınıf hakimler ve 6'sının da TBMM tarafından seçilmesi öngörülmüştü (m. 143). Bu madde 1971 yılında 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmiş ve Kurulun üye sayısı 11'e düşürülerek hepsinin Yargıtay tarafından seçilmesi hükme bağlanmıştır. 1982 Anayasası ise ilk şekilde kurulun adını "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" olarak belirlemiş ve 7 asıl, 5 yedek üyeden oluşacağını düzenlemiştir (m. 159). Bu üyeler adalet bakanı ve adalet bakanlığı müsteşarı ile cumhurbaşkanının Yargıtay ve Danıştaydan atadığı 5 asıl, 5 yedek üyedir. Yargıtay her bir boş üyelik için üç aday seçmekte ve cumhurbaşkanı bunlar arasından 3 asıl, 3 yedek üyeyi atamaktaydı. Aynı şekilde Danıştay her boş üyelik için 3 aday seçmekte ve cumhurbaşkanı bunlar arasından 2 asıl, 2 yedek üyeyi atamaktaydı. Bu dönemde hakimlerin seçimi ve özlük işlemlerinin gene büyük çoğunluğu hakimler tarafından seçilen böyle bir kurul tarafından yapılmasının bir çeşit kooptasyon sistemine yol açacağı ve yargının toplumsal değişimlere duyarsız kalacağı eleştirileri yöneltilmiştir. Ayrıca milli egemenlik ve demokrasi ilkeleri açısından

10. MHP ve CHP'nin TBMM'ye 2012 yılında sunduğu öneride "Hakimler Yüksek Kurulu" ile "Savcılar Yüksek Kurulu" şeklinde iki ayrı kurul vardı.

TABLO 1. 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONUCU HSYK ÜYELERİNİN SEÇİMİ

KİM SEÇECEK?	NEREDEN SEÇECEK?	ASIL ÜYE	YEDEK ÜYE
Cumhurbaşkanı	Hukukçu öğretim üyeleri ve avukatlar arasından	4	-
Yargıtay	Yargıtay üyeleri arasından	3	3
Danıştay	Danıştay üyeleri arasından	2	2
Türkiye Adalet Akademisi	Kendi üyeleri arasından	1	1
1. Sınıf Adli Yargı Hakim ve Savcıları	Kendi aralarında yapılacak seçimle	7	4
1. Sınıf İdari Yargı Hakim ve Savcıları	Kendi aralarında yapılacak seçimle	3	2
Kurulun Doğal Üyeleri	- Adalet Bakanı - Adalet Bakanlığı Müsteşarı	2	-
<b>Toplam:</b>		22	12

böylesine önemli bir kurumun dolaylı da olsa milli iradeye dayanması gerektiği söylenmiştir.<sup>11</sup>

1982 Anayasası'nın ilk şeklindeki HSYK'nın oluşumuna ilişkin yapılan eleştiriler ve tartışmalar neticesinde ilgili 159. madde 2010 yılında tamamen değiştirildi. Kurulun üye sayısı 22 asıl, 12 yedek üyeye çıkarıldı. Bu üyelerden 7 asıl, 4 yedek üyenin adli yargı hakimleri; 3 asıl, 2 yedek üyenin idari yargı hakimleri, 3 asıl, 3 yedek üyenin Yargıtay; 2 asıl, 2 yedek üyenin ise Danıştay ve 1 asıl, 1 yedek üyenin de Adalet Akademisi tarafından seçilmesi öngörülmüştür. 4 üye avukatlar ve öğretim üyeleri arasından cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Adalet bakanı kurulun başkanı ve adalet bakanlığı müsteşarı doğal üyesidir.

2010 yılında referandumda kabul edilen bu değişiklikte kurulun 22 üyesinden 15'inin doğrudan yargı mensupları tarafından seçilmesi benimsenmiştir. Ayrıca bu değişiklik ve ilgili yasal düzenleme ile kurulun üç daire olarak çalışması, adalet bakanının bu dairelerin üyesi olması, kurulun kendi sekretaryası, teftiş kurulu, müfettişleri, personeli ve bütçesinin olması gibi yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatları açısından son derece önemli hükümler getirilmiştir. Son olarak kurul kararlarını yargı denetimi dışında bırakan hüküm Anayasa'dan çıkarılmıştır.

11. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Yetkin Yayınları, Ankara: 2009), s. 373.

Görüldüğü üzere 1961 Anayasası ile birlikte Türkiye'de hakimlerin özlük işlemlerini yapmak üzere Avrupa'daki yargı konseylerine benzer bir kurum oluşturulmuş ancak kurulun yapısı ve oluşumu konusunda kalıcı bir model ortaya çıkarılamamış ve kuruluşundan itibaren defalarca değişiklik yapılmıştır. Geldiğimiz noktada yapılan bu reformların mevcut tartışmaları sonlandıramadığını görüyoruz. Bunun temel sebebi Türkiye'de yargının uzun bir süredir siyasal mücadelenin bir aracı olarak görülmesi ve özellikle 27 Mayıs Darbesi sonrası oluşturulan bürokratik vesayetçi düzende yargının bu rolünün güçlendirilmesidir.

2010 yılında yapılan değişiklik kağıt üzerinde yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti açısından son derece güvenceli bir yapı oluşturuyor görünse de yedi yıllık uygulama bu görüntüyü doğrulamamaktadır. Yaşanan tecrübeler ve tartışmalar sonucu Mecliste kabul edilen ve referanduma sunulan teklifte HSK'nın üyelerinin seçimi usulü yeni baştan düzenlenmiştir. Teklife göre adalet bakanı kurulun başkanı, müsteşarı da doğal üyesi olacaktır. Geri kalan 11 üyeden 4'ünü adli ve idari yargı hakim ve savcıları arasından cumhurbaşkanı, 7'sini de meclis seçecektir. Meclis bu üyelerden 3'ünü Yargıtay üyeleri arasından, 3'ünü hukukçu öğretim üyeleri ve avukatlar arasından ve 1'ini de Danıştay üyeleri arasından seçecektir.

### HSK ile ilgili 14. madde şu şekilde düzenlemiştir:

“**MADDE 14-** 2709 sayılı Kanununun 159 uncu maddesinin başlığı ile birinci ve dokuzuncu fıkralarında yer alan “Yüksek” ibareleri madde metninden çıkarılmış; iki, üç, dört ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş; altıncı fıkrasında yer alan “asıl” ibaresi madde metninden çıkarılmış; dokuzuncu fıkrasında yer alan “kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere” ibaresi “kanun ve diğer mevzuata” şeklinde değiştirilmiştir.

Hakimler ve Savcılar Kurulu onüç üyeden oluşur; iki daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabî üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcılar arasında, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hakim ve savcılar arasında Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasında seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur. Kurulun Türkiye

Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenmediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.

Üyeler dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler bir kez daha seçilebilir.

Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki otuz gün içinde yapılır. Seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden otuz gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır.”

**TABLO 2. REFERANDUMA SUNULAN KANUN'A GÖRE HSK ÜYELERİNİN SEÇİMİ**

KİM SEÇECEK?	NEREDEN SEÇECEK?	ASİL ÜYE
Cumhurbaşkanı	1. Sınıf Adli Yargı Hakim ve Savcıları	3
	1. Sınıf İdari Yargı Hakim ve Savcıları	1
Türkiye Büyük Millet Meclisi	Yargıtay üyeleri arasında	3
	Danıştay üyeleri arasında	1
	Hukukçu öğretim üyeleri ve avukatlar arasında	3
Kurulun Doğal Üyeleri	- Adalet Bakanı	2
	- Adalet Bakanlığı Müsteşarı	
<b>Toplam:</b>		<b>13</b>

Öncelikle kurul üyelerinin sadece hakim ve savcılardan oluşmadığı, dünya örnekleri ile uyumlu olarak ağırlık hakimlerde olsa da hukukçu öğretim üyeleri ile avukatlar gibi yargının diğer paydaşlarının da kurul üyesi olabildiği görülmektedir. Nitekim 2010 yılında Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan “Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu”nda,<sup>12</sup> “Yargı kurulları çoğulcu bir kompozisyona sahip olmalı ve yargı kurulu üyelerinin çoğunluğunun olması da, önemli bir kısmının hakimlerden oluşması gerekmektedir” denilmiştir. Bu tercih bakan ve müsteşarı dışında kurulun üyelerinin hepsinin hakimlerden oluştuğu 1982 Anayasası’nın ilk döneminde yaşanan olumsuz tecrübelerin de bir sonucudur.

2010 Anayasa değişikliği ile getirilen hakim ve savcıların HSYK üyelerinin bir kısmını kendilerinin seçmesi usulü, Venedik Komisyonunun tavsiye ettiği demokratik bir yöntem gibi görünse de Türkiye tecrübesinde tüm tarafların şikayetçi olduğu bir usul olduğundan metinden çıkarılmıştır. Öncelikle seçim usulü Türkiye’deki tüm adliyelerde seçim çalışması yapmayı gerektireceğinden herhangi bir siyasi grup ya da örgütlü yapı ile ilişkisi olmayan bağımsız adayların üstesinden gelemeyeceği külfetli bir iştir. Ayrıca bu yöntem FETÖ örneğinde olduğu gibi organize yapıların sayısı az bile olsa tüm yargıyı yönlendirmesi ve hatta ele geçirmesine sebep olacaktır.

12. Raporun 32. maddesinde yargı konseylerine ilişkin görüşler şu şekilde özetlenmiştir: “32. Özetle, Venedik Komisyonu, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri konusunda bağımsız bir yargı konseyinin belirleyici bir etkiye sahip olmasının yargı bağımsızlığını teminat altına almak için uygun bir usul olduğu görüşündedir. Her biri değerli olan ve korunması gereken Avrupa hukuk kültürünün zenginlikleri sebebiyledir ki tüm ülkelerde uygulanabilecek olan tek bir model söz konusu değildir. Hukuk sistemlerinin bu nebe çeşitliliğine saygı duyarken, Venedik Komisyonu, henüz bu değerlendirmeyi yapmamış olan devletlerin bağımsız bir yargı konseyi veya benzer bir organ teşkili seçeneğini değerlendirmelerini tavsiye etmektedir. Her halükarda anılan konsey çoğulcu bir yapıya ve çoğunluğu olmasa bile hatırı sayılır bir kısmı hakimlerden oluşan üyelere sahip olmalıdır. Tabii üyeler hariç olmak üzere bu hakimler denklere tarafından seçilmeli veya atanmalıdır.” “Yargı Sisteminin Bağımsızlığı”, Venedik Komisyonu, 16 Mart 2010, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur), (Erişim tarihi: 6 Mart 2017).

Ayrıca seçim usulü doğası gereği adliyerleri son bir yıl boyunca kilitliyor, hakim ve savcılarını asli görevlerinden alıkoyuyordu. Adliyerleri siyasallaştırıyor, hakim ve savcılarını kamplaştırıyordu. Seçim yarışı adayların liyakatleri ve kariyerleri ya da projeleri üzerinden değil siyasal görüşleri, inançları, etnik ve mezhepsel kimlikleri üzerinden yürütülüyor, yargı için hiçbir şekilde kabul edilemeyecek değerlendirmelere şahit olunuyordu.<sup>13</sup> 2010 ve 2014 HSYK seçimlerinde yaşananlar Türk yargısının bir seçimi daha kaldıramayacağı ve seçim usulünden vazgeçilmesi gerektiğini gösterdi.

Hakimlerin seçimi usulünden vazgeçilmesi sebebiyle yeni teklifte kurul üyelerini atama yetkisi TBMM ve cumhurbaşkanına paylaştırılmıştır. Kurulun doğal üyeleri dışında kalan 11 üyenin 7’si TBMM tarafından seçilmektedir. Kurulun oluşumunda en önemli karar mercii TBMM olması kurulun demokratik meşruluğunu güçlendirecektir.<sup>14</sup> 1961 Anayasası’nın ilk şeklinde kurul üyelerinin üçte biri (6/18) TBMM tarafından seçilmekteydi. Ayrıca Avrupa ülkeleri arasında yasama organına yargı konseyi üyelerinin önemli bir kısmını seçme yetkisi veren çok sayıda örnek vardır. Örneğin Fransa’da 30 üyeli kurulun 8 üyesini, İspanya’da 20 üyeli kurulun tamamını, Portekiz’de 17 üyeli kurulun 7 üyesini, İtalya’da kurul üyelerinin üçte birini ve Polonya’da 25 üyeli Ulusal Yargı Konseyinin 6 üyesini yasama organları seçmektedir.<sup>15</sup> Bu örnekler Anayasa değişikliğindeki TBMM’ye üye seçme yetkisi veren önerinin Avrupa ülkeleri ile uyumlu olduğunu göstermektedir.

13. “HSYK’da 8 Asıl Üye Yargıda Birlik’ten”, *Milliyet*, 13 Ekim 2014. Bu haberin içerisindeki şu başlıklar bile eleştirileri doğrulamaktadır: “3 Ülkücü 2 Solcu ve 3 AKP’li” ve “Ortaya karışık esprisi”. Ayrıca bkz. İsmail Saymaz, “HSYK Seçimlerini Ülkücüler mi Kazandı?”, *Radikal*, 14 Ekim 2014.

14. Venedik Komisyonunun 2007 tarihli “Yargısal Atamalar” başlıklı raporunda “demokratik meşruluğun temin edilmesi amacıyla” parlamentolara atama yetkisi verilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir (s. 50). [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)028.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx), (Erişim tarihi: 6 Mart 2017).

15. Seyfullah Çakmak, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Bazı Avrupa Birliği Ülkelerinde Yargı Kurulları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 11, (Ekim 2012), s. 160-165.

TBMM'nin seçeceği 7 üye için meclisin nitelikli çoğunlukla seçim yapacağı belirtilerek basit çoğunluklarla üyelerin seçilmesi önlenmek istenmiş ve meclis çoğunlukları uzlaşma aramaya zorlanmıştır. Meclisin HSK üyelerini seçim yöntemi şu şekildedir: Meclis Başkanlığına yapılan başvurular Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyonlarda oylanır. Komisyon her bir üyelik için üç adayı üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. TBMM, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.

Mecliste HSK üyelerini seçmek için aranan beşte üçlük oran anayasayı değiştirmek için aranan oy oranı kadardır. Bu sayede iktidar partileri sadece basit çoğunlukla ya da üye tam sayısının salt çoğunluğuyla bu yedi üyeyi belirleyemeyecektir. Partiler arasında uzlaşma aranacak ve bu arayış sonucu seçilen üyelerin nitelikleri daha çok öne çıkacaktır. Örneğin şimdiki TBMM'de seçim olsa AK Parti tek başına HSK üyelerini seçecek çoğunluğa sahip değildir. Nitekim bu oranda çoğunluğu olan iktidar partisi sayısı siyasi hayatımızda çok azdır.

Meclisin seçeceği 7 üyenin yanında adalet bakanı ve müsteşarını da dahil edersek HSK'nın geriye kalan 6 üyesini cumhurbaşkanı seçecektir. Meclisin üye seçmesi konusunda aranan yüksek oran sebebiyle tartışma olmasa da Yargıtay ve Danıştay dahil hakim ve savcılara hiç üye seç-

me yetkisinin tanınmaması ve cumhurbaşkanına verilen doğrudan atama yetkisi bazı eleştirilere sebep olmaktadır. Bu eleştirilerin temel dayanağını teklifle cumhurbaşkanına tanınan yeni statü oluşturmaktadır.<sup>16</sup> Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile cumhurbaşkanı "tarafsız ve siyaset üstü devlet başkanı" değil "partili bir hükümet ve devlet başkanı" olacaktır. Böylece yargı kurulunun oluşumunda yürütme organının önemli bir payı olacaktır. Dünyada hükümet başkanına bu tür atama yetkisi veren örnekler bulunmaktadır. Ancak bunlarda başkanın atamaları genelde yasama organının onayına ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca bu tür örnekler çok fazla olmadığından teklife birtakım eleştiriler yöneltildiği görülmektedir. Ancak bu eleştirilerde mevcut düzenlemedeki "tarafsız, siyaset üstü ve partisiz" cumhurbaşkanı tarifinin çoğunlukla kağıt üzerinde kaldığı, cumhurbaşkanlarının eski siyasi kimliklerini bir şekilde görevlerine yansıttıkları göz ardı edilmektedir. Son olarak yüksek yargının FETÖ'den arındırıldığı göz önüne alındığında Yargıtay ve Danıştaya cumhurbaşkanının yapacağı atamada aday gösterme yetkisi verilmesi veya bu yüksek mahkemelere bir kısım kurul üyelerini doğrudan seçme yetkisinin tanınması şeklinde öneriler getirildiği de görülmektedir.

### Askeri Yargının Kaldırılması

Anayasa teklifi askeri yargının disiplin mahkemeleri hariç tamamen kaldırılmasını öngörmektedir. Referanduma sunulan 6771 sayılı Kanun'un 13. maddesi şu şekildedir:

2709 sayılı Kanununun 142 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir.

16. Abdurrahman Eren, "Başkanlık Sistemi 2: Yargı Alanında Yapılan Değişiklikler", Kanun-i Esasi, 18 Şubat 2017, <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/38-baskanlik-sistemi-2-yargi-alaninda-yapilan-degisiklikler>, (Erişim tarihi: 6 Mart 2017).

Ayrıca 16. maddenin E fıkrası ile Anayasa'nın "Askeri Yargı" başlıklı 145. maddesi, Askeri Yargıtayı düzenleyen 156. maddesi ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesini (AYİM) düzenleyen 157. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Askeri yargı gerek ilk derece mahkemeleri gerekse yüksek mahkemeleriyle 1961 Anayasasıyla kurulan ve sonrasında daha da güçlenen vesayetçi sistemin en etkili unsurlarından birisi olmuştur. 1961 Anayasası ile Askeri Yargıtay Anayasa'ya girmiş ve 1971 değişikliği ile AYİM kurulmuştur. 1982 Anayasası'nda ise askeri yargı özerk konumu korunarak daha da güçlü bir konuma getirilmiştir. Kısacası 1961 Anayasası ve devamında yaşanan her anayasal değişim askeri yargının vesayet işlevini pekiştirmiştir. Bu amaca dönük yapılan düzenlemelerden bazıları askeri yargının anayasal statüye kavuşturulması, adli yargıya paralel bir yargı kolu haline getirilmesi ve yetki alanının sivilleri de içine alarak genişletilmesine yöneliktir.<sup>17</sup>

## Askeri yargı gerek ilk derece mahkemeleri gerekse yüksek mahkemeleriyle 1961 Anayasasıyla kurulan ve sonrasında daha da güçlenen vesayetçi sistemin en etkili unsurlarından birisi olmuştur.

1982 Anayasası'nın 148. maddesi askeri mahkemelerin görev alanını demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemeyecek derecede geniş belirlemişti. Asker olmayan kişileri yargılama yetkisi, son derece geniş tanımlanmış askeri suç kavramı ve askeri hakimlerin yeterli hakimlik teminatlarına sahip olmayışı önemli sorun alanla-

17. Askeri yargının bir vesayet işlevi görmesi ve bu vesayetin giderilmesine ilişkin yapılan değişiklikler için bkz. Fazıl Hüsnü Erdem ve Vahap Coşkun, "Askeri Yargı ve Askeri Vesayet", *SETA Analiz*, Sayı: 9, (Temmuz 2009).

rıydı. Askeri yargıya ilişkin bu sorunlar 2009 yılında kabul edilen 5918 sayılı Kanun<sup>18</sup> ile önemli orada giderilmiş olsa da bu Kanun'un önemli bazı hükümleri CHP'nin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi.<sup>19</sup> Mahkemenin iptal kararı üzerine bu Kanun ile yapılmak istenen reformlar 2010 Anayasa değişikliği ile şöyle gerçekleştirildi:

- Askeri mahkemelerin savaş hali dışında sivil yargılama yetkisi kaldırıldı.
- Askeri yargının görev alanını belirleyen bir kriter olan "askeri mahallerde işlenen" suçlar tabiri Anayasa'dan çıkarıldı.
- "Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davaların" her halde adliye mahkemelerinde görüleceği vurgulandı.
- Askeri hakim ve savcılarının özlük işlemlerine ilişkin kriterlerden "askerlik hizmetinin gerekleri" ibaresi çıkarıldı ve bu işlemlerin sadece "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatları" esaslarına göre düzenleneceği belirlendi.

Askeri yargının demokratik hukuk devleti standartlarına çekilmesi konusunda atılan bu önemli adımlara rağmen Türk yargı sistemindeki iki başlılık yani askeri yargının adli yargının yanında ayrı bir yargı kolu olarak varlığı korunmaktadır. Batı demokrasilerinde artık bağımsız bir askeri yargı kolu ve askeri yüksek yargı çok nadirdir. AYİM gibi ayrı bir askeri idari yargı kolu ise benzeri olmayan bir örnektir. Askeri Yargıtay ve AYİM başta olmak üzere askeri yargının, TSK'nın sivil denetimden bağımsız kendi özerk

18. Bu Kanun ile yapılan kapsamlı reformun ayrıntıları için bkz. Erdem ve Coşkun, "Askeri Yargı ve Askeri Vesayet", s. 16-19. Ayrıca bu Kanun'dan önce de, 30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanun ile 29.6.2006 tarih ve 5530 sayılı Kanun'la askeri yargı konusunda bazı reformlar gerçekleştirilmiştir.

19. AYM, E.2009/52, K.2010/16, K.T.: 21.01.2010, RG, 27.01.2010, S.27475.

alanını oluşturma düşüncesinin sonucunda geliştiği, 1961 ve 1982 Anayasalarıyla oluşturulan askeri ve yargısal vesayet sisteminin önemli bir aracı olduğu ve yargıda iki başlı bir yapı oluşturduğu görülmektedir.<sup>20</sup> Ayrıca bu iki yüksek mahkemenin varlığı yargı birliği ve kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Uzlaşma Komisyonunda yer alan ve 24. dönem TBMM’de temsil edilen partilerin dördü de 2012 yılında Meclise sundukları anayasa tasarılarında askeri yargının bir şekilde varlığını devam ettirmesini ama askeri yüksek yargının kaldırılmasını önermişlerdir. 15 Temmuz sonrası üç partinin (AK Parti, CHP ve MHP) temsilcilerinden oluşan komisyonun da askeri yargının kaldırılması konusunda uzlaşmış olması önemlidir. Ayrıca çeşitli anayasa tasarıları ve raporlarda da benzer şekilde askeri yargı veya yüksek yargının kaldırılması öngörülmüştür.<sup>21</sup> Kısacası askeri yargı veya sadece askeri yüksek mahkemelere yeni anayasada yer verilmemesi konusunda genel bir görüş oluştuğunu söyleyebiliriz. Bütün bu gerekçelerle referanduma sunulan teklifte askeri yargının tamamen kaldırılması kararlaştırılmıştır.

### Yargı ile İlgili Diğer Hükümler

Bu üç temel düzenleme dışında yargıyı etkileyen bazı talii hükümler de pakette yer almıştır. Askeri Yargıtay ve AYİM’in kaldırılması ile bu iki mahkemeden Anayasa Mahkemesine atanan iki üye düşeceğinden Anayasa Mahkemesinin üye sayısı 17’den 15’e ve toplantı yeter sayısı 12’den 10’a

20. Erdem ve Coşkun, “Askeri Yargı ve Askeri Vesayet”, s. 14-15.

21. “HAK-İŞ Konfederasyonu Anayasa Önerisi”, [https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/hak\\_is\\_anayasa\\_gorusu.pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/hak_is_anayasa_gorusu.pdf), (Erişim tarihi: 8 Mart 2017); “Vesayetsiz ve Tam Demokratik Bir Türkiye İçin İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa”, Stratejik Düşünce Enstitüsü, (Ankara: 2011), s. 23; *Türkiye’nin Yeni Anayasasına Doğru*, (TESEV Yayınları, İstanbul: 2011), s. 30; *Özgürlükçü, Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler*, (DİSK Yayınları, Ankara: 2009), s. 76. Ayrıca Özbudun ve TBB 2001 önerilerinde askeri Yargıtay olmakla beraber AYİM’e yer verilmemiştir. Askeri Yargıtay’ın kaldırılması yerine sivil bir yüksek mahkeme olarak yeniden düzenlenmesi yolunda farklı bir öneri için bkz. Fahrettin Demirağ, “Anayasal Bir Kurum Olarak Askeri Yargı ve Anayasa Önerileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 75, (2008), s. 264-266.

düşmektedir. Anayasa Mahkemesinin iş yükü 2012 yılında bireysel başvuruları kabul etmeye başlaması ile çok artmıştır. Bu artış son dönemde zirve noktasına ulaşmış durumdadır.<sup>22</sup> Üye sayısındaki bu azalma çok önemli olmasa da mahkemenin çalışma temposuna olumsuz yansiyabilir.

Getirilen hükümet sisteminin sonucu olarak TBMM’de iktidar partisi ve ana muhalefet partisi olmayacaktır. Bu sebeple Anayasa’nın 150. maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesine iptal davası açma yetkisine sahip “iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları” ibaresi “Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu” olarak değiştirilmektedir. Teklifte bu teknik düzenlemeler dışında Anayasa Mahkemesi ile ilgili üyelerin seçim yöntemi veya görevlerine ilişkin bir hüküm söz konusu değildir. Ancak ileride yeni hükümet sistemine uygun olarak yüksek mahkemenin yapısı ve görevleri yeniden ele alınabilir.

Yargıyla ilgili bir diğer hüküm ile Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararlarını yargı denetimi dışında bırakan ifade Anayasa’dan çıkarılmakta ve şura kararlarına karşı yargı yolu tamamen açılmaktadır. Mevcut düzenlemede YAŞ’ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri yargı denetimine kapalıdır. Ayrıca getirilen hükümet sisteminin niteliği gereği cumhurbaşkanının her türlü işlemi yargı denetimine tabi olacaktır. Son olarak kanun tasarısı ve tüzüklere teklifte yer verilmediği için bu ikisi hakkında Danıştayın görüş bildirme görevi de Anayasa’dan çıkarılmıştır. Uygulamada bu iki kurumun da işlevsiz olduğu ve Bakanlar Kurulunun Danıştaya danışma ihtiyacı hissetmediği bilinmektedir.

22. Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Engin Yıldırım’ın 24 Kasım 2016 tarihli bir açıklamasına göre 2016 yılındaki toplam başvuru sayısı 75 bini bulmuş ve yılsonunda 100 bin olması ihtimali söz konusudur. “Engin Yıldırım: Yılsonuna Kadar 100 Bini Bulur”, *Haber Türk*, 24 Kasım 2016. Ancak 23 Ocak 2017 tarihinde 685 sayılı KHK ile “Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu” nun kurulması ile AYM’nin 15 Temmuz girişimi ve FETÖ ile mücadele sebebiyle artan iş yükü azalacaktır.

## SONUÇ

Referanduma sunulan Anayasa değişikliği hakkındaki 6771 sayılı Kanun'un genel gerekçesi bürokratik vesayet sistemini sonlandırmak ve etkili bir yürütme kurmak amacıyla hükümet sistemini değiştirmek olarak açıklanmıştı. Teklif özellikle bu amaçla sadece hükümet sistemine ilişkin hükümlerle sınırlandırılmış ve diğer anayasal konulara ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Ancak yargı ile ilgili olarak 2016 yılının sonlarında üç partinin uzlaştığı konuları kısmen içeren bazı hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerden HSYK ile ilgili düzenlemenin sebebi yargının yeni bir seçimi kaldıramayacak kadar yıpranmasıdır. Avrupa ülkelerindeki benzer uygulamalarla birlikte demokratik bir yöntem olarak değerlendirilse de 2010 sonrası yaşanan tecrübeler hakimlerin kurul üyelerini seçme uygulamasının yargı içerisinde kamplaşma ve siyasallaşmaya sebep olduğu, FETÖ benzeri gizli ve organize yapıların suistimaline açık olduğu

görüldü. Bu sebeple seçim usulü kaldırılmış ve demokratik meşruiyetin güçlendirilmesi amacıyla TBMM'ye on üç üyeden yedisini seçme yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanına "partili hükümet başkanı sıfatı" tanınmasına rağmen cumhurbaşkanının üye atama yetkisinin devam etmesi ile Yargıtay ve Danıştaya üye seçme yetkisinin verilmemesi bazı tartışmalara sebep olmuştur.

Askeri yargının tamamen kaldırılması demokratik hukuk devletlerindeki gelişmelere uygun olduğu gibi siyasette bu konuda genel bir uzlaşma oluştuğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple bu konuda herhangi bir muhalefet olmamıştır. Ayrıca yargının bağımsızlığının yanında tarafsızlığını vurgulayan hüküm yargının vesayet sisteminin bir aracı olmasına duyulan tepkinin bir sonucu oldu. Bu düzenlemelere karşılık getirilen yeni hükümet sisteminin temel unsurlarının oturması ile birlikte yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı esaslarına uygun olarak yargıya ilişkin daha kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerekecektir.







---

**T**ürkiye yaklaşık elli yıldır hükümet sistemi tartışması ve otuz yıldır da tamamen yeni ve sivil bir anayasa arayışı içerisinde. Başarısızlığa uğrayan çeşitli girişimlerden sonra AK Parti ve MHP'nin uzlaşması ile 10 Aralık 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulan Anayasa değişiklik teklifi, gelen eleştiriler doğrultusunda Komisyonda birtakım revizyonlar yapılarak 21 Ocak 2017 tarihinde TBMM'de kabul edildi ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak halkın onayına sunuldu. Teklifi oluşturan 18 maddenin büyük çoğunluğu hükümet sistemini değiştirmeyi amaçladığından yasama ve yürütmeye ilişkin hükümler içermektedir. Bu ikisi dışında en önemli düzenlemelerin yargı ile ilgili olduğu görülmektedir.

Teklifte yargıya ilişkin üç madde yürürlükten kaldırılmakta ve yedi maddede değişiklik yapılmakta, yargının tarafsızlığı vurgulanmakta, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) yeniden yapılandırılmakta ve askeri yargı tamamen kaldırılmaktadır. Bu düzenlemeler getirilen hükümet sistemi ile doğrudan ilgili olmasa da bunların asıl amacının teklifin gerekçesi olarak açıklanan bürokratik vesayetin giderilmesine dönük olduğu söylenebilir. Ayrıca HSYK üyeleri için uygulanan seçim sisteminin yargıda ciddi sorunlara sebep olması ve kurulun demokratik meşruiyetinin artırılması düşüncesi HSYK ile ilgili hükümlerin bu pakete girmesine sebep olmuştur. Bu çalışmada bu üç başlık başta olmak üzere yargı ile ilgili düzenlemelerin gerekçeleri ve konuya ilişkin tartışmalar da ele alınmaktadır.



---

ANKARA • İSTANBUL • WASHINGTON D.C. • KAHİRE

[www.setav.org](http://www.setav.org)