

# 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ VE DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ<sup>1</sup>

Yusuf Şevki HAKYEMEZ\*

## Özet

1982 Anayasası üzerinde yürürlüğe girdiği tarihten bugüne değin esaslı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bunlardan en geniş kapsamlı olanlar 1995, 2001 ve 2010 yıllarında yapılmıştır. Ancak bu kapsamlı değişiklikler içerisinde en fazla gündemi meşgul eden 2010 Anayasa değişiklikleri olmuştur. Bu değişiklikler ağırlıklı olarak yargı organı ile ilgili olup, değişikliklerde Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili önemli yenilikler öngörülmüştür. Değişiklik sürecinde kamuoyunda yaşanan tartışmalarda da görüldüğü üzere bir görüşe göre değişiklikler yargı bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyecek ve yargıyı iktidarın etkisi altına sokacaktır. Diğer görüşe göre ise yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı 2010 Anayasa değişiklikleri ile daha iyi sağlanacaktır. İşte bu çalışmada 2010 Anayasa değişikliklerinin 1982 Anayasasının demokrasi ve hukuk devleti niteliklerinde ne tür etki yaptığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** 1982 Anayasası, 2010 Değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı

## THE 2010 CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND THE RULE OF LAW

### Abstract

There have been significant amendments in the 1982 Constitution since its entry into force. The most detailed amendments took place in 1995, 2001 and 2010 in respectively. However, amongst them, the 2010 changes mainly focused on judiciary,

\* Prof.Dr.,KTÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> “2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti” başlıklı makaleyi Doç. Dr. Mustafa Yıldız Anısına hazırlanan bu armağanda yayınlamanın benim için özel bir anlamı olduğunu belirtmem gerekir. Doç. Dr. Mustafa Yıldız, yüksek lisans tez danışmanımı ve yüksek lisans tez konumu “1995 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Toplum” adı ile kendisi önermişti. Akademik yaşamının ilk aşamalarında bana çok şeyler öğreten değerli Hocamın anısına yayımlanan armağanda, yine yüksek lisans tezine benzer bir konuda makale yazmak için 2010 yılında aslında önemli bir gelişme yaşandı. 1982 Anayasasında 2010 Anayasa önemli konularda değişiklikler gerçekleştirildi ve bu değişiklikler, daha ziyade hukuk devleti ve demokrasi ekseninde yoğun biçimde tartışılmıştır. İşte bu bakımdan saygıdeğer Hocamın anısına yayımlanan armağana bu kapsamdaki bir makaleyle katkıda bulunmanın benim için çok özel bir anlamı olduğunu ve bunu Hocama yönelik bir görevin yerine getirilmesi olarak algıladığımı belirtmek isterim.

*including the re-structuring of the Constitutional Court and the High Council for Judges and Prosecutors got the most attention. As has been witnessed during the period of the negotiations and the introduction of the changes, according to some the amendments would affect the impartiality of judiciary and the judicial system would be under the control of the Government in power. On the other hand, one other opinion argued that the real independence and impartiality of the judicial system would be possible only if the 2010 Amendments were introduced. The aim of this work is to examine what sort of effects on the democratic and rule of law features of the 1982 Constitution were created by way of the 2010 Amendments.*

**Key Words:** *1982 Constitution, 2010 Constitutional Amendments, Constitutional Court, High Council of Judges and Prosecutors, judicial independence and impartiality*

## **GİRİŞ**

1982 Anayasası % 91 gibi çok yüksek bir oyla kabul edilmesine rağmen sürekli eleştirilerin odağında yer aldı. Nitekim bunun bir sonucu olarak yürürlüğe girdiği tarihten bugüne değin Anayasada 17 kez değişiklik yapılmıştır. En geniş kapsamlı değişiklikler 1995, 2001 ve 2010 yıllarında gerçekleştirildi. Bu geniş kapsamlı değişikliklerden ilk ikisi daha ziyade temel hak ve özgürlükler alanı ile ilgiliydi. 2010 değişiklikleri ise ağırlıklı olarak yargı ile ilgili konulara odaklanmıştır. Bu yönü ile 2010 Anayasa değişiklikleri diğerlerinden ayrılmaktadır. 2010 değişiklikleriyle birlikte aslında 1982 Anayasasının kurucu felsefesi doğrultusunda formüle edilen Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşumunda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, siyasal sistemin işleyişinde çok önemli işlevi ve konumu olan yargının yeniden yapılandırılması gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır.

2010 Anayasa değişiklikleri; gerek paketin oluşumu, TBMM'de görüşülmesi, Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu olması ve referandumla kabulü sürecinde yaşananlar ve gerekse içeriği nedeniyle önceki değişikliklerden çok daha fazla ülke gündemini meşgul etmiştir. Bu değişiklikler, hemen hemen tek bir partinin milletvekillerinin oylarıyla kabul edilen ve ardından zorunlu olarak referanduma sunulan bir prosedürün sonucunda tekemmül ettirilmişlerdir. Öte yandan, her ne kadar 1987 ve 2007 değişikliklerinde de referanduma başvurulmuş ise de, 2010 değişikliklerinin referandum sürecinde daha yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Bunun önemli nedenlerinden birisi, bu Anayasa değişikliği paketi ile getirilenlerle Anayasanın yargı ayağın-

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

da 1982 Anayasa Koyucusunun oluşturmaya çalıştığı bürokratik vesayetçi yapıyı değiştirmeye çalışan önemli farklı düzenlemelerin öngörölmüş olmasıdır. Öte yandan 2010 Anayasa değişikliği paketinde bunların dışında yargısal denetime ilişkin başkaca yenilikler ve insan hakları ile ilgili yeni hükümler de yer almaktadır. İşte bu çalışmada son Anayasa değişikliklerinin 1982 Anayasanın “demokratik hukuk devleti” niteliğinde ne tür değişikliklere yol açtığı irdelenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın amacı genel olarak 2010 değişikliklerinin demokratik hukuk devleti bağlamında irdelenmesi olduğuna göre, paketin her bir maddesiyle getirilen yeniliklerin ayrı ayrı ele alınması gibi bir yola başvurulmamıştır.

### **A- Değişiklik Paketine İlişkin Genel Gözlemler**

Anayasa değişikliği paketi 24 maddeden oluşmakta ve yine bu doğrultuda Anayasaya iki geçici madde eklenmektedir. Pakette yer alanlar çok farklı konuları kapsamakla birlikte 2010 Anayasa değişikliklerini, “temel hak ve hürriyetler ve yargı denetimi alanını ilgilendirenler” ile “yargının oluşumu ve işleyişine ilişkin olanlar” olmak üzere iki ana başlık altında toplamak mümkündür.

Bununla birlikte pakette asıl göze çarpan ve kamuoyunda da daha fazla zikredilenler yargı ile ilgili değişikliklerdir. Nitekim, bu değişikliklerle birlikte artık yargının iktidarın etkisi altına gireceği, yürütmenin yargı üzerindeki etkisini ileri derecede artırmış olacağı<sup>2</sup>, “iktidara biat eylemeyen hakim ve savcıların tasfiye edilmesi yolunu” açabileceği<sup>3</sup> biçimindeki yorumlar yapılmaktadır. Bu noktada Anayasa değişikliklerinin odağını yargının oluşturmuş olmasını, özellikle değişiklikleri TBMM’den hemen hemen tek başına geçirdiği söylenebilecek olan Adalet ve Kalkınma Partisinin iktidarı döneminde yargı ile ilgili olarak yaşananlara bakarak açıklamak daha isabetli olacaktır. İktidarının altıncı yılında Adalet ve Kalkınma Partisine karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açtığı kapatma davası ve Anayasa Mahkemesinin bunun üzerine davalı partiyi laikliğe aykırı eylemlerin odağı olarak görmesi nedeniyle devlet yardımından kısmen yoksun bırakma yaptırımını ile cezalan-

<sup>2</sup> Bkz.: İbrahim Ö. KABOĞLU, Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak, İmge Kitabevi, Ankara, 2010, s. 273.

<sup>3</sup> Bkz.: Köksal BAYRAKTAR, “Genel Değerlendirme”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 160; Duygun YARSUVAT, “Genel Rapor”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 164.

dırması, Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde gerçekleştirilen değişiklikleri esas açısından denetleyerek iptal etmesi, hükümetin icraatlarının ve kimi idari tasarrufların idari yargı mercileri tarafından hukukilik denetiminin ötesine geçilerek iptal edilmesi, özellikle Ergenekon Davası başta olmak üzere ağırlıklı olarak adli yargıdaki kimi ceza davaları ve soruşturmalarına yönelik olarak HSYK'nın yüksek yargıdan gelen üyelerle birlikte verdiği kararlar ve takındıkları tutumun siyasal iktidarın 1982 Anayasasındaki yargı ile ilgili değişiklikleri yapmasının temel gerekçesini oluşturduğu söylenebilir.

Bununla birlikte değişiklik paketinde yargı ile ilgili olanlar dışında başka konulara ilişkin hükümler de yer almıştır. Ancak, özellikle paketteki yargı dışındaki hükümlere bakıldığında bunların demokratik hukuk devleti bağlamında çok temel sorunları kapsadığını söyleyebilmek zordur. Sözgelimi 1982 Anayasasının ideolojik tercihini yansıtan ve insan hakları noktasında en fazla eleştirilen Anayasanın başlangıç kısmı ve Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin kimi önemli sorunlara dokunulmamıştır. Yine sürekli ülke gündemini meşgul eden Cumhurbaşkanının yetkileri ile sorumluluğu arasındaki uyumsuzluk ve Yükseköğretim Kurumunun üniversitelerin özerkliğini zedeleyen konumu ve benzeri temel sorunlara bu pakette yer verilmediği görülmektedir. Bunlar değişiklik paketine ilişkin önemli eksikliklerdir. Bu da göstermektedir ki Anayasa değişikliği paketi Anayasanın sorunlu maddelerin tümüne esaslı çözümler getirme iddiası taşımamaktadır. İktidar partisi kendisine göre öncelikli sorunlu maddeleri esas alarak paketi oluşturmuştur. Aslında bu süreçte muhalefet partilerinin kendilerine göre öncelikli gördükleri hususları pakete dahil etmeyi pazarlık unsuru olarak kullanmaları durumunda paketin daha geniş bir kapsama sahip olması imkanı sağlanabilirdi. Ancak, bu noktada uzlaşma arayışlarının olumsuz sonuçlanması nedeniyle pakette bu imkan elde edilememiştir. Bu durum, önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

### **B-Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Değişikliklerin Değerlendirilmesi**

Toplam 24 madde ve 2 geçici maddede değişik konulara ilişkin yenilikler getiren 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliklerinin ayrıntılı biçimde ele alınması tek başına bir çalışmanın kapsamını da aşabilecektir. Bu çalışmada sadece genel olarak değişikliklerle birlikte insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti noktasında ne tür yeniliklerin gerçekleştirildiği irdelendiğinden, paketteki hükümlere sadece ana hatları ile ba-

kılmış, ayrıntılar ele alınmamış, hatta kimi maddelerdeki yeniliklere hiç değinilmemiştir.

### **1-İnsan Hakları ve Hak Arama Özgürlüğü İle İlgili Yenilikler**

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanununun 1. maddesi ile Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasına kadın erkek eşitliğinin sağlanması bağlamında, “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmü dahil edilmiş ve ayrıca 10. maddeye eklenen “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” ifadesi ile fıkrada sayılan kesimler lehine uygulamalar yapılmasının eşitlik ilkesi ile çelişmeyeceği anayasal temele kavuşturulmuştur. Böylece başta kadınlar olmak üzere çocuklar, yaşlılar, engelliler ve benzeri değişik toplumsal kesimler açısından pozitif ayrımcılık yapılabilmesi anayasal düzeyde öngörülmüştür. Yine bir diğer yenilik olarak çocuklar bağlamında Anayasanın 41. maddesinin başlığına “çocuk hakları” ifadesi eklendikten sonra maddeye her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu, Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı hükmü dahil edilmiştir.

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerden bir diğeri ile Anayasanın 20. maddesine herkesin kendisi ile ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu hükmü eklenmiş; kişisel verilerin işlenmesi, kullanımı, söz konusu kişisel verilere erişme, bunların bireyler tarafından silinmesinin talep edilmesi gibi çok farklı boyutlarının değişiklikle getirilen anayasal güvenceler doğrultusunda kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Son zamanlarda teknolojinin de gelişmesine paralel olarak daha yoğun biçimde gündemi meşgul eden kişisel verilerin korunmasına yönelik ihlal iddiaları açısından bakıldığında bu içerikteki bir anayasa hükmünün getirilmesini anlamlı görmek gerekir. Ancak kişisel verilerin korunması noktasında uygulamanın bir an önce yeni çıkarılacak kanunla ayrıntılı biçimde düzenlenmesi, anayasal güvencelerin uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir.

Anayasanın 23. maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklikle vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hakim kararına bağlı olarak sınırlanabileceği hükmü getirilmiştir. Değişiklik öncesinde bu fıkrada yurt dışına çıkışın ayrıca “vatandaş-

lık ödevi” sebebiyle de sınırlandırılabilceği öngörülmekteydi. Madde gerekçesinde açıkça belirtilmemiş olsa da, bu yenilikle vatandaşların vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkışının önünün açılmak istendiği ifade edilmektedir<sup>4</sup>. Kanaatimizce değişiklikle birlikte bu imkanın sağlandığı söylenebilir. Bununla birlikte, vatandaşlara kim ödevler de getiren Anayasanın “siyasi haklar ve ödevler” bölümünde vergi ödevi yanında ayrıca 72. maddede “vatan hizmeti” düzenlendiğine göre askerlik ödevi nedeniyle de yurt dışına çıkmaya yönelik bir engelin de artık Anayasaya aykırı hale geleceği söylenebilir.

Değişikliklerle getirilen önemli bir yenilik memurlar ve diğer kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkının tanınmış olmasıdır. 1995 Anayasa değişikliği ile memurlara sendika hakkı yanında toplu görüşme hakkı verilmiş olmakla birlikte bu hak toplu sözleşmeden çok daha farklıydı. Yeni düzenleme ile getirilen toplu sözleşme hakkı olumlu bir adım olmakla birlikte sendikal haklar bağlamında yetersizdir. Grev hakkının bulunmadığı yerde toplu sözleşme hakkının gerçek işlevine ulaşması her zaman mümkün değildir. Nitekim yeni düzenlemede toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde tarafların Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabileceği ve Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının kesin olduğu ve toplu sözleşme hükmü niteliğinde olduğu öngörülmüştür.

Anayasa değişikliği paketinde siyasal haklar bağlamında görülebilecek olumlu bir yenilik de milletvekilliğinin düşmesi ile ilgili Anayasanın 84. maddesinin son fıkrasının kaldırılmasıdır. Bu fıkrada partisinin temelli kapatılmasına beyan veya eylemleri ile sebep olduğu Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliğinin bu kararın Resmi Gazete’de gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona ereceği öngörülmekteydi. Aslında 1995 Anayasa değişikliği öncesindeki hükme göre yukarıdaki hükmün çok daha ehven olduğu açıktır. Nitekim 1995 Anayasa değişikliği öncesinde bu konuda partinin kapatılmasına sebebiyet veren milletvekilinin üyeliğinin, temelli olarak kapatılan siyasal partinin kapatılması için davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliğinin ise kapatma kararının TBMM Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona ereceği öngörülmekteydi. 1995 Anayasa değişikliği ile getirilen ve partinin kapatılması durumunda sadece kapatmaya sebebiyet veren milletvekillerinin üyeliğinin sona ermesini öngören düzenleme dahi aslında siyasal partileri ceza-

<sup>4</sup> Bkz.: “Vergi Borcu Nedeniyle Yurtdışına Çıkış Yasağı Uygulaması Tarih Oldu”, <http://www.kobipostasi.net>. (E. T. 14.12.2010).

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

landırmaktan öteye geçerek partili milletvekillerini cezalandıran ölçüsüz bir yaptırımdır. Bu nedenle siyasal hakları ölçüsüz biçimde kısıtlayan ve aynı eylem ve fiili gerçekleştiren partili milletvekilleri ile bağımsız milletvekillerinden sadece birinci kategoride yer alanları cezalandıran bu hükmün kaldırılması isabetli olmuştur. Nitekim AİHM de vermiş olduğu kararlarda, siyasal parti kapatma kararına istinaden milletvekilliğinin düşürülmesi sonucunda verilen beş yıllık siyasal faaliyet yasağının öngörülen meşru amaçlar doğrultusunda orantılı olarak nitelendirilemeyeceği ve bu yasağa maruz kalanların seçilme hakkının özü itibariyle ihlal edilmekte olduğuna hükmetmektedir<sup>5</sup>.

Aslında siyasal parti özgürlüğü bağlamında 2010 Anayasa değişikliği paketinde, özellikle siyasal parti kapatma usulünü zorlaştırmayı hedefleyen ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kapatma davası açmasını TBMM’de oluşturulacak bir komisyonun nitelikli çoğunluk oyuna bağlayan ve kapatma davalarında partili milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu kapsamındaki sözlerinin odaklaşma koşulunun değerlendirilmesinde dikkate alınmamasını öngören hükümler yer almaktaydı. Ancak, Anayasanın 69. maddesinde değişiklikler öngören söz konusu hükümler TBMM’deki birinci oylamada öngörülen çoğunluğa ulaşamadığı için kadük olmuştur. Bu maddenin kabulü, Türkiye’deki siyasal parti özgürlüğünü daha güvenceli hale getirebilecekti.

2010 Anayasa değişikliği paketiyle temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli bir görev ifade edebilecek olan Kamu Denetçiliği Kurumunun getirilmiş olması önemli bir yenilik olarak görülmelidir. Anayasanın 74. maddesine eklenen fıkralar ile herkesin kamu denetçisine başvurma hakkına sahip olduğu ve bu bağlamda Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumunun idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri inceleyeceği öngörülmektedir. Ardından Kamu Başdenetçisinin TBMM tarafından seçiliş usulü düzenlenmiştir. Batılı ülkelerin çoğunda “ombudsmanlık” olarak bilinen Kamu Denetçiliği Kurumunun getirilmiş olması temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında gösterilen hassasiyeti ifade etmesi açısından olumlu bir yenilik olarak görülmelidir.

Aslında Anayasa değişikliğinden çok daha önceleri ombudsmanlık kurumuna duyulan ihtiyaç değişik çalışmalarda ifade edilmişti<sup>6</sup>. Hatta, 2006 yı-

<sup>5</sup> Bkz.: Örnek bir karar olarak bkz.: Ilıcak v. Turkey, Application Number: 15394/02, Date: 5 April 2007.

<sup>6</sup> Türkiye’de ombudsmanlığın gerekliliğine vurgu yapan bir rapor için bkz.: Bülent TANÖR, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 1997, s. 172-173.

lında kanunla Kamu Denetçiliği Kurumu bile kurulmuştu. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu Kanunu iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Anayasa’da belirtilen görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna Başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi adı geçen Kurumla Türkiye Büyük Millet Meclisi arasında bu seçime olanak verecek Anayasa’dan kaynaklanan doğal sayılabilecek bir ilişki de söz konusu olmadığından Yasa Anayasa’nın 87. maddesi ile uyumlu değildir”<sup>7</sup> gerekçesine de yer verdiği için, her ne kadar yasama yetkisinin asli yetki olması noktasından hareketle Anayasa Mahkemesinin kararı hukuken isabetsiz ise de, Mahkemesi kararı ortada iken Kamu Denetçiliğinin kurulabilmesi noktasında tek seçenek olarak Anayasa değişikliği kalmıştı. Kamu Denetçiliği ile ilgili düzenlemenin de bu amaçla 2010 Anayasa değişikliği paketine eklendiği söylenebilir.

Kamu Denetçiliği kurumunun kurulmasında aynı zamanda Türkiye’nin Avrupa Birliğine giriş amacının de etkili olduğu söylenebilir. Gerçekten AB üyesi olan ülkelerin her birinde ya tek bir kişiden oluşan ombudsmanlık ya da bir heyetten oluşan kamu denetçiliği kurulu türü kurumlar bulunmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumunun faaliyete geçmesi ile Türkiye’de insan haklarına ilişkin mağduriyetlerin daha kısa sürede, daha kolay usullerle ve yargı dışı bir mekanizma aracılığıyla giderilmesi sağlanabilecektir.

Anayasa değişikliği paketindeki maddeler arasında aynı zamanda hak arama özgürlüğünü genişleten ve yargısal denetim yasaklarını azaltan hükümlere de rastlanmaktadır. Söz gelimi, 2010 değişiklikleriyle uyarma ve kınama biçimindeki disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin Anayasanın 129. maddesinin 3. fıkrası hükmü kaldırılmıştır. İkinci olarak, Yüksek Askerî Şura kararlarının yargı denetimi dışında olduğunu belirten Anayasanın 125. maddesindeki hüküm “Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.” şeklindeki değiştirilmiştir. Yine Anayasanın 159. maddesindeki HSYK kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin hüküm, “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” şekline dönüştürülmüştür. Görüldüğü gibi bu değişikliklerle 1982 Anayasasındaki yargısal denetim yasakları biraz daha hafifletilmiştir. Ancak, her ne kadar uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu tam olarak açılmış

<sup>7</sup> Esas Sayısı: 2006/140, Karar Sayısı: 2008/185, Karar Günü: 25.12.2008.



## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

ise de, HSYK ve Yüksek Askeri Şura kararlarının tümü değil sadece bir kısmı yargı denetimine açılmıştır. Bu nedenle getirilen yenilikler hukuk devleti açısından olumlu olmakla birlikte yetersizdir. Yine, yargısal denetim yasakları kaldırılırken Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamayacağı düzenleyen Anayasa hükmüne ve olağanüstü kanun hükmünde kararnamelere karşı Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına dair düzenlemeye dokunulmaması da 2010 Anayasa değişikliği paketine ilişkin önemli eksiklikler olarak göze çarpmaktadır.

Yargısal denetim bağlamında son olarak Anayasanın Geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılmasına da değinmek gerekir. 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesini gerçekleştirenler ile yönetimin sivillere devredildiği tarihe kadar yasama ve yürütme yetkisini kullananlar ve bu maddede sayılan diğerlerinin tasarruflarına karşı hukuki, mali ve cezai açıdan yargısal denetim yollarını kapatan hükmün kaldırılmış olması ilke olarak olumlu kabul edilebilir. Çünkü, 1960 Askeri Müdahalesi sonrasında benzer hükmün yer aldığı 1961 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihten bu yana ilk kez bu tür askeri müdahaleleri gerçekleştirenler hakkında yargı yolunu açan bir değişiklik gerçekleştirilmiştir<sup>8</sup>. Askeri müdahaleyi gerçekleştirenler hakkında ceza davası açılıp açılmayacağı, zaman aşımının ne olacağı gibi karmaşık sorunlar bir yana, askeri müdahaleyi gerçekleştirenlerin kendileri için getirmiş olduğu hukuksal zırhın siyasal irade tarafından kaldırılmış olması psikolojik açıdan olumlu bir adım olarak görülebilir.

### **2-Yargı ile ilgili yenilikler**

2010 Anayasa değişiklik paketinin ağırlıklı kısmını yargı ile ilgili getirilenler oluşturmaktadır. Bu kapsamdaki değişikliklerin içerisinde de asıl önemli olanlar Anayasa Mahkemesi ve HSYK ile ilgili maddelerdedir. Ancak, bunun dışında pakette, idari yargı denetiminin kapsamı ve asker kişilerin işlediği suçlarla ilgili yargı düzenini belirten değişiklikler de göze çarpmaktadır.

Anayasanın 125. maddesindeki, yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğuna ilişkin hükme, bu yetkinin “hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz”acağı ifadesi eklenmiştir. Aslında bu hükmün getirilmesinin en önemli nedeninin idari yargı

<sup>8</sup> 1982 Anayasasının Geçici 15. maddesinde 2001 yılında değişiklik yapılmış olmakla birlikte bu değişiklik sadece o dönemde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararname ve diğer karar ve tasarrufların anayasaya aykırılığının iddia edilememesini ortadan kaldırmaktaydı.

mercilerinin ve özellikle Danıştayın gerçekleştirdiği denetimde yerindeliğe kayarak hareket etmesi ve böylece hükümetin ve kimi idari birimlerin yetkisine açıkça müdahale etmesidir. Bununla birlikte Anayasaya bu biçimdeki bir hüküm koymakla sorunun çözülebileceğini beklemek gerçekçi değildir. Zira zaten 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 2. maddesinde açıkça “ İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler” hükmü yer almaktadır. Kaldı ki, idari yargı mercilerinin yerindelik denetimini yasaklamak için Anayasa veya ilgili kanunda bu biçimdeki bir hükmün bulunmasına bile gerek yoktur. Çünkü yargı, niteliği gereği idarenin faaliyetlerini sadece hukuka uygunluk denetimine tabi tutmak yetkisini kullanabilir. Bunun ötesine geçen uygulamalar yargının idarenin yetkisine müdahalesi anlamına gelir ki kuvvetler ayrılığı ilkesi bunu imkansız kılar. Bu hususlar açık olmakla birlikte, böylesine bir hüküm, Türkiye’deki yargısal aktivizmin etkisiyle idari yargının yerindelik denetimine kayacak biçimde karar vermesi sonrasında adeta bir tepki olarak Anayasaya dahil edilmiştir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere bu yenilik sonrasında artık yargısal denetimde bu tür sorunların yaşanmayacağını söylemek mümkün değildir. Bu noktada çözüm, ancak Türk yargı mercilerinin kendi denetim yetkisinin sınırını demokratik hukuk devletindeki ideal standarda uygun biçimde her bir somut davada belirleyip, yeri geldiğinde idarenin anayasaya uygun takdirlerine müdahaleden kaçınmaları gerektiğini bilmeleri ve buna uygun kararlar vermeleri ile mümkündür.

Yargı ile ilgili bir diğer değişiklikte, paketin 15. maddesinde, Anayasanın 145. maddesinde askeri yargı ile ilgili gerçekleştirilen değişiklikle asker kişilerin işlediği suçlardan hangilerinin askeri mahkemeler ve disiplin mahkemelerinde, hangilerinin ise adliye mahkemelerinde görüleceği yeniden düzenlenmiştir. Bu maddede değişiklik yapılmasının gerekçesini, yakın bir geçmişte çıkarılan kanunla asker kişilerin “darbe girişimi ve ya darbe suçları” söz konusu olduğunda bunların askeri mahkemeler yerine sivil mahkemelerde görülmesine imkan sağlayan kanuni düzenlemeyi Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 145. maddesini gerekçe göstererek iptal etmesi oluşturmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> İptal edilen kanuni düzenlemeye ilişkin verilen yürürlüğü durdurma kararı için bkz.: Esas Sayısı : 2009/52, Karar Sayısı: 2010/5 (Yürürlüğü Durdurma), Karar Günü : 21.1.2010.

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

Dolayısıyla iptal kararı sonrasında artık konunun Anayasa ile düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Özellikle adli yargıda sivil / askeri ayrımının olduğu Türkiye’de, gerçekleştirilen Anayasa değişikliği doğrultusunda, asker kişilerin devletin güvenliğine, anayasal düzene ve düzenin işleyişine karşı işlediği ile-ri sürülen suçların adliye mahkemelerinde görüleceği; askeri mahkemelerin sadece asker kişiler tarafından işlenen askeri suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara bakacağı hususuna açıkça yer verilmesi önemli bir yeniliktir. Bunun yanında askeri mahkemelerin bağımsızlığını pekiştiren bir yenilik olarak paketin aynı maddesinde, askeri yargı organlarının kuruluşu ve işleyişi ile askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkilerinin “askerlik hizmetlerinin gereklerine göre” düzenleneceği ibaresi kaldırılmış<sup>10</sup>, böylece geriye kalan ilkeler olarak mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenleme yapılacağı öngörülerek askeri yargının bağımsızlığına daha uygun bir hüküm ortaya çıkmıştır.

Yargı ile ilgili en önemli değişikliklerden birisi Anayasa Mahkemesi ile ilgili maddelerde gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda ilk olarak Mahkemenin üye sayısı 11 asıl ve 4 yedek üyeden 17 asıl üyeye çıkartılmıştır. TBMM bu üyelere ikisini Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından gösterdiği üç aday arasından, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içerisinden seçecektir. Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askeri Yargıtay, bir üyeyi Askeri 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 seçecektir. Cumhurbaşkanı geriye kalan dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçecektir.

Mahkemenin üye sayısının artırılması ve işlevsel olmayan yedek üyelik statüsüne son verilmesi fevkalade olumlu adımlar olarak görülebilir. Ancak, 17 üyeli Anayasa Mahkemesine parlamentonun doğrudan değil, değişik

<sup>10</sup> Aynı ibare 2010 değişikliği ile Askeri Yargıtay’ın düzenlendiği Anayasanın 156. maddesinden de kaldırılmıştır.

yerlerden gösterilen üçer kat fazla aday arasından toplam üç üye seçme imkanının verilmiş olması vesayetçiliğin eleştirildiği bir yapıdan kurtulma sürecinde çekingen adım olsa da yine de sembolik bir öneme sahip olabilir. TBMM'nin, Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki demokratik meşruiyete de katkı sağlayacak şekilde, Avrupa ülkelerine benzer biçimde mutlaka en az üçte bir oranındaki üyeyi doğrudan seçmesi gerekirdi<sup>11</sup>. Nitekim, Gözler'in de vurguladığı gibi, 2010 Anayasa değişikliği sonrasında bile Türkiye halen yasama organı Anayasa Mahkemesine doğrudan hiçbir üye seçemeyen tek ülke konumundadır<sup>12</sup>. Öte yandan 17 üyeden üç tanesinin akademisyenler arasından seçilmesi de Anayasa Mahkemesinin işlevine katkı sağlaması açısından eskiye göre daha olumlu bir yenilik olarak görülmelidir. Bunun yanında eskiye göre yargı bürokrasisinin Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki ağırlığı Cumhurbaşkanı, YÖK ve TBMM'nin seçeceği toplam 10 üye ile azalmış, bu sayede bürokratik vesayetin yargı ayağında bir güç kaybının gerçekleştiği ve daha çoğulcu bir oluşumun sağlandığı söylenebilir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyelerinin oniki yıllığına seçileceği ve bir kişinin ikinci kez üye seçilemeyeceğinin öngörülmüş olması da isabetli bir yeniliktir. Görev süresinin sabitlenmesi ile artık çok uzun ve çok kısa süre üyelik yapma durumu ile karşılaşılmayacak, üyeler makul bir süre boyunca bu görevi ifa edeceklerdir. Çok uzun süre görevde kalmanın doğurduğu sakıncalar yaşanmayacağı dikkate alındığında, Mahkemenin daha dinamik bir aktör olarak çağın gereklerine uygun içtihatları sergilemesi imkanı daha iyi sağlanabilecektir.

Değişiklikle Mahkemenin Yüce Divan sıfatı ile yargıladığı kişilere TBMM Başkanı ile Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da eklenmiştir. Ayrıca Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabileceği esası getirilmiştir. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve siyasal sisteme monte edilmiş amacına bakıldığında, Mahkemenin Yüce Divan sıfatı ile gerçekleştirdiği yargılamalarda yargıladığı kişilerin sayısını siyasal kimliği olanlarla sınırlı tutmak, diğerlerinin görevleri ile ilgili işlediği suçlarda yargılanmasını adli

<sup>11</sup> Avrupa ülkelerindeki anayasa mahkemelerinin oluşumu ve bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki eleştirilen noktaları irdelleyen ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yay., Ankara, 2009, Üçüncü Bölüm.

<sup>12</sup> Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2010, s. 417.

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

yargı bidayet mahkemelerine bırakmak demokratik hukuk devletinin işleyişi açısından daha işlevsel sonuçlar verebilir. Ancak, değişiklikle Yüce Divan sıfatı ile yapılan yargılamalarda yeniden inceleme imkanının sağlanması, tam anlamıyla temyiz anlamına gelmese de, yargılamayı iki dereceli usule yaklaştırdığı ölçüde olumlu sonuçlar verebilecektir.

2010 değişiklikleri ile ilk kez Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmiş olması da ilke olarak olumlu bir yeniliktir. Bununla birlikte bireysel başvuru kapsamına sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin alınmış olması eleştirilebilir. Hakların bütünlüğü ilkesi açısından bakıldığında AİHS kapsamında olmayan sözgelimi sosyal ve kültürel hakların veya üçüncü kuşak hakların ihlali durumunda bireysel başvuru hakkının kullanılmaması haklar arasında adeta farklılaştırmayı teşvik eden bir gelişmeye sebebiyet verebilir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, hangi hakkın AİHS kapsamına girdiğine her zaman çok rahat biçimde karar vermek mümkün olmayabilir. Öte yandan, bireysel başvurunun benimsenmesinin amacı AİHM'den gelen mahkumiyetleri engellemek ise bunu da kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin insan hakları noktasındaki içtihadına bakıldığında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması halinde Mahkemenin özgürlükçü karar vererek başvurucunun sorununu çözebileceğini ve dolayısıyla AİHM'e başvurmayı önleyebileceğini söyleyebilmek zordur. Nitekim Anayasa Mahkemesi bugüne değin ilk derece mahkemesi olarak baktığı siyasal parti kapatma davalarında verdiği mahkumiyetler neticesinde partisi kapatılanların yaptığı başvuruların ezici bir çoğunluğunda AİHM Türkiye'yi mahkum etmiştir. Bu da göstermektedir ki Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının Anayasa koyucunun öngördüğü biçimde etkili sonuç verebilmesi için Anayasa Mahkemesinin özgürlükçü yaklaşımla bireysel başvuruları ele alması gerekmektedir<sup>13</sup>.

Üye sayısı artırılmasına rağmen, değişiklik sonrasında iki ayrı bölüm ve bir Genel Kurul şeklinde çalışacak Anayasa Mahkemesinde iptal ve itiraz başvuruları, siyasal parti davaları ve Yüce Divan yargılamalarının Genel Kurulda, bireysel başvuruların ise bölümlerde karara bağlanacağını öngörülmesi aslında pratikte Mahkemenin işyükünü çok fazla hafifletmeyecektir. Bir yandan bireysel başvurunun getireceği ek işyükü ve öte yandan gittikçe artan

<sup>13</sup> Bkz.: Hakyemez, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, s. 428-429.

iptal ve itiraz başvurularının Genel Kurulda görülmeye devam etmesi nedeniyle belki de yakın bir gelecekte Anayasa Mahkemesinin üye sayısının biraz daha artırılarak, iki ayrı bölüme de iptal ve itiraz başvurularını çözme yetkisi tanınması yoluna gidilebilecektir.

Değişiklikle Anayasa değişikliğinde iptale, siyasal partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için üye tamsayısının beşte üçü yerine toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şartının getirilmesi isabetli bir yeniliktir. Bu adım siyasal partilerin demokratik sistem içerisindeki vazgeçilmez konumlarına uygun bir yeniliktir. Bunun gibi kurucu iktidarın anayasa değişikliklerinin denetiminde şekle ilişkin aykırılıkların Mahkeme üyelerinin daha yüksek sayısı tarafından kararlaştırılması ile tali kurucu iktidarın yetkisine müdahale sayılabilecek tartışmalı kararlar çıkmasının da önü alınmış olabilir.

Anayasa değişiklik paketindeki yargı ile ilgili en önemli yeniliklerden bir diğeri ise HSYK ile ilgilidir. Bu bağlamda HSYK'nın oluşumu, çalışma şekli ve örgütlenmesi ile ilgili önemli yenilikler getirilmiştir. Oluşumu bağlamında en önemli yenilik yedi olan üye sayısının 22'ye yükseltilmesidir. Değişiklik öncesinde Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Yargıtaydan gelen üç ve Danıştaydan gelen iki üyeden oluşan HSYK adli ve idari yargı mensuplarının özlük haklarında yetkili bir Kurul olarak öngörülmesine rağmen, Kurulda ilk derece mahkemelerinde görev yapanların hiçbir şekilde temsili mümkün değildi. Yapılan değişiklikle mevcut yedi üyeye ek olarak Kurula adli yargı ilk derece mahkemelerinde çalışan hakim ve savcılar arasından seçilen yedi üye ile idari yargı ilk derece mahkemelerinde çalışan hakim ve savcılar arasından seçilen üç üye daha dahil edildi. Böylece Kurulda, ilk derece mahkemelerinde çalışanların da temsili sağlanarak yargının bütününe geniş ve orantılı temsili imkanı oluşturulmuştur. Bunun yanında Kurula Adalet Akademisinin kendi üyeleri arasından seçeceği bir üye ile Cumhurbaşkanının yükseköğretim kurumlarının hukuk alanında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçeceği dört üye daha dahil edildi. Böylece 22 asıl üyeye çalışan yeni bir HSYK oluşturulmuş oldu.

Eskisi ile karşılaştırıldığında Kuruldaki bu yeniliği olumlu kabul etmek gerekir. Çünkü artık HSYK'da az sayı yerine karma oluşuma dayalı kalabalık bir topluluk karar alacağı için kişisel kayırmalar, arkadaşlık ilişkileri, ideolojik endişeler, kayırma, kişisel çıkar, blok halinde oy kullanılması ve benzeri

## 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti

olumsuzluklar daha az rastlanılabilecektir<sup>14</sup>. Nitekim Türkiye, Avrupa ülkeleri arasında yüksek yargısal kurula yer veren ülkeler içerisinde en az üye ile yargısal kurulu oluşturan ülke olarak öne çıkmaktaydı<sup>15</sup>. Ayrıca Kurulda yargının bütününe geniş ve orantılı temsili imkanının sağlanması sayesinde Yargıtay ve Danıştay'ın HSYK'daki ağırlığının kırılmış olması da olumlu bir adımdır. Çünkü yargının oluşumu ve işleyişinde ağırlıklı etkiye sahip HSYK, eski biçimiyle, üye çoğunluğu yüksek yargıdan gelen bir kurul olarak vesayetçi modelin önemli bir aktörü olarak görülmekteydi<sup>16</sup>. Yine Kurulda yargının dışından seçilen belli sayıda üyeye yer verilmesi de Kurulun çoğulcu yapısının sağlanması, Kuruldaki korporatif oluşum sakıncalarının giderilmesi, yargı dışından gelen üyelerin Kurul çalışmalarına farklı bir gözle yaklaşarak daha yetkin kararlar alınmasına katkı sağlaması ve Kurulun demokratik meşruiyeti açısından olumlu karşılanabilir. Burada doğrudan halk tarafından seçilecek Cumhurbaşkanı'nın HSYK'ya üye seçmesinin demokratik meşruiyeti belli ölçüde katkı sağlayabileceği söylenebilir. Ancak, kanaatimizce demokratik meşruiyetin sağlanabilmesi açısından Kurulda TBMM'nin belli sayıda üyeyi nitelikli çoğunluk oyu ile seçmesi esasının benimsenmesi çok daha isabetli olabilir<sup>17</sup>. Nitekim Avrupa ülkelerindeki yüksek yargısal kurulların tümünde bu biçimdeki bir oluşumun tercih edildiği, yüksek yargısal kurullarda parlamentonun belli sayıda üye seçmediği ülke örneği bulunmadığı görülmektedir<sup>18</sup>. Öte

<sup>14</sup> Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi de konuya ilişkin çalışmasında bu endişelerin bir kısmını dikkate alarak, yüksek yargısal kurulların çoğunluğu hakimlerden olmak üzere karma oluşum yöntemine göre oluşması gereğine vurgu yapmaktadır. Bkz.: "Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society". [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2007\)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2007)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3) (Erişim Tarihi: 10.02.2010).

<sup>15</sup> Bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yay., Ankara, 2010, s. 53-55.

<sup>16</sup> Bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, 2009, s. 82.

<sup>17</sup> HSYK benzeri yüksek yargısal kurulda demokratik meşruiyetin sağlanabilmesi noktasında yasama organının belli sayıda üyeyi, yargı organının iktidar partisi karşısındaki tarafsızlığını da korumak için muhalefetle birlikte uzlaşarak seçmesi biçimindeki benzer bir öneri için bkz.: Sibel İNCEOĞLU, "Adalet Bakanlığının Yargı Reformu Stratejisine Yönelik Gözlemler", Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 531.

<sup>18</sup> Avrupa ülkelerindeki HSYK benzeri yüksek yargısal kurulların oluşumunda parlamentonun ağırlığı konusunda bkz.: Hakyemez, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", s. 53-55.

yandan Kurulda Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının konumu eskiye göre zayıflatılmıştır. Artık Adalet Bakanı Kurulda dairelerin değil, sadece Genel Kurulun çalışmalarına katılabilecek ve sadece orada oy kullanabilecektir. Disiplin konuları başta olmak üzere özlük konularındaki kararlar dairelerde alınacağına göre, Adalet Bakanının Genel Kurulda yer alması nedeniyle bu tür konularda oy hakkının olmaması olumlu bir yeniliktir. Adalet Bakanlığı Müsteşarı da bir dairede üye olarak bulunacak olmakla birlikte, artık eski gibi Kurul veya daire çalışmalarına katılmadığında çalışmaları bloke edemeyecektir. Bunlar olumlu yenilikler olmakla birlikte Adalet Bakanının Kurula Başkan olarak katılmasının Avrupa standardı ile bağdaşmadığı söylenebilir. Kanaatimizce Venedik Komisyonunun konuya ilişkin raporuna da olduğu gibi Türkiye’de de Adalet Bakanı Kurula özellikle disiplin gibi konularda oy hakkı olmamak koşuluyla üye olarak katılabilme imkanına sahip olmalı, ancak Kurul Başkanı parti politikaları ile ilgisi olmayan bir kişi olarak seçimle gelen üyeler arasından belirlenmelidir<sup>19</sup>. Adalet Bakanının bu biçimde Kurula sadece üye olarak katılma imkanı sağlanırken, Kurula dörtte bir oranındaki üyeyi TBMM’nin seçmesi imkanı sağlanmalıdır. Böylece Kurul oluşum açısından Avrupa standardına daha fazla yaklaşmış olacaktır.

Değişiklikte Kurulun yetkileri korunmuş olmakla birlikte artık yeni HSYK bu yetkilerini Genel Kurul yerine daha fazla daireler aracılığıyla yerine getirecektir. Nitekim bu bağlamda değişiklikle HSYK’nın üç ayrı daire biçiminde örgütlenmesi öngörülmüş ve dairelerin oluşumu ve işbölümü ise Kanuna bırakılmıştır. Bunun yanında değişiklikle birlikte HSYK’nın kendi sekreteryası, örgütü ve personeli de oluşturularak yargı bağımsızlığına daha fazla yaklaşmıştır. Nitekim önceki durumda HSYK bağlamında yapılan en önemli eleştirilerden birisi, Kurulun ayrı bir örgütü, özerk bütçesi, binası ve sekreteryası bulunmaması ve işlerinin Adalet Bakanlığı memurlarınca görülmesi nedeniyle Kurulun Adalet Bakanlığının merkez birimlerinden herhangi birinden pek farklı bir yönü olmaması biçiminde idi<sup>20</sup>. Değişiklikle ayrıca yine yargı bağımsızlığının bir gereği olarak hakim ve savcılarının görevleri ile ilgili soruşturmalarını yapmakla yetkili Kurul müfettişleri statüsü oluşturulmuştur. Ada-

<sup>19</sup> Venedik Komisyonunun raporu için bkz.: CDL-JD(2007)001 - “Judicial Appointments”: Revised discussion paper prepared by the Secretariat for the meeting of the Sub-commission on the Judiciary (14 March 2007). [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD\(2007\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD(2007)001-e.asp). Erişim Tarihi: 10.02.2010.

<sup>20</sup> Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2009, s. 446.



## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

let Bakanlığı müfettişlerinin artık bu konularda denetim yetkisi kalmamıştır. Yine değişiklikle HSYK'nın meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılmıştır. Ancak HSYK'nın diğer kararlarına karşı yargı yolu açılmamış olması önemli bir sorun olarak devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa değişikliklerinin iptali dolayısıyla açılan dava dolayısıyla verdiği kararında, HSYK bağlamında gerçekleştirilen yeniliklerle yargı bağımsızlığının eskiye göre daha fazla sağlanmakta olduğunu şu şekilde ortaya koymuştur:

*“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısıyla ilgili olarak 5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle yapılan yeni düzenlemeyle Kurulun üye sayısının artırıldığı, seçim tabanının genişletildiği, Kurul üyelerinin büyük çoğunluğunun yargıçlar tarafından doğrudan seçilmesinin kabul edildiği, Kurul'un kendi sekreteryasına kavuşturulduğu ve Teftiş Kurulunun Kurul'a bağlandığı böylece özerk yapısının güçlendirildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanı'nın Kurula üye atama yetkisinin sınırlandırıldığı, Adalet Bakanı'nın dairelerin çalışmasına katılmasının yasaklandığı, Bakan'ın Teftiş Kurulu üzerindeki mutlak kontrolünün kaldırıldığı, böylece yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı anlaşılmaktadır. Kurul'un kararlarının kısmen de olsa yargı denetimine açılmasının hukuk devletinin güçlendirilmesine yönelik bir adım olduğu görülmektedir.*

*Bu nedenle, sözkonusu hükümlerin yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği söylenemez.”<sup>21</sup>*

Bunun gibi Avrupa Birliği Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2010 İlerleme Raporunda da HSYK ile ilgili Anayasa değişiklikleri olumlu karşılanmış, yargı bağımsızlığı bağlamında HSYK'nın üye sayısının artırılması, Kurulun oluşumunda farklı yerlerden üye seçilmesi, Kurulun kendi sekreteryası ve kendi müfettişlerine kavuşması ve Bakanın yetkilerinin eskiye göre azaltılmasına dikkat çekilerek yargı alanında ilerlemeler kaydedildiği vurgulanmıştır<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Bkz.: Esas Sayısı: 2010/49, Karar Sayısı: 2010/87, Karar Günü: 7.7.2010.

<sup>22</sup> Bkz.: 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, TC Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, 2010, s. 7-8, 75.

### **Değerlendirme ve Sonuç**

2010 Anayasa değişikliklerinin içeriğine bakıldığında bunların çok farklı açılardan değerlendirilmesi mümkündür. Söz gelimi yeni bir anayasa ihtiyacı ortada iken ve bu bağlamda 1982 Anayasası değişik konulardaki hükümleri ile sorun doğurmaya devam ederken değişiklik kapsamının dar tutulması eleştirilebilir. Başka bir eleştiri sorunlu maddeler içerisinde sadece bazılarına eğilirken diğerlerinin pakete dahil edilmemesi hususudur. Bir diğer eleştiri ise yönetsel olarak değişikliklerin gerçekleştirilmesi sürecinde inisiyatifin parlamentodaki tek bir partide olması hususudur.

Bu tür eleştirilerin haklı noktaları olmakla birlikte 2010 Anayasa değişikliklerinin yine de özde olumlu yenilikler getirdiğini belirtmek gerekir. Yukarıda da sıralandığı üzere yirmi civarındaki maddede getirilen yenilikler aslında önemli ölçüde sorunlu anayasa hükümlerine az ya da çok olumlu çözümler getirmeyi amaçlamaktadır. Buna rağmen getirilen her yeniliğin istisnasız biçimde olumlu karşılanabileceği kanaatinde değiliz. Bu noktada bazılarında önemli yetersizlikler bulunmaktadır. Sözgelimi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının sadece AİHS kapsamındaki haklarla sınırlı tutulması, memurlara grev hakkı verilmeden sadece toplu sözleşme hakkı tanınması, YAŞ ve HSYK'nın sadece ihraç kararlarına karşı yargı yoluna başvuru imkanının getirilmesi bu noktada verilebilecek örneklerdir. Yine bunun gibi TBMM'nin Anayasa Mahkemesi ve HSYK'ya doğrudan ve nitelikli çoğunlukla belli sayıda üye seçme imkanının sağlanmaması da önemli eksiklikler arasında sayılabilir.

Her ne kadar TBMM'nin Anayasa Mahkemesi ve HSYK'ya belli sayıda üyeyi doğrudan seçme imkanının sağlanmaması önemli bir eksiklik ise de paketdeki hükümlerle Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşumunda eskiye göre daha çoğulcu bir yapının sağlanabileceğini belirtmek gerekir. Bu değişikliklerle yargının oluşumu bağlamında Yargıtay ve Danıştay'ın ağırlığı belli ölçüde kırılmıştır. Bununla birlikte, pakette Anayasa Mahkemesi ve özellikle HSYK'nın oluşumunda farklı eğilimleri de daha fazla temsil edebilecek bir formül benimsenmiş iken, Anayasa Mahkemesi pakete ilişkin açılan davada verdiği iptal kararıyla aslında bu çoğulcu yapının oluşumunu engellemiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, aslında sahip olmadığı bir yetkiyi kullanarak verdiği iptal kararı ile paketin öngördüğü yapıya müdahale ederek çoğulcu yapı yerine özellikle HSYK'da Yargıtay, Danıştay, idari yargı ve adli yargı mensupları arasından seçilecek üyeler belirlenirken tek bir listenin delinme-

## 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti

den temsil edilmesi gibi bir sonucun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır<sup>23</sup>.

2010 Anayasa paketi ile getirilen olumlu yeniliklerin Türkiye'deki demokratik hukuk devletinin gelişimine bundan sonraki süreçte çok daha fazla katkı sağlayabileceği söylenebilir. Artık bu yeniliklerle birlikte Türk siyasal hayatında 1961 Anayasası ile başlayan ve 1982 Anayasası ile zirve noktasına ulaşan bürokratik vesayetçi yapının demokratik boyuta doğru evrilmesi daha iyi sağlanabilecektir. Çünkü artık Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşumunda yapılan değişikliklerle birlikte bürokratik vesayetin yargı ayağında önemli kırılma ve güç kaybı yaşanabilecektir. Özellikle Yargıtay ve Danıştay'a üye seçerken artık HSYK'nın geniş oluşumu ile birlikte ortaya çıkan yeni yapısı ağırlıklı söz sahibi olacağından, bundan böyle belli bir eğilimin yüksek yargıdaki ağırlığı yerine zamanla daha farklı bir kompozisyon ortaya çıkabilecektir. Yine asker kişilerin darbe suçları ile ilgili olarak artık açıkça sivil adli yargının yetkili olduğunun öngörülmüş olması sivil siyaset ve demokrasinin pekişmesine katkılar sağlayabilecektir.

Aslında yargı ile ilgili getirdikleri de dikkate alındığında 2010 değişikliklerinin, 1961 Anayasasından bu yana ilk kez olağan dönemde askerin hiçbir etkisi olmaksızın gerçekleştirilmesi çok önemlidir. Değişikliklerin referandumda halkın yüzde 58'i tarafından kabul edilmiş olması da halkın bu yönlerdeki gelişmeyi desteklemesi biçiminde açıklanabilir. Nitekim bu noktada 12 Eylül 2010 referandum sonuçları halkın kendilerine dayatılan bir anayasa ye-

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi bu bağlamda iptal kararını şu gerekçeye dayandırmıştır: "5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasında Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi ile birinci sınıf adli ve idari yargı hâkim ve savcılar tarafından Kurul üyelerinin doğrudan seçilmesi öngörülmektedir. Ancak bu seçimlerde her seçmenin ancak bir aday için oy kullanması esası getirilmiştir. Buna göre, Yargıtay Genel Kurulunca seçilecek üç asıl üç yedek olmak üzere toplam altı Kurul üyesi için her Yargıtay üyesi yalnızca bir adaya oy verebilecektir. Bu durumda her Yargıtay üyesi altı kurul üyesinden yalnızca birisi için oy kullanabilecek, diğerlerinin seçimine iradesi yansımayacaktır. Aynı durum, Danıştay tarafından seçilecek iki asıl, iki yedek; Türkiye Adalet Akademisi tarafından seçilecek bir asıl, bir yedek; adli yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilecek yedi asıl, dört yedek ve idari yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilecek üç asıl, iki yedek üyelerinin seçimleri için de geçerlidir. Buna göre, bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımalarını sınırlayan böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır. Bu nedenle 5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasının, birinci tümcesinde yer alan '... ancak bir aday için ...' ibaresinin iptali gerekir". Bkz.: Esas Sayısı: 2010/49, Karar Sayısı: 2010/87, Karar Günü: 7.7.2010.

rine kendi anayasasını istediğini açıkça ortaya koyduğu biçimde yorumlanmıştır<sup>24</sup>. 2010 Anayasa değişikliklerinin bu bağlamda belki de en önemli sonuçlarından ve katkılarından birisi, artık hemen hemen tüm siyasal partilerin yeni anayasa ihtiyacını daha açık biçimde görmeleri ve bunu ifade etmeleridir<sup>25</sup>. Referandum sonuçları ve bunlara ilişkin siyasal parti temsilcilerinin değerlendirmelerinin Türkiye’de yeni anayasa ihtiyacının siyasetin gündemine çok daha güçlü biçimde oturmasına katkı sağladığı görülmektedir.

---

<sup>24</sup> Bkz.: Doğu ERGİL, “Constitutional Referandum: Farewall to the ‘Old Turkey’ ”, Insight Turkey, Vol: 12, No: 4, 2010, s. 15.

<sup>25</sup> Nitekim 12 Eylül 2010 tarihli referandum için yoğun biçimde hayır kampanyası yürüten Cumhuriyet Halk Partisi Genel Başkanının referandum sonuçlarından sonra bir gazeteciye verdiği mülakatta seçim sonrası oluşacak parlamentoyu beklemeden bir an önce yeni anayasa çalışmalarına başlanması bağlamındaki şu sözleri yeni anayasaya duyulan gereksinimi anamuhalefet partisinin de açıkça ifade etmesi açısından ilginçtir: “Yeni anayasa için neden seçim sonrası bekleyeceğiz? Şimdi Meclis’te bütün partiler bir araya gelimiz, bir süreç başlatırız.”. Bkz.: Fatih ÇEKİRGE, “Kılıçdaroğlu’ndan yeni anayasa mesajı: Seçimi beklemeyelim bir araya gelip hemen yapalım”, 26.09.2010, Hürriyet.