

YARGI GÜVENCESİ-BAĞIMSIZLIĞI ve ANAYASA MAHKEMESİ

Prof. Dr. İlhan ÖZAY*

Bu başlık altında söylenebilecekler o kadar çok ki, konuyu sadece temel kavramlara indirgeyerek açıklamaya çalışmaktan başka çare yok. Dolayısıyla Yargı "güvencesi"ni "tabii hakim" ve "yargısal denetim bağımsızlığı", daha doğrusu denetim dışı yasal ve idari işlemler ve etkinlikler; "bağımsızlığı"nı yargı organı ve mensuplarının Yasama, Yürütme ve Cumhurbaşkanlığı karşısındaki konum ve durumları ile Yargının kendi kendini yönetmesi, tüm bu bağlamda Anayasa Mahkemesini de bir yandan Adli-İdari yargılama yöntemleri öte yandan da bağımsızlığın gözetici ve koruyucusu işlevi yönünden ele almak kanımca tek çözümdür.

TABİİ HAKİM-KANUNİ HAKİM

"Kanun Devleti" ile "Hukuk Devleti" kavramları arasındaki korrelasyon ve farklılık kanımca "Tabii Hakim" ile "Kanunî Hakim" arasında da var. Nasılkı "Hukuk Devleti" "Kanun Devleti"ne oranla hem daha geniş hem de daha çağdaş ise 1961 Anayasasının orijinal metnindeki "Tabii yargı yolu" kenarbaşlıklı 32. maddesi de (1) yürürlükteki "Kanunî hakim güvencesi" kenarbaşlıklı 37. maddeye göre çoğulcu demokratik ve uygar toplum düzenine daha uygun. (1)

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) 1961 Anayasası 32. maddesinde "(h) iç kimse(nin), tabii hakiminden başka bir merci önüne çıkarılmaması (yacağı) (ve) "(b)ir kimseyi tabii hakiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulması (yacağı)"nı öngörmekteydi. 1971 de hem maddenin başlığı, hem de içeriği değiştirilerek 1982 Anayasasında aynen benimsediği formüle dönüştürülmüştür: "Hiç kimse, kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

Bu konu ve değindiğim nokta etrafındaki tartışmalar hep Ceza Hukuku açısından yapılmış ve burada herkesin çok iyi bildiği görüşler ileri sürülmüştür. Nevarki, benim bir İdare Hukukçusu olarak daha farklı birşey söylemem gerekirse, özellikle her iki Anayasada Danıştaya ilişkin maddede de değişik ifadeler kullanılmış olmasından yola çıkarak öncelikle bazı "idari" dava ve uyuşmazlıkları onların doğal yargısından başka bir merci önüne getirebilmenin sadece yasa koyucunun takdirine bırakılmış (2) olduğu düşünülebilir. (3).

Yargıya ilişkin temel ilkelerin anayasalarda yer almasının gerekçesi bireyler ve toplulukları için vazgeçilmesi olası bulunmayan bir ihtiyaç sayılmasındandır. Bizde ise, tarihsel süreç bunun sadece ilke düzeyinde değil neredeyse ayrıntıya varan bir biçimde anayasal

-
- (2) 1961 Anayasası 140. maddesinde Danıştayın "idari uyuşmazlıklar ve davaları" görmesi ve çözümlenmesinden ve "kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konular"dan söz ediyordu. 1982 Anayasasının ise 155 inci maddesinde, biraz da garip bir ifade ile sadece "davaları görmek" demesi bu kuşku ve tartışmaların kaynağını oluşturmaktadır. Öte yandan anılan maddenin birinci fıkrasında "idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümler" ile, yine "(k)anunla gösterilen belli davalar" formülü bu konuda da hep yasa koyucunun üstün iradesi ve sınırsız takdiri yetkisinin tek ölçüt olarak kabul edildiği izlenimini vermektedir.
- (3) Nitekim 1971 değişikliklerinde 140. maddenin baş tarafına pek dokunulmamışsa da sonuna Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili hüküm eklenmiş ve bu da birçok tartışmaya neden olmuştur. Burada Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ilişkin bir tartışmayı yeniden başlatmak amacım yoktur. Ancak olağan "İdari Rejim" içinde bu konunun hem sadece bize özgü hem de oldukça yadırganan bir çözüm olduğuna işaret etmeden de geçemeyeceğim. Öte yandan Yasama işlemleri ile belli bir konuyu hem "doğal yargı"ından kaçırmak, hem de o noktada adeta "yargısal denetim başışıklığı" benzeri durum yaratmanın, kanunca en çarpıcı örneklerinden biri "Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun" ile yapılandır. Çünkü yasa sözkonusu Kuruluşu "özel hukuk hükümlerine tabi tüzelkişi" olarak nitelikle kalmamış 13. maddesiyle oluşturduğu "Tahkim Kurulu"na 14. madde ile Federasyon, klüpler ve oyuncularla çıkacak tüm uyuşmazlıklarla ceza kurulu kararlarını ilgililerin itirazı üzerine inceleme ve kesin karara bağlama yetkisi de vermiştir. Böylece konuyu "tabii yargı" olması gereken İdare Mahkemelerinin görev alanından kaçırdığı gibi "Tahkim Kurulu"nu Adli Yargı içinde ilk derece olarak düşünüp, kararlarının Yargıtay önünde ancak "biçim" yönünden incelenebileceği görüşünü de savunarak, gerçekte, bu çok önemli "idari işlem"lerin "esas" bakımından irdelenememesi gibi bir sonuç öngörmüştür. Bunun anlamı da sözkonusu işlem ve kararların tam bir "yargısal denetim başışıklığı"na kavuşturulmuş olmasından başka birşey değildir. Konuyu Uyuşmazlık Mahkemesinin ilgili kararlarının eleştirisi olarak ele alan Futbolda "Özelleştirme" başlıklı bir yazım İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (IHİD) 1990 sayı 1-3 te yayınlanacaktır.

güvenceye kavuşturulmasının bir zorunluluk olduğunu kanıtlayan örneklerle doludur. Bu nedenle yürürlükteki Anayasada “tabii hakim” değil de “kanunî hakim güvencesi”nden söz edilmesi kamıca bu konuda, sadece Ceza Hukuku ve yargılamasını değil İdarî Yargıyı da çok olumsuz yönde etkileyebilecek uygulamaların, hem de yasal çerçeve görüntüsü içinde gerçekleştirilebilmesi olasılık ve tehlikesini beraberinde taşımaktadır. (4)

“Yargı Güvencesi”nin ikinci boyutu denetimin kapsam ve etkisidir. Başka bir deyişle “yargısal denetim bağımsızlığı” alanı “güvence” kavramı ile doğrudan bir etkileşim içindedir. Bu ilişki ve olumsuz yönde etkileşim biri “Yasama” öteki de “Yürütme” ve İdareye bağlı olarak iki yönden incelenebilir.

Konuyu “Yasama” alanına ilişkin olarak ele alırsak, geçen aylarda basına da yansıyan ve köşe yazılarına bile konu olan bazı eleştirileri de hatırlarız. Ancak, bunları bir tarafa bırakıp, sorunu kuramsal açıdan inceleyecek olursak 1961 Anayasasının hazırlık aşamalarında, özellikle İstanbul Bilim Komisyonunda, Anayasa Mahkemesinin denetim alanı içine “Yasama”nın “kanun gücünde olan ve etkisinde sayılan tüm tasarrufları”nın sokulmak istendiğini görürüz. Buna karşılık 1961 Kurucu Meclisi bu kapsamı daraltarak sadece “kanunlar ve içtüzükler”in Anayasa Mahkemesi önünde iptal davası veya def’i yoluyla incelenebilmesini kabul etmişti.

1961 Anayasasının bu hükmünün sakıncaları görüldüğü, tartışıldığı ve yazıldığı halde 1982 Anayasası da aynı formülü benimsemek suretiyle Meclisin bazı “karar”larının Anayasa Mahkemesi denetimi dışında kalmasını özel olarak istemiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin “ıçtihat” yolu ile adı “karar” olan fakat “kanun gücü ve etkisinde” sayılması gereken bazı yasama işlemlerini kendi denetim alanı içinde görmesi mümkün ise de, bu Yüce Yargı yerinin, zaten yararsız bir takım suçlamalarla kısır tartışmaların içine çekilmek is-

(4) Bu konuda İtalyan Cumhuriyet Anayasasına bakacak olursak, 25. maddesinde benimsediği formülün “hiçkimse yasayla daha önceden belirlenmiş tabii hakimden yoksun bırakılamaz” şeklinde olduğunu görürüz. Bu ifade bir yandan **önceden belirlenmiş yargıç** kavramını vurgulamakta öte yandan da, bunun ancak normlar düzeni içinde kanunlar ve hatta Anayasanın da üstünde sayılan **hukukun genel ilkeleri uyarınca “tabii hakim” olabileceği** konusunda yasa koyucu için gözetilmesi zorunlu bir ölçüt bulunduğunu göstermektedir. Bu bakımdan da da İtalyada ayrı bir Uyuşmazlık Mahkemesi olmamasına karşın Adli ve İdarî yargı arasındaki görev dağılımını da salt yasa koyucunun sınırsız takdir yetkisine bırakan türde bir düzenin varlığı söz konusu değildir.

tendiği bazı ortamlarda etkili hukuk denetimi ve düzeninden yana olmayanlara belli bir koz verilmiş bulunmaktadır ki, bunun da gerekçesini anlamak zordur; ama belki de çok kolaydır.

Diğer çoğulcu demokratik hukuk toplumları ve düzenlerinde görülen örnekleri tekrarlamak (5) pek hoş olmasa bile 1961 Anayasasının hazırlığı, kendisi ve ondan sonra ortaya atılan görüşlerle tartışmaları hatırlamak bile yürürlükteki hüküm ve buna ilişkin polemiklerin anlamsızlığını kavramaya yeter sanırım.

Konuyu “Yürütme” ve İdarenin işlemleri açısından ele aldığımızda ise durum çok daha olumsuzdur. Zira bir yandan “anayasal yargı bağımsızlığı”na sahip işlemler varolduğu gibi yasa koyucunun bunlara yenilerini eklemeye olanağı da bulunmaktadır. Ayrıca Anayasanın kendisinin kabul ettiği yargı güvencesini bazı seçilmiş görevliler için “bağımsız tutan kanun hükümleri de yürürlüklerini, Yüce Mahkemenin kararı sayesinde de sürdürmektedir.

Bunların birincisinden başlayacak olursak 1982 Anayasası “Yargı yolu” kenarbaşlığını taşıyan 128. maddesinin ikinci fıkrasıyla “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şura Kararları”nı, kamu hizmeti görevlileri ile ilgili 129. maddesinin 3 üncü fıkrasıyla “uyarma ve kınama cezaları”nı hep yargı denetimi bağımsızlığına sahip salt “idari işlem”ler olarak öngörmüştür. (6).

(5) İtalyada “Anayasal Güvenceler” başlığı altında yer alan “Mahkemenin” “kanunlar gerek merkezden yönetim gerekse bölge idarelerinin yasa gücü ve etkisinde” olan tüm “işlemler”inin “meşruiyet”ine ilişkin uyumsuzlukları çözümlenmekle yetkili olduğu 134. maddede açıkça hükme bağlanmıştır. “Meşruiyet” teriminin yasalık ve hukuksallıktan çok daha geniş, çoğu zaman “yerindelik” kavramını bile içeren bir portesi olduğu düşünülürse, bunun bir de “Yasama”nın tüm işlem ve kararları daha doğrusu eski ve çok yerinde bir ifadeyle “tasarruf”larını kapsadığı da gözönünde tutulursa, bizdeki “yargı kısıntısı”nın “vahamet”i bir kere daha ortaya çıkar.

(6) Herhangi bir yeni yasal düzenleme herhangi bir “idari işlem”in tek başına Cumhurbaşkanını tarafından yapılacağını öngörebilir. Bu durumda Anayasanın hükmü genel olduğu için o işlemler de denetim bağımsızlığına kavuşurlar. Öte yandan Danıştay üniversite öğretim üyeleri için verilen uyarma ve kınama cezalarını **Yükseköğretim Kanunu öngörmediği ve sadece yönetmelikte yer aldığı için** denetleyebilmiştir. Demekki bu bağımsızlık üniversitelerle ilgili herhangi bir yasal düzenlemeye dahil edilse geçerlilik kazanabilecektir. Askerî düzende ise ilgilinin rütbesi çok küçük de olsa disiplin nedeniyle ordudan ihraç muamelelerinin, hatta toplantı zamanı olmasa bile Yüksek Askerî Şura Kararı olarak yapılması nedeniyle yine salt “idari nitelikli birçok işlemin yargı denetimi bağımsızlığından yararlandığı da bilinmektedir.

Yürütme-İdare alanındaki etkinlikler bakımından değinilmesi gerekli , hatta bence zorunlu bir nokta da Anayasanın 127 nci maddesi ile güvence altına alınmış bulunan mahallî idarelerin seçilmiş organlarının bu sıfatlarını kaybetmeleri konusundaki denetimin yargı yolu ile olacağına ilişkin ilkedir. Anayasa Mahkemesi, Danıştay Sekizinci Dairesi ile Ankara ve Bursa İdare Mahkemeleri tarafından önüne getirilmiş bulunan uyuşmazlıklarda il-ilçe idare kurullarının köylere ilişkin yetkisini anılan hükme aykırı bulmayarak iptal istemini reddetmiştir. (7) Biraz önce “Anayasa Mahkemesi sayesinde de” demekten muradım zaten bu idi. Çünkü böylece ilk derece ve Bölge İdare Mahkemeleri kuruluş il-ilçe idare kurullarının yargısal işlev ve görevleri son bulduktan sonra da köy kanununun sözkonusu hükümleri yürürlüklerini sürdürmekte yargısal denetim bağışıklığı, Anayasanın özel olarak koruma altına aldığı bir alanda bile geçerliliğini yitirmeden yaşayabilmektedir.

Yargı güvencesinin ayrılmaz parçası “yöntem”e ilişkin sorunlardır. Dolayısıyla, “yargılama yöntemleri” “güvence”nin etkililiğini gerçekleştirebilmenin en önemli aracıdır. (8)

Yargılama yöntemlerini güvencenin gerçekleşme aracı olarak ele alırsak görürüz ki bunun etkisini gösterebilmesi için herşeyden önce “iki dereceli” bir sisteme gerek vardır. İki dereceli sistemde **“istinai önceden belli ve yargılama usulüne ilişkin yasal düzenlemelerde adli admca gösterilmiş şartlara bağlı olmadığından ikinci bir yargıcın, birincisinin yerine geçerek, aynı davayı bütün boyutlarıyla yeniden incelemesi ve kararı “teyid” ya da “reform” etmesi yani değiştirmesi** anlamını taşır (9) Buna karşılık, bilindiği gibi “temyiz”in hem belli yasal şartları vardır, hem de o aşamadaki inceleme uyuşmazlığın sadece “hukuksal” boyutuna ilişkin olabilir.

(7) Anayasa Mahkemesinin Köy Kanununun 33/A ve 41. maddelerine ilişkin kararları 23.12.1987 tarih ve 19673 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

(8) Nitekim Amerikan Anayasasında “Yargı”ya ilişkin pek az hüküm olup “hukuk Devleti”nden hiç söz edilmediği halde kısaca “Due process” olarak anılan ve “usul”e ilişkin ünlü 5. (değişiklik) ekini “Supreme Court/ Federal Yüksek Mahkeme” sadece ceza yargılaması değil tüm idari kararların alınmasında da geçerli bir “yöntem” şeklinde kabul edip uygulamakla çok ileri düzeyde bir **“güvenceler sistemi** yaratabilmiştir.

(9) İtalyan Anayasasının 111 inci maddesine göre yargıcın tüm kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunun mantıksal temeli de “istinai” aşamasında yapılacak inceleme ve varılacak sonucun daha “sağlıklı” olabilmesine ulaşma çabasında yatmaktadır.

Ülkemizde ve şimdi, sadece İdarî Yargının “sivil” alanında iki dereceliye benzer bir sistem uygulanmaktadır denebilir. (10) Buna karşılık adli Yargı ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ile Askerî (Ceza) Yargı(sı) düzenleri hep tek derecelidir (11) ve başlarında bulunan Yüksek Mahkemelerin de gerçek “temyiz mercii” işlevini yerine getirebilir getiremedikleri tartışmalıdır. (12)

Yargı güvencesine ilişkin konulara son vermeden önce vurgulamak istediğim ve “gizli bağımsızlık” olarak adlandırılabilir bir noktada da İdarî Yargıda denetim kapsamını sınırlayan “itiraz” usulünde görülmektedir. Nitekim tıpkı “Umuru Belediyeye Mütcellik Ahkâmı Cezaiye Hakkında Kanun”da olduğu gibi “Çevre” ve “Kıyı” Kanunlarında da öngörülmüş bulunan ve İdarî Yargı Usulü Kanununa 3622 sayılı yasa ile eklenen 3. maddede düzenlenen durumlarda çok kısa süreler öngörüldüğü gibi Mahkemenin evrak üzerinden inceleme yaparak en geç bir ay içinde kesin, yani temyizi mümkün olmayan karar vermesi istenmektedir. Bu konunun Anayasada yer

- (10) Gerçekte ilk derece artı temyiz gibi görünmekteyse de Danıştayın İdare ve Vergi mahkemelerinin kararlarını inceleme yetkisinin kapsamı ve hele İdarî Yargılama Usulü Kanunundaki “Kararın bozulması” kenarbaşlıklı 49. maddenin ilk şekli Yüksek Mahkemenin, Yargıtayın aksine, aynı zamanda bir “istinaf mercii” konumunda olduğunu söylemeyi hakkı kılmaktadır. Nitekim İtalyada da, Devlet Şurasının ilk derece mahkemesi olarak hiçbir görevi bulunmadığı halde oraya yapılan yargısal başvurular “applello” yani “istinaf” şeklinde değerlendirilmektedir. (Virga, *La Tutela Giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano-Giuffrè, 1982, p. 383.)
- (11) İtalyan Anayasa Mahkemesi “iki dereceli sistem”in ancak “istinaf” aşaması ile mümkün olabileceğine hükmetmiştir. Buna ilişkin kararların artık yerleşik bir “içtihat” haline gelmiş bulunduğu söylenebilir. Öte yandan iki dereceli yargının, İtalyada anayasal bir güvenceye bağlanmamış bulunduğu iddia edildiği gibi, Anayasanın 24. maddesindeki “(s)avunma hakkı davanın her aşama ve derecesinde kutsaldır” hükmünü içeren 2 nci fıkrayı yorumlayan Pizzorusso ve Liebman gibi bazı yazarlar, öğretide bunun aksini de ileri sürmüşlerdir. (Virga, a.g.e., s. 383) Ancak genelde ilk derece, istinaf ve temyiz gibi üç “aşama”yı da, teknik bakımdan yanlış ama sıkça kullanılan bir şekilde “derece” olarak düşünerssek, o zaman İtalyan Anayasasının yukarıda anılan hükmünden yola çıkarak Virga’dan ayrılmamız gerekecektir.
- (12) Burada sorunun benim tarafımdan değil özellikle Yargıtayca çok önemsenen ve vurgulanan bir husus olduğuna dikkat çekmek isterim. Danıştayın ise, İdarî Yargının özelliği nedeniyle değil de ilk derece görevleri yüzünden hiçbir zaman gerçek bir “temyiz mercii” işlevini layıkıyla yerine getirebilecek konum ve donanımına sahip kılınmamış bulunduğunu düşünüyorum. Bu nokta da Anayasa Mahkemesi önünde görüşülmekte bulunan bir davaya ilişkin olduğundan konunun tartışmasına girmek istemiyorum.

alan hangi ilke ve kurallarla çeliştiği, gerekçesinde ayrıntılı bir biçimde açıklanarak İstanbul İkinci İdare Mahkemesi tarafından verilen bir kararla Yüce Mahkemeye intikal ettirilmiştir. Konu halen inceleme aşamasında olduğundan bu hususta herhangi bir değerlendirme yapmadan sadece değinmekle yetiniyorum.

Özellikle bu çerçevede bir taraftan yargısal denetim bağımsızlığına sahip “alanlar” ve gerek Yasama gerekse Yürütme işlem ve kararlarının varlığı, öte yandan tek dereceli yargı ile işgücü altında boğulmuş bir temyiz kurumunun bulunması, **ülkemizde yargı güvencesini eksilten ya da etkisizleştiren bir ortam** yaratmaktadır. Bu yönüyle Türkiye'nin çağdaş, çoğulcu demokratik düzene sahip ve Anayasanın 2. maddesinde sayılan nitelikte yani bir “Hukuk Devleti” olduğu söylenemez. Eğer bu yargı çok zalim ise, biraz yumuşatarak, Birinci Ulusal İdare Hukuku Kongresinde sunmuş bulunduğum bildirinin başlığındaki gibi “Kendine Özgü (bir) Hukuk Devleti” de denebilir. Ama düzenimizin işlevsel yönden bu niteliğe evrensel boyutta sahip bulunduğunu iddia edebilmek için gerekli araçlarla donatılmış olduğunu söylemek kanımca mümkün değildir.

“Yargı, başka hiçbir organa bağımlı olmadan kendi kendini yönetebilmelidir, çünkü görevi yasaların Devletin diğer güçlerine de uygulanabilmesini sağlamaktır. Yürütme gücünden bağımsız olmayan Yargı ise aslında kurgu'dan başka birşey değildir.”

(ZANARDELLI Giuseppe, 1826–1903) (13)

Yargı güvencesinin “olmazsa olmaz” koşulu sayılması, öğretici ve içtihatlarda genel kabul görmüş bulunan “bağımsızlık” ülkemiz bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Zira, işlevsel yönden pek fazla “güvenceli olmayan bir Yargı” düzeninin hiç olmazsa organik açıdan bağımsız olup olmadığı, yine 1982 Anayasası ile kurulmuş sistemde en çok tartışılan konulardan biridir.

(13) İtalyan Devlet adamının bu sözleri kendisi Yüksek Hakimler Kurulunun Başkanı iken 25 Mart 1903 te yaptığı bir konuşmadan alınmıştır. Zanardelli'nin ülkemiz bakımından ilginç bir yanı onun Adalet Bakanı iken yapmış bulunduğu ve kendi adıyla anılan İtalyan Ceza Kanununun Türkçeye çevrilerek itibas edilen ve halen yürürlükteki yasamız olmasıdır. İşin daha da ilginç yanı, İtalyada Faşist yönetimin bunu değiştirerek **Rocco** (Alfred, 1875–1935) isimli bir Devlet adamının 1925–1932 yılları arasında Adalet Bakanı iken yapmış olduğu ve yine kendi adıyla anılan ve halen o ülkede yürürlükte olan Ceza Yasasını kabul etmiş bulunmasıdır. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu için “Faşist İtalyadan alınma” demek sembolik olarak doğru olsa bile siyaset bilimi açısından kronolojik tarihsel gerçeklere uygun değildir. Zira Zanardelli Faşizmden en az yirmi yıl önce ölmüştür.

“Bağımsızlık”, Yargı organı ve mensuplarının “Yasama”, “Yürütme” ile ülkemiz bakımından bir özellik taşıyan “Cumhurbaşkanı” karşısındaki durumları ve “kendi kendini yönetme”(14) sorunlarını içeren bir bütündür. Dolayısıyla “bağımsızlık” sorununu, sadece “sivil” Adli ve İdarî yarıya ilişkin olarak ele aldığımızda (15) karşımıza hemen “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu” çıkar. Buna bağlı olarak da, Kurulun oluşumu ve Adalet Bakanlığı ile ilişkileri, yetkileri, tek tek yargıçlar sözkonusu olduğunda da bunların gerek Kurul aracılığıyla, gerekse doğrudan doğruya Bakanlık karşısındaki durumlarını ele almak gerekir.

“Bağımsızlık” konusunda ve özellikle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna ilişkin olarak, **Adalet Bakanlığı ağırlıklı bir düzende** ayrı bir “sekreteryası” bile bulunmayan ve aslında Yargıtay-Danıştay gibi ağır yük altındaki Yüksek Mahkemelerde asıl görevleri devam eden kimselerden oluşan ve bir “yargılama kuruluşu” sayılmamasına rağmen kararlara karşı hiçbir yargısal başvuru yolu öngörülmemiş, daha doğrusu Anayasaya göre engellenmiş bir “kendi kendini yönetim”in bunu ne denli sağlayabileceği soru ve sorunları akla hemen gelenler arasındadır. Bu noktada, pek doğaldır ki, yine hemen 1961 Anayasası ve diğer ülkelerle karşılaştırmalar da yapılmaktadır. (16)

- (14) “Kendi kendini yönetme” “özerklik”ten farklı olarak İngilizce “self government” teriminin. İtalyada Yargı organı için benimsenen şeklidir.
- (15) Yargı bağımsızlığı denilince, ülkemiz bakımından her derece ve konumdaki, yüksek dahil, “sivil” mahkemeler olduğu gibi Anayasa Mahkemesi de akla gelmektedir. Ancak, ben, **Anayasa Mahkemesini** İtalyada olduğu gibi **tüm bir sistemin güvencesi olarak düşündüğüm**den, bu bildirim başlığında da onu ayırıp sadece Adli ve İdarî Yargı düzenleri ve özellikle ilk derece mahkemeleri açısından konuya değinmek istedim. Öte yandan “Askeri (Ceza) Yargı”sı tamamen kendine özgü bir düzen olduğundan, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin varlığı da, oldum olası, İdare Hukukçularınca en azından yadırgandığı için onları bu incelemenin dışında tutmayı yeğledim.
- (16) 1948 tarihli İtalyan Cumhuriyet Anayasası, Yargının etkili bir “dış” ve “iç” bağımsızlığının ancak “tamamen kendi kendini yönetim organı”yla yani biraz önce anılan “self government” ile mümkün olabileceği düşüncesinden hareketle, daha sonra bizim 1961 Anayasası için de büyük ölçüde esin kaynağı olan “Consiglio Superiore della Magistratura/Yüksek Hakimler Kurulu”nu öngörmüştür. (Onursal) Başkanı Cumhurbaşkanı olan bu Kurulun iki doğal üyesi bulunmaktadır. Bunlar Yüksek Temyiz Mahkemesinin Birinci Başkanı ile yine aynı kuruluşun Başsavcısıdır. Diğer üyelerin üçte biri Senato ve Milletvekilleri Meclisi tarafından müşterek oturumda, gizli oyla üniversitelerin hukuk bilimi kürsülerinin başkanı profesörlerle en az onbeş yıl fiilen çalışmış avukatlar arasından seçilmektedir. Seçilmiş bu üyelerin dört yıl

Bilindiği üzere 1961 Anayasası, “Yüksek Hakimler Kurulu” kenarbaşlıklı 143. maddesiyle Adalet Bakanını, oy hakkına sahip olmayan “gönüllü iştirakçi” gibi kabul edip yüksek yargıçlardan oluşan tüm üyelerin de orada buldukları sürece başka hiçbir işle uğraşamayacaklarını öngörmekle bu sorunlardan pekçoğunu bertaraf etmekteydi.

1982 Anayasasıyla getirilen düzene ilişkin eleştirilerden bir kısmı da teftiş işlerinin Adalet Bakanlığının yönetim ve gözetimi altında olmasıdır. Nitekim, Anayasanın “Hakimlerin denetimi” kenarbaşlığını taşıyan 144. maddesi hem bu konuyu düzenlemekte, hem de yapılan karşılaştırma ve bu husustaki eleştirileri haklı kılmaktadır. Öte yandan gerek bağımsızlık ile doğrudan ilişkili gerekse özlük işleri ve “denetim”in esaslı unsurlarından biri olan “coğrafi güvence” yok-

süre ile görevde kalmaları ve bu zaman zarfında mesleki faaliyette bulunamamaları esastır. Bu hususa o kadar önem verilmiştir ki, Kurula seçildikleri anda milletvekili ya da senatör veya özerk Bölge idarelerinin yasama meclislerinde görevli işler dört yıl süre ile bu statülerinden de ayrılmaları zorunluluğu vardır. Bununla beraber upki **Yasama meclislerinin üyeleri gibi görevlerine ilişkin konular da dokunulmazlığa** sahip bulunmakta, ödenek ve tazminat gibi yasanın öngördüğü haklardan yararlanmaktadırlar. Ayrıca bunlar arasında üstün yetenek ve liyakatları nedeniyle yargıç olarak da atanabilecekler bulunsa bile, Kurul üyesi olmaları nedeniyle bu mümkün değildir. Öte yandan dört yıllık süre sonunda, aradan bir seçim dönemi geçmeden de görevlerinin uzatılabilmesi sözkonusu değildir. Kurul 21 seçilmiş üye den oluştuğu için , geri kalan 14 üye de 6 sı Yüksek Temyiz Mahkemesi, 4’ü istinaf mahkemeleri, 4’ü de bidayet mahkemelerinden olmak üzere her kategori yargıcın kendisi tarafından genel ve gizli oyla seçilmektedir. Bakanlıkta idari görevi bulunan yargıçlar aday olmadıkları gibi, seçilmişler de hiçbir zaman Yargı organı içinde idari görevlere getirilememektedir. Buna karşılık yargıçlık statüleri sürmekte, işbölümüne göre sürekliliği gerektiren konularla yükümlü üyeler “detaché” olmakta yani Kurul kararı ile “görevlerinden geçici olarak ayrılmış” sayılmaktadırlar.

İtalyan Anayasası “Yüksek Hakimler Kurulu”nun kendi özyönetimi bakımından tamamen bağımsız olmasını öngörmüştür. Bu bakımdan, değil “sekreteryaya” Kurulunun tek faslîlik bir “Katma bütçe”ye sahip olması ve bunun idaresini yine kendisinin yapacağı bir yöneticiliğe göre yürütmesi esastır. Kurul böylece, sanki bir tüzel kişilik imişesine, “mali özerklik”ten de yararlanmaktadır. Bütçesine göre yaptığı ödemeler sadece “Divan Muhasebat”ın denetimine tabidir.

Kurul, Yasama organı tarafından belirlenmiş olanlar arasından bir Başkanvekili seçmekte, bu kişi de Yüksek Temyiz Mahkemesi Başkanı ve Başsavcısı, yani yasal iki üyeye birlikte “Başkanlık Komitesi”ni oluşturmaktadır. Çünkü Cumhurbaşkanını sadece onursal sıfatla Kurulu temsil etmekte, olağan idare ise bu “Başkanlık Komitesi” tarafından yürütülmektedir.

luğu Türkiye deki düzenin hiç de iç açıcı olmadığının en belirgin kanıtıdır. (17)

Özetle vurgulamak gerekirse, **öğretinin büyük bir bölümü, barolar ve Birlik gibi meslek kuruluşları ile Yargının kendisi ve özellikle Yüksek Mahkemelerin mensupları, ülkemizde göstermelikten öte bir “bağımsızlık”tan söz etmenin mümkün olmadığı görüşünde birleşmektedirler.** (18).

Burada vardığım ya da genel olarak görüş birliği sağlayan “yargı”nın sağlığına ilişkin bir başka argüman da 1961 ve 1982 Anayasalarının Kurul konusundaki düzenlemelerinin bir başka yönündeki farklılıktır. Bilindiği üzere 1961 Anayasası “İptal davası” kenarbaşlığını taşıyan 149. maddesinde **Yüksek Hakimler Kurulunun kendi varlık ve görevini ilgilendiren konularda Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini öngörmekteydi.** (19) Buna karşılık 1982 Anayasası bu hükmü kaldırmıştır.

Konuyu yine İtalya ile bir karşılaştırma yaparak bitirecek olursak Kurulun bizde 1961 Anayasasında bile bulunmayan başka bir yetkiyle daha donatılmış olduğunu görürüz. Kurul adalet hizmetlerinin örgütlenme ve işleyişi ile ilgili tekliflerde bulunabileceği gibi yargı düzeni ve idaresi konularındaki kanun tasarı ve teklifleri hakkında

-
- (17) Bağımsızlığın olmazsa olmaz koşullarından biri de “coğrafi güvence”dir. Bu konuda 1961 Anayasası da açık bir hüküm içermiyordu. Buna karşılık İtalyan Anayasası Yargının örgütlenmesi konusunu bütünüyle “Yüksek Hakimler Kurulu”na bıraktığı gibi 107. maddesinin başında yargıların yerlerinin değiştirilemeyeceğini öngörmektedir. Aynı madde kendi istekleri dışında, disiplin nedeniyle, yasal sebeplere dayalı ve usuller izlenerek yapılacak değişikliklerde ise yetkinin yine tamamen Kurula ait olduğunu vurgulamaktadır.
- (18) 1982 Anayasasına göre Kurul üyelerinin tümünün, bazı kuruluşlar tarafından üçer aday gösterilmesi gibi şekli bir usül bulunsa da, Yürütmenin en üst kademesinde bulunan Cumhurbaşkanı tarafından atanıyor olması eleştirilerin dayanaksız sayılamayacağını en güçlü kanıtlardan biridir. Dolayısıyla **Kurulun** en azından **Yürütme karşısında gerekli ölçüde bağımsızlıkla donatılmamış bulunduğu** kuşkusuzdur. Hele Cumhurbaşkanı'nın 1982 Anayasasına göre “parlamentar rejimi aşan” bazı yetkilere sahip bulunduğu bir düzende bu noktanın çok önemsenmesi gerekir.
- (19) Hatırlanacağı üzere, Anayasa Mahkemesinde sunduğum bir bildiri (Geçmiş ve Geleceği ile İtalyan Anayasa Mahkemesi, Ankara, Nisan 1989) ünlü “Milano Grubu”nun 1961 Anayasamızdaki bu hükmün İtalyan Anayasasında yapılacak bir değişiklikle örnek alınması gerektiği görüşünde olduğuna işaret etmiştim.

görüş açıklayabilmekte, ayrıca Parlamenteoya yargı ve adalet hizmetlerinin durumuna ilişkin raporlar da sunabilmektedir. (20)

Kurul kararlarının yürütülebilir nitelikte işlemlere dönüştürülmesi gerektiğinde de, bunlar, konularına göre, Cumhurbaşkanlığı veya Adalet Bakanlığı kararnamesi olarak yayımlanmaktadır. (21)

Şimdiye kadar açıklamaya çalıştığım çerçevede **“Anayasa Mahkemesi”nin yeri** neresidir diye sorulacak bir soruya verilecek en doğru cevap **“Yargı Bağımsızlığı ve Güvencesi”nin “güvencesi”** olabilir. Nitekim, daha önce de vurguladığım gibi, kanımca İtalyan Anayasasında çizilen model bu gerçeği çok güzel yansıtmaktadır. O Anayasada lütün hak ve özgürlüklerle Devletin ana yapısı belirlendikten ve “Yargı”ya ilişkin tüm düzenlemelerin ilkeleri konulduktan sonra, “Mahkeme” “Anayasal Güvenceler” bölüm ve bağıtlığı altında yer almaktadır. Zaten, sırf bu nedendir ki, Anayasa Mahkemesinin sadece “Yasama”-“Yürütme” ve “Yargı”dan bağımsız olması değil, bu kuruluşun oluşumuna adı geçen her üç organın da eşit oranda katkıda bulunması istenmiş ve öngörülmüştür. Böylece 15 üyeli Anayasa Mahkemesinin üçte biri Parlamento, üçte biri “Yürütme”yi temsilen Cumhurbaşkanı ve üçte biri de “Yargı” organı tarafından seçilmektedir. (22)

İki Anayasamız arasındaki diğer temel fark 1961 e göre Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay gibi “Yargı” kuruluşları ile “Yasama”nın kendi kontenjanlarına ayrılan üyeliklere doğrudan seçim yapabilmeleri, Cumhurbaşkanının da biri Askeri Yargıtaydan gösterilen aday ol-

-
- (20) Senatonun 29 Ocak 1969 tarihinde almış bulunduğu bir “temenni” kararıyla bu raporların yıllık olması arzu edilmiştir. Ancak Kurul 1985 e kadar 1970, 1971, 1976 ve 1980 de olmak üzere sadece dört kere sözkonusu raporu sunmuştur.
- (21) Bunların salt “idarî” karar ve işlemler oldukları bu nedenle de yargısal denetime tabi buldukları ilgili yasada öngörüldüğü gibi, İtalyan Anayasa Mahkemesinin 1960 yılında verdiği 44 sayılı kararda da vurgulanmıştır. Kurulun Disiplin işlerine ilişkin Dairesinin verdiği kararlara karşı da Yüksek Temyiz Mahkemesi Daireler Kurulu önünde itiraz mümkündür.
- (22) 1961 Anayasası “Mahkeme”yi sona koymakla biraz bu modelden esinlenmiş izlenimi uyandırmaktaydı. 1982 Anayasası ise kuruluşu hem konum olarak “Yargı”nın ortasına almış, hem de “Yüksek Mahkemeler” kenarbaşıtlığı altına yerleştirmekle, teknik bakımdan doğru olmayan bir terim karışıklığı yaratmıştır. Çünkü bir yargı yerine sıfat olarak “Yüksek” diyebilmek için onun altında ilk derece mahkemelerinin bulunması gerekir. Anayasa Mahkemesi ise “idea” olarak zaten “yüksek”tir ve bunun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Öye yandan Yargıtay ya da Danıştay gibi ilk derece mahkemelerinin başında olmadığı için de teknik anlamı ile bir temyiz mercii yani yüksek” Mahkeme değildir.

mak üzere iki kişiyi seçmesi, 1982 ye göre ise yukarıda anılan tüm kamusal kuruluşların ancak aday gösterebilme olanağına sahip bulunmasıdır. (23) **Bu adaylar arasından yapılan bütün "seçim-atama"lar konusunda yetki Cumhurbaşkanındadır.** (24)

Kuramsal olarak "Yüce Divan" sıfatıyla kendisini de yargılayabilecek **Anayasa Mahkemesinin tüm üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması**, hele 1982 düzenine göre donatılmış bulunduğu yetkilerle adeta başlıbaşına bir "erk" haline getirilmiş olduğu da gözönünde bulundurulursa, **hiç de demokratik değildir.** (25)

Bu düzenleme karşısında rahatlıkla söylenebilecek olan, Anayasa Mahkemesinin, "Yasama" karşısında göreceli bir "bağımsızlık"tan yararlandığı Cumhurbaşkanı ile karşılıklı ilişkiler bakımından ise. "bağlı" denilemese bile hiç de "rahat" bir konumda olmadığıdır (26). Özetleyecek olursak bizde **Anayasa Mahkemesi, organik bakımdan ve kuramsal oluşumu ile "yargı güvencesinin güvencesi" olarak düşünülmemiştir.**

Mahkemenin işleyişi yönünden ise, bir kısmı Anayasa Yargısının doğası gereği, bir kısmı da ülkemizin özel şartları nedeniyle karşı-

-
- (23) Görüldüğü gibi 1982 Anayasası gerek "Yargı" gerekse "Yasama"yı Cumhurbaşkanı'nın "vesayet"i altında kabul etmektedir. Bunun gibi Yükseköğretim Kurulunu da yine sadece aday gösterebilmek bakımından yetkili kabul etmiştir.
- (24) Bu konudaki eleştirilere cevap olarak Amerikada Federal Yüksek Mahkeme yargıçlarını atama yetkisinin Başkanda olduğu ileri sürülmektedir. Halbuki durum tamamen tersidir. Orada Başkan aday gösterebilmekte atama Senato Adalet Komisyonunun onayı ile olmaktadır. Yani bir "vesayet" sözkonusu ise bu Senato lehine ve Başkana karşı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Senatununun da her federe Devletin eşit sayıdaki temsilcisinden oluştuğu düşünülürse konunun ne kadar nesnel bir çözüme bağlanmış olduğu görülür. Ayrıca Yüksek Mahkemeye son yapılan atamada Başkan tarafından gösterilen ilk üç adayın reddedilip ancak dördüncüsünün kabul gördüğü de unutulmamalıdır.
- (25) Bu çözüm mazur görülemezse de anlaşılabilir. Çünkü 1982 Anayasasının buradan "ebediyete kadar" öngördüğü Cumhurbaşkanının hangi kökenden geleceğinin umut edildiği herkes tarafından bilinmektedir. Dolayısıyla "Yürütme"nin de doğal başı olan Cumhurbaşkanı karşısında "Yasama" ve "Yargı"nın "vesayet"i altında bulunmasından daha tutarlı bir çözüm o "sistem" ve düzen için düşünülemezdi.
- (26) Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme yargıçlarının ömür boyu görevde kalabildikleri de unutulmamalıdır. Bizde zaten ancak belli bir yaşta bu onura erişen bir kimsenin kısa süre sonra, hiç de "müreffeh" olmayan koşullarla emekliye ayrıldığı düşünülürse "rahat" ya da "rahatsız" konum gibi değerlendirmeler mazur görülebilir.

laştığı güçlükler de vardır. İptal kararlarının geriye yürür etki yapamamaları, buna karşılık Mahkemenin yürütmenin durdurulması kararında verememesi işleyişi gerçekten de olumsuz yönde etkileyen faktörlerdir. (27)

Anayasanın “Meclis kararları” konusunu da yargısal denetim dışında tutmaya büyük bir özen” gösterdiği bilinmektedir. Hal böy-

(27) Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının “geriye yürür” etki yapamaması, denetim konusu “işlem”in maddi niteliğine doğrudan doğruya bağlıdır. Zira İdari Yargıda da, Mahkemelerin genel düzenleyici “kural işlem”ler hakkında verdikleri iptal kararlarının “geriye yürür biçimde” uygulanabilmeleri sözkonusu değildir. İptal edilmeye kadar geçen sürede o düzenlemeye dayanarak yapılmış bulunan bütün “birli-koşul” ya da “durum” ve “özel” işlemler yasal olduklarından Mahkeme kararının etkisi ancak ondan sonra bu “Kural”lara dayalı herhangi bir uygulama yapılamaması olarak görülür. Anayasa Mahkemesi önünde iptal davasına konu yapılabilecek “Yasama işlemleri” de genel olarak “kanun” ve “içtüzük” gibi doğası gereği genel düzenleyici nitelik taşıdıklarından bunlara ilişkin kararların geriye yürütülebilmesi mümkün değildir. Çoğunlukla örnek olarak verilen, idam cezalarının Meclis tarafından onanması ya da bir siyasal partinin mallarının “müsaderce” edilmesi gibi olaylarda ise “Yasama”, kanun adı altında gerçek niteliği “birli-koşul” ya da “durum işlem” olan kararlar almaktadır. Dolayısıyla bunlar hakkında verilmiş bulunan iptal kararlarının etkilerinin geriye yürütmesinden daha doğal birşey olamaz.

Mahkemenin Yürütmenin durdurulması kararı verememesine gelince Anayasamız bunu sadece İdari Yargı için öngörmüş ve düzenlemiştir. Paralel düzenleme de İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almaktadır. Buna karşılık ne Anayasa ne de Mahkemenin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen kanun yürütmenin durdurulmasını öngörmemektedirler. İtalyada da durum aynıdır. Öte yandan iptal kararlarının gerekçeli olarak Resmî Gazetede yayımlandıktan sonra yürürlüğe gireceğine ilişkin hükümlerle bazılarının yürürlüğe girişinin bile ertelenebilmesi hep bu konuda Anayasa koyucu ve “Yasama”nın açık iradesinin **yürütmenin durdurulmaması** yönünde olduğunu kanıtlamaktadır. Bu kurumun Mahkeme tarafından “içtihat” yoluyla yaratılabileceği tezinin en zayıf noktası ise Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi örneğidir. Zira, bazılarınca esprili bir ifadeyle “Judge made” yani “yargıç usulü” hukuk olarak nitelenen o düzenin özelliği, birçok konuda yasal düzenlemelerin bulunmaması ve çözümlerin mahkemelerce verilen yerleşik kararlar, başka bir deyişle “içtihat”lara göre yapılmasıdır. “Supreme Court”ın hem Anayasa Mahkemesi, hem Adli Yargının Yüksek Temyiz Mahkemesi, hem de İdari Yargı başındaki Fransız Conseil d’Etat’ı konumunda olduğu bir düzende, hele yargılama usulü ve araçlarını belirlemede sınırsız bir takdir yetkisinin de bulunduğu gözönünde tutulursa, adli ve İdari Yargı içindeki ilk derece mahkemelerinin yararlandıkları “injunction” yani “yargısal buyruk” olanağından kendisini mahrum etmesi düşünülemez. Özetle Mahkememizin böyle bir olanaktan yararlanabilmesi için Anayasa ve yargılama usulü kanununun buna göre değiştirilmesi zorunludur. Aksi ise Türkçeye “nasıl olması gerekiyorsa öyle düşünmek” şeklinde çevrilebilecek bir “wishful thinking”den başka birşey değildir.

le olunca, istenen “nakıs” bir denetim yetkisidir. İtiraz yoluyla Mahkeme önüne getirilebilecek konulardaki “içtihat”ı da on yıl süre ile donduran bir sistemde Anayasa Koyucunun gerçek iradesinin bu yönde olmadığını ileri sürebilmek için de geçerli hiçbir kanıt bulunmaz. (28) Öyle anlaşılıyor ki, dinsel alanda görülen “içtihadın dondurulması” ya da “durdurulması” bizim Anayasa koyucularımıza da esin kaynağı olmuştur.

Yargı güvencesi, bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi eğer “Hukuk Devleti”nin temel unsurları ise ülkemizde acaba nasıl bir düzen vardır? Bunun cevabı, kanımca, geçen yıl Birinci Ulusal İdare Hukuku Kongresine sunmuş bulunduğum bildirinin başlığı ile özetlenebilir: “Kendine Özgü (bir) Hukuk Devleti”. Demokrasi, lâiklik ve Devletin “sosyal” niteliklerindeki “kendine özgü”lükte olduğu gibi.

(28) Türk hukuk düzeninin “içtihatların birleştirilmesi” gibi “değiştirilmesi”ni de görmüş bulunması, üstelik Amerikadan alınarak “ayrışık oy” müessesesini de kabul etmesi karşısında bu tür “engel”lerin mantığını anlayabilmek zordur.