

HSYK Bürokratik Oligarşi Kurumu Gibi

Anayasa değişikliği paketinin Meclis'te kabulü ile başlayan süreçte önce Anayasa Mahkemesi'nin paketteki bazı bölümleri iptal etmesi ve ardından başlayan referandum çalışmaları gündemde önemli bir yer tutuyor. Bu gelişmeler ışığında Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu ile HSYK'nın yapısını, meşruiyetini ve Anayasa Mahkemesi'nin kısmi iptal kararını konuştuk.



SD: Referandumla ilgili halkın zihni çok karışık. 12 Eylülde halk neyin seçimini yapacak?

FENDOĞLU: Haklısınız. Bu konudaki yaklaşımları ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi politik yaklaşım, ikincisi ise bilimsel yaklaşımdır. Politik yaklaşım, bazı siyasal oluşumlardan gelmektedir. Bunlar, yaklaşan seçim nedeniyle oy oranlarını artırmak, kredilerini artırmak ve artı puan almak için referandumu fırsat bilmektedirler.

Bazı politik oluşumlar ise, referandumu Hükümete evet veya hayır demek şeklinde anlıyorlar. Ben şahsen referandumun seçim olmadığını ve demokrasi ile bağlantılı olduğunu düşünüyorum. Bana göre referandum, Türkiye'nin insan hakları ve demokrasi açığını tamamlamaya yönelik bir girişimdir. Umut ederim ki ilerisi gelir, demokrasi açığımızı giderek kapatırız.

SD: Anayasa değişiklikleri büyük tartışmaları da beraberinde getirdi. Anayasa değişiklikleri nasıl olmalı? Nasıl bir mutabakat sağlanmalı?

FENDOĞLU: Anayasa değişiklikleri her zaman tartışmalı olur, herkes her konuda aynı düşünmez; bu insanlığın fitratına da aykırıdır. Ancak tartışmaların bir bölümü samimiyetten yoksun. İşi politikaya çekmek, Hükümet meselesi yapmak, özgürlükler üzerinde oy devşirmek istiyorlar. Halkın buna inanması zor. Örneğin Temmuz 2010 ortalarında Diyarbakır'da yapılan anketlerde halkın yüzde 55 oranında referanduma "evet" dediği görülmektedir. Anayasa değişiklikleri bilindiği gibi TBMM'de 330-367 aralığında kabul edildiği için referanduma sunulmak zorunda. Kuşkusuz ki, ideal olan yaklaşım, mutabakatla Anayasayı değiştirmektir. Ama bu her zaman mümkün olmaz. Tüm çağdaş ülkelerde de, çoğunluk kararıyla Anayasalar değiştirilmektedir.

SD: Anayasa değişikliği paketinde HSYK'ya ilişkin değişiklikleri nasıl değerlendiriyorsunuz?

FENDOĞLU: Mevcut HSYK yargı vesayetinin organlarından biridir. Yargıtay'dan 3, Danıştay'dan 2 üye ile Müsteşar ve Bakandan oluşan sığ, kapalı, gizemli bir bürokratik oluşumdur. Gizemlidir çünkü aldıkları kararlara karşı yargı yolu kapalı, müzakereler gizli, kararların gerekçelerinden toplum habersiz. Klasik bir bürokratik oligarşi kurumu gibi duruyor. Sayısı 12 bin civarında olan Hakim ve savcılarının hiçbir söz hakkı ve temsilcileri yok. Yargıtay ve Danıştay üyelerini HSYK tayin eder. Adalet Bakanının bir hakim veya savcı üzerinde uyarma cezası verme yetkisi bile yok. Böylece dar bir kadro ile "al gülüm, ver gülüm" sistemi. HSYK'luların siyasetle ilgilenme yetkileri yok ama siyasi demec verdikleri de görülüyor. Bazen Başbakanla polemige giriyorlar. Mevcut HSYK böyle. Referanduma sunulan Anayasa değişikliğe ile bu bürokratik, jüristokratik, aristokratik yapıya son veriliyor. Öncelikle üye sayısı 21 asıl 10 yedek üyeye çıkıyor. Üyelik 4 yıllı sınırlı. Bir Genel Kurul

ayrıca üç yeni daire kuruluyor. Oluşumda, artık 4 adet üniversite profesörü, yüksek yargı mensupları yanında adli ve idari yargı hakimlerinin kendi aralarından seçecekleri 10 hakim HSYK'a seçilecek. Bütün bunlar devrim niteliğinde kararlardır. Kurulun ihraç kararlarına karşı yargı yolu getiriliyor. Kurulun ayrı bütçesi, ayrı sekreteryası, ayrı binası olacak. Halen Adalet bakanlığına ait olan hakim ve savcılarının denetlenmesi tamamen Kurula devrediliyor. Kurulun başkanı bakandır. Yargısal faaliyetlerin dışındaki icra, noter vs denetimi adalet bakanlığına bağlıdır. Müfettişlerin bir bölümü Kurula kalanları da Bakanlığa verilecektir. Kısaca vesayet rejiminden gerçek demokrasiye geçişte önemli bir değişiklik olduğu görülmektedir.

SD: HSYK'nın üye yapısının değiştirilmesi yargı bağımsızlığını ne derece etkiler?

FENDOĞLU: Yukarıda belirtildiği gibi, mevcut durum yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yetmemektedir. Değişikle çağdaş demokrasinin gerekleri yerine getirilmektedir. Hukusal meşruiyeti bulunan HSYK'nın demokratik meşruiyeti yoktu. Şimdi demokratik meşruiyet getirilmektedir. Yani halka dayalı, hakimlere dayalı, çoğulcu, demokratik bir sistem kurulmaktadır. Böylece, "kızı oğlan, oğlanı kız yapmak" dışındaki her şeye kadir gibi gözüken HSYK demokratik bir kisveye bürünecektir. Demoklesin kılıcı olmak yerine kısmen de olsa yargı denetimine tabi hale gelecektir.

SD: Size göre Anayasa değişikliği paketinde HSYK'ya ilişkin yapılan değişiklikler yürütmenin etkisini artırır mı?

FENDOĞLU: Mevcut durumda Müsteşar katılmadığı zaman HSYK toplanamamaktadır. Adalet Bakanı kurulan 3 yeni dairede etkili değildir. Ayrı bütçe, ayrı sekreteryaya, ayrı bina verilmektedir. Bununla ideal olan gerçekleştirilmiş olmuyor. Örneğin Adalet bakanlığındaki hakim oligarşisi halen devam etmektedir, avukatın veya noterin adı yoktur, halen Adalet Bakanlığı gibi değil de, Hakim Bakanlığı gibi durmaktadır. Ama yapılanları küçük görmemek gerekir, zamanla diğer demokratik gelişmeleri umut edilmelidir. Mevcut HSYK da 7'nin 2'si Hükümet tarafından kabul edilebilir ama değişiklikle 21'in 2'si hükümet yanlısı gibi durmaktadır.



SD: HSYK'nda bakan ve müsteşarın olması gerekiyor mu?

FENDOĞLU: Bakan, Hükümetle ilişkileri düzenlemek, yapılacak kanun çalışmalarını koordine etmek, yargı ile yürütme arasında moderatör işlevi görmek açısından gereklidir. Müsteşar adalet bürokrasisinin başı olması nedeniyle, Kurul ile yargı bürokrasisi arasındaki ilişkiler arasında eşgüdümü sağlamak üzere gereklidir.

SD: HSYK üzerinden kimler siyaset yapıyor?

FENDOĞLU: Vesayet rejimini devam ettirmek isteyenler HSYK üzerinden demokratik değişime karşı direnmektedirler. Fotokopi veya DVD üzerinden taşradaki tutukluları tahliye edenler, 12 000 hakim/savcı üzerinde yargı yolu kapalı ve kapalı yönetim tarzını sürdürmek isteyenler HSYK'daki değişime karşı çıkıyorlar.

SD: 1982 Anayasasının geç15. Maddesi kaldırıldığında 12 Eylül darbecileri yargılanabilecek mi? Zaman aşımı sözkonusu olur mu? Yargılama sadece üst düzey komutanlarla mı sınırlı kalır?

FENDOĞLU: 1982 Anayasasının geçici 15. Maddesi kaldırıldığında darbeciler yargılanabilir. Hukuka aykırı işlem yapanlar yargı karşısına çıkarılabilir. Çünkü yargısal engel yeni kaldırılmaktadır ve zaman aşımı süresi referandumdan sonra başlayacaktır. Yani hukuki bir engel burada söz konusudur. Kişinin ihmali, hatası, özensizliği değil de burada Anayasal bir engel söz konusudur. Zamanaşımı kavramının ratio legisi de böyledir. Bu konuda şayet bir tıkanma yaşanırsa yasa değişikliği pekâlâ yapılabilir.

SD: Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kısımlarıyla ilgili görüşleriniz nelerdir. Değişiklikler paketi nasıl etkiler?

FENDOĞLU: Anayasa değişikliği için yapılan metin yaklaşık 3600 kelime iken iptal edilen kelime 16'dır. Yani pek de esasa etki eden bir değişim yoktur. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin bu kısmi iptal kararının 3 önemli sonucu vardır. Birincisi Anayasanın 148'inci maddesine göre, mahkeme, anayasa değişikliklerinin sadece şekil ihlallerine bakar. Anayasa bunları da tek tek saymıştır; en az 184 milletvekilinin teklifi var mıdır? Kabulde en az 330 milletvekilinin kabul oyu var mı? İki ayrı görüşmenin arasında 2 tam gün var mı? Sadece bu üç açıdan anayasa mahkemesi şekil incelemesi yapabilir. Ama Anayasa Mahkemesi böyle yapmadı, 4'üncü madde delaletiyle 2'nci maddeye dayanarak esas incelemesi yaptı ve esasa girdi. Bu kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi'nin ikinci ihlali anayasanın 153'üncü maddesine göre iptal kararları gerekçesi olmadan açıklanamaz hükmüdür. Ama Anayasa Mahkemesi gerekçesini belirtmeden iptal ettiğini açıkladı. Üçüncü olarak Anayasa Mahkemesi yapılabilecek bir sivil anayasayı iptal edebileceğini gösterdi. Anayasa Mahkemesi bu üç açıdan mesaj verdi. Yaptığı 16 kelimelik değişiklik Yargıtay ve diğer yüksek Mahkemelerden seçilecek kişilerin seçimiyle ilgili. Örneğin Yargıtay'da 250 üye var. Bunun salt çoğunluğu 125 kişi. 126 oyla bir seçim yapılacak. Anayasa Mahkemesi'ne seçilecek tüm üyeleri bu 126 kişi seçecek ve böylece 124 üyenin oyu işe yaramayacak. Anayasa Mahkemesi çoğulcu değil çoğunlukçu davranmıştır. Yani iptal, antidemokratik sonuçlar verecektir. Seçilecek üyenin kimliği açısından Yargıtay ve Danıştay'dan gelecek üyeler böylece değişebilecektir.

SD:Size göre Anayasa değişikliği paketinde HSYK'ya ilişkin yapılan değişiklikler yürütmenin etkisini artırır mı?

FENDOĞLU: Yukarıda da belirtildiği gibi, AYM verdiği iptal kararı ile Yasamanın yetkilerine müdahale etmiş, yetki gaspında bulunmuştur.

SD: Yargı organı aynı zamanda yasama organı olarak da çalışabilir mi?

FENDOĞLU: Burada Anayasa Mahkemesi, esasa girerek yasamanın yetkisini de kendi üzerine almış ve böylece fonksiyon gasbında bulunmuştur. Bu durum Montesquieu'dan beri kabul edilen güçler ayrılığına aykırıdır. Jüristokrasi dediğimiz de aslında budur. Yani yargı, yasama ve yürütmeyi etkin bir şekilde denetlerse, yargı diğer güçlere karşı yetki gasbında bulunursa o ülkede hakimler devleti olur, yargının vesayeti olur.

SD: Anayasa değişiklik teklifini, AKP dışında bir parti yapsaydı tartışmalar yine bu yönde mi olurdu?

FENDOĞLU: Bu yönde olmazdı. Büyük bir özgürlük, değişim ve demokrasi hareketi olarak lanse edilirdi.

SD: Anayasa değişikliği paketi Türkiye'ye ne getirecek?

FENDOğLU: Paket yargının vesayetini azaltacak, hakim ve savcılar daha özgür olacak, daha özgür karar verecek, anayasal şikayet yoluyla AİHM'e gitmezden önce halk Anayasa Mahkemesi'ne başvuracak, vulnerable groups dediğimiz hassas gruplar (kadın, çocuk, engelli vs) daha çok haklar alacak, memura grev ve lokavt hakkı gelecek, ombudsmanlık kurulacak, siviller askeri mahkemede yargılanmayacak yani özgürlükler alanında genişleme olacaktır.

SD: Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı kitabınızı da özetle anlatır mısınız?

FENDOğLU: "Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı" isimli çalışmam, uzun bir çabanın ürünü. Tam adı: "Türk Anayasa Hukukunda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı (Dünü-Bugünü)" dür. Öncelikle doçentlik tezi olarak hazırlamıştım. Daha sonra geliştirdim ve Ankara Yetkin Yayınlarından bir ay kadar önce çıktı. Bu kitabın özelliği sadece referandumla ilgili HSYK ve Anayasa Mahkemesi'nden söz etmek değildir. Konunun dünü de anlatılmıştır, gerçek kaynaklardan yararlanarak. Yargının bugünü anlatılırken çağdaş demokratik ülkelerden örnekler verilmiştir. Bu örnekler tablolaştırılmış ve kitabın sonuna tablolar konulmuştur. Kitapta AİHM konusunda da geniş analizler tablolaştırılmıştır. Bunun nedeni Türkiye'den nihai olarak verilen, daha sonra AİHM'e (Strasbourg'a) giden dosyaların kritik edilerek 2 yıl içerisinde yapılabilecek Türkiye'deki Yargı Reformu konusunu değerlendirebilmektir. Böylece bu çalışmada yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı dünü, bugünü ve yarını ile ele alınmaya çalışılmış ve zamanın bütünlüğü içerisinde analiz edilmeye çalışılmıştır. Önemli ve sabırla ele alınmış bir çalışma olduğunu düşünüyorum.

Hasan Tahsin Fendoğlu Kimdir?

Lisansını İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde; Yüksek Lisansını Ankara ve Marmara Üniversitelerinde bitirdi. **Temel hak ve özgürlüklere** ilişkin olarak yazdığı doktora tezini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlayarak "**Kamu Hukuku Doktoru (Ph. D.)**" oldu (30 Eylül 1992). **Yargı bağımsızlığına** ilişkin olarak bitirdiği tezi ve diğer çalışmaları dikkate alınarak Doçent (3 Ekim 1995); **Türk-Amerika Hukuki İlişkileri** alanında yazdığı tezi ve diğer çalışmaları değerlendirilerek **Hukuk Profesörü** oldu (7 Nisan 2004). Yayımlanmış 15 hukuk kitabı, yurt içinde ve yurt dışındaki bilimsel toplantılarda sunduğu iki değişik dilde 100'den çok hukuka ve insan haklarına ilişkin bildiri ve makaleleri bulunmaktadır.

Röportaj: Yasemin Küçer