

TÜRK YARGISI NEDEN “BİR DÜNYA MARKASI” DEĞİLDİR?

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU1

Bir devletin üç ögesinden biri yargıdır. Yargılama faaliyeti bir ülke için erkler ayrılığından biri olmaktan öte, yasama ve yürütme ile de oldukça bağlantılıdır. Bunun ötesinde ülkenin güçlü ekonomisi de güçlü yargıdan geçmektedir. Önemli ve sansasyonel bir yargı kararından sonra, İMKB dalgalanabilmekte ve belirtildiğine göre bir puanlık faiz artışı 80 milyar dolar zarara neden olabilmekte, hazineye 2,5 milyar TL yük getirebilmektedir.

Kuşkusuz ki, şu haliyle Türk yargısı bir dünya markası değildir. Türk yargısının bir dünya markası olamamasının birtakım nedenleri sayılabilir. Bunlar da bireysel ve kamusal diye ikiye ayrılabilir;

Bireysel nedenler çok kısaca şöyle belirtilebilir; Herkes günün birinde **yargıya ihtiyacının** olabileceğine inanmalıdır. Hukuk alanında **zihinsel bir değişime** gereksinim vardır. Hukuk, **ideolojik misyoner yargıçlığa** kurban edilmemelidir. Bu yazıda kamusal nedenler üzerinde durulacaktır.

Kamusal nedenler konusunda **beş nokta** sayılabilir; (i) Yargının, yasamaya, yürütmeye, yargıya, medyaya ve çevreye karşı bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruması, ayrıca güvenilir ve hesap verebilir olması, (ii) Sivil ve özgür bir anayasa ihtiyacının sürmekte oluşu, (iii) Yargının iç politika malzemesi yapılmaması, (iv) Anayasa Mahkemesinin evrensel hukukla yarışması ve (v) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) bir marka olmasıdır. Bu beş sebep üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

1. Yargı: Yasamaya, Yürütmeye, Yargıya, Medyaya ve Çevreye Karşı Bağımsızlığını ve Tarafsızlığını Korumalı, Ayrıca Güvenilir ve Hesap Verebilir Olmalıdır: Devletin yargı alanındaki görev ve yetkisi, her tür etkiden uzak olmalıdır. Bu anlamda yürütmenin yargıya ima, telkin ve tavsiyesi suçtur (1982 ANY., 138). Yürütme, hukukun genel prensipleri ve kamu yararı ile sınırlıdır. Hukukun dününde de bugününde de, taraflardan biri ile yargıç aynı şahıs olamaz. Bağımsızlığını ve tarafsızlığını kaybeden bir yargıcın görevinden ayrılması gerekir. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı için yargı içerisinde kast ayrımı olmamalıdır. Totaliter veya oligarşik eğilim veya jüristokrasi de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile uyuşmamaktadır. Keza yargıç devleti kavramı ile yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı bağdaşmaz. *Kuşkusuz ki, Türkiye’deki yargının bağımsız ve tarafsız olması yetmez, yargı ayrıca güvenilir ve hesap verebilir olmalıdır.*

2. Sivil Anayasa Ghtiyacı Sürmektedir. Tüm dünya ülkeleri gibi Türkiye de toplumun mutabakatı ile yapılmış sivil bir anayasayı hak etmektedir. Türkiye’de ve dünyadaki yeni gelişmeleri kapsayan sivil bir anayasa yapılmalıdır.

3. Yargı Politika Malzemesi Yapılmamalı, politik tavırlara kurban edilmemelidir.

Modern demokratik ülkelerde olmayan bir nokta da, bizde yargı sorunlarının politik çekişmelere alet edilmesidir. Yargının politika malzemesi yapılması, gerçeği örtmekte ve çok önemli bazı hususların gözden kaçmasına neden olabilmektedir.

4. Anayasa Mahkemesi Evrensel Hukukla Yarışmalıdır. Anayasa Mahkemesi 2008 tarihinde verdiği başörtüsü kararı ile Anayasanın 10 uncu ve 42 inci maddelerine ilişkin yapılan değişiklikleri esasa girip iptal etmiştir. Daha sonra da, 07.07.2010 tarihinde referanduma ilişkin bir karar vermiş ve 3600 kelimelik bir metnin sadece 19 kelimesi iptal edilmiştir. **Usulden girip esastan çıkan bu karar 4 açıdan Anayasaya aykırıdır;**

Birinci yanlışlık, Teklif henüz yasalaşmadan önce ANYM'e intikal ettirilmiştir. Oysa referandum sonucunda, yasa haline gelmesi beklenmeliydi.

İkinci yanlışlık, bu iptal kararı Anayasa'nın 153. maddesine açıkça aykırıdır. Anayasanın 153 üncü maddesine göre, "Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz". Oysa Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 153 üncü maddesini ihlal ederek gerekçesini yazmadan kararı açıklamıştır.

Üçüncü yanlışlık, 2008 tarihli türban kararı ile Anayasanın 10 uncu ve 42 inci maddesinde yapılan değişiklikler nedeniyle "şekil"den girip "esas"tan çıkan Mahkemenin, bu anlayışını sürdürmesidir. Burada ağır bir ihlal sözkonusu olup, ANYM Senato gibi görev yapmıştır. 2008 türban kararı muhalefet şerhlerinde denildiği gibi "**Denetimin meşruiyeti denetleyen organın hukuksal meşruiyet sınırları içinde hareket etmesine bağlıdır**" (Sayın Haşim KILIÇ). "**Bu suretle bırakalım Anayasayı yeniden yapmayı, en küçük değişiklikte dahi karşısında değiştirilemez üç madde bulunacaktır**" (sayın Prof. Dr. Sacit ADALI).²

Dördüncü yanlışlık, Anayasamızda yer almayan "**önleyici sistem**" benimsenmiş ve böylece yapılabilecek bir Anayasa değişikliğinin önü alınmak istenmiştir.

Bununla birlikte anayasa değişikliği teklifi hakkında "yargı siyasallaştı", "yürütme yargıyı abluka altına aldı", "yargı kuşatılıyor", "iki madde ayrılarak referanduma gidilsin" gibi iddiaların kabul edilmemiş olduğu belirtilebilir.

Bu sonuçla ANYM, olası bir erken seçimi önlemiş ve referandum, sonucunu etkilememiştir.

ANYM tarafından verilen iptal kararı ile toplam iki bentte 19 kelime iptal edilmiştir. Şöyle ki **birincisi:** madde 146 da şu 8 kelime iptal edilmiştir: "... **bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir...**". İkincisi: madde 159 da şu 11 kelime iptal edilmiştir: "...**iktisat ve siyasal bilimler..**" "...**üst kademe yöneticileri...**" "...**ancak bir aday için...**"

Belirtilen bütün bu nedenlerle öncelikle Anayasa Mahkemesinde **zihinsel bir değişime** gereksinim olduğu belirtilebilir. Adalet duygusunu **ideolojik misyoner yargıçlığa veya politik tavırlara** kurban edersek, hukuka değil politikaya bakarak karar verirsek yargıda özgürleşmeyi sağlayamayız. Demokrasiyi işlemez hale getiren ve sorunların çözümünü zorlaştıran vesayetin terk edilmesi, ülkenin vesayet altından kurtarılması

² Oysa ANYM daha önceki bazı kararlarında anayasa değişikliklerinde esasa girmeyi reddetmiştir, bk. E. 1987/9, K. 1987/15, 18.6.1987. E: 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007.

gerekmektedir. Yargı organları demokratik meşruiyet temelinde yeniden yapılandırılmalıdır.

12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulan yeni **Anayasa Mahkemesi** teklifinin getirdiği **beş yenilik** vardır;

Birincisi, mevcut ANYM 11 üyeden oluşurken, yeni ANYM 17 üyeden oluşmaktadır ve bu çoğulculuk ve katılımcılığı artıracaktır.

Ğkincisi, mevcut ANYM’nde Sayıştay’dan 1 üye seçilirken şimdi sayı 2’ye, Yargıtay’dan 2 asıl 2 yedek seçilirken bu 3 asıla, Danıştay’dan 2 asıl 1 yedek seçilirken Askeri Yargıtay’dan 1 asıl seçilirken bu 1 asıla, AYİM’den 1 asıl seçilirken bu 1 asıla, YÖK’ten 1 asıl seçilirken bu 3 asıla, bürokrasiden 3 asıl seçilirken 1 yedek 4 asıla çıkarılmakta, ayrıca 1 kişi de seçilmektedir.

Üçüncüsü, mevcut ANYM üyelikleri 65 yaşla sınırlı iken, yeni üyeliklerin Batı örneklerinde olduğu gibi 12 yıla sınırlandırılmış olmasıdır.

Dördüncüsü, yeni ANYM’nin genel kurul ve iki bölüme ayrılmış olması ve her bir bölümde başkan vekillerinden birinin başkanlığında 4 üyeden oluşmasıdır.

Beşincisi Sayıştay ve barodan gelecek üyelerin TBMM, diğer üyelerin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesidir.

Kamusal nedenlerin beşincisi HSYK ile ilgilidir.

5.Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Bir Marka Olmalıdır:

a. Bugünkü HSYK.

Yargıda halka kapalı, demokratik meşruiyetten uzak, çoğulcu yapıda olmayan, dar kapsamlı, etkiye açık, manipüle edilebilir mevcut HSYK ile Türk yargısı bir marka olamaz. HSYK, bilindiği gibi Yargıtay ve Danıştay üyelerini seçmektedir. HSYK konusunda **toplumsal demokratik meşruiyet gibi mesleki demokratik meşruiyet** de tartışılmaktadır. Bu yapıda toplumsal çoğulculuğun renkleri temsil edilmemektedir; ayrıca Venedik kriterlerine ve Avrupa hâkimler yasasına uygun düşmemekte, asıl yargılama faaliyetini yapan kürsü hâkimleri temsil edilmemektedir. 2007 değişikliğiyle Cumhurbaşkanının artık halk tarafından seçilecek olması nedeniyle adayları tarafsız Cumhurbaşkanının seçmesi demokratik meşruiyet açısından daha uygun karşılanmalıdır.³

b. Önerilen HSYK.

Referanduma sunulan yeni HSYK yapısı bu konudaki umutlarımızı artırmaktadır. Çünkü yeni HSYK, soruna yapısal çözümler getirebilecek çekirdekleri içerisinde taşımaktadır. **Önerilen yeni HSYK yapısının sekiz yenilik getirdiği belirtilebilir;**

Birincisi, Mevcut 7 üyelik HSYK yerine 21 üyelik (+10 yedek) yeni HSYK gelmektedir. Katılımcı, çoğulcu ve demokratik esaslara uygun yeni sistem, küçümsenmeyecek bir reform sayılmalıdır.

Ğkincisi, Yeni HSYK’ da **bir genel kurul ile üç ayrı daire** biçiminde teşkilatlanma vardır.

Üçüncüsü, 21 üyeli yeni HSYK’nın oluşum biçimi de yukarıda belirtilen çoğulculuk ve katılımcılık kavramlarının içini doldurmaktadır. Bakan ve Müsteşarın yanında **4 akademisyen veya avukat** Cumhurbaşkanınca, 3 asıl 2 yedek **Yargıtay**

³ Bk. Fendoğlu, **Türk Anayasa Hukukunda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

üyelerinden, 1 asıl 1 yedek **Danıştay** üyelerinden, 1 asıl 1 yedek **Adalet Akademisinden**, 7 asıl 4 yedek **adli yargıdan**, 3 asıl 2 yedek **idari yargıdan** seçilecektir. Önceki oluşum biçiminde 3 üye Yargıtay, 2 üye Danıştay'dan seçilmekteydi. Mevcut yapı ile eski ve yeni HSYK arasındaki fark açıkça görülmektedir.

Dördüncüsü, yeni HSYK'nın üç ayrı konuda Adalet Bakanlığında ayrılması ile oluşan **özerk yapısı** olacaktır. Bunlar, HSYK'nın siyasetten iyice ayrılmasına yardımcı olacaktır. Şöyle ki;

a) Yeni HSYK'nın ayrı bir **bütçesi** olacak, bütçesi Adalet Bakanlığında ayrılacaktır.

b) Yeni HSYK'nın **ayrı binası** olacak, kendi mülkiyeti altındaki binasında oturacak, böylece daha bağımsız olacaktır.

c) Yeni HSYK'nın ayrı sekreteryası kurulacak, **genel sekreterlik** oluşturulacak, böylece Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün çok önemli bazı işlevleri ve Teftiş Kurulu önemli ölçüde yeni HSYK'ya geçecektir.

Beşincisi, yeni HSYK ile yargıçların ve savcılarının itiraz etme hakları getirilmektedir. Mevcut sistemde 7 kişilik kurulun kararlarına karşı 4 yedek üye daha eklenerek 11 kişilik **Ğtirazları Ğnceleme Kuruluna (ĞĞK)** itiraz edilebilmektedir. Bu itirazlar, önceki 7 üyenin bir önceki kararda bulunması nedeniyle sonuçsuz kalmakta, genelde itirazın sonucu değişmemektedir. İtirazları inceleme kurulunun kararları kesindir, itirazı kabil değildir. Kaldı ki itirazları inceleme kuruluna yapılan itirazlar, yargılama hukuku kurallarına göre yapılmadığından, ilgilisi dosyayı inceleyememekte, yargıç veya savcı kendi dosyasında hangi evrak olduğundan haberdar olamamaktadır. İşte bu nedenle yeni HSYK, kısmi bir iyileştirme getirmekte ve ihraca yönelik kararlara karşı yargı yolunu açmaktadır. Böylece Anayasanın 159 uncu maddesinde düzenlenmiş olan "kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz" kuralı değiştirilmiş olmaktadır.

Altıncısı, on asıl (+6 yedek) üyenin yerel yargıçlardan seçilmesi son derece önem taşımaktadır. Böylece demokratik ve mesleki meşruiyet sağlanmış olmaktadır.

Yedincisi, taşralı hâkimler, akademisyenler ve avukatlar yeni HSYK'da olacağından, eski HSYK'dan çok daha çoğulcu olabildiğinde kuşku yoktur.

Sekizincisi, Bakan sadece Genel Kurulun başkanı olup dairelerin çalışmalarına katılamamaktadır.

Yeni HSYK yapılanmasında; HSYK kararlarına karşı yapılan itiraz yolunda yargılama hukuku kurallarının uygulanması ve itiraz yolunun daha da genişletilmesi önerilebilir.

Belirtilen bireysel ve kamusal nedenlerin yerine getirilmesi halinde Türk yargısı bir dünya markası olabilecektir.

Alıntılar (İktibas) Konusunda Açıklamalar

Bu çalışmadan yapılacak alıntılarda (iktibaslarda) 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesinde öngörülen şu şartlara uyulmalıdır: **(1)** İktibas, bir eserin "*bazı cümle ve fıkralarının*" bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). **(2)** İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla yapılmalıdır (m.35/3). **(3)** İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5) [Bilimsel yazma kurallarına göre, aynen iktibasların tırnak içinde verilmesi ve iktibasın üç satırdan uzun olması durumunda iktibas edilen satırların girintili paragraf olarak dizilmesi gerekmektedir]. **(4)** İktibas ister aynen, ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). **(5)** İktibas edilen kısmın alındığı yer belirtilmelidir (m.35/5).

Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 18 Şubat 1981 tarih ve E.1980/1, K.1981/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kararına göre, "İktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserinin adı belirtilse bile eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine dayanarak Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebilir". Bu sayfaya izin almadan link verilebilir. Ancak, bu web sayfası, önceden izin alınmaksızın ne suretle olursa olsun, kopyalanamaz, çoğaltılamaz, tekrar yayınlanamaz, dağıtılamaz, başka internet sitelerine metin olarak konulamaz.

Yukarıdaki şartlara uygun olarak alıntı yapılırken bu çalışmaya şu şekilde atıf yapılması önerilir:

Fendoğlu Hasan T. "TÜRK YARGISI NEDEN "BİR DÜNYA MARKASI" DEĞİLDİR?"

<http://www.hasantahsinfendoğlu.com/>

<http://www.sde.org.tr/> (17.08.2010)