

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

NİSAN  
MAYIS  
HAZİRAN  
2012

**SAYI**

**2**

**TCHD**

TÜRK  
CEZA HUKUKU  
DERNEĞİ  
TARAFINDAN  
ÜÇ AYDA BİR  
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA**  
**CRIMEN E POENA**

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**

ISSN: 1308-0474

**Sahibi**

**Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına**

Av. Fikret İlkiz

**Genel Yayın Yönetmeni**

Av. Fikret İlkiz

**Sorumlu Müdür**

Prof. Dr. Yener Ünver

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Yener Ünver/Yard. Doç. Dr. Barış Erman

Arş. Gör. Dr. Gülşah Kurt/Av. Fikret İlkiz

Av. H. Fehmi Demir/Av. Kazım Yiğit Akalın

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Av. Can Vodina

**Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği**

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

**Abone Bilgisi**

Cemile Meral

0212/511 54 32 Dahili: 112

cemile.mental@damgada.com

**İletişim Adresi**

Türk Ceza Hukuku Derneği

Maçka Cad. No:11 Kazım Gerçel Apt. K. 2 D. 3

Maçka-İstanbul Tel: (0-212 343 80 80)

**Basım Yeri**

Net Kırtasiye Tan. ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti

Taksim Cad. Yoğurtçu Faik Sok. No:3 Taksim

Beyoğlu/İSTANBUL

(Sertifika No: 13723) Tel: (0-212 249 40 60)

**Basım Tarihi**

Ocak 2013

---

# İçindekiler

---

SUNUŞ	1	
AÇILIŞ KONUŞMASI	5	
ANAYASA ve CEZA HUKUKU GENEL RAPOR	9	
ANAYASA ve CEZA HUKUKU ÇALIŞMA GURUPLARININ RAPORLARI ve KATILIMCILARIN GÖRÜŞLERİ	13	
1. GRUP TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN KULLANILMASI ve SINIRLANDIRILMASI REJİMİ	15	
1. GRUP KATILIMCILARIN GÖRÜŞLERİ TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN KORUMA DÜZEYİ ve ANAYASAL DÜZENLEME TEKNİKLERİ	21	Prof. Dr. Bertil Emrah ODER
ANAYASA HUKUKU ile CEZA HUKUKUNUN KESİŞME NOKTASINDA TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN GÜVENCE ve YAPTIRIMLARINA İLİŞKİN SORULAR-SORUNLAR	35	Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU
ANAYASA ve CEZA HUKUKU	47	Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU
ANAYASA ve CEZA HUKUKU	65	Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ
2. GRUP KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve BU ÖZGÜRLÜĞE MÜDAHALE EDEN TEDBİRLER	71	
2. GRUP KATILIMCI GÖRÜŞÜ	77	
ÖZGÜRLÜK, GÜVENLİK ARAYIŞINA FEDA EDİLEMEYECEK TEMEL BİR HAKTIR	77	Av. Seval BALLIKAYA
3. GRUP ADİL YARGILANMA HAKKI	91	
KATILIMCI GÖRÜŞÜ ADİL YARGILANMA HAKKI KONULU RAPORUNA EK	97	Prof. Dr. Sait GÜRAN
4. GRUP YARGI BAĞIMSIZLIĞI	99	
YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve TARAFSIZLIĞI	105	Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU
HUKUK DEVLETİ, YARGI ve TÜRKİYE'DE DEMOKRASİ	125	Doç. Dr. Ozan ERÖZDEN
YARGI BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER	139	Av. Turgut KAZAN
YARGI BAĞIMSIZLIĞI	141	Av. Ayhan ERDOĞAN



---

## SUNUŞ

---

Türk Ceza Hukuku Derneği ile İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları tarafından 17 Şubat 2012 - 19 Şubat 2012 tarihleri arasında Büyük Abant Otelinde; yaşadığımız yüzyılda anayasa hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişkileri ve etkileşimin ne olduğunu ve gelecek için nasıl bir düzenleme öngörülebileceğini belirleyebilmek amacıyla “ANAYASA ve CEZA HUKUKU” konulu bir Çalıştay düzenlenmiştir.

Çalıştay, ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından önemli gördüğümüz Anayasa maddelerinden hareketle belirlenen ana başlıklara göre, dört ayrı grubun katıldığı toplantılar halinde gerçekleştirildi.

**1. Grup: Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve sınırlandırılması rejimi**

(Anayasa md. 6-15, 72, 90, 91, 119-122)

(Anayasa md. 22-34 - İfade özgürlüğü)

**2. Grup: Kişi özgürlüğü ve bu özgürlüğe müdahale eden tedbirler**

(Anayasa md. 17-21, 40, 137)

**3. Grup: Adil yargılanma hakkı** (Anayasa md. 37, 38, 39, 84, 100, 105)

**4. Grup: Yargı bağımsızlığı** (Anayasa md. 138-141, 144, 146-159)

Gruplardan her birinde tartışılan konular ve sunulan çözüm önerileri ayrı birer rapor haline getirildi ve ayrıca Genel Rapor hazırlandı.

TCHD Yönetim Kurulu olarak; bu Çalıştay'da anayasa hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişkilerde bazı genel soruları tespit etmenin ve bu sorulara yanıt aranan bir tartışma ortamı yaratmanın yararlı olabileceğini düşündük.

Dört ayrı grup tarafından gerçekleştirilen oturumlarda, özellikle önem verdiğimiz ve aşağıda tespit edebildiğimiz bazı sorular temelinde tartışmaların yapılmasına çalıştık. Yanıt aradığımız sorular şunlardı:

- 1) Anayasa ve ceza hukuku arasında nasıl bir ilişki vardır ve/veya nasıl bir ilişki bulunmalıdır?

Bir hukuk devletinde bu ilişkiyi belirleyecek temel unsurlar neler olmalıdır?

Bir ülkenin suç ve ceza politikasını belirleyen çerçeve Anayasa hukuku mudur, yoksa ceza hukuku mudur?

- 2) Anayasada temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında nasıl bir yöntem izlenmelidir?

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası standartların iç hukukumuzda ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında bağlayıcı bir etkiye sahip olmasını / uygulanmasını sağlamak bakımından anayasanın nasıl bir işlevi olabilir?

Böyle bir işlevi gerçekleştirilebilmesi bakımından anayasada temel hak ve özgürlükler ne şekilde düzenlenmelidir?

- 3) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma ölçütleri nasıl ve hangi hukuka göre belirlenmelidir?

Bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma ölçütleri anayasada ve ceza hukukunda nasıl düzenlenmelidir?

Sınırlandırma ölçütlerinin uygulamada sürekliliği ve olağan hale gelmesi ya da genel kural haline dönüşmesi tehlikesine karşı koyacak ve/veya önleyecek düzenleme yapmak olası mıdır?

Sınırlandırılmayan temel haklar ve özgürlükler kategorisi yaratmak olası mıdır?

- 4) Anayasadaki temel hak ve özgürlükler hakkındaki düzenleme; ceza kanunu ve ceza muhakemesi kanununa ne ölçüde bir alan bırakmalıdır?
- 5) Küreselleşme olgusunun özellikle organize suç ve terörizm paradigması aracılığıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında yarattığı kapsamlı değişimler nedeniyle, güvenlik ve özgürlük arasındaki dengeyi korumak için anayasa hukuku doğru bir araç mıdır?

Bu dengenin korunması bakımından anayasa ve ceza hukuku arasındaki ilişki nasıl olmalıdır?

Bu değişimler karşısında temel hak ve hürriyetlerin korunması ve sınırlanması bakımından Anayasa hukuku yeni bir rol üstlenmeli midir?

- 6) Anayasanın, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelere karşı bireyleri koruyan bir kalkan olmaktan çıkıp, bu müdahaleleri meşrulaştıran bir araca dönüşmesi tehlikesini önleyecek mekanizmalar yaratılması olası mıdır?

Bu mekanizmaları Anayasal sistem içerisinde mi aramak gerekir?

Suç ve Ceza Dergisinin bu sayısında, çalışma gruplarının raporları, bunların sentezinden oluşan genel rapor, katılımcıların katkıları ve sundukları tebliğler yer almaktadır.

Böylece Anayasa ve Ceza Hukuku Çalıştayı'nın, akademisyenler ve uygulamacılara ışık tutacak bir çalışmanın ortaya çıkması ve sonuçlarından yararlanılması amaçlanmıştır.

Çalışmaya katılan avukatlara, akademisyenlere, basın mensuplarına, bu çalışmayı zenginleştiren katkılarından dolayı çok teşekkür ederiz.

Ayrıca Çalıştayı gerçekleştirmesi ve yayınlanması konusundaki desteklerinden ve çok önemli saydığımız katkılarından dolayı İstanbul Barosu'na, İzmir Barosu'na ve Ankara Barosu'na ayrı ayrı en içten teşekkürlerimizi sunarız.

Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu

18.02.2012





## DEĞERLİ KONUKLAR, DEĞERLİ KATILIMCILAR,

Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu olarak hepimize hoş geldiniz, diyoruz.

Dışarıda çok güzel kar yağıyor ve kar manzaraları içinde birlikte olmaktan ve bu Çalıştay'a olan katılımızdan dolayı hepimize ayrı ayrı teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Çağrımıza verdiğiniz bu olumlu yanıtla bir araya gelen insanlar olarak Anayasa ve Ceza Hukuku arasındaki ilişkinin ne olduğunu belirlemeye çalışacağız.

Katkılarınızın ve görüşleriniz çok önemli olduğunun özellikle altını çizmek isterim.

Ceza Muhakemesi Kanunda özel olarak düzenlenen “**Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme**” hallerinin yol açtığı uygulamalar sonucunda ortaya çıkan temel insan hak ve özgürlüklerinin ihlali, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetini derinden **sarsmaya** devam ettiğini, her adli olayın çığ gibi büyüyen sorunlar ürettiğini, yargıya olan güvenin sürekli yitirildiğini ve güvencesiz bir ortam içine sürüklendiğimizin acı bir gerçek olduğunun altını iki yıl önce yaptığımız açıklamayla kamuoyuna duyurmuştuk.

Türk Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Ceza hukuku “cezalandırma” hukuku olmaktan çıkarılmalı, bireyin haklarını koruyan hukuk olmalıdır.

Tutuklamanın düzenlendiği CMK 100. ve devamındaki maddeler bu haliyle yürürlükte kaldığı sürece, “**hukukun ve herkesin güvenliği**” tehdit altındadır. Tedbir olan tutuklama, cezalandırma aracına dönüştürülmemelidir. Ama artık tutuklama tedbir değil, cezalandırma aracı olarak kullanılmaktadır.

Yine iki yıl önce; CMK. Madde 250, 251 ve 252 inci maddelerdeki “*Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme*” hakkındaki düzenleme ile eski Devlet Güvenlik Mahkemelerine “yasallık” sağlandığını, eski DGM’lerinin sadece adının değiştiğini ifade ederken; özel görevli ağır ceza mahkemeleri ve özel yetkili savcılar eliyle eski Devlet Güvenlik Mahkemeleri düzeni ve “devletin güvenliği” adı altında hak ve özgürlüklerin ihlalinin sürdüğüne ne yazık ki günümüzde yeniden tanık oluyoruz.

Bu düzenleme doğal yargıç ilkesine aykırıdır. Herkes, “olağan mahkemeler” tarafından yargılanma hakkına sahiptir. Bu nedenle özel yetkili savcıların soruşturmaları ve özel görevli mahkemelerin yargılamalarından vazgeçilmeli, olağanüstü soruşturma ve yargılamalar kaldırılmalıdır.

Aksi takdirde “özel yetkili” / “özel görevli” yargı sürdükçe herkesin ve hukukun güvenliği tehdit altındadır.

Hukuk, toplumu birbiriyle kavgalı hale getiren, birinin iyi diğeri- nin kötü kabul edildiği ve buna göre yasalar üretilerek ve bu anlayışa göre hukukun uygulandığı düşman ceza hukuku yaratmamalıdır. Devletin ve hukukçuların en önemli görevi “**düşman ceza hukuku**” yaratmaya yönelik bütün anlayışları önlemektir.

2 Mart 2010 tarihinde yaptığımız açıklama ile hatırlatmıştık... Türkiye’de yaşayan herkes korkunun egemen olmadığı, herkesin her türlü ayrımcılığa karşı çıktığı, hukuki güvenliğinden şüphe ve endişe duymadığı, olağan yargılamanın teminatı altında adil yargılanma hakkında sahip bulunduğu demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ilkelerine göre yaşama hakkına sahiptir.

İşte içinde bulunduğumuz bu sorunların çözümü için yaşadığımız “duruma” bilimsel olarak koyacağımız teşhislerin arayışı içindeyiz.

Bu yüzden Türk Ceza Hukuku Derneği ile İstanbul, Ankara ve İzmir Barolarının birlikte düzenlediğimiz “ANAYASA ve CEZA HUKUKU” arasındaki ilişkileri birlikte konuşmak, tartışmak ve sonuç çıkarmak için bir aradayız.

Temel hedefimiz, yaşadığımız yüzyılda anayasa hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişkileri ve etkileşimin ne olduğunu ve gelecek için nasıl bir düzenleme öngörülebileceğini belirleyebilme çabasıdır.

Anayasa ve Ceza Hukuku Çalıştayı'nda

1. **Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılması ve Sınırlandırılması** (Anayasa md. 6-15, 72, 90, 91, 119, 122) ve **İfade Özgürlüğü** (Anayasa Madde 22-34)
2. **Kişi Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğe Müdahale Eden Tedbirler** (Anayasa Madde 17-21, 40, 137)
3. **Adil Yargılanma Hakkı** (Anayasa Madde 37-39, 84, 100, 105)
4. **Yargı Bağımsızlığı** (Anayasa Madde 138-141, 144, 146-159)

olmak üzere dört ana başlık altında ve dört ayrı çalışma grubu olarak çalışmak istiyoruz. 18.02.2012 Cumartesi günü bu gün saat 09-12 ve 13.30-17.00 arasında her bir çalışma grubu ayrı ayrı toplanmak suretiyle kendi konusunu tartışacaktır. 19 Şubat 2012 Pazar günü saat 10.00 - 12.00 arasında gruplar konu başlıkları ile ilgili rapor tas-laklarını hazırlamak için toplanacaktır. Çalıştayı bu aşamada sona ermesi düşünülmüştür. Bundan sonraki çalışma sürecinde, “Genel Sonuç Raporu” hazırlanması hedeflenmiştir.

Biliyorsunuz Bolu'da karlar altında, bu güzel kar manzaralarını doyasıya yaşayarak çalışmanın ayrı bir tadı var. Kar taneleri, kristal çeşidi olmasına rağmen hepsi altı köşelidir. Hiçbir kar tanesinin kristal yapısı birbirinin tıpa tıp aynı değildir. Kristal yapıları birbirinin aynı olan iki kar tanesine rastlanmamıştır. Hatta elli yıl boyunca 1885 yılından beri kar tanelerinin fotoğraflarını çeken Amerikalı Wilson Bentley 6000 resim içinde birbirinin aynı olan kar tanesine rastlamamıştır. Sadece 1988 yılında Amerika'nın Wisconsin eyaletinde birbirinin aynı olan iki kar kristali tespit edilmiştir.

Kar taneleri gibisiniz...

Birbirinize tıpa tıp benzemiyorsunuz ama bir araya geldiğiniz zaman olağanüstü güzellikte manzaralar yaratabilen bilimin, gücün ve hukukun güzellikleri içindediniz.

O zaman bu Çalıştay'a başlarken Cahit Sıtkı Tarancı'yı ve onun aşığıdaki dizelerini anmamak olmaz...

“Bir hicret sevdasıdır ruhumu

Sardı yine,

Ruhum gibi pervasız yoldaşlar da bulundu.

Ruhum karıştı gitti bu kar tanelerine;

Şimdi yağan kar değil,

Ruhumdur kar yerine...”

Kar taneleri gibi her sözcüğünüz, her kelimeniz ve görüşleriniz bir araya geldiğinde muhteşem manzaralar yaratacaktır.

TCHD Yönetim Kurulu olarak her sözcüğünüzün, her kelimenizin yaratacağı katkılarla laik, demokratik, sosyal hukuk devleti ilkelinin yaşama geçirilmesindeki öneminin bilinciyle yeniden hepinize katılımınızdan dolayı çok teşekkür ederiz.

Saygılarımızla

**Av. Fikret İlkiz**  
**TCHD Başkanı**

---

## ANAYASA ve CEZA HUKUKU GENEL RAPOR

---

Temel hak ve özgürlükler yönünden Anayasanın güvence işlevi üstlenmesi esastır. Ceza hukukunun işlevi ise Anayasada öngörülen sınırlamaları somutlaştırmakla ve kamu düzenini korumakla sınırlı olmalıdır.

Anayasanın güvence işlevini tam ve etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi ve sınırlandırılmayacağı alanları açık, muğlâk olmayan, yargıca ve yasa koyucuya yol gösterilirken geniş takdir hakkı bırakmayacak şekilde düzenlenmesi gereklidir. Bu alanlar, Anayasaya paralel bir şekilde pozitif hukukta düzenlenirken, hakkın özüne yapılacak müdahaleleri engelleyecek şekilde hareket edilmelidir.

Sınırlandırmanın “kamu düzeni”, “genel ahlak” gibi soyut, genel ve muğlâk kavramlara dayandırılması, yasa koyucuya çok geniş bir takdir yetkisi bırakmakta ve güvence fonksiyonunun işlememesine, hatta ortadan kalkmasına neden olabilmektedir. Uygulamada bu kavramların içeriği, “çoğunluğun” istek ve hassasiyetlerine göre doldurulmaktadır. Bu kapsamda ceza hukukuna ilişkin yasalarda Anayasaya aykırı düzenlemeler ortaya çıkabilmektedir. Sınırlandırma daha somut olgu ve kavramlara dayandırılmalıdır. Bununla birlikte, bu sorunun tek çözüm yolu, Anayasanın temel hak ve özgürlükler konusunda yasa koyucuya hiçbir alan bırakmayacak şekilde ayrıntılı düzenlemeler yapması değildir. Gerek Anayasada temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi, gerekse burada oluşturulan çerçevenin içinin yasalarla doldurulması bakımından “belirlilik” ilkesine uyulması çok büyük bir öneme sahiptir.

“Kazuistik” olarak ifade edilen ayrıntılı düzenleme tekniğinin lehinde ve aleyhinde görüşler ileri sürülmüştür. Kazuistik düzenlemeler, kendiliğinden, daha fazla sınırlamaya yol açma ve hukuku, me-

kanik ve teknik bir uygulama alanına indirgeme tehlikesini içermektedir. Bununla birlikte, bazı hakların daha etkin biçimde korunması için bu hakların Anayasada güvence altına alındığı maddelerde açık ve somut düzenlemelere yer verilmesi gerekliliği de göz önüne alınmalıdır. Örneğin ifade özgürlüğünün etkin biçimde korunması ve nefret söyleminin cezalandırılabilir hale gelmesi için, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama nedenleri arasına ırkçılık veya ayrımcılık gibi kavramların eklenmesi yararlı olabilir. Yine, “özgürlükten yoksun bırakma” halleri bakımından, özellikle idari tedbirler yoluyla yoksun bırakılma hallerine ilişkin Anayasada ve yasalarda boşluklar bulunması, müdahalenin muhatabı olan kişileri, çeşitli güvencelerden yoksun hale getirebilmektedir. Bu nedenle, özgürlükten yoksun bırakma halleriyle ilgili Anayasadaki düzenlemeleri daha fazla somutlaştırmak gerektiği belirtilebilir. Bu somutlaştırmanın kapsamına, bu özgürlüğü sınırlandıran kararları alma yetkisine sahip idari mercilerin veya mahkemelerin işlemlerini denetleyecek bir mekanizmanın öngörülmesi de dâhil olmalıdır. Ancak, mevzuatta bu konuya ilişkin hükümlerin Anayasal ilkelerle ve AİHS ile uyumlu hale getirilmesinin de, güvence işlevi açısından tek başına yeterli olup olmayacağı da tartışılmalıdır.

Adil yargılanma hakkı konusunda da, Anayasadaki mevcut düzenlemenin adil yargılanma güvencelerini içermemesi nedeniyle daha somut bir içeriğe kavuşturulması gerektiğinin de bu kapsamda altı çizilmelidir. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkından daha etkin bir şekilde yararlanılması ve adil yargılanma hakkı ile adil yargılanma hizmeti arasındaki ilişkinin kurulabilmesi için AİHS'nin 13. maddesine paralel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu da belirtmek gereklidir.

Yargı bağımsızlığına ilişkin Anayasal düzenlemelerin önemi dolayısıyla adil yargılanma hakkından ayrı bir şekilde düzenlenmesi gereklidir. Bu kapsamda, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapılıncası çok büyük bir öneme sahiptir. Yargı bağımsızlığının bir güvence teşkil edebilmesi, öncelikle bu Kurulun yapısı ve işlemlerinin bağımsız ve tarafsızlığının sağlanması ile mümkündür. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'ne üye seçimi konusunda da bağımsızlığı sağlayacak şekilde düzenlemeler yapılması esastır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasadaki mevcut düzenleme tekniği; özgürlüklere yönelik müdahaleleri meşrulaştırıcı bir etki doğurabilmektedir. Bu konuda, Anayasanın tamamına hâkim olacak yaklaşım çok önemlidir. “Özgürlüğün esas, güvenliğin istisna” olduğu bir yaklaşımın benimsenmesi ve devlet merkezli ifadeler yerine, “demokratik toplum”, “bireyin özgürlüğü” gibi, bireyi, bu hakların öznesi olarak merkeze koyan kavramların tercih edilmesi gereklidir. Tartışmanın odağı, yalnızca “temel hak ve özgürlüklerin” değil, aynı zamanda siyasal iktidarın müdahale alanının sınırlandırılmasını da içerecek şekilde genişletilmelidir. Bu tür bir anlayışın, uygulamaya da yansımaları, kanun uygulayıcı makamların “devlet merkezli” yaklaşımlarının yerini alması sağlanmalıdır.

Anayasa ve ceza hukuku arasındaki ilişki bakımından; “ceza hukukunun anayasallaştırılması” kavramı önemlidir. Ceza mahkemesi hâkiminin hukuku uygularken, Anayasal ilkeleri göz önüne alması ve bu ilkeleri, özgürlükleri koruyucu bir araç olarak kullanması sağlanmalıdır. Özellikle uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesinde, “ceza hukukunun anayasallaştırılması” bir yöntem olarak kullanılabilir. Anayasal ilkelerin ceza kanunlarına yerleştirilmesi de bu kapsamda katkı sağlayacak bir öneri olarak değerlendirilebilir.

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması bakımından sınırlandırmanın yöntemi de çok önemlidir. Anayasada yapılacak düzenleme, sınırlardan ziyade koruma mekanizmalarına yoğunlaşmalı ve sınırlama sebeplerinin belirlenmesinde kuram bilgisine daha fazla ağırlık verilmelidir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası standartların iç hukukumuzda ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında bağlayıcı bir etkiye sahip olması bakımından Anayasanın işlevini, sözleşme ve kanun çatışmasına ilişkin olan 90. maddeden bağımsız ele almak mümkün değildir. Öncelikle bu maddenin, yalnızca yargıyı değil, yasama ve yürütmeyi de bağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmelidir. Bu kapsamda, ayrıca AİHM içtihadının da dikkate alınması açıkça yazılabilir. Bununla birlikte, ceza hukuku

bakımından bu maddeye dayanılarak doğrudan daha üstün özgürlük standartlarını içeren uluslararası normun uygulanması mümkün değildir. Ceza hukuku açısından ayrı bir kanuni düzenleme yapılması zorunludur.

Sınırlandırılması mümkün olmayan bir temel hak ve özgürlükler kategorisi yaratılması olası değildir. Ancak, olağanüstü dönemler de dâhil olacak şekilde, sınırlandırmanın sınırını belirleyecek özgüven-celerin Anayasada öngörülmesi mümkün ve gereklidir.

Anayasanın temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelere karşı bireyleri koruyan bir kalkan olmaktan çıkıp, bu müdahaleleri meşrulaştıran bir araca dönüşmesini önlemek için başvurulabilecek önlemlerden ilki “denetim” mekanizmalarının yaratılması ve bunların işlerliğinin sağlanmasıdır. Bu kapsamda Anayasa mahkemesinin görev ve yetkilerinin genişletilmesi, iptal davası açabilen organların artırılması önerilmektedir.

Anayasada kuvvetler ayrılığını ve ceza muhakemesinde savunmayı güçlendirecek, yargıyı siyasi iktidarın etkisinden uzak tutacak tedbirlerin alınması gereklidir.

Özel yetkili mahkemeler ile yaratılan sistemin ortadan kaldırılması gerekir. Hazırlık hareketlerinin ölçsüz şekilde cezalandırılması, önleyici tedbirler yoluyla temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların genişletilmesi, özel yargılama usullerinin kullanılması gibi “düşman ceza hukuku”na ait yöntemlerin terk edilmesi gereklidir.



**ANAYASA ve CEZA HUKUKU**  
**ÇALIŞMA GRUPLARININ**  
**RAPORLARI ve KATILIMCILARIN**  
**GÖRÜŞLERİ**



---

## 1. GRUP

### TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KULLANILMASI VE SINIRLANDIRILMASI REJİMİ

---

#### İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Anayasa Madde 6–15, 72, 90, 91, 119–122 / Anayasa Madde 22–34

---

**Oturum Başkanı** : Av. Fikret İlkiz  
**Raportörler** : Yard. Doç. Dr. Sinan Altunç  
Araş. Gör. Serkan Köybaşı

#### **Katılımcılar:**

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu  
Prof. Dr. Bertil Emrah Oder  
Prof. Dr. Meltem Dikmen Canikli  
Prof. Dr. Timur Demirbaş  
Doç. Dr. şule Özsoy  
Yard. Doç. Dr. Emre Zeybekoğlu  
Yard. Doç. Dr. Gökçe Çataloluk  
Yard. Doç. Dr. Hasan Sınar  
Ar. Gör. Dr. Pınar Kartal  
Araş. Gör. Fulya Eroğlu  
Araş. Gör. Esra Demir  
Araş. Gör. Ulaş Karan  
Orhan Erinç  
Sedat Ergin  
Ercan İpekçi

## 1. GRUBUN RAPORU

Temel hak ve özgürlükler yönünden anayasa ve ceza hukuku arasındaki ilişki temelinde esas olan; Anayasanın özgürlükleri güvence altına alması, ceza hukukun da bunun sınırlamasını oluşturması ve kamu düzenini korumasıdır.

Sözleşme ve kanun çatışmasına ilişkin olan Anayasanın 90. maddesindeki kuralı ceza hukuku açısından uygulayabilir miyiz? Hâkim, böyle bir çatışma halinde daha üstün özgürlük standartlarına öncelik tanımalıdır.

Anayasa'da temel hak özgürlüklerin sınırlandırılması teknikleri bakımından her maddede özel sınırlama sebepleri düzenlenmiştir. Bu sınırlama biçimi güvence demektir. Sınırlamanın sınırı olarak her bir hakka ilişkin düzenlemede, özellikle yargıca ve yasa koyucuya yol gösterecek ve bunların takdir hakkını kısıtlayacak açık ifadelerin bulunması temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından önem taşımaktadır. Bu bağlamda, hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan alanın da daha açık bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Her bir hakka ilişkin olarak, hakkın özünü oluşturan alanın pozitif hukukta düzenlenmesi ve bu alana müdahale oluşturan düzenlemelerin bu yöntemle önüne geçilmesi gereklidir. Örnek olarak, ifade özgürlüğünde ispat olanağı ile cevap ve düzeltme hakkına ilişkin düzenlemeler Anayasa'ya eklenebilir.

Bu çerçevede, sınırlandırılması mümkün olmayan bir temel hak ve özgürlükler kategorisi yaratılması olası değildir. Her temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması teorik olarak mümkündür. Ancak sınırlandırmanın sınırını belirleyecek öz güvencelerinin Anayasa'da öngörülmesi bir çözüm yolu olabilir. Her ne kadar olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına ilişkin düzenlemeler bir ihtiyaç ise de, bu dönemlerde de geçerli olacak öz güvenceler düzenlenmeli ve bunlar yargı denetimine tabi tutulmalıdır.

Anayasa'daki maddelerdeki sınırlandırma sebeplerini azaltmak gerekir, sınırlandırma nedeni olarak devlet merkezli ifadeler yerine,

“demokratik toplum” ve “bireyin özgürlüğü” kavramlarının konulması tercih edilmelidir. Hakların sınırlandırılmasında kuram bilgisine daha fazla değer verilmelidir.

Anayasa madde 90, sadece yargı organını değil, aynı zamanda yasama ve yürütmeyi de bağlayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir. Bu kapsamda, ayrıca AİHM içtihadının da dikkate alınması açıkça yazılabilir.

Uygulamada keyfiliğe yol açmayacak şekilde temel yasa yapımında belirlilik ilkesine uyulması gerekir. Bu anlamda suç ve cezada kanunilik ilkesini anayasal düzeyde, somutlaştırmakta yarar vardır.

Kişinin dokunulmaz alanına dokunulamayacağına dair güvenceler getirilmelidir. Örneğin, dinlemede kayıtların silinmesi yeterli olmayıp usul yasalarında kişinin çekirdek alanına giren verilerin de silinmesi öngörülmelidir.

İfade özgürlüğünün etkin bir biçimde korunması için, anayasada bu hakkın güvence altına alındığı maddeye somut düzenlemeler getirilmelidir. Örneğin, anayasadaki sınırlama nedenleri nefret söyleminin cezalandırılmasını sağlayacak şekilde yorumlanabilir ise de uygulama böyle bir yorum yapmamaktadır. Bu nedenle, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama nedenleri arasına ırkçılık veya ayrımcılık gibi kavramların eklenmesi yararlı olabilir.

Anayasada sınırları belirlemektense koruma mekanizmalarının öne çıkarıldığı yeni bir perspektif gerekir. Mevcut anayasal düzenleme içerisinde sadece soyut ilkelerin öngörülmesi; örneğin ceza hukukuna ilişkin yasalarda anayasaya aykırı çok sayıda düzenlemenin bulunmasını engellememektedir. Bu şekilde sadece soyut ilkelerin öngörülmesi ile yetinilmesi anayasa mahkemesi uygulamasında yasa koyucunun “siyasi takdir yetkisi” kavramına başvurulmasına neden olmaktadır. Özgürlükler ile güvenlik arasında bir denge sağlamaya çalışmak yerine özgürlüğün esas, güvenliğin ise istisna olduğu bir yaklaşım benimsenmelidir.

AİHS tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin aynı şekilde ceza hukuku açısından da geçerli olması için ayrı bir kanuni düzenleme yapmak gerekir.

Muhakeme tedbirlerinin özgürlüklere müdahalede silah olarak kullanılmasını engellemek için, anayasada daha destekleyici düzenlemeler yer almalıdır.

Anayasa yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına odaklanmamalı, aynı zamanda siyasal iktidarın müdahale alanının sınırlandırılması da düşünülerek hazırlanmalıdır. Özgürlüklerin sınırlandırılmasında kötüye kullanmaları önlemek ancak kontrol-denge mekanizmalarının devreye sokulabilmesi ile mümkündür.

Anayasa mahkemesinin görev ve yetkileri genişletilmeli, iptal davası açabilen organların sayısı artırılmalıdır.

Sınırlandırma nedenlerinde, kamu düzeni, genel ahlak gibi genel ve muğlak kavramlara gönderme yapıldığında, uygulamada bunların içeriği çoğunluğun istek ve hassasiyetlerine göre doldurulmaktadır. Bu nedenle bu gibi ifadelerin kullanılmasından kaçınılmalıdır.

Anayasada kuvvetler ayrılığını ve ceza muhakemesinde savunmayı güçlendirecek, yargıyı siyasi iktidarın etkisinden uzak tutacak tedbirler alınmalıdır. Savcılık ile hakimlik birbirinden ayrılmalıdır.

DGM'lerin devamı olan ve olağanüstü nitelikteki özel yetkili mahkemelerin de kaldırılması gereklidir. Hazırlık hareketlerinin ölçüsüz şekilde cezalandırılması, özel yargılama usullerinin kullanılması, yönetmeliklerle düzenlenen koruma tedbirleri ve önleyici tedbirler yoluyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, düşman ceza hukuku uygulamaları olup, bu gibi uygulamaların önüne geçecek Anayasal güvencelere yer verilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen maddesinde özellikle tutukluların haklarının düzenlenmesi, bu kapsamda hekimden yararlanma ve hekimi seçme hakkının tanınması gerekir.

Yabancıların haklarına ilişkin olarak, bunların yalnızca "kanunla sınırlanabileceğini" öngören düzenlemeler yetersiz olup, yabancıları ve özellikle göçmenleri güvencesiz bırakmaktadır. Bu güvencele somut olarak Anayasa'da yer verilmesi gereklidir.

İfade özgürlüğünün bir parçasını oluşturan bilim özgürlüğünün de daha geniş bir güvenceye kavuşturulması gerekmektedir. YÖK gibi bir kurumun Anayasa’da düzenlenmiş olması ve bilim özgürlüğüne Anayasa’nın değiştirilemez maddelerine ilişkin faaliyetler bakımından sınırlama getirilmiş olması, ölçsüz bir müdahaledir. Bu düzenlemelerin ortadan kaldırılması gereklidir.

Toplantı hak ve özgürlükleri bakımından daha geniş bir düzenleme yapılmalı, dernek vakıf gibi belirli örgütlerle sınırlı kalınması yerine örgütlenme özgürlüğü de kapsama alınmalıdır.





---

# 1. GRUP

## KATILIMCILARIN GÖRÜŞLERİ

### TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN KORUMA DÜZEYİ VE ANAYASAL DÜZENLEME TEKNİKLERİ

---

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER\*

---

#### Giriş

Temel hak ve özgürlüklerin koruma düzeyi ile Anayasa normlarının kurgulanması arasındaki yakın ilişki, kuramsal Anayasa Hukuku çalışmalarında taşıdığı değer kadar, hem karşılaştırmalı anayasa yapıcılıklarında hem de Türkiye'nin anayasal tartışmalarında güncel ve pratik öneme sahiptir. Bununla birlikte, Türkiye'nin içinden geçtiği Anayasa sürecinde, anayasa normlarının kurgulanış biçimlerine (“düzenleme teknikleri”) ilişkin sorunlar yer bulmamaktadır. Oysa özellikle bu alanın normlarının koruduğu özamaçlar (*telos*) ve oluşturdukları “büyük hak ve özgürlük bağlamı” nedeniyle, yalnızca “ne söylendiği” değil, onun nasıl söylendiği büyük önem taşımaktadır. Aşağıdaki değerlendirme ve gözlemler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin normatif yapıların farklılığına ve bu farklılığın pratik sonuçlarına (Anayasa'nın yasama, yürütme ve yargı eliyle somutlaştırılması) odaklanarak, Türkiye'de hak ve özgürlük korumasının anayasal standartlarının etkili biçimde yükseltilmesine yönelik önerileri içermektedir.<sup>1</sup>

---

\* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

1 Yazarın bu tebliğde yer alan gözlemlerinin daha kapsamlı ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında ele alındığı diğer çalışmaları için bkz. Oder, B.E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları”, Kamu Hukukçuları Platformu, 28-29 Eylül 2012, 61 sayfa; Oder, B.E., Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, 2010, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 63-70 / 212-225; Oder, B.E., “Temel Hakların Yargısallaşması ve Kuramsal Sorunlar”, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, Yayına Hazırlayan: Kuçuradi; İ., 2011, İstanbul, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları, s. 143-162; Oder, B. E., “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Anayasal Yorumunda 1983-2007 Bilançosu: Örnekler ve Ana Yönelim”, Prof. Dr. Ali Ülkü Azrak'a

## A. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Korunmasına İlişkin Anayasal Tercihler

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normlar, sınırlama ve koruma rejimi bakımından, daha çok sınırlama olgusuna odaklanır ve sınırlamanın ilkelerini belirlemeye çalışırlar. Bu noktada ölçülülük ilkesi, öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri vb. “sınırlamanın sınırına ilişkin ilkeler” ile “sınırlama nedenleri”ne ilişkin temel tercihler önemli bir yere sahiptir. Türkiye 2001 Anayasa değişiklikleri ile tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli “genel sınırlama nedenleri”ne odaklanan ve bunları özel sınırlama nedenleri ile pekiştiren yığılmacı anlayıştan uzaklaşmıştır. İçinden geçilmekte olan Anayasa sürecinde de 2001’de benimlenen temel tercihin sürdürülmesi ve özellikle özel sınırlama nedenleri ve güvenceler bakımından iyileştirilmesi, pekişmiş bir temel hak ve özgürlük koruması için zorunlu sayılmalıdır. Genel sınırlama nedenlerine dayalı yaklaşım ya da “sınırlamanın sınırına ilişkin ilkeler”in içinin boşaltılması hak ve özgürlüklerin koruma standardında kayıplara yol açabilir. Çünkü bu olasılıklarda, yasa koyucunun müdahale yetkisi kolaylaşmakta ve yargıcın denetim yetkisini nasıl kullanacağı (temel hak ve özgürlük odaklı mı, sınırlama odaklı mı?) daha fazla önem taşımaktadır.

Mevcut anayasal düzende özel sınırlama nedeni içeren temel hak ve özgürlükler bakımından ana sorun, özel sınırlama nedenlerinin ilgili hak ve özgürlüğün doğası ve nitelikleri ışığında ve yeterince özgülleşmiş biçimde düzenlenmemiş olmasıdır. Daha çok, 2001 Anayasa değişikliği öncesinde varolan genel sınırlama nedenlerinin özel sınırlama nedenlerine dönüşerek maddelere serpiştirilmiş olduğu görülmektedir. Diğer sorun yasama, yürütme ve yargının işlemlerinde her koşulda “temel hak odaklı yorum” ve koruma düzeyinin daha yüksek olması halinde- “uluslararası insan hakları hukukuna uygun yorum” esaslarının Anayasa’da açıkça düzenlenmemesidir.

---

Armağan, Sayhan, Ş. / Karlıklık, Y. (Ed.), 2008, İstanbul, s. 387-416; Oder, B.E., “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Der.: Durudoğan, H. / Gökşen, F. / Oder, B.E. / Yüksek, D., 2010, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, s. 207-238.

## **B. Tikel Temel Hak ve Özgürlük Normlarına İlişkin Normatif Kurgular**

### **1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Soyut Anayasal Normlarla Düzenlenmesi**

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normların önemli bir kısmı soyut ve genel nitelikli güvenceler biçiminde düzenlenmektedir. Örneğin; Anayasa madde 22/1 (“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir.”) Soyut ve genel nitelikli anayasal normlar, temel hak ve özgürlüğe ilişkin ana güvenceyi belirtirken, çoğunlukla ilgili hak ve özgürlüğün kapsamını açıklamaz ve dolayısıyla o hak ve özgürlüğün hangi kullanım biçimlerinin anayasal norm ile korunduğunu belirlemezler. Hak ve özgürlüğün soyut güvencelerle kaleme alındığı halde, kapsam, yasa koyucu eliyle ve uyuşmazlık halinde yargısal karar ile somutlaştırılır. Temel hak ve özgürlüğe ilişkin soyut sözel güvence biçimindeki düzenleme, yasa koyucunun takdir yetkisini kullanması ve yargısal yorum bakımından, hak ve özgürlüğün özgül kullanım biçimlerinin ne olması gerektiği konusunda suskundur. O nedenle, teleolojik, sistematik ya da sisteme uygun kanıtların (uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk); bu bağlamda özellikle uluslararası insan hakları hukukunun verilerinin önemi artar.

Hak ve özgürlüğe ilişkin güvence ne denli soyut ve genel, ne denli kapsam ve sınır belirlemekten uzaksa, güvence o denli “ilke” değeri taşır.<sup>2</sup> İlkelerin “kural” niteliğini kazanması, yasa koyucunun ve yargısal sürecin getirdiği somutlaştırma ile gerçekleşmektedir. İlke-norm niteliğindeki temel hak ve özgürlükler bakımından özel sınırlama nedenleri ya da sınırlama nedeni içermeyen hak ve özgürlüklerde somut olaya özgü olarak diğer temel hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler çerçevesinde (“Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi”) bir “uyumlaştırma” söz konusu olacaktır.

Soyut ve genel nitelikli temel hak ve özgürlük güvencelerinin “kapsam”ının belirlendiği anayasal normlar, ilgili temel ve hak özgürlüğün kimi unsurlarını anayasal düzeyde somutlaştırmaya elve-

2 Genel olarak temel hakların ilke değeri ve ilke-kural ikiliği konusunda özellikle bkz. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 2. Auflage, 1994, Frankfurt a. Main, Suhrkamp; Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1. Auflage, 1995, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, s. 213-228.

rişlidir. Bu tür normların, somutlaştırdıkları temel hak ve özgürlük unsurları bakımından “ilke” değeri azalmakta, “kural” değeri artmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin somut unsurlarını içeren anayasal normlarda, sözel yorumun sınır çizici işlevi daha belirgindir. Örneğin; Anayasa madde 20/son (“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.”).

Anayasa koyucular ilke değerinde temel hak ve özgürlük normlarına kaçınılmaz biçimde yer vermeli, ancak etkili bir hak ve özgürlük koruması için bunlarla yetinmemelidir.

## **2. Temel Hak ve Özgürlüklerin “Pozitifleşmiş Öz Güvenceleri” İçeren Anayasal Normlarla Düzenlenmesi**

Anayasa’da soyut ve genel olmaları nedeniyle “ilke” niteliğine sahip temel hak ve özgürlük normları yanında, ilgili hak ve özgürlüğün Anayasa’da somutlaşmış öz güvencesini bildiren normlar da bulunmaktadır. Bu tür öz güvenceleri, çoğunlukla hak lehine anayasal yasaklar ya da özgül esaslar olarak düzenlenmektedirler. Böylece temel hak ve özgürlüğün dokunulmaz alanı Anayasa düzeyinde saptanmaktadır. Söz konusu öz unsurları, pozitif düzenleme ile Anayasa düzeyinde saptandıkları için ilgili hak ve özgürlüğün “anayasallaşmış/pozitifleşmiş öz güvenceleri”dir. Örneğin;

- Anayasa madde 24/3 (“Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”);
- Anayasa madde 28/1 (“Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.”);
- Anayasa madde 29/1 (“Sürelili veya süresiz yayın önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.”);

- Anayasa madde 51/1 son cümle (“Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”) ya da Anayasa 38/10 (“Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.”).

Pozitifleşmiş öz güvencelerini barındıran temel hak ve özgürlük normları, “ilke norm”lardan farklı olarak, temel hak ve özgürlüğün mutlak koruma alanını saptadıkları için öngörülebilirdir. Açık, kesin ve takdir yetkisine yer vermeyen pozitifleşmiş öz güvenceleri, “kural” değeri taşıyarak hak ve özgürlük lehine dokunulmaz bir alan yaratır ve yasa koyucuyu mutlak biçimde sınırlarlar. Anayasa koyucular, temel hak ve özgürlükler alanında mutlak güvenceler yaratmak istiyorlarsa, kural niteliğine yaklaşan pozitifleşmiş öz güvencelerinin sayısını artırmalıdır. Anayasa yapıcılığında temel hak ve özgürlüklere ilişkin mutlak güvenceler getirmek her zaman mümkün olmasa bile, pozitifleşmiş öz güvencelerinin hak ve özgürlüğün özgül nitelikleri doğrultusunda çoğaltılması koruma düzeyini yükseltecek bir normatif düzenleme tekniğidir.

### **3. Özel Sınırlama Nedenleri İçeren Temel Hak ve Özgürlüklerin Saptanması (“nitelikli yasa kaydı”)**

Özel sınırlama nedeni içeren temel hak ve özgürlükler bakımından birincil öncelik, sınırlama nedeninin sınırlı sayıda ve ilgili hak ve özgürlüğün doğasına uygun biçimde belirlenmesidir. Sınırlama nedenleri, ilgili hak ve özgürlüğün doğasına uygun biçimde belirlenmediği sürece sınırlama nedeni özgül nitelik taşımayacağı için aslında “özel” de olamaz. Başka bir anlatımla, basın özgürlüğü için bu özgürlüğün doğasına uygun olabilecek sınırlama nedenleri ile mülkiyet hakkının doğasına uygun olabilecek sınırlama nedenleri farklılık göstermelidir.

Diğer bir sorun da, özel sınırlama nedenlerinin düzenleniş biçimleridir. Özel sınırlama nedeni ne denli genel ve soyut biçimde kaleme alınmışsa, aslında hak ve özgürlük bakımından risk o denli yüksektir. Örneğin; Anayasa madde 33/3 (“Dernek kurma hürriyeti

ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.”<sup>3</sup>

Sınırlama nedenlerinin bu şekilde genel ve soyut biçimde belirlendiği Anayasa normlarında, yasa koyucunun somutlaştırmadaki takdir yetkisi genişler. “Özgülleşmiş” özel sınırlama nedenleri yargısal somutlaştırmayı kolaylaştırmakta; genel ve soyut nitelikli özel sınırlama nedenleri ise yargısal somutlaştırmamanın hukuksal biçimde yapılmasını güçleştirmektedir. Bu ikinci durumda, yargıcın, hukuksal yorum yetkinliği; özellikle temel hak ve özgürlüklerin teleolojisi-ne, sistematik bağlamına ve uluslararası insan hakları hukukundaki ana yönelime açıklığı önem taşımaktadır. Etkili bir anayasal koruma için, Anayasa yargıcının bu tür sınırlama nedenlerine yönelik denetimde katı davranarak, yasa koyucunun soyut ve genel sınırlama nedenlerini “yer, konu ve zaman” bakımından “demokratik toplum düzeninin gerekleri” çerçevesinde somutlaştırıp somutlaştırmadığını incelemesi zorunludur.

Anayasa normları “kamu düzeni” gibi genel ve soyut özel sınırlama nedenleri yerine; açık ve somut özel sınırlama nedenleri içerdiği ölçüde (“özümlleşme”), temel hak ve özgürlüklerin kanun ve yargısal kararın somutlaştırması eliyle korunması da kolaylaşır. Örneğin; basın özgürlüğü bakımından “başkalarının meslek sırlarının korunması” ya da “ırk, dil, din, mezhep, etnik ya da sosyal köken veya cinsiyete dayalı şiddetin teşviki” gibi.

Kuşkusuz, bu tür özümlleşmiş özel sınırlama nedenlerini saptamak zorlu bir iştir ve uluslararası insan hakları içtihatlarındaki birikimin ana yönelimlerini (“*mainstreaming*”) özümlleşmiş olmayı gerektirir. Ancak söz konusu ana yönelimleri kavramış ve bunları başarılı dilsel tercihlerle Anayasa normlarına yansıtılabilen bakış açıları bu zorlu görevi yerine getirebilir. Sınırlama nedenlerinin özümlleşmesinde, yalnızca uluslararası insan hakları sözleşmelerinin metin-

3 Anayasa Mahkemesi’nin özel sınırlama nedeni olarak “kamu düzeni”ni her türlü müdahaleyi haklı kılacak “torba kavram” olarak yorumlamadığı olumlu bir örnek için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2003/40, K. 2007/96, K.t. 12.12.2007; “milli güvenlik” bakımından benzer yaklaşım için bkz., Anayasa Mahkemesi, E. 2006/142, K. 2008/148, K.t. 24.9.2008.

leri ile yetinilmemesi; bu metinleri somutlaştıran içtihatlarla ve diğer yorum kararlarına odaklanılması zorunludur. Özel sınırlama nedenleri, demokratik ve özgürlükçü anayasal düzenlerde ve özellikle uluslararası insan hakları içtihatlarında kabul gören ve ilgili temel hak ve özgürlüğün doğasına uygun “özümlenmiş” özel nedenlere kavuştukça, yalnızca yasa koyucu eliyle değil, yargısal yorum eliyle de koruma düzeyi artacaktır.

#### 4. Yalnızca Sınırlama Klozu İçeren Temel Hak ve Özgürlüklerin Saptanması (“basit yasa kaydı”)

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normlarının bir kısmı özel sınırlama nedeni içermezler. Buna karşılık, sınırlamayı, yalnızca kanuna referansla kabul ederler. Örneğin;

- Anayasa madde 17/2 (“kanunda yazılı haller”),
- Anayasa madde 20/son (“kanunda öngörülen haller”) ya da
- Anayasa madde 22/son (“İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”).

Anayasal normlarda, sınırlama klozunun kimi zaman “düzenleme” üzerinden ifade edildiği normatif yapılar da bulunabilir. Örneğin; Anayasa 54/3: (“Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.”). Benzer sınırlama klozları ile yetinen özgürlükler, yasa koyucunun takdir yetkisini genişletmektedir. Bu düzenleme tekniğini içeren normlarda, yasa koyucunun, ilgili hak ve özgürlüğün *telos*’una ve diğer hak ve özgürlükler ile bağlantısına odaklanmasını gerekli kılan daha derin bir kavrayışa sahip olması gerekir.

Öte yandan, bu tür normatif yapıya sahip temel hak ve özgürlükler, diğer temel hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler ile çatışarlarsa, yargıç *somut uyumazlıktaki kullanım biçimi ile sınırlı olmak üzere*, “uyumlaştırma”ya gidebilir. Uyumlaştırma, çatışan temel hak ve özgürlükler ya da temel hak ve özgürlükler ile anayasal değerler arasında optimum dengenin kurulmasını (“pratik uyum”) gerektirir. Optimum dengeyi sağlayacak olan tartımda,

somut olaydaki hak ve özgürlüğün kullanım biçimi ve çatıştığı hak ve özgürlük ya da anayasal değer bakımından, bir öncelik sıralamasının yapılması gereklidir. O nedenle, yalnızca sınırlama klozu içeren temel hak ve özgürlüklerde, ilgili temel hak ve özgürlüğe odaklanan teleolojik kanıtlamanın yanında, dengenin kurulmasında farklı hak ve özgürlüklerin “*telos*”larını dikkate alan sistematik-teleolojik bakış açıları önem taşımaktadır.

### 5. Sınırlama Nedeni ya da Sınırlama Klozu İçermeyen Temel Hak ve Özgürlükler

Sınırlama nedeni ya da sınırlama klozu içermeyen özgürlüklerin sınırlanması bakımından da, (örneğin; hak arama özgürlüğü -Anayasa madde 36) Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi olasılığı yüksektir. Sınırlama nedeni ya da sınırlama klozu içermeyen temel hak ve özgürlükler için de yukarıda açıklanan “pratik uyum ilkesi” doğrultusunda, yasa koyucu ya da yargısal uyumsuzluklarda yargıç, bunların diğer temel hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler ile çatışmalarına çözüm üretmek zorundadır. Vurgulanması gereken diğer bir nokta da şudur: Bu tür temel hak ve özgürlüklerde, çatışmaların çözümü hakkın belirli kullanım biçimleri ile sınırlı olup, yasa koyucu ya da yargıca özel sınırlama nedeni içeren hak ve özgürlüklerde olduğu gibi önceden sınırlama izni vermez. O nedenle, özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak uyumlaştırma istisnadır. Yasa koyucu, sınırlama nedeni ya da klozu içermeyen hak ve özgürlüklerde uyumlaştırmanın istisnai olduğu kaydıyla hareket etmelidir. Yasa koyucunun bu hak ve özgürlüklere ilişkin siyasal tercihlerinde, yargısal denetim “sıkı biçimde” (“*strict scrutiny*”) yapılmalıdır.

### 6. Düzenleme Klozu İçeren Temel Hak ve Özgürlükler

Anayasa normlarına bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmında, kanunla düzenleme klozunun bulunduğu görülmektedir. Düzenleme klozu, düzenleme biçiminde ifade edildiği gibi “tespit etme”, “gösterme”, “belirtme” biçiminde de ifade edilmiştir. Örneğin;



- Anayasa 42/2 (“Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.”);
- Anayasa 29/3 (“Sürelî yayınların çıkarılması, yayım şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esaslar kanunla düzenlenir. Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, mali ve teknik şartlar koyamaz.”);
- Anayasa madde 32/1 (“Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.”);
- Anayasa 68/7 (“Yükseköğretim öğrencilerinin siyasal partilere üye olabilmelerine ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.”).

Düzenleme, tespit etme, gösterme ve belirtme gibi farklı ifadelerle kanuna yetki verilmesi ne anlam taşımaktadır? Öncelikle, bu yetkinin yasa koyucu tarafından kullanılmasının yargısal denetim dışında olduğu söylenemez. Anayasa’da gönderme yapılan “düzenleme, tespit, gösterme ya da belirtme” yetkisinin kullanımı, “sınırlama” biçiminde ortaya çıkabilir. Bu nedenle, Anayasa yargıcısı, temel hak ve özgürlük alanında düzenleme yetkisine dayanan kanunları “sınırlamanın sınırı”na ilişkin ilkeler bakımından denetlemek zorundadır.

## **7. Devletin Önlem Alma Yükümlülüğünü İçeren Temel Hak ve Özgürlükler**

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar, kimi zaman kanun ile düzenleme yetkisine benzer biçimde, “devletin tedbir alma yükümlülüğü”ne de gönderme yapabilir. “Tedbir alma”, en geniş anlamıyla düzenleme yetkisine yapılan bir göndermedir. Tedbir alma,

- hem hakkın veya özgürlüğün etkili biçimde kullanımı (örneğin; yabancı ülkelerde çalışan vatandaşların hakları Anayasa madde 62)

- hem de çatışma potansiyeline sahip hak ve özgürlükler ya da bir hak ya da özgürlüğün farklı kullanım biçimleri (örneğin; özel teşebbüslerin çalışma ve sözleşme özgürlüğü bakımından Anayasa madde 48/2) söz konusu olduğunda tercih edilmiş bir düzenleme biçimidir.

Tedbir alma yükümlülüğünün devlet olumlu edimini gerektiren sosyal ve ekonomik haklarda yer alması, hakkın etkili olabilmesi için bir zorunluluktur. Tedbir alma yükümlülüğü ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi devletin uzlaştırıcı ya da dengeleyici işlevinin öne çıkabileceği alanlarda karşılaşılması da bir zorunluluktur.

Tedbir alma yetkisinin kullanımı “sınırlama, düzenleme, tespit, belirtme, belirleme ve gösterme” gibi çok farklı biçimlerde kullanılabilir. Anayasa’da “tedbir alma yükümlülüğü”nün çerçevesinin çizildiği durumlarda “sınırlama nedenleri”ne yaklaşan bir düzenleme tekniğinin olduğu söylenebilir. Örneğin;

- Anayasa madde 44/1 (“Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır.”);
- Anayasa madde 48/2 (“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”).

Tedbir alma yükümlülüğüne ilişkin gönderme, gönderme yapılan anayasal nedenlere uygun olmak koşulu ile yasa koyucuya önemli bir takdir marjı bırakmaktadır. Yargısal karar sürecinde, tedbir alma yükümlülüğünün yorumu ve sınırları bakımından da, diğer hak ve özgürlükler ya da anayasal değerlerle desteklenen sistematik-teleolojik kanıtlamanın önemi artmaktadır (örneğin; çalışma ve sözleşme özgürlüğünde Anayasa madde 48/2’deki “sosyal amaçlar”ın anayasal değer olarak sosyal devlet ya da Anayasa’nın “ekonomik hükümler” başlığında 172. maddesinde düzenlenen tüketicinin korunması ile birlikte yorumlanması).

## 8. Temel Hak ve Özgürlüklere Yönelik Müdahalelerin Doğrudan Anayasa’da Tanımlandığı Haller

Anayasalar temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak yargısal ya da idari müdahaleleri açık ve ayrıntılı olarak da düzenleyebilir. Bunun anlamı, Anayasa’da aksine açık “teleolojik ve sistematik kanıtlar” bulunmadığı sürece, açık anayasal müdahalelerin “sınırlı sayıda” olduğu ve bunların kanun ile çoğaltılamayacağıdır.

Doğrudan müdahalelere yönelik en önemli ve kapsamlı anayasal hükümler, basın özgürlüğüne ilişkindir. Anayasa’nın 28. maddesi, basın özgürlüğü alanında “dağıtımın önlenmesi”, “yayım yasağı”, “toplatma” ve “geçici kapatma” olmak üzere dört özel tedbiri ayrıntılı biçimde (tedbirin uygulanmasında “özel neden” unsurları ve usul) düzenlemiştir. Basın özgürlüğü bakımından Anayasa’da sayılan ve ayrıntılı biçimde düzenlenen tedbirlerin dışında, Anayasa’da başka tedbirlerin uygulanabileceğini belirten hiçbir açık ya da örtülü düzenleme de yoktur. Süreli ve süresiz yayınlarda, basın özgürlüğüne yönelik mevcut anayasal tedbirler dışında kalan başka tedbir biçimleri, anayasal dayanağa sahip değildir. Basın özgürlüğünde mevcut anayasal kategoriler dışında kalan tedbirler, ancak ve ancak Anayasa değişikliği ile anayasal temele kavuşabilirler. Basın özgürlüğüne ilişkin tedbirlerin doğrudan Anayasa’da düzenlenmesi, ilk bakışta müdahaleci bir yaklaşım gibi gözükse de; bunlar, basın özgürlüğünün gereklerine uygun biçimde kaleme alındıkları takdirde, özgürlük açısından özgül bir güvence alanı yaratabilirler. Böylece basın özgürlüğüne yönelik müdahaleler yasa koyucunun takdirine bırakılmaz ve kanun ile genişletilemez.<sup>4</sup>

4 Aksi yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2006/121, K. 2009/90, K.t. 18.6.2009: “Anayasa’nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “*dağıtımın önlenmesi*” tedbiri ile dava konu fıkrada öngörülen “*yayımın geçici olarak durdurulması*” tedbiri arasında nitelik ve doğruluğu sonuçlar bakımından benzerlik bulunduğu, bu açıdan bakıldığında da yasa koyucunun Anayasa’nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan önlemden farklı bir düzenleme getirmedeği açıktır.” Karardaki çoğunluğa karşı yönde bkz. Osman Ali Feyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten, Necmi Özler ve Zehra Ayla Perktas’ın adı geçen karardaki karşı oy yazıları.

## 9. Doğrudan Etkili Temel Hak ve Özgürlük Normları

Anayasa’da temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar açık, koşulsuz ve yasa koyucunun takdir yetkisine yer vermeyecek biçimde düzenlenmişse, hiçbir aracı işleme gerek kalmaksızın doğrudan uygulanabilir; yargısal ve idari makamlar önünde doğrudan ileri sürülebilir (“doğrudan etki”).

Doğrudan etkili normların açık, koşulsuz ve yasa koyucunun takdir yetkisine yer vermeyen doğaları onlara ilke değil, “kural norm” niteliği kazandırır. Örneğin;

- Anayasa madde 39 (“Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.”);<sup>5</sup>
- Anayasa madde 32/2 (“Düzeltilme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hakim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.”)

Doğrudan etkili anayasal normlar temel hak ve özgürlük lehine güvenceler içerdiği ölçüde, ilke değeri taşıyan soyut normlardan daha büyük etki doğururlar. O nedenle, sistematik ihlallerin yoğun

5 Karş. Anayasa Mahkemesi, E. 1981/8, K. 1982/3, K.t. 6.5.1982: “Anayasa Koyucu’nun yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında isnadın doğruluğunu ispat hakkının hukuk devletindeki önemini takdir ederek bu hakkı özenle ve ayrıntılarıyla düzenlemiş olduğu; önceden yürürlüğe konmuş olan kurallarda gerekli değişikliğin yapılmasını emrettiği ve bunu yasa koyucunun takdirine bırakmadığı, aksine, onu bir süre ile bağladığı herhalde gözden uzak tutulamaz. Yasa koyucunun, geçici 7. maddedeki buyruğu yerine getirmemesi ve Türk Ceza Kanunu’nun 481. maddesindeki Anayasa aykırılığını giderecek yasayı çıkarmaması ve iptal ile itiraz yollarının da geçici 4. maddenin üçüncü fıkrasına göre tıkanmış olması karşısında kısıtlı kalan anayasal ispat hakkının bu içeriği ile uygulanmasının sürüp gitmesi, artık, düşünülemeyeceğinden mahkemelerce Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8 inci maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak, 481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasa’nın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması gerekmektedir.”

olduğu -Türkiye özelinde düşüncüyü açıklama, kişi güvenliği ya da hak arama özgürlüğü gibi- alanlarda doğrudan etkili anayasal normlar, tıpkı pozitifleşmiş öz güvenceleri gibi hak ve özgürlüklerin anayasal koruma düzeyini pekiştirecektir.

### **Sonuç**

Yukarıdaki sınıflandırma denemesi, Türkiye’deki normatif anayasal kurgular ile özgürlükçü karşılaştırmalı anayasal modellerde karşılaşılan temel düzenleme tekniklerinin genel resmini ortaya koymaktadır. Bu genel resimden ortaya çıkan sonuç, düzenleme tekniklerinin düzenleme içeriği kadar önemli olduğudur. Düzenleme içeriği, özgürlükçü bir eylekle tasarlanmış olsa bile, temel hak ve özgürlük alanındaki yöntembilimi ile temel hak kuramının verilerini önemsemeyen gelişigüzel normatif kurgular etkili sonuç doğurmazlar. Anayasa koyucuların temel hak ve özgürlük alanında hukuksal anlamda etkili normlar yaratabilmesi, özgürlükçü-çoğulcu yaklaşımın benimsenmesi yanında, Anayasa’da özellikle,

- temel hak ve özgürlüklerin bütünselliğinin benimsenmesine;
- koruma düzeyinin yüksek olması halinde uluslararası insan hakları hukukunun norm ve içtihat düzeyinde yargısal yorum ve uygulamaya dahil edilmesine;
- temel hak ve özgürlüklerde “sınırlanmanın sınırına ilişkin ilkeler” dışında, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin genel anayasal tercihi ve ilkeleri belirten bir norma yer verilmesine;
- sistematik ihlallerin görüldüğü alanlarda “pozitifleşmiş öz güvenceleri” ile “doğrudan etkili” temel hak ve özgürlük normlarının artmasına;
- gerçekten özgüleşmiş ve üzerinde iyi düşünülmüş özel sınırlama nedenlerinin saptanmasına;
- özel sınırlama nedenlerinin yorumu ile genel olarak yargısal denetimde “temel hak odaklı yorum”a vurgu yapılmasına bağlıdır.



---

# ANAYASA HUKUKU ile CEZA HUKUKUNUN KESİŞME NOKTASINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GÜVENCE ve YAPTIRIMLARINA İLİŞKİN SORULAR-SORUNLAR

---

**Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU**

---

Türk Ceza Hukuku Derneği'nin düzenlemiş olduğu Çalıştay'da konuştuğumuz konuların çerçevesini çizen sorular şunlar idi:

1. Anayasa ve Ceza Hukuku arasında nasıl bir ilişki vardır ve/veya nasıl bir ilişki bulunmalıdır? Bir hukuk devletinde bu ilişkiyi belirleyecek temel unsurlar neler olmalıdır? Bir başka deyişle bir ülkenin suç ve ceza politikasını belirleyen Anayasa Hukuku mudur, Ceza Hukuku mudur?
2. Anayasada temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında nasıl bir yöntem izlenmelidir? Temel hak ve özgürlükleri ilişkin uluslararası standartların iç hukukumuzda ceza veya ceza muhakemesi alanında bağlayıcı bir etkiye sahip olmasını/uygulanmasını sağlamak bakımından anayasanın nasıl bir işlevi olabilir?

Böyle bir işlevi gerçekleştirebilmesi bakımından anayasada temel hak ve özgürlükler ne şekilde düzenlenmelidir?

3. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma ölçütleri nasıl ve hangi hukuka göre belirlenmelidir?

Bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma ölçütleri Anayasada ve Ceza Hukukunda nasıl düzenlenmelidir?

Sınırlandırma ölçütlerinin uygulamada sürekliliği ve olağan hali gelmesi ya da genel kural haline dönüşmesi tehlikesine karşı koyacak ve/veya önleyecek düzenleme yapmak olası mıdır?

Sınırlandırılmayan temel hak ve özgürlükler kategorisi yaratmak olası mıdır?

4. Anayasadaki temel hak ve özgürlükler hakkındaki düzenleme ceza kanunu ve ceza muhakemesi kanununa ne ölçüde bir alan bırakmalıdır?
5. Küreselleşme olgusunun özellikle organize suç ve terörizm paradigması aracılığıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında yarattığı kapsamlı değişimler nedeniyle güvenlik ve özgürlük arasındaki dengeyi korumak için anayasa hukuku doğru bir araç mıdır?

Bu dengenin korunması bakımından anayasa ve ceza hukuku arasındaki ilişki nasıl olmalıdır?

Bu değişimler karşısında temel hak ve hürriyetlerin korunması ve sınırlandırılması bakımından anayasa hukuku yeni bir rol üstlenmeli midir?

6. Anayasanın temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelere karşı bireyleri koruyan bir kalkan olmaktan çıkıp, bu müdahaleleri meşrulaştıran bir araca dönüşmesi tehlikesini önleyecek mekanizmalar yaratmak olası mıdır?

Bu mekanizmaları anayasal sistem içerisinde mi aramak gerekir?

Sorular, ceza ve anayasa hukukunun birer bilim disiplini olarak yönelmesi gereken kendi alanlarındaki temel konular ile, ortak alanlarındaki temel sorunlara ilişkin, doğru ve kapsayıcı bir görüş açısını yansıtmaktadır. İyi sorulmuş sorular, iyi cevapları hak eder.

Bir anayasa hukukçusu olarak soruların bir kısmının ceza hukukunun ya da ceza muhakemesi hukukunun bilimsel alanında olduğunu ileri sürerek kaçabileceğim tek bir boşluk bırakılmamıştır. Aynı durum kanımca bir ceza hukukçusu için de geçerlidir. Soruları çok beğendim fakat cevaplarımın kendi açımdan dahi kapsayıcı ve yeterince tatmin edici olabilmesi için bir kaç ömür daha hukuk üzerinde çalışmam gerektiğini düşünüyorum.

Söyleyeceklerim, sorulara sadece bir cevap denemesidir. Her soruya ayrı bir cevap vermek yerine, soruların kapsam alanında kalmaya özen göstererek genel bir açıklamaya yapmaya çalışacağım.



Anayasa, siyasal ve hukuksal olarak örgütlenmiş bir toplumun normatif çatısıdır. Bu yüzden devletin kuruluşuna ilişkin ve kuruluşu tescil eden bir belge olarak tanımlanır. Anayasada, hem devlet örgütünün şeması vardır, hem birey-toplum- siyasal iktidar ilişkilerinin işleyişine egemen genel felsefe, ilkeler, değerler üzerine oturmuş bir kurumlar ve kurallar haritası vardır. Anayasa Hukuku, bir bilim olarak (en yalın anlamıyla) bu kurum ve kurallar haritasına egemen anayasacılık ilke ve teknikleri ile bu ilke ve tekniklerin bir anayasa belgesine nasıl ve ne kadar yansıtılabildiği /yansıtılabileceğine ilişkin çalışma ve araştırma alanıdır.

Anayasanın bir toplumun siyasal ve hukuksal örgütlenmesine normatif bir çatı işlevi görmesi, hatta bir bakış açısına göre “**siyasete giydirilen bir hukuk korsesi**” olması<sup>1</sup>, anayasayı öncelikle bir hukuk sorunu olarak görmek ve ele almayı gerektirir. Ancak bir bilim disiplini olarak anayasa hukukunun tanım ve kapsam alanı şüphesiz daha geniştir. Yönetenlerin statü ve yetkileri ile yöneten-yönetilen ilişkilerinin tâbi olması gereken kurallar ve bunların yorumu sorunu, anayasa hukukunu bir yandan “olması gereken” açısından bir “moral bilim” haline getirirken, diğer yandan siyasetin laboratuvarındaki tüm olan bitenler, bunların araştırılması ve araştırmaların sonuçları üzerinden esaslarını oluşturan bir dogmatik anayasa bilimi de kendi alanını inşa etmiştir.

Bir moral bilim olarak anayasa hukukunun ve bir dogmatik olarak anayasa biliminin ortak alanında siyasal toplumun/devletin hukuksal çerçevesine ilişkin kurumlar, kurallar ve ilkeler vardır.

Ceza hukuku ile anayasa hukukunun ilişkisini bu kabul üzerinden kurmak gerekir. Bir siyasal sistemde ceza hukuku ile düzenlenen alan, devletin varlık sebep ve amacı ile birebir örtüşen bir alandır. Anayasacılık liberal çağda, liberal ideolojinin ürettiği bir kavramdır. Siyasi iktidarın görev ve yetkilerinin sınırlanması kadar, bu görev ve yetkilerin ihtiyaçlar ölçüsünde ve ihtiyaçlara uygun olarak tanımlanması zorunluluğunu da içerir. Devlette en temel fonksiyonun yargı oluşu, cezalandırma hakkının bireysel oluşunun yarattığı

1 Bu betimleme Bakır Çağlar'a aittir. Sevgi, saygı ve rahmetle anıyorum.

potansiyel tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesi amacı ile açıklanır. Dolayısıyla anayasa hukukunun incelediği alanda, ceza hukukunun kapsam alanındaki tüm konuların birlikte ifade ettiği anlam şu olmalıdır: Kişi özgürlüğü ve güvenliği ile kamu düzeninin devlet otoritesi ile sağlanması demek, özgürlük, güvenlik, kamu düzeni ve devlet otoritesi kavramlarının koruduğu/koruması gereken alanlar ile bu korumanın araç, yöntem ve amaçlarının, anayasacılığın ilke ve amaçları ile örtüşmesi demektir. Başka bir deyişle ceza hukuku, tıpkı diğer hukuk disiplinleri gibi anayasa hukukunun görüş açısı içindedir.

“Bir hukuk devletinde bu ilişkiyi belirleyecek temel unsurlar neler olmalıdır? Bir başka deyişle bir ülkenin suç ve ceza politikasını belirleyen Anayasa Hukuku mudur, Ceza Hukuku mudur?” sorusuna gelince;

“Devletin ve idarenin işlemlerinin hukuka uygun olması” olarak tanımlanan hukuka uygunluk ilkesi hukuk devletinin merkezinde ortaya çıkmıştır. Hukuk devletinin tanımlayıcı karakteri, hukukla bağlantısını da ortaya koyar. Bu devletin yönetimi hukuk üzerinde temellenir ve bu hukuk kuralları gerek devletin kendisi için, gerek onun adına egemenlik yetkisini kullanan siyasal iktidar ve gerek tüm yurttaşlar için bağlayıcı niteliktedir.

Anayasa Hukuku ile Ceza Hukuku arasındaki ilişkiyi buradan çıkarmayı denersek; Anayasanın hukuk düzeninin normatif çatısı, tüm kişi, kurum ve devlet organları için bağlayıcı üstün hukuk normları demeti olarak tanımlandığı ve yürürlükte olduğu yerde, “anayasaya aykırı olmamak” kayıt ve şartıyla yürürlükte bulunan ceza hukuku normları somut, doğrudan uygulanabilir, objektif kurallar olarak varlık kazanır. Bir ülkenin suç ve ceza politikası, örneğin 1982 Anayasasının 17., 19. ve 38. maddelerinde düzenlendiği şekliyle genel ilke ve yasaklar biçimde anayasal olarak düzenlenir. Bu, suç ve ceza politikasının genel ilkeleri ile anayasada yer aldığı anlamına gelir. Fakat bilindiği gibi politika, sadece ilke koymaktan ibaret değildir. Bu ilkelerin somutlaştırılması, ilkelere uygun kural koymak ve uygulamak faaliyeti de suç ve ceza politikası içinde yeri-

ni almalıdır. Bu da, sadece anayasa ve anayasa koyucunun değil, ceza yasalarını anayasaya uygun olarak yapmakla yükümlü yasama organının, anayasadaki suç ve cezaya ilişkin ilkeleri, anlam ve amacına uygun olarak yaşama geçirmekle yükümlü yargı organlarının suç ve ceza politikasının oluşturulmasındaki etki ve işlevlerini ortaya koyar.

Anayasada temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında izlenmesi gereken yöntem, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası standartların iç hukukumuzda ceza veya ceza muhakkemesi alanında bağlayıcı bir etkiye sahip olmasını/uygulanmasını sağlamak bakımından anayasanın nasıl bir işlevi olabileceği konusuna gelince;

Temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altına alınması, modern anayasacılık düşüncesi içinde vazgeçilmez bir zorunluluk ve anayasalı bir devleti anayasal devlet kılabilmenin ön koşuludur. Çağdaş anayasalar, temel hak ve özgürlükleri geniş bir kategori içinde tanımlayıp güvencelemek konusunda aşağı yukarı ortak bir tutum içindedirler.

Bir hak ve özgürlüğün anayasal koruma altına alınması, onun kamu özgürlüğü statüsü kazanmasının ötesinde, devletten talep edilen bir hak olabilmesini de sağlar. Hakların ve özgürlüklerin anayasaya alınmasında demokrasilerde genellikle benimsenen yöntem, hakları ve özgürlükleri düzenledikleri maddelerde açık ve ayrıntılı bir biçimde tanımlamak ve kullanım alanını çizmektir. Birey merkezli haklar ve özgürlükler sisteminde hak ve özgürlüklerin dokunulmaz alanı, iki kriter ekseninde tanımlanmaya çalışılır. Bunlardan biri öze dokunma yasağı, diğeri demokratik toplum düzeninin gereklilikleridir. Bu sistemde hak ve özgürlüklerin tahrip edilemez, dokunulamaz asgari alanı, insan onuru ya da birey olma hakkıdır. Temel haklar bugün sadece devlet gücüne getirilmiş kayıtlamalar olmaktan çıkmış, devlet anlayışını da şekillendirmiştir. İktidarın hak ve özgürlükler alanına giriş usul ve sınırları, iktidarın ölçülü kullanım ilkesi ile birlikte değerlendirilmelidir.

Özgürlüklerin tanımlanmış ve koruma altına alınmış birer hak olarak anayasalarda yerini aldığı demokratik bir toplumda, hakların kötüye kullanılması ihtimali her zaman vardır. Anayasal düzenin bu nedenle tehlikeye girmesi durumunda ne yapılacağı anayasanın ilgi alanındaki bir konudur. Anayasalar kriz ihtimaline karşı önlem veya çözüm formülü bulduran bir içerikle hazırlanabilir. Çünkü kriz bir siyasal sistemde içerden ve dışardan tahrik edilen çeşitli koşulların ve gelişmelerin etkisiyle her an ortaya çıkabilir. Krizler çeşitli nedenlerden beslenirler. Bu nedenlerin biri, örneğin siyasi iktidarın otorite kullanımında yetki çerçevesini aşan bir keyfilik sergilemesi olabileceği gibi, diğeri; birey haklarının doğasındaki anlam ve amacı aşan bir kötüye kullanım da olabilir. Özgürlükler, başkalarının özgürlükleri ile birlikte var olan ve başkalarıyla paylaşılan bir alanda kullanılan serbestilerdir. Yasal bir düzenleme olmasa dahi özgürlüğün doğasında sınır vardır ve özgürlük doğal sınırları içinde yaşanır. Her özgürlük, niteliği gereği kendisi için farklı bir koruma alanı gerektirir.

Liberal düşüncenin özgürlük savunusu, özgürlük konusundaki felsefi yaklaşımı ile birebir örtüşmektedir. Bu düşünce içinde özgürlüklerin verilmesi nihai bir amaçtır. Özgürlükler bir kez tanınırsa toplumdaki bir çok sorun kendiliğinden çözülecektir. Rasyonel ve kendini geliştirme yolunda önündeki engellerden kurtarılmış birey, kendisi için en doğru olanı bulacak, bireysel olarak ulaşılan doğrular ise toplumsal doğruyu ve faydayı kendiliğinden gerçekleştirecektir. Bu bağlamda, örneğin etnik grupların kültürel hak ve özgürlüklerini tanımak, bu grupları silaha başvurarak ulaşmak istedikleri siyasi hedeflerden vazgeçirecektir. Ölçütlerini ve standardını batı dünyasının belirlediği düzeyde özgürlüklere sahip olmak, gelişmiş ve demokrat sayılmak için gerekli ve yeterlidir. Böyle bir özgürlük algısı ve savunusunun gözden kaçırıldığı bazı önemli hususlar vardır. Örneğin özgürlüklere sahip olmakla özgürlükleri kullanabilir olmak arasındaki ilişki kurulmamakta, özgürlüğün ancak bu iki boyutuyla var olabileceği hiç dikkate alınmamaktadır. Grup haklarını tanıyan özgürlüklerin kullanılmasında, toplumun tümünün ve siyasi yapının

söz hakkı hiç hesaba katılmamaktadır. Oysa özgürlük taleplerinin arkasında yatan amaçlardan ve bu özgürlüklerin kullanılması neticesinde gerçekleştirilmek istenen çıkarlardan bağımsız, soyut bir özgürlükler talebi ve savunusu demokratik bir devlet ve toplum arayışına hizmet etmez. Talep ettiğimiz ve kazandığımız özgürlüklerle ne yapmak istediğimiz ve nasıl bir yaşam kurmayı amaçladığımızı karar vermeliyiz.

Bir anayasada, haklar ve özgürlükler rejiminin sınırsız olamayacağına ilişkin yaptığımız bu açıklamalar, ceza hukukunun haklar ve özgürlükler rejimi karşısındaki konumunu da ortaya koyuyor. Ceza hukuku, haklar ve özgürlüklerin anayasal rejimini bozulduğu yerde düzeltmek, eksildiği yerde tamamlamak, ihlal edildiği yerde yaptırım ile karşılamak için vardır. Ceza hukukunun söz ve eylem alanında, suçun faili ve mağduru olan kişilerle, suça doğrudan veya dolaylı bulaşanların ihlal ettiği hak ve özgürlük alanları ve güvenceleri ile, suç yolu ile bozulan ve kamu otoritesi ile tamir edilmesi gereken bir kamu düzeni vardır. Ceza hukukunu sadece sanık haklarına özgülemek, anayasa hukukunu sadece birey hak ve özgürlükleri ile sınırlamak kadar tehlikeli ve yanlış bir bakıştır.

Haklar ve özgürlüklerin anayasacılık açısından taşıdığı anlam, ceza hukukunun hak ve özgürlük sorunsalı için de aydınlatıcı olabilir. Buna göre; haklar ve özgürlükler bireyler için bir siper, siyasi iktidar için bir sınır, anayasacılık bu siper ve sınır arasındaki mesafeyi koyan ve koruyan ilke ve teknikler bütünü, anayasalar bu ilke ve teknikler gözetilerek oluşturulmuş üst ve bağlayıcı normlar demetidir. Bu tanımda siperleri aşanla sınırı geçen aynı tehdit ve tehlike potansiyelini taşımaktadır. Kamu otoritesi her iki ihtimali önlemek amacıyla göre, uygun araç ve yöntemlerle donatılmış bir yaptırım gücüdür. Otoritenin olmadığı yerde, hak da olmaz, özgürlük de. Anayasa hukukunun ve ceza hukukunun bireyin hak ve özgürlüğünü koruma işlevi, hak arama kanallarını açma, bağımsız yargının güvencelerini yaratma, kişi güvenliğine ilişkin evrensel hukukun genel ilkelerini yansıtan standardı gözetme gibi konularda kendini gösterir.

Dolayısıyla, “birey gerçekliğini inkâr etmeden ve özgürlükçü düşünce çizgisinden sapmadan ama devleti de bireyin özgürlük alanlarına her fırsatta saldırmaya hazır potansiyel bir kötülük olarak görmeden birey-toplum-devlet ilişkilerini nasıl bir anayasal model içine oturtabiliriz” sorusu, devlette temel hak ve özgürlükler sorununa pür liberal bir bakış açısıyla yaklaşmak tuzağına düşmekten bizi alıkoyacak bir sorudur. Modern anayasaların haklar ve özgürlükler konusundaki düzenlemeleri hak ve özgürlüğün bireyin tasarrufundaki mutlak bir yetki olmadığını bize gösterir. Kuram da bu yönde gelişmiştir.

Fakat ne bir anayasa, ne de milli iradenin tecelli ve tezahür ettiği yer olarak korunup kutsanan parlamentolar hak ve özgürlüklerin korunmasında tek başına yeterli ve etkin güvenceler sağlayamazlar. Otorite-özgürlük dengesinin gerçekçi temeller üzerinde ve sağlam bir mantıkla kurulamadığı yerde anayasanın özgürlükleri ne kadar içerdiği ve nasıl koruduğu çok da önem arz etmemektedir.

Yasaların, bireysel özgürlüğün koruma araçları olduğunu söylediğimizde, yasaların salt özgürlük sağlamak ve özgürlükleri korumak amacıyla yapıldığı yolunda bir algı geliştirmek mümkündür. Oysa ki başka bir yönden yasalar kural koyan, yasalar getiren içerikleriyle özgürlükleri daraltıcı bir işleve de sahiptir. Ceza Hukuku ve ceza kanunlarının bu yönden en fazla özgürlük daraltıcı işleve sahip oldukları söylemek mümkündür. Özgürlüğün, toplumsal yaşamda herkese tanınan ve herkes tarafından kullanılan ve bu anlamda paylaşılan serbestiler olması onların ilişkisel niteliğini de ortaya koyar. Bütün ilişkisel özgürlükler karşılıklı olarak sınırlanmıştır ve zarar verme biçiminde kullanılamazlar. Baskıcı olmayan bir siyasal sistem oluşturma konusunda bilinen tek yol, yasaların üstünlüğünü koruyarak, iktidarın kişiselleşmesini önlemektir. Ama özgürlükle yasa arasındaki bağ, hiçbir zaman günümüzdeki kadar tehlikeli olmamıştır. İlke olarak yasaların yönetimi, yasa koyucuların yönetimine dönüştüğünde baskının en karışık ve kaba biçimi için yol açılmış demektir. Bu “yasa” adına yapılan baskıdır. Çünkü yasama organının, temsili demokrasinin oyun kuralı içinde kendi payına düşen yetkiyi kullanarak yasa yapması, uygulamada çoğunluğun iradesini herke-

sin boyun eğeceği bir kurala dönüştürmektedir. Oysa anayasal bir yönetimde özgürlükler ve onların düzenleme alanını çizen yasalar çoğunluğun iradesiyle konulan kurallar değil, toplumsal uzlaşmanın konusu olması gereken değerlerdir.

Ayrıca haklar ve özgürlüklerin anayasa ve yasalarla korunmasını tamamlayıcı güvenceli bir koruma sistemi ceza muhakemesi hukuku ve hâkim bağımsızlığı ile getirilmelidir.

Hukukun temeli bağımsız yargıdır. Hukuki işlemlerin adalete uygun bir şekilde sonuçlandırılmasının aracı da bağımsız bir yargı organıdır. Mahkeme kararlarını kişisel veya siyasi eğilimler değil hukuka uygun yasalar biçimlendirirler. Yargı bağımsızlığının en önemli unsurlarından biri de yargının tarafsızlığıdır. Yargı bağımsızlığı ise ancak kamuoyundan güç ve destek aldığı oranda pekişir. Çünkü bağımsız yargı bilinci de özgür bir toplumda gelişen ve hak ve özgürlükler rejimince korunması gereken bir özgürlük alanıdır.

Uluslar arası hukukun hak ve özgürlüklerin korunması bakımından getirdiği standartlar, hak ve özgürlüklerin gelişim çizgisindeki son aşamadır. Bilindiği gibi bu gelişim çizgisinin ilk aşamasında hak ve özgürlükler hukuksal tanıma konusu olmuşlar, haklar bildirileri ve anayasalarda yerlerini almışlardır. Hakların ve özgürlüklerin uluslar arası tanım ve koruma görmesini, bildiriler, sözleşmeler, uluslar arası denetim mekanizmalarının kurulması gibi gelişmeler izlemiştir. Hukuki gelişim çizgisinin diğer bir aşaması tanınan, uluslar arası koruma kazanan hak ve özgürlüklerin ulusal ve ulusal üstü yargı yolu ile korunması, bir başka deyişle yargısallaşmasıdır.

Uluslar arası hukukun temel hak ve özgürlükler konusunda getirdiği koruma hükümlerinin iç hukuk açısından bağlayıcı olması konusunda getirilen hukuk tekniği formülü, devletin taraf olmasıyla, antlaşmalarla tanınan hakları iç hukukun tamamlayıcı parçası sayan görüşün rasyonelleştirilmesidir. Örneğin Avusturya anayasal sisteminde İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi ve ek protokoller federal anayasa hukuku düzeyinde iç hukuk normları gibi bağlayıcıdır. İspanyol Anayasasında kabul gören formül, anayasanın tanıdığı hak

ve özgürlüklerle ilgili normların İnsan Hakları Evrensel beyanname-si ve aynı konuda İspanya'nın onayladığı antlaşma ve milletlerarası sözleşmelere uygun yorumunu öngörmüş, İspanyol Anayasa Mahkemesi de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadını iç hukuka aktarmaya başlamıştır.

1982 Anayasası'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen değişiklikle; “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

Görülüyor ki, uluslar arası hukukun haklar ve özgürlükler konusunda getirdiği güvenceler, iç hukukta bağlayıcılık kazanmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin doğaları gereği sınırlı olduğu ve bu sınırlar içinde kullanılması gerektiğine ilişkin düşüncemi yukarıda belirtmiştim. Sınırlandırma konusunda genellikle uygulanan teknik, hak ve özgürlüklerin koruma alanının anayasa ile düzenlenmesidir.

Hakkın norm alanının düzenlenmesinde anayasa ile kanun koyucuya yetki verilmesi de bir diğer düzenleme tekniğidir.

Bizim anayasamız, 17-74. maddeler arasında, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında üç ayrı kategoriye yerleştirdiği hak ve özgürlükleri tanımlamış, norm alanlarını belirlemiştir. Bu anlamda, hak ve özgürlüklerin koruma alanının anayasa ile düzenlenmesi konusundaki tekniğin uygulandığı görülmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13. madde ise, 2001 değişikliği ile aldığı şekle göre, artık bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması konusunda yasa koyucunun tabi olacağı sınırların anayasa ile belirlendiği bir başka deyişle “hakkın sınırlanmasının sınırlarının” anayasa ile koyulduğu bir maddedir. Bu maddeyi, yasa koyucuya bir hak ve özgürlüğü sınırlama konusunda yetki veren ancak yetkinin sınırlarını da açık ve ayrıntılı biçimde koyan bir madde olarak okumak gerekir. Madde metninde yer alan; “...yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” ifadesi, bir hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede anayasanın o



hak ve özgürlük için sınırlama sebep ve kriteri koymuş olması şartına bağlı olarak o hak ve özgürlüğün sınırlanabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla anayasamızda “sınırlanması mümkün olmayan bir hak ve özgürlükler alanı” yaratılmış olduğunu da söylemek mümkündür. Ancak 17-74. maddeler arasında bu açıdan bir tarama yaptığımızda sadece “düşünce ve kanaat hürriyeti” ni düzenleyen 25. maddede bir sınırlama sebebi gösterilmediğini görüyoruz. Bir başka deyişle kafamızın içindekilerde bir sınıra tabi değiliz. Ama hemen arkasından gelen 26. maddedeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırları vardır ve çoktur.

Sonuçta hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelik olarak örgütlenmiş bir devlettir. Yargısal koruma, kuvvetler ayrılığı, hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasa kaydı, ölçülülük, oranlılık, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü gibi, yasalarla yapılacak bir sınırlamada yasanın takdir alanını daraltan ve yasama organının olası keyfi uygulamalarına siper oluşturan kriterler, hukukun temel ilkeleri ışığında geliştirilen kişi güvenliğini sağlamaya yönelik tüm kurumsal tedbirler ve güvenceler hukuk devletinin etkili araçlarıdır. Ancak bu araçlar arasında işlevsel açıdan en güçlü olan kuşkusuz birey hak ve özgürlüklerinin korunmasında en etkili mekanizma olan anayasa mahkemeleridir. Anayasa mahkemeleri eli ile gerçekleştirilen içtihadi anayasa hukukunun doktriner kaynakları arasında hukuk devleti kavramının da yer alması ve mahkemenin bu kavramın anlamsal içeriğini, eklediği yeni ilkeler ışığında daha da zenginleştirmesiyle hukuk devleti ile anayasa yargısı arasında anlam açısından birbirini tamamlayan bir bütünlük oluştuğunu da söyleyebiliriz.



---

# ANAYASA ve CEZA HUKUKU

---

**Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU\***

---

## I. Giriş

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin anayasal ilkeler ve uygulaması (II) demokratik bir hukuk devletinde Anayasa ve ceza hukuku arasındaki ilişkiyi (III) belirleyen ana etken konumundadır. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında uluslararası insan hakları hukuku standartlarının geçerli olması, bu ilişki bakımından göz ardı edilemeyecek bir diğer unsurdur (IV).

## II. Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi

### 1. Kaynağı

Temel hak ve özgürlükler, bir anayasanın temel yapısına ilişkin özü oluşturmaktadır. Devlet iktidarının meşruluğu, bireyin özgürlüğüne dayalı bir ortak yaşamın dış düzenini sağlamak zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Bu açıdan 1982 Anayasası'nın devlet- birey ilişkilerine yaklaşımı nedir? Bu soruyu yanıtlayabilmek için anayasanın geçirdiği evrimi görmek gerekir. Zira Anayasa'nın siyasal felsefesi zaman içinde yapılan değişikliklere bağlı olarak özgürlükçü bir evrime uğramıştır. Anayasa'nın ilk şeklinde devletin kutsandığı, otoriter ve katılımcılığı engelleyen bir siyasal felsefe hakim iken<sup>1</sup>, özellikle 2001 Anayasa değişikliği olmak üzere yapılan düzenlemelerle bu yapıda bir esneme sağlanmıştır. Genel esaslarda 13. maddenin genel koruma hükmüne dönüştürülmesi, 14. maddedeki kötüye

---

\* Prof. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Tanör B., İki Anayasa 1961-1982, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 120.

kullanma yasağının daha ölçülü hale getirilmesi, 90. madde ile uluslararası insan hakları hukukuna açıklık, bu konudaki önemli yeniliklerdendir.

Genel olarak bugüne kadarki anayasa değişikliklerinin çoğu demokratik hukuk devleti ilkesini geliştirici yönde olmasına rağmen özgül temel hak kategorilerine ilişkin anayasa değişiklikleri yapılarak alınması gereken daha uzun bir yol vardır<sup>2</sup>.

Anayasa'nın genel esaslara yer veren ilk kısmında, temel hak ve özgürlüklerin "kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez" niteliğine vurgu yapılmaktadır (md. 12). Bu hüküm, Anayasa'nın insan hakları yaklaşımının, aydınlama felsefesine dayanan ve devletin pozitif üstü yükümlülüklerini yansıtan doğal hukuk anlayışından kaynaklandığını göstermektedir. Fakat insan haklarının doğal hukuk kaynaklı bu niteliği, uygulamada herhangi bir rol oynamaz. Doğal hukuka ilişkin istemler, Anayasa ile pozitif hale gelmiştir.

## 2. Sınıflandırılması

Temel hak ve özgürlükler Anayasa'da klasik tasnife uygun biçimde üçlü ayrıma tabi kılınmıştır: Kişi hakları - sosyal ve ekonomik haklar - siyasi haklar. Anayasa'daki bu gruplandırma açıklayıcı niteliktedir. Böylelikle her bir temel hak, belirli bir yaşam alanını düzenleyebilmektedir.

Temel hak bölümleri geçişkendir, kesişim kümeleri oluşturabilir; bir temel hak birden çok bölüme ait olabilir. Bu bakımdan temel hakların teorik olarak sistemleştirilmesi, tek tek hakların yorumunda yardımcı bir araç olmanın ötesine geçmez<sup>3</sup>.

Temel haklar ile devletin görevleri (AY md. 5) ve yapısal değişmez ilkeleri (AY md. 2 ve 3) arasındaki ilişkiye ilişkin şu saptamada bulunulabilir:

Temel haklar özünde devlete karşı subjektif haklar olarak vatandaşın dava edilebilir talep hakkı tanır. Buna karşılık devletin görevlerini düzenleyen hükümler işlevleri gereği objektif niteliktedir; bire-

2 Aynı yönde bkz. Tanör B./Yüzbaşıoğlu N., Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2009, s. 56-57.

3 Badura P., Staatsrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1996, s. 90.

ye devleti belirli bir davranış şekline zorlayacak dava edilebilir bir talep hakkı sunmaz. Buna karşılık temel hakların anayasal yorumunda subjektif ve objektif hak ayrımı kaybolmaya yüz tutmaktadır<sup>4</sup>. Cumhuriyetin temel ilkeleriyle temel haklar arasında temel hak korumasını pekiştirir yönde ortak bir bakış oluşmaktadır<sup>5</sup>.

### 3. Koruma Alanı, Müdahale, Sınırlama, Sınırlamanın Sınırı

Toplum ve devlet içinde bireyin mutlak özgürlüğü söz konusu olamayacaktır. Özgürlüklerin kullanılabilir olması için hukuk düzeni tarafından sınırlandırılmak zorundadır. Temel hak güvencesi ve sınırlaması, bireysel ve toplumsal çıkarların çatışmasının bir yansımasıdır.

Bu aşamada dört basamaklı bir temel hak ve özgürlük denetiminden hareket edilebilir<sup>6</sup>: a) Temel hak ve özgürlüğün konusu (koruma alanı), b) Temel hak ve özgürlüğe müdahale, c) Sınırlama, d) Sınırlamanın sınırı. İnsan onuru tartışmalı olmakla<sup>7</sup> birlikte bu dört aşamalı denetim tüm temel hak ve özgürlükler için geçerlidir.

#### a) Koruma Alanının Belirlenmesi

Her temel hak ve özgürlük, belirli alan ve koşulları korur. Koruma alanı bir davranış biçimi olabileceği (düşünce açıklama, toplantı yapma) gibi bir hukuki değer içinde de oluşabilir (yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı). Temel hak sahibinin bir özelliği de koruma alanına girebilir (cinsiyet).

4 Bazı temel hak ve özgürlükler, devletin faaliyette bulunma yükümlülüğüyle gerçekleşecek bir koruma güvencesini de içerirler. Bunlar, üçüncü kişilerin ya da sosyal ve ekonomik güç odaklarının ihlallerine karşı ceza hukuku yaptırımları yoluyla özel bir devlet korumasını gerektirebilirler. Örneğin büyük sanayi kuruluşlarının sağlığa ve çevreye verdiği zararlar bakımından yasakoyucu ve idare, sağlıklı çevrede yaşama hakkını (Anayasa md. 17/1 ve 56/1) koruyacak önlemler almalıdır. Temel hak ve özgürlükler, sınırların yanısıra yasakoyucu için görev ve yönlendirmeleri de bünyesinde barındırır, bkz. age. s. 90.

5 Bu bağlamda demokratik ve laik cumhuriyetin gerekleri, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların sınırını oluşturmaktadır (Anayasa md. 13).

6 Kloepfer M. , Verfassungsrecht Band II Grundrechte, Verlag C. H. Beck, München 2010, s. 81 vd.

7 Schlehofer H. , "Anayasa'nın İnsan Onuru Garantisi-Devletin Cezalandırma Yetkisinin Mutlak ve Göreceli Sınırları Üzerine" (Çev. Tepe İ.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 557-564.

Koruma alanı, kişisel ve maddi olmak üzere ikiye ayrılır. Kişisel koruma alanı, temel hak sahipliği (süjesi) sorunu ile ilgilidir. Gerçek ya da tüzel kişi temel hak süjesi olabilir. Tüzel kişiler için vatandaş/yabancı, özel/kamu hukuku tüzel kişisi olmak yanında temel hak ve özgürlüklerin niteliği gereği tüzel kişiler üzerinde uygulanabilir olup olmadığı sorusu da ortaya çıkacaktır.

Yaşam gerçekliğinin bir temel hak normu tarafından korunan bölümü, maddi koruma alanını oluşturur ve kapsamı çoğunlukla yargıcın yorumuyla belirlenir<sup>8</sup>. Temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı, düzenleme alanından kısmen ayrılır. Düzenleme alanı tüm yaşam alanını kapsar. Örneğin toplantı hakkının düzenleme alanı tüm toplantılardır; buna karşılık koruma alanı ise silahsız ve saldırısız olanlardır (Anayasa md. 34/1).

Her temel hak ve özgürlüğün maddi bir sınırı vardır. Bu sınırı, korunan yaşam içeriğinin devletin önlemiyle olan ilişkisi belirler. Örneğin vicdani ret hakkı ancak vicdani sebepler, bilgi edinme hakkı ancak genel ulaşılabilir kaynaklardan elde edilenler bakımından öngörülmüştür.

### **b) Temel Hak ve Özgürlüklere Yapılan Müdahale**

Devletin temel hak ve özgürlüklerin koruma alanına zorla girmesi anlamına gelir. Ancak müdahalenin varlığı, her zaman meşruluğu anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, müdahale ile ihlal eşanlamı değildir. İhlal, müdahalenin temel hakkın sınırları içine girmemesi ya da sınırlamanın sınırlarını aşması halinde söz konusu olur.

Klasik bir müdahale; amaca yönelik, doğrudan etkili, zorunlu ve gerçekleştirilebilir bir hukuki işlemi gerektirir. Bu da devletin bir emir ya da yasağıdır. Ancak bugün klasik tanım, sosyal devlet yapısı ve idarenin informel faaliyetleri bakımından yeterli olmuyor. Nitekim polisin kaçan hükümlüye ateş edip, yoldan geçeni vurması örneğinde, temel hak sahibi için müdahalenin kasti olup olmaması

8 Örneğin Anayasa'ya göre evlilik birliğini oluşturan eşlerin, kadın-erkek arası yaşam ortaklığını mı ifade ettiğini, bunun dışında aynı cinsiyettekilerin de evlilik hakkına sahip olup olmadıkları yorumla tayin edilebilecek bir husustur.

bir önem taşımamaktadır<sup>9</sup>. Buna göre önemli olan, doğrudan/dolaylı, fiili/hukuki, emir ve zorlama olup olmaması değil, etkinin kamu gücünün neden olduğu ve ona atfedilen bir davranışından kaynaklanmasıdır.

### c) Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırları

Devlet önleminin temel hak ve özgürlüğün koruma alanına müdahale ettiğinin saptanmasıyla ihlalin gerçekleştiği söylenemez. Çoğunlukla temel hak ve özgürlükler belirli anayasal sınırlara tabidir ve temel hak ve özgürlük sahibi meşru müdahalelere katlanmak zorundadır. Sınırlara uyulması, müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlar.

Anayasa'daki sınırlama nedenlerine bakış, sistematik boyutlar içerir. Anayasa'da sınırların tipolojisi çeşitlidir ve açıklıktan uzaktır. 1982 Anayasası (Alman Anayasası gibi) bütünlük içeren bir sınırlama sistematigine sahip değildir; aksine bir "sınırlama karmaşası" göstermektedir. Anayasa md. 13'e göre, "sınırlama" yapılabilecekken, md. 15 "tedbirler alınabil"mesinden (Anayasa md. 17/son ve 18/2 de benzer biçimde) söz etmektedir. Anayasa md. 91'de ise "düzenleme" terimi tercih edilmiştir<sup>10</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin somutlaştırılması (belirlenmesi) de sınırlamadan farklı bir kavramdır. Örneğin Anayasa'da, devlet, ailenin korunması için "gerekli tedbirleri alır" (md. 41/2) ve "öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir" (md. 42/2) hükümleri yer almaktadır. Kanunkoyucunun bu konulardaki düzenlemeleri ancak temel hakkın kullanımı için gerekli ve özgürlük alanını genişletiyor olması halinde Anayasa'ya uygun olacaktır. Bu düzenlemeler aynı zamanda yükümlülükler getiren ek sonuçlara yol açıyorsa, izlenen amaca uygun olarak ölçülü olmak gibi sınırlamanın sınırına ilişkin güvencelere de uymalıdır.

9 Kloefer M. , Verfassungsrecht Band II Grundrechte, s. 86.

10 Anayasa'da "düzenleme" kavramı, çoğunlukla örgütlenme ve usule ilişkindir; temel hak kullanımını mümkün kılmaktadır ve ilke olarak temel hak içeriğini sınırlandırmaktan kaçınılmalıdır (bkz. Anayasa md. 67, 68 ve 69).

Buna terminolojik güçlükler de eklenmiştir. Örneğin sınırlama nedenleri, “sebeb” (Anayasa md. 13, 33) ya da “amaç” (Anayasa md. 23/4, 26/2) sözcükleriyle ifade edilebilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırları, Anayasa’da düzenlenmelidir. Sınırlama için yasal dayanak, anayasal temeldir. Anayasa (md. 11 ve 13), yasakoyucuyu temel hak ve özgürlüklerle bağlar. Anayasa’nın 13. maddesinin 2001 yılında yapılan değişiklikle genel sınırlama hükmü olmaktan çıkarılması olumlu bir gelişmedir. Sınırlama, her temel hak ve özgürlüğün niteliğinden kaynaklanan farklılıkları dikkate alan kademeli bir sisteme bağlanmıştır.

Ayrıca parlamento, temel hakların kullanım alanına ilişkin tüm önemli kararları kendisi almalıdır. Yasa, sınırlamanın koşullarını, sınırlama yetkisini tamamen idare ve yargıcın takdirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak belirlemelidir<sup>11</sup>.

Anayasa metninde sınırsız güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler (vicdan özgürlüğü, dilekçe hakkı, çalışma özgürlüğü gibi) de belirli sınırlara tabi kılınabilir. Bu sınırlar, Anayasa tarafından belirlenmiştir. Doğrudan Anayasa’dan elde edilen bu sınırlamalar, somut normatif ifadeye dayanılarak dar yorumlanmalıdır<sup>12</sup>. Her hukuki değer uygun sınırlama nedeni olarak kullanılamaz; ancak üçüncü kişilerin çatışan temel hak ve özgürlükleri ya da Anayasa derecesindeki hukuki değerler, sınırlama kaydı içermeyen temel hakların sınırlandırılmasında kullanılabilirler<sup>13</sup>.

#### **d) Sınırlamanın Sınırı**

Sınırlamanın usulüne uyularak yapılmış olan bir kanuna dayanması ve bu kanun da açık ve belirli olması gerekir. Kanun açık ve

11 Hesse K. , Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg s. 216.

12 Pieroth B./Schlink B. , Staatsrecht II, Grundrechte, 24. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2008, s. 64.

13 Mahkemeler çatışan anayasal normlar arasındaki üstünlük kararını genel olarak değil, sadece ilgili sorunsal bakımından vermelidir. Çatışmanın çözüm aracı çatışan anayasal normların tartıya vurulması, tartımın amacı da pratik uyuşumun (praktische Konkordanz) sağlanması olmalıdır, bkz. Sachs M., “Grundrechtsbegrenzungen ausserhalb von Gesetzesvorbehalten”, JUS 1995, s. 998.



belirli değilse, kanunun amacıyla ulaşılabilecek olandan daha çok sınırlamaya kapı açar. Kanunun özgün amacını aşan bir müdahale ölçüsüz olacaktır.

Temel hak ve özgürlüğü sınırlayacak yasa genel olmalı ve sadece tek bir olay için geçerli olmamalıdır. Burada öncelikle genel eşitlik kuralının bir somutlaştırması söz konusudur. Yasakoyucu benzer durumlar arasından keyfi olarak birini seçip, temel hak ayrıcalığı ya da ayrımcılığı yaratamaz. Bu sonuç, kuvvetler ayrılığının da bir gereğidir. Ancak şimdi tek olayda uygulanacak kuralın, gelecekteki diğer olaylarda da uygulanma olanağı bulunmaktaysa, belirtilen yasak kapsamına girmez.

Yasa koyucunun özgürlükler hukuku alanında sınırlarını belirleyen ölçülülük ilkesi, kullanılan aracın, bununla izlenen amaç ve bu yolla temel haklara verilen zarar bakımından elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerine uygunluğunu gerektirir<sup>14</sup>.

Sınırlamada kullanılan araç, amacın gerçekleşmesine hizmet ediyorsa elverişlidir. Araçla amaç arasındaki elverişlilik, amaç unsurunun uygunluğuyla karıştırılmamalıdır. Bu karışıklığı önlemek için uygunluk denetiminde hem aracın hem de amacın anayasaya uygunluğu araştırılmalıdır. Eğer biri ya da diğeri anayasal açıdan geçersizse, elverişlilik denetimine gerek kalmaz<sup>15</sup>. Buna göre, amacı anayasaya aykırı olan kanunlar, anayasaya aykırıdır.

Zorunluluk ilkesi gereği öngörülen amaca daha yumuşak araçla ulaşılabilecekse, sınırlama anayasaya aykırıdır.

Son olarak orantılılık ilkesi gereği, cezanın konusu ve ceza tehdidi düzenleme amacıyla adil ve dengeli bir ilişki içinde bulunmalıdır. Bu ilke, tartımda, müdahalenin ağırlığı ile onu haklı kılan nedenlerin ağırlığının oransız durmamasını gerektirir. Yasa koyucu, temel hakka müdahaleyle zedelenen bireysel çıkar ile müdahalenin hizmet ettiği genel çıkar arasında uygun bir denge kurmalıdır.

14 Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında kullandığı bu ilke için bkz. BVerfGE 90, 145, 172; 92, 277, 326; 110, 226, 262.

15 Kanadoğlu O. K. , Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 164.

Nihayet öze dokunma yasağı gereği sınırlama sonrası temel hak ve özgürlüğün içeriğinden geriye kalan olmalıdır. Öz kavramı belirsizdir, her temel hak ve özgürlük için ona özgü belirlenmelidir.

### III. Anayasa ve Ceza Hukuku Arasındaki İlişki

Çok önemli bir toplumsal kurum olan ceza hukuku, ülke içi barışı ve değerlerin adil paylaşımına ilişkin asgari ölçüyü güvence altına almaktadır. Böylece ceza hukuku, bir sosyal hukuk devletinin temelinde ilişkin olan bireyin kişiliğinin özgür biçimde gelişmesi için gerekli koşulları oluşturmakta ve bu amaca ulaşmak için giderek daha çok laikleştirilmiş bir toplumsal yönetim enstrümanı olarak işlev görmektedir<sup>16</sup>.

Anayasa, ceza yargısının varlığını şart koşarken, bir yandan da onu kurumsal garantilerin konusu yapar. Ceza hukukunun anayasal meşruluğu kaynağını devletin barış ve düzeni sağlayan bir güç olduğu anlayışında bulur: Vatandaşlarının güvenliği ve devlet kurumlarının işlevselliğine olan güvenini korumak, devletin görevidir. Devletin yargısal koruma sağlama yükümlülüğü, hukuk devletinin de temel bir unsurudur. Burada söz konusu olan etkili ceza takibinin temel hakların koruduğu değerlerle uyumlaştırılmasıdır. Ceza hukuku koruması bir hukuk devletinde meşruluğunu, hukuk devleti esaslarına uygun biçimde gerçekleşmesi ve Anayasanın tümü özellikle de temel haklarla uyumunun korunması sayesinde kazanır. Özetle Anayasa, işlevsel bir ceza hukuku korumasını kurumsal olarak öngörür ve güvence altına alır.

Ceza hukukunun meşruluğu açısından Anayasa iki alanda önem kazanmaktadır: Bir taraftan, Anayasa gereği ceza kanunu yapıcısı yalnızca insanların toplum içinde birarada yaşamalarını gerçekten bozan davranışları suç haline getirmelidir (ceza hukukunun “Ultima Ratio-Son Araç” olma niteliği göstermesi<sup>17</sup>). Diğer taraftan, Ana-

16 Roxin C. , “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var Mıdır?”, (Çev. Ünver Y.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 55 ve 70.

17 Ceza hukukunun bu niteliği, ölçülülük ilkesinin bir alt unsuru olan zorunluluk ilkesinin bir sonucudur. Zira kural olarak önleme, zorlama karşısında üstündür.

yasa, toplumun siyasal karar verme esaslarını ve buna bağlı olarak yargılamanın yazılı kurallarla belirlendiği bir kurumsal yapıyı oluşturmalıdır<sup>18</sup>.

Anayasa hukuku, ayrıca ceza hukuku korumasının yapısını da belirler. İnsan onuru, temel hak ve özgürlükler ile sosyal hukuk devleti ilkesi, bu konuda belirleyici ölçütleri oluşturur. Kamunun yararı ile suç isnat edilenin çıkarları arasındaki ceza yargılamasına özgü klasik gerilim ilişkisi, bu ölçütlerin kullanım alanı oluşturur<sup>19</sup>. Devlet bir yandan hukuki barışı korumak ve insanların ortak yaşam kurallarını ihlal eden zararlı davranış biçimlerini ceza tehdidi ve takibi-ne alırken, diğer yandan ceza hukuku yaptırımlarının icrasıyla bireyin temel haklarla korunan yaşam alanına ağır bir müdahalede bulunmaktadır. Karşılıklı bu çıkarların nasıl dengeleneceği, hukuk devletine bağlı bir anayasanın temel sorunudur.

Anayasa hukukunun ceza hukukunun hedefi ve etkilerinin saptanması bakımından ölçü oluşturan belirli ilkelere değinilebilir<sup>20</sup>:

- a) Salt ahlaka aykırı davranışın ceza yaptırımı tehdidiyle karşılanması, anayasanın değerler anlayışıyla çelişir.
- b) Anayasal bir değerın korunmasına hizmet etmeyen hükümler ceza hukuku mevzuatından çıkarılmalıdır.
- c) Diğer hukuk dallarıyla yeterince korunmayan önemli hukuksal değerler ceza hukukunun koruma alanının dışına çıkarılamaz.
- d) Ceza yaptırımı, anayasal sınırları aşmamalıdır.

Ceza yargısı bir yandan Anayasa'nın yargıya ilişkin genel hükümlerine tabiyken, diğer yandan da özel hükümlerinin konusunu oluşturur ki bunlar hem maddi ceza hukuku hem de ceza usul hukukuyla ilgilidir. Örneğin Anayasa'nın 38/9. (ölüm cezasının kaldırılması), 38/3. (suç ve cezaların kanuniliği) maddeleri ceza hukukuna; 19.

18 Ünver Y. , "Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer", Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 466.

19 Niemöller M. , "Strafgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit", in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2005, s. 109.

20 Ünver Y. , "Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer", s. 467-469.

(tutukluluk), 83 (milletvekillerinin sorumsuzluk ve dokunulmazlığı) ve 38/7. (delil yasakları) maddeleri ise ceza muhakemesi hukukuna ilişkin kurallar içermektedir.

Suçun nedenlerini saptayıp suç gerçekliğine karşılık gelmek üzere suç tiplerinin unsurlarının nasıl oluşturulması gerektiğini tartışan suç politikası ayrıca, ceza hukukunda kullanılan yaptırımların etkisini ve vatandaşın özgürlük alanını gerekli olandan daha fazla kısıtlamamak için kanun koyucunun sınırlarının ne olduğunu saptamayı da denemektedir<sup>21</sup>. Bu sınırların belirlenmesinde orantılılık ilkesi gereği siyasal iktidarın gücünün daraltılması ve vatandaşın özgürlüğünün daha güçlü bir biçimde dikkate alınması gerekmektedir<sup>22</sup>.

Anayasa hukuku, ceza hukukunun çerçevesini ve sınırlarını belirler. Belirli, özel sosyal zarara yol açan davranış biçimlerini cezalandırmak, devletin Anayasa gereği görevidir. Öte yandan ceza yaptırımlarının da anayasal sınırları vardır. Bir ceza türü olarak ölüm cezası, Anayasa'nın 38. maddesiyle kaldırılmıştır. Bunun dışında, geniş düzenleme alanı olan yasa koyucu için sınırlar, ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öze dokunma yasağı (Anayasa md. 13) gibi hukuk devletine bağlı olan ilkelere kaynaklanmaktadır.

Son yıllarda izlenen hukuk politikasına bağlı olarak gerçekleştirilen temel hakları sınırlayıcı tedbirlerin anlamlılığı ve hukuka uygunluğu tartışmalıdır. Alınan her bir tedbirin anayasa hukukuna uygunluğu ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmakla birlikte özellikle iletişim ve kişi özgürlüğü alanlarında uygulanan zorlayıcı tedbirler, artık polisiye tehlike ve muhakeme şüphesi hususlarını esas almakta, somut bir neden olmasa bile müdahaleleri mümkün kılmaktadır. Şöyle ki, şüpheli sıfatını haiz olmayan kişilerin özel hayatlarına yönelik gerçekleştirilen “alakasız” müdahaleler ile başka bir şüphe kaynağı olmamasına rağmen sadece şüpheli ile iletişime geçmiş olması dolayısıyla bu kişilerin ceza muhakemesi sürecine dahil

21 Dannecker G. , “Ceza Hukuku Biliminin Bakış Açıları”, s. 72.

22 Ünver Y. , “Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer”, s. 926 vd.

edilmesi karşılaşılan önemli bir tehlikedir<sup>23</sup>. Bu tehlike; günümüz “modern” ceza hukukunda soyut tehlike suçlarının sayısal artışı, buna bağlı olarak suç ispatının kolaylaştırılması ve savunmanın güçleştirilmesi şeklinde daha da artarak kendini göstermektedir. Savcılığa nazaran daha geniş ve etkili imkanlara sahip olması dolayısıyla polisin ceza muhakemesinde daha fazla söz sahibi olması, başka bir ifadeyle “ceza muhakemesinin polisiyeleşmesi” bir başka tehlikedir<sup>24</sup>. Tüm bu hallerde, sistem uyumu görüntüsü altında ceza muhakemesi ihtiyaçları gerekçe gösterilerek temel hak ve özgürlükler konusundaki son taşlar da yerinden oynatılmaktadır.

Oysa somut suçluluk tehdidinin bile temel hak sınırlandırmaları için daimi ve sınırsız bir haklılık sağlamayacağı açıkça ortadadır. Zira insan hakları garantileri konusunda aşılacak sınırlar vardır. Bu sadece anayasal temel hak korumasının sağladığı içerik garantisinden kaynaklanmamakta, İHAS da mutlak sınırlar tanımaktadır<sup>25</sup>. Nitekim Anayasa ve İHAS’ın 15. maddesinde olağanüstü durumlarda bile mutlak korunaklı öz güvencelerine yer verilmiştir. Anayasa’nın başka maddelerinden de somut olarak bazı dokunulmaz alanlar çıkmaktadır (md. 18/1, 23/son, 24/3, 25/2, 28/1, 33, 34, 50/1, 66/son). Anayasa’da her bir hak ve özgürlük kategorisi bakımından müdahalenin sınırını bizzat kendisi çizen bu tür güvencelerin artırılması, müdahalelerin sürekli ve olağan hale gelmesine karşı bireyi koruyacak anayasal bir önlem de oluşturacaktır.

“Terörizm ile savaş” kavramı da karşı tarafın haklarından tamamen mahrum edilmesine, maddi ve usuli temel haklarının minimum düzeye indirgenmesine yol açmamalıdır. Hukuk ve hukuk politikası açısından bu tür tartışmalar tarihte kalmalıdır. Buna rağmen bugün Türkiye’de vatandaş ceza hukukunun “düşman ceza hukuku-

23 Hassamer W. , “Akademik Bakış: Modern Hukuk Devletinde Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi”, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sy. 17, s. 213.

24 Agm. s. 213.

25 Kühne H. H. , “Vatandaş Özgürlüğü ve Suçlu Özgürlüğü-Leviathan İle Bekçi Arasında Devlet”, (Çev. Hakeri H.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 88

na” dönüştüğü sıkça ifade edilmektedir<sup>26</sup>. Özellikle organize suçluluk ve terörizmle mücadele için insan haklarının azaltılması ya da kaldırılması değil çağın gerektirdiği diğer araçların kullanılması gerekir.

Genel bir söylemle tekrarlamak gerekirse, ülkenin anayasal düzenini olumsuz yönde etkileyebilecek hükümlere yasalarda yer verilmemelidir. Yasaların sırf daha kolay değiştiriliyor olmasından yararlanılarak ve adeta Anayasa'nın yerine geçirilerek hukuk sistemine yön verilmesi düşünülemez. Aksi takdirde dolaylı bir biçimde anayasa değişikliğinin yolu açılmış olacaktır<sup>27</sup>. Bu nedenle, Anayasa'ya göre alt konumda olan ceza kanunu, yürürlükteki Anayasa'ya aykırı olmayan hükümlere yer vermelidir. Ceza hukukunun aşılması Anayasa oluşturmaktadır. Günümüz modern ceza hukuku sistemi, insan hakları bakış açısıyla ve anayasa hukukuyla ilişkilendirilerek temellendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de; “Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırımı ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

“Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de maddenin beşinci fıkrasında “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” biçiminde ifade edilmiştir. Aynı zamanda evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan bu anayasal hüküm karşısında yasakoyucu, kişinin kendisini ve yasada gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamaz.”

26 Bkz. Şanlı D. , “Düşman Ceza Hukuku ve Türkiye”, [http://www.sendika.org/yazi.php?yazi\\_no=41249](http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=41249) (27.2.2012). T. Kazan'a göre de; “Alman hukukçu Günther Jakops'un önerisi olan ve 11 Eylül saldırılarından sonra çok sıcak bakılan düşman ceza hukuku anlayışı, bizde CMK'nun 250, 251, 252. maddeleri ve 3713 sayılı TMK ile hayata geçiriliyor. Bu anlayışa göre, düzen için tehlikeli sayılan kişilere, yurttaş ceza hukuku uygulanmaz. Onlar düşmandır, düşman ceza hukuku ile bertaraf edilmeleri gerekir.”, <http://www.haberinyeri.net/turgut-kazan-neyi-tespit-etti-125340h.htm> (27.2.2012).

27 İçel K. , “Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Kural”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 16-17.

Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda, anayasal bir hukuk devleti açısından ihlal edilemeyecek sınırları belirleyen diğer birçok ilke- den daha bahsetmek mümkündür<sup>28</sup>. Özellikle işkence yasağı, özel yaşamın dokunulmaz çekirdek alanına dokunma yasağı<sup>29</sup>, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, masumiyet karinesi<sup>30</sup>, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, suç ve cezada kanunilik ilkesi, çağdaş bir hukuk devletinde demokratik bir ceza ve ceza muhakemesi hukukunun en önemli mihenk taşlarıdır.

Bu ilkeler arasında bir fiilin cezalandırılabilmesini, ancak fiilin işlenmesinden önce cezalandırılabilirliğinin yasayla belirlenmiş olmasına bağlayan suç ve cezada kanunilik ilkesi (Anayasa md. 38/1), üç temel esası içeren bir gelişim göstermiştir. İlk olarak bu ilke, yasal bir dayanağı gerektirir ve bununla örf adet hukukunu ve ceza kanununun olası sözcük anlamını aşan biçimde yorumlanmasını (geniş anlamda analogi) dışlar. İkinci olarak, ceza tehdidinin geriye etkili olarak gerekçelendirilmesini ve ağırlaştırılmasını yasaklar. Üçüncü olarak ilke, ceza kanununun belirliliğini gerektirir<sup>31</sup>. Yasa koyucu

28 Bkz. Hassamer/Radtke/Jahn/Jaeger, "Akademik Bakış: Modern Hukuk Devletinde Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi", Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sy. 17, s. 204-212.

29 Örneğin özel yaşamın çekirdek alanına giren verilerin telefon konuşmaları, e-mail veya internetin sağladığı diğer uziletişim araçlarıyla aktarılması durumunda da aynı koruma geçerlidir. Buna göre çekirdek alana ilişkin elde edilen veriler gecikmeksizin silinmeli ve kullanımı yasaklanmalıdır, bkz. Hoffmann-Riem W., "Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme", Juristische Zeitung, 2008, s. 2010; ayrıca bkz. Dammann I., Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, Duncker Humblot, Berlin 2011 (bütün kitap). Bu nitelikteki iletişim içeriklerinin silinmesi, CMK md. 137/3'ün bir gereği olarak kabul edilse de ne yazık ki, CMK'da iletişimin denetimi sırasında elde edilmiş suçla ilgili olmayan ve kişilerin özel hayatının çekirdek alanına giren kayıtlar konusunda açık ve belirli bir düzenleme yer almamaktadır, bkz. Kaymaz S., İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 367-368.

30 Bkz. Kanadoğlu O. K., "Anayasal Bir İlke Olarak Masumiyet Karinesi", M. Soysal Armağanı, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 2009, s.369-385.

31 Anayasa Mahkemesi de genel olarak bu üç alt ilkenin varlığını aramaktadır; "Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olması, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasa- ların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürütmezliği ilkesi" uyarınca yasa-

cezalandırılabilirlik koşullarını, suç konusunun kapsamını ve uygulama alanını anlaşılabilir ve yorumla ulaşılabilir somutlukta tanımlamak zorundadır. Hangi davranışın yasak ve ceza tehdidi altında olduğunu, herkesin öngörebilir olması gerekir<sup>32</sup>.

Cezanın kusuru gerektirdiğine dair ilke de anayasal değere sahiptir<sup>33</sup>. Kusur ilkesi, ölçülülük ilkesiyle de yakın bağlantı içindedir. Olayın unsurları ve hukuki sonuçların karşılıklı olarak vaka adaletine uygun olarak örtüşmesi gerekir. Ceza, ölçüsüz olmamalı; failin fiilinin ve kusurunun ağırlığı ile adil bir ilişki içinde olmalıdır.

Ceza normunun konulması gibi yorumlanması da Anayasa'ya aykırı olmamalıdır<sup>34</sup>. Hukukun diğer dallarında olduğu gibi ceza hukukunda da yorum, Anayasa normları dikkate alınarak yapılmalıdır. Yasanın sözüyle örtüştüğü ve yasakoyucunun ilke olarak koyduğu amacı koruduğu sürece ceza normunun Anayasaya uygun yorumlanması gerekir<sup>35</sup>. Bu bağlamda birden çok anlamlı bir yorumun elde edilebildiği hukuk kavram ve kurumları Anayasa çerçevesinde kalınarak yorumlanmalıdır<sup>36</sup>.

Ceza normlarının gerek yapılmasında gerekse yorumlanmasında Anayasa hükümlerine uyulması içinse herşeyden önce rasyonel hareket etme kabiliyetini haiz bir yasa koyucu ile bağımsız ve tarafsız mahkemelerin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır.

---

lar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.

Öte yandan, hukuk devletinin hukuk güvenliği ilkesi belirliliği de gerektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar. “ (E. 2010/7, K. 2011/172, K.t. 22.12.2011, R.G. Tarih-Sayı : 14.02.2012-28204).

- 32 Alman anayasa hukukunda hukuk devleti ilkesinden elde edilen “belirlilik ilkesi” için bkz. BVerfGE 8, 274, 325; 21, 73, 79; 108, 186, 235. Ayrıca bkz. Sodan H., Grundgesetz, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011, s. 47.
- 33 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi kişinin onuru, özgül sorumluluğu, adalet fikri ve hukuk devleti ilkesinden çıkarmaktadır, bkz. BVerfGE 109, 133, 171; 110, 1, 13.
- 34 Örneğin CMK md. 100/3, Anayasa md. 19/3'e uygun yorumlanmadığı takdirde kişi özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır.
- 35 Bkz. Kanadoğlu O. K. , Anayasa Mahkemesi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 28.
- 36 Kangal Z. T. , “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik”, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sy: 17, s. 94.



#### IV. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ulusal Hukuka (Ceza Hukukuna) Etkileri<sup>37</sup>

Ulusal ve uluslararası yargı yerlerinin bir arada, belli bir ilişki içinde olmasıyla birlikte hem maddi hukuk çatışmaları, hem de yargısal denetim bakımından yetki sorunları gündeme gelmektedir. Bu bağlamda her ulusal hukuk düzeni kendi anayasal düzeni çerçevesinde, uluslararası insan hakları hukukuna yaklaşımını kendisi belirlemektedir. Bu yaklaşım, açık anayasal normlar ya da üstü kapalı anayasal göndermeler üzerinden gerçekleşmektedir.

Türk anayasa düzenini genel olarak uluslararası hukuka, özel olarak da uluslararası insan hakları hukukuna açan bir dizi anayasal norm bulunmaktadır (Başlangıç prg. 2 ve 7, md. 2, 25, 16, 42 ve 92). Özellikle de Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında yapılan değişiklikle eklenen son cümle, Anayasa ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişki bakımından açık ve net bir hüküm içermekle birlikte uluslararası hukuka doğru çok önemli bir açılımdır.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen bu cümle, esas olarak bir çatışma normu içermektedir. Anayasa'nın öngördüğü bu çatışma hali ortaya çıktığında, yargıç öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerine odaklanacaktır. Örneğin Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 2313 sayılı Kanun'da yer alan çocuk sayılabilmek için 15 yaşın altında olunmasını arayan kuralı değil, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni doğrudan uygulamış ve 15-18 yaş aralığındaki çocuklar hakkında da 2313 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğine karar vermiştir<sup>38</sup>.

Anayasa'nın 90. maddesi bir çatışma normu olmanın yanında uyumlaştırıcı yorum seçeneklerini de içerir. Buna göre, eğer kanunun yorumunda yorum sonuçlarından bir kısmı "temel hak ve öz-

37 Bu bölüm için bkz. Kanadoğlu K., "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Türk Anayasa Hukukuna Etkileri", 1. Türkiye - Azerbaycan Hukuk Sempozyumu, (Ed. Ünver Y.), Özyeğin Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 17-36.

38 Yargıtay 7.C.D., E. 2003/10073, K. 2004/11328, Kt. 27.9.2004. Yargıtayın 2004 değişikliği sonrasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaları doğrudan uyguladığı kararları için bkz. Çolaker M., Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi Ankara 2010, s. 95 vd.

gürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma” ile çatışmaktaysa “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaya uygun yorum” bir tercih kuralı olarak uygulanabilir<sup>39</sup>. Örneğin Yargıtay 8. Ceza Dairesi örgüt tanımını, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin 1. ve aynı Sözleşme’ye ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 1. maddelerini birlikte yorumlayarak yapmıştır<sup>40</sup>. Buna göre 90. maddenin son fıkrasının son cümlesinin anlamı, kapsamı ve uygulama alanı her somut olayda yargı kararlarıyla belirlenecektir.

Anayasa Mahkemesi’nin uluslararası insan hakları hukukunun kullanımına ilişkin temel yaklaşımı olan “özde uygunluk”, Anayasa ile uluslararası insan hakları hukuku arasında bir kademelenme ön-görmez, her ikisini de eşit hukuki değerde görür<sup>41</sup>.

Anayasal içtihatla bu konuda daha seyrek görülen diğer bir yaklaşım ise uluslararası insan hakları hukukunu “anayasaüstü” değerde kabul etmektedir<sup>42</sup>. Son dönemde Anayasa Mahkemesi, “Anayasaüstülük yaklaşımı”nı çağrıştıran bir karar daha vermiştir. Bu kararında Anayasa Mahkemesi; “Kapatma kararına bağlı olarak parti üyeleri hakkında uygulanabilecek olan beş yıllık siyaset yasağı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, vatandaşların seçilme hakkının özü itibariyle ihlalini oluşturması nedeniyle ağır bir yaptırım olarak nitelendirilerek “güdülen meşru amaçla orantılı” ol-

39 Oder B. E. , Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Basım Yayım, İstanbul 2010, s. 213-214.

40 Yargıtay 8. C.D. E. 2003/3622, K. 2004/6288, K.t. 7.7.2004. Benzer kararlar için bkz. Aktan H. Y. , “Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerince Uygulanması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son), TBB-İHAUM, Panel, 5 Kasım 2004, Ankara 2005, s. 147 vd.

41 Bu yaklaşım için bkz. Oder B. E. , Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 220-221. Örneğin Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde, tahsilâtın yapıldığı tarih yerine başvuru tarihinden üç ay sonra başlamak üzere işleyecek faizin ödenmesine ilişkin kuralın, mülkiyet hakkının ihlaline neden olduğunu belirlerken, aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) de ihlal edildiğini saptamaktadır (AYM. E. 2008/58, K. 2011/37, K.t. 10.2.2011).

42 Örnek vermek gerekirse, Anayasa Mahkemesi, evli erkeğin zinasından doğan çocuğun babası tarafından tanınamayacağını öngören (mülga) Medeni Kanununun 292. maddesini iptal ederken “anayasaüstülük” tutumunu benimsemiştir. (AYM. E. 1990/15, K. 1991/5, K.t. 28.2.1991).

madığından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Nolu Protokole aykırı bulunmuştur.”<sup>43</sup> demekle, İHAM kararına dolaylı yoldan da olsa Anayasa'nın 69/9. maddesi karşısında üstünlük tanımıştır.

Sonuçta Anayasamız, egemenlik yetkilerinin devrine izin vermemekle birlikte, uluslararası insan hakları hukukunun ulusal hukuk alanında (ceza ve ceza usul hukuku dahil) doğrudan geçerli olmasına ve uygulanmasına olanak tanımaktadır. Zaten uluslararası insan hakları sözleşmeleri de ulusal hukuk düzenlerini, geçmişte güçlü biçimde ulusal nitelikte oluşturulmuş ceza hukukunun el değmemiş biçimde kalamayacağı ölçüde etkilemektedir<sup>44</sup>. Ulusal ceza hukuku mahkemelerinin, içinde kararlarıyla birlikte İHAM'ı içermesi zorunlu bulunan çok sayıda kararı bunu ispat etmektedir<sup>45</sup>.

Türk hukuk uygulamasında bu konuda bir yeknesaklık bulunmaktaki; Yüksek Mahkemelerin kararlarında uluslararası sözleşmeler, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki hükmün varlığına rağmen kurallar kademelenmesinde farklı konumlarda değerlendirilebilmektedir. Bu bakımdan Anayasa değişikliğine ilişkin Anayasa'nın 175. maddesini de dikkate alan daha açık bir kademelenme hükmüne ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak ana uygulama alanları içerisinde ceza hukukunun da bulunduğu İHAS, günümüzde geriye dönüşü olmayan özel bir önem kazanmıştır.

## V. Sonuç

Ceza yargılaması yapan uzman mahkemeler, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikli bir rol oynamalıdır. Eylül 2012 tarihinden itibaren anayasa şikayeti kurumunun uygulanmaya başlayacak olması, uzman ceza mahkemelerinde yapılan yargılamalarda anayasal ihlali engelleyecek ya da ortadan kaldıracak tüm meşru muhakeme araçlarının kullanımının sağlanması gerektiğini daha gün-

43 AYM. E. 2010/17, K. 2010/112, K.t. 8.12.2010.

44 Dannecker G. , “Ceza Hukuku Biliminin Bakış Açıkları”, (Çev. Ünver Y.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 72.

45 Alman Yargıtayı da çok sayıda kararında, ulusal ceza hukuku ilkelerini somutlaştırmak için İHAS'a başvurmuştur, Karar örnekleri için bkz. Dennicker G. , “Alman Yargıtayı İçtihatlarında Avrupa Ceza Hukuku”, (Çev. Şimşek O.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 179 vd.

cel hale getirecektir. Bu bağlamda ceza kanunlarının yorumu ve uygulamasında temel hak ve özgürlüklerin etkin kılınması, anayasa hukukunun gerçek bir anlam kazanmasına da yol açacaktır.

---

## ANAYASA VE CEZA HUKUKU\*

---

**Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ\*\***

---

Türk Ceza Hukuku Derneğinin düzenlemiş olduğu, “*Anayasa ve Ceza Hukuku*” konulu Çalıştayın hazırlanmasında emeği ve desteği olan herkese öncelikle teşekkürlerimi sunuyorum. Burada bizim çalışma grubumuz bakımından önemli gördüğüm hususlar olarak öncelikle aşağıdaki hususları belirtmek ve tartışmaya açmak istiyorum:

- 1) Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri ile özellikle savcılıklarının geniş yetkileri ve uygulamaları, toplumda ciddi korkulara neden olmaktadır. Bu, iletişimin tespiti ve özellikle, tutuklama gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayan koruma tedbirlerinin sıklıkla uygulanması, gazetecilerin, avukatların, rektörlerin, belediye başkanlarının, öğretim üyelerinin, muvazzaf ve emekli generaller ile eski kuvvet komutanlarının ve hatta Genelkurmay Başkanının tutuklanması ile daha da artmaktadır.

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanının belirlenmesinde bazı kavramların gerçek anlamı dışında uygulanması, kavram kargaşasına neden olmaktadır. Buna örnek olarak, “terör suçu” kavramının “sıradanlaştırılması” gelmektedir. Gerçekten de, öğrencilerin “parasız eğitim” talepleri ile gazetecilerin “yayınlanmamış kitapları” ve “hükümete yönelik eleştiriler”, “terör suçu” kapsamına sokulmak suretiyle, “terör” kavramı sulandırılmaktadır.

Tüm bu uygulamalar, toplumda yargıya ve adalete güven duygusunun sarsılmasına neden olmaktadır. Çünkü toplumda yargıya güvenin sağlanabilmesi için, sadece adaletin gerçekleşmesi yetmez, görüntü (güven duygusu) de gereklidir.

---

\* Bu tebliğ, 1. Grubun konularından birini oluşturan “Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve sınırlandırılması rejimi” ana başlığı çerçevesinde sunulmuştur.

\*\* Prof. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

CMK m. 250’de belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim **hâli dahil** (26.6.2009 t. ve 5918 s.K.m.7’de “hali dahil” ibaresi, “halinde” şeklinde değiştirilmiş ise de, bu düzenleme An.Mah. tarafından iptal edilmiştir-RG.21.1.2010) askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler bunun dışında tutulmuştur (CMK m. 250/3).

Burada Eski Genelkurmay Başkanı Org.İlker Başbuğ’un internet andıcı sebebiyle TC.Hükümetine karşı silahlı isyana tahrik(TCK m.313) suçundan İstanbul Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesince tutuklanması üzerinde durmak gerekir:

12 Eylül 2010 referandumuyla Anayasada yapılan değişikliklerde birisi de, artık Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının da “görev suçları” dolayısıyla Yüce Divan’da yargılanmalarının yolunun açılması olmuştur. Gerçekten de, An.m.148/7’de, “*Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar*” şeklinde bu duruma yer verilmiştir. Bu açık düzenleme ve isnat edilen iddiaların görevle ilgili olması nedeniyle, görev bakımından yetkinin “*Yüce Divan*” da olması gerekir.

Ancak, aksi görüşü savunan bazı hukukçular, An.m.145/1’deki, “*...Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür*” hükmüne dayanarak, özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin yetkili olduğunu, çünkü, “darbe yapmak gibi bir görevin olamayacağını” ileri sürmekte ve görev suçuna örnek olarak da, memuriyet görevini kötüye kullanma(TCK m.257), rüşvet, zimmet ve irtikap gibi suçları vermektedirler. Bu görüşü savunanlara “rüşvet veya zimmet memurun görevi midir?” sorusunu sormak gerekir.

Burada, görevden ne anlaşılması gerektiği önem taşımaktadır. Öztürk’ün yerinde olarak belirttiği gibi, “...‘görev’den maksat, kamu görevidir. Uygulama ve doktrinde hakim bulunan anlayışa

göre, bir hukuki tasarrufta bulunmak suretiyle bir iktidar ve yetkiyi kullanmak veya buna kamu hukuku usulüne uygun olarak katılmak kamu görevi yapmaktır. Görev suçundan söz edebilmek için böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılması veya buna kamu hukuku usulüne uygun olarak katılınması sırasında suç işlenmesi veya suçun bu iktidar ve yetkinin kullanılmasından veya buna katılınmasından kaynaklanmalıdır<sup>1</sup>. Bu tanımdan hareketle, Başbuğ'un göreviyle ilgili bir suç işlediği iddiası karşısında, An.m.148/7 gereğince, Yüce Divan'ın yetkili olması gerekir.

- 2) Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden tartışmalı konulardan birisi de, darbeye teşebbüs iddialarının hazırlık aşamasında, hatta ifade özgürlüğü kapsamında olduğudur.

Hazırlık-icra ayırımı konusunda, **von Liszt** tarafından ileri sürülen şekli-objektif teoriye göre, “*icra başlangıcı suç tipinde netice unsuruna ilişkin faaliyeti belirten sözcüğün kapsamına dahil olan hareket*” şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, “bir kimseye ateş edilmesi hareketi, adam öldürme suç tipindeki öldürmek sözcüğüne girdiğinden, bu hareket icra hareketidir. Buna karşılık, ateş etme hareketine ön gelen silahın omuza dayatılması, emniyet mandalının düşürülmesi ve nişan alma gibi hareketler hazırlık hareketidir<sup>2</sup>.”

**Maddi objektif teoriye** göre ise, hareketin suç tipiyle şekli değil, maddi bağlantısını, yani yapılan hareketin nitelik itibariyle değerlendirilmesini esas almak suretiyle, icraya başlamayı belirlemektedir. Bunu **Frank**, failin suç tipindeki harekete, doğal ve zorunlu olarak bağlı hareketleri icradır, şeklinde ifade ettiğinden, “**Frank'ın formülü**” (**Frank teorisi**) olarak da adlandırılmaktadır. Frank'a göre, tüfeğin omuza konulması, nişan alma, emniyet mandalını indirme faaliyetleri doğal anlamda ateş ederek öldürme hareketiyle bir bütünlük içinde olduklarından, bu davranışlar icra başlangıcı niteliğindedirler<sup>3</sup>.

1 Öztürk Bahri-Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Sırma Özge-Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 687.

2 Sözüer Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1984, s. 194.

3 Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.baskı, Ankara 2011, s. 431.

TCK m. 35/1’de de, *“doğrudan doğruya icraya başlayıp da”* şeklindeki ifade kullanılmak ve gerekçesinde de *“Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır”* denilmek suretiyle, maddi objektif teori benimsenmiştir.

Yargıtay CGK 19.10.2010 tarih ve 2010/1-153-206 sayılı yeni bir kararında; *“Öldürmeye elverişli olan bıçakla ve öldürmek amacıyla mağdurun evine yönelen ancak daha önceden evin önünde güvenlik önlemi alan kolluk görevlilerince yakalanmış olan sanığın eylemi, öldürme suçu yönünden hazırlık hareketi niteliğinde olup, sanığın yakalandığı ana kadar ki fiillerini 5237 sayılı TCK.nun 106/1-1 madde-fıkra ve cümlesi kapsamında kabul eden yerel mahkeme hükmü isabetlidir”* demek suretiyle, şekli objektif teoriyi kabul etmiştir<sup>4</sup>.

- 3) Anayasa m. 91/1’de, *“Türkiye Büyük Millet Meclisi; Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir”* şeklinde, hükümete KHK çıkarma yetkisi vermiştir. Acaba, hükümet böyle bir KHK ile suç yaratabilir mi?

Anayasa m. 91/1’de, KHK çıkarma yetkisine, *“sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar; kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”* şeklinde, bazı sınırlamalar getirilmiştir. Belirli bir konudaki kişi özgürlüğünün suç sayılarak sınırlandırılması, kişi haklarında yapılan bir düzenleme olacağından, KHK ile suç yaratılamaz. Buna, “sıkıyönetim ve olağanüstü hal” bakımından Anayasa’da istisna getirilmişse de, yukarıda belirttiğimiz Anayasa hükmü ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile Avrupa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi karşısında bu kabul edilemez.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 4.4.1991 tarih ve 12/7 sayılı kararında; *“..Maddenin (b) ve (c) bentlerinde personelin, para ve*

4 Demirbaş, 433.



*para yerine geçen evrak ve senetler ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterler üzerinde işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Yasası'na göre cezalandırılacakları, ayrıca görevlerinden ayrılmış olsalar bile görevleri sırasında edindikleri gizli bilgileri yetkili âmirin izni olmadan açıklayamayacakları, aksi takdirde bunlar hakkında Türk Ceza Yasası'nın 229'uncu maddesi hükümlerinin uygulanacağı yer almaktadır.... Söz konusu düzenleme, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirlenen ve KHK çıkarmaya kesinlikle kapalı tutulan Anayasanın İkinci Kısmının İkinci Bölümünde yer alan "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. madde ile ilgili olması nedeniyle Anayasaya aykırıdır." şeklinde bunu belirtmiştir<sup>5</sup>.*

Anayasa Mahkemesi, 18.1.1996 tarih ve 1995/28-1996/2 sayılı kararında (RG 22.7.200), 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un ek 2'nci maddesinin III numaralı fıkrasının birinci bendinin ve 2.3.2004 tarih ve 92/25 sayılı kararında (RG 14.5.2004) ise, Markalar Hakkında KHK'nın 61'inci maddesinin (d) bendinin iptaline, KHK ile suç ve ceza yaratılmayacağı gerekçesiyle karar vermiştir.

- 4) 1982 Anayasası muhtelif maddelerinde infaz hukukuna ilişkin kurallara yer verilmektedir. Bunlara örnek olarak m.17/3'deki, "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*"; m.18/2'deki, "*Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; ... zorla çalıştırma sayılmaz*"; m.19/3'deki, "*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılmaz*" hükümlerini göstermek mümkündür. Ancak, ne yazık ki Anayasamızda İspanya ve İtalyan anayasalarında olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı cezaların hükümlünün yeniden eğitilerek topluma kazandırılmasına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir.

5 RG. 13.8.1991.

Hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin kurallar, gerek anayasalarda, gerekse anayasal değer taşıyan belgelerde yer almaktadır.

Örneğin, İspanya Anayasası m.25'de<sup>6</sup>, "*hürriyeti bağlayıcı cezalar ... yeniden eğitime ve suçlunun itibarını iade etmeye yönelik olacaktır*"; İtalya Anayasası m.27'de, "*cezalar, insancıl duygulara aykırı muamele tarzlarına indirgenemezler ve mahkûmun yeniden eğitilmesine yönelik bulunmalıdır*" şeklinde, bu durum belirtilmiştir. 1982 tarihli Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartının 12'inci maddesinde ise, "*vahşiyane veya şimdiye kadar başvurulmamış muamele tarzlarının veya cezaların, mağduru olmama hakkı*"na yer verilmiştir. Nitekim, Kanada Yüksek Mahkemesi, 1987 tarihli *Smith* kararında, "bu hükmün, bedensel cezaları ve tehlikeli suçluları lobotomiteye<sup>7</sup> tâbi tutulmalarını veya bazı cinsel suçlular hakkında hadım etmenin uygulanmayacağı sonuçlarını içerdiğini" belirtmiştir<sup>8</sup>.

6 **Madde 25.** (Cezanın meşruluğu ilkesi), (Mahkûmların ücretli çalışması) 1. Kimse, işlendiği zaman yürürlükte olan bir kanunun bir cürüm, kabahat veya idari suç saymadığı bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz veya mahkûm edilemez. 2. Hapis gerektiren cezalar ve güvenlik önlemleri islah ve topluma kazandırmayı amaçlar ve zorla çalıştırmayı içermez. Hapse mahkûm edilen kimse, mahkûmiyet süresi, cezanın amacı ve ceza kanunu tarafından açıkça sınır getirilenler dışında, mahkûmiyeti sırasında, bu Bölümde ele alınan temel haklardan yararlanır. Her durumda, ücretli istihdam ve uygun Sosyal Güvenlik yardımlarına olduğu gibi kültürel olanaklar ve genel kişilik geliştirme hakkına sahiptir. 3. Mülki idare, doğrudan ya da dolaylı olarak hürriyetlerden mahrum etme cezası veremez.

7 Lobotomite, eskiden delilerin zarar vermesini önlemek amacıyla, beynin arkasında delik açmak suretiyle sinir merkezine yapılan operasyon.

8 **Pradel** Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSISC Kollokyumlarının Sentez Raporu, çev. Sulhi Dönmezer, İstanbul 2000, s.111 vd.

---

**2. GRUP**  
**KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE**  
**BU ÖZGÜRLÜĞE MÜDAHALE EDEN TEDBİRLER**

---

**Anayasa Madde 17-21, 40, 137**

---

**Oturum Başkanı :** Av. Hasan Fehmi Demir

**Raportörler** : Yard. Doç. Dr. Barış Erman  
Araş. Gör. Dr. Gülşah Kurt

**Katılımcılar:**

Prof. Dr. Osman Doğru

Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu

Doç. Dr. Vesile Sonay Evik

Yard. Doç. Dr. Hakan Evik

Yard. Doç. Dr. Didem Yılmaz

Yard. Doç. Dr. Bertan Tokuzlu

Araş. Gör. Dr. Güçlü Akyürek

Av. Several Ballıkaya

Av. Sinan Sürücü

Av. İlkan Koyuncu

## 2. GRUBUN RAPORU

### Giriş

Mevcut Anayasa maddelerinin büyük çoğunluğu değişmiş ve özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler, zaman içerisinde çağdaş standartlara uyumlu hale getirilmiş olmasına karşın, yürürlükteki Anayasanın özgürlükleri kısıtladığı ve değiştirilmesi gerektiği yönünde yaygın bir söylem bulunmaktadır. Bu bağlamda, sorunun gerçekten Anayasadan mı yoksa diğer mevzuatla birlikte uygulamadan mı kaynaklandığı, tartışmanın ana eksenini oluşturmuştur. Örneğin, bugün en önemli sıkıntılardan biri olarak kabul edilen ve özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler arasında yer alan “tutuklama” bakımından, Anayasa ve yasalarda “kuvvetli suç şüphesi” aranmasına karşın, bu durumun uygulamada dikkate alınmaması gibi durumlarla sıklıkla karşılaşılması, uygulamadaki eksikliklerin giderilmesinin sorunun çözümü bakımından şart olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak “uygulama” konusunun da diğer Anayasal ve yasal mekanizmalardan ayrı olarak tek başına ele alınması yeterli olmayacaktır.

### Tartışmalar ve çözüm önerileri

1. Anayasada temel hak ve özgürlüklere ilişkin her maddenin içinde, bu özgürlüğü sınırlandıran, hatta bazı hallerde ortadan kaldıran istisnalar öngörülmüştür. Bu düzenleme tekniği, özgürlüklere yönelik müdahaleleri meşrulaştırıcı bir etki doğurmaktadır. Bu etkinin temel nedeni ise; Anayasada, bireye, hakların değil, sınırlamaların öznesi gibi yaklaşılmasıdır. Bu yaklaşım, Anayasanın, bireyin değil, devletin çıkarlarını koruyan bir felsefe ile hazırlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu çarpıklık, kanunları uygulayıcı makamların devlet merkezli yaklaşımları ile birleştiğinde, uygulamaya daha da ağır bir biçimde yansımaktadır. Bu tespit, Anayasanın bütününde bireyi merkeze alan bir yaklaşımın temel alınmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Örneğin, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını engellemek amacını taşıyan 14. madde, kanun uygulayıcı makamlar

yönünden keyfiliğe yol açabilecek şekilde yorumlanabilmektedir. Oysa aynı maddenin ikinci fıkrası, aynı zamanda yasa koyucuyu ve uygulayıcıları da açıkça sınırlayan bir hükümdür.

2. Ceza hukukunun anayasallaştırılması uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesinde bir yol olarak kullanılabilir.

Hakimin hukuku uygulamasında Anayasal ilkeleri göz önüne alması ve Anayasa'nın bireye bakış açısını dikkate alarak özgürlükleri koruyucu bir araç olarak kullanması sağlanmalıdır.

Ceza hukukunun Anayasallaştırılması bakımından aynı zamanda Anayasal ilkelerin ceza kanunlarına yerleştirilmesi ve böylece mahkemelerin bu ilkeleri doğrudan uygulamasının önünün açılması önerilmiştir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere, uluslararası yorum yöntemlerini içselleştirmesi ve bu konuda uygulamaya yön vermesi etkili olacaktır.

Bir başka öneri ise, Anayasa hükümlerinin değerler bütününe yansıtacak şekilde düzenlenmesi ve uygulamada denetlenmesini sağlayacak yöntemlerin geliştirilmesidir.

Anayasa ve ceza hukukunun ilişkisi çerçevesinde, Türk Anayasasının temel haklar konusunda kazüistik bir düzenleme yapmasının mı, yoksa hakların sınırlandırılması bakımından daha sade, çerçeve hükümlerin mi öngörülmesi gerektiği tartışılmıştır.

Bu konuda bir görüşe göre, uygulamadaki sorunlar ancak derinlemesine ve ayrıntılı hükümlerin getirilmesi ve uygulamacıya bırakılan alanın daraltılması yoluyla mümkündür.

Diğer bir görüş ise, Anayasada temel ilkelerin yer alması, bu ilkelerin yasalarda somutlaştırılması gerektiği yönünde ağırlık kazanmıştır. Kazüistik düzenleme, daha fazla sınırlamaya yol açmakta ve uygulayıcının, sınırlamanın esasını gözden geçirerek ölçüt geliştirme olanağı elinden alınmaktadır. Bunun sonucunda, bu yöntemin mekanik ve teknik bir bakış açısını yansıttığını savunulmuş ve haki me hukuk yaratma olanağının verilmesi durumunda uygulamanın düzeltilebileceği ileri sürülmüştür.

### 3. Özgürlükten yoksun bırakma kavramı:

Gözaltı, gözlem altına alma, tutuklama gibi hukuki biçimler dışında da özgürlükten yoksun bırakma halleri bulunduğu göz önüne alınmalıdır. Anayasada ya da kanunda öngörülme-yen özgürlükten yoksun bırakma hallerinde, müdahalenin muhatabı olan kişiler, çeşitli güvencelerden yoksun hale gelmektedir.

Özellikle Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un 23'üncü maddesinde yer alan, sınırdışı edilemeyen yabancıların zorunlu ikametinin bu kapsama girip girmediği tartışılmıştır. Bunun da bir özgürlükten yoksun bırakma olmasına rağmen, bu konuda bir boşluk olduğu tespit edilerek buna ilişkin olarak Anayasa'da bir düzenleme yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

İdari tedbirler yoluyla özgürlükten yoksun bırakılan kişilerinin durumunun, Anayasa yoluyla düzenlenmesi veya mevzuatta bu yoldaki hükümlerin (Kabahatler Kanunu m. 40, PVSK m. 13, Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan hükümler) Anayasal ilkelerle ve AİHS ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

İdari tedbir yoluyla özgürlükten yoksun bırakma kararlarının alınma usulü bakımından etkili denetim yollarının geliştirilmesi ve Anayasa'da bunların açıkça öngörülmesi gerektiği savunulmuştur.

### 4. Yakalama ve yol tutuklaması kavramlarının tartışılması:

Anayasa madde 19 ve madde 38'in kendi içinde çelişkili hükümler getirdiği ve bu çelişkilerin uygulamadaki aksaklık veya ihlallere meydan verdiği tespit edilmiştir. Örnek olarak, Askeri Ceza Kanunu'nun 171'inci maddesinde yer alan, komutan emriyle oda hapsi uygulamasının AİHS'ye aykırı olduğu ve bu nedenle AY madde 38'de "silahlı kuvvetlerin iç düzeni"ne atıfta bulunan hükümün çıkarılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yol tutuklamasının niteliği ve orantınlığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre; yol tutuklama kararını verecek olan hakim, tutuklama nedenlerini tartışma ve bunlara göre serbest bırakıp bırakmama şeklinde bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, yol tutuklaması adı

ile anılan tedbir, CMK m. 100 anlamında hakim tarafından verilen bir tutuklama kararı olmadığı için, Anayasa'nın 19'uncu maddesi kapsamında ancak 4 günlük süre ile uygulanabilir, aksi takdirde Anayasa'ya ve AİHS'ye aykırı olur.

Diğer görüşe göre; yol tutuklaması kararı veren hakimin aynı zamanda tutuklama nedenlerini de tartışması ve buna göre bir karar vermesi gerekir. Bu anlamda, tutuklama kararı vermeye yetkili bir hakim söz konusu olduğundan, eğer tutuklama nedenini tespit edemiyor ise şüpheliyi serbest bırakması zorunludur. Aksi uygulama kanuna aykırıdır. Ancak bununla birlikte, yetkili hakimin de dosyayı inceleyerek tutuklama veya serbest bırakma kararı verdiği örneklerin de az olduğu belirtilmelidir. Bunun garanti altına alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, esas hakiminin serbest bırakma yetkisinin bulunduğu kabul edildiği ölçüde, yol tutuklaması kararı veren hakim de aynı yetkiye sahip olduğu kabul edilmelidir.

İki görüşün ortak olarak savunduğu nokta ise, işin esasına girilmeden verilen yol tutuklaması kararlarının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının Anayasal ve AİHS'den kaynaklanan sınırlama ölçütlerinin ötesine geçen bir uygulamaya neden olabileceği ve bunu engelleyecek yasal ve gerekirse Anayasal değişikliklerin yapılmasının zorunlu olduğudur.

### **5. Tutuklama ile ilgili tartışma:**

Tutuklamada katalog suçların varlığının Anayasa m. 19'daki sınırlama nedenlerinin dışına çıkıp çıkmadığı tartışılmıştır. Bu konuda hakimin tutuklama nedenlerini denetleme imkanının Anayasa'ya aykırı surette sınırlandırıldığı ve kaçma veya delilleri karartma şüphesini ispat külfetini kamu makamlarının üzerinden aldığı, ağırlıklı olarak savunulmuştur.

Ancak tutuklamaya ilişkin ayrıntılı bir düzenlemenin ve/veya bir süre sınırının Anayasa'da yer almasının gerekli olup olmadığı konusunda görüş birliğine varılamamıştır. Bu konuda, 2 no.lu başlıkta yer alan tartışma çerçevesinde görüşler ileri sürülmüştür.

**6. Ceza muhakemesi tedbirleri ve kişi özgürlüğüne yönelik idari tedbirler bakımından bir denetim mekanizmasının gerekliliği:**

Hukukumuzda, bu yönde yeterli denetim mekanizmalarının bulunmadığı ve/veya bunların etkili olmadığı tespit edilmiştir. Bu konudaki en büyük ihtiyacın, tedbirlerin gerekçesini içerik bakımından denetleyecek mercilerin varlığına ilişkin olduğu saptanmıştır.

Bu bağlamda, Anayasa m. 40 ve CMK m. 141 ve devamında yer alan tazminat ile itiraz kanun yolunun yeterli olmadığı savunulmuştur.

Yerel mahkemelerin ve kişi özgürlüğünü sınırlandıran kararları alma yetkisine sahip bulunan idari makamların üzerinde veya onlardan bağımsız olarak çalışacak ve tedbirlerin hukuka uygunluğunu denetleyecek bir mekanizmanın yaratılması ve bunun Anayasa'da düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.



---

## 2. GRUP KATILIMCI GÖRÜŞÜ

---

### ÖZGÜRLÜK, GÜVENLİK ARAYIŞINA FEDA EDİLEMEYECEK TEMEL BİR HAKTIR\*

---

Av. Seval BALLIKAYA

---

Siyasal yönetim modelini, devlet organlarının yetkilerini ve sınırını, topluluk ve birey haklarının çerçevesini belirleyen Anayasa, bu niteliği gereği salt hukuksal bir metin olmayıp aynı zamanda temel bir siyasi metindir. Tüm yasal düzenlemelere rengini veren bu temel yasanın yapım çalışması da, niteliğine uygun olarak toplumsal bir süreç olarak ele alınmalı ve toplumsal ihtiyaç ve görüşler Anayasa'da karşılığını bulmalıdır. Ne yazık ki Türkiye'de Anayasa yapım çalışmaları olağanüstü dönemlerde ve daha çok kısıtlayıcı tedbirlerin alınması ile birlikte gündeme geliyor.

Temel bir yasa olarak Anayasa'nın temel hedefi, demokratik kuralları ve hakları koruma altına almak olmalıdır. Devletin korunduğu ölçüde, temel hakların zayıflatılması perspektifinden hareket eden bir Anayasa'nın sunduğu çerçeve, doğal olarak demokratik bir yasal zemin yaratmamaktadır.

Anayasaların gerek yapım süreçlerinde ve gerekse uygulama sürecinde en fazla tartışma konusu olan başlık ise, kişi hak ve özgürlükleri ile bu haklara yönelik kısıtlamalar oluşturuyor. Bu açıdan Anayasa hukuku ile kişi hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren ceza hukuku arasında kaçınılmaz bir etkileşim ve belirleyicilik söz konusudur. Tıpkı Anayasa gibi, ceza hukuku da mevcut hukuk sisteminin tabii olduğu siyasi yönetim modelinin yansımalarını taşır ve ülkenin ceza politikası veya ceza-adalet sistemi tartışmaları, kaçınıl-

---

\* Bu tebliğ, 2. Grubun konusunu oluşturan "Kişi özgürlüğü ve bu özgürlüğe müdahale eden tedbirler" ana başlığı çerçevesinde sunulmuştur.

maz olarak hakim siyasal yönetim anlayışı hakkındaki tartışmalar ile birlikte yürür. Bu açıdan ceza kanunları doğal olarak Anayasa tarafından belirlenmekle birlikte, her ikisinin de belirleyeni olarak bir siyasi irade ve bu iradenin üst yapıdaki yansımaları taşırlar.

Türkiye’de gerek Anayasa ve gerekse ceza kanunlarında yapılan değişiklik ve tartışmalar, yasalarla menfaati korunması gereken büyük çoğunluk dışarıda bırakılarak yapıldığından, toplumsal ihtiyaçlardan çok, devletin ihtiyaçlarının belirleyici olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle de demokratik ilerlemenin eseri olduğu ileri sürülen yasalarda dahi, kaynağını mevcut anayasanın kısıtlayıcı hükümlerinden alan bir anlayışın etki ve izleri bulunur. Anayasa ve ceza hukukunun temel yasalarının tümünde de böyle bir ilişki mevcuttur. Son derece detaylı bir düzenlemeye sahip olan 1982 Anayasa’sındaki anlayış, yapım çalışmaları sırasında reform olarak lanse edilen Ceza Kanunu ve CMK’na yansımış, bu yasalarda da Anayasa’nın devleti esas alan, birey haklarını öteleyen ruhundan uzaklaşmamıştır.

1982 Anayasası mukayeseli olarak diğer yasalarla birlikte ele alındığında, Anayasa’da yer alan hükümlerin ve anlayışın yansımalarını daha açık bir şekilde görürüz.

Bu toplantıda ele aldığımız ve tebliğimizin temelini teşkil eden “Kişi Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğe Müdahale Eden Tedbirler” başlığı, kişi haklarına yönelik en önemli kısıtlama ve haklarla ilgili olduğundan, ülke gündeminde yer alan tartışmalar ve mevcut Anayasa çalışmaları açısından hayati öneme sahiptir.

Kişi özgürlüğü, kişinin vücut bütünlüğü, yaşam hakkının korunması, özgürlüğü kısıtlayan tedbirlerin niteliği, işkence yasağı, haberleşme özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, zorla çalıştırma yasağı başlıkları ile doğrudan ilintilidir. Bu nedenle bu hakların düzenlendiği Anayasa hükümlerinin, yasal düzenlemedeki karşılığı ve düzenlemelerin temel hak ve özgürlükleri ne ölçüde koruduğu son derece önemlidir.

Kişi özgürlüğü denildiğinde ilk akla gelen hak olan, yaşam hakkının ve vücut bütünlüğü nünün korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesi ve buna ilişkin ceza hukukunda yer alan düzenlemeler önemli bir tartışma başlığıdır.

### **Kişi Dokunulmazlığı**

**Madde 17 :** *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*

*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*

*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*

*(...): Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiileri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”*

Maddenin 1. fıkrasında yer alan “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” “temel insan hakları içinde en önemli hak kategorisinde yer almaktadır. Devlet, bu hakkın korunması için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Ancak maddenin kendi içinde barındırdığı istisna hüküm ile birlikte, yaşam hakkına yönelik olarak güvenlik kuvvetlerinden kaynaklı ihlallere geniş bir zemin hazırlanmıştır.

17. madde ile ilgili tartışmaların odak noktasını teşkil edecek hüküm, 4. fıkrada yer almaktadır. Bu fıkrada yaşam hakkının korunması kapsamında olmayan haller belirtilmiş ve “Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya

1 7.5.2004- 5170/3 md ile “Mahkemelere verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile” ibareti madde metninden çıkarılmıştır.

isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme “fiileri” nin bulunduğu durumlarda, 1.fıkradaki koruma duvarının kaldırıldığı görülmektedir.

Bu fıkra ile, güvenlik kuvvetlerine silah kullanma konusunda geniş bir alan yaratılmıştır. Oysa yaşam hakkı, bir anayasanın son derece sıkı önlemlerle koruma altına alması gereken bir haktır. Yaşam hakkı kavramına, güvenlik kaygısını ön plana alan bir anlayışla bakan bu hükmün yer aldığı 1982 Anayasası, yaşam hakkını korumaktan son derece uzaktır.

Maddede belirtilen yakalama veya tutuklama hali ve diğer koşullar tek başına yaşam hakkı ihlali için yeterli neden olarak kabul edilemez. Maddenin bu halinde meşru savunma durumu veya silah kullanmanın zorunlu olması kıstası aranmadığı gibi, açık ve somut bir saldırının varlığı, tehlike ile orantılılık ve korunma amacı da belirtilmemiştir. Bütün bunlardan da önemli olan sorun ise, güvenlik kuvvetlerinin ölümle sonuçlanmayacak şekilde silah kullanılmasına ilişkin bir amacın belirtilmemesidir. Nitekim bu düzenlemeye paralel hükümler PVSK’na konulmuş ve pratik yansımaları görülmüştür.

Polisin zor kullanma yetkisini düzenleyen PVSK’nun 16. maddesinde, polise ölçü ve sınırını kendisinin belirleyeceği şekilde geniş bir kuvvet kullanma yetkisi tanınmıştır. Maddenin son fıkrası ile “*Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.*”

Polise tanınan duraksamadan ateş edebilme yetkisi, yakalamak veya tehlikeyi önlemekten çok, doğrudan öldürme amaçlı silah kullanılması ile sonuçlanmaktadır. 2007 yılında PVSK’unda 5681sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile silah kullanma konusunda polise tanınan yetkilerin genişletilmesi ile birlikte, polisin ateş etmesi sonucu gerçekleşen ölüm olaylarında artış meydana gelmiştir. Bu öldürme eylemlerinin büyük bir kısmı ise soruşturma ve dava konusu dahi olmamıştır.

Polisin silah kullanması sonucu meydana gelen ölüm ve ihlallerin önlenmesi açısından, Anayasa'nın 17.maddesinin yaşam hakkını koruyacak şekilde düzenlenmesi, polise sağlanan silah kullanma yetkisinin sınırlandırılması, yakalama ve tutuklama hali ve 17.madde de sayılan diğer koşulların varlığı durumunda da, TCK'nun "Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali" olarak gördüğü koşulların ölçü olarak kabulü önemlidir.

Aksi takdirde salt yakalama veya tutuklama kararının yerine getirilmesi veya diğer hallerin varlığı, ölümle sonuçlanacak fiillerin işlenmesine zemin hazırlayacaktır.

Yaşam hakkı başlıklı AIHS 2.maddesi "*kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda ölümün meydana gelmesi*" halini yaşam hakkının ihlali saymamıştır. Türkiye'deki yasal mevzuat bu ölçünün de çok gerisinde kalarak, yaşam hakkını koruma konusunda yeterli koruma sağlamaktan uzaktır.

**Anayasa'nın 17/2.maddesinde yer alan vücut bütünlüğünün korunması temel haklar açısından önemli tartışma başlıklarından birini oluşturmaktadır.**

"Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz."

1961 Anayasası'nda yer alan "**kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça**" ifadesi 1982 Anayasa'sında yer almamış ve "kanunda yazılı haller" ibaresi ile yetinilmiştir. Bu değişikliğin sonucu olarak vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindeki müdahalelerin savcı veya emniyetin kararına bağlanmasını düzenleyen yasal değişiklikler de yapılmıştır.

Kişilere yapılacak beden muayenesi başlığı altında önemli yasal değişiklikler yapılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu 75. Maddesinde yer alan "İç Beden Muayenesi" bu düzenlemelerden biridir. Bu maddeye gereğince "*Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine...*" C.savcısı tarafından karar verilebilecektir.

Yasadaki düzenleme ile C.savcısının kararı ile kişinin rızası dışında vücudundan örnek alınması ve beden muayenesi yapılması olanaklı hale gelmiştir. Oysa sadece şüpheli konumunda olmak, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale hakkı vermez. İç beden muayenesinin gerekçesi olarak *“bir suça ilişkin delil elde etmek için”* tabiri kullanılmışsa da, bu delillerin suçlama ile bağlantısı, hangi suçlarla ilgili olarak iç beden muayenesi yapılacağı veya vücuttan örnek alınabileceği, bu delile başvurunun zorunluluk olması gibi kıstaslar belirtilmeden, vücut bütünlüğüne son derece geniş bir müdahale alanı yaratılmaktadır.

Düzenlemenin barındırdığı en önemli sorunlardan biri de hakim ve savcının tasarrufta bulunabileceği alanın sınırlarının belirtilmemiş olmasıdır. Kaldı ki gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına bırakılan karar verilebilme yetkisi, Türkiye pratiği de göz önüne alındığında bu işlemlerin denetiminin tamamen polise bırakılması ile sonuçlanmaktadır.

CMK'nun 75. maddesinin son fıkrasına *“Bu madde gereğince verilen kararlar 24 saat içinde onaylanmadıkları takdirde elde edilen delillerin hükümsüz kalacağı”* eklenmişse de elde edilen verilerin suçlama ile ilgisinin bulunmaması veya kararın hakim tarafından onaylanmaması halinde imhasına ilişkin hüküm konulmamıştır.

Bu düzenlemenin uygulamadaki sonuçları son derece sorunludur. Örneğin siyasi davalarda kişilerden örnek alınmakta ve alınan örneklerle ilgili hakim kararına ihtiyaç duyulmamakta, örneklerin ve verilerin imhası yapılmamaktadır. Üstelik dosyalardaki gizlilik kararları nedeni ile örnek alınması ile ilgili işlemler ve kararlar öğrenilemediğinden sağlıklı bir itiraz süreci işletilememektedir

**CMK'nun 76.maddesi** ile mağdurun rızası aranmadan vücudundan örnek alınabilmesine, iç ve dış beden muayenesi yapılabilmesine olanak sağlanıyor. Mağdurun rızası dışında bir muayene ve araştırmaya tabi tutulması beden bütünlüğüne müdahaledir. Uygulama işlemlerinin belirlenmesi için hazırlanan **Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik** ile mağdurun rızasının bulunmaması halinde *“ilgili Cumhuriyet Baş-*

*savcılığınca gerekli önlemler alınır”* düzenlemesi ile mağdura zorla iç beden muayenesi yapılması ve örnek alınması olanaklı hale gelmiştir.

76. maddenin 4. fıkrası ile mağdura sadece tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınabilme hakkı tanınmıştır. Tanıklıktan çekinme sebepleri, esas olarak aile bağlarını esas alan son derece sınırlı hallerdir. Mevcut yasal durum mağdur dâhil olmak üzere, kişilerin vücut bütünlüğüne müdahaleyi engelleyecek koruma önlemleri olmadan müdahaleye son derece geniş bir zemin oluşturmuştur.

CMK 81.maddesinde yer alan fizik kimliğinin tespiti işleminde de önceki kanunda yer alan hakim kararı ve sanığın kimliğinin saptanamıyor olması koşulları kaldırılmıştır. Fizik kimliğinin tespiti üzerine alınan verilerin silinmesi yasada yer almakla birlikte buna ilişkin bir denetim mekanizması ise işletilmiyor ve bu tür veriler emniyet arşivlerinde tutulmaya devam ediyor.

Anayasanın 17.maddesinin en önemli başlıklarından biri de; 3. fıkrada yer alan **“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.”** hükmü. Bu maddeye paralel hükümler TCK’ nuna konmuşsa da, ne yazık ki yeterli yasal koruma önlemleri ile donatılmamış ve buna uygun bir pratiğin hayata geçirilmesi sağlanmamıştır.

TCK 94 ve 95. maddelerinde işkence suçu ve bu suç için öngörülen ceza miktarları belirlenmiştir. Özellikle gözaltı ve polis sorgusu ile birlikte anılan işkence suçunun yasal mevzuata çok geç girmiş olsa da, işkence suçunun ceza kanununda yer almasının önemini belirtmek gerekir. Ancak bu maddenin işleyişi konusunda önemli bir aşama kaydedilebilmiş değildir. İşkence suçundan dolayı son derece sınırlı sayıda soruşturma açılmakla birlikte genel uygulama olarak kamu görevlilerine ceza verilmemekte, ceza verildiğinde ise suç zamanaşımına uğratılmaktadır. Dolayısıyla bu suçun faillerinin cezasız kaldığını söylemek, genel uygulamaya aykırı olmayacaktır. Bu nedenle işkence suçunun zamanaşımı kapsamı dışında tutulması son derece önemlidir.

İşkencenin sıklıkla ifade alma yöntemi olarak uygulanması, işkence altında alınan emniyet ifadelerinin delil olarak dikkate alınması nedeni ile gözaltı uygulamasının tartışılmasını gündeme getirmektedir.

İfade alma ve sorguda yasak usulleri başlıklı CMK madde 148;

*“(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.*

*(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.*

*(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*

*(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.*

*(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir”* hükmü **Anayasa'nın** 17. maddesi ve kişinin güvenliği ile doğrudan ilişkilidir. Ancak bu düzenleme emniyet müdürlüğü tarafından yapılan soruşturmalarda sıklıkla ihlal edilmekte, özellikle psikolojik işkence olarak tanımlanabilecek, **yorma, uykusuz bırakma, tehdit** gibi yöntemler tüm soruşturmalarda uygulanmaktadır. Emniyetin rutin uygulaması haline gelen bu yöntemler, savcılık ve mahkeme aşamasında da devam etmekte, ancak bu yöntemler savcılık ve mahkemeler tarafından işkence olarak yorumlanmayarak soruşturma ve dava konusu yapılmamaktadır.

CMK 148. maddesinin ihlali suretiyle alınan ifadelerin dava dosyalarında yer almaması ve delil olarak değerlendirilmesi gerekirken, uygulamada yasal düzenlemeler ihlal edilerek, işkence altında alınan ifadeler dava dosyalarına girmekte ve karara temel oluşturmaktadır. Bu durum adil yargılanma hakkının ihlali olduğu gibi işkence suçuna pratik zemin hazırlayan, yargılama ile ilgili temel bir sorundur.



## Kişi Hürriyeti ve Güvenliği

Anayasa'nın Kişinin Hakları ve Ödevleri Hakları ana başlığı altında yer alan Kişi Hürriyeti ve Güvenliği aynı zamanda Ceza Yargılamasının doğrudan ilgilendiği konular arasındadır.

Anayasa madde 19; *“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir”* ifadesi ile, kişinin sahip olması gereken özgürlük ve güvenlik hakkını tanımlamıştır. Son derece uzun bir madde olan 19. maddenin devamı ise özgürlüğü kısıtlayan tedbirlere ayrılmıştır. Bunlar yakalama, gözaltı ve tutuklama halleridir.

Anayasada belirtilen bu kısıtlayıcı tedbirlerle ilgili olmak üzere, ceza yargılamasının en önemli iki başlığını burada belirtmek isteriz. Bunlar aynı zamanda kişi güvenliğini de ilgilendiren **“GÖZALTI”** ve **“TUTUKLAMA”** uygulamalarıdır.

CMK 91. Maddesine göre *“...yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.*

*Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır.”*

Maddenin ifade şekli son derece sakıncalıdır. Gözaltı işleminin uygulamasında ortaya çıkan sonuçlardan da görüldüğü üzere, kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından ağır ihlallere neden olmaktadır.

Öncelikle, özgürlüğü kısıtlayıcı bir işlem olmasına karşın, mahkeme kararına dayanmayan gözaltı uygulaması ile C.savcısına ve esas olarak polise son derece geniş bir yetki alanı bırakılmaktadır. *“Yakalanan kişi Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir”* cümlesi ile verilen yetki, soruşturmayı yürüten savcılarca neredeyse her olayda gözaltına alma kararı verilmesi biçiminde kullanılmaktadır. Uygulamada, maddenin ikinci fıkrasında yer alan

*“Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır.”* ifadesine aykırılık teşkil eden pek çok işlem gerçekleşmektedir.

Gözaltına alma kararına neden ihtiyaç duyulduğu, soruşturma ile ilgili en önemli sorundur. Yasada, hangi hallerde kişilerin tutuklanmasına karar verilebileceği belirtildiği halde, hangi durumlarda gözaltına alma kararı verilebileceği somut olarak belirtilmemiştir. Uygulamada bir kişinin gözaltına alınmasının temel nedeni olarak karşımıza çıkan somut durum, soruşturma ile ilgili delil elde edilmesi çabasıdır. Yasada, tutuklama kararında olduğu gibi kaçma şüphesi veya delilleri karartma olasılığı gibi kıstaslarda yer almamaktadır.

Soruşturma sürecinde elde edilen delillerin, fail ve fiili belirleyebilecek şekilde somut olarak belirlenmesi halinde, soruşturmanın tamamlanması açısından zorunlu unsurlar olan şüpheli ve mağdurun beyanlarının alınması gerekmektedir. Mevcut delillerin suçu işleyen kişiyi de gösterecek şekilde somut olması durumunda, gözaltı uygulamasına ihtiyaç duyulmadan, soruşturmanın tamamlanması ve gerekiyorsa davanın açılmasının yasal ve pratik bir engeli bulunmamaktadır. Nitekim CMK Madde 170 ; *“Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.”* hükmünde “yeterli şüphe” esasından hareket etmiş ve C.savcısına bu durumda kamu davası açma yetkisi vermiştir.

Suçun devam eden soruşturma süreci ile ilgili olmadığı hallerde ise, örneğin suçüstü hallerinde de aynı durum geçerlidir. Mevcut delillere göre soruşturma veya kovuşturma açılıp açılmaması hakkında özel düzenlemeler yasalarda yer almaktadır.

Soruşturmada, şüphelinin ifadesinin alınması dışında bir etkisi olmayan gözaltı işlemi soruşturmanın yürütülmesi kolaylaştıran ve delil toplanmasını sağlayan bir soruşturma yöntemi değildir. Geçmişte 90 gün, 30 gün, yakın tarihe kadar 15 günlük sürelerle varan gözaltı kararları, sadece emniyete sorgulama yapması için zaman

sağlama işlevi görmektedir. Şüphesiz ki bu derece uzun sürelerle gözaltında tutma uygulaması, şüphelinin kendisi veya başkaları aleyhine ifade vermek üzere zorlanmasına ve işkenceye zemin hazırlamaktadır.

Yürürlükte bulunan CMK'nun yakalanan kişinin 24 saat, toplu suçlarda 4 güne kadar gözaltında tutulmasına olanak sağlayan düzenlemesi, önceki yasa metinlerinde hakim olan anlayışın, yani failden - fiile varma anlayışının devamı niteliğindedir. Zira yakalanan kişinin bir suçun faili olup olmadığına, hakkındaki suçlamanın somut delillere dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın karar verilmektedir. Genellikle kolluğun talebi üzerine verilen ve uzatılan gözaltı kararları ile, mevcut delillerin faili ve fiili somut olarak açıklamaya yetmediği hallerde, şüpheli ifadesi yoluyla deliller elde edilerek soruşturmayı tamamlama anlayışının ürünüdür. Böylece henüz bir suçun şüphelisi dahi olmayan kişilerin özgürlüğünü kısıtlama yoluna gidilmektedir.

CMK 160 ve devamı maddelerde tanımlandığı üzere, soruşturma makamı C.savcılığı, kolluk ise soruşturma işlemlerindeki yardımcı konumundadır. Bu nedenle savcının soruşturmayı bizzat yürütmesi yasal bir zorunluluktur. Dolayısıyla, soruşturma işlemleri içinde en önemli yere sahip olan ifade alma işlemi de, bizzat savcı tarafından yapılmalı, kolluğa bırakılmamalıdır. Yasal statüsü itibariye soruşturma makamı olmayan polis, ifade almak gibi doğrudan bir soruşturma işlemini yapmak konusunda yetkisi bulunmamaktadır.

Mevcut yasal düzenlemelere karşın, soruşturmanın en önemli adımı olan ifade alma işlemi dahil olmak üzere, tüm soruşturma işlemleri kolluğa bırakılmakta, gözaltı süresi boyunca şüpheli polisin gözetim ve denetiminde sorgulanmaktadır. Bu uygulama kötü muamele ve işkenceye zemin hazırlayan en önemli etkenlerden biridir.

Somut olarak CMK nun 145. maddesinde belirtilen “İfadesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişi davetiye ile çağrılır; çağırılma nedeni açıkça belirtilir; gelmezse zorla getirileceği yazılır.” usulü, olağan ifadeye çağırma usulüdür. Ancak soruşturma savcıları bu prosedürü işletmemekte ve doğrudan gözaltına alma kararı vererek şüphelinin

emniyete alınması için polise izin vermekte, şüpheli polis sorgusunun ardından sorgu için savcılığa çıkartılmaktadır. Bu uygulama yani gözaltı kararı, kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelik ağır ve telifisi imkânsız ihlallere neden olmaktadır.

Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ile ilgili diğer bir tedbir ise ceza yargılamasının en çok tartışılan başlıklarından bir olan “**TUTUKLAMA**”dır.

CMK'nun 100. maddesinde koşulları belirtilen tutuklama, bir tedbirden öte bir cezanın infazı niteliğindeki uygulama ile ceza yargılaması hukukunun çözmesi gereken temel bir sorundur.

Yasada belirtilen ***Tutuklama nedenleri;***

*“ Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların varlığı ile birlikte,*

*a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.*

*b) Şüpheli veya sanığın davranışları;*

*Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,*

*Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe”* koşullarının bulunmasıdır.

Mevcut düzenlemeye göre, tutuklama kararı verilebilmesi, öncelikle kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunmasına bağlıdır. Tutuklama ile ilgili bu esas verinin bulunması halinde ikinci etkene yani, şüpheli veya sanığın kaçması veya yargılamaya müdahale niteliğinde davranışlarda bulunmasına bakılacaktır.

Önceki metinlerde yer almayan bir tutuklama nedeni ise, 100. maddenin 3.fıkrasında belirtilen suçlarda, sadece kuvvetli suç şüphesinin aranması halidir. Bu durumda sanığın kaçması veya delillere etki etmesi gibi koşullar aranmadan, bir tutuklama nedeninin var olduğu kabul edilmektedir.

Yasada yer alan bu düzenleme ile yasa koyucunun, mahkemele-  
rin vermesi muhtemel cezaların karşılıksız kalmasını önleme mantığı ile hareket ettiği ve bu anlayışın temel veri olarak alındığı anlaşıl-

maktadır. Aksi takdirde şüphelinin beraat etme olasılığının dikkate alınması ve haksız olarak özgürlükten yoksun bırakılan sürelerin telafisinin imkânsız olduğunun gözetilmesi gerekirdi.

Sanığa bağlı herhangi bir neden aramadan tutuklama kararı verilebilmesine olanak sağlayan 100. maddenin 3. Fıkrası kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelik bir tehdit niteliğindedir. Bu düzenleme ile suçsuzluk karinesi, kanun önünde eşitlik prensibi ihlal edilmektedir. Devlet düzenini koruma hedefi ile C.savcısı ve mahkemelere kişi özgürlüğü hakkında karar vermek üzere son derece geniş bir yetki alanı yaratılmıştır. Oysa kişilerin sahip olması gereken özgürlük ve güvenlik hakkı, yargı mercileri de dahil olmak üzere tüm kişi ve kurumlara karşı sıkı tedbirlerle korunmalıdır.

Bir yargılama tedbiri olarak öngörülen tutuklama, niteliği gereği istisnai olması gerekirken, uygulamada maddede belirtilen kıstaslar dahi aranmadan tutuklu yargılama yapılması genel kural haline gelmiştir.

Uygulamadaki sorunların giderilmesi, tutuklamanın yarattığı ihlalleri kısmen giderecekse de, tutuklama tedbirinin gerekliliği ve niteliğinin de tartışılması gerekmektedir.

Öncelikle, tedbirin zorunluluğu ve soruşturmanın güveliğinden hareket edilerek yasaya konulmuş olan, soruşturmaya müdahale niteliğindeki eylemlerin engellenmesi ile tutuklama arasından doğrudan bir bağlantı olmadığını ifade etmek gerekir. Zira 100. Maddenin 2. fıkrasında yer alan, “*Delilleri yok etme veya tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa*” denilmişse de tutuklama, belirtilen kişilere baskı yapılmasını ve delillerin yok edilmesini engelleyici bir güvenlik önlemi işlevi görmez. Yasadaki bu tanımlama ile somut olguların varlığı aranmadığı gibi, delillere müdahale edilmesinin engellenmesi ve koruma önlemleri göz ardı edilmiş, tutuklamaya başlı başına bir koruma önlemi işlevi yüklenmiştir.

Tutuklama ile ilgili en önemli sorun ise, bir cezanın infazı niteliğinde olmasıdır. 100. Maddede yer alan “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların varlığı ile birlikte, şüpheli veya sa-*

***nığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.***” ifadesi ile, ceza alması olasılığı bulunan şüpheli veya sanığın kaçarak verilen cezanın infaz edilmesinin olanaksız hale gelmesi kaygısının, tutuklama ile ilgili bu düzenlemenin temel belirleyeni olduğu görülmektedir.

Oysa cezanın infazı, yargılama sonrasına ilişkin bir sorundur. Öncelikle adil bir yargılama yapılarak, sanığın bu suçu işlediği konusunda hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde suçluluğunun kanıtlanması gereklidir. Bu aşamadan sonra verilecek ceza ve bu cezanın infazı sorunu gündeme gelecektir. Mevcut düzenleme ise bunun tamamen tersi bir uygulama ile olası cezanın infazı niteliğinde olmak üzere, sanığın kaçmasını engelleyecek bir tedbir olarak tutuklamaya yer vermiştir. Bu ise yukarıda da belirttiğimiz üzere suçsuzluk karinesinin ihlali niteliğinde olduğu gibi, adil yargılanma hakkına da aykırıdır. Zira, yargılamacı henüz kesinleşmemiş bir cezanın infazı niteliğinde tutukluluğu sürdürülen bir sanığın yargılamasını yapan hakim, tarafsız bir sonucu ve eşitliği sağlayabileceği kuşkuludur. Nitekim uzun süreli tutukluluklarla yapılan yargılamaların büyük çoğunluğu cezalandırma kararı ile sonuçlanmaktadır.

***Sonuç olarak uzun ve keyfi tutuklamalara neden olacak hükümlerden arınmış ve tutuklamanın olmadığı bir yargılama sistemine geçiş, ceza hukukunun temel bedefi olmalıdır.***

Özgürlük vazgeçilemez ve sıkı sıkıya korunması gereken bir haktır. Hukuk, ancak özgürlüğü devletin güvenlik anlayışına feda etmediği zaman adaletin bir aracı olabilir.

---

### 3. GRUP

## ADİL YARGILANMA HAKKI

---

Anayasa Madde 37, 38, 39, 84, 100, 105

**Oturum Başkanı** : Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem

**Raportörler** : Araş Gör. Onur Kemal Kerman  
Araş. Gör. Haluk Toroslu

**Katılımcılar** :

Prof. Dr. Sait Güran

Yard. Doç. Dr. Asuman Aytekin İnceoğlu

Yard. Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergül

Araş. Gör. Kaan Karcılıoğlu

Araş. Gör. Yaprak Ontan

Av. Taylan Tanay

Av. Salih Oktar

Av. Mehmet Oral

Av. Turgay Demirci

Av. Serkan Cengiz

Av. Murat Çelik

### 3. GRUBUN RAPORU

#### Giriş

Adil yargılanma hakkına ilişkin tartışma ve önerilere geçmeden önce, anayasa hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişki hakkında bazı tespitlerde bulunmak gerekmektedir. Bu bağlamda, ceza hukuku tarafından korunan hukuki menfaatlerin dayanağının anayasal değerler düzeni olduğunu belirtmek gerekir. Ceza hukuku ve anayasa hukuku ayrılmaz bir bütündür. Bireylere ait korunan hukuki değerlere karşı tehlike oluşturmayan ve zarar vermeyen davranışlar suç olarak tanımlanamaz. Suçu “günah” ile bir tutan, sadece niyetleri cezalandıran bir ceza hukuku anlayışı kabul edilemez. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi esastır. Anayasada yer alan prensipler çerçevesinde, özellikle ölçülülük ilkesini esas alarak, cezai düzenlemeler yapılabilir.

Özellikle ve sadece adil yargılanma hakkının yeniden düzenlenmesi veya gözden geçirilmesi açısından, şu andaki yasama organı tarafından anayasa değişiklikleri yapılması mümkün ve gereklidir. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkından etkin bir faydalanmanın sağlanması ve adil yargılanma hakkı ile adil yargılanma hizmeti arasındaki ilişkinin kurulabilmesi için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 13. maddesine paralel olan, anayasal bir düzenleme yapılması gereklidir.

#### 1. Adil Yargılanma Hakkının Anayasal Boyutta Düzenlenmesi

“Hak arama hürriyeti” başlığını taşıyan Anayasa'nın 36. maddesi, tek başına adil yargılanma güvencelerini içermediğinden ve anayasada bu hakka ilişkin diğer ilkeler de olduğundan, bunların bir veya iki madde halinde anayasada düzenlenmesi yöntem olarak daha uygun olacaktır. Ancak yargı bağımsızlığına ilişkin hükümler, önemi dolayısıyla anayasanın ilgili bölümlerinde yer almalıdır.

Genel olarak yargılama hukuku açısından adil yargılanma hakkının düzenlenmesi ve bunun yanında her yargı koluna ilişkin özel hükümlere de anayasada ayrıca yer verilmesi gerekir.



Bununla birlikte, adil yargılanmaya engel teşkil eden ve adalet hizmetlerine erişimi zorlaştıran ya da imkânsız kılan hususların kaldırılması ve anayasada bu haktan etkin bir biçimde herkesin yararlanmasını sağlayacak önlemlerin alınması ve buna ilişkin düzenlemelere yer verilmesi gerekir.

Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes; devlet organları nezdinde etkili başvuru hakkına sahip olmalıdır. Devlet bu başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, gerekli önlemleri almalı ve engelleri kaldırmalıdır.

## 2. Adil Yargılanma Hakkının İçeriği Üzerine Öneriler

Adil yargılanma hakkının içeriğinin tespit edilmesinde özellikle AİHS madde 6 dikkate alınmalı ve belirleyici olmalıdır. Adil yargılanma hakkının içeriğine ilişkin görüşler ve bu hakkın kullanılmasında karşılaşılabilecek sorunlara ilişkin öneriler aşağıda başlıklar halinde ele alınmıştır:

### a. Makul süre:

Makul süre, adalete aykırı birtakım sonuçlar doğuracak şekilde yalnızca “hızlı” yargılamayı ifade etmez; adil yargılanma hakkını oluşturan güvenceleri ihlal edecek şekilde yorumlanamaz. Makul süre, her bir uyuşmazlığın özelliği dikkate alınarak, muhakemenin uygun ve orantılı bir süre zarfında yapılmasına işaret eder.

### b. Savunma hakları:

Herkes davasının bağımsız, tarafsız bir mahkeme önünde herkese açık biçimde ve makul süre içerisinde görülmesi hakkına sahiptir.

### c. Doğal yargıç ilkesi:

Hiç kimse doğal yargıcından başka bir yargıç önüne çıkarılamaz. Olağanüstü yetkileri haiz mahkeme kurulamaz.

Bu başlık için Prof. Dr. Sait Güran şu yönde bir ekleme yapılmasını önermektedir: “*Sıkıyönetim ve savaş halleri saklıdır*”.

**d. Delil yasakları:**

Delilin elde edilmesi sürecinde yapılan herhangi bir hukuka aykırılık, delilin muhakemenin her aşamasında kullanılmasını engeller. Bu yolla elde edilen delillere hâkimin ulaşmasını engelleyecek tedbirler alınır.

Muhakemeye katılan tüm kişilerin beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bu iradeyi etkileyecek hiçbir müdahale yapılamaz.

**e. Silahların eşitliği, çelişmeli yargılama ilkesi ve duruşmada hazır bulunma:**

Muhakemeye katılan tüm kişilere eşit davranılması, özellikle de dosya içeriğinden aynı ölçüde bilgi verilmesi ve aynı koşullarda iddia ve savunmalarını ileri sürebilmeleri ve olaya ilişkin açıklamada bulunabilmeleri için devlet gerekli tedbirleri alır. Hâkim kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.

**f. Susma, kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamama hakkı:**

Hiç kimse kendini ve yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

**g. Gerekçeli karar hakkı:**

Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır. Gerekçede kararın dayandığı hukuki ve fiili olguların tümü gösterilmek zorundadır.

**h. Suçlamanın niteliğini ve isnadı öğrenme hakkı:**

Soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği ileri sürülerek alınan gizlilik kararı, savunma haklarının kullanılmasını sınırlandıracak bir biçimde uygulanamaz.

**i. Tanıklara soru yöneltme hakkı:**

Muhakemeye katılan herkes, tanıkları sorguya çekmek veya çek-tirmek, aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlan-masını istemek hakkına sahiptir.

**j. Tercümandan yararlanma hakkı:**

Herkes kendisini en iyi ifade edebileceği dilde savunma hakkına sahiptir. Tercümandan yararlanma hakkı da, muhakemenin her aş-a-masında bu koşula bağlı olarak gerçekleştirilir ve ücretsizdir.

Prof. Dr. Sait Güran, şu yönde bir ekleme yapılmasını önermek-tedir: “*Yargılama, resmi bir işlemdir ve resmi dilde, yani Türkçe yapılır. Mahkemenin, Türkçe ifadenin yargılama ve iletişim yö-nünden yetersiz olduğuna kanaat getirdiği durumlarda bir baş-ka dile ve ücretsiz olarak tercümandan yararlanılmasına izin verilebilir*”.

**k. Masumiyet karinesi:**

Suçluluğu hükmen sabit olana kadar herkes suçsuz sayılır. Hiç kimse suçsuzluğunu ispatlamak zorunda bırakılamaz. Bu hakka yö-nelik müdahaleleri önlemek için devlet gerekli tedbirleri alır. Masu-miyet karinesi, lekelenmeme hakkını ve aleyhine ön yargı oluştura-cak işlemlerden kaçınmayı da ihtiva eder.

**3. Adil yargılanma hakkını ihlal eden uygulamalara yaptırımlar, devletin sorumluluğu:**

Adil yargılanma hakkını ihlal eden her türlü tasarruftan dolayı devletin tazminat sorumluluğu vardır. Kişinin hak ve özgürlüklerine etki eden tüm müdahaleler açısından adil yargılanma hakkı garanti-leri geçerlidir.



---

### 3. GRUP

## KATILIMCI GÖRÜŞÜ

# ADİL YARGILANMA HAKKI KONULU RAPORUNA EK\*

---

Prof. Dr. Sait GÜRAN

---

**Anayasa ve ceza hukuku arasında nasıl bir ilişki vardır ve/veya nasıl bir ilişki bulunmalıdır?**

Şu anda yürürlükteki Anayasa metni değiştirilip, Anayasa'nın değiştirilmesine ilişkin hükümlerine "Kurucu Meclis" modeli monte edilmedikçe, kanunla bir Kurucu Meclis düzenleyip Anayasa çalışmalarını, TBMM yerine ona yaptırmak olanaksızdır.

**Anayasa konusunda değişiklik çalışmalarının sadece hukukçular arasında, özellikle anayasa hukukçuları arasında kalması ne kadar doğrudur? Toplumun diğer katmanlarının bu sürece dâhil edilmesi daha sağlıklı olmaz mı?**

Anayasa tartışmaları sadece hukukçular arasında tartışılmamakta, zaten toplumun muhtelif kesimlerince tartışılmakta, görüşler ifade edilmektedir. Önemli olan resmi yapım sürecinde de bunların düşüncelerini ifade yönünde TBMM'nin (olursa Kurucu Meclis'in) geniş katılıma olanak tanınmasıdır.

**Adil yargılanma hakkının içeriği üzerine öneriler**

**Makul süre**

Hızlı yargılama bahasına nelerin yapılmayacağına örnek İdari Yargı mevzuatında yapılması düşünülen değişikliklere ilişkin kanun tasarısı ile idari para cezalarında uygulanan yargılama usulüdür.

---

\* 3. Grubun katılımcılarından Prof. Dr. Sait Güran'ın Grup Raporunda değinilen çeşitli konulardaki görüşlerinin sunumudur.

### **Tercümandan yararlanma hakkı**

Herkes kendisini en iyi ifade edebileceği dilde savunma hakkına sahiptir. Tercümandan yararlanma hakkı da, muhakemenin her aşamasında bu koşula bağlı olarak gerçekleştirilir ve ücretsizdir.

**Yargılama, resmi bir işlemdir ve resmi dilde, yani Türkçe yapılır.**

Mahkemenin, Türkçe ifadenin yargılama ve iletişim yönünden yetersiz olduğuna kanaat getirdiği durumlarda bir başka dile ve ücretsiz olarak tercümandan yararlanılmasına izin verilebilir.

---

## 4. GRUP YARGI BAĞIMSIZLIĞI

---

Anayasa Madde 138-141, 144, 146-159

---

**Oturum Başkanı :** Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoglu

**Raportörler** : Araş. Gör. Fahri Gökçen Taner  
Av. Burak Candan

**Katılımcılar** :

Doç. Dr. Ozan Erözden

Dr. Hakan Kızılaslan

Av. Turgut Kazan

Av. Sema Pekdaş

Av. Ayhan Erdoğan

Av. Ercan Demir

Av. Kaan Demir

Av. Hüseyin Fatih Demir

#### **4. GRUBUN RAPORU**

Çalışma grubu katılımcıları, yapılacak yeni Anayasa'nın temel amaçlarından birinin yargı bağımsızlığının sağlanması olması gerektiği konusunda uzlaşmışlardır. Bu nedenle başta anayasa yapım süreci olmak üzere; ilgili mevzuatta yapılacak değişikliklerde ve aşağıda sözü geçen kurumların işlemlerinde, aşağıda başlıklar halinde belirtilen hususların dikkate alınmasının yargı bağımsızlığının sağlanması bakımından zorunlu olduğu konusunda görüş birliğine varmıştır:

##### **1. Yürütme Yargı İlişkileri**

Yürütme organının temsilcileri yargı organını etki altında bırakabilecek her türlü beyanat ve işlemde kaçınılmalıdır. Bu tür beyanat ve işlemlerin suç teşkil etmeleri bir yana, bu davranışlar yargı bağımsızlığına gölge düşürmektedir.

Buna ek olarak kolluk amirlerinin ve mülki amirlerin işlenen suçlarla ilgili açıklama yapması uygulamasına son verilmelidir. Zira bu tür açıklamalar, Cumhuriyet Savcılığının soruşturmanın asıl sorumlusu (hakimi) olması esasıyla bağdaşmamakta ve savcılığı zaman zaman zor durumda bırakmaktadır.

Yürütme yargı ilişkilerindeki önemi nedeniyle, HSYK'ya ilişkin sorunlar ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

##### **2. Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yapılanması ve İşlemleri**

Tamamen farklı görevler yürüten ve farklı güvencelere sahip olması gereken hâkimler ve savcılar aynı kurula tabi olması şeklindeki uygulamaya son verilmelidir. Unutulmamalıdır ki hâkimlik teminatı HSYK'dan ayrı düşünülemez. Eğer Türkiye'de yargının bağımsız olması sağlanacaksa, bu bağımsızlığın teminatı öncelikle HSYK olmalıdır. HSYK sıradan bir idari kurum veya kurul değildir. Bu nedenle HSYK'nın tarafsız ve bağımsız bir kurul olmasının önünde engel oluşturan ve mevzuattan kaynaklanan her türlü aksaklık giderilmelidir. Referandum sonrası yapısı değişen HSYK'ya üye se-



çiminde yaşanan ve kamuoyunun malumu olan aksaklıkların giderilmesi için, yargının siyasetin dışında kalmasını sağlayacak şekilde yeni düzenlemelerin yapılması, hâkimlerin bağımsızlığının sağlanabilmesi için hayati önemdedir.

Bunlara ek olarak HSYK ve Kurul Üyeleri de kamuoyu tarafından dikkatle takip edilen davalarda görevli olan hâkim ve savcılara ilişkin olarak tasarruflarda bulunurken, bu davalara müdahale edildiği izlenimini yaratacak her türlü işlem, eylem ve beyanattan kaçınılmalıdır.

### **3. Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimindeki ve Eğitimindeki Sorunlar**

Bilindiği üzere mesleğe kabul edilmesi düşünülen hâkim ve savcı adayları yapılan yazılı sınavda belirli bir düzeyde başarı sağlayanlar arasından mülakatla seçilmektedir. Söz konusu sınavın ezber yapma becerisini ölçmekten çok seçici olacak şekilde hazırlanması zorunludur. Fakat asıl önemli olan, hâkim ve savcı adaylarının belirlenmesi açısından belirleyici nitelikte olan mülakatta liyakat esasının göz önüne alınması ve adaylara sorulan sorularda seçici kurul üyelerin belirli bir standart sağlamasının gerekliliğidir. Mesleğe adım atmaya hevesli olan genç hukukçuların adalet duygularının, daha yargı teşkilatına giriş aşamasında örselenmemesine özen gösterilmelidir.

Konuya ilişkin dikkat çekilmesi gerekli olan bir diğer husus ise hâkim ve savcı adaylarının aldığı eğitimin kalitesidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hukuk fakültesi sayısının günden güne çoğalması, var olanların da kontenjanlarının orantısız bir biçimde arttırılması, buna karşın ülkemizde bu fakültelelere yetecek sayıda öğretim üyesi ve elemanının bulunmaması, hukuk fakültelerinde verilen eğitimin kalitesini oldukça düşürmektedir. Hâkim, savcı ve avukatlık mesleğini yapacak hukukçuları yetiştirmek konusunda münhasır yetkiye sahip olan bu fakültelerin eğitim kalitesi kaçınılmaz olarak ülkedeki hâkim, savcı ve avukatların kalitesini düşürecektir. Buna ek olarak Adalet Akademisi'nde verilen eğitimin de gözden geçirilmesi zorun-

ludur. Bu kurumda geleceğin hâkim ve savcılarının eğitim verilirken, bilimsel ve düşünsel anlamda bağımsız olmalarının önünü açacak bir yaklaşım izlenmeli, Yargıtay içtihatlarını ezberlemeye ve düşünmeksizin bunlara uymaya yönelik tutumlardan uzak durulmalıdır.

#### **4. Hâkimlerin Kendilerine Yönelik Algılarına İlişkin Sorunlar**

Öncelikle belirtmek gerekir ki önemli olan temel haklara ilişkin güvencelerin Anayasa'ya doğru yazılması değil, yargının kendisini bunların teminatı olarak görmesidir. Bu bağlamda hâkimin çevreden düşünsel olarak bağımsızlığı da büyük önem taşımaktadır. Düşünsel olarak bağımsız olmayan bir hâkimin hukukun en üstün değer olduğunu ortaya koyması mümkün değildir. Bu bağlamda hâkimin düşünsel özgürlüğünün önünde set oluşturan terfi uygulamalarının da gözden geçirilmesi gerekir. Ayrıca bir üst başlıkta da ifade edilen hâkim ve savcı adaylarının eğitimiyle başlayan süreçte ve meslek içi eğitimde izlenen yöntemlerin de, bu hususta belirleyici olduğu unutulmamalıdır.

#### **5. Adliye Kolluk İlişkilerinden Doğan Sorunlar**

5271 sayılı CMK' nın yapım sürecinde üzerinde en çok durulan konulardan biri, Cumhuriyet savcılarının soruşturma evresinin hâkimi olmasının sağlanmasına ilişkin düzenlemeler olmuştur. Ne yazık ki geçen yedi yılda ortaya çıkan uygulama, söz konusu amacın temenni niteliğinde kaldığını ortaya koymuştur. Özellikle kamuoyu tarafından dikkatle izlenen davalarda, Cumhuriyet savcılıkları tarafından şüpheliler hakkındaki lehe olan deliller toplanmaksızın, kolluk tarafından hazırlanan fezlekelerin neredeyse olduğu gibi aktarıldığı izlenimini uyandıran, şüpheliler hakkında somut isnatlara yer verilmeyen, şüphelilere ve üçüncü kişilere ilişkin fakat soruşturma ile ilgili olmayan ve kişilerin itibarını zedeleyebilecek nitelikte özel hayata ilişkin bilgiler içeren iddianameler düzenlenmesi, davaların içinden çıkılmaz bir hal almasına ve ciddi hak ihlallerine yol açmaktadır. Bu noktada elbette iddianamenin iadesi kurumunu işletmeyen mahkemelerin hatası yok sayılamaz. Fakat bu noktada asıl sorumluluk savcılık makamına düşmektedir. Savcılık makamı soruş-

turma evresi üzerindeki hakimiyeti sağlayarak kolluk kuvvetlerinin amiri olma yönündeki yetkisine sahip çıkmalıdır. Elbette asıl çözüm idari kolluk teşkilatından tamamen bağımsız bir adli kolluk teşkilatının kurulmasından geçmektedir. Fakat her ne olursa olsun kişilerin hukuki güvenliklerini sağlama görevi öncelikle Cumhuriyet savcılığına düşmektedir. Bu yolda savcılık teşkilatı kolluk teşkilatı üzerindeki yetkilerini gereği gibi kullanmalıdır.

## 6. Anayasa Mahkemesi

Referandum vasıtasıyla yapılan anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı yerinde olarak arttırılmıştır. Öte yandan çeşitli kurumlar tarafından yapılan seçimler sonucunda belirlenen adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesi üyesi seçmesi şeklindeki uygulama, bu kurumların iradesinin seçimlere yeteri kadar etki etmesini önlemekte ve Mahkemenin bağımsızlığına gölge düşürmektedir. Bu nedenle ilgili kurumların üyeleri doğrudan seçmeleri ve Cumhurbaşkanı'nın daha az sayıda üyeyi seçme yetkisine sahip olması yerinde olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin yeni yapılanmasında bireysel başvuru hakkının Anayasa'daki tüm haklar için değil yalnızca AİHS deki haklar için tanınması, bireysel başvuru kurumunun AİHM'ye gitme yolunu uzatmak için getirilen bir çözüm olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu durumun, AİHM'nin kişiler bakımından bir teminat olma imkânını geciktirerek hak kayıplarına yol açacağı düşünülmektedir.

## 7. Askeri ve Özel Görevli (Yetkili) Mahkemeler

Gerek askeri yargının gerekse özel görevli (yetkili) mahkemelelerin gerçek bir hukuk devletinde yeri yoktur. Özellikle son dönemde özel görevli mahkemelerde yaşanan ve düzeltilmesi yönünde en ufak çaba dahi gösterilmeyen hukuk ihlalleri, insan hakları açısından tehlikeli boyutlara ulaşmıştır. Bu nedenle Anayasal dayanağı dahi tartışmalı olan özel görevli mahkemelerin kaldırılmaları gerekir. Olağan zamanlarda, olağanüstü mahkemelere ihtiyaç yoktur.

Buna ek bu mahkemelerde görevli olan savcılarının yetkilerinin çok geniş olması ve buna karşı etkili bir denetim mekanizmasının olmaması yargı bağımsızlığına zarar vermektedir.

### **8. Gerekçesiz Yargı Kararları**

Bilindiği üzere Anayasa gereği yargı kararlarının gerekçeli olarak kaleme alınması zorunludur. Gerekçe hem hükmün denetlenmesini ve hem de yargılamanın adil bir şekilde yapılıp yapılmadığını gösteren yegâne araçtır. Mahkemelerin verdiği gerekçesiz veya formül gerekçelerle verilen kararların yargı bağımsızlığını önemli ölçüde zedelediği düşünülmektedir.

---

## YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve TARAFSIZLIĞI\*

---

**Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU\*\***

---

Çağdaş devlet anlayışının en büyük değeri olan insan hak ve özgürlükleri, ancak bir hukuk devletinin varlığı ile mümkün olacaktır. Hukuk devleti, en basit tanımıyla, kurallara uygun eylem ve işlemlerin yapılmasını güvence altına alan devlettir. Bunun sağlanmasında ise ön planda yargı bağımsızlığının varlığı zorunludur.

Şüphesiz ki yargı bağımsızlığı öngörülen ülkelerde buna dair prensipler, anayasa ve yasalarla güvence altına alınmaktadır. T.C. Anayasası'nın Genel Esaslar Başlıklı Birinci Kısmının Dokuzuncu maddesinde de, "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*" denilmek suretiyle Yargı Bağımsızlığı öngörülmüştür.

Yargı bağımsızlığının mevcudiyeti ve devamlılığı açısından son derece önemli olan hâkimlerin, önlerine getirilen eylemin olumlu ve olumsuz yönlerini gözden geçirerek bir sonuca ulaşırken, yargıladıkları kişi ya da kişilerle girdiği etik ilişkide tarafsızlığını korumalıdır. Bu, yargıya ve hâkimlere karşı duyulması gereken saygı ve güvenin olmazsa olmaz koşuludur. Nitekim tarafsızlığın somut olarak yitirilmesi bir yana, tartışılır durumda dahi kalması güven ortamının bozulması anlamına gelmektedir. Böylesine önemli olan hâkimin tarafsızlığı kavramı; kurumsal ve bireysel tarafsızlık olmak üzere iki farklı şekilde nitelendirilmektedir.

Hâkimin kurumsal tarafsızlığı, görevi nedeniyle taraflar üstü bir konuma sahip olmasıdır. Daha açık bir anlatımla, hâkimin, yaptığı

---

\* Bu tebliğ, 4. Grubun konusunu oluşturan "Yargı bağımsızlığı" ana başlığı çerçevesinde sunulmuştur.

\*\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi.

görevin niteliği gereği dâhil olduğu yargı organının, yasama ve yürütmeden, hatta HSYK'dan, Yargıtay'dan ve diğer hâkimlerden ayrı bir konumda bulunmasıdır. Hâkimin bireysel tarafsızlığı ise, vereceği karara, duygularını, düşüncelerini, toplumsal değer yargılarını, siyasi eğilimleri ile maddi ve manevi menfaat kaygılarını yansıtması, kişiliğini oluşturan hiçbir öğeden etkilenmeden karar verebilmesidir.

Katıldığımız bu toplantıda yargı bağımsızlığına ilişkin görüşlerimizi aktarırken; öncelikle yargının kurumsal bağımsızlığı kapsamında; yargının yürütmeye, yasamaya ve yargıya karşı bağımsızlığı ele alınıp, ardından hâkimin bireysel bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı kavramlarına değineceğiz. Mevzuata ilişkin yapacağımız bu değerlendirmeler sonrasında ise işleyiş hakkında aktüel meselelere yer vereceğiz.

## **Yargının Kurumsal Açıdan Bağımsızlığı**

### **A. Yargının Yürütmeye Karşı Bağımsızlığı**

- **Yargının Yürütmeye Karşı Korunmasında Anayasal Düzenlemeler**

1924 Anayasasının 54/2 maddesinde Bakanlar Kurulu'nun mahkeme kararlarını değiştiremeyeceği, geciktiremeyeceği ve hükümlerinin yerine getirilmesine engel olamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. 1961 ve 1982 anayasalarında da hiçbir organ, makam, merci veya kişinin genelge gönderemeyeceği yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ve hâkimlerin azlolunamayacağı hükme bağlamıştır. Öte yandan Anayasamızın *Hâkimlik ve Savcılık Mesleği* başlıklı 140. maddesinin 6. fıkrasında *yargıç ve savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı oldukları* belirtilmiştir. Bu da gösteriyor ki emir ve talimat yasağı yalnızca “yargı yetkisinin kullanılması” ile sınırlı tutulmuştur.

Yargı organlarının idari işlem niteliğindeki kararları ve mahkeme görevlilerince tesis edilen işlemleri Adalet Bakanlığı adına yapılmaktadır. Bu nedenle hâkimler, söz konusu işlemleri gerçekleştirirken,

bakanlıkça yayımlanan genelge, tebliğ gibi düzenleyici işlemleri dikkate almaktadır. Söz konusu veriler değerlendirildiğinde, bu hususun yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olmadığı ifade edilebileceği gibi, buna karşılık, hâkimlerin görevlerinin yargılama ve idari olmak üzere ikiye ayrılmasının, idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlı olmasının, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik güvencesi ile çeliştiği de söylenebilir. Bizce de ikinci görüş daha yerindedir.

Diğer yandan erkler ayrılığının hukuksal açıdan güvence altına alınmasına yönelik olarak, yürütme organının mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve verilen kararların hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği ve yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceği öngörülmüştür. Anayasanın 104. maddesinde ise yürütmenin bir kolu olan Cumhurbaşkanı, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisi tanınarak bu kurala istisna getirilmiştir. Özel af yetkisi olarak ifade edilen bu imkânın hümanist nedenlerle Cumhurbaşkanı'na tanınmış olması, yürütmenin yargıya müdahalesi gibi görünse de, anlaşılabilir bir durumdur.

Yargının yürütmeye karşı korunmasındaki anayasal güvenceler bağlamında Anayasanın 125. maddesine de değinmek gerekir. Keza, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle hukuki sorumluluğunun bulunduğu ve bunların yargı denetimi dışında bırakılamayacağını belirten bu maddede öngörülen yargısal denetim, yürütmenin hukuka uygunluğunun sağlanması konusunda son derece önemlidir.

- **Anayasaya Göre Yargı ve Yürütme Organı Arasındaki İlişki**

Yargının yürütme karşısındaki bağımsızlığı, kuşkusuz iki organ arasında irtibat bulunmasına engel değildir. Önemli olan bazı prensiplerin gözetilmesi ve ölçülü olunmasıdır. Bu bakımdan Cumhurbaşkanının yüksek yargı organlarının üyelerinin seçimindeki rolü önemlidir. Söz gelimi Anayasaya'da; Anayasa Mahkemesinin 14 üyesinin, Danıştay üyelerinin dörtte birinin, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanınca seçileceği belirtilmiştir. Yargı organlarının oluşumunda yürütmenin böylesine etkin bir rol oynaması kuvvetler ayrımı ilkesine ters düşmektedir.

Hatırlatmak gerekirse, AYM üyelerinin seçiminde yasama organının dışlanmış olması eleştirilmiş ve 2010 yılında anayasada bu konuya ilişkin düzenlemeler yapılarak eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır<sup>1</sup>.

Anayasa mahkemelerine üye seçimi konusunda diğer demokratik ülkelerde benimsenen sistemler şu şekilde özetlenebilir<sup>2</sup>:

1. Almanya, Belçika, Macaristan, Polonya gibi ülkelerde anayasa mahkemesine üye seçimi konusunda bütün yetki doğrudan yasama organına verilmiştir. Örnek vermek gerekirse; Alman Anayasası'nın 94. maddesine göre Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı Federal Meclis, diğer yarısı da Federal Konsey tarafından seçilir<sup>3</sup>. Polonya'da ise Anayasanın 194. maddesine göre Anayasa Mahkemesi üyeleri Sejm (Meclis) tarafından seçilen 15 hakimden oluşur<sup>4</sup>.

1 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra, Anayasa Mahkemesinde yer alacak üyelerin sayısı ve seçimini düzenleyen Anayasanın 146. maddesi, şu şekilde değiştirilmiştir:

“(1) Anayasa Mahkemesi on yedi üyeden kurulur.

(2) Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

(3) Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî 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; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.”

2 Ali Güzel, “2010 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı ile İlişkileri ve Etkileri, Anayasanın Yapısı ve Üyelerinin Seçimi”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, sf. 34, Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, sf. 387, Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Bursa, 2011, sf. 416

3 Çeviri: Christian RUMPF ve Gökçe UZAR, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Alman Federal Meclisi Yayın Bölümü, Berlin, 2010, sf. 80, (Çevrimiçi), <http://www.dicle.edu.tr/bolum/hukuk/alm-anayasasi.pdf>, 30.03.2012

4 (Çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf>, 30.03.2012



2. ABD, Rusya, Arnavutluk, Azerbaycan, Slovenya, Fransa, Ermenistan, Slovakya, Güney Kore, Avusturya gibi ülkelerde ise anayasa mahkemesine üye seçme yetkisi yasama ve yürütme organları arasından paylaşılmıştır<sup>5</sup>. Bazılarında bu yetkinin kullanılmasını iki organ arasında dengeli bir biçimde düzenlenmişken, bazılarında yasama veya yürütmeye öncelik tanınmıştır. Örneğin Fransa'da Anayasa Konseyi'nin üyelerinden üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi Başkanı, üçü de Senato Başkanı tarafından atanır. Ayrıca eski Cumhurbaşkanı Anayasa Konseyinin kaydı hayat şartıyla doğal üyesidirler<sup>6</sup>. ABD'de Yüksek Mahkeme üyeleri cumhurbaşkanınca atanır, ancak bu atama Senato'nun onayına tabidir<sup>7</sup>. Avusturya'da ise Anayasanın 147. maddesine göre Anayasa Mahkemesi; bir başkan, bir başkanvekili, on iki üye ve altı yedek üyeden oluşur. Başkan, başkanvekili, altı üye ve üç yedek üye Federal Hükümetin önerisiyle Federal Cumhurbaşkanı tarafından atanırlar. Geriye kalan altı üye ve üç yedek üye ise, Milli Konseyin üç asil ve iki yedek üyelik için göstereceği adaylar arasından ve Federal Konseyin üç asil ve bir yedek üyelik için göstereceği adaylar arasından Federal Cumhurbaşkanı tarafından seçilir<sup>8</sup>.
3. İtalya ve İspanya'da anayasa mahkemesine üye seçme yetkisi yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaştırılmıştır. İtalya'da bu paylaşım eşit bir biçimde yapılmışken, İspanya'da paylaşım yasama ağırlıklı yapılmıştır. İtalyan Anayasası'nın 135. maddesine göre Anayasa Mahkemesi üyelerinin, üçte biri Cumhurbaşkanı, üçte biri müşterek oturumla parlamento ve üçte biri de adli ve idari yüksek mahkemeler tarafından aday gösterilen on beş yargıçtan oluşur<sup>9</sup>. İspanyol Anayasası'nın 159. maddesine göre ise, Anayasa Mahkemesi

5 GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, sf. 416

6 (Çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>, 30.03.2012

7 (Çevrimiçi), <http://www.usconstitution.net/const.pdf>, 30.03.2012

8 (Çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/04-AVUSTURYA%201-98.pdf>, 30.03.2012

9 (Çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, 30.03.2012

Kral tarafından atanan on iki üyeden oluşur. Bunlardan dördü üyelerinin beşte üç çoğunluğuyla Kongre, dördü aynı çoğunlukla Senato, ikisi Hükümet ve ikisi de Hâkimler Yüksek Kurulu tarafından aday gösterilir<sup>10</sup>.

Ülkemizde ise, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, AYM üyeleri seçimi konusunda artık, yürütme ağırlıklı ancak yasamaya da yetki veren karma bir sistem uygulanmaktadır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesine üye seçim usulünde Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay gibi organlara da yetki verilmekte olup, bu duruma başka ülkelerde rastlanmamaktadır. Üstelik yapılan değişiklik ile Sayıştay tarafından belirlenen üye sayısının da ikiye çıkarılması, Sayıştay üyelerinin niteliğine bakıldığında hukukçu olmayan kimselerin de üye olabilmesine imkân tanınmış olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesine buradan seçilecek iki üyenin de hukukçu olmama olasılığını gündeme getirmektedir. Aynı şekilde Cumhurbaşkanına, yükseköğretim kurumlarının öğretim üyeleri arasından seçim yaparken bir üyeyi hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dalları dışında seçebilmesine imkân tanınması ve üst kademe yöneticilerinden seçeceği üyenin de hukukçu olmama ihtimalinin bulunması yeni tartışmalara neden olmaktadır. Burada hukukçu olmayan üyelerin sayısı sınırlandırılmalı ve başkan bizce hukuk kökenli olmalıdır. Ayrıca burada üyelerin vasıflarının yanı sıra görev sürelerinin de uzunluğuna işaret etmek isteriz. Keza bu konuda liyakat esasına dayalı kademeli bir sistemin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yine Danıştay üyelerinin seçimi konusunda da aynı nitelikte sorunla karşılaşmaktayız. Danıştay üyelerinin seçiminde cumhurbaşkanına yetki tanınması<sup>11</sup> başka bir anlatımla idari yargıda, meslekten

10 (Çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%BOSPANYA%20533-584.pdf>, 30.03.2012

11 Anayasanın 155. maddesinde, *Danıştay üyelerinin dörtte birinin, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanınca seçileceği* belirtilmiştir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun üye seçimi başlıklı 9. maddesinde ise, *Danıştay'da boşalan üye sayısı dördü bulunca, dördüncü üyeliğin boşaldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde durumun Danıştay başkanlığınca Başbakanlığa ve Adalet Bakanlığına duyurulacağı ve bu boş üyelik seçiminin dörtte birinin belli idari görevleri yürütmüş kamu görevlileri arasından cumhurbaşkanınca seçileceği* öngörülmüştür.

olmayan kimselerin seçilebilmeleri ve bunun da cumhurbaşkanınca yapılması, yargı bağımsızlığı adına sakıncalar doğurmaktadır.

- **Yürütmenin Hâkim Adaylarının Seçimindeki Rolü**

2003 yılında hazırlanan **Avrupa Birliği Komisyonu İstişari Ziyaret Raporunda**;

- Hâkim adaylarının seçimine Adalet Bakanlığının müdahil olmasının, yargının bağımsızlığı ile çeliştiği,
- Hâkim aday olmak için müracaat edenlerin Adalet Bakanlığı personeli ile mülakata girmek zorunda olmasının, mesleğe kabul ile ilgili kararlarda politik sebeplere dayalı taraf tutmanın, potansiyel bir tehlike oluşturduğu,
- Hâkim olmak isteyenlerin Adalet Bakanlığına bildirilmesi, sınav tarihinin tebliği için Hâkim Adayları Eğitim Merkezinin Adalet Bakanlığına müracaat etmesi, sınava kabul hususunda Adalet Bakanlığına müracaat etmesi, hâkim adayları üzerinde sahip olmak istedikleri mesleğin Adalet Bakanlığına bağlı olduğu izlenimi verecek bir durum oluşturduğu,
- ‘Türkiye’ de mevcut bulunan yargı mesleği ile ilgili temel prensiplerin sistemin temel prensiplerine uygun olmadığı, bu sistemin kimin hâkim adayı olup kimin olamayacağı hususunda verilecek karar üzerinde siyasal bir birim olan Adalet Bakanlığına önemli derecede etkin olma imkânı sağladığı belirtilmiştir.

Tüm bu gerekçelerle raporda, hâkim ve savcı adaylarının seçimi ve mesleğe girişinde Adalet Bakanlığının etkinliğinin kaldırılması ve bu yetkinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na verilmesi önerilmektedir. Gerçekten de yargıç ve savcı aday adaylarının sınavlarına ilişkin uygulama güvenilirlik sorununu yaratması dolayısıyla dikkat çekicidir. Bilindiği üzere iki aşamalı olarak yapılan bu sınavların, yazılı kısmı ÖSYM tarafından yürütülürken, sözlü sınav ise Adalet Bakanlığınca oluşturulan Mülakat Kurulu<sup>12</sup> tarafından yapılmakta-

12 Mülakat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur (2802 s.y. madde 9/A).

dır<sup>13</sup>. Öte yandan sözlü sınavda değerlendirme ölçütleri oldukça genel kapsamlıdır. Hiç şüphe yok ki değerlendirme ölçütlerinin ucu açık ve çok genel ifadelerle belirtilmiş olması sınavı siyasal etkilere açık kılacak başka bir ifade ile yürütmenin sınav mevzuatından yararlanarak adaylığa başlatacağı kişileri istediği gibi seçebilme olasılığı karşısında yargı bağımsızlığı zedelenecektir. Burada bize göre yapılması gereken düzenleme, Mülakat Kurulundaki Adalet Bakanlığı mensubu üyelerinin sayısını azaltmak ve denetlenebilir sınav formları oluşturmaktır.

- **Hâkimlerin Sorumluluğu**

Anayasanın Adalet Hizmetlerinin Denetimi başlıklı 144. maddesi<sup>14</sup> gereğince, yargıç ve savcılarının denetimi meselesinde Adalet Bakanlığı son derece etkin konumdadır. Söz konusu düzenlemeye baktığımızda, idari denetim kavramı ile yargının bağımsızlığı kavramını birbiriyle bağdaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ne var ki uygulamada bulunan bu tarz bir denetimin sakıncalar yarattığı ve yaratacağı göz ardı edilmemelidir.

Hâkimlerin cezai sorumluluğu meselesi ise, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesinde; "Hâkim ve savcılarının görevden doğan veya görevleri sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olanlardan daha kıdemli hâkim ve savcı eliyle yaptırabilir." şeklinde düzenlenmiştir<sup>15</sup>.

- 
- 13 Staj sonunda yazılı sınav ve sonrasında sözlü sınavı geçen adaylar arasında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca mesleğe kabul edilmeleri ise daha çok prosedür tamamlama niteliğini taşımaktadır.
- 14 "Adalet hizmetleri ile savcılarının idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."
- 15 Kanununun 88. maddesine göre, "Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak durum Adalet Bakanlığına bildirilir." . Ayrıca hâkimleri haksız isnatlardan korumak amacıyla, haklarında görevleri dolayısıyla açılacak ceza davaları özel bir takip şekline tabi tutularak soruşturma ve davaya bakmakla kendilerine oranla daha yüksek dereceli hâkimler görevlendirilmiştir. Nitekim HSK' nın 90. maddesinde, haklarında son soruşturma açılmasına karar verilenlerden birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri he-

Yargı bağımsızlığının sağlanması ve bu sayede kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerliliğinin sürdürülmesi açısından hâkim ve savcıların atama, terfi, özlük işlerinin yürütme organı tarafından belirlenmesi, bunun yerine oluşturulacak bir kurul tarafından belirlenmesi isabetli olacaktır. Nitekim Anayasa'nın 159'uncu maddesine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapacağı belirtilmiştir. Keza, böylesine bir kurulun oluşumu yargı bağımsızlığı bağlamında son derece önem teşkil etmektedir.

### **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu**

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeden oluşur; üç daire<sup>16</sup> halinde çalışır. Kurulun başkanı Adalet Bakanı'dır. Ayrıca, Adalet Bakanlığı Müsteşarı kurulun tabi üyesidir. Şüphesiz ki bu bilgi bağlamında Adalet Bakanı'nın başkanlığı ve

---

yetine dâhil bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının, son soruşturmalarının Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde görüleceği belirtilmiştir. Ayrıca bunun dışındaki hâkim ve savcılarının son soruşturmalarının, yargı çevresi içinde buldukları ağır ceza mahkemesinde yapılması öngörülmüştür. Hâkim ve savcılarının kişisel suçları dolayısıyla görevli ve yetkili mahkeme ise HSK'nın 93. maddesinde belirtilmiştir. 2010 Anayasa değişikliği ile hâkim ve savcılarının denetimi Kurul müfettişlerine verilmiştir. Dolayısıyla HSK'nın ilgili maddelerinin söz konusu değişiklik kapsamında yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

- 16 Birinci Daire, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Yargıtay'dan seçilen bir, adli yargı hakim ve savcılarından seçilen üç, idari yargı ve hakimlerinden seçilen bir ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilen bir asıl üyeden oluşmaktadır. Birinci Dairenin görevi, hakim ve savcılarla ilgili olarak atama ve nakletme, kadro dağıtma, yetkileri düzenleme, yıllık mazeret işlemleri dışında her türlü izin verme işlemlerini yapmak gibi işleri düzenlemektir.

İkinci Daire, Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen birer üye, adli yargı hakim ve savcılar arasında seçilen iki, idari yargı hakim ve savcılar arasında seçilen bir ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilen iki asıl üyeden oluşmaktadır. İkinci Dairenin görevi, her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma işlemlerine karar vermek, disiplin veya suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle geçici yetkiyle yer değiştirmesine veya görevden uzaklaştırılmasına karar vermektir.

Üçüncü Daire, Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen birer, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu tarafından seçilen bir, adli yargı hakim ve savcılar arasında seçilen iki, idari yargı ve hakimleri arasında seçilen bir ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilen bir asıl üyeden oluşmaktadır. Üçüncü Dairenin görevleri ise, hakim savcı adaylarını mesleğe kabul etme, hakim ve savcılarının görevlerini uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme işlemlerini Teftiş Kuruluna yaptırmak, hakim ve savcılar hakkındaki ihbar ve şikayetleri inceleyip gereğini yapmak, hakim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Teftiş Kurulu eliyle araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri için başkana teklifte bulunmak, hakimlik ve savcılık görevlerine tekrar atama ile diğer mesleklerden mesleğe atanma talepleri hakkında karar vermek, meslekten çekinme, çekilmiş sayılma ve görevin sona ermesi, hakkında karar vermek, ilgili kanunlarda verilen görevlerin yerine getirilmesi bakımından en yakın Ağır Ceza, Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemesini belirlemektir.

Müsteşarın tabi üyeliği, yürütmenin yargı üzerindeki etkisi hususunda dikkat çekici görülmektedir. Amaç, hâkim ve savcıların atama, terfi, özlük işlerinin belirlenmesi gibi yargı bağımsızlığı için son derece önemli konularda yetkinin, yürütme organından alınarak bir kurula verilmesi olmasına rağmen, Bakanlığın bu etkisi haklı eleştirilere maruz kalmaktadır.

Aslında 2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile dolaylı olarak da olsa gerek Adalet Bakanı'nın gerekse müsteşarın yetkilerinin, mevcut hükümlere göre önemli ölçüde etkisizleştirildiği görülmektedir. Şöyle ki; değişiklik ile HSYK' nın üye sayısı artırılmış, dolayısıyla Adalet Bakanı ve müsteşarın etkisi üçte bir oranında azalmıştır. Adalet Bakanı'nın, üç daire halinde çalışması öngörülen kurul toplantılarının hepsine değil yalnızca genel kurul toplantılarına katılması öngörülmüş, müsteşarın ise dairelerin yalnızca birinin üyesi olması sağlanmıştır. Bu değişikliklerin yanı sıra Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapan müfettişlerin HSYK' ya bağlanması hususunu da yargı bağımsızlığının sağlanması bakımından önemli bir değişiklik olarak kabul edilmelidir.

Kurula yönelik eleştiriler yalnızca üyelerin görev ve makamları hakkında değildir. Yine en çok tartışılan konulardan biri de üye seçimleridir<sup>17</sup>. Bu konuda da 2010 değişiklikleri öncesini ve sonrasını karşılaştırmak gerekirse ortaya çıkan tablo şu şekilde izah edilebilir:

Eski sistemde, Yargıtay Genel Kurulu tarafından, Yargıtay üyeleri arasından Cumhurbaşkanı'nın seçmesi için aday önerilmekteydi. Keza aynı durum Danıştay için de geçerliydi. Başka bir anlatımla, Yargıtay Genel Kurulu ve Danıştay Genel Kurulu yalnızca öneren merci konumunda iken seçme yetkisi Cumhurbaşkanı'da idi. Yeni

17 Kurulun, yirmi iki asil üyesinden dördü, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dalında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Üç asil üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulu; İki asil üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulu; Bir asil üyesi kendi üyeleri arasından Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu; Yedi asil üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasından adli yargı hâkim ve savcılar; Üç asil üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasından idarî yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilir.

sistemde ise artık Yargıtay Genel Kurulu ve Danıştay Genel Kurulu, kendi üyeleri için atama yetkisine haizdirler. Kurulun üyeleri bakımından, yürütmeden en azından bu çerçevede arındırıldığını söylemek mümkündür.

Bilindiği üzere 2010 değişikliği ile Cumhurbaşkanı' nın üye seçme yetkisi ortadan kaldırılmamış yalnızca sınırlandırılmıştır. Buna göre, kurulun yirmi iki asil üyesinden dördü, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dalında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Gerek bu yetki gerekse daha önce de belirttiğimiz gibi doğrudan yürütme organının içerisinde bulunan Adalet Bakanının Müsteşarıyla birlikte kurul üyesi olması, hatta Adalet Bakanının HSYK' nın başkanı olması yargı bağımsızlığı için önemli bir kurum olan HSYK bakımından eleştirilmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, Cumhurbaşkanının kurula üye seçmesi konusunda 2007 değişikliği dikkate alınmalı, artık meşruiyetinin halka dayandırıldığı unutulmamalıdır. Şüphesiz ki, Cumhurbaşkanlığı yürütmenin içerisinde yer almakla birlikte yapılan düzenleme ile halk tarafından seçilecek olması da yeni bir durum olarak dikkatlerden kaçmamalıdır.

Kurula yönelik olarak son eleştirimiz HSYK' nın meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaması meselesidir. Oysa olması gereken, Anayasa' nın 125. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”*

Mevzuatımızda yer alan HSYK ' ya ilişkin düzenlemeler kapsamında yaptığımız açıklamalardan sonra konu hakkında başkaca ülkelerdeki uygulamalara kısaca değinmek isteriz. Şöyle ki;

İngiltere' de; hâkim atamaları bakımından görev yapmak üzere Yargısal Atama Komisyonu oluşturulmaktadır. Komisyon üyeleri, Hâkimler Konseyi tarafından seçilerek atanmakta, Hâkimler Konseyi ise, her düzeyden hâkimin temsil edildiği bir meclis olarak görev yapmaktadır. Yargısal Atama Komisyonu'nun işleyişine ilişkin

denetim, yine özerk yapıya sahip olan Hukuksal Atamalar ve Disiplin Ombudsmanı tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>18</sup>.

Almanya’ da; Hâkimler ve Savcılar hakkında karar verileceği zaman, tüm memurlar hakkında işlem yapan Eyalet Personel Komisyonu’ nda Adalet Bakanlığından bir temsilci ile Alman Hâkimler Konfederasyonunca belirlenen hâkimler de yer almaktadır<sup>19</sup>.

Fransa’ da; 1993 yılında yapılan değişiklikle birlikte Konsey, “Hâkimler Kurulu” ve “Savcılar Kurulu” olarak iki dairesel bir yapıya kavuşturulmuştur. Cumhurbaşkanı’nın Konseyin başkanı, Adalet Bakanı’nın ise başkan yardımcısı olması durumu değişmemiş olup bu durum, Konseyin disiplin kurulu olarak hareket ettiği durumlar bakımından geçerli olmaktan çıkarılmıştır<sup>20</sup>. Henüz yürürlüğe girmeyen bir kanun değişikliği ile özellikle yürütmenin yargı üzerindeki etkisinin azaltılması bağlamında Cumhurbaşkanı’nın artık konseyin başkanı olmaması ve Adalet Bakanı’nın konseyin başkan yardımcısı olmaması planlanmaktadır. Bunun yanı sıra Adalet Bakanı’nın konseyin üyesi olmaması da söz konusu olacaktır. Bu durumların gerekçesi, hâkim ve savcı tarafsızlığını, bağımsızlığını, teminatını sağlayabilmek ve meslek etik kuralları çerçevesinde objektif birliği ortaya koymak olarak belirtilmiştir<sup>21</sup>. Son olarak konseyin disiplin konularına ilişkin verdiği kararların Danıştay denetimine tabi olduğunu ifade etmek gerekmektedir<sup>22</sup>.

Hollanda’ da; Yargı Konseyi, 1827 yılında kurulmuş olup üçü yargı mensubu ikisi yargı mensubu olmayan 5 üyeden oluşmaktadır. Adalet Bakanı ve müsteşarı hiçbir şekilde konseyin üyesi değildir. Ancak Konseyin üyelerinin atanması, Adalet Bakanı’nın önerisi üye-

18 Fulya Eroğlu, “İngiltere ve Galler’de Hakim Atama Sistemi”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 115-118.

19 Bahri Öztürk, “Almanya’da Yargı Bağımsızlığı”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 120.

20 Pınar Memiş, “Fransız Yüksek Yargı Konseyi”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 125; 9. <http://www.uzmanportal.com/dunyada-ve-turkiyede-anayasa-mahkemesi-uyeleri-nasil-secilir-karsilastirmali-olarak-inceleyin.html/>

21 Memiş, a.g.m., s. 126; <http://www.uzmanportal.com/dunyada-ve-turkiyede-anayasa-mahkemesi-uyeleri-nasil-secilir-karsilastirmali-olarak-inceleyin.html/>

22 Memiş, a.g.m., s. 129.



rine Kraliyet Kararnamesi ile yapılmaktadır. Ancak, Kraliyete öneride bulunana Adalet Bakanı'nın da geniş bir takdir yetkisi yoktur. Keza, önereceği isimleri belirlerken konseyle görüşmekte, konseyin de onayıyla 6 kişilik bir liste oluşturulmakta ve bu liste, yargı mensupları ile Adalet Bakanı tarafından atanan bir kişiden oluşan danışma komitesinin önüne gitmektedir. Nihayetinde de, Komitenin belirlediği üç kişilik liste, Krala gitmektedir<sup>23</sup>.

İtalya' da; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bulunmaktadır. HSYK' nın üç doğal üyesi, Cumhurbaşkanı, Yargıtay Başkanı ve Yargıtay Başsavcısıdır. Ve Cumhurbaşkanı, Kurulun başkanıdır. Kurulun faaliyetleri, Adalet Bakanlığı müfettişlerinin denetimine tabidir. Adalet Bakanı, Kurul başkanının talep ettiği hallerde, kurul toplantılarına bazı açıklamalarda bulunmak üzere katılabilir. Ancak Adalet Bakanı, hiçbir şekilde kurulun müzakerelerine katılamaz. Kurul toplantılarının halka açık yapıldığını da vurgulamak gerekir<sup>24</sup>.

Belçika' da; Adalet Yüksek Kurulu<sup>25</sup>,<sup>26</sup> 44 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelere yirmi ikisi kendi meslektaşları tarafından seçilen hâkim ve savcılardan oluşmaktadır. Diğer yirmi iki üye ise, Senato'nun toplam oylarının 2/3'ü ile seçilen hâkim ve savcı olmayan üyelere oluşmaktadır. Hâkim ve savcı olmayan ve Senato tarafından seçilen Kurul üyelerinin 4'ü avukat, 3'ü üniversitede öğretim üyesi olmak zorundadır. Üyelerin 4 yılın sonunda bir kez daha aday olmaları mümkündür<sup>27</sup>.

23 Güçlü Akyürek, "Hollanda Yargı Konseyi", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 131-133.

24 Elif Yarsuvat, "İtalya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 142-143. <http://www.uzmanportal.com/dunyada-ve-turkiyede-anayasa-mahkemesi-uyeleri-nasil-secilir-karsilastirmali-olarak-inceleyin.html/>

25 Kuruluşu, Belçika'yı derinden etkileyen cinayet, tecavüz ve cinsel istismar suçlarından suçlanan *Dutroux*'un yargılanması sırasında ortaya çıkan skandallar sonrasında yargı sisteminin ve polis teşkilatının çöküşü olarak nitelendirilen olay sonrasına dayanmaktadır.

26 Kurul, yargı sisteminin işleyişi üzerinde yapılan şikayetlerin incelenmesi de dahil olmak üzere dış denetim yapma görevini yerine getirir. Ancak kurulun ceza ve disiplin cezasına hükmetme yetkisinin bulunmadığını ifade etmek gerekir. Hakim ve savcılar hakkında disiplin yaptırımlarının uygulanmasına Ulusal Disiplin Kurulu tarafından karar verilir. Adalet Yüksek Kurulu, yalnızca yaptığı denetim sonucunda görevin gereği gibi yerine getirilmediğini ya da ihmal edildiğini tespit ettikten sonra Ulusal Disiplin Kuruluna bir bildirimde bulunur.

27 Eylem Aksoy Retornaz, "Belçika Adalet Yüksek Kurulu", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 151-153.

İspanya' da; Yüksek Yargı Kurulu<sup>28</sup>, toplam 21 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerden 13'ü siyasi olmayan tercihle seçilirken, 8'i siyasi tercihle seçilmektedir.

### B. Yargının Yasamaya Karşı Bağımsızlığı

Konumuz bağlamında en çok tartışılan husus yargı ve yürütme erkleri arasındaki karşılıklı ilişkidir. Oysaki yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için mahkemelerin yalnızca yürütmeden değil yasama organından da emir ve talimat almaması zorunludur. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesinin ikinci fıkrasında<sup>29</sup>, yargının devletin diğer organları tarafından doğrudan müdahale altına alınmasının engellenmesi amaçlanmış, yasama organının hâkime veya mahkemelere belli bir dava ile ilgili olarak kanunla dahi emir veremeyeceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda yasama organı karşısında yargının bağımsızlığının sağlanması, yasama faaliyeti ile yargının fonksiyonlarını bağlayıcı ve bağımsızlığını kısıtlayıcı ya da bu fonksiyonları etkileyici müdahalelerin önünün kapatılması yolu ile olacaktır.

Konumuz bağlamında öncelikle doğrudan etki şeklinde nitelendirilebileceğimiz, yargı kurumlarına üye belirlemek amacıyla yasama üzerinden yapılan seçimler hakkında görüş bildirmek isteriz. Bu konuda Türkiye'nin çabuk politize olması dolayısıyla nitelikli çoğunluklar aranmasının, dolayısıyla uzlaşma sağlanarak karar verilmesinin Türkiye'nin siyasal kültürüne daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Diğer taraftan yasama organının yargıya müdahalesi her zaman doğrudan olmayabilir. Dolaylı bir müdahalenin önüne geçmek amacıyla ise Anayasanın ilgili maddesinde, *görülmekte olan bir dava hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya başka bir beyanda bulunulamayacağı* şeklinde yasaklayıcı bir hüküm öngörülmektedir.

Bu kapsamda meclis araştırma komisyonlarının fonksiyonları

28 Yargı yetkisinin yürütme organı olmakla birlikte bir yargı organı değildir.

29 "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz"

üzerinde durmak gerekir. Bir görüşe göre, bahsi geçen komisyonlar tarafından kovuşturma aşamasında olan davaları araştırmak, yasamanın yargıya müdahalesidir. Ne var ki bu komisyonların yaptıkları araştırmalar sırasında sanıkları dinlemek veya yargı makamı hükmünü açıklamadan önce araştırma sonucuna göre görüşlerini açıklamak gibi bir faaliyetleri olmadığı sürece bu komisyonların faaliyetlerinin Anayasaya aykırı olduğundan bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu hüküm TBMM’de meclis komisyonu çalışmalarının faaliyetlerini engelleyici biçimde yorumlanmamalıdır. Zira kanaatimizce bu hükmün amacı hâkimleri kararlarını vermede etki altında bırakacak maddi beyanların yapılmasını ve verilecek karara etki edecek nitelikte soru sorulmasını önlemektir. Bir başka görüş bakımından ise, burada sanığın tutukluluk sürelerinin gereksiz yere uzatılması, davanın sürüncemede bırakıldığı izleniminin olması, hâkimin görevini kötüye kullandığı yönündeki kanaat dolayısıyla yasama meclislerinde soru sorulabilecektir. Bize göre de Anayasanın 138. maddesinin 3. fıkrası ile getirilen yasaklamalar, yargı yetkisinin kullanılması ile sınırlıdır. Başka bir anlatımla yargı yetkisinin kullanılması anlamına gelmemesi koşuluyla yasama organında soru sorulması, görüşme yapılması ve beyanda bulunulması olanaklıdır.

Yargıya yasama organı karşısında bağımsızlık güvencesi getiren bir diğer hüküm ise aynı maddenin dördüncü fıkrasında karşımıza çıkmaktadır. Yargı kararlarının yerine getirilme zorunluluğunu düzenleyen ilgili hüküm, yasama ve yürütmenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunun yanı sıra mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceğini veya yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceğini de belirtmektedir. Ancak bu kuralın bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre Anayasanın 87. maddesinin 4. fıkrası ile meclise genel ve özel af ilânında bulunma yetkisi tanınmıştır. Zira burada sadece cezanın infazını engellenebileceği gibi mahkemeler tarafından verilir kesinleşmiş ceza hükümlerinin bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkması da söz konusu olabilecektir<sup>30</sup>. Özetle şunu söylemek isteriz;

30 Türkiye’de bu yetkinin kullanılmasıyla ilgili elliden fazla vaka yaşanmıştır. Özellikle genel af kurumu siyasi bir getiri elde etmek amacıyla kullanılmaya müsaittir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, meclise tanınan genel ve özel af çıkarma yetkisinin yargının işlevini zayıflatacak biçimde uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir.

şartlı salıverilme, erteleme ve özellikle af gibi kurumların ülkemizdeki uygulaması ciddi soru işaretlerine neden olmuş, başka bir anlamla af ve benzeri düzenlemeler yargı bağımsızlığına doğrudan etki eden kurumlar olarak değerlendirilmiştir. Öyle ki kanunlara konuluş nedenlerinin dışında, keyfiyete bağlı bu kullanımların vatandaşta hukuka uygunluk bilincini yok ettiği ya da önemli ölçüde azalttığı bile söylenebilir. Dolayısıyla da bu türden yasama faaliyetlerinde, ilave bir özen gösterilmelidir.

### **C. Yargının Yargıya Karşı Bağımsızlığı**

Bağımsız ve tarafsız hâkimler, sadece yasama ve yürütmeye değil yargının diğer organ ve kişilerine karşı da korunmalıdır.

Kısaca bilgi vermek gerekirse; yargı organı birçok makamdan oluşmaktadır. Bu makamlar arasında altlık-üstlük ilişkisi sadece itiraz, temyiz gibi kanun yolu aşamalarında gündeme gelecektir. Nitekim yargı bağımsızlığı açısından önemli olan, ihtilafı tek bir hâkime ya da mahkemeye gördürüp, sadece o hâkim ya da mahkemenin kanaatine göre karar elde etmek ve bununla yetinmek değil, hâkimleri dışarıdan gelecek etkilerden korumak ve onları yalnız hukuki ölçüleri esas alıp değerlendirerek kendi kanaatlerine göre hükme bağlamalarını sağlamaktır. Onun için, bir hâkim veya mahkemenin kararının kanun yolları usulü çerçevesinde başka bir mahkeme ya da hâkim tarafından denetlenmesi Anayasa'nın 138. maddesine istisna oluşturmaktadır. Böylelikle hâkimin bireysel bağımsızlığının kötüye kullanılmasının önüne geçilmekte olup, bu suretle yargı bağımsızlığı güçlendirilmektedir. Burada hemen eklemek gerekirse, denetim yetkisini aşarak üst yargılama makamlarının, önceden genel nitelikli emir ya da talimat vermeleri şüphesiz ki sahip oldukları yetki ile bağdaşmamakta ve hâkimin bağımsızlığını zedeleyen bir durum yaratmaktadır.

Doktrinde sıkça tartışılan konulardan biri de Yüksek Mahkemelerin kendi kanunlarına göre İçtihadı Birleştirme Genel Kurullarınca verdikleri kararlardır. Öyle ki bu kararlar, büyük ölçüde, benzer olaylarda hâkimleri bağlamakta ve aslında bağımsız karar verme imkânını yok etmektedir. Başka bir deyişle onanmış kararının

sayıca çokluğuna göre hâkimlerin terfi sisteminin uygulandığı ülkemizde içtihadı birleştirme kararlarının, kimi zaman yasalardan da üstün konumda olduklarını söylemek abartılı olmayacaktır. Bu nedenle olması gereken, İçtihadı birleştirme kararlarının karara esas teşkil eden olay bakımından bağlayıcı olmasının yeterli sayılması ve başkaca somut olayların yargılamasında, öteki yüksek mahkeme kararları gibi hâkimlerce uygun görüldüklerinde kullanılmasıdır.

### **Yargıçların Bireysel Açıdan Bağımsızlığı**

Hâkimlerin bireysel olarak bağımsızlığı ve tarafsızlığının ne anlama geldiğini daha önce belirtmiştik. Hatırlatmak gerekirse bu prensip özetle, hâkimin taraflar üstü konumda olmasını ve kişiye özel kararlar vermemesini gözetmektedir. Bu noktada hâkimlerin tarafsızlığı, tersi kanıtlanıncaya kadar var sayılır. Mevzuatımızda da diğer ülkelerde olduğu gibi hâkimin tarafsız olamayacağı hallere işaret edilmiştir. Bu durumlarda hâkimin görevden yasaklanması, reddi ve çekilmesi kurumları güvence olarak öngörülmüştür.

Tarafsızlığın sağlanmasına yönelik bu güvencelerin yanı sıra mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi doğrultusunda, onu güçlendiren, ona işlev kazandıran, bu ilkenin sözde kalmaması için hâkimlere tanınmış birtakım güvenceler de vardır. Bunlara “*Hâkimlik Teminatı*” denir. Bu güvenceler sayesinde hâkimler kendi meslek ve varlıklarını tehlikeye atmaksızın görevlerini yapabileceklerdir.

### **SONUÇ**

Yargı Bağımsızlığı kapsamında mevzuata ilişkin görüşlerimizi sunarken katkı sağlayacağını düşünerek Anayasal, yasal düzenlemelere ve bunların diğer ülke sistemlerindeki karşılıklarına kısaca yer verdik. Bu bağlamda özellikle yargının kurumsal bağımsızlığının sağlanabilmesinin, hâkimlerin idari görevleri bakımından HSYK’ya bağlı olmasının; hâkim ve savcı adaylarının seçimi ve mesleğe girişinde Adalet Bakanlığının etkinliğinin kaldırılmasının ve bu yetkinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na verilmesinin, ayrıca da Mülakat Kurulundaki Adalet Bakanlığı mensubu üyelerinin sayısının

azaltılarak yargı mensubu kişilerin sayısının artırılmasının isabetli olacağını belirttik. Öte yandan hâkim ve savcıların atama, terfi, özlük işleri gibi hallerinin yürütme organı tarafından değil de HSYK tarafından belirlenmesini; İçtihadı birleştirme kararlarının, karara esas teşkil eden olay açısından bağlayıcı olmasının yeterli sayılmasını ve başkaca somut olayların yargılamaında, ancak öteki yüksek mahkeme kararları gibi hâkimlerce uygun görüldüklerinde kullanılmalarını, mevcut düzenlemeye ilişkin öneriler olarak dile getirdik.

Burada hemen belirtmek isteriz ki, mevzuatta yapılacak kapsamlı değişikliklerin dahi yargı bağımsızlığının sağlanmasında yeterli olmayacağı düşüncesindeyiz. Çünkü, nedenleri üzerinde tartışmak belki de başkaca bir çalışmanın konusu olmakla birlikte, hukuka uygun davranma bilincinin düşük seviyede olduğu toplumumuzda, siyaset üzerinden yapılan analizlerin sorunu daha da büyütmekte, karmaşık hale getirmekte olduğunu gözlemlemekteyiz. Bu çerçevede dünden bugüne ülkemizde yapılan yargılama süreçlerinden vereceğimiz bazı örnekler ile düşüncemizi açmak isteriz;

Söz gelimi Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın TCK 312' den yargılanması, 28 Şubat'ta askerlerin yaptığı brifinglere hakim ve savcılarının katılması, Şemdinli davası, Van rektörünün soruşturması, Cumhuriyet Savcısı Cihaner' in yargılanması, tutukluluk süreleri, siyasi parti kapatma davaları ve 367 tartışmaları, milletvekili tutuklamaları, Deniz Feneri davasına ilişkin süreç ve devamında bu davanın savcısının görevden alınması, 12 Eylül iddianamesi ile ilgili ortaya çıkan iki farklı sonuç, son döneme damgasını vuran Ergenekon, Balyoz davaları, eski Genelkurmay başkanının tutuklandığı internet andıcı davası ve buna bağlı olarak yapılan Yüce Divan tartışmaları, MİT mensuplarıyla ilgili soruşturma ve sonrasında yapılan yasa değişikliği ilk akla gelen ve kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan yargı süreçleridir. Bu örnekleri arttırmak mümkünse de gerekli değildir.

Ancak peşinen söyleyebileceğimiz husus, kim ya da kimlerin nasıl bir hukuksal analiz yapabileceğini çok büyük bir olasılıkla tahmin edebilmemizdir. Kanımızca vurgulamaya çalıştığımız bu durum

bile ülkemizdeki siyaset-hukuk ilişkilerinin geldiği olumsuz noktayı göstermesi açısından önemlidir. Gerçekten de, bu davaların hangisinde farklı siyasi düşüncelere rağmen, ideolojik değerlendirmeler bir tarafa bırakılarak, hukuk adına karşı tarafın yanında yer alındığı ifade edilebilir?

Yukarıda bahsettiğimiz yargılamalardan sadece eski Genelkurmay başkanının tutuklanması ve hakkında dava açılması ile MİT mensuplarının soruşturulması olaylarındaki hukuksal analizlere değinmek bile, aslında asıl sorunun ülkemizde ne olduğunu anlatmaya yetecektir. Öyle ki eski Genelkurmay başkanı İlker Başbuğ terör örgütü yöneticiliği suçlamasıyla karşı karşıya kaldığında, herkes yargılanabilmelidir, yargı makamları en doğru kararları verecektir, yargıya müdahale edilmesin diyenler, benzer bir eylemle suçlanan MİT mensupları bakımından tam tersi bir yaklaşımla, Başbakanın izni olmadan bu kişilerin asla soruşturulamayacağını söylemekte ve bununla da yetinmeyip ilgili kanunda acil değişiklik yapmaktadır. İşte ülkemizdeki biraz önce de altını çizmeye çalıştığımız en temel sorun, bu ilkesiz, özensiz tutumlardan kaynaklanmaktadır.

Görülüyor ki, değişen tek şey, kendini eski mağdur olarak tanımlayan yeni iktidar sahiplerinin şimdilerde kendini mağdur olarak tanımlayanlara duyarsız kalmalarıdır. Başka bir anlatımla siyasi iktidarlara değişse de hukuksal tartışmalar aynıdır.

Sonuç olarak, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kimi zaman savunulacak kimi zaman göz ardı edilecek, deyim yerindeyse bizim ya da bizden olanların gözetildiği, işimize geldiği gibi kullanılacak bir konu değildir. Yaşanabilir bir toplum modeli oluşturmak istiyorsak, ortak alanlarımızı ilgilendiren tüm konularda hepimiz yönünden samimiyet testlerinden geçmek, hatalarımızı kabul etmek isabetli bir çözüm yolu olacaktır.





---

# HUKUK DEVLETİ, YARGI ve TÜRKİYE'DE DEMOKRASİ\*

---

Doç. Dr. Ozan ERÖZDEN\*\*

---

Türkiye’de hukuk devleti kavramı ve bu bağlamda da yargı uzun süredir tartışılan konular. Son bir kaç yıldır yoğunlaşan ve 12 Eylül 2010 halkoylaması sürecinde zirve noktasına ulaşan bu tartışma, aslında, Türkiye’de 1950’li yıllarda başlayan -ve de bir türlü bitmek bilmeyen- demokrasiye geçiş sürecinin tamamına yaygın bir olgu olarak karşımıza çıkıyor. Bu uzun soluklu tartışmada tarafların konularını, ileri sürdükleri savların geçerliliğini ve bugün karşımızda duran fiili tabloyu analiz edebilmek için, öncelikle, bazı kavramsal açıklamalar yapmak gereklidir.

## “Egemenliğin Hakimiyeti”ndeki Demokrasinin İkilemleri

Hukuk felsefesinin temel sorularından başlıcası “hukukun kaynağı nedir”dir. Bu soru aynı zamanda, kendisine verilen yanıtlar çerçevesinde, hukukla siyasetin içiçe geçtiği en temel noktalardan birisidir. Bu soruya verilen yanıtlar bağlamında siyasi rejimler kurgulanır. Örneğin, sorunun yanıtını “Tanrı’nın iradesi” şeklinde verdiğinizde bir siyasi düzeni tarif edersiniz, “halkın iradesi” şeklinde verdiğinizde ise bir başkasını. Tabii, soruya üretilen yanıtlar bu ikisiyle sınırlı değildir<sup>1</sup>; aynı şekilde adına insan denilen canlının geçmişte ve hali-hazırda kurguladığı ve uyguladığı siyasi rejimlerin sayısı da ikiden fazladır. Bu yazı çerçevesinde, hukukun kaynağı nedir sorusuyla siyasi rejim türleri arasındaki bağlantıların bütüncül bir perspektifle,

---

\* Bu tebliğ, 4. Grubun konusunu oluşturan “Yargı bağımsızlığı” ana başlığı çerçevesinde sunulmuştur.

\*\* Doç. Dr., Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Hukukun kaynağı konusunda farklı felsefi akımlar hakkında genel bilgi için bkz. Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, (7. Baskı), Siyasal Kitabevi, Ankara: 2007, s. 133 v.d.

konunun her cephesini kavrar biçimde ele alınması, tabii ki, söz konusu olmayacaktır. Ancak, yazının ana konusu itibarıyla, bu bağlantılardan sadece bir tanesinin, liberal demokrasi adını verdiğimiz siyasi rejim türüyle ilgili olanının sorgulanması hem yararlı hem de gereklidir.

Liberal demokrasi egemenliğin halka ve / veya ulusa aidiyeti ilkesi üzerinden kurgulanır. Bu kurgudaki kilit kavramlardan birisi olan egemenlik siyaset bilimi ve hukuk terminolojisinde, kavramın gündelik dildeki kullanımından farklı olarak, doğrudan hukukun kaynağına yönelik bir gönderme içerir. Egemenlik, ilk ortaya atıldığı 16. yüzyıldan günümüze kadar geçerliliğini yitirmeden gelen teknik tanımıyla, herhangi bir üst iradeye bağlı olmaksızın yasaları yapabilme, değiştirebilme ve kaldırabilme yetkisidir<sup>2</sup>. Bu içeriğiyle egemenlik, kendisinden daha önce düşünülebilmüş tüm hukuk kaynaklarına kıyasla, çok geniş bir yetki alanını belirler. Hukukun Tanrı iradesinden kaynaklandığı iddia edildiğinde dahi, egemenlik kuramından daha dar bir yetki alanı tanımlanmaktadır. Evet, Tanrı da hukuk koymaktadır, egemen de; ama Tanrı bir kez hukuku koyduktan sonra, tanrısal kaynaklı yasaları bir kez belirledikten sonra, prensip olarak, onlara bir daha dokunamaz. Oysa, egemen, koyduğu hukuku değiştirmekte, yürürlükten kaldırıp yerine bambaşka kurallar koymakta sınırsız bir serbestiye sahiptir.

Egemenlik kavramının bu içerikle düşünülmüş, kurgulanmış olması, tabii ki, bir tesadüf değildir. Kavramın ortaya atıldığı dönemde (15-16. yüzyıllar) Batı Avrupa coğrafyasında modern devlet olma yolundaki merkezi krallıklar, papalığa ve adem-i merkezîyetçi aristokratik unsurlara karşı bir toplumsal / siyasal mücadele içindedir. Egemenlik de, bu bağlamda, merkezi krallıkların mutlakîyetçi siyasetlerinin meşruiyet temeli olarak kurgulanmaktadır. Mutlak iktidar peşindeki monark, ne tanrısal ne de geleneksel yasalarla sınırlanmak istemediği için kendisine bunlardan bağımsız bir kural koyma

2 Jean Bodin tarafından ortaya atıldığı haliyle egemenlik kuramı hakkında genel bilgi için bkz. Ayferi Göze, *Siyasak Düşünceler ve Yönetimler*, (genişletilmiş 7. Bası), Beta, İstanbul: 1995, s.121 v.d.

yetkisi bahşetmektedir. Egemenin tek bir sınırı vardır: komşu egemen(ler)in egemenliğinin başladığı sınır, yani devlet sınırı. O sınırlar içinde dilediği düzenlemeyi dilediği gibi yapabilmekte serbesttir. Yaklaşık iki yüzyıl sonra, burjuva demokratik devrimleri süreciyle birlikte egemenlik sahip değiştirir, monarktan alınıp halka ya da ulusa devredilir. Ne var ki, sahibi değişmesine rağmen egemenliğin mutlak içeriği olduğu gibi kalır. O, hala, kendine ayrılmış sınırlar içinde özgürce, başka hiç bir otoriteye bağlı olmaksızın, kurallar koyabilme yetkisidir.

Burjuva demokratik devrimleri sonucunda egemenlik halka ve/veya ulusa devredilerek, yeni sistemin “demokratik meşruiyet”i sorunu da bir yönüyle çözülmüş olur. Şöyle ki, özgürlük (kişinin ya da toplumun) kendi (bireysel ya da kolektif) iradesine uymaktır, egemenlik de serbestçe kural koymaya yetkili iradedir; dolayısıyla, halkın ya da ulusun egemenliği kabul edildiğinde, halk ve/veya ulus kendi iradesiyle koyduğu kurallara göre yönetilmeye başlayacak ve böylelikle, bir yönüyle, özgürlük rejimi kurulmuş olacaktır. Ancak, sadece bir yönüyle... Bu formül toplumun kolektif varoluşu açısından sorunu çözer. Ancak, liberal burjuva demokrasisinde kolektivite bireylerden oluşmaktadır ve üstüne üstlük bu bireyler de liberal demokrasinin bir diğer kurucu unsuru olan temel hak ve özgürlüklerle donanmıştır. Bu noktada işler biraz karışır. Egemenliğin mutlaklığı ile insan haklarının dokunulmazlığı nasıl bağdaştırılacaktır? Aynı soru, hukuk koyma yetkisi açısından şöyle formüle edilebilir: Egemen güç temel hakları ortadan kaldıran nitelikte yasalar yapma yetkisine sahip olabilecek midir? Eğer olamayacaksa, o egemene egemen denilebilir mi? Yok, eğer olacaksa, o zaman o demokrasiye demokrasi denilebilir mi?

Bu yaman çelişkiyi doğrudan ya da dolaylı olarak çözümlenmeye yönelik zihinsel çabalar hukuk ve siyaset felsefesi külliyatında önemli bir yer işgal ediyor. Bu literatürün yüzeysel bir tanıtımını yapmak bile bu yazının sınırlarını fersah fersah aşmak anlamına geleceği için, burada sadece problemi ortaya koymakla yetiniyor ve konuyu bir de hukuk devleti ilkesi açısından ele almaya geçiyorum.

## Hangi Hukuk, Hangi Devlet?

Tekrar ‐hukukun kaynağı nedir?‑ sorusuna geri d‒nersek, hukuk felsefesinde bu soruya verilen yanıtları, ‐ok genelleyerek, iki ana başlık altında toplayabiliriz: hukuki pozitivizm ve doğal hukuk anlayışı<sup>3</sup>. Hukuki pozitivizm, ‐ok genel bir tanımla, toplumda yasa koyma yetkisiyle donatılmış g‒c‒n iradesini, hukukun yeg‒ne kaynağı olarak kabul eden hukuk felsefesi akımıdır. Hukuki pozitivizmin karşısında yer alan doğal hukuk anlayışında ise, yine genel bir ifadeyle, hukukun yasa koyucunun iradesinin‒tesinde bir kaynağı, yasa koyucunun iradesiyle değişemeyecek bir‒z‒ olduğu d‒ř‒n‒l‒r.

Hukuk devleti, en bilinen tanımıyla, t‒m eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranan devlettir. Bu en basit tanım bize şunu s‒yler: hukuk devletinde kamu otoritesini kullananlar keyfi davranamazlar, daha‒nceden belirlenmiş kurallara uygun hareket etmek zorundadırlar. Buna karşılık, bu en basit tanım bize uyulacak kuralların i‒eriğine, yani uygulanacak hukukun niteliğine ilişkin bir şey s‒yemez. Ne var ki, hukuk devleti ilkesi genellikle bu basit tanımı aşan bir i‒erikle, uyulması gereken hukukun niteliği ve i‒eriği konusunda da bir şeyler s‒yeyen bir şekilde anlaşılmaktadır. Daha a‒ık bir ifadeyle, uygulamadaki hukuk temel hakları g‒venceye almadığı, erkler ayrılığını sağlamadığı v.b. s‒rece o devlete hukuk devleti denmesi pek d‒ř‒n‒lmemektedir.

Hukuki pozitivizmin ve doğal hukuk anlayışının hukukun kaynağı nedir sorusuna verdikleri yanıtlar arasındaki farkın hukuk devleti ilkesi a‒ısından‒nemi, tam da bu noktada ortaya ‐ıkar. Yine egemenlik kuramı‒zerinden gidersek, hukuki pozitivizm altında sınıflandırılacak bu kurama dayalı olarak meşrulaştırılan bir siyasi sistemde, egemen irade hukukun tek kaynağı olduğu i‒in, hukuk egemen g‒c‒ sınırlayan bir kurum olarak kurgulanamaz. Egemenlik kuramı ‐er‒evesinde, egemenlik ister monarka ister ulusa veya halka ait olsun, hukuk devleti, kamusal erki değil kamusal erki kullanmaya yetkili g‒revlileri sınırlayan bir ilke olarak, yani en basit tanımında bir anlam kazanabilecektir. Bir‒rnekle a‒ıklamak gerekirse, ulusal iradenin işkenceyi su‒ sayan bir yasal d‒zenleme yapmak şeklinde tecelli ettiği bir sistemde, kamu g‒revlilerinin işkence

3 Bu hukuk felsefesi akımları hakkında genel bilgi i‒in bkz. G‒rız, age., s 133-202 ve 267-317.

yapmasını engelleyecek mekanizmalar oluşturmak (örneğin, işkence suçlarının idari izne gerek kalmaksızın soruşturulmasını öngörmek) hukuk devleti ilkesi çerçevesinde adım atmak olacaktır. Ne var ki, aynı sistemde egemen ulusal irade karar değiştirir ve işkenceyi yasal kılan bir düzenleme yaparsa, kamu görevlilerinin bu düzenleme çerçevesinde işkence yapmaya başlaması hukuk devleti ilkesine hanel getirir bir durum olarak değerlendirilemeyecektir. Çünkü, işkence artık o hukukun bir parçasıdır. Kısacası, hukuki pozitivistlik dayalı saf bir egemenlik kuramının benimsendiği bir düzende, hukuk egemen iradeyi çerçeveleyen değil, bizzat ona bağımlı, onun kendi çıkarlarına göre şekillendirdiği bir yapı olarak karşımıza çıkacaktır. Oysa, hukuk devleti sadece kamu görevlilerini değil aynı zamanda kamu erkini sınırlandıran bir ilkeyse, o zaman hukuka, egemen tüm devlet organlarının iradelerinden başka bir yerde bir temel bulmak gerekecektir. Daha açık bir ifadeyle, ulusun ya da halkın egemen iradesine dahi üstün gelen ve insan haklarını kapsayan bazı evrensel hukuk ilkelerinin varlığı kurgulanmadığı sürece, gerçek anlamda demokratik bir hukuk devleti tanımı yapmak da mümkün olmayacaktır.

Buraya kadar yazılanları şöyle özetleyebiliriz: Liberal demokrasi halen ulusal egemenlik ya da halk egemenliği ilkesi üzerinde temellendirilmektedir. Ne var ki, bu ilke saf bir hukuki pozitivistlikle birleştiğinde, ulusun ya da halkın iradesini sınırlayan hiçbir şeyin olmadığı düşüncesine erişilecektir. Bu durumda yine liberal demokrasi açısından temel önem taşıyan insan hakları kavramını, daha doğrusu liberal demokratik düzende temel bir hukuk kuralı olarak insan hakları manzumesinin varlığını, egemen iradenin müdahalesinden korunaklı bir noktaya yerleştirmek mümkün olmayacaktır. Bu olgu, hukuk devleti ilkesi açısından da önemli sonuçlar doğuracak, hukukun kaynağını sadece ve sadece egemen iradeye dayandıran bir devlet düzeninde hukuk devleti sözü bir totoloji olmaktan öteye gidemeyecektir<sup>4</sup>.

4 “Saf Hukuk Kuramı” olarak adlandırılan öğretisi ile hukuki pozitivistlik alanındaki en önemli düşünürlerden birisi olarak kabul edilen Kelsen, hukuk devleti kavramının totoloji olmaktan çıkabilmesi için siyasi-ahlaki ilkeleri de içermesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, **Devlet Kuramı**, der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 450-451.

Liberal demokrasilerin ilk örneklerinin iki yüzyılı aşkın tarihleri bu sorunu gidermeye yönelik farklı kuramsal ve uygulamalı çözümlere sahne oldu. Batı coğrafyasında bugün gelinen noktada, egemenlik kuramının mutlak versiyonu artık tamamen terk edildi. Kendisini Batılı demokrasi olarak tanımlayan siyasi rejimlerde insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk normlarının evrensel bağlayıcılığı tartışmasız kabul edilmekte. Hatta, daha da öteye gidilerek, bağlayıcılığı kabul edilen bu normların ihlal edilmesi halinde devreye girecek çeşitli yaptırım mekanizmaları geliştirilmiş, bu bağlamda denetim yetkisi de ulusal-üstü (supranational) düzlemde konumlandırılan mahkemelere verilmiş durumda. Pekâlâ, bizlerin üzerinde yaşadığı coğrafyada olaylar nasıl gelişti?

### **Türkiye’de Modernleşme, Uluslaşma ve Hukuk**

Hukukun egemenlik kuramı çerçevesinde düşünülme ve anlamlandırılma süreci siyasi / toplumsal modernleşme süreciyle birebir örtüşür. Modernleşme sürecini içsel dinamikler yanında çok güçlü bir dış etkiyle başlatan Batılı olmayan toplumlarda bu ilişki çok daha gözle görünürdür. Bu kurala bir istisna oluşturmayan Osmanlı Devleti’nde de hukuk, Tanzimat döneminden itibaren modernleş(tir)me araçlarından birisi olarak kullanılmıştır. İkinci Meşrutiyet’le birlikte iyice güçlenen bu uygulama cumhuriyetin kuruluş dönemiyle zirve noktasına erişir. “Hukuk devrimi” deyişinden de anlaşılacağı üzere, hukuk alanında yapılan yenilikler cumhuriyet reformlarının önemli bir parçasını oluşturmaktadır<sup>5</sup>. Resmi ağızlar, 1920’lerin ikinci yarısından itibaren gerçekleştirilen geniş çaplı hukuk resepsiyonunun temel hedefini toplumun Batılılaştırılması olarak açıklar<sup>6</sup>. Bu bağlamda hukuk reformu, aynı zamanda, cumhuriyet devrimlerinden başlıcası olan laikliğin kurumsallaşmasının bir aracı olarak düşünülmemektedir.

5 Gülnihal Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu, Ankara: 1996.

6 Dönemin Adalet Bakanı M. E. Bozkurt 1925 yılında şu açıklamayı yapmaktadır: “Türk ihtilâlinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar, o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeye mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı olduğu gibi Batı’dan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız.” Aktaran: Gülnihal Bozkurt, “Atatürk’ün Hukuk Alanında Getirdikleri”, **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, Sayı 22, Cilt VIII, Kasım 1991, s. 45-53.

Yukarıda da değinildiği üzere, ulusal egemenliğin mutlak içeriğiyle benimsendiği bir sistemde, ulusun iradesini kısıtlayan herhangi bir şey olmadığı için, doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla yasa yapan ulus, hukuku dilediği gibi şekillendirebilir. Ulusal bağımsızlık mücadelesinin başlangıcında, TBMM'nin açılmasıyla açıkça ilan edilen ve bunu izleyen tüm anayasal belgelerde yer alan ulusal egemenlik ilkesi, Kemalist devrim açısından ikili bir anlam taşımaktadır. Bu ilkenin benimsenmesiyle, öncelikle, monarşik egemenlik anlayışı reddedilerek, padişahın iradesi yasa kaynağı olmaktan çıkarılmaktadır. Bunun yanında, hukukun bu şekilde temellendirilmesiyle, Tanrı'nın iradesi olan din kuralları da hukuk kavramı dışına çıkarılır. 1920'lerin ikinci yarısından itibaren hız kazanan laiklik devrimi, hukuki pozitivizmin bu yönüne de yoğun biçimde atıf yapmakta, din kurallarının hukuk kuralı olarak benimsenmesini bu perspektiften tümüyle reddetmektedir.

Devrim koşulları içinde, Kemalist kadroların, saf egemenlik kuramını pozitivist bir yaklaşımla benimsemeleri çok normaldir. Bu kadrolar, gerçekleştirdikleri atılımları ulusun iradesi üzerinden meşrulaştırırken, bu iradeyi kısıtlayacak herhangi bir üstün kuralı da kabul etmemektedirler. Bu anlayış, 1946'da çok partili sisteme geçilmesiyle birlikte ciddi bir ikileme karşı karşıya kalacaktır. Ancak, bu ikilemin içeriğine ve 1960'tan sonra bu ikilemi çözmeye yönelik geliştirilen stratejilere değinmeden önce, Kemalist devrimin hukuk boyutunun bir diğer cephesiyle, devrim ilkelerine bağlı hukukçular yetiştirme projesiyle ilgili bazı saptamalarda bulunmak da gerekiyor.

Hukuk reformunu, bir toplumsal mühendislik aracı olarak devrim projesinin merkezine yerleştiren Kemalist elit, bu reformun sonucu olarak ortaya çıkan yeni hukuksal düzeni hayata geçirecek kadroları yetiştirmek için de özel çaba sarfedecektir. Bu bağlamda Ankara Hukuk Fakültesi'nin açılması ve Darülfünun'un İstanbul Üniversitesi'ne dönüştürülmesi sırasında hukuk fakültesine de el atılması önemli adımlardır. Bu kurumlar sadece yeni hukuki düzenlemeleri öğretmek değil, aynı zamanda bu düzenlemelerin yöneldiği hedefin, yani Batılılaşma ve çağdaşlaşma olarak tarif edilen siyasi

projenin meşruiyetini benimsetmek misyonunu da üstlenmişlerdir<sup>7</sup>. Böylesi bir misyonun beraberinde, hukukun işlevi ve amacı konusunda belirli (pozitivist) bir algı getirmesi kaçınılmazdır. Bu algı, çok genel olarak, şöyle ifade edilebilir: Hukuk, siyaseten meşru kabul edilen amaçlar çerçevesinde dilendiği gibi şekillendirilebilen bir yapıdır. Bu tarz bir algının, hukuk devleti ilkesiyle sadece ve sadece yukarıda verilen en basit tanım -kamu görevlilerinin yürürlükteki yasalara bağlı kalması- çerçevesinde ilişki kurabilmesi, bunun ötesine ise asla geçememesi kaçınılmazdır.

Yukarıda da değinildiği üzere, cumhuriyetin kuruluş sürecinde Kemalist kadroların bu tarz bir hukuk algısı geliştirmiş olması normal, hatta reform koşulları içinde gerekli sayılabilir. Ancak, Kemalist devrimin, kendisine belirlediği çağdaşlaşma ve Batılılaşma hedefi çerçevesinde liberal demokrasi formlarına doğru evrilmesi de gerekecektir. Nitekim, II. Dünya Savaşı'nın bitimiyle birlikte bir ölçüde dış koşulların dürtüklemesi, bir ölçüde de iç dinamikler nedeniyle çok partili düzene geçilir. Tam bu aşamada, ulusun iradesi tek parti üzerinden değil de çok partili sistemde genel oyla seçilen çoğunluk üzerinden belirlemeye başlayınca, Kemalist devrimlerin meşruiyeti sorunu (en azından Kemalist elit açısından) baş gösterir. Sorunun kaynağında, 1921 ve 1924 anayasalarıyla kurulan siyasi sistemin üzerinde yükseldiği, egemenliğin ulus tarafından kullanılmasının sağlanmasıyla demokratik meşruiyetin de sağlanacağı yolundaki kurgu vardır. Bu düşünsel sistem içinde, genel oydan gelen iktidarın "karşı-devrimci" olması halinde, devrimlerin meşruiyetinin hangi zemine dayanacağı sorusunun yanıtı yoktur.

1950-60 döneminde iktidardaki Demokrat Parti'nin (DP) karşı-devrimci olduğuna inanan Kemalist kadrolar, bulmakta zorlandıkları meşruiyeti devrimci felsefeyi yansıtan anayasa ve yasalarda arayacaklardır. Öte yandan, Kemalist devrimin hukukunu ve bu hukukun arkasında yatan temel felsefeyi benimseyen hukukçular yetiştirme

7 Atatürk, Ankara Hukuk Fakültesi'nin açılış töreninde şunları söylemektedir: "Tamamen yeni kanunlar meydana getirerek eski hukuk esaslarını kökünden kaldırmak teşebbüsündeyiz. Yeni hukuk esasları ile alfabesinden eğitime başlayacak yeni bir hukuk neslini yetiştirmek için bu müesseseleri açıyoruz." Aktaran: Bozkurt, *a.g.e.*



projesi de başarıya ulaşmış, devrimleri hukuk üzerinden savunacak bir yargı yapısı kurulmuştur. Bu çerçevede, tek parti döneminde hiç dile getirilmeyen, yasama ve yürütmenin yargısal denetimi ile yargı bağımsızlığının kurumsal güvenceleri konularındaki anayasal eksiklikler DP iktidarına muhalefetin başlıca temaları haline dönüşür<sup>8</sup>. Buna karşılık DP safları, daha sonraları bu çizginin temsilcisi diğer siyasi partilerin de yapacağı üzere, egemenlik kuramının mutlak versiyonunu öne çıkartmakta ve kuramı biraz bükerek de olsa egemenliğin sahibi olan ulusun tek temsilcisinin yasama olduğunu ileri sürmektedirler.

Bu kısa analizden hareketle, 27 Mayıs darbesine ve onun ürünü olarak ortaya çıkacak 1961 Anayasasına gidilen ortamda, siyasi arenadaki başat tarafların hukuk algıları şöyle özetlenebilir: Kemalist kadrolar hukuku artık egemen iradenin dilediği gibi şekillendirebileceği bir yapı olarak kavramamakta; ancak, egemenlik ilkesini görecelileştiren bu yorumda, hukuk koyma yetkisinin sınırını evrensel hukuk ilkeleri ya da temel hak ve özgürlükler olarak değil, cumhuriyetin kurucusu irade olarak tanımlamaktadırlar. Buna karşılık, Kemalist kadroların karşısında saf tutan popülist siyasi akım, cumhuriyetin kuruluş sürecinde Kemalist kadrolar tarafından benimsenen yoruma sıkı sıkıya sarılmakta, egemen iradenin hukuk koyma yetkisinin hiç bir üstün ilkeyle sınırlanamayacağını savunmaktadır.

‘61 – ‘71 / ‘82 = ?

1961 Anayasası bir yandan temel haklar ve özgürlükler alanında önemli düzenlemeler getirirken, öte yandan yürütme ve yasamanın yargısal denetimi alanında yeni kurumlar oluşturmuş (Anayasa Mahkemesi) veya mevcut kurumları (Danıştay) güçlendirmiştir. Bu düzenlemelerin uygulamada anlamlı olabilmesi açısından da yargı bağımsızlığının normatif güvenceleri eksiksiz olarak anayasal sisteme konulmuştur. Bunlar, hukuk devleti ilkesini cumhuriyetin temel ilkeleri arasına yerleştiren bir anayasa açısından tutarlı düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Ne var ki, 1961 Anayasası döneminde

8 Bkz. Osman Can, “Yargı Bağımsızlığı: Yalnızca Normatif Bir Sorun mu?”, Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, haz. Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayınları, İstanbul, 2006, s. 108.

de insan hakları alanında birçok sorunun yaşanması ve insan hakları ihlallerinin bir kısmının doğrudan yargıdan kaynaklanması<sup>9</sup> üzerinde durulması gereken bir olgudur. Bu “aksaklık”lar göstermektedir ki, 1961 Anayasası döneminde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından getirilen normatif güvenceler, hukuk devleti ilkesini liberal demokrasilerin evrenel standartlarına uygun olarak hayata geçirmek üzere değil, Kemalist devrimin modernleşme projesine muhalefet edenlerin genel oydan çoğunluğu elde etmeleri “riskine” karşı emniyet subapları olarak tasarlanmıştır<sup>10</sup>. Daha açık bir deyişle, 1961 sisteminde hukuk devleti ilkesinin normatif boyutunun eksiksiz hayata geçirilmesinin arkasında, evrensel hukuk ilkelerini ve insan hakları manzumesini egemen iradenin üstüne yerleştiren bir felsefi bakış değil, genel oydan gelen iktidarı Kemalist devrim hedefleriyle sınırlandıran bir düşünce yatmaktadır. Devrim hukuku, bir kez daha, devrimci hukukçular yetiştirme projesi çerçevesinde açılan hukuk fakültelerinden mezun yargı mensuplarına emanet edilmektedir. Gerekli fikri altyapıdan yoksun bir biçimde hayata geçirilen hukuk devleti ilkesinin sadece içi boş bir kabuk olarak kalması normaldir. Yargı mensupları evrensel hukuk ilkelerinin ve temel hak ve özgürlüklerin üstünlüğü perspektifiyle donatılmış bir hukuk algısına sahip olmadıkları sürece, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki normatif güvenceler ne derece güçlü olursa olsun, demokratik hukuk devleti ilkesini hayata geçirmek mümkün olmayacaktır.

Tabii, detaylarına inildiğinde öykünün biraz daha karmaşık olduğu görülür. Her ne kadar içi boş kabuklar olarak anayasaya yerleştirilmiş olsalar da bu kavramlar, bazı yargı mensuplarının kamu otoritesinin hukukla sınırlandırılması anlamında hukuk devleti ilkesini hayata geçirmeye yönelik kararlar üretmesine imkân tanımıştır. Esas olarak idari yargı alanında ortaya çıkan bu kararlar, her ne kadar sı-

9 Bkz. Bülent Tanör, T.C.K. 142. Madde: Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, Forum, İstanbul, 1979. Ayrıca bkz. Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.

10 Hootan Shambayati ve Esen Kirdiş, “In Pursuit of ‘Contemporary Civilization’: Judicial Empowerment in Turkey”, *Political Research Quarterly*, cilt 62, sayı 4, Aralık 2009, s. 767-780.

nırlı sayıda kalsalar da, hukuk devleti lafının ciddiye alınması halinde “yönetilebilir” olması istenen bir demokrasi için ne derece “tehlikeli” olduğunun kavranmasına yetmiştir. Yargının fazla bağımsızlaşması ve eline tam güvenceleriyle tanımlanmış temel hak ve özgürlükler gibi bir aracın verilmesi halinde “davulcuya veya zurnacıya” meyletmesi ihtimalinin somut biçimde gözlenmesi üzerine, üç paralel hat çekilerek gidişata dur denilmiştir. Bu hatlardan birincisi yargı bağımsızlığı güvencelerini mümkün olduğu kadar kısma, ikincisi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması yollarını alabildiğine genişletme, üçüncüsü ise askeri yargının alanının genişletilmesidir. Esas olarak Kemalist elit içinde değerlendirilen asker bürokratların iktidarları döneminde, yani 12 Mart ve 12 Eylül rejimlerinde kotarılan bu işlem, altı kalın çizgilerle çizilerek hatırlatılmalıdır ki, popülist siyasi kadroların da tam desteğini almıştır. 12 Mart anayasa değişikliklerine DP'nin devamı sayılan Adalet Partisi (AP) tam destek vermiştir. 12 Eylül'ün ürünü olan 1982 Anayasası'nın fikir babaları da AP çizgisine yakın duran hukukçular olmuştur.

12 Eylül ürünü 1982 Anayasası'yla ortaya çıkarılan düzen yakından incelendiğinde, 2. maddede devletin temel nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesine de yer verilmiş olmasının ancak kötü bir şaka olabileceği açıktır. Sistemin, hukuk devleti ilkesinin liberal demokrasilerce kabul edilmiş anlamı bakımından içerdiği defoların detaylı bir analizi bu makalenin boyutlarını birkaç kez aşacak hacimde bir inceleme gerektirir. Ben burada sadece ana başlıkları sıralamakla yetineceğim: Cumhurbaşkanı, Yüksek Askeri Şura, Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) gibi kurumların işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması, askeri yargının anayasal tanımının genişletilmesi, HSYK'nın yürütmeye bağımlı hale getirilmesi. Listenin en tepesinde ise, olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun çıkaracağı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine (OHKHK) karşı yargı denetimi yapılamayacağı hükmü yer alır. Yani, olağanüstü haller 1982 anayasası bakımından hukuki denetimin hiç istenmediği alanların başında gelmektedir. Oysa, konunun uzmanı olmayanların dahi mantiken öngörebileceği gibi, olağanüstü haller demokratik bir rejimde

hukuk devleti mekanizmalarının işlerliğine en fazla ihtiyaç duyulan dönemlerdir. Bu ilkeyi alt üst ederek, olağanüstü hallerde yürütme organına anayasa dışına çıkma konusunda açık çek veren bu yetkiler, yeri geldiğinde hiç sakınılmaksızın kullanılmıştır. 1982 Anayasasının çizdiği hukuk düzeninde dahi kendisine yer bulamayan Olağanüstü Hal Valiliği gibi bir kurumun ancak OHKHK'larla mümkün kılındığını unutmamak gerekir.

### **Sonuç Yerine: 12 Eylül'ün 30. Yıldönümünde Demokratikleştik mi?**

12 Eylül 2010 günü gerçekleştirilen halkoylamasıyla kabul edilen anayasa değişikliklerinin tam olarak ne anlama geldiği kampanya sürecinde yoğun bir biçimde tartışıldı. Taraflardan birisi (ana akım muhalefet) bu değişikliklerin yargının siyasallaşması ve bağımsızlığını yitirmesi anlamına geldiğini ileri sürdü. İktidar cephesi ve ana akımın dışında kalan bir grup muhalefet çevresi ise değişikliklerin yürürlüğe girmesiyle vesayet rejiminin son kalesi olarak kalan yüksek yargının etkinliğini yitireceği ve böylelikle demokratikleşme yolunda mesafe kaydedileceğini savundu.

12 Eylül sonrası dönemde yargı faaliyetlerinin genel bilançosu çıkartıldığında, yargının daha ne kadar siyasallaşabileceği, tarafsızlığını daha ne kadar yitirebileceği yanıtlanması çok güç bir soru. Ana akım muhalefet, 12 Eylül sonrası yargının insan hakları ihlallerini görmezden gelen, Kürt sorununa çözüm olacağı zannıyla yürütülen kirli savaş bağlamında devlet görevlileri ya da paramiliterler tarafından işlenen suçları yargılamak bir yana üstünü örten, Anayasa Mahkemesi'nin asker kaynaklı muhtıralar doğrultusunda anayasaya açıkça aykırı kararlar üreten tavrını sorunsala dâhil etmedi. Dolayısıyla, savunur gördükleri değerlerle aslında açıkça çelişen içerikte bir söylem benimsedi. Bu günahının bedelini de açık bir yenilgiyle ödedi. Ana akım muhalefetin esasta savunduğu, egemen iradeyi cumhuriyetin kurucu iradesinin otoriter bir yorumu üzerinden sınırlama araçlarından birisi olarak kurgulanan yargının olduğu gibi kalmasıydı. 1960 sonrası hayata geçirilmeye çalışılıp, deneme yanılma yoluyla 1982'deki "mükemmel"liğine eriştirilen bu meka-

nizmanın aslında savunulabilir bir tarafı yoktu. Halkoylamasının işbaşındaki hükümete yönelik bir güven oylamasına dönüştürülmesi olgusu bir an için unutulacak olsa, “hayır cephesi”nin hiç savunulamaz bir projeye % 42 oy oranını yakalamış olması ağır bir yenilgi değil çok büyük bir başarı dahi kabul edilebilir.

Pekâlâ, iktidar cephesinin reform projesinin içeriği neydi? Savunulamaz bir sistemi değiştirmesi itibarıyla demokratikleşme yönünde atılmış bir adım mıydı? Popülist siyasi çizginin yıllardır savunduğu, uğrunda askeri bürokrasinin iktidarında gerçekleştirilen değişikliklere destek verdiği çizginin terk edilmesi ve insan haklarını temel alan demokratik hukukun üstünlüğüne dayalı bir yapılanmanın önünün açılması anlamına mı geliyordu bu proje? Bu soruların yanıtı, tabii ki, olumsuz. Öncelikle, anayasa değişikliği projesi hukuk devleti ilkesinin aksadığı yönleri anayasadan ayıklamak amacı gütmüyordu. Yukarıda verilen listede anılan başlıklardan sadece ikisinin -HSYK ve askeri yargı- bu değişiklik paketinde yer alması, diğerlerinin ise es geçilmesi bu konuda şaşmaz bir gösterge oluşturmaktadır. Öte yandan, HSYK ve Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin düzenlemelere gelecek olursak, önerilen değişiklikler, 1982 anayasası sistemi çok kötü olduğu için, görelî olarak ister istemez bir nebze iyidiler. Ancak, asıl amacın yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak olmadığını, arzulananın sadece ve sadece yargının bağımlı olduğu tarafı değiştirmek olduğunu açığa vuracak kadar da net düzenlemelerdi bunlar. Değişikliklerin yürürlüğe girmesi sonrası Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın yeni üyelerinin belirlenmesi sürecinde yaşananlar, durumu maddeleri ilk okuduğunda anlayamamış olanlar için yeteri kadar aydınlatıcı olmuştur muhtemelen.

Sonuç itibarıyla, Türkiye'de yargı baştan beri tarafî ve bağımlı olmuştur. Türkiye'de yargı mensuplarının hukuk algısı üzerine yapılmış olan çalışmalar yargının bireyden değil devletten, hukukun üstünlüğünden değil devlet görevlisinin kayırılmasından yana taraf olduğunu; bu niteliğiyle de devlet katında kümelenmiş elitlere gö-

bekten bağımlı olduğunu ortaya koymaktadır<sup>11</sup>. Yeni anayasa değişiklikleri bu durumu değil, sadece ve sadece “devlet katında kümelmiş elitler” kitlesinin yapısını değiştirecektir.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının biri normatif diğeri öznel olmak üzere iki boyutu bulunur. Öznel tarafsızlık, yargı mensubunun, yargılanacak olaya hukuk normlarını uygularken bir insan olarak sahip olduğu dünya görüşünün etkisinden de sıyrılmasını gerektirir. Ancak, yargı mensubunun hukukun kaynağı, amacı ve işlevi konusunda sahip olduğu perspektif söz konusu olduğunda -ki bu, genel olarak dünya görüşü kapsamında ele alınabilecek bir noktadır- etkiden kurtulma mümkün olmayacaktır. Yargı mensubu, soyut bir hukuk kuralını somut bir olaya uygularken kaçınılmaz olarak bir yorum yapacak, bu yorum da yine kaçınılmaz olarak yargı mensubunun hukukun kaynağı, amacı ve/veya işlevi hakkında sahip olduğu bakışla şekillenecektir. İşte, tam bu noktada, yargı alt-kültüründe egemen olan hukuk algısıyla, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi arasındaki önemli bağ ortaya çıkar. Eğer yargı alt-kültüründe, demokratik bir hukuk düzeninin, egemen irade açısından bağlayıcı olan, üstün evrensel hukuk ilkelerine dayandığını ve insan haklarının da bu üstün değerler arasında yer aldığını söyleyen bir paradigma geçerli değilse, normatif güvenceler ne derece güçlü olursa olsun, hukuk devleti ilkesini tam anlamıyla uygulamaya geçirmek mümkün olamayacaktır. Ancak, sorunu bu bağlamda tartışabilmek için, öncelikle normatif güvenceleri evrensel standartlara uygun hale getirmek gerekir. 2010 değişiklikleri bunu sağla(ya)mamıştır. Normatif güvencelere ilişkin eksiklikleri gidermek açısından yeni bir (sivil) anayasa yapılması en elverişli yol olacaktır. Ne var ki, sorunu “yok kanun, yap kanun” mantığıyla yeni anayasaya havale ederek çözüme kavuşturmak mümkün değildir, zihniyetlere ilişkin bir boyutun da reform kapsamında mutlaka ele alınması gerekir.

11 Türkiye’de yargı mensuplarının hukuk algısı üzerine yapılmış ender çalışmalardan birisinin ortaya koyduğu verilere göre, yargı mensupları arasında devletçi ve cinsiyetçi perspektif egemenken, evrensel insan hakları standartlarına ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına karşı ilgisizlik ve güvensizlik söz konusudur. Bkz. Mithat Sancar ve Eylem Ümit Atılğan, “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”, *Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, TESEV Yayınları, İstanbul: 2009.

---

## YARGI BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER\*

---

**Av. Turgut KAZAN**

---

Bir anayasada, hak ve özgürlüklerin uluslararası standartlara uygun düzenlenmesi yetmez.

Aynı zamanda, bu hak ve özgürlüklerin koruma kalkanı olan yargının, özellikle siyasal iktidara karşı bağımsızlığının sağlanması, tabii yargıçların da insan hakları duyarlılığını içselleştirmiş ve temel hakları koruma bilinciyle yetiştirilmiş olması gerekir.

Türkiye’de yargı bağımsızlığı ve kaliteli yargı her zaman sorun olmuştur. 12 Eylül 2010 referandumuyla yapılan düzenleme, bu sorunu azaltmamış, arttırmıştır.

HSYK’ nın yeni yargısı ve uygulamaları, çok ciddi bir yargı bağımsızlığı sorunu yaratmıştır. Kararları, muhalefet şerhleri veya mü-talaaları beğenilmeyen yargıç ve savcılar ivedilikle ve çok sudan nedenlerle dosyadan el çektirilip cezalandırılırken, siyasal iktidarın beklentilerine uygun davrananlar ödüllendirilmekte, yükseltilmektedir. Hemen her gün, özel yetkili mahkemelerde veya diğer yargı yerlerinde benzer örnekleri yaşıyoruz.

Bu nedenle ve ivedilikle, CMK’ nun 250, 251, 252. maddeleri kaldırılarak, özel yetkili mahkemelere son verilmelidir. Gerçekten, TBB’nin çağrısıyla, 17.04.2011 günü İzmir’ de yapılan Baro Başkanları toplantısı sonuç bildirgesinde aynen şöyle görüyoruz:

“Normal zamanların normal mahkemesi olmayan, özel soruşturma ve yargı usulleri uygulayan, savunma hakkını kısıtlayan kararla-

---

\* Bu tebliğ, 4. Grubun konusu olan “Yargı Bağımsızlığı” ana başlığı çerçevesinde sunulan görüşleri içermektedir.

ıyla, mahkemeden çok devletin ideolojik aygıtı gibi çalışan bu mahkemelerin ve özel usul hükümlerinin derhal kaldırılması gerekir.”

Ve Anayasanın 144. maddeye benzer bir maddesine “özel yetkili, geniş yetkili, istisnai yetkili, olağanüstü etkili, süper yetkili mahkeme kurulamayacağını” vurgulayan bir fıkra mutlaka eklenmelidir.

12 Eylül 2010 referandumunda, HSYK ve Anayasa Mahkemesi’yle ilgili düzenleme gözden geçirilmelidir. Bir kere, savcılarla, yargıçları yan yana gören anlayışı terk etmek zorundayız. Bu nedenle, savcılar için ayrı, yargıçlar için ayrı kurul oluşturulmalıdır. Bu kurallara Yargıtay ve Danıştay’ın üye seçimi dışında, yargıçların ve savcıların yine ayrı ayrı, koşulları yasayla belirlenecek propaganda imkânına açık bir seçimle üye belirlemeleri sağlanmalı, Cumhurbaşkanı’na üye seçme yetkisi kaldırılmalı, bir bölüm üyeyi de, TBMM’nin nitelikli çoğunluğu seçmesi sağlanmalıdır.

Yine her iki kurulu TBB’ den ve toplumsal desteği yüksek bir veya birkaç sivil toplum örgütünden temsilci bulunması konuşulmalı, tartışılmalı, kabul edilmelidir.

12 Eylül Referandumundan sonra oluşturulan Anayasa Mahkemesi de, üyelerinin seçimi yukarıda HYK ve SYK için yapılan öneri doğrultusunda düzenlenmelidir. TBMM’nin belirleyeceği üyeler için, nitelikli çoğunluk koşulu konulmalıdır.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı da, bu koşullarda AİHM’e başvuruyu geciktirici bir sonuç verecektir. Dolayısıyla yeniden ele alınıp tartışılmalıdır.



---

# YARGI BAĞIMSIZLIĞI

---

Av. Ayhan ERDOĞAN

---

Üyesi bulunduğum Türk Ceza Hukuku Derneği ile İstanbul, Ankara ve İzmir Barosundan katılan değerli meslektaşlarımızla Abant Otelde değişik başlıklar altında çalışma grupları oluşturuldu. Çalışma gruplarının bir ortak metni ve katılanların konuya ilişkin kişisel makaleleri toplamından oluşan bu çalışmayı organize edenlere öncelikle teşekkür ederim.

'Yargı Bağımsızlığı' başlığını taşıyan çalışma grubunda yer almakla ilgili bu konudaki kişisel düşüncelerimi aktarmak ve değerli katılımcılarla paylaşmak isterim.

Hepimizin bildiği üzere nesnelere üretilen kavramlar bir süre sonra üretildiği nesneden uzaklaşarak yeniden nesne tarifi yapılmak suretiyle, kavram üretildiği nesnesine yabancılaştırılır. Kavramın farklı bir nesneyi geçerli hale getirdiği ve bu yolla kavramın aldatıcı özellik taşıdığı gerçeği günlük tartışmalarda atlanmaktadır.

Bu yolla, Hukuk Devleti, kanun önünde eşitlik ve benzeri birçok kavram kendi çıkışına neden olan toplumsal durumları ifade etmek yerine günümüzde bu kavramlara farklı anlamlar yüklenmektedir. Belirtilen yol sonucu bu kavramların toplumdaki işlevleri de perdelemektedir.

**Öncelikle belirtmek isterim ki; çalışma grubumuzun toplantılarında zaman zaman yer alan 'hukuk devleti' ve 'hukukun üstünlüğü' kavramlarına aynı anlamı yüklediğimi ve bu kavramlardan özellikle 'hukukun üstünlüğü' kavramının toplumun hayrına kullanılan kavram olmadığını ifade etmek isterim. Genel olarak Birleşmiş**

Milletler kararlarının, Dünya Ticaret Örgütünün, IMF'nin, Dünya Bankası'nın etkin olduğu, bu gibi kuruluşların kararlarının iç hukuklara aktarılacak uluslararası metinler haline getirildiği bir ortamda, 'Hukukun Üstünlüğü' kavramına yüklenen anlamın genellikle 'kimin hukuku' sorusunu hasır altı etmesi, mutlak biat içermesi ve açıkça liberal hukukun kavramı olması sebebiyle bu kavramın ayrı bir başlık altında açıkça tartışılmadan kullanılmasının doğru olmadığı kanaatindeyim.

Yine bu kavramın yanı başında kullanılan 'Hukuk Devleti' kavramına da, öncelikle; önceden belirlenmiş usule uygun çıkartılmış metinlere mutlak itaat edilmesi anlamının yüklenmiş olması ve gerek metin içeriklerinin, gerekse çıkartan meclisin sorgulanmaması nedenleri ile karşı olduğumu ifade etmek isterim. Ayrıca egemenlik sisteminin tartışılmasına bu konuda düşünce belirtilmesine dahi imkan verilmemesi karşısında bir sınıfın egemenliğini meşurlaştırıran ve tartışılmaz kılan bir kavram haline gelmiş olmasını doğru bulmuyorum. Yazının konusunun bu olmaması sebebiyle kısaca 'hukuk devleti' kavramında ilk arayacağımız hususun 'iktidarın sınırlanması' yönünde ele almak gerektiğini ifade etmeliyim.

### **YARGI NEDEN BAĞIMSIZ OLSUN?**

Yargı bağımsızlığı kavramına da yukarıda kısaca yer verdiğim tarihsel çıkışından kopartarak anlam yüklediğinde açmaza düşülecektir. Tarihsel olarak yargı bağımsızlığı kavramının toplumlarda tartışılmaya ve uygulanmaya başlandığı sürecin hangi tarihsel süreçte denk düştüğü göz önüne alınmaz ise, kavram, kendini doğuran nesnel durumdan kopartılmakla kalmaz soyut ve ilahi bir kavram olarak ele alınmak sureti ile tarihsel gerçeğine uygun olmayan nesnel bir durumun tanımı olarak kullanılmaya başlanacaktır

Yargı Bağımsızlığı kavramını 'Kuvvetler Ayrılığı' kavramına dayanak yapan, bu kavrama iliştilmiş bir biçimde yasama, yürütme ve yargıyı birbirinden bağımsız kuvvetler olarak anlayan, bu kuvvetlerin ilişkisini de düzenleyen devlete 'hukuk devleti' diyerek işin içinden çıkan düşünce, doğal olarak, 'Yargı bağımsızlığı' kavramını pozitif hukuk çerçevesi içinde biçim özlü tartışmak durumunda kalacaktır.

Ülkemizde bugün yapılan budur. Yargı Bağımsızlığı kavramının biçimsel yönünün de tartışılmasının kendi içinde ihtiyaç olduğunu söylemeliyim. Ancak bu ihtiyacın kuvvetler ayrılığının bir ayağı olarak ele alınan yargı bağımsızlığının tarihsel sürecine denk düşen bir toplumsal durumda gerekli ve işlevli olacağını da ifade etmeliyim. Aksi durum bizi bugün, HSYK'nın varlığının gerekliliği ya da kurulda bakanın / müsteşarın varlığının tartışılmasına boğar. Hakim ve Savcıların atamalarının kimler tarafından yapılması gerektiği, disiplin soruşturmalarının yapılmasında yetki-lendirme ve usul, mesleğe alınma gibi konular hangi sistem içinde olunursa olunsun meslek faaliyetleri içinde ele alınması gereken bir konudur. Bu konunun tartışıldığı toplumsal durum göz ardı edilirse, kuvvetler ayrılığından 'silahlı kuvvetler' anlaşıldığı, uluslararası te-kellerin ve işbirlikçi sermayenin ülkemizdeki hâkimiyetinin sınırsız ve iktidarına ortak olunmasına imkan vermeyecek bir kesinlikte ol-ması göz ardı edilmiş olur. Bu durum, 'Yargı Bağımsızlığı' kavramı-nın dayanağı olan 'Kuvvetler Ayrılığı' kavramının doğumuna daya-nak olan farklı sınıfların ortak çıkarını ifade eden bir toplumsal söz-leşmenin olmaması, farklı sınıfların yürütme ve yasamada ayrı etkin-liklerinin göz ardı edilmesi ve kısaca bu kavramları doğuran tarihsel sürecin yok sayılması sonucunu doğurur.

### **KUVVETLER AYRILIĞI / İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI**

Kuvvetler ayrılığı kavramının Kara Avrupası'nda burjuvazinin ve proletaryanın sahneye çıktığı 17. yüzyıla denk düşen bir tarihsel perspektifle ve bu ikilinin muazzam bir savaşım sonucu Kral ve soy-luların iktidarına ortak olduğu bir süreçle birlikte ele alınması ge-rekmektedir. Bu süreçten evvel bu kavramın ortaya atılamaması do-ğaldır ki, Kralın iktidarına ortak olabilecek Burjuvazi ve proletarya gibi farklı sınıfların tarih sahnesinde yerini almamış olmasındandır.

Kara Avrupası'ndaki bu gelişmenin daha iyi anlaşılabilmesi için Anglosakson hukukunun kaynağını oluşturan İngiltere'deki hukuk-sal sürecin kısaca ele alınmasında yarar bulunmaktadır. Bu süreç HUKUKUN TARİHİNİN TOPLUMLARIN TARİHİNDEN BAĞIMSIZ OLMADIĞI tespitine de tarihsel bir örneklem oluşturacaktır. Tarih

sahnesine Kralın iktidarına ortak olabilecek bir güç olarak soylular ve din adamlarının oluşturduğu dikkate alındığında bu güçlerin mücadelesinin İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI doğrultusunda olduğu görülmektedir. Bu mücadeleden halkın da yararlandığı ve krala karşı verilen bu mücadelede doğru yerde durduğunu bilmekte yarar bulunmaktadır.

Hukuk Devleti kavramında aranması gereken ilk husus yasaların iktidarı sınırlandırması hususudur. Zira Magna Carta ile başlayan ve bu sürecin sonucunda doğan iktidarın sınırlandırılması kavramı, egemenlere karşı yönetilenleri koruyabilecek liberal bir kavram olmasına karşın liberallerin bugün iktidarı/egemenleri sınırlamak yerine yönetilenleri/sömürülenleri sınırlamak için kullandığı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

**İktidarın sınırlandırılması meselesinde tarihsel olarak ilk önemli örnek** Magna Carta Libertatum'dur. İngiltere'de 1215 yılında imzalanmış olan Magna Carta (Büyük Özgürlükler Sözleşmesi), Papa III. Innocent, Kral John ve Feodal Aristokrasiyi oluşturan Baronlar arasında, kralın yetkilerini sınırlamak amacıyla düzenlenmiştir. Sözleşme ile Kral bazı yetkilerinden feragat etmekte ve kanunlara uygun davranmayı kabul etmektedir. Kral hukukun kendi talep ve isteklerinden üstün olduğunu bu sözleşme ile kabul etmiş olmaktadır.

Bu anlaşma yurttaşların Kralın keyfi yönetimi karşısında önemli bir güvenceydi. Bu husus ayrıca Kralın yetkilerinin sınırlanması ile Din adamları ile Baronların iktidara ortak olmak arzusunun da bir ifadesiydi. Egemenliğin o günkü güçler arasında dağıtılmasının da sonucu olan bu sözleşme ile Kral yetkilerine din ve halk adına bir sınır getirmeyi kabul etmesi bakımından Anayasacılık hareketinin öncüsü sayılmaktadır.

Magna Carta'nın 39. maddesinde yer alan; "Özgür hiç kimse kendi benzerleri tarafından ülke kanunlarına göre yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mal ve mülkünden yoksun bırakılmayacak, kanun dışı ilan edilmeyecek, sürgün edilmeyecek veya hangi şekilde olursa olsun zarara uğratılmayacaktır" hükmü ile halk da İKTİDARA (Kral'a)

KARŞI Din adamları ve Baronlarla ittifak yapmanın karşılığını kısmen almış olmaktadır. Ancak uygulamada bu hakların ne kadarından yararlanabildiği meçhuldür.

Yani iktidarın ilk sınırlanması olan Magna Carta, egemenler arasında yeni bir ortaklık kurarken halka da önemli bir güvence getirmiştir.

### **ANAYASACILIK HAREKETLERİ**

Yargı Bağımsızlığı kavramının dayanağı olan Kuvvetler Ayrılığı kavramının da tarih sahnesine çıktığı süreç, aynı zamanda TOPLUMSAL SÖZLEŞME adı altında Anayasacılık hareketinin toplumsal mücadelenin yansıdığı ayrı bir sürece işaret etmektedir.

Kara Avrupası'ndan farklı olarak İngiltere'de Magna Carta ile başlayan iktidarın (yürütmenin) yetkilerinin sınırlandırılması mücadelesi aynı zamanda sınıflar mücadelesinin bir parçası olarak tezahür etmektedir. Özgürlük mücadelesinde döneminin devrimci olabilecek unsurlarının kendi ittifaklarını yaratarak o dönemki mevcut iktidarların yetkilerini sınırlandırma çabası esasen özünde iktidara ortak olma mücadelesinin bir tezahürüdür.

Kralın şahsında vücut bulan kayıtsız koşulsuz itaat üzerine kurulmuş iktidar, feodal düzenin sürdürülmesinde XIV. Louis'nin sözüyle, «L'Etat, c'est moi» ("devlet benim") tam karşılığını bulur. Kral hem yasa koyucu, hem yasanın yürütücüsü ve hem de yargıçtır. Yasama, yürütme ve yargı gücü, bir bütün olarak feodal aristokraseye aittir.

Kendi meşruiyetini kutsal kitaplardan, din adamlarından alan Kral İktidarın tartışılmaz, bölünemez ve yargılanamaz olduğu bir dönemi ifade etmektedir.

### **KUVVETLER AYRILIĞI**

"Krallık iktidarının olduğu bir çağda ve ülkede, aristokrase ile burjuvazi egemenlik için çarpışır ve burada egemenlik bölünmüş olduğu için güçler ayrımı doktrini egemen fikir olarak ortaya çıkar ve 'ebedi yasa' olarak ilan edilir."<sup>1</sup>

1 Marks-Engels, The German Ideology, s. 60.

Esasen Karl Marks ve Friedrich Engels tarihsel durumu özetlemektedir. Krallık döneminin bir ifadesi olan Feodalizm içinde gelişen burjuvazinin artık Kralın ortağı olan Aristokrasi ile çıkarları çatışmaktadır.

Artık burjuvazi devrimci ve öncü rolünü üstlenmeye matuf bir başkaldırı hareketinde bulunmaya hazırdır. Bu başkaldırının özü, burjuvazinin (sermayenin) kârının aristokrasi ile paylaşmasını sonlandırma ile aristokrasinin Kralla olan iktidar ortaklığından pay alma mücadelesidir.

Bu mücadele sonunda, sınıflar mücadelesi anlamında feodal aristokrat sınıf ile sermayeyi oluşturan burjuva sınıfının çatışması neticesinde kuvvetler ayrılığı denilen kavram ortaya çıkmıştır. Bu anlamı ile kuvvetler ayrılığı kavramı, burjuva parlamenter sistemle mevcut iktidarın yetkilerinin sınırlandırılması ve yeni bir iktidar ortağı olan burjuvazinin tarih sahnesinde yerini alması anlamına gelmektedir. Magna Carta ile başlayan ve Cromwell hareketi ile devam eden süreç Fransız Burjuva devrimleri ile kendini tam olarak ifade edebilmiştir.

**İngiltere’de** Cromwell hareketiyle iktidara, Feodal Aristokrasiyle ortak olabilen burjuvazi, Fransız devrimi ile yasama, yürütme ve yargı gücünün farklılaştırılması yoluyla feodal aristokrasinin ve kralın elinden yasamayı almış ve böylelikle iktidarın yetkilerini sınırlamıştır.

**İktidarın yetkilerinin sınırlandırılmasını içeren yasama organına, mücadelenin bir parçası olarak burjuvazinin ittifakını oluşturan halkında üye göndermesini sağlamıştır Halkın kendini kısmen de olsa parlamentoda ifade ediyor olması, parlamento öncesinden ileri bir durumdur.**

Modern devlet teorisi sayabileceğimiz burjuvazinin ulusal düzeyde hakimiyetinde yer bulan ve ticareti fırsat eşitliği anlamında feodalizm ve Kralın yetkileri karşısında savunduğu ‘yasa önünde eşitlik’ aslında ticari faaliyette her tüccarın faaliyetini sürdürme talebinde başkaca bir şey değilken bu ilke bugün farklı bir anlamı varmış gibi sunulmuş bir illüzyona yol açmaktadır.

Burjuvazinin var olma mücadelesi döneminde ileri sürdüğü sınıflar arasındaki eşitliği ifade eden ‘eşitlik’ kavramına o dönemki proleterlerin, sınıfları kaldırarak sınıfsız bir eşitlik kavramı ile cevap verdiği hatırdan çıkarılmamalıdır.

Abant Toplantısında çalışma grubumuzun konusunu oluşturan YARGI BAĞIMSIZLIĞI ne yazık ki tarihsel sürecini oluşturan ve dayanağı olan KUVVETLER AYRILIĞI kavramının bağlamında ele alınmaması nedeniyle kavramın tarihsel süreçten kaynaklanan anlamı yerine nesnellliğini bugün kavramın kendisinden üretilmiş nesnellığe yönelik bir değerlendirme üzerinden tartışılmıştır. Doğaldır ki, Yargı Bağımsızlığı kavramının bugün yansıttığı nesnellik kavramının dayanağı olan toplumsal durumu yansıtmayan biçimsel yönüyle ele alınmak zorunda kalmıştır.

### KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN SONU

18. Brumier’de yer verildiği üzere Marks ve Engels’in kuvvetler ayrılığı için tanımladığı burjuvazinin ısrarla kullanacağına yer verdikleri “Ebedi Yasa” değerlendirmesi hemen kendini gösterir. Zira aristokrasi kısa sürede tasfiye edilir ve ‘Kral’ sadece burjuvazinin yasama organınca çıkartılan yasaların uygulayıcısı konumundadır. Yasama ile Yürütme arasındaki farklılık ortadan kalkmış ve 1850 yıllarında artık küçük burjuvazi ile halkın tasfiye edildiği bir sürece girilmiştir. Burjuvazi kısa sürede devleti, yürütme ile yasama arasındaki farklılığı giderek kendi ortak çıkarına hizmet eden bir aygıt haline döndürür. Bu durum kuvvetler ayrılığı sürecinin sonucu olarak var olan Bağımsız Yargı’nın varlık sebebinin de sonunun geldiğinin ilanıdır.

Yargının bağımsızlığı artık şekli bir unsurdur. Tarihsel süreçte kazanılmış ve devlet aygıtını yönetmekte halkı ‘hukuk devletinin’ varlığına iknada etkili olan bu kavramların terki yerine, kavramların içi boşaltılarak Yargı Bağımsızlığı kavramının nesnellığının yeniden yaratılması ile o günkü egemenlik ilişkilerine uygun bir anlam yüklenmiştir.

Burjuvazi hukuku kabaca kapitalist mülkiyetinin sürdürülmesi şeklinde düzenlenmesinden başkaca bir öz taşımaz. Ancak kuvvet-

ler ayrılığı ilkesi dönemiyle başlayan ve parlamentoya girebilen başta halk grupları olmak üzere çeşitli sınıf ve katmanları oluşturan gruplarla bu defa burjuvazi arasındaki mücadele söz konusu olur. Yasama organından başlayan süreç, burjuvazinin yürütme ve yargıyı tam olarak denetleme çabasına ve esasen kuvvetler ayrılığının şekillenmeye başladığı bir döneme girmesine neden olur.

Emperyalizm aşamasında ise, artık burjuvazi uluslararası tekeller boyutunda bir yapılanmayı ifade etmesi sebebiyle ulusal meclislere/ yasamaya tahammülü bulunmamaktadır. Yasama artık yürütmenin bir parçası olup yargının da yürütmenin kararlarının icrasında görev görmesi dışında anlamı bulunmamaktadır.

Kuvvetler ayrılığı ezilen sınıflar açısından, halk açısından ve işçi sınıfı açısından bir kurtuluş değildir. Ancak Emperyalizmin ve tezahürü olan Neo-Liberal dönemin, yürütmeyi adeta monark bir kralın iktidarı gibi sunduğu bu yeni dönemde kuvvetler ayrılığı döneminden de geri olduğu açıktır. Kendini eski ortaklarının enkazlarından temizleyerek, neo liberal bir dönemin yani açıkça emperyalizmin bir yöntemi olan yürütmenin yasama ve yargı üzerinde koşulsuz hakimiyetine yol açacak her türlü düzenlemeye karşı çıkmak bu nedenle bir zorunluluktur.

Tarihsel olarak iktidarın sınırlandırılması yolunda gelişen süreç işçi sınıfının burjuva devrimlerini aşan bir süreci sürdürememesi sonrası tersine bir döneme girerek neo liberal anlayışın yani uluslararası tekellerin bu defa iktidarı Magna Carta öncesi bir yapılanmaya götürmesi söz konusudur. Dünyamız Neo liberal darbelerle Uluslar arası tekellerin iktidarını açıktan sürdürmesi dönemine girmiş bulunmaktadır.

Ancak, İngiltere’de 16. yüzyılda başlayan Fransa’da 1789 yılında gerçek karşılığını bulan burjuva parlamenter sistemine ülkemiz şekillen de olsa 1961 Anayasası ile kavuşabilmiştir. Bu anayasa ile yasama, yargı ve yürütme güçleri birbirinden ayrılmış ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin ülkemizde sınıflar mücadelesinin sonucu olarak olmasa da hayata geçmesi bir ihtilalle söz konusu olabilmıştır. **Ancak burada eksik olan husus bu hareketin sınıflara dayanmaması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesinden Silahlı Kuvvetlerin anlaşılma-**



**sıdır. Yasama ve yürütme organında ezilenlerin, halkın, işçi sınıfının kuvvetleri ile burjuvazinin kuvvetlerinin etkin olması yerine; işbirlikçi sermayenin kuvveti olarak sahnede yerini alan Silahlı Kuvvetlerin halka karşı bir güç olarak yer alması söz konusudur.**

Ancak tüm bu eleştirilerimize karşın şekil olarak da olsa modern burjuva devletin inşa sürecinde var olan kuvvetler ayrılığı kavramı ve ona bağlı Yargı Bağımsızlığı kavramı ile yasama yürütme arasındaki mesafelenme o dönem için bir gelişimin ifadesidir, aynı zamanda.

Yürütmenin yetkilerinin kısıtlandığı 1961 Anayasası ile yürütmenin ve emrindeki idarenin (devlet kurumlarının) her türlü tasarrufu ve hatta eylemi yargı denetimi altına alınmış olan ileri bir durumdur. Dahası yürütmenin yetkileri TRT ve Üniversiteler ve buna benzer özerkleştirilmiş kurumlar marifetiyle de daraltılmıştır.

Aslında bu durum kısa sürelidir. 12 Mart Faşist Cuntasının Amerikan destekli darbesi ile 12 Eylül Faşist Cuntasının darbesi, şeklen de olsa kuvvetler ayrılığı ve buna dayalı yargı bağımsızlığı kavramlarının yeşerip toplumsallaşmasının önünü keser. Son 12 Eylül Anayasa referandumu 24 Ocak liberal ekonomik programın hayata geçmesine yönelik yapılan 12 Eylül 1980 darbesi sürecinin işlevini yerine getirdiği ve artık Neo Liberal ekonomik programların hayata geçirilme aşamasının bir oylamasıydı. Bu oylama ile iktidara düşen ülkemizde artık Kara Avrupası hukukunun kalıntılarını kazırmaktan ibarettir. Artık, Anglosakson hukukunun ve ona uygun devlet örgütlenmesinin inşasının tamamlanması sürecine girmiş bulunmaktayız.

Bazı müelliflerin '-aydın demekte zorlanıyorum'- ileri sürdüğü üzere Anglosakson hukukunda yargı bağımsızlığı söz konusu değildir. Kuvvetlerin çatışmadığı egemenliğin kayıtsız şartsız tekellere devredildiği bir sistemde yargı gerek atanmaları gerekse meclislerin yasalarını uygulamada tam bir hizmetkardır.

Bazı zamanlarda medyada çıkan Amerikan kaynaklı haberlerden yargının net tutumu, hapishaneleri, cezalandırma sistemlerindeki katı tutum, esasen sistemin sarsılmaz şekilde korunmasının birer ifadesinden başka bir şey değildir. Yargı yasama organının çıkardığı 'kanun'ları harfiyle uygulamak durumundadır. Egemenlikte yani Yü-

rütme ve Yasama organında eğer yönetilen halkın, işçi sınıfının, yoksulların, işsizlerin, emeklilerin etkin bir gücü yoksa sonuç gerek toplumsal sözleşme (anayasa) gerekse uygulama yasalarının halkın yararına olmayacağı açıktır. Bu durumda yargının koşulsuz egemenlerin bekçiliği görevinden başkaca ne görevi olabilir ki?

### **EGEMENLİĞİN BÖLÜŞÜLMESİ SORUNU**

Burjuvazinin sınırları aşan bir sermaye birikimine ve güce kavuşması sonrasında ulusal güçlerin/devletlerin yapılanmalarının kendi ticaretleri açısından artık bir engel oldukları gerçeğinden hareket ederek bu yapıları tasfiye sürecine girmiştir.

**Ülkemizde 24 Ocak 1980 Kararları olarak yansıyan ve sonu faşist bir darbeye sonuçlanan süreç esasen bugünün neo liberal sistemin küresel iktidarını ifade eden sürecin başlangıcı olmuştur. Darbe, ülke içindeki devlet yapılanmalarının yeni politik argümanlarına uygun hale getirme girişiminden başkaca bir şey değildir.**

Bugüne kadar kendi halkına karşı kullanılmış olan Silahlı Güçlerin yeni Neo Liberal sistem, devlet yapılanmasında belirleyici güç olarak hizmetlerine ihtiyaç kalmadığı için **Silahlı Gücü de tasfiye ederek cemaat yapılanmalarını tercih etmiştir.**

18. yüzyılda sahne alan burjuva devlet yapılanmaları anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ve ona bağlı var olan yargı bağımsızlığı kavramları nesnel süreçlerdeki toplumsal içeriklerinden boşaltılmış bir halde sunulmaktadır.

Artık devletlerin varlık sebepleri; yurttaşları için eğitim, sağlık, güvenlik, konut gibi sosyal yükümlülükleri yerine getirmek için olmayıp tam tersine modern köleci toplum haline getirilen halkın, düşünmesinin engellenmesi, bilimden uzaklaşması, eğitimin inanç dünyasına çevrilerek biat eden bir toplum yaratılması, ihtiyaç duyulmayanların bakımının üstlenilmeyerek giderlerin azaltılması, ulaşımın, eğitimin, sağlığın, güvenliğin paralı hale getirilmesinden ibarettir. Sosyal güvenlik kurumlarının işlevsizleştirilmesi bunlara karşı çıkan güçlere açıktan şiddet kullanılarak bastırılmasında kullanılmak içindir.

Tam da bu aşamada Yasama, Yürütme ve Yargı arasında oluşturulan monark yapı vasıtasıyla yargı egemen tek gücün icra organına dönüştürülmek istenmektedir. Bu durum hiç kuşkusuz tarihsel kazanımları da yok etmekte bu nedenle yargı bağımsızlığına ilişkin biçimsel yönlerin de ısrarla savunulması gerekmektedir

Ancak görülmelidir ki; hukuk bazı zamanlar toplumsal sürecin dışında da düzenlenebilir. Bu zamanlarda hukuk sürecin uygulanmasına yönelik kullanılmaz ve toplumsal süreç kendi mecrasına akarken, hukuk bir şekilde bu sürecin seyircisi durumuna düşer.

Sorunun temeli tekrar edecek olursak, egemenliğin bölüşüldüğü çağda kuvvetler ayrılığı egemen düşünce olarak ortaya çıkmakta ve bu düşüncenin bir kuvvetini oluşturacak olan yargının da Kral, Soylular, Burjuvazi ve Halk arasında oluşturulan toplumsal sözleşmedeki (anayasa) çıkarların adil bekçisi olup bağımsız yargı olarak bir kuvveti temsil etmesidir.

**Sorun egemenliğin 18-19 yüzyıldaki gibi bölüşülmediği Uluslararası tekellerin tüm dünya üzerinde tek devlet anlamında bir örgütlenmeyle mevcut ulusal devletleri tasfiye etmeye kalkışmasında yatmaktadır. Uluslararası tekeller devletleri adeta şirket acentelerine dönüştürmeye çalıştığı bir süreçte, yargı bağımsızlığı sadece ve sadece gerek tarihsel kazanımlarının korunması gerekse biçimsel yönlerine müdahale edilerek tarihsel anlamına kavuşturmak mümkün müdür?**

Soru budur. Kişisel kanaatim, bu sorunun cevabını biçimsel yönlere müdahaleden vazgeçmeden, tarihsel kazanımları terk etmeden ama bunlarla yetinmeden bir yol çizerek bulmaktır. Bu yol emekçi halkın, işçi sınıfının, kamu çalışanlarının, emeklilerin, işsizlerin, yoksulların bir güç olarak örgütlenmelerinde yatmaktadır. Çözüm, ezilenlerin egemenlik haklarını kullanacakları örgütlenmeleri ve mücadeleleri meşrulaştırmak, örgütlenme özgürlüğü, düşünme ve ifade özgürlüklerin kullanılmasının, hak arama ve hak alma mücadelelerinin güçlendirilmesinden ve bu mücadelelerin desteklenmesinden geçmektedir.

Mesele hukuk jargonunun daha iyi kullanıldığı ve bu nedenle içeriği daha sağlam metinlerin hazırlanmasıyla ilgili ve sınırlı değildir. Bu metinlerin içinde yer alan kavramlar karşılığının toplumsal süreçte var olmasıyla ilgilidir. Eğer yazılanların karşılığı toplumsal süreçte karşılığı yoksa, bu metinlere kimsenin itibar etmeyeceği mutlaklıdır. Bir an için hukukun inandırıcılığın korumak için iç tutarlılığı uğruna taviz verebileceği ihtimalinin Neo Liberal dönem için geçerli olup olmayacağı belli değildir. Dahası yazılı metinlerin uygulanıp uygulanmayacağı da meçhuldür.

Asıl olan egemen düşüncenin kendi hukukunu yapacağıdır. Bu nedenle hukukun iç tutarlılığına sığınarak içerecek tavizlere güvenererek yürünecek yolun bekleneni vermeyeceği bilinmelidir.

**Ülkemizde 1960 Anayasasıyla şeklen de olsa inşa edilmek istenen Kuvvetler Ayrılığı ve bağlamda yargı bağımsızlığı 12 Mart 1971 ve 12 Eylül 1980 Askeri faşist darbeleriyle toplumsal hayatta yer bulması engellenmiştir. 12 Eylül Anayasa Referandumu ile artık ülkemizde Anglosakson hukukuna evrilme süreci hız kazanmıştır. Yeni Anayasa (toplumsal sözleşme) ile amaçlanan bu sürecin tamamlanmasıdır. Bu sürecin tamamlanması ile ülkemizde devlet yapılanmasındaki çözülme yeni sisteme uygun olarak inşa edilecektir. Yeni inşası öngörülen sistemde bırakın yargının bağımsızlığı diye bir kavramın konuşulmasını, ülkemizin bağımsızlığından bahsetmek dahi mümkün olmayacaktır.**

Bu nedenle;

Tarihsel kazanımlardan vazgeçmeden, öncelikle İktidarın sınırlandırılmasına yönelik talepler oluşturmak ve bunu toplumsal muhalefete aktarabilmek gerekir. Artık çözüm, iktidara ortak olmak isteyecek, mevcut egemenlerden başkaca güçlerin egemenliğe ortak olmaya kalkışması ve bu güçlerin varlığının bağımsız bir yargıyı zorunlu kılabilecek bir güce ulaşmasında yatmaktadır.