



YARGITAY



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ANAYASA ve UYUM YASALARI

13 - 14 Aralık 2002

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI : 50

ANAYASA ve UYUM YASALARI
(13-14 Aralık 2002)
Açık Oturum Tutanakları

ISBN : 975 – 6689 – 27 – 7

Birinci Baskı : Ağustos 2003

TBB Genel Yayın Yönetmeni
Av. Teoman ERGÜL

TBB Kitap Yayın Kurulu
Av. Dilara Ağaoğlu CANAY, Av. Adil Giray ÇELİK,
Av. Şerafettin GÖKALP, Ar. Gör. Orhan TEKİNSOY, Av. Talih UYAR

Kitabı Yayına Hazırlayanlar
Av. Özcan ÇİNE
Av. Aslıhan ÖZDEMİR
Av. Dilara Ağaoğlu CANAY

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Bürosu
Karanfil Sokak 5/58, Kızılay / ANKARA
Tel: 0.312.425 30 11 – 425 36 19 – 418 13 46
Fax : 0.312.418 78 57
e-mail: admin@barobirlik.org.tr
www.barobirlik.org.tr

Dizgi - Baskı : ŞEN MATBAA
Tel : (0.312) 229 64 54 - 230 54 50
Fax : (0.312) 229 64 54 - ANKARA

Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği

<i>Naci ÜNVER</i>	186
2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme <i>Prof. Dr. Feridun YENİSEY</i>	190
<i>Doç. Dr. Osman DOĞRU</i>	210
TARTIŞMA	220

Kollektif Özgürlükler

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu <i>Prof. Dr. Ülkü AZRAK</i>	237
Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar <i>Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ</i>	248
Dernek ve Vakıflar Açısından Kollektif Özgürlükler <i>Av. Suat BALLAR</i>	273
TARTIŞMA	292

Toplumsal İletişim Özgürlükleri ve Kültürel Kimlik Hakkı

Basın ve Görsel İletişim Özgürlükleri <i>Av. Fikret İLKİZ</i>	309
Dil Özgürlüğü ve Kültürel Kimlik Hakkı <i>Doç. Dr. Mithat SANCAR</i>	366
TARTIŞMA	376

Parlamente rejiminde Başkanın Statüsü ve Bakanların Sorumluluğu

<i>Prof. Dr. Mehmet TURHAN</i>	394
<i>Prof. Dr. Süheyl BATUM</i>	404
TARTIŞMA	411

İÇİNDEKİLER

Açış Konuşmaları

Av. Özdemir ÖZOK.....	6
Eraslan ÖZKAYA.....	9

Anayasa,Yasa ve Uygulama

Anayasal Değişikliklerin Anlamı ve Etkisi <i>Prof. Dr. İbrahim Özden KABOĞLU</i>	18
2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme <i>Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU</i>	28
Anayasal Sorunlara Güncel Bakış <i>Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM</i>	49
TARTIŞMA	65

Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi

Gündemden İnmeyen Sorun: Yargı Bağımsızlığı veya Türk Yargı Bağımsızlığının Simgesi Olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Özlener Oluşumu <i>Mehmet Handan SURLU</i>	84
Mahkemelerin Bağımsızlığı Hakimlik ve Savcılık Teminatı <i>Ali EM</i>	93
Yargı Bağımsızlığı <i>Prof. Dr. Nur CENTEL</i>	105
TARTIŞMA	127

Yasama Dokunulmazlığı ve Yasakları

<i>Prof. Dr. Erdener YURTCAN</i>	147
Av. Atila SAV.....	154
TARTIŞMA	162

AÇIŞ KONUŞMALARI

Konuşmacılar:

Av. Özdemir ÖZOK

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Eraslan ÖZKAYA

Yargıtay Başkanı

Avukat

ÖZDEMİR ÖZOK

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sayın konuklar, basınımızın sayın temsilcileri, “Anayasa Değişiklikleri ve Uyum Yasaları” konu başlıklı panelimize hoş geldiniz sizleri saygıyla selamlıyorum.

57. Hükümet döneminde yapılan Anayasa Değişiklikleri ve TBMM’nden güvenoyu alarak göreve başlayan 58. Hükümetin yaptığı ve yapmayı düşündüğü anayasa değişikliklerini ve bu değişiklikler doğrultusunda çıkarılan ya da çıkarılacak uyum yasalarını tartışmak için bu paneli düzenlemiş bulunmaktayız. Amaç ülke gündemini oluşturarak böylesi önemli bir konuda, uygulamacıların, akademisyenlerin görüş ve düşüncelerini tespit ederek yürütme ve yasama organlarına bilgi ve kaynak yaratmaktır.

İktidar partisinin seçim bildirgesi, acil önlem paketi ve hükümet programı incelendiğinde, son derece güzel ve olumlu mesajlar verildiği, özellikle her konunun uzman ve ilgilileriyle diyalog kurulacağı yapılacak her düzenlemede buna titizlikle uyulacağı ve en önemlisi çoğulcu ve katılımcı bir anlayış sergileneceği vurgulanmıştır. Ancak yeni hükümet ve onu oluşturan iktidar çoğunluğu maalesef böylesi bir bilgi edinme gereksinimi duymadan, Anayasanın 76.maddesinin ikinci fıkrasını, 78.maddesinin üçüncü fıkrasını, 67.maddesinin son fıkrasını değiştirmiş ve 78.maddeye beşinci fıkrayı eklemiştir. Yine panel konusunu doğrudan ilgilendirmemekle birlikte, AB Uyum Yasa Paketi adı altında yeni ve son derece önemli bir düzenlemeyi hızlı bir biçimde Meclis’ten geçirme çabalarını da doğru bulmadığımızı belirtmeden geçemeyeceğim.

Panel konusu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi ve düşünceleri sayın konuşmacı ve tartışmacılar sunacaktır. Ben sadece bazı tespit ve değerlendirmelerimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

Ülkemizde 1876-1982 yılları arasında yedi anayasa ve bu anayasalarda yapılan çok sayıdaki değişiklikler, bu konuda anayasa yapma ve yapılanları değiştirme yolunda alışkanlığımızı göstermektedir. Nedenleri ve ayrıntıları üzerinde durulmaksızın salt bu olgunun siyasal gelişme açısından sağlıklı bir durum olmadığını söyleyebiliriz. Türkiye, sürekli anayasa arayışları içinde olmuştur. İstikrarlı bir yönetim ve demokratik yapı için, anayasa yapma ve anayasalardan yakınma alışkanlığımızdan kurtulmamız gereklidir. Sık sık değiştirilen ya da yenileri yapılan anayasalar, ülkemizin siyasal ve toplumsal sorunlarını çözemiyor ise bu sonuçlardan yaptığımız ve yapacağımız anayasaları sorumlu tutmak kolaycı bir tutum olur. Siyasal ve toplumsal sorunların kaynağını sadece anayasalara bağlamak haksızlık olur.

Sorunların başka boyutlarını da incelemek ve irdelemek gereklidir. Ülkemizde 200 yıldır başlatılan aydınlanma ve çağdaşlaşma hareketleri, Atatürk devrimleri ile doruk noktasına varmış, akıl ve bilim yol gösterici rehber olarak kabul edilmiştir. Bu gelişmelere karşın, her alanda başlatılan karşı devrim hareketleri ülkeyi bugünkü olumsuz, içinden çıkılması zor bir döneme getirmiştir. Çözüm, cumhuriyetin değerlerine ve bu değerlerin ifadesini bulduğu demokratik laik sosyal hukuk devletine her zamankinden daha fazla sahip çıkarak, tüm kurum ve kurulları ile işleyen “**hukuk devletini**” gerçekleştirmektir. İşte yapılacak veya yapılması düşünülen anayasalar bu ilkeler doğrultusunda şekillenmelidir. Türkiye Barolar Birliği böylesi bir çalışmayı yapmış ve 25 kişilik bilim adamı ve uygulamacılardan oluşan bir komisyondan yeni ve çağdaş bir anayasa hazırlanmasını rica etmiştir. İlgili komisyonun aylar süren çalışmasından sonra ortaya çıkan yapıt, 12 Eylül 2001 günü kamuoyuna sunulmuştur.

Türkiye Barolar Birliği gerçekteşirdiği bu bilimsel etkinlik ve toplantıları düzenlemeye devam edecektir. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Sayın Başkanlarının görüşlerini aldıktan sonra, her üç yüksek mahkememizi ilgilendiren önemli hukuki konularda kapsamlı toplantı ve etkinlikler düzenlenecektir. Örneğin Yargıtay'la ilgili olarak ceza ve hukuk dairelerinin görevine giren konuları, birinci hukuk ve birinci ceza dairelerinden başlayarak bir gün ya da iki gün uzmanlarıyla tartıştıarak çıkan sonuçları bastırmak suretiyle hukukçuların yararlanmasına sunmayı amaçlıyoruz.

Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum, panelin düzenlenmesinde bize destek ve katkı veren Sayın Yargıtay Başkanımıza, ayrıca yönetici, konuşmacı, tartışmacı ve dinleyici olarak bizleri onurlandıran tüm katılımcılara saygılarımı sunuyorum.

ERASLAN ÖZKAYA

Yargıtay Başkanı

Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanı, Sayın Danıştay Başkanı, Sayın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, Değerli bilim adamları, saygıdeğer konuklar, sevgili meslektaşlarım, yazılı ve görsel basının seçkin temsilcileri,

Panelimize iştirak edip onurlandırdığınız, değer ve anlam kattığınız için hepinize teşekkürlerimi sevgi ve saygılarımı sunarım.

Değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım,

Küreselleşme, teknoloji, iletişim ve ulaşımındaki baş döndürücü gelişme dünyayı küçültmekte, kişilerin ve toplumların birbirlerini daha çok etkilemesine yok açmakta, bunun doğal sonucu olarak da hukuk hızla ulusal boyutlarını aşarak birleşmeye, bütünleşmeye doğru yol almaktadır. Ayrıca toplumun değer ölçüleri değişmekte, kişinin rahatı, huzuru ve refahı temel hak ve özgürlükleri ön plana çıkıp mutlaka gerçekleşmesi gereken bir amaç haline gelmektedir. Özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı demokratik bir yaşam ve yönetim biçiminin gerçekleştirilmesinde artık uluslararası örgütler ve kuruluşlar etkin rol oynamakta, evrensel kuralların takipçisi ve koruyucusu görevini üstlenmektedirler. Ayrıca içeriğini insanın temel hak ve özgürlükleri oluşturan çok taraflı uluslararası anlaşmalarla insan hakları kavramı ulusal devlet kimliğini zorlamaktadır.

İşte ayrı kalınması mümkün olmayan böyle bir dünyanın en sorunlu bölgesinde ve kendi içerisinde pek çok sorunlarla karşı karşıya bulunan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin çağın gidişine ayak uydurması, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olarak toplumun huzur ve refahını bireylerin çağdaş ölçütlere uygun hak ve özgürlüklerini sağlamak yönünde gerekli önlemleri atması ve yasal düzenlemeleri

yapması gerekmektedir. Öte yandan kalkınmasını bir an önce tamamlayarak çağdaş medeniyetler seviyesine ulaşmak için uluslararası örgütler ve birlikler içerisinde yer almak zorunluluğu ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarında devrimci, atılımcı, ilerici bir anlayışla hazırlanan veya iktibas edilen yasalar geçen uzun zaman süreci içerisinde sosyal, ekonomik ve siyasal koşullardaki değişikliklere paralel değiştirilip yenilenememiş kimi yasalarımız evrensel ölçütlere, toplumun gereksinmelerine ve gelişmelerine cevap veremez duruma gelmiş, değiştirilen veya yeniden kabul edilen kimi yasalar ise yetersiz ve yüzeysel kalmışlardır.

1982 Anayasası yapılan pekçok değişikliklere rağmen insancıl değerler temel hak ve özgürlükler, yargı bağımsızlığı, demokratik hukuk devletinin gereği olan özerk kurum ve kuruluşlar yönünden yeniden ele alınıp kendi içerisinde tutarlı değişiklikleri gerektirmektedir.

Demokratik hukuk devletinin evrensel normlarını bünyesinde toplayan "devlet insan içindir" felsefesinden hareketle devlete değil, insana öncelik veren temel hak ve özgürlükleri teminat altına alan çağdaş ve sivil bir anayasa emelimiz ve rüyamızdır. Bu gerçekleşmese dahi mevcut anayasa bünyesinde demokratik Türkiye Cumhuriyeti'nin dayandığı ilkeleri özellikle temel taşı olan laiklik ilkesini zedelemeyen gerekli değişikliklerin bu doğrultuda biran önce gerçekleştirilmesi demokratik, çağdaş bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan kuvvetler ayrılığı ve denkliği ilkesinin gereği olan yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesini ortadan kaldıran Anayasamız'ın 140. maddesinin 6. fıkrası ile 144 ve 159. madde hükümlerinin en kısa zamanda değiştirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca hızla değişen siyasal, ekonomik, sosyal ve teknolojik koşullar karşısında toplumun gereksinmelerini artık karşılayamayacak duruma gelen temel yasaların yenilenmesi ve değiştirilmesi ivedi sorunlar olarak sırada beklemektedir.

Ağustos ayından itibaren gerek geçen yasama döneminde gerekse şimdiki yasama döneminde uyum yasaları bağılığı altında pekçok önemli yasa kabul edilmiştir. Bu yasaların pek çoğu demokratik hukuk devletine yakışan ve çıkarılması gereken yasalardır. Ne var ki, geçen uzun yılların aksine son zamanlarda yasaların çıkarılmasında gösterilen acelecilik ve çabukluk birtakım kuşku ve endişeleri beraberinde getirmektedir. Yürürlüğe konulan kimi yasaların kabulünden önce toplumun gereksinimi ve isteği yönünde yeterli ve gerekli araştırma yapılmasına karşın kimileri yönünden bu araştırma ve hazırlığın tam olarak yapıldığını söyleyebilme olanağı yoktur. Oysa bu yasaların topluma mal edilmesi ilgili kurum ve kuruluşlardan istek ve görüşlerinin sorulup yeterince tartışılması gerekmektedir.

Anayasa'da ve birçok öteki yasalarda değişiklik yapılması yasama meclisinin gündemine girmiştir. Yasa yapmak elbette yasama meclisinin görevidir ancak, çoğulcu, katılımcı, özgürlükçü, demokratik ülkelerde yasaların hazırlanmasında fertlerin demokratik kurum ve kuruluşların, sivil toplum örgütlerinin toplumun gereksinmelerine en uygun ve en doğru yasaların çıkarılmasında çok önemli katkılarının olabileceği, hatta bu hususta zorunluluk bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

İşte bu amaçla Türkiye Barolar Birliği'nin "Anayasa ve Uyum Yasaları" başlığı altında güncel ve çok önemli konularda Yargıtayımız'ın katkılarıyla düzenlediği bu panelin yasama ve yürütme erki başta olmak üzere tüm topluma ışık tutacağı kuşkusuzdur. Bu panelde seçkin bilim adamları ve uygulayıcılar gündemdeki konuları derinliğine inceleyip tartışacak, değerli görüşlerini açıklayacaklardır. Umarım hep birlikte çok yararlı ve somut sonuçlara ulaşacağız. Bu nedenle Türkiye Barolar Birliği'nin değerli başkanına ve bu panelin hazırlanmasında emeği geçen tüm arkadaşlarıma değerli bilgi ve birikimlerini sunacak konuşmacı ve katılımcılara şükranlarımı ve teşekkürlerimi sunmaktan büyük bir zevk duymaktayım. Dileğim bu tür iyi hazırlanmış panel, sempozyum ve açık oturumların daha sık düzenlenmesidir.

Özlenen ve beklenen yapısal reformlarla birlikte hukuk ve yargı reformunun gerçekleştirilmesi için yasama meclisinin yapısı ve konumu çok elverişli durumdadır. Bilim adamları ve uygulayıcılar olarak izninizle şu hususu kamuoyuna duyurmak istiyorum. Yüce Atatürk'ün ilke ve inkılapları, laik düzen doğrultusunda idari, adli ve hukuk reformunun gerçekleştirilmesine yönelik bizlere düşen görevi eksiksiz olarak yerine getirmeye hazırız.

Panelimizin başarılı geçmesi ve amacına ulaşması temennisi ile hepimizi sevgi ve saygılarımla selamlıyorum.

BİRİNCİ OTURUM

ANAYASA, YASA VE UYGULAMA

OTURUM BAŞKANI:

Mustafa BUMİN

Anayasa Mahkemesi Başkanı

BİLDİRİLER:

Anayasal Değişikliklerin Anlamı ve Etkisi

Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU

Marmara Üniversitesi, TBB İnsan Hakları

Araştırma ve Uygulama Merkezi

2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU

Çalatasaray Üniversitesi H.F.

Anayasal Sorunlara Güncel Bakış

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM

Yıldız Teknik Üniversitesi İ.İ.B.F.

Sunucu

Av. ŞAHİN MENGÜ

Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri

Değerli konuklar, başkanlığını Anayasa Mahkemesi Sayın Başkanı Mustafa Bumin'in yapacağı, konuşmacı olarak Sayın Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu, Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu ve Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ın katılacakları, konusu "Anayasa, Yasa ve Uygulama" olan birinci oturuma başlıyoruz.

Sayın Başkan ve konuşmacıları davet ediyorum, buyurun efendim.

OTURUM BAŞKANI

Mustafa BUMİN

Sayın meslektaşlarım, değerli konuklar ve basının güzide mensupları; bildiğimiz gibi Barolar Birliği Başkanlığı, hukuk alanından seçmek suretiyle her yıl güncel konuları, önemli tartışmaların yapılmasına olanak veren çalışmalarını sürdürmektedir. Hatta, geçmişte yaptığı bu çalışmaları kitap haline dönüŐtürmek suretiyle, bütün hukukçuların yararlanabileceği eser oluŐturmakta ve bunlar gerektiğinde başvurmak üzere kütüphanelerimizde yerini almaktadır.

Sayın Özdemir Özok'un da ifade ettiği gibi, Birlik olarak her zaman her konuda Anayasa Mahkemesi'ne, Yargıtay ve Danıştay'a, hukuk alanında yapılacak olan çalışmalar konusunda asistanlık yapma arzularını, bu konuya ilişkin finans giderlerini karşılayabileceklerini ifade etmişlerdir. Ben kendi mahkemem adına, bu tutumlarından dolayı kendilerine teşekkür ediyorum.

Bu yıl da, içinde bulunduğumuz günlerde en güncel olan konu, yine anayasa değişikliklerine ilişkin düzenlemeler ve daha önce yapılan anayasa değişikliği nedeniyle yapılması gereken uyum yasalarına ilişkin çalıŐmalardır. Bütün meslektaşlarım ve değerli konukların bildiği gibi, 1982 Anayasası biraz da kabul edildiği günlerin Şartlarını taşıyan ve her vesileyle burada yıllarca gelip adli yıl aılıŐlarında Yargıtay başkanlarının ve Barolar Birliği başkanlarının, Anayasa Mahkemesi başkanlarının Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yıldönümü olan 25 Nisan'da yaptıkları konuşmalarda, Danıştay başkanlarının Danıştay'ın kuruluş yıldönümü olan 10 Mayıs'ta yaptığı konuşmalarda, 1982 Anayasası'nın değiştirilmesi

gereken, günümüze ve çağımıza uyulması gereken maddeleri birçok kere dile getirilmişti. Hatta, kimi başkanların bunu çok daha vurgulayıcı biçimde, toplumda "şok etkisi" demesem bile, önemli biçimde etki yapabilecek ifadeler kullanmak suretiyle dile getirdikleri malumunuzdur. Gerçekten 1982 Anayasasının, 1995 yılında ve 2001 yılında kimi maddelerinin değiştirilmiş olmasına rağmen, yine de değiştirilmesi gereken daha pek çok maddelerinin bulunduğu hepimizin malumudur. Bunların önemlisi, şüphesiz ki 2001 yılında ekim ayı itibarıyla yürürlüğe giren Anayasa değişikliğidir ve orada küçümsenmeyecek, bana göre çok olumlu sayılabilecek önemli değişiklikler yapılmıştır. Her ne kadar, değiştirilmesi düşünülen kimi maddelerin Meclis'ten geçmemesini, ben kendi adıma bazıları bakımından olumlu bulmuyorsam da, değiştirilen maddeler gerçekten çağdaşlaşma konusunda, insan hak ve özgürlüklerinin ilerlemesi konusunda çok önemli katkılarda ve ilerlemelerde bulunacak maddelerdir.

Değerli konuşmacılarımız şüphesiz ki bu konuda düşüncelerini ve bundan sonra yapılması gereken anayasa değişikliklerine ilişkin önemli görüşlerini açıklayacaklardır, kendilerini büyük bir zevkle dinleyeceğim. Umarım ki, bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkacak bildirimler, başta Adalet Bakanlığı olmak üzere, Parlamento ve İktidar Partisi, hatta Muhalefet Partisi tarafından gereği gibi değerlendirilir. Çünkü, biliyoruz ki bu konuda her zaman aynı duyarlılık gösterilmemektedir. İktidar partileri, çoğu kez gösterişte ya da şeklen öyle görünmekle beraber, uygulayıcıların ya da teorisyenlerin görüşlerini alma gibi bir eğilime girme kararlılığını pek göstermektedirler. Oysa gönül ister ki, uygulayıcı yargı organlarının mutlaka görüşleri alınmalı, elbette başta öğretim üyeleri olmak üzere bu konudaki düşünürlerin görüşlerine de önemli bir miktarda yer verilmelidir.

Sizlerin vaktinizi almamak için, izin verirsiniz konuşmacıları takdim etmek istiyorum. Bu Oturumun konuşmacıları Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu, Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu ve Prof. Dr. Fazıl Sağlam'dır.

Bendeki sıraya göre ilk konuşmacı Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu'dur. Oturumun birinci konuşmacısı olan İbrahim Kaboğlu'nun özgeçmişini kısaca bilgilerinize sunmak istiyorum:

Sayın Kaboğlu, 1950 Artvin doğumlu olup, halen Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanıdır. Konuk öğretim üyesi olarak Fransa'nın **Limoges**, **René Descartes (Paris V) Vale de Marne (Paris XII)** Üniversiteleri'nde düzenli olarak ders vermektedir. İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesinin, hâkim ve savcıların İnsan Hakları Formasyonu programının sorumlu üyesidir. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin başkanlığını yapmaktadır. Yayınlanmış başlıca eserleri şunlardır: "Kollektif Özgürlükler", "Çevre Hakkı", "Özgürlükler Hukuku", "Anayasa Yargısı", "Anayasa ve Toplum". Yönetimi altında yayınlanan kitaplar ise şunlardır; "Bağımsız İdari Otoriteler", "Laiklik ve Demokrasi", "Kopenhag Kriterleri" ve "Azınlık Hakları".

Sayın Kaboğlu'nun konuşma konusu "Anayasa Değişikliklerinin Anlamı ve Etkisi." Buyurun Sayın Kaboğlu, sizi dinliyoruz.

ANAYASAL DEĞİŞİKLİKLERİN ANLAMI VE ETKİSİ

Prof. Dr. İBRAHİM ÖZDEN KABOĞLU

"Anayasaları seviyorum. Her anayasa, aynı zamanda bir siyasal araç, bir hukukî mimarlık, tarihî bir an ve bir edebî eserdir"¹. Bu sözler, R. BADINTER'e ait. Yazar, bir sanat eserinden aldığı zevki, bir anayasa metninden de aldığını teyid etmek için, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin Başlangıç kısmının ilk cümlesini ve Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın ilk cümlesini aktarmaktadır:

"Fransız halkının Millî Meclis halinde toplanan temsilcileri, insan haklarının bilinmemesinin, unutulmasının, küçümsenmesinin, kamunun (insanların) başına gelen her türlü zarar ve felaketin ve hükümetlerin bozulup baştan çıkmasının en önde gelen sebepleri olduğu görüşünden hareketle, doğal, devredilmez, vazgeçilmez ve kutsal haklarını resmî ve alenî bir bildiri ile açıklamaya karar vermişlerdir".

"Biz Birleşik Devletler halkı, daha mükemmel bir Birlik yaratmak, adaleti sağlamak, ülke içinde huzuru güvence altına almak, ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini kendimize ve gelecek kuşaklara sağlamak için bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı takdir ve tesis ediyoruz".

Bu güzel formüllerle başlayan metinler üstünlüklerini sonradan kazanacaklardır. Bununla birlikte aktarılan girişler, daha baştan söz konusu metinlerin herkesçe kabul görür birer uzlaşma belgesi olarak,

¹ BADINTER, Robert, *Une constitution européenne*, Fayard, Paris, 2002, p. 9.

üstün, kalıcı ve klasik temel normlar şeklinde ortaya konduklarını teyid etmektedir.

Amerikalılar, bir kez anayasa yaptılar ve 25 kez değiştirdiler. Fransızlar, 13 kez anayasa yaptılar ve sayısız değişiklikleri gerçekleştirdiler. Bizler ise, 5 anayasa yaptık ve de sayısız değişiklik.

Normlar Hiyerarşisi ve Anayasanın Üstünlüğü

Normlar hiyerarşisi kuramının babası sayılan Hans KELSEN, yüz yıl kadar önce, temel norm olarak anayasanın ancak normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alarak bu özelliğini taşıyabileceğini, ama aynı zamanda alt sıralarda yer alan aykırı öğelerin sistem dışına çıkarılması gerektiğini öne sürmekte idi. Eğer aykırı bir norm sistemden ayıklanmaz ise, mevcut normlar hiyerarşisi sistemi çökebilirdi. Şu halde, burada anayasanın temel ve üstün norm olma özelliği, hem onu yapma ve değiştirme tarzından, hem de alt düzeylerde yer alan normların ona uygun hale getirilme özelliğinden kaynaklanmaktadır. Ekleyelim ki, hukuk devleti ancak normlar hiyerarşisi sisteminde geçerlilik kazanabilir.

DEL VECCHIO, "*hukuku, toplumsal bünyenin omurgası*" olarak niteler². Bu tanımlı hareket noktası olarak alan günümüz Fransız anayasacı Prof. E. OLIVA, "*Anayasa hukuku, hukukun omuriliğini kurar*" der³.

Günümüzde anayasa hukuku, kaplayıcı bir özellik almış bulunmaktadır. Başta, bütün devleti ve toplumu kaplayan bir hukuk dalıdır. Yani ülke, insan ve devlet, anayasa tarafından düzenlenmektedir. Hatta, devletin üstünde bir ulusal-üstü anayasa hukuku ortaya çıkmış bulunmaktadır. Dahası, bir uluslararası anayasa hukukundan bile söz edilebilir. Bütün bunlar, iki olguyu beraberinde getirir. Birincisi, anayasa hukuku sadece belli bir ülkede yürürlükte bulunan anayasadan hareketle öğretilemez ve kuşkusuz anlaşılabilir. Bu nedenle,

2 DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, 1953, p. 273 (Akt. OLIVA, E., *Constitution Libertés*, Domat, Paris, 1998, p. 1).

3 OLIVA, a.g.e., p. 1.

karşılaştırmalı anayasa hukuku yaklaşımı, bir gereklilik olarak kaydedilebilir. İkincisi, anayasa hukuku artık bir kamu hukuku dalı şeklinde indirgeyici bir tanıma hapsolünamaz. Kamu hukuku-özel hukuk ayrımında kamu hukuku niteliği öne çıkıyor olmakla birlikte, her iki hukuk dalını yönlendirici, şekillendirici ve değiştirici özelliği itibariyle anayasa hukuku, söz konusu klasik ayrımın üstünde yer almaktadır⁴.

Kuşkusuz, bizim üzerinde duracağımız ülke, Türkiye'dir. Acaba yeni anayasal gelişmeler, bu genel veriler ışığında hangi özelliklere sahiptir?

Anayasa Değişikliği ve Normların Oluşum Süreci

Bir normu, toplumsal aşama ve hukukileşme aşaması olmak üzere başlıca iki evrede gerçekleştirir. Norma anlamını veren özellik ise, onun uygulamaya konması, yani etkili kılınmasıdır. Böylece, normun oluşum sürecine üçüncü bir halka eklenmiş olmaktadır.

Her hukuk kuralı, toplumsal dayanağını insan gereksinimlerinden, toplum içerisindeki çatışma ve çelişkilerden alır. **Birinci aşamada**, farklı toplumsal kesimlerin etkinlikleri önem taşır. İlgili örgütler, konuya duyarlı yurttaşlar, hukukçular, gereksinimleri ortaya çıkarır ve bunları taleplere dönüştürürler. Burada, bilgilenme ve katılım süreci belirleyici bir yere sahiptir. Bu bakımdan, örneğin 2001 Anayasa değişikliğinin genel gerekçesi, toplumsal beklentileri buna ulusal-üstü etkileri de ekleyerek şöyle yansıtmaktadır:

"1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasî açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasî kriterlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasa'da bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır.

4 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) için de, aynı özellik söz konusu değil midir? İHAS, hukukî değişimin ve XX. yüzyılın ikinci yansının en güçlü hukuksal etkinliklerin dönüşüme uğramasının çok önemli faktörlerinden biri oldu. Bu özelliğiyle, "kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki arkaik ayrımı silmeye katkıda bulundu". MARGUENAUD, J. P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 2e edition, Dalloz, 2002, p. 2.

*Bu teklif, toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek ağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plâna çıkaran bir Anayasa değişikliğini hedeflemektedir*⁵.

Ekleyelim ki, toplumsal aktörlerin değişiklik öncesindeki beklentileri ve birikimleri, değişiklik sürecinde yeterli bir etkiye sahip olamamıştır.

İkinci aşama, anayasayı değiştiren türev kurucu iktidarın yaptığı çalışmalardan oluşmaktadır. Bu aşamada da, yasama organında oylama yapılmadan önce görüşmeler ve tartışmalar yoluyla ilgili metinlerin olgunlaştırılması esastır.

"2001 Anayasa değişiklikleri sürecinde Uzlaşma Komisyonu ve Anayasa Komisyonu alışmaları sırasında, AB'ye adaylığın belirleyici olduğu belirtilmişti. Hükümet, daha doğrusu Başbakan ve iki başbakan yardımcısı olmak üzere, iktidarın ortağı üç parti önderinin iradesi, komisyon çalışmaları için yönlendirici oldu⁶, öte yandan komisyonlar, uzmanların görüşlerinden çok, bürokratların özellikle Kopenhag siyasi kriterleri ışığında hazırladıkları raporları esas almışlardır. Tartışmalarda bunlara daha çok yollama yapılmıştır. Uzmanlardan esinlenilmiş ise de, bunların etkisi belirgin değildir. Daha genel olarak, kamuoyunda yapılan tartışmalar ve sivil toplum örgütlerinin konuya ilişkin hazırlık alışmaları, Komisyon görüşmelerinde belirgin bir yer tutmamaktadır.

24.09.2001 ve 3.10.2001 tarihleri arasında Parlâmento'da yapılan konuşma ve tartışmalar adeta 'ısmarlama' bir değişiklik çalışmasını sürekli hissettirmiş; bu haliyle Meclis, türev kurucu iktidardan çok, sanki bir 'istisna akdi'ni gecikmeksizin yerine getirme endişesinde olan kurum görüntüsünü yansıtmıştır.

Öte yandan, toplumun değişik kesimlerinde yapılan tartışmalar ve önerilerin 'duyulmayışı' veya dikkate alınmayışı da, Anayasa'nın bir

5 TBMM Tutanak Dergisi, 131 inci Birleşim (Olağanüstü), 24.09.2001, C. 70, S. Sayısı: 737, s. 5.

6 Bu bakımdan, Komisyon'da gerçek bir tartışma ortamının oluştuğunu öne sürmek biraz zordur.

'toplumsal uzlaşma belgesi' olarak algılanmamakta olduğunu ortaya koymuştur"⁷.

Bu gözlemler ışığında, 1982 Anayasası üzerinde yapılan değişiklikler içerisinde en kapsamlısı olma özelliğini taşıyan 2001 revizyonunun, izlenen usûl ve tarz açısından "anayasa etiği ve estetiği"ne uygun düşmediği açıktır.

Anayasa Değişikliklerinin Etkisi

Anayasa değişikliği sürecinde birinci ve ikinci halkalarda görülen aksaklıklar, değişikliklerin uygulamaya geçirilmesi aşamasında da kendini hissettirmiştir. Bir kez, değişiklik sonrası, yasama faaliyetlerinde üstün norm olarak Anayasa'nın uyulması zorunlu bir ölçüt olma özelliği adeta unutulmuştur. Bugüne kadar hazırlanan ve bugünlerde hazırlanmakta olan "uyum yasaları", gözlemimizi doğrulamaktadır.

"*Bunların hazırlık çalışmaları ve Parlâmento'da çoğunluğu oluşturan iktidar ortağı partiler arasında yapılan müzakerelerde öne çıkan başlıca ölçüt, AB'ye adaylık için aranan koşullar oldu.*

Öyle ki, bu süreçte Anayasa adeta unutuldu; AB'ye üyelik için siyasi kriterleri yansıtan Katılım Ortaklığı Belgesi (KOB) 'ölçü norm' haline getirildi"⁸.

TBMM'nin kurulu iktidar olarak bu yaklaşımı ile, aynı Meclis'in türev kurucu iktidar sıfatıyla egemenlik anlayışı arasında tam bir çelişki bulunduğu da öne sürülebilir:

"Anayasa değişikliği önerisinde 90. maddeye eklenen 'kanunlar ile milletlerarası anlaşmaların çatışması halinde milletlerarası anlaşmalar esas alınır' şeklindeki hüküm, egemenliğin devri anlamında yorumlandığı için, Meclis Genel Kurulu'nda reddedildi. Uluslararası bir sözleşmeye yasa karşısında üstünlük tanımayan böyle bir egemenlik anlayışı, gündeme 'uyum yasaları' geldiği zaman Anayasa'yı da unutarak KOB'u başlıca ölçüt olarak aldı. Oysa, ne 90. maddeye söz konusu ekleme ulusal egemenliğin

7 KABOĞLU, İ. Ö., "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", *Anayasa Yargısı*, No. 19, AYM Yay., Ankara, 2002, ss. 108-109.

8 KABOĞLU, a.g.m., s. 110.

devri anlamına geliyordu, ne de uyum yasaları ile izlenen yol ve yöntem egemenlik kavramıyla bağdaşmaktadır. Çünkü, anayasa 'üstün norm' olma özelliğini korumaktadır. İşte bu çelişkili durum, bir tür 'egemenlik sendromu' yaratmaktadır"⁹.

Egemenlik konusunda takınılan aşırı ulusalcı yaklaşım ile Kopenhag Kriterlerini tamamlamak için son dakikaya kadar gösterilen sürekli çaba, yukarıdaki gözlemin, bu bildirim hazırladığı tarih olarak 12.12.2002 de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasa değişikliklerinin etkisini, muhatap üç devlet organı açısından ele alacak olursak, bunları yasama, yargı ve yürütme olarak sıralayabiliriz.

Yasamanın tavrı, biraz önce belirtildiği gibi, Anayasa yerine AB beklentisi göz önüne alınarak en azını yerine getirme şeklinde oldu. 6 Şubat, 26 Mart ve 3 Ağustos 2002 tarihlerinde oylanan yasaların ortak özellikleri, kısaca şunlardır:

- Kısmi değişiklikler,
- Birinden diğerine çelişkili hükümler,
- Parlâmento dışı aktörlerin katkısının sağlanmaması.

Uyum yasaları konusunda izlenen yol ve usul, Anayasa değişikliği sırasında izlenen yol ve yöntemle benzerlik göstermekte, yasa yapım sürecinin gerekli kıldığı aşamalardan sadece Parlâmento'da yapılan oylama gerekliliğine uyulmuş olmaktadır. Bu da, kimi zaman çok ürkek bir tavırla ve hızlı biçimde yapılarak sadece bir normu koymak için gerekli asgari usûl ve şekil şartlarıyla yetinilerek gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle, Anayasa değişiklikleri ile bunlara uygun düşen yasalar arasındaki "*uyumsuzluk*", günümüzde de devam etmektedir.

Yargı organlarının tavrına gelince; bu konuda ilk akla gelen yüksek yargı organı Anayasa Mahkemesi'dir ve kuşkusuz geçici md. 15/3'ün yürürlükten kaldırılmasıyla en ağır yük Anayasa Mahkemesi'ne düşmektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri uzun

9 KABOĞLU, a.g.m., ss. 110-111.

döneme yayılmaktadır. Gerçekten, Parlâmento'ya bir üstün normun varlığını hatırlatacak başlıca kurum, anayasa yargısıdır¹⁰. Diğer yargı organlarına gelince; hemen belirtelim ki, Anayasa'nın tek muhatabı anayasa yargısı değildir. Bütün mahkemeler, aynı zamanda anayasal normların muhatabıdır. Anayasa'nın 11, 137, 138 ve 152. maddeleri, bunun doğrudan kaynağını oluşturmaktadır. Hatta, mahkeme olarak konuyu sav, savunma ve karar üçlüsünde düşündüğümüz zaman, anayasa değişikliklerinin doğrudan muhatabının, yargıçlar yanında savcılar ve avukatlar olduğunu da söyleyebiliriz. Ne var ki, yargı organları, Anayasa değişikliğinden sonra bir yıldan fazla bir zaman geçmiş olmasına karşılık, elverişli anayasal normları doğrudan uygulama ya da anayasal normla açıkça çatışan yasaları ihmal etme yönünde istikrarlı bir içtihat oluşturabilmiş değillerdir. Kuşkusuz, yargıçların reformlar karşısındaki tavrı, yasal düzenlemeler bakımından da etkilidir. Gerçekten, yeni düzenlemeler konusunda yürütme organına ve idarî makamlara yön verebilecek olan, yargı organlarıdır¹¹.

Yürütme ve idare organlarının tavrına gelince; yapılan reformlar konusunda öncülüğü Hükümet yapmış olsa da, bunların düzenleyici ya da birel işlemlerle etkili bir biçimde uygulamaya geçirilmesi konusunda açık, sürekli ve kararlı bir irade ortaya çıkamamıştır¹². Anayasal ve yasal reformların uygulamaya konmasında esas görev idarî organlara düştüğü

10 Dahası, Anayasa Mahkemesi'ne "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık denetim" yetkisinin de tanınması gerekmektedir. Bu konuda Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi şu hükmü öngörmektedir: "Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının istemi üzerine, yasama organının Anayasa hükümlerinin uygulanması için zorunlu yasal düzenlemeleri yapmayarak anayasal gereği yerine getirmediğini takdir eder ve doğrular" (md. 166, f. 1). Türkiye Cumhuriyeti Anayasa önerisi, Türkiye Barolar Birliği Yay., 2. Basım, Ankara 2001, ss. 99-100.

11 Normun hazırlık sürecine yargı organlarının da katılması, hem Anayasal kurumlar arasındaki işbirliği, hem de uygulanması sırasında normların etkililiği bakımından önem taşımaktadır. Yargıçların ve özellikle Danıştay'ın bu sürece katılması, devlet organları arasında ortaya çıkan siyasal gerilimlerin hukuk yoluyla önlenmesi yönünde de bir katkı sağlayabilir.

12 Örneğin, Anayasa'nın 23. maddesinde yapılan değişiklikte, yurt dışına çıkışta "ülkenin ekonomik durumu" kaydı Anayasa'dan çıkarıldığı halde, bu konuda daha önce yürürlüğe konulmuş olan KHK'ya dokunulmadığından, "Anayasa'nın sürekli ihlâli"nden söz etmek mümkündür.

halde, bu konuda "bürokrasi direnişi"nden söz etmek, abartılı olmasa gerekir. Kamu yönetiminde bulunan yetkili ve görevlilerin bu tavrında yasama, yargı ve yürütme organlarının belirtilen yaklaşımları etkili olmuştur. Ancak, burada asıl belirleyici olan, zihniyet sorunudur. Bu, "özgürlük korkusu"ndan ya da insan haklarının bir özgürlük olmaktan çok bir "güvenlik sorunu" olarak algılanıyor olmasından kaynaklanabilir.

Kuşkusuz, reformların hazırlık sürecinde en çok bürokratlar "hazır"(!) bulunmuşlardır. Ne var ki bu çerçevede önemli bir kopukluğa işaret etmekte yarar var. Ülkemizde son iki yılda, değişik düzeylerde birçok insan hakları birimi oluşturulmuştur. İnsan haklarına ilişkin normların hazırlık aşamasında, bürokratlarla birlikte insan hakları danışma kurulları da devreye sokulsaydı, hem yeni düzenlemeler daha yetkin bir biçimde gerçekleştirilebilirdi, hem de uygulamaya konmadan önce İdarece konunun özümsemesi kolaylaşabilirdi¹³.

Söylem ve Eylem Ayrışması

Anayasa değişiklikleri, uyum yasaları ve alt-düzenlemeler konusunda ilgililerin ortaklaşa olarak dile getirdikleri söylem şu oldu: "Reformlar, Avrupa Birliği için değil, bizim insanımızın gereksinimi için yapılmaktadır".

Bununla birlikte, reformların gerçekleştiriliş tarzında, daha çok Avrupa Birliği'ne kısa zamanda belli bir şekilde yanıt verme telâşı baskın geldi. Çoğu zaman, gereksinimlerde öncelikler tam olarak belirlenemedi ya da bunlar uygulamaya geçirilemedi. Kısacası, gereksinimlerin gereği yerine getirilemedi.

Öte yandan, Anayasa değişikliklerinde "kişisel çekişmeler ya da gereksinimler" in öne geçtiği de oldu. Örneğin, sonu getirilemeyen yedinci Anayasa değişikliği paketinde zaman zaman toplanan Anayasa Komisyonu'nun başlıca gündem maddesini, Cumhurbaşkanı'nın statüsü ve görev süresi oluşturdu. Bugünlerde yürütülen Anayasa değişikliği çalışmaları ise, kişilere yönelik (Başbakan adayı) sorunların çözümü

13 Örneğin, 2001 yılında oluşturulan İnsan Hakları Danışma Kurulu, henüz toplantıya bile çağırılmamıştır.

üzerinde yoğunlaştı. Bu çerçevede, 67. maddenin son fıkrasına 2001 değişikliği ile eklenen, "*Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz*" şeklindeki hüküm için, şu geçici madde yazıldı: bu hüküm, "*4709 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ilk genel seçimde uygulanmaz*".

İlk genel seçimler yapıldı ve bu geçici hüküm de "*hükümünü icra etti*". Bununla birlikte, gündemde olan Anayasa değişikliği paketinde, söz konusu ek fıkranın bundan sonra yapılacak seçimlerde de uygulanmayacağı yönünde bir ekleme yapılması öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, sadece kişiye yönelik düzenleme değil, aynı zamanda Anayasa'nın başta değinilen özelliklerine de tamamen yabancı "*oymamalar*" gündemdedir.

Hangi Anayasa?

BADINTER'in, "*Anayasaları seviyorum*" cümlesiyle başlayan satırlarını anımsayalım. Bu sevgiyi duyan kişi, 1982 Anayasası ve onu bir tür "*yaz-boz tahtası*"na çeviren değişiklikleri görseydi, acaba ne derdi? "*Ben görmedim, görüşümden vazgeçtim*" (I. yanıt). "*Hayır, ben o metni kastetmedim*" (II. yanıt).

Ya sizler, sayın politikacılar ve hukukçular? Hangi görüşü savunurdunuz? Anayasa'yi bir "*sanat eseri*" olarak mı görmek istersiniz, yoksa bir "*kışla tüzüğü*"nden bile daha az istikrarlı bir metin olarak mı? Eğer yanıtınız bu ikincisi yönünde ise, söyleyecek sözüm yok. Yok eğer birincisi diyorsanız, öncelikle bir hukuk kültürü ve anayasa kültürü yaratmak için, hep birlikte hepimize önemli görevler düştüğünü unutmayın.

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI

Teşekkür ediyorum Sayın Kaboğlu.

İkinci konuşmacı olan değerli öğretim üyesi arkadaşımızın özgeçmişini takdim ediyorum.

Sayın konuklarımız, ikinci konuşmacımız Sayın Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu'dur. Konuşma konusu "2001 Değişikliğinin Ana Eksenleri"

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, 1956 yılında Kastamonu'nda doğdu. 1973 yılında girdiği İstanbul Üniversitesi'nden Haziran 1977 yılında mezun oldu. Eylül 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Anayasa Kürsüsü'ne asistan olarak girdi ve aynı yıl doktora başladı. Kasım 1986'da "Parlamentar Rejimlerde ve Türkiye Yürütme Kuvveti" konulu doktora teziyle, hukuk doktoru unvanını kazandı. Mayıs 1987'de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı'nda yardımcı doçent, Ekim 1991'de hazırlamış olduğu "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku" konulu doçent teziyle de Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalında üniversite doçenti unvanı kazandı. Aralık 1996'da "1982 Anayasası ve Anayasası Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi" konulu profesörlük takdim tezi ve diğer yayınlarıyla, İstanbul Üniversitesi'nde profesörlüğe yükseltildi. Şubat 2001'de Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne geçti, İstanbul Üniversitesi ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakülteleri'nde dekan yardımcılığı ve yönetim kurulu üyeliği görevleri yaptı. Halen Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dekan yardımcısı ve Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı'nda Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır. Anayasa hukuku alanında kitapları ve pek çok sayıda makaleleri olan Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu evli ve 1 çocuk sahibidir.

Sayın Yüzbaşıoğlu sizi dinliyoruz.

2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÜZERİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. NECMİ YÜZBAŞIOĞLU

2001 Anayasa değişikliği bugüne kadar 1982 Anayasası'nda yapılan altıncı ve en kapsamlı değişiklik paketidir. Daha önce yapılan değişikliklerde 1987'de üç madde ve bir geçici maddede; 1993'te bir maddede; 1995'te Başlangıç ve 15 maddede, 1999'da önce bir maddede daha sonra üç maddede değişiklik yapılmıştı. 3 Ekim 2001'de kabul edilip 17 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"la yapılan 2001 değişiklik paketinde ise 1982 Anayasasının Başlangıcı, 32 maddesi ve bir geçici maddesi değiştirilmiştir. Buna, bu paket içinde yer alıp Cumhurbaşkanı'nca halkoylamasına sunulması istenen; ancak, TBMM'nce tekrar değiştirilerek Cumhurbaşkanı'nca imzalanıp 1/12/2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren, TBMM üyelerinin ödenek ve yolluklarına ilişkin 86.madde değişikliğini de ekleyebiliriz. Böylece, 35'i 2001 değişikliğinde 25'i daha önce olmak üzere bugüne kadar 1982 Anayasası'nın yaklaşık 60 maddesinde değişiklik yapılmış olmaktadır.

12 Eylül 1980 öncesine bir tepki olarak 1982 Anayasası , özgürlük – otorite ilişkisinde otoriteye öncelik verip özgürlükleri arka planda tutan, daha az katılımcı, daha az çoğulcu, daha az demokratik, daha az hukuk devletinden yana bir anayasal düzen öngörmüştü. Tipik bir etki-tepki ürünüydü. Fakat, bir toplumun sürekli bir tepki ortamında yaşaması beklenemezdi; anayasa değişiklikleri kaçınılmazdı. Ancak, 12 Eylül rejimi öylesine yerleşmiş, öylesine kendisini garantiye almış ve toplumu

öylesine sindirmişti ki, bu hiç de kolay olmadı. Nitekim, 1995'e kadar yapılan 1987 ve 1993 değişiklikleri birkaç madde ile sınırlı ve son derece cılızdı. Ancak, 1995 Anayasa değişikliği paketiyle siyasal katılımcılığın önündeki engeller kaldırılabilirdi (Dernekler, sendikalar ve meslek kuruluşlarının siyasal faaliyet yasaklarının kaldırılması ve siyasi partilerle ilişki kurabilmeleri). Kuşkusuz, bu, demokrasi için küçümsenemeyecek bir adımdı; fakat, daha az özgürlükçü demokratik yapıda önemli bir değişiklik olmamıştı.

Bu alana yaklaşık 20 yıl sonra 2001 Anayasa değişikliği paketiyle el atılabilmektedir. 2001 değişikliklerinin kapsamı kadar, parlamentoda bölünmüş bir siyasi parti yapılanmasının var olduğu bir dönemde partiler arası uzlaşma yoluyla yapılmış ve Meclis'te büyük bir çoğunlukla kabul edilmiş olması, sivil anayasacılık yönünden, ileriye dönük umut ve cesaret verici bir olgudur. Şimdi, 2001 Anayasa değişiklikleri içinde yargısal uygulamada önem taşıyan değişiklikleri ele alarak, uygulamada çıkabilecek bazı sorunlar ve bunların çözümleri üzerinde duralım.

1- Başlangıç metni

Anayasanın Başlangıç metninin 5.fıkrasında yer alan "Hiçbir düşünce ve mülahazanın" ibaresi 2001 Anayasa değişikliği paketinde "Hiçbir faaliyetin" şeklinde değiştirilmiştir. Anayasa'da yapılan diğer değişikliklerle birlikte dikkate alındığında, bununla, eyleme yönelik olmayan düşünce açıklamalarının yasaklanmamasının amaçlandığı görülmektedir. 1982 Anayasası'ndaki başlangıç hükümlerinin, Anayasa'daki diğer hükümlerin, "sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak (Başlangıç 8.ve 9.fıkralar) değeri dikkate alındığında, bu yaklaşımın Anayasa'nın bütününe yansımalarıyla, özgürlükler lehine yeni bir anlayışa katkı sağlayacağı söylenebilir.

2001 Anayasa değişikliği paketinde, Başlangıcın 5. paragrafına ve 14. maddeye konulan "faaliyet" sözcüğü, Partilerarası Uzlaşma Komisyonu'nun kabul ettiği metinde "eylem" olarak benimsenmişti. Değişiklik paketi Meclis'te görüşülürken, eylem sözcüğünün yerine faaliyet sözcüğü benimsenerek Anayasa metnine girdi. Faaliyet

sözcüğünün eylemi kapsadığında kuşku yoktur. Ancak, Türkiye literatüründe ve söyleminde faaliyet sözcüğü eylem dışında da kullanılmaktadır. Örneğin, siyasi parti faaliyeti dendiğinde, partinin sadece eylemleri değil, tüzükleri, programları, parti organlarının aldığı kararlar ve bunlara eşdeğerdeki düzenlemeler de anlaşılır. Oysa bunlar aslında bir tür düşünce açıklamasıdır. Bu nedenle, 2001 değişikliğinde faaliyet sözcüğünün Anayasa metnine alınması, kuşkusuz önemli bir güvencedir. Ancak, özellikle ifade özgürlüğü bakımından eylem sözcüğünü karşılayan bir güvence değildir.

Ayrıca, 1995 Anayasa değişikliklerinde ilk iki paragrafı yürürlükten kaldırılmasına rağmen, hukuki kavramların yanında tarihi, felsefi ve sosyolojik kavramları da içermesi nedeniyle, başlangıç halen ağır, ağıdalı ve özgürlükler bakımından riskli bir metindir. Bunun için, 1982 Anayasasının Başlangıç metninin tümüyle yeniden ele alınması, özellikle metindeki, "Türk milli menfaatleri", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri", "milli kültür" gibi hukuki olmayan, kapsamı somut olarak belirlenemeyen kavramlardan arındırılması gerekir.¹

2- Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması

2001 Anayasa değişikliği paketindeki özgürleşme ve demokratikleşme yönündeki en önemli hatta kilit yenilik, haklar ve özgürlükler rejiminin temelini oluşturan Anayasa'nın 13.maddesindeki değişikliktir. İlk metindeki anlayışın aksine özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu yaklaşımıyla, 13.maddenin tümüyle yeniden düzenlendiği değişik metinde, bu madde temel hak ve özgürlükler için genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılarak, genel koruma maddesine dönüştürülmüştür.

Bilindiği gibi, 1982 Anayasası sistemine göre temel hak ve özgürlükler hem 13/1' de sayılan tüm hak ve özgürlükler için geçerli "genel sınırlama sebepleriyle" (dokuz sınırlama sebebi var), hem de Anayasa'nın temel hak ve özgürlüğün düzenlediği ilgili maddesindeki ve

1 ÖZBUDUN, Ergun., "2001 Anayasa Değişiklikleri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 134 Yıl Sempozyumunda Sunulan Bildiri, sh.3

sadece o hak ve özgürlük için geçerli “özel sebeplerle” sınırlandırılabilirdi. 2001 değişiklik paketinde Anayasa'nın 13.maddesinde yapılan köklü değişiklikle, genel sınırlama sebeplerinin tümü bu maddeden çıkarılmış, bunun yerine her temel hak ve hürriyetin, “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlandırılabilirdi ilkesi öngörölmüştür. Böylece, katmerli -bindirmeli sınırlama sistemi terk edilerek, her hak ve özgürlüğün niteliğine uygun farklılaşmış- kademeli sınırlama sistemine geçilmiştir². Bu yeni yaklaşım, genel sınırlama sebeplerine yer vermeyen AİHS sistemine uygun olduğu gibi, “özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olması” gerektiği anlayışına da uygundur.

13.maddenin yeni düzenlemesinde, sınırlandırmaların bir temel hak ve hürriyetin “özüne dokunmaması” ve “ölçölülük ilkesine aykırı olmaması” şeklinde iki güvence ilkesine de yer verilmiştir. Bilindiği üzere, 1961 Anayasası'nda yer alan “öze dokunma yasağı” 1982 Anayasası'nda terkedilmiş; yerine demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” güvencesi konulmuştu. Keza, ölçölülük ilkesi 13.maddenin ilk metninde de, “temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamalar... öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz” şeklinde örtölü olarak yer almakta idi. Anayasa Mahkemesi de, hem öze dokunma yasağını hem de ölçölülük ilkesini, her iki Anayasa dönemindeki kararlarında da hep kullanmıştır. Böyle olunca, öze dokunma yasağı ve ölçölülük güvencelerinin 13.madde metnine alınması ile, uygulamayla Anayasa metni arasında paralellik de kurulmuş olmaktadır.

Aynı şekilde, 13.maddedeki bir diğer değişiklikle, ilk metindeki “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ibaresine eklenen “laik cumhuriyetin gerekleri” ibaresi ise, Türkiye'nin laik düzeni koruma konusundaki hassasiyetini ve kararlılığın vurgulayıcı niteliktedir.

13.maddedeki değişiklikle getirilen bu yeni sistem özgürleşme ve demokratikleşme yönünden son derece önemli ve olumludur. Ancak,

2 SAĞLAM,Fazıl., “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Tebliğ, sh.2

soruna bütüncül yaklaşılmaması nedeniyle uygulamada bazı olası sorunlar çıkabilecektir. Buna ilerde ayrı başlık altında değineceğiz.

3- Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması kavramı 1961 Anayasası'na 1971 değişikliğiyle girmişti. 1982 Anayasası 14.maddesi ile bu kavramın kapsamını genişlettiği gibi, 1961 Anayasası'ndaki kötüye kullanma "kasti"ni kötüye kullanma "amacı"na dönüştürmüştür. Böylece, madde hem kapsam bakımından genişlemiş hem de suç unsurları bakımından muğlak hale gelmiştir. Bunun, öncelikle ifade özgürlüğü ve onun uzantısı olan özgürlükleri daha fazla sınırlayan ve hatta yasaklayan yasal düzenlemeler için anayasal dayanak teşkil edeceği ve uygulamada da ettiği görülmüştür. Nitekim, ifade özgürlüğü aleyhine tüm yasal düzenlemelerin ve siyasi parti kapatma kararlarının anayasal dayanağı olarak bu madde başrol oynamıştır. Bu nedenle, özgürleşme ve demokratikleşme bakımından bu madde de 13.madde kadar önemlidir. Bunun içindir ki, 2001 değişiklik paketinde Anayasa'nın 14.maddesi de yeniden düzenlenmiştir. 14.maddenin bu yeni düzenlemesine göre, "Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi, Devlet'in ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlet'e ve kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir."

Hemen belirtelim ki, kapsam olarak yeni metin, eski metine oranla daha kısa ve özlü niteliktedir. Eski metinde korunup da yeni metinde korunmayan herhangi bir değer olduğu söylenemez³. Bununla birlikte, eski metindeki "soyut kötüye kullanma amacı" yeni metinde "kötüye kullanmayı amaçlayan faaliyetlere" dönüştürülerek, nispeten

3 ÖZBUDUN, Ergun., "2001 Anayasa Değişiklikleri", sh.4

somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Faaliyet sözcüğünün kapsamına ilişkin olası sorunları yukarıda açıklamıştık. Ancak, Anayasa'daki diğer değişikliklerle birlikte (özellikle Başlangıç ve 13.maddelerdeki) dikkate alındığında, bunun eyleme yönelik olmayan düşünce açıklamalarının yasaklanmamasına katkı sağlayacağı ve bu yönde bir diğer anayasal dayanak oluşturacağı söylenebilir.

Keza, yeni metinde, temel hak ve hürriyetlerin, kişilerin yanında, eskisinden farklı olarak “devlete karşı da korunması” önemli bir yenilik sayılmalıdır. Yeni metin, hem kapsam hem de özgürlüklerin Devlete karşı da korunması bakımından AİHS'nin 17.maddesiyle ve diğer ulusalüstü belgelerle (Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi Md.30) daha uyumludur.

4- Kişi Hürriyeti ve Güvenliği

2001 değişiklik paketinde, Anayasanın 19.maddesinin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle, yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, hakim önüne çıkarılmasına kadar geçen süre, toplu olarak işlenen suçlarda en çok onbeş günden en çok “dört güne” indirilmiştir. Bilindiği üzere, AİHS 5.maddesiyle bu süreyi “makul bir süre” olarak tanımlamış; AİHM kararlarıyla makul sürenin “dört günü aşmaması gerektiği” yönünde içtihat oluşmuş ve Türkiye gözaltı sürelerinin uzunluğu nedeniyle, bu içtihada uymamaktan dolayı sözleşmeyi ihlal eden ülke olarak, defalarca mahkum edilmiştir. Böylece, bu değişiklikle gözaltı süreleri bakımından Avrupa norm ve standartlarıyla uyum sağlanmış olacaktır. Ayrıca, gözaltı sürelerinin kısılmasının işkence ve kötü muamelenin önlenmesine katkıda bulunacağı da söylenebilir⁴.

19. maddenin 7.fıkrasında yapılan diğer bir değişiklikle de, kişinin yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına “derhal bildirilmesi zorunlu hale getirilmiştir”. Fıkranın eski metninde de bildirim yükümlülüğü bulunmakla birlikte, “soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin

4 ÖZBUDUN,Ergun., “2001 Anayasa Değişiklikleri”, sh.4-5

zorunluluk halleri” bildirim yükümlülüğüne “istisna” olabiliyordu. Yapılan değişiklikle bu istisna hüküm kaldırılarak, yakınlarla bildirme yükümlülüğü mutlak hale getirilmiştir.

5- Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

2001 Anayasa değişikliği paketinde, 13.maddede yapılan yukarıda açıkladığımız değişiklikle, genel sınırlama sebepleri terk edilerek, her hak ve özgürlüğün sadece kendi maddesinde gösterilen özel sebeplerle sınırlanabildiği farklılaşmış-kademeli sisteme geçiş, hak ve hürriyetlerin düzenlendiği ilgili maddelerde, bunların niteliğine uygun sınırlama sebepleri konulması zorunluluğu yaratmıştır. Bu doğrultuda, ortak özellikleri nedeniyle, Anayasa’da “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında yeniden düzenlenen 20.maddedeki “özel hayatın gizliliği” 21.maddedeki “konut dokunulmazlığı” ve 22.maddedeki “haberleşme hürriyeti” bakımından ortak sınırlama sebepleri, ortak koruma ve yargısal güvenceler konulmuştur.

Bu yeni düzenlemeye göre, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti yalnızca: “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilecektir. Keza, bu hak ve özgürlüklere, bu sebeplerin birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, dokunulamayacaktır. (Kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz; kimsenin konutuna girilemez ve arama yapılamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz).

Yeni düzenleme ile bu hak ve özgürlüklere ortak yargısal güvence de getirilmiştir. Buna göre, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına, haberleşme hürriyetine müdahale halinde, “yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını (el koymadaan itibaren) kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde karar(el koyma) kendiliğinden kalkar.

Keza, yapılan bu değişiklikte, özel hayatın gizliliğini düzenleyen Anayasa'nın 20.maddesindeki, "Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır" hükmü de, madde metninden çıkarılmıştır.

Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak Anayasa'nın 20.,21. ve 22.maddelerinde konulan güvenceler kuşkusuz son derece olumludur. Bu konuda uygulamada karşılaşılabilecek olan en önemli sorunlardan biri, aramanın veya el koymanın ya da konuta müdahalenin çok acil olduğu durumlarda, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrini elde etmedeki zorluktur.

6- Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti

2001 değişikliklerinde, Anayasa'nın 23.maddesindeki, vatandaşların yurt dışına çıkma hürriyetini sınırlandırabilecek sebepler arasından, "ülkenin ekonomik durumu" sebebi çıkarılmıştır. Böylece, artık, ülkenin ekonomik durumu sebebine dayanarak yurt dışına çıkma hürriyeti sınırlandırılmayacaktır.

7- Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti

Değişiklik paketinde, Anayasa'nın 26.maddesindeki ifade özgürlüğü AİHS'ne paralel olarak yeniden düzenlenmiş; 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması nedeniyle "milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama sebeplerine eklenmiştir.

Maddede yapılan asıl önemli değişiklik, "Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz" cümlesiyle başlayan üçüncü fıkranın madde metninden çıkarılmasıdır. Böylece, gerek iç gerekse uluslararası hukukta bir hayli eleştirilen, ifade özgürlüğü bakımından bir demokrasi ayıbı sayılabilecek bu hüküm nihayet Anayasa'dan çıkarılmıştır. Gerçi, 12 Eylül rejiminde çıkarılan, "Türkçe'den Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun"un 1991'de kaldırılmasından bu yana, kanunla yasaklanmış bir dil yoktu. Ancak, Anayasa'daki bu hüküm bu tür yasakların dayanağını oluşturuyordu.

Öte yandan, bu değişiklikle, Anayasa'ya Kürtçe ve diğer yerel dillerin öğretim ve öğrenimi ile bu dillerde radyo ve televizyon yayınları hakkında güvence oluşturacak yeni bir hüküm konulmuş değildir; ama artık yasak da yoktur. Nitekim, Anayasa'daki bu değişikliklere paralel olarak çıkarılan ve kamuoyunda uyum yasası olarak adlandırılan, 3/8/2002 tarih ve 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunu"nun 11.maddesiyle, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerinin öğrenilmesi ve öğretilmesine olanak sağlanmıştır. Keza, aynı Kanunun 8.maddesi ile 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikle de Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın serbestisi getirilmiştir.

8- Basın Hürriyeti

2001 değişikliklerinde, Anayasa'nın "Basın hürriyetini" düzenleyen 28.maddesinde yapılan değişiklik, yukarıda açıkladığımız 26.maddedeki değişikliğe paralel şekilde, "kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz" hükmünü içeren ikinci fıkranın yürürlükten kaldırılmasından ibarettir.

9- Kamu Tüzel Kişilerinin Elindeki Basın Dışı Kitle Haberleşme Araçlarından Yararlanma Hakkı

Anayasa'nın bu hakkı düzenleyen 31.maddesinde yapılan değişiklikle, değişiklik paketinde 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasına paralel olarak, bu hakkın niteliğine uygun özel sınırlama sebeplerini kapsar içerikte maddenin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre, "kanun, milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyen kayıtlar koyamaz".

10- Dernek Kurma Hürriyeti

Dernek kurma hürriyetine ilişkin asıl katılımcı, özgürlükçü ve koruyucu yenilikler, Anayasa'da 4121 sayılı Kanunla yapılan 1995

değişiklik paketinde yapılmıştır. 2001'de Anayasa'nın dernek kurma hürriyetini düzenleyen 33.maddesinde yapılan değişiklik esas itibarıyla, değişiklik paketinde 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması nedeniyle, bu hakkın niteliğine uygun özel sınırlama sebeplerinin madde metnine konulması ve dernek üyeliği hürriyetinin de anayasal güvenceye alınmasından ibarettir. Maddenin yeniden düzenlenen 3.fıkrasına göre, "Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir".

Keza, maddenin birinci fıkrasındaki, "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir" şeklindeki düzenleme, "Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir" şekline dönüştürülerek, üyelik hürriyeti ayrıca Anayasal güvenceye alınmıştır.

11- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı

2001 değişiklik paketinde, tümüyle yeniden düzenlenen haklardan biri de Anayasa'nın 34.maddesindeki toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkıdır. Bu maddede yapılan ilk önemli yenilik, değişiklik paketinde 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması nedeniyle, bu hakkın niteliğine uygun özel sınırlama sebeplerinin madde metnine konulması şeklindedir. Maddenin yeniden düzenlenen ikinci fıkrasına göre, "Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir".

Maddenin yeni düzenlemesinde, eski metinde bulunan "yer ve güzergah tespitine" ilişkin ikinci fıkra ile "belli durumlarda bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün yasaklanabilmesine veya ertelenebilmesine" ilişkin dördüncü fıkra hükmü ve "Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleyemezler" şeklindeki beşinci fıkrası madde metninde çıkarılmıştır.

Böylece, bu yeni düzenleme, kamu otoritelerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunabilecek müdahalelerini engelleyebileceği gibi; sivil toplum kuruluşlarının dayanışma ve siyasal etkinliklerini güçlendirme yönünde de katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla, 2001 değişiklik paketiyle Anayasa'nın 34. maddesinde yapılan değişiklik, katılımcılık, özgürleşme ve demokratikleşme bakımından önemli yeniliklerden biridir.

12- Hak Arama Hürriyeti:

2001 değişiklik paketinde Anayasa'nın bu hakkı düzenleyen 36. maddesinde yapılan değişiklik, "adil yargılanma" hakkının da madde metnine eklenmesinden ibarettir. Böylece madde metni AİHS ile daha uyumlu hale getirilmiştir.

13- Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar:

2001 değişikliklerinde, Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin esaslara önemli yenilikler eklenmiştir. Bunlardan en önemlisi, maddeye yedinci fıkra olarak eklenen "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmüdür.

Lehte ve aleyhte neler söylenirse söylensin, bugün Avrupa kıtası ölüm cezasından arındırılmış bir bölge haline gelmiştir. AİHS'ne ek 6'nolu protokol, "savaş ya da yakın savaş tehlikesi" dışında ölüm cezasının kaldırılmasını öngörmektedir. Bugün Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında, Türkiye dışında bu protokolü imzalamayan ve ölüm cezasını mevzuatında tutan hiçbir ülke kalmamıştır⁵. Kaldı ki, ölüm cezası hatası giderilemez bir ceza olduğu gibi, cezalandırmadaki çağdaş amaçlara da uygun düşmemektedir. Bu nedenlerle, Anayasa'ya konulan bu hükümle ölüm cezasının kapsamının daraltılmış olması, kuşkusuz olumlu bir adımdır. Ancak, savaş ya da yakın savaş tehdidi dışında, terör suçlarının da ölüm cezası kapsamında tutulması, yukarıda işaret edildiği üzere ne 6'nolu protokolle ne de Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin mevzuatlarıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, bu değişiklik olumlu bir

5 ÖZBUDUN.Ergun., "2001 Anayasa Değişiklikleri", sh.7

yenilik olmakla birlikte, Avrupa normlarına uyum yönünden yetersiz kalmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa'ya göre terör suçlarından da idam cezası verilebiliyor olması, terör suçlarında ölüm cezası verilmesi gerektiği ya da terör suçlarına ölüm cezası öngören kanun hükümlerinin değiştirilemeyeceği veya yürürlükten kaldırılamayacağı anlamına gelmez. Anayasa bu düzenleme ile ölüm cezası verilemeyecek halleri amir hüküm olarak öngörmüş; ölüm cezası verilebilecek hallerde, kanunla bu cezayı verip vermeme konusunu T.B.M.M.'nin takdirine bırakmıştır. Bu nedenle, Anayasa'nın ölüm cezası verilebileceğini belirlediği hallere ilişkin olarak; Meclis'in ölüm cezası öngördüğü kanun hükümleri Anayasa'ya aykırı düşmeyeceği gibi, Meclis'in ölüm cezası öngörmediği kanun hükümleri için de Anayasa'ya aykırılık sorunu söz konusu olmayacaktır.

Nitekim, Anayasa'nın bu hükmü uyarınca, 3/8/2002 tarih ve 4771 Sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"la çeşitli kanunlardaki ölüm cezası öngören hükümler müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülürken; sadece "savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen" ölüm cezaları saklı tutulmuş, "terör suçları dahil" diğer suçlarla ilgili öngörülen ölüm cezaları müebbet ağır hapse çevrilmiştir. Böylece, bu kanunla terör suçlarına ilişkin ölüm cezaları da kaldırılmak suretiyle, bu konuda Avrupa normlarıyla uyum sağlanmış olmaktadır.

Aynı maddeye eklenen 8. ve 9. fıkralarla, iki yeni ilke daha Anayasa metnine girmiştir. Bunlar, "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" ve hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" ilkeleridir. Bunlardan birincisi zaten hukuk sistemimizde (CMUK) mevcuttur. İkincisi ise AİHS'ne ek 4 nolu protokolden aynen alınmıştır. (md.1)

14- Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması:

2001 değişikliklerinde, konuyu düzenleyen Anayasa'nın 40. maddesine ikinci fıkra olarak, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi

kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmü eklenmiştir. Bununla, Devlet işlemlerine karşı kişilerin sahip oldukları hakları ile bunların süresinde ve doğru kullanılmasında bilgilendirilmelerinin amaçlandığı açıktır.

15- 12 Eylül Dönemi Tasarruflarına Karşı Anayasa Yargısı Yolunun Açılması

Kanımızca, 2001 Anayasa değişikliği paketindeki belki de en önemli yenilik, Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin üçüncü fıkrasındaki, “Bu dönem (12 Eylül 1980 – 7 Aralık 1983) içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez” hükmünün madde metninden çıkarılarak, 12 Eylül tasarruflarına karşı Anayasa yargısı yolunun açılmış olmasıdır. Böylece, Türkiye, Anayasa'nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ve 11. maddesindeki “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkesine açıkça ters düşen bu garabetden nihayet kurtulmuş oldu.

Ancak, 12 Eylül rejiminin mirası Anayasa'ya aykırı unsurların bir an önce ayıklanması bakımından, anayasaya uygunluk denetiminin harekete geçirilmesi sadece itiraz yoluna bırakılmayıp; Anayasa'da belirlenecek bir süre içinde ilgililere iptal davası açma yolunun da devreye sokulması, daha isabetli olurdu⁶.

DEĞERLENDİRME

2001 Anayasa değişikliği paketindeki bazı değişiklikleri kısaca gözden geçirdikten sonra, bunun, 1982 Anayasası'nda yapılan en kapsamlı değişiklik olarak; özgürlükler alanının genişlemesi, demokrasi ve hukuk devletinin daha işler hale gelmesi bakımından önemli ve olumlu bir adım olduğunu görmekteyiz. Böylesi bir adımın, Parlamento'da bölünmüş bir siyasi parti yapılanmasının olduğu bir dönemde, partiler arası büyük bir uzlaşma ile atılmış olması daha anlamlı, ileriye dönük umut ve cesaret vericidir.

6 ÖZBUDUN, Ergun., “2001 Anayasa Değişiklikleri”, sh.13

Özgürlüklerin, demokrasinin ve hukuk devletinin daha etkin kılınması için Anayasa'da başkaca değişikliklerin de yapılması gerekmektedir. Ayrıca, 2001 değişikliklerinin bu olumlu yönünün yanında, uygulamada yaratması muhtemel sorunlar da vardır. Şimdi, önce bu sorunların önemli bazıları ile çözüm önerilerine değinelim, sonra da Anayasa'da öncelikle yapılması gereken değişiklikleri özetle sıralayalım.

A- Hemen belirtmeliyiz ki, anayasal sistem kendi içinde bir tutarlık ve bütünlük gösterir. Beğenelim, beğenmeyelim 1982 Anayasası'nın da kendi içinde bir bütünlüğü vardır. Yapacağımız köklü değişikliklerle, anayasada yer alan belirli bir sistemi kaldırmaya karar verdiğimiz zaman, onun yerine, yapmak istediğimiz değişikliğe uygun, iç tutarlığı ve bütünlüğü olan, yeni bir sistem getirmek zorundayız. Aksi takdirde tutarsız sonuçların doğması kaçınılmaz olur. 2001 Anayasa değişiklikleri böyle olmuştur. Köklü değişiklikler yapılmıştır; ancak, bu değişikliklerin gerektirdiği iç tutarlılık Anayasa'nın bütününe yansıtılmadığı ve buna uygun yeni bir sisteme geçilmediği için, yeni sorunlar ve buna bağlı olarak da yeni tartışmalar gündeme gelmiştir⁷.

Yukarıda açıklandığı üzere, 2001 Anayasa değişikliğinde göze çarpan reform sayılabilecek en radikal yenilik, Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklikle genel sınırlama sisteminin kaldırılmış olmasıdır. Bilindiği gibi, Anayasa'nın değişiklik öncesi metni tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama sebepleri içeriyordu. Tüm temel hak ve özgürlükler burada sayılan dokuz genel sınırlama sebebinden biri veya birkaçıyla sınırlanabiliyordu. Dolayısıyla, sınırlama sebebi olmayan hiçbir temel hak ve özgürlük yoktu. Ayrıca, birçok hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddesinde, o hak ve özgürlük için özel sınırlama sebepleri gösterilmişti. Bu hak ve özgürlükler, 13. maddede sayılan genel sınırlama sebeplerinin yanında, düzenlendikleri maddede sayılan özel sebeplerle de sınırlanabiliyordu.

7 SAĞLAM, Fazıl, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin.....", sh.1 vd

2001 değişikliklerinde Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan köklü değişiklikle ise, genel sınırlama sebeplerinin tamamı bu maddeden çıkarılmış; temel hak ve özgürlüklerin "yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" sınırlanabileceği ilkesi öngörölmüştür. Ancak, bu yeni anlayış ve yaklaşım aynı zamanda bir sistem değişikliğidir. Bunun adı da "genel sınırlama sisteminden farklılaşmış kademeli sistem"e geçiştir.

Sınırlamanın her temel hak ve özgürlük için farklılaşması ve kademeli bir nitelik kazanması, her bir temel hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel yaşam alanının farklı olmasından kaynaklanır. Bu farklılığı siyasal, sosyal, kültürel ve tarihsel faktörler belirler. Her temel hak ve özgürlük nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma cevaz verir. Hak ve özgürlük korunan bu nesnel alan içinde vardır. Bu alanın dışında olanlar hak ve özgürlük kavramına yabancı kalır. Bu anlamda soyut ve içeriksiz bir özgürlük yoktur. Öte yandan, toplumsal yaşamda, hak ve özgürlüklerin hep bir arada, birbiriyle çatışmadan barış içinde kullanılabilmesi için, bunların nasıl kullanılacağına düzenlenmesi ve hatta bazen sınırlanması kaçınılmazdır. Ancak bu sınırlamalar, her bir hak ve özgürlüğün korunduğu nesnel yaşam alanının içeriği ve niteliğine uygun, bunların toplumsal yaşamda hep bir arada barış içinde kullanılması amacına yönelik ve bununla sınırlı, istisnai nitelikte olmalıdır.

Böyle bir sistem değişikliğinde, tutarlı, uyumlu ve bütüncül olabilmek bakımından, Anayasa'da yer alan bütün temel hak ve özgürlüklerin tek tek gözden geçirilmesi ve her bir temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddesine, o temel hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel yaşam alanının içeriği ve niteliğine uygun sınırlama sebepleri konulması gerekirdi. İşte, 2001 değişikliğinin en büyük eksiği bunun bütün olarak değil, bazı hak ve özgürlükler için, yani kısmen yapılmasıdır. Bu da doğal olarak, bu doğrultuda değişiklik yapılmayan temel hak ve özgürlükler bakımından belirsizliklere, boşluklara ve dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sisteminde tutarsızlıklara yol açmıştır.

Birkaç örnek vermek gerekirse⁸;

a) Yerleşme ve seyahat hürriyeti – genel sağlığın korunması – karantina örneği

Anayasa'nın yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen 23. maddesine göre. “ herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.”

Görüldüğü üzere, yerleşme ve seyahat özgürlüğünü sınırlama sebepleri arasında “genel sağlığın korunması” sebebi bulunmamaktadır. Değişiklik öncesi Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlama sebepleri arasında “genel sağlığın korunması” da vardı ve buna dayanarak sınırlama yapılabiliyordu. 2001 değişikliklerinde 13. maddeden genel sınırlama sebepleri çıkarılırken, yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddedeki sınırlama sebeplerine “genel sağlığın korunması” da eklenmeli idi. Bu durum karşısında, bir bölgede salgın hastalık çıktığında bunu önlemek için o bölgeyi karantina altına almanın anayasal dayanağı ne olacaktır. Aynı durum yangın, inşaat tehlikesi hallerinde de söz konusu olabilir.

b) Çalışma ve sözleşme hürriyeti – genel ahlakın, kamu düzeninin, kamu yararının korunması – BK md.20, MK md. 23

Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesine göre, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

Görüldüğü gibi, 48. maddede sözleşme hürriyetini sınırlayan hiçbir sebep bulunmamaktadır. 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri de kalktığına göre, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan, “Bir

8-Bu örnekler ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. SAĞLAM, Fazıl, “2001 Anayasa Değişikliğinin..”,sh.4-6

sözleşmenin konusu..... veya ahlaka aykırı ise, o sözleşme batıldır” hükmü Anayasa'ya aykırı mı sayılacaktır. Aynı şekilde, Medeni Kanun'un 23. maddesindeki “kimse hürriyetini.....ve umumi adaba aykırı bir şekilde sınırlayamaz” hükmüne aykırı bir sözleşme artık Anayasa'ya uygun mu sayılacaktır? Başkaca kanunlardan örnekler çoğaltılabilir. Keza, 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri kalktığına göre, kişinin istediği yerde kurban kesmesi, kamuya açık yerlerde sigara içilmesi gibi davranışlar nasıl önlenebilecektir?

Bütün bu soru ve sorunların doğru çözümü, kuşkusuz, özgürlüklerin düzenlendiği ilgili maddelerine, kamu yararı veya genel ahlak ya da kamu düzeni gibi, ilgili özgürlüğün niteliğine uygun sınırlama sebebi konulması olmalıdır. Peki bunlar konuluncaya kadar sorun nasıl aşılabilir. İlk akla gelen yol, özgürlüklerin kullanılmasında pratik uyumdur. Örnek verdiğimiz sorunların birçoğunun çözümü bakımından, pratik uyum testine sokabileceğimiz ideal hak, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” olabilir. Bu madde hükmüne göre, “ herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir.” Bu hakla pratik uyum, yukarıdaki örneklerden karantina uygulama, istenilen yerde kurban kesme, kapalı yerde sigara içme gibi sorunların çözümünde Anayasal dayanak olabilir.

Keza, Anayasa'nın 5. maddesindeki, Devletin, “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama” görevi de genel ahlaka aykırı sözleşme ve uygulamalara karşı anayasal dayanak oluşturabilir.

Nihayet, bir başka çözüm yolu da, bu şekilde kullanımların, söz konusu hak ve özgürlüğün doğal kullanım biçimi olmadığından, bunların nesnel koruma alanına girmeyeceği yaklaşımıdır.

B- Anayasa'da öncelikle yapılması gereken diğer değişiklikler ise özetle şöyle sıralanabilir:

- Anayasa'nın 76. maddesindeki “affa uğramış olsalar bile” ifadesi, milletvekili seçilebilme yeterliliğine ilişkin siyasi hakları süresiz hale

getirmektedir. Bu durum genel affın tüm dünyada kabul gören etki ve sonuçlarına ters düştüğü gibi;siyasi yasaklarda bir süre sınırlaması olmaması, Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelerle de çelişmektedir. Bu nedenle, 76. maddedeki “affa uğramış olsalar bile” ifadesi metinden çıkarılmalı, buradaki siyasi yasaklara mahkumiyete uygun süreler konulmalıdır. Bu konuda, 2001 Anayasa değişiklik paketinde, partiler arası uzlaşma komisyonu tarafından kabul edilip, Meclisçe reddedilen 76. maddeye ilişkin değişiklik önerisi, son derece yetersizdir.

- Yolsuzlukların siyasi uzantılarını çözmek, siyasette kirliliği önlemek, siyaset ve siyasetçiye itibar ve güven kazandırmak bakımından, Anayasa'nın 83. maddesindeki yasama dokunulmazlığına ilişkin korumalardan; milletvekilinin Meclis'te fiziki varlığını sağlamaya yönelik olan, “tutulamaz, tutuklanamaz ve hapsedilemez” korumaları muhafaza edilerek, bunlar dışındaki “ sorgulanamaz ve yargılanamaz” korumaları kaldırılmalıdır. (Fransa ve İtalya örneklerinde olduğu gibi). Böylece, hem yasama dokunulmazlığı kurumunun asıl amacına uygun işlevini sürdürmesi, hem de yargı yolunun açılması mümkün olacaktır. 2001 Anayasa değişikliği paketinde, partiler arası uzlaşma komisyonunca kabul edilip, Meclis tarafından reddedilen 83. maddeye ilişkin değişiklik öneri, sorunu çözmekten çok uzaktır.

- Keza, yukarıda açıldığı üzere, Anayasa'nın 100. maddesinde yapılacak değişiklikle de, bakanların görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yapılacak meclis soruşturmasında, soruşturma komisyonu görevi yargı mercilerine verilerek (İtalya örneğinde olduğu gibi), meclis soruşturması kurumu işler hale getirilmelidir.

- Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü dendiğinde “yönetenlerin her türlü işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu devlet” anlaşılır. Dolayısıyla, ne kadar çok eylem ve işlem yargı denetiminden bağımsız tutulursa o ölçüde hukuk devletinden uzaklaşmış olur. Kuşkusuz, bazı işlemlerin özelliği, bu işlemlerde yetkili organların takdir yetkisinin geniş tutulmasını ve dolayısıyla bu işlemlere ilişkin yargı denetiminin sınırlandırılmasını gerektirebilir; ancak, bütünüyle yargısal denetim dışına çıkarmak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle,

Anayasa'nın 105.,125.,148. ve 159. maddelerinde yapılacak değişikliklerle, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere, Yüksek Askeri Şura kararlarına, olağanüstü KHK'lere ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolu açılmalıdır. AİHM tarafından denetlenen bu işlemlere karşı ulusal yargı yollarını esirgemenin mantığı olmadığı gibi; böylece insan hakları ihlallerinden doğan mağduriyetlerin büyük kısmı kendi içimizde karşılanmış olacaktır. Bu, kuşkusuz, Türkiye'nin insan hakları karnesine de iyileşme yönünde yansiyacaktır.

- İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devletini kurumsallaştırıp etkin kılmak bakımından, Anayasa'da yapılacak değişiklikler kadar, uyum yasaları ile bunların yaşama geçirilmesi de önemlidir. Bu yasaların önemli bir kısmı yakın geçmişte çıkarılmış, bir kısmı da TBMM'nin gündemindedir. Ancak, yürürlükteki insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ile çelişen yasaların büyük bir çoğunluğu 12 Eylül dönemi ürünü olup kapsamı da bir hayli geniştir; Esasen sorunların büyük bir kısmı bu yasalardan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, Türk hukukunda insan haklarını, demokrasiyi ve hukuk devletini etkin kılmayı çabuklaştırmak bakımından, TBMM'nin yanında, Anayasa yargısı kanalıyla da bu yasaları ayıklama imkanını genişletilmek için, "Anayasa şikayeti" yolu açılmalıdır. Bu, kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin zaten yoğun olan iş yükünü daha da artıracaktır. Anayasa Mahkemesi'nin daha hızlı ve etkin çalışmasını sağlamak için de, Federal Almanya örneğinde olduğu gibi daireler şeklinde yeniden yapılandırılmalıdır.

OTURUM BAŞKANI

Teşekkür ediyorum Sayın Yüzbaşıoğlu.

Gerçekten size söz vermeden önce ifade ettiğim gibi, bu kadar kısa süreye böyle bir geniş bir konuyu nasıl sığdıracağınızı merak etmekte haklıymışım gördüğünüz gibi. Gönlüm arzu ederdi ki, bu konulardan çok daha azına çok daha geniş bir zaman içerisinde değinebilseydiniz ve bunun da çok yararlı olacağı inancındayım.

Bana kalsaydı, ben belki bulunduğum görev itibariyle, yalnız Anayasa'nın 69. maddesiyle ilgili düzenleme ve görüşlerinize dahi, 20 dakikadan fazla yer vermeniz uygun olurdu ve çok da yararlı olurdu, çünkü sizin ifade ettiğiniz görüşlerin pek çoğunu paylaşıyorum. Hatta bu konuda daha önce Anayasa Mahkemesi üyelerinden 2 arkadaşımla beraber Başbakanlık nezdinde girişimde de bulunmuştuk. O zaman özellikle 69. maddeye koymayı düşündükleri ve bilahare 149. maddeye koydukları o nitelikli çoğunluğun yanlı olacağını, bir Siyasi Partiler Yasası'nın iptalinde aranan çoğunluğun, bir siyasi partinin kapatılmasında aranmamasının, daha büyük bir çoğunluk aranmasının çok yanlış olacağını, hatta tehlikeli olacağını belirtmiştik. Mutlaka siyasi partilerin kapatılmasının zorlaştırılması isteniyorsa, bunun başka türlü düzenlemelerle yapılabileceğini ve bunun örneğinin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olması gerektiğini ısrarla belirtmiştik, ama olmadı. Bu sakıncalar şüphesiz ki ileride görülecektir.

Çok sınırlı olan zamanınızı almak istemiyorum. Aslında söylenecek çok şey var, Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak uygulamada gördüğüm birtakım sakıncalara da değinmek lazım. Sınırlı olan zamanı taşımak istemiyorum, o yüzden ben üçüncü konuşmacı olan Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a, kısaca özgeçmişini anlattıktan sonra söz vermek istiyorum.

Sayın Sağlam, konu itibariyle "Anayasal Sorunlara Güncel Bakış" konusunu işleyecekler. 1940 yılında Trabzon'da doğdu. Ortaokul ve liseyi Saint George Avusturya Lisesi'nde okuduktan sonra, yüksek öğrenimini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 1965 yılında tamamladı. 1971 yılında Federal Almanya'nın Köln Üniversitesi'nde iş hukuku dalında doktora yaptı. 1973 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler

Fakültesi'nde göreve başladı ve 1980 yılında anayasa hukuku dalında doçent oldu, tez konusu bugünde güncelliğini koruyan ve daima koruyacak olan "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" idi. 1973 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde göreve başladı. 1983 martında Üniversite'den istifa etti ve İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat olarak çalıştı. 1995-96 yıllarında İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliğine seçildi ve Başkan Yardımcılığı yaptı. Haziran 1996'da yeniden üniversiteye döndü, Yıldız Teknik Üniversitesi'nde İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde göreve başladı. Kasım 1999'da anayasa hukuku dalında profesörlüğe yükseltildi. Anayasa hukuku ve iş hukuku alanında çeşitli yayın ve çalışmaları bulunmaktadır. Kitap haline dönüşmüş çalışmaları şunlardır: "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü", "Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları"

Buyurun Sayın Sağlam.

ANAYASA SORUNLARINA GÜNCEL BAKIŞ

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM

I. Başlığı Belirleyen Yöntemsel Yaklaşım

Hukuk biliminin temel gerçeği norm metni değil, normun düzenlediği nesnel yaşam ilişkilerinden seçilmiş kesittir. Normun anlamını normun metninden çok bu nesnel alanın nitelik ve özellikleri belirler. Bu nedenle her somut olayda normun anlamı da yeniden somutlaşır. Bu özellik, hukuk normuna güncel yaşamda ortaya çıkacak hukuksal sorunları çözme olanağını sağlayan temel olgudur. Şu halde hukuk, kendisini meydana getiren normların metinlerinden ibaret değildir. Başka bir deyişle hukuk normu norm metni ile özdeş değildir.

Norm metni, yöneldiği ve düzenlediği nesnel alana göre somutlaşması gereken bir çerçeve özelliği taşır. Normun düzenlediği nesnel alanın karmaşık ve değişken yapısı nedeniyle norm metni aynı kaldığı halde normun anlamında zaman içinde yargı organlarının pek de yabancı olmadığı kimi farklılıklar ve değişiklikler ortaya çıkar.

Tabii bu yaklaşım, norm metninin önemsiz olduğu anlamına gelmiyor. Norm metnini klasik yorum yöntemleriyle anlamlandırmak, hukuk devleti ilkesinin ve bu ilkenin karşıladığı hukuka güven ve istikrar gereksiniminin bir gereğidir.

Bunları niçin anlatıyorum ? Hemen belirteyim. Bunları akademik bir zevk ya da merak konusu olarak değil, gerçeği daha iyi kavramanın bir yöntemi olarak anlatıyorum. Çünkü normun düzenlediği nesnel alanı ihmal etmek ve normu norm metni ile özdeş saymak bizi pozitivistize

götürür. Yalnızca nesnel alanın gereksinmelerini ön plana alıp, norm metninin hukuk devletini sağlama yönündeki işlevini ihmal etmek ise bizi sosyolojizme götürür. Her ikisinde de hukukun aradığı gerçekliği yakalamak mümkün değildir.

“İşte Anayasa Sorunlarına Güncel Bakış” başlığı altında günümüzün anayasal gerçekliğini biraz önce özetlemeye çalıştığımız yöntemle yansıtmaya çalışacağız. 3 Kasım seçimleriyle ortaya çıkan siyasal gerçeklik ve onun birlikte getirdiği anayasal sorunlar, bu konuda bize oldukça zengin bir malzeme sunmaktadır. Hemen belirteyim ki burada “anayasal sorun” derken, yalnızca Anayasa metnini değil, anayasal düzenin oluşmasında en az Anayasa kadar etkili ve belirleyici olan yasal düzenlemeleri de kapsayan bir kavramdan söz ediyorum.

II. Anayasal ve Yasal Sorunlar

A. Anayasa'nın 76. maddesi ile ilgili sorunlar:

Anayasa'nın 76. maddesine göre,

“Otuz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir.

En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, ideolojik veya anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, **affa uğramış olsalar bile** milletvekili seçilemezler.”

Bu maddede kalın punto ile vurgulanmış olan “**affa uğramış olsalar bile**” ibaresi, R.T.Erdoğan'ın kurucu üyeliğine ve milletvekilliğine engel olan kilit hüküm niteliğindedir. Burada öncelikle cevaplanması gereken husus, söz konusu ibarenin maddedeki hangi suçları içine aldığı sorusudur. İlk bakışta maddede yer alan suçların tümünü kapsadığı izlenimi veren bu ibarenin, yakından incelendiğinde daha dar bir kapsama sahip olduğu anlaşılmaktadır. Zira tümünü kapsamış olsa, dil

bilgisi kurallarına göre, yalnız suçları değil, maddede yer alan “En az ilkökul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, ...” şeklindeki diğer unsurları da kapsamı gerekir. Oysa bu unsurların af kurumu ile bir ilgisi yoktur.

Şu halde maddenin sözü yanında amacına da bakmak gerekir. Bir kere, cümlede noktalı virgüle kadar olan “kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar” şeklindeki kısmın “affa uğramış olsalar bile” şeklindeki kısıtlamaya tabi olmaması gerekir. İki ayrı suç grubunun noktalı virgülle ayrılmış olmasına başka bir anlam vermek mümkün değildir. Suçların niteliği de maddenin bu şekilde anlaşılmasını zorunlu kılmaktadır. Çünkü noktalı virgülden önceki suçlar, cezanın türüne ve miktarına göre belirlenmiş suçlardır. Bunların milletvekilliği sıfatı bakımından özel bir önemi yoktur.

Noktalı virgülden sonra sıralanan suçlardan “... yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma” suçlarını milletvekilliği sıfatı ile bağdaştırmak mümkün değildir. Gerçekten bu gibi suçlardan hüküm giymiş olanları, affa uğramış olsalar bile, milletvekilliği yeterliliği dışında tutmak yanlış bir çözüm sayılmamalıdır.

Buna karşılık “ideolojik veya anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçları” siyasal suç kapsamı içinde olup, bunların tümünü ve özellikle “ideolojik eylem” kavramını milletvekili sıfatı ile bağdaşmaz nitelikte görmek doğru değildir. Bunlarda “affa uğramış olsalar bile” şeklindeki kısıtlamanın terör ve şiddeti savunma, örgütlenme ya da terör yöntemlerine başvurmaya özendirecek şekilde terör örgütleriyle ilgili propaganda yapma, ulus ve ülke bütünlüğü açısından tehdit ve tehlike doğurma gibi unsurları içeren suçlarla sınırlı tutulması yeterli olur¹.

1 31.12.2002 tarih ve 24980 sayılı R.G.'de yayımlanan 27.12.2002 tarih ve 4777 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 76/2. maddesinde yer alan “ideolojik veya anarşik eylemlere” ibaresini “terör eylemlerine” şeklinde değiştirmiş olması kanaatimizce yetersizdir. Bu

Böyle bir değişikliği salt R. T. Erdoğan'ın milletvekili olma engelini kaldırdığı gerekçesiyle "kişiye özgü" bir anayasa değişikliği saymak doğru değildir. Nitekim bu yönde bir değişiklik, Saadet Partisi'nin oylarını alabilseydi, 2001 Anayasa değişiklikleriyle birlikte geçmiş olacaktı.²

B. Anayasa'nın 109/2. maddesi ile ilgili sorunlar:

Bu maddede yapılmak istenen değişiklik, Başbakanın TBMM dışından atanmasını sağlayacak bir hükmün eklenmesinden ibarettir. Zaman zaman ortaya atılan bu değişiklik önerisinden son aşamada vazgeçilmiş olması isabetlidir. Çünkü bu değişiklik iki yönden sakıncalıdır ve ayrıca gereksizdir:

a) Parlamenter sistemde hükümetin meclis içinden çıkması ve ona karşı sorumlu olması asıldır. 1961 Anayasası'nda TBMM dışından bakan atanabilmesine imkan tanıyan kural, uzmanlık ya da özel nitelik gereksinimini karşılamaya yönelik bir istisna niteliği taşır. Bu başbakana, teşmili sistemin özüne aykırıdır; sistemin reddi anlamına gelir.

b) Öte yandan böyle bir değişiklik, genel bir gereksinimin ifadesi olmayıp, tek kişi için yasa çıkarma anlamına gelir. Bu ise yasaların genelliği ilkesine aykırıdır.

c) Ayrıca hukuk devleti ilkesini ve Anayasa'nın saygınlığını zedeleyecek böyle bir değişikliğe de gerek yoktur. Sorun Erdoğan'ın başbakan olmasıysa, bunu hukuku zedelemeyen ve sistemi bozmadan da gerçekleştirmek mümkündür. Nitekim Meclis'teki hazırlıklar da bu yöndedir.

değişikliğin yukardaki yorumumuzu ve terör kavramını belirginleştirecek biçimde yapılması daha doğru olurdu.

² AKP ile SP'nin 2001 Anayasa değişiklikleri sırasında liderlerine siyaset yolunu açacak olan AY değişikliklerini karşılıklı olarak nasıl engelledikleri konusunda bkz.Güneri CİVAOĞLU, "Takiyyenin Kanıtı Olur": Milliyet 4.10.2001

C. Milletvekili Seçimi Kanunu ile ilgili sorunlar

1) Yüzde On Baraj Sorunu

3 Kasım seçimlerinin ortaya koyduğu önemli bir gerçek, yüzde onluk ülke seçim barajının demokrasi standartlarıyla olan bağdaşmazlığıdır. Bu seçimlerde seçmenlerin yaklaşık yüzde 45'inin oyu yüzde onluk ülke barajı nedeniyle değerlendirme dışı kalmıştır. Bu oran meşruiyet krizine yol açabilecek boyuttadır Böyle bir sonucu demokratik temsille, ya da Anayasa'daki deyimıyla "temsilde adalet" ilkesiyle bağdaştırmak olanaksızdır. Anayasa'nın 67. maddesine göre "Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir." Öte yandan bu baraj, Avrupa standartlarının (yüzde 3 – 5) çok üstündedir. 1995 seçimlerinde yüzde 14 geçerli oy temsil dışı kaldı, umursamadık. 1999 seçimlerinde bu oran yüzde 19'a çıktı yine tınmadık. Şimdi ise temsil dışı kalan geçerli oyların oranı yüzde 45'e tırmandı. Bu da bizi ayıltmazsa, demokratik yönetimden söz etmek bir ironiden ibaret kalır. Bu nedenle yüzde onluk barajın özellikle bu meclis tarafından en azından yüzde beşe indirilmesi, demokratik meşruiyet açısından anlamlı bir jest olacaktır. Çünkü bu seçimlerde tek başına iktidar olma şansını bulan AKP, bunu yüzde on baraja borçludur. Bunu benimsemenin demokratik meşruiyet sorununu doğurması kaçınılmaz bir sonuçtur.

2) Milletvekilliklerinin İllere Dağılımındaki Adaletsizlik

Öte yandan milletvekilliklerinin illere tahsisi yönteminde il nüfusunun yanı sıra seçmen sayısının da hesaba dahil edilmesi, temsilde adalet ilkesi bakımından zorunludur. çünkü yürürlükteki sisteme göre milletvekilliklerinin illere dağılımı oldukça adaletsizdir. Yasaya göre nüfusuna bakılmaksızın önce her ile bir milletvekilliği tahsis edilmekte (81), daha sonra ülke nüfusu geri kalan milletvekilliği (469) sayısına bölünerek elde edilen sayı esas alınıp, her ilin nüfusu bu sayıya bölünmek suretiyle her ilin ayrıca çıkaracağı milletvekili sayısı belirlenmektedir. Bu yöntem, küçük nüfuslu ve gelişme düzeyi düşük illere, gelişmiş ve kentleşmiş büyük nüfuslu illere oranla TBMM'de daha ağırlıklı bir temsil imkanı vermektedir.

“Örneğin 1999 genel seçimlerinde Tunceli’de 43 bin, Bayburt’ta 50 bin nüfusa bir milletvekili düşerken, İstanbul’da 132 bin, İzmir’de ise 130 bin kişiye bir milletvekili düşmektedir.”³

Bu sistemin temokratik temsilde yarattığı adaletsizliği dengeleyecek bir çözüm üretilmesi gerekir.

Bunun gibi birçok sorunun çözümüne ilişkin somut öneriler, TOBB’un “Siyasi Partiler ve Seçim Kanunları Önerisi”nde⁴ gerekçeli olarak yer almaktadır. Bunlar sistemi fazla zorlamadan yapılabilecek düzeltmelerdir. Ama bunların Anayasa’nın 67. maddesinin son fıkrasında yer alan bir yıllık uygulama yasağına takılmayacak bir zamanlama içinde yapılması gerekir.

3) Siirt Seçimlerinin İptali⁵

a) Bilindiği üzere Yüksek Seçim Kurulu, 02.12.2002 tarihinde Siirt ilindeki seçimlerin iptaline karar vermiş ve bu karar 08.12.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış bulunmaktadır. Kararda oy verme gününün 09.02.2003 olduğu belirtilmiştir.

b) Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 39. maddesine göre: “Bir seçim çevresinde yapılan seçimin, seçim işlemleri sebebiyle iptaline karar verildiği takdirde, o seçim çevresinde yeniden seçim yapılır ve Yüksel. Seçim Kurulu (YSK) seçimin iptaline dair kararlarla birlikte o çevrede seçim yapılacağını RG ve diğer vasıtalarla derhal ilan eder. Bu ilandan sonra gelen altmışıncı günü takip eden ilk pazar günü oy verme günüdür.”

Yine aynı Kanun’un 33. maddesinin son fıkrasına göre, YSK’nun yüzde onluk barajı aşan siyasi partilerin isimlerini il seçim kurullarına bildirip ilan etmesinden sonra “ bir veya birkaç seçim çevresinde, seçimin iptaline karar verilmesi, ülke genelinde alınan oy yüzdesinin yeniden tespitini gerektirmez.”

3 Yavuz SABUNCU, Anayasa’ya Giriş, Yenilenmiş 8. Bası, Ankara 2002, s. 164.

4 TOBB, Siyasi Partiler ve Seçim Kanunları Önerisi, Ankara 2000, s. 97 - 120

5 Bu bölüm, bildirinin sunulduğu 13.12.2002 tarihinden sonraki gelişmeler gözönünde tutularak revize edilmiştir.

c) YSK'nin 13.12.2002 tarihli RG'de yayımlanan 989 sayılı kararın sonuç bölümünün 6. maddesine göre, "Siirt İli seçim çevresinde yapılacak seçim, yasada belirtilen çevre barajının uygulanacağı bir ara seçim olmayıp, iptal edilen seçimin yenilenmesi ve tekrarından ibaret bulunduğundan, milletvekilliği kazanımı da genel seçimdeki ülke barajına bağlı bulunmakla bu çevreden milletvekili kazanma hakkına ancak 03.11.2002 seçimlerinde % 10 ülke barajını geçmiş olan siyasi partiler ..." sahip olacaklardır."

YSK'nin anılan kararının sonuç bölümünün dikkati çeken diğer maddelerine gelince:

-- 1. maddede "seçim başlangıcının 09 Aralık 2002 olarak belirlenmesine";

-- 2. maddesinde yenileme seçiminin 03.11.2002 seçimlerinin devamı niteliği taşıdığı belirtilerek "... Milletvekili genel seçimine katılmış siyasi partilerin bu seçime de katılabilecekleri";

-- 3. maddesinde "Siyasi partilerin yeniden aday tespiti yapamayıp, 03.11.2002 seçimi için belirlenen listelerle seçime gidebilecekleri, bu adaylardan ölüm ve istifa gibi nedenlerle listede boşluk meydana geldiğinde bunun ilgili siyasi parti tarafından ön seçim dışındaki usullerle doldurulabileceği";

-- 4. maddesinde "03.11.2000 seçimine iştirak etmiş bağımsız adayların bu seçime iştirak edebilecekleri, bunların ... yeniden adaylık başvurusu yapmaları gerektiği ve seçime yeni bağımsız adayın katılmasının mümkün bulunmadığı"

karara bağlanmaktadır.

d) YSK'nin Siirt'te yapılacak yeni seçimleri eskisinin devamı olarak kabul etmesi bazı çelişkileri bünyesinde taşıyor.

aa) Bir kere yüzde on barajı Siirt seçimlerinde de geçerli olacaksa, barajı aşamayan partilerin bu seçime katılmalarına bir anlam vermek mümkün değildir. Hukukun abesle iştigal etmemesi asıldır. Milletvekili Seçim Kanunu'nun böylesine abes bir çelişkiyi içermesi kabul edilemez. Siirt'te yapılacak yeni seçimlerde yalnızca barajı geçen partiler

milletvekili çıkarabilecekse seçimin de barajı geçen partiler ve bağımsız aday arasında yapılması gerekir

bb) Bir başka çelişki, bir yandan seçime eski adaylarla gidileceği belirtilirken, diğer yandan istifa nedeniyle boşalma halinde yeni aday belirlenebileceğinden söz edilmesidir. Şayet bu seçim eskisinin devamıysa, boşalan adayın yerine listedeki daha alt sırada yer alan adayın geçmesi gerekir. Nitekim Milletvekili Seçimi Kanununun 25. maddesine göre, "Aday listelerinin kesinleştiği tarihten, oy verme günü saat 17.00'ya kadar ölüm veya istifa nedeniyle aday listelerinde meydana gelecek eksilmeler, liste tamamlanmasını gerektirmez. Ancak aday listelerinde yukardaki nedenlerle boşalma olması halinde listedeki adaylar liste sırasına göre kaydırılmak suretiyle boşalan yerler doldurulur."

Bu hükmün genel seçimin devamı niteliğinde olduğu belirtilen seçimde de kıyasen uygulanması gerekir.

YSK'nin yorumu, taşıdığı çelişkinin ötesinde, son zamanların moda deyimiyse "kişiye özgü bir yorum", izlenimi uyandırmaktadır. Oysa yalnızca listedeki tüm adayların istifa etmesi ya da ölmesi halinde, partinin yeni aday belirlemesi söz konusu olabilir. Ne var ki YSK'nin Siirt Seçimlerini genel seçimin bir devamı sayan mantığı içinde R.T. Erdoğan'ın buradan aday olması da mümkün değildir. Çünkü Milletvekili Seçim Kanunu'nun 16. maddesinin 5. fıkrasına göre: "Bir kimse ... aynı seçim için birden fazla seçim çevresinden aday olamaz, aday gösterilemez ve seçilemez.."

cc) YSK, Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33. maddesinin son fıkrasına göre, "bir seçim çevresinde, seçimin iptaline karar verilmesi halinde, "ülke genelinde alınan oy yüzdesinin yeniden tespitine gerek" bulunmadığını belirtiyor. Kanaatimizce bu hüküm, iptal edilen seçimin dışında kalan iller bakımından öngörölmüş bir hükümdür ve bu illerdeki seçim sonuçlarının ilan edildiği şekilde geçerliliğini koruyacağını ifade etmektedir. Maddenin açık sözü başka bir anlam çıkarmaya elverişli değildir. Madde, seçimin iptal edildiği çevrede yenilenecek olan seçimin oy yüzdesinin değil, "ülke genelinde alınan oy yüzdesinin yeniden tespitini gerektirmediğini belirtmektedir. Başka bir deyişle bu madde

iptal nedeniyle yapılacak yeni seçimde yüzde on barajın uygulanmasına engel değildir.

dd) Nihayet 39. madde, iptal edilen seçimin bulunduğu çevrede **yeniden seçim** yapılacağından söz etmekte ve bu seçimin **60 gün sonra** yapılacağını belirtmektedir. Bu seçim eskisinin devamı niteliğinde olsaydı, 60 günlük bir süreye ihtiyaç duyulmaması ve en kısa zamanda seçime gidilmesi gerekirdi. Şu halde 60 günlük süre yeni bir seçimin yapılması için gerekli prosedürün uygulanması ve hazırlıkların tamamlanmasını sağlamak için öngörülmüş bir süredir.

ee) **Bütün bunları bir arada değerlendirdiğimiz zaman, iptal sonrası yapılması gereken seçimin eskisinin devamı niteliğinde olmadığı, yeni bir seçim niteliği taşıdığı sonucuna varmak gerekmektedir.** Bunun sonucu ise seçime katılacak tüm partilerde yeniden belirlenecek adaylarla seçim yapılması ve barajın, ara seçimlere kıyasen 33. maddenin 1. fıkrasında öngörüldüğü şekilde seçim yapılan çevredeki geçerli oyların yüzde onu olarak hesaplanmasıdır. Ancak burada sorun, Milletvekili Seçim Kanunu'nun söz ve amacından çıkan bu yorumun Anayasa'nın ara seçimlere ilişkin 78. maddesi'nin 3. fıkrasındaki ara seçimi sınırlayan sürelerle aykırı olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Kanaatimizce bir seçim çevresinde seçimin iptali üzerine 39. madde uyarınca **"yeniden seçim"** yapılacak olması, ara seçim olarak değerlendirilmemeli sui generis (kendine özgü) nitelikte istisnai bir seçim olarak kabul edilmelidir. Bu nitelermeye göre Siirt seçimlerinde ara seçim hükümlerinin kıyasen uygulanmasının Anayasa'ya aykırı düşmeyeceğini düşünüyorum. YSK'nin böyle bir yorum yapması, hukuki açıdan savunulabilir bir yorum olurdu. Ancak bu fırsat ne yazık ki kaçırılmıştır.

ff) Bu bağlamda Anayasa değişikliğinin 78. madde ilgili olanına da değinmek gerekiyor. 4777 sayılı yasanın 2. maddesi ile Anayasa'nın 78. maddesine dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

"Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak bir ilin veya seçim çevresinin T.B.M.M.'de üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip

eden doksan günden sonraki ilk pazar günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereğince yapılacak seçimlerde Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanmaz ”

Bu değişikliğin Milletvekili Seçim Kanunu'na yansıtılmasını sağlamak amacıyla da 67. maddenin son fıkrasının ilk ara seçiminde geçerli olmamasına ilişkin bir de geçici madde kabul edilmiştir.

Bu düzenlemeler her ne kadar Cumhurbaşkanı'nın geri çevirme gerekçesinde de belirttiği üzere “kişiye özgü” bir Anayasa değişikliği izlenimini vermekteyse de, sonuçta Anayasa değişikliği 31 Aralık 2002 tarih ve 24980 3. mükerrer sayılı R.G.'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiş olup bu konu üzerinde tartışma yapmanın bir anlamı kalmamıştır.

Ancak bu bağlamda bir Anayasa hukukçusu olarak bir noktanın altını çizmek bilimsel onur ve özenin bir gereğidir. Siirt seçimleri YSK'nin tartışmalı kararına göre yapılmış ve Erdoğan'a başbakanlık yolu açılmıştır. Yapılan genel seçimler sonunda en fazla sandalyeye sahip partinin liderinin başbakanlık görev ve sorumluluğunu üstlenmesi parlamenter sistemin bir gereğidir. Ancak bunun Anayasa'yı zedelemekten gerçekleştirilmesi Erdoğan'ın siyasal konumuna daha uygun düşerdi. Yukarıda belirtilen ve 31.12.2002 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa'nın 78. maddesinin 5 fıkrası, Siirt seçimlerinin, yukardaki tartışmalardan ve önerdiğimiz yorum biçiminden bağımsız olarak bir ara seçim niteliğinde yapılmasını gerektiriyordu. Çünkü Anayasa'ya eklenen bu yeni fıkra herhangi bir ayırım yapmaksızın “**bir ilin veya seçim çevresinin T.B.M.M.'de üyesinin kalmaması halinde ara seçim yapılmasını**” öngörmektedir. Ne var ki YSK'nin tartışmalı yorumu, Anayasa'nın amir hükmüne tercih edilmiştir. Oysa YSK'nin yeni Anayasa kuralını gözönünde tutarak Siirt seçimleriyle ilgili yeni bir karar vermesi ve seçimin bir ara seçim olarak yapılmasını sağlaması gerekirdi. Bu durumda Siirt'te tüm partiler istedikleri adaylarla seçime katılabilecek, milletvekillikleri il bazında uygulanacak olan yüzde on barajı aşanlar arasında paylaşılacaktı. Bu yolun tercih edilmemesi, daha doğrusu baraj riskinin göze alınmamış olması Erdoğan adına bir talihsizliktir. Çünkü kanaatimce Siirt seçimleri bir ara seçim olarak yapılsaydı Erdoğan'ın kazanma olasılığı yine de yüksekti.

D. Siyasal Partiler Hukuku ile İlgili Sorunlar⁶

1) 2001 Anayasa değişiklikleri, siyasi parti özgürlüğü alanında da önemli değişiklikler getirmiştir. Bir partinin ne zaman yasaklara aykırı eylemlerin odağı haline gelmiş sayılacağına ilişkin bir odak tanımı öngörülmüştür. Bu tanımda odaklaşma olgusu iki aşamalı olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

-- ilk planda üyelerle üst kademe parti organ ya da mercileri arasında kesin bir ayırım yapılmış ve odaklaşma için üyelerin parti yasaklarına aykırı fiilleri yoğun bir biçimde işlemesi ve bunun üst kademe organlarınca zımnen ya da açıkça benimsenmesi aranmıştır.

-- ikinci aşamada bu fiillerin doğrudan doğruya üst kademe organlarınca kararlılık içinde işlenmesi yeterli bulunmuştur.

-- üst kademe organları ise şunlardır: büyük kongre, genel başkan, merkez karar ve yönetim organı, TBMM grup genel kurulu ve grup yönetim kurulu.

Anayasa değişikliğinde odak tanımı yanında ayrıca parti kapatma kararının 3/5 çoğunlukla verilebileceği ve kapatma yaptırımını yerine devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının da uygulanabileceği, gibi yeni kurallar getirilmiştir.

2) Bu değişiklik sorunları çözmeye elverişli değildir. En önemli eksiklikler şu noktalarda kendini göstermektedir:

a) Bir kere tanım yetersizdir. Üst kademe parti organları arasında yer verilmeyen parti genel başkan yardımcıları, parti genel sekreteri, daha da vahimi, söylem ve eylemleri yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı gibi iki ayrı zırhın koruması altındaki partili milletvekilleri ve bakanlar, demokratik rejim için tehdit ve tehlike yönünden basit üyelerle aynı statüye sokulmuştur. AİHM'nin Refah Partisi ile ilgili kararı göz önünde tutulursa bu tanımın nasıl yetersiz kaldığı açıkça ortaya çıkabilir.

⁶ Bu bölüm, bildirinin sunulduğu 13.12.2002 tarihinden sonraki gelişmeler gözönünde tutularak revize edilmiştir.

b) İkinci olarak kapatma yerine, devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının henüz devletten yardım alma koşullarına erişmemiş olan bir partiye nasıl uygulanacağı, ayrı bir sorun noktasıdır. Öte yandan bu yaptırımın düzenlenmesinde parti yasakları yönünden bir tutarlılık sağlanmış değildir. Örneğin düzenlendiği yere bakılırsa, bu yaptırım, kapatılmış bir partinin başka bir adla devamı niteliğindeki parti yasağına, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzelkişilerden maddi yardım alınmasına ilişkin parti yasağına ya da yasalarda yer alan başka yasaklara –örneğin Anayasa Mahkemesi'nin ihtar kararına uymayan partiye uygulanamayacaktır. Bu belirsizlik, 11 Ocak 2003 tarihinde çıkarılan 4778 sayılı 4. Uyum Yasası ile kısmen giderilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin ihtar kararına uyulmaması halinde parti kapatma yaptırımı kaldırılarak yerine devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı getirilmiştir. Aynı şekilde Siyasal Partiler Kanunu'nun 102. maddesinde de değişiklik yapılarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ihtarına uyulmaması halinde açılacak olan davada yalnızca devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının uygulanabilmesi öngörülmüş, parti kapatma yaptırımı burada da kaldırılmıştır. Ayrıca Başsavcı'nın ihtarına karşı ilgili partinin Anayasa Mahkemesi'nde itiraz etme imkanı getirilmiştir. Bu düzenlemeler, parti kapatma nedenleri açısından Anayasada öngörülen sınırlı sayım esasına uyum sağlaması bakımından yerindedir; ancak yetersizdir.

c) Üçüncü olarak Anayasa değişikliği, parti kapatma konusunda henüz eylemi bulunmayan bir parti ile eyleme geçmiş parti arasında yapılması gereken ayırımı gözönünde tutmamıştır. Özellikle Anayasa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) TBKP kararı, bu yönde bir değişikliğin gerekli olduğuna işaret etmektedir. Oysa şu anda Anayasa'ya göre bir partinin salt tüzük ve programı ile kapatılabilmesi mümkündür ve bu şekilde kapatılmış partiler az değildir. Ancak bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatma yaptırımı yerine devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının uygulanması mümkündür. Ama yine de 4. Uyum Yasası'nda bunun açıkça belirtilmesi, ve daha önce bir ihtar prosedürünün uygulanması yararlı olurdu.

3) Parti kapatma nedenlerindeki sınırlı sayım esasını Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenmişse de Siyasi Partiler Kanunu'nda bu yasakları aşan ve Anayasa'ya aykırı yönleri bulunan bir çok yasa bulunmaktadır. Her ne kadar bunların -geçici m.15/3'ün kaldırılmış olması nedeniyle- zaman içinde Anayasa Mahkemesi'nce ayıklanabileceği düşünülebilirse de bu ayıklamanın yasa ile yapılması daha doğru olur.

Bu konuda verilebilecek ilk örnek Siyasi Partiler Kanunu m.81'dir. Bu maddenin ilk iki fıkrası, belli bir düşünce açıklamasını ya da davranış biçimini azınlık yaratma ulus bütünlüğünü bozma amacının bir karinesi olarak ele almakta ve getirdiği yasal varsayımlarla Anayasa'da sınırlı bir biçimde belirlenen parti yasaklarını genişleten, bunları somutlaştırma kapsamını açıkça aşan hükümler içermektedir. Bu hükümlerin kaldırılması, parti yasakları konusunda benimsenen sınırlı sayım esasının zorunlu bir sonucu olduğu kadar ayrımcılık yasağının da bir gereğidir. Nitekim Dernekler Kanunu'nda yer alan benzer hükümler kısmen düzeltilmiştir. Maddenin 3. fıkrası ise, dil yasaklarının kaldırılmasına paralel ve daha liberal bir çizgiye çekilmelidir.

Bir başka örnek, Siyasi Partiler Kanunu'nu 96. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "komünist" adı altında siyasal parti kurulamayacağını öngören hükümdür. Bu hüküm de parti kapatma nedenlerinin sınırlılığı ilkesine aykırıdır. Çünkü proleterya diktatörlüğüne yönelik eylemler içinde olmayan ve demokratik düzen çerçevesinde faaliyet gösteren komünist partiler de olabilir. Öte yandan bu hükmün kaldırılması, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Birleşik Komünist Partisi ile ilgili kararının da bir gereğidir.

4778 sayılı 4. Uyum Yasası'nda bunlarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak Siyasi Partiler Kanunu m. 100'de değişiklik yapılarak parti kapatma davasının ancak Anayasa'da öngörülen nedenlerle açılacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi buna dayanarak kapatma yaptırımını yerine devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını uygulayabilir. Ancak bu dahi anılan yasakların içerik bakımından anayasaya aykırılığı sorununu gündemden çıkarmış olmaz.

E. AİHM Kararları ve Yargılanmanın Yenilenmesi Sorunu:

3. Uyum Paketi olarak anılan 4771 sayılı Yasa, HUMK ile CMUK'un ilgili maddelerinde değişiklik yaparak AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararları üzerine yargılamanın yenilenmesi yolunu açan bir düzenleme getirmiştir. Buna göre Yargıtay, "ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu" sonucuna varırsa dosyayı, kararı veren mahkemeye gönderecektir.

Ne var ki yapılan bu değişiklik yasanın yayımı tarihinden bir yıl sonra, yani (03.08.2003 tarihinden sonra) yürürlüğe girecek ve ancak bu tarihten sonra AİHM'ye yapılacak başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanabilecektir. Ayrıca adli yargı dışında da uygulanamayacaktır.

Bu düzenleme, Leyla Zana'nın yeniden yargılanmasını sağlamadığı için Avrupalıları memnun etmemiş, bu nedenle de onları memnun edecek yeni bir değişiklik yapılması zorunlu olmuştur.⁷ Bunun için hazırlanan tasarıda önce Yargıtay Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu'nun ihlalin tazminatla giderilip giderilmediği konusundaki takdir yetkisi kaldırılıp yasanın bir yıl sonra değil de yayım tarihinde yürürlüğe girmesi sağlandı. Yargıtay'a da başvurunun bir yıllık süre içinde yapılıp yapılmadığını denetleme yetkisi bırakıldı. Ama daha sonra koskoca Yargıtay'a böylesine basit bir görev vermenin yakışık almayacağı anlaşılacak, Yargıtay büsbütün devreden çıkarıldı. Ama bu kez de yargılanmanın yenilenmesi yolunun Anayasa Mahkemesi'ni kapsayıp kapsamadığı sorunu gündeme gelmiş oldu. Tabii bu arada, yasanın yayım tarihinde kesinleşmiş olan AİHM kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolu açılarak Leyla Zana sorununa da çözüm getirildi.

Ancak bu gelişmeler içinde kimsenin aklına, AİHM kararları üzerine yargılamanın yenilenmesi yolunun AB üyesi ülkelerinden hangilerinde açık olduğunu sormak gelmedi. Biz burada bildiklerimizi yazalım.

7 23.01.2003 tarih ve 4793 sayılı Kanun: RG 04.02.2003 - 25014.

Norveç, Lüksemburg, İsviçre Apenzell-Ausserhoden kantonu AİHM kararını bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak benimsiyor. İsviçre ise bir temyiz nedeni olarak kabul ediyor. Bu arada bunlara bazı ülkelerin de eklenmiş olabileceği olasılığını açık tutalım. Ancak bilinen bir gerçek varsa bu yolu bize empoze eden AB üyesi ülkelerin önemli bir bölümünde AİHM kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolu açık değildir.

Oysa bu yolun benimsenmesinden önce kendi yargı organlarımızın önünü açmak, ve özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı yargılamanın yolu tartışmasını⁸ gündeme getirecek yerde, temel hak ihlallerinde bu mahkemeye bireysel başvuru (Anayasa şikayeti) yolunu açarak insan hakları ihlallerini öncelikle iç hukukta çözümlenmenin çarelerini aramak elbette ki bağımsız bir yargı işlevine çok daha uygun düşerdi. Ne yazık ki her ne pahasına olursa olsun Avrupa Birliği'ne girme amacına endekslenen bir demokrasinin reform girişimleri Tanzimat döneminkinden pek de farklı olamıyor.

⁸ Yürürlükte olan düzenlemenin Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı yargı yolunu açtığı görüşüne katılmıyoruz. Ancak bu sorun başka bir incelemenin konusudur.

OTURUM BAŞKANI

Teœekkür ediyorum Sayın Sağlam.

Tekrar ifade etmek isterim ki, sizin değindiniz konular benim mahkememi g¼ncel olarak ilgilendiren konulardır. 10 yılı aşan Anayasa Mahkemesi g¼rev s¼rem içerisinde, bizleri de çok meŐul eden ve gerçekten ¼zerinde durulup, yeniden d¼Ő¼n¼lmesi gereken konulardır. Ama ne are ki, b¼yle ¼nemli ve geniş bir konunun 20 ya da 25 dakika gibi çok çok sınırlı bir zaman s¼reci içerisinde, gereği gibi anlatılması m¼mk¼n değildir.

Ben çok teœekk¼r ediyorum. Her ¼ konuşmacı da, bize gerçekten çok ¼nemli, değerli bilgiler sundular.

Gene programa g¼re, ben konuşmaları derleyip, toparlamak suretiyle sizlerin zamanınızı almak istemiyorum. Tartışma diye bir b¼l¼m var, o tartışma b¼l¼m¼nde konuşmacılara y¼neltilecek soruları cevaplayabiliriz.

TARTIŞMA

ŞENER GÜNGÖR (Yargıtay 10. Ceza Dairesi Başkanı)- Sayın katılımcıları ve konuşmacıları saygıyla selamlıyorum,

Kapıdan girerken, Barolar Birliği'nin hazırladığı anayasa taslağını şöyle bir inceledim, kendi kapımızı ilgilendirdiği için sayın konuşmacılara sorum olacak. Sayın konuşmacıların üçü de bu taslağın hazırlanmasında emek vermişler, kendilerine teşekkür borçluyuz. Takıldığım konu şudur: Mevcut Anayasamız'da yargıç güvencesi olarak "65 yaşından önce emekli edilemezler" açık hükmü var iken, elimizdeki taslağın 89. sayfasında 150. madde "Yargıçlar ve savcılar azledilemez, kendileri istemedikçe yasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz" Hangi yasa?.. Hâkimler Anayasa'da teminat altına alınmış. Siz hangi yasayla hâkimleri, savcılarını emekliğini düşünüyorsunuz? Bunu anlamakta güçlük çekiyorum. Bu böyle düzenlenmiş iken, 95. sayfada dikkatinizi çekiyorum 159. madde "Anayasa Mahkemesi üyeleri 67 yaşından önce emekliye ayrılamaz" Hâkimlerin, savcılarının, Danıştay üyelerinin, Yargıtay üyelerinin hangi yaşta emekliye ayrılacağı belli olmazken, Anayasa Mahkemesi üyeleri de bu statüdeyken, 67 yaş teminatını Anayasaya koymanın gerekçesini kavramakta güçlük çekiyorum. Sayın konuşmacılardan bunun gerekçesini duymak istiyorum.

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Sayın Şener.

Konuşmacılarımızdan acaba hangi hocamız bunu cevaplamak isterler?

Sayın Kaboğlu siz cevaplayacaksınız herhalde.

Prof. Dr. İBRAHİM Ö. KABOĞLU- Burada iki olasılık var. Birincisi, Sayın Başkan'ın okuduğu, bize aktardığı hükmün karşılığı olan Anayasa'nın 139. maddesinde anayasal güvence var, ama süre yoktur. Bir düşme olabilir, fakat tartışmaları hatırlıyorum, bunu yaşın yükseltilmesi yönünde, yani "biz bir tavan yaş koymayalım, nasılsa 65 altında düşünülmez" diye düşünülmüş olabilir. Ama tabii ki, Anayasa yargısı için açıkça yer almış olması, diğer yargı organları için yer almamış olmaması bir çelişkidir, bir boşluktur. Bu vesileyle bunu gündeme getirdiği için Sayın Başkan'a teşekkür ederiz. Yeniden ele aldığımız zaman, daha uyumlu biçimde bunu tamamlamak, görevimiz olacaktır.

OTURUM BAŞKANI- Hocam devam edebilirsiniz.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- Bunun mazereti yok, son derece haklı bir müdahaledir, katkınız için teşekkür ediyorum. Biz bunu herhalde atlamışız, mevcut güvenceden geriye gitmişiz. Ama bu farklılık, yani Anayasa Mahkemesi'nin 67 olmasından bunun bir atlama olduğu anlaşılıyor. Bizim amacımız, hepsinin 67 olmasıydı, burada çok açık bir atlama var. Biz farklı gruplar halinde çalıştık, yani İstanbul grubu, Ankara grubu diye. Oradaki bir iletişimsizlikten kaynaklanıyor sanıyorum. Ama mazeret değil, büyük bir hatadır.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum.

Söz almak isteyen var mı? Buyurun efendim.

ERDAL ONAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi)- Tüm konuşmacılara teşekkür ediyorum.

Benim Sayın Yüzbaşıoğlu'na ve bir de Sayın Sağlam'a yönelik çok küçük iki sorum var. Birincisi, Sayın Yüzbaşıoğlu'na; Anayasanın 139. maddesinde yeni düzenleme, işaretlerle buyurdıkları gibi, artık sadece maddelerdeki nedenlerle mümkün olacaktır. Bu kuşkusuz, güzel bir

güvencedir. Ancak, bu düzenleme karşısında, acaba Anayasa'nın bu düzenlemede dokunulmayan maddelerinden, örneğin 48. maddede sorun yok mu? Madde 48 "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir" Bunda herhangi bir sınırlama yok, 13. maddede artık genel sınırlama kalmadığına göre, acaba değişik yasalarda sözleşmelere getirilmiş olan birtakım sınırlamalar bundan böyle Anayasa'ya aykırı hale mi gelecek? Bu ciddi bir sorundur. Örneğin, kıdem tazminatı açısından yasalarda belli bir sınır, tavan var, ama yeni yapılacak bir sözleşme bu doğrultuda bu tür bir tavan öngörmüyor ise, yasalarda sözleşmelere yönelik birtakım amir hükümler, artık Anayasa'nın bu yeni düzenlemesi karşısında Anayasa aykırı mı gelecektir?

Sayın Sağlam'a yönelik olarak da şu hususu değinmek istiyorum: Milletvekili seçilme yeterliliğiyle ilgili yapılan düzenlemede, fırsat hazır ele geçmişken, acaba hukukumuzda her zaman sorun doğurmaya gebe bir husus giderilemez miydi? 76. maddede yüz kızartıcı suçlardan söz ediliyor. Bu çok tehlikeli, hele Yargıtay Ceza Genel Kurulumuz'un zannediyorum 1990'lı yılların ortalarında vermiş olduğu bir karar ışığında, bir çoğunluk kararında, bunun tahdidi olmadığı, numerus clausus olmadığı ve buna başkalarının eklenebileceği dikkate alındığında, işlenmiş olan bir suçun, örneğin karşılıksız çek keşide etmenin -tabii, bunu başka suçlara da yayabiliriz- acaba zaman zaman Yüksek Seçim Kurulu'nca yüz kızartıcı suç olarak değerlendirilmesi gibi bir tehlike varit olmayacak mı?

Bunları arz etmek istemiştım. Çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Erdal Bey.

Soru iki konuşmacıya yöneltilmişti, buyurun.

Prof. Dr. NECMİ YÜZBAŞIOĞLU- Sayın Erdal Onar'a çok teşekkür ediyorum, böylece bir eksiği tamamlamış olacağız.

Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişikliğin, genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasının çok olumlu olduğunu söyledim. Tabii, bunu yaptığımız zaman, yeni sisteme göre bütün hak ve özgürlükleri 74. maddeye kadar tek tek elden geçirmemiz gerekirdi. Bu yeni bir sistem, farklılaştırılmış, kademeli, her hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel alanla ilişkili sınırlama sebeplerini bulabilmek için 74. madde dahil tüm hak ve özgürlükleri tek tek elden geçirmemiz gerekirdi. İşte "Anayasa sanat mıdır?" derken bu kısma geliyoruz. Bu sanatı iyi yapabilseydik ya da anayasa mühendisliğini iyi yapabilseydik bunlar olmazdı. Fakat, değişiklik parça başı olduğu için, maalesef elden geçmeyen ya da geçtiği halde gözden kaçan bu tür sorunlar var. Bu söylediğiniz doğrudur, 48. maddede "Herkes dilediği alanda çalışabilir ve sözleme hürriyetine sahiptir" diyor, bu maddede hiçbir sınırlama sebebi yok. Buna karşılık Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde hüküm var "Bir sözleşmenin konusu ahlaka aykırı ise batıldır" "Acaba, bu hüküm Anayasa'ya aykırı mı sayılacaktır?.. Aynı şekilde Medeni Kanun'un 23. maddesinde 'Kimse hürriyetini umumi adaba aykırı bir şekilde sınırlayamaz' hükmüne aykırı sözleşme artık Anayasa'ya uygun mu sayılacaktır?" sorusu var, örnekler çoğaltılabilir. Bu konuya bir şey daha ekleyeyim, 23. madde yerleşme ve seyahat hürriyeti, bu metinde küçük bir değişiklik olmasına rağmen, bunun sınırlama sebepleri arasında genel sağlık yoktur. Bir bölgeyi sağlık, yangın ya da inşaat nedeniyle karantinaya almanız gerekse, nasıl karantina altına alacaksınız? Genel sağlık sınırlama sebebi değil. Sayın Onar'ın ifade ettiği şeyler, 13. maddeden dolayı değil de, bu maddedeki değişikliğin özgürlüklerin düzenlendiği ilgili maddelere yansımamasından kaynaklanan sorundur. Bu nasıl çözülür? Bu bir kere maddelerin anayasal bazda tek tek elden geçirilmesiyle çözülür. O zamana kadar pratik uyşuk formülüyle, burada sınırlama sebebi yok, ama bir başka bir sebep öngörülebilir mi? Örneğin, 56. maddede "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı" diye bir hüküm var. "Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirliliğini önlemek herkesin ödevidir." Bu çerçevede 23. maddede olmayan genel sağlık sınırlama nedeni, belki buna dayandırılarak konulabilir. Bunun örnekleri Anayasa Mahkemesi toplantılarında tartışıldı üzerinde durmak

istemiyorum. Kurban kesme, kapalı yerde sigara içme; bunların da anayasal dayanağı yoktur. Karantina uygulamaları gibi örnekler çoğaltılabilir. Yasal sınırlamalara anayasal dayanak bulunabilir. Bir başka madde belki zorlamayla, Anayasanın 5. maddesinde devletin amaçları var, burada bir hüküm var. Bu maddeyi çok geniş uygularsak daha başka sorunlar çıkar mı; bilemiyorum. Ama bu tür, ilgili maddede sınırlama sebebi olmayan, ama sınırlanması zorunlu olan özgürlükler bakımından yasal, anayasal dayanak olsun diye şu hüküm kullanılabilir: “Devletin, insanının maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama görevi vardır.” Genel ahlaka aykırı sözleşmeler ya da yasal hükümlerin dayanağı belki bu hüküm olabilir diye düşünüyorum. Bir başka şey, pratik uyum; Anayasa hukukunda ifade ettiğimiz diğer kurullarla uyum içinde olması çerçevesinde olabilir. Bir de en son şuna sınırlanabilir: Alman hukukunda uygulanan “Her özgürlüğün bir nesnel yaşam alanı, norm alanı vardır. Onların alanıyla doğrudan ilgili olmayan konuların, özgürlük kapsamında girmediği” biçiminde bir yorumla, Sayın Onar ifade ettiği şeyleri aşmaya çalışmamız gerekir. Ama doğru çözüm hak ve özgürlüklerin elden geçirilip, bu özgürlüklerin niteliğine uygun sınırlama sebeplerinin konulmasıdır diye düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Sayın Yüzbaşıoğlu.

Sorunun ikinci bölümü, Anayasa'nın 76. maddesine dönük olan kısmıydı. O konudaki cevabı da Sayın Fazıl Sağlam verecekler.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- Efendim, ben bir önceki soruyla ilgili küçük bir ekleme yapmak istiyorum. Değerli meslektaşım çok güzel özetledi. Biraz önce ben giriş bölümünde o metodolojik özeti yaparken, kastettiğim bir anlamda buydu. Eğer, pozitivist yaklaşımıyla bakarsanız, onların hepsi Anayasa'ya aykırı olur. Anayasa Mahkemesi toplantısında bunu ileri süren hukukçular vardır, hatta “bunların Anayasa'ya aykırı bulup, iptal edeceksiniz. Sakın norm alanıyla karıştırmayın, yoksa hepinizi ismen teşhir ederim” diyen bir meslektaşımız da çıkmıştır. Ben buna işaret etmek istedim. Hukuk, öyle normun metniyle varolacak bir

sonuç değildir, o normun içeriğine, düzenlendiği alanın özelliğine bakmanız gerekir. Eğer, o alanın içinde değilse, o zaman zaten o özgürlüğün kullanım biçimi özgür kullanım biçimi değildir. Onun dışında tabii başkalarının hakları da vardır, pratik uyum vardır, gayet güzel onları açıkladı. Bir nokta önemli, bizim Anayasamızda bir de basit yasa kayıtları var. Orada yasa koyucuya geniş bir alan veriyorsunuz, "yasa ile sınırlanır" diyorsunuz, ama sebep yok; işte orada bir sorun var. Eskiden o genel sınırlama sebeplerini, biz yasa kayıtları için yorumlayabiliyorduk. Şimdi öyle bir durum hasıl oldu ki, basit yasa kayıtlarında dahi yasa koyucunun takdir alanı son derece geniş bir hale geldi. Onun için yine onları bir araya toplayacak, ama çok dar çevrede (yani mutlak gerekli olanları) kamu yararı, kamu çıkarı, genel ahlak, genel sağlık gibi; 61 Anayasası'nın ilk metninde olan sebepleri koyarak, onları basit kayıtlarına yönelik olarak düzenlemekte fayda var.

Bunları ekledikten sonra Sayın Onar'ın bana yönelttiği soruya geliyorum. Ayrıca bunu açıklama fırsatı verdiği için de teşekkür ediyorum. Kendisini son derece haklı buluyorum, gerçekten buradaki düzenlemenin numerus clausus olması gerekir, tabii konu çok geniş olduğu için giremedim. Bir de, bence sürekli bir yasak söz konusu olmamalıdır. Düşünün, partisinin kapatılmasına sebep olan bir kişi ki, em ağır eylemlerle partisinin kapatılmasına yol açıyor ve buna yasak getiriyoruz, 5 yıl. Ama burada sürekli bir yasak var. Bence bunun da bir adım öteye götürülerek, 5 yıllı sınırlı kılmak lazım, yani 5 yıldan sonra o yasak kalkmalıdır diye düşünüyorum. Sorun uzlaşmayla aşıldı diye onu dile getirmedim. Ama benim kanaatimce, eğer partisinin kapatılmasına yol açan milletvekiline 5 yıllık yasak getiriyorsak, o zaman bunu genel olarak diğerlerine uygulamanın yararlı olduğunu düşünüyorum. Ama bunun yüz kızartıcı suçlar da sorun olduğunu düşünüyorum. Yüz kızartıcı sayılmak kaydıyla, orada böyle bir sürenin konulmaması gerektiğini, ama diğer suçlar bakımından öbür unsurların aranması gerektiğini düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Sayın Sağlam.

İzin verir misiniz? Danıştay Başkanı Sayın Nuri Alan daha önce söz almışlardı, son söz vereceğim.

Buyurun Sayın Alan.

NURİ ALAN (Danıştay Başkanı)- Sayın meslektaşlarım, değerli konuklar; hepinizi saygıyla selamlayarak sözlerime başlıyorum.

Sayın Başkan ben soru sormayacağım, değerli konuşmacılar tarafından ortaya atılan bazı konularla ilgili görüşlerimi sunacağım. Bu bölüm tartışma bölümü olduğuna göre, bunu izninizle yapabileceğimi sanıyorum.

Öncelikle sayın konuşmacılara teşekkür ediyorum, gerçekten yararlandık, güncel konularda görüşlerini aldık.

Benim birinci olarak değinmek istediğim husus, Sayın Kaboğlu tarafından temas edilen “yasa-anayasa çatışması halinde yargı, yargıç ne yapacaktır?” Kuşkusuz, anayasa yargısının bulunduğu bir sistemde, yargıç öncelikle eğer bir yasa hükmünü Anayasa'ya aykırı görüyorsa Anayasa Mahkemesi'ne gönderecektir. Ancak, uygulamada bunun dışında cereyan eden başka çözümler de mevcuttur. Ben, özellikle Danıştay uygulamasını dikkate alarak bu halleri sizlere sunmaya çalışacağım. Bunlardan biri, Anayasa'da çok açık hükmün yer almış olması halidir. Bu konuda yasada bu açıkça düzenlenmiş hükme aykırı bir hüküm vardır. Bunu şöyle bir örnekle size açıklamak istiyorum: Anayasadan önce yürürlüğe girmiş olan Danıştay Yasası'nda, Danıştay Başkanı'nın, Başsavcısı'nın, daire başkanlarının, başkan vekillerinin, mevcudun çoğunluğuyla seçilmesine imkân veren bir hüküm vardır. 82 Anayasası yürürlüğe girdi, bu seçimlerin ancak genel kurulun salt çoğunluğuyla olabileceğini ifade etti. Bu tabii ki, genel kurulun kuruluşunda yer alan kadro sayısının çoğunluğu anlamına geliyordu. Danıştay, bu Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapmış olduğu ilk toplantıda, geçici 15. maddenin 5. fıkrasının korumasında olmasına karşın, Anayasa hükmünü doğrudan doğruya uyguladı, çünkü çözüm Anayasa'da çok açık seçik biçimde gösterilmişti. Anayasa uygun yorum metodu muhtelif kararlarımızda uygulandı. Eğer, olayda uygulanacak

yasa kuralı yorumla Anayasa'ya uygun hale getirilebilecek biçimde düzenlenmişse, yargıç bu kurala Anayasa uygun bir yorum ve istikâmet verebilir.

Bir de, Anayasa yargısının kapalı olduğu durumlar söz konusudur. Danıştay, yabancı literatürden girmiş bulunan Sıkıyönetim Yasası'yla ilgili İçtihatı Birleştirme Kurulu kararında bunu uyguladı. Sıkıyönetim Yasası'nın 2. maddesine göre, sıkıyönetim komutanlarının bu yasadaki kaynaklanan yetkiye dayanarak yapmış olduğu idari işlemlere karşı yargı yolu kapalı idi. 15. madde himayesinde olduğu için, buna karşı Anayasa'ya gidemiyordunuz. Dolayısıyla, ülkede Anayasa yargısı mevcut olmasına karşın, belli konuda Anayasa yargısına başvurma imkânı yoktu. Burada bence haklı olarak yargıç, Anayasa yargıçısı hüviyetini kazanarak, Anayasa'ya uygun bir yorum yaptı ve bu bilinen İçtihatı Birleştirme Kurulu kararını verdi.

Bir de, Anayasa hükümlerinin verilen kararda destek normu olarak kullanılması hali söz konusudur. Aslında burada yargıç, yaptığı yargılama sonucunda varmış olduğu hükmü Anayasanın bir kuralıyla desteklemektedir. Bu daha ziyade eşitlik gibi genel ilkeleri düzenleyen kuralların uygulanması suretiyle olmaktadır.

Bunun dışında ikinci bir konuya temas etmek istiyorum. Sayın Kaboğlu, yeni Anayasa düzenlemesine ve uyum yasalarına ilişkin yargının içtihadının henüz ortaya çıkmadığını ifade ettiler. Bu tabii, yargının tabiatında bulunan geç çalışma, geç karar verme nedenine dayanan bir olgudur. Tabii ki, yargı önüne geldiği zaman, uyum yasaları ve yeni düzenlemelerle ilgili içtihadını görüşünü, özellikle idari yargı yönünden uyum yasalarıyla ilgili görüşlerini ifade edecektir.

Siirt seçimleriyle ilgili olarak da şöyle düşünüyorum: Gerçi seçim hukukundan 16 sene önce uzaklaştım, fakat söylemek zorundayım ki, bugünkü hukuksal düzenlemeyi ayrıntılarıyla bilmiyorum. Ancak, seçim hukukunda şöyle bir kural söz konusudur: Eğer, iptal nedeni tamamen adaylar belirlendikten sonra oylamaya ilişkin olarak ortaya çıkmış ise artık önceden belirlenmiş olan adaya dokunamazsınız. Bu konuda belli dönem içinde verilmiş çok sayıda kararı vardır. Bunun için yeni bir seçim takvimi oluşturmaya gerek yoktu. Zaten, Resmi Gazete'de de oy

birliğiyle yayımlanmış olan kararın, aslında oy çokluğuyla verilmiş olması da bu tereddüdü göstermektedir. Dolayısıyla, ne 60 güne, ne de adayların değiştirilmesine ihtiyaç vardır. Mevcut adaylarla, adaylardan çekilen olmadığına, adaylardan ölen olmadığına, adaylarda nitelik kaybı bulunduğuna ilişkin herhangi bir iddia bulunmadığına göre, bu liste üzerinden seçimlerin yapılması gerekliydi.

Aslında ben konuşmamı burada konuşulanlarla sınırlamak istiyordum, fakat Türkiye Barolar Birliği'nin hazırlanmış olduğu Anayasa konusunda kısacık bir sitemimi belirtmek istiyorum. Biz, bu komisyondan resmen haberdar edilmedik, ancak özel olarak bilgimiz vardı. Kendilerine dostlarımız vasıtasıyla, Danıştay'ın, idari yargının sorunlarını aktardık. Bu sorunların başlıca odaklandığı maddeler, Danıştay'ın kuruluş maddesiyle, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin maddeleriydi. Ama maalesef, 155. maddenin aşağı yukarı ana hatlarıyla aynen korunduğu, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumunda da, idari yargının her zaman olduğu gibi tali bir yargı gibi ele alındığını görüyoruz. Şu mantığı asla anlayamıyorum: Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay zikredilmiş. Bunlar, başında oldukları yargı düzeninin egemen kuruluşlarıdır. Her zaman her yerde söylediğim gibi, bu yüksek mahkemeler arasında hukuksal olarak hiçbir farklılık yoktur. Buna karşın, her düzenlemede, özellikle Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun düzenlenmesinde, Anayasa Mahkemesi'ne seçilecek olanlarda, Yüksek Seçim Kurulu'na seçilecek olanlarda daima idari yargıya haksızlık yapılıyor ve bir eksik, iki eksik, bunu kabul etmiyoruz. Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumunda mutlaka iki ayrı kurul olmalıdır. Bu kurullar, kendi yargı düzenleri içinde son sözü söylemelidir. Ancak biz, "Hâkimler Savcılar ve Kanun Sözcüleri Yüksek Kurulu'nun" da oluşmasından yanayız ve buna Bakan'ın katılmasının bir sakınca yaratmayacağını düşünüyoruz. Niçin? Hâkimlik teminatında önemli olan husus, hâkimin özlük işlerine ilişkin olarak somut kararlarda idarenin katılmamasıdır. Ancak, yargı ile hükümet, yargı ile Meclis arasındaki irtibatı sağlamak üzere, önerdiğimiz iki kuruldan eşit sayıda katılacak olan üyelerin oluşumuyla ve Adalet Bakan'ının başkanlığında bir yüksek

kurul oluşabilir. Bu kurul, hâkim ve savcıların özlük işleriyle ilgili somut hiçbir karar almayacaktır. Bizim görüşümüze göre bunun iki işlevi olacaktır. Birincisi, yargının sorunlarını hükümete aksettirmek, çünkü yargı tek başına bir yasal düzenleme veyahut herhangi bir hakkın elde edilmesi için, hükümet nezdinde ya da yasama organı nezdinde bir girişimde bulunmaya mahkûm edilmemelidir. İkincisi, iki kurulun yargıç ve hâkimlerle ilgili düzenleyici tasarruflarda karar almak yetkisi olacaktır ve bunun da başkanlığının Adalet Bakanı tarafından yapılmasında bir sakınca görmüyoruz.

Efendim, ben teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Cevap mı vermek istiyorsunuz? Sayın Kaboğlu kısa bir ilave yapmak istiyor, buyurun.

Prof. Dr. İBRAHİM Ö. KABOĞLU- Tabii, bu eleştirilere rağmen, açık çelişkilerin yakalanmasına rağmen, bu metnin bu kadar kısa zamanda tepki çekmesi çok sevindirici bir durumdur. Demek ki, bu metin bir işe yarayacak, emeğimiz boşa gitmeyecek, sağ olun.

Ama hemen şunu belirteyim: Danıştay'ın ikincil konumu söz konusu değildir. Bir de sizin görüşünüz bize ulaşmadı. Tabii, bundan sonraki çalışmalarda, herhalde kurumlar arası işbirliğini ilerletmek gerekir. Şunu gözledim: üç hafta kadar önce Fransa'da "Yargı ve Demokrasi" başlıklı çok önemli bir toplantı yapıldı. Orada üzerinde durulan konulardan biri, yargı organları arasındaki işbirliği idi. Hatta, Avrupa düzeyinde de yargı organları arasında işbirliği gözlenmektedir. Bu bakımdan, bizim bu tür toplantılarda işleyebileceğimiz konu ya da bizlerin bu şekilde kaleme aldıkları metinlerde öyle bir çatışma, ayrılık filan değil de, tam tersine en gelişmiş sistemlerin getirilmesi ve bu işbirliği "adaletin, hakkın, hukukun ortaya konulması en iyi biçimde nasıl sağlanır?" sorusuna yanıt vermelidir. İşbirliğinin çok yararlı olduğunu düşünüyoruz, yoksa yüksek yargı, arasında organların hiyerarşi mantığı hiçbirimizde olmadı.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyoruz.

Sözü, Sayın Başsavcı Sabih Kanadoğlu'na, sonra da Askeri Yargıtay Başkanına veriyorum.

Lütfen, buyurun efendim.

SABİH KANADOĞLU (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)- Sayın Başkan, ben sıfatım ve görevim itibariyle, görülmekte olan bir dava üzerine konuşmayı doğru ve şık bulmuyorum. Ancak, Sayın Sağlam'ın az önce Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesinin yaptırımının Anayasa'ya kesin olarak aykırı olduğu yolundaki belirlemesine katılmadığımı söylemek zorundayım. Eğer, 104. madde yaptırım olarak temelli kapatmayı öngörseydi, Sayın Sağlam yüzde yüz haklı olurdu. Ancak Anayasa'nın 68, 69 ve 149 son maddelerinde, temelli kapatmanın yanında, Anayasa'da bir de kapatma konusunun öngörüldüğünü ve böyle bir yaptırımın yer aldığını görmekteyiz. Bu nedenle, bu yaptırımın gerçekte Anayasa ve yasalar dairesinde faaliyet göstermekle yükümlü olan siyasi partilerin, Anayasa'ya ve yasalara aykırı hareketi karşısında ağır bir yaptırım olduğunu ileri sürmek mümkün olsa bile, şuna kesin olarak inanıyorum ki, oradaki yaptırım Anayasa'ya aykırı değildir; iddiamız da budur. Öğretinin bu beyanına karşı, iddia makamı olarak düşüncemizi belirtmeyi zorunlu gördüm. Söyleyeceklerim bu kadar.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum.

Sayın Başsavcımız'ın Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda da bu gerekçe üzerinde ısrarla durmuştu; kamuoyu bunu biliyor. Görüşlerini saygıyla karşılıyoruz.

Eğer, Sayın Sağlam cevap vermek istiyorlarsa, çok kısa lütfen.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- İki farklı görüş, tabii ki ben de saygıyla karşılıyorum. Ben, bu temelli kapatma ve kapatma ayrımının çok yerleşik bir ayırım veya tatmin edici bir farklılık olarak Anayasa'da düzenlenmiş olmadığını düşünüyorum. İfadelerde bir farklılık var, ama sonuç aynı, yani kapattığınız zaman o parti kapatılmış oluyor. O bakımdan, bana biraz aykırı gibi gözüküyor, ama böyle bir bakış da savunulabilir tabii. Buna bir şey söylemek mümkün değil, saygı duymak gerekir.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Sağlam.

Son olarak Askeri Yargıtay Başkanı'na söz vermek istiyorum. Soru veya anlatmak istedikleri bir nokta varsa, lütfen.

FAHRETTİN DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Başkanı) Ben de Anayasa önerisini, burada hemen çok kısa bir süre inceleme fırsatını bulabildim. Askeri Yargıtay, bugün Anayasamız'da yüksek mahkemeler arasında yer almakta iken, yeni öneride askeri mahkemelerden verilen kararların son inceleme merci olduğu belirtilmekle beraber, yüksek mahkemeler arasından çıkarılmış, askeri yargı bölümünde düzenlenmiştir. Yine, Anayasa Mahkemesinin görevleri alanına baktığımızda, yüksek mahkeme başkan, başsavcılar ve üyelerini yargılama görevi sayılmıştır. Askeri Yargıtay Başkan ve Başsavcısı görev suçlarından dolayı nerede yargılanacaktır? Acaba, Askeri Yargıtay bir istinaf mahkemesi haline mi getirilmek istenmektedir? Tabii ki, bu düzenlemeler yasama organının ülke gerçeklerine uygun olarak yapabileceği hususlardır. Hatta, yargı birliği söz konusu olabilir, bu takdirde Askeri Yargıtay dahi, Yargıtay bünyesinde oluşturulabilecektir. Ancak, burada bizim çelişkili gördüğümüz bir durum söz konusudur. Hem askeri mahkemelerden verilen kararların son inceleme merci olacak ve bu kararlara karşı yeni bir yargı yolu gösterilmeyecek, hem de Askeri Yargıtay yüksek mahkeme konumundan çıkarılacaktır; bu çelişkiye işaret etmek istedim.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Bu çelişkiyi açıklamak için kendimi bu sorunun muhatabı saymıyorum; Ancak sayın konuşmacılar Barolar Birliği'nde bu metni hazırlamada çok önemli görevler almış olsalar bile, kendileri de ifade ettiler ki, elbette tartışılacak, görüşülecek unutulmuş ya da iyi ifade edilemeyen birtakım noktalar vardır. Şüphesiz ki, bunlar olgunlaştırılacak, o bakımdan kendileri de bunu ifade ettiler.

Saygıdeğer meslektaşlarım ve sevgili konuklar, buraya teşrif ettiniz, çok önemli tartışmalar oldu, hepinize ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

İKİNCİ OTURUM

YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGIÇ GÜVENCESİ

OTURUM BAŞKANI:

Eraslan ÖZKAYA
Yargıtay Başkanı

KONUŞMACILAR:

**Gündemden İnmeyen Sorun: Yargı Bağımsızlığı veya Türk
Yargı Bağımsızlığının Simgesi Olarak Hakimler ve Savcılar
Yüksek Kurulu**

Mehmet Handan Surlu
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi Başkanı

**Mahkemelerin Bağımsızlığı Hakimlik ve Savcılık Teminatı
Ali EM**

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Üyesi

**Yargı Bağımsızlığı
Prof. Dr. Nur CENTEL**
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sunucu

Av. ŞAHİN MENGÜ

Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri

Oturum Başkanlığını Yargıtay Başkanı Sayın Eraslan Özkaya'nın yapacağı, konuşmacı olarak 14. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mehmet Handan Surlu, 18. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Ali Em, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Nuri Centel'in konuşmacı olarak katılacakları "Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi" adlı bölüme başlıyoruz.

Sayın Başkan ve konuşmacıları davet ediyorum, buyrun efendim.

OTURUM BAŞKANI

Eraslan ÖZKAYA

Efendim, ikinci oturumumuza hoş geldiniz.

Bu oturumda çok önemli bir konuyu daha inceleyeceğiz, derinliğine işleyeceğiz. İşleyeceğimiz konu “Yargı Bağımsızlığı ve Hâkim Güvencesi”

Sözlerime başlamadan önce, fazla zamanınızı almamak kaydıyla, şu hususu belirtmek isterim: Toplumumuzda hâkim bağımsızlığı, yargı güvencesi, sanki hâkimlerin, adalet dağıtan kişilerin meselesiymiş gibi algılanmakta ve bu yıllardır hâkim bağımsızlığı ve yargı güvencesini yasalarımızda zedeleyen hükümlerin doğru dürüst ele alınıp, bir an önce yeniden düzenlenmemesine neden olmaktadır. Biz yargıçlar olarak, bunu her düzeyde ve her zaman dile getirdiğimiz halde, maalesef bugüne kadar netice alamadık. Bunun esas sebebi, toplumun bunu kendisine her nedense mal etmemesidir. Oysa, yargıç bağımsızlığı doğrudan doğruya kişilerin hak ve hürriyetleriyle ilgili en önemli konudur.

Bilindiği gibi, ne kadar iyi yasalar çıkartılırsa çıkarılsın, bunu doğru uygulayan, bağımsız yargıçlar olmadığı sürece netice almamız mümkün değildir. Yargı bağımsızlığı, hâkim güvencesini kısa olarak, dar kapsamıyla ele alırsak, bu siyasi ve idari organa karşı yargının bağımsızlığını ifade eder. Fakat, bu da yetmez, hâkimin güç odaklarına karşı korunması, hatta hâkimin kendine karşı bağımsız olması da gerekmektedir. Hâkim bütün subjektif duygularından arınarak bir karar vermek durumundadır; bu yargıcın yetişmesiyle ilgilidir. Fakat, diğer bağımsızlıkların da yasalar tarafından teminat altına alınması gerekir. Bizde, maalesef yargı bağımsızlığı dar kapsamıyla dahi gerçekleştirilmiş

değildir. Bazı çevrelerce “yargıçlarımız yarı bağımsız” sözü sık sık dile getirilmektedir, yarı bağımsız yargıç kabul edilemez. Bir gün bir diplomat arkadaşım şöyle demişti: “Yumurta ya çürüktür, ya sağlamdır, yarı çürük yumurta olmaz” Gerçekten de yarı bağımsız yargıç olmaz.

Hepinizin bildiği gibi, öncelikle yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi hususlarında Anayasamız'da bazı maddelerin değiştirilmesi gerekir. Anayasamız 138. maddeden itibaren yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesini teminat altına alan hükümler koymuş, tabiri caizse bir eliyle verdiğini, diğer eliyle almıştır. Türkiye'de “yargıçlar bağımsızdır” diyenler sair hükümleri görmektedir. Oysa, 140. maddenin 6. fıkrası, 144. madde, 159. madde, yargıç bağımsızlığını doğrudan doğruya elinden alan hükümler içermektedir. Bunun yanında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yasası ve Hâkimler Yasası'nda, yargıç bağımsızlığını zedeleyen hükümler bulunmaktadır. Bunların bir an önce yasalarımızdan ayıklanması, gerçek anlamda yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesinin sağlanması gerekmektedir.

Bu oturumda arkadaşlarımız bu hususu inceleyecekler. Önce Anayasa bazında durum ele alınacak, geri kalan süre zarfında sair yasalardaki hükümler ele alınacak, özellikle Yüksek Hâkimler Kurulu'nun mutlaka yeniden düzenlenmesi, yeniden oluşturulması gerekmektedir. Yüksek Hâkimler Kurulu'nun bu haliyle tam bağımsız olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur. Hepinizin de bildiği gibi, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun Başkanı bir siyasi kişi olan Adalet Bakanı'dır ve onun tabii üyesi Adalet Bakanlığı Müsteşarı'dır. Sadece bununla da kalmamakta, bir hâkim doğrudan doğruya Adalet Bakanlığı tarafından mesleğe alınmaktadır. Özellikle mülakat Adalet Bakanlığı elemanlarınca yapılmaktadır. Hâkimleri teftiş eden, terfilerinde, nakillerinde büyük rol oynayan Teftiş Kurulu, doğrudan doğruya Adalet Bakanlığı'na bağlıdır. Bilindiği gibi, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun bağımsız bütçesi bulunmamakta, hatta Adalet Bakanlığı'nın bir binasına sığınmış durumdadır. Böyle bir kurulun yaptığı tasarruf ne kadar tarafsız olursa olsun hiçbir zaman hâkim bağımsızlığı yönünden itimat vermez. Bu bakımdan Yüksek Hâkimler Kurulu'nun yeniden ele alınıp, tam hâkim bağımsızlığını gerçekleştirecek bir bünyeye kavuşturulması gerekir.

Belki, kanunları yapan siyasi organ, Adalet Bakanı'nı Kurul'dan çekmekte pek istekli görülmeyebilir, ama Adalet Bakanı'nın bu kadar müessir olma durumu ortadan kaldırılmalıdır. Bu da Kurul'un üye adedi artırılmak suretiyle, Teftiş Kurulu'nun Adalet Bakanlığı'ndan alınıp, Yüksek Hâkimler Kurulu'na bağlanması suretiyle ve özellikle sekreteryanın Adalet Bakanlığı'ndan alınması ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlanmasıyla mümkün olacaktır. Sekreterya Adalet Bakanlığı'ndan alınmadığı sürece, orada belki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na mensup arkadaşlarımız olabilir. Arkadaşlarımız derler ki, "hakikaten özverili çalışıyorlar" ama 1500 kişilik bir kararname önlerine geliyor, bir hafta içinde bu 1500 kişiyi tetkik etmek durumundalar. Bunu tetkik etmeleri mümkün değildir. Hatta uygulamada şöyle bir şey görüyoruz: "Efendim, bir hâkimin yeri hazırlanmış taslaktan çıkarıldığı takdirde, 15 hâkime yeniden yer bulmak gerekir, zincirleme bu şekilde bir değiştirme yapmak gerekir" derler. Eğer, sekreterya Yüksek Hâkimler Kurulu'nda olursa, bu olumsuzluk da ortadan kalkacaktır.

Arkadaşlarımız derinliğine konuyu inceleyecekler, irdeleyecekler. Ben, fazla zaman almamak üzere sözü onlara bırakıyorum. 14. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mehmet Handan Surlu'ya söz veriyorum.

GÜNDEMDE İNMEYEN SORUN : YARGI BAĞIMSIZLIĞI veya TÜRK YARGI BAĞIMSIZLIĞININ SİMGESİ OLARAK HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN ÖZLENEN OLUŞUMU

Mehmet Handan SURLU

Tebliğimize demokrasilerin, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" unsurlarından birisi olan "Yargı bağımsızlığını tam değerlendirmek için Cumhuriyetimiz'deki serüvenine kısaca bakarak başlamak istiyoruz.

I- Cumhuriyetimiz'de Yargının Anayasal Konumu

1- 1924 Anayasasında Yargı

Kurtuluş Savaşı'nın zaferle sonuçlanmasından sonra 29 Ekim 1923'te ilan edilen Cumhuriyetimiz'in 20.4.1924 tarihli ve 491 sayılı ilk Anayasası'nda yargı, "Kuvvetli Kazaiye" başlıklı dördüncü faslında 53 ile 60. maddelerde düzenlenmiş ve o günün kendine özgü koşulları içinde değerlendirildiğinde son derece ileri bir görüşün etkisiyle olabildiğince bağımsız bir konuma getirilmiştir.

1924 Anayasası'nın 10.1.1945 tarihindeki sadeleştirilmiş şekli ile, 54.maddesi, "Yargıçlar bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar ve bu işlerine hiçbir türlü karışamaz. Ancak kanun hükmüne bağlıdırlar. Mahkemelerin kararlarını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Bakanlar Kurulu hiçbir şekilde değiştiremezler, başkalamazlar. Geciktiremezler ve hükümlerinin yerine getirilmesine engel olamazlar" hükmünü amirdir.

Az önce de değindiğimiz gibi, yıl 1924 Kurtuluş Savaşı'ndan henüz çıkmış bir Türkiye'de ve henüz bir yaşını dahi doldurmamış Cumhuriyet ve bu Cumhuriyet'in ilk Anayasası. Bu Anayasa'nın yargıya verdiği değer.

Değerli bilim adamı, rahmetli Prof.Dr. Münci Kapani'nin nitelemesine göre, "kuvvetlerin birleşmesi" prensibine dayanan 1924 Anayasası, yasama ve yürütme için (vazife) tabirini kullandığı halde, yargı fonksiyonu için "kazai kuvvet" yani "yargı erki" deyimini kullanmıştır.¹ Bu nitelemenin niçin kullanıldığı hususunun açıklanmasını bilim adamlarına bırakmakla birlikte, bir uygulamacı gözlemi olarak, genç Cumhuriyet'in kanun koyanlarının yargıya verdikleri önemin özel bir ifadesi olduğu şeklinde değerlendirdiğimizi bilhassa belirtmek istiyorum.

2-1950-1960 Sürecinde Yargı ve Yargı Bağımsızlığı

Genç Cumhuriyet'in tek parti yönetiminin kendi koşulları içinde böylesine değer verdiği "Yargı Erki ve Yargı Bağımsızlığı" çok partili yaşama geçiş süreci ile birlikte Türkiye'nin gündemine girmiş ve ne yazık ki, bu dönemde en çok tartışılan bir konu olmuştur.

Bir başka anlatımla, yurdumuzda halk iradesini tam yansıtan bir seçim sonucu çok partili yaşama geçildiği 1950 yılından sonra, demokratik bir yönetimin tüm kurum ve kurallarının tam tamına yerleşip oturması beklenirken; bir süre sonra ilk yakınma konusunu, ne yazık ki, yargıya yapılan müdahaleler oluşturmaya başlamış, o dönemin muhalefet partileri ve duyarlı kesimlerince bağımsız yargı özlemi sürekli dile getirilmiş ve 1960 yılına kadar, yine o dönemin söylemiyle "hakim teminatı" gündemin ilk sıralarından hiç inmemiştir.

Çünkü bir hukuk devletinden, haksızlığı uğranılması halinde başvurulacak tek yer ve yol YARGI'dır. Özgürlüklere ve haklara yönelik el atmaları önlemenin tek güvencesi MAHKEMELER'dir. Onun içindir ki, yukarıda da dediğimiz gibi bağımsız yargı demokrasilerin, hukuk devletinin olmazsa olmaz bir unsurudur; onun içindir ki yasama ve yürütmenin yanı sıra onun üç erkenden biridir.

¹ Doç. Dr. Münci Kapani, İcra Organı Karşısında Hakimler'in İstiklali, Ankara-1956 sh. 20,

3-1961 Anayasası'nda Yargı

Toplumsal ve siyasal yaşamımızın bir kavşak noktası olan 27 Mayıs 1960 devriminin ürünü 1961 Anayasası Yargıyı; geçmiş 1950-1960 döneminde yaşanan olumsuzlukların etkisinin yanı sıra demokrasilerin ve hukukun bu konuda ulaştığı evrensel ilke ve görüşleri gözönüne alarak en mükemmel şekilde düzenleme gereğini duymuş; 132 ila 152. maddelerinde yargının ana ilkelerini saptamış; 132. maddesi ile, Hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, hiçbir organ, makam ve merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceğini, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını, 133. maddesi ile de, hakimlerin azlolunamayacağını, kendileri istemedikçe, Anayasa'da gösterilen yaşları önce emekliye ayrılamayacaklarını, bir mahkemenin veya kadrosunun kaldırılması sebebiyle de olsa aylıklarından yoksun kılınamayacaklarını, düzenleyerek "Mahkemelerin bağımsızlığı" ve "Hakimlik Teminatını" ana ilke olarak öngörürken, bu ilkelerin şahıs üzerinde kalmamasını sağlamak ve her yönü ile tam uygulanabilirliğini güvenceye almak için de, 145. maddesi ile hakimlerin bütün özlük işleri hakkında karar vermek üzere "Yüksek Hakimler Kurulu" adıyla bağımsız bir kurul oluşturulmuştur.

Madde gerekçesinde de bu husus şöyle açıklanmıştır: "Hakimlik teminatının sağlanması için, hakimlerin özlük işleri hakkında karar alma yetkisinin yürütme organından alınarak yargı organı içinde teşkil edilecek bir kurula verilmesi prensibinden hareket" edilmiştir.²

Böylece yurdumuzda yargı bağımsızlığı en özgün ve mükemmel şekliyle gerçekleştirilmiş, çıkartılan 45 sayılı Kanuna göre Yüksek Hakimler Kurulu kurularak Türk yargısında yepyeni bir devir açılmıştır.

Yargının kazandığı bu tam bağımsızlık, üzücüdür ki, çok sürmemiş; 12 Mart 1971 muhtırası sonrasında; toplumumuza özgü, her kusuru ve yapılan yanlışlığı, sorunu yargıya yükleme alışkanlığının doğal sonucu olarak, yargı yine gündeme gelmiş, tam bağımsız Türk yargısında, bu defa da demokrasi adına yapılan ve sanki bir anlamda da ilerki yıllardaki

² Kazım Öztürk, Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa, Ankara 971sh.285.

daha etkili ve sınırlayıcı olumsuzlukların bir habercisi, öncüsü ve ayak sesleri sayılabilecek, Anayasa değişiklikleri ile ilk gedikler açılmaya başlanmıştır.

Bunlardan en önemlisi, kuruluş biçimi değiştirilen Yüksek Hakimler Kurulu'nun toplantılarına katılabileceği, ancak oylamaya katılamayacağı öngörülen Adalet Bakanı'nın, "...gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına başkanlık" edebileceği ve bunun doğal sonucu olarak da oylamaya katılabileceğinin kabulüdür.

Böylece yürütme yargıya ilk adımını atmıştır.

4- 12 Eylül Döneminde Yargı

Yargı bağımsızlığında açılan bu ilk gedikler ve geri adımlar bununla da kalmamış; 12 Eylül 1980 hareketi ile birlikte başlayan son dönemde yargı, son derece haksız suçlamaların odağı yapıldığı gibi, adım adım yeni olumsuzlukları da yaşamaya başlamıştır.

Önce 14 Mayıs 1981 gün ve 17340 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile 1961 Anayasası'nın ürünü ve bağımsız yargının güvencesi olan Yüksek Hakimler Kurulu kaldırılmış ve yeni kurulun, Adalet Bakanı'nın başkanlığında iki Yargıtay, iki Danıştay üyesi ile, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdürü'nden oluşacağı kabul edilmiştir. (2461 SK. M.2)

Daha sonra bu oluşum biçimi -Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürü'nün kurul üyeliğinden çıkartılması ve Yargıtay'dan gelen üye sayısının bir arttırılmasına ilişkin değişiklik dışında- aynen 1982 Anayasası'na aktarılarak, şu andaki sistem anayasal yönden de, yasallaştırılıp oturtulmuş, yürütmenin yargıdaki yeri sağlamlaştırılmıştır.

5- 1982 Anayasası'nda Yargı

12 Eylül 1980 hareketi sonrasında kabul edilen yeni Anayasa'da yargı 138 ila 160. maddelerinde düzenlenmiştir. 138. maddede hakimlerin bağımsız olduğu, 139. maddede güvencelerinin nelerden ibaret bulunduğu belirlenmiş, özlük işleri ise 159. madde ile başkanı Adalet Bakanı olan ve Müsteşarı'nın da katıldığı, üçü Yargıtay, ikisi Danıştay

üyelerinden özel usullerince seçilmiş yedi kişiden oluşan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bırakılmıştır.

Kurul kararlarına karşı, yargı mercilerine başvurulamayacağı öngörülmüş; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 9.maddesinin son fıkrası ile de kurulun Adalet Bakanlığı'nda toplanacağı, kurulun işlerinin (yani sekreteryasının) Adalet Bakanlığı'nca yürütüleceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa 140.maddesinin 6.fıkrasıyla da "Hakimler ve Savcılar İdari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlıdırlar" hükmü getirilerek yürütmenin yargıya katılımı kanımızca tamamlanmıştır.

Değerlendirmenin tam anlamıyla yapılabilmesi bakımından bu tarihsel ve kronolojik süreci ana hatlarıyla özetledikten sonra artık yargının bugünkü durumuna eğilebiliriz.

II- Günümüzde Yargı, Yargının Sorunları ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Özlenen Oluşumu

I- Bugünkü Duruma İlişkin Saptama

İlk söylenecek husus, şu an için tam bir bağımsızlıktan söz etmenin mümkün olmadığı gerçeğidir. Çünkü; yargı sadece yasalarda bağımsızdır diye yazılmakla bağımsız sayılamaz. Hakim ve savcı kendisine her yönü ile güvencede görmedikçe bağımsız yargıdan söz edilemez. Bu yalnız ve açık gerçek herkesin tartışmasız kabul edileceği bir husustur. 1982 Anayasası'nda olduğu gibi 1924 Anayasası'nda da, 1961 Anayasası'nda da yargıçların bağımsız oldukları, işlerine hiç kimşenin karışamayacağı yolunda hükümler mevcuttur. Ama buna rağmen yargının tam anlamıyla bağımsızlığından, sadece 1961 Anayasası'nın getirdiği güvenceler nedeniyle, o dönem için söz etmek mümkündür.(1924 Anayasası m.54, 1961 Anayasası m. 132, 1982 Anayasası m. 159,)

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başkanının Adalet Bakanı olması, Müsteşarı'nın Kurul'un tabii üyesi bulunması bile şu an için tek başına, başka bir neden aranmaksızın bağımsızlığın özlenen düzeyde olmadığını söylemek için yeterlidir. Nitekim 1991 seçimleri sonrası kurulan hükümetlerin adalet bakanlarından bazılarının bunu çeşitli vesilelerle dile getirdikleri yine herkesçe bilinen bir gerçektir.

Yargıtay, Danıştay Başkanları ile Türkiye Barolar Birliği Başkanları'nın açılış ve kuruluş günlerindeki konuşmalarında, diğer yargı organlarıyla üniversitelerin çeşitli vesilelerle düzenledikleri toplantılarda bu konuya açıkça değindikleri ve yargının bir an önce tam bağımsızlığına kavuşturulmasını istedikleri belleklerde dir.

Yargı, her siyasi iktidar değişiminde kadroları tedirgin edilecek bir kuruluş değildir. Bu nedenlerledir ki, hakim ve savcıların tüm özlük işlerinde yetkili ve görevli olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, 1980 sonrası oluşumu, yukarda da ifade edildiği üzere, yargı bağımsızlığını tam olarak sağlamaya yetmemiş ve bunun içindir ki, yargı bağımsızlığı Türkiye gündeminin birincil bir sorunu olarak hep karşımıza çıkmıştır. Bunun içindir ki, Kurul'da beş yüksek yargıç bulunduğundan, adli ve idari hakim ve savcılar için gerekli güvencenin var olduğunu söyleyerek mevcut statüyü hararetle savunanlara, yargı bağımsızlığının sürekli tartışılır olması olgusu en iyi cevabı teşkil etmektedir demek yanlış olmaz. Bunun yanı sıra müsteşarlarını değiştirmek için Adalet Bakanları'nın verdiği uğraşlarda bağımsız yargı arayışlarını da haklı kılan bir başka göstergedir.

2- Yürütmenin Yargıya Bakışından Kesitler

Bugün için yargının tam bağımsız olmadığını söyleyenler sadece yargı mensuplarıdır denilebilir mi diye bir soru sorulabilir.

Bu soruyu yanıtlamak için şöyle bir basit araştırma yaptığımızda görüyoruz ki, yargının bağımsız olmadığını söyleyenler sadece yargı mensupları değildir.

Örneğin 55. Cumhuriyet Hükümeti'nin programında bu konuda aynen şöyle denilmiştir.

"Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkelerinin fiilen hayata geçirilebilmesi için, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bağımsız olarak yetkilerini kullanmasını ve bu görevlerini yerine getirmesini sağlayacak bir düzenleme gerekmektedir. Bu çerçevede Kurul'da görev alan yargıçların her türlü etkilerden uzak olarak, yalnızca Anayasa'ya, yasalara ve vicdani kanaatlerine göre karar vermelerine olanak sağlanmalıdır.

Yargı bağımsızlığını tam olarak sağlamak üzere gerekli tüm yasal düzenlemeler, hükümetimiz döneminde gerçekleştirilecektir." (Resmi gazete 13.7.1997-23048 sh.3)

51. Hükümet programında da; yargının her anlamda bağımsız hale getirileceği adalet sisteminin günün ihtiyaçlarına uyum sağlayacak şekilde değiştirileceğine açıkça yer verildiğini saptıyoruz. (Resmi Gazete 1.12.1991-21069, 3)

Yeni kurulan 58. Hükümetimiz'in 28 Kasım 2002 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde okunan programında ise bu konu;

"Yargı gücünü kullananların görevlerini yasaların emrettiği doğrultuda tarafsız olarak kullanmaları; kişi hak ve özgürlüklerinin en önemli teminatıdır. Hükümetimiz, yargı yetkisini kullanan kişi ve kurumların BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ karar vermelerini sağlayacak bir YARGI REFORMUNU gerçekleştirmek için;

"Anayasa ve yasalardaki yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ile bağdaşmayan hükümler DEĞİŞTİRİLECEK, HAKİMLERİN TARAFSIZLIĞINI VE HUKUKUN SİYASALLAŞMASINI engelleyen ÖNLEMLER ALINACAKTIR." (Resmi Gazete 29 Kasım 2002-24951) şeklinde yer almıştır.

Görülüyor ki, yürütmenin sahibi hükümetlerimiz de yargının tam bağımsız olmadığını programlarıyla açıkça teslim ediyorlar.

Dönüp başka belgelere eğildiğimizde örneğin beş yıllık kalkınma planları ile bunlara ilişkin yıllık programlarda da yargının tam bağımsız olmadığına ve bunun gerçekleştirileceğine ilişkin cümlelere rastlıyoruz.

O halde; 1982 Anayasası'nın getirdiği sistemin yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından (çözüm) değil, (sorun) ürettiği açıkça ortadadır.

3- İlginç İki Anekdote

Yürütmenin yargıya bakışının yanı sıra bugünkü oluşumu ile Kurul başkanı olan Adalet Bakan'ının kurulda yer almasının doğurduğu sakıncaları; ilginç bulduğum iki anekdotu özellikle sizlere aktararak vurgulamakta büyük yarar görüyorum.

-Geçmiş dönemlerin hakim ve savcı atamalarında yaşananları bunların yazılı ve görsel medyadaki yansımalarını hatırlayacak olursak bu saptamamızın ne kadar doğru olduğunu açık ve seçik olarak görürüz.

Bunlara ilaveten bizzat kurul başkanı olan Adalet Bakanları'nın demeçlerinden de yargının bağımsız olmadığına ilişkin itiraflara rastlıyoruz. Geçmiş yıllarda bir sayın Bakan'ın bir köşe yazarı ile yaptığı söyleşide şunu üzüntü ile belirtmiştir:

Sayın Bakan diyorlar ki:

"Eskiden de bana hakimler, savcılar gelirlerdi. Gelen herkesi dinlerdim. Şimdi yine geliyorlar. Ama bu kez farklı geliyorlar.

Fark şu: diyor sayın yazar. Eskiden kendi başlarına gelen hakim ve savcılar bu defa bir milletvekiliyle birlikte geliyorlarmış" sayın BAKAN'A.

Bir başka sayın bakanın da bir büyük ilin Cumhuriyet Başsavcısı'nın atanmasında, kurul üyesi arkadaşlarından kendisine birkaç isim bildirmelerini istediğini, verdikleri isimlerden birini başsavcı olarak seçtiğini kameralar önünde açıkladığını, böylece etkinliğini açıkça ortaya koyduğunu sanırım hatırlarsınız.

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin 1982 Anayasası'nın getirdiği sistemdeki sonucunu açık yüreklilikle bundan daha iyi özetleyecek ve ortaya koyacak bir davranış düşünülemez.

4- Çözüm Önerilerinin İlki Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Özlenen Oluşumu

O halde yapılacak iş, ivedilikle yargının tekrar tam bağımsızlığına kavuşturulması, bunun ilk ve kesin çözümü olarak da Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumunun süratle değiştirilmesidir. Çünkü inanıyoruz ki, yurdumuzun şu anda içinde bulunduğu SOSYAL, SİYASAL VE EKONOMİK açmazlarının çözümünde, bağımsız yargının çok büyük bir katkısı olacaktır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun özlenen oluşumu için ilk düşünülen Adalet Bakanı'nın ve Müsteşarı'nın yer almaması hususudur.

Bunun yanı sıra Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu adli ve idari yargı için iki ayrı bölüm halinde oluşturulmalıdır. İtirazları incelemede

birlikte toplanma öngörülmelidir. Kurul üyeleri yüksek yargı organlarının genel kurullarınca doğrudan seçilmelidir. Kurulun sekreteryası ve bütçesi ayrı olmalıdır. Bütün bunların yanı sıra en önemlisi teftiş kurulu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlanmalıdır. Eğer gerçekten bir yargı bağımsızlığından söz etmek isteniyorsa bu özellikle yerine getirilmelidir.

Hakim adaylarının seçilip alınmalarında uygulanan yöntem bağımsızlığa uygun olarak yeniden düzenlenmelidir. Mesleğin kaynağı olan hakim adayını seçerken, bu konuda da bağımsız ve objektif bir seçim düzeninin getirilmesi çok yerinde olacaktır.

Hakimlerin idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlılıkları kesinlikle ortadan kaldırılmalıdır.

Herkes bir gün tam bağımsız yargıya gereksinim duyabilir. Ama sanırım uzak görüşlülük ve erdem, bu o ana gelmeden farkedebilmek ve içtenlikle gereklerini yerine getirebilmektir. Biz bunu tüm ilgililerce fesh edildiğine inanmak istiyoruz ve yargının özlenen bağımsızlığına bir an önce elbirliği ile kavuşturularak, bu sorunun Türkiye'nin gündeminden bir daha girmeyecek biçimde çıkartılmasını diliyoruz.

Sözlerimi; 1961 Anayasası'nın yargıcı olarak 21.10.1967 yılında başladığım mesleğimi yine tam bağımsız bir yargı statüsünün bir anayasal ortamında noktalama özlemimle bitirmek istiyorum.

Tam bağımsız bir yargı dileklerle hepimizi saygı ile selamlıyorum.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Mehmet Handan Surlu Beyefendi'ye çok teşekkür ediyoruz.

Esas sorun, burada siyasilerin yargıçlar üzerindeki etkinliğini bir türlü bırakmak istememesidir. Bu sorunu aşmamız için, kamuoyu, her birey, tüm toplum örgütleri yargıç bağımsızlığının kendileri yönünden ne kadar önemli olduğunu düşünerek, bu siyasi kuruluşlara baskı yapmalarıdır. Biz, arkadaşımızın da söylediği gibi, her adli açılış gününde, her fırsatta söylediğimiz halde, fazla ilerleme kaydedemiyoruz, inşallah bundan sonra ilerleme gerçekleşir.

Söz sırası Sayın 18 Hukuk Dairesi Üyesi Ali Em'de, buyurun.

MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI HAKİMLİK VE SAVCILIK TEMİNATI

Ali EM

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Yüksek mahkemelerin Sayın Başkanları, ve Başsavcıları, Barolar Birliği'nin Sayın Başkanı ve mensupları saygıdeğer meslektaşlarım ve konuklar

Anayasa'da yargının düzenlenişi, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik ve savcılık teminatı konularında açıklamalarda bulunmak amacıyla sözlerime başlıyorum. Öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Toplumsal yaşam içinde bireylerin varlıklarını ve insan olmanın gereği sahip oldukları temel insan haklarını koruyabilmeleri, devletin varlığı ile mümkündür. Devlet, üstün gücünü kullanırken kendi hak ve yükümlülükleri ile bireylerin hak ve yükümlülüklerini tanıma, kullanma, kullandırma, koruma bakımından dengeleyerek yürütmek durumundadır. Devlet bu işlevini, organları aracılığıyla yerine getirmektedir. Bu anlatım bizi hukuk devleti düşüncesine götürür, hukuk devletinde esas olan her şeyin hukuka uygun olması ve hukuka uygun yürütülmesidir.

- Meşruluk,
- Hukukî güvenlik,
- Hak, ödev ve yükümlülüklerde önceden belirlilik,
- Hukuka uymada zorunluluk,

- Kanun önünde eşitlik,
- Bilinçli ve duyarlı kamuoyu gibi

özellikler, hukuk devletinin varlığının temelini oluşturur.

Hukuk devletinde toplumsal yaşam, iyi bir hukuk düzeninin kurulması ve güvenilirliği ile olanaklıdır. Hukuk düzeninin kurulmasında ve yürütülmesinde yargı sisteminin varlığı önkoşuldur. İyi bir yargı sisteminde;

- a) Mahkemelerin bağımsızlığı,
- b) Hâkimlik ve savcılık teminatı,
- c) Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması esastır.

Bu anlatımlardan hareketle, Ülkemizdeki yargı sisteminin Anayasada düzenlenişi, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik ve savcılık teminatı ile adil yargılanma hakkı nasıldır? Nasıl olması gerektiği hususlarında satırbaşlarıyla düşüncelerimi belirtmek istiyorum.

I. Anayasa'da Yargının Düzenlenişi

Egemenliğin sahibi olan millet, egemenlik yetkisini devleti meydana getiren organları vasıtasıyla kullanır ve kullandırır. Anayasa'nın 9. maddesinde "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." hükmü ile mahkemelerin millet adına karar verdiği vurgulanmaktadır. Bu hüküm yargı yetkisinin müdahalesiz kullanımını bir anlamda mahkemelerin bağımsızlığını ifade eder. Hukuk devletinde, devleti yönetenlerin egemenliği karşısında, bireylere tanınan hakların kullanımının sağlanması ve bunlara müdahalelerin önlenmesi ancak YARGININ müdahalesiz ve kendi bağımsız iradesiyle verdiği kararlarla mümkündür. Bunun içindir ki Anayasamız'da "yargı" üçüncü kısmın üçüncü bölümünde hem hukukî hem kurumsal anlamda diğer organlardan ayrı olarak düzenlenmiştir. Anayasa'daki bu düzenleme ile yargının önemi ve özelliği belirtilmiştir.

Ülkemizdeki yargı alanlarındaki gelişmeler 1961 Anayasası'nın getirdiği düzenlemelerle başlamış ve 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile devam ettirilmiştir.

A. Mahkemelerin Bağımsızlığı

Mahkemelerin bağımsızlığı, hakim ve savcılarının güvenceli olması, etkiden uzak ve kendi hür iradeleriyle karar vermeleri şeklinde açıklanır.

Mahkemelerin bağımsızlığını hakim bağımsızlığından ayrı tutmak olası değildir. Mahkemelerin bağımsızlığı hakim güvencesini ve bağımsızlığını sağlar. Konuyu bu yönüyle incelerken mahkeme ve hakim bağımsızlığı birlikte ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Devletin işlevlerinden birisi de iyi bir adalet dağıtımını temin etmek ve bu hizmetin yerine getirilmesi için, her türlü imkanları adaletin hizmetine sunmaktır, **iyi bir adalet dağıtımını her şeyden önce alt yapısı yargının hizmet görmesine hazır hale getirilmiş yargı donanımı ile birlikte, nitelikli hakim ve savcının yetiştirilmesiyle mümkündür.** İnsan unsurunun önem kazandığı mesleklerin başında hakimlik mesleği gelmektedir. Hakimlerin görevlerinde bağımsızlığı ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi Anayasa'nın 138 ve 140'ncü maddelerinde anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. Hakim bağımsızlığında **keyfilik ve sübjektif davranma söz konusu değildir.** Hakim bağımsızlığının özünde, hak ve özgürlüklerin güvencesi olan ve yargılama faaliyetlerini yürüten hakime, memur statüsünden farklı her türlü iç ve dış etkilerden uzak tutulabilecek bir statü sağlamak amacı vardır. Millet adına, yargılama faaliyetini yürüten hakimlerin; **tarafların, çevrenin, yasamanın ve yürütmenin** etkilerinden uzak tutulmaları ANAYASADA HUKUK DEVLETİNİN temel ilkesi olarak kabul edilmiştir.

Hakim bağımsızlığının tanınması, hukuk devletinde bir temel ilke olduğuna göre, bu bağımsızlık verilen meslek mensupları **nasıl olmalı, nasıl alınmalı, nasıl yetiştirilmelidir?** Suallerine cevap bulmak gereği ortaya çıkmaktadır. Hakim ve savcı seçiminin, hakim bağımsızlığı ile yakın ilgisi olduğu görülür. Yeterli bilgi donanımına sahip olmayan ve iyi yetişmemiş hakimlerin bağımsızlığa zarar vermemeleri için başlangıçta seçimin iyi yapılması ve iyi yetiştirilmesi gerekir. Hakim bağımsızlığını sağlamak için işe hakim mesleğe kabulünden başlanılmalıdır. Bu konuda dünyada muhtelif sistemler uygulanmaktadır. Bir sisteme göre, hakimlerin halk tarafından seçilmesinin düzenlendiği, bir başka sistem

de hakimlerin yine hakimler tarafından seçilmesinin, başka bir sistem de hakimlerin yürütme organı tarafından atanmasının öngörüldüğü görülmektedir.

Bunlardan ayrı olarak 1961 Anayasası ile ülkemizde kabul edilmiş sistemde ise hakimlerin atanmaları ve her türlü özlük işlemlerinin, yürütme ve yasama organlarından bağımsız ayrı bir organ tarafından yapılmasını kabul eden sistemdir ki, bu sistem 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir. Ancak 1982 Anayasası bağımsız olan Kurul'u kısmen yürütme organıyla ilişkili hale getirmiştir.

Anayasa'nın 138'nci maddesinde, hakimlerin kararlarını Anayasaya, kanunlara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre vermelerini, hiçbir organın yargı yetkisinin kullanılmasında hakimlere emir ve talimat verilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın bu hükmü karşısında yasama organının hakimlerin bağımsızlığına müdahale etmesi, etki altına alması söz konusu olamaz. Hakimler yönünden bağımsızlığın varlığı yargı yetkisinin kullanılması yönünden önem arzettiği gibi, yargılananlar yönünden de önem arz etmektedir. Bu konuda Anayasa hüküm getirmiştir. Anayasa'nın 37'nci maddesinde, hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere "tabii hakimlik ilkesi" kabul edilmiştir. Bunun anlamı, suç işlendikten sonra mahkemenin kurulamayacağı, yargılama yetkisinin suça göre belirlenemeyeceği hususudur. Olaya göre sonradan yetkili kılınmış yargılama makamındaki hakim, bağımsızlığından her zaman kuşku duyulabilecektir. Bu itibarla, Anayasa, özellikle tabi hakimlik ilkesini belirtmiş ve olaya göre mahkeme kurulmasına cevaz vermemiştir. **Bu yönüyledir ki, yasama organı kanun yaparken Anayasa'nın bu ilkelerine uygun kanun yapmak durumundadır. Hakimlere emir ve talimat verilemeyeceği, görülmekte olan davalar hakkında yargılama yetkisinin kullanılmasına ilişkin soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı ve herhangi bir beyanda bulunulamayacağı** Anayasa'nın 138'inci maddesinin iki ve üçüncü

fıkralarında açıkça belirtilmiştir. Anayasa'nın bu hükümleri gösteriyor ki hakimler yargı yetkisini kullanmaları yönünden yasama organına karşı bağımsızdır.

Hakimlerin bağımsızlığının yalnız yasama organına karşı varolduğu söylenemez. Hakimler yürütme organına karşıda bağımsız olmalıdır. Bundan maksadın yürütme organının müdahalelerinin önlenmesi ve bu organın mahkeme kararlarına uymak zorunda bulunduğu anlaşılmalıdır. Uymamanın sonuçları cezai ve hukuki yaptırımlara bağlanmıştır. Örneğin mahkeme kararına uymayan kamu görevlisi hakkında, ceza davası ve tazminat davası açılması gibi.

Hakimlerin, yasama, yürütme ve idare organlarına karşı bağımsızlıklarının korunmalarının yanında, çevre müdahalelerine karşı da korunmalarının sağlanması gerekir. Örneğin derneklerin, vakıfların, sendikaların, meslek kuruluşlarının, çeşitli insan topluluklarının baskı ve etkilemelerinden korunmaları gibi. Hakimler, uyuşmazlık konusu olayların taraflarına karşıda korunmalıdır. Bu açıdan usul kanunlarında hakimlerin çekinmeleri veya reddi müesseseleri kabul edilmiştir. Hakimlerin bu bağımsızlığının, şahsi olduğu şeklinde algılanmadan, bir görev teminatı olduğu düşüncesiyle değerlendirilip korunmaları esastır. Anayasa'nın belirttiği teminatlar bu çerçevede değerlendirilmelidir.

B- Hakimlik ve Savcılık Teminatı

1982 Anayasası'nın 139'uncu maddesinde hakimlik veya savcılık teminatı birlikte düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre hakim ve savcıların;

-Azlolunamayacakları,

-Kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekli edilemeyecekleri, (Anay. 140/4 ve yaş sınırı altmışbeş olarak kabul edilmiştir.)

-Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmayacakları belirtilmiştir. Ancak;

- Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan mahkum olanlar,

- Görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar,

- Meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler, hakkındaki hükümler saklı tutulmuştur.

24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 53'üncü maddesinde hakimlik ve savcılık görevlerinin sona ermesi hususu düzenlenmiştir. Bu maddenin (a) bendinde "bu Kanun hükümlerine göre meslekten çıkarılmaları veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm hangi halde işletilecektir? Aynı Kanun'un 69'uncü maddesi bu durumu düzenlemiştir, bu haller daha çok mesleğin onur, şeref ve memuriyet nüfuzunun kullanımıyla ilgili olup, işlendiği bildirilen eylemler mahkumiyet şartı aranmamaktadır. Bu karar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca verilmektedir. Ancak bu kararlara karşı itiraz yolu mevcut olup, yargı yolu mevcut değildir. Tanınan bağımsızlığın bu yönüyle yeniden değerlendirilmesi bağımsızlığın tam sağlanması bakımından uygun olacaktır. Yine aynı Kanun'un 36'ncı maddesine göre ilgilinin görevinin;

- Hizmetin gereklerine,
- Teşkilatın ihtiyaçlarına,
- İlgililerin isteğine göre,

değiştirilebileceği öngörülmektedir. Hakim olan bir kimsenin savcı savcı olan bir kimsenin hakim olarak atanabilmektedir. Bu durumun ise bağımsızlığın korunmasını, meslekteki verimli çalışmayı engelleyici bir etken olarak görülebilir. Ancak bu kararın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca verilmesi hakim ve savcılar yönünden bir güvence teşkil ettiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

C- Hakimlik ve Savcılık Mesleği

Hakimler ve savcılar, adli, idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür. Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. (Anay. 140. md)

Hakimler ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82, 89, 99'uncu maddelerine göre Adalet Bakanlığı'nın izni ile yapılmaktadır.

-Hakim ve savcılar kendileri istemedikçe altmışbeş yaşından önce emekliye sevk edilemezler.

- Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 48'inci maddesinde hakim ve savcıların asli görevlerinin dışında alabilecekleri iş ve görevler belirtilmiştir. Buna göre;

- Bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabilirler.

- İzin alma koşuluyla davet edildikleri ve yetkili makamlarınca görevlendirildikleri ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleriyle ilgili diğer toplantılara katılabilirler.

- Adalet Bakanı'nın izin vermesi koşuluyla adalet yüksek okulları ile hizmet öncesi hizmet içi ve bir üst görev hazırlama kurslarında meslek ile ilgili konularda ders ve konferans verebilirler.

Hakim ve savcılarının görevlerinin ve yukarıda sayılanların dışında iş ve görev alamamalarındaki amaç, mesleğin onur ve itibarını korumanın yanında asli görevlerinin aksatılmadan yürütülmesinin sağlanmasıdır.

D- Mahkemelerin Kuruluşu

Anayasa'nın 142'nci maddesinde mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmektedir. Adalet Bakanlığı'nın "bir mahkemenin kaldırılması" veya "bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara" bağlamak, Anayasa'nın 159'uncu maddesinde Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, mahkemelerin kurulması kanuna bırakılmış, ancak kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi hususu Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek

Kurulu'na bırakılmıştır. Böyle bir düzenlemenin yapılması tabi hakimlik ilkesinin bir sonucudur.

İlk derece mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin muhtelif kanunlar mevcuttur. Bunlardan adli mahkemelerin kuruluşuna ilişkin 08.04.1924 tarihli ve 469 sayılı Kanun ile idari mahkemelerin kuruluşuna ilişkin 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri İdari Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanundur.

Diğer yandan, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Anayasa'nın 36. maddesine "**adil yargılanma hakkı**" ilave edilmiştir. Aslında Anayasamız'da adil yargılanmanın gereği olan unsur ve koşullar düzenlenmiş olup, Anayasa koyucu bunu kişinin hakları ve ödevleri bölümüne almakla, konunun önemini bir kez daha vurgulamıştır. Adil yargılanma nedir? Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin bir numaralı bendinde; her şahsın gerek medeni, gerek cezai sahadaki nizalarla ilgili işnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni, müstakil ve tarafsız mahkeme tarafından makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenilmesini istemesinin bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir. Divan'ın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere konuyu şöyle açarak açıklayabiliriz.

II. Adil Yargılanmanın Unsur Ve Koşulları

A- Kanunî Müstakil ve Tarafsız Bir Mahkeme

Bağımsız Mahkeme: Başka bir kişi yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme erki ve tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Divan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken;

- Üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne,
- Görev süresine,
- Üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına,

- Üyelerin her türlü **etkiden** korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına,

Mahkemenin genel bir değerlendirme ile "**bağımsız bir görünüm**" verip vermediğine, bakmaktadır.

Tarafsız Mahkeme: Davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu; özellikle üyelerden bazısının **taraf**lar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da çıkara sahip olmaması demektir

Divan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tarafsızlık kavramını subjektif ve objektif olmak üzere iki açıdan ele almaktadır.

a) Subjektif Tarafsızlık:

- Mahkeme üyesi yargıcın **birey** sıfatıyla, kişisel tarafsızlığını ifade eder. Aksi sabit oluncaya kadar var sayılır.

b) Objektif Tarafsızlık:

- **Kurum** olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip bulunması tarafsızlığı sağlamak için alınmış tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makûl her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır.

Objektif tarafsızlığın değerlendirilmesi. (Organik mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilmesi) açısından yapılmaktadır. Örneğin Divan, bir siyasî parti ile sıkı ilişki içinde olan kişilerin jüri üyesi olarak yargılamaya katılmalarını, objektif bağımsızlıkla bağdaşmaz görmüştür.

B- Davaların Makul Süre İçinde Bitirilmesi

Davaların makul bir süre içinde bitirilmesi adil yargılama taahhüdünde bulunmuş sözleşmeye taraf devletlerin bu duruma çare bulmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur. Yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmaması için hak arayanlar yönünden bir güvence teşkil edecektir **makul süre** her olayın özelliğine göre tayin edilir.

I- Sürenin Başlangıcı ve Sonu:

- Medenî hak davalarında süre ilke olarak, davanın yetkili yargılama makamı önüne götürüldüğünde başlar.

- Ceza davalarında suçlamanın yapıldığı tarihten itibaren bu süre başlar. Örneğin polis ve savcılık soruşturmasının başladığı anda süre başlar.

- Sürenin sonu ise mümkün ve olası kanun yolları dahil, yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihtir.

2. Makul Süre Değerlendirilmesinde Ölçütler: Divan makul süreyi araştırırken üç ölçüt kullanıyor.

- a) Dava konusunun niteliği,
- b) Yargılama sırasında şikayetçinin tutumu,
- c) Ulusal yargılama makamlarının tutumu,

C) Davaların Aleni Surette Görülmesi

Burada amaç yargulamada saydamlığı sağlamaktır. Adli mekanizmanın işleminde "Kamu denetimini" sağlamak, "keyfiliğe" müsait gizli yargılamayı önlemektir. Böylece mahkemelere olan güven sağlanacak gizlilikten kaynaklanabilecek "Haksız keyfi işlemler" önlenecektir.

D) Davaların Hakkaniyete Uygun Olarak Yürütülmesi

Hakkaniyetin ilk ve önemli gereği "silâhların eşitliği" diğer bir anlatımla, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin yargılama boyunca korunmasıdır.

Açıklanan bu düşünceler çerçevesinde Anayasa'nın yargıyla ilgili düzenlemeleri yeniden değerlendirildiğinde öncelikle yapılması gereken değişiklikler aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

1-Anayasa'nın 140'ncı maddesinde hakim ve savcılarının hakları ve ödevleri ile aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Anayasa koyucu bu meslek mensuplarının görevlerinin önemini dikkate alarak diğer memuriyetlerde farklı bir statüde aylık ve ödeneklerinin düzenlenebileceğini belirtmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı gereği hakim ve savcılarının mali haklarının, yargı gibi yetkilerini millettten alan yasama erki üyeleri ile paralellik sağlanması gerekmektedir. Bu anlamda, hakim ve

savcılarının, yasama organı üyelerinin yolluk hakları ayrık olmak üzere, mali haklar yönünden aynı seviyeye getirilmeleri erklerin eşitliğinin gereği olarak görülmektedir.

2-Anayasa'nın 140'ncü maddesinin altıncı fıkrasında "Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlıdır" hükmü yer almaktadır. Bu hükmün Anayasa'nın 138'inci maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı ilkeleriyle çeliştiği görülmektedir. Bu madde hükmünün hakimler yönünden yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

3-Hakim ve savcılarının denetimi kenar başlıklı Anayasa'nın 144'ncü maddesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları çerçevesinde yeniden düzenlemelidir. Yapılacak düzenlemede hakimlerin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı müfettiş hakimler tarafından denetlenmesine olanak sağlanmalıdır. Böylece hakimlerin özlük işlemlerinin dayanağını oluşturan raporların düzenleyicisi olan görevlilerin bağımsız olmaları ve Kurul tarafından görevlendirilmeleri hakim bağımsızlığı için bir güvence olacaktır.

4-Hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ve zorunlu koşulu olan yargı bağımsızlığının gereği, yargılama faaliyetini yürüten hakim ve savcılarının özlük işlerini ve verilen diğer görevleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yerine getiren Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun özerk bir yapıya kavuşturularak, oluşumu, görev ve yetkileri açıklamalar bölümünde ortaya koyduğumuz düşünceler çerçevesinde Anayasa'nın 159'ncü maddesi yeniden düzenlenmelidir. Böylece yargılama faaliyetiyle ilgili evrensel ilkelerin gereği olan hakim bağımsızlığı güvenceye kavuşturulmuş olacaktır.

Konunun önemi tartışılmazdır. Önerilen bu değişikliklerin bir an önce yapılmasını yargı adına bekliyoruz. Bu vesileyle değerli katılımcıları selamlıyor ve saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI

Efendim, Sayın Ali Em'e teşekkür ediyoruz.

Kendisi bir hususa değindi, hakikaten biz hâkimler ücretlerimizi dile getirmekten biraz çekiniriz. Hâkimliği daima son sırada bilhassa bir bürokratmış gibi görmeye başladılar. Bu husus bizi daima rencide etmiştir. Hâkim, hiçbir zaman bürokrat değildir ve astı üstü yoktur. Hâkim, vicdanına göre, kanunlara göre karar veren bir kimsedir. Bu sebeple, madem ki kuvvetler ayrılığı, kuvvetler denklığı söz konusudur, bir yasama meclisinin üyesiyle, hiç olmazsa yüksek yargıcın ücretinin karşılaştırılması gerekir. Hâkimleri en çok rencide eden bir husus da, devamlı olarak ücret yönünde idari organın tasarrufuna tabi olmamız, tabiri caizse onun eline bakmamızdır. Halbuki, hâkimlerin maaşı belli bir sabit noktaya endekslenmelidir. Biz, bu devletin verdiği, verebileceği ücretin dışında hiçbir ücret talep etmemişizdir. Ama hiç olmazsa her sene "şu kadar artı, şu kadar eksildi" diye çeşitli kesimlerin ücretleriyle kıyaslamamız lazımdır. Sabit ya bir başbakanlık müsteşarlığının maaşına ya da milletvekili maaşına, tazminatları ayırık tutulmak suretiyle endekslenmelidir ki, hâkim onurunu, gururunu bir idari organın veya yasama meclisi üyelerinin peşinde koşmak suretiyle rencide etmesin.

Değerli Hocamız Sayın Nur Centel Hanımefendiye söz veriyorum.

Kendisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesidir, buyrun efendim.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Prof. Dr. NUR CENTEL

I. Hakimin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Kavramları

Ceza muhakemesinde çatışan çıkarlar arasında denge sağlamak, ancak hakimin adil bir hükme varmasıyla gerçekleşebilir. Hükümün adil olması ise hakimin muhakeme dışı ve muhakeme içi hiçbir etki altında kalmamasıyla elde edilebilir. Bunu sağlayacak olan, hakimin bağımsızlığı ile tarafsızlığı ilkeleridir.

Ceza muhakemesinde yargılama makamını işgal eden hâkimin bağımsız olması, onun görevini yaparken hiç bir etki ile baskı altında kalmaması ve hiç bir kişi veya merciden emir almaması, kısacası özgür olması demektir. Bu ilke, önemi dolayısıyla Anayasa'da yer almaktadır (Anay. m.138/1 cümle 1): "Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar".

Mahkemeler her zaman tek hakimli olmadıkları için, tüm üyelerin bağımsızlığını anlatmak üzere, Anayasa'da mahkemelerin bağımsızlığı kavramına da yer verilmiş ve "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" denilmiştir (Anay. m.9).

Hakimin tarafsız olması ise yargılama yaparken yan tutmaması, taraflara karşı objektif olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesidir. Aynı davada taraflar başka kişiler ya da hakim başka hakim olsa da yine aynı karar verilebilecekse, tarafsızlık söz konusu demektir.

Hakimin tarafsızlığı, bağımsızlığından çok daha önce muhakeme hukukunda söz konusu olmuş ve bağımsızlık adeta, tarafsızlığı sağlama

aracı olarak görülmüştür¹. Buna rağmen, Anayasa'da hakim in bağımsızlığından söz edilmesine karşılık, tarafsızlığa değinilmemiştir. Ancak, Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesi (Anay. m.2), dürüst yargılanma hakkını içerir. Nitekim, Anayasa'da adil (dürüst) yargılanma hak olarak tanınmıştır (Anay. m.36)². Söz konusu hak ise tarafsız hakimce yargılanmayı şart koşar. Dolayısıyla, hakim in tarafsızlığı da, bağımsızlığı gibi, anayasal güvence altındadır. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/1'de, kişilerin, hem bağımsız ve hem de tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkına sahip olduklarından söz edilmektedir.

Belirtelim ki, hakim in davada mutlak tarafsızlığını sağlamak, hiç de kolay değildir. Çünkü, hakimi etkileyen ve taraflardan birine diğerine oranla daha çok sempati ya da antipati duymasına neden olan haller bulunabilir. Örneğin hakim de, sanık ya da mağdur gibi, anne ya da baba veya birinden biriyle aynı ya da farklı mezhepten veya sosyal gruptan olabilir. Ancak, bu gibi hallerde henüz hakim in tarafsızlığının zedelenmeyeceği kabul olunabilir³. Buna karşılık, belli olgular ya da hakim in şahsından kaynaklanan belli haller, verilecek hükmün objektifliğinden kuşku duyulmasına neden olacak yoğunluğa ulaşırsa, artık hakim in tarafsızlığından söz edilemez. Bu gibi hallerde yasa koyucu, üç kurum öngörerek, taraflı olacağından kuşku duyulan hakim in yerine, tarafsız hakim in yargılama yapmasını sağlamak istemiştir. Söz konusu kurumlar, hakim in görev yapmaktan yasaklanması ile reddi ve çekinmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, tarafsızlığı, önyargı sahibi olmamak biçiminde tanımlamaktadır. Tarafsızlığın, Divan'a göre, objektif ve sübjektif olmak üzere, iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hakim in birey olarak tarafsız olmasıdır.

1 Bak. M.Öden, "Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması", AÜHFD 43 (1993/1-4), 62 dn.4.

2 Bak.3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa.

3 Bak. N.Kunter/F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku I, İstanbul 2002, N.20.4 (181) II, O.Teplitzky, "Die Richterablehnung wegen Befangenheit", JuS IX, 7 (1969), 321.

Objektif tarafsızlık ise mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünümdür⁴.

II. Hakimin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığının Güvenceleri

Hakimin objektif bir biçimde ve yasalara uygun olarak karar verebilmesinin ilk güvencesi, onun muhakeme dışı etkilere karşı korunmasıdır. Bunu hakimin bağımsızlığı ilkesi ile buna ilişkin güvenceler sağlamaktadır. Ancak bunun dışında, hakimin ayrıca somut olayı yargılarken muhakeme içi etkilere karşı da korunması gerekmektedir. Bunu sağlayacak olan ise hakimin tarafsızlığı ilkesi ile buna ilişkin güvencelerdir.

Hakimin bağımsızlığı, bizzat amaç değil, hukuki barışın gerçekleştirilmesinde bir araçtır⁵. Bu anlamda hakimin bağımsızlığı, maddi ve kişisel bağımsızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan maddi bağımsızlık emir almamayı ve kişisel bağımsızlık da azledilmezlik ile görev yerinin değiştirilmezliğini anlatır⁶.

Tarafsızlık, esas olarak hakimin sübjektif durumuna ilişkindir. Nitekim, hakim tarafların üstünde olmalı ve kararları kişiyi göz önüne almaksızın vermelidir. Bu konuda tarafsızlık, tersi kanıtlanıncaya kadar var sayılır. Hakimin tarafsız olamayacağı hallerde ise onun yerine bir başka hakimin yargılama faaliyetini üstlenmesini sağlayacak kurumlar vardır. Bu kurumları tarafsızlığın güvenceleri olarak kabul edebiliriz. Bunlar, yukarıda da değinildiği gibi, hakimin görevden yasaklanması, hakimin reddi ve hakimin çekinmesidir.

4 Bak.İncal/Türkiye, 9.6.1998, O.Doğru, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi I, İstanbul 1998, 413 vd.; Piersack/Belçika, 1.10.1982, 7/1981/46/74, EuGRZ XII, 11 (18.6.1985), 301 vd. Ayrıca, Padovani/İtalya, 26.2.1993, Demikoli/Malta, 27.8.1991, Holm/İsveç, 25.11.1993, Kunter/Yenisey, N.20.4 (181) 1 dn.47; J.Abr.Frowein/W.Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention EMRK-Kommentar, Kehl Strassburg Arlington 1985, m.6 k.no.96; F.Gölcüklü/Ş.Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, k.no.510 vd.

5 Bak. A.Bettermann, vom Sinn und den Grenzen der richterlichen Unabhaengigkeit, Die Unabhaengigkeit des Richters ein Cappenberger Gespraech, Köln 1969, 51.

6 Bak. O.R.Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, München 1981, m.1 k.no.9.

III. Doğal Hakim İlkesi

Doğal hakim ilkesi, toplumun yargıya güveninin ve hakimnin etki altında kalmamasının güvencesidir. Aydınlanma çağında keyfi yargıya karşı mücadele sonucunda elde edilen bu ilkeye göre, herhangi bir olayı yargılayacak mahkeme, olay meydana geldikten sonra değil, önceden ve genel olarak yasayla kurulmuş olmalıdır⁷. Buna göre, doğal hakim, yasayla önceden kurulmuş her bakımdan yetkili yargılama makamındaki hakimdir. Doğal olmayan hakim ise bir olaydan sonra sadece bu olay için kurulmuş ya da olaya göre sonradan yetkili kılınmış yargılama makamında yer alan hakimdir.

Doğal hakim ilkesinin, ceza hukukundaki kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ceza muhakemesindeki yansıması olarak nitelendirilmesi, ilkenin önemini ortaya koymaktadır⁸. Bu bağlamda Anayasa'da, "hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz" denilerek doğal hakim ilkesine yer verilmiştir (Anay. m.37).

Doğal hakim güvencesine Fransız, İngiliz, Amerika Birleşik Devletleri, İsveç, Danimarka, Japon ve bazı eski doğu bloku ülkelerinin Anayasaları'nda yer verilmemiştir. Buna karşılık ilke, Alman, Belçika, İtalya, Avusturya, İspanya, Hollanda, İsviçre ve Portekiz Anayasaları'nda yer almaktadır⁹.

Söz konusu ilkenin yapıcı ve engelleyici olmak üzere iki sonucu vardır. Bunlardan yapıcı olanı, yasa koyucunun hakimlerin yetkilerini ve

7Bak.K.A.Bettermann, "Die Unabhaengigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte III/2, Berlin 1959, 542 vd. Ayrıca bak.AyM, 15-16.2.1972-1971-31/5-RG.14.10.1972, N.14336, 28.3.1963-4/71, RG 18.10.1963, N.11534.

8 Bak. K.Peters, Strafprozess, Heidelberg 1985, § 19 I, E.Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2002, 67.

9 Bak.A. Eser, "Der gesetzliche Richter und seine Bestimmung für den Einzelfall", Festschrift für Hannskarl Salger (yay.A.Eser/H.J.Kullmann/L.Meyer-Gossner/V.Odersky/R.Voss) Köln 1994, 262 vd. A.Eser "Yasal Hakim ve Münferit Olayda Tespiti" (çev.N.Centel), Hukuk Araştırmaları IX, 1-3 (1995), 60 vd.

bu alandaki görev bölüşümüne ilişkin kuralları önceden belirlemekle yükümlü olmasıdır¹⁰. Anılan ilkenin engelleyici olan sonucu ise istisnai mahkemelerin kurulamamasıdır.

Hiç kimsenin doğal hakiminden yoksun bırakılamayacağı kabul edilmeksizin yargı bağımsızlığı söz konusu olamayacağından, doğal hakim ilkesi, hukuk devleti kavramının da bir unsurunu oluşturmaktadır. Nitekim, hukuk devletinin karşıt kavramı olan polis devletinde siyasi çıkarlar nedeniyle bir davanın belli bir biçimde sonuçlanmasını sağlamanın en etkili yolu, genel yetki/görev kurallarına göre davaya bakması gereken yargılama mercilerini devre dışı bırakacak olağanüstü mahkemeler kurmaktır¹¹.

IV. Yargı Bağımsızlığının Gelişim Süreci

Hakim bağımsızlığı konusunda atılan ilk adımlar XVII. yüzyıla rastlar. Bu yüzyılda Fransa'da hakimler kraldan bağımsız olma mücadelesine girişmişlerdir. İngiltere'de ise parlamento, krala karşı mücadele ederek, kralın tek başına hakimleri görevden alma yetkisini ortadan kaldıran ve bunun için parlamentonun onayını arayan 1701 tarihli Act of Settlement'i kabul etmiştir¹².

Hakim bağımsızlığı, aydınlanma çağında ve XIX.yüzyılda sağlanan önemli bir gelişmedir. Söz konusu kavram, Montesquieu'nun 1784 yılında Fransa'da, mutlakiyetçi devletin keyfilğine karşı bağımsız yargıyı da içeren güçler ayrılığı kuramını geliştirmesiyle asıl anlatımını bulmuştur¹³.

10 Bu konudaki sistemler için bak.Eser, Yasal Hakim ve Münferit Olayda Tespiti, 60 vd.

11 Bak.E.Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I, Göttingen 1952, k.no.437.

12 Bak.O.R.Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, München 1981, m.1 k.no.15.

13 Bak.Peters; §17 II, M.Mumcuoğlu, Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye'de Gelişimi", ABD XLVI, 2 (Mart 1989), 265-266.

·V. Yabancı Anayasalarda Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Göreve Atanmaları

Hakim bağımsızlığı anayasalarda yer almaktadır. Örneğin, Alman hukukunda hakim bağımsızlığı 1848 yılından beri Alman Anayasalarında ifade edilmekte¹⁴ ve halen Alman Anayasası m.97/1' de hakimlerin bağımsızlığı öngörülmektedir¹⁵.

Alman Anayasasına göre, hakimler bağımsızdır ve sadece yasalara tabidirler. Hakimler, iradeleri hilafına olarak sadece kesin hükümle ve yasal nedenlerle ve yasada belirtilen şekilde, görev süreleri bitmeden azledilebilir veya sürekli ya da geçici olarak görevden alınabilir veya başka bir göreve verilebilir ya da emekliye sevk edilebilirler. Yaşamları süresince göreve atanan hakimlerin emeklilik yaşları, yasayla belirlenir (Anay. m.97). Federal hakimlerin hukuki durumu özel federal yasayla düzenlenir. Federal hakim görevde veya görev dışında Anayasanın temel ilkelerini veya bir eyaletin anayasal düzenini ihlal ederse, Anayasa Mahkemesi Federal Meclis'in talebiyle üçte iki çoğunlukla, hakimın başka bir göreve veya emekliye sevk edilmesine karar verir. Kasıtlı ihlal halinde azil söz konusu olabilir (Anay. m.98).

Almanya'da Anayasa Mahkemesi üyeleri Parlamento tarafından seçilir (Anay. m.94/1). Yargıtay, Danıştay, Sayıştay gibi yüksek mahkemelerin karşılığı olan Federal Yüksek Mahkemelerin hakimleri ise ilgili alanda yetkili olan Federal Bakan ile Hakim Seçme Komisyonu tarafından ortaklaşa atanır. Hakim Seçme Komisyonu, ilgili alan için yetkili Eyalet Bakanları ile Federal Meclis tarafından seçilen aynı sayıdaki üyeden oluşur. (Anay. m.95/2).

Eyalet hakimlerinin hukuki durumu, özel eyalet yasalarıyla düzenlenir. Federal devlet, Anayasa'da aksinin öngörülmemiş olması koşuluyla çerçeve kurallar öngörür. Eyaletler, eyalet hakimlerinin,

14 Peters, § 17 II, R.v.Hippel, Der Deutsche Strafprozess, Lehrbuch, Marburg 1941, 115.

15 Bak.1998'de değiştirilmiş olan 23.5.1949 günlü Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck Texte im dtv, München 2000.

Eyalet Adalet Bakanı ile Hakim Seçme Komisyonu tarafından ortaklaşa atanmasını öngörebilirler (Alman Anay. m.98/3, 4)

Öte yandan, Avrupa Birliği'ne dahil olan ülkelerden örneğin, Belçika Anayasası (m.151/1)¹⁶, İtalyan Anayasası (m.101/2, 104/1)¹⁷, İrlanda Anayasası (m.35/2)¹⁸, Fransız Anayasası (m.64/1)¹⁹, Portekiz Anayasası (m.206)²⁰ ve İspanyol Anayasası da (m.117/1)²¹ hakimlerin bağımsızlığına ilişkin kurallar içermektedir.

Hakimlerin göreve atanmaları konusunda tercih edilen sistemler ise çok çeşitlidir. Bunları şöyle sıralayabiliriz: 1)halk tarafından seçilme, 2)yasama organı tarafından seçilme, 3)yürütme organı tarafından atanma 4)hakimler tarafından seçilme, 5)özel kurullar tarafından atanma²².

Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde hakimler halk tarafından seçilmektedir. İsviçre'de ise bazı mahkemelerin hakimleri halk tarafından seçilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde hakimlerin yasama organı tarafından seçilmesi sisteminin uygulandığı eyaletler de vardır. Yine İsviçre'de ve yukarıda değinildiği gibi, Almanya'da bazı mahkemelerin hakimleri yasama organı tarafından seçilmektedir²³.

Daha çok uygulanan sistem ise hakimlerin yürütme organı tarafından atanmasıdır. Amerika Birleşik Devletlerinde federal hakimler,

16 Bak.1999'da değiştirilmiş olan 17.2.1994 günlü Belçika Anayasası, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck Texte im dtv, München 2000.

17 Bak.2000'de değiştirilmiş olan 27.12.1947 günlü İtalyan Anayasası, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck Texte im dtv, München 2000.

18 Bak. 1999'da değiştirilmiş olan 1.7.1937 günlü İrlanda Anayasası, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck Texte im dtv, München 2000.

19 Bak. 1999'da değiştirilmiş olan 4.10.1958 günlü Fransız Anayasası, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck Texte im dtv, München 2000.

20 Bak.1997'de değiştirilmiş olan 24.1976 günlü Portekiz Anayasası, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck Texte im dtv, München 2000.

21 Bak.1992'de değiştirilmiş olan 29.12.1978 günlü İspanyol Anayasası, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck-Texte im dtv, München 2000.

22 Bak.Y.Ünver, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", İHFM LIII, 1-4 (1988-1990), İstanbul 1991, 155 vd.

23 Ş.Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, Ankara 1982, 52 vd; Ünver, 159 vd.

İngiltere, Almanya, İsveç, Norveç ve Finlandiya'da bazı mahkemelerin hakimleri yürütme organı tarafından atanır²⁴. Bunun gibi, örneğin Belçika'da, sulh hakimlerini, istinaf mahkemesi üyeleri ile birinci derece mahkemelerin başkan ve yardımcılarını kral atar. Bu atamada, yetkili komisyonca üçte iki çoğunlukla yapılan öneriler esas alınır. Yüksek mahkeme üyeleri de, kral tarafından atanırlar (Anay. m.151). Yaşam boyu atanan hakimler, yasada gösterilen yaşta emekliye ayrılır ve ancak mahkeme kararıyla makamdan alınır veya azledilirler (Anay. m.152)²⁵.

İspanya'da Yargı Genel Konseyi vardır. Bu konsey, yüksek mahkemenin başkanı ile kral tarafından beş yıl görev yapmak üzere atanan yirmi üyeden oluşur. Bu yirmi üye, yasayla belirlenen kategorideki oniki hakim, Kongre tarafından önerilen dört üye ve Senato tarafından önerilen dört üyedir. Senato ve Kongre bu üyeleri, iyi yetişmiş avukatlar ve onbeş yıl görev yapmış diğer hukukçular arasından ve üyelerinin beşte üç çoğunluğuyla önerir (Anay. m.122). Yüksek Mahkeme Başkanı Yargı Genel Konseyi'nin önerisi üzerine, yasada belirlenen esaslar dahilinde kral tarafından atanır (Anay. 123/2). Yargı, bağımsız, azledilemeyen ve sadece yasalara uymak zorunda olan hakimler tarafından kral adına yerine getirilir (Anay. m.117/1). Kanunların tanıdığı bağımsızlık ve güvenceler çerçevesinde görev yapan hakimlerin, geçici veya sürekli görevden alınmaları, emekliye sevkedilmeleri veya görev yerlerinin değiştirilmesi ancak yasayla gösterilen sınırlı hallerde mümkündür (Anay. m.117/2).

Hakimler tarafından seçilme sisteminde hakimler, ya yüksek dereceli mahkemelerin ya da görev yapacakları mahkemelerin hakimleri tarafından seçilmektedir. Bu sistemi uygulayan ülkelere örnek olarak, İsviçre, Finlandiya ve Kolombiya gösterilmektedir²⁶.

Son sistem olarak gösterdiğimiz özel kurullar tarafından atanma ise Fransa, İtalya ve Portekiz'de uygulanmaktadır. Fransa'da Cumhurbaşkanı'nın başkanlık yaptığı ve Adalet Bakanı'nın başkan

24 Ünal, 57; Ünver, 159 vd.

25 Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, Beck-Texte im dtv, München 2000.

26 Ünver, 165 vd.

yardımcısı olduğu bir konsey vardır. Bu konsey iki bölümden oluşmaktadır. Bir bölümü hakimler, diğer bölümü ise savcılar için yetkilidir. Konsey, hakimler hakkında disiplin mahkemesi olarak da kararlar vermektedir (Anay. m.65).

İtalya'da, Anayasa Mahkemesi onbeş hakimden oluşur. Hakimlerin üçte biri Cumhurbaşkanı tarafından, üçte biri Parlamento'nun ortak toplantısında ve üçte biri de yüksek mahkemelerce seçilir (Anay. m.135).İtalya'da Hakimler Yüksek Konseyi vardır. Bu konseye, Cumhurbaşkanı başkanlık eder. Yargıtay Başkanı ve Başsavcısı bu konseyin hukuken üyesidir. Diğer üyelerin üçte ikisi hakimler arasından, üçte biri Parlamento'ca ortak oturumda üniversite hukuk ordinaryüs profesörleri ve onbeş yıl mesleğinde çalışmış avukatlar arasından seçilir. Bu konseyin üyeleri görevlerinde dört yıl kalırlar ve tekrar hemen seçilemezler (Anay. m.104). Konsey, hakimlerin özlük ve disiplin işleri için yetkilidir (Anay. m.105).

Portekiz'de hakimlerin atanma ve özlük işleri için hakimler yüksek kurulu, savcılar için savcılar yüksek kurulu yetkilidir. Hakimler yüksek kurulu, Portekiz yüksek mahkemesi başkanının başkanlığında cumhurbaşkanı tarafından atanan iki üye, parlamento tarafından seçilen yedi üye ve hakimler tarafından seçilen yedi üyeden oluşur (m.218). Hakimlerin atanmaları, görev yerlerinin değiştirilmesi, desteklenme uygulamaları ile kanundaki kriterlere göre disiplin işlerinin yürütülmesinde hakimler yüksek kurulu yetkilidir (m.217).

VI. Türk Anayasalarında Yargı Bağımsızlığı

Türk hukukunda ilk kez 1876 Kanun-i Esasisi'nde hakimlerin bağımsızlığı ilkesine yer verilmiş ve bunu sağlayacak güvenceler öngörülmüştür (m.81). Bunlar, hakimlerin azledilemeyeceği ve özlük işlerinin yasa hükümleriyle düzenleneceği yolundaki kurallardır. Söz konusu düzenlemeler 1878 Teşkilat-ı Mehakim Kanunu ile ele alınmış, ancak tümüyle kağıt üzerinde kalarak uygulamada etkili olamamıştır²⁷.

27 Bak.M.Kapani, *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali*, Ankara 1956, 83-94.

Öte yandan, 1924 Anayasası, mahkemelerin (m.8) ve hakimin bağımsızlığı ilkesini ve yargıya getirilen güvenceleri, daha ayrıntılı biçimde düzenlemiştir (m.54). 766 ve 2556 sayılı Hakimler Yasaları da hakimlik güvencelerine ilişkin hükümleri içermiştir.

1961 Anayasası'nda ise mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı ilkesinin (m.7, 132) yanı sıra, hakimlerin özlük işlerini yürütmek üzere Yüksek Hakimler Kurulu'nun oluşturulması öngörülmüştür (m.143 vd.).

1982 Anayasası'nda da mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı ilkesine yer verilmiş (m.9, 138/2, 139) ve bu güvencelerden birini oluşturan Yüksek Hakimler Kurulu, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na dönüştürülmüştür (m.159).

VII. Uluslararası Belgelerde Hakim Bağımsızlığı

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde, herkesin hak ve yükümlülükleri belirlenirken, kendisine herhangi bir suç atılan kişinin tam bir eşitlikle bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkından söz edilmektedir (m.10).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının bulunduğunu kabul etmektedir (m.6). Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın kararlarına göre, mahkeme yürütme ile yasamadan ve taraflardan bağımsız olmalıdır. Bu ise mahkeme üyelerinin görevlerini yaparken emir ve talimat almamalarını ve de hesap verme durumunda kalmamalarını zorunlu kılar. Buna karşılık, üst derece mahkemelerinin kararlarının göz önünde bulundurulması, mahkemenin bağımsızlığından kuşku duyulmasını gerektirmez²⁸. Yargı bağımsızlığı, hakimlerin atanma biçimleri ve görev süreleri, dış etkilere karşı güvencelerinin varlığı ve dış görünüm itibarıyla mahkemenin bağımsız kabul edilip edilemeyeceği gibi kriterlere bağlanmıştır²⁹.

28 Bak.Frowein /Peukert, m.6 k.no.89.

29 Bak. Frowein/Peukert, m.6 k.no.90; Gölcüklü/Gözübüyük, k.no.509.

VIII. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin İçtihatları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, bireylerin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede davasının dinlenmesini isteme hakkı bulunduğu söylenmektedir (İHAS m.6/1).

Burada öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, mahkeme kavramını nasıl değerlendirdiğine değinelim. Strazburg yargı yerlerine göre mahkeme, yargısal rol ve adli işleve sahip bulunan, yani görevi kapsamındaki konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak karar verme yetkisine sahip olan mercilerdir. Bir merciin mahkeme sayılması için, verdiği kararların gerektiğinde devlet gücüyle yerine getirilmesi mümkün olmalıdır³⁰. Bu bağlamda, sadece mütalaa ve tavsiye vermekle yetkili kılınmış makamlar mahkeme sayılmamaktadır³¹.

Mahkemenin yasayla kurulması, bu konuda yürütmenin düzenleyici işlemlerinin geçerli olmamasını anlatmaktadır. Strazburg yargı yerlerine göre mahkemenin kuruluşu, yetkileri ve yargılama yöntemi dava konusu olay ortaya çıkmadan önce ve yasayla gerçekleştirilmiş olmalıdır³². O halde bu kavram, yasal hakim güvencesini içermektedir³³. Örneğin, bir davada, bakan sıfatı bulunmayan bir sanığın, suç ortağı bakanla birlikte, yasada öngörülmediği halde, temyiz mahkemesinde yargılanması, yasal mahkeme ilkesinin ihlali olarak görülmüştür³⁴.

30 Sramek/Avusturya, 22.10.1984, Benthem/Avusturya, 23.10.1985, Belilos/İsviçre, 29.4.1988, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.507.

31 Benthem/Avusturya, 22.5.1984, De jong, Baljet et van den Brink/Hollanda 22.5.1984, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.507.

32 Ancak, yasanın mahkemelerin örgütlenmesine ilişkin tüm ayrıntıları göstermesi gerekmez. Örneğin, yer yönünden yetkinin belirlenmesinin yürütme organına bırakılması sözleşmeye aykırı görülmemiştir. Bak. Zand/Avusturya (Komisyon kararı), 12.10.1978, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.508; S.İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2002, 159.

33 Engel/Hollanda 8.6.1976, Sramek/Avusturya, 22.10.1984, Zand/Avusturya (Komisyon kararı), 12.10.1978, Gölcüklü/Gözübüyük (2002) k.no.508.

34 Coeme, Mazy, Stalport vd./Belçika, 22.6.2000, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.508.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birbiriyle yakından bağlantılı olan tarafsızlıkla bağımsızlığı genellikle birlikte değerlendirmektedir. Örneğin, bağımsızlık ile tarafsızlık açısından, mahkeme üyelerinin tamamının veya bir kısmının meslekten hakim olmalarının gerekmediği kabul edilmektedir. Önemli olan, karar veren organın yargısal rol üstlenmesi, hukuken düzenlenmiş bir usul izlemesi, bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip olması ve gerektiğinde devletin zor kullanma yetkisi çerçevesinde yerine getirilen bağlayıcı kararlar verme yetkisini elinde tutmasıdır. Dolayısıyla, sadece olağan mahkemelerin değil, bazı disiplin kurullarının veya uzmanlık kurul veya mahkemelerinin de mahkeme sayıldığı görülmektedir. Mahkeme üyeleri arasında memurların bulunması, tek başına ihlaf nedeni sayılmamakta, hatta bunlar çoğunluğu oluştursa da, bu durumun kendiliğinden bağımsızlık ile tarafsızlığı kuşkulu hale getirdiği kabul edilmemektedir.

Bu bağlamda, bazı idari işlevler de yüklenen bir organın, yargısal işlevler yerine getirdiği sırada bir mahkeme olarak görülmesi mümkündür. Önemli olan, tarafsızlığını ortadan kaldıran bir görevler çatışmasının olmamasıdır³⁵.

Ancak, mahkemenin önüne gelen davayı kesin karara bağlama yetkisinin bulunmasına dikkat edilmektedir. Bir mahkemenin verdiği kararın yerine getirilip getirilmeyeceğine başka bir yetkili merci kararı veriyorsa, o mahkeme, sözleşme açısından uyumsuzluğu veya suç isnadını karara bağlayan bir mahkeme olarak kabul görmeyebilir. Yargı dışı bir merci tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme yetkisi, mahkeme kavramının ve aynı zamanda bağımsızlığın bir unsurudur. Örneğin, Beaumartin/Fransa davasında önüne gelen hukuki sorunu çözmek için İçişleri Bakanlığına başvurmak zorunda olan (sözleşme yorumu için) Fransız Danıştay bu koşullara uygun bulunmamış, yani bağımsız mahkeme sayılmamıştır³⁶.

35 Ettl ve diğerleri/Avusturya, 23.4.1987, Erkner ve Hofauer/Avusturya, 23.4.1987, Poiss/Avusturya, 23.4.1987, British American Tobacco/Hollanda, 20.11.1995, İnceoğlu, 155, 165. Ayrıca bak. D.Tezcan/ M.R.Erdem/ O.Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, 254 vd

36 24.11.1994 Günlü karar, İnceoğlu, 156 vd., 172 vd.

Bağımsızlık araştırılırken özellikle üyelerin atanma ve görevden alınma usulüne, görev sürelerine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığına yani mahkemenin bağımsız bir görünüm taşıyıp taşımadığına bakılmaktadır³⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bağımsızlıkta kilit nokta yürütme organına karşı tamamen bağımsız olmadır. Ancak, mahkeme üyelerini atayan organın niteliği, tek başına bağımsızlığı etkilemez. Örneğin, mahkeme üyelerinin bir bakan veya hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanması her zaman bağımsızlık ilkesine aykırı bulunmaz. Bu bağlamda, Campbell ve Fell/Birleşik Krallık davasında, cezaevi teftiş kurulu bağımsız mahkeme kuralına aykırı bulunmamıştır. Oysa, bu kurulun üyeleri İçişleri Bakanı tarafından atanmakta ve kurul, mahkeme gibi yargılama yapmaktadır³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, hakimlerin görev süreleri içinde görevlerinden alınamamaları, mahkemenin dış baskılardan korunması için önemli bir başka güvencedir. Ancak, bu konuda açık yasal hükümler bulunması aranmamakta ve çok istisnai durumlar dışında üyelerin görevden alınmaması uygulamasının bulunması da yeterli görülmektedir. Dış müdahalelere karşı koruma, mahkeme üyelerine yürütme organı tarafından talimat, emir verilememesi konusunda da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yasal hükümlere değil, uygulamaya bakmaktadır³⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, hakimlerin salt tarafsızlığı açısından üzerinde durulan konular ise şunlardır: Hakim, tarafsızlığından kuşku duyulması için makul bir neden varsa yargılama görevinden çekilmelidir. Demokratik bir toplumda mahkemelerin halka vermesi gereken güven duygusu tehlikeye düşürülmemelidir. Ancak, örneğin daha önce savcılık biriminde çalışan yargı görevlilerinin, davayı bizzat incelememiş olsalar da, hakim kürsüsüne oturamayacaklarını kabul etmek aşırıya gitmek olur. Bu bağlamda, Nortier/Hollanda

37Engel/Hollanda, 23.11.1976, Campbell et Fell/İngiltere 28.6.1984, Sramek/Avusturya 22.10.1984 Obermeier/Avusturya 28.6.1990 Gölcüklü/Gözübüyük (2002) k.no.509.

38Gölcüklü/Gözübüyük (2002) k.no.509, İnceoğlu, 167.

39 Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, İnceoğlu, 167 vd.

davasında, duruşma hakiminin son soruşturmadan önceki aşamada yaptığı faaliyetin niteliğine bakılmış ve yapılan işlemlerin bir görüş oluşturmaya elverişli olup olmadığı değerlendirilerek, bir küçüğü yargılayan hakimin aynı zamanda sorgu hakimi olarak da çalışmış olması sözleşmeyi ihlal edici bulunmamıştır. Mahkeme'ye göre, dava dosyasını tamamlamak için yapılan işlemler, başvuru basit tedbirler, bilirkişi atanması gibi faaliyetler görüş oluşturmaya elverişli değilse, tarafılık iddiası haklı görülmez⁴⁰. Öte yandan, tutuklamanın devamına karar veren hakim mutlaka tarafı görülmez. Ancak, olayın özelliği, tarafsızlığı kuşkulu hale getirebilir. Örneğin, Hauschildt/Danimarka davasında, hakimin (dokuz kez) dayandığı madde dolayısıyla, tarafsızlığının kuşkulu hale geldiği kabul edilmiştir. Çünkü, dayanak yasa maddesinde, suçluluk konusunda özel olarak teyit edilmiş bir kuşku bulunması aranmaktadır⁴¹.

Avrupâ İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuyu tutuklayan ve bilirkişi tayin eden sorgu hakiminin, duruşma hakimi olarak görev aldığı ve tarafsız olamayacağı iddiası ile reddedildiği, ancak üst mahkemece bunun kabul edilmediği bir olayda da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iddiayı kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, duruşma hakiminin ilk soruşturmada sanığın tutuklanmasına karar vermesi ve bazı kararlar alması tarafsızlıktan kuşku duyulmasını kendiliğinden haklı göstermez, sonsoruşturma öncesi hakim tarafından alınan önlemlerin niteliği ve genişliği önemlidir⁴².

IX. Türk Hukukunda Yargı Bağımsızlığına Eleştirel Yaklaşım

1. Genel Olarak

Hakim bağımsızlığına, her türlü hak ve özgürlüğün güvencesi olduğu için, Anayasa'da yer verilmiştir (Anay. m.138/1). Ancak, hakim bağımsızlığının sadece Anayasa'da yer alması yeterli değildir. Bunu fiilen gerçekleştirecek güvencelerin bulunması gerekir. Çünkü, hakimin

40 24.8.1993 Günlü karar, İnceoğlu, 191 vd.

41 İnceoğlu, 188 vd.

42 De Cubber/Belçika, İnceoğlu, 187 vd.

bağımsızlığı konusunda devletten, taraflardan ve toplumdan kaynaklanabilecek tehlikeler sözkonusudur.

Hakimin bağımsız olması, emir almaması ve emirlere karşı direnebilmesi için güvencelere sahip olması demektir.

Hakimlik güvencesi, hakimin kendisi istemedikçe emekliye ayrılmaması ve mali güvencesinin bulunmasıdır (Anay. m.139/1). Dar anlamda güvence, hakimlerin azledilememesi demektir⁴³. Geniş anlamda güvence ise, hakimlerin azledilememelerinin yanı sıra şunları içerir: Hakimlerin, 1) yasada gösterilen hal ve usuller dışında görevlerinden geçici de olsa alınamamaları, 2) rızaları olmaksızın yerlerinin değiştirilememesi, 3) emekliye ayrılammaları ve 4) maaşlarından yoksun bırakılmamaları.

2. Emir Almama

Bağımsızlık, hiç bir merci veya kişiden emir almamayı gerektirir. Nitekim, hukukumuzda hiçbir organ, makam, merci ya da kişinin yargılama yetkisinin kullanılmasında mahkemelere, hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır (Anay. m.138/2, HSK m.4/1). Bu açıdan, hakimlerin görevlerinin, yargılama görevleri ile idari görevler olarak ikiye ayrılması ve idari görevler bakımından hakimlerin Adalet Bakanlığı'na bağlı tutulmaları (Anay. m.140/6, HSK m.5/4) kanımca hakimlerin bağımsızlığıyla bağdaşmaz⁴⁴. Öte yandan, Anayasa'da yargı yetkisinin kullanılmasında emir verilmemesinden söz edildiği için, örneğin kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetilmesi gibi idari işlemlerin düzenlenmesinde, Adalet Bakanlığı'nın mahkemelere genelge gönderebileceği ve önlem alabileceği ileri sürülmektedir⁴⁵. Oysa, hakimlerin kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için

43 Bak.S.Erman, Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1983, k.no.242, Ü.Kardaş, Hakim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri, İstanbul 1992, 46.

44 Bak.Kunter/Yenisey, N.20.3 (180) II; B.Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, 393.

45 Bak. B.Kuru, Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, 9.

gerekli işlemleri de dolaylı olarak yargılama göreviyle bağlantılı olduğundan, hakimin bu konuda da emir ve talimat almaması gerekir⁴⁶.

3. Azledilememe

Hakimin bağımsızlığının sağlanabilmesi için, onun azledilememesi ilkesinin kabul edilmesi şarttır. Söz konusu ilke, tarihi açıdan güçler ayrılığı ilkesinden daha eskidir ve geleneksel olarak Fransa'da XVI.yüzyıldan itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Hakimlerin azledilememesi ilkesi, hukuk kuralı olarak ise ilk kez İngiltere'de 1701 tarihli Act of Settlement'de yer almıştır⁴⁷.

Hukukumuzda 1876 Kanun-i Esasisi, hakimlerin bağımsızlığı ilkesiyle birlikte hakimlerin azledilemeyecekleri esasını da öngörmüş, ancak bu esas, uygulamada etkili olmamıştır. Daha sonra, Cumhuriyet Anayasaları'nın tümünde hakimlerin bağımsızlığı ve azlolunmazlığı ilkesi yer almıştır (1924 Anay. m.55, 1961 Anay. m.133, 1982 Anay. m.139/1)

Azledilememe konusunda şu durumlarda yasal istisnalar vardır: Hakimin, 1)meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı mahkum olması, 2)görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması, 3) meslekte kalmasının uygun olmadığına karar verilmesi (Anay. m.139/2).

Hakimlerin emeklilik yaşı yasayla belirlenebilir. Yaş sınırı, tüm hakimler için eşit olarak saptandığı sürece, hakimin bağımsızlığı konusunda herhangi bir sakınca yaratmaz. Bu açıdan, hakimlik güvencesi, hakimin yaşadığı sürece görev yapması anlamını taşımaz. Belli yaşa gelmedikçe emekli olmayacağını bilmek, hakimin bağımsızlığı açısından yeterli bir güvence oluşturur.

Hakimler 65 yaşını dolduruncaya kadar görev yapabilirler ve kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamazlar (Anay. m.140/4, HSK m.44).

46 Bak.N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, 356.

47 Kapani, 12.

Hakimlerin yürütme organına karşı bağımsızlıklarını güvencelemenin en etkili yollarından birisi de hakimlerin mali güvencelerinin bulunmasıdır. Bu nedenle, hakimlerin bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylıklarından yoksun kılınamayacakları belirtilmiştir (Anay. m.139/1, HSK m.44).

Diğer yandan, geçim sıkıntısı çekilmemesi de bir hakimlik güvencesidir ⁴⁸.

4. Yer ve Kürsü Güvencesi

Hakim bağımsızlığının diğer bir yanını da yer ve kürsü güvencesi oluşturur. Bu güvence, hakimlerin görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak kendi isteklerinin dışında değiştirilememesidir.

Anayasa'da yer güvencesi tanınmamış, hakimlerin görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Daha önce 2556 sayılı Hakimler Kanunu, yer güvencesini belli kıdemdeki hakimler için sağlamıştı. Ancak bu yasa 1972'de değiştirilerek yer güvencesi kaldırılmış ve bunun yerine, Yüksek Hakimler Kurulu'nun bölgeler belirleyerek belli sürelerle hakimlerin bu bölgeler arasında görev yerlerini değiştirmesi sistemi getirilmiştir. Bu sistem halen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile sürdürülmektedir (HSK m.35).

Hakim bağımsızlığının diğer bir güvencesi, hakimın onayı olmaksızın görevinin değiştirilememesidir. 2556 sayılı Hakimler Kanunu m.79/bent B, yer güvencesinden başka kürsü güvencesini de tanımaktaydı. Buna göre, hakimın onayı olmaksızın terfi suretiyle de olsa mevkii ve memuriyeti değiştirilemezdi. Yeni yasada ise bu hükme yer verilmemiştir. Halen yürürlükte olan 2802 sayılı HSK m.36 uyarınca hizmetin gereklerine, teşkilatın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteğine göre hakimlerin savcılık, savcılarının ise hakimlik sınıfına geçirilmeleri

48 Bak. Kuru, 34, K.Zweigert, Zur inneren Unabhaengigkeit des Richters", Festschrift für Fritz von Hippel zum 70.Geburtstag (yay.J.Esser/H.Thieme) Tübingen 1967, 713.

mümkündür. Bu kural, kanımızca hakim bağımsızlığını zedeleyecek niteliktedir.

Bunun gibi, Yüksek Hakimler Kurulunun kabulü aranmaksızın hakimin kendi onayıyla Adalet Bakanı tarafından Bakanlık hizmetine alınabilmesi (Anay. m.159/6, HSK m.37), ve geçici yetkiyle görevlendirilebilmesi (Anay. m.159/7, HSK m.47) kuralları da hakim bağımsızlığı açısından sakıncalıdır. Çünkü bunlar yürütmenin hakim üzerinde baskı aracı oluşturmasına yaramaktadır.

5. Atanma ve Özlük İşlerin Yürütülmesi

Yargı bağımsızlığını sağlayan yollardan birisi, hakim ve savcılarının göreve alınmalarının ve özlük işlerinin ayrı bir sistem dahilinde yürütülmesidir. Çünkü, yürütme organı, hakimlerin özlük işlerini düzenleme yetkisini elinde tutarak onlar üzerinde baskı oluşturabilir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Divanı, bağımsızlık güvencesinin asıl göstergesinin yürütme gücüne karşı tamamen bağımsız olma noktasında toplandığını belirtmektedir⁴⁹. Divan, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, herhangi bir makamın üyelere emir verme yetkisi bulunup bulunmadığına, üyelere etkide bulunulmaması için önlem alınıp alınmadığına ve mahkemenin genel bir değerlendirmeye bağımsız görünümde olup olmadığına önem vermektedir⁵⁰.

Hakimlerin atanma ve özlük işlerinin görülmesinde bağımsız kurulların yetkili olması, hakimin yürütme organından bağımsızlığı açısından önem taşıyan bir güvencedir.

Ülkemizde hakimlik mesleğine alınacak olanların, Adalet Bakanlığı'nca belirlenerek staja başlatılmaları ve daha sonra Kurulun

49 Neumeister/Avusturya Davası, 27.6.1968, Tanör, 390.

50 Ancak Divan bir davada, iki sivil hakim ile dört asker üyeden oluşan Hollanda Yüksek Divanı'nı, asker üyeler siviller gibi güvenceli olmayıp görevden alınabildikleri halde, bağımsız mahkeme olarak kabul etmiştir. Çünkü Divan'a göre, sözkonusu üyeler yeminle göreve başlamakta ve kurul halinde görev yapmaktadırlar Bak. Engel/Hollanda, 8.6.1976, Kunter/Yenisey, N.7.9 (83) II dn.47, S.Donay, İnsan Hakları Açısından Samgün Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, 84.

atamayı yapması sistemi vardır. Adalet Bakanlığı'nın mesleğe alınacakları belirlemesi, tercihlerin siyasi ağırlıklı olması ve hatta suiistimaller yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle, staja kabul işlemini de Kurul yapmalıdır⁵¹.

Hakimlerin özlük işlerinin yürütülmesi, hukukumuzda ilk kez 1961 Anayasası ile özel bir kurul olan Yüksek Hakimler Kurulu'na verildi (m.144). 1981 yılında söz konusu kurul "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"na dönüştürüldü⁵² ve 1982 Anayasası'nda da bu biçimde yer aldı (Anay. m.159).

Oluşum biçimi sürekli eleştiri konusu olan Kurul, halen yedi asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Kurulun başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı ise kurulun doğal üyesidir. Diğer beş asıl ve beş yedek üye ise, Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Kurul, hakimlerin ve savcılarının özlük işlerini yürütür. Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz (Anay. m.159)⁵³.

Gerçi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bu hususu hakim bağımsızlığı açısından sakıncalı görmemiştir. Gerçekten, Uslu/Türkiye davasında Anayasa m.159 uyarınca Kurul kararlarının yargı denetimine tabi olmaması, bu kurul tarafından yapılan atamaların bağımsız mahkeme ilkesini ihlal edeceği kabul edilmemiştir⁵⁴. Ancak, kanımca, yürütme ağırlıklı yapısıyla Kurul'un hakim bağımsızlığının güvencesi sayılması, hukuken olanaksızdır. Çünkü öncelikle Kurul, artık sadece hakimlerin değil, savcılarının da özlük işlerini yürütmektedir ve dolayısıyla, bağımsız olmayan savcılara ne kadar güvence sağlayabilirse, hakimlere de o kadar sağlamaktadır. Örneğin hakim, savcı gibi, idari

51 Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi'nde, "Kurul, kendi başkanını üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçer" hükmüne yer verilmiştir. Bak. Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Gerekçeli) 2001, m.172.

52 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu m.2 vd.

53 Aynı doğrultuda: Kunter/Yenisay, N.20.3 (180) VII, Tanör, 395, Z.Genç, Anayasalar Açısından Yargı Bağımsızlığının Kuvvetler Ayrılığı ile İlişkileri, Tarihsiz, 82, F.Erem, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, 6.Bası, Ankara (tarihsiz), 91.

54 Inceoğlu, 171-172.

yönden Bakanlığa bağlanmıştır (Anay. m.140/6). Oysa, hakimlerin görevlerinin yargılama görevleri ve idari görevler olarak ikiye ayrılması ve idari görevler açısından Adalet Bakanlığı'na bağlı tutulmaları, hakim bağımsızlığıyla bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, söz konusu kurul üyelerinin gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi ve Kurul'da Adalet Bakanının başkan, Müsteşar'ın ise doğal üye olması, Kurul'u yürütmenin etkisi ve baskısı altına sokmaktadır. Bunun gibi, Kurul üyelerinin asıl görevlerinin devam etmesi de, Kurul'un işlevini yerine getirebilmesi açısından diğer bir sakıncadır.

Ayrıca, Kurul'un kendine ait binasının, personelinin ve özerk bütçesinin bulunmaması, bağımsızlık açısından sakıncalı olduğu gibi, Kurul'un kararlarına karşı yargılama makamlarına başvurulamaması da (HSKK m.12/V) hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir güvence eksikliğini oluşturmaktadır⁵⁵.

Hakimlerin denetiminin Kurul yerine, Adalet Bakanlığı müfettişlerince yapılması da (HSK m.82,99,100) bağımsızlığı zedeleyici diğer bir unsurdur. Hakimlerin Adalet Bakanlığı emrine alınmasında, yine eski sistemin tersine, Kurul'un rolünün bulunmaması (Anay. m.159/VI) ve geçici yetkiyle görevlendirmede Adalet Bakanlığı'na yetki verilmesi (Anay. m.159/7, HSK m.47) aynı biçimde, hakim bağımsızlığı bakımından sakınca taşıyan hükümlerdendir.

Sonuç olarak, hakimlerin bağımsızlığı açısından, yukarıda açıklandığı gibi, çeşitli yönlerden güvence eksikliği bulunmaktadır. Bunları, başlıklar halinde şöyle özetleyebiliriz: 1) mesleğe alınmanın Adalet Bakanlığı'nca gerçekleştirilmesi, 2) yer ve kürsü güvencesi bulunmaması, 3) savcılar ile hakimlere ilişkin özlük işlerinin aynı kuruldaki yürütülmesi, 4) kurul üyelerinin seçilmesinin yürütme ağırlıklı olması, 5) kurula Adalet Bakanının başkanlık etmesi ve Müsteşarın doğal üye olması, 6) kurulun kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesi,

55 Aynı doğrultuda: Kunter/Yenişey (1998), N.180 VII, Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku (2002), 72, Tanör, 397, Genç, 84.

7) kurulun kendine ait bütçesi, binası ile sekreteryasının bulunmaması ve bunları Adalet Bakanlığı'nın üstlenmesi, 8) kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetilmesi gibi idari işlemlerin düzenlenmesinde, Adalet Bakanlığı'nın mahkemelere genelge gönderebilmesi, 9) hakimlerin denetiminin Kurul yerine, Adalet Bakanlığı müfettişlerince yapılması, 10) hakimlerin Adalet Bakanlığı emrine alınmasında, Kurul'un rolünün bulunmaması, 11) geçici yetkiyle görevlendirmede Adalet Bakanlığı'na yetki verilmesi.

OTURUM BAŞKANI

Efendim, Sayın Prof. Dr. Nur Centel'e teşekkür ediyoruz, çok değerli açıklamalarda bulundular.

Biz, yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesi hususunda, 1982 Anayasası'ndan önce ve sonra uzunca bir deneyim yaşadık. Her toplumun kendi göre özellikleri var. Anglosakson hukukunun bazılarında yargıçlar, değerli hocamızın ifade ettiği gibi halk tarafından seçilmekte ve bazı devletlerde çeşitli kuruluşlarca seçilmektedir. Bizde görülmüştür ki, gerek siyasi, gerek idari kadrolarca seçilmesi hâkim bağımsızlığını, tarafsızlığını tamamen ortadan kaldırmaktadır. 1961 Anayasası dönemindeki Yüksek Hâkimler Kurulunun -o zaman malum olduğu üzere savcılar yoktu- hâkimlere tanıdığı teminat ile şimdiki Anayasa'nın tanıdığı teminat arasında çok büyük fark var. Deneyimler göstermiştir ki, yüksek mahkemelerden, Anayasa burada söz konusu olmadığı için, Danıştay ve Yargıtay'dan seçilen ve objektif olabilmesi için yeteri kadar üye adedi olan şimdiki üye adedinin biraz az olduğu objektif kriterlere göre hareket etmediği yönünde bazı tenkitler var. Bu adet çoğaltılırsa ve Adalet Bakanı ve Müsteşar olmadığı takdirde, hâkimler kendilerini çok daha teminatlı hissedeceklerdir.

Çok teşekkür ediyorum. Bu hususta soru sormak isteyen kimse varsa, onları cevaplayacağız, buyurun.

TARTIŞMA

İSMAİL DOĞANAY - Sayın Handan Surlu'dan rica edeceğim, yargı bağımsızlığı hâkimin sorumsuzluğunu içerir mi, içermez mi, görüşü nedir?

Cevap verdikten sonra, ben de görüşümü söyleyeceğim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

MEHMET HANDAN SURLU- Yargı bağımsızlığı tartışması içinde değerlendirdiğimiz için onlara gelemedik. Muhakkak ki, her kurumun ve her kişinin olduğu gibi hakiminde sorumluluğu vardır. Bu sorumluluk zaten yasalarda bellidir. Biz, bunu sorumsuzluk olarak anlamıyoruz, zaten anlamamız da mümkün değildir.

İSMAİL DOĞANAY- Efendim, bu toplantının Yargıtay binası içerisinde yapıldığını nazarı itibare alırsak, benim konuşmam, belki Müslüman mahallesinde salyangoz satan bir kişinin durumuna benzeyecek, ama kusura bakmayınız, söyleceklerimin hepsi de birer gerçek. Ben, bu müessesede tam otuz yıl hizmet verdim, emekli oldum ve ayrıldım. Benim burada görev yaptığım uzun zaman içerisinde, her hangi bir Yargıtay daire başkanı ile üyesi aleyhine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu nezdinde hukuki sorumluluk yani Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573. maddesi hükmüne tevfikan "tazminat davası" açıldığı zaman, genel kurullardan "Yargıtay daire başkanları ile üyeleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573. maddesinde yer alan hakim değillerdir, o maddede söz konusu edilen hakim yerel

mahkeme hakimidir, Yargıtay daire başkanları ile üyeleri yüksek mahkeme hakimlerindedir, bu nedenle de söz konusu madde hükmü onlar için uygulanamaz, bu maddenin uygulanabilmesi için yolsuzluk iddiasında bulunan kişinin, evvel emirde, o daire başkanı ile üyesi aleyhine Anayasa Mahkemesi'nden görevini ihmal veya suiistimal ettiğini ilişkin bir mahkumiyet kararı alması gerekir, bu doğrultuda bir karar alınmadıkça, hukuki sorumluluk yani tazminat davası açılması mümkün değildir ve bu yön dava açabilme "ön koşuludur" şeklinde, kararlar çıktı. Ben şimdi sizlere, bu türlü kararlardan birinin maddi vakası ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun davanın reddine yönelik kararını anlatacağım, müsaade buyurmanızı rica ederim. Olay şu:

Sene 1982 veya 1983, Antalya'nın Gazipaşa ilçesi belediye başkanı, görevi suiistimal suçu, "yüz kızartıcı" bir suç olmadığı halde, o tarihlerdeki "Yüksek Seçim Kurulu"nun kendisi aleyhine, sanki görevi suiistimal suçu "yüz kızartıcı" ve diğer bir deyişle "terzili bir suç" imiş gibi Antalya İl Seçim Kurulu'nun belediye başkanlığının iptaline ilişkin kararını onamak suretiyle hem Seçim Kanunu'na ve hem de ceza hukuku kurallarına aykırı karar vermek suretiyle görevlerini suiistimal ettikleri ve bunun sonucunda da kendisini zarara soktuklarını ileri sürerek, bu kararın altında imzası bulunan "Yüksek Seçim Kurulu" başkan ve üyeleri aleyhine, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573. maddesi hükmüne istinaden, -o tarihe göre söylüyorum ve şayet hafızam beni yanıltmıyorsa- beşer bin Türk lirası tazminat davası açmış. Hepiniz biliyorsunuz, "Yüksek Seçim Kurulu", Yargıtay ve Danıştay üyelerinden oluşmaktadır. Davacı belediye başkanının, "görevi suiistimal" suçundan mahkumiyetine neden olan maddi olay da şöyle:

Belediye'nin, gerek vilayet merkezi Antalya'ya ve gerekse civar kasaba ve köylere, kasaba halkını taşıyacak, hiç bir aracı yok, bu ihtiyaçlarını giderebilmek için bir otobüs almaya karar verirler. Belediye bütçesinde bu amaçla ayrılmış hiç bir tahsisat olmadığı için, bu parayı, halkın yardımı ile toplama yoluna giderler. Bu amaçla bir bankada hesap açılır, yardımda bulunacaklara banka hesap numarası verilir, başkan veya diğer belediye ilgililere asla elden yardım parası almazlar ve bütün para banka hesabına yatırılır ve bu hususa en ufak bir suiistimal ve

yolsuzluk söz konusu değildir. Halk, otobüsün alınmasından son derece memnundur. Fakat günün birinde belediyeyi teftiş etmek amacı ile kasabaya bir mülkiye müfettişi gelir. Bunu duyan, belediye başkanının "siyasi muarızları" soluğu mülkiye müfettişinin yanında alarak başkanının "Cem'i-i-âne Nizamnamesi"ne aykırı para toplayarak belediye'ye otobüs alıp görevini suiistimal ettiğine dair şikayette bulunurlar, mülkiye müfettişi tahkikata girer ve olayın gerçekleştiğini tesbit ederek belediye başkanı aleyhine "görevi suiistimal" suçundan ceza davası açılır ve mahkeme, başkanı, altı ay hapse mahkum eder ve bu meyanda, başkanın yaptığı işin halkın yararına olduğunu nazara alarak, Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesi hükmüne tevfikan altıda bir oranında cezayı başkan lehine indirerek, sonuçta, başkanı beş ay hapse mahkum eder ve bu cezasını da paraya çevirerek tecil eder ve mesele şeklen kapanmış olur. Ancak, belediye başkanı 1980 İhtilali'nden sonra yapılan "mahalli seçime" katılarak tekrara belediye başkanı seçilir, aynı siyasi muarızları, bu defa, belediye başkanının "görevi suiistimal" suçundan beş ay tecil edilmiş mahkumiyeti olduğunu ileri sürerek, belediye başkanlığının iptali doğrultusunda "İlçe Seçim Kurulu"na itiraz ederler ve o kurul itirazı kabul eder, daha sonra "Antalya İl Seçim Kurulu"da aynı doğrultuda karar verir ve bu karar üzerine belediye başkanı verilen kararın iptali isteği ile "Yüksek Seçim Kurulu"na müracaat eder ve fakat bu kurul da "İl Seçim Kurulu" kararını onamak suretiyle, belediye başkanının başkanlığının iptali hali, kesinleşmiş olur ve başkan bunun üzerine, -yukarıda da değindiğim üzere- "Yüksek Seçim Kurulu" kararı altında imzası bulunan Yargıtay ve Danıştay üyeleri aleyhlerine söz konusu "hukuki sorumluluk - tazminat" davasını açar. İlk Hukuk Genel Kurulu toplantısında olayın bu şekilde cereyan ettiğinde hiç kimsenin haberi yoktu, çünkü Hukuk Genel Kurulu toplantı gündeminde sadece (emsali gibi) bir kayıtle yetinilmiş, ne maddi olay yazılı ve ne de davacı ve davalının kim oldukları belli?... Hepsi meçhul!... Halbuki, "Yargıtay İç Yönetmeliği"ne göre Genel Kurul toplantı gündeminde görüşülecek dava dosyasındaki "maddi olay" ile bozma ve direnme kararları ve bu meyanda temyiz nedenlerinin açık-seçik bir şekilde gösterilmesi gerekir. Genel Kurul gündeminde bunların hiç

birinin olmaması üzerine, bu defa ben o dava dosyasını Hukuk Genel Kurulu'na anlatacak olan görevli tetkik hakiminden bu kanunsuz ve "Yargıtay İç Yönetmeliği"ne tümenden aykırı ve adeta "gümrükten mal kaçırırçasına" bir davranışın nedenini sorduğumda, o görevli tetkik hakimi, bana, "... başkan böyle emretti, ben de onun emrine uyararak bu şekilde olayın içeriğini gündeme yazmadım" dedi. Bu cevap üzerine, ben, o zamanki Hukuk Genel Kurulu Başkanına aynen (... burası tasdik mercii mi?... Yargıtay İç Yönetmeliğine göre taraflar arasındaki maddi olayın, genel kurul gündemine aynen geçirmek zorundasınız, siz, bizlerden gözü kapalı ve sizin arzuunuza uygun oy vermemizi mi bekliyorsunuz, böyle şey olmaz, yeniden gündem hazırlamanız gerekir, bu nedenle bu dosyanın müzakeresinin gelecek haftaya bırakılması ve gündemin de İç Yönetmeliğe göre açık-seçik bir şekilde hazırlanması gerekir!..), diye itirazda bulundum ve benim bu itirazım üzerine dava dosyası ertesi haftaya kaldı. Bir sonraki haftanın gündemi hazırlanınca maddi olayın benim yukarıda arz ettiğim şekilde cereyan ettiği anlaşıldı. O günkü Hukuk Genel Kurulu'nda, ben, uzunca bir konuşma yaparak Yargıtay daire başkanları ile üyelerinin de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573. maddesi hükmünde yer alan "hakim" deyimini içerisine girdiklerini ve her kamu görevi yapan bir kişinin, o görevi yaptığı bir sırada, o görev nedeniyle her hangi bir kişiye zarar vermesi halinde verdiği zararı ödemek kanuni yükümlülüğü altında olduğunu ve ayrıca Anayasa'nın 150. maddesi hükmüne göre bir kimsenin "bireysel olarak" Anayasa Mahkemesi'nde dava açmasının hukuken mümkün bulunmadığını ve söz konusu mahkemede dava açma hakkının, münhasıran, Cumhurbaşkanı'na, iktidar ve muhalefet partisi meclis grupları ve bu meyanda Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere ait bulunduğunu, bu durumda sade vatandaşın Anayasa Mahkemesi'nde dava açmasının hukuken mümkün bulunmadığını ve aksi görüşün tamamen zorlama bir yorum olacağı gibi hukuki dayanaktan tümenden yoksun bir şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile "yargısal dokunulmazlık" zırhının ortaya çıkacağını anlattım, yapılan oylama sonucunda -şayet yanılmıyorsam- 15 veya 16 muhalif oya karşı çoğunlukla "Yargıtay daire başkanları ile üyeleri aleyhine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu nezdinde doğrudan doğruya

hukuki sorumluluk davası açılmaz, davacı durumundaki kişinin evvel emirde Anayasa Mahkemesi'nden o Yargıtay daire başkanı veya üyesi aleyhine verilmiş cezai sorumluluk kararı alıp getirmesi ve o karara göre ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda tazminat davası açması gerekir...", şeklinde karar çıktı. Şu hususu hemen belirteyim ki, haklarında tazminat davası açılan "Yüksek Seçim Kurulu" başkan ve üyelerinin verdikleri karar tümünden hukuka aykırı bir karar idi ve kendilerinin tazminatla sorumlu tutulmaları gerekirdi. Çünkü, Gazipaşa Belediye Başkanı'nın görevi suiistimal suçu, onun, belediye başkanlığından uzaklaştırılmasını gerektiren yüz kızartıcı bir suç değildi. Yüz kızartıcı suç, hırsızlık, emniyeti suiistimal, dolandırıcılık, zimmet, ihtilas, irtikap ve hileli; iflas suçlarıdır. Davacı, Gazipaşa Belediye Başkanının suçu "Cem-i'iane Nizamnamesi'ne aykırı para toplamak" yani görevi kötüye kullanmak suçudur, bu suç belediye başkanlığına engel bir suç değildir, kaldı ki, Yargıtay yedinci ceza dairesi eski başkanı Orhan Aydın'ın "Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı" yaptığı dönemlerde Iğdır Belediye Başkanı ile ilgili "görevi suiistimal" suçu belediye başkanlığına engel yüz kızartıcı bir suç sayılmamıştır. Iğdır Belediye Başkanı, oğlunun sünnet düğünü için belediyeye ait bir kısım masa ve sandalyeleri evine gönderdiği için o da tıpkı Gazipaşa Belediye Başkanı gibi "görevi suiistimal" suçundan mahkum olmuş bir kişi imiş.

Yargıtay'ın güvenilirliği ve saygınlığına çok büyük zarar veren söz konusu yanlış içtihattan bir an önce geri dönülmesi suretiyle "biz yaparsak bu iş olur!.." bencil zihniyetinden kurtulmak gerekir. Beni dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim, efendim.

OTURUM BAŞKANI- Başka var mı? Buyurun.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- Sayın Başkan siz de ifade ettiniz, konuşmacılar da ifade etti, ama bir iki noktayı vurgulamak istedim, onun için söz aldım.

Bir kere "yargı bağımsızlığı" lafını benimseyemiyorum, kimse kusura bakmasın. Bunun isminin "yargıç bağımsızlığı" olması lazım. Bu

yargıcın şahsına tanınan bir özgürlüktür, bir yetkidir. Mahkeme bağımsızlığından falan söz ediliyor, böyle bir şey yok. "Mahkeme" dediğiniz, 4 duvar 1 tavandır ya, mahkeme bağımsız olur mu?.. Yargıç bağımsız olur, orada yargı görevini yapan kişi bağımsız olacak. Bu nasıl olur?.. Emir almayacak, talimat almayacak, yasalara sırtını dayayacak ve gümbür gümbür uyuşmazlıkları çözecek; bu bir sistem meselesi, biz yaralıyız. Nur Hanım anlatıyor, İskoçya'da böyle, bilmem nerede böyle, bu bize deva olur mu?.. Bana göre olmaz. Biz, kendi derdimizi nasıl çözeceğiz?.. Bizim sistemimiz '80 darbesiyle çöktü, bu gerçeği tespit etmemiz lazım. Darbe geldi, Yüksek Hâkimler Kurulu ortadan kaldırıldı, Anayasa hükmü kenara konuldu, hepinizin dikkati çekiyorum, önce yasa çıkarıldı, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu diye o yürürlüğe konuldu, sonra o normlar alındı Anayasa konuldu ve Anayasa getirildi, betonlaştırıldı. Başarılırsa Anayasa değişecek, sistem değişecek, yargıca bağımsızlık sağlanacak, savcıya güven sağlanacak. Bu konuya son zamanlarda yeniden eğildim. Burada bulunan herkese bir şey arz edeceğim. Biz, aslında Türkiye'de bir kavramı eksik kullanıyoruz. Üst kavramda bir "adalet hizmeti" kavramı oluşturmamız lazım, onun içine yargıyı, iddiayı, savunmayı koymamız lazım, bu sistemi kurmamız lazım ve o şekilde üst kavramda bunun "adalet hizmeti" diye toplamamız lazım. Biz "yargı" diyoruz, kimi zaman yargıcı kastediyoruz, kimi zaman savcıyı da işin içine koyuyoruz, bazen yeri geliyor avukatları da koyuyoruz. Oysa kavram bu değil, Batının kavramı "adalet hizmeti" kavramıdır. Yeni bir model üzerinde çalışıyorum, tamamlamış değilim, bunu yakında Türkiye'ye önereceğim. Bakınız olâ şü: Anayasal boyutta bir yüksek adalet kurumu kurulacaktır ve bu kurumun altında kurumu yönetecek bir yüksek adalet kurulu oluşturulacaktır. Bu kurul, içinde yargıçlar, savcılar, avukatlar ve bu görevler toplum adına yapıldığı için toplumun belirli kesimlerinin temsillerinden oluşan kalabalık bir kurul olacaktır. Onun altında 3 tane ayrı kurul olacaktır, yüksek hâkimler kurulu, yüksek savcılar kurulu, yüksek avukatlar kurulu. Barolar Birliği ilga edilecektir. Yüksek avukatlar kurulu kurulacaktır. Hani Adalet Bakanlığı'nın vesayetindeyiz ya, avukatlık hizmeti de oradan kurtulacaktır. Yargıçlar bağımsız olacaktır, yüksek savcılar kurulu sayesinde de savcılar güvenceli olacaktır.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyoruz. Buyurun.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK- Burada Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hakkında bir kanaatimi bildirmek istiyorum. Öteden beri benim için çok sıkıntı verici bir düzenleme, çünkü ben bir idare hukuku uzmanı olarak yargının 1980'den beri çok yoğunlaşan kısıtlanması hallerini bir sıkıntı kaynağı olarak görmekteyim. Bakınız, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, büyük ölçüde, neredeyse yüzde doksanı itibariyle idari karar veriyor. Hâkimlerin disiplin kararlarından tutunuz da, atanmaları, yer değiştirmeleri, hatta görevden çıkarma gibi çok ağır sonuçlar yaratan kararlar veriyor. Bu kararların hepsi orada bitiyor. Sadece bizim idare hukukunda "istinaf başvurusu" dediğimiz, Fransızların "recor gresüo" dedikleri bir müeyyidesi olmayan ve yargı usulleriyle görüşülmeyen bir itiraz usulü kabul edilmiştir; aynı merciiye itiraz, bu istinaftır. Onun için burada çok önemli olan şey, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun bu idari kararlarına karşı, üst idari yargı mercii olan Danıştay'a başvurulabilmesidir. Bunu, '82 Anayasası'nı yapan Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonu Başkan ve üyeleri olan meslektaşlarımla görüştüm, kendilerine "niye böyle düzenlendi?" sorusunu sordum, bana verdikleri cevap şu oldu: "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bir yüksek kuruldur, hâkimleri de, onun üyeleri de yüksek hâkimlerdir ve yüksek hâkimlerin kararlarına karşı itiraz edilemez, dava açılmaz" Ben bu cevabı hiç de tatmin edici bulmuyorum. Bakınız, bir örnek vereyim, Sayın Danıştay Başkanı burada, kendi bünyeleri içinde cereyan eden bir usulü çok iyi biliyorlar, onlar da teyit edeceklerdir sanıyorum. Danıştay'ın dairelerinde görev yapanlar yüksek yargıç değil mi? Yüksek yargıç. Peki, Danıştay'a birinci derecede başvurulduğu zaman, bu dairelerden çıkan kararlara karşı temiz yolu yok mu? İşte Genel Kurul'da temiz yoluna gidiliyor, yüksek yargıcın kararına karşı yine başka bir yüksek yargıca başvuruyorsunuz. Bu örnek gayet açık olarak gösteriyor ki, böyle bir mantıkla Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun kararlarına karşı

yargı yolunun kapatılması hukuken asla savunulamayacak bir argümana dayanmaktadır. Ama '82 Anayasası'nın bariz karakterlerinden biri, birçok idari karara karşı yargı yolunu kapatmaktır. Geçici 15. madde kaldırılmış olsa bile, belki şimdi sadece kanunlar düzeyinde bu yol açılmıştır. Anayasa'nın bizzat kendi içerisindeki yargı kısıtlamaları olduğu yerde durmaktadır. Anayasa değişikliğiyle bunların da değiştirilmesini temenni ediyorum; bu birincisi.

Çok kısa olarak iki noktaya daha değinmek istiyorum, uzatmayacağım. Sayın Prof. Nur Centel bazı olayları burada örnekseme metoduyla aktardı. Aklıma bir şeyi getirdi, sadece soracağım, çünkü bu konuda uzmanlık sahibi olmadığım için merak ediyorum. Bir yargıç, özel yaşamında bir olaya tanık olduğu zaman yani o olayın ayrıntılarını bilecek kadar yakından tanık olduğu zaman, o olaya ilişkin bir dava önüne getirilirse, acaba nasıl davranması gerekir? Bu bir ret sebebi olamaz, çünkü taraflar bunu bilmeyebilirler, ama en azından bir çekilme sebebi olarak kabul edilmeli midir?

İkincisi, sayın hukuk daire başkanlarına yönelteceğim, çünkü bu ceza hukukuyla ilgili değil. Hukuk yargılama usulünde bilindiği gibi, zaman aşımı sadece bir defa olarak kabul edilir. Eğer, davalı zaman aşımı defnileri sürmezse, gitti gider. Bunda bizim eskiden "iptidai" dediğimiz ilk itirazlardan olduğu için, ilk celsede yapılmazsa da, ondan sonra bir daha ileri sürülme imkânı da yoktur. Bir hâkim çok üstü kapalı olarak zaman aşımının söz konusu olduğu bir davada ihsas ederse, acaba o hâkimin reddi gerekir mi?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederiz. Sayın Hocam buyurun.

Prof. Dr. NUR CENTEL- Ceza davasındaki hâkim bir olaya tanık olmuşsa, hâkimlik çekilmeli, bence tanıklık yapmalıdır, çünkü yargılamayı yapacak başka hâkim bulunabilir, ama her olayda kolay kolay tanık bulunmaz, o nedenle tanıklığı tercih etmelidir. Diyelim ki, çok tanık var, o zaman öyle bile olsa, yine çekilmelidir, çünkü o olayı

biliyor, objektif olamaz. Ceza muhakemesinde maddi gerçeği araştırıyoruz, ama her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kurulları çerçevesinde, o nedenle çekilmelidir.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyoruz.

Sayın Başkan ikinci suale siz cevap verir misiniz?

MEHMET HANDAN SURLU- Sanıyorum, Sayın Azrak zamanaşımı konusunda sordu. Doğrudan ilgisi konusunda tereddüt geçirmekle beraber, şunu söyleyeyim: Müessese olarak zamanaşımı için tanınan sistem var. Bu sistem bunu defi olarak kabul etmiş, bunu değiştirmedığınız sürece, bunu zamanaşımı olarak ileri sürmeyen bir kişiye, bir yargıcın üstü kapalı olarak hatırlatması bence yargıç etiğiyle de bağdaşmaz. Bizim hukuk yargılamasında tarafların getirme sistemi aslolan unsurdur. O zaman siz bunu biraz geliştirirsiniz, mesela başka bir şey gelebilir, çok haklı da olabilir, ama o zaman ceza hâkiminde olduğu gibi, hâkimin doğrudan yargılamaya müdahalesi gündeme gelebilir ki, o da çok tehlikeli olabilir.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederiz.

Buyurun.

Prof. Dr. İBRAHİM KABOĞLU- Çok teşekkür ederim, hepinizin konuşmalarından son derece yararlandım.

Ben bir soruyu sormadan, aynı konuda sabahleyin değindiğim bir uluslararası toplantıya yollama yapmak istiyorum, konu adalet ve demokrasiydi. Bu çerçevede benim konum, sizlerin şu anda anlattığı Türkiye'de yargıçların değiştirilmesi ve statüsüydü. Bu konuyu demokratikleşmeye katkısı açısından ele aldım. Bunu yaparken, yaptığınız ayrıma farklı adlarla 24 Anayasasına "yasallık dönemi" dedim, 61 Anayasasına "öz yönetim dönemi" dedim, 82 Anayasasına "anayasallık dönemi" dedim, tabii Anayasa'ya aykırı hükümleri koyarsınız, anayasal düzeyde yürütmeyi o şekilde bağlarsınız. O arada

önerilerde, "Adalet Bakanlığı'nın çıkarılması, yer almaması gerekir" biçiminde önerim yer alıyordu. Aynı oturumda, şu anda Nur Hanım'ın oturduğu konumda, Fransa'dan bir Anayasa Hukuku Profesörü ilk tepkiyi gösterdi "olur mu? Adalet Bakanlığı'nın varlığına bu kadar karşı çıkılır mı? Adalet Bakanı değil mi? Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başında o da yer alsın" tepki gelmişti. Tabii, orada ona yanıt verdim, "her ülkenin kendi göre olan deneyiminin farklı çözümleri getirdiği" şeklinde. Fakat, bu toplantı vesilesiyle birkaç konuya değinmek istiyorum. Orada da bağımsızlık yerine daha çok tarafsızlık üzerine duruldu. Orada mesela hâkimlerin demokrasiye katkısı çerçevesinde, bizde atanmışlar, seçilmişler ayrımının kısır döngüsünü açmak için, burada "Türk Milleti adına" kavramını ele alıp, millet adına demokratikleştirici unsur işlemeye çalıştım. Savcıların konumu, "Cumhuriyet" adına Cumhuriyet savcısı oluşu yine demokratikleştirici falan, bunlar ayrı tartışma konularıdır. Fakat, üzerinde durulan çok önemli noktalardan biri, hâkimlerin yetiştirilmesi sorunu ve hukuk fakültesini bitirdikten sonra mesleğe intisap edişlerine kadar olan süreçtir. Nasıl yapacaksınız?.. Bizim gibi staj mı, yoksa hâkimlik okulu mu? Buradaki konuşmalarda o biraz geçildi.

Bir de, üniversiteyle paralellik kurulmaz, ama biz üniversite özerkliği ve kaybedilen özerklik özlemi içerisinde yaşıyoruz. Ama tabii, şu var: Acaba, biz 1980 önce döneme dönsek, bugünkü kalitemizle, kapasitemizle o özerkliği yaşayabilir miyiz?.. Çok kuşkuluyum. 20 yıl sonrasına kadar olabilir tabii ki. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ayrı ayrı birlikte, idarenin ayrı olması, bir biçimde özyönetim şeklinde yaptırılması özlemimize katılıyorum. Fakat, şu eksiği saptamak istiyorum: İnsanlar uzaklaştıkça iyi dönemleri altın çağ olarak nitelendirirler. O döneme ilişkin olarak, özyönetime özeleştirimizi getirirsek, zannediyorum yeniden kurulacak olan, yeniden yapılanması öngörülen Kurulun daha sağlıklı işlemeşi mümkün olabilir.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Değerli Hocamız'a çok teşekkür ediyorum.

Bizim Kurulumuz'da Adalet Bakanı sadece bir oyla üyelik yapmıyor, Adalet Bakanı sekreteryasıyla, Teftiş Kurulu'yla ve bütün teşkilatıyla kuruma hâkimdir. Biz öncelikle eleştiriyoruz, Yüksek Hâkimler Kurulu'na bu kadar hâkimiyet, bu etki olmaması gerekir.

İkicisi, Yüksek Hâkimler Kurulunda zaten 7 üye var, 1'i bakan, 1'i müsteşar, geriye 5 üye kalıyor. Öyle hissediliyor ki, Bakan ve Müsteşar sekreteryasıyla, teftiş kuruluyla hâkimleri ilk mesleğe kabulünden emekliliğine kadar etkin şekilde kontrol etmesiyle hâkim olduğu için, evvela bu sistemin ortadan kaldırılması istiyoruz. Eğer, Kurul daha geniş kadrosu olursa, sekreteryaya, teftiş kurulu ve bu kadar etkili yetki Adalet Bakanı'na tanınmazsa, belki Adalet Bakanı'nın Kurul'a etkinliği, mahsur bu derecede olmaz.

Burada yargıç bağımsızlığı söz konusu olduğu, yargıçların yetişmesine fazla zaman ayıramadık, zamanımız çok kısıtlıdır. O bakımdan hakikaten o ayrı bir konudur. Hukuk fakültelerinin ilk sıralarından başlayıp, mesleğe girmesine kadar, mesleki eğitime kadar, bir adalet akademisinin kurulmasına kadar ayrı bir sempozyum konusu olacağı için burada pek değinemedik, kusura bakmayın.

Buyurun Sayın Başkan.

SALONDAN- Efendim, ben sabahleyin bu paneli düzenleyen Barolar Birliği'ne teşekkürle başlamıştım, yine teşekkürü yineliyorum.

Yalnız küçük bir sitemde bulunmak istiyorum, gönül arzu ederdi ki, şu oturumda idari yargıdan da bir temsilci bulunsun. Bir temsilci bulunmadığına göre, Sayın Başkan'ın müsamahasına sığınarak, o temsilcinin süresi dolduracak kadar değil, ama sizlerin de müsamahasına sığınarak bazı küçük katkılarda bulunmak istiyorum. Zaman baskısı altında olduğum için de, bazı şeyleri yeterince izah edememekten endişe ediyorum. Şurada küçük notlarım var, genel sözler söylemeyeceğim, somut konular üzerinde görüşlerimi aktarmak istiyorum.

Önce yargıç bağımsızlığı veyahut Anayasa'nın ifadesiyle mahkeme ve yargıç bağımsızlığına ilişkin küçük tespitte bulunmak istiyorum.

“Yargıç veya mahkeme bağımsız değil” dediğimiz zaman, benim önümde şöyle korkunç bir senaryo oluşuyor: Yürütme ya da Adalet Bakanlığı emrediyor, yargı yapıyor; böyle bir şey yok. Bütün bu olumsuz hükümlere rağmen, tamamı değil, Anayasa’da yer alan olumsuz hükümlere karşın, bence yargı tarafsız olarak ve Anayasa’nın öngördüğü usullere uygun olarak kararını veriyor. Mesela, bizim idari yargı olarak her zaman karşımızda idare vardır, Adalet Bakanlığı vardır ve dürüstçe söylemek zorundayız ki, idare mahkemelerine kararın istikâmeti konusunda şimdiye kadar herhangi bir baskı gelmemiştir. Ama önemli olan, statünün yargıca bir teminat verecek biçimde düzenlenmesidir. 140. madde adaylığa kabul ile ilgili kural, bence bunun Anayasa değişikliği olmadan kanunla düzeltilmesi mümkündür. Sıkıntımız şurada: Mesleğin kabul konusunda Adalet Bakanlığı söz sahibi ve bunun idari yargıda çok kötü bir uygulamasını gördük. Ne oldu? Bir bakan döneminde, ihtiyaçtan çok fazla, 115 kişi idari yargı hâkimliğine atandı, iktidar değişti. “madem öyle işte böyle” mantığı içerisinde 230 tane de öbür bakanlık aldı ve tüm idari yargı kadroları dolduruldu, şişirildi. Gelecek daha yetenekli, daha kabiliyetli yargıçlara da imkân bırakmamız gerekirdi. Çözüm, en kötü eleştirilere rağmen yine Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu’nun hâkim adaylığını alma konusunda yetkilendirilmesidir. Bu nasıl mümkündür? Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun görevleriyle ilgili Anayasa maddesinde “kanunla verilecek görevleri yapar” diyor. Eğer, bunu kanunla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na verirsek, bu mümkün hale gelir.

Kurulun oluşumuna değinildi. Fakat, ben bundan çok daha önemli olan bir konuya değinmek istiyorum. Sayın Üstadımız Ülkü Azrak, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı dava açılmamış olmamasının sakıncalarını çok güzel ifade ettiler. Dostlarımızın mesleki taassup içinde söylenmemiş olmasını umarım, gerekçeleri şudur: İdari yargı yolunu, idari işlemi yapan kişinin veya makamın kamusal kimliğine bağlarsanız, o zaman ülkemizde birçok kararların idari yargının dışında kalması lazım. Cumhurbaşkanı’nın, Başbakan’ın iştirak ettiği Bakanlar Kurulu kararının niçin idari yargı yoluna tabi tutuyorsunuz? Anayasa Mahkemesi Başkanı’nın, Başkanlar Kurulu kararları hariç, Yargıtay

Başkanı'nca alınan idari kararlarının, Danıştay Başkanı kararlarının da bu mantıklı sistem içerisinde idari yargının denetim alanından çıkarılması gerekir. Adalet Bakanı'nın hâkimin bireysel işlemlerine katılmasının sakıncalarını kabul ediyorum, Kurul'da bulunan yüksek mahkeme yargıçlarının sağlam durmaları halinde, bunun o kadar da fazla etkili olmayacağını düşünüyorum. Ama uygulama belli dönemlerde bunun aksini göstermiştir. Sayın Atilla Sav burada mı; bilmiyorum. Onun deyimiyle, çünkü ilk defa o kullanmıştı, "Bakanlık öyle zarif sunular yapıyor ki, Kurul 'hayır' diyemiyor" Bu sunu, belki bu işin esprisidir. Eğer, Kurul içerisinde uzun süre beraber çalışıyorsanız, zaman zaman birtakım küçük ricalar, yani bunu dostça kendi içimizde söylemek zorundayız yerine getirilebilir. Onun için, bence Adalet Bakanının Kuruldan çıkmasını istiyorsak, onunla beraber ve bundan çok daha önemli olarak Kurul kararlarına karşı yargı yolunun mutlaka açılması lazım. Bu noktada Sayın Hocamız, Kurul kararına karşı dava açılmamış olmasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce hukuka aykırı olmadığı yolunda bir içtihattan söz ettiler. Ama ülkemiz koşulları içerisinde ve bugüne kadar ki uygulama dikkate alındığında bunun mutlaka gerekli olduğunu düşünüyorum.

Bizim Danıştay olarak ve idari yargı olarak üzerinde önemle durduğumuz bir nokta var. Aslında belki Handan Surlu'nun konuşması içinde vardı, fakat zaman baskısı içerisinde bunu söylememiş olabilir ve Yargıtay'ın aynı görüşleri paylaşmış olması bizi mutlu ediyor. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun en önemli görevlerinden biri, yüksek mahkemelere üye seçmektir. Bugünkü oluşum içerisinde 7 kişilik kurulun 4 oyuyla yüksek mahkemelere hâkim seçebilirsiniz. Benim eleştirim belli kurumlara veya belli kişilere yönelik değil, ancak zaman içerisinde, yani Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kurulduğu 20 yıldan bu yana yapılan tasarrufları incelediğiniz zaman, bu seçimlerde her zaman isabetli davranıldığını ifade etmek mümkün değildir. Bazen uygulamada gruplaşmalar ya da yargıdaki ileriye dönük görevleri teminat altına almak amacıyla bazı hukuk çevrelerince tasvip görülmeyen seçimler yapılmıştır. Bizim önerimize göre bunun giderilmesinin yolları, çareleri vardır. Ben, geçen seneki konuşmamda

Anayasa'nın yargıyla ilgili hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin önerilerimizi sunmuştum, ağırlığı bu teşkil ediyordu. Kısaca, yüksek mahkemelere üye seçiminde bu usulü öneriyoruz. Bir defa yüksek mahkeme üyeliğine seçim 4 kişinin oyuna bırakılmayacak kadar önemlidir, çünkü temyiz mahkemelerinin görevini biliyoruz, hukukun ülkede en önemli olan kısmı budur, hukukun ülkede tek yorumla tek biçimde uygulanmasını sağlamaktır. Bu da güçlü yargıların yüksek mahkemelerde yer almasını gerektirir. Bizim önerimize göre, bu işe karar verecek üye sayısını çoğaltmamız gerekir. Nasıl? Biz Danıştay için şu modeli öngördük: Tabii, modelimiz bir bütündür, idari yargı hâkimler ve savcılar değil, kanun sözcüleri kurulunun 7 kişilik oluşumuna Danıştay'dan 8 kişi katılmalıdır. Kimdir? Bunlar yargıda ileriye dönük hiçbir hesabı kalmamış 1 başkan, 2 başkan vekili, başsavcı, 4 kıdemli daire başkanının katılımıyla oluşacak 15 kişilik bir kurul bu seçimi yapmalıdır. Bizi bu görüşe götüren şu olmuştur: 1982 Anayasasında önce Danıştay üyelerinin seçiminde oldukça başarılı sonuçlar alınıyordu. Sebep şu idi: Genel kurul aday gösteriyor, boş yer sayısı kadar hükümet aday gösteriyor ve Anayasa Mahkemesi üyeyi bunlar arasından seçiyordu. O zaman yapılmış olan seçimler konusunda aşağı yukarı böylesine uzun ve boyutlu tartışmalar olmuyordu. Bu modelden esinlenerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun her yargı düzeni için böyle bir kurul tarafından seçimin yapılmasını öneriyoruz.

Adil yargılanmayla ilgili görüşümü de kısaca ifade etmek istiyorum. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan ve ilkeleri 6. maddede gösterilmiş bulunan yargılanma hakkı, belli unsurları itibariyle esasen bizim Anayasamızın belli maddelerinde yer almıştı. Mesela, hiçbir anayasada olduğunu sanmıyorum, davaların mümkün olan en kısa sürede en az maliyetle görülmesi hükmü bu 6. maddede vardı. Yalnız bunun geliştirilmesinin şöyle bir faydası olmuştur: 6. maddenin kapsamı, daha ziyade ceza yargılaması ve medeni hukuk ilişkileriyle ilgili davalarda veya bunu görecek mahkemeler ve usul için geçerli iken, bunun genelleştirilmesi bunun kapsamına bir anlamda idari yargının da alınması bu haliyle faydalı olmuştur.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Başkana çok teşekkür ediyoruz.

Ben kısa konuşma hakkımdan feragat ediyorum, çünkü zamanımızı bir hayli aştık ve daha Üçüncü Oturum var. Bu bakımdan çok kısa bir iki konuşma, suali alayım, ondan sonra oturuma son vereceğim.

Buyurun.

Av. KAZIM KOLCUOĞLU (İstanbul Barosu Başkanı)- Hazır burada başkanlarımız varken, adil yargılanma hakkı bakımından pratikten bir konuyu açmak istiyorum. Ben Baro başkanlığına geldim günden bu yana ve ondan önce de bütün avukat arkadaşlarım maalesef bir şeyden çok şikâyetçi olduklarını hep söylerler. O da kararlarda gerekçenin olmaması. Gerekçesiz kararlar sürekli olarak meslektaşlarımızı mahkemelere karşı güvensiz hale getirmektedir. Gerekçesiz karar verildiği için de, hatta son gelişimde genç bir avukat “bu mesleği bırakacağım, bugüne kadar gerekçeli karar bulup, onun üzerine bir şey yazıp derdimi anlatamadım” diye beyanda bulundu, hatta dedi ki, “haksızlığın gerekçesi yazılabilir mi?” ve baştan gerekçesiz karar haksız bir karar olarak nitelemesi ve haksız karara da haklı bir gerekçenin bulunmasının zorluğundan kaynaklanarak gerekçe yazılmadığını ifade etmiştir. Yargıtay’ımızın maalesef pek çok gerekçesiz kararlarıyla karşı karşıyayız. Adil yargılanma hakkıyla gerekçesiz karar karşılaştırdığımız zaman, yani hâkime karşı kuşku ve güvensizliği yaratması, kararın gerekçesiz olması adil yargılama hakkını da bana göre zedelemektedir. Aynı zamanda, yasalarımızda da, gerekçeli karar yazma zorunluluğu var. Ben, konuşmacılardan gerekçesiz kararın adil yargılama hakkını zedeler görüp görmediklerini öğrenmek istiyorum.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Başkan, size kısaca ben cevap vereceğim.

Görüşünüze tamamıyla katılıyoruz, bu gayet tabii adil yargılanma hakkını da zedeliyor. Bozma kararlarının hepsi gerekçelidir. Zaten

bozma kararlarının gerekçesiz olması mümkün değildir. Ama hakikaten onama kararlarının büyük bir kısmı "formül karar" dediğimiz kararlarla onanıyor. Yargıtay'a senede 500 bine yakın iş geliyor. Gerçi bu mazeret değil, mazeret olarak söylemiyoruz. 500 bin iş geliyor, bir daire günde 120-150 dosyaya karar vermek durumunda, ertesi gün aynı miktar var. O günün kararını kalem yazmak zorundadır. Bu bakımından böyle bir yola zarureten gidiyorlar, ama bu hiçbir zaman mazeret değildir. Bunun için Yargıtay'ı bir içtihat mahkemesi haline getirelim, "maddi vakaları incelemesin" diyoruz, bunun için de bir istinaf mahkemesinin kurulması zorunluluğu var. Bunu devamlı olarak dile getiriyoruz, inşallah bu istinaf mahkemeleri kurulduğu takdirde, sizin bu yakınmalarınız son bulacaktır.

Buyurun.

YÜKSEL AYDIN- Sayın Hocam'a şu soruyu arz etmek istiyorum. Yargı mensubu olan, hâkim statüsünde bulunan meslektaşlarımızın, siyasi seçimlere iştirak ettikten sonra tekrar mesleğe dönüşlerinin yargıç bağımsızlığını etkileyip, etkilemeyeceği konusunda ne şekilde düşünüyorsunuz?

İkincisi, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yer alan kürsüde görev yapan bir hâkime, doğrudan doğruya Bakan'ın kendi yetkisinden kaynaklanan bir sebeple, o hâkimi bir başka yere verdikten sonra, 1 ay içerisinde keyfiyeti Kurul'a intikal ettirilip, Kurul'un icazetini alması hâkimlerin ve savcılarının bağımsızlığına ne derece uygun düşer? Ben açıklaması istiyorum.

Teşekkür ederim efendim.

Prof. Dr. NUR CENTEL- Hâkimin bir siyasal partiye üye olması, sistem meselesi, sistem sorunudur. Örneğin, Almanya'da hâkimler siyasi partilere üye olabiliyorlar, ama bizde olamıyorlar. O zaman siyasi partiden üye olan hâkimin tekrar göreve dönmesi bizim sistemimizde sakıncalı olabilir.

İkincisi ise, çok yanlış, ben de o konuyu çok eleştiriyorum. Adalet Bakan'ının öyle bir yetkisi olmaması gerekir, tamamen hâkim bağımsızlığıyla çelişecek bir durumdur. "Hâkimlerin, savcılarının bağımsızlığı açısından" dediniz, orada da hemen cümle söylemek istiyorum. Savcılar bağımsız olamaz, savcılar bağımlıdır. O nedenle hâkimler ve savcılarının kurulu ayrı olmalıdır. Savcılar objektif olmalı, o başka bir konu, savcı bazen reddedilebilmeli, ama bağımsızlık beklenmez ve onun için ayrı kurulu olmalıdır; onların kurulu ayrı, hâkimlerinki ayrı olmalıdır. Şu andaki mevcut yapıda, Kurul bir savcıya ne kadar güvence sağlayabilirse, hâkimi de o kadar sağlayabilir; yanlış tamamıyla yanlıştır.

OTURUM BAŞKANI- Zamanımız doldu, son suali alıyorum, buyurun.

FIKRI BALCI- Yargıç güvencesi, yargıç bağımlılığı, ulusal bağımlılık... Bağımlı bir ulusun elbette ki bağımsız yargıçı olamaz. Çeşitli yerleri toptan bağımlı hale getiren partiler de seçim yasalarına bir göz atacak olurlarsa, yasama erki de ulusu temsil edemez, çünkü bir yerlerden atanmıştır, halk ister istemez oy vermiştir, oy alan seçilip gelmiştir. Bağımsızlık ele alındığı zaman, her tarafıyla birlikte ele almamız gerekir. Öyle değil zaten.

Hepinize çok çok teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Değerli konuşmacılar başta olmak üzere hepinize teşekkür ediyorum.

Başka bir şey söyleyecek fırsatımız yok, çünkü Üçüncü Oturum başlamak üzere.

Sağ olun, varolun.

ÜÇÜNCÜ OTURUM

YASAMA DOKUNULMAZLIĞI VE YASAKLARI

OTURUM BAŞKANI:

Av. Şahin MENGÜ

Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri

KONUŞMACILAR:

Prof. Dr. Erdener YURTCAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emekli Öğretim Üyesi

Av. Atila SAV

Türkiye Barolar Birliği Önceki Dönem Başkanı

Av. ŞAHİN MENGÜ

Birinci günün üçüncü oturumuna başlıyoruz. Oturuma ben Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri Şahin Mengü başkanlık edeceğim.

Konuşmacılar, Prof. Dr. Erdener Yurtcan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir. Her ne kadar "emekli" demişse de, "emekli" tabirini kendisine pek yakıştıramadığım için kullanmak istemiyorum.

Diğer tarafımda Türkiye Barolar Biriliği Önceki Dönem Başkanı meslek ustamız Sayın Atila Sav.

Değerli konuklar, hukuk hayatına 1689 Haklar Bildirgesi'yle girmiş, krala karşı söz söylemeyi, mücadele etmeyi kendine bir amaç, daha doğrusu yaşadığı toplumun mutluluğu için bir araç olarak düşünen İngiliz soylularının kendilerini parlamenter görevini yaparken, yasama görevlerini yaparken gerek Avam Kamarası'nda, gerek Lordlar Kamarası'nda dilediklerini söyleyebilmeyi, kral tarafından baskı altına alınmamayı sağlamaya yönelik yazılı hukuka ilk giren kurul, yani yasama dokunulmazlığı, kürsü masuniyetinin ilk girdiği 1689 Haklar Bildirgesi'dir. Kürsü masuniyetini garanti altına almak için, yine aynı dönemde krala karşı, kralın tutuklamalarına karşı, bu seferde yasama dokunulmazlığı getirilmiştir. Türk hukuk hayatına ilk 1876 Teşkilatı Esasiye Kanunu'yla girmiş, ondan sonraki bütün anayasalarda yer almıştır. Bizim Anayasamız'a bakarsanız, 83. maddede bir tek madde halinde hem kürsü masuniyetini, hem de yasama dokunulmazlığını düzenlemiştir. Türkiye Barolar Birliğinin hazırladığı, belki ufak tefek eksikleri de olsa, bizce çok özgün bir çalışma olan anayasa tasarısında iki ayrı madde olarak düzenlenmiş bir kavramdır. "Kürsü masuniyeti" dediğimiz parlamenterin bütün söz, eylem, oylarından sorumsuz olması ki, bu mutlak ve süresiz bir sorumsuzluktur. "Yasama dokunulmazlığı" dediğimiz ise, sadece yasama göreviyle ilgili sınırlı bir dokunulmazlıktır.

Olayı bu kadar kısa özetledikten sonra, konuşmalarını yapmak üzere sözü Sayın Erdener Yurtcan'a veriyorum.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Herkese “hoş geldiniz” diyorum.

Türkiye’de öyle konular var ki, bunlar hiçbir zaman bitmiyor. Bunlardan biri de, yasama dokunulmazlığı üst kavramında ifadesini bulan bir konudur. Yargıç bağımsızlığını konuştuk, yasama dokunulmazlığı da... Hatta şöyle bir şey söyleyeceğim: Sayın Atilla Sav Beyefendiyle bundan 4 yıl evvel, gene konusu yasama dokunulmazlığı olan, TÜSİAD tarafından düzenlenmiş bir toplantıda, orada da birtakım şeyleri anlatmıştık, ama bir arpa boyu bile yol alınmadığını görüyorum ve aslında bu beni çok üzüyor. Niye Türkiye’de birtakım adımlar atılmıyor? Parlamento’da siyasal irade niye ülke çıkarına birtakım şeyleri yapmıyor da, dışarıdan istekler, empozellerle birtakım adımlar atıyor? Bu gerçekten üzücü bir sonuçtur. Her zaman söylemeye, yazmaya çalışıyorum. Biz, Türk insanı için birtakım şeyler yapmaya çalışalım, başkaları istediği için yapmayalım, böyle bir amaç etrafında kenetlenelim istiyorum.

Türkiye Barolar Birliği’nden arayıp da, bu toplantıdan söz ettikleri zaman, ben “konular ne? Herkes seçsin, ne kalırsa bana kalır, ben o konuda konuşayım” dedim, bu konu kaldı.

Size bazı şeyler anlatacağım, işin hemen başında söyleyeyim, bir resim çizeceğim, siz diyeceksiniz ki “biz, onu zaten biliyoruz” Burası da aile meclisi bunu herkes biliyor, içimizi dökeriz. Ben satır başlarını söylerim, herkes bu konuda düşündüklerini söyler, belki bir yerlere mesajlar göndeririz, belki de bir arpa boyu yol alırız, öyle bir amaca da belki ulaşırız.

“Yasama dokunulmazlığı” denildiği zaman, Anayasa hukuku kitaplarını açıyorsunuz, konuyu “Yasama Meclisi Üyelerine Tanınan Güvenceler” başlığı altında ele alıyorlar ve o şekilde anlatıyorlar. Demek ki, Meclis’te görev yapan kişilere birtakım güvenceler sağlamak gerekir.

Bunun Türkiye'de yerleşik terimi, üst kavramda yasama dokunulmazlığı. Kavram hemen ikiye ayrılıyor, "yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı" deniliyor, daha eskilere giderse "mutlak ve nispi dokunulmazlık" adı altında bir isimlendirme yapılıyor. Bu parlamento üyelerine tanınan güvencelere "bağışıklıklar" adı da veriliyor, böyle bir terminoloji de kullanılıyor. Bağışıklıkların temeli ne, niye böyle bu güvenceler ve bağışıklar tanınıyor?.. O konuda söylenen şu: "Parlamento üyelerinin, parlamento fonksiyonunu serbestçe yerine getirebilmeleri için, -bunlar kamu yararı için kabul edilmiş kurumlardır- kişisel faydalanma ve yarar sağlama bu konularda söz konusu olamaz" diye hemen altı çiziliyor; İngiltere'de başlamış, başka ülkelere yayılmıştır.

Ben çabuk anlatıyorum ki, konuşulacak zaman kalsın diye, satır başlarını söylüyorum. "Yasama sorumsuzluğu" denildiği zaman, milletvekilinin Mecliste kullandığı oy, söylediği sözler, ileri sürdüğü düşünceler nedeniyle bunlar suç niteliği taşısalar bile, Parlamento dışında bir makam tarafından sorumlu tutulamamaları anlamına geliyor; sağladığı güvencenin içerik ve kapsamı budur, buna "söz özgürlüğü" deniliyor. Sorumsuzluğun amacı nedir? iki amacı var; birincisi Parlamento'da millet iradesinin tam bir serbestlikle ifade edilmesini sağlıyor, "Yasamayla ilgili olmak şartıyla, oyundan, sözünden, düşüncenden sorumlu tutmuyorum, istediğin gibi konuşabilirsin. Onu fırsat bilip başkalarının kirli çamaşırlarını ortaya dökmek yasaktır" ikazıyla birlikte.

İkincisi, temsilci, yani parlamenter, yani milletvekili görevini yerine getirirken bağımsız ve güvenceli olacak, kendini güvencede hissedecek ki, serbestçe konuşsun, bütün düşüncelerini ortaya koyabilsin. Sözün özü şu: Temsilci düşüncelerini açıklarken herhangi bir kovuşturma kuşkusu ve korkusu taşımamalı, kendini tehdit altında hissetmemelidir.

"Yasama sorumsuzluğu veya mutlak dokunulmazlık veya uygulama diliyle kürsü dokunulmazlığı" denilen kavramın kapsamı nedir? Bunun ölçütü var, "kriter parlamenter fonksiyondur" deniliyor. 1982 Anayasası'nı açıyorsunuz, bunu Meclis çalışmaları olarak sınırlandırıyor ve o şekilde ifade ediyor, "Meclis üyesi Parlamento'da söz söyler, bunlar basın yoluyla yayınlanırsa, sorumsuzluk kapsamına dahildir, bundan dolayı da bir sorumluluk yüklenmez" deniliyor. Neden? Çünkü, "bu görüşmeler alenidir, bunlar yayınlanır" deniliyor. Hemen 1982

Anayasası'nın o yasaçtı tutumu burada da kendini gösteriyor "Meclis aksine karar alırsa, yayın olmaz, tekrar edersen sorumlu tutulursun" biçiminde bir hukuki sonuç bu kişinin önüne konuluyor. Peki, bu sorumsuzluk nereler için geçerli, yer bakımından kapsam nedir? Önce Parlamento içinde, genel kurulu, Meclis kürsüsü, komisyonlar, parti meclisi gruplarındaki yapılan çalışmalar kesinlikle kapsama dahil, o çatının altı buraya kesin giriyor. Doktrine bakıyorsunuz, "bazı Meclis çalışmaları dışarıda yapılabilir" diyor, orada da parlamenter fonksiyon görülebilir. Nasıl?.. Soruşturma ve araştırma komisyonları bazen dışarıda iş görürler, orada yaptıkları çalışmalar da sorumsuzluk kapsamına dahildir. "Hangi eylemler ve fiiller kapsam içindedir?" sorusunun cevabı ikili ayırım içinde ele alınıyor. Birincisi, oy, söz, düşünce açıklama hukuki nitelikteki işlemlerdir, sorumsuzluk içindedir. İkinci ayakta, fiili nitelikte olaylar fiziki güce dayanan davranışlardır, bunlarda sorumsuzluk söz konusu değildir. Örnek, dövme, yaralama veya başka suçların işlenmesidir. Hakaret ve sövmeye, belki işlenmeleri çok olağan olarak görüldüğü için, bu tür yasama meclislerinde hakaret ve sövmeye özel bir yer ayrılıyor. Öğretide daha özgürlükçü bakışla deniliyor ki, "yasamayla ilgili olmak şartıyla, biraz kantarın topuzunu kaçırıp da hakaret etse dahi, bunu sorumsuzluk içinde telakki etmek lazım, zaten açarsınız, iç tüzüğü orada hükümler vardır, 'arkadaş bilmem kaç oturum siz toplantıya katılmayacaksınız' dersiniz, o şekilde bunu yaptırım altına alırsınız"; bunu eleştirebilirsiniz. Alman Anayasasına baktım, orada enteresan bir suç var, bizim yapımıza pek uymuyor, "iftira yoluyla hakaret" diye. Alman Anayasası "İftira yoluyla hakaret sorumsuzluk kapsamına girmez" diyor, çünkü onun paraleli ceza yasasında, onu suç olarak öngörüyor ve cezalandırıyor.

Mahkeme içtihatları, gene bir ikili ayırım, ceza daireleri sorumsuzluğu suç yönünden mutlak kabul ediyor. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi yasama çalışmalarıyla ilgili olmayan sözlerden ötürü manevi tazminatı haklı görüp, o konuda verdiği mahkûmiyet kararları var.

Yasama sorumsuzluğunun sonuçları nelerdir?.. Çok basit, bu mutlaktır, sürekli ve kamu düzenindedir, yani üye istese de bu sorumsuzluk onun hakkında söz konusu olacaktır.

Geliyorum ikici ayağa, yasama dokunulmazlığının temeli ayrı güvenceler içinde yer ahyor, ama sorumsuzluk gibi değildir. Yasama

dokunulmazlığı, Parlamento üyesinin, Parlamento toplantılarına katılmasını sağlamak, temsilcinin Parlamento fonksiyonu dışındaki fiilleri nedeniyle toplantılara katılmasını engellemek; temel amacı budur. Bu bir siyasal partiyi temsil eder veya bağımsız da olabilir, parlamenter niteliğine sahip kişi, orada bu görevi yerine getirirken, toplantılara özgürce katılabilecektir. Burada hepimizin bildiği, suç olayıyla parlamenterlik görevi arasında bir kesişme söz konusu, iş oradan başlıyor zaten. "Sorumsuzluk" denilince "sürekli" deniliyor. Dokunulmazlık geçicidir, neden?.. Çünkü, bu bir suç nedeniyle yapılabilecek bir ceza kovuşturmasına ve soruşturmasına, bir ceza yargılamasına kalkan görevi görüyor. Hatta o kadar ki, "hüküm verilip kesinleşmiş olsa bile, bu infaz edilmez" deniliyor. Ne zaman?.. Kaldırılmadığı takdirde. Demek ki, bu yasama dokunulmazlığı böyle bir kalkan, insanı ceza yargılamasından ve kovuşturmasından koruyor. İki kavram çatışıyor, "suçtan sanık, bir isnat altında olmak" kavramı, parlamenterlik öne çıkarılıyor. Türk anayasal sistemde 2 istisnası var. Ağır cezalı suçüstü hali ki, burada otomatik olarak kalkıyor, yalnız bilgi veriliyor ve soruşturma başlıyor, yargılama bütün mekanizmasıyla devreye giriyor. Bir ilginç hüküm daha, Anayasası'nın 83. maddesinde "Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar da hariçtir" diyor. Bunu açık bakıyorsunuz, cezacıların klasik deyiimiyle, devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarda yok arkadaş, bu dokunulmazlıktan faydalanamazsın, bu eylemler söz konusuysa, böyle isnat altındaysan dokunulmazlık söz konusu olamaz diyor. Bir şartı var, seçimden önce o olaylarla ilgili soruşturmanın başlamış olması yani sonradan bir olay yaratıp, bu üyeleri Parlamento dışına sürmek engellenmek isteniyor. Bu konuda biraz derinlemesine çalışanlar diyorlar ki, "bu yasama dokunulmazlığı prensipte, temelde bütün üyeleri bir ceza soruşturmasından korur, ama esas buna bakarsanız, iktidara karşı bu daha çok muhalefeti korur, muhalefeti Parlamento'dan uzaklaştırmaya engel bir mekanizmadır."

Böyle bir kalkan kurarsanız, bunun hukuki sonuçlarını da Anayasa'ya yazmanız gerekiyor. Açıyorsunuz Anayasa'yı, burada sabah da geçti numerus clausus, sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde Anayasa diyor ki, "tutamaz, sorguya çekemez, tutuklayamaz, yargılayamaz". Hemen bir kural getiriyoruz, diyoruz ki "bunlar dışındaki işlemler olabilir" Niye?. Bu bir istisnadır, istisnalar dar yorumlanır, o sebeple arama olur

Milletvekilinin evinde, işyerinde falan hukuka ve Anayasa'ya uygun koşullarda yapabilirsiniz.

Ben buna bir şey ekledim, benden sonra o konuda herkes lütfen samimi fikrini söylesin. 92'de CMUK değişikliği yapıldı, ifade ve sorgu birbirinden ayrıldı. Sorgu demek, sanığın yargıç önünde hesap vermesi demektir. İfade başka bir şey, polis, jandarma, savcı önünde ifade vermek demektir. Ben diyorum ki, "milletvekili de olsa, bir suç isnadı altındaysa ifade alınsın." Çok doğru olacak ki, buradan böyle takdim edip, "kimse bana yan bakamaz" zihniyetini de değiştirmek gerekir, öyle bir istisna faydalı olur.

Başka ülkelerde değişik yapılanmalar var, bu yasama dokunulmazlığı bir yasama dönemince sürüyor, bizde beş yıldır. O beş yılı görmüyoruz, hep erken seçimler oluyor, ama Anayasa'yı açarsanız beş yıl yazıyor. Bu yasama dokunulmazlığı kendi mekanizması içinde çalışıp kaldırılabilir. Türkiye'nin sorunu zaten oradadır.

Peki, suç isnadı altında olan bir parlamenterin yasama dokunulmazlığını nasıl kaldıracağız?.. Kriter nedir?.. "Objektif kriterler olmalı" deniliyor. Birincisi, "isnat ciddi olmalı, siyasi bir amaç bulunup, bulunmadığını, -bu Parlamento'da teraziye vuruluyor- kovuşturma konusu eylemin kamuoyundaki etkisi, milletvekilinin şeref ve haysiyetinin korunması hususları dikkate alındıktan sonra, kalkar kalkmaz değerlendirilmesi yapılmalıdır" deniliyor. Dokunulmazlığı kaldırdığınız zaman, ceza yargılaması bakımından bugünkü sistemde vatandaş durumuna giriyor ve soruşturma işlemleri, yargılama yapılabilir. Hatta bugünkü anayasal sistemde dokunulmazlıktan faydalanan bir parlamenter hakkında ceza davası da açılabilir, ona da engel bir şey yoktur. İki sonuç söylemem gerekiyor, yasama dokunulmazlığı kalkan üye, üyelik sıfatını sürdürür, parlamenterlik görevini yapar. Artı, bu da belki önemli, hangi eylemden ötürü kalkmışsa, ancak ondan ötürü yargılanması söz konusudur. "Senin yasama dokunulmazlığın kalktı, hepsini getirip önüne koyarız" böyle bir şey yok, bu dosya bazında bir değerlendirmeyi getiriyor.

Yasama dokunulmazlığı kaldırılırsa, buna karşı parlamenter kendini nasıl koruyacak, ona karşı güvenceler nelerdir?.. İki güvence bulmam mümkündür. Birincisi, Anayasa'yı açıyorsunuz diyor ki, "siyasi parti gruplarınca yasama dokunulmazlığı konusunda görüşme yapılamaz ve

karar alınmaz” yani herkes vicdanıyla baş başa kalsın, Genel Kurula geldiği zaman “ya bu fiilden dolayı da, insaf artık bu gitsin orada hesabını versin, herkes kendi vicdanında ölçsün biçsin” deniliyor. İkincisi, yasama dokunulmazlığı kalktığı zaman, Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı var. Anayasa Mahkemesi değerlendiriyor, “Anayasa, yasa ve bütün kurallar yönünden esas ve usule dayanarak kalkar kalkmaz kalkması uygun değildir, uygundur; bu da bir güvence oluşturur” deniliyor.

Resim bu. Türkiye'deki kangren nerede?.. Bence, yasama sorumsuzluğunda sorun yok, orada Türkiye bir sorun yaşamıyor, yani benim bildiğim kadarıyla öyle bir sorun yaşanmıyor. Bütün mesele yasama dokunulmazlığında düğümleniyor. Çok net bir tespit yapacağım: Bugün gelmiş geçmiş parlamentolar ve meclisler bu yasama dokunulmazlığı meselesinde bir yek vücut halde bunu kaldırmama konusunda bir direnç içindeler. Yaklaşım şudur: “Arkadaş, bugün bana yarın sana, sen benimkini kaldırırsan, ben de seninkini kaldırım, haberin ola” mantığı içinde yaklaşıldığı için, Türkiye'de bu işin üstesinden gelinmiyor. Gelinemeyince, kurum işlemiyor. Batının yasalarına, anayasalarına koyduğu kurumlar ve kurallar, bizde maalesef bu yaklaşımlar egemen olunca, hiçbir zaman mekanizma çalışmıyor, işlemiyor. Ancak, toplumda çok feveranla karşılanan, “ya bu kadar olmaz ki” denildiği zaman, kusura bakmasınlar, 159 barajından içeri girmeden söyleyeyim, Parlamento'nun aklı başına geliyor, dokunulmazlığı kaldırıyor; halbuki bunun böyle olmaması lazım. Mekanizma işletilmediği için, ekstremler devreye giriyor. Dikkat ederseniz, son dönemde “arkadaşlar, bu kurumu kaldıralım” deniliyor, halbuki o kurum kalkar mı?.. Bana göre kalkmaz. Ama insanların herhalde burasına kadar getiriyorlar ki, “kurumdan kurtularak belki çözüm üretebiliriz” konusuna getirmeye çalışıyorlar; ekstremde bir o var. İkincisi, bunları sınırlandıralım. Ben, uzun süre “bu mekanizma çalışsın da, Anayasa'da bu normlar kalsın” diye düşünüyordum. Tabii, hukuki yaklaşımda çözüm üretirken, ülke gerçeklerini göz ardı edemeyiz, artık ben de “yavaş yavaş bunları sınırlandıralım falan” demeye başladım.

Yalnız bu yüz kızartıcı suç lafını kesinlikle kabul etmiyorum, onu hiç sevmiyorum. Bu bize Fransızlar'dan gelmiş bir yerlere oturmuş, hep de arkasına “gibi” diye bağlanıyor. Bu “gibi” kime göre gibi?.. Kim uygulayacaksa, elinde böyle bir ölçü olur. Zaten yüz kızartma ne?..

Suçlunun yüzü kızarır mı?.. Müeddep adamın yüzü kızarır, suçlunun yüzü kızarmaz ki.

Ben, düşündüm taşındım, bunu tartışın, yanlış diye de yüzüme karşı ifade edin, ben o tavırları çok severim. Dedim ki, “Türk sisteminde ağır cezalı suç önem gösteren bir kriterdir, bir ölçüdür” bunu esas almalıdır. Hatta, bizde ağır ceza mahkemesine giden taksirle işlenen pek fiil yoktur. Onu da düşündüm dedim ki, “sınırlamayı tam yapalım, kasten işlenen ağır cezalı suçlarda bunu bir kere kesin kaldıralım, yani bu zırh orada kalsın” Oraya da gitmek demek, hesabı verebilirse dönüp geri gelmek demek. Bunun kendi içinde de çok korkutucu olarak algılanması da bence doğru değil. Onun dışındaki hallerde Türkiye Büyük Millet Meclisi bunu takdir etsin dedim.

Sayın Atila Sav'a bir sorum var, bu anayasa paketi geçerken, içinde anayasa değişikliği önerisiyle, bu yasama dokunulmazlığı vardı, içinden çekildi alındı. Siz ondan söz edeceksiniz galiba, o zaman ben onu anlatmıyorum.

Sözlerimi burada tamamlıyorum. Türkiye bu kangreni nasıl aşacak?.. Parlamento gerçekten birtakım şeylere vakıf olacak. Tabii, bu ortamda her şeyi açık konuşmamız lazım. Parlamento yasama dokunulmazlığı kavramını ve mekanizmasını bu kadar kötüye kullanıp, onu bir kalkan ve zırh haline getirince, belirli fiillerden dolayı yargılanmakta olan insanlar alınıp seçim listesine konuluyor, oradan milletvekili yapılıyor ve yargılanamaz zırhına büründürülüyor ki, böyle bir şey olmaz, bunu kesinlikle kabul etmiyorum.

Hepinize saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Yurtcan.

Buyurun Sayın Sav.

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Başkan, değerli meslektaşlarım; yasama dokunulmazlığı konusunda genel bilgileri Sayın Yurtcan açıkladığı için, bana bu konuda eklenecek fazla bir şey kalmadı.

Bir kurumun, özellikle bir siyasal kurumun değerini daha iyi anlayabilmek için, o kurum ve kuralın geçmişine ve çevre uygulamalarına bir göz atmakta yarar var. Sayın Başkan da söyledi, dokunulmazlık kavramına ilk olarak 1689 Haklar Bildirgesi'yle İngiltere'de rastlıyoruz. Kraliyetin muhalefetine bir güvence sağlamak için ortaya çıkıyor. Önemli olan, amaç parlamenterlerin veyahut parlamentoda görev yapanlarının meclis kürsüsünde söylediklerinden ötürü kovuşturmaya uğramamaları, bundan dolayı bir baskı altında kalmamaları ve kendilerini özgür hissetmelerinin sağlanmasıdır. Sonra 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde Fransa'da, Amerika'da 1776'da Haklar Bildirgesi'nde görüyoruz. Velhasıl o tarihten sonra demokrasinin işlediği bütün ülkelerde anayasalarda yasama dokunulmazlığı yer alarak geliyor.

Bizde de 1876 Anayasası'nda ilk kez yer alıyor. Daha sonra 1924 Anayasası'nda var ve 1961, 1982 Anayasaları'nda da gelişiyor. Aslında burada bugün ülkemizde yaşanmakta olan siyasal tartışma bir çelişki içeriyor. Dokunulmazlık ve kürsü bağıışıklığı, kürsü dokunulmazlığı, daha çok demokrasilerde muhalefetin güvencesi olarak düşünülmüş, çünkü iktidar her rejimde var, ama muhalefet ancak ve yalnız demokrasilerde var. Korunmaya ihtiyacı olan bir akım, bir varlıktır. Oysa, Türkiye'de son zamanlarda muhalefetlerce dokunulmazlığın kaldırılması tartışmaları giderek gündemde yer alıyor. Paradoks buradadır.

Türkiye'de daha çok muhalefet dokunulmazlığın kaldırılmasını istiyor. "Hani muhalefet için bir güvenceydi, burada niye muhalefet istiyor?" diye düşünmek gerekiyor. Nedeni şu: Sanıyorum, iki temel kavramın çatışması noktasındayız, bir çizgi üzerindeyiz. Bu çizgi de şu: Bir yanda düşünce özgürlüğü, siyasette herhangi bir sınırlama ve kısıtlama olmaması ve tehdit, baskı altında kalmama özgürlüğü, öte yanda temiz toplum gereksiniminin giderek daha baskın hale gelmesidir. Bunun en güzel ve somut örneklerinden biri, Susurluk olayı ile ortaya çıktı. Gerçekten Susurluk olayı ile bir yeni tablo gelişti. İtalya'da gladiodan falan söz edildi. Toplumun içinde bir ikinci düzen, bildiğimiz meşru anayasal düzenin yanında bir başka düzen oluşuyor. Bu düzende suç örgütleri, güvenlik güçleri, siyasi güçler, siyaset adamları bir çizgi üzerinde birbirlerini koruyarak, birbirlerine dayanarak, birbirlerini besleyerek varlıklarını sürdürüyorlar. Bu, temiz toplum özlemi çeken büyük çoğunluğu, tedirgin ediyor ve bunun giderilmesi isteniyor. Bu giderme isteklerinin karşısında da bazı kalkanlar görülüyor. Yolsuzluk var, yolsuzluğu muhafaza altına alan, zırh gibi önüne geçen bazı hukuk kuralları, hatta Anayasa kuralları var. Nedir bunlar?.. Bunlardan biri, Anayasa'nın 83. maddesinde yer alan dokunulmazlık, öbürü 100. maddede yer alan bakanların ve başbakanların sorumluluğunu düzenleyen hüküm. Bir de memurlarla ilgili 125. maddede yer alan, özel yargılama yöntemini öngören Anayasa hükmü var. Bu hükümlerin varlığı, işleyişindeki incelikler, özellikler, karmaşıklıklar, girift labirentler, yargının yasama ve yürütme üzerinde toplum adına yapacağı denetleme olanağını büyük ölçüde daraltıyor, hatta yok ediyor. Bunun ortadan kalkması lazım. Bir yanda temsili, çoğulcu, katılımcı demokrasinin gereği olan dokunulmazlık kurumu, bir yanda temiz topluma giden yolu tıkamaya yarar biçimde kullanılan dokunulmazlık kurumu. Bunlar arasındaki çelişkiyi gidermek lazım. Onun içindir ki, Anayasa değişikliği paketleri hazırlanırken, son 3 Kasım milletvekili seçimlerinden önce, Cumhuriyet Halk Partisi, yani sonradan muhalefet partisi olarak sandıktan çıkan parti ısrarla üzerinde durdu, hâlâ da bu düşüncesini izliyor gibi görünüyor.

Daha önce 83. maddenin değiştirilmesi tartışmaları yapıldığında 19. dönemde Başlangıç hükmüyle ondört madde değiştirildi. Bunun sabah oturumunda yapılan değerlendirilmesinde, özellikle çoğulcu demokrasinin kurumlar arası ilişkilerini düzenleme bakımından başarılı bir değişiklik olduğu belirtildi. Bu arada "dokunulmazlık kurumu elden geçirilsin" diye önerildi. Ama bir süre sonra unutuldu. 20. dönemde Uyum Yasaları Komisyonu vardı. 19. Dönemde yapılan Anayasa değişikliklerinin yasalarını ve diğer hukuk düzenlemelerini yapmak üzere kurulmuş olan kurulun çalışmaları arasında 83. madde değişikliği de vardı. O zaman yakından gördüm ki, Anayasa'daki bu düzenlemeyi toplumun "temiz toplum" beklentilerine uygun biçimde düzenleyebilmek kolay değil. Çünkü gerçekten Parlamento'yu oluşturan milletvekilleri, bütün partilerdeki milletvekilleri birçok noktalarda çok ciddi tereddütler, kaygılar ve korkular içerisindedir. Bunların hepsini birden tatmin edecek, aynı zamanda da yargının önünü açabilecek, yolsuzlukları yargıya götürebilecek bir düzenlemeyi yapmak pek kolay değil.

İzin verirseniz, bir gelişme diye o Meclis'in yapmış olduğu çalışmayı bilginize sunmak istiyorum. Bu 20. Dönem önerisidir. Bu öneri, Meclis'te bütün partilerin eşit sayılarda katıldığı Uyum Yasaları Komisyonu'nda kabul edilmiştir. Birçok konuda birçok kereler uzlaşma metni haline getirilmiş, birkaç defa yazılmış çok düzgün ve iyi bir metin olmasa bile, yani sabahleyin belirtildiği gibi, "ebedi bir metin" olmasa bile, ihtiyacı bir ölçüde karşılayacak, en azından belli suçlar için tanınmış olan yargılanma olanağının kapsamını genişletecek, aynı zamanda Meclis üyelerinin de bazı kaygılarını giderecek bir düzenleme. Deniliyor ki, "yerel husumetlerin sonucu olan bazı olaylarda, bazı suç duyurularında biz mahallinde polise veya savcıya ifade vermek zorunda kalırsak, oradaki saygınlığımız, zedelenir." Bu kaygıları bir ölçüde gidermek için, yargı yöntemi ve yargılama yerini de içeren bir düzenleme yapıldı. Madem, böyle düşünülüyor, "milletvekilleriyle ilgili hazırlık soruşturmaları Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülsün ve davası da Yargıtay'da görülsün. Bazı yüksek memurların ve yargıçların davalarının Yargıtay'da görülmesinde olduğu gibi özel ceza

dairesi görevlendirilsin” denildi. Metin şöyle: “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdüğü düşüncelerden, aynı birleşimdeki Başkanlık Divanı'nın önerisi üzerine Meclis'çe başka bir karar alınmadıkça, bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan dolayı hiçbir şekilde sorumlu tutulamazlar.” Bu kürsü dokunulmazlığının aşağı yukarı bugünkü halinin devamıdır. En mutlak şekilde olması konusunda mutabakat vardır. İkinci aşamaya gelince: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz”. Yani dört işlem yine sayılıyor. “Bir milletvekili hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi milletvekilliğinin sona ermesine bırakılır. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Dokunulmazlık süresince dava ve ceza zaman aşımı işlemez. Şu kadar ki, ağır cezayı gerektiren cürümlerde suçüstü haliyle, zimmet, ihtilas – bunlar Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan suçlardır, yani milletvekili seçilmeye engel olan suçlardır; bunlardan birinden bir milletvekilinin hakkında soruşturma başlatılmışsa, onun bu istisna hükmüne girmesi konusunda anlaşıldı.– “Zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancını kötüye kullanma, dolanlı iflas, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma cürümlerinden dolayı bir milletvekilinin sorguya çekilmesi ve yargılanması için Meclis kararı aranmaz.” Bu Sayın Yüzbaşıoğlu'nun sabahki önerisini içeriyor, yani tutma ve tutuklama hariç, diğer işlemleri yapmak için Meclis'in karar vermesine gerek yoktur. Bu hallerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bildirecektir. Ancak, bu hallerde de suç işlediği ileri sürülen milletvekili, ağır cezayı gerektiren cürümlerden suçüstü hali veya Meclis'in kararı olmadıkça tutulamaz ve tutuklanamaz. Tutma ve tutuklama yine dokunulmazlık kapsamında kalıyor. Sorguya çekme ve yargılama konusu dışarıda kalıyor. “Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde siyasi parti gruplarınca yasama dokunulmazlığıyla ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz. Milletvekilleri hakkındaki ceza davaları

Yargıtay'da görülür. Bu davalarla ilgili hazırlık soruşturmasının yürütülmesi, kamu davasının açılması, hükmün temyizi ve diğer yargılama esasları kanunla düzenlenir". Bu suretle yeni bir yargılama yöntemi öngörülmüş oluyor. O tarihte Meclis'teki grupların üzerinde uzlaşabildikleri metin budur. Sonradan buna ufak bir ekleme de yapıldı. "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı soruşturmayı yapsın, ama son soruşturma açılması kararını başka organ, Yargıtay Başkanlar Kurulu versin" gibi bir öneri de geldi. Sonuç olarak şu oldu. Bu Anayasa değişikliği Meclis'te grubu bulunan partilerin genel başkanları dahil 300 kusura milletvekillinin imzasıyla Başkanlığa verildiği halde, her iki oylamada da yeterli sayıyı sağlayamadığı için düştü. Son oturumunda ben Anayasa Komisyonu Başkanı'ydim. Böyle konularda gündemde kalması mecburi, ama konuşulması istenirse, komisyon başkanı yerine oturmuyor. Diğer kanunlarda hükümet de oturmuyor. Ben ona rağmen gittim yerime oturdum. Komisyon üyeleri geldiler dediler ki "niye oturuyorsun?" Teklif reddedilecek. Ben de, görelim, berber saçımı kessin önümüze düşsün, ak mı, kara mı?" Ama düşerse en az bir yıl süreyle yenilenemez, dendi. Zaten Meclis yenileme kararı almış, bir yıl sonra gelen Meclisi bağlamaz bu karar, "görelim bakalım" dedim. Nitekim, yeter sayıda katılım olmadı, yeter sayı çıkmadığı için bu öneri düştü. Yani partiler önerilerinin arkasında durmadılar.

21. Dönemde de biraz önce Erdener Bey'in bahsettiği anayasa paketi hazırlanırken, yine 83. madde bu haliyle partilerin ortak teklifi olarak gelmiş, ama hayata geçmedi, canlanamadı, yine kaldı. Bu şartlar altında biz "daha genel bir yaklaşımla, daha ivazsız, biraz da, belki edebi bir ifadeyle nasıl bir 83. madde veyahut nasıl bir dokunulmazlık düzenleyebiliriz?" diye düşündük. Türkiye Barolar Birliği önerisinde var. Ayrıca, Odalar Birliği'nin hazırladığı bir anayasa önerisi de var. Oradaki iki metni de okuyacağım. Bunların üçü birbirleriyle karşılaştırıldığında, bugünkü Anayasa hükmünün ne kadar yaşaması gerekiyor, nasıl bir değişiklik yapılabilir?.. Onu dinleyenler daha iyi değerlendirirler.

Barolar Birliği Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı metinde "yasama sorumsuzluğu" ve "yasama dokunulmazlığı" diye kurum ikiye

bölündü. Yasama sorumsuzluğu konusunda zaten bir görüş ayrılığı yok. Yasama dokunulmazlığı için şöyle bir düzenleme önerildi: “Seçimden önce ya da sonra suç işlediği ileri sürülen milletvekili Yargıtay’da sorgulanıp, yargılanır.

Ancak, ağır cezayı gerektiren suç durumu dışında tutulamaz ve tutuklanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü durumunda tutma, tutuklama ve yargılama, yetkili makamlar tarafından derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bildirilir.

Bu davalarla ilgili hazırlık soruşturması yürütülmesi, kamu davası açılması ve yargılama usulleri yasa ile düzenlenir.

Milletvekili seçilme yeterliliğine engel olmayan kesinleşmiş bir cezanın çektirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zaman aşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki siyasal parti gruplarınca yasama dokunulmazlığıyla ilgili görüşme yapılamaz, karar alınamaz.

Başbakan ve bakanlar hakkındaki suçlamalar, ilgili Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından Meclis soruşturması için Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bildirilir.”

Bu bir seçenek, bir başka seçeneği, yine tarafsız bir bakışla hazırlanmış bir metin olarak bilginize sunuyorum. Odalar Birliği önerisinde de aynı ayırım yapılmış. Yasama dokunulmazlığı ve yasama sorumsuzluğu ayrılmış. Yasama dokunulmazlığı için şöyle bir düzenleme öngörülmüş: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili, Meclisin kararıyla dokunulmazlığı kaldırılmadıkça yakalanamaz, tutuklanamaz ve kendi isteği dışında sorgulanamaz, yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve 76. maddede sayılan yüz kızartıcı suçlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu adli makamlarca doğrudan kendisine iletilecek dokunulmazlığı kaldırma taleplerini üç ay içinde karara bağlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Meclis üyeliği süresince zaman aşımı işlemez.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki siyasi parti gruplarınca yasama dokunulmazlığıyla ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz." Bu objektif öneriler ile daha önce Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yapılmış olan çalışmalardan bugünkü koşullara göre, yani hem dokunulmazlık kurumunun gereklerine ve kaynağından gelen özgürlükçü, özgürlükleri koruma işlevine, hem de temiz toplum beklentilerinin ve gereksinmelerinin önünü kesen, yargı ile yaşamayı karşı karşıya getiren düzenlemeleri uzlaştıracak bir yeni formül, çıkarılabilir diye düşünüyorum. Gerçekten dokunulmazlık, özellikle 1990'lerden sonra hep Türk toplumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve daha doğrusu siyaset kurumuna duyulan saygılığın zedelenmesinde önemli sorunlardan biri olarak işlemektedir. Özellikle Susurluk olayının alevlendirdiği bir gelişme ortaya koydu ki; siyasetle mafya ilişkileri içiçedir. Bu ilişkilerin siyasetin koruması olmaksızın bu kadar yaygın hale gelemeyeceği yolunda ki kanaatin yaygınlaşması kanaat pek de yanlış bir kanaat değil- nedeniyle mutlaka ele alınmalı ve siyasetin kurumunun saygılığı korunmalıdır. Sanıyorum ki, Türkiye Barolar Birliği de bu çalışmayı yaparken, önemine binaen konuyu gündemine aldı.

Gerçekten önümüzdeki dönemde yasama dokunulmazlığı ele alınmalıdır. Hatta sadece yasama dokunulmazlığı da yetmeyecektir, bakanların sorumluluğuyla ilgili Meclis soruşturmasını düzenleyen 100. madde de ele alınmalıdır. Çünkü orada da -sabahleyin belirtildiği gibi- siyasetin yargıdan kaçması, sanıkları kaçırması gibi bir uzlaşmaya tanık oluyoruz. Sanık durumunda olan siyaset adamları birbiriyle paslaşıyorlar, bir bakıyorsunuz tamamen siyasi bir kararla yargı mekanizmasının işlemesi önleniyor. Bu bir aklama yöntemi değil. Çünkü bir suçtan ötürü kuşku altında bulunan kişinin aklanabileceği tek yer

yargıdır. Yargı dışında başka hiç kimse bir sanığı aklayamaz, suçlamadan koruyamaz, kurtaramaz. Ama bunu işler hale getirmek için yapılması gereken bir şey var: Önümüzdeki dönemde Anayasa değişikliğinin tekrar gündeme geleceği anlaşılıyor. Umarız ve dileriz ki, bu Anayasa değişikliği içerisinde yasama dokunulmazlığı ile bakanların sorumluluğunu düzenleyen ve soruşturma yöntemini belirleyen Meclis soruşturması yöntemi de sağlıklı bir düzenlemeye kavuşur.

Beni dinlediğimiz için teşekkür ederim, herkese saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Sav.

Şu anda Parlamenti oluşturmuş iki siyasi partiden muhalefetteki partinin zaten seçim bildirgesinde, seçim programında dokunulmazlık ve sorumsuzlukla ilgili yeni düzenlemelerin yapılacağı söyleniyordu. İktidar partisinin genel başkanı da, buna var olduklarını söylemişlerdi. Herhalde bir siyasi iklimin bu kadar müsait olduğu bir ortam olmaz, eğer söylenenlerin arkasında duracak bir adam olursa bu şartlarda bu kaldırılır. Ama tabii bu siyasi arkada durmak meselesidir, onu bilemiyorum.

Efendim, sorularıyla ve açıklamalarıyla tartışmaya katkıda bulunacakların sorularını ve açıklamalarını alalım.

Buyrun.

TARTIŞMA

Av. ATILA SAV- Sayın Başkan izin verir misiniz, Sayın Kaboğlu'nun sorusuna da yanıt vereyim. 1. madde değişikliğiyle ilgili 19.03.1999 günü yapılan oylamaya 433 kişi katılmış, 253 kabul, 155 ret, 18 çekimser, 4 iptal, 3 oy da boş çıkmış.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun Sayın Başsavcım.

SABİH KANADOĞLU (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)- Efendim, konu üzerinde çalışmış ve düşüncelerini bir makaleyle tartışmaya açmış, öneriler beklemiş bir arkadaşınız olarak, bu konuda ben de bir iki söz söylemek istiyorum, inşallah bir katkısı olur.

Erdener Hoca'ya aynen katılıyorum, bu konuşmaların bize bir arpa boyu aldırmayacağı yolunda da kesin kanaatim var. Ben de Sayın Hocam gibi, kürsü sorumsuzluğuna konulan sınırlamanın öncelikle kaldırılmasının gerektiğini öncelikle ifade edeyim, yani kürsü sorumsuzluğu sınır tanımamalıdır. Yapılan konuşmanın o günkü Başkanlık Divanı tarafından dışarıda tekrarlanmasının önlenmesi gibi bir tedbirle dışarıda tekrarlanması önlenmemelidir, bu sınırlama kaldırılmalıdır, çünkü sorumsuzluk gerçekten sınır tanımaz.

Dokunulmazlık konusunda ise, hazırlanan ve sonradan Anayasa metni olma şansını bulamayan görüşe ben de katılıyorum. Üç türlü güvence vermek lazım. Tüm kaldırılması gibi bir şeyin gerçekleşmesi kesinlikle düşünülmemelidir. Bu bir popülist yaklaşımdır, konuluş gayesine kesinlikle uygun değildir. O halde daraltma yapılmalı, ancak birtakım güvenceler de verilmelidir. O tasarıda olduğu gibi, milletvekili seçilme yeterliliğini ortadan kaldıran suçlarda dokunulmazlık

olmamalıdır. Bu soruşturma suçun işlendiği yerde değil, Yargıtay Başsavcılığı tarafından yürütülmelidir ve bu davaya Yargıtay'da bakılmalıdır. Bu görüşlere tamamen katılıyorum. Ancak bir endişem var, gerek iktidar, gerekse ana muhalefet partisinin temiz toplum özleminin sadece 83. maddeyle sağlanabileceği yolunda toplumda yanlış bir düşünce yaratılmasına yardımcı olduklarını görüyorum. Temiz toplum özleminin, sadece 83. maddede istediğimiz şekilde değişiklikler yapılırsa dahi sağlanabileceğine kesinlikle inanmıyorum. Eğer, Meclis soruşturmasını, o kurumu bugünkü haliyle bırakırsak, isterseniz 83. maddeyi istediğimiz biçimde anayasal bir hüküm haline getirelim, sonuç almamız mümkün değildir. Ancak, ne iktidar partisinde, ne de ana muhalefet partisinde 100. madde üzerinde bir çalışma kamuoyuna iletilmektedir ve bütün bu özlemin ve yolsuzluk iddialarının 83. maddede yapılacak değişikliklerle önlenebileceği yolunda yanlış bir algılamaya yol açılmaktadır. Ben, şimdiye kadar 100. maddenin değiştirilmesinin gerekliliği konusunda bütün siyasi partilerin ortak bir beyanda bulduklarını görmedim. 83. maddedeki bu beyanların da bir sonuç vermediği ortada olmakla beraber, her şeyden önce 100. madde konusunda da kamuoyunun hazırlanması ve sorunun bu şekilde çözüleceği gerçeğinin vurgulanmasının da yararlı olacağını sanıyorum.

Saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Başsavcı.

Buyrun Sayın Kaboğlu.

Prof. Dr. İBRAHİM Ö. KABOĞLU- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ben, konuya biraz daha farklı ve genel açıdan bakmak istiyorum. Yasama dokunulmazlığı konusunda, Avrupa'nın kuzey ülkelerine doğru gittiğimiz ölçüde Hollanda'ya kadar yasama dokunulmazlığının azaldığını ve hemen hemen yurttaşın güvenlik ve özgürlük statüsüyle örtüştüğünü görmekteyiz. Başka bir söyleyişle, kişi güvenliği ve

özgürlüğünü güvence altına almış olan ülkelerde, yasama dokunulmazlığı sıfırlanma noktasına kadar azalıyor. Bizim hukukçular olarak, yasama dokunulmazlığının azaltılması konusunda kullanabileceğimiz bir gerekçe, Anayasada özellikle kişi güvenliği ve özgürlüğünü güvenceleyen hüküm bakımından değişiklik yapılmış olması, yani milletvekillerine "siz de bundan yararlanabilirsiniz, o kadar korkmayın" demek, çünkü çeşitli toplantılarda milletvekillerini yargıçlarımızdan korktuklarını görüyoruz. Bu korku iki biçimde dile getiriliyor ya da anlaşılıyor. Birincisi, yargıçların bağımsızlık sorunu çerçevesindedir. İkincisi de, yargıçların politikacılara karşı biraz önyargılı oldukları bağlamındadır. Bu nedenle, Türkiye'de bütün vatandaşlar için kişi güvenliği ve özgürlüğü artırılmıştır. Sizin yapacağınız şey, yargıç güvencesini artırmanız, yargıç bağımsızlığını güçlendirici düzenlemeler yapmanız ve o durumda yasama dokunulmazlığı sizin bu kadar korktuğunuz anlamda sendrom, çünkü onlar için de bir sendrom şeklinde tezahür ediyor. Biz, daha büyük hukuki gerekçeleri de işlemeliyiz, diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Kaboğlu.

Buyrun efendim.

FİKRİ BALCI- Kendim sıradan bir vatandaşım, buraya vatandaş olarak katıldım.

Bu doğma liderler, milletvekillerinin dokunulmazlığını kendi uhdelere geçirmediler mi?

İkinci sorum da, buna karşılık adi suçlarda onlara dokunulmazlık zırhı giydirmediler mi?

OTURUM BAŞKANI- Bu sorduğunuz soruların cevabı zaten burada tartışılıyor. Bazı siyasi partilerin veya liderlerin, bu

dokunulmazlık kurumunu doğru çalıştırmadıkları için bu tartışmalar yapılıyor.

Tahmin ediyorum, 4. Hukuk Dairesi bu konudaki görüşünü açıklayacak.

CENGİZ YÜKSEL (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi) - Saygılar sunuyorum efendim.

Özellikle Yurtcan Hocam'ın değindiği konuda cevap vermek üzere söz aldım. Efendim, yasama dokunulmazlığı, yani bir başka anlatımla kürsü dokunulmazlığı bizi daha çok ilgilendiriyor ve bununla ilgili davalar geliyor. Dairemiz'in görüşü, fiziki güç kullanıldığında, bunlar zaman zaman gelen şekliyle tokat atmak, su serpmek vesaire gibi, bunlar mutlak tazminat sorumluluğunu gerektirir diye düşünüyoruz. Bunun yanı sıra, hakaret, sözden kaynaklanan durumlarda da Dairemiz katı düşünüyor ve bu durumda da tazminat sorumluluğunu gerektirir diye kararlar veriyoruz. Sizin tabirinizle söyleyeceğim, hatta bazen kantarın topuzu kaçıyor galiba, bir sayın milletvekilinin kürsüde yaptığı konuşmada bir partini iki olay için aldığı tavrı dile getirip, sizin yaptığınız müraililiktir, ikiyüzlülüktür sözüne de oy çokluğuyla tazminat sorumluluğu gerektirir diye karar verdik. Ben, bunda kürsünün salt hakaret kastıyla kullanılması halinde "evet" diyorum, tabii bu ayırım oldukça zordur. Olayın nitelemesi ve konuşmalar sırasında oluşan ortam içinde sarf edilen sözler için aynı sertlikte, aynı katılıkta davranılmaması, tazminat sorumluluğu görülmemesi düşüncesindeyim.

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Sayın Yüksel.

Mesela, dairenin bir başka özel kararında, gensoru önergesinin görüşülmesi sırasında gensoru hakkında söz alan bir milletvekili, bakanının bir akrabasının eroin kaçakçısı olduğunu, elinde bir belge okuduğunu söylüyor. Belgeyi elde ettiğiniz zaman, onun içinde böyle bir yazı olmadığını görüyorsunuz. Dairenin bu konuda vermiş olduğu bir

kararı var. Mesela, salt parlamenterlik görevini yaptığı imajı veriyor, ama içine girdiğiniz zaman olay öyle değil, sırf bir bakanı yıpratmak için devletin resmi belgesini dahi tahrif ederek okuyabiliyor. Bunun sınırı çok çizilecek bir olaydır, her olay bazında bakmak gerektiği inancındayım.

SALONDAN- Sayın Başkan, ben genelde değerli konuşmacıların görüşlerine katılıyorum. Dokunulmazlığın azaltılması yönündeki genel kanyı da bir yurttaş olarak paylaşıyorum. Kürsü sorumsuzluğu konusundaki sınırsızlık görüşü de elbette önem taşıyor. Ben, bunun yanında dokunulmazlık yaygınlaştırılmasıyla ilgili farklı bir şey söylemeye çalışacağım. Bu ne demek?.. “Yerel yönetim meclis üyeleri için de bu dokunulmazlık gereği var mıdır?” diye bir soru sormak istiyorum. Şunun için söyleyeceğim: Bir Büyükşehir Belediye Meclis Üyesi, bazı illerde milletvekilinin aldığı oydan birkaç kat fazlasını alarak Büyükşehir Meclis Üyesi olabiliyor. Buna rağmen, sözünden değil, kullandığı oydan dolayı cezai takibata uğrayabiliyor, cezalandırılabilir, bir mülkiye müfettişinin karşısında sorgulanabilir ve bu müeyyideye muhatap oluyor. Kaldı ki, yerel yönetim meclislerinin aldığı kararların birçoğu mülkiye amirinin kararına tabii, ayrıca bütün kararlarına karşı yargı yoluna gitme olanağı var, ama buna rağmen, yerel yönetim meclis üyelerinin herhangi dokunulmazlığı söz konusu değildir. Değerli konuşmacıların bu konuya nasıl yaklaşacaklarını öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Kâzım Kolcuoğlu buyurun.

Av. KÂZIM KOLCUOĞLU- Sayın Başkan, bu konu üzerinde durmak istiyorum. Gerçek olması nedeniyle bu konuda da bazı düşünceler üretilmesine inanıyorum. Bu dönem zannediyorum, seçilmiş olan 36 milletvekili hakkında seçim öncesi haklarında soruşturma, bir kısmına da dava açılmış ve gittikçe artmaya başladığı anlaşılıyor. Meclis

âdeta bir sığınak yeri haline dönüşmeye başladı. Hakkında dava açılan veyahut ceza yiyeceğini düşünen ne kadar insan varsa, milletvekili adayı olmak suretiyle seçildikleri zaman, kurtuluyorlar. Acaba, seçimden önce işlenmiş olan suçlarla, seçimden sonra, yani milletvekili döneminde işlenmiş suçlara arasında bu konuda farklılık veyahut değişik bir öneri yapılabilir mi? Böyle giderse belki de ileride Meclis'in yarısı bu tip insanlardan oluşabilir. Bu korku beni bu konudaki düşüncelerimi açıklamaya zorladı. Bu konudaki düşüncelerinizi öğrenmek istiyorum.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. NECMİ YÜZBAŞIOĞLU- Ben sabahtan biraz değinmiştim, ama zaman dolayısıyla biraz eksik kaldı. Bu işte ciddi olarak kafa yormuş kişilerden biri de benim. Önce sorumsuzlukla dokunulmazlığı ayrı olması gerekir, bunda hem fikiriz. Zaten biri kürsü dokunulmazlığı milli iradenin özgürce oluşması amaçlıyor, Sayın Yurtcan ifade etti. Bu noktada her iki kurumun işlevi açısından bakarsak, nerede duracağımızı belirlemek daha kolay olacaktır. Sorumsuzluk, milli iradenin özgürce oluşmasını amaçladığına göre, milli iradenin özgürce oluşmasını sağlayan araçlar nedir, nasıl oluşacak?.. Söz söyleyerek, düşünce açıklayarak, oy kullanarak. Onun için zaten bu üç kavram Anayasaya konulmuştur. Bunlar milli iradenin oluşmasında zorunlu araçlardır. Dolayısıyla, bunun dışında kalan fiziki olaylar, işte su atmaların irade açıklamasıyla hiçbir ilişkisi yoktur. İrade açıklaması kapsamına giren şeyler kürsü dokunulmazlığı, yasama sorumsuzluğu kapsamında olmalıdır. Bu noktada kritik kavram hakaret ve sövmedir. Alman hukukunda hakaret ve sövme, sorumsuzluk kapsamına girmiyor, hocamın dediği gibi. Bizde açık bir düzenleme yok. Hakaret ve sövmenin ne olduğunu tespit etmek de kolay değil, yerine göre yüksek sesle konuşmak da hakaret olarak algılanabilir. Mecliste hatip konuşurken, konuşmanın heyecanı ile bazen kantarın dozu kaçabilir. O bakımdan nerede duracağımızı belirlemek o kadar kolay değildir. Bence, bu noktada milletvekillerinin kendi arasındaki söyledikleriyle, üçüncü

şahıslar hakkındaki söyledikleri arasında ayırım yapmak lazım. "Milletvekillerinin kendi aralarında söyledikleri için, konuşma adaplarını kendi kendilerine ayarlasınlar" denilebilir. Bir de Meclis Başkanlığı'nın milletvekillerine disiplin yaptırımı, uygulama imkânı var. Disiplin yaptırımlarıyla bunlar belli ölçülerde karşılanabilir. Cevap hakkı var, o da ona cevap verir. Bir de milletvekilinin üçüncü şahıslar hakkında söyledikleri var, o kimsenin cevap vermesi söz konusu değil. Bunlar bakımından mutlaka ceza soruşturması mümkün olmasa bile, hukuk davası yolu açık olmalıdır, tazminat davası hakları olabilmelidir diye düşünüyorum.

Dokunulmazlık bakımından da, yine aynı kriterden hareket edersek, Sayın Kolcuoğlu söylediği için buna değinmek istiyorum. Burada dokunulmazlığın amacı nedir?.. Bu kurum da kesinlikle kaldırılmamalıdır. İfrat, tefrit yanlıştır, çünkü dokunulmazlık sorumsuzluğun sac ayağıdır. Sorumsuzluk kürsüde düşünce açıklamanızı sağlar, dokunulmazlık da kürsüye gelmenizi sağlar, o fiziki varlığınızı sağlayan güvencedir. Dolayısıyla, fiziki varlığı engelleyen, seçimden önce ya da sonra olması bir şey fark ettirmez, sizin oraya gelebilmeniz gerekir. Sabah söylediğim gibi, milletvekilinin oraya gelmesini engelleyen nedir?.. Tutulmak, tutuklanmak ve hapsedilmektir. Bu üç koruma olmalıdır, aksi halde milletvekili oraya gelip görevini yapamaz. Ama bunun dışında sorgulama ve yargılama, bana göre dokunulmazlık kavramına uzaktır. Bu noktada Sayın Atila Sav'ın söylediği, milletvekillerinin tereddütlerinde de haklılık payı var, yani "beni yerel savcı, yerel polis sorgularsa, itibarım sarsılır" bunların kendilerine göre belli bir haklılık payı olduğu söylenebilir. Bence, bunun çıkış yolu da ifade edildiği gibi, Yargıtay Savcılığı'dır. Bir de Türkiye'de maalesef savcılar da çok kolay dava açıyor, onu bir yana koymamız lazım. Milletvekilleri hakkında soruşturma, kovuşturma görevi, daha güvenceli konumda olan Yargıtay Başsavcılığı'na verilir. Yine bunların yargılaması da Yargıtay'daki bir ceza dairesine verilirse, milletvekillerinin bu konudaki endişesi, yani yerel mahkemelerde, yerel savcıların önünde ifade verme endişesi de giderilmiş olur diye düşünüyorum.

Burada suçları ayırmak çok zor, "yüz kızartıcı suçlar, ağır ceza, daha kapsamlı tuttuk 76. madde kapsamına girenlerden dokunulmazlık olmamalıdır" diyoruz. 76. madde dediğimiz, ağır ceza veya 1 yıldan fazla hapis cezasıdır, bu suçların büyük çoğunluğu buraya giriyor zaten. Bence, onun yerine böyle suçlar arasında bir ayırım yapmayalım, sorgulama, yargılama açık olsun, sadece tutulma ve tutuklama Meclis kararına bağlı olsun. Nitekim, İtalya bunu böyle yapmıştır. 1993'de "Temiz Eller Programı" çerçevesinde İtalya Anayasası'nda yapılan değişiklik budur. Bildiğim kadarıyla, Fransa'daki sistem de buna çok yakındır.

Meclis soruşturması bakımından da sabah söylediğim gibi, Türkiye'deki sistemin işlemesi mümkün değildir, çünkü soruşturma komisyonu siyasi bir oluşumdur, buradan hukuki sonuçlar çıkması mümkün değildir. Bizimle paralel sıkıntılar çektiği için burada İtalya aynı şeyi yapmıştır. Orada ithamı savcılara veriyor ve itham üzerine soruşturma komisyonu görevini istinaf mahkemesi yapıyor, istinaf mahkemesinin raporu üzerine, nihai kararı yine Meclis veriyor. Ortada bir mahkemenin suç işlendiğine dair raporu olduktan sonra, Meclisin onu Yüce Divan'a sevk etmemesi kolay değildir. Bu bakımdan Türkiye'de, itham belki yine Meclise bırakılabilir, onda bir milletvekili bulmak zor değildir, bunun üzerine soruşturma komisyonu görevi, mutlaka Yargıtay'ın bir dairesine verilmelidir, Yargıtay Ceza Dairesi uygun olabilir. Onun raporuyla Yüce Divan'a sevk de basit çoğunlukla olmalıdır diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Herhalde biraz evvel söylediğiniz, şekilde parlamenterin yargılanmasının da parlamenterlik görevini engellemeyecek şekilde bir usul ile yürütmek lazım, değil mi?

Prof. Dr. NECMİ YÜZBAŞIOĞLU- Parlamento'ya gelmesini sağlamak da...

OTURUM BAŞKANI- Parlamento'ya gelmesini sağlayacak şekilde o yargılama işlemlerinin yapılması gerekir.

Teşekkür ederim.

Buyrun.

MURAT SELİN- Erdener Hoca'ya ve Atila Bey'e yöneliyorum. birtakım ekler, eklemeler ve bazı sorular olacak, çünkü Erdener Hoca "bana karşı çıkılmasını ve soru sorulmasını seviyorum" dedi, o yüzden özellikle tahrik etmeye çalışacağım.

"Sorumlulukta pek bir sorun yok" dediniz, daha çok dokunulmazlık üzerinde durdunuz. Bence, 83. maddenin son fıkrası dışında, maddedeki her satır bir sorundur. Son maddede "Türkiye Büyük Millet Meclisi siyasi parti gruplarınca yasama dokunulmazlığıyla ilgili görüşme yapamaz, karar alamaz" Ondan önceki fıkra da belki kabul edilebilir, çünkü yeni bir yasama meclisi söz konusudur. Fakat, ilk fıkraya bakıyoruz, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerden, oyu rüşvetle kullandıysa, tamam rüşvet suçu oy vermeden önce işlendiği için bunun üzerine gidilebilir, ama rüşvet almadı, hani futboldaki gibi bir hatır şikesi söz konusu ve oy kullandı, sonrada bunu kürşüden sözle ifade etti. Burada oy ve sözünden sorumlu olmayacak mı? Sözünde hakaret yok, yani hakaretle ilgili verilmiş kararlar var, üçüncü kişilerin açmış olduğu tazminat davaları var, milletvekillerinin açtığı tazminatlar var, ama bir hakaret yoksa, örneğin söylediği şeyler şiddet içeriyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bizim Anayasa Mahkememiz'in son zamanlarda Amerikan Yüce Mahkemesi'nin uyguladığı "açık ve yakın tehlike ölçütü" gibi bir ölçüt kullanılamaz mı? O kürşüde gerçekten her şeyi söyleyebilir mi? Örneğin, "ben yeşil gözlüleri seviyorum, iktidara gelirim, onlardan daha az vergi alacağım" Ben uç örnekleri düşünmek zorundayım, bunları söylemek zorundayım. Bunu yapabilir mi? Bu hakaret değil diye, sorumsuzluktan yararlanabilir mi? Bu bir sorundur.

Sonra Sayın Kanadoğlu'nun söylediği, Başkanlık Divanı'nın karar alması meselesi var. Güçlü bir hükümet, örneğin tek başına bir iktidar

pek çok oy ve düşüncenin dışarıda tekrarlanmasını engelleyebilir, bu kesinlikle kaldırılması gereken bir hükümdür.

Yine, dokunulmazlığa geçmeden önce bunların yayınlanma meselesi var, basın sorumluluğu var ve aslında bu da son derece karmaşıktır. Ne kadarını yayınlanabiliyor; ne zaman yayınlanabiliyor?.. Örneğin, bazı yargı kararları diyor ki, “hemen yayınlanmalı, ertesi gün yayınlanırsa sorun yok, ama bir Meclis konuşması 1 ay sonra yayınlanırsa ve bazı sözcükler arasından çıkarılarak yayınlanırsa basının sorumluluğu gerekir”

Mesela, parti kapatmalarda delil olarak kullanılabilir mi? Bu bence önemli sorunlardan biridir. Bir parti başkanı ya da milletvekili “benim kürsü dokunulmazlığım var, benim burada söylediklerim bir kapatma davasında benim partimi bağlamaz” diyebilir mi? Eğer yanlış hatırlamıyorsam, Refah Partisi kapatma davasında tartışıldı, parti lideri “benim dokunulmazlığım var, bu partiyi bağlamaz” dedi, karşı taraf da “hayır, bağlar” dedi. Bence, doğru olan da odur. O zaman nasıl bir sorumsuzluktan söz edeceğiz? Eğer, kürsü sorumsuzluğu, kürsü dokunulmazlığı mutlak bir dokunulmazlıkta, bu sözleri o davada kullanabilecek miyiz, kullanamayacak mıyız?

Dokunulmazlığa gelecek olursak, bir de mesela, komisyonlardaki tanıklar ve komisyonlara çağrılan bürokratlar, orada da bir yasama çalışması yapıyor, oradaki milletvekilleri sorumsuzluktan, dokunulmazlıktan yararlanıyor. Fakat, oraya çağrılanlar ve görüşü alınanlar aynı şekilde dokunulmazlıktan, sorumsuzluktan yararlanabilecekler mi?

Bir şeyi özellikle sormak istiyorum. Ağır cezayı gerektiren suç halinde, sizce bir sorun var mı? Örneğin, cinai cürümü meşhurat olarak düzenlense, daha kollayıcı ve daha mı doğru bir hüküm olurdu? Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali, biraz daha işin içinden çıkılması zor bir durum mu yaratıyor? Bunu merak ediyorum.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Son bir soru alacağım, çünkü zaman bitiyor, konuşmacılar cevap verecekler.

Beyefendi buyurun.

Av. HASAN KAŞIKARA- Ben, sorumu Sayın Hocam'a sormak istiyorum. Biraz önce Sayın Yüzbaşıoğlu bahsetti, ben dokunulmazlık kurumunun yıpratıldığı düşünüyorum. Biraz önce 4. Hukuk Dairesi Üyesi bahsetti, "biz, tazminata hükmediyoruz" dedi. Peki, tam tersini düşündüğümüz zaman, bu görev Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilirse veya diğer savcılar bir milletvekili hakkında bir dava açtı ve bu milletvekili yargılandı ve daha sonra beraat etti. Aynı şekilde tazminatını, o savcıdan ya da yargılamaya sebep olan diğer yargı sūjelerinden böyle bir tazminat talebinde bulunabilir mi?

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun Hocam.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- Sabrınızı fazla taşırmadan, şöyle zıpkın gibi birtakım şeyleri yeniden söyleme gereği duydum. Sizleri dinlerken, bir konuda yeniden düşünme fırsatı buldum, o da şu: Yasama dokunulmazlığı meselesinde dokunulmazlığı kaldırmadığınız zaman, dönem sonuna ertelememelisiniz, şahıslar dönüp tekrar geri geliyor. "Kâzım Bey de benle aynı şekilde düşünüyor" öyle bir kılıf hazırlanıyor ki, "git tekrar gel, burası senin kubbendir, seni korur" mekanizması içinde olay zaman içinde eskiyor, deliller kayboluyor, siz ne zaman, neyi yargılayacaksınız?.. Yargılama toplum adına bir iştir, eskidikten sonra, insanlar dönüp arkasını gittikten sonra yargılamanın çok da büyük ses getireceğini ve gerçeği de ortaya çıkaracağını düşünmüyorum; bu konuya da dikkat çekmek istedim.

Gene çok kısa, milletvekillerinin Yargıtay'da yargılanması ve ceza davalarının Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılması, soruşturmanın da oradan yönetilmesi ve iddianameye bağlanmasını sisteme aykırı bulmuyorum. "Kişiler yönünden yetki" diye, biz bunu kitaplarda kaleme

alıyoruz, klasik görev ve yetki kuralları içinde kendilerinden etkilenebilecek olanlardan kurtarmak için başka yerlere aktarıyoruz, bu sonuç doğrudur. Sayın Atila Sav seçenekleri anlatırken kulağıma bir şey takıldı, bu beni biraz rahatsız etti. Yanlış anlamadıysam, Cumhuriyet Başsavcılığı Yargıtay'da davayı açıp, bir nevi eski son soruşturmanın açılması kararı gibi Başkanlar Kurulu kararıyla dairenin önüne getirmeyi kesinlikle içime sindiremem. Biz nedense, bu son zamanda olayları tırmandırmaya kendimizi alıştıırıyoruz. Başkanlar Kurulunun kararıyla Yargıtay 5. Ceza Daire olacak herhalde, onun nöbetçisi veya 11 olursa, neresi olursa olsun, yasaya göre çok etki altında kalır. Yanlış yaptık, burada konuşmadık, uyum yasaları çerçevesinde o eğitim çalışmalarında konuşuyoruz. Bu yargılamanın 327/a'da getirmişiz Ceza Genel Kurulu'na veriyoruz, aşağıdaki adam ne yapacak, kiminle mücadele edecek?.. Yok böyle bir şey, bir anda kantarı yukarılara kaldırmayalım, ölçüyü çok da yükseltmeyelim. Bu yasama sorumsuzluğu, kürsü dokunulmazlığıyla ilgili, hukuk sorumluluğu tazminat meselesinde, bunu milletvekillerine duyurmak lazım, "Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin eline düşmeyin, valla haliniz haraptır" demek lazım, ben Necmi Bey gibi düşünüyorum.

Genç arkadaşşıma da, bu konuda bir ışık tutmak istiyorum. Kürsü dokunulmazlığını çok geniş düşünün, oradaki ifade hürriyetini geniş düşünün, sınırlandırmaya istisna olarak düşünün. Üçüncü kişilere sataşmalar, hakaretler, Başkanın dediği gibi içeriği olmayan yanıltıcı belgeler falan bunları düşünmek lazım. Ben, kendimce bir kriter yarattım. Bizim TCK 486. maddemiz var, savunma dokunulmazlığı. "Söylersen, hakaret edersen sorumlu değilsin arkadaş" der, ama davayla ilgisi olmayan bir şey söylersen, "486'yı aştın gel buraya sorumlusun" gibi bir kriter olabilir.

Bana, yerel meclisler çarpıcı geldi. Artık bu işi oraya kadar götürmeyelim. Yerel meclislerden kalkarsak, köy ihtiyar heyetleri ortaya çıkarsa, onlarla kim boğuşacak?..

Rüşvet meselesi, onlar Anayasa kitaplarında anlatılıyor, Erdoğan Teziç'i kaynak göstereceğim, ben bu konuları çalışırken ona baktım.

Rüşvet meselesinde dahi kürsüde oyu kullanmışsa "bırak kullansın" diyor, ama rüşvet bir suç olayıdır, yasama dokunulmazlığı kavramını gündeme getirir, orada "alıp hesabını sorabilirsin" denilir.

Ağır cezalık suçüstünde hiçbir kuşku taşıyorum.

Kürsü dokunulmazlığı kavramıyla delil meselesi çok güzel bir soru, hoşuma gitti. Samimi kanaatimi söyleyeyim. Madem ki, kürsü dokunulmazlığı, dokunulmazlığa sahip parlamentere dışarıda hesap sorulmaz sonucunu getiriyor, o sözleri getirip de bir parti kapatma davasında delil yapamazsın. Benim kanaatim bu, aksini düşünebilirsiniz.

Herkese teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Ben de Hocam'la aynı kanıda değilim, o zaman hiçbir siyasi partiyi kapatamazsınız, çünkü, odaklaşma eylemleri o konuşmalarla olur.

Buyrun sayın Sav.

Av. ATILA SAV- Hangi suçlardan dolayı dokunulmazlıktan yararlanılmasının tartışması genişliyor. 1924 Anayasasında "cinayetle sanık olarak suçüstü yakalama hali" diyor. Cinayet yerine 61 Anayasası ve 82 Anayasası, "ağır cezalı cürümler" demiş. Hocam daha iyi bilir, onun yanında bilgiçlik etmek istemem, ama Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 421. maddesinde ağır cezalı cürümün ne olduğunu anlatırken, belli miktarın üzerinde hapis cezasını gerektiren, 10 yıldan fazla hapis cezası deniyor. O zaman suçların sayısı çoğalıyor. Tabii, bunu koymanın amacı da bellidir. Amaç böyle bir suçtan sanık olan kişinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olarak saygın bir konumda uzun bir süre kalmasının önlenmesidir. Bu milletvekilini de korur, çünkü milletvekili sürekli böyle bir kuşku ve gölge altında görev yapmaktan mutlu olmaz, olmayacaktır. Nitekim, ben Anayasa Komisyonu'nda görev yaparken, bir kısım milletvekilleri geldiler dediler ki, "bizim dokunulmazlığımızı kaldırınız". İhtüzükte deniyor ki, "milletvekilinin bu konudaki isteği komisyonu bağlamaz". Dosya basit suçlardan dolayı

gelmiş ise, o zaman esas olan milletvekilinin görevini yapmaya devam etmesidir. Sayın Yüzbaşıoğlu Hocam'ın söylediği gibi, yalnız kürsüye çıkarıp orada her istediğini söyletmek yetmez, oraya gelmesine engel olmamak da dokunulmazlığın amacıdır. Bugün sanıyorum ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Anayasa oylaması vardı. Aynı gün Şırnak Asliye Ceza Hâkimi, "bugün sizin filan suçtan dolayı duruşmanız var, buraya gelin ifade alacağım, yargılamada hazır bulunun" derse, bu milletvekilinin görev yapmasını zorlaştıran bir etken değil midir?.. Onun için Ankara'da, yani görevin yapıldığı yerde ve Yargıtay'da -bir yüksek yargı organında- çünkü yüksek yargı organının siyasetten en az etkilenmesi gereken bir yargı makamı olduğu kabul ediliyor.

Milletvekilleri, mutlak olarak dokunulmazlığı istemelerine karşın, böyle bir yargılama organının varlığına çok itiraz etmiyorlar. Milletvekillerini rahatsız eden, yalnız gölge altında kalmak altında değil, şöyle ya da böyle vesilelerle mahkeme önüne çıkarılmalarını istemek. Buldukları yerdeki saygınlıklarına gölge düşürebilecek davranışlardan kurtulmak istemelerini çok da yadırgamamak gerekir diye düşünüyorum. Bir muhalefet şerhi okumak istiyorum. Bu, Anayasa Komisyonu'nda bir üyenin dokunulmazlığının kaldırılması konusunda bir üyenin karşı oyu: "Yasama dokunulmazlığı kurumunun başlıca iki amacı vardır. Birincisi, milletvekillerinin olur olmaz vesilelerle yasama görevlerinden alıkonulmalarını önlemektir. İkincisi de, bu görevlerin toplumda büyük çoğunlukça benimsenen görüşlere ve hatta değerlere karşı sürdürülebilmesini sağlamaktır. Çünkü, görüşler ve değerler zaman içinde değişebilir ve farklı görüşlerle, değerleri Parlamento içinde temsil etmek de milletvekillerinin görevidir." Onun için milletvekillerinin kürsüde söyledikleri sözlere şu ya da bu sınırlamayı getirmek çok doğru değildir. Ben, 4. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki görüşünün çok isabetli olduğunu düşünmüyorum, çünkü o özgürlüğe bir kısıtlamadır." Milletvekili "ben bu sözleri söylerken, burada görüşlerimi ifade ediyorum, bana filan yerde, şu kadar seçmen görev verdi, burada doğru bildiklerimi ya da oradaki insanların söylenmesini istedikleri şeyleri söyleyeceğim, ama bunları söylerken acaba, bazı kimselerin tavuğuna kış diyor durumuna düşer miyim?" diye bir kaygı beslememelidir. O zaman

kürsü dokunulmazlığı veya kürsüde sorumsuzluk söz konusu değildir. Hatta Alman Anayasası'nda "hakaret ve sövme suçları hariçtir" diyor. Bizim Meclis içi disiplin hükümleri işletilebilir. Başkan adaba uygun olmayan sözler kullanılıyorsa, onu ikaz edebilir, susturabilir. Milletvekillerinin kürsüde konuşmalarının alabildiğine serbest olmasını sağlamak da çoğulcu demokrasinin bir gereğidir. Buna çok özen göstermek lazım.

Dokunulmazlık, gerçekten biraz daha farklı, biraz daha dikkatle düşünülmesi gereken bir konu. Sakıncalı olan dokunulmazlığın kötüye kullanılmasıdır. Eğer, bir parlamenter veya siyaset adamları genellikle toplum içerisinde yolsuzluklara karışmışlarsa ve bu da toplumda rahatsızlık uyandırıyor, Meclis'e karşı, parlamenterlere karşı duyulması gereken saygıyı zedeliyorsa, o zaman bunun çözümünü aramak hepimizin görevidir. Yapmış olduğumuz çalışmaların içinde yatan öz budur. Tabii, sayın Başsavcım'ın söylediği doğru, belki biraz fazla 83. maddeye odaklanmış gözüküyor. Ama temiz toplum beklentilerinin bundan ibaret olmadığı da muhakkaktır. Yalnız 83, 100, 125. maddelerdeki hükümler değil, siyasetin finansmanı için yapılacak düzenlemeler de hâlâ yapılamadı. İki dönemdir bu çalışmalar yapılıyor, hep dönem sonuna kadar geliyor, sonunda kadük olup kalıyor. Ama bunun mutlaka yapılması gerekiyor, Anayasa Mahkemesi'nin partilerin harcamalarını denetleme yetkisinin yeterince etkili olmadığı da düşünülebilir. Hatta, Anayasa Mahkemesi bizzat kendisi bunu yetersiz buluyordu, "bizim bu işe yeterli elemanımız yok, araç gereç donanımımız yok" diyordu. Sayıştay'dan destek almasını sağlamak suretiyle olanaklar genişletildi. Yine de, hepsini bir bütün olarak düşünmek gerekiyor. 83. madde o bütünün, o paketin parçalarından biridir. Bunu mutlaka çözmek gerekir. Buna odaklanmış olmak, aslında paketin tümüne dikkati çekmelidir. Yoksa, yanlış noktaya odaklanırsınız. Hani hokkabazların yaptığı gibi dikkati bir tarafa çekerken öbür tarafta el çabukluğunu yapar. Öyle bir yanlışla düşmeyelim. Hepsi bu bir bütündür, burada konumuz bu olduğu için bunu konuştuk.

Aslında dokunulmazlık konusunda konuşulabilecek çok şey var. Söz gelişi İngiltere'de dokunulmazlık daha çok hukuk davalarında söz

konusudur. Ceza davaları için dokunulmazlığa ihtiyaç yok, her vatandaşın haiz olduğu söz ve düşünceyi söyleme özgürlüğü milletvekiline de tanınmıştır. Milletvekillerine, Parlamento üyelerine bu hak yetiyor. Olağan vatandaş düşüncelerinden dolayı kovuşturmuyor ki, sistem milletvekilini kovuştursun. Tam tersine orada hukuk davasına karşı koruyor, çünkü parlamenterin o görüşlerinden ötürü sorumlu tutulması gerek. Biraz önce okuduğum karşı görüş yazısı Mümtaz Soysal'ındı. Onun da belirttiği gibi, her görüşün, hatta toplumun yerleşik değerlerine karşıt gözüken, aykırı gözüken görüşlerin bile söylenmesi bir parlamenter rejimin, bir çoğulcu demokrasinin gereğidir diye düşünmek gerekiyor.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Kürsü sorumsuzluğu, hiç kimseye üçüncü şahıslara saldırı hakkı vermiyor. Ben de, buraya başkanlık yapacağım diye İngiliz hukukunu yeni inceledim. İngiliz hukukunda parlamenter sadece salt parlamenterlik görevini ilgilendiren konularda hukuk davalarından korunuyor. Yoksa, aynen bize biraz evvel söylendiği gibi, kürsüye çıkıp üçüncü bir şahsa, kendini savunma hakkı olmayan insanlara saldırı açısından hukuk davalarından korumuyor. Elimde bu konuda bir kitap var, fotokopisini size de verebilirim. Ben, sorumsuzluğun bu kadar sınırsız olması gerektiğine inanmıyorum. Kişi çıkacak kürsüye, seçildim diye bir üçüncü şahsa küfredecek, böyle bir şeyi kabul etmek mümkün değildir.

SALONDAN- Burada çok sağlam bir kriter var yasama faaliyetiyle ilgili, adamın evde oturan amcasının oğlunun o yasama faaliyetiyle ne ilgisi var, kriter burada.

Av. ATILA SAV- Pardon, bir dakika. Bakın, tabii bütün bunlara dikkat etmek gerekir, yalnız parlamenter görevini yaparken, bazı kurumları ve o kurumlar nedeniyle bazı kişilere yönelik

değerlendirmeler yapmak durumundadır. Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi bütçeleri görüşülürken, Danıştay'dan, Anayasa Mahkemesi'nden şikâyetçi olan parlamenterler bazı yakışık almayan sözler de söylüyorlar, yaşadım bunları biliyorum. Bir milletvekili Avukatlık Kanunu'nun bir maddesinin değiştirilmesi konusunda değişiklik hükmü görüşülürken, o maddeyle hiç ilgisi olmadığı halde kalktı söz aldı, avukatlığa, barolara ve avukatlık mesleğine yönelik son derece yakışsız sözler söyledi.

OTURUM BAŞKANI- Adam bize hakaret ettiği zaman, barolar kendini savunamıyor.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- Efendim, tartışma çok hararetli, ben de aş pişmiş vaziyette, pişmiş aşı biraz su katmak gerekiyor. Şu tartışmaları kastetmiyorum, çok önemli yanlışlıklar yapıyor. Yanlışlığın taşını atan benim eski kürsümün, hâlâ kürsüm saydığım kürsümün bir elemanı tarafından o taş atıldı, Erdener Hoca da buna dayanarak öyle bir şey söyledi ki, o yüzden söz almak zorunda kaldım. Dediniz ki, "yasama sorumsuzluğunun böyle kalmasından yanayım" Bugüne kadar televizyonda bugün Meclis'te bulunan iki partinin lideri bir araya geldiler, millete dokunulmazlığı kaldırma sözü verdiler. Hatta o arada biri çıktı dedi ki, "yasama sorumsuzluğunu da kaldıralım, kürsü sorumsuzluğunu da kaldıralım" Ben ona katılmıyorum, yasama sorumsuzluğu gerçekten Parlamento'nun "can damarı" diyebileceğimiz bir kurumdur, onu kaldırmak gerekmez. Ama siz orada konuşulan bir şeyin parti kapatmada delil olamayacağını söylediniz. O zaman ben size bunun örneklerini sunmak istiyorum. Çok büyük bir cesaret verdiniz bugünkü iktidara, diyelim ki, çok hukukluluğu getirdiler ve bununla ilgili konuşmalar yaptılar. O yönde de oy kullanarak çok hukukluluk düzenini getirdiler. Şeriatla ilgili hükümleri oyladılar ve getirdiler. Bütün bunları bir parti kapatma nedeni olarak kullanamayacaksak, o zaman rejim kendini koruyamaz, böyle bir şey olamaz.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- Hayır şimdi bir konuda anlaşalım. Hukuk kurumlarını ve kavramlarını ya kabul ediyorsun, ya etmiyorsun.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- Benim için yasama sorumsuzluğu demek, o kimsenin suçlu bulunamaması, hapsedilememesi demektir.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- Sorumsuzluktan söz ediyoruz, dokunulmazlıktan değil.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- Hayır, sorumsuzluk demek o kimsenin Meclisteki konuşmalarından ötürü ceza tehdidi altına hapsedilememesi demektir. Ama kişisel koruyan bir şeydir, nitekim Erbakan “kanlı mı, kansız mı olacak” dediği için hapse atılmamıştır, ama parti kapatmada o kullandığı söz bir delil olarak tabii ki kullanılmıştır, kullanmak gerekir. Siz sorumsuzluğu öyle bir hale getirdiniz ki, o kişiyi korumanın ötesinde o kişinin partisini de korumanın bir aracı haline getirdiniz, bu olmaz, bu önemli bir yanlışlıktır.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- Fazıl Bey bir konuda anlaşalım, hukuk kurumlarını ve kavramlarının ya kabul edersiniz, ya etmezsiniz. Yasama sorumsuzluğunu kabul ettiğiniz zaman, “Parlamentonun çatısı altında, -istisnaları bir tarafa atıyorum- bir yasama çalışması çerçevesinde kullanılan oy, açıklanan söz ve düşüncelerden dolayı sana sorumluluk yüklemiyorum arkadaşım” dediğiniz zaman, bu bir bütündür, bunu ayıramazsınız, hele kişileştirme falan kesinlikle söz konusu olmaz. Anlatabiliyor muyum? Hayır, bir örnekten hareketle, “efendim filandan filan olursa, ondan sonrada partinin kapatılması davası açılrsa, bu delil olur mu, olmaz mı?” Adamın sözüyse bu, sözü, oyu, düşünce açıklamasıysa, buna milletvekili sıfatını verdiğiniz zaman, “konuş arkadaşım, sonuna kadar konuş, üçüncü kişilere tecavüz etme, onlara sataşma konuş” dedikten sonra adam konuşursa, yarın öbür gün

“sen böyle konuşmuştun, partiyi kapatıyorum, gel bakalım bu sözlerinin hesabını ver” Böyle bir şey yok, ben böyle bir hukuk mantığını kabul edemem. Hukuk sistemi de kurumları bu şekilde yorumlayamayız, kusura bakmayın.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- Beni değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini de tatmin edemezsin, çünkü o da o yönde karar verdi. Sizinki gibi karar vermedi.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- Bu konuyu açarsam Yargıtay’la ilgili ciğerimin yandığını anlatmaya başlarsam kimse evine gidemez.

OTURUM BAŞKANI- Bu tartışma uzun sürer, ben toplantıyı kapatıyorum. Katılımlarınız için çok teşekkür ediyorum.

Yarın sabah 09.00’te “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği” konusunda buluşmak üzere allahaismarladık.

DÖRDÜNCÜ OTURUM

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ
VE
GÜVENLİĞİ

OTURUM BAŞKANI:

Sabih KANADOĞLU

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı

KONUŞMACILAR:

Naci ÜNVER

Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı

2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

OTURUM BAŞKANI

Sabih KANADOĞLU

Tüm katılanları sevgi ve saygıyla selamlayarak panelimizin ikinci gününün birinci oturumunu açıyorum.

Oturumda inceleyip değerlendireceğimiz konu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'yla Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemeler ışığında kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunun irdelenmesi ve değerlendirilmesi olacaktır.

Bilindiğı üzere, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanun'la Anayasa'nın birçok maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler, kuşkusuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Türkiye Ulusal Programı'nın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ışığı altında yapılan değişikliklerdir. Anayasa'da yapılan bu değişikliklerden sonra uyum yasalarının çıkarılması yoluna gidilmiş ve 4744 sayılı Kanunla Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda birtakım değişiklikler yapılmış ve 4771 sayılı Kanun'la çeşitli kanunlar ve bu arada yine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda da birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan bu değişikliklerle kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği konusunda varılan sonucu, bunun temel hak ve özgürlüklerle olan ilgisini ve özgürlüklerle güvenlik arasındaki dengenin sağlanıp sağlanmadığını değerli arkadaşlarımız açıklayacaklardır. Onların tebliğlerini sunmalarından ve değerlendirmelerini yapmalarından önce, konuyu tümüyle birlikte takip edebilmemiz bakımından, yapılan değişikliklere kısaca değinmek istiyorum.

4771 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikler şunlardır: Kanunun 327. maddesinden sonra gelmek üzere 327/A maddesi eklenmiştir. Bununla

kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin saptanması ve ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilmiş tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun saptanması hali, hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmaktadır. Ayrıca maddede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabileceklerle bu istemin incelenme usulü de düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na eklenen bu 327/A maddesine uyum sağlamak amacıyla aynı kanunun 335. maddesine bir fıkra eklenerek, söz konusu madde hükmü saklı tutulmuştur.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikler bununla ibaret kalmamış; 4744 sayılı Kanunun 6 ve 7. maddeleri ve Kanun'un 107. maddesi değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre, "Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her kararda, tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir" hükmü öngörülmektedir. Ayrıca soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verileceği, maddede yer almaktadır. Kanunun 128. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi madde metninden çıkartılarak, 3. fıkra değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, yakalamadan ve yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin emirden, yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye cumhuriyet savcısının kararıyla gecikmeksizin haber verileceği hükmü öngörülmüştür.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikler bundan ibarettir. Ancak yine 4471 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca 4.7.1934 tarihli 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda yapılan bu konuyla ilgili değişiklikleri de belirtmek gerekmektedir. Bunlar, şu şekilde gösterilebilir: Polis tarafından kapatılabilecek umuma açık yerler ve kapatılma esaslarının düzenlendiği Kanun'un 8. maddesinin D bendi yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede, kapatılma esaslarıyla

umuma açık sayılan yerler aynen muhafaza edilmiş, sadece internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler de umuma açık yerler kapsamına alınmıştır.

Kanun'un 9. maddesi tamamıyla yeniden düzenlenmiştir, kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle ilgili en önemli düzenleme bu maddede yer almaktadır. Bu değişiklikle Anayasa'nın kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 19. maddesiyle özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığına ilişkin 20 ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle uyum sağlanmıştır. Kanun'un 11. maddesinin C bendi yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede, değişen teknoloji ve gürültü ve sesli aletlerin niteliğinin değişmesi nedeniyle polisin herhangi bir başvuru veya şikâyet olmasa bile, bütün bu araçları yapan ve satanları kapsayacak şekilde engellemede bulunabileceği, açık bir hükümlerle öngörülmüştür.

Kanun'un eğlence yerlerine girebilecek ve buralarda çalışabilecek kişilerle ilgili 12. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle umuma açık yerlere ilişkin ibareler değiştirilmiş ve güncelleştirilmiştir. Dinlenme ve eğlence yerlerinde çalışabilecek kişilerde kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın yaş sınırı 21'den 18'e çekilmiş ve kadın-erkek eşitliğini sağlayacak biçimde ayrımcılığa yol açan hükümler yasadan çıkarılmıştır.

Polisin Yakalama Yetkisine İlişkin Kanun'un 12. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, maddenin 1. fıkrasında kolluk kuvvetlerine yakalama yetkisini veren durumlar belirtilmektedir. 2. ve 3. fıkraları muhafaza edilen maddenin 4. fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre yakalanan kişilerden yalnızca uyuşturucu kullananlarla sarhoş olanlar değil, zor kullanarak yakalanan kişilerle hakkında suç soruşturması yapılacakların sağlık durumlarını gösteren doktor raporları alınacaktır.

Maddenin 5. fıkrasında, yakalanan kişiye yakalanma sebebinin bildirilmesi yükümlülüğü ayrıntılı biçimde gösterilmiştir. 6. fıkra, Anayasa'nın 19. maddesinde yapılan değişiklik doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir. 7, 8 ve 9. fıkralar birleştirilmiştir, 7. ve son fıkra olarak yeniden düzenlenmiştir. Burada "sanki" ibaresi yerine, "suç şüphesi altında olanlar" ibaresi; "haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması

gerekenler, ilgili kuruma gönderilir” ibaresi yerine, “haklarında ıslah ve tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum tarafından teslim alınır” ibaresi getirilmiştir.

Kanun'un Ek 1. maddesi yeniden düzenlenmiş, umumi veya umuma açık yerlerle umuma açık niteliğindeki ulaşım araçlarında gerçek kişi veya toplulukların 48 saat önceden mahallin en büyük mülki amirine yazılı bildirimde bulunarak oyun ve temsil verilebileceği veya çeşitli şekillerde gösteri yapılabileceği konusu düzenlenmiştir. 2. fıkrada, “Gösterilerde devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, anayasal düzene veya genel ahlaka aykırı bir durum tespit edildiğinde, mahallin en büyük mülki amirinin derhal Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunacağı” hükmüne yer verilmiştir. Son fıkra, yapılacak bildirimde, temsil veya gösteriye katılan yönetici diğer kişilerin kimlik, ikametgâh ve tabiiyetlerinin belirtileceği öngörülmüştür.

Bu değişiklikleri bu şekilde belirttikten sonra, dengelerin korunup korunmadığı, kişi özgürlüğüyle kişi güvenliğinin sağlanıp sağlanmadığı, Avrupa ülkelerindeki uygulamanın ne şekilde yürütüldüğü ve ülkemizdeki bu yeni düzenlemelerle uyum gösterip göstermediği hususlarını çok değerli konuşmacılarımız, sunacakları tebliğlerle bizlere açıklayacaklardır.

Yapılan işbölümüne göre, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikleri değerli meslektaşım, Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı Sayın Naci Ünver; Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununda yapılan değişikliklerle sağlanan düzenlemeyi değerli bilim adamı Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Avrupa'daki uygulamalarla karşılaştırmayı da yine değerli bilim adamımız Sayın Doç. Dr. Osman Doğru yapacaklardır.

Konuşmaları yirmişer dakikayla sınırlamakta yarar olduğunu düşünüyorum.

Sayın Naci Ünver; ilk söz sizin, buyurun.

Efendim, önce değerli konukları saygıyla selamlıyorum. Sabahın bu saatinde, özellikle de tatil gününde buraya kadar gelmek bence büyük bir özveri, hatta kahramanlık bile diyebilirim. Demek ki Ankara'da hukukçular arasında bu kadar kahraman varmış; sizleri kutluyorum.

Konumuz, çok boyutlu bir konu, bu yirmi dakikalık bir süreçte anlatılacak veya birkaç saatlik süreçte anlatılacak bir konu değil; Anayasayı ilgilendiriyor, uluslararası sözleşmeleri ilgilendiriyor, mevcut yasaları, değişiklikleri ilgilendiriyor. Her sabah yeni bir yasa değişikliğiyle karşılaştığımız bir ülkede bu değişiklikleri izlemek, birbirleriyle karşılaştırmak, "acaba ne kadar değişti, ne kadar değişmedi" bunları değerlendirmek kuşkusuz büyük bir zaman sürecini gerektiriyor. Biz tabii bu süreçte yapılan küçük çaplı değişikliklerin ne getirip ne getirmediği üzerinde duracağız. İşin bilimsel boyutunu, değerli bilim adamlarımız var burada, onlar daha da çaplı biçimde size anlatacaklar. Ancak biz üzerimize düşeni de yapacağız.

Tarih incelendiğinde, ulusların ilk çağların despot devlet yapısından Ortaçağın mutlakiyetçi devletine, oradan da parlamenter cumhuriyete geçiş sürecinde zorlu mücadeleler verdiğini görüyoruz. Kayıplar vermişler. Ama bitmemiş bu devlet ideali. Demokratik hukuk devleti ideali sarmış yürekleri, beyinleri ve bu konuda savaşım vermiş sonuçta günümüze kadar gelmiş bu. Kimi uluslar bu mücadelede yaya kalmış, kimi uluslar amaçlarına ulaşmışlar. Kimi uluslar da bizim gibi halen çaba gösteriyorlar. Yani "demokratikleşelim mi, ne kadar demokratikleşelim" gibi tartışmalarını sürdürüyorlar. Ancak biz sonunda karar verdik, "Avrupa Birliği'ne gireceğimiz için demokratikleşirsek daha iyi olur" dedik; şimdi çabaları sürdürüyoruz, inşallah demokratikleşiriz.

Uluslar neden hukuk devleti, demokratik hukuk ideali peşine düşmüş? Hepimizin bildiği şey; hak ve özgürlüklerin en fazla geliştiği iklim bu modelde olduğu için, bu modelde devletin salt kuru, katı otoriteyle birey karşısına çıkmadığı için, bu modelde “ben devletim, her şeyi yapabilirim” keyfililiğinin yer almadığı için. “Ben devletim, konutuna istediğim zaman girerim; ben devletim, üstünü başını istediğim zaman ararım” ve “ben devletim telefon konuşmalarına kulaklarımı dayarım” diyemeyeceği için demokratik hukuk devleti tercih edilmiş, bu ideal peşinde koşulmuş; sonuçta insan onuruna yaraşır bir sistem olduğu için, demokratik hukuk devleti tercih edilmiş.

Demokratik hukuk devletinde birtakım hak ve özgürlükler yanında, temel hak ve özgürlükler yanında, ekonomik ve sosyal haklar da bireye tanınmış, geliştirilmiş. Örneğin dernek kurma, sendikalaşma hakkı gibi. Bunları bir tarafa bırakırsak, en temel hak olan kişi güvenliği. Yani kişinin korkusuz, kaygısız, “yarın başıma ne iş gelecek, yani beni bir gün içeriye kapatıp konuşmazsam ‘ben seni konuşturmasını bilirim’ diyecek bir kişi karşıma çıkacak mı, çıkmayacak mı” şeklindeki kaygıları giderici düzenlemeler yapılır. Özgürlüklere devletin keyfi müdahalesi önlenir. Bu olgu doğal olarak kişi güvenliğini gündeme getiriyor.

Bu konuda uluslararası sözleşmeler imzalanmış, biz de bu sözleşmelere taraf olmuşuz; örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi. Bunun sanıyorum 9. maddesinde düzenlenmiş ilk kez. Bu gereksiz gibi görülse de yine de okumakta yarar var diye düşünüyorum. 9. maddedeki kişi özgürlüğüne ilişkin bölümde şu hüküm yer alıyor: “Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz ya da tutuklanamaz. Kimse yasayla konulmuş gerekçeler ve işlemlere uygun durumlar dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.” Temel sorun bu. Konu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesine aktarılmış, benzer düzenleme yapılmış ve bunların ötesinde en önemlisi, kurallara uyulmadan kişinin yakalanması ve tutuklanmasının bir ödenceyi gerektirdiği, eski deyimle tazminatı gerektirdiği konusu hükme bağlanmış.

Aslında bence en önemli konu da bu, yani caydırıcı özelliği; keyfiliğin bir karşılığının olduğunu gösteren bir hüküm olarak karşımıza çıkıyor. Bizde bu, ancak 1961 Anayasası'yla geldi. 1961 Anayasası'nın 30. maddesinde ilk kez yer aldığını görüyoruz. 1924 Anayasası'nda böyle bir şey yok, kişi güvenliği açısından son derece zayıf bir güvence görüyoruz; "Kişinin hangi koşullarda yakalanıp tutuklanacağı konusu yasayla düzenlenir" diyor, yani iş bir yönüyle siyasi iktidarlara bırakılmış. Tabii onlara bırakıldığı zaman da yaşça büyük olanlarımız bilirler. Bizim yaşımızda olanlar, çocukluk döneminden hatırlarlar; tek partili dönemden sonra başlayan demokratikleşip daha çok partili döneme geçildiğinde, muhaliflere karşı iktidardakilerin bu yasalardaki boşlukları, Anayasadaki boşlukları nasıl kullandıklarını görmüşüzdür ve tarihçiler yazmıştır, bunlar bilinen gerçekler.

1982 Anayasası'nda da 19. maddesinde aynı şekilde 1961 Anayasası'na benzer düzenleme yapılmış ve tazminat konusu da yine korunmuş. Çok yakında yapılan bir değişiklikle biliyorsunuz tazminat konusu, özel hukuk alanında düzenlemeye bağlanacağı öngörüldü. Daha önce ceza mahkemeleri tarafından 1466 sayılı Yasaya göre tazminata hükmediliyordu. Şimdi özel hukuk kurallarına göre tazminata hükmedilecek. Ceza mahkemeleri alışılmış uygulamalara göre daha az manevi tazminata hükmediyorlar.

Biz, Daire olarak ve 11. Ceza Dairesi'nde -sanıyorum Sayın Kanadoğlu'nun zamanında başlatılan bir uygulama- bu uygulamayı çok benimsedik; bu tür tazminatları biraz kişi onuruna yaklaştırmak için, hükmü bozup yükselterek onama durumuna gidiyoruz. Yani buradaki işlevimizi ortaya koyarak konumumuzu bu şekilde belirliyoruz, ama tabii bunun da yeterli olduğunu sanmıyorum. Özel hukuk dalında düzenlemeye bağlanması, bence çok isabetli oldu diye düşünüyorum.

'Sayın Kanadoğlu da bütün konuşmacıların bildirimlerini de içerir biçimde çok güzel biçimde açıkladı; 4744 sayılı Yasa'yla Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 16. maddesinde ve Ceza Yargılama Usulü Yasasının da 107. maddesinde değişiklikler yapıldı. Bu değişiklikler, gözaltındaki süreyi belirleyen ve bu sürenin uzatılmasını sağlayan ve kimin yetkili olduğunu belirleyen,

“ne denli uzatılacak, ne kadar uzatacak” onları belirleyen değişikliklerdir.

Önce Devlet Güvenlik Mahkemeleri Yasası'nın 16. maddesindeki değişikliği ele aldığımızda, buradaki uzatmanın 4 günlük gözaltı süresinin 7 güne kadar uzatılması daha önce savcıya verilmişti. Şimdi 4 günden sonra savcının teklifiyle hâkim kararıyla 7 güne kadar uzatılacak. Bu da tabii yurттаş için bir güvencedir diye düşünüyoruz. Bu arada önceki durumuyla değerlendirdiğimizde, yasada 2. bendin ikinci cümlesi çıkarılmış, buraya sonradan 3. fıkraya monte edilmiş, işi daha da basit hale getirmişler. Dediğim gibi yasaı kuşbakışı incelediğimizde, yargıç güvencesi esas alınarak bir düzenleme yapılmış.

Öte yandan Ceza Yargılama Usulü Yasası'nın 107. maddesinde bir düzenleme yapılmış. Eskiden sadece hâkim önüne çıkarıldığıнын yakınlarına bildirileceği konusu varken, burada tutuklunun tutuklama ve tutuklama süresine uzatılmasına ilişkin karardan tutuklunun bir yakınına bilgi verileceği yönünde düzenlemeye gidilmiş. Değişik yasada tutuklamadan önce yakalama ve gözaltına alındıktan sonraki aşamanın da tutuklama olarak değerlendirdiğini görüyoruz. Bence demokratik bir gelişim olarak değerlendiriyoruz bu değişikliği. Ben şimdilik ilerideki tartışmalar aşamasında sorulacak sorulara yanıt vermem koşuluyla sürenin de herhalde hepsini bile kullanmadım sanıyorum, şimdilik bu kadar konuşacağım.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Efendim söz, Değerli Hocamız Feridun Yenisey'de.

Buyurun Sayın Yenisey.

2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÜZERİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY

2001 Anayasa değişikliği bugüne kadar 1982 Anayasası'nda yapılan altıncı ve en kapsamlı değişiklik paketidir. Daha önce yapılan değişikliklerde 1987'de üç madde ve bir geçici maddede; 1993'de bir maddede; 1995'de Başlangıç ve 15 maddede, 1999'da önce bir maddede daha sonra üç maddede değişiklik yapılmıştı. 3 Ekim 2001'de kabul edilip 17 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"la yapılan 2001 değişiklik paketinde ise 1982 Anayasasının Başlangıcı, 32 maddesi ve bir geçici maddesi değiştirilmiştir. Buna, bu paket içinde yeralıp Cumhurbaşkanı'nca halkoylamasına sunulması istenen; ancak, TBMM'ce tekrar değiştirilerek Cumhurbaşkanı'nca imzalanıp 1/12/2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren, TBMM üyelerinin ödenek ve yolluklarına ilişkin 86.madde değişikliğini de ekleyebiliriz. Böylece, 35'i 2001 değişikliğinde 25'i daha önce olmak üzere bugüne kadar 1982 Anayasası'nın yaklaşık 60 maddesinde değişiklik yapılmış olmaktadır.

12 Eylül 1980 öncesine bir tepki olarak 1982 Anayasası, özgürlük - otorite ilişkisinde otoriteye öncelik verip özgürlükleri arka planda tutan, daha az katılımcı, daha az çoğulcu, daha az demokratik, daha az hukuk devletinden yana bir anayasal düzen öngörmüştü. Tipik bir etki-tepki ürünüydü. Fakat, bir toplumun sürekli bir tepki ortamında yaşaması beklenemezdi; anayasa değişiklikleri kaçınılmazdı. Ancak, 12 Eylül rejimi öylesine yerleşmiş, öylesine kendisini garantiye almış ve toplumu öylesine sindirmişti ki, bu hiç de kolay olmadı. Nitekim, 1995'e kadar yapılan 1987 ve 1993 değişiklikleri birkaç madde ile sınırlı ve son derece

cılızdı. Ancak, 1995 Anayasa değişikliği paketiyle siyasal katılımcılığın önündeki engeller kaldırılabilirdi (Dernekler, sendikalar ve meslek kuruluşlarının siyasal faaliyet yasaklarının kaldırılması ve siyasi partilerle ilişki kurabilmeleri). Kuşkusuz bu, demokrasi için küçümsenemeyecek bir adımdı; fakat, daha az özgürlükçü demokratik yapıda önemli bir değişiklik olmamıştı.

Bu alana yaklaşık yirmi yıl sonra 2001 Anayasa değişikliği paketiyle el atılabilmektedir. 2001 değişikliklerinin kapsamı kadar, parlamentoda bölünmüş bir siyasi parti yapılanmasının var olduğu bir dönemde partiler arası uzlaşma yoluyla yapılmış ve Meclis'te büyük bir çoğunlukla kabul edilmiş olması, sivil anayasacılık yönünden, ileriye dönük umut ve cesaret verici bir olgudur. Şimdi, 2001 Anayasa değişiklikleri içinde yargısal uygulamada önem taşıyan değişiklikleri ele alarak, uygulamada çikabileceği bazı sorunlar ve bunların çözümleri üzerinde duralım.

1- Başlangıç metni

Anayasanın Başlangıç metninin 5.fıkrasında yer alan "Hiçbir düşünce ve mülhazanın" ibaresi 2001 Anayasa değişikliği paketinde "Hiçbir faaliyetin" şeklinde değiştirilmiştir. Anayasada yapılan diğer değişikliklerle birlikte dikkate alındığında, bununla, eyleme yönelik olmayan düşünce açıklamalarının yasaklanmamasının amaçlandığı görülmektedir. 1982 Anayasası'ndaki başlangıç hükümlerinin, Anayasadaki diğer hükümlerin, "sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak (Başlangıç 8.ve 9.fıkralar) değeri dikkate alındığında, bu yaklaşımın Anayasa'nın bütününe yansımalarıyla, özgürlükler lehine yeni bir anlayışa katkı sağlayacağı söylenebilir.

2001 Anayasa değişikliği paketinde, Başlangıç'ın 5. paragrafına ve 14. maddeye konulan "faaliyet" sözcüğü, partiler arası uzlaşma komisyonunun kabul ettiği metinde "eylem" olarak benimsenmişti. Değişiklik paketi Mecliste görüşülürken, eylem sözcüğünün yerine faaliyet sözcüğü benimsenerek Anayasa metnine girdi. Faaliyet sözcüğünün eylemi kapsadığında kuşku yoktur. Ancak, Türkiye

literatüründe ve söyleminde faaliyet sözcüğü eylem dışında da kullanılmaktadır. Örneğin, siyasi parti faaliyeti dendiğinde, partinin sadece eylemleri değil, tüzükleri, programları, parti organlarının aldığı kararlar ve bunlara eşdeğerdeki düzenlemeler de anlaşılır. Oysa bunlar aslında bir tür düşünce açıklamasıdır. Bu nedenle, 2001 değişikliğinde faaliyet sözcüğünün Anayasa metnine alınması, kuşkusuz önemli bir güvencedir. Ancak, özellikle ifade özgürlüğü bakımından eylem sözcüğünü karşılayan bir güvence değildir.

Ayrıca, 1995 Anayasa değişikliklerinde ilk iki paragrafı yürürlükten kaldırılmasına rağmen, hukuki kavramların yanında tarihi, felsefi ve sosyolojik kavramları da içermesi nedeniyle, başlangıç halen ağır, ağıdalı ve özgürlükler bakımından riskli bir metindir. Bunun için, 1982 Anayasası'nın Başlangıç metninin tümüyle yeniden ele alınması, özellikle metindeki, "Türk milli menfaatleri", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri", "milli kültür" gibi hukuki olmayan, kapsamı somut olarak belirlenemeyen kavramlardan arındırılması gerekir.¹

2- Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması

2001 Anayasa değişikliği paketindeki özgürleşme ve demokratikleşme yönündeki en önemli hatta kilit yenilik, haklar ve özgürlükler rejiminin temelini oluşturan Anayasanın 13.maddesindeki değişikliktir. İlk metindeki anlayışın aksine özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu yaklaşımıyla, 13.maddenin tümüyle yeniden düzenlendiği değişik metinde, bu madde temel hak ve özgürlükler için genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılarak, genel koruma maddesine dönüştürülmüştür.

Bilindiği gibi, 1982 Anayasası sistemine göre temel hak ve özgürlükler hem 13/1' de sayılan tüm hak ve özgürlükler için geçerli "genel sınırlama sebepleriyle" (dokuz sınırlama sebebi var), hem de Anayasa'nın temel hak ve özgürlüğün düzenlediği ilgili maddesindeki ve

1 ÖZBUDUN, Ergim., "2001 Anayasa Değişiklikleri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 134 Yıl Sempozyumunda Sunulan Bildiri, sh.3

sadece o hak ve özgürlük için geçerli "özel sebeplerle" sınırlandırılabilirdi. 2001 değişiklik paketinde Anayasanın 13.maddesinde yapılan köklü değişikle, genel sınırlama sebeplerinin tümü bu maddeden çıkarılmış, bunun yerine her temel hak ve hürriyetin, "yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" sınırlandırılabilirdi ilkesi öngörölmüştür. Böylece, katmerli -bindirmeli sınırlama sistemi terkedilerek, her hak ve özgürlüğün niteliğine uygun farklılaşmış- kademeli sınırlama sistemine geçilmiştir². Bu yeni yaklaşım, genel sınırlama sebeplerine yer vermeyen AİHS sistemine uygun olduğu gibi, "özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olması" gerektiği anlayışına da uygundur.

13.maddenin yeni düzenlemesinde, sınırlandırmaların bir temel hak ve hürriyetin "özüne dokunmaması" ve "ölçölülük ilkesine aykırı olmaması" şeklinde iki güvence ilkesine de yer verilmiştir. Bilindiği üzere, 1961 Anayasasında yer alan "öze dokunma yasağı" 1982 Anayasası'nda terkedilmiş; yerine demokratik toplum düzeninin gereklerin'e aykırı olmama" güvencesi konulmuştu. Keza, ölçölülük ilkesi 13.maddenin ilk metninde de, "temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamalar... öngördükleri amaç dışında kullanılamaz" şeklinde örtülü olarak yer almakta idi. Anayasa Mahkemesi de, hem öze dokunma yasağını hem de ölçölülük ilkesini, her iki Anayasa dönemindeki kararlarında da hep kullanmıştır. Böyle olunca, öze dokunma yasağı ve ölçölülük güvencelerinin 13.madde metnine alınması ile, uygulamayla Anayasa metni arasında paralellik de kurulmuş olmaktadır.

Aynı şekilde, 13.maddedeki bir diğer değişikle, ilk metindeki "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ibaresine eklenen "laik Cumhuriyet'in gerekleri" ibaresi ise, Türkiye'nin laik düzeni koruma konusundaki hassasiyetini ve kararlılığını vurgulayıcı niteliktedir.

13.maddedeki değişikle getirilen bu yeni sistem özgürleşme ve demokratikleşme yönünden son derece önemli ve olumludur. Ancak,

2 SAĞLAM,Fazıl, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Tebliğ, sh.

soruna bütüncül yaklaşılması nedeniyle uygulamada bazı olası sorunlar çıkabilecektir. Buna ilerde ayrı başlık altında değineceğiz.

3- Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması kavramı 1961 Anayasası'na 1971 değişikliği ile girmişti. 1982 Anayasası 14.maddesi ile bu kavramın kapsamını genişlettiği gibi, 1961 Anayasası'ndaki kötüye kullanma "kasdı"nı kötüye kullanma "amacı"na dönüştürmüştür. Böylece, madde hem kapsam bakımından genişlemiş hem de suç unsurları bakımından muğlak hale gelmiştir. Bunun, öncelikle ifade özgürlüğü ve onun uzantısı olan özgürlükleri daha fazla sınırlayan ve hatta yasaklayan yasal düzenlemeler için Anayasal dayanak teşkil edeceği ve uygulamada da ettiği görülmüştür. Nitekim, ifade özgürlüğü aleyhine tüm yasal düzenlemelerin ve siyasi parti kapatma kararlarının anayasal dayanağı olarak bu madde başrol oynamıştır. Bu nedenle, özgürleşme ve demokratikleşme bakımından bu madde de 13.madde kadar önemlidir. Bunun içindir ki, 2001 değişiklik paketinde Anayasa'nın 14.maddesi de yeniden düzenlenmiştir. 14.maddenin bu yeni düzenlemesine göre, "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete ve kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir."

Hemen belirtelim ki, kapsam olarak yeni metin, eski metine oranla daha kısa ve özlü niteliktedir. Eski metinde korunup da yeni metinde korunmayan herhangi bir değer olduğu söylenemez³. Bununla birlikte, eski metindeki "soyut kötüye kullanma amacı" yeni metinde "kötüye

3 ÖZBUDUN.Ergun., "2001 Anayasa Değişiklikleri", sh.4-5

kullanmayı amaçlayan faaliyetlere" dönüştürülerek, nisbeten somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Faaliyet sözcüğünün kapsamına ilişkin olası sorunları yukarıda açıklamıştık. Ancak, Anayasa'daki diğer değişikliklerle birlikte (özellikle Başlangıç ve 13.maddelerdeki) dikkate alındığında, bunun eyleme yönelik olmayan düşünce açıklamalarının yasaklanmamasına katkı sağlayacağı ve bu yönde bir diğer anayasal dayanak oluşturacağı söylenebilir.

Keza, yeni metinde, temel hak ve hürriyetlerin, kişilerin yanında, eskisinden farklı olarak "devlete karşı da korunması" önemli bir yenilik sayılmalıdır. Yeni metin, hem kapsam hem de özgürlüklerin Devlete karşı da korunması bakımından AİHS'nin IV.maddesiyle ve diğer ulusalüstü belgelerle (Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi md.30) daha uyumludur.

4- Kişi Hürriyeti ve Güvenliği

2001 değişiklik paketinde, Anayasa'nın 19.maddesinin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle, yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, hakim önüne çıkarılmasına kadar geçen süre, toplu olarak işlenen suçlarda en çok onbeş günden en çok "dört güne" indirilmiştir. Bilindiği üzere, AİHS 5.maddesiyle bu süreyi "makul bir süre" olarak tanımlamış; AİHM kararlarıyla makul sürenin "dört günü aşmaması gerektiği" yönünde içtihat oluşmuş ve Türkiye gözaltı sürelerinin uzunluğu nedeniyle, bu içtihada uymamaktan dolayı sözleşmeyi ihlal eden ülke olarak, defalarca mahkum edilmiştir. Böylece, bu değişiklikle gözaltı süreleri bakımından Avrupa norm ve standartlarıyla uyum sağlanmış olacaktır. Ayrıca, gözaltı sürelerinin kısılmasının işkence ve kötü muamelenin önlenmesine katkıda bulunacağı da söylenebilir⁴.

19. maddenin 7. fıkrasında yapılan diğer bir değişiklikle de, kişinin yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına "derhal bildirilmesi zorunlu

4 ÖZBUDUN, Ergun., "2001 Anayasa Değişiklikleri", sh.4

hale getirilmiştir". Fıkranın eski metninde de bildirim yükümlülüğü bulunmakla birlikte, "soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk halleri" bildirim yükümlülüğüne "istisna" olabiliyordu. Yapılan değişiklikle bu istisna hüküm kaldırılarak, yakınlara bildirme yükümlülüğü mutlak hale getirilmiştir.

5- Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

2001 Anayasa değişikliği paketinde, 13.maddede yapılan yukarıda açıkladığımız değişiklikle, genel sınırlama sebepleri terk edilerek, her hak ve özgürlüğün sadece kendi maddesinde gösterilen özel sebeplerle sınırlanabildiği farklılaşmış-kademeli sisteme geçiş, hak ve hürriyetlerin düzenlendiği ilgili maddelerde, bunların niteliğine uygun sınırlama sebepleri konulması zorunluluğu yaratmıştır. Bu doğrultuda, ortak özellikleri nedeniyle, Anayasa'da "özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında yeniden düzenlenen 20.maddedeki "özel hayatın gizliliği", 21.maddedeki "konut dokunulmazlığı" ve 22.maddedeki "haberleşme hürriyeti" bakımından ortak sınırlama sebepleri, ortak koruma ve yargısal güvenceler konulmuştur.

Bu yeni düzenlemeye göre, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti yalnızca: "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilecektir. Keza, bu hak ve özgürlüklere, bu sebeplerin birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, dokunulamayacaktır. (Kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz; kimsenin konutuna girilemez ve arama yapılamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz).

Yeni düzenleme ile bu hak ve özgürlüklere ortak yargısal güvence de getirilmiştir. Buna göre, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına, haberleşme

hürriyetine müdahale halinde, "yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını (el koymadan itibaren) kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde karar(el koyma) kendiliğinden kalkar.

Keza, yapılan bu değişiklikte, özel hayatın gizliliğini düzenleyen Anayasanın 20.maddesindeki, "Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır" hükmü de, madde metninden çıkarılmıştır.

Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak Anayasanın 20.,21. ve 22.maddelerinde konulan güvenceler kuşkusuz son derece olumludur. Bu konuda uygulamada karşılaşılabilecek olan en önemli sorunlardan biri, aramanın veya elkoymamın ya da konuta müdahalenin çok acil olduğu durumlarda, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrini elde etmedeki zorluktur.

6- Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti

2001 değişikliklerinde, Anayasa'nın 23 .maddesindeki, vatandaşların yurt dışına çıkma hürriyetini sınırlandırabilecek sebepler arasından, "ülkenin ekonomik durumu" sebebi çıkarılmıştır. Böylece, artık, ülkenin ekonomik durumu sebebine dayanarak yurt dışına çıkma hürriyeti sınırlandırılmayacaktır.

7- Düşüncayı Açıklama ve Yayma Hürriyeti

Değişiklik paketinde, Anayasa'nın 26.maddesindeki ifade özgürlüğü AİHS'ye paralel olarak yeniden düzenlenmiş; 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması nedeniyle "milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama sebeplerine eklenmiştir.

Maddede yapılan asıl önemli değişiklik, "Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılmaz" cümlesiyle başlayan üçüncü fıkranın madde metninden çıkarılmasıdır.

Böylece, gerek iç gerekse uluslararası hukukta bir hayli eleştirilen, ifade özgürlüğü bakımından bir demokrasi ayıbı sayılabilecek bu hüküm nihayet Anayasadan çıkarılmıştır. Gerçi, 12 Eylül rejiminde çıkarılan, "Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun"un 1991'de kaldırılmasından bu yana, kanunla yasaklanmış bir dil yoktu. Ancak, Anayasa'daki bu hüküm bu tür yasakların dayanağını oluşturuyordu.

Öte yandan, bu değişiklikle, Anayasa'ya Kürtçe ve diğer yerel dillerin öğretim ve öğrenimi ile bu dillerde radyo ve televizyon yayınları hakkında güvence oluşturacak yeni bir hüküm konulmuş değildir; ama artık yasak da yoktur. Nitekim, Anayasa'daki bu değişikliklere paralel olarak çıkarılan ve kamuoyunda uyum yasası olarak adlandırılan, 3/8/2002 tarih ve 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunu"nun 11. maddesiyle, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerinin öğrenilmesi ve öğretilmesine olanak sağlanmıştır. Keza, aynı Kanunun 8.maddesi ile 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikle de Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın serbestisi getirilmiştir.

8- Basın Hürriyeti

2001 değişikliklerinde, Anayasa'nın "Basın Hürriyetini" düzenleyen 28.maddesinde yapılan değişiklik, yukarıda açıkladığımız 26.maddedeki değişikliğe paralel şekilde, "kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz" hükmünü içeren ikinci fıkranın yürürlükten kaldırılmasından ibarettir.

9- Kamu Tüzel Kişilerinin Elindeki Basın Dışı Kitle Haberleşme Araçlarından Yararlanma Hakkı

Anayasa'nın bu hakkı düzenleyen 31 .maddesinde yapılan değişiklikle, değişiklik paketinde 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasına paralel olarak, bu hakkın niteliğine uygun

özel sınırlama sebeplerini kapsar içerikte maddenin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre, "kanun, milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyen kayıtlar koyamaz".

10- Dernek Kurma Hürriyeti

Dernek kurma hürriyetine ilişkin asıl katılımcı, özgürlükçü ve koruyucu yenilikler, Anayasa'da 4121 sayılı Kanun'la yapılan 1995 değişiklik paketinde yapılmıştır. 2001'de Anayasa'nın dernek kurma hürriyetini düzenleyen 33.maddesinde yapılan değişiklik esas itibarıyla, değişiklik paketinde 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması nedeniyle, bu hakkın niteliğine uygun özel sınırlama sebeplerinin madde metnine konulması ve dernek üyeliği hürriyetinin de anayasal güvenceye alınmasından ibarettir. Maddenin yeniden düzenlenen 3.fıkrasına göre, "Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir".

Keza, maddenin birinci fıkrasındaki, "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir" şeklindeki düzenleme, "Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir" şekline dönüştürülerek, üyelik hürriyeti ayrıca anayasal güvenceye alınmıştır.

11- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı

2001 değişiklik paketinde, tümüyle yeniden düzenlenen haklardan biri de Anayasa'nın 34.maddesindeki toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkıdır. Bu maddede yapılan ilk önemli yenilik, değişiklik paketinde 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması nedeniyle, bu hakkın niteliğine uygun özel sınırlama sebeplerinin madde

metnine konulması şeklindedir. Maddenin yeniden düzenlenen ikinci fıkrasına göre, "Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir".

Maddenin yeni düzenlemesinde, eski metinde bulunan "yer ve güzergah tespitine" ilişkin ikinci fıkra ile "belli durumlarda bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün yasaklanabilmesine veya ertelenebilmesine" ilişkin dördüncü fıkra hükmü ve "Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleyemezler" şeklindeki beşinci fıkrası madde metninde çıkarılmıştır.

Böylece, bu yeni düzenleme, kamu otoritelerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunabilecek müdahalelerini engelleyebileceği gibi; sivil toplum kuruluşlarının dayanışma ve siyasal etkinliklerini güçlendirme yönünde de katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla, 2001 değişiklik paketiyle Anayasa'nın 34. maddesinde yapılan değişiklik, katılımcılık, özgürleşme ve demokratikleşme bakımından önemli yeniliklerden biridir.

12- Hak Arama Hürriyeti:

2001 değişiklik paketinde Anayasa'nın bu hakkı düzenleyen 36. maddesinde yapılan değişiklik, "adil yargılanma" hakkının da madde metnine eklenmesinden ibarettir. Böylece madde metni AİHS ile daha uyumlu hale getirilmiştir.

13- Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar:

2001 değişikliklerinde, Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin esaslara önemli yenilikler eklenmiştir. Bunlardan en önemlisi, maddeye yedinci fıkra olarak eklenen "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmüdür.

Lehte ve aleyhte neler söylenirse söylenin, bugün Avrupa kıtası ölüm cezasından arındırılmış bir bölge haline gelmiştir. AİHS'ye Ek 6'Nolu Protokol, "savaş ya da yakın savaş tehlikesi" dışında ölüm cezasının kaldırılmasını öngörmektedir. Bugün Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında, Türkiye dışında bu protokolü imzalamayan ve ölüm cezasını mevzuatında tutan hiçbir ülke kalmamıştır⁵. Kaldı ki, ölüm cezası hatası giderilemez bir ceza olduğu gibi, cezalandırmadaki çağdaş amaçlara da uygun düşmemektedir. Bu nedenlerle, Anayasaya konulan bu hükümle ölüm cezasının kapsamının daraltılmış olması, kuşkusuz olumlu bir adımdır. Ancak, savaş ya da yakın savaş tehdidi dışında, terör suçlarının da ölüm cezası kapsamında tutulması, yukarıda işaret edildiği üzere ne 6'Nolu Protokol'le ne de Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin mevzuatlarıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, bu değişiklik olumlu bir yenilik olmakla birlikte, Avrupa normlarına uyum yönünden yetersiz kalmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa'ya göre terör suçlarından da idam cezası verilebiliyor olması, terör suçlarında ölüm cezası verilmesi gerektiği ya da terör suçlarına ölüm cezası öngören kanun hükümlerinin değiştirilemeyeceği veya yürürlükten kaldırılamayacağı anlamına gelmez. Anayasa bu düzenleme ile ölüm cezası verilemeyecek halleri amir hüküm olarak öngörmüş; ölüm cezası verilebilecek hallerde, kanunla bu cezayı verip vermeme konusunu T.B.M.M.'nin takdirine bırakmıştır. Bu nedenle, Anayasa'nın ölüm cezası verilebileceğini belirlediği hallere ilişkin olarak; Meclis'in ölüm cezası öngördüğü kanun hükümleri Anayasa'ya aykırı düşmeyeceği gibi, Meclisin ölüm cezası öngörmediği kanun hükümleri için de Anayasa'ya aykırılık sorunu söz konusu olmayacaktır.

Nitekim, Anayasa'nın bu hükmü uyarınca, 3/8/2002 tarih ve 4771 Sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"la çeşitli kanunlardaki ölüm cezası öngören hükümler müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülürken; sadece "savaş ve çok yakın savaş tehdidi

5 ÖZBUDUN.Ergün., "2001 Anayasa Değişiklikleri",sh.7

hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen" ölüm cezaları saklı tutulmuş, "terör suçları dahil" diğer suçlarla ilgili öngörülen ölüm cezaları müebbet ağır hapse çevrilmiştir. Böylece, bu kanunla terör suçlarına ilişkin ölüm cezaları da kaldırılmak suretiyle, bu konuda Avrupa normlarıyla uyum sağlanmış olmaktadır.

Aynı maddeye eklenen 8. ve 9. fıkralarla, iki yeni ilke daha Anayasa metnine girmiştir. Bunlar, "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" ve hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" ilkeleridir. Bunlardan birincisi zaten hukuk sistemimizde (CMUK) mevcuttur. İkincisi ise AİHS'ye ek 4 Nolu Protokol'den aynen alınmıştır, (md.l)

14- Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması:

2001 değişikliklerinde, konuyu düzenleyen Anayasa'nın 40. maddesine ikinci fıkra olarak, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" hükmü eklenmiştir. Bununla, Devlet işlemlerine karşı kişilerin sahip oldukları hakları ile bunların süresinde ve doğru kullanılmasında bilgilendirilmelerinin amaçlandığı açıktır.

15- 12 Eylül Dönemi Tasarruflarına Karşı Anayasa Yargısı Yolunun Açılması

Kanımızca, 2001 Anayasa değişikliği paketindeki belki de en önemli yenilik, Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin üçüncü fıkrasındaki, "Bu dönem (12 Eylül 1980 - 7 Aralık 1983) içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez" hükmünün madde metninden çıkarılarak, 12 Eylül tasarruflarına karşı Anayasa yargısı yolunun açılmış olmasıdır. Böylece, Türkiye, Anayasa'nın 2. maddesindeki " hukuk devleti" ve 11. maddesindeki "Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkesine açıkça ters düşen bu garabetten nihayet kurtulmuş oldu.

Ancak, 12 Eylül rejiminin mirası Anayasa'ya aykırı unsurların bir an önce ayıklanması bakımından, Anayasa'ya uygunluk denetiminin harekete geçirilmesi sadece itiraz yoluna bırakılmayıp; Anayasa'da belirlenecek bir süre içinde ilgililere iptal davası açma yolunun da devreye sokulması, daha isabetli olurdu⁶.

DEĞERLENDİRME

2001 Anayasa değişikliği paketindeki bazı değişiklikleri kısaca gözden geçirdikten sonra, bunun, 1982 Anayasa'sında yapılan en kapsamlı değişiklik olarak; özgürlükler alanının genişlemesi, demokrasi ve hukuk devletinin daha işler hale gelmesi bakımından önemli ve olumlu bir adım olduğunu görmekteyiz. Böylesi bir adımın, Parlamento'da bölünmüş bir siyasi parti yapılanmasının olduğu bir dönemde, partiler arası büyük bir uzlaşma ile atılmış olması daha anlamlı, ileriye dönük umut ve cesaret vericidir.

Özgürlüklerin, demokrasinin ve hukuk devletinin daha etkin kılınması için Anayasa'da başkaca değişikliklerin de yapılması gerekmektedir. Ayrıca, 2001 değişikliklerinin bu olumlu yönünün yanında, uygulamada yaratması muhtemel sorunlar da vardır. Şimdi, önce bu sorunların önemli bazıları ile çözüm önerilerine değinelim, sonra da Anayasa'da öncelikle yapılması gereken değişiklikleri özetle sıralayalım.

A- Hemen belirtmeliyiz ki, anayasal sistem kendi içinde bir tutarlık ve bütünlük gösterir. Beğenelim, beğenmeyelim 1982 Anayasası'nın da kendi içinde bir bütünlüğü vardır. Yapacağımız köklü değişikliklerle, Anayasa'da yer alan belirli bir sistemi kaldırmaya karar verdiğimiz zaman, onun yerine, yapmak istediğimiz değişikliğe uygun, iç tutarlığı ve bütünlüğü olan, yeni bir sistem getirmek zorundayız. Aksi takdirde tutarsız sonuçların doğması kaçınılmaz olur. 2001 Anayasa değişiklikleri böyle olmuştur. Köklü değişiklikler yapılmıştır; ancak, bu değişikliklerin

6 ÖZBUDUN, Ergun., "2001 Anayasa Değişiklikleri", sh.13

gerektirdiği iç tutarlılık Anayasa'nın bütününe yansıtılmadığı ve buna uygun yeni bir sisteme geçilmediği için, yeni sorunlar ve buna bağlı olarak da yeni tartışmalar gündeme gelmiştir⁷.

Yukarıda açıklandığı üzere, 2001 Anayasa değişikliğinde göze çarpan reform sayılabilecek en radikal yenilik, Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklikle genel sınırlama sisteminin kaldırılmış olmasıdır. Bilindiği gibi, Anayasa'nın değişiklik öncesi metni tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama sebepleri içeriyordu. Tüm temel hak ve özgürlükler burada sayılan dokuz genel sınırlama sebebinden biri veya birkaçıyla sınırlanabiliyordu. Dolayısıyla, sınırlama sebebi olmayan hiçbir temel hak ve özgürlük yoktu. Ayrıca, birçok hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddesinde, o hak ve özgürlük için özel sınırlama sebepleri gösterilmişti. Bu hak ve özgürlükler, 13. maddede sayılan genel sınırlama sebeplerinin yanında, düzenlendikleri maddede sayılan özel sebeplerle de sınırlanabiliyordu.

2001 değişikliklerinde Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan köklü değişiklikle ise, genel sınırlama sebeplerinin tamamı bu maddeden çıkarılmış; temel hak ve özgürlüklerin "yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" sınırlanabileceği ilkesi öngörülmüştür. Ancak, bu yeni anlayış ve yaklaşım aynı zamanda bir sistem değişikliğidir. Bunun adı da "genel sınırlama sisteminden farklılaşmış kademeli sistem"e geçiştir.

Sınırlamanın her temel hak ve özgürlük için farklılaşması ve kademeli bir nitelik kazanması, her bir temel hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel yaşam alanının farklı olmasından kaynaklanır. Bu farklılığı siyasal, sosyal, kültürel ve tarihsel faktörler belirler. Her temel hak ve özgürlük nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma cevaz verir. Hak ve özgürlük korunan bu nesnel alan içinde vardır. Bu alanın dışında olanlar hak ve özgürlük kavramına yabancı kalır. Bu anlamda soyut ve içeriksiz bir özgürlük yoktur. Öte yandan, toplumsal yaşamda, hak ve özgürlüklerin hep bir arada, birbiriyle

7 SAĞLAM, Fazıl, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin.....", sh.1 vd

çatışmadan barış içinde kullanılabilmesi için, bunların nasıl kullanılacağına düzenlenmesi ve hatta bazen sınırlandırılması kaçınılmazdır. Ancak bu sınırlamalar, her bir hak ve özgürlüğün korunduğu nesnel yaşam alanının içeriği ve niteliğine uygun, bunların toplumsal yaşamda hep bir arada barış içinde kullanılması amacına yönelik ve bununla sınırlı, istisnai nitelikte olmalıdır.

Böyle bir sistem değişikliğinde, tutarlı, uyumlu ve bütüncül olabilmek bakımından, Anayasa'da yer alan bütün temel hak ve özgürlüklerin tek tek gözden geçirilmesi ve her bir temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddesine, o temel hak ve özgürlüğün korunduğu nesnel yaşam alanının içeriği ve niteliğine uygun sınırlama sebepleri konulması gerekirdi. İşte, 2001 değişikliğinin en büyük eksiği bunun bütün olarak değil, bazı hak ve özgürlükler için, yani kısmen yapılmasıdır. Bu da doğal olarak, bu doğrultuda değişiklik yapılmayan temel hak ve özgürlükler bakımından belirsizliklere, boşluklara ve dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sisteminde tutarsızlıklara yol açmıştır.

Birkaç örnek vermek gerekirse⁸;

a) Yerleşme ve seyahat hürriyeti - genel sağlığın korunması - karantina örneği

Anayasa'nın yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen 23. maddesine göre. " herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlandırılabilir."

Görüldüğü üzere, yerleşme ve seyahat özgürlüğünü sınırlama sebepleri arasında "genel sağlığın korunması" sebebi bulunmamaktadır. Değişiklik öncesi Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlama

⁸ Bu örnekler ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. SAĞLAM, Fazıl., "2001 Anayasa Değişikliğinin..", sh.4-6

sebepleri arasında "genel sağlığın korunması" da vardı ve buna dayanarak sınırlama yapılabilirdi. 2001 değişikliklerinde 13. maddeden genel sınırlama sebepleri çıkarılırken, yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddeki sınırlama sebeplerine "genel sağlığın korunması" da eklenmeli idi. Bu durum karşısında, bir bölgede salgın hastalık çıktığında bunu önlemek için o bölgeyi karantina altına almanın anayasal dayanağı ne olacaktır. Aynı durum yangın, inşaat tehlikesi hallerinde de söz konusu olabilir.

b) Çalışma ve sözleşme hürriyeti - genel ahlakın, kamu düzeninin, kamu yararının korunması - BK md.20, MK md. 23

Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesine göre, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."

Görüldüğü gibi, 48. maddede sözleşme hürriyetini sınırlayan hiçbir sebep bulunmamaktadır. 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri de kalktığına göre, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan, "Bir sözleşmenin konusu..... veya ahlaka aykırı ise, o sözleşme batıldır" hükmü anayasaya aykırı mı sayılacaktır. Aynı şekilde, Medeni Kanun'un 23. maddesindeki "kimse hürriyetini.....ve umumi adaba aykırı bir şekilde sınırlayamaz"

hükmüne aykırı bir sözleşme artık Anayasa'ya uygun mu sayılacaktır? Başkaca kanunlardan örnekler çoğaltılabilir. Keza, 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri kalktığına göre, kişinin istediği yerde kurban kesmesi, kamuya açık yerlerde sigara içilmesi gibi davranışlar nasıl önlenebilecektir?

Bütün bu soru ve sorunların doğru çözümü, kuşkusuz, özgürlüklerin düzenlendiği ilgili maddelerine, kamu yararı veya genel ahlak ya da kamu düzeni gibi, ilgili özgürlüğün niteliğine uygun sınırlama sebebi konulması olmalıdır. Peki bunlar konuluncaya kadar sorun nasıl aşılabilir. İlk akla gelen yol, özgürlüklerin kullanılmasında pratik uyumdur. Örnek verdiğimiz sorunların birçoğunun çözümü bakımından, pratik uyum testine sokabileceğimiz ideal hak, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen "sağlıklı ve dengeli bir çevrede

yaşama hakkı" olabilir. Bu madde hükmüne göre, " herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir." Bu hakla pratik uyuşum, yukarıdaki örneklerden karantina uygulama, istenilen yerde kurban kesme, kapalı yerde sigara içme gibi sorunların çözümünde Anayasal dayanak olabilir.

Keza, Anayasa'nın 5. maddesindeki, Devletin, "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" görevi de genel ahlaka aykırı sözleşme ve uygulamalara karşı anayasal dayanak oluşturabilir.

Nihayet, bir başka çözüm yolu da, bu şekilde kullanımların, söz konusu hak ve özgürlüğün doğal kullanım biçimi olmadığından, bunların nesnel koruma alanına girmeyeceği yaklaşımıdır.

B- Anayasa'da öncelikle yapılması gereken diğer değişiklikler ise özetle şöyle sıralanabilir:

Anayasa'nın 76. maddesindeki "affa uğramış olsalar bile" ifadesi, milletvekili seçilebilme yeterliliğine ilişkin siyasi hakları süresiz hale getirmektedir. Bu durum genel affın tüm dünyada kabul gören etki ve sonuçlarına ters düştüğü gibi, siyasi yasaklarda bir süre sınırlaması olmaması, Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelerle de çelişmektedir. Bu nedenle, 76. maddedeki "affa uğramış olsalar bile" ifadesi metinden çıkarılmalı, buradaki siyasi yasaklara mahkumiyete uygun süreler konulmalıdır. Bu konuda, 2001 Anayasa değişiklik paketinde, partiler arası uzlaşma komisyonu tarafından kabul edilip, Meclisçe reddedilen 76. maddeye ilişkin değişiklik önerisi, son derece yetersizdir. Yolsuzlukların siyasi uzantılarını çözmek, siyasette kirliliği önlemek, siyaset ve siyasetçiye itibar ve güven kazandırmak bakımından, Anayasa'nın 83. maddesindeki yasama dokunulmazlığına ilişkin korumalardan; milletvekilinin Meclis'te fiziki varlığını sağlamaya yönelik olan, "tutulamaz, tutuklanamaz ve hapsedilemez" korumaları muhafaza edilerek, bunlar dışındaki " sorgulanamaz ve yargılanamaz" korumaları kaldırılmalıdır. (Fransa ve İtalya örneklerinde olduğu gibi). Böylece, hem

yasama dokunulmazlığı kurumunun asıl amacına uygun işlevini sürdürmesi, hem de yargı yolunun açılması mümkün olacaktır. 2001 Anayasa değişikliği paketinde, partiler arası uzlaşma komisyonunca kabul edilip, Meclis tarafından reddedilen 83. maddeye ilişkin değişiklik öneri, sorunu çözmekten çok uzaktır.

Keza, yukarıda açıldığı üzere, Anayasa'nın 100. maddesinde yapılacak değişikliklerle de, bakanların görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yapılacak Meclis soruşturmasında, soruşturma komisyonu görevi yargı mercilerine verilerek (İtalya örneğinde olduğu gibi), Meclis soruşturması kurumu işler hale getirilmelidir.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü dendiğinde "yönetenlerin her türlü işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu devlet" anlaşılır. Dolayısıyla, ne kadar çok eylem ve işlem yargı denetiminden başışık tutulursa o ölçüde hukuk devletinden uzaklaşmış olur. Kuşkusuz, bazı işlemlerin özelliği, bu işlemlerde yetkili organların takdir yetkisinin geniş tutulmasını ve dolayısıyla bu işlemlere ilişkin yargı denetiminin sınırlandırılmasını gerektirebilir; ancak, bütünüyle yargısal denetim dışına çıkarmak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle, Anayasanın 105., 125., 148. ve 159. maddelerinde yapılacak değişikliklerle, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemlere, Yüksek Askeri Şura kararlarına, olağanüstü KHK'lere ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolu açılmalıdır. AİHM tarafından denetlenen bu işlemlere karşı ulusal yargı yollarını esirgemenin mantığı olmadığı gibi; böylece insan hakları ihlallerinden doğan mağduriyetlerin büyük kısmı kendi içimizde karşılanmış olacaktır. Bu, kuşkusuz, Türkiye'nin insan hakları karnesine de iyileşme yönünde yansımaktır.

İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devletini kurumsallaştırıp etkin kılmak bakımından, Anayasa'da yapılacak değişiklikler kadar, uyum yasaları ile bunların yaşama geçirilmesi de önemlidir. Bu yasaların önemli bir kısmı yakın geçmişte çıkarılmış, bir kısmı da TBMM'nin gündeminde. Ancak, yürürlükteki insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ile çelişen yasaların büyük bir çoğunluğu 12 Eylül dönemi ürünü olup kapsamı da bir hayli geniştir; esasen sorunların büyük bir

kısmı bu yasalardan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, Türk hukukunda insan haklarını, demokrasiyi ve hukuk devletini etkin kılmayı çabuklaştırmak bakımından, TBMM'nin yanında, Anayasa yargısı kanalıyla da bu yasaları ayıklama imkanını genişletilmek için, "Anayasa şikayeti" yolu açılmalıdır. Bu, kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin zaten yoğun olan iş yükünü daha da artıracaktır. Anayasa Mahkemesi'nin daha hızlı ve etkin çalışmasını sağlamak için de, Federal Almanya örneğinde olduğu gibi daireler şeklinde yeniden yapılandırılmalıdır.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkürler Sayın Yenisey.

Bir de Avrupa'daki yönünü görürsek, daha iyi karşılaştırma imkânı buluruz.

Buyurun Sayın Hocam.

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Yenisey'in anlattığı arama konusunda ben de küçük bir olay anlatıp bir soru sormak istiyorum: Birkaç hafta önce Diyarbakır'da Diyarbakır Barosu'nun düzenlediği bir seminerden dönüyorduk. Havaalanında uçağa girmeden önce polis memuru herhangi bir kimlik sormadan üzerimi aramak istedi. "Tabii arayabilirsiniz, fakat aletle arayabilir misiniz?" dedim. "Bizde alet yok, elle aramak zorundayım" dedi. "Elle arayamazsınız" dedim. "Ararım" dedi. Ben de başka bir şey söylemeden ve uçağı geciktirmemek düşüncesiyle; "buyurun, o zaman arayın" dedim. Çok rahatsız olmuşum. Acaba buna karşı yargısal bir yol var mı?

Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY- Bu tür yoklama suretli denetlemelere arama denilmiyor, bu "stop end frisk" olarak geçiyor doktrinde. Yani sadece üstünden sıvazlayarak yapılan yoklamalar arama kategorisine girmiyor, onun için hâkim kararını almaya ihtiyaç yok.

Doç. Dr. OSMAN DOĞRU- Hâkim kararına ihtiyaç yok; o zaman caddede de aynı şekilde aranabiliriz, belki başka bir yerde de. Bu noktayı belirtmek istedim.

Ben, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı üzerinde durmaya çalışacağım. Bu maddedeki hak ve özgürlükler, Anayasa'nın 19. maddesinde paralel bir şekilde yer almakta.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının en azından diğer iki ayrı hakka daha temas ettiğini belirtmek durumundayım. Bir tanesi, Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı, ikincisi de 6. maddedeki adil yargılanma hakkı. Ancak bizim konumuz sadece kişi özgürlüğü; kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anda kendisine ne yapıldığı değil, sadece özgürlük hakkı üzerinde duruyoruz.

Özgürlük kısıtlaması: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını, kişinin fiziksel özgürlüğünün kısıtlanması şeklinde anlıyor. Yani klasik anlamda kişi özgürlüğünün kısıtlanması, kilit altında tutulmaktır. Ancak Mahkeme, Guzzardi davasında mafya üyesi olduğundan kuşkulandığı için 50 km²lik adada zorunlu ikamete tabi tutulan fakat sadece 800 metre çaplı bir alanda serbestçe dolaşabilen başvurucunun bu şekilde tutulmasını özgürlük hakkına bir müdahale olarak görmüştür. O halde Mahkeme'ye göre özgürlüğün kısıtlanmış olması için mutlaka bir nezarethanede veya hapishanede tutulmak gerekmiyor. Yine Mahkeme'nin asker kişilere verilen çeşitli disiplin cezaları bağlamında özgürlüğe müdahaleyi incelediği bir dava, "Engel ve Diğerleri" davasıdır. Özetle Mahkeme, özgürlüğe müdahalenin bulunup bulunmadığını tespit ederken, kişinin içinde bulunduğu somut koşullara bakmakta, özgürlüğe karşı tedbirin niteliği, süresi, normal yaşam üzerindeki etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörleri dikkate almaktadır.

Kayıtsız kısıtlama: Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı, kişiyi keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakmaya karşı korumaktır. Mahkeme'nin Bulgaristan'a karşı Anguelova kararında dediği gibi, bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkar edilmesi, 5. maddede yer alan temel güvencelerin tümüyle reddedilmesi ve bu maddenin en ağır surette ihlali anlamına gelir. Gözaltında tutmanın tarihine, zamanına, yerine, tutulan kişinin adına, tutulma gerekçesine ve tutma işlemi yapanın adına ilişkin kayıt bulunmaması veya kayıtların değiştirilmesi, 5. maddenin amacıyla ve hukukilik şartıyla bağdaşmaz. Mahkeme'ye göre gözaltına alınan kimsenin kimliğine ilişkin tereddüt bulunması halinde yasal bir tutma emir bulunmaksızın kimliği belirleninceye kadar tutulabileceğini söylemek, gözaltı inkarlarına imkan vermek anlamına gelir. Gözaltında kayıplara karşı "kayıtsız özgürlükten yoksun bırakma yasağı"nın büyük önemi vardır.

Özgürlüğe müdahalenin hukukileşmesi için kayıt altına alma yetmez: Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkranın ikinci cümlesindeki "Aşağıdaki haller dışında ve hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" ifadesi hukukiliğin güvencesini sağlamaktadır.

Sebepsiz kısıtlama: - Sözleşme'de olmayan ama iç hukukta yer alan bir yasal sebebe dayanılarak yapılan özgürlük kısıtlaması Sözleşme'yi ihlal eder. Mahkeme, Engel ve Diğerleri kararında, Hollanda askeri disiplin hükümleri gereğince komutan emriyle verilen iki günlük oda hapsi cezasının, 5. maddenin 1. fıkrasında öngörülen meşru kısıtlama sebeplerinden birine girmediğe gerekçesiyle Sözleşme'yi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Hollanda iç hukukunda gerekli değişiklikleri yapmıştır. 1982 Anayasasının 38. maddesinin 11. fıkrasına göre *"İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir."* Buna göre askeri disiplin hukukumuzda oda hapsi cezaları verilebilmektedir. İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye aleyhine 21 günlük oda hapsi cezasının uygulandığı bir dava (Darıcı) halen devam etmektedir.

- Sözleşme'de ve iç hukukta dayanağı bulunmayan bir özgürlük kısıtlaması da Sözleşme'yi ihlal eder. Geç salıverme olgusu bunun tipik örneğidir. Mahkeme Labita kararında, tutuklu başvurusunun beraat ettiği gece 22.00 biten duruşmadan ceza evine götürüldükten sonra işlem yapacak görevlinin bulunmaması nedeniyle sabaha kadar tutulmasını sebepsiz bir tutma olarak görmüş ve Sözleşme'nin 5. maddesinin hukukilik yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır. O halde görevli veya araç veya yeterli maddi imkanın bulunmaması gibi nedenlerle salıvermenin geciktirilmesi 5. maddenin 1. fıkrasını ihlal edecektir.

Usulsüz kısıtlama: - İç hukukta özgürlük kısıtlaması için öngörülen usule aykırı bir biçimde tutma da Sözleşme'yi ihlal eder. Van der Leer kararında Mahkeme, başvurusunun akıl hastanesinde tedavi için 6 ay süreyle tutulmasına karar veren yargıcın başvurusunu görmeden ve dinlemeden karar vermesinde iç hukuka aykırılık tespit etmiş ve bu nedenle Sözleşme'nin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

- Belirli bir özgürlük kısıtlaması için iç hukukta hiç bir usulün öngörülmemiş olması ve böylece bir kimsenin usulsüz bir şekilde tutulması, tabi ki Sözleşme'yi ihlal edecektir. Amuur kararında Mahkeme, sahte pasaportla Fransa'ya giren ve sığınma isteyen Somali vatandaşı başvurusunu bir avukatla görüştürmek için 15 gün, hakim önüne çıkarmak için 20 gün bekleyen Fransa'nın bu tür özgürlük

kısıtlamalarını düzenleyen bir mevzuatının bulunmadığını tespit etmiş ve Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Daha sonra Fransa bu konuda bir düzenleme yapmıştır.

Amaca aykırı kısıtlama: Bir özgürlük kısıtlamasına Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan meşru özgürlükten yoksun bırakma sebeplerinden birinin uygulanabilir olması da yetmez. Her bir olaydaki kısıtlamanın ilgili bent içindeki hukukilik şartına uygun olması, yani ilgili bentte öngörülen amacı taşıması gerekir. Buna göre örneğin:

- Mahkeme Tsirlis ve Kolumpos kararında, tanınmış dinlerin temsilcilerini askerlik hizmetinden muaf tutan 1988 tarihli bir yasa ile Yehova Şahitliğini tanınmış bir din olarak kabul eden 1975 tarihli bir Yüksek İdare Mahkemesi kararı bulunmasına rağmen, askerlik yapmayan Yehova Şahidi başvuruçuların 12 ve 13 ay gibi hapis cezalarına mahkum edilmelerini, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi içindeki hukuka uygun olarak hapsedilme şartına aykırı bulmuştur.

- Mahkeme Lukanov kararında, Başbakan Yardımcılığı döneminde başka ülkelere çok düşük faizli kredi veya hibe veren Hükümet kararlarında imzası bulunan başvuruçunun 114 gün tutuklu kalmasına yol açan suçun hiç bir unsurunun bu tip işlemlerde bulunan kişilerin cezai sorumluluğunu ima dahi etmediği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "suç işlediğinden makul kuşku duyma üzerine hukuka uygun olarak tutma" şartına aykırı bulmuştur.

- Mahkeme Bouamar kararında, çocuk mahkemesinde yargılanmakta olan başvuruçunun Çocuk Mahkemeleri Kanunu'na göre "bir küçüğü hemen kabul edecek bir kişi veya kurum bulunmasında maddi imkansızlık olması halinde" 15 günü geçmeyecek bir süre için tutukevinde tutulmasına yetki veren hükme dayanılarak bir yıl içinde 9 defa ve toplam 129 gün tutukevinde tutulmasını, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendindeki küçüğün eğitim altında ıslahı amacına aykırı görmüştür.

- Mahkeme Bozano kararında, İtalya'da suç işledikten sonra Fransa'ya kaçan ve bu arada İtalya'da giyabında yargılanıp verilen hapis cezası kesinleşen başvuruçunun İtalya'ya iadesi kararı Fransız mahkemeleri tarafından iptal edilmesine rağmen başvuruçuyu İtalya'ya

sınırdışı edeceğini bildiği İsviçre'ye sınırdışı etmek üzere özgürlüğünün kısıtlanmasını, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi içindeki "hukuka uygun tutma" şartına aykırı görmüştür.

O halde özgürlük kısıtlamasına karşı ilk güvence, kısıtlamanın "hukuki"liğidir.

Gözaltı: Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının bendlerinin içinde yer alan meşru sebeplere uygun bir özgürlük kısıtlaması bulunup bulunmadığı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından denetlenebilmektedir. Sözleşme'nin cezai soruşturma sırasında bir tedbir olarak gözaltı ve tutuklama için gerekli bir ön şart olarak kabul ettiği "makul kuşku" (reasonable suspicion), iç hukukumuzda (Anayasa md. 19, CMUK md. 104, PVSK md. 13/g, Yakalama ... Yönetmeliği) "kuvvetli belirti, iz, emare, delil" gibi terimlerle karşılanmıştır. Mahkeme'ye göre iç hukuktaki terim farklılığı önemli değil, yeter ki özgürlük kısıtlanırken makul kuşkunun aradığı standart yerine getirilmiş olsun. Mahkeme'nin Fox, Campbell ve Hartley kararında dediği gibi makul kuşku, kişinin suçluluğundan kuşkulanmak için "objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar yeterli olay ve bilginin bulunması"nı gerektirmektedir. Mahkeme aynı kriteri John Murray kararı ile O'hara kararında uygulamıştır. Bu kararlardan çıkan sonuca göre, bir kimsenin gözaltında bir süre tutulduktan sonra adli makamlar önüne çıkarılmadan salıverilmiş olması, gözaltına alma ve tutma sırasında makul kuşku bulunmadığını kanıtlamaz; keyfi gözaltına almaya karşı gözaltına alınan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak ve gizli bilgiye dayanarak gözaltına alan görevliye muafiyet tanınmayacak bir sistemin bulunması gereklidir.

Gözaltına alınan kimsenin bilgilendirilmesi: Gözaltına alınan kimselerin haklarından birincisi, gözaltına alınma ve tutulma sebepleriyle ilgili bilgilendirilme hakkıdır (Sözleşme md. 5(2)). Mahkeme Türkiye'ye karşı Dikme davasında, kimliğinin sahteliğinden kuşkulanılarak gözaltına alınan ve daha sonra götürüldüğü emniyet biriminde yasa dışı Dev-Sol üyeliğinden sorgulanan başvurucuya ilk gözaltı (sahte kimlik) ve sorgu sırasında (örgüt üyeliği) verilen bilgileri yeterli görmüştür. Bir başka deyişle Mahkeme, ilk başta çok teknik ve ayrıntılı bilgi verilmesini gerekli görmemektedir.

Azami gözaltı süresi: Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre suç nedeniyle "... gözaltına alınan veya tutulan bir kimse, derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılır." Gözaltına alınan bir kimse azami ne kadar süre yargısal bir denetim olmadan tutulabilir? Yani azami gözaltı süresi nedir?

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Brogan ve Diğerler kararında olağan hallerde 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini "derhal" (promptly) kavramına aykırı görülmüştür. Halen olağan hallerde dört günlük azami gözaltı süresi normal karşılanmaktadır. Mahkeme Brannigan ve McBride kararında olağanüstü hallerde 7 günlük gözaltı süresini Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Ne var ki bu uygunluk, gözaltında tutulan kişinin "koruyuculardan yararlandırılması" şartına bağlıdır. Bu koruyucular, gözaltında avukatla görüşme, doktora muayene olma, aileye haber verme ve gözaltının hukukiliğine itiraz edebilme haklarını içermektedir. Brannigan ve McBride kararında başvuruçunun bu koruyuculardan yararlanabildiği, oysa Türkiye'ye karşı Aksoy davasında 14 gün incomunicado gözaltında tutulan başvuruçunun bu haklardan yararlanmadığı tespit edilmişti.

Türk mevzuatında yapılan değişiklikler, olağan hallerde ve olağanüstü hallerde gözaltı sürelerini Sözleşme standartlarına uygun hale getirdiği gibi, koruyuculardan yararlanma imkanını da sağlamıştır.

Yargıç önüne çıkarılma: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gözaltına alınmış olup da salıverilmeyen bir kimsenin "yargıç veya yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılması"ni gerektirmektedir (Md. 5(3)). Kişinin önüne çıkarılan yargıçın, gözaltı işlemini bütün yönlerden inceleme ve kişinin tutulmasının devamına veya salıverilmesine karar verme yetkisine sahip bir yargıç olması gerekir.

Ceza Usul Kanunu'nun 128. maddesinde suç işlediğinden kuşkulandığı için gözaltına alınan ve salıverilmeyen kişinin "sulh hakimi önüne" (24 saat içinde) çıkarılmasını öngörmektedir. Gözaltından tutuklama talebiyle sulh hakiminin önüne getirilen bu kişinin durumunun her yönüyle inceleneceği, suç işlediğine dair makul kuşku (veya kuvvetli belirti) bulunup bulunmadığı ve tutuklama için CMUK md. 104'teki koşulların bulunup bulunmadığını araştıracağı

varsayılabilir. Buradaki sulh hakimimin, Sözleşme'ye göre de "yargıç veya yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli" olduğu kabul edilebilir.

Ancak gıyabi tutuklama kararını CMUK md. 109 gereğince vicahiye çeviren "tutulma yerine en yakın sulh hakimi"nin, Sözleşme'nin aradığı, yargıç olduğunu düşünmek zordur. Çünkü bu yargıcın görevinin (CMUK md. 109(2)), "tutuklama müzekkeresinin geri alındığı" veya "tutulan kimsenin tutuklama müzekkeresinde yazılan şahıs olup olmadığı" gibi iki unsuru incelemekle sınırlı olduğu görülmektedir. Bu yargıcın bu unsurlar dışında, tutulan kimsenin lehine ve aleyhine olan unsurları değerlendirebilme ve tutulana salıverme yetkisini sahip olduğu anlaşılamamaktadır. Bu durumda, hakkındaki gıyabi tutuklama kararı vicahiye çevrilen kişinin tutulmasını her yönden değerlendirebilecek olan "yetkili hakim" önüne çıkarılıncaya kadar, kendisinin aslında gözaltında tutulduğunu kabul etmek gerekecektir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin McGoff kararı, Aquilina kararı ve T.W. kararı birlikte okunduğunda bu sonuca varmak şaşırtıcı olmaz.

Tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı: Bu hak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ikinci hükümde güvence altına alınmıştır. Mahkeme'ye göre tutuklama için başlangıçta kişinin suç işlediğinden makul kuşku duyulması yeterli olmakla birlikte, zaman geçtikçe bu unsur yeterli olmaz ve tutmayı sürdürebilmek için ulusal makamların haklı gerekçeler göstermeleri gerekir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen davalarda tutukluluğun haklılığı bakımından dört tür gerekçe gösterilmiştir: Kaçma tehlikesi, adaleti saptırma (delilleri karartma) tehlikesi, suçta tekerrür tehlikesi, kamu düzeninin bozulması (infial) tehlikesi.

Mahkeme'ye göre tutukluluk süresi, kişinin tutulmasıyla başlamakta, salıverilmesiyle veya ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararına kadar sürmektedir. Yine Mahkeme bu sürenin makul olup olmadığını ulusal makamların (yargı yerlerinin) gösterdikleri gerekçeler ile başvuruçunun salıverilme taleplerinde gösterdiği gerekçeleri karşılaştırarak tespit etmektedir. Mahkeme Türkiye karşı Yağcı ve Sargın davasında olduğu gibi, ulusal yargı yerlerinin tutukluluk ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında somut gerekçe aramakta, sadece "dosya içeriğine, isnad edilen suçun niteliğine v.b." terimlere yer

verilmiş olmasını “yeterli gerekçe” saymamaktadır; tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerekçenin “yeterli ve alakalı” olması da yetmemekte, tutuklu işe özel bir özen gösterilmiş olması aranmaktadır.

Uygulamada tutuklama veya tutukluluğun devamına ilişkin kararların somut gerekçelere dayanmadan verildiğinden şikayet edilmekte, bu kararlara karşı CMUK md. 298 gereğince yapılan itirazın da etkili bir sonuç doğurmadığı ileri sürülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrası (habeas corpus hükmü), tutuklama veya tutukluluğun devamına ilişkin yargı yerleri tarafından verilen kararların bir üst mahkeme tarafından yargısal denetime tabi tutulmasını gerektirmez. Çünkü tutuklama kararı verilirken, tutmanın yargısal denetiminin yapıldığı, bir başka deyişle bu denetimin tutuklama kararına içselleştirildiği kabul edilmektedir. Ancak eğer iç hukukta böyle bir denetim mekanizması öngörülmüş ise, Sözleşme’nin aradığı şartlara uygun olması gerekir.

CMUK md. 298’e rağmen, tutuklama veya devamına ilişkin kararlarda somut gerekçe verilmiyor olması karşısında, bu tür kararların belirli aralıklarla Yargıtay denetimine açılması, somut gerekçe vermeyi zorlayacak gibi görünmektedir. Öyle ki, soruşturma veya yargılama sürerken tutukluluğa itirazın reddedilmesinden sonra Strasbourg Mahkemesi’ne başvurmak mümkün iken Yargıtay’a başvurma imkanı bulunmaması ve tutukluluğun Yargıtay tarafından ancak esas hakkındaki kararlar birlikte ele alınabilmesi, Türk iç hukukunda önemli bir eksiklik olarak görünmektedir. Böylece Türkiye’de özgürlük hukuku içtihadi temellere bağlanmış olabilir.

Özür dilerim, süremi biraz aştım. Benim söylemek istediklerim şimdilik bu kadar, çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Hocam, çok teşekkürler.

Sayın Ünver, 5 dakika alacağımız var; kullanacak mısınız?

Buyurun.

Makul şüphe, yani kabul edilebilir kuşku olarak değerlendirelim onu; bu 4422 sayılı Yasada iletişimin dinlenmesi konusuna ilişkin maddede konulmuş. 1. fıkraya konulmasına karşın, yardım ve yataklık edenler, suç işleyenlere, suç işledikleri kuşkusuz altında bulunanların iletişiminin dinlenebileceği, haberleşmesinin dinlenebileceğini, el konulacağına ilişkin kural getirilmiş. Kuşku öngörülmüş önce, ama hemen altta kaçılmış bundan, "hâkimin karar verebilmesi için kuvvetli emarelerin bulunması gerektiği" şeklinde dönüş yapılmış. Yani bizde kuşku girmiş, çıkmış hukukumuza, onu özellikle söylüyorum.

Tutukluluğun denetimi deyince, Allah korusun bunların hepsi bir de Yargıtay'a gelirse, -biz zaten dünyada iş durumu itibariyle birinciyiz-Yargıtay'ı kapatmamız lazım ya da bizim kendimize bir yer aramamız gerekir. Bunun olacağını sanmıyorum, yalnız kaygınızla ilgili şunu söyleyeyim: Tutukluluğun devamına ilişkin kararlar, itiraz edilebilir kararlardır.

Bir de şu var: Bizde aslında 92 değişikliğiyle tutukluluk bayağı zorlaştı. Adamı sokağın ortasında 10 gün işgücünden kalacak şekilde çevirip dövüyorlar, darp ediyorlar; savcının önüne çıkıyorlar ve savcı serbest bırakıyor. Gerekçede şunu söylüyorlar: "Efendim, öngörülen ceza 7 yıl olması lazım, yasada cezanın üst sınırı 7 yıl diye öngörülmüş. Bu darp olayında üst sınır 6, onun için serbest bırakıyoruz." Örneğin kişide silah yakalanıyor, genelde savcılar serbest bırakıyor, hâkim önüne bile bırakmıyorlar. Yani bizde tutukluluk, tutuklama aslında zorlaştırılmış durumda. Kamu düzenini bozan öyle olaylar oluyor ki, saldırılar oluyor ki, mafya İstanbul'da adamın ayağına kurşun sıkıyor;

hâkimlerimiz 456/4, 457 maddelerine göre ne hikmetse para cezası verir, Yargıtay'a bile gelmez, kesindir, bunlar serbest gezerler. Yani bizim ülkede tutuklanmama cenneti var, onu özellikle söyleyeyim Sayın Doğru. Yani o yöndeki kaygılarınızı fazla aşırı duyarlılık olarak değerlendiriyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum.

Efendim, oturumun tartışma bölümüne geçiyorum.

Değerli konuşmacılara soru sormak isteyen var ise, o soruları alayım.

Buyurun.

TARTIŞMA

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)- Herkese günaydın.

Önce bir soru soracağım; Feridun Bey bir usul başlattı, biz epeydir birtakım şeyleri birlikte yapıyoruz. Bu arada söyleyeyim; Adalet Bakanlığı bu uyum yasalarıyla ilgili meslekiçi eğitim yapıyor. Salonu emniyetçi var mı, salonda savcı var mı, sulh ceza hâkimi var mı; çünkü onların büyük problemleri var, o grup toplantılarında bunlar hep gündeme geliyor. Bunu sormamın nedeni şu: Büyük problemlerin var, bunu burada açıkça tartışıp belirli çözümler üretmek için söylüyorum.

Herhalde konunun satırbaşı şurada düğümleniyor: Türkiye Cumhuriyeti Devleti olarak fert hak ve özgürlüklerini ileri götürmek, kişi güvenliğini ve özgürlüklerin kullanım alanını genişletmek durumundayız. Ancak unutmamamız gereken bir şey var ki, özgürlükleri koruyacağız ve kullanacağız derken, toplumun kamusal düzenini ve dengesini de yok edemeyiz, ortadan kaldıramayız, o dengeyi kurmak zorundayız. Yani bugün burada bütün tartışılan kavramlarla ilgili o dengeyi yaratacak birtakım çözümler üretmek durumundayız. Bu yaklaşım içinde son yapılan değişikliklerden sonra ortaya çıkan tablo, bu arama meselesinde kafalar biraz karıştı ve özellikle uygulamacı kesiminde karıştı. "Ne zaman hâkim kararı aranacak, yetkili merci kim, kim kime ne zaman başvuracak" meseleleriyle ilgili birtakım çözümler üretmek zorundayız.

Anayasadan başlayıp, CMUK altında PYSK, bunların hepsini hamur edersek, zannediyorum resmi şöyle biraz netleştirebileceğiz: Biz hemen ikinci bir ayrıma gideceğiz, diyeceğiz ki "bir suç şüphesi ve ceza yargılaması mekanizması içinde bir hazırlık soruşturmasının söz konusu

olduğu durumlarda başvurulabilecek önlemler...” Özellikle arama konusuna başka bir açıdan bakmamız lazım ve başka sonuçlar üretmemiz lazım. Kolluğun -önleyici kolluk- önleme görevi söz konusu olduğu zaman olaya başka türlü bakmamız lazım. Artı bu işin içine bir de gecikmede tehlikeyi yerleştirmemiz lazım. Suç şüphesi, hazırlık soruşturması mekanizmasıyla ilgili sanıyorum çok önemli problemler yok, CMUK ve Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu (PVSK) kurallarını koyduğunuz zaman işin içinden çıkarsınız. Yani Feridun da gayet açık söyledi, 127 Usul, PVSK kurallarıyla işlenmekte olan suç, meşhut suç halinde ben adamı tutmayacağım mı; tabii tutacağım. Üstünü aramayacak mıyım; tabii arayacağım, yetkim var. Gidip hâkimden karar mı alacağım; onu tabii ki arayacağım, halin icabına göre de kelepçeyi takacağım. Çocuksa kelepçeyi takmayacağım, zayıf bir hanımsa takmayacağım ama güçlü, kuvvetli, kaçar da bana da yumruğu da atar, yerle bir eder adama kelepçeyi de takacağım tabii. Yani şartlara göre o uygulamayı gerçekleştireceğim.

Esas sorun, gecikmede tehlike kavramıyla birlikte önleyici kollukta nasıl hareket edileceği. PVSK 9’u açıyorsunuz, okuyorsunuz, orada diyor ki, “Gecikmede tehlike olunca, polis güvenlik güçleri, mülki amirin yazılı emriyle bu işi yapar.” Uygulamada ilk karşılaşılan şey şu: Yasa değiştikten sonra mülki amir dediğimiz, bugünkü sistemde vali ve kaymakamlar bu işin içine girmek istemiyorlar, böyle bir görüntü var, girmek istemiyorlar, “Efendim, yargıca git.” Gecikmede tehlike olunca yargıca gidilmez; yetkili mülki amire gidilir, oradan yazılı emir alınır ve bu basına, televizyona yansıyan “huzur operasyonu” dedikleri mesele o şekilde hallolur. Zaten PVSK 9’da bunun nerelerde yapılabileceğini de sayıyor, gecikmede tehlike yazılı emri verecek. Nasıl verecek; onu herhaldé şöyle sistemleştireceğiz: “Yasa kapsamı içinde belirli zamanlarda yeri, zamanı tayin edilmek suretiyle verilecek bir yazılı yetkidir bu; filan gün, filan saatte başlamak üzere ve sonuçlanmak üzere şu yerlerde arama yapılması” denilecek ve o şekilde bir sistemleştirmeye gidilecek.

Bir şey daha söyleyeyim: Bu meslekiçi eğitim çalışmalarından sonra, şimdi Adalet Bakanlığıyla Emniyet Genel Müdürlüğü masaya oturmuş

durumda, bu konular bir yönetmeliğe bağlanacak ve uygulamacının eline verilecek; çünkü uygulamacı, elinde metin ister, "ben ne zaman neyi yaparsam hukuka uygun olur, ne zaman olmaz"ı bilmek ister. Bu zannediyorum yakında gerçekleşecek ve konu aydınlanacak. Bazen ortalık karıştırılıyor; deniliyor ki, "Efendim, vali, sulh ceza hâkimine mi başvuracak? Sulh ceza hâkimi arama talebini reddederse, vali bu karara karşı kanun yoluna gider mi?" Böyle bir şey olabilir mi, Türk sisteminin yerleşik kuralları, kanun yolu kuralları çerçevesinde böyle bir mekanizma çalışabilir mi? Ama bu neden doğuyor; kafalar karıştığı için.

Feridun Bey'in yaptığı o yoklama meselesini bir türlü içime sindiremiyorum. Yoklama nedir? Osman Diyarbakır'dan çıkarken adam "seni arayacağım" dediği zaman, -biraz amiyane kaçacak ama, kusura bakmayın, aile meclisinde konuşuyoruz- limon gibi soyacak mı? Arıyor her tarafı, baştan aşağı, buna arama derler, arama bu, başka bir şey değil ki. "Seni yokladım, aramadım" böyle kurallar da yok, arama bu, hiç kendimizi kandırmayalım. Gecikmede tehlikede, önleme aramalarında çerçeveyi biraz genişletmek zorundayız. Bakınız, bu bizim için yapılıyor, dürüstler için yapılıyor, bu önleme araması bizi rahatlatmak için yapılıyor. Büyük metropollerde silahı, tabancayı, bıçağı, üzerine koyup dolaşanlar, futbol maçına kasaturayla, döner bıçağıyla gidenleri aramayacak mı; tabii ki arayacak, o bizim için olacak.

OTURUM BAŞKANI- Sevgili Hocam, süre yönünden ben de bir yoklama yapabilir miyim?

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- Siz yoklama değil, bana emir verebilirsiniz. Tutuklamayla ilgili küçük bir şey söyleyeceğim, Türk sisteminde 30 gün içinde tutuklamanın gözden geçirilmesi var. Sayın Naci Ünver, beni hayretler içinde bıraktı, tutuklanmama cenneti değil uygulama, kesinlikle kabul etmiyorum. Ben de uygulamanın içinde bir kişi olarak ve uzun yıllardır içinde olarak şunu söyleyeyim: 92 değişikliği, 104 değişiklikleri hâlâ suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu; hele hele nereden kaynaklanıyorsa, sanığın henüz sorgusunun yapılmadığı

sebebiyle tutuklamalar ortalıkta cirit atıyor. Türkiye tutuklanmama cenneti değil. O 7 yıl meselesi falan, onlar tamam, infial meselesi 6 aya kadar hapis cezası veriyor. Yani bunu vurgulamak lazım, Türkiye’de tutuklama meselesi aydınlanmadı diye düşünüyorum.

NACİ ÜNVER- Efendim, Sayın Yurtcan benim söylediklerimi yanlış anladı. Sayın Yenisey, tutukluluğun devamına ilişkin hâkimlerin soyut gerekçelerinden söz etti. Ben yine iddia ediyorum, silahla yakalanan insanın tutuklamaya sevk edilmediği, ayağa kurşun sıkan insanın tutuklamaya sevk edilmediği ilk aşamayı söylüyorum, tutukluluğun devamı şeklinde değil. Yani siz savunma makamı olarak değerlendiriyorsunuz, ben genel değerlendiriyorum.

OTURUM BAŞKANMI- Teşekkür ederim Sayın Ünver.

Buyurun Sayın Başkan.

NURİ ALAN (Danıştay Başkanı)- Sayın Başkan, benim tereddütlerimin bir kısmını Sayın Erdener Yurtcan giderdi, ben de aşağı yukarı arama konusunda önermiş olduğu teklifin uygun olduğunu düşünüyordum ve onu söyleyecektim.

Benim sorum tabii Sayın Hocamız Feridun Yenisey’e: Ben ceza hukukçusu değilim, bu bakımdan görüşlerimi açıklarken ya da sorumu sorarken eğer ceza yönünden yanlışlar yaparsam affedilmemi rica ediyorum. Burada önemli olan husus, Anayasa’daki kuralla yasa kuralının çatışması halinde, Anayasa’nın kesin hükmüne karşın halen yürürlükte olan kuralların uygulanabileceği yolundaki görüş. Gerçi Hocamız bu konuda kendi görüşlerini çok açık olarak ifade etmedi, genelde sorular yöneltmek suretiyle bizi tartışmaya davet etti. Ancak şunu düşünüyorum: Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de “kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça” kuralını işletmek yerine, Anayasa’nın hâkim kararıyla aranması kuralının ihmal edilip yürürlükte olan kanunların uygulanması görüşünü kişisel olarak

kabul etmiyorum. Yani bu artık hukukun bilinen bir kuralı, Anayasaya bu kural niçin geldi? Eğer Sayın Hocamız'ın önerdiği biçimde bir uygulama yaparsak, o zaman Avrupa Birliği'ne girme konusunda önümüze her zaman çıkarılan "uygulamayı görelim" engelini haklılığını kabul etmek zorunda kalırız.

Bir endişe de şurada: Bu yasaların uygulanmasında güvenlik güçlerine veya idari makamlara takdir yetkisi verdiğimiz zaman, bunun nereye kadar genişleyebileceğini de düşünmemiz lazım. Hocamızın verdiği uç misalleri de ister istemez haklı buluyoruz. Ancak yasanın kesin kuralı karşısında, Anayasa'nın kesin kuralı karşısında yerindeliği tartışamayız. Anayasa kuralı uygulanmak için vardır, aykırı yasa kurallarının kendisine uydurulması için vardır. 'Bunu ihmal ettiğimiz zaman, hukuk devleti ilkesi ne olur diye düşünüyorum.

Ben de aynı kanaatteyim; 20. maddenin demin okuduğum hükmünün hayata geçirilmesi, Sayın Hocamız'ın verdiği örnekte olduğu gibi hâkimin evinde boş kâğıtların kullanılmasından ziyade, idari makamın belki de aynı usulle düzenleyeceği ve olaya daha çabuk uygulanabilecek belgelerin kullanılmasının doğru olacağını düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkürler Sayın Başkan.

Buyurun.

Av. ÖMER ÖNERİ (Ankara Barosu)- Sayın konuşmacılara ve anlattıklarına çok saygıyla bakıyorum, çok güzel şeyler söylediler. Bu anlatılanları rahmet yüklü bulutlar gibi düşünüyorum, dilerim bir deli rüzgar esip götürmez bunları ve bu ülkenin topraklarına yağar ve çiçekler yetişir diye düşünüyorum.

Çok duyulduğumu söylemek istiyorum; çünkü bu yakalama, tutuklanma, gözaltına alınma konusunu geçmişte çok, ama çok kötü bir biçimde yaşamış meslektaşlarınızdan birisiyim. Bu noktada şunu

söylemek istiyorum: Sayın Yenisey'in anlattıkları istisnalar tabii ki olmalıdır, ben de katılıyorum. Ancak istisnalar konusunda bu kadar özen, bu kadar ilgi göstermemizin yanında, bunu uygulayacak insanlara da bakmak lazım, nasıl uygulanacağını da düşünmek lazım. Burada anlatılırken, yakalanana neden yakalandığı, sebepleri, ailesine, yakınlarına bildirilmesi durumunu düşünürken, bu ülkede nasıl yapılacağı hemen gözlerimin önüne geldi; çünkü yaşadım bunları. Polis her şeyi tutanakla düzenleyecek, Ailesine haber verdim, kendisine de söyledim” yakaladığı insana imzalatacak.

Bu arada Yenisey'in demin tartışmaya açtığı bir şeyle ilgili de iki cümle söyleyeceğim: Bazı bölümleri boş evrakların yargıcın evinde ya da deminki konuşmacı arkadaşımızın söylediği gibi, idarecilerin evinde bulunması olayının aslında bir örneği bu ülkede yaşanıyor. Adını saygıyla andığım Yekta Güngör Özden'in geçmişte anlattığı bir şey vardı, televizyonda izlemiştim: Kendisiyle ilgili; yargılanması, tutuklanması gereken insanlar hakkında tebligat yaptıramadığını söylemişti, bunu televizyondan duymuştum.

Sorum şu: Bu konuda duyularımız var. Bütün mahalle muhtarlarının imzalı, mühürlü (aynen Yenisey Hocamın söylediği gibi) evrakları karakollarda ve bir insan yakalanmaya gittiğinde, mühürlü, evrakın üstü dolduruluyor, “bulunamadı, mahalle muhtarına da imzalatıldı” diye getiriliyor. Bunlar nasıl önlenecek, bu konuda Hocamızın düşüncesi var mıdır?

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Başka sorusu olan var mı?

Ali bey, buyurun.

ALİ KINACI (Yargıtay 10. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi)- Sorum Sayın Prof. Yenisey'e olacak: Kendileri, Anayasa'da yapılan değişikliklerden bazılarının eksik ya da yerinde olmadığını belirttiler. Bu

düşünceye büyük ölçüde ben de katılıyorum, sorum da zaten bu bağlamda. Anayasa'nın 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetiyle ilgili kısıtlamalar, altı nedenle sınırlandırılmış. Bunlar arasında suç işlenmesinin önlenmesi nedeni yer aldığı halde, suç işlendikten sonra yakalama ya da delil elde etmek için kısıtlamalar arasında bu durum yer almamıştır. Belki sözünü ettiğim maddelerde yer alan kamu düzeni nedeni kapsamında suç işlendikten sonra da delil elde etmek için arama yapılabileceği, haberleşme özgürlüğünün kısıtlanabileceği kabul edilebilir. Ancak böyle zorlayıcı bir yoruma neden olmaksızın Anayasada suç işlendikten sonra da delil elde etmek ya da faillerin yakalanması nedeni yer alsaydı, daha uygun olmaz mıydı?

Teşekkürler.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Başka var mı efendim?

Buyurun Hocam.

Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY- Sorular için teşekkür ediyorum. Önce bu yazılı emir yolundan bahsetmek istiyorum. Tutuklama kararının uzatılmasına karşı itiraz olduğu söylendi. Bu itiraz üzerine verilen kararlar kesin. Ancak yine de Osman beye belirtmek isterim ki, bunlar Yargıtay'a yazılı emir yoluyla gidebilir. Yani bu yol Türk hukuku bakımından kapalı değil, bunun işletilmesi mümkün, zannediyorum bu konuda ayrıca bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç yok.

OTURUM BAŞKANI- Ortada kesinleşmiş ve Yargıtay denetiminden geçmemiş bir hüküm olmadığı için, yazılı emir yoluna gitmek mümkün değil.

Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY- Buradaki noksanlığımı kabul ediyorum; çünkü kanunun metninde hüküm ve karardan bahsediyor.

Yani Yargıtay'ın hükmü, tamam, o kesinleşecek; fakat hâkimlik kararları bakımından da kesinleşmiş bir karar varsa, yazılı emir yolunun açık olduğunu zannediyordum, bunun tatbikatta böyle olmadığını anladım şimdi.

Erdener beyin açıklamalarında, bu önleme aramasından bahsedildi. Önleme araması konusu ve burada hâkim kararı aranması, benim tespit edebildiğim kadarıyla Türkiye'de ilk, Türkiye'den başka hiçbir yerde - benim tespitim doğruysa eğer, eksiklerim olabilir- önleme amaçlı hâkim kararı verilmiyor. Hâkim kararları, daima sonradan denetim şeklinde olabiliyor; fakat bir tehlikenin öncesinde hâkim kararı alınması, böyle bir şeye hiç rastlamadım, ilk defa biz bunu Anayasamız'a getirdik. Bu bir ilerleme mi, Erdener beyin deyimiyle Batı'yı sollama mı; -çünkü daha evvelki 92 şeyinde de bazı hükümleri için "Batıyı solladık" diye belirtmişti- yani burada da bir fazlaya gittiğimiz düşüncesindeyim. Önleme aramalarında da hâkim kararı alınması, bazı hallerde mümkün değil; çünkü tehlike söz konusu. Bu yoklama meselesi gündemde.

Kolluğun yetkilerini tekrar bir düşünelim: Öncelikle bir denetleme yetkisi var; "18 yaşından küçükler çalışıyor mu, çalışmıyor mu" filan diye, hâkim kararına ihtiyaç yok, savcı kararına ihtiyaç yok. Arkasından PVSK 17'ye göre kimlik sorma yetkisi geliyor, bir kişiyi durdurup da kimlik sorması için yine bir kural koymuyoruz. Sonra kimlik tespiti geliyor; bir kişiyi durdurup da kimlik sorduğu bir kişinin üzerinde bir kabartı görürse, bir şüphe duyarsa, buradan aramaya geçmesi ve bu aramanın yoklama şeklinde yapılması. Bu, Batı doktrininde ayrı bir kategoriye sokuluyor; yani cebin içine girmeden, özel defter açılmadan yapılan kontrollere ayrı bir kategori ismi veriliyor, bu da "stop end frisk" diye geçiyor. "Türkiye'de bu polise bu yoklama yetkisini verirsek şu olur, bu olur" düşüncesine ben katılmıyorum. Türkiye'deki bütün kamu görevlilerine güvenmemiz gerekiyor ve makul bütün yetkileri vermemiz gerekiyor. Biraz evvel söz alan bir konuşmacı da -ismini tespit edemedim- "Muhtarlarda böyle boş evraklar var" dedi. Efendim hâkim ve savcı, muhtar değil ki. Biz hâkimimize güvenmeyip de kime güveneceğiz? Yani bir kamu yetkisini verdiğimiz kişiye güvenmemiz gerekiyor, ki bunu kötüye kullanmayacağını biliyoruz, buna da

inıyoruz. Bu nedenle güvensizliğe dayanan bir düzenleme herhalde bizi bir yere götürmez, yetkileri verip denetleme yapmamız gerekiyor. Burada bir denetleme noksanlığı var, ama “yetki vermeyelim” görüşüne katılmıyorum.

Bu yoklamaya tekrar geliyorum; “yoklama arama mı, değil mi” meselesine: Bir aramayı arama yapan şey ne? Ne zaman aramadan bahsediyoruz, hangi işlem arama? Mesela bu kitap şimdi burada duruyor. Bu bir suç unsuruysa buradan almak, el koyma; fakat aynı çanta, aynı kitap benim çantamdaysa, çantamın içinden bakıp da bunu çıkartmak, arama. Yani çantanın içini açıp da bakmak, arama. O halde aramanın birinci unsuru, ortada olmayan gizli ve saklı bir şeyi meydana çıkartmak için yapılan bir faaliyet. Fakat ikinci unsuru var, ikinci unsuru da şu: O işlemin Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerinde düzenlenmiş olan özel hayatın özüne dokunması lazım, özüne girmeyen bir işlem de arama değil. Anayasa'nın 13. maddesinde bu düzenlenmiş, “özü” kavramı tekrar getirildi. Bir bavul var, bavulun içini açıp bakmak, arama. Ancak bu bavulu bir köpeğe koklatmak ve “içinde uyuşturucu madde var mı” diye bir ikaz almak arama değil; çünkü özel hayatın içine girmiyorsunuz, bavulun içindeki çamaşırı, gömleği görmüyorsunuz, içine bakmıyorsunuz. Yani bu konuda Amerikan mahkemelerinin, Alman mahkemelerinin verdikleri kararlar var, bunu arama kategorisine sokmuyor. Bu tartışma konusu olabilir tabii.

İkincisi, bir bavulu scannerden geçirmek arama değil; çünkü burada da içinde madeni cihazları dedekte ediyor. Bu da arama kategorisine girmiyor; çünkü özel hayatın içine girmiyorsunuz, flu olarak görüyorsunuz, net bir resim görmüyorsunuz. Bu konular, çok tartışmalı konular tabii; fakat yıllardan beri Amerikan mahkemelerinin verdikleri kararlarla böyle standartlar çıkmış. Ben onların tesirinde olarak sizlere bazı bilgiler veriyorum ve nitekim stop and frisk'in de bu türlü yoklamaların da bir arama olmadığı kabul ediliyor. Tabii aramanın da usulü var, “böyle yoklamak değil, elinin tersiyle sıvazlama yapılması gerek” diye söyleniyor; eldiven giyilecek, ondan sonra sıvazlanacak. Amaç, bir şeye rastlayıp rastlamadığımız ve sebebe bağlı, sebep olmazsa bu tür aramaların da, kontrollerin de yapılmaması gerekir.

Uluslararası standartlar bunlar, bunu Türkiye’de çok tartışacağız ve mutlaka bir yere getireceğiz. “Kanundaki istisnaları uygulamayalım, Anayasa’daki özü koruyalım” dersiniz, “Anayasa’yı olduğu gibi yasalara yansıtalım ve hiçbir zaman hâkim kararı olmadan, yazılı olmadan arama yapmayalım” dersiniz, kilitlenir kalırsınız. Yani bir Anayasa, intihar paktı değil, kendi kendini öldürmek için, yok etmek için kullanılmaz. Bazı aramaların istisnai hallerde yapılması gerekiyor. bu istisnaların da nasıl gösterileceğini herhalde Yargıtay ortaya koyacak. Bu Yargıtay’a gider mi, gitmez mi? Giderseniz nasıl gidecek? Önleme aramasında hâkim karar verdi, kim itiraz edecek? Savcı başvuramıyor, önleme aramasında mülki amir başvuruyor. Mülki amirin başvurduğu bir aramaya karşı hâkim karar verdi, itirazı kim yapacak? Hadi hâkim karar verdi, bu karara karşı itiraz edildi, bir karar çıktı, bu Yargıtaya gitmesin mi? “Görülmekte olan bir dava sırasında gitmez” deniliyor. Yani bunun Yargıtay’a gidip de Yargıtay’ın içtihat yaratması için bir yol açılması gerekiyor.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum.

Şu sözleri söylemeden edemeyeceğim: Avrupa’yı sollamaktan bahsediyoruz. Hatalı sollamanın nelere mal olduğunu hepimiz biliyoruz. Ben, hepimize kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin tam olarak sağlandığı bir ortamda, özgür ve güvenli günler diliyorum. Bu kamu düzenini ve kamu güvenliğini bir tarafa bıraktığımız takdirde ortaya çıkacak kaosu ve anarşiyi çok yakın bir biçimde görüyorum. Biz, elbette ki evrensel değerlere değer vereceğiz, o değerlere önem vereceğiz. Ancak ulusal değerlerimizi, ulusal güvenliğimizi ve o kamu düzenimizi bir tarafa bırakacak, onu yıkacak, onu yıpratacak düzenlemelerden de kesin olarak kaçınmalıyız.

Bu düşüncelerle hepimize sevgiler, saygılar sunuyorum ve oturumu kapatıyorum.

BEŞİNCİ OTURUM

KOLLEKTİF ÖZGÜRLÜKLER

OTURUM BAŞKANI:

Nuri ALAN

Danıştay Başkanı

KONUŞMACILAR:

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

Prof. Dr. Ülkü AZRAK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sendikal Haklar Toplu Sözleşme ve Grev Hakları

Prof. Dr. Mesut Gülmez

TODAIÉ

Dernekler ve Vakıflar Açısından Kollektif Özgürlükler

Av. Suat BALLAR

İstanbul Barosu

Sunucu

Av. ŞAHİN MENGÜ

Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri

Başkanlığımı Danıştay Başkanı Sayın Nuri Alan'ın yapacağı; Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Ülkü Azrak, TODAİE'den Öğretim üyesi Prof. Dr. Mesut Gülmez, Avukat Suat Ballar'ın konuşmacı olarak katılacakları, ana başlığı "Kollektif Özgürlükler" olan oturumu açıyorum.

Sayın Başkan ve konuşmacıları davet ediyorum efendim.

OTURUM BAŞKANI

Nuri ALAN

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım; hepinize saygılarımı sunarak panelin ikinci gün ikinci oturumunu açıyorum. Böylesine seçkin, Sayın Naci nver'in deyimiyile kahraman hukukçuların izleyici olarak, değerli iki hocamızın ve bir uygulamacı arkadaşımızın da konuşmacı olarak katılacakları oturumda görev almış olmaktan duyduğum memnuniyeti ifade etmek istiyorum.

Biz, maalesef konuŐmacılarımızla ancak bir 5 dakika önce iletişim kurabildik. Bunun için bildirilerinin içeriğini doğrusu tümüyle bilemiyorum. Yalnız programda yer alan başlıklar itibariyle, değerli konuşmacıların kollektif özgürlükler içinde yer alan özgürlüklerden birisiyle ilgili olarak bildiri sunacakları anlaşılıyor. Dolayısıyla bu bildiriler de bu özgürlüklerle sınırlı olacağı ya da bunların bildiride ağırlıklı olarak yer alacağı anlaşılıyor.

Ben, onun için bildiri niteliğini taŐımamakla birlikte, bir 5 dakikalık zaman içerisinde konuya yaklaşım sağlamak için, sizlere kollektif özgürlüklerin ana nitelikleriyle ilgili olarak bilgiler vermek istiyorum. Bu konuda Sayın İbrahim Kaboğlu'nun bir kitabı var, "Dersimi çalışırken" ondan büyük ölçüde yararlandığımı ve -bana hediye ettiği günden beri okuma fırsatı bulamadım- bu vesileyle okuma fırsatını ele geçirdiğimi de belirtmek isterim.

Bu oturumun ana başlığını oluşturan kollektif özgürlükler kavramı, doğal olarak bireysel özgürlüklerle toplu özgürlükler arasındaki ayrımı ön plana çıkarmaktadır. Bu ayrım, zden ziyade, özgürlüklerin kullanım biçimini esas alan bir temele dayanmaktadır. Kollektif zgrlkler, bireyi tek olarak değil, bir grubun mensubu, yesi olarak ele alır ve sadece bireyi değil, aynı zamanda toplulukları da özgürlük öznesi olarak

değerlendirir. Kollektif özgürlüklerin bu kapsamı, yani bireyin ve topluluğun özgürlüğün öznesi olarak kabul edilmesi, bunları demokratik toplumun vazgeçilmez öğeleri haline getirmektedir. Hatta kollektif özgürlüklerin, demokratik toplumun oluşmasında ve düzeyinin yükselmesinde belirleyici bir rol oynadığı ifade edilebilir.

Bir özgürlükler rejimi olan demokrasilerde, sadece seçimle gelen yöneticilerin belirli yetkilerle donatılması ve bu yetkilere dayanarak ülkeyi yönetmeleri yeterli görülmemekte, yurttaşların da ülkenin yönetiminde söz sahibi olması gerekli görülmektedir. Ancak ülke yaşamına bireysel ölçekte katılma mümkün olamamakta, nadiren mümkün olsa bile, etkisi uzun süre devam etmemektedir. Demokratik yaşama etkili biçimde katılma ve toplumu yönlendirme, kendisi de kollektif özgürlükler içinde yer alan siyasi parti olarak örgütlenme özgürlüğü yanında, dernek, sendika, vakıf kurmak gibi kollektif nitelikli özgürlüklerin varlığını ve korunmasını da gerekli kılmaktadır. Kısacası demokratik toplumlarda iktidarın karşısında muhalefet kadar etkili olan, kamuoyunun oluşmasında kollektif özgürlüklerin belirleyici etkileri olduğunu söylemek mümkündür.

Bireysel özgürlükler, kişinin iradesi içinde ve iradesi yönünde yararlandığı hakla olmasına karşılık, toplu özgürlükler birden çok kişinin iradelerini aynı yönde birleştirmeleri halinde kullanılabilir. Başka bir anlatımla toplu eylem ve bir topluluğun varlığı, klasik anlamda kollektif özgürlüklerin belirleyici unsurlarıdır. Bu tanım çerçevesinde siyasi parti, dernek, sendika kurmak, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları, toplu özgürlükler içinde sayabileceğimiz özgürlüklerdir. Sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan örgütlenme ve siyasal bilinçlenme yönünden toplumun diğer kesimlerine nazaran daha güçlü ve yetenekli olan işçi sınıfının siyasal ve ekonomik hakları elde etmek için verdiği mücadele, toplu özgürlüklerin kazanılmasında öncü ve önemli bir rol oynamıştır. Örneğin parasal bakımdan güçsüz olan ve sömürülen işçilerin bu yöndeki talepleri, sendika ve grev haklarını körükleyen, zorlayan ve oluşturan en önemli nedenler arasındadır.

Sadece grup olarak veya örgütlerle kullanılabilen klasik kollektif özgürlükler yanında, ikinci kuşak ya da yeni olarak nitelendirilen

kollektif özgürlükler de bulunmaktadır. Bu özgürlükler, kullanılmaları yönünden karmaşık bir yapı gösterirler. Toplu olarak kullanılabilirmeleri yanında, bireysel olarak da kullanılmaları mümkündür. Bu kategoride yer alan özgürlüklere basın, eğitim ve iletişim özgürlükleri örnek gösterilebilir. Bu özgürlüklerin bireysel yönü giderek azalmış ve kullanılış ve korunmaları bakımından kollektif unsurlar zaman içinde belirginleşmeye başlamıştır. Yukarıda bu özgürlüklerin özneleri ve kullanım biçimleri yönünden karmaşık bir yapıya sahip olduklarından söz etmiştim. Örneğin basın özgürlüğünden kimler yararlanır, hak sahibi kimdir? Anayasanın 28. maddesinin yazılış biçimi, basın hürriyetinin öznesini geniş anlamıyla basın olarak belirtmiştir. 30. madde, “basın araçlarının korunması” başlığı altında zapt ve müsadereyi yasaklamıştır. Ancak bu hürriyetin öznesinin sadece yayın kuruluşları, tesisler veya yayınevleri olduğu söylenebilir mi? Basın hürriyeti, aynı zamanda toplumun da yararlandığı bir hak değil midir?

Öte yandan son zamanlarda ortaya çıkan dil, din ve soy gibi kimi toplumsal unsurların da korunması gerekliliğini savunan görüş ve düşünceler, giderek topluluk hakları kavramını gündeme getirmiştir. Bu hakların özneleri hem topluluklar, hem de topluluğu oluşturan bireylerdir. Bu bakımdan topluluk hakları da ikinci kuşak kollektif özgürlükler kategorisi içinde yer almaktadır.

Kollektif özgürlüklerin hukuki rejimi, ayrıca incelenmesi gereken bir konudur. Bu konu kapsamında kollektif özgürlüklerin güvenceleri özel bir önem taşımaktadır. Kuşkusuz bu özgürlüklerin yaşama geçirilebilmeleri, öncelikle bunların başta Anayasa olmak üzere, pozitif hukuk kurallarıyla çağdaş ölçütlere uygun olarak düzenlenmesi koşuluna bağlıdır. Ancak salt düzenleme yeterli değildir; bu özgürlüklerin korunması ve varlıklarını sürdürmeleri gerekir. Tüm özgürlüklerde olduğu gibi, kollektif özgürlüklerin korunmasında da temel ve en etkili yol, yargısal korumadır. Kollektif özgürlüklerin yasama organınca ihlaline karşı Anayasa Mahkemesi, yürütme ve idare tarafından ihlalinde idare mahkemeleri ve Danıştay, üçüncü kişilerin ihlaline karşı da adliye mahkemeleri ve Yargıtay en büyük güvencelerdir. 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle bireysel özgürlükler yanında, kollektif özgürlüklerde de, özellikle sınırlandırılma konusunda önemli çağdaş kazanımlar sağlanılmıştır. Yürürlüğe konulan ve hazırlık

çalışmaları yapılan yasalarla da bu özgürlükler ve bunlardan yararlanma hakları daha da somut hale gelmiştir, getirilecektir.

Öte yandan ülkenin Avrupa Birliği'ne girme iradesi ve girilmese bile benimsendiği ifade edilen Kopenhag Kriterleri, bundan böyle özgürlüklerin yasal yolla ihlalini büyük ölçüde önleyecek bir blok oluşturmaktadır. Kollektif özgürlüklere kişilerce bireysel veya toplu eylemlerle yapılan ihlaller büyük boyutlara ulaşmamakta, bu özgürlüklerden yararlanma noktasında önemli olumsuz etkileri olmamaktadır. Özellikle güvenlik güçlerinin duyarlı davranmaları halinde, bu ihlallerin anında önlenmesi mümkündür.

Kanımcı özgürlüklerin hayata geçirilmesinde önemli, olumlu katkı ya da olumsuz etki, idarenin bu özgürlükleri yorumlama ve uygulama biçiminden gelmektedir. Örneğin ülkenin anayasal kuruluşlarınca seçime katılma hakkı tanınan bir partiye idarece seçim dönemi içinde toplanma hakkının verilmemesi, bu özgürlüklerin sadece yazılı kurallar olarak kalması sonucunu doğuracaktır. Yürütmenin ve idarenin, özgürlüklerin uygulanmasıyla ilgili idari işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminde idari yargıya büyük görevler düşmektedir. Özgürlüklerin yürütme ve idare karşısında korunmasında bağımsız idari yargı, bugüne kadar önemli kararlar almış; özellikle dernek kurma, eğitim ve öğrenim; grev, toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarının genişlemesi yönünde önemli katkılarda bulunmuştur.

Programımız gereğince Sayın Ülkü Azrak, toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusunda bildiri sunacak. Kendisi idari yargı alanında öğretim üyesi olduğu için, çok eskiye dayanan bir dostluğumuz var. Aşağı yukarı bizden yaşı biraz daha ileri olmasına rağmen, kendi alanlarımızda birlikte yetiştik, birlikte belli noktalara geldik. Şimdi kendisi Maltepe Üniversitesi'nde idare hukuku öğretim üyesi olarak görevli ve bildiğim kadarıyla faal idare hukuku öğretim üyelerinin de duayeni durumunda. Kendi takdiriyle konuşmasını 20 dakikayla sınırlandırdı, teşekkür ederim.

Buyrun.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ KANUNU

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK

Sayın Başkan; iltifatlarınız için çok teşekkür ederim, buna lâyık olup olmadığını bilmiyorum.

Sayın başkanlar, değerli yargıçlar, sevgili meslektaşlarım; burada ele alacağım konu, belki kolektif özgürlükler alanında en canlı, en dinamik bir özgürlük kullanımı olan toplantı ve gösteri yürüyüşleri alanı. Sayın Başkan Nuri Alan, kolektif özgürlükler konusunda burada çok güzel bir özet analiz sundu, bunun için kendilerine teşekkür ederim; çünkü o konuda beni burada uzun uzun açıklamalar yapmaktan kurtardı; böylece doğrudan doğruya konuma geçebilirim.

Yalnız ayrıntılara girmeden önce, bir genel bakış ve değerlendirme yapmak istiyorum: Örgütlenme özgürlüğünün temeli, hiç kuşkusuz düşünce ve ifade özgürlüğüdür. Düşünce ve ifade özgürlüğü, düşünceyi korkmadan ve engellemeden açıklama, yayma, örgütlenme, bu düşünceler çevresinde örgütlenme, kişi toplulukları oluşturma, dernek kurma, toplanma ve gösteri yapma, iletişim, bilgilendirme, bilgilenme hak ve özgürlüklerini içerir. Şu halde kolektif özgürlüklerin çevrelediği bu alanda çok çeşitli etkiler yaratan, hatta belki etkileşim biçiminde de ortaya çıkan birtakım konular gündeme geliyor. Her bireyin içinde bulunduğu toplulukla, yurduyla, çevresiyle ilgili toplumsal ve siyasal kararların oluşmasında etkili olabileceğinin ve siyasal etkinliklere katılabileceğinin benimsenmesi, demokrasinin ön koşuludur. Her bireyin engellenmeden açıkladığı düşüncelerinin, doğru bildiği çözümlerinin herkese duyurularak toplum önünde açıkça görüşülmesi, tartışılması,

toplumsal uzlaşmaya varılabilmesinin de zannediyorum ki en etkili yoludur.

Bilindiği gibi demokrasi, sadece bir seçimden ibaret değildir, o demokrasinin sadece bir unsurudur. Adil seçim, şüphesiz ki demokrasinin vazgeçilmez bir koşuludur. Ancak seçime katılacak olan bireylerin o seçimde iradelerini doğru kullanabilmeleri, düşüncelerini doğru oluşturabilmelerini sağlayacak olan, demin sözünü ettiğim unsurlardır. Bunlar, bir demokrasinin içinde iyi işlemediği, iyi işletilemediği, işletilmesinin önüne engeller konulduğu takdirde, demokrasi de gerçekleşemez, seçimler de sağlıklı sonuç vermez. Şu halde bu âdeta bir zemin, bir önkoşul biçiminde ortaya çıkan bir alan.

Dernek kurma, toplantı ve gösteri yapma gibi temel hak ve özgürlüklerin nasıl kullanılacağı değil, bu hak ve özgürlüklerin kullanılmasını güçleştiren engellerin nasıl kaldırılacağı, aslında çok önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şunu biliyoruz ki, özellikle Türkiye’de öteden beri devlet, kendi dışındaki örgütlere pek öyle sempatiyle bakmaz, örgütlenmeyi kendi tekelinde tutmaya çalışır. Bu, çok derinlere inen, siyaset psikolojisinin alanını oluşturan bir gerçektir; âdeta devletin -eğer varsa- bilinçaltı ve bütün düzenlemeler ve o düzenlemelere uygun birtakım uygulamalar da bunun çok ağır etkisi altındadır. Yani devlet, kendi dışındaki örgütlenmelere sıcak bakmaz, onları Almanların tabiriyle en küçük kötülük olarak görür. Almanlar şöyle derler : “kötülüktür, ama en küçük kötülüktür, buna bir ölçüde müsamaha edilebilir”. Dernek özgürlüğü de öyle, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü de öyle, bunlar hep siyasî psikolojinin alanına giren bir davranışın tezahürleridir Bu nedenle de Türkiye’de devlet, bu örgütlenmeleri ve bu özgürlükleri şöyle veya böyle hep sınırlama eğilimi içinde olmuştur. Geçmişten bu yana kadar gelen mevzuat hükümlerini, düzenlemeleri gözden geçirirseniz, burada çok enteresan zigzagların çizilmiş olduğu ortaya çıkar.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün geçmişine şöyle kısa bir nazar atfetmek istiyorum: 1876 Kanuni Esasisi’nde dernek kurma ve toplantı hakkı tanınmamıştı. Bu zaten Gülhane Hattı Hümayunu’nda da söz konusu edilmemişti, Tanzimat Fermanı’nda da yoktu, Kanuni Esasi

de söz etmemiştir. Ancak ilk defa 1908 değişikliğinde, Kanuni Esasi'nin içerisine sokuldu ve 120. maddede düzenlendi. 1909'da çıkarılan **İçtimaatı Umumiye Kanunu**, o dönem için liberal bir kanun sayılabilir. Bu kanun, toplantıları izne değil, sadece beyana, bildirim tabi tutmuştu. O dönem göz önünde tutulursa, bunun hakikaten içinde bulunduğu döneme göre çok ileri bir düzenleme olduğu ortaya çıkar. Ancak ne yazık ki bu kanunda üç yıl sonra yapılan değişiklik, idareye açık yerlerde yapılacak toplantıları yasaklama yetkisi vermiştir. Yani izne tabi tutmamış, ama yasaklama yetkisini vermiş, izne yaklaşan bir durum ortaya çıkmıştır.

Çok ilginç bir şey daha tespit ettim, ki o da şu: 1912'de çıkarılan **Tecemmuat Hakkında Kanunu Muvakkat**'ın görelisi olarak liberal bir nitelik taşımaktaydı. Tecemmuat, bilindiği gibi toplanmalar anlamına geliyor, yeni kuşağa bazan Osmanlıca'dan Türkçe'ye tercüme yapmak gerekebilir. Bu kanun, umumi yollarda önceden bildirilmeden yapılan arizi ve tesadüfi, spontane birtakım toplantıları ve gösterileri düzenlemekteydi, sırf buna ilişkin bir kanundu. Bu kanun, bu gibi bildirim yapılmamış, kendiliğinden oluşan kalabalıkları, toplulukları filan yine bir özgürlüğün kullanımı olarak görmüş. İnanılır gibi değil, yani Türkiye'de o tarihten bu yana hiç böyle bir yaklaşım söz konusu olmamıştır, bu kanun bunu öngörmüştü. Yalnız sınırlamıştı tabii. Şöyle ki, bu gibi toplantıların huzur ve istirahatı âmmeyi ihlâl edecek mahiyette olması ya da silâhlı olması hallerinde yasaklanabilecek ve müdahale edilebilecekti. Böyle olmadığı takdirde serbest bırakıyordu; yakından izliyor, fakat müdahale etmiyor. Günümüzdeki düzenlemelere bakılırsa, bence çok ilginç.

1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun 70. maddesi, dernek ve toplanma özgürlüklerini tanımış, ama düzenlememiştir. Bu dönemde yürürlüğe konulan 27 Haziran 1956 tarihli ve **6761 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun**, daha önce özgür biçimde düzenlenen toplantı yapma olanaklarını önemli ölçüde sınırlamıştır ve böylece 1909 düzenlemesinden geriye gitmiştir; çünkü burada izin söz konusu olmuştur. Bunun sonucunda toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, Demokrat Parti'nin iktidarda olduğu dönemin yarısından sonra, yani

1956'dan 1960'a kadar ancak izinle kullanılabilen bir özgürlük niteliğine bürünmüştür. Bunda 1924 Anayasası'nın kolektif özgürlüklerin izne tabi tutulmasını önleyici bir hüküm içermemesi rol oynamıştır. Eğer 1924 Anayasası'nda da 1961 ve 1982 Anayasası'nda olduğu gibi, "izne tabi değildir" diye bir açık hüküm bulunsaydı, kanun koyucu bunu yapamazdı. Ancak siyasal iktidar, öyle bir hüküm sevk edilmemiş olmasından yararlanmış, bir nedeni bu. İkinci nedeni de, benim kuşağın çok yakından tanıdığı gibi, o iktidarın demokrasi kültürünün olmamasıdır.

1961 Anayasası'nda "toplantı ve gösteri yürüyüşleri" başlığı altında 28. maddede kısa bir hüküm vardı. Buna göre "Herkes, önceden izin almaksızın silahsız ve saldırsız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu düzenini korumak için kanunla sınırlandırılabilir". 10 Şubat 1963 tarihli ve 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun, bu hükme uygun biçimde bildirim sistemini kabul etmiş olmakla birlikte, başka bir şey daha yaptı, ki o da mülki âmirlere yasaklama yetkisini tanımasıydı. Bunun eleştirisini biraz sonra yapacağım, onun için burada sadece işaret etmekle yetiniyorum.

Öte yandan 8 Ağustos 1965 tarihli Devlet Personeli Sendikaları Kanunu'nun 14. maddesinde, devlet personeli kuruluşlarının açık hava toplantıları ve gösteri yürüyüşleri yapmaları yasaklanmıştır. Ne var ki bu kanunda, bugün yürürlükte bulunan 1963 tarihli Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'ndan farklı olarak, idareye toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme yetkisi tanınmamış bulunmaktaydı. Bu yetki, 12 Mart rejimi içinde 1973'te yapılan değişiklikle mülki âmirlere verilmiştir. Ama Anayasa Mahkemesi, -dikkat buyurunuz, çok ilginç bir süreç- önce bunu şekil bakımından iptal etmişti, yani kanunun kabul edilme usulünü Anayasa'ya aykırı bulduğu için şekil ve usul bakımından iptal etmiştir.

Yasama organı, 1976'da bu kez erteleme yetkisini, süresini de öngörmek suretiyle tekrar metnin içine sokmuştur. Bu, Anayasa Mahkemesi tarafından, bu defa esasen iptal edilmiştir ve böylece mülki âmirlerin erteleme yetkisi ortadan kalkmış bulunmaktaydı. Burada kısa bir parantez açmak ve Türkiye'de anayasa yapıcı gücün nasıl kullanıldığını gösteren bu örnekten hareketle küçük bir analiz yapmak

istiyorum: Bizde yasama organı, Anayasa Mahkemesi neyi iptal ederse, anayasa değiştirirken onu anayasa hükmü haline getirmek alışkanlığı içindedir. Bu, siyasi iktidarların Anayasa Mahkemesi'yle yaptıkları sürekli savaştır ve burada da görülmüştür. Bunun çok çeşitli örnekleri var, ama sadece bu konuyla ilişkili olarak buna işaret etmekle yetiniyorum.

1982 Anayasası'nın 34. maddesi, sınırlama hallerini genişletmiş ve kamu düzeninin korunması amacı dışında, milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi amaçlarla da toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün sınırlanmasını kabul etmiştir. Hemen şunu işaretlemek istiyorum: Anayasa'daki sınırlama sebepleri, genelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden alınmıştır. 1982 Anayasası yapılırken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı hükümlerinden de yararlandığı bilinen bir husustur. Çok saygı duyduğum meslektaşım ceza hukuku uzmanı Prof.Dr.Feyyaz Gölcüklü, 1982 Anayasası'nın yapılmasında rol almıştı. Kendisine Anayasa'yla ilgili birkaç noktada bazı eleştirilerimi dile getirdiğim zaman dedi ki : "Biz, birçok hükümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlamalarını aşmamaya çalıştık". Gerçek şu ki, 1953 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü konusunda herhangi bir düzenleme içermiyor. Büyük bir olasılıkla bizim anayasa koyucu güç, bu boşluktan yararlanarak söz konusu sınırlamayı öngörmüş bulunmaktadır.

Öte yandan 6 Ekim 1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, esas itibariyle Anayasa'nın bu hükmüne uygun düzenlemeler içermekle birlikte, çok ayrıntılı hükümler koymuştur. Bakınız, biraz önce eleştirdiğim 1956 tarihli kanun var ya, o kanun 22 maddeden ibaretti. Gerçi toplantı ve gösteri yürüyüşlerini izne tabi tutmuştu, en kötü tarafı oydu, fakat onun içinde daha ayrıntılı sınırlamalar yer almamaktaydı. Şimdi yürürlükte olan kanun, 41 maddeden oluşuyor. Elimde bir örnek oluşturmak üzere Alman Kanunu var. Alman Kanunu tam 21 maddeden oluşuyor. Şunu belirtmek isterim ki, bir kanun, hele özgürlüklere ilişkin kanun fevkalade ayrıntılı, çok

maddeli, kocaman bir kanun haline getirilirse, mutlaka orada sınırlamalar ağırlaşır; çünkü bilindiği gibi, her düzenleme, bir sınırlamayı da bir ölçüde beraberinde getirir. Onun için özgürlüklere ilişkin hükümleri içeren kanunların kısa olması tercih edilir. Ama ne yazık ki bizde bu özgürlüğü düzenleyen kanun 41 maddeden oluşmaktadır ve haliyle bu 41 maddenin içerisinde fevkalade ayrıntılı sınırlamalar kendisini göstermektedir.

Kanunda bu özgürlüğü ciddi biçimde sınırlayan hükümler, yasak ve ertelemeler, bazen uygulamada daha da yoğun biçimde karşımıza çıkıyor. Uygulamadan çok ilginç bir kaç örnek vermek istiyorum : Bir süre önce yitirdiğimiz sevgili dostum ve meslektaşım, değerli bilim adamı **Bülent Tanör** bir çalışmasında şimdi aktaracağım şu örnek olaya değiniyor : İçişleri Bakanlığı, yakın bir geçmişte kendi teşkilâtına şöyle bir yönerge göndermişti : “Son günlerde ‘kültür ve sanat etkinlikleri’ adı altında yapılan bazı toplantılarda gençliğin, özellikle üniversite gençliğinin (hep Üniversite gençliğiyle uğraşıyorlar ya !) Marksist ideoloji doğrultusunda eğitildiği öğrenilmiştir. Bazı kaymakamlıklarımızın da bu tür toplantılara izin verdiği bilinmektedir. Bu genelgenin yayın tarihinden itibaren, her türlü kapalı salon ve açık hava toplantısında valilikler ve il emniyet müdürlükleri tarafından yapılacak inceleme sonucu izin verilecektir.” Radyo ve Televizyon spikerlerinin ve basın mensuplarının durmadan “izinsiz toplantı”dan söz etmelerine niye şaşalım? İçişleri Bakanlığı böyle bir genelge yayınlatabiliyorsa, görsel ve yazılı basın mensuplarının işledikleri çok daha küçük bir günah. Bu aslında bizim yöneticilerin bilinçaltını açığa vuruyor. Demek ki kafaların içinde hep bir izin düşüncesi var; “ izinsiz yapılan her şey kötüdür, hukuka aykırıdır, kanuna aykırıdır, izin vermediğimiz hiçbir şeyi yapmalarına göz yumulmamalıdır” . Üstelik bu genelgeye göre de kapalı salon toplantılarının her türlü müdahale edilecekti. Böyle bir şeyin kanuna aykırılığı açık. Böyle bir genelgeyi İçişleri Bakanlığı nasıl yayınlıyor ? Akıl alacak şey değil.

Uygulamada bu özgürlüğün nasıl sınırlandırıldığını, yine **Bülent Tanör**'den yapacağım alıntılarla göstermeğe çalışacağım . 1984-90 yılları arasında, yasaklanan veya ertelenen toplantı ve gösteri yürüyüşleriyle

ilgili örnekler şunlar: 23 Nisan Çocuk Şenliği Yürüyüşü, Dil Bayramı nedeniyle Karaman'da yapılacak toplantı, 24 Haziran 1989 şenliği, sağlık personelinin düzenlediği büyük beyaz miting, 1989 yerel seçimlerine katılacak sosyalist ve bağımsız belediye başkan adaylarının ortak basın toplantısı ; bunların hepsi yasaklanmış. Dahası var, dikkat buyurunuz : 1 Mayıs toplantı ve gösteri yürüyüşleri toptan yasaklanmıştır, yani bir özgürlük top yekûn ortadan kaldırılmıştır. İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi'nce düzenlenen "İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 42. Yılında Türkiye Gerçeği" toplantısı; Burada bir panel yapılmak istenmiş, valilik tarafından o panele izin verilmemiştir.

İki örnek daha: Türk Hemşireler Derneği tarafından 18 Haziran 1989 tarihinde İstanbul Çağlayan Meydanı'nda yapılması düşünülen formalı yürüyüş yasaklanmıştır. Irak Konsolosluğu'na siyah çelenk koymaya giden SHP'liler, parkta önlük çıkarma eylemi yapan doktorlar, düdüklü protestoda bulunan kadınlar, hepsi toparlanıp emniyet müdürlüklerine götürülmüşlerdir. Niçin bu denli katı davranılıyor ve sert müdahalelerde bulunuluyor ? Bunun yorumunu siz, dinleyicilere bırakıyorum.

Yalnız benim de üyesi olduğum bir vakfın karşılaştığı ilginç bir olayı aktarmak istiyorum sizlere; bunlar hayat-ı hakikiye sahneleri olduğu için zaman kaybını da göze alarak anlatacağım. Çünkü bunları herkes öğrenemiyor. İstanbul'da Darphaneyi Amire'de, deprem dolayısıyla kapalı mekânda yapılacak bir toplantıya bilim adamları katılarak deprem sonrası dönemde ortaya çıkan sorunlarla ilgili görüşlerini aktaracaklardı; hukukçular var, mühendisler var...Burada beklenmedik bir olay ortaya çıktı : Polisler geldi, -bir sivil komiser, birkaç resmi görevli- ne yapıldığını sordular. Oysa bu sorunun cevabını kendileri biliyorlardı. Bilmeseler oraya gelmezlerdi. Bu görevliler önce toplantının programını istediler, kendilerine program verildi. Görevlilerden birinin âmiriyle telefonda yaptığı şu konuşma çok ilginç : "Amirim, bu toplantıyı düzenleyenler, bildiğiniz adamlara benzemiyor" (ne demekse bu ?!). "Toplantı konusunda basına bilgi veriyorlar". Bir bilimsel toplantı hakkında basına bilgi vermenin bir suç oluşturduğunu da bu vesileyle öğrenmiş olduk. Ama asıl konu, bu toplantının Valiliğe bildirilmemiş

olması . Bu telefon görüşmesinin özü şu: Bir vakfın düzenlediği ve bilimsel konuların konuşulduğu bu kapalı salon toplantısı, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'na göre bildirim yapılması gereken bir toplantı olarak algılanmış. Bu davranışın Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 4. maddesinin, vakıflar, dernekler ve benzeri kuruluşların kapalı salon toplantılarını bildirim yükümlülüğü dışında tutan hükmüne aykırılığı tartışılmayacak kadar açık. Ayrıca aynı maddeye göre bilimsel faaliyetleri amaçlayan kapalı salon toplantıları da bu istisnaya girmektedir.

Kanunda birtakım değişiklikler yapılması gereğine inandığım için, kendi önerilerimi özetlemek istiyorum: Öncelikle 3. maddenin son fıkrasının, yabancıların toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemeleri ve Türk vatandaşlarınca düzenlenen toplantı veya gösteri yürüyüşünde topluluğa hitap etmelerini İçişleri Bakanlığı'nın iznine tabi tutan istisna hükmü, Avrupa Birliği'ne giriş aşamasında uygun bir düzenleme değildir. Bununla beraber, bu hüküm 3 Ağustos 2002 tarihli ve 4771 sayılı kanunla değiştirilirken izin esası aynen korundu. Eğer Avrupa Birliği normlarına uygun düzenleme yapılması amaçlanıyorsa Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin mevzuatında yer almayan böyle bir sınırlamayı öngören bu hükmün yeniden ele alınıp değiştirilerek yabancılar için de sadece bildirim esasının öngörülmesi yerinde olacaktır.

Bundan başka, vali veya kaymakamın bir genel işlem niteliğindeki kararıyla tüm açık hava toplantılarının yerinin peşinen belirlenmesi yolundaki uygulamayı önleyici bir hükmün, kanunun içine konulmasının çeşitli nedenlerle gerekli olduğuna inanıyorum. Şöyle ki bir kere, idare hukukunun genel esaslarına göre, idare hiçbir zaman tek başına özgürlükleri genel biçimde düzenleyici ve sınırlayıcı hükümler çıkaramaz , ancak olayın özelliğine göre her somut olaya göre yapacağı birel işlemle mekân bakımından bazı sınırlamalar öngörebilir. Ama örneğin "İstanbul'da açık hava toplantıları sadece Abide-i Hürriyet meydanında yapılacaktır" yolunda bir genel karar aldığı yani bir genel düzenleyici işlem yaptığı takdirde, bu idare hukuku esaslarına uygun düşmez. Ayrıca bireyler kentin uzağında bir yerde toplantı yapmaya zorlandığı zaman, toplantının halkla ilişkisi kesilmiş, soyutlanmış olur.

Oysa açık hava toplantılarının en önemli amaçlarından biri halk kitleleriyle iletişim sağlayarak, onlara bilgi sunmaktır.

İkincisi, Düzenleme Kurulu'nun 7 kişi yerine 1963 tarihli eski yasadaki gibi 3 kişiden oluşması öngörülmeli. Alman Kanunundaki düzenleme de böyle. 3 Ağustos 2002 tarihli Kanun'un 5. maddesinin B bendi hükmüyle 10. maddede yapılan değişiklik kapsamında, 72 saat önceden bildirim yapılması yerine, 48 saatlik bir süre öngörülmüş olduğundan, bu hususta daha önce yapmış olduğumuz değişiklik istem ve önerimiz, hedefine ulaşmış bulunmaktadır. 13. maddedeki fotoğraf, film alma ve saire konusunda Alman Kanununda olduğu gibi, bu malzemelerin suç kovuşturmasında kullanılmasının gerekmediği, ya da suç kovuşturması yapılmış olup ta kesinleşmiş bir beraat kararıyla sonuçlandığı durumlarda imha edilmesi lazım. Alman Kanunu "bu gibi durumlarda en geç bir yıl içinde imha edilir" diyor. Bir yıl içinde eğer bir suç kovuşturması yapılmamışsa, ondan sonra artık bunun arşivde tutulması gerekmez, hatta sakıncalıdır, onun için imha edilmelidir.

17 ve 18. maddelerdeki yasaklama ve ertelemeler, özgürlüğün aşırı kısıtlanması anlamına gelmektedir. Esasen 1982 Anayasası'nın 34. maddesinde yapılan değişiklik, maddenin ilk şeklinde 4. fıkrada öngörülmüş olan bu yasaklama ve erteleme yetkisinin 3.11.2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle metinden çıkarılmış olması, artık böyle bir yetkinin idareye verilmek istenmediğini gösterir. Kanunda bu hükmün muhafaza edilmesi anayasaya aykırılık oluşturur. Ayrıca bu hüküm başka bir açıdan da anayasaya aykırıdır. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen, bir özgürlüğün özüne dokunmama kuralını açık biçimde zedelemektedir. Eğer bir özgürlüğün kullanımını yasaklıyorsanız, o özgürlük artık ortadan kalkmış demektir. Özgürlüğün özüne dokunmanın tipik bir örneğidir.

Ertelemeye gelince, bunu Anayasa öngörmemiş, kanunda hâlâ bu yetki var. Erteleme üstelik uzun süreli. İki aya kadar erteleme de söz konusu. Bunların hepsi aslında hep "konu soğutulup güncelliğini kaybettikten sonra toplantı yapın" anlamına gelir. Ertelenen bir toplantı çoğunlukla yapılmaz da zaten. Yargıya da başvursanız, onun yararı yok;

çünkü - Danıştay'ın sayın Başkanı burada, çok iyi biliyorlar uygulamayı yürütmeyi durdurma istediğiniz zaman en iyimser bir tespitle, 3 aydan önce çıkmaz, bunu burada rahatça söyleyebilirim. Bu itibarla yargı da burada pek yardımcı olamaz. Meğer ki bu konuda, TRT Kanunu'nda eskiden mevcut düzenlemeye benzer bir düzenleme yapılsın. Gerçekten sözünü ettiğim bu düzenlemeye göre, Bakanlar Kurulu tarafından, bir haberin kamu düzeni vb. nedenlerle TRT'de yayımlanması sakıncalı görülerek yasaklanmasına ilişkin karara karşı iptal davası açıldığı zaman, yürütmeyi durdurma isteniyorsa, yargı mercii bu istem hakkında 7 gün içinde karar verme mecburiyetinde tutulmuştu. Şimdi böyle bir düzenleme Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda da erteleme kararları hakkında öngörülse durum biraz hafifletilmiş olur.

Öte yandan "Dernekler, vakıflar, sendikalar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler" yolundaki hükmün kaldırılmış olmasını olumlu bulmaktayım.

Bu açıklamalarımın çıkarılabilecek sonuç şudur: Avrupa Birliği kazanımları (müktesebatı) olarak isimlendirilen Avrupa Birliği normları bütününde, kolektif özgürlükler bakımından uygun bir düzenleme yapılması için, yeni uyum yasalarında daha kapsamlı ve liberal nitelik taşıyan değişiklikler gerekmektedir. Şimdiki siyasal iktidarın böyle bir yaklaşımı benimseyip benimsemeyeceği de kısa bir süre içinde ortaya çıkacaktır diye düşünüyorum.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

ÖTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Hocam.

Sayın Hocamızın vermiş olduğu örnekler de kolektif özgürlüklerin ve konuşma kapsamı içinde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının idarece yorumlanma biçiminin ve bu yoruma dayanan uygulamaların ne kadar önemli olduğunu açıkça ortaya koyuyor. Bunun nedeni şu: 34. maddede sınırlama nedenleri milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak gibi çok geniş takdir yetkisi içeren kavramlarla sınırlamanın ifade edilmesinden

geliyor. Burada yargıya düşen görev, bu genel sınırlama sebebi olarak gösterilen kavramların içeriğinin doldurulması ve belirlenmesidir.

İdarenin yetkisini kullanırken nasıl yorumlar yaptığına dair bir örnek de ben vermek istiyorum: Ben uzun süre 5. Daire'de görev yaptım. Bir öğretmenin naklen atanması işlemine karşı açtığı davada, idare önce sebep bildiremedi. Sonra polisin bir notunu ekli olarak gönderdi, onda şu vardı: "Bu öğretmen, sadece evinden okula, okuldan evine gidiyor." Bunun arkasında tabii yüzlerce suçlama ve endişe var.

Efendim, sıra Sayın Prof. Dr. Mesut Gülmez'de. Mesut Gülmez, 1966 senesinde İstanbul Hukuk Fakültesini bitirdi, 1971'de Fransa'da yönetim bilimi alanında doktora öğrenimini tamamladı ve 1973'ten bu yana da Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nde görev yapıyor. 1981'de sosyal siyaset dalında doçent, 1988'de çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri dalında profesör oldu ve 1990-1997 yılları arasında da Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nde İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Müdürü olarak görev yaptı. Ben, son üç yıla ilişkin çalışmalarının isimlerini vereceğim: 2000'de "Uluslararası Sosyal Politika" 2001'de "İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi, Egemenlik İnsanındır" 2002'de "Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku."

Buyrun.

UYUM DÜZENLEMELERİNİN ÜVEY EVLADI: SENDİKAL HAKLAR

Prof. Dr. MESUT GÜLMEZ

Sendikal haklar, Ekim 2001 Anayasa değişikliklerinde bir maddeyle göz önüne alınmış ve bu değişiklikten dört ay kadar önce de bir yasal düzenleme yapılmış olmakla birlikte, uyum düzenlemelerinin "üvey evladıdır. Çünkü, gerek Anayasa gerekse yasalar düzeyinde, bu ve daha önceki yıllarda yapılan anayasal ve yasal değişiklik ve düzenlemelere karşın, sendikal haklar hukukumuzun uluslararası hukuka ve Avrupa Birliği hukukuna tam uyumunda görmezlikten gelinen çok ciddi eksiklikleri vardır.

Üstelik, 12-13 Aralık 2002 Kopenhag Doruğu öncesinde birbiri ardına hazırlanıp TBMM'ye gönderilen "uyum paketleri"nde de, Anayasa ve yasalardaki aykırılıkları gidermeye yönelik düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu alanda, konuyla doğrudan ilgili olan işçi ve memur sendikaları da herhangi bir öneri yada eleştiri dile getirmemişlerdir.

Uyumun "üvey evladı" konumundaki sendika, toplu pazarlık ve grev hakları alanında Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliği Hukuku'na uyum amacıyla yapılan anayasal ve yasal düzenlemeleri, kısacası uyum sorununu, üç ana başlık altında inceleyeceğim.

Önce, Türkiye Ulusal Programı'nın anayasal ve yasal uyum sorunu konusundaki saptamalarını aktarıp değerlendireceğim.

İkinci olarak, Ekim 2001'de değiştirilen 51. maddeyi ele alacağım.

Son olarak da, günümüze değin yapılan değişikliklere karşın varlığını sürdüren ciddi boyutlardaki uyum sorununa sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarına ilişkin "uyumsuz", yani uluslararası hukuka ve AB hukukuna aykırı olan anayasal ve yasal kurallardan örnekler vereceğim.

Bu örneklerden, dolaylı olarak, burada ayrıca incelenmeyen uluslararası sendikal haklar hukukunun içeriğine ilişkin çıkarsamalar yapılabilir.

I. Türkiye Ulusal Programı Ve Sendikal Haklarda Uyum Sorunu

Türkiye Ulusal Programı'nda, sendikal haklarla ilgili olarak iki başlık altında uyum konusunda düzenlemeler yapılmasından söz edilmiştir. Bunlar; "Siyasi Kriterler" ile "Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği" başlıkları altında yapılan saptamalardır.

1. Siyasi Kriterler

Bu ana başlığın 2. alt başlığını oluşturan "Dernek Kurma Özgürlüğü" Barışçı Toplantı Hakkı ve Sivil Toplum" ile ilgili olarak, "orta vade"de şu iki düzenlemenin yapılması öngörülmüştür:¹

- "Sendikal haklarla ilgili mevcut sınırlamaların gözden geçirilmesi, hak grevi yapılmasına olanak tanınması için Anayasa'nın ilgili maddelerinin yeniden düzenlenmesi,
- Sendikal hakların 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmeleri uyarınca ve Avrupa Sosyal Şartı doğrultusunda düzenlenmesi."

Bu iki noktadan sonra da, 5 Ağustos 1999'da (Başbakan B. Ecevit'in imzasıyla) yayımlanan ve tasarıların yasalaştırılmamış olmasının doğurduğu boşluğu doldurma amacı taşıyan bir genelgeyle,² uygulamada kamu görevlilerinin örgütlenmesine engel olunmamasının sağlandığı belirtilmiştir.

1 Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı** (Ulusal Program), 1. Basım, Ankara, 2001, s. 18.

2 Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, TODAİE Yayını, Ankara 2002, s. 303-305.

Öncelikle belirtmem gerekir ki, özellikle UÇÖ denetim organlarınca 12 Eylül 1980'den beri, yirmi yılı aşkın bir süredir eleştirilen³ sendikal haklarla ilgili düzenleme ve uygulamalardaki aykırılıkların öngörüldüğü gibi "orta vade"de değil "kısa vade"de giderilmesine yönelik düzenlemeler yapılmasına yer vermek gerekirdi. Sendikal haklar konusundaki ivediliğin ertelenmemesi gerekirdi.

"Siyasi Kriterler" konusundaki "orta vade" düzenlemeleriyle ilgili yukarıda aktarılan "sendikal haklar" konusundaki iki saptamanın, her şeyden önce bu başlık altında yapılmaması gerekirdi. Bu saptamaların yerinin, öncelikle "Örgütlenme ve Toplu İş Sözleşmesi Hakkı" alt başlığı olmak gerekirdi. Çünkü "sendikal haklar", yalnızca sendika hakkıyla sınırlı olmayan, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını da kapsayan bir terimdir.

Bununla birlikte, sendikal haklar ile demokrasi arasındaki karşılıklı bağımlılık ve sendikal hakların katılımcı ve çoğulcu demokrasinin "olmazsa olmaz" koşullarından birini oluşturduğu göz önüne alınırsa, sendikal haklarla ilgili uyum düzenlemelerine siyasal ölçütler arasında değinilmiş olmasını çok yadırgamamak gerekir.

Öte yandan, sendikal haklardan "sendika hak ve özgürlüğü"nü'n dernek hakkının özel bir biçimini oluşturması ve kimi insan hakları belgelerinde, örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde dernek ve toplantı haklarıyla aynı maddede düzenlenmiş olması da, Ulusal Program'da sendikal haklara "siyasi kriterler" bölümünde değinilmesine yol açmış olabilir. Ancak, Ulusal Program'ın hazırlanmasında konunun bu yönünün düşünülüğünü sanmıyorum.

"Hak grevi" ile ilgili saptamada temel bir yanlışlık ve yanılğı vardır. Çünkü hak grevi Anayasa'yla yasaklanmamıştır. Yasaklanmak

3 1980 yılların ilk ve ikinci yarısında ortaya konulan bu eleştiriler konusunda, örneğin bkz. Mesut Gülmez, "Sendikal Yasalarda Değişiklikler ve Uluslararası Kurallar", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, Mart 1989, s. 77-111; Mesut Gülmez, "12 Eylül'den Günümüze ILO Denetim Organları Önünde Türkiye (Yasal Boyut)", *Cahit Talas'a Armağan* (Yay. Haz. Alpaslan Işık-Mesut Gülmez), Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1990, s. 247-283.

istenmiştir, ilgili maddenin gerekçesine de bu "yasakçı öznel düşünce" açıkça yazılmıştır, ancak Anayasa'da hak grevi yasağı yoktur. Anayasa'nın 54. maddesi, yalnızca bir "toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması" durumunda yapılabilen çıkar grevini güvenceye almış, hak grevini ise ne tanımış, ne de yasaklamıştır. Hak grevi, 2822 sayılı yasayla yasaklanmıştır ve bu yasağın da anayasal dayanağı yoktur. Yasa koyucu, takdir yetkisini yasaklama yönünde kullanmıştır. İş Hukuku ve Anayasa Hukuku öğretilerinde tartışılan ve açıklığa kavuşturulan bu konunun, Türkiye Ulusal Programı'na maddi bir yanılıyla alınmış olması düşündürücüdür. Bu yanılı, bürokrasinin bilgisizliğinin ve bilime ilgisizliğinin göstergesidir.

Hak grevini yasayla tanıyıp korumak ve güvenceye almak için Anayasa değişikliğine gerek yoktur. Anayasa değişikliği, anayasal güvence sağlamak için gereklidir ve yararlıdır. 2822 sayılı yasadaki hak grevi yasağını kaldırmak için ise, yasal düzenleme ve değişiklik yeterlidir.

Kanımcı, Anayasa'nın ilgili maddelerinde yapılacağı belirtilen düzenlemelerin, salt hak grevine ilişkin olduğunu düşünmemek gerekir. Anayasal düzenlemeler, en geniş anlamda sendikal haklarla ilgili tüm sınırlamaların gözden geçirilmesi için yapılacaktır. Daha açık bir deyişle, 51. maddede düzenlenen sendika hakkının yanı sıra, 53. maddede düzenlenen toplu iş sözleşmesi hakkı ile 54. maddede düzenlenen grev hakkı ve lokavt konusundaki anayasal düzenlemeler gözden geçirilecektir, geçirilmelidir. Bu maddeler, sınırlamaların gözden geçirilmesi için yeniden düzenlenmelidir.

"Siyasi kriterler" başlığı altında "orta vade"de yapılması öngörülen sendikal haklarla ilgili düzenlemeler, 87 ve 98 sayılı iki UÇÖ sözleşmesi ile Avrupa Konseyi'nin ikinci kuşak insan hakları belgesi olan Avrupa Sosyal Şartı doğrultusunda yapılacaktır. Kanımcı, yalnızca sendikal haklara ilişkin yasal düzenlemelerin değil aynı zamanda anayasal düzenlemelerin de bu sözleşmelere uygun olarak yapılması gerekir. Öncelikle, iç hukuk düzeninde kurallar sıralamasında en üstte bulunan

Anayasa'nın, 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile Avrupa Sosyal Şartına uygun olması gerekir.

Türkiye Ulusal Programı, sendikal haklarla ilgili düzenlemeler konusunda Avrupa Birliği belgelerine, örneğin 1989 tarihli Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı ile 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na yollamada bulunmamıştır. Bu iki belgenin, hukuksal bağlayıcılığı konusunun tartışmalı olması, belki doğrudan anılmasını engellemiş olabilir. Ancak kanımca, Topluluk Şartı için böyle bir düşüncenin, haklı bir gerekçesi olamaz. Çünkü Topluluk Şartı, 1992'de Avrupa Birliği Antlaşması'na girmiş ve kanımca antlaşmasal bir değer kazanmıştır. Temel Haklar Şartı ise, Konvansiyon çalışmaları sonunda, büyük bir olasılıkla, AB Anayasası'na konulacaktır.

Öte yandan ülkemiz, Türkiye Ulusal Programı'nda anılan Avrupa Sosyal Şartı'nın sendika ve toplu pazarlık haklarıyla ilgili 5. ve 6. maddelerine çekince koymuş ve henüz bu çekinceyi kaldırmamıştır. Buna karşın, Avrupa Sosyal Şartı'nın sendikal haklara ilişkin uyum düzenlemelerinin yapılmasında göz önüne alınacağı belirtilmiştir. Kuşkusuz, bu çekincelere karşın Sosyal Şart doğrultusunda düzenleme yapılacağına belirtilmiş olması olumludur. Ancak bunun için, öncelikle 5. ve 6. maddelere konulan çekincelerin kaldırılacağına belirtilmiş olması gerekirdi.

Sendikal haklar konusunda uyum amacıyla atılacak adımların en başında, bu çekincenin kaldırılması ve bir adım daha atılarak, Sosyal Şart'ın denetiminde sendikal örgütlerle ilgili başka hükümet dışı kuruluşlara toplu yakınmalarda bulunma yetkisi tanıyan Toplu Yakınmalar Protokolü'nün de imzalanması ve onaylanması gelmektedir.

Ulusal Program'da, "orta vade"de, "Avrupa Sosyal Şartı'nın gözden geçirilmiş metni ile kolektif şikayetler sistemine ilişkin Ek Protokol'ün sonuçlandırılması" öngörülmüştür.⁴ 1961 Sosyal Şartı'nın 5. ve 6. maddelerine konulan çekincelerin kaldırılıp kaldırılmayacağı belirtilmeden, bu maddelerde hiçbir değişiklik getirmeyen 1996 Gözden

⁴ Ulusal Program, s. 21.

Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile 1995 Toplu Yakınmalar Sistemi Öngören ASS'ye Ek Protokol'ün⁵ "sonuçlandırılacağı" belirtilmiştir. 1995 Protokolünün, uluslararası ve ulusal sendikal örgütler ile hükümet dışı kuruluşlara yakınmalarda bulunan ve bu yoldan başlangıçtan beri Sosyal Şart denetim sisteminden dışlanan sendikal örgütleri denetim sistemine katan bir belge olduğu anımsanırsa, bu Protokolü "sonuçlandırma"nın önkoşulunun 5. ve 6. maddelere konulan çekincelerin kaldırılması olduğu görülür. Kaldı ki, kaldırılması gereken çekinceler bunlarla da sınırlı değildir. Öte yandan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının tek başına "sonuçlandırılması", bu Protokolün "sonuçlandırılmasına" gerek kalmaksızın yeterli olacaktır. Çünkü yeni Sosyal Şart, hem sosyal hakların kapsamını genişletip otuzbir sosyal hakkı güvenceye alan, hem de rapor ve yakınmalara dayalı denetim sistemlerinde yapılan iyileştirme ve yenilikleri içeren bir belgedir.

"Sonuçlandırma" ne demektir? Uluslararası belgeleri iç hukukla bütünleştiren yerleşik terimler arasında bulunmayan "sonuçlandırma"dan amacın, sözü edilen belgelerin önce "imzalanması", ardından da onaylanması anlamak gerekir. Onay işlemleri de, Anayasamız'a göre, onayın uygun bulunmasını içeren bir yasa çıkarılması ile Cumhurbaşkanı'nca onaylanıp Resmi Gazete'de yayımlanmasından oluşmaktadır. Ulusal Program'da, "imzalanması ve onaylanması öngörülmektedir" demek yerine, bu siyasal iradeyi açıkça ortaya koymaktan kaçınırcasına "sonuçlandırma"dan söz etmekle yetinilmiştir.

2. Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği

Türkiye Ulusal Programı'ndaki "Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği" ana başlığının 14. alt başlığını oluşturan "Sosyal Politika ve İstihdam" bölümünde, "İş Hukuku" alt başlığında "Örgütlenme ve Toplu İş Sözleşmesi Hakkı" ile ilgili olarak şu dört nokta yada saptama yer almıştır:⁶

5 Bu iki belge konusunda geniş bilgi için bkz. Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı Koruma Sistemi ve Türkiye", *Türk-İş Yılığ* 99, Yüzyıl / Binyıl Biterken Dünyada ve Türkiye'de Durum, Cilt 2, Türk-İş Araştırma Merkezi, Ankara, 1999, s. 83 vd.

6 *Ulusal Program*, s. 277.

"İşçilerin örgütlenme ve toplu sözleşme başta olmak üzere sendikal hakları açısından 1960'lardan bu yana işleyen ve yerleşik özellikler kazanmış bir sistem mevcuttur.

- 2821 sayılı Sendikalar ve 2822 sayılı Toplu Sözleşmeler, Grev ve Lokavt Kanunları'na 1986 ve 1988 yıllarında getirilen bazı değişikliklerle örgütlenme özgürlüğünün çerçevesi genişletilmiştir. 1995 yılında, TC Anayasasında yapılan değişiklikle sendikal faaliyetlere sınırlama getiren ve devletin sendikalar üzerindeki idari ve mali denetimine dair hükümler içeren 52'inci madde yürürlükten kaldırılmış, bu değişikliğe dayanan mevzuat değişiklikleri de tamamlanmıştır.

- Toplu iş sözleşmesinde uygulanan yüzde onluk yetki barajının kaldırılması, serbest bölgelerdeki sendikal kısıtlamaların sona erdirilmesi, grev yasağı kapsamının daraltılması gibi konularda yasal düzenleme çalışmaları devam etmektedir.

- Memurlar açısından, 1995 anayasa değişikliği ile, 1992'de (1993'te) onaylanan 151 sayılı ILO Sözleşmesi doğrultusunda kamu çalışanlarının örgütlenmesinin çerçevesi oluşturulmuştur; ancak, ilgili yasa henüz çıkarılmamıştır. Kamu görevlileri sendikaları halen Dernekler Kanunu çerçevesinde faaliyet gösteren hukuki kuruluşlardır. Bu sendikalar, 1997 yılından beri, Başbakanlık Genelgeleri ile (1997/70 ve 1999/44 sayılı Genelgeler), işyerlerinde büro açma, toplantı ve üye kaydı yapma hakkına sahiplerdir."

Gerçekleştirilen değişikliklerle ilgili olarak, 2821 ve 2822 sayılı yasalarda 1986 ve 1988 yıllarında yapılan değişiklikler ile Anayasa'da Temmuz 1995'te gerçekleştirilen değişiklikler sonucunda "örgütlenme özgürlüğünün çerçevesinin genişletilmiş" ve sendikalar için genel siyasal etkinlik yasağı öngören, başka kuruluşlarla siyasal amaçlı "ortak hareket" yasağı getiren ve sendikalar üzerinde devlete yönetsel ve mali denetim yapma olanağı sağlayan 52. maddenin "yürürlükten kaldırılmış" olduğu belirtilmiştir.⁷

7 Belirtmeliyim ki, sözü edilen değişikliklerden 2821 ve 2822 sayılı yasalara ilişkin olan 1986 ve 1988 yıllarındaki değişikliklerin örgütlenme özgürlüğünün çerçevesini genişletici

Buna karşılık Ulusal Program'da, 2821 sayılı yasada 4101 sayılı ve 4 Nisan 1995 tarihli ve 4277 sayılı ve 26 Haziran 1997 tarihli yasalarla Ulusal Program öncesinde yapılan değişikliklere değinilmemiştir. Bunlardan 1997 değişikliği, 1995 Anayasa değişikliğinden iki yıl sonra gerçekleştirilen gecikmeli bir Anayasa'ya uyum düzenlemesi niteliğindedir.

Yürürlükten kaldırılan 52. maddeye dayanan "mevzuat değişiklikleri(nin) de tamamlandığı"nı belirtilmiş olması, sendika hak ve özgürlüğü konusunda artık uyum sorunu kalmadığı anlamına gelir mi?

Kuşkusuz, soruya olumlu yanıt verilemez. Çünkü, gerek 2821 sayılı yasada, gerekse Anayasa'da sendika hak ve özgürlüğü açısından onaylanan sözleşmelere aykırı düşen birçok kural bulunmamaktadır. Söz konusu tarihlere yapılan değişiklik ve düzenlemeler yetersizdir. Bu yetersizlik, anılan tarihlere sonra yapılan yasal ve anayasal değişiklikler (örneğin Ekim 2001 değişikliği) göz önüne alındığı zaman da geçerlidir.

Anayasa'nın ve yasaların sözleşmelere aykırı kuralları sıralandığı zaman, **yapılması gereken uyum düzenlemelerinin yapılanlardan daha çok olduğu** görülecektir.

Ulusal Program'a göre, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları konusunda, aşağıdaki üç konuda uyumsuzluk vardır ve bu konulardaki yasal düzenleme çalışmaları sürmektedir:

- %10'luk yetki barajının kaldırılması,
- Serbest bölgedeki sendikal kısıtlamaların sona erdirilmesi,
- Grev yasağı kapsamının daraltılması.

Ancak hemen eklemeliyim ki bu üç konu, Ulusal Program'da "örnek" olarak sayılmıştır. Toplu sözleşme ve grev konusundaki uyumsuzluk yada aykırılıklar bunlarla sınırlı değildir. Örnekleri verilenler dışındaki aykırılıklar listesi, aslında Ulusal Program'a konulamayacak denli

etkisi sınırlıdır. Bu doğrultudaki kimi değişiklikler, Ulusal Program'da değinilmeyen ancak bu açıdan daha önemli olan 1995 ve 1997 yıllarında yapılmıştır.

uzundur, geniştir. Yasaları bu yasaklardan arındırmak, sayılan bu değişikliklerle gerçekleştirilemez. Çünkü 2821 ve 2822 sayılı yasalar, 1982 Anayasası gibi, ne işçiye, ne de sendikalara güvenir. 1983 yasaları da, bu temel "işçi ve sendika karşıtı" yaklaşımları nedeniyle, Anayasa gibi aşırı ölçüde tepkici ve ayrıntıcı nitelik taşırlar. Bu da, anılan yasaların yasaklarla doldurulmasına yol açmış, devlet işçilerin ve sendikaların özgür iradesine karışarak ve onların yerine geçerek sendika özgürlüğünü sınırlandırmıştır.

1995'te yapılan Anayasa değişikliği ile, yani 52. maddenin yürürlükten kaldırılmasıyla üç önemli konuda uluslararası kurallara uyum sağlayıcı düzenleme yapılmıştır. Bunlara, 53. maddeye eklenen fıkra ile de, kamu görevlilerine sendika ve toplu görüşme hakları tanıyan değişikliği de eklemek gerekir. Ancak, bu değişiklikler de sınırlı ve yetersiz, uluslararası sözleşmelere tam uyum sağlamaktan uzak kalmıştır.

Ulusal Program'ın memurlarla, ilgili olan dördüncü saptaması konusunda şu görüşler ileri sürülebilir:

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sendika ve toplu görüşme haklarını tanıyıp anayasal güvenceye alan 1995 Anayasa değişikliği, sendika özgürlüğünün evrensel ilkeleri açısından yeterli değildir. Sendika hakkının özneleri yönünden 128. maddeye gönderme yapılması ve özellikle de, 54. maddeye yollamada bulunarak grev yasağı "getirilmek istenmesi", evrensel ve bölgesel kurallara aykırıdır.

Ulusal Program'da, memurların örgütlenme hakkının çerçevesiyle ilgili olarak yalnızca 151 sayılı sözleşmenin anılmış, buna karşılık uyum düzenlemelerinde tüm çalışanlar için öncelikle göz önünde bulundurulması gereken 87 ve 98 sayılı sözleşmelerin unutulmuş olması, eğer kasıtlı değilse, önemli bir yanlıştır, yanılıdır. Ne yazık ki, kamu görevlilerinin sendikal hakları açısından 151 sayılı sözleşmeye öncelik tanıma konusunda bilimsel, siyasal, yargısal çevrelerde de sıkça görülen ve en son örneklerinden birine 4688 sayılı yasanın hükümet gerekçesinde rastlanan bu yanılı, Ulusal Program'a da yansımıştır.

Program'da sözü edilen yasa, 26 Haziran 2001 tarihinde çıkarılmıştır. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'nda da, Anayasa ve 151 sayılı sözleşmeye uygunluk sağlama amacı güdülmüştür. Hem bu nedenle hem de 2821'den kopyalandığı için, 4688 sayılı yasa sayısız aykırılıklarla doludur.

Kısaca belirtmek gerekirse, hem 2821 ve 2822 sayılı yasalar ile 4688 sayılı yasadaki aykırılıkların, hem de Anayasa'daki aykırılıkların, sözleşmelerin sözel metinlerinin ötesinde denetim organlarının yerleşik ilke kararlarının, yani uluslararası içtihat nitelik ve değerindeki kararların bilinmemesinden ileri geldiği düşünülebilir. Ama, bu iyimser ve "safça" bir yaklaşımdır. Çünkü denetim organlarının Türkiye'ye ilişkin kararları 12 Eylül 1980'den beri hükümete gönderilmekte, aykırılıkların yasal değişikliklerle giderilmesi istenmektedir. Dolayısıyla, bu aykırılıkların bilinmemesi söz konusu olamaz.

Türkiye Ulusal Programı'nda, sendikal haklarla ilgili olarak "Türk mevzuatında yapılması gereken değişiklik ve yenilikler" konusunda; o aşamada, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Tasarısının "halen Bütçe Komisyonu'nda görüşülmekte" olduğuna değinilmiş ve "2821 ve 2822 sayılı Kanunlar'da değişiklik öngören taslaklar(ın) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanarak görüş alma aşamasına getirilmiş" olduğu belirtilmiştir.⁸

Önemli bir nokta şudur: Türkiye Ulusal Programı'nda "**AB müktesebatı ile Türk mevzuatının karşılaştırması**" yapıldığı halde, 4688 sayılı yasanın çerçevesinden söz edilirken yalnızca 151 sayılı sözleşmenin anılmış olması gibi, "Türk mevzuatının mevcut durumu" başlıklı bölümde UÇÖ sözleşmeleri, bu arada 87, 98, 151 sayılı sözleşmeler anılmaktadır. Bu yaklaşım, ister istemez şu soruları akla getirmektedir:

"UÇÖ sözleşmeleri, AB müktesebatı mıdır?"

8 Ulusal Program, s. 281.

"AB 'nin sendikal haklar konusunda kendine özgü müktesebatı yok mudur? " Bu soruların yanıtını aşağıda vermeye çalışacağım.

3. Yasal Düzenlemelerin Takvimi

Türkiye Ulusal Programında, sendikal haklarla ilgili iki konudaki "takvim" şöyledir: Kısa vadede, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Tasarısı yasallaşacaktır. Orta vadede de, 2821 ve 2822 sayılı yasalarda "ihtiyaç duyulan değişikliklerin yapılması" söz konusudur.⁹

Bu takvimden birincisi gerçekleşmiş ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, salt uyum sağlamak amacıyla olmasa da,¹⁰ 26 Haziran 2001'de çıkarılmıştır. Ama, sayısız aykırılıklar, "uyumsuz" kurallarla dolu olarak...

2821 ve 2822 sayılı yasalardaki "orta vade" değişiklikleri ise, 2002 sonu itibarıyla, hala gerçekleştirilmemiştir. Bu iki yasa, özellikle 1995, 1997 ve 2002 tarihlerinde gerçekleştirilen kimi değişikliklere karşın, hala 1982 Anayasasından aldıkları "12 Eylül ruhu"nu korumaktadır. Üstelik 2821 sayılı yasa, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı'nın "edebiyatçı bir deyişle, buram buram koktuğunu" söyleyerek¹¹ doğruladığı bu ruhu, neredeyse yirmi yıl sonra uyum düzenlemesi olarak çıkarılan 4688 sayılı yasaya da taşımış ve aşlamıştır.

Ekim 2001 Anayasa değişiklikleri sırasında yalnızca 51. maddede düzenleme yapılmış; buna karşılık asıl uyumsuzluk ve aykırılıkların bulunduğu "grev hakkı ve lokavt" ile ilgili 54. maddeye dokunulmamıştır. Bu da, sendikal haklar alanındaki uyum düzenlemelerinin ikincil planda kaldığını, öncelik taşımadığını göstermektedir. Bunun nedenlerinden birinin de, işveren kesiminden, özellikle TİSK ve TÜSİAD'tan kaynaklanan engellemeler olduğunu düşünüyorum.

İşverenlerin bu alandaki tepkisi, iş güvencesi konusunda olduğu gibi kamuoyuna henüz açıkça yansımış değildir. Ancak, Anayasadaki

9 Ulusal Program, s. 282 ve 283.

10 Mesut Gülmez, a.g.y., s. 413 vd.

11 Mesut Gülmez, "Anayasa Tasarısında Çalışma ilişkileri", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Mart 1986, s. 55-82.

sendikal yasakların ve buradan da taşındığı 2821 ve 2822 sayılı yasalardaki yasakların yaratıcısı ve savunucusu TİSK olduğuna göre, özellikle grev hakkını yalnızca toplu iş sözleşmesi bağitlanması süreciyle sınırlandıran anayasal ve yasal düzenlemelerin değiştirilmesi, bu yaklaşımın ürünü olan öteki yasak ve kısıtlamaların kaldırılması gündeme geldiğinde, işverenlerin ve TİSK'in sessiz ve tepkisiz kalmaları beklenemez.

II. Ekim 2001 Anayasa Değişikliği

Sendikal haklar konusunda Anayasa düzeyindeki uyumsuz kuralları sıralamadan önce, 4709 sayılı ve 3 Ekim 2001 tarihli yasayla 51. maddede yapılan değişikliklere değinmek,¹² bugüne değin Anayasa hukukçularımızın da üzerinde durmadığını sandığım bir noktaya dikkat çekmek istiyorum.

Ulaştığım sonucu baştan belirtmek gerekirse, 51. maddeyle sınırlı kalan bu değişiklikler, sendikal hakların evrensel ilkelerini içeren uluslararası sözleşmelere uyum sağlama yönünden yetersizdir.

1. Sendika Hakkının Öznelerinin Genişletilmesi: "İşçiler" Yerine "Çalışanlar"

2001 değişikliği ile, ilk bakışta, sendika hakkının anayasal hak öznelerinin kapsamının ilk kez genişletilmiş olduğu düşünülebilir. Gerçekten, 51. madde değişikliğiyle, 1961 Anayasası'nın ilk metninde olduğu gibi, sendika hakkının özneleri, işçilerden çalışanlara dönüştürülmüştür. Ve ardından da, yine 1961'de olduğu gibi ve sendika hakkı açısından çalışanlar arasında ayırım gözetme ve memur sendikacılığı konusunda yasa koyucuya daha kısıtlı bir düzenleme yapma olanağı veren şu fıkra eklenmiştir:

12 Burada değinilmeyen sendikal haklar konusundaki 1995 Anayasa değişikliği konusunda bkz. Mesut Gülmez, "1995 Anayasa Değişikliği ve Memur sendikacılığı", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 4, Eylül 1995, s. 27-43; Mesut Gülmez, "1995 Anayasa Değişiklikleri ve Sendikal Haklar", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 32, Sayı 1, Mart 1999, s. 3 vd.; Mesut Gülmez, *Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku*, TODAİE Yayını, Ankara 2002, s. 165 vd.

"İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir."

Kuşkusuz, sendika hakkının kişiler yönünden uygulama alanını genişleten bu değişiklik, ilkece uyum yönünden olumlu bir adımdır. Ancak, "bu değişikliğin getirdiği yenilik nedir" sorusuna olumlu yanıt vermek olanaksızdır. 2001 değişikliğinin bu açıdan hiçbir katkısı olmamıştır.¹³

Çünkü, Temmuz 1995'te yapılan değişiklikte 53. maddeye eklenen yeni 3. fıkra ile, çalışanlardan "işçiler" dışında kalan "memurlar ve diğer kamu görevlilerine sendika ve üst kuruluşlar kurma hakkı tanınmıştı. Bu fıkra, sendika hakkının özneleri açısından 128. maddenin 1. fıkrasına yollamada bulunmuştur ve bu maddedeki özneler de, devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin çalıştırdığı "memurlar ve diğer kamu görevlileri"dir. 2001 değişikliğinde sözü edilen "işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri", kuşkusuz öncelikle "memurlar ve diğer kamu görevlileri"dir. Bunların "kendi aralarında" sendika kurma hakkı 1995'te anayasal güvenceye alındığına göre, 2001 değişikliğinde "işçiler"i "çalışanlar" olarak değiştirmenin ve "işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri" için, üstelik "hizmetin niteliği" gerekçesiyle özel kısıtlamalar getirme olanağı tanıyarak bir düzenleme yapmanın getirdiği bir yenilik ve sağladığı bir katkı yoktur. 51. madde değişikliği, sendika hakkının özneleri açısından, bu örneğe değinmeyen bir Anayasa hukukçusunun anlatımıyla¹⁴ "abesle iştigal" etmiştir. 53. maddeye eklenen fıkrayı ele almaksızın yeniden bu konuda düzenleme yapılmış ve üç ay bir hafta önce çıkarılmış olan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasasının ardından bir yenisinin çıkarılması öngörülmüştür! Böylece de, kamu görevlilerinin sendika hakkı, iki ayrı Anayasa maddesinde güvence altına alınmış ve iki özel yasa çıkarılması öngörülmüştür!

13 Mesut Gülmez, a.g.y., s. 186-192

14 Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı** 19, Anayasa Mahkemesi'nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Antalya, 25-26 Nisan 2002, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2002, s. 326 vd.

Kuşkusuz bunun başlıca nedeni, 51. madde değişikliğinin 4688 sayılı yasanın anayasal dayanağını oluşturan 53. maddenin göz önüne alınarak yapılmamış olmasıdır. Aslında 2001 değişikliği, 53. maddenin hem dil, hem içerik, hem de hukuk tekniği yönlerinden son derece kötü olan düzenlemesini düzeltmek için bir fırsat olabilirdi. "İşçiler" in toplu iş sözleşmesi hakkını düzenleyen 53. maddeye örneği az bulunur bir dille sıkıştırılan 3. fıkradaki sendika hakkına ilişkin bölüm 51. maddeye taşınabilir, daha doğrusu bu fıkradan çıkarılabilir ve kamu görevlilerinin toplu görüşme hakkı da içeriğine dokunulmayacak olsa bile- 53. maddede yeni bir anlatımla düzenlenebilirdi.

2. Yönetici Olmak İçin On Yıl Çalışma Koşulunun Kaldırılması

51. maddede yapılan uyum sağlayıcı asıl olumlu değişiklik, işçi sendikaları yöneticileri için getirilen on yıl çalışma koşulunun kaldırılmasıdır. Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının 87 sayılı sözleşmeye aykırı bularak eleştirdiği ve değiştirilmesini istediği "işçi sendika ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için, en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartına ilişkin fıkra maddeden çıkarılmıştır.

Değiştirilen 51. maddede hak özneleri "çalışanlar" olduğundan, bu fıkranın metinden çıkarılmamış olması varsayımında, on yıl çalışma koşulunun kamu görevlileri sendika ve üst kuruluşlarının yöneticileri için de uygulanması sonucu doğabilecekti.

3. Sınırlama Nedenleri ve Koşulları Öngörülmesi

51. maddede yapılan değişikliklerden biri de, "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" olarak sayılan "sınırlama nedenleri" ile ilgilidir. Madde gerekçesinde, bu değişikliğin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan ilkeler doğrultusunda düzenlenen" 13. maddede yapılan değişikliğin bir gereği olduğu belirtilmiştir. 13. madde sınırlama nedenlerini saymadığı ve ilgili maddelere yollamada bulunduğu için, sendika hakkına ilişkin özel sınırlama nedenleri 51. maddede sayılmıştır.

Sınırlama koşullarına ilişkin bu düzenleme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesi göz önüne alınarak yapılmış ve sözleşmedeki aynı nedenlere, üstelik sırasına da uyularak yer verilmiştir. Sendika hakkı, bu yeni düzenlemeye göre, ancak üç koşulun birlikte bulunması durumunda kısıtlanabilir. Birinci koşul, hakkın sınırlı biçimde sayılan bu özel nedenlerle kısıtlanabilmesidir. Ancak nedenlerden birinin yada birkaçının varlığı yeterli değildir. Sınırlama getirmenin ikinci koşulu, yalnızca yasayla öngörülebilmesi, örneğin kanun hükmünde kararnamele düzenleme yapılamamasıdır. Kanımca da, bu koşulun ayrıca belirtilmesi "yersiz ve fazla olmuştur."¹⁵

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinde yer alan, ancak 13. maddede düzenlendiği için 51. maddeye konulmayan son derece önemli bir üçüncü koşul da, sınırlamaların "demokratik toplum düzeni için zorunlu önlemler" niteliği taşımasıdır. Sınırlamanın sınırı niteliğindeki bu koşul, temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama nedenlerini düzenleyen 13. maddenin yeni metninde, "demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gerekleri ve ölçülülük ilkesi" biçiminde yer almıştır. Dolayısıyla, sayılan özel nedenler bulunsa ve sınırlama yasayla konulsa da, bu üçüncü koşul gerçekleşmedikçe Anayasa'ya uygun olmayacaktır. Söz konusu koşulla, kamu görevlilerinin sendika hakkını ve kuracakları sendikaları da kapsamak üzere, sendika hakkına sınırlamalar getirilmesi, sanıldığından ötesinde son derece güçleştirilmiştir. Örneğin, kamu görevlilerinin sendika hakkına ve kurdukları sendikaların etkinliklerine "görülen hizmetin niteliği" nedeniyle getirilecek kısıtlamalar bu üçüncü koşula aykırı düşebilecektir.

4. Birden Çok Sendikaya Üye Olma Yasağının Sürmesi

2001 değişikliğinde, 51. maddenin 5. fıkrasındaki sendika özgürlüğünün evrensel ilkeleriyle bağdaşmayan "işçiler ve işverenler aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olmazlar" kuralı kaldırılmamıştır.

15 Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı* 19, s. 171.

Görüldüğü gibi, uyum sağlamak amacıyla yapılan 2001 (ve 1995) değişiklikleri, yeterli olmaktan uzaktır.

5. Toplu Sözleşme ve Grev Haklarıyla İlgili Aykırılıkların Sürmesi

Anayasada 1995 ve 2001 yıllarında yapılan değişikliklerde, ne toplu iş sözleşmesi hakkı ne de grev hakkı (ve lokavt) ile ilgili 53. ve 54. maddelere dokunulmuştur. 54. madde, 1982'den beri orijinal metnini korumaktadır.

Üstelik, 12-13 Aralık 2002 Kopenhag Doruğuna yetiştirmek amacıyla hazırlanan uyum paketlerinde de, gerek Anayasa gerekse yasalar düzeyinde, hiçbir değişiklik önerisi yer almamıştır.

Bu tutum, sendikal hakların uyumun "üvey evladı" olduğunu ve uyumsuz düzenlemeler de yapan hükümetlerce, uyum düzenlemeleri açısından ivedi bir sorun niteliğinde görülmediğini ortaya koymaktadır.

III. Anayasal ve Yasal Düzenlemelere Karşın Uyumsuzluğu Süren Kurallara Örnekler

Sendikal haklarla ilgili anayasal ve yasal uyum düzenlemeleri, kanımca Avrupa Birliği Antlaşmasındaki gerek üye devletlerin gerekse Birliğin bağlı olduğu "insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ilkesine" ilişkin yollama nedeniyle aynı zamanda Avrupa Birliği'ni de bağlayan 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeler göz önüne alınarak yapılmalıdır. Yine uyum düzenlemelerinde, Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu Antlaşmaları'nda Birliğin bağlı ve bilincinde olduğu "temel sosyal hakların" içeriğinin belirlenmesi bağlamında açıkça anılan Avrupa Sosyal Şartı'nın da göz önünde bulundurulması gerekir. Dolayısıyla, böyle bir yaklaşımla olmasa da Ulusal Program'da uyum düzenlemelerinin uluslararası çerçevesi konusunda 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeler ile Avrupa Sosyal Şartı'na yollamada bulunulmuş olması doğrudur, yerindedir.

Bu ön saptamadan sonra, Anayasa ile 2821 ve 2822 sayılı yasalarda 2002 sonuna değin yapılan tüm değişikliklerden sonra, özellikle 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile Avrupa Sosyal Şartı'na aykırılığı süren kuralları,

sendika, toplu pazarlık ve grev haklarını ayrı ayrı ele alarak sıralayacağım.¹⁶

1. Sendika Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Uyumsuz Kurallar

Sendika hak ve özgürlüğü konusundaki uyumsuz kurallardan kimileri, özellikle üyelik ve etkinliklerle ilgili olanları 2812 sayılı Sendikalar Yasası'nda yapılan değişikliklerle kaldırılmıştır. Ancak, bu değişikliklerle uyumsuzlukların tüketildiğini söylemek olanaklı değildir. Ayrıca, bu yasadaki uyumsuz kurallar, başkalarının da eklendiği Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'na da konularak yaygınlaştırılmıştır.

a. Anayasadaki Uyumsuz Kurallar

1995 ve 2001 değişikliklerinden sonra, Anayasa'daki sendika hak ve özgürlüğü ile ilgili evrensel ve bölgesel sözleşme ve ilkelerle bağdaşmayan "uyumsuz" kurallar şunlardır:

- > Sendika hakkının, çalışanlara ve işverenlere "üyelerinin çalışma ilişkileri" ile sınırlı olarak tanınmış olması (m. 51/1);
- > "Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaması" (m. 51/4);

16 Bu konularda ayrıntılı bilgi için örneğin bkz. Bureau international du Travail (BİT), *Liberte syndicale et negociation collective*, Conference internationale du Travail, 81e session 1994, Rapport III (Partie 4B), Geneve, 1994; BİT, *La liberte syndical*, Recueil de decisions et de principes du Comite" de la liberte syndicale du Conseil d'administration du BIT, Quatrieme edition, Geneve, 1996; BİT, *Rapports du Comite de la liberte syndicale* (313e, 314' et 315e rapport), *Bulletin officiel*, vol. LXXXII, Serie B, No 1, Geneve, 1999, s. 56-61; BİT, *Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1 A)*, Conference internationale du Travail, 88e session 2001, Geneve, 2001, s. 352-354; BİT, *Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1A)*, Conference internationale du Travail, 89e session 2001, Geneve, 2000, s. 275-277; Mesut Gülmez, *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye* (UÇÖ / ILO Sözleşme ve ilkeleri), TODAİE Yayını, 1988; Mesut Gülmez, *Dünya'da Memurlar ve Sendikal Haklar*, TODAİE Yayını, Ankara, 1996; Mesut Gülmez, "Sendikal Yasalarda Değişiklikler ve U-luslararası Kurallar", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, Mart 1989, s. 77-111; Mesut Gülmez, "12 Ey-lül'den Günümüze ILO Denetim Organları Önünde Türkiye (Yasal Boyut)", *Cahit Talas'a Armağan* (Yay. Haz. Alpaslan Işıklı-Mesut Gülmez), Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1990, s. 247-283; Mesut Gülmez, "On Yılın ILO Bilançosu: Sıfıra Sıfır, Elde Var Sıfır", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Sayı 123, Eylül1990, s. 45-50; Mesut Gülmez, "Belediye Memurlarının Toplu Görüşme Hakkı", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 10, Sayı 2, Nisan 2001, s. 68-84.

> İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin sendika hakkının, sayılan nedenler dışında "görülen hizmetin niteliği gerekçesiyle de sınırlandırılmasına olanak verilmesi (m. 51/5).

b. 2821 ve 4688 Sayılı Yasalardaki Uyumsuz Kurallar

Sendika hak ve özgürlüğüyle ilgili 2821 ve 4688 sayılı yasalar, yaklaşım ve içerik olarak birbirine benzediğinden (4688, 2821'in içinden çıkarılan bir "matruşka" olduğundan), uyumsuz kuralların ve yapılması gerekli uyum düzenlemelerinin içeriği de birbirine benzemektedir.

aa. 2821 Sayılı Yasadaki Uyumsuz Kurallar

Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin, yıllardan beri yineledikleri kararlarında, Sendikalar Yasası'nın 87 sayılı sözleşmeye aykırı olması nedeniyle hükümetlerden ivedi önlemler olarak değiştirilmesini istediği kurallar şunlardır:

> Konfederasyon kurmak için, değişik işkollarında kurulu enaz beş sendikanın bir araya gelmesinin zorunlu olması (m. 2);

> İşçi sendikalarının "işkolu" temeline dayalı olarak kurulmasının zorunlu tutulması (m. 3/1);

> İşyeri ya da meslek temeline dayalı sendika kurma yasağı (m. 3/3); > Sendika kurucusu olabilmek için Türk vatandaşı olma koşulu (m. 5/1);

> Sendika seçimlerine katılacak adaylarda işkolunda on yıl fiilen çalışmış olma zorunluluğunun sürdürülmesi (m. 14/sondan 2. fıkra);

> Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üyelik yasağının sürdürülmesi (m. 22/1);

> Sendika üyelik ödentisi tutarının belirlenmesine ilişkin sınırlamaların sürdürülmesi (m. 23/2, 3 ve 4);

> İşyeri sendika temsilcilerine sağlanan güvencelerin yetersizliği (m. 3 O);¹⁷

17 Sendikalar Yasasının 30. maddesinde 9 Ağustos 2002 tarih ve 4773 sayılı yasayla yapılan değişiklikle, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesinin geriye götürüldüğünü unutmamak gerekir.

- > Sendikaya üye olma ve üye olmama özgürlüğü için sağlanan güvencenin yetersizliği (m. 31);
- > İşyeri sendika temsilcisi atama yetkisinin, yalnızca toplu iş sözleşmesi bağtlama yetkisi kesinleşen sendikaya tanınması (m. 34);¹⁸
- > Mahalli idareler ve milletvekili seçimlerinde aday olan sendika ve konfederasyon yöneticilerinin sendika ve konfederasyon organlarındaki görevlerinin adaylık süresince askıda kalması ve seçilmeleri durumunda görevlerinin son bulması (m. 37).

bb. 4688 Sayılı Yasadaki Uyumsuz Kurallar

Hazırlık ve oluşum süreci aşamasında göz önüne alınmayan 87 sayılı sözleşme başta olmak üzere, 4688 sayılı yasadaki sendika hakkı açısından uluslararası ilke ve sözleşmelere aykırı başlıca kurallar şunlardır:¹⁹

- > Adaylık veya deneme süresini tamamlamayanların kamu görevlisi sayılmaması (m. 3/a);
- > Sendika kurucusu olabilmek için en az 2 yıl kamu görevlisi olarak çalışma zorunluluğu (m. 6/2);
- > Tüzüklerde bulunması zorunlu "hususlar"ın ayrıntılı olarak sayılması (m. 7);
- > Organlar ve seçimlerle ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmış ve 2821 sayılı yasaya yollamada bulunulmuş olması (m. 8-13);
- > Konfederasyon kurmak için değişik hizmet kollarından en az 5 sendikanın bir araya gelmesi (m. 3/g);
- > Hizmet kolu temeline dayalı ve Türkiye çapında etkinlikte bulunmayı amaçlayan sendikalar kurma zorunluluğu getirilmesi (m. 4);
- > İşyeri ve meslek temellerine dayalı sendikalar kurulmasının yasaklanması (m. 4/2, 2. cümle);

18 Türkiye Ulusal Programında, bu aykırılığı gidermek ve sorunu çözmek üzere, "işçi temsilciliği müessesesinin geliştirilmesi amacıyla çalışmalar(ın) başlatılmış" olduğu belirtilmektedir (s. 278).

19 Daha geniş bilgi için bkz. Mesut Gülmez, "Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001, s. 321.

> Üyelik yasaklarının çok geniş tutulması (bu yasakların silahlı kuvvetler ve polis için, tümüyle yasaklanmayı içermeyecek biçimde kısıtlanabilmesi) (m. 15);

> Mahalli ve genel seçimlerde aday olanların, sendika ve konfederasyon organlarındaki görevlerinin adaylık süresince askıda kalması ve seçilmeleri durumunda görevlerinin son bulması (m. 18/4);

> Şube kurmak için en az 500 üye gerekmesi (m. 18/5);

> İşyeri sendika temsilcisi seçme yetkisinin, en çok üye kaydetmiş olan sendikaya tanınması (m. 23/1 ve 3);

> 657'deki ve Ceza Yasasındaki grev yasağının kaldırılmaması, genel ve kesin yasak olarak sürmesi;

> Kimi yasaklara (örneğin, kamu makamlarından yada siyasi partilerden maddi yardım alma, dış kaynaklardan Bakanlar Kurulu'nun izni olmaksızın yardım alma yasaklarına) aykırı davranılması durumunda, özgürlükten yoksun bırakıcı 6 aydan 1 yıla değin değışen hapis cezası öngörülmesi (m. 38);

> Dernekler Yasası'na yollamada bulunarak (m. 43), valiye sendikal örgütleri "faaliyetten alkoyma" yetkisi tanınması.

2. Toplu Görüşme, Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Haklarına İlişkin Uyumsuz Kurallar

Bu aykırılıkları da, Anayasa'daki uyumsuz kurallardan başlayıp 2822, 4688 ve 3218 sayılı yasaları ayrı ayrı göz önüne alarak sıralayalım.

a. Anayasa'daki Uyumsuz Kurallar

> Toplu iş sözleşmesi hakkının "işçiler" ile sınırlı olarak tanınması (m. 53/1);

> Toplu görüşme hakkının, kamu görevlileri arasında "kamu erkini kullananlar ve kullanmayanlar, yani devlet adına otorite işlevleri yerine getirenler ve getirmeyenler yönünden bir ayırım yapılmaksızın tümü için toplu iş sözleşmesine olanak vermeyecek biçimde tanınması ve 53. maddenin 1. ve 2. fıkralarının kapsamı dışında tutulması (m. 53/3);

> Aynı işyerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaması ve uygulanmaması (m. 53/4).

b. 2822 Sayılı Yasa'daki Uyumsuz Kurallar

> Toplu sözleşme yetkisi için birlikte gerçekleştirilmesi zorunlu olan çifte sayısal ölçütün (işkolu barajı ve işyerinde yarıdan fazla çoğunluk koşullarının) öngörülmesi ve sürdürülmesi (m. 12);

> Yetkili sendikaları belirleme yetkisinin, siyasal iktidarın ve yürütme erkinin parçası ve uzantısı olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na tanınması (m. 13/2);

> Toplu görüşme süresinin 60 gün ile sınırlandırılması (m. 21/2);

> Konfederasyonlara toplu iş sözleşmesi yapma / bağitleme yetenek ve yetkisi tanınmaması (m. 2/1 ve 12/1);

> Toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi bağitleme düzeyinin "işyeri" ve "işyerleri" ile sınırlandırılması (m. 3/1).

c. 4688 Sayılı Yasa'daki Uyumsuz Kurallar

4688 sayılı yasadaki toplu pazarlık hakkı açısından 98 sayılı sözleşmeye aykırı başlıca kurallar şunlardır:²⁰

> Toplu görüşmenin konu ve düzey yönlerinden sınırlandırılması ve taraflara bırakılmamış olması (m. 3/h ve m. 28);

> Yetkili sendika ve konfederasyonları belirleme yetkisinin, siyasal iktidarın ve yürütme erkinin parçası ve uzantısı olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na tanınması (m. 30/2);

> Toplu görüşme süresinin 15 günle sınırlandırılması (m.34).

d. Serbest Bölgeler Yasası'ndaki Uyumsuz Kurallar

> 6 Haziran 1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Yasasının, 2822 sayılı yasanın grev ve lokavt ile arabuluculuk konusundaki kurallarının on yıl boyunca uygulanmasını yasaklayan ve toplu iş sözleşmesi üzerinde çıkacak çıkar uyuşmazlıklarının Yüksek Hakem

²⁰ Daha geniş bilgi için bkz. Mesut Gülmez, "Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001, s. 321.

Kurulu'nca kesin karara bağlanmasını öngören, gönüllü ve özgür toplu pazarlık sürecinin barışçı ve çatışmacı süreçler aşamasını ortadan kaldıran ve zorunlu hakem organına başvurulmasını öngören kuralı (geçici 1. madde).²¹

3. Toplu Eylem ve Grev Hakkına İlişkin Uyumsuz Kurallar

Sendika özgürlüğünün evrensel ve bölgesel kural ve ilkelerinin güvencesi altında bulunan toplu eylemlere başvurma hakkı ile onun uygulamada en çok bilinen ve kullanılan biçimini oluşturan grev hakkı konusunda da, Anayasa'da ve yasalarda çok sayıda aykırı ve uyumsuz kurallar vardır.

a. Anayasa'daki Uyumsuz Kurallar

Anayasa'nın grev hakkını düzenleyen 54. maddesi, "tepeden tırnağa" uluslararası sözleşmeler aykırıdır. Bunlardan yalnızca kimilerini sıralamakla yetineceğim:

> Grev hakkının "işçiler"e tanınması (m. 54/1);

> Grev hakkının, "toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde" tanınması (m. 54/1);

> Grev hakkının "iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmaması" (m. 54/2);

> Grev ertelemesinde, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca kesin çözüme bağlanması (m. 54/5);

> "Siyasal amaçlı grevin, dayanışma grevinin, genel grevin, işyeri işgalinin, işi yavaşlatmanın verimi düşürmenin ve diğer direnişlerin yasaklanması (m. 54/7);

> Kamu görevlileri sendikalarının "54 üncü madde hükümlerine tabi olma(dıkları)" belirtilerek, "grev özgürlüğü"nü "grev yasağı" rejimine dönüştürülmek istenmesi (m. 53/3).

21 Geçici 1. maddenin iptali istemini reddeden Anayasa Mahkemesi kararının eleştirisi için bkz. Mesut Gülmez, "Serbest Bölgelerde Grev Hakkı ve Anayasa Mahkemesi Kararı", Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1988, s. 274. vd.

b. 657 Sayılı Yasa'daki ve Ceza Yasası'ndaki Uyumsuz Kurallar

> 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nda kesin ve genel nitelikli "grev yasağı" öngörülmesi (m. 27);

> Grev yasağının, "bir daha devlet memurluğuna atanmamak" üzere, yani kesin olarak "devlet memurluğundan çıkarma" cezasıyla yaptırıma bağlanması (657, m. 125/E, a);

> Ceza Yasası'nın, üç yada daha çok devlet memurunun "evvelce aralarında vaki olan karar ve ittifaka binaen usul ve nizam hilafına memuriyetlerini terk ederlerse", her biri için ağır para cezası ve "muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ve "bu hareketlerinden devletçe bir zarar hasil olmuş ise", özgürlükten yoksun bırakıcı, "ölçsüz" ve ağır yaptırımlar (3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası) öngörmesi (m. 236).

c. 2522 Sayılı Yasa'daki Uyumsuz Kurallar

> "Yasal grevler" başlatabilmek için uzun ön bildirim sürelerinin öngörülmüş olması (m. 27 ve 35);

> Grev yasağı bulunan "işler" ve "yerler" in, dar anlamda "temel hizmetler" kavramıyla bağdaşmayacak biçimde geniş tutulması (m. 29 ve 30);

> Grev kararının karşı tarafa tebliğinden itibaren 60 gün içinde uygulamaya konulmasının öngörülmesi ve bu süreye uyulmaması durumunda hapis cezası getirilmesi (m. 37 ve 75);

> Karar verilmiş yada başlanmış olan yasal bir grev yada lokavtın belirli nedenlerle Bakanlar Kurulu'nca ertelenmesinde, erteleme süresinin sonunda, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu'nca kesin çözüme bağlanması (m. 33/1, 34/3 ve 52);

> Grev hakkı ve lokavtın, "iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde (kötüye) kullanılmaması" (m. 47);

> Kararları etkilemek amacıyla yasa dışı grev yapılmasına karşı üç ile dokuz ay arasında değişen hapis cezası yaptırımı öngörülmesi (m. 73);

> Siyasal amaçlı grevin, genel grevin, dayanışma grevinin, işi yavaşlatmanın, işyeri işgalinin, verimi düşürme ve üretimi aksatacak

nitelikteki her türlü direnişin yasaklanması ve hapis cezası yaptırımlarına bağlanması (m. 72/4).

IV. SONUÇ

Sendikal haklar alanındaki onbeş yıldan beri yapılan anayasal ve yasal düzenlemelerle sağlanan uyum yeterli olmaktan uzaktır. Üyelik ve sendikal etkinlikler ile ilgili yasaklar, Anayasa'da ve 2821 sayılı Yasada yapılan değişikliklerle kaldırılmıştır. Ancak, özellikle, Avrupa Birliği belgelerinde de (Topluluk Şartı ile Temel Haklar Şartında da) tanınan ve güvenceye bağlanan, "grev hakkını da kapsayan toplu eylem hakkı" konusundaki yasak ve kısıtlamalar, 1982 ve 1983'teki biçimleriyle hem Anayasa'da, hem de birkaç değişiklik dışında yasalarda durmaktadır.

Dolayısıyla, verilen örneklerinde de açıkça görüldüğü gibi, farkında olunmayan yada olunmak istenmeyen uyumsuz kuralların sayısının, uyumu sağlananlardan çok olduğunu söylemek bir abartma sayılmamalıdır.

Sendikal haklar alanındaki uyum sorunu, Avrupa Birliğine tam üyelik başvurusunun yapıldığı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde hakları çığnemenlere "bireysel başvuruda bulunma hakkı" tanınmasından önce gündeme gelmiştir. Dolayısıyla sendikal uyum düzenlemeleri, başlangıçta Avrupa Konseyi'ne ve Avrupa Birliği'ne değil Uluslararası Çalışma Örgütü'ne uyum sağlamak için yapılmıştır. Ancak son yıllarda, genel olarak insan hakları alanında AB'ye (özellikle Kopenhag ölçütlerine) ve İHAS'a uyum sağlamaya öncelik verilmiştir.

Kanımca, sendikal haklar açısından bu hedef ve çerçeve yetersizdir. Sendikal haklar alanında uyum için, yönümüzü öncelikle AB'ye değil UÇÖ'ye çevirmemiz gerekir. Bunun AB ve AT Antlaşmaları'nda hukuksal dayanakları vardır. AB'nin, antlaşmasal bir ilke olarak bağlı olduğu "insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterme" ilkesi, insan haklarından olduğuna kuşku bulunmayan sendikal hak ve özgürlükleri, bunları evrensel düzeyde tanıyıp güvenceye alan UÇÖ sözleşmelerini (yani 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeleri) de kapsamaktadır.

Sendikal haklar alanındaki uyum düzenlemeleri, resmi söylemin tersine, "halkımız, yani kendi insanımız, çalışanımız ve işçimiz istediği", "onlar bunu hak ettiği" ve akademisyenler önerdiği için değil, ne yazık ki UÇÖ istediği için yapılmıştır. Uyum düzenlemelerinin hemen hepsinin, UÇÖ Genel Konferansı öncesinde gerçekleştirilmiş olması, gerçekleştirilemeyenler içinse yasa taslak ve tasarıları hazırlanması bu geleneksel oyalayıcı tutumun açık kanıtlarıdır.

Uyum düzenlemelerinin hazırlık ve oluşum aşamasında akademik, sendikal vb. çevrelerle içten ve sürekli bir etkileşim gerçekleştirilmemiştir. Bunun en çarpıcı örneği, Anayasada belli bir hak öznesine belli bir hakkın iki ayrı maddede iki kez tanınması ve iki özel yasa çıkarılmasının öngörülmesidir.

Siz böyle bir örnek biliyor musunuz? Böyle bir Anayasa tanıyor musunuz?

OTURUM BAŞKANI- Teşekkürler Sayın Mesut Gülmez.

Dernekler ve vakıflar konusunda bildiri sunacak olan Sayın Av. Suat Ballar, 1950 senesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi, 1978'e kadar Ankara'da avukat olarak mesleğini icra etti. O tarihten itibaren bugüne kadar da İstanbul'da görev yapıyor. Dernek, vakıflarda kuruculuk ve başkanlık yaptı, hatta yanılmıyorsam iştigal alanı öğrencilik yıllarında başladı. Şimdi sivil toplum kuruluşlarıyla ilgili çalışmalar yapıyor. Eserlerinden bazıları şunlar: "Türk Dernekler Hukuku" "Yeni Vakıflar Hukuku" "Mülhak, Mazbut ve Yeni Vakıflar Sözlüğü" "Çocuk Sorunları."

Buyrun efendim.

DERNEK VE VAKIFLAR AÇISINDAN KOLLEKTİF ÖZGÜRLÜKLER

Av. SUAT BALLAR

I - Avrupa Birliği Bağlamında

Öncelikle, 1997 yılında Avrupa Konseyi'nce kabul edilen "Avrupa'da Dernekler ve Vakıfların Rolünün Geliştirilmesi" adlı tebliğde yer alan tanımlamaları, kriterleri ve sorunlar ile önerileri vurgulamak; daha sonra da ülkemizdeki gelişmelere, anlayışa ve uyum yasaları uyarınca yapılan düzenlemeler ile Avrupa Birliği kriterlerine ya da diğer bir deyimle kolektif özgürlüklere aykırı olarak yürürlüğünü sürdüren yasa hükümlerine yer vermek istiyorum.

Avrupa Birliği kriterlerine göre, dernekler ile vakıflar sosyal etkinliklerde, iş olanakları ile etkin vatandaşlığın yaratılmasında, demokrasi ve çeşitli hizmetlere katkıda, bir çok kamu kuruluşu nezdinde vatandaşların yararlarını temsil eden ve kalkınma politikalarının belirlenmesi ile insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasında rol oynayan kuruluşlardır.

Vatandaşlık duygusunu güçlendirmede ve bunun belirtisi olarak ortam sağlamada sivil toplum kuruluşlarının önde görülen sorunu, kamu yönetiminin sivil toplum kuruluşlarına yeterince değer vermediği ve politikacıların, sivil toplum kuruluşları hakkında yeterli bilgilere sahip bulunmamalarıdır.

Diğer sorunları ise,

* Ortak projeler için, diğer ülkelerde benzer düşüncede ki kuruluşları bulma zorluğu,

* Ortak projeler için Avrupa Fonlarından finansman bulma güçlüğü,

* Bazı ülkelerdeki kuruluşların yasal olarak tanınmaması ve eğitim noksanlığı

* Kamuda Avrupa düzeyinde çalışma isteklerine karşı anlayış yoksunluğu,

oluşturmaktadır.

Bu sorunlara karşı Avrupa Konseyi'nin önerileri, gelişmeye yönelik incelemelerin yapılmasına ilişkin olup buna göre,

* Her düzeyde sivil toplum kuruluşları hakkında daha çok bilgi ve anlayış sahibi olunması,

* Kamu makamlarıyla sivil toplum kuruluşları arasındaki işbirliğinin sağlanması,

* Vakıflar ve dernekler için özgür yönetim yasalarının düzenlenmesi,

* Sivil toplum kuruluşlarının etkinliklerinde uygulayabilecekleri mali esaslar ile rekabet kurallarının oluşturulması,

* Yeterli ve güçlü bir eğitimin uygulanması,

* Bilgi toplumundaki gelişmeler ile yakın ilişkide bulunulması,

* Fonların ortaklaşa finanse ettikleri programlara en iyi biçimde ulaşılması ve sürekli mali olanakların sağlanması gerekli görülmüştür.

Avrupa Birliği üyeleri arasından, Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya ve Yunanistan'dan aldığımız dernekler ve vakıflara ilişkin somut örneklerle göre,

1) DERNEKLER

* Dernek kurma hakkı. Anayasa güvencesi altında olup İngiltere'de ise dernek kurma hakkına ilişkin yazılı bir metin yoktur.

* En az kurucu üye sayısı. Almanya, Fransa ve İngiltere'de iki üye; Yunanistan'da yirmi üye olup İtalya'da en az üye koşulu yoktur.

* Üye olmada uyruk koşulu bulunmamaktadır.

* Hak ve eylem ehliyeti yönünden kısıtlama olmayıp Fransa'da sadece taşınmaz edinimi için bazı kısıtlamalar bulunmaktadır.

* Tescil koşulu söz konusu olup Fransa ve İtalya'da tescile gerek görülmemiştir.

* Dolaylı vergi konusunda, belirli bağışıklıklar tanınmış olup vergi oranları sıfırdır. Yunanistan'da kamu yararına çalışan dernekler için bağışıklık oranı % 4 olup vergi oranları sıfırdır.

* Dolaysız vergi konusunda, Almanya'da genelde kurumlar vergisi uygulanmakta, ancak 7.500 DM altındaki genel gelirler vergi bağışıklığından yararlanmaktadır. İmtiyaz tanınmış ya da hayır ve dini amaçlı derneklere vergi bağışıklığı tanınmıştır. Fransa'da genelde dernekler kurumlar vergisinden bağışık olup yerel vergileri öderler. İngiltere'de dernekler kurumlar vergisine bağlı olup hayır amaçlı ve kâr amacı gütmeyen dernekler vergiden bağışık tutulmuşlardır. İtalya'da dernekler kurumlar vergisine bağlı olup kültür amaçlı ve araştırmacı derneklere % 50 oranında vergi indirim yapılmaktadır. Yunanistan'da derneklerin taşınır ve taşınmaz mallarından elde ettikleri gelirler vergiye bağlı kılınmıştır.

* Bağışlarda vergi konusunda, Almanya'da kamu yararına çalışan ve hizmetleri kamu yararına olduğu kabul edilen derneklere yapılan bağışlar, bağışçıların vergiye bağlı gelirlerinden % 5 ile % 10 oranlarında, bağış yapan şirketler için toplam ciro ile ödenen ücretlerin % 0.2 sine kadar indirim yapılmaktadır. Fransa'da tanınmış derneklere yapılan özel bağışlar, % 1.25 oranında vergiden düşülmektedir. Kamu yararına çalışan dernekler için bu oran % 5 olup bu bağışlar, bağış değerinin % 50 sine kadar eşit bir vergi indirimine olanak vermektedir. Bağış yapan şirketlerin gelirlerinden düşme oranı % 37 ve tanınmış dernekler için ise % 42 dir. İngiltere'de bir yıl aşacak bir süre için belirli bir tutan hayır derneğine bağışlamaya söz veren kişinin yaptığı sözleşme gereğince, kesilen kurumlar vergisi kendisine iade edilmektedir. İtalya'da, kamu yararına çalışan ya da kültür ve dini amaçlı derneklere kişilerin yaptıkları bağışlar % 2 oranında gelirlerinden düşülmektedir.

Yunanistan'da, bağışçıların Yunanlı olması halinde yaptıkları bağışlar gelirlerinden indirilmektedir.

* Denetim, Almanya, Fransa ve İngiltere'de yıllık faaliyet raporlarının genel kurula sunulması ya da bağımsız bir denetim kuruluşunun raporu ile; İtalya'da yetkili makamların denetimiyle; Yunanistan'da yerel makamların kontrolü ile yapılmaktadır.

2) Vakıflar

* Kuruluş genelde resmi senet ve vasiyetname ile yapılmakta, yeterli mal tahsisi gerekmekte, vakıflara vergi bağışıklığı resmi makamlar ya da Danıştayca tanınmaktadır.

* Üye olmada uyruk koşulunda, bir kısıtlama bulunmamaktadır. Fransa'da kamu yararına olması halinde uyruk koşulu aranmamaktadır.

* Hak ve eylem ehliyeti. Almanya'da amacın gerçekleştirilmesi için gerekli ehliyet tanınmıştır. Fransa ve İtalya'da dernekler hakkındaki hükümler vakıflar için de uygulanmaktadır. Yunanistan'da hak ve eylem ehliyeti sınırsızdır.

* Vergi konusunda. Almanya, Fransa ve Yunanistan'da derneklere ilişkin hükümler uygulanmaktadır. İtalya'da kültür, tarih, bilimsel ve araştırmacı amaçlı vakıfların vergiye bağlı gelirlerinin % 50 si indirimden yararlanmaktadır.

* Denetim Almanya'da vakıflar, yetkili makamın denetimine bağlı olup malî işlemleri hakkında derneklere ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Fransa'da kamu yararına çalışan derneklere ilişkin hükümler uygulanmaktadır. İtalya ve Yunanistan'da hükümet makamları vakıfları denetlemektedir.

TÜRKİYE'DE DURUM

Avrupa Birliği üyesi 5 ülke yönünden vermiş bulunduğum bu verilere göre ülkemizde aksine uygulamaların bulunduğu ve özgürlükler bir yana hakların kısıtlandığı görülecektir.

Ülkemizde vakıflar ve derneklerin oluşumları ile hak ve yükümlülükleri, sürekli iniş ve çıkışlara bağlı kılınmış, çoğu kez kişiler

iradeleri dışında yönlendirilmiş ve hukuksal tanımlamalarda çelişki yaratan anlayışlar meydana gelmiştir. Uygulamada öncelikle devlet ve beklentileri ağırlık kazanmış, sivil toplum kuruluşları ile bireysel ve kolektif özgürlükler göz ardı edilmiştir.

1) Vakıflar

Türkiye Cumhuriyeti dönemine intikal eden vakıf anlayışı ve kavramı bu kez 1926 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu'ndan esinlenen "tesis" anlayışına dönüşmüştür. Başarıya ulaşamayan bu anlayış daha sonra 1967 yılında kabul edilen yasayla yeni vakıflar düzenlemesine kavuşmuştur. Osmanlı İmparatorluğu döneminden Cumhuriyete intikal eden vakıflar mazbut vakıflar, mülhak vakıflar ve cemaat vakıfları olarak adlandırılmış ve bugüne kadar bu vakıflar hakkında, örneğin gayri sahih vakıflar ve taviz bedeli konusunda yargının kararı olmaksızın bir uygulama ve çözüm olanağı bulunamamıştır.

Vakıflar, siyasal etkiler, dinsel korumacılıklar ve sosyal akımların elemanları ile karşı karşıya kalmıştır. Ayrıca ilgisizlik ve kurumun niteliğine gereken önemin verilmemesi vakıfların karşılaştığı en büyük güçlükler olmuştur. Diğer yandan bu güçlükleri de geride bırakan gelişmeler olmuş, bazı vakıfların siyasal girişimlerini artırmaları üzerine vakıflara kısıtlamalar getirilmiştir.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, örneğin vakıf resmi senedinin düzenlenmesi ya da değiştirilmesi, tahsis olunan malvarlığının yeterliliği, vakfın örgütü, ikametgah gibi konularda bu güne kadar bir içtihadı sahip olamamış, mahkemelere verilen mütalaalar incelemeyi yapan yetkilinin kişisel kanaatine göre oluşmuştur. Özellikle son yıllarda vakfedenlerin öngördükleri düşünce, anlayış, biçim, sözcük ve cümleye dahi karşı çıkılarak vakfedenlerin iradeleri hiçe sayılmıştır.

İstanbul'da yüzlerce vakfı içeren bir liste doğrultusunda vakıfların dağılmasına ve yöneticilerinin azline ilişkin davalar açılmış ve açılmaya devam edilmekte, haklı gerekçelerin bulunduğu talepler yanında hiç bir gerekçe ve delil bulunmayan talepler tedirginlik ve hatta endişe yaratmaktadır. Ne yazık ki Vakıflar Genel Müdürü, dağıtılan vakıf sayısı

ve azledilen vakıf yöneticisi sayısı artıkça bunu gazetelerde bir iftihar vesilesi yapmaktadır.

Bu doğrultuda mahkemelerde yapılan itirazlar dikkate alınmamakta, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün gerekçesiz ve yetersiz mütalaalarına itibar edilmekte, Anayasa ile Türk Medeni Kanunu'nun yargıçlara verdiği yetkiler göz ardı edilmektedir. Ancak şükranla belirtmek istiyorum, Yüksek Yargıtay, adaletin gerçekleşmesinde en doğru kararları vermekte ve biz uygulayıcılar bundan gurur ve huzur duymaktayız.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, yasalarda yer almayan tebliğ ve genelgesi doğrultusunda maksadı aşan denetim görevi ağırlığının gerekçesini yeni vakıfların çokluğuna bağlamıştır. İrdelendiğinde Osmanlı İmparatorluğu nüfusunun 1884 yılında 28.900.000 ve Türkiye'nin nüfusunun 1927 yılında 13.648.270 olduğu dönemlerdeki eski vakıfların sayısının 30.000 e ulaştığı, 2000 yılında yapılan sayımda nüfusu 67.803.927 olan Türkiye'nin halen sahip olduğu yeni vakfın sayısının ise 5.000'e ulaşmadığı görülecektir. Oranladığımız zaman, Osmanlı İmparatorluğu döneminde 963 kişiye bir vakıf düşerken içinde bulunduğumuz dönemde ise 13.961 kişiye bir vakıf düşmektedir.

Cemaat vakıflarında bugüne kadar anlaşmazlık ve sorunların çözümlenmesi bir sonuca bağlanamamıştır. İstanbul'un fethinden sonra Fatih Sultan Mehmet, insanların ortak çıkarlar yönünde uzlaşmaya dayalı toplumlar oluşturmalarını amaç edinmiş, bu doğrultuda, Rumlara, Ermenilere ve Yahudilere azınlık hakları vermiş, dini nitelikli örgütlenmelerini ve eğitim yapmalarını evrensel siyasetinin gereği saymıştır.

1839 Gülhane Hatt-ı Hümayun'u ile başlatıldığı, 1856 Islâhat Fermanı ile sürdürüldüğü ve 1876 Kanun-i Esasi hükümleriyle de pekiştirildiği üzere Osmanlı ülkesinde var olan bütün dinlerin serbestçe yerine getirileceği ve çeşitli cemaatlere verilmiş olan mezhep imtiyazlarının devletin himayesine alındığı belirtilmiştir.

1784-1839 yıllarında yaşayan Sultan II.Mahmut, "Ben vatandaşımın müslümanını camide, hristiyanını kilisede, musevisini de havrada farklı

ederim. Aralarında başka ğuna bir fark yoktur. Cümlesi hakkında muhabbet ve adaletim kavidir, hepsi gerçek evladımdır." demek suretiyle aslında azınlıklar ve dolayısıyla cemaat vakıfları için Osmanlı anlayış ve uygulamasının kriterlerini simgeleştirmiştir.

Ancak, zımmilerin kurduğu ve devletin kabul ettiği kilise yoksullarına yardım vakıfları yanında kilise ve havralara, okullara, hastanelere yardım vakıfları da kurulmuş, ancak bu vakıflar para vakıfları olmayıp taşınmaz edinmiş ve Padişah Fermanı'na aykırı vakıflar olmaları nedeniyle tanınmamışlardır. 1923 yılında Lozan Barış Andlaşmasında, azınlıkların aile hukuku ya da kişisel hakları konusundaki sorunlarının, geleneklerine göre çözülmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Türk Kanunu Medenisi'nin Tatbik Şeklini Gösteren Kanun gereğince, mülhak, mazbut ve cemaat vakıflarını düzenleyen 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu çıkarılmıştır. Yasanın 44.maddesi ile cemaat vakıflarının, gelir ve giderleri ile malvarlıklarını, hak ve eylem ehliyetlerini gösterir bir beyanname vermeleri öngörülmüştür. Uygulamada "1936 Beyannamesi" olarak adlandırılan bu hukuksal işlemde cemaat vakıfları tereddüde düşmüşler, yasal süre yönünden hak kaybına uğramamak için yeterli bir beyanda bulunamamışlar, bu nedenle ihtirazi kayıtlı beyannamelerini vermişlerdir. Beyannameler sadece malik olunan taşınmazların bir listesi halinde kalmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 8 Mayıs 1974 tarihli kararı ile "Cemaat vakıflarının vakıfnameleri bulunmadığı için bunların verdikleri beyannamelerin vakıfname olarak kabulü zorunluğu ortaya çıkmıştır. Beyannamelerinde açıklık olmayan hayır kurumları da gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yoluyla taşınmaz mal iktisap edemezler." içtihadını benimsemiştir.

Görülüyor ki, 1453 yılından bu yana yaklaşık 550 yıllık süreçte, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerine ilişkin olarak bir çok yasal düzenleme yapılmış, konu uluslararası bir kişilik kazanmış, Yargıtay kararları uygulamaları yönlendirmiş ve çözüm tam anlamıyla

sağlanamayarak sorunlarda, düğüm üzerine düğüm atılmaktan öteye gidilememiştir.

2) Dernekler

Derneklerde, eskilerin deyimi ile "ifrat ya da tefrit" yâni aşırı ölçü ya da aşırı ölçsüzlük, yasaların hükümlerini etkilemiş, dernek kurmaya özenenler ile kuranların sınırsız özgürlük ve davranış istekleri yönetimin engelleyici ve kısıtlayıcı önlemleri ile karşılaşmıştır. Bundan 126 yıl öncesinde, 1876 Anayasası'nın olmasına karşın, dernek kurma ve toplanma hakkında söz edilmemişken dernekleşme girişimlerinin çoğalmasi üzerine 1909 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle dernek kurma hakkı ve toplanma özgürlüğü tanınmıştır.

Derneklerin çoğalmasi ve dernek kurma hakkının açık bir biçimde kabul edilmesi üzerine 2.Meşrutiyet döneminde, ki halen yürürlükte bulunan 1 Temmuz 1901 tarihli Fransız Cemiyetler Kanunu'ndan esinlenmek suretiyle düzenlenen 16 Ağustos 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu uygulamaya konulmuştur. Bu yasa 1923 yılında çıkarılan yasalarla yönetimin sıkı denetlemesine dönüştürülmüştür.

1926 yılında çıkarılan Türk Kanunu Medenisi ile derneklerin aşırı ölçü eğrisi azalmış ancak bir süre sonra yükselmesi üzerine 1938 yılında yeni Cemiyetler Kanunu yürürlüğe konularak otoriter sistem benimsenmiştir. 1961 Anayasası ile tanınan haklarla aşırı ölçsüzlük eğrisi yükselmeye başlamış ve 12 Mart 1971 tarihi öncesi olaylar ve uygulamada beliren aşırı ölçsüzlük davranışları 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun doğumuna neden olmuştur.

Aşırı ölçsüzlük eğrisinin daha da çoğalmasi bu kez 12 Eylül 1980 tarihi öncesine rastlamış ve yaşamayı, hakları kısıtlama ve gerekli önlemleri alma zorunluluğuna yöneltmiştir. 7 Ekim 1983 tarihinde yürürlüğe giren 2908 sayılı Demekler Kanunu, derneklerin amaç ve çalışma konuları dışında özellikle siyasal, ayrılıkçı ve ideolojik eğilimlere sapmalarına karşı diğer bir tepki yasası olmuştur.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'ndaki derneklere ilişkin değişik hükümler yanında, 2908 Sayılı Dernekler Kanunu'nda da Avrupa Birliği uyum yasaları doğrultusunda önce 9

Ağustos 2002 tarihli Kanunla ve halen de içinde bulunduğumuz haftada, Türk Medeni Kanunu ile Dernekler Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır.

Uyum Yasaları Düzenlemeleri

Avrupa Birliği'ne üye olmamızı kolaylaştıran koşullar arasında yer alan Türk Medeni Kanunu ve Dernekler Kanunu'nda değişiklik yapılması zorunlu görülmüş ve aşağıda gösterilen yasa değişiklikleri yapılmıştır.

1) Yeni Vakıflar

A) Türk Medeni Kanunu'nun 101 ila 117.maddelerinde yer alan hükümlerde yeni vakıflar için öngörülen değişik önemli yeni hükümler aşağıda gösterilmiştir.

- 101. maddede, vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanmış; vakıflarda üyeliğin olmayacağı açıklanmış; Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı ya da belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıfların kurulamayacağı belirtilmiştir.

- 103. maddede, mahkemenin verdiği kararın, tebliğ tarihinden başlayarak bir ay içinde, başvuran ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temyiz edilebileceği açıklanmıştır.

- 109.maddede, vakfın bir yönetim organının bulunmasının zorunlu olduğu, vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebileceği belirtilmiştir.

- 111.maddede, vakıfların, vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmediikleri, vakıf mallarını amaca uygun biçimde yönetip yönetmediikleri ve vakıf gelirlerini amaca uygun olarak harcayıp harcamadıklarının Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce ve üst kuruluşlarınca denetleneceği ve üst kuruluşlarınca yapılacak denetimin özel kanun hükümlerine bağlı olduğu açıklanmıştır.

- 114.maddede, yönetim organının her takvim yılının ilk üç ayı içinde vakfın bir önceki yıla ait malvarlığı durumunu ve çalışmalarını bir rapor hâlinde denetim makamına bildireceği ve durumun uygun araçlarla yayımlanmasını sağlayacağı belirtilmiştir.

- 115.maddede, İçişleri Bakanlığı'nın, Anayasa'da öngörülen hâllerde ve belirlenen usullere uygun olarak, denetim makamının da görüşünü almak suretiyle mahkemece bir karar verilinceye kadar vakfı geçici olarak faaliyetten alıkoyabileceği ve derhâl mahkemeye başvuracağı; hâkimin başvuruyu gecikmeksizin karara bağlayacağı ifade edilmiştir.

- 116. maddede, yasak amaç güttüğü ya da yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan ya da amacı sonradan yasaklanan vakfın amacının değiştirilmesine olanak bulunmazsa; vakfın denetim makamının ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak dağıtılacağı açıklanmıştır.

- 117.maddede, derneklerin uluslararası faaliyette bulunmalarına ve üst kuruluş kurmalarına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla vakıflar hakkında da uygulanacağı ve kamuya yararlı ya da özel kanunlarla kurulan vakıflar hakkındaki özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

2) 4771 Sayılı Kanun uyarınca Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde ile

"Türkiye 'de kurulan vakıflar, amaçları doğrultusunda uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde, İçişleri ve Dışişleri bakanlıklarının görüşleri alınmak suretiyle, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu Bakanlığın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nun izniyle yurt dışında kurulmuş vakıf veya kuruluşlara üye olabilirler.

Türkiye'de kurulan vakıfların vakıf senedinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette bulunması ve yurt dışında şube açması ile yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf veya kuruluşlarla işbirliği yapması, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıklarının görüşleri alınmak suretiyle, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu Bakanlığın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlıdır.

Yabancı ülkelerde kurulmuş vakıflar, uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde, karşılıklı olmak koşuluyla, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları'nın görüşleri alınmak suretiyle, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu Bakanlığın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nun izniyle Türkiye'de faaliyette bulunabilirler, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler, kurulmuş üst kuruluşlara katılabilirler veya kurulmuş vakıflarla işbirliği yapabilirler.

Bu vakıflar, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar hakkında uygulanan mevzuata tâbidir." hükmü konulmuştur.

2) Cemaat Vakıfları

Avrupa Birliği uyum yasaları doğrultusunda çıkarılan 4771 sayılı kanundaki "Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulu'nun izniyle ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler." Hükmü ile buna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte geçmişin uygulamaları güya düzeltilmek istenmiştir.

Ancak tatmin olmayan toplumun tepkisi ve özellikle Avrupa Birliği kriterleri, "Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları'nın uygun görüşü ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izniyle ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler." hükmünü içeren bir yasa değişikliğini TBMM'nin gündemine getirmiştir.

3) Dernekler

1) Türk Medeni Kanunu'nda yapılan derneklere ilişkin önemli değişiklikler aşağıda gösterilmiştir.

- 57. maddede "Fiil ehliyetine sahip olan gerçek kişiler ile tüzel kişiler dernek kurucusu ve dernek üyesi olma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir..

- 58. maddede, tüzüklerde geçici yönetim kurulunun belirtilmesi zorunluğu getirilmiştir.

- 59. maddede, Dernekler Kanunu'nun kabul ettiği "serbest kuruluş sistemi" değiştirilmiş "normatif bildirim sistemi" öngörülmüş, kuruluş

bildirimi, tüzük ve gerekli belgelerin yerleşim yerinin en büyük mülki amirine verilmesi ile birlikte derneklerin tüzel kişilik kazanmaları kabul edilmiştir.

- 60.maddede, inceleme süresi 30 gün iken 60 güne çıkarılmıştır. Ayrıca, eksiklik ve yanlışların düzeltilmesi için geçici yönetim kurulu görevli iken bu görev kuruculara verilmiştir.

- 65.maddede, kanun ve tüzükte aranılan niteliklerin kaybedilmesi halinde üyeliğin kendiliğinden sona ermesi öngörülmüştür. Ancak, kendiliğinden sona ermenin de en azından derneğin bir organı tarafından tespit edilmesi gerekmektedir.

- 66.maddede, "... altı ay önceden yazılı olarak bildirmek kaydıyla dernekten çıkma hakkı" tanınmıştır.

- 67.maddede, tüzükte yer alan nedenlere göre çıkarılmada üye bu nedenlerin haklı olmadığı gerekçesiyle çıkarılmaya itiraz edememekte; ancak tüzükte çıkarılma nedenlerinin düzenlenmemesi halinde ancak haklı nedenlere dayanılarak çıkarılma yapılabilmekte ve bu karara da üyenin itiraz hakkı bulunmaktadır.

- 68.maddede, "Her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır" ve "Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, dernek malvarlığında hak iddia edemez." hükmü getirilmiştir.

- 64.maddede, ödenti verme borcunun tüzükle düzenleneceği, tüzükte düzenleme olmaması halinde dernek amacının gerçekleşmesi ve borçlarının karşılanması için yapılan zorunlu ödemelere üyelerin eşit olarak katılacakları öngörülmüş; dernekten çıkan ya da çıkarılan üyenin üyelikte bulunduğu sürenin ödentisini vermeye zorunluğuna getirilmiştir.

- 71.maddede, üyeler, dernek düzenine uymak ve derneğe sadakat göstermekle, derneğin amacına uygun davranmak, özellikle amacın gerçekleşmesini güçleştirecek ya da engelleyecek davranışlardan kaçınmakla yükümlü kılınmıştır.

- 76.maddede, tüm üyelerin bir araya gelmeden yazılı olarak aldıkları kararlar ile çağrı usûlüne uyulmadan tüm üyelerin bir araya gelerek aldıkları kararlar geçerli kılınmıştır.

- 77.maddede, genel kurul çağrısı ayrıca yazılı olarak üyelere bildirilecektir. Çağrı usulü ve toplantının ertelenmesine ilişkin konular, çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.

- 78.maddede, dernek tüzüğünde aksine bir hüküm olması halinde genel kurulun başka bir yerde de yapılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca toplantı yetersayı "salt çoğunluk" olarak kabul edilmiştir.

- 81.maddede, genel kurul karar yetersayı "salt çoğunluk" ve tüzük değişikliği ile derneğin feshi kararları için yetersayı "2/3 çoğunluk" olarak öngörülmüştür.

- 83.maddede, genel kurul kararlarının yok ya da mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklı olmak üzere alınan karara katılmayan her üye karar tarihinden itibaren bir ay içinde; toplantıda bulunmayan her üye kararı öğrendiği tarihten başlayarak bir ay içinde, her halde karar tarihinden başlayarak üç ay içinde mahkemeye başvurarak kararın iptalini isteyebilecektir. Dernek organlarının kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tükedilmedikçe iptal davası açılmayacaklar.

- 93 .maddede, Türkiye'de yerleşme hakkına sahip olan yabancı gerçek kişilerin, karşılıklı olmak koşuluyla dernek kurabilecekleri ya da kurulmuş derneklere üye olabilecekleri öngörülmüştür.

- 96. maddede, kuruluş amaçları aynı olan en az beş derneğin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleri suretiyle federasyon kurabilecekleri belirtilmiştir.

- 97.maddede, kuruluş amaçları aynı olan en az üç federasyonun, amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleri suretiyle konfederasyon kurabilecekleri belirtilmiştir.

2) Halen TBMM'nin gündeminde bulunan kanun tasarısı ile Türk Medeni Kanunu'nun 91 ve 92.maddelerinin aşağıda gösterildiği üzere değiştirilmesi söz konusudur.

- 91.maddede, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette ve işbirliğinde bulunmaları, yurt dışında şube açmaları, yurt dışında kurulmuş dernek ya da

kuruluşlara üye olarak katılmalarına, izne gerek olmadan, olanak sağlanmıştır.

- 92 .maddede, yabancı derneklerin uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde ve karşılıklı olmak koşuluyla, Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığı'nın izniyle Türkiye'de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilecekleri, şube açabilecekleri, üst kuruluşlar kurabilecekleri ve kurulmuş üst kuruluşlara katılabilecekleri belirtilmiştir.

3) Dernekler Kanunu'nda 4771 sayılı yasa gereğince yapılan değişiklikler aşağıda gösterilmiştir.

- 7. maddede yer alan yasak önce yürürlükten kaldırılmış daha sonra uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde; uluslararası faaliyette bulunma amacını güden derneklerin kurulması, bu derneklerin yurt dışında şube açması, yurt dışındaki benzer amaçlı dernek ya da kuruluşlara üye olması ya da bunlarla işbirliği yapması ya da yurt dışında faaliyette bulunması, Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığı'nın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlanmıştır.

- 12.maddede yer alan yasak kaldırılmış daha sonra yurt dışında kurulan derneklerin, uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde ve karşılıklı olmak koşuluyla, kültürel, ekonomik, teknik, sportif ve bilimsel konularda bilgi ya da teknolojilerinden yararlanılmak üzere; Türkiye'de şube açmaları, Türkiye'de kurulmuş bulunan derneklere üye olmaları ya da bunlarla işbirliği yapmaları, Türkiye'de faaliyette bulunmaları, Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığı'nın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlanmıştır.

- 15.madde ile, derneklerin kütüğü İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü ile illerde emniyet müdürlüklerince tutulmakta ve kayıt işlemleri yapılmakta iken derneklerin kütüğünün İçişleri Bakanlığı Dernekler Daire Başkanlığı'nda ve illerde valilikler bünyesinde tesis edileceği ve kayıt işlemlerinin yapılacağı hükmü getirilmiştir.

Getirilen diğ er bir hüküml e de, Dernekler Daire Başkanlığı'ndaki Dernekler Kütüğü'ne bütün konfederasyon, federasyon ve dernekler ile ş ubeleri ve merkezleri yurt dışında bulunan derneklerin Türkiye'de aç ılmış ş ubelerinin kaydolunacağı; illerdeki dernek kütüğüne, merkezleri o il sınırları içinde bulunan konfederasyon, federasyon ve dernekler ile ş ubeleri ve merkezi başka illerde ya da yurt dışında olan derneklerin o il sınırları içinde aç ılan ş ubelerinin kaydolunacağı belirtilmiştir.

- 34.maddede, federasyonların, kuruluş amaçları aynı olan en az beş derneğin; konfederasyonların, kuruluş amaçları aynı olan en az üç federasyonun, amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleri suretiyle kurulabilecekleri öngörülmüştür.

- 43 .maddede, dernekler, en az yedi gün önceden merkezlerinin bulunduğu ve faaliyetin düzenleneceği illerin valiliklerine bildirimde bulunmak şartıyla yabancı ülkelerdeki dernek ya da kuruluşların üyelerini Türkiye'ye davet edebilecekleri ya da yabancı dernek ya da kuruluşların davetlerine uyarak üyelerini ya da dernek üyesi olma hakkına sahip üçüncü kişileri yurt dışına gönderebilecekleri öngörülmüştür.

- 45.maddede, derneklere beyanname verme yükümlülüğü uyarınca denetim sistemi öngörülmüştür.

- 46.maddede, dernekler ile ilgili hizmetleri yürütmek, tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacın gerçekleştirilmesi için sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları doğrultusunda faaliyet gösterip göstermediklerini, defterlerini ve hesaplarını mevzuata ve tüzüklerine uygun olarak yürütüp yürütmediklerini denetlemek üzere İçişleri Bakanlığı bünyesinde Dernekler Daire Başkanlığı kurulmakta; bu birimin kuruluş, çalışma şekli ve denetleme esas ve usulleri, İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmektedir.

- 62.maddede, derneklerin tutmakla yükümlü buldukları 6 adet deftere ilişkin hüküm kaldırılmış ve bunun yerine tutulacak defterler ile ilgili usul ve esasların İçişleri ve Maliye Bakanlıkları'nca birlikte çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

- 73.maddede, derneklere ilişkin iş ve işlemleri yürütmek, hizmetleri görmek üzere illerde valilikler, ilçelerde de kaymakamlıklar bünyesinde derneklerle ilgili bir birim oluşturulmaktadır. Bu birimin illerdeki teşkilatlanması, kuruluş, görev ve yetkileri ile 15 inci maddeye göre oluşturulacak Dernekler Kütüğü'nün şekli, düzenleme ve kayıt esasları, İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir.

- 82.maddedeki, yabancı dernek ve kuruluşlarla ilişki kurmak, bildiri yayımlanması ve genel denetim ile ilgili işlemlerde öngörülen üç aydan altı aya kadar olan hapis cezaları bir milyar liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezasına çevrilmiştir.

4) Halen TBMM'nin gündeminde bulunan kanun tasarısı ile Dernekler Kanunu'nun 5, 6, 16, 18, 44. maddelerinin değiştirilmesi söz konusu olup önemli olan 5, 6 ve 16.maddeleri aşağıda gösterilmiştir.

- 5.maddede, kurulacak yasak dernekler kistaslarının çoğu kaldırılmış ve sadece Anayasa, inkılâp kanunları, millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının özgürlüklerini kısıtlamaya ilişkin kısıtlamalar öngörülmüştür.

- 6.maddede yer alan "yasaklanmış dillerle yazılmış" belgeler için öngörülen yasak kaldırılmış ve yerine "Dernekler, resmî işlemlerinde Türkçe kullanırlar." hükmü getirilmiştir.

- 16. maddenin 1.fıkrası değiştirilerek tüzel kişilerin de derneklere üye olabilecekleri kabul edilmiştir.

Denilecektir ki, daha önce çıkarılmış bir yasa, çok kısa bir süre sonra, ne değişmiştir ki değiştirilmiştir. Hadi değiştirildi diyelim, bu güne kadar yasa hükümlerini uygulamayıp kendi düşüncelerini uygulayan bürokrasi için bu değişiklik, deyim yerinde ise, ne yazacaktır. Bunca çıkan yasalara rağmen Avrupa Birliği'nin uygulamaları da görelim demesinin bir hikmeti vardır ve bürokrasimiz devletine değil milletine hizmet ettiği takdirde yasalar değer kazanacaktır.

Anlattıklarım, dernekler ve vakıfların olması gereken nitelikleri ile hali hazırdaki durumları ve Avrupa Birliği kriterleri doğrultusunda ki değerlendirilmelerine ilişkindir. Aslında söz konusu olan toplum ile toplumun oluşturduğu kurumlarda ki bireylerin düşünce, iyi niyet ve çabalarının övgüye değer bulunması ya da cezalandırılmasıdır.

Bir toplumu oluşturan bireyler ile oluşturulan topluluğun bireyleri birlikte hizmet etmenin, amaçlar için çaba harcamanın ve dolayısıyla başarının koşullarını ararlar. Bu koşulların başında güven ve özellikle özgürlükler gelir. Kişi, lütfen görev aldığı bir çalışmada iradesini ipotek altına alacak anlamsız buyruklara ve hükümlere karşı çıkar.

Kanun koyucu ve hükümet ile yargının özgürlüğü, sivil toplum kuruluşları ile birlikte algılandığı takdirde bir anlam ve değer taşır ve ancak bu takdirde kolektif özgürlükten söz edilebilir. Salt bir yana tanınan hakkın dengeleri bozacağı kuşkusuzdur. Birlikte çalışmanın, birlikte amacı gerçekleştirmenin sırrı, birlikte aynı duyguları özgün bir ortamda paylaşmaktır. Zira dernek ve vakıflarda çalışmanın, görev almanın, karşılıksız hizmet etmenin karşılığı da bu duygulardır.

Ne var ki yönetenler bir dernek ya da vakıf kapsamında olsa bile kişilerin özgürce davranışlarından kuşku duymuşlar ve gereksiz kaygılara kapılarak özgürlükleri kısıtlamayı yeğ tutmuşlardır. Daha sonraları sonuçsuz kalan önlemlerin kamu yararına çalışmaların azalmasına neden olması üzerine özgürlüklere kapılar aralanmıştır.

Yukarıda belirttiğim gibi yasal düzenlemelerde meydana gelen aşırı ölçü ya da aşırı ölçüsüzlükler, aslında kolektif özgürlük anlayışının yoksunluğundan ileri gelmiştir. Yaklaşık yüz yıllık bir süreçte, derneklerin karşılaştığı kısıtlamalara, engellemelere, sıkıntılara ve hafta bir yerde yok edilmelerine ilişkin yasal düzenlemeleri kınayan bir parlamenterin görüşü ile bir karikatüristin çizgilerine yer vermek istiyorum.

2908 Sayılı Dernekler Kanunu'nun görüşüldüğü Danışma Meclisi'nde, yasanın kabulünden sonra son sözü alan ve adını rahmetle anmak istediğim Sayın Halil İbrahim Karal yasayı şöyle kınıyor.

"Toplumumuzda sık sık duyduğumuz bir şey vardır, o da "Yahu, her şeyi devletten beklemeyin bunu kendiniz yapın. Vatandaş bunu kendisi çözmeli."

Dernekler ve vakıflar, Devlet'in yapamayacağı, işler için örgütlenmelidir. Kişi kendi başına hiçbir şey çözemez. Anayasamız çok ilginç yeni bir hüküm getirmiştir, o da "Demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı düşmemek şartıyla" demiştir. "Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz" demek, siyasal demokrasiyi

düzenlerken, hürriyetleri sınırlarken, bu demokratik toplum düzeni şartını gözden uzak tutamayız.

Gönül isterdi ki bu Dernekler Kanunu, bir ceza kanunu gibi değil, bir dernekleri teşvik kanunu olarak gelseydi. Yani ey vatandaş, toplumuna sahip çık, devletin buna gücü yetmiyor, toplum artık büyüdü. Toplumu organize etmenin yeri Dernekler Kanunudur. Gönül isterdi ki, Büyük Atatürk'ün "heyeti içtimaiye" diye sık sık kendi konusu içinde değerlendirdiği güçlü sivil toplum, vatandaşın toplumu olabilseydi. Böyle bir toplumun devleti de güçlü olabilirdi"



Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğrenci Derneği Bülteni'nde yayınlanan bu karikatür, tarihi gelişim sürecinde dernek oluşumu ve çalışmalarının vardığı düzeye ışık tutan ilginç bir simgedir.

Çizerin maksadı ne olursa olsun aslında öğrenci, toplumun bir bireyi olarak toplumun oluşturduğu topluluklara girmek ister. Ancak kolektif özgürlüklerin olmadığı bir ortamda üniversite, parti ve ne yazık ki dernek de bireyi kabul etmez, sadece cezaevi bireyi çağırır.

Dernek ve vakıfların toplum içindeki çalışmalarının değerini ve kamu düzenine ilişkin olağan sınırlarını ve ülke çıkarlarına olan etkinliğini bilinçli bir biçimde saptayabildiğimizde, yüzyıla yaklaşan çalkantılı sürecin 'durulacağına' kuşku kalmayacaktır.

Dernekler ile vakıfları, Türk toplumunun ölçüsü, simgesi ve birlikte bir şeyler yapabilmeyen inancı olarak yorumlamak gerekir. Devletle birlikte insanlarımızın ve çevrenin sorunlarını göğüsleyebilecek bu tür

kuruluşların yararını ve kişileri özendirmenin gereğini vurgulamak istiyorum.

Kuşkusuz bu konuda, uygulayıcılar, yargılayanlar ve yararlananlar olarak hepimize düşen görevler ve yükümlülükler vardır. Hepimiz konu ve sorunların birer parçasına omuz verdiğimizde ve çözümlenmesine yardımcı olduğumuzda, toplumumuzun soluklandığına ve sağlıklı bir gelişmeye yöneldiğine tanık olacağımız anlar uzak olmayacaktır.

Derneklerin ve vakıfların toplum içindeki doğal görevini, çalışmalarının değerini ve kamu düzenine ilişkin olağan sınırlarını ve ülke çıkarlarına olan etkinliğini bilinçli bir biçimde saptayabildiğimizde, yüzyıla yaklaşan çalkantılı sürecin durulacağına kuşku kalmayacaktır.

Dernekler ile vakıfları, Türk toplumunun ölçüsü, simgesi ve birlikte bir şeyler yapabilmenin inancı olarak yorumlamak gerekir. Kuşkusuz bu konuda, yorumlayıcılar, uygulayıcılar, yargılayanlar ve yararlananlar olarak hepimize düşen görevler ve yükümlülükler vardır. Hepimiz konu ve sorunların birer parçasına omuz verdiğimizde ve çözümlenmesine yardımcı olduğumuzda, toplumumuzun soluklandığına ve sağlıklı bir gelişmeye yöneldiğine tanık olacağımız anlar uzak olmayacaktır.

TARTIŞMA

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Suat Ballar.

Efendim, bize ayrılan süre 5 dakika sonra bitecek. Ancak biz bu oturuma 15 dakika geç başladık, şöyle birkaç soruyu alalım.

Buyurun efendim.

NACİ ÜNVER (Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı)- Efendim yeniden saygılar.

Kollektif özgürlüklerin günümüzde ne denli önem kazandığını hepimiz biliyoruz. Dünyamız küçüldü, ekranlardan dünyanın en ücra köşesindeki bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü anında izliyoruz ve ondan etkileniyoruz. Bizim ülkemizde de bu konu güncellik kazandı. Özellikle sivil toplum örgütlerinin, sendikaların belli konular çevresinde kamuoyu oluşturması açısından birtakım yürüyüşler ve toplantılar düzenledikleri, bilinen bir gerçek.

Bu Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'nın uygulandığı bir dairenin mensubu olarak, yürekleri serinletmek açısından küçük açıklamalarda bulunmak istiyorum. Hocamızın da kaygıları vardı, yasaların uygulanması açısından, haklı da kaygıları. Mesut Gülmez hocamız, sendikalarla ilgili bazı kaygılar belirtti. Her ne kadar soyadı Gülmez ise de, ben sürekli izledim Hocamız'ı, hep gülüyor, içinden gülüyor üstelik, yani gülmeyen bir hocamız değil.

Yasalar biliyorsunuz ne kadar mükemmel olursa olsun, uygulamada gerçekten iyi değilse, o mükemmel yasalar sevimsizleşir ve toplumun gereksinimlerinin gerisinde kalır, bu bir gerçek. Ancak yasalar,

özgürlükleri ne kadar sıkı biçimde önlemeye çalışırsa, uygulayanlar daha demokrat bir yaklaşım içinde olurlarsa, yasalar insanları ferahlatıyor. 90'lı yılların başında henüz kamu çalışanlarının sendikal hakları yoktu, sendika kuramıyorlardı. Bize kamu çalışanlarının bir örgütlenmesi, sendika biçiminde örgütlenmelerinin toplu bir faaliyeti vardı, etkinlikleri vardı Samsun yöresinde. Bu yasadışı faaliyet olarak algılanmıştı ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na aykırı biçimde değerlendirilmiş ve cezalandırılmıştı. Biz o tarihte, 90'lı yılların başında ILO Sözleşmesine göre çalışanların sendikalaşmasının bir hak olduğunu, özgürlük olduğunu değerlendirerek bu kararı bozmuştuk. Bunu bu dairenin mensubu olarak, 8. Ceza Dairesi'nin mensubu olarak övünerek söylüyorum, sonradan Anayasa'ya girdi ve yaklaşımımız da şuydu: İşçilerin sendika kuracağına ilişkin Anayasa hükmü vardı, ama diğerlerinin kurmayacağına ilişkin bir hüküm yoktu. Biz de "Yasak yok, ILO sözleşmesinde de biz bunu kabul etmişiz, iç hukukumuzda girmiş. Öyleyse neden sendika kurma hakları olmasın" biçiminde değerlendirme yapmıştık.

Bir de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası, genelde kollukça yanlış uygulanıyor. Yani her yürüyen veya her toplanan, bir yere bir basın açıklaması için bir araya gelen kişilere derhal müdahale ediliyor. Demokratik tepki niteliğinde olanlar var, belli hakların kullanılması ve toplumsal refleks biçiminde gelişenler var. Bizim son bir kararımız var, size okuyayım dilerseniz, bilgilenmeniz açısından: Bergama köylüleri ile ilgili. Şöyle demişiz: "Dosyaya yansıyan bilgi ve belgelere göre Bergama İlçesi Ovacık Köyü'nde siyanürle altın arama faaliyetlerini sürdüren Eurogold Şirketinin çalışma alanına bir kamyonun siyanür maddesi getirdiğine ilişkin duyum alınması üzerine, idari yargı kararlarıyla bu şirketin faaliyetlerinin durdurulmasına karşın, siyanürle altın arama çalışmalarını sürdürdüğü düşüncesi ve siyanürün insan yaşamını ve çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği inancının ortaya çıkardığı ani tepkiyle yörenin değişik köylerinden gelenlerle birlikte sanıkların İzmir-Çanakkale karayolunda önceden kararlaştırılmaksızın duyarlılık kazanmış bir konuda toplumsal refleks sonucu trafiği aksatmadan tek sıra halinde yürümekten ibaret eylemlerinde yasada öngörülün suçun

oluşmadığı...” Yani uygulama son derece demokratik koşullarda geliyor ve yürüyor, bu bakımdan yüreğinizi serin tutabilirsiniz.

Bakınız, başka bir kararda, “Genel İş Sendikası Trakya Şubesi Başkanı olduğu anlaşılan sanığın suç tarihinde saat 12.45’te bir grup sendikaliyle birlikte şehir içerisinde bulunan parka kadar yürüyerek Sendika Genel Merkezi tarafından basına açıklanmak üzere gönderilen ve hükümetin gündeminde olan Sosyal Güvenlik Reformu Yasa Tasarısı’na yönelik eleştiri ve karşı görüşler içeren bildiri okuyarak saat 13.00’da uyarıya gerek kalmadan olay yerinden ayrılmaktan ibaret eylemlerinin, temsilcisi olduğu sendikayı doğrudan ilgilendiren bir konuda yapılacak yasal değişiklik ile ilgili demokratik katılım ve tepkiden ibaret sendikal çalışma boyutunda kaldığı ve olayda yasada öngörülen suçun oluşmadığı...”

İki satırlık bir şey daha var, bitiriyorum: “Çin Halk Cumhuriyetinin Doğu Türkistan politikasını protesto amacıyla bir araya gelen ve otuz kişiden ibaret olan sanıkların kolluk yetkililerinin dağılma ihtarından sonra kendilerine dağılmaları için makul bir süre tanınmadan yakalanıp götürülmekten ibaret eylemlerinde...” Adam kollarına diyor ki, “dağılıcağız, biraz dur, nefes alalım” falan, yani hemen götürülmüşler. Yargıtay’ın uygulamada bunun da suç oluşturmayacağı şeklinde bu tür yaklaşımları var. Uygulama iyi olursa sonuç güzel oluyor, güzelleşiyor her şey. Yüzlerimizin gülmesi lazım, biz de öyle yapıyoruz.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Arkadaşlar, aynı anda iki arkadaşımız söz istedi. Zaman kalırsa, diğer isteyenlere de verelim. Tabii konuşmacılar da iştirakten sonra konuşma talebinde bulundular. Mustafa Bey’le Atilla Bey’e öncelikle, onlar önce istediler, zaman kalırsa size de verelim.

Prof. Dr. MUSTAFA ALTINTAŞ (Gazi Üniversitesi)- İlk önce sizden yola çıkarak Sayın Barolar Birliği Başkanlığımız’a bir katılım

istemimizi bildirmek isteriz. Bu Anayasa taslağında üniversitelerle ilgili düzenleme yapmışsınız. Katılımcılığın ilkesi, Türkiye’de on tane öğretim üyeleri dernekleri var, onların katılımını sağlamak, biz yazılı olarak bildireceğiz.

İkincisi Sayın Azrak, İçişleri Bakanlığı’nın bir genelgesinden söz etti. Ben, kendilerinin üyesi olduğu YÖK’ün genelgesinden, yasaklayıcı ve ceza yaratıcı genelgesinden söz etmek isterim. 2001 tarihli bir genelgeyle dilekçe hakkını kullanan öğrenciler için suç oluşturduğunu ve suç ve cezaya konu kılınmasına ilişkin bir düzenleme yapmışlardır. Mahkemelerimiz, esasında o cezanın ortadan kaldırılması konusunda karar vermektedir. Fakat YÖK, üniversite sistemimiz halen bireysel olarak o cezaların uygulanmasını sürdürmektedir. Öncelikle üniversite kurallarımız, sanırım ki bu türden yasaklayıcı hükümleri kendileri oluşturmaması gerekmektedir.

Sayın Başkan, sayın izleyiciler; ben üniversite cephesinden olduğum için bir şey söylemek isterim: Dikkat ederseniz Avrupa Birliği ülkeleri olsun, Türkiye’de yakınılan konu uygulamalar, yani düzenlemelerin yanı sıra önemli olan, asıl olan uygulamalar. “Neden?” diye soruyorum kendi kendime, bu yasakçı uygulamalar neden? 1980’li yılların Anayasası’na baktığımızda ve yine düzenlemelere baktığımızda, özellikle iki kavram çok öne çıkıyor. Bunlardan bir tanesi, kutsal devlet kavramı. İkincisi ise Türk-İslam sentezciliği. Siz eğer eğitim dizgenizi bu iki kavram çerçevesinde örgülerseniz ve yetiştirdiğiniz insanlar esasında kutsal devletin kayıtsız koşulsuz buyruğunda olması gereken insanlar olursa, ister istemez bu yasakçı uygulamalar sürecektir, siz ne türden yasakları kaldırıcı düzenlemeler yaparsanız yapın. O bakımdan Türkiye’de öncelikle eğitim dizgemizi buna özgü düzenlemek zorundayız, yoksa yakınmayı sürekli uzatırız. Çünkü ürettiğimiz, örneğin valisi, kaymakamı, emniyet müdürü, yargıcı eğer o kavramların tutsağı iseler ve yurttaşları da kutsal devletin kurbanları olarak görüyorlarsa, ister istemez buna ilişkin uygulamaları yapacaklardır.

Saygılarımı sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun Atila Bey.

Av. ATILA SAV (Türkiye Barolar Birliği Önceki Başkanı)-
Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Efendim, benim sorum derneklerle ilgili, onun için herhalde Sayın Suat Ballar'a olacak: Toplum yaşamının önemli birtakım görev ve işlevlerinin devlet eliyle değil, toplumsal kuruluşlar, bu arada gönüllü kuruluşlar eliyle yürütülmesi, son zamanlarda çoğulcu demokrasinin de bir gereği olarak gelişti. Ancak bazı gönüllü kuruluşların kamu kurumu haline getirilmesiyle ilgili bir işlem, -ki benim görüşüme göre hukuk devletine aykırı bir işlem- bugüne kadar bir türlü düzeltilmedi. Yeni uyum yasalarında böyle bir düzeltme olanağı var mı? Türk Dil Kurumu'yla Türk Tarih Kurumu'nu kastediyorum. Bunların gördükleri işlevler çok önemlidir, önemleri bir bakıma Anayasa'da da yer almalarından kaynaklanıyor. Anayasa'nın 134. maddesinde de varlıkları ve Atatürk'ün vasiyetinden kendilerine bağışlanmış olan hakları da Anayasa teminatı altına alınmışken, 2872 sayılı bir Yasa çıkartıldı, bu iki derneğin dernek statüsünden çıkartılarak kamu kurumu niteliğine dönüştürülmeleri sağlandı, yirmi yıldır da bu durum devam ediyor. Anayasa'nın geçici 15. maddesi de kalktı, Anayasa'ya aykırı bu kanunun ortadan kaldırılması için belki bazı yargısal yollar da zorlanabilir, ama bunun yolunu bulmak da kolay gözüküyor. Acaba uyum yasaları arasında böyle bir hukuka aykırılığı düzeltme imkânı var mı veya bir dernek ve vakıf üzerinde genel hukukçu olarak önerebileceğiniz bir çözüm yolu gözüküyor mu?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

SALONDAN- Efendim, mutlakiyet yönetimini yıkacak çağdaş demokrasinin kurulması için partiler ve seçim yasaları, halkın çıkarları

ve iradesinin oluşması için düzenlenmelidir. Parti sözcüğü, çoğulu çağrıştırır, çoğul sınıflara dayanan halktır. Halk olmasa parti kurulamaz. Partileşme kişisel değil, toplumsal bir hak. Henüz doğanın bile yenileyemediği iki sınıflı toplum yapısı dururken, bu hak kişilere, zümrelere aşiretlere, tarikalara ve mezheplere verilemez. Bu hakkın sınırsız bırakılarak böl parçala, kolayca yönet formülü, diktatörlüğün kurulması için değil midir?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun efendim.

Av. BAHATTİN ÖZCAN ACAR (İzmir Barosu Başkanı)- Efendim, ben kollektif özgürlüklerle ilgili ceza uygulamasında çok sıkıntı yaratan bir konuyu iletmek istiyorum: Ceza kararnamele uygulaması, yani Yargıtay'ın denetimine gelmeyen ceza kararnamele uygulaması, dernek, sendika ve diğer sivil toplum kuruluşu yöneticilerini bezdirmiştir. Bu konuyla ilgili düzenleme olabilir mi?

OTURUM BAŞKANI- Efendim, özgürlüklerin tartışıldığı bu oturumda bir arkadaşımız daha söz istiyor, ona da bu özgürlüğü verelim izninizle, sonra konuşmacılar cevap verecekler.

Buyurun.

BORA BALCI (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ederim.

Ben Sayın Ülkü Azrak hocama bir soru soracağım: Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasının ilgasıyla beraber acaba kendi sunumlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'nın genel anlamda Anayasa'yla uyumlu olduğunu söylemişti. Biz, anayasa hukukçuları olarak büyük bir heyecanla Anayasa Mahkemesi'nin önümüzdeki dönemdeki refleksini ve tavrını bekliyoruz. Acaba bu noktada bu yasa

üzerinden bakıldığında, anayasa yargısı önüne gelinebilecek ve tartışma konusu olabilecek bazı temel noktaları öngörebiliyor mu kendisi, bunu sormak istiyorum.

Bir de Sayın Gülmez hocama çok kısa olarak şunu sormak istiyorum: Ben de Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel referans olarak çalışma yaşamında alınması gerektiğini ısrarla savunuyor ve inanıyorum. Buradan biraz daha genelleştirerek, Avrupa Birliği'nin Avrupa Sosyal Şartı'nın mekanizmasının gerek zayıflığı, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin belki Türkiye'nin eksikliği nedeniyle fonksiyonel olabildiğini şu süreçte düşünüyoruz. Ama genel anlamda baktığımızda, Birleşmiş Milletler kodifikasyonlarını daha temel bir referans olarak almak ve kamuoyunu bu anlamda örgütlendirmek ve bilgilendirmek daha sağlıklı bir yol değil midir? Kendilerinin görüşlerine başvurmak istiyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Sayın konuşmacı; sorunuz uzun sürmedi, ama cevapları zannediyorum oldukça kapsamlı.

Buyurun.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda Anayasa değiştirildikten sonra 34. maddenin aldığı biçimine göre o formülasyona uymayan noktalarını ben burada işaretlemiştim. Bu kanun, tabii eskiden geçici 15. maddeyle yargı yolu kapatılmış olan bir kanun, 12 Eylül yasaları niteliğinde olduğu için, ama şimdi o yol açıldı. Bu nedenle şimdi beklediğimiz bazı şeyler var, yani en azından bir kere Yargıtay'ın ve Danıştay'ın bu uygulamalar nedeniyle önüne gelen ihtilaflarda bunu vesile bilip, o noktalardan dolayı Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmeleri çok yerinde olacak diye düşünüyorum.

İtiraz yoluyla bu mesele Anayasa Mahkemesi'ne giderse, ben eminim ki o yasak ve erteleme yetkileri ortadan kaldırılacaktır. Her ikisinin de -bazı noktalar da var tabii, ama ayrıntılara girmek

istemiyorum, zamanımız çok dar- sınırlama biçimi olarak Anayasa'nın 34. maddesinde öngörülmemiş olan bir sınırlama olduğunu düşünüyorum; hatta sınırlama bile değil, kaldırılma, yasaklama olduğunu düşünüyorum. Her ikisi de aslında 13. maddedeki özgürlüklerin özüne dokunulmaması kaydına yüzde yüz aykırı. Onun için Anayasa Mahkemesi'ne giderse iptal edileceğine inanıyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun Sayın Gülmez.

Prof. Dr. MESUT GÜLMEZ- Efendim, önce hemen soruyu yanıtlamak istiyorum: Evet çerçeve olarak Birleşmiş Milletler (BM) sözleşmeleri de düşünülebilir. Gerçekten Avrupa Sosyal Şartı'nın denetim mekanizmaları çok zayıftır, çok yavaş işleyen, hantal yapıda bir denetim mekanizmasıdır ve üstelik yakın zamanlara kadar sadece raporlara dayalı bir denetim mekanizması olarak işliyordu. Ama Avrupa Sosyal Şartı'nın sendikal örgütleri dışlayan bir esprisi vardı. 90'lardan sonra Avrupa Sosyal Şartı'nın hem maddi içeriğini geliştirmek, zenginleştirmek, eksiklerini tamamlamak, hem de denetim mekanizmasını daha etkili kılmak için değişiklikler yapıldı, protokoller kabul edildi. Bu protokollerden birisi de ulusal ve uluslararası sendikal örgütlere sosyal şartın güvenceye aldığı haklardan birinin çiğnenmesi durumunda şikâyette bulunma hakkının tanınmış olmasıydı. Bu, önemli ve ileri sayılabilecek bir adımdır, ama bu protokolle bağlı olmak ve sendikaların bu şikâyet hakkından, toplu yakınma hakkından yararlanabilmeleri için protokolün onaylanması gerekiyor.

Maalesef Türkiye onaylamak şöyle dursun, bu protokolü imzalamadı bile, dediğim gibi 5 ve 6. maddelere koyduğumuz çekinceleri bile kaldırmadı. Oysa 6-7 yıldan beri Avrupa Sosyal Şartı'nın bu denetim mekanizması içinde ilk kez Türkiye'den bir üye görev yapmaktadır. Ama

sosyal şart maalesef hâlâ sendikalarca bile bilinmemektedir ve ciddiye alınmamaktadır.

Cahit Talas hocamı saygıyla anıyorum burada, 1961'de Sosyal Şart'ın altına imzayı atan Çalışma Bakanı odur. Uzun yıllar boyunca Sosyal Şart'ı anlatmak için tek başına kalmıştır. Sosyal Şart'ın onaylanması sırasında benim de karınca kararınca katkıları olmuştur, ama her şeye rağmen hâlâ Sosyal Şart böyle çok sınırlı, bilimsel birkaç meslektaşımın ilgi alanına giren ve hâlâ sendikaların ilgisizliğinin sürdüğü önemli bir belgedir. BM sözleşmelerinden, sosyal hakları tanıyan özellikle 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi vardır. 66 Sözleşmesi, buradaki sendika ve grev hakkını açıkça tanıyan belgelerden birisidir, ILO ilkelerine ve kurallarına oranla çok ileri düzeyde değildir. Ayrıca bu sözleşmenin denetim yapısı da çok etkin bir denetim yapısı değildir. Bu sözleşmeyi de maalesef sadece imzalamış durumdayız, onaylayarak taraf olmaktan 1990'lı yıllardan beri sürekli kaçınıyoruz. 1966 ikiz sözleşmelerini onaylayan devlet sayısı 150'ye yaklaştı, Türkiye hâlâ bunların dışında. Siz ondan sonra "Avrupa Birliğine üye olacağım" diyorsunuz, "katılacağım" diyorsunuz.

Sayın Başkan'ın söyledikleriyle ilgili birkaç cümle eklemek istiyorum: Kuşkusuz kamu görevlileri sendikacılık hareketi, sosyal ve sendikal tarihimizde kendine özgü bir sayfa açan harekettir; çünkü ilk kez yasayı önceleyen, hak yaratan bir hareket olarak tarihimizde yerini almıştır. Ulusal bir yasanın bulunmadığı bir dönemde kamu görevlileri, uluslararası sözleşmelerden yola çıkarak hakkı yaratmıştır. Ama hakkı yarattıktan sonra, sendikalarını kurduktan sonra da devlet bütün organlarıyla birlikte sendikaların peşine takılmıştır. Bunların arasında yargımız da vardır, siyasetçiler takılmıştır, kamu yetkilileri, valiler, kaymakamlar, emniyet, hepsi takılmıştır, genelgeler çıkarılmıştır. Yargı organlarımıza sayısız davalar intikal etmiştir, sendika yöneticilerine, sendika üyelerine, yaptıkları toplantılara, hatta düzenledikleri yemeklere, hatta bayramlarda Atatürk heykellerine koydukları çelenklere, bunların yasaklanmasına varıncaya kadar devlet sendikaların peşine düşmüştür ve bütün bunlar yargı önüne gelmiştir.

Yargımızın yüreğimizi zamana zaman serinleten kararları olmuştur. Özellikle hareketin başladığı 90'lı yılların başında, özellikle Danıştayın 1992'de verdiği, İçişleri Bakanlığının, benim "Vecdi Gönül genelgesi" diye adlandırdığım genelgesini iptal ederken verdiği karar. Ondan önce "Anayasa değişikliği gerekmez, ILO sözleşmelerini onaylayabilirsiniz" diyen 1. Daire'nin görüşü. Bunlar gerçekten önünü açmıştır, ama ne olduyrsa son yıllara yaklaştıkça maalesef yargımız adli ve idari yargımız, verdikleri bazı kararlarla aşırı mevzuatçı ve yasacı bir yaklaşımı katı bir biçimde benimsemiş görünmektedirler. ILO Sözleşmelerinin 1993'te onaylanmasından ve Anayasa'ya göre usulüne uygun biçimde yürürlüğe girmiş sözleşme niteliği kazanmasından sonra da yargımız, "Bu sözleşmeler ulusal-yasal düzenlemeler yapılmadığı için henüz gözönüne alınamaz. İyi, doğrudur, onaylanmıştır, ama hele bir ulusal yasa çıkarılsın da ondan sonra bu sözleşmeleri uygulayalım" diyen bir yaklaşım içine girmişlerdir. Bununla ilgili olarak özellikle Danıştayın son yıllardaki kararları maalesef yüreğimi serinleten kararlar değildir.

Ben bütün bu kararların 1990'lardan beri amansız bir izleyicisiyim. Yüreğimizi karartan bir karar örneğini hemen anımsadım: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, idare mahkemesinin verdiği bir sendika kapatma kararını maalesef onaylamıştır. Ama sendika ne yapmıştır ondan sonra; adının önündeki "Tüm" sözcüğünü kaldırarak yeniden kurulmuştur ve ILO Sözleşmelerine göre kurulmuştur.

OTURUM BAŞKANI- Hocam, teşekkür ediyorum.

Buyurun efendim.

Av. SUAT BALLAR- Ben, Sayın Sav'ın sorusuna cevap vermek istiyorum. Yalnız bu sorudan önce bazı kavramları dile getirmek istiyorum: Sanıyorum 1950 yılında, yani Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda NGO deyimi, kavramı ortaya çıktı. Burada kâr amacı gütmeyen hükümetler dışı kuruluşlar olarak bir tanımlama yapılmıştı. Ondan sonra sivil toplum kuruluşları deyimi ortaya çıktı, ama daha sonra da üçüncü sektör deyimi ortaya çıktı. Bizim ülkemizde sivil toplum

kuruluşlarının bir tanımı yapılmamıştır, üçüncü sektörün dahi yapılmamıştır. Ama ben sivil toplum kuruluşlarını medeni hukuk tüzelkişileri olarak kavriyorum, zaten oradaki sivil deyimini de medeni deyiminden gelmektedir.

Böyle bir tanımlama yaptığınız zaman, sivil toplum kuruluşları olarak sadece Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan vakıfları ve dernekleri kastetmek gerekir. Ama ülkemizde sivil toplum kuruluşları tabirine başka kuruluşlar, örgütler de katılmaktadır; sendikalar deniliyor, partiler deniliyor ve meslek kuruluşları deniliyor. Ancak bu kuruluşlar, yasayla kurulmuş olan kuruluşlardır ve bu kuruluşlara birtakım hak ve imtiyazlar tanınmıştır. Ancak derneklere ve vakıflara herhangi bir imtiyaz tanınmış değildir, herhangi bir mali güç verilmiş değildir. O bakımdan bendeniz, partileri, sendikaları ve meslek kuruluşlarını sivil toplum kuruluşu olarak kabul edemiyorum.

Sizin sormuş olduğunuz suali bu değerlendirme açısından ifade etmek isterim: Belirttiğiniz gibi bu yasa doğrultusunda Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu'na, Çocuk Esirgeme Kurumu katılmıştır. Yine Anayasamız'da yer alan Türk Hukuk Kurumu, Tarih Kurumu gibi kurumlar, ne bir sivil toplum kuruluşu hüviyetinde bırakılmıştır, ne de bir devlet kuruluşu niteliğinde bırakılmıştır. O bakımdan bizim Türkiye'de sivil toplum kuruluşları tanımını iyi yapmamız lazım. Şu anda Avrupa'da olan geçerli tanımlama üçüncü sektördür. Üçüncü sektör için birçok tanımlama yapılmıştır ve bunlar Avrupa Birliği kriterlerinde de öngörülmüştür. Benim kanaatime göre, bunlar sadece vakıflar ve derneklerdir. O bakımdan bizim de üçüncü sektör kavramı içerisinde bu meseleleri mütalaa etmemiz ve ona göre birtakım yasalarımızda değişiklik yaparak bu farklılıklara bir çerçeve çizmemiz gerektiği kanısındayım.

Teşekkür ederim.

Av. ATİLA SAV- Anayasamın 134. maddesi açıkça diyor ki, "Türk Dil Kurumu'na, Türk Tarih Kurumu'na Atatürk vasiyetinden bağışlanmış olan haklar saklıdır, korunacaktır." Bu Anayasa hükmü

çıktıktan bir süre sonra, 7-8 ay sonra bir kanun çıkıyor, o kanun bir kurum oluşturuyor. O kurumu oluştururken iki derneği, Cemiyetler Kanunu'na göre kurulmuş olan derneği kamu kuruluşuna dönüştürüyor. Benim görüşüme göre bu, Anayasa'ya aykırı; yani kişilik haklarına aykırı, miras haklarına aykırı, mülkiyet haklarına aykırı bir işlem. Bu itibarla Anayasa'ya aykırılı iddia edilebilseydi, geçici 15. madde olmasaydı, belki de o tarihte daha bunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi yoluna gidilebilirdi, gidilemedi. Şimdi uyum yasaları arasında böyle bir çalışma olabilir mi? Çünkü anlaşılıyorki ikinci bir kanun çıkartılması veya 2872 sayılı Kanun'un bu hükümlerinin Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi için bir yol bulunması gerekiyor, bir hukuki yöntem aranıyor. Ben onun için görüşünüzü almak istedim. Yani bu kuruluşlar, sivil toplum örgütü veya gönüllü kuruluş deyimine uygundur.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. SUAT BALLAR- Sayın Sav, ben de aynı kanıdayım. Sizin görüşünüze ilaveten ben partileri, sendikaları ve meslek kuruluşlarını da ilave ettim. Aslında bu uyum yasaları doğrultusunda değil, bizzat Dernekler Kanunu'nda yapılacak bir tanımlamayla bunların niteliklerini ve niceliklerini ortaya koymak gerekiyor, ortalıkta bu kavram kargaşası var. O bakımdan bu üç kurumun da Dernek Kanunu statüsünde bir sivil toplum kuruluşu ya da üçüncü sektör kuruluşu olarak mütalaa edilmesi gerektiği kanısını ben de muhafaza ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, katılanlara ve konuşmacılara teşekkür ederek oturumu kapatıyorum.

ALTINCI OTURUM

**TOPLUMSAL İLETİŞİM
ÖZGÜRLÜKLERİ VE KÜLTÜREL
KİMLİK HAKKI**

OTURUM BAŞKANI:

Özdemir ÖZOK

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

KONUŞMACILAR:

4676/4756 Sayılı Yasa ile Değiştirilen

5680 Sayılı Basın Yasası ve RTÜK

Av. Fikret İLKİZ

İstanbul Barosu

Dil Özgürlüğü ve Kültürel Kimlik Hakkı

Doç. Dr. Mithat SANCAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

OTURUM BAŞKANI

Av. Özdemir ÖZOK

Değerli konuklar, TBB yönetimi olarak, yurt ve meslek sorunlarıyla doğrudan ilgili konularda uzman kişilerden oluşan katılımcılarla açıkoturum, sempozyum, panel gibi toplantıları düzenlemeye devam edeceğiz. Bu konuda geçmiş günlerde yaptığımız benzeri etkinliklere gösterilen yoğun ilgi, yapılan işin olumlu ve yararlı olduğunu kanıtlamaktadır. Özellikle toplantıların banda alınarak çözümlendikten sonra kitap haline getirilmesi, büyük ilgiye neden olmakta bu uygulamanın sürdürülmesi istenmektedir. Güncel bir konu olan "Anayasa ve Uyum Yasaları" konu başlıklı toplantının da çok yararlı olacağına inanmaktayım.

Değerli konuklar, ekonomik amaçla oluşturulan, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu 1986 yılında birleştirilerek yerini Avrupa Toplulukları'na bırakmıştır, 1992 yılında da toplulukların adı "Avrupa Birliği" olarak değiştirilmiştir. Türkiye Birliğe, 1959 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu döneminde "Ortak Üye" olmak için başvurmuş, geçen 44 yıllık dönemde ikili ilişkilerimizde ciddi sorunlar yaşanmış ancak, 1999 Helsinki zirvesinde "Aday Ülke" olmamıza karar verilmiştir. Böylece bir yandan Avrupa Birliği'yle Gümrük Birliği içinde ilişkimiz devam ederken, bir yandan da Avrupa Birliği üyeliği yolunda çalışmalarımız yoğun bir biçimde sürmüştür. 1993 yılında Kopenhag Zirvesi kararında vurgulanan üyelik kriterlerine göre, bütün aday ülkeler demokrasi, hukuk devleti, insan haklarına saygı ve azınlıkların korunması ilkelerini gerçekleştirmiş, işleyen bir piyasa ekonomisine sahip ve Avrupa Birliği'nin siyasal, ekonomik, parasal birlik unsurları dahil bütün

yükümlülüklerini üstlenebilecek durumda olacaklarını taahhüt etmişlerdir.

1995 Madrid Zirvesi kararında, katılımdan sonra Topluluk politikalarına uyumlu bir işleyiş sağlayarak bir idari altyapıya sahip olmanın önemi vurgulanmış; 1997 yılında Lüksembourg Zirve kararında da aday ülkelerin Avrupa Birliği müktesebatını benimsemeleri ve gereği gibi uygulamalarının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Kopenhag, Madrid ve Lüksembourg ilke kararlarının ışığı altında ülkemizin hazırladığı Katılım Ortaklığı ve Ulusal Program da Türkiye'nin üyeliğe hazırlık açısından alması gereken önlemler tek tek açıklanmış ve sayılmıştır. Bu bağlamda Avrupa Birliği yolunda atılan en önemli adımlardan biri, iki gündür süren ve panelimizin konusunu oluşturan Anayasa değişikliğidir ve bu Anayasa değişikliklerinin ışığında, onun gösterdiği yolda gerçekleştirilecek uyum yasalarıdır.

4709 sayılı Kanunla Anayasa'da ve özellikle Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler alanında kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Yürürlüğe konulan ve değiştirilmesi istenilen kimi temel yasalara gelince, bilgilerinizi tazelemek için söylüyorum; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe konulmuş, büyük ve toptan bir değişiklik yapılmış ve 1926'dan bu yana geçerli olan bu temel yasamız yeni ve çağdaş bir yapıya kavuşturulmuş, bütün eksikliklerine karşın bu noktaya getirilmiştir. Bu kanunla çeşitli konularda yeni hükümler yanında, özellikle aile hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun devamı olarak Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun yenilenmesine yönelik Adalet Bakanlığı'nda çok ciddi çalışma yapılmakta ve Türkiye Barolar Birliği'nin temsilcileri de orada çalışmaktadırlar. Bu çalışmalarda yine demin söylediğim ve çerçevesini çizdiğim Avrupa Birliği'nin direktifleri göz önünde bulundurulmakta ve özel hukuk ilişkilerinde de Avrupa normlarının yakalanması temel hedef olarak gösterilmektedir.

Değerli konuklar, saygıdeğer başkanlarım ve konunun ilgilisi ve uzmanı arkadaşlar; bu çalışmaların yanı sıra, Türk Ceza Kanunu, Ceza Usulü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve çok önemlisi, -

bugünlerde Adalet Bakanlığı tarafından hazırlandı, çalışmaları bitirildi, taslağı bize yollandı- İcra ve İflas Kanunu'nda çok önemli yeni değişiklikler yapıldı. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun, 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu, 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu ve 4681 Milletlerarası Tahkim Kanunu hep bu amaçla çıkarılmış kanunlardır. 4771 sayılı Kanun ile savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere çeşitli kanunlarda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür. Böylece idam cezası, yıllardır bütün hukukçuların dile getirdiği bir biçimde Türk hukuk sisteminden artık kalkmıştır. Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları ve bugün şu anda oturumumuzun konusunu teşkil edecek farklı dil ve lehçelerde radyo ve televizyonlarda yayın yapılmasına ve bu dillerin öğrenilmesine olanak tanıyan düzenlemeler gerçekleştirilmiş ve bu bağlamda RTÜK Yasasında ciddi değişiklikler yapılmıştır. Çeşitli yasalarda yapılan değişikliklerle insan hakları alanında önemli düzenlemeler içeren yasalar yürürlüğe konulmuştur. Bunun yanı sıra yine bilgilerinizi tazelemek için, ayrıca ihtisaslaşma suretiyle adli kapasitesinin daha etkin bir hale getirilmesi amacıyla Çocuk Mahkemeleri Yasası çıkarılmış, tüketici mahkemesi, fikri ve sınai hak ihtisas mahkemesi kurulmuş ve pek yakında aile mahkemeleri kurulması için de çok ciddi ve süratli bir çalışma yapılmaktadır.

Değerli konuklar; belki vaktinizi aldım, belki biraz fazla açıklama yaptım. Ancak her iki değerli konuşmacı arkadaşlarımla Anayasa değişiklikleri ve onların ışığında oturum konusu konuları işleyebilmeleri için kısaca siz saygıdeğer konuklarıma bir hatırlatma yapmak istedim.

Sözü, gerçekten bu konuda bize çok farklı ve çok değişik fikir ve düşünceler iletecek olan değerli konuşmacılara bırakıyorum. Ama izninizle yine demokratik bir yöntemle önce hangisinin konuşması gerektiğini kendilerine soracağım: Hanginiz başlayacaksınız?

Efendim, söz Av. Fikret İlkiz'de.

Buyurun Sayın İlkiz.

4676 / 4756 SAYILI YASA İLE DEĞİŞTİRİLEN 5680 SAYILI BASIN YASASI ve RTÜK

Av. FİKRET İLKİZ

Bu oturumda bana ayrılan süre içinde 4756 sayılı Yasa ile değiştirilen 5680 sayılı Basın Yasasındaki ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Yasa değişikliklerin ne olduğu incelenmeye çalışılacaktır. Dolayısıyla öncelikle Yasanın geçmiş tarihindeki gelişmeler ele alınacaktır. Aslında 4676 sayılı Yasa sadece numarası değiştirilerek 4756 sayılı yasa olarak kabul edilmiş olup; 24761 sayılı ve 21.05.2002 günlü Resmi Gazete'de yayınlanarak hem Basın Yasası'nda hem de Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Yasa'da değişiklik yapmıştır.

Yine bu bölümde yapacağım konuşmada “ifade özgürlüğü” esas alınacak ve “uyum yasaları” çerçevesinde değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Zaten 19 Mart 2001 tarihli Bakanlar Kurulu'nda kabul edilerek 24 Mart 2001 tarih ve 24352 sayılı Resmi gazetede yayınlanmış olan Avrupa Birliği Müktesebatının üstlenilmesine ilişkin Türkiye Ulusal Programının¹ Siyasi Kriterler bölümünün “Düşünce ve İfade Özgürlüğü” alt bölümünde;

İfade özgürlüğünün daha da geliştirilmesine yönelik anayasal ve yasal güvencelerin güçlendirilmesi amacıyla kısa erimde; başta

¹ T.C.. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, 1. Basım, Ankara 2001, s.17

düşünceyi açıklama ve yayma, bilim ve sanat ile basın özgürlükleri ile ilgili hükümler olmak üzere Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili bölümlerinin, TCK'nin 312 inci maddesinin koruduğu değerler zedelenmeden ve aynı anlayışla Terörle Mücadele Yasası'nın 7. ve 8. maddelerinin, RTÜK Yasası'nın ve basın suçlarının kapsamı ve öngörülen cezalarla ilgili olarak Basın Yasasının gözden geçirilmesinin planlandığı belirtilmiştir.

1. 5680 VE 3984 SAYILI YASA'DA YAPILAN İLK DEĞİŞİKLİK CUMHURBAŞKANI TARAFINDAN MECLİSE GERİ GÖNDERİLDİ

57 inci Hükümet tarafından hazırlanan ve Bakanlar Kurulu'nun 7.6.2000 günlü toplantısında kabul edilen **“Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”** 14.6.2000 tarihinde TBMM'ne sunulmuştur.

TBMM Anayasa Komisyonu tarafından bu tasarı 11 ay sonra ele alındı. Verilen önergelerle tasarı büyük oranda değiştirildi. Anayasa Komisyonu 1/705 Esas, ve 10 karar sayılı 21.5.2001 günlü Raporunu Meclis Başkanlığı'na sundu.²

TBMM bu tasarıyı 22 Mayıs 2001 ile 07.06.2001 tarihleri arasında görüşerek aralıksız çalıştı. Tasarıyı yasalaştırmak için olağanüstü gayret gösterdi. Sonuçta Meclis bu tasarıyı, 07.06.2001' günlü oturumda 4676 sayılı yasa olarak kabul etti ve yasalaştırdı.

08.06.2001 günü kendisine gönderilen yasayı on gün inceleyen Sayın Cumhurbaşkanı 18.06.2001 günlü yazısıyla 7.6.2001 kabul tarihli 4676 sayılı **“Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”**u Anayasa'nın 89. maddesi gereğince bir daha görüşülmek üzere TBMM Başkanlığı'na geri gönderdi.

² Böylece Aralık 2002 tarihi bakımından yürürlükte olan 4756 sayılı yasa ile değiştirilmiş olan yürürlükteki Basın Yasası ve 3984 sayılı (RTÜK) yasa Meclis Anayasa Komisyonunda 21 Mayıs 2001'de şekillendirilmiş oldu.

2. GERİ GÖNDERİLEN YASA TBMM'DE AYNEK KABUL EDİLDİ RESMİ GAZETEDE YAYINLANARAK YÜRÜRLÜĞE GİRDİ.

ANAYASA MAHKEMESİNE İPTALİ İÇİN BAŞVURULDU

TBMM Anayasa Komisyonu, Cumhurbaşkanını tarafından geri gönderilen 4676 sayılı Yasayı görüşmek üzere on ay sonra; 9.4.2002 tarihinde basından sorumlu Devlet Bakanı Yılmaz Karakoyunlu başkanlığında toplandı. Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme tezkeresini görüştü. Anayasa Komisyonu Esas 1/878 ve 18 numaralı ve 11.04.2002 günlü Raporuyla Yasada herhangi bir değişiklik yapılmadan yani virgülüne dahi dokunulmadan Meclis Genel Kurulu'ndan geçerek aynen ve yeniden yasalaşması için Meclis Başkanlığına gönderilmesine karar verdi.

Böylelikle Sayın Sezer'in geri gönderme gerekçelerine rağmen, Yasa TBMM'den hiç bir değişiklik yapılmadan yeniden geçerse Cumhurbaşkanı'nın Meclis'e aynı yasağı değiştirilmeden kabul edildiği için ikinci kez geri göndermesi önlenemez ve Yasa Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girebilecekti. Aynen düşünöldüğü gibi oldu.

Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye geri gönderilen kanun yeniden yapılan görüşmeler sonucunda TBMM'de 15.05.2002 günlü oturumda aynen kabul edildi. 21 Mayıs 2002 Salı günlü ve 24761 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak 15.05.2002 kabul tarihli 4756 sayılı Yasa yürürlüğe girmiş oldu.

Böylece Yasa'nın sadece numarası değişti. 4676 sayılı Yasa Cumhurbaşkanı tarafından geri çevrilince, virgülüne dahi dokunmadan Meclis'ten geçirmiş olmakla Yasa'nın sadece numarası değişti ve 4756 sayılı Yasa olarak yürürlüğe girdi.

Cumhurbaşkanı Yasa'yı Resmi Gazete'de yayınlanmak üzere Başbakanlığa gönderdiği aynı tarihte yani 21 Mayıs 2002 günü Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak "yürürlüğü durdurma" ve yasanın bazı maddelerinin iptalini istemiştir. 111 milletvekili de Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur.

14 Haziran 2002 gün ve 25785 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 2002/97 Esas, 2002/9 (Yürürlüğü Durdurma) Karar ve 12.06.2002 günlü kararı ile; 4756 sayılı Yasa'nın beş maddesi ve

bazı fıkra ile bentlerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiş, dört maddesi hakkındaki Cumhurbaşkanını istemini ise reddetmiştir.

Ancak Hükümet'in ısrarla Meclis'ten geçirdiğı bu tasarı taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk mevzuatımız dikkate alınmadan hazırlanmıştır. Başka bir deyişle hazırlanan ve yasalaşan bu tasarı aslında ifade özgürlüğünü halkın gerçekleri öğrenme hakkı olarak kabul etmeyen bir anlayışın sonucudur.

3. BASIN YASASI'NI DEĞİŞTİREN 4756 SAYILI YASA

07.06.2001 günlü 4676 sayılı Yasa ile değiştirilen Basın Yasası değişiklikleri TBMM tarafından 4756 sayılı Yasa ile de aynen kabul edilmiş olan değişikliklerdir.

4756 sayılı Yasa ile 5680 Sayılı Basın Yasası'nın; 16 ncı maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi, 17 nci maddenin tamamı, 19 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrası, 20 nci madde, 29 uncu maddenin tamamı, 30 uncu maddenin üçüncü fıkrası, 41 inci madde değiştirilmiştir. Basın Yasasının 22 nci, 23 üncü, 24 üncü 25 inci, 26 ncı, 28 inci, 30 uncu, 31 inci, 32 inci, 33 üncü ve 34 üncü maddesindeki para cezaları artırılmıştır. Ayrıca Ek olarak iki madde getirilmiştir. Değişen bu maddeler aşağıdaki başlıklar altında incelenebilir

3.1. YAYINDAN SORUMLULUK GENİŞLETMESİ İLE CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Cevap ve düzeltme hakkıyla ilgili olarak 4676 sayılı Yasa ile 16. maddede değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre "cevap ve düzeltme" hakkıyla ilgili olarak "sorumluluk" sistemi değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik şöyledir :

MADDE 19. - 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"1. Mevcutelerle işlenen suçlarda sorumluluk, suç meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber bu mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne; 19 uncu maddeye aykırı hareket edilmesi halinde ise sözü edilen kişilerle birlikte mevkutenin sahibi olan gerçek kişiye ve mevkute sahibi olan anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ile diğer şirket ve tüzel kişilere ait mevkutelerde tüzel kişiliğın en üst yöneticisine aittir. Ancak, sorumlu müdürler için

verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur ve bu cezalar ertelenemezler.”

Basın Yasası'nın 16.maddesinde “sorumlu müdür”ün hukuki ve cezai sorumluluğu gösterilmiştir. Bu maddeye göre süreli yayında (mevkute/ günlük gazete, dergi, bülten gibi)sorumlu müdür yazıyı, haberi yazan ve karikatürü çizenle birlikte sorumludur. Ancak sorumlu müdürler için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilir.

Mevkute tanımına girmeyen; yani süreli olmayan yayınlar (kitap, roman gibi örneğin) bakımından ise Basın Yasası'nın 16.maddesinde düzenleme vardır. Buna göre mevkute tanımına girmeyen basılmış eserlerle işlenen suçlarda ceza sorumluluğu suçu oluşturan eserin yazarı, çevireni veya çizeni ile birlikte yayınlatana aittir.

Ancak yayınlananlar için, tıpkı günlük gazetelerdeki sorumlu müdürlerde olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı cezalar sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur. Basın Yasası ile diğer yasaların basılı eserin sahip veya yayınlatanını cezai veya hukuki bakımdan sorumlu kıldığı hallerde, sahip ve yayınlatan tüzel kişi ise, temsilen bir gerçek kişi gösterilmiş olsa bile sorumluluk tüzel kişiye aittir.

16. madde Basın Yasası'nın “sorumluluk” açısından en tartışmalı maddesidir. Basın yoluyla işlenen suçlarda özel bir sorumluluk düzenlemiştir.

4756 sayılı yasa ise “cevap ve düzeltme” için ayrı bir cezai sorumluluk düzenlemesi getirmiştir. Bu düzenlemeyi de sorumlu müdürün sorumluluğunun düzenlendiği 16.maddenin (1) bendine yerleştirmiştir. Buna göre, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasında sorumlu olanlar : “19 uncu maddeye aykırı hareket edilmesi halinde ise sözü edilen kişilerle birlikte mevkutenin sahibi olan gerçek kişiye ve mevkute sahibi olan anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ile diğer şirket ve tüzel kişilere ait mevkutelerde tüzel kişiliğin en üst yöneticisine aittir”

Yani herhangi bir cevap ve düzeltme ile ilgili olarak cezai sorumluluk şöyle belirlenmiştir :

- Sorumlu müdür,

- Mevkute/sürelî yayın sahibi gerçek kişi,
- Veya mevkute/sürelî yayın sahibi anonim şirket ise yönetim kurulu başkanı,
- veya diğêr şirket/tüzel kişilerde (örneğin vakıflar) en üst yönetici,

sorumludur. 16.maddeye göre sorumlu sayısı cezai sorumluluk yönünden arttırılmıştır. Cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili düzenleme ise Basın Yasası'nın 19. maddesinde gösterilmiştir. Böyle bir değişiklik karşısında ise TBMM 4676 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde de değişiklik yapmıştır. Buna göre:

MADDE 21. – 5680 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“1- Bir kişinin şeref ve haysiyetinin rencide edilmesi veya kendisiyle ilgili yalan haber verilmesi veya kendine hakaret edilmesi veya sövülmesi ya da gerçeğe aykırı hareket, düşünce ve söz izafesi suretiyle, açık veya kapalı şekilde bir mevkutede yayın yapılması halinde; ilgili veya temsilcisi yayının yapıldığı tarihten itibaren iki ay içinde imzasını taşıyan cevap veya düzeltme yazısını mevkutenin sorumlu müdürüne verebilir veya gönderebilir.

Sorumlu müdür, cevap veya düzeltme yazısını aldığı tarihten itibaren üç gün içinde mevkutenin sahibi olan gerçek kişiye veya anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanına, diğêr şirket ve tüzel kişilerde en üst yöneticiye bildirir ve inceler; yayınlanmasına karar verdiği takdirde inceleme süresinin bitiminden sonra çıkacak ilk nüshada, metne hiçbir mülahaza ve işaret katmaksızın ve bu cevap veya düzeltme dolayısıyla herhangi bir mütalâa beyan etmeksizin aynen ve tamamen yayınlamaya mecburdur.”

Bu madde karşısında eski düzenlemeye göre sorumlu müdür cevap ve düzeltmeyi aldıktan sonra kendisi inceler ve yayınlanmasına karar verip vermemek konusunda takdir hakkını kullanırdı. Yani gerekirse inceleme sonucunda gerekirse tekzip metnini yayınlar; gerekirse yayınlamazdı.

Ancak yapılan değişiklikte; tekzip metninin alan sorumlu müdürün izleyeceği süreçle şöyle gösterilmiştir:

Sorumlu müdür cevap ve düzeltme metninin aldıktan sonra sürelî yayının gerçek sahibi gerçek kişi ise ona bildirecektir.

Sorumlu müdür cevap ve düzeltme metninin aldıktan sonra eğer gazetenin/sürelî yayının sahibi anonim şirket ise o zaman anonim şirket yönetim kurulu başkanına bildirecektir.

Sorumlu müdür cevap ve düzeltmeyi aldıktan sonra mevkute/sürelî yayın sahibi diğerk şirket veya tüzel kişiliklerde en üst yöneticiye bildirecektir.

Görüldüğü gibi sorumlu müdürün sorumluluğuna; mevkute/sürelî yayın sahibi olan “ gerçek kişiye”/ “yönetim kurulu başkanına” / “en üst yöneticiye” “bildirir” denilmektedir. Neden bildirir ? Bu sorunun yanıtı yoktur.

Acaba sorumlu müdür bildirdiği zaman, amaç sadece mevkute sahiplerinin bilgi sahibi olması için midir? Bu maddeye göre “bildirmezse” ne olur? Sorumlu müdür bildirmedığı zaman, cevap ve düzeltmeden sorumlu gösterilen yönetim kurulu başkanı veya sürelî yayın sahibi sorumlu olmaktan kurtulur mu? Sorumlu müdürün bildirimini nasıl kanıtlanacaktır? Sorumlu müdür, sorumlu gösterilen diğerk kişilerle birlikte mi inceleme yapıp tekzip metninin yayınlanıp yayınlanmamasına karar verecektir?

Sorumlu müdürün (veya diğerk sorumlu kişilerin) cevap ve düzeltmeyi yayınlamaması halindeki süreç ise yine Basın Yasasının 19. maddesinde gösterilmiş durumdadır. İlgili isterse, yargı yoluna başvurabilir. Tekzip hakkının kullanılmasıyla ilgili sonraki süreçlerin ne olduğunu gösteren Basın Yasası'nın 19. maddesinin (ı)-(ıı)-(ıv)-(v)-(vı)-(vıı)-(vııı)-(ix) numaralı bentlerinde hiçbir değışiklik yapılmamıştır. Yine 19.maddeye göre de; eğer yargı tarafından tekzip metninin yayınlanmasına karar verilir ve 19.madedeki koşullara uyulmayarak yayınlanmazsa, veya 19.madddeki koşullara uygun olarak tekzip metni yayınlanmazsa sorumlular hakkında 29. maddeye göre ceza davası açılır. 19.maddeye aykırı davranılması halinde cezai yaptırımını 29. maddede gösterilmiştir.

4756 sayılı Yasa'nın 23.maddesi ile Basın Yasası'nın değıştirilen 29.maddesi şudur:

MADDE 23. – 5680 sayılı Kanun'un 29 uncu maddesi ağığıdaki şekilde değıştirilmiştir.

“Madde 29. – İlgilinin veya yetkili temsilcisinin talebi üzerine yayınlanan cevap veya düzeltmede, 19 uncu maddedeki şekil ve şartlara uyulmaması halinde failler hakkında üç milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmedilir.

Cevap veya düzeltmenin yayınlanmasına dair 19 uncu maddenin (III) numaralı fıkrasına göre verilen hâkim kararına rağmen, neşirden imtina olunması halinde faillere on milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezası; yayınlanan cevap veya düzeltmenin 19 uncu maddedeki şekil ve şartlara uygun olmaması halinde ise faillere beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Cevap veya düzeltmenin 19 uncu maddedeki şekil ve şartlara uygun olarak yeniden yayınlanmasına dair sözü edilen maddenin (VI) numaralı fıkrasına göre verilmiş hâkim kararına rağmen, neşirden imtina olunması veya tekrar yayınlanan cevap veya düzeltmede yeniden 19 uncu maddedeki şekil ve şartlara uyulmaması halinde, failer hakkında elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.

19 uncu maddenin (IV) numaralı fıkrasına ve (VI) numaralı fıkrasının dördüncü paragrafına göre cevap veya düzeltmeyi yayınlama mecburiyetinin doğduğu tarihten itibaren yayının geciktiği her sayı için faile ayrıca; günlük mevkutelerde beş yüz milyon lira, diğer mevkutelerde üç milyar lira ağır para cezası da verilir.

Bu maddeye göre verilen para cezaları ertelenemez.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin aynı yıl içinde tekerrürü halinde, öngörülen para cezaları iki misli olarak uygulanır.”

29. maddedeki yeni düzenlemeye göre; birinci fıkrada “failler” denildiğine göre, 19. maddedeki (1) bölümde yer alan sorumlular arasında “gerçek kişi”/“yönetim kurulu başkanı”/“şirkette – tüzel kişiliklerde en üst yönetici” de artık 29.maddeye göre açılacak davanın suç failleri olarak kabul edilmektedir. 29.maddeye göre herhangi bir aykırılık söz konusu olursa suçun faillerinin sayısı böylece arttırılmış olmaktadır.

Basın Yasası'nın 29.maddesine getirilen cezalarla en az ceza üç milyar lira olarak kabul edilirken en yüksek ceza yüzellimilyar lira olmuştur. Ayrıca tekzip metninin yayınlanmadığı her nüsha için

beşyüz milyon gibi bir ceza konulması para cezalarını ödenemez boyutlara ulaştıracaktır. Aynı yıl içinde tekzip metninin yayınlanmaması ile ilgili olan 29.maddenin değişik haline göre para cezaları iki misli uygulanacaktır.

Cevap ve düzeltme hakkının uygulanmamasından kaynaklanan haklı tepkiler nedeniyle konulan para cezaları, diğer cezalarda olduğu gibi gereğinden fazla yüksek tutulmuş ve ölçülülük ilkesi zedelenmiştir. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması için sorumlu müdüre yapılan başvurunun ayrıca yönetim kurulu başkanına da bildirilmesi ve ayrıca yönetim kurulu başkanına tekzip hakkı için cezai sorumluluk yüklenmesi “editoryal bağımsızlığın” zedelenmesi anlamını taşımaktadır. Böylece ceza hukukundaki genel tekerrür hali terk edilerek, cevap ve düzeltme hakkıyla ilgili çok farklı ve ağırlaştırıcı bir ceza yaptırımını getirilmiş ve para cezalarının yüksekliğiyle işlerlik kazandırılmak istenen cevap ve düzeltme hakkının uygulanması sorunundaki amaç aşılmıştır.

3.2. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARI İLE HUKUKİ SORUMLULUK YALAN HABER – HAKARET – SÖVME - HER TÜRLÜ FİİL KAVRAMI

Basın Yasası'nda yapılan en önemli değişikliklerden birisi de “hukuki sorumluluk” halini düzenleyen 17. madde olmuştur.

MADDE 20. – 5680 sayılı Kanunun 17 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 17. – Basın yolu ile işlenen yalan.haber, hakaret, sövme ve her türlü fiilden doğacak maddi ve manevi zararlardan, 16 ncı maddeye göre sorumlu olanlarla birlikte Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre mevketelerde sahibi ve mevkute olmayanlarda naşiri; mevkute sahibi ile mevkute olmayanların naşirinin şirket olması halinde şirket ile birlikte anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirket ve tüzel kişilerde en üst yönetici, müştereken ve müteselsilen sorumludur. Tazminat talebinin haklı görülmesi halinde tazminat miktarı, on milyar liradan az olmamak üzere fiilen ağırlık derecesine göre belirlenir. On milyar liralık alt sınır her yıl Maliye Bakanlığınca ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır. Bu maddeye göre açılacak manevi tazminat davalarında hakim tensip kararı ile birlikte bilirkişiyi de tayin eder ve davayı en geç altı ay içinde karara bağlar.

Zarar doğurucu fiilin işlenmesinden sonra mevkutenin devredilmesi, başka bir mevkute ile birleşmesi veya sahibi olan gerçek kişi ya da şirketin herhangi bir surette değişmesi halinde mevkuteyi devralan, birleşen ve her ne suretle olursa olsun mevkutenin sahibi gerçek kişiler ile anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı diğer şirket ve tüzel kişilerde en üst yönetici de, bu fiil nedeniyle hükmedilen tazminattan birinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Basılmış eser sahiplerinin dernek, vakıf ve benzeri tüzel kişiler olması halinde tüzel kişilikle birlikte yönetim organlarında yer alanlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır.

Bu maddeye göre açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizine de hükmedilir.”

Değişiklikten önce Basın Yasası'nın 17. maddesine göre “Basın yolu ile işlenecek fiillerden doğacak maddi ve manevi zararları, 16 ncı maddeye göre sorumlu olanlarla birlikte Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre mevkutelerde sahibi ve mevkute olmayanlarda nâsiri, müteselsilen tazminle ödevlidirler.” şeklinde düzenlenmişti.

“Basın yolu ile işlenen yalan haber, hakaret, sövme ve her türlü fiilden doğacak maddi ve manevi zararlardan” cümlesi 17. maddeye eklenmiştir. 17.maddenin ise düzenlemesi “ Basın yoluyla işlenecek fiillerden” şeklindeki genel ifadesi ile kapsamı daha geniştir. Yasa koyucu her nedense; yalan haber, hakaret ve sövme her türlü fiilden doğacak maddi ve manevi zararları diyerek, fiillere yeniden açıklık getirme gibi anlamsız değişiklik yapmıştır.

Yalan haber kavramı tartışmalı olan bir kavramdır. Yerine bazı yasalarda “asılsız haber” kavramı kullanılmaktadır. Örneğin “yalan haber” kavramı TCK'nun 401/VII maddesinde geçer. Bir kimse her ne şekilde olursa olsun yalan haber yaymak, duyurmak veya başka hileler kullanmak suretiyle gıda maddeleri ve kamuya gerekli olan şeylerden erzak, madde, mal veya eşyanın azalmasına, darlığına ve fiyatın artmasına neden olursa cezalandırılır.

Bir başka örnek ise 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda 47.maddenin 3.numaralı bendinde göre “sermaye piyasası araçlarının

değerini etkileyecek” yalan, yanlış, yanıltıcı ve mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler cezalandırılmaktadır. Bu yasa ile getirilen sınırlama özel bir sınırlama olmasına rağmen, yasalarda “haber yaymak”, yalan haber, yanlış haber, mesnetsiz bilgi vermek gibi fiilleri sayarak cezalandırma ve basını kısıtlama yolu seçilmiştir.

Aynı yöntemle “yalan haber” diye bir suç Basın Yasası’nda olmamasına rağmen, Ek 9 ile sadece internet yayınları için “eklenmiştir”. Neden eklenmiştir? Amaç nedir? “Yalan haber” suç mudur? Tanımı var mıdır veya suç ise cezası nedir? Halk arasında “yalan” fiilinin arkasına eklenen “haber” kelimesi ile kastedilen acaba “gerçeğe aykırı yayın” mıdır ?

O zaman da böyle bir kavram kullanarak yeni bir suç yaratılmasına gerek yoktur. “Basın yoluyla işlenen suç” kavramı zaten kendi içinde bu suçtan kaynaklanan maddi veya manevi zarar doğmuşsa cezai ve hukuki yönden sorumlular için dava açılabilir. Çünkü cezai sorumluluğu olmasa da herhangi bir yayın veya haberde “gerçeklik” unsuru yoksa, görünen gerçeğe veya somut gerçeğe aykırı ise o haber hukuka aykırı kabul edilir. Bu yayın nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğini ileri süren kişi her zaman için manevi tazminat davası açarak uğranılan manevi zararın giderilmesini isteyebilir.

Bu tür gerçeğe aykırı yayınlardan doğan manevi tazminat davaları zaten hukuk mahkemelerinde açılmaktadır ve açılabilir. Yazıyı yazan veya haberi yazan kişinin örneğin internet yayınlarında bile kim olduğu saptanabiliyorsa ve iştirak hükümlerine göre diğer kişiler de belirleniyorsa, açılan manevi tazminat davalarında husumet yöneltilen kişiler olarak “davalı” tarafı oluşturmaktadırlar. Bu durumun ne “yalan haberle” ilgili cezai bir yönü vardır, ne de açılan manevi tazminat davalarında Basın Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Düzenlenen iddianameler de Basın Yasasına atıf yapılarak ceza davaları açılmakta, manevi tazminat davalarında da yine Basın Yasası hükümleriyle genel hukuk kuralları çerçevesinde sorumlu olanlar saptanabilmektedir.

Hakaret ve sövme cürümleri ise Türk Ceza Yasamızın “Şahıslara Karşı Cürümler” bölümündedir. Kişilerin maddi varlıkları gibi, manevi varlıklarını da koruyucu hükümlerdendir. Kişinin manevi varlığı ise o

insanın şerefi, vâkarı veya haysiyeti gibi kavramlardır. Herhangi bir söz veya davranışın veya haber veya yazının karşı tarafı tahkir ettiğinden söz edebilmek için bu eylemin muhatap aldığı kişinin toplumdaki saygınlığını tehlikeye düşürecek nitelikte bulunması gerekir. Mahkemeler olayın oluş biçimine göre hüküm kurarlar.

Hakaret TCK'nun 480.maddesinde, sövme ise 482.maddede düzenlenmiştir. Yayın yoluyla hakaret suçunun işlenmesi halinde ise verilecek cezanın arttırımı söz konusudur. Örneğin hakaret suçu "umuma neşir veya teşhir olunmuş yazı veya resim veya sair neşir vasıtası ile irtikap olunmuş ise" arttırım uygulanacaktır.

Hakaret ve sövme cürümlerinin yayın yoluyla işlenmesi halinde açılan davalar bakımından düzenlenen iddianamelerde; 5680 sayılı Basın Yasası'nın 16. maddesi delaletiyle süreli yayının sorumlu müdürü ve eser sahibi hakkında dava açılmaktadır. Bir başka deyişle Basın Yasası hükümleriyle açıkça cezai sorumluluk gösterildiği için hukuki düzenlemede sorun yoktur.

Yani, hakaret ve sövme suçlarında, eğer suç basın yoluyla işlenmişse "cezai sorumluluk" yönünden kimin/kimlerin sorumlu olduğu Basın Yasası'nın 16. maddesinde gösterilmiştir.

Yine Basın Yasası'nın 17.maddesine yalan haber, hakaret, sövme ve her türlü fiilden doğacak maddi ve manevi zararlardan cümlesinde yer alan "ve her türlü fiilden doğacak maddi ve manevi zarar" kavramı nasıl açıklanacaktır? Mevkute/süreli yayın sahipleri, yönetim kurulu başkanı ve sorumlu müdür her türlü fiilden sorumlu tutulurken; acaba basın suçu dışındaki haksız fiillerden de sorumlu sayılacaklar? Ne amaçlanıyor veya madde düzenlemesi amacı aşan bir düzenleme haline mi getirilmiştir? Anlamak ve değerlendirmek çok güç.

Yeniden düzenlenen 17.maddeye göre de sorumlu tutulan kişiler arttırılmış ; 16.maddede sorumlu olan kişilere; yine sahibini, naşiri, eğer sahibi şirket veya tüzel kişi ise yönetim kurulu başkanı veya en üst yöneticiyi eklemekte, bu kişileri diğerleriyle birlikte müteselsilen ve müştereken sorumlu tutmuştur.

Basın Yasası'nın 16.maddesine göre de bu tür manevi tazminat davalarında sorumluluk "sorumlu müdür" ile birlikte haberi/yazıyı yazan eser sahibine aittir. 17 madde önceki düzenlemeye göre; bu sorumlu

kişilere süreli yayınlarda yayın sahibini, süreli olmayan yayınlarda ise eserin naşirini eklemekte, bu kişileri diğerleriyle birlikte sorumlu tutmaktaydı.

Yeniden düzenlenen 17.maddeye göre de sorumlu tutulan kişiler arttırılmış ; 16.maddede sorumlu olan kişilere; yine sahibini, naşiri, eğer sahibi şirket veya tüzel kişi ise yönetim kurulu başkanı veya en üst yöneticiyi eklemekte, bu kişileri diğerleriyle birlikte müteselsilen ve müştereken sorumlu tutmuştur.

O halde önceki düzenlemeye veya 17.maddede yeni yapılan düzenlemeye göre bu sorumluların belirlenmesinde haberin/yazının yayınlandığı tarihteki gazetenin künyesi esas alınacaktır. Uygulamada özellikle üzerinde durulan konu budur.

Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 09.12.1995 gün ve E.857, K.717 sayılı kararında bu durum şöyle açıklanmıştır :

“ 5680 sayılı Basın Yasası'nın 16. maddesinde mevkutelerle işlenen suçlarda kimlerin ceza yönünden sorumlu tutulacakları, 17. maddesinde de hukuki sorumluluğun kimlere ait olacağı açıkça gösterilmiştir. Sözü edilen maddeler hükümleri birlikte incelendiğinde basın yoluyla işlenen haksız eylemlerden doğan maddi ve manevi zararlardan dolayı mevkutelerde yazıyı yazan ile birlikte bu mevkutelerin ilgili sorumlu müdürünün ve sahibinin müteselsilen sorumlu oldukları anlaşılmaktadır. Sorumlu gerçek veya tüzel kişilerin tespitinde ise gazete künyesi esas alınır. Künyedeki bilgilerin aksini ispat etmek bu iddiada bulunan tarafa aittir...”³

Değiştirilen 17.madde yönünden yazılı basın için Basın Kanunu uygulandığından gazete “künye”sine bakılarak hukuki sorumluluğun yine 16.madde hükmüne göre kimler olacağını saptamak olanaklıdır. Bu durumda acaba gazete “künyeleri” bu değişiklik çerçevesinde “yönetim kurulu başkanı” da ayrıca gösterilecek midir?

Medeni Yasa ile Borçlar Yasası hükümleri tarafından düzenlenen haksız fiil karşısında kişilik haklarının ihlali ile ilgili düzenleme Basın

³ Prof.Dr. Haluk Burcuoğlu. İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi. “Basın Yoluyla Kişiliğe Saldırı ve Sonuçları Hakkında Son Uygulamalar Işığında Bazı Düşünceler”. Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000. 12/16 Ocak 2000 Cilt 3 Sayfa 513-514

Yasası'ndaki 17.madde ile yeniden düzenlenmiştir. Manevi tazminat miktarı 10 milyar liradan aşağı olmamak üzere maddeleştirilmiş ve sorumlu olan kişiler arasına yönetim kurulu başkanı veya en üst yönetici de eklenmiştir.

Manevi tazminat miktarının en az on milyar lira olarak yasa ile belirlenmesi yargıçların takdir haklarını kısıtlamakta ve yargıya müdahale oluşturmaktadır. Kaldı ki manevi tazminat bedeli ne bir cezadır ne de haksız zenginleşmeye neden olabilir.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre, hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktarı mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

22.6.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlarda açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde gösterecektir.

Ancak yasa ile getirilen manevi tazminat miktarının on milyar lira olarak belirlenmesi, Borçlar Yasası hükümlerine göre uygulamada istikrar bulmuş manevi tazminat bedelindeki takdir hakkını özel yasa olan Basın Yasası ile değiştirmektedir.

Tazminat miktarının her yıl aratacak olması ve uygulanacak faiz bakımından yasal faiz kriteri terk edilerek bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisinin kabulüyle manevi tazminat bedelleri gazetecileri cezalandırma aracı olarak basın için tehdit unsuru oluşturmaktadır. Böyle bir durum hukuka aykırıdır.

3.3. EK MADDE 9 VE İNTERNET YAYINLARI

Tartışılması gereken suçun unsurları yönünden karşımıza çıkan bir diğer soru ise; internet ortamında yapılan yayında görülen hakaret suçundan dolayı kim hakkında ve hangi yasaya atıfla dava açılacağı sorusudur. Çünkü **Ek 9 madde olarak Basın Yasası'na internet yayınları bakımından yapılan ekleme** bu soruyu beraberinde getirmektedir.

4756 sayılı yasayla Basın Yasasına eklenen **Ek Madde 9** da yer alan “Bu Kanun hükümleri” yerine “Bu Kanun'un” denilmiş ve “yalan haber, hakaret ve benzeri fiillerden doğacak maddî ve manevî zararlarla ilgili hükümleri” cümlesi eklenerek, önceki metin aynen korunarak madde yazılmıştır. Maddenin içeriği ve gerekçesine göre “Bu Kanunun” denilen Kanun Basın Kanunu'dur.

Basın Yasası'nda “yalan haber” “hakaret” ve hakaret benzeri fiillerle ilgili hiçbir düzenleme yoktur. Hakaret suçu Türk Ceza Yasasında düzenlenmiştir.

Basın Yasası'nda yalan haber, hakaret ve benzeri fiillerden doğacak maddî ve manevî zararlarla ilgili hüküm yoktur.

Kabul edilen maddede “Benzeri fiillerden doğacak maddi ve manevi zarar” denildiğine göre; hakaret fiiline benzeyen benzeri fiil nedir ? Hakaret, hakarettir. Yani Türk Ceza Yasası'nın 480.maddesine göre “herhangi bir kişi hakkında bir madde mahsusa tayin ve isnadı suretiyle halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak bir fiil” isnadı hakarettir. Hakaret benzeri bir fiil nasıl olur, bunu anlamak güçtür. Bu fiilin başka bir tanımı yoktur.

Ek madde 9'da sövmeden bahsedilmemiştir. Eğer sövmeden bahsetmek gerekirse; yine TCK'nun 482.maddesine göre maddi mahsusa isnat etmeden, “her ne suretle olursa olsun bir kimsenin namus veya şöhret veya vakar ve haysiyetine” saldırırsanız sövme suçu oluşur. Bunun da benzeri olabilecek bir fiil Türk Ceza Yasasında tanımlanmamıştır. Sövme suçu hakarete benzer, ama hakaret suçuna benzer bir fiil kavramının açıklamasını yapabilmek zordur.

O zaman da karşımıza, madde metninde yazılı olmadığı halde Basın Yasası hükümlerinin “aynen” uygulanacağı gibi bir görüş ileri sürülürse; yukarıdaki açıklamalarımızı anımsatarak Basın Yasası hükümlerinin

internet yayınları için uygulanamayacağını tekrarlamamız gerekmektedir.

Kaldı ki verilen değişiklik önergesinden de anlaşılacağı üzere; madde metni değiştirilmiş ve Basın Yasası hükümlerinin aynen uygulanması görüşü geri çekilmiştir.

Ek Madde 9'la; internet ortamında yayınlanan hür türlü yazı, resim, işaret, sesli veya sessiz görüntü ve benzerleri ile yalan haber yapılması, hakaret ve benzeri fiillerin işlenmesi durumunda 5680 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Basın Yasası hükümlerine tabi olan gazete, dergi veya kitap şeklinde gerçekleştirilen ve yayınlanan basılı eserlerin hiçbir değişiklik veya ekleme yapılmadan aynen internet ortamına yayınlanması durumunda dahi Ek Madde 9 ile yapılan düzenlemeye gereksinim yoktur. Hem hukuk hem de ceza davası açılabilir. Yani bu durumda, ancak ve ancak örneğin günlük bir gazetenin hiç değiştirilmeden aynen internet ortamında yayınlanması durumunda 5680 sayılı Yasa uygulanabilir. Çünkü Basın Yasası'nın 3 üncü maddesinin 2 inci fıkrasına göre basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı "neşir" sayılmaktadır. Neşirle basın suçu oluşacağına göre, internet ortamındaki yayınlar açıklanan koşulla neşir kavramıyla örtüşmektedir.

Yine Basın Yasasının 17 nci maddesinin değiştirilen yeni halindeki "...yalan haber, hakaret, sövme ve her türlü fiil..."den bahsedilmiş ve Ek Madde 9'da ise benzer bir biçimde "...yalan haber, hakaret ve benzeri fiil..." kullanılmıştır. Sanki birbirinin tekrarı biçiminde yapılan bu düzenleme dikkat çekicidir. Birbiri ile örtüşmeyen bu düzenleme aslında yasa koyucunun manevi tazminat davaları bakımından internet ortamında yapılan yayınlar için bir "sorumluluk" arayışını çağrıştırmaktadır.

Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması sırasında yine mahkemeden karar alınması halinde herhangi bir tekzip metninin internet ortamında yayınlanması bakımından veya yayınlanmaması halinde bir cezai sorumlulukta kimin sorumlu olacağı tartışmalıdır.

Basın Yasası'nın 2 nci maddesinde yer alan düzenlemeye göre Basın Yasası "yazılar ve resimler" hakkında uygulanabilir. Ek Madde 9'da ise "her türlü yazı, resim, işaret, sesli veya sessiz görüntü ve benzerleri..."nden de söz edilmektedir. Oysa bunlar hakkında Basın yasası uygulanamaz. Bu durumda Ek Madde 9 ile 17 inci maddeye yapılan – ki tartışmalıdır- göndermenin hukuki bir temeli yoktur. Çünkü internet ortamında yapılan yayınlar bakımından Basın yasasının 16 ıncı ve 17 inci maddelerine göre getirdiği düzenlemenin uygulanması söz konusu olamaz. Çünkü internet ortamında işaret, ses veya sessiz görüntü veya benzerleri kullanılarak yapılan yayın sonunda ortaya çıkabilecek haksız fiillerin sahipleri hakkında Basın Kanunu'nda olduğu gibi "sorumluları" belirlemek ve yasal soruşturma başlatabilmek olanaksızdır. İnternet tekniği böyle bir sorumluluk belirlemesine olanak tanımamaktadır.

İnternetle ilgili olarak 4756 sayılı Yasa'nın 14 üncü maddesi ile değiştirilen 3984 sayılı Yasanın 31 inci maddesine dikkat çekmek gerekir. Çünkü 31 inci maddenin başlığı öncelikle "Program Hizmetinin İçeriği ve Yeni Yayın Tekniklerinin Kullanımı" olarak değiştirilmiştir. Maddeye ikinci fıkra eklenmiştir. Bu eklemeye göre; **"Her türlü teknoloji ile ve her türlü iletişim ortamında yapılacak yayın ve hizmetlerin usul ve esasları, Haberleşme Yüksek Kurulu'nun belirleyeceği strateji çerçevesinde Üst Kurul'ca tespit edilip,Haberleşme Yüksek Kurulu'nun onayına sunulur. Bu yayın ve hizmetlerin mevzuata uygunluğu Üst Kurul'ca denetlenir."** hükmü yenidir. Madde metninde yer alan "her türlü teknoloji" ve "her türlü iletişim ortamı" şeklindeki tanımlamaların içine "internet" yayınları da girer/girebilir. Bu durumda RTÜK tarafından "internet ortamında yapılan yayınların"da denetleneceği kuşkusuz ağır basmaktadır. Gerçi 3984 sayılı Yasa amaç olarak sadece radyo ve TV denetimini ve bunların yayını düzenlemekle sınırlıdır ama kamuoyundaki tartışmaların haklılık payı da vardır. Gerçi RTÜK tarafından bu maddenin yorumunda aksi görüş ileri sürülmekte ve RTÜK tarafından böyle bir internet denetiminin söz konusu olmadığı açıklanmış bulunmaktadır.

İnternet için yasa yaparken Türkiye Radyo ve Televizyon Yasası ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Yasa'dan ve Basın Yasası'ndan yararlanmak gerekir. İnternet servis sağlayıcılarının

hukuksal sorumlulukları ile içerik sağlayıcıların hukuki ve cezai sorumluluğu yapılacak bir yasada gösterilmelidir. Ama böyle bir yasal düzenleme ne Basın Yasası'nda ne de 3984 sayılı Yasada değişiklik yapılarak gerçekleştirilebilir. Ancak internet ortamındaki yayınlar bakımından Basın Yasası'nda olduğu gibi "kimin neden sorumlu olduğu" açıklığa kavuşmalıdır. Ama Basın Yasası ile internet yayınlarının düzenlenmesi karışıklık yaratacaktır. Yasa; ancak ve ancak, interneti ve internet ortamında yayın yapanların katkıda bulunacağı ve birlikte üretecekleri hukuki düzenlemelerle yapılır.

İnternet deniz feneri gibidir... Aydınlatır. Yol gösterir. Yaşam internette sürmektedir. Yaşamı nasıl sürdüreceğiniz konusundaki seçeneklerimiz ülkenin geleceğini de belirleyecektir. Özgürlük ve hakları kural, kısıtlamaları istisna kabul edip zihniyetimizi buna göre değiştirmeliyiz. Tek seçenek budur. Aksi seçenekler hukukun üstünlüğüne ve hukuk devleti ilkelerine inanmadığımızın kanıtıdır.

3.4. PARA CEZALARI ÖDENEMEZ BOYUTLARDA ARTIRILMIŞTIR

Basın Yasası'nın 21-22-23-24-25-26-28-30-31-32-33 ve 34. maddelerindeki ceza hükümleri ile ilgili para cezaları 4756 sayılı yasayla yaklaşık milyon misli oranda arttırılmış ve en az para cezası bir milyar lira olarak kabul edilirken en yüksek para cezası elli milyar liraya kadar çıkarılmıştır.

34 üncü maddede bir, 32 inci maddede beş, 21/1, 23 ve 33 üncü maddelerde on, 25 inci maddede on beş, 21/2, 22,28 ve 30 uncu maddelerde yirmi, 24 üncü maddede otuz, 26 ve 31 inci maddelerde elli milyar lira olarak para cezalarının asgari haddi tespit edilmiştir. Bu para cezalarının azami hadlerinin 22, 24, 26, 28, 30 ve 31 inci maddelerde yüz milyar liraya kadar ulaşmaktadır.

Bu para cezalarının her yıl Maliye Bakanlığı'nca yeniden belirlenen değerlendirme oranı ile arttırılacaktır. Dolayısıyla mali yapıları güçlü olan birkaç gazete ve dergi dışında "matbuatın" yaşaması olanaksızdır. Ayrıca Basın Yasası'nın anılan bu maddeleri ile getirilen cezalandırmaların neden olacağı fiillerin bir çoğu, mevkuze neşrinde dikkat edilmesi gereken belli bazı şekil şartlarına uygun hareket etmemekle ilgilidir. Örneğin beyanname verilmemesi, süresinde verilmemesi, sahiplik değiştiğinde beyannamenin yenilenmemesi gibi...Dolayısıyla işlenen fiil

ile uygulanması önerilen para cezaları arasında bir orantı da yoktur. Bir çok yayın organı bu yasa karşısında kapanma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.

Gerçi 4756 sayılı Yasa ile 5680 sayılı Yasa'ya Ek Madde 10 eklenerek "Bu Kanun kapsamında verilen para cezaları ve tazminatlar, bölgesel yayın yapan kuruluşlarda yarısına kadar, yerel yayın yapan kuruluşlarda 1/3'üne kadar indirilebilir." şeklinde bir hüküm de getirilmiştir. Ancak bu hüküm sonuçları değiştirmeyecektir. Basın Kanunu'nda mevcuteler yönünden; ulusal, bölgesel ve yerel diye üçlü bir ayırım da yoktur. Belki tirajlara göre bir düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır.

Prof. Dr. Köksal Bayraktar "Basın Özgürlüğünde Alarm Zilleri" başlıklı Cumhuriyet gazetesinin 29.04.2002 günlü nüshasında yayınlanan yazısında yapılan değişikliklerin hukuka ve ifade özgürlüğüne aykırı olduğunu şöyle göstermektedir :

" Yürürlükte bulunan Basın Kanunu'ndaki para cezaları aşırı ölçüde arttırılmakta, mevcut para cezaları 50.000 - 100.000 misli arttırıma tabi tutulmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, kanunun 21/1. maddesindeki "On bin liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezası on milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezası" haline getirilmiş, cevap ve düzeltme yazısının yayımlanmaması halinde öngörülen para cezaları içerisinde 150 milyarlık ağır para cezasına yer verilmiştir. Ayrıca kanundaki para cezalarının türleri (nevileri) de değiştirilmiş ve hafif para cezaları bazı maddelerde ağır para cezası durumuna getirilmiştir.

Para cezalarındaki bu olağanüstü artışın ceza hukuku ilkelerine uygun olmadığını açıklamak gerekmektedir. Ceza hukukunda, suç teşkil eden eylem ile öngörülen cezanın ağırlığı arasında bir orantının, dengenin var olması esastır; dolayısıyla bu orantının eylem ile ceza yönünden aşırı ya da tutarsız olması cezadan beklenen yararlarla hiçbir zaman ulaşılmasını, uygulamada zorluklar ortaya çıkmasını, daha da önemlisi toplumsal yaşayışta çeşitli tepkilerin oluşmasına neden olmaktadır.

Yeni düzenlemede cezaların ağırlığı yanı sıra erteleme yasağına ilişkin kural da getirilmektedir. Buna göre, Basın Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan "..... sorumlu müdürler için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek

hükmolunur" biçimindeki tümceye, "..... bu cezalar ertelenemez" yönünde bir ekleme yapılmıştır.

Basın Kanunu'nun 16. maddesindeki sorumlu müdür ile ilgili düzenleme genel bir düzenleme olduğu için artık sorumlu müdürler için "erteleme" olanağı bütünü ile ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Erteleme, ceza hukukunda suçlunun kişiliği, suçun işleniş biçimi, suçlunun sosyal, kültürel ve iktisadi durumu itibarıyla cezanın infazını ileriye dönük bir zaman için bekleten bir işlemdir ve yargıcın takdir hakkının sınırları çerçevesine de giren bir konudur. Türkiyemizde, ceza ve ceza infaz sisteminde erteleme bütün suçlar için öngörülmüştür; ancak, toplum için büyük ağırlık taşıyan, vahim olarak telakki edilen suç biçimleri erteleme dışında tutulmuştur. Tıpkı Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan suçlar gibi. Kanun koyucunun sorumlu yazı işleri müdürlerinin sorumluluğunu ve konumunu bu düzeyde tutması, bugünkü siyasal iktidarın basın özgürlüğü yönündeki tutumunu sergilemektedir.

Erteleme yasağının değişiklik kanununun öbür maddelerinde de belirlendiği saptanabilmektedir. Cevap ve düzeltme yazısının yayımlanmamasına ilişkin para cezasının ertelenemeyeceği 29. madde değişikliğinde getirildiği gibi, sorumluların belirlenebilmesinin güçleştirilmesini düzenleyen 20. madde değişikliğinde de aynı sınırlama öngörülmüştür.

Kanun koyucu, bu son derece ağır ceza siyaseti ile yetinmemekte, cevap ve düzeltme yazısının, kanunun 29. maddesinde öngörülen biçimleri içerisinde yayımlanmamasının aynı yıl içinde yinelenmesi durumunda cezaların bir katı arttırılacağını belirtmektedir. Böylece Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tekerrür hükümlerinin de değiştirildiği ve bu özel düzenleme içerisinde cezaların daha da ağırlaştırıldığı görülmektedir."

Çok tepki alan böyle bir düzenlemeyle Basın Yasası hükümlerine bağlı olan yazılı basın için getirilen para cezaları açıklanamaz bir biçimde çok yüksek tutulmuş ve caydırıcı olmaktan öte ödenemez boyutlara ulaşmıştır. Yaygın basın açısından olsun, bölgesel yayın yapan veya yerel yayın yapan gazeteler bakımından olsun getirilen para cezaları öldürücü boyutlardadır. Özellikle yerel medyanın desteklenmesi

ve mali yapılarının güçlendirilmesi gerekirken; Basın Yasasındaki bu para cezaları ile kapanmaları ve iflasları gündeme gelecektir.

Yapılan bu değişikliklere yazılı basında “yayın” bölümünde görev yapan gazetecilerin yayından kaynaklanan cezai-hukuki sorumluluklarına eklenen sorumlu kişilerin gazete sahibi, şirket ise yönetim kurulu başkanı veya en üst yönetici gibi kişiler olduğu dikkate alınacak olursa; idari kadroda bulunan veya gazetenin/sürelî yayının sahibi olan veya yönetim kademesinde söz sahibi, karar sahibi olan kişilerin de “yayın”a veya “yayın politikasına” karşımları gibi bir sonuçla karşı karşıya kalma olasılığı çok yüksektir.

Medyada “tekelleşme” olgularının yaşandığı ve medya sahiplerinin gazetecilere müdahale ederek “oto sansür” uygulamalarına neden oldukları tartışmalarının yaşandığı bir ortamda, 4756 sayılı yasada yapılan değişiklikler ister istemez gazetecilerin editöryal bağımsızlıklarını zedeleyecek düzenlemeler olarak gözükmemektedir.

Örneğin herhangi bir tekzip talebinin haklılığı veya haksızlığı, yayınlanıp yayınlanmaması gibi konularda doğrudan doğruya karar vermek yetkisi “sorumlu müdüre” aittir. Ama sorumlu müdüre gelen tekzibi şirket yöneticilerine/sahibe bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. 29. maddeye göre bu kişiler de sorumlu müdürle birlikte davanın sanığı olacaklardır.

Ayrıca bir manevi tazminat davası açılacak olursa yeni 17.maddeye göre onlarda en az on milyar liralık tazminat bedelinden sorumlu oldukları gibi, getirilen para cezalarının çok yüksek olduğu tartışmasızdır.

O zaman 4756 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme karşısında; sürelî yayınlarda çıkan herhangi bir haber, eleştiri yazısı gibi haberler için işveren konumunda bulunan medya sahipleri ve yöneticileri haber veya yazı içeriğini sorgulayacak ve giderek sürelî yayında oto sansüre ve işten çıkarmalara kadar uzanacak sorunlar yaşanabilecektir.

Açık bir toplumda serbest piyasa, gazetecilik ve demokrasi karşılıklı olarak birbirlerine bağımlı kurumlar olarak adeta bir üçgen oluştururlar. Avrupa’da medyanın yeni deregülasyonunda (yani medya alanında devletin koyduğu kuralların iptal edilmesi ile rekabetçi bir ortama geçmek veya serbestleşme) önemli tartışmalar vardır.

Demokratik bir toplum düzeninde veya demokratik bir toplumun gerektirdiği bilgi veya haberlerin yayılmasını ve farklı görüşleri engelleyen piyasa ile bu piyasa içinde yer alan gazeteciliğin kendi hedefleri arasında belli bir gerginlik vardır.

Şu şekilde ifade edilen görüşler vardır. Özgür basın için serbest piyasa zorunluluktur. Özgür basında özgür ifadenin temelini oluşturur. Özgür basın ifade özgürlüğünün merkezidir.

Amerika Birleşik devletlerinde ABD Anayasası'nın birinci değişiklik maddesinde "Kongreifade özgürlüğünü ya da basın özgürlüğünü kısıtlama altına alacak hiçbir yasa çıkaramaz" denirken basın özgürlüğü ifade özgürlüğünün merkezi bir unsuru olarak anlaşılmalıdır.

1974 yılında Miami Herald Yayıncılık Şirketi ile Tornillo davasında basın özgürlüğü Yüksek Mahkeme tarafından editörün özgürlüğü anlamında ele alınmıştır. Tornillo'nun şahsiyetini ve eyalet yasa meclisindeki adaylığını taciz eden Miami Herald gazetesinde cevap hakkını kullanma talebini reddeden mahkeme;

"Gazetede kullanılacak malzemenin seçimi, yazının içeriği ve boyutu ile ilgili sınırları belirleme kararı, kamusal konular ve resmi makamlarla ilgili değerlendirme - doğru ya da yanlış- editoryal denetim ve kararların kapsamına girer." hükmünü vermiştir. Bu mahkeme kararında dikkat çekici olan nokta, atıfta bulunulan gücün, özgür ifade gücü olmadığıdır. Sözü edilen güç daha çok, ifade araçlarının kimin kullanacağına karar veren güçtür. Bu güçlerin kullanımı, özgür ifade hakkının kullanılmasını değil; özgür ifade hakkının işletilmesinde araçların kimin kullanacağına karar verecek gücün uygulamalarıdır.

Tornillo davasında ortaya çıkan hüküm, bir sendika liderine böyle bir kullanım izni verilemeyeceğine karar vermiştir. Basın özgürlüğü bu karara göre, aslında özgür ifadenin bir parçası değil, başkalarının konuşmalarını denetleyen güçlere atfedilen özgürlüktür. Editoryal güçler anlamında tanımlanan bu tür özgür basın tezlerine yönelik olarak, bu güçlerin meşruluklarının dayanağını sorgulamak gerekebilir. Ancak 4756 sayılı yasa ile getirilen değişikliğin henüz demokrasisi oturmamış ülkemizdeki uygulamalarının yol açabileceği sonuçları tahmin edilebilir sonuçlar olacaktır.

4. 3984 SAYILI (RTÜK) YASAYI DEĞİŞTİREN 4756 SAYILI YASA

Türkiye’de kayıtlara göre; 16 ulusal, 15 bölgesel ve 230 yerel televizyon; 36 ulusal, 108 bölgesel ve 1.055 yerel radyo; toplam 1.329 kuruluş yayın yapmakta ya da yayın yapmaya çalışmaktadır.

3984 sayılı yasadaki **ekran karartma** yasağı toplumda en çok tartışılan ve uygulama bakımından ifade özgürlüğünü sürekli tehdit altında tutan bir yaptırımdı. Savunma hakkı verilmeyen ve yargıda açılan davaların uzun sürmesi nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bir prosedüre bağlı kalan radyo ve televizyon yayınları hakkındaki “yayın durdurma” cezaları sürekli eleştiriliyordu.

Bakanlar Kurulunca 7.6.2000 tarihinde kararlaştırılan yasa tasarısı ile “**Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun**” da değişiklik önerilmiştir. Gerçi Tasarı’ya Anayasa Komisyonu’nda yeni maddeler eklenmiş ve kapsamı genişletilmiştir ama 2000 yılı Haziran ayındaki Hükümetin Tasarı ile yapmak istediği değişikliklerin genel gerekçesindeki değerlendirmeler şöyledir:

1- 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun’un uygulanmasında bir çok konuda sorunlarla karşılaşmıştır.

2- RTÜK yasaya göre dokuz üyeden oluşmakta, bunun beş üyesi iktidar partisi veya partileri, dört üyesi ise muhalefet partileri tarafından gösterilen adaylar arasından TBMM tarafından seçilmektedir. Üyelerin görev süresi altı yıldır. Koalisyon hükümeti ile yönetilen ve sık hükümet değişikliği olan ülkemizde iktidar-muhalefet dengesi gözetilerek kurulan üye seçim sistemi çok çabuk bozulmuş ve bugün olduğu gibi TBMM’deki iktidar-muhalefet dengesini yansıtamaz duruma gelmiştir. Ayrıca ülkemizde seçimlerin her beş yılda (uygulamada dört yıl ve daha erken) yapıldığı dikkate alındığında altı yıl görev süresi olan kurul üyelerinin hiçbir zaman TBMM’deki iktidar-muhalefet dengesini korumadığı bir gerçektir.

Ayrıca RTÜK bütçesi TBMM bütçesi içinde yer almış ve mali denetim dışında tutulmuştur. Üst Kurulun gelirleri ve giderleri yönünden Sayıştay, Yüksek Denetleme Kurulu gibi kurumların denetimleri dışında bulundurulması da Devlet yapısında rastlanmayan

bir durum olarak değerlendirilmiştir. Eksikliği duyulan tanımların yeniden belirlendiği açıklanan gerekçede Yayın ilkeleri bakımından Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve diğer mevzuat göz önüne alınarak yeniden düzenlendiği yazılıdır. Ekran karartma cezası yerine para cezaları önerilmiştir. Kanunda belirtilen yayın ilkeleriyle bu ilkelere uymayan radyo ve televizyon kuruluşları hakkında uygulanacak yaptırımların bölücü, yıkıcı ve irticai yayınların engellenmesi konusunda etkili olmadığı görülmüştür. Hükümet yasa tasarısının genel gerekçesinde yaptığı bu tespitler sonucunda tarafsız, bağımsız ve özerk bir üst kurulun oluşumunu teminen bu tasarımı hazırlamıştır.

Hükümet'in bu görüşten hareketle hazırladığı tasarı bir yıl sonra TBMM Anayasa Komisyonu'nda görüşülmüştür. Komisyon görüşmesinde radyo televizyon yayınları ve yazılı basın hakkında sınırlandırıcı bir çok madde eklenmiştir.

5. 4756 SAYILI YASA İLE GETİRİLEN YENİ YAYIN İLKELERİ

Yasanın 4. maddesinde yer alan 20 yayın ilkesi zaten muğlak, net olmayan ve yoruma açık ilkelereydi. Görsel-işitsel yayın organları yasada gösterilen "yasak"lar ve "uymakla" yükümlü yayın ilkeleriyle çevrilmişti. Üst Kurul 15 Mayıs 2001 tarihine kadar 721 uyarı ve 539 "geçici yayın durdurma" kararı vermiştir.⁴

Önceki 3984 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde yer alan yayın ilkeleri muğlak ve yoruma açık ilkelereydi. Madde düzenlenirken radyo ve televizyon yayınlarının "kamu hizmeti anlayışı içerisinde" sayılan ilkelere göre yapılması kararlaştırılmıştır. Yasanın 4.maddesinde 20 ayrı yayın ilkesi gösterilmiştir.

Sayılan yayın ilkeleri ikiye ayrılmaktadır. 4. maddenin (a) ile (g) bentleri arasında düzenlenen 7 yayın ilkesine "aykırı yayın yapılması" yasaklanmıştır. Yani bu ilkelere göre; Türkiye Cumhuriyeti'nin varlık ve bağımsızlığına, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, demokratik esaslara aykırı yayınlar yapılması yasaktır. "Anayasa'nın Genel Esaslar kısmında yer alan ilkelere" de aykırı yayın

1.Dr.Cengiz Özdiker. "Türkiye'de Medya Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Bakımından gelişmeler" Web ortamındaki yazısı

yasaklanmıştır. RTÜK 28.5.1995 gün ve 22296 sayılı Resmi Gazete yayınlanan **Yönetmelikte**, yayın ilkelerini yeniden saymış ve “yasak” denilen bu ilkeyi yeniden yazmıştır. Yönetmelikte ayrıca gösterdiği bu yayın ilkesiyle de **Anayasa'nın ilk on maddesini yayın ilkeleri içine almıştır.**

4756 Sayılı Yasa 3984 sayılı Yasa'da yer alan önceki yayın ilkelerinin düzenlendiği 4.maddeyi değiştirmiştir. Yayın ilkeleri istendiği biçimde yoruma açık düzenlenmiştir. Üst Kurulun takdir hakkı müdahale açısından geniş biçimde uygulama yapmaya olarak tanımaktadır.

Yoruma açık ama tanımları açık olmayan esnek ifadelerle düzenlenmiş yayın ilkeleri “**ifade özgürlüğünü**” tehdit etmeye devam edecektir.

Uygulamada üzerinde en çok durulan ve . özel radyo ve televizyonlarla RTÜK'ü karşı karşıya getiren yayın ilkelerinin 4. maddesidir.

Tartışmasız yayın kuruluşlarının bazı ilkelerin dışında yayın yapmaları olanaksızdır. Ancak, mevcut yasada yer alan soyut ve anlamsız ifadeler korunmuştur. Yayın ilkeleri olarak sayılan eski ilkelere ; “**kamu yararı**”, “**kişileri suç işlemeye yönlendirecek yayın**”, “**korku salacak yayın**”, “**kamuoyunun yanıltılmasının amaçlanması ve bu yönde yayın yapılması**”, “**kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar**”, “**yayınların müstehcen olmaması**” gibi kavramlar eklenmiştir.

Hukuken dikkatli olunması gereken “**sınırlama**” nedenleri yine kişisel takdire olanak sağlayacak biçimde düzenlenmiştir. Örneğin “**toplumun milli ve manevi değerleri, Türk aile yapısı**”, “**karamsarlık ve umutsuzluk eğilimleri**”, “**toplum huzuru**”, “**kargaşa ve şiddet eğilimleri**”, “**şiddet eğilimini körükleyici**”, “**kışkırtıcı yayın**” yapılması gibi yayın ilkeleri takdir bakımından Üst Kurul iradesine bırakılmıştır. En basit anlatımıyla “**Toplumun milli ve manevi değerleri** ” veya “**Türk aile yapısı** ” gibi kavramlar yayın ilkesi olarak kullanılmaya başlayınca; Üst Kurul üyelerinin bu kavramlara atfettiği değer ölçütlerine göre sürekli değişecektir.

Örneğin, mevcut yasada yer alan kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü yayın yapılması ve iftira niteliği

taşıyan yayın yasaklarına uyulması yayın ilkesi olarak kabul edilmişken yeni değişiklikle yasada sayılan yayın ilkelerine “soruşturulması Basın Meslek İlkeleri çerçevesinde mümkün olan haberlerin, soruşturulmaksızın veya doğruluğuna emin olunmaksızın yayınlanmaması, saklı kalması kaydıyla verilen bilgilerin kamu yararı ciddi bir biçimde gerektirmedikçe yayınlanmaması” gibi cümleler eklenmiştir.

Benzeri bir başka maddede ise “haberlerin yayınlanmasında tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerine bağlı olunması; özgürce kanaat oluşumunun engellenmemesi; haber kaynaklarının kamuoyunun yanıtılmasının haller dışında gizliliğin korunması” şeklinde bir yayın ilkesi yasanın önceki metnine göre genişletilerek kabul edilmiştir.

Önceki düzenlemede yer alan “aksi yargı kararıyla kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu olarak ilan edilemeyeceği” şeklindeki yayın ilkesi “suçlu olduğu yargı kararıyla kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi; kişileri suç işlemeye yönlendirecek veya korku salacak yayın yapılmaması” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Görüleceği üzere meslek ilkeleri olarak gazeteciler tarafından kodlanmış meslek ilkeleri mümkün olduğunca yasaya yayın ilkesi olarak aktarılmaya çalışılmıştır. Meslek ilkelerinin etik kodlar olduğu ve gazetecilerin vicdani kontrol mekanizmasını oluşturduğu tartışmasızdır. Ancak, meslek ilkelerinin artık yasada yer almasıyla, yasal değişikliklerle meslek ilkelerini gerektirdiğinde değiştirme iradesi de Meclisin oylarına terk edilmiştir.

Örneğin yasanın 4 üncü maddesinde yer alan yayıncılığın “kamu hizmeti anlayışı” içinde yapılacağına dair madde “Radyo, televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasa'nın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, millî güvenliğe ve genel ahlâka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır.” şeklinde değiştirilmiştir. Kamu hizmeti anlayışının ne olduğu yine muğlak ve esnek bir tanımlamalara terkedilmiştir. Örneğin milli güvenlik, genel ahlak gibi kavramlar kişilerin değer yargılarına göre değişen ölçütlerdir.

Yayınların Türkçe yapılması esası birinci fıkrada yer almış, evrensel kültür ve bilim eserlerinin oluşmasına katkısı olan yabancı dillerin

öğretilmesi veya bu dillerde müzik veya haber iletilmesi amacıyla da yayın yapılabileceği kabul edilmiştir.

Değişen 4.maddenin ikinci fıkrasında Radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri artırılmış ve 24 ilke olarak yeniden sayılmıştır.

Örneğin sayılan ilk üç yayın ilkesi şöyledir :

a) Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı yayın yapılmaması,

b) Toplum şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkân verilmemesi,

c) Yayıncılığın, gerek yayın organı, gerekse hisse sahipleri ve üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımları veya bir başka gerçek veya tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmaması,"

Meclis'te yapılan tartışmalar sırasında (b) bendinde yer alan yayın ilkesinden **"halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan"** cümlesinin çıkarılması önerilmiştir. Gerekçe olarak da bu cümleyle düşünce özgürlüğüne aykırılık yaratıldığı çünkü **TCK'nin 312.maddesinde** yer alan bu cümlenin yayın ilkesi yapılmasının demokrasiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Önerge reddedilmiştir.

Ancak daha sonra 6 Şubat 2002 kabul tarihli 4744 sayılı yasa ile TCK'nin 312 inci maddesinde değişiklik yapılarak **"tehlikeli olabilecek"** biçimde kin ve düşmanlığın tahriki cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Buna rağmen 4676 sayılı yasayı virgülüne dahi dokunmadan aynen Meclis'ten geçirilmesi söz konusu olduğundan; 6 Şubat 2002 tarihinde 312 inci madde değişmiş olmasına rağmen 4756 sayılı Yasa'ya bu değişiklik yansıtılmamıştır. Dolayısıyla 312 inci maddenin eski hali madde sonradan değişmiş olmasına rağmen yukarıdaki biçimiyle yasada **"yayın ilkesi"** olarak kalmıştır.

Ancak yukarıda sayılan (a)/(b)/(c) bendinde sayılan yayın ilkelerinin bir özelliği vardır. 33.maddeye göre RTÜK'na; 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılması halinde **herhangi bir uyarı yapmadan yayın kuruluşunun yayını bir ay süreyle durdurma yetkisi verilmektedir.** İhlalin tekrarı halinde ise yayın süresiz olarak durdurulur ve yayın lisans izni iptal edilebilir.

6. YAYIN DURDURMA (EKİRAN KARARTMA) YERİNE PROGRAMA CEZA VE PARA CEZALARI

RTÜK'ün kurulduğu 1994 yılından 17.07.2000 tarihine kadar ulusal televizyonlar için verilen, toplam 318 uyarı ve kapatma kararından 199'u dava konusu olmuş ve açılan davaların % 68'i RTÜK lehinde sonuçlanmıştır. Ulusal televizyon kanallarının dışındaki TV ve radyolar için verilen toplam 154 uyarı ve kapatma kararının tümü yargıya intikal etmiş ve % 77'si lehte sonuçlanmıştır. RTÜK müeyyidelerine ilişkin hukuki durum incelendiğinde, RTÜK tarafından verilen 200 uyarının yalnızca 81'i (% 40), 472 adet uyarı ve kapatma kararının 353'ü (% 75) dava konusu olmuş ve bunlardan % 71'i RTÜK lehinde sonuçlanmıştır. Açılan davaların % 18'i aleyhte sonuçlanırken, % 11'i halen devam etmektedir."⁵

RTÜK Başkanı'nın yaptığı açıklamalara göre 13 bin güne ulaşan yayın durdurma cezası yaklaşık 36 yılı bulmaktadır. Bu cezaların 8 bin 600 günü bölücü, 3 bin 21 günü ise irticai yayınlar nedeniyle verilmiştir. Üst Kurul kararlarında gerekçe yoktur.

Gereksizlik nedeniyle yayın ilkelerinin belirsizliklerini "somutlaştırma" yönünde adım atamayan Üst Kurul'un "özerkliği" ve "bağımsızlığı" sürekli eleştirilmiştir.

3984 sayılı Yasa'nın 33.maddesini değiştiren 4756 sayılı Yasa'ya göre müeyyide uygulaması artık aşağıdaki gibi olacaktır:

Birinci aşamada;

1- Üst Kurul izin şartlarını ihlal eden, öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyen ve yayın ilkelerini ihlal eden özel radyo ve televizyon

⁵ (TBMM, RTÜK ve Yayıncıların Sorumluluğu Işığında RTÜK'ün Özerkliği. Jurnal Net Dr. Cengiz Özdiker)

kuruluşlarını önce “uyarır” denilmiştir. Üst Kurul bu uyarısında “aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilenmesini”de isteyecektir.

2- Eğer yayın kuruluşu bu talebe uymazsa ve aykırılığın tekrarı halinde ihlale konu olan programın yayını bir ila on iki kez arasında durdurulur. Bu süre içinde de programın yapımcısı ve eğer varsa sunucusu “hiçbir ad altında “ başka bir program yapamaz.

3- Yayını durdurulan programlar yerine aynı yayın kuşağında ve reklamsız olarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına Üst Kurulca hazırlattırılacak eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele Türk dilinin güzel kullanımını konularında programlar yayınlanır.

Uyarı yapılmadan yayın durdurma hali ise; yukarıda sayılan ve Yasa'nın 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki yayın ilkelerine aykırı yayın yapılması halinde kabul edilmiştir. Yukarıda yayın ilkeleri bölümünde açıkladığımız gibi bu kurala göre eğer :

a) Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı yayın yapılması,

b) Toplum şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkân verilmemesi,

c) Yayıncılığın, gerek yayın organı, gerekse hisse sahipleri ve üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımları veya bir başka gerçek veya tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmaması, halinde ise herhangi bir uyarı yapmadan yayın kuruluşunun yayını bir ay süreyle durdurulacaktır. İhlalin tekrarı halinde ise yayın süresiz olarak durdurulur ve yayın lisans izni iptal edilebilir.

Diğer yayın ilkeleriyle ilgili olarak “uyarı” ve sonrasında yani ikinci aşamada aykırılığın tekrarı halinde; para cezaları getirilmiş ve miktarları arttırılmıştır.

Ulusal düzeyde yayın yapan kuruluşlar eğer yayın ilkelerine “aykırılığı” tekrarlaması halinde ise 125 milyar liradan az olmamak

koşuluyla 250 milyar liraya kadar para cezası uygulanacak. Bu oran yerel ve bölgesel yayın kuruluşları için nüfus oranına göre 15 milyar, 45 milyar, 65 milyar ve 125 milyar lira olarak belirlenmiştir. Televizyon yayınları için konulan bu para cezaları radyolar için yarısı oranında uygulanacaktır.

İdari para cezaları her yıl yeniden Maliye Bakanlığı'nca ilan edilecek olan yeniden değerlendirme oranına göre değişecektir. Her yıl %40-60 oranında yaklaşık olarak artacaktır. 2002 yılı için geçerli olan bu para cezaları en az %50 artırılarak 2003 yılında uygulanacaktır. Ulusal yayın yapan TV kanalları için bu ceza 375 milyara kadar çıkabilecektir.

İhlalin bir takvim yılı içinde tekrarı halinde ise bu para cezaları %50 oranında artırılarak uygulanacaktır. Bir takvim yılında ihlal üç kez gerçekleşirse bu defa "ihlalin ağırlığına" göre izin uygulaması bir yıl geçici olarak durdurulacaktır.

4756 sayılı Yasa ile getirilen bu yaptırımlar incelenecek olursa; ekran karartma yerine programa ceza verilmesi yolu kabul edilmektedir. Programcı veya sunucu için başka bir ad altında olsa bile program yapması yasaklanmaktadır. Uyarı yazısıyla birlikte, programın yayımlandığı yayın kuşağında açıkça özür dilenmesi istenmekte ve ihlalin tekrarı halinde de Üst Kurul tarafından hazırlanacak programların yayınlanması sağlanmaktadır. Getirilen para cezaları ise, ödenmesi çok büyük güçlükler yaratacak niteliktedir. Hatta bölgesel ve yerel medya kuruluşlarında iflaslara neden olabilecek nitelik ve büyüklükteki bu para cezalarının her yıl yeniden artırılacağı düşünülürse; yine güçlü medya sermaye gruplarının yerel yayınlara da egemen olması kaçınılmaz gözükmektedir.

7- YASAL DEĞİŞİKLİKLE RTÜK ÖZERK BİR KURULUŞ OLMUŞ MUDUR ?

RTÜK'ün hizmet vermekle yükümlü bulunduğu yayıncılar karşısında acaba Kurul özerk ve tarafsız mıdır? Aslında yasada yer alan düzenlemeye göre RTÜK'ün özerk ve tarafsız bir tüzel kişiliği olduğu belirtilmektedir. Üst Kurul oluşturulurken önceki yasaya göre beşi iktidar partisi, dördü muhalefet partilerinin gösterdiği adaylardan seçilen bir kurul oluşum açısından "siyasi bir kurul" olduğu eleştirisine açıktır. Adayların siyasi partiler tarafından gösterilmiş olması üst

kurulun tarafsızlık ve bağımsızlığını etkileyen ve üst kurul oluşumuna siyasi partilerin görüşlerini yansıtan bir oluşum sergiliyordu.

Yansızlığı sürekli tartışıldığı sırada 4756 sayılı yasayla **siyasal baskıya açık bir kurul yapılanması yeniden oluşturulmuştur**. RTÜK üyelerinden beşi siyasal parti gruplarınca TBMM Başkanlık divanı oluşum formülüne göre belirlenecek kontenjan doğrultusunda yine Meclis tarafından seçilecek, diğer 4 üye ise ; **YÖK, MGK, Gazeteciler Cemiyeti ve Basın Konseyi'nin ortaklaşa belirleyeceği adaylar arasından Bakanlar Kurulu tarafından atanacaktır**.

Üst Kurulun oluşumu önceki yasaya göre iktidar-muhalefet dengesini gözetmekti. Böyle bir amaç gerçekleştirilemedi. Yeni oluşum bakımından ise; **Bakanlar Kurulu tarafından "atanma"** yapılması kabul edilerek, siyasal baskının daha ağırlıklı olacağı anlaşılmaktadır. Bu durum ise "**özerk**" veya "**tarafsız**" bir bağımsız otorite yaratma görüşüne aykırı düşmektedir.

Bu yönüyle de RTÜK bağımsız idari otorite sayılmayacaktır. Fransa'daki bağımsız idari otoriteler hükümet ve bakanlıklar karşısında özerkliğe sahip kurumlardır. Üç temel ölçütü vardır. Öncelikle tek yanlı idari işlem niteliğinde tedbir alma yetkisine sahiptirler. İkincisi ise, bu otoriteler mevcut bir kamu kişinin bünyesinde kurulurlar ve kendi tüzel kişilikleri bulunmaz. Son olarak da bu otoriteler bağımsızdır. Bağımsızlık ilkesi de karar yetkisinde ortaya çıkar. Bağlı oldukları kamu kişisine hiyerarşik olarak bağlı da değildirler. Bağımsız idari otoriteler kamu kurumu olmadıklarından başbakanlığa veya ilgili bakana hizmetin yönetimi bakımından bağlıdırlar. Örneğin Fransa'da Görsel-İşitsel Üst Kurul böyle çalışır. İngiltere'de Bağımsız Televizyon Kuruluşu (ITC) kamu özgürlükleri alanında çalışmalarda bulunabilen bağımsız idari otoritedir.

Üst Kurul ise kamu tüzel kişiliğine haiz olup Anayasa'nın 123.maddesine göre yasayla kurulmuştur ve yasanın verdiği yetkileri kullanmaktadır. Radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesi konusunda da yine Anayasa'nın 124.maddesine göre yönetmelik çıkarabilmektedir. İşte bu yapısıyla görsel-ışitsel kitle iletişim araçlarının faaliyet alanındaki bir kamu kurumu niteliğinde olduğundan bağımsız idari otorite olarak görülemez. Nitekim 4756 sayılı Yasa'nın yaptığı değişikliklerle RTÜK oluşumunda Bakanlar Kurulu'na atama yetkisi

verilmesi hizmetin yönetimi ile ilgili olmayıp doğrudan siyasi iradeye bir bağlılık yaratacaktır.

Yasanın 5. maddesinde RTÜK “**özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği**” olarak gösterilmiştir. **Anayasa Mahkemesi** 1967/37 Esas, 1968/46 Karar (AYMD C.6 sayfa 245 vd) sayılı kararında **özerkliği** yürütme organı, siyasal partiler ve kişilerin etkisinden uzak olarak örgütlenme ve yetkilendirme olarak tanımlamaktadır. Özerk örgütlenme isteniyorsa, RTÜK oluşmasında yürütmenin etkisinin olmaması gerekmektedir. Oysa Bakanlar Kurulu yürütmenin en önemli temsilcisi olarak Kurul üyelerini, YÖK veya MGK veya gazeteci örgütlerinin kendi içinden seçtiklerinden tercih yaparak üyelerini atamaktadır.

Anayasa mahkemesi kararına göre özerk kuruluşun çalışan personeli de her türlü etkiden uzak tutulmalıdır. Özerk kuruluş aynı zamanda özerk bir yönetim yaratabilmesi için kendi hareketlerine hakim olacak kuralları da yine kendisi düzenlemelidir. Anayasa Mahkemesi özerkliğin tanımını yaparak sınırlarını çizdiği gibi, bu tür kuruluşların keyfi davranmaması için yasalarla bir takım tedbir ve denetim usullerinin getirilebileceğini de kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi anılan kararında bu tedbir ve denetim usullerinin “**özerk kuruluşu doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yürütme organı etkisi altına sokmayan nitelikte bulunması şarttır**” diyerek görüşünü açıklamıştır.⁶

Frekans ihalesi, RTÜK tarafından gerçekleştirilememiştir. Bu yetki ve düzenleme hakkı artık 4756 sayılı yasa ile **Telekomünikasyon Kurulu'na bırakılmaktadır**. Bu durum yıllarca yapılamayan frekans ihalesinin ne zaman yapılacağı konusunda belirsizliklerin süreceğine işaret eder. Anılan kurulun kurulması ve çalışma usullerinin belirlenmesinin nasıl olacağı belli olmadığı gibi, yasadaki geçici maddeyle 6 aylık bir süre konarak sorun çözülmeyeceği gibi, hazırlanacak olan ulusal, bölgesel ve yerel çaptaki frekans planları Haberleşme Yüksek Kurulu'nun onayına sunulacaktır.

⁶ Atila Nalbant Age

8. YENİ YASA TEKELLEŞME OLGUSUNU DİSİPLİN ALTINA ALINABİLİR Mİ?

Yasa'nın en çok tartışılan maddelerinden birisi de özel radyo ve televizyonların "Kuruluş ve Hisse Oranları" dır. Çoğulculuk ortamının kaybolduğu, ciddi boyutta tekelciliğin yaşandığı ve sahiplik konusundaki hukuki düzenlemelerin yeterli etkinlikte uygulanamadığı da bir gerçektir.

3984 sayılı yasanın değişiklikten önceki 29. maddesine göre gerçek ya da tüzel kişinin bir radyo TV kuruluşundaki hissesi %20 yi geçemiyordu. Önceki yasanın bu maddesi, gerçek ve tüzel kişilerin bir yayıncı kuruluşta yüzde 20'den fazla hisse sahibi olmamasını, birden fazla yayıncı kuruluşta hisse sahibi olanların ise bu kuruluşdaki tüm hisselerinin toplamının yüzde 20'yi geçmemesi zorunluluğuna göre düzenlenmişti. Ayrıca maddeye göre, bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda yüzde 10'dan fazla hissesi olanların devlet ihalesine girmesi de önlenmiştir. Radyo ve Televizyon kuruluşlarının menkul kıymetler borsasında işlem yapmaları da 29 uncu maddenin önceki düzenlemesine göre yasaktı.

4756 sayılı Yasa ile 29.madde değiştirilmiştir. Buna göre her yıl yapılacak yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlmelerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı % 20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payı, hisse oranı % 50'yi geçemez. Yani yıllık dinlenme / izlenme oranı %20'in altında olan kurumlar için herhangi bir sermaye payı, hisse sınırlandırması konulmamaktadır. Yabancı sermayenin % 10 olan ortaklık payı ise , % 25'e çıkarılmaktadır.

Buna göre de herhangi bir gerçek veya tüzel kişi bir yayın kuruluşunun tamamına sahip olabilecektir. Çünkü, yasaya göre Üst Kurul tarafından düzenlenecek yönetmeliğe göre her yıl yapılacak yıllık ortalama izlenme oranı ölçümleri ile yıllık ortalama izlenme ve dinlenme oranı tespit edilecektir. Böyle bir oranın tespiti Türkiye'deki televizyon alıcı sayısı dikkate alınacak olursa hem çok pahalı hem de çok güçtür. Ayrıca yayın kuruluşlarının %20 gibi bir izlenme ve dinlenme oranlarını ulusal çapta aşabilmeleri olanaksızdır.

Bu durum medyanın birkaç güçlü sermaye elinde toplanmasına yol açacaktır. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişiye bir radyo ve televizyon işletmesi kurma hakkı verilmektedir. Ama gerçek ve tüzel kişiler birden fazla radyo ve televizyon kuruluşuna değişik şirketler kurmak suretiyle sahip olabileceklerdir.

Radyo ve televizyon sahipleri devlet ihalelerine girebilecek ve tüm taahhütleri alabileceklerdir. Yasadaki engel kaldırılmıştır. Menkul kıymetler borsasında işlem yapmaları da yasa ile serbest bırakılmıştır. Önceki yasa da yer alan yasak 4756 sayılı yasanın kabulüyle kalkmıştır.

Fransa da tekelleşme ile mücadele ve saydam bir basın hedeflenmiştir. Daha İkinci Dünya Savaşı sonuna doğru kabul edilen 26 Ağustos 1944 tarihli kararname bugünkü yasal düzenlemenin kaynağıdır. Özellikle fikir özgürlüğüyle çoğulculuk ilkesinin yaşama geçmesi için basın kuruluşları sahiplerinin kim olduklarının bilinmesi ve günlük gazeteler yoluyla sermayenin bir elde toplanması olanağını engellemek için yasal düzenlemenin temelidir.

Fransa'da gazeteler, doğrudan TV istasyonlarına sahip değil. Ulusal düzeyde frekans sadece bir gerçek veya tüzel kişiye tahsis edilebilmektedir. Bölgesel veya yerel düzeyde yayın hakkı verilen gerçek veya tüzel kişilere aynı anda ulusal yayın hakkı verilmemektedir. Herhangi bir televizyon şirketinin yüzde 15 veya 25 oranında hissesine sahip olanlar ikinci bir televizyon şirketinde yüzde 15'den çok hisse sahibi olamamaktadır. Ulusal çapta yayın yapan televizyon kanalında bir kişinin sermayesi ise %49'u aşamaz.

Yunanistan'da ise bu oran en fazla %25'tir. Eğer bir kişi televizyon şirketine ortak ise, yazılı basın kuruluşuna ancak borsadaki toplam hisselerinin en fazla yüzde 2,5'lük bölümüyle ortak olabilmektedir.

İngiltere'de 1990 yılında değiştirilen basın yasası uyarınca gazete sahibi uluslar arası boyuttu bir gazete sahibi olsun veya yerel gazetede hisse sahibi olsun bir radyo ya da televizyon şirketinde en fazla yüzde 20 pay sahibi olabilir. Bir gazete patronu, eğer gazetesi günde 500 bin ya da daha çok satıyorsa, hükümetin izni olmadan bir başka gazeteden hisse alamaz.

4756 sayılı Yasa getirilen "sahiplik" konusundaki düzenlemeler medyada tekelleşmenin daha acımasız biçimde ortaya çıkmasını

neden olacaktır. Bölgesel ve yerel yayın kuruluşlarının çoğu güçlü birkaç sermaye tarafından satın alınacaktır. Yayın politikaları da medyayı elinde bulunduran tekelci sermayenin çıkarlarına uygun hale dönüşecektir. Medya-siyaset ilişkilerinde ortaya çıkacak "güçlerin medyası" siyaseti ve giderek toplumu etkileyecektir. Toplumun bilgi edinme ve gerçekleri öğrenme hakkı kısıtlanacak, birkaç medya grubunun çıkarları doğrultusunda medya-siyaset ilişkileri medya yayın politikalarıyla belirlenmeye başlayacaktır.

9. CUMHURBAŞKANI TARAFINDAN ANAYASA MAHKEMESİNE YAPILAN BAŞVURU

21 Mayıs 2002 Salı günlü ve 24761 sayılı Resmi Gazetede 15.05.2002 kabul tarihli 4756 sayılı Yasa yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yasa Cumhurbaşkanı'nın yeniden görüşülmek üzere Meclise geri gönderdiği 4676 sayılı Yasadır.

Cumhurbaşkanı tarafından 21 Mayıs 2002 günü Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru ile yürürlüğü durdurma ve bazı maddelerin iptali istenilmiştir.

119 Milletvekili tarafından da Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılarak aynı yasanın bazı maddeleri için iptal ve yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulmuştur.

Cumhurbaşkanı tarafından yapılan yeni yasanın dokuz maddesinin ve bazı fıkralarının Anayasaya aykırılık itirazı ve öncelikle yasanın yürürlüğünün durdurulması istemi karşısında; Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Haşim Kılıç 12.06.2002 günü yaptığı açıklama ile 4756 sayılı Yasa'nın bazı maddelerinin yürürlüğünün durdurulduğunu açıklamıştır. Bu açıklamanın yapıldığı tarihte Başkan Vekili 119 milletvekilinin yaptığı başvurunun incelenmekte olduğunu bildirmiştir.

14 Haziran 2002 gün ve 25785 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2002/97 Esas, 2002/9 (Yürürlüğü Durdurma) Karar ve 12.06.2002 günlü Anayasa Mahkemesi kararı ile 4756 sayılı Yasa'nın beş maddesi ve bazı fıkra ile bentlerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiş, dört maddesi hakkındaki Cumhurbaşkanı istemini ise reddetmiştir.

Yasanın Resmi Gazete'de yayınlandığı gün olan 21 Mayıs 2002 tarihli dilekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuran Cumhurbaşkanı iptal ve yürürlüğün durdurulması isteminde bulunmuştur. Cumhurbaşkanı 4756

sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1- 2. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin ikinci fıkrasının,

(k) bendindeki ".....veya korku salacak.....",

(v) bendindeki ".....karamsarlık, umutsuzluk.....",

sözcüklerinin, Anayasa'nın 26., 28. ve 38. maddelerine,

2- 3. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile geçici 4. maddesinin yukarıda belirtilen bölümünün, Anayasa'nın 87. maddesine,

3- 12. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 141. maddelerine,

4- 13. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin (d) ve (e) bentlerinin, Anayasa'nın 2., 26., 28. ve 167. maddelerine,

5- 16. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasa'nın 33. maddesinin,

Birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 26., 28., 13., 29. ve 30. maddelerine,

İkinci fıkrasının, Anayasa'nın 26., 28. ve 13. maddelerine,

6- 20. maddesiyle değiştirilen 5680 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının, İkinci tümcesinin, Anayasa'nın 26., 28. ve 13. maddelerine,

Dördüncü tümcesinin, Anayasa'nın 2. ve 141. maddelerine,

7- 22. maddesiyle değiştirilen 5680 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin, Anayasa'nın 26., 28. ve 13. maddelerine,

8- 25. maddesinin, Anayasa'nın 26., 28. ve 13. maddelerine, aykırı olmaları nedeniyle iptal edilmelerine,

Uygulanmaları durumunda doğacak giderilmesi güç ya da olanaksız hukuksal sonuçlar ve kamusal zararlar göz önünde bulundurularak söz konusu kuralların "yürürlüklerinin durdurulmasına" karar verilmesini talep etmiştir.

TBMM üyesi 119 milletvekili de 23.05.2002 günlü dilekçeleriyle Cumhurbaşkanı'nın ileri sürdüğü benzer gerekçelerle Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır.

10. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 4756 SAYILI YASANIN YÜRÜRLÜĞÜNÜ DURDURDUĞU MADDELERİ

Cumhurbaşkanı'nın ve 119 milletvekilinin yaptığı itiraz başvurusu üzerine Cumhurbaşkanı'nın bazı maddelerin yürürlüğünü durdurma istemi için Anayasa Mahkemesi esas kararından önce yürürlüğü durdurma konusunda karar vermiştir.

Cumhurbaşkanı'nın istemi konusunda 14.06.2002 günlü Resmi Gazete'de yayınlanan **Anayasa Mahkemesi'nin 2002/97 Esas, 2002/9 (Yürürlüğü Durdurma) karar ve 12.6.2002 günlü kararı** ile Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler ve uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç ve olanaksız durum ve zararlar doğabileceği dikkate alınarak esas hakkında karar verilinceye kadar 4756 sayılı Yasa'nın bazı maddelerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir.

10.1- 4756 SAYILI YASA İLE 3984 SAYILI YASANIN 6. MADDESİNDE YER ALAN RTÜK ÜYELERİNİN SEÇİMİNDEKİ DEĞİŞİKLİK VE GEÇİCİ MADDE 4'ÜN YÜRÜRLÜĞÜ DURDURULMUŞTUR.

3984 sayılı Yasa'nın 6.maddesinde yapılan düzenleme ile Radyo Televizyon Üst Kurulu üyeliğine seçilecek olan beş üyenin seçimi TBMM'ye bırakılmıştır.

3984 sayılı Yasa'da yapılan değişiklikle RTÜK üyelerinin seçimi hakkındaki yeni düzenlemeye göre beş üyenin seçimi TBMM'ye bırakılmış olup TBMM Başkanlık Divanı oluşum formülüne göre belirlenecek kontenjana göre siyasi parti gruplarının göstereceği adaylar arasından TBMM Genel Kurulu'nca seçilecektir. Bu aday bildirme ve seçim için saptanan süre de yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir aydır.

Geriye kalan 4 üyenin seçiminde de değişiklik yapılmıştır. Yasa'da yapılan değişikliğe göre dört yıl süreyle seçilecek olan üyeler Yükseköğretim Kurumu Genel Kurulu'nun (YÖK), Kurul üyesi olmayan

elektrik-elektronik, iletişim, kültür-sanat ve basın-yayın dallarından göstereceği dört aday arasından Bakanlar Kurulunca seçilecek iki, en çok sarı basın kartı sahibi üyesi bulunan iki gazeteciler cemiyeti ile Basın Konseyi'nin ortaklaşa göstereceği iki aday arasından Bakanlar Kurulu'nca seçilecek bir ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin kamu görevlileri arasından göstereceği iki aday arasından Bakanlar Kurulu'nca seçilecek bir üyeden oluşmaktadır.

Yasanın yürürlüğe girmesi ve adayların seçimi ile ilgili olarak RTÜK oluşumu için yasaya Geçici 4.madde eklenmiştir.⁷

Bu maddeye göre de bir ay içinde yani, 4756 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 21 Mayıs 2002 tarihinden itibaren 21 Haziran 2002 tarihine kadar TBMM Başkanlığı'na ve Başbakanlığa RTÜK üye adaylarının kimler olduğunun bildirilmesi gerekiyordu.

BİRİNCİ SONUÇ :

Anayasa Mahkemesi 4756 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin, Mustafa Bumin, Samia Akbulut ile Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oylarıyla,

Geçici 4. maddesinin Mustafa Bumin, Samia Akbulut ile Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oylarıyla ve Oy çokluğuyla

Esas hakkında karar verilinceye kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA karar vermiştir.

⁷ **GEÇİCİ MADDE 4.** Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca seçilecek beş üyesi, siyasi parti gruplarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı oluşum formülüne göre belirlenecek kontenjan doğrultusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na, Bakanlar Kurulu'nca seçilecek üye adayları ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Başbakanlığa bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde bildirilir. Siyasi parti gruplarınca gösterilen adayların; Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca işaret oyuyla ayrı ayrı oylanmaları suretiyle seçimleri yapılır. Seçilemeyen adaylar yerine ilgili siyasi parti gruplarınca yeni adaylar bildirilir."

10.2 . 4756 SAYILI YASA CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ DÜZENLENDİĞİ 3984 SAYILI YASANIN 28. MADDESİNİN İKİ FIKRASINDA DEĞİŞİKLİK YAPARAK TEKZİP YAYINLANMAMASI HALİNDE SORUMLU SAYISINI ARTIRMIS VE AÇILACAK TAZMİNAT DAVASINDAKİ BEDELİN EN AZ ON MİLYAR LIRA OLMASINI HÜKME BAĞLAMISDIR.

Yasa'nın 28. maddesinde radyo ve televizyon yayınlarındaki cevap ve düzeltme hakkının nasıl kullanılacağı ve hangi mahkemelerin yetkili olacağı konusunda düzenleme yapılmıştır. Bu maddeye göre gerçek veya tüzel kişiler kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu veya gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkının tanınması için ilgililer yargı yoluna başvurabilirler.

28.maddenin 6. fıkrasında cevap ve düzeltme hakkını kullanan ilgili ile ilgili olarak metnin yayınlanmasına mahkeme tarafından karar verilmiş olmasına rağmen yayın yapılmaması veya geciktirilmesi halinde Üst Kurul eylemin ağırlığına göre 3 aya kadar durdurma ve ikinci kez tekrarı halinde yayın iznini iptal edebiliyordu.

Yeni yasa ile 6. fıkra değiştirilmiştir. Yayından sorumlu olan ile anonim şirket yönetim kurulu başkanına 30 milyar lira para cezası verilebilecek ve Üst Kurul üç aya kadar gelir getirici yayın yasağı koyabilecektir. İkinci kez tekrarında da yayın izninin iptali yine mümkündür. Hangi yayınların gelir getirici olduğuna da Üst Kurul karar verecektir.

Eski Yasa'nın 8. fıkrası ile gerçek ve tüzel kişilerin yayın kuruluşları aleyhine tazminat davası açma hakkını düzenliyor ve bu tazminat bedelinin yüz milyon liradan aşağı olamayacağı hükme bağlanmıştı. Yeni Yasa ile 8. fıkra yeniden düzenlenmiştir. Yayın kuruluşu ile birlikte şirketin yönetim kurulu başkanı müteselsilen ve müştereken sorumlu kabul edilmiştir. Tazminat bedeli ise 10 milyar liradan aşağı olmayacak ve dava açılınca yargıç hemen bir bilirkişi tayin edecektir. Dava da en geç altı ay içinde karara bağlanacaktır. Tazminat tutarı ise her yıl artacaktır ve artış Maliye Bakanlığı tarafından yeniden değerlendirilene oranına göre belirlenecektir.⁸

⁸ MADDE 12. - 3984 sayılı Kanununun 28 inci maddesinin altıncı ve sekizinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

İKİNCİ SONUÇ:

Anayasa Mahkemesi 4756 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının;

a- Dördüncü tümcesinde yer alan "...tazminat miktarı on milyar liradan az olmamak üzere..." ibaresinin Samia Akbulut ile Enis Tunga'nın karşı oylarıyla,

b- Altıncı tümcesinde yer alan "...tensip kararı ile birlikte bilirkişiyi de tayin eder ve..." ibaresinin Enis Tunga'nın karşı oyu ve Oy çokluğuyla, **ESAS HAKKINDA KARAR VERİLİNCEYE KADAR YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA** karar verilmiştir.

10.3. 4756 SAYILI YASA İLE DEĞİŞİK 3984 SAYILI YASANIN 29. MADDESİNİN (d) ve (e) BENDİNDE DÜZENLENEN RADYO VE TV SAHİPLİĞİ İLE TEKELLEŞME KONUSUNDA İTİRAZA UĞRAYAN DÜZENLEME

Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasına konu olan 4756 sayılı Yasa ile değişik 3984 sayılı Yasanın 29. maddesinin iptale konu olan

Yayını yapmayan veya karara uygun şekilde yapmayan veya geciktiren kuruluşun yayınlarından sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan anonim şirketin yönetim kurulu başkanına otuz milyar liradan doksan milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, kuruluşu Üst Kurul'ca eylemin ağırlığına göre üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı verilebilir. İkinci kez tekrarı halinde yayın izni iptal edilir ve en yüksek para cezasına hükmolünür. Bu cezalar ertelenemez. Hangi yayınların gelir getirici yayınlar olduğu Üst Kurul tarafından belirlenir.

Gerçek ve tüzel kişilerin ayrıca genel hükümlere göre ilgili yayın kuruluşuna karşı tazminat davası açma hakkı saklıdır. Yayın kuruluşu ile birlikte şirketin yönetim kurulu başkanı da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Zarar doğurucu fiilin işlenmesinden sonra yayın kuruluşunun devredilmesi, başka bir kuruluşla birleşmesi veya sahibi olan şirketin herhangi bir surette değişmesi halinde yayın kuruluşunu devralan, birleşen ve her ne suretle olursa olsun yayın kuruluşunun sahibi veya hissedarı olan şirket ve şirketin yönetim kurulu başkanı da bu fiil nedeniyle hükmedilen tazminattan yayın kuruluşu ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Tazminat talebinin haklı görülmesi halinde tazminat miktarı, on milyar liradan az olmamak üzere fiilin ağırlık derecesine göre belirlenir. On milyar liralık alt sınır her yıl Maliye Bakanlığı'nca ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır. Bu maddeye göre açılacak manevi tazminat davalarında hâkim tensip kararı ile birlikte bilirkişiyi de tayin eder ve davayı en geç altı ay içinde karara bağlar.

Bu maddeye göre açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizine de hükmedilir.

bentleri aşıya aynen alınmıştır. 29. maddenin (d) ve (e) bentlerinin Anayasa'ya aykırılığı Cumhurbaşkanlığı tarafından ileri sürülmüştür.⁹

Radyo ve televizyon yayın izni verilen veya verilecek anonim şirketlerin hisse oranları ve şirket yapısıyla ilgili uyulması gereken unsurlar 29. maddede sayılmıştır.

Yasa'nın önceki düzenlemesinde olduğu gibi siyasi partiler, dernekler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler, vakıflar, mahalli idareler ile bunlar tarafından kurulan veya bunların ortak oldukları şirketler, iş ortakları, birlikler ile üretim, yatırım, ihracat, ithalat, pazarlama ve finans kurum ve kuruluşlarına radyo ve televizyon yayın izni verilmez; bu kuruluşlar radyo ve televizyon yayın izni almış şirketlere ortak olamazlar.

Yine bu yasanın önceki ve sonraki 29. madde düzenlemesinin ikinci fıkrasına göre radyo ve televizyon yayın izni, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre sadece radyo ve televizyon yayıncılığı, haberleşme, eğitim, kültür ve sanat amacıyla kurulmuş anonim şirketlere verilir. Aynı şirket ancak bir radyo ve bir televizyon işletmesi kurabilir.

Özel radyo ve yayın kuruluşlarının hisseleri nama yazılı olmak zorundadır. Bu şirketlerde herhangi bir kişi lehine intifa senedi ihdas edilemez. Ulusal izlenme oranları, Üst Kurul tarafından her takvim yılı için tespit edilir ve o yılı izleyen ocak ayı içinde açıklanır.

⁹ **MADDE 13. - 3984 sayılı Kanununun 29 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

Madde 29. - Radyo ve televizyon yayın izni verilen veya verilecek anonim şirketlerin hisse oranları ve şirket yapısıyla ilgili uyulması gereken diğer hususlar şunlardır:

d) Üst Kurul tarafından düzenlenecek yönetmeliğe uygun olarak her yıl yapılacak yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı % 20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payı % 50'yi geçemez. Gerçek kişinin hisselerinin hesaplanmasında üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrı hısımlara ait hisseler de aynı kişiye aitmiş gibi hesaplanır.

e) Bir gerçek veya tüzel kişi veya bir sermaye grubu % 50'den fazla hissesine sahip olduğu bir televizyon veya radyonun yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı % 20'yi geçerse Üst Kurul tarafından yapılan bildirimden itibaren doksan gün içinde, ortağı bulunduğu televizyon veya radyodaki hisselerinin bir bölümünü halka arz ederek veya bir kısım hisselerini satarak, sermaye payını % 50'nin altına indirir. Yıllık izlenme veya dinlenme oranının aşımı birden fazla televizyon ve radyodaki hisselerin toplamı nedeniyle meydana gelmişse, bu oranı % 50'nin altına indirecek biçimde yeterli sayıda şirketi satar. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda kuruluşun yayın izni iptal edilir.

Özel radyo ve televizyon yayın kuruluşlarının hisse senetlerinin halka arzında 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na göre Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin almadan önce Üst Kurulun onayının alınması şarttır.

Yeni yasa ile bir özel radyo ve televizyon yayın kuruluşunda yabancı sermayenin payı ödenmiş sermayenin % 25'ini geçemez. Bir özel radyo ve televizyon yayın kuruluşunda ortak olan gerçek veya tüzel yabancı kişi bir başka radyo ve televizyon kuruluşuna ortak olamaz. Yerli veya yabancı hissedarlar hiçbir şekilde imtiyazlı hisse senedine sahip olamazlar.

Ayrıca radyo ve televizyon yayını izni verilen bir anonim şirketin hisse devirleri, devir tarihinden itibaren bir ay içinde, ortakların ad ve soyadları ile şirketin devri sonucunda oluşan ortaklık yapısı ve oy payları hakkındaki bilgilerle Üst Kurul'a bildirilir. Bu şirketlerin bir başka şirkete devri, bir başka şirketin devralınması, bir başka şirketle birleşme işlemlerinden önce, Üst Kurul'dan gerekli bilgi ve belgelerle izin alınması zorunludur. Bu işlemler sonucunda şirket yapısında bu Kanun hükümlerinde öngörülen hususlara aykırılık olduğu takdirde Üst Kurul'un vereceği süre zarfında bu aykırılık giderilmek zorundadır. Aksi halde yayın izni iptal edilir.

Radyo ve televizyon yayın izni verilen veya verilecek anonim şirketlerde bulunması gereken diğer asgarî idarî, malî ve teknik şartlarla yayın alanı, yayın saat ve süreleri ile ilgili esaslar her yıl Üst Kurul tarafından tespit olunur. Şirketler yapılarını verilen süre içinde tespit olunan şartlara uydurmak zorundadır. Aksi halde yayın izni iptal edilir. Radyo ve televizyon yayın kuruluşları, yayın izninin verilmesinden sonra da esas sözleşmelerine bu Kanun'daki esaslara aykırı hükümler koyamazlar; iştiğal konularına, radyo ve televizyon yayıncılığı ile bağdaşmayan faaliyetleri dahil edemezler.

Yurt dışından Türkiye'ye yönelik yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal, frekans ve kablo kapasitesi tahsis edilemez. Bunlara Türkiye'de vergi mükellefi olanlar tarafından verilen reklam ve ilân bedelleri vergi matrahlarından düşülemez. Ancak, uydu platformu ve kablo sisteminden iletilen ve yurt dışından yapılan yabancı kaynaklı yayınların Türkçe seslendirilmelerine, birkaç dilden aynı anda yayın yapılmasına ve Türkçe reklam girişine olanak tanınır. Türkçe reklam

girişi yapılan yayınlar için Üst Kurulun ilgili reklam yönetmeliği uygulanır.

ÜÇÜNCÜ SONUÇ:

Anayasa Mahkemesi 4756 sayılı Yasanın 13. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasanın 29. maddesinin (d) ve (e) bentlerinin,

Mustafa Bumin, Samia Akbulut, Yalçın Acargün, Nurettin Turan ile Fulya Kantarcioğlu'nun karşı oylarıyla ve oyçokluğuyla,

Esas Hakkında Karar Verilinceye Kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA karar verilmiştir.

10.4. 4756 SAYILI YASANIN 20.MADDESİYLE DEĞİŞİK 5680 SAYILI BASIN YASANIN 17.MADDESİNDE YER ALAN 10 MİLYAR LİRALIK TAZMİNAT BEDELİ İLE BİLİRKİŞİ TAYİNİ HAKKINDAKİ DÜZENLEME

Basın Yasası'nın 17. maddesinde "sorumluluk" hali düzenlenmiştir. Bu maddeye göre basın yoluyla işlenecek fiillerden dolayı maddi ve manevi zararları yine yasanın 16ncı maddesine göre sorumlu olanlarla birlikte Borçlar Yasası'nın genel hükümlerine göre mevkutelerde sahibi ve mevkute olmayanlarda naşiri müteselsilen tazminle ödevlidirler. 4756 sayılı Yasa'nın 20 inci maddesiyle Basın Yasası'nın 17. maddesinde değişiklik yapılarak sorumluluk sistemi değiştirilmiştir.

Bu değişikliğe göre sorumlu olanların sayısı artırılmış ve tazminat tutarının en az miktarı 10 MİLYAR LİRA OLACAĞI yasa ile belirlenmiştir. Ayrıca değişen maddeye göre mahkemece açılan dava üzerine dosyanın bilirkişiye gönderilmesi kabul edilmiştir.

DÖRDÜNCÜ SONUÇ:

Anayasa Mahkemesi 4756 sayılı Yasanın 20 inci maddesiyle değiştirilen 15.7.1950 günlü 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 17. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "...tazminat miktarı, on milyar liradan az olmamak üzere..." ibaresi ile dördüncü tümcesinde yer alan "...tensip kararı ile birlikte bilirkişiyi de tayin eder ve..." ibaresinin, Samia Akbulut ile Enis Tunga'nın karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Esas Hakkında Karar Verilinceye Kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA karar verilmiştir.

11. ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN 4756 SAYILI YASANIN YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEĞİNİN REDDEDİLDİĞİ MADDELER

Anayasa Mahkemesi iptal istemine konu olan 3984 sayılı Yasanın Yayın İlkelerinin düzenlendiği 4. maddesinin ikinci fıkrasının (k) bendindeki “Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi; kişileri suç işlemeye yönlendirecek veya korku salacak yayın yapılmaması,” ilkesindeki “...veya korku salacak...” ve (v) bendinde düzenlenmiş olan “Yayınların karamsarlık, umutsuzluk, kargaşa ve şiddet eğilimlerini körükleyici veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmaması.” ilkesindeki “...karamsarlık, umutsuzluk..” sözcüklerinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yürütülmesinin durdurulması istemini Haşim Kılıç, Yalçın Acargün, Ertuğrul Ersoy, Ahmet Akyalçın ile Enis Tunga'nın karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA reddetmiştir.

Yine aşağıya tam metni alınmış olan 4756 sayılı Yasanın 16' ıncı maddesiyle değiştirilen 3984 Sayılı Yasa'nın 33. maddesinin; birinci fıkrası

“Uyarı, para cezası, durdurma ve iptal

Madde 33. - Üst Kurul, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın ilkelerine ve bu Kanun'da belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyarır veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesini ister. Bu talebe uyulmaması veya aykırılığın tekrarı halinde ihlâlê konu olan programın yayını, bir ilâ on iki kez arasında durdurulur. Bu süre içinde programın yapımcısı ve varsa sunucusu hiçbir ad altında başka bir program yapamaz. Yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve reklamsız olarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına Üst Kurul'ca hazırlatılacak eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı ve çevre eğitimi konularında programlar yayınlanır.” şeklinde yeni düzenlemenin

de yürütülmesinin durdurulması istenilmiş ama **33 üncü maddenin birinci fıkrasının “yürütülmesinin durdurulması”** isteğini Anayasa Mahkemesi **OYBİRLİĞİYLE reddine karar vermiştir.**

Yine 33 üncü maddenin

“Aykırlığın tekrarı halinde;

a) Ulusal düzeyde yayın yapan kuruluşlara, ihlâlin ağırlığına göre, yüzirmibeş milyar liradan az olmamak kaydıyla ikiyüzelli milyar liraya kadar,

b) Yerel, bölgesel ve kablo ortamından yayın yapan kuruluşlara;

1. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, bir milyondan fazla nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlâlin ağırlığına göre, altmış milyar liradan az olmamak kaydıyla yüz milyar liraya kadar,

2. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, beşyüz bin ilâ bir milyon arasında nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara ihlâlin ağırlığına göre, otuz milyar liradan az olmamak kaydıyla altmış milyar liraya kadar,

3. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, ikiyüzelli bin ilâ beşyüz bin arasında nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlâlin ağırlığına göre, yirmi milyar liradan az olmamak kaydıyla kırk milyar liraya kadar,

4. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, ikiyüzellibinden az nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlâlin ağırlığına göre, beş milyar liradan az olmamak kaydıyla on milyar liraya kadar,

c) Radyo yayınları için yukarıdaki miktarların yarısı kadar,

İdarî para cezası uygulanır.”

şeklinde düzenlenmiş olan **ikinci fıkrasının yürütülmesinin durdurulması** istemi Haşim Kılıç'ın karşı oyu ve **OYÇOKLUĞUYLA reddedilmiştir.**

Basın Yasası'nda yapılan değişiklikler için yapılan den bazılarının bakımından ise Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle yapılan başvuruda “yürütülmenin durdurulması isteğini” reddetmiştir. konu olan maddelerden aşağıdakiler yine oybirliği ile reddedilmiştir.

4756 sayılı Yasanın 22. maddesiyle değiştirilen **5680 sayılı Yasa'nın 20. maddesi** “ceza maddesidir” Basın Yasası'nın 4. maddesine göre her basılmış eserde o eserin yayın yeri, yılı, yayıncının adı ve işyerlerinin

gösterilmesi; mevkutelerde ayrıca baskı tarihi ile sahibinin ve sorumlu yazı işleri müdürünün adlarının gösterilmesi gerekmektedir. 20.madde bu zorunluluklara uymayan ve künyelerinde bunları göstermeyenler için para cezası on milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezası olarak değiştirilmiştir. Gerçeğe aykırı olarak gösterenlerin cezai sorumluluğu ise otuz milyar liradan doksan milyar liraya kadar ağır para cezası olarak değiştirilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemenin yürütülmesinin durdurulması istemi **OYBİRLİĞİYLE reddedilmiştir.**

4756 sayılı Yasa'nın 25. maddesiyle 5680 sayılı Yasa'nın 21,22, 23,24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33 ve 34. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. İşte bu değişiklikler para cezalarını öldürücü boyutlarda arttırmıştır. Değişiklikle artık para cezaları 5-10-15-20-25-30-50-100-150 milyar lira gibi ağır para cezası olarak belirlenmiştir. Ancak yapılan değişikliklerin yürütülmesinin durdurulması istemi Anayasa Mahkemesi tarafından **OYBİRLİĞİYLE reddedilmiştir.**

12. 5680 SAYILI BASIN YASASI VE 3984 SAYILI YASADA YAPILAN İKİNCİ DEĞİŞİKLİK

4756 sayılı Yasa'nın 21 Mayıs 2002 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesinden yaklaşık üç ay sonra 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" TBMM tarafından 3.8.2002 tarihinde kabul edilmiştir. Yasa 9.8.2002 günlü Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yasayla hem Basın Yasası'nda ve hem de 3984 sayılı yasada yeniden değişiklik yapılmıştır.

4771 Sayılı Yasanın 8 inci maddesiyle;

A) 13.4.1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki hükümler eklenmiştir.

Ayrıca, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir. Bu yayınlar, Cumhuriyet'in Anayasa'da belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamaz. Bu yayınların yapılmasına ve denetimine ilişkin usul ve esaslar, Üst Kurul'ca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

B) Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (f) ve (v) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

f) Özel hayatın gizliliğine saygılı olunması.

v) Yayınların şiddet kullanımını özendirici veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmaması.

C) Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 26 ıncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bu Kanuna aykırı olmamak kaydıyla, yayınların yeniden iletimi serbesttir. Yeniden iletime ilişkin usul ve esaslar, Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yasanın 9 uncu maddesiyle;

A) 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (6) numaralı bendinde geçen "bu Kanunun ek birinci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar" ibaresi, "bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlar" şeklinde değiştirilmiştir.

B) Basın Kanunu'nun 21 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 21. – 9 uncu maddenin birinci fıkrası ile 11 inci madde hükümlerine aykırı hareket edenler, on milyar liradan otuz milyar liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler.

9 uncu maddenin son fıkrasına göre yayımı durdurulan mevkutenin yayınına beyanname vermeden devam edenler, yirmi milyar liradan altmış milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

C) Basın Kanunu'nun 22 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 22. – Hakikate aykırı beyanname veren kimse, fiil başka bir suç oluştursa bile yirmi milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir.

D) Basın Kanunu'nun 24 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 24. - 12 nci maddenin birinci fıkrası hükmünü yerine getirmeyenler hakkında otuz milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.

E) Basın Kanunu'nun 25 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 25. - 13 üncü maddede yazılı şart ve vasıfları haiz olmayan kimseleri çalıştıranlar, onbeş milyar liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

F) Basın Kanunu'nun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Yukarıdaki fıkralar hükümlerine aykırı hareket edenler, yirmi milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

G) Basın Kanunu'nun 33 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bu yasağa aykırı hareket edenler, on milyar liradan otuz milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

H) Basın Kanunu'nun 34 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bu defter tutulmadığı veya deftere noksan ve yanlış malûmat geçirildiği veyahut savcılıkça talep vukuunda defter ve ihtiva etmesi gereken hususlar gizlendiği takdirde mevkutenin sahibi veya onun mümessili, bir milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir.

Yasanın 12/ B maddesiyle de "Basın Kanunu'nun 31 ve ek 3 üncü maddeleri" yürürlükten kaldırılmıştır.

Basın Yasası'nın 5.maddenin 3.fıkrasının (6) numaralı bendinde yapılan değişiklikle **Basın Kanunu'nun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (6) numaralı bendinde** geçen "bu Kanunun ek birinci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar" ibaresi, "*bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlar*" şeklinde değiştirilmiştir.

Basın Kanunu'nun Ek 1. maddesinde 26.3.2002 tarihli 4748 sayılı yasayla yapılan düzenlemeyle dört fıkradan ibaret olan bu maddenin son

fıkrasına dokunulmadan üçüncü fıkrası ilga edilmiştir. Sadece ilk iki fıkrada değişiklikler yapılmıştır. Buna göre dağıtımın önlenmesi veya toplatma tedbirlerinin uygulanabileceği suç türleri ilk fıkra içerisine alınmıştır. Süreli yayınlarda görev yapacak olan sorumlu müdürün bu göreve başlayabilmesi ve sürdürebilmesi için gerekli şartları düzenleyen 5.maddenin (6) numaralı bendinde sayılan suçlardan dolayı hüküm giymemiş olması gerekmektedir.

(6) numaralı bent, 4748 sayılı Yasa'dan önce "...bu kanunun ek birinci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar..." şeklinde bir düzenleme içermekteyken, Ek 1.maddede yapılan değişiklikle suç türleri ilk fıkra içerisine alındığından, 4771 sayılı Yasa'yla yapılan bu değişiklik yerinde olmuştur.

5680 sayılı Basın Kanunu'nun 21,22,24,25,30/3,33/2,34/2.madde ve fıkralarında yapılan değişiklikler ise yukarıdaki bölümde 4756 sayılı Yasa değişikliğinde açıklandığı üzere yine para cezalarıyla ilgilidir.

Basın Yasası'nın 21.maddesinin 1.fıkrasındaki iki aydan altı aya kadar, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki dört aydan bir yıla kadar, 22.maddedeki üç aydan altı aya kadar, 24.maddedeki üç aydan bir yıla kadar, 25.maddedeki bir aya kadar, 30.maddenin üçüncü fıkrasındaki bir aydan altı aya kadar, 33.maddenin ikinci fıkrasındaki üç aya kadar, 34.maddenin ikinci fıkrasındaki bir aydan altı aya kadar hapis cezaları kaldırılmıştır.

4756 sayılı Yasa'nın 25.maddesi ile; 21.maddenin birinci fıkrasındaki on milyar liradan otuz milyar liraya kadar, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki yirmi milyar liradan altmış milyar liraya kadar, 22.maddedeki yirmi milyar liradan yüz milyar liraya kadar, 24.maddedeki otuz milyar liradan yüz milyar liraya kadar, 25.maddedeki on beş milyar liradan aşağı olmamak üzere, 30.maddenin üçüncü fıkrasındaki yirmi milyar liradan yüz milyar liraya kadar, 33.maddenin ikinci fıkrasındaki on milyar liradan otuz milyar liraya kadar, 34.maddenin ikinci fıkrasındaki bir milyar liradan on milyar liraya kadar olmak üzere yükseltilecek ağır para cezaları yeniden 4771 sayılı yasa ile tekrar kabul edilmiştir.

Aslında tek bir maddede 21,22,24,25,30/3,33/2,34/2.maddeler sayılarak bu maddelerde yer alan hapis cezalarının kaldırıldığını

belirtmek yeterli olacaktı. Ama yasa koyucu anılan bu maddelerdeki yazılı olan hapis cezalarının kaldırıldığını göstermek yerine her maddeyi yeni baştan düzenlemiştir.

Cumhurbaşkanı, Basın Yasası'nı değiştiren 4756 sayılı Yasanın bir çok maddesi için Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açtığı gibi öldürücü ağır para cezaları içiren 4756 sayılı Yasa'nın 25.maddesinin de iptali için Anayasa Mahkemesi'ne 21.5.2002 tarihinde başvurmuştu. Anayasa Mahkemesi bu konuda herhangi bir karar vermemiştir. Yasa koyucu bunun sonucunu bekleyeceği yerde 4771 sayılı yasa ile Basın yasasındaki maddeleri yeniden ve tek tek sayarak para cezalarını aynen ve yeniden kabul etmesi çok dikkat çekicidir. Yasa koyucu maddeler ve para cezalarının yüksekliği konusunda ısrarlı davranmaktadır.

Ancak Cumhurbaşkanı 4756 sayılı Yasanın 25.maddesinin tekrarı niteliğinde olan 4771 sayılı Yasanın 9.maddesinin B,C,D,E,F,G,H bentlerindeki para cezalarının yüksekliğini yeniden Anayasa Mahkemesi'ne götürmüş ve iptali için başvurmuştur.

Basın Yasası'ndaki hapis cezalarının kaldırılmış olması olumlu bir gelişmedir. Ancak para cezaları miktarlarının öldürücü boyutlarda yüksek oluşu karşısında basın kuruluşunun bu para cezalarını ödeyemeyeceği açıktır. Bu durumda hapis cezalarının kaldırılmış olması sorunu çözmeyecektir. Çünkü Basın Yasası'ndaki öldürücü para cezalarını ödeyemeyen gazeteciler veya basın kuruluşlarının sahipleri bu kez 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un "Para cezalarının tarifi, tespiti ve yerine getirilmesi" başlıklı 5.maddesindeki düzenlemeye göre üç yılı geçmemek üzere hapsedilme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklardır. Basın Yasasının 21. ve 22.maddelerine göre mevkute sahibi ve sorumlu müdürleri, 24.maddeye göre mevkuteyi basarı matbaacı/basan, 25. ve 34/2.maddeye göre mevkute sahibi, 30/3, 33/2.maddelere göre de mevkutenin sorumlu müdürleri bu para cezalarının ödenmesinden ve ödenmediği takdirde de para cezasını çevrileceği hapis cezasından sorumlu olanlardır.

Basın Yasası'nın on üç maddesindeki cezaların tümü para cezasıdır. Artık bu maddelere muhalefet hallerinde sorumluları hakkında TCK.nin 119.maddesi hükümlerine göre ön ödeme müessesesi işletilebilecektir.

Ama Basın Yasası Ek Madde 2.nin 3.fıkrasındaki bir aydan üç aya kadar hapis cezasının halen muhafaza edilmektedir. Ek Madde 2'ye göre

basın yoluyla işlenen Ek 1 inci maddede yazılı suçlardan mahkumiyet hallerinde suç teşkil eden yazının yayımlandığı mevkutenin bir günden on beş güne kadar kapatılmasına mahkemece karar verilebilmektedir. Kapatılan mevkutenin açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın da yasaktır. Bunlar sulh ceza hakiminin kararıyla toplatılabilir. Maddeye göre kapatılmasına karar verilen mevkutenin yayınına kapatılma süresinde devam edenler veya o mevkutenin açıkça devamı niteliğini taşıyan yeni mevkute çıkarılanlar bir aydan üç aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

Ek Madde 2/3.teki bu hapis cezası da kaldırılmalıdır. Zaten TCK.nin 119.maddesindeki düzenlemeye göre Ek Madde 2/3'teki hapis cezasının üst haddi üç ayı geçmediği için bu maddeye muhalefet edenler de ön ödeme hükümlerinden yararlanarak bir ayın karşılığı olan para cezasını süresi içerisinde ödemeleri durumunda haklarında kamu davasının açılması önlenmektedir.

5680 sayılı Basın Kanunu'nun 31 inci maddesi 4771 sayılı yasanın 12.B maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu madde; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğine, Cumhuriyetin varlığına, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, kamu yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı olup yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması ve dağıtılmasının Bakanlar Kurulu kararıyla yasaklanabileceğine ilişkindir. Bu yasaklara aykırı hareketleri üç aydan bir yıla kadar hapis ve elli milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılmaktaydı. Ağır para cezası da 4756 sayılı Yasa ile üç ay önce artırılmıştı. Maddenin kaldırılmış olması çok isabetlidir. Maddede sayılan unsurları taşıyan basılı eserlerin içeriğini bilerek bu eserlerde yer alan fikirlerin propagandasını yapan kişiler hakkında zaten dava açılabilir. Bu maddenin kaldırılması boşluk yaratmaz. Ancak zaten yıllardır uygulanmayan bir madde olduğu için yürürlükten kaldırılmasında dahi çok geç kalınmıştır.

Yine 4771 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılan ve niçin yasa maddesi olarak düzenlendiği anlaşılamayan Basın Yasası Ek Madde.3'e göre "Basılmış eserlerin müsaderesi hakkında mahkemece verilip kesinleşmiş kararlar, mahkemenin duyurusu ve Cumhuriyet Savcılığının bildiri ile Resmi Gazete'de derhal yayınlanır." hükmü yasada olmasına rağmen hiç uygulanmıyordu.

13. 4676 / 4756 SAYILI YASA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE AYKIRIDIR

Acaba ülkemiz hukuki düzeni şekillendirilirken TBMM tarafından kabul edilen 4756 sayılı Yasa ile değişikliğe uğratılan Basın Yasası ve 3984 sayılı (RTÜK) yasa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile ne kadar uyum içindedir?

Bir başka deyişle 3984 sayılı Yasa'da tasarıda yer alan "yayın ilkeleri" ve bu ilkelerin ihlali halinde ortaya çıkacak "müdahalelerin" yaratacağı hukuki sorunlar ve Basın Yasası'nda yapılan köklü değişikliklere göre ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ne gibi sorunlar yaratacaktır ?

Bu sorunun yanıtını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği bir kararla örnekleyerek ifade özgürlüğünün nasıl çerçevlendiğine bakalım :

Mahkeme; ifade özgürlüğünü doğrudan ilgilendiren Sunday Times kararında "basın söz konusu olduğunda..." Handyside kararına atıfla 10.maddeyi aşağıdaki gibi yorumlamaktadır:

" ...ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esası temellerinden birini oluşturur; düşünce özgürlüğü 10.maddenin 2.fıkrası sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca, Devlete veya nüfusun bir bölümün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır.

Basın söz konusu olduğunda, bu ilkeler özel bir önem kazanır. Bu ilkeler, önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halk işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır. Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar ama, bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılmaz.

Dahası, basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve

düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır...”¹⁰

Sonuç olarak ifade özgürlüğü demokratik toplum düzeninin zorunlu ögesidir. Herkes bu özgürlüğün sahibidir veya herkesin ifade özgürlüğü vardır. Sözleşme ile bu özgürlük ayırimsız herkese tanınmıştır. Ulaştığı bilgileri alma, bu bilgileri değerlendirerek “ifade etme özgürlüğü”ne sahip olma hakkını kullanarak görüşlerini ifade eden kişinin karşısında bulunan herkesin sahip olduğu özgürlük de “ifade özgürlüğü”dür. Başka bir deyişle; “ifade özgürlüğü niteliği gereği hem ifade edenin / sahibinin özgürlüğüdür hem de, o ifadenin yöneldiği adresin, kişinin/kişilerin özgürlüğüdür.”¹¹

Lehe kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değer görülmeyen görüş ve düşünceler veya haberler yanında; devlete aykırı gelen, rahatsız eden, nüfusun bir bölümü aleyhine olan veya bir kısım insanları şok eden, çarpıcı gelen tüm haber ve düşünceler için de Sözleşmenin 10. maddesindeki “ifade özgürlüğü” ayırimsız uygulanacaktır.

İfade özgürlüğü sadece yazılı basını değil görsel-işitsel medyadaki bilgi ve haber alma ve yaymayı da kapsar. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 12 Mart 1976 tarihli “Sacchi (Telebiella) v. İtalya Vakası” kararında Madde 10’da tanınan ifade özgürlüğünün, diğer hususların yanı sıra, görsel-işitsel basın/medya aracılığıyla bilgi ve görüşlerin alınması ve yayılması özgürlüğünü de kapsadığını belirtmiştir. Komisyonun 16 Ekim 1986 tarihli “Verein Alternatives Lokalradio Bern and Verein Radio Dreyeckland Basel v. İsviçre Vakasında verdiği kabul edilemezlik kararında da tekrarlanmıştır.

AİHM 23 Eylül 1994 tarihli “Jersild v. Danimarka Vak’ası” kararında da radyo ve televizyon yayınları bakımından açıkça ifade özgürlüğünün önemine değinmiştir. Mahkeme kararına göre ifade özgürlüğünün önemine değinilmiştir. Görsel-işitsel medyanın bilgi, haber, görüşleri yayma ödevi yanında, kamunun da bunları edinme hakkı bulunduğu

¹⁰ (Sunday Times-Birleşik Krallık Davası. 26.04.1979; Seri A, No:30. İnsan Hakları Avrupa İçtihatları. Yrd. Doç.Dr. Osman Doğru. Beta Yayınları. İstanbul 1996. Sayfa 188)

¹¹ Kitle İletişim Özgürlüğü. Şubat 1999 Baro Gündemi Dergisi Eki. Prof.Dr. Mehmet Semih Gemalmaz. “İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü” Sayfa 63 Yazıda geçen AİHM kararları bu yazıdan alınmıştır.

işaret edilerek; radyo ve televizyon yayınları ile basının kamu adına ancak bu şekilde gözetim bekçiliği görevini yerine getirebileceğini vurgulamıştır.

Diğer yandan, radyo ve televizyon yayıncılığının ticaret işi olduğu ve kar getirmesi amacıyla kurulduğu düşünülecek olursa; acaba rekabet ortamının geçerli bulunduğu serbest piyasa kurallarında görsel-ışitsel iletişim özgürlüğünü bu alanda AİHM nasıl değerlendirmektedir?

Bir başka deyişle bu alanda yapılacak olan yasal düzenlemelerin hukuken öngördüğü koşullar nasıl düzenlenmelidir? AİHM 20 Kasım 1989 tarihli "Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beerman v. Federal Almanya Vakası" kararındaki tespiti ilginçtir:

"Mahkemenin daha önce saptadığı üzere, sıklıkla yasalar, mutlak nitelikte olmayan biçimde kaleme alınmaktadır. Bu durum, pazarlama/market ve iletişim alanında görülen gelişmelere bağlı bir sürekli değişimin olduğu rekabet gibi alanlarda söz konusudur. Bu tür mevzuatın yorumlanması ve uygulanması, kaçınılmaz olarak pratikte sorunlar yaratmaktadır. Bu vakada gündemdeki meseleye ilişkin olarak Federal Adalet Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları bulunmaktadır. Bu açık, zengin ve geniş kapsamlı olarak yorumlanmış bulunan içtihatlar, ticaret erbabına ve onların danışmanlarına, ilgili alanlarda kendi davranışlarını ayarlama olanağı vermektedir." (Paragraf 30)

Nitekim Cumhurbaşkanlığı'nın geri çevirme ve Anayasa Mahkemesi'ne başvuru gerekçelerinden birisi de radyo ve televizyon yayınlarında ortaya çıkabilecek olan "tekelleşme" olgusudur. Genel olarak "basında" yani; ışıtsel, görsel ve yazılı basında karşılaşılacak olan tekelleşme tehlikesini Anayasa hükümleri ve uluslararası düzenleme dikkate alınarak değerlendiren "geri çevirme" gerekçesi halkın gerçekleri öğrenme hakkına ve ifade özgürlüğüne dayandırmıştır.

Basın Yasası'ndaki değişikliklerde paralel değerlendirmeye tabi tutularak medyadaki tekelleşmenin artmasının tehlike olduğu ve yüksek para cezaları nedeniyle yazılı basının tekellerin insafına terk edileceği de vurgulanmıştır.

Ulusal düzeyde yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşları için 250 milyar liraya varan para cezaları yanında Basın Yasası'ndaki para cezalarını milyon kez arttıran 4756 sayılı Yasa'nın amaçladığı para

cezalarının caydırıcılığı ilkesi için yapılan düzenleme amacı aşmıştır. Cezalandırmak değil, yayın kuruluşlarının ölümüne ve iflasına neden olabilecek bu düzenlemeler de hukuka aykırıdır.

AİHS ve Mahkeme kararlarındaki kriterleri terk ederek ödenemez boyutlardaki para cezaları ile yazılı basın, radyo ve televizyon programlarını ve gazetecileri cezalandırmak, yayıncıların iletişim özgürlüğünü engelleyecek düzenlemelerle RTÜK gibi bir kuruma müdahale hakkı tanımak, tekelleşmeyi artırmak; AİHS ve Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'nde belirlenen kriterlere aykırı düşmektedir.

14. NASIL BİR DÜZENLEME YAPILMALIDIR?

Siyasal iktidarlar yıllardan beri basını kısıtlama ve özgürlüklerini sınırlandırma isteklerinden vazgeçmemişlerdir. Nitekim 4676 sayılı ya da 4756 sayılı Yasa maddeleri de bunun açık kanıtıdır. Yine kişilik haklarının ihlali ve yine cevap ve düzeltme hakkının kullanılmaması ve işlerliği bulunmadığı, yine Basın Yasası'ndaki para cezalarının caydırıcı olmaktan uzaklaştığı biçimindeki argümanlara dayanarak yasa hazırlanmıştır.

Geçmişte hazırlanan yasa taslaklarından farklı nitelikleri bulunmayan 4676 sayılı ve 4756 Sayılı Yasa'nın Meclis'ten geçmesi için büyük çaba gösterilmiştir. Ancak Hükümet tasarısı, Anayasa Komisyonu değişiklikleri ve TBMM tartışmaları yapılacak olan düzenlemeler bakımından dünya hukuk sistemindeki düzenlemeleri dikkate almamıştır.

Aynı coğrafi kuşak üzerinde bulunduğumuz Latin Amerika ülkelerinden **Brezilya 1988'de, Kolombiya 1991'de, Paraguay 1992'de Arjantin ise 1994'de** Anayasalarında önemli değişiklikler yaptı. Halkın gerçekleri öğrenme ve bilgi edinme hakkı en köklü değişiklik olarak gerçekleştirildi. Anayasalarda yer aldı. Gerçekleri öğrenme ve bilgi edinme önüne engel koyarsanız, yurttaşların siyasal yaşama katılma hakkını reddetmiş olursunuz. Bilgi edinmenin temel ögesi ise haberleşme özgürlüğüdür.

Hükümet Türkiye'nin yol haritasını Ulusal Programı ile açıkladı. Öncelikle ülkenin "çağımızın sorunlarının çözümüne katkı sağlayacağı" kabul edildi. Modern Türkiye Cumhuriyeti'nin özünde, barışçı bir dış

politika ile laiklik, hukukun üstünlüğü, çoğulcu ve katılımcı demokrasi, insan hak ve özgürlükleri bulunduğu tekrarlandı.

Yol haritasının giriş bölümündeki saptamaya göre "Atatürk'ün önderliğinde kurulan Türkiye Cumhuriyeti, benimsemiş olduğu değerler sistemi temelinde çok kısa bir zaman dilimi içinde toplumsal yaşamın her alanında gerçekleştirdiği devrimlerle, Türk Milleti'ni ilk kez ortak coğrafyayı ve tarihi paylaştığı Avrupa ailesiyle aynı değerler sisteminde buluşturmuştur."

Avrupa Birliği'nin değerler sistemini ise Ulusal Program şöyle değerlendirmektedir:

"Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Birliği üyesi ülkelerle, evrensel ortak değerleri esas alan, barışçı ve aydınlık bir geleceği paylaşmak ve bu hususta katkılarda bulunmak azmindedir. Türk hükümeti, Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliğini, Cumhuriyetimiz'in kurucu felsefesini ve Atatürk'ün geleceğe bakışını doğrulayan kilit bir aşama ve Türkiye Cumhuriyeti için yeni bir basamak olarak değerlendirmektedir. Türk halkı, çağdaş değerlere uyumu vazgeçilmez bir yaşam tarzı ve daimî bir hedef olarak benimsemiştir. Halkımız, tarihsel birikim ve deneyimi ile yüzyılların şekillendirdiği uygarlık bilinci sayesinde Avrupa'nın birleşmesi ideali bağlamında önemli görevler ve sorumluluklar üstlenmeye hazır ve muktedirdir. Bu çerçevede, Türkiye'nin AB müktesebatını özümseme iradesi tamdır."

En önemli sorunların başında "ifade özgürlüğü" gelmektedir. Ulusal Programda göre, Anayasa ve diğer mevzuattaki ilgili hükümlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesi çerçevesindeki toprak bütünlüğü ve ulusal güvenliğin korunmasını da öngören ölçütler ile laik ve demokratik Cumhuriyeti, üniter devlet yapısını ve millî birliği koruma kriterleri temelinde gözden geçirilmesi öngörülmektedir.

4756 sayılı Yasa ile Basın Yasası ve 3984 sayılı yasa (RTÜK) önemli ölçüde değişikliğe uğratılmış olsa dahi, şimdi görevimiz; vakit geçirmeden Ulusal Program'da çizilen yol haritasına göre ifade özgürlüğünü yaşama geçirecek bu yasalarda yapılması gereken yasal değişiklikleri yeni baştan gerçekleştirmektir.

OTURUM BAŞKANI - Efendim, Sayın Fikret İlkiz'e çok teşekkür ederiz. Gerçekten ben değerli konuşmacıyı sunarken, "şimdi sizlere çok ayrıntılı, çok detaylı bilgi verecek" demiştim haksızlık etmemişim, iltifat da etmemişim, bir tespitimi aktarmışım. Bir de tabii ben girişte biraz konuştuğum için, korkumdan da müdahale edemedim, yani "zamanımızı çaldın, bir de bize ikaz ediyorsun" filan demesin diye. Ama gerçekten kendi adıma çok yararlandım, çok seri, akıcı konuya hâkim ve son derece bilgili bir anlatımla bizi aydınlattı, bütün katkıları için kendisine çok teşekkür ediyoruz.

Efendim, oturumun ikinci konuşmacısı, Sayın Mithat Sancar hocamız. Yani sunarken de söyledim, gerçekten bugün çok şanslıyım, iki çok yetenekli ve konusunda uzman konuşmacısıyla bu oturumu yürütüyorum. Sanıyorum Sayın Sancar da bize çok farklı, çok değişik, çok yararlı bilgiler aktaracaklardır.

Buyurun Sayın Sancar, sizi dinliyoruz.

DİL ÖZGÜRLÜĞÜ VE KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI

Doç. Dr. MİTHAT SANCAR

Konu zor, "dil özgürlüğü ve kültürel kimlik hakları." Konu eski değil, yeni, bütün dünya için yeni, Türkiye için de yeni sayılır. Genel anlamda dil sorunu, ezeli bir sorun -onu sonlarda açıklamaya çalışacağım- Babil Kulesi'ne kadar gideriz sanıyorum. Yeni olması, sosyolojik bir olguyu siyasal ve hukuksal yöntemlerle çarpıtma ya da başka bir yöne aktarma çabasının ortaya çıktığı tarihlerle bağlantılı, yani modern ulus-devletin kurulma süreciyle bağlantılı. Dünyada bugün 200'ün üstünde devlet var, dil bakımından homojen tek bir devlet yok. Uluslararası literatürde dil bakımından homojen devlet tanımı, nüfusunun yüzde 90'ının tek dili konuştuğu ülke olarak yapılır, tanım bu. Yani homojen devlet yok, yüzde 100'ünde farklı diller var. Homojen dilli sayılan, yani nüfusunun yüzde 90'ına yakını tek dili konuşan ülkeler de çok küçük ülkeler. Adlarını sayabilirim, ama gerek yok, 15-20 tane ülke var, adacıklar var falan. Dolayısıyla ortada çeşitliliğin doğal olduğu bir sosyolojik olgu var, ama ulus-devletlerin kuruluş sürecinde pek çok faktörün etkisiyle bu sorun bir şekilde kanal değiştiriyor. Devletler, bir dili esas alarak ulus yaratma projesinin peşinde çeşitli zorluklarla karşılaşılıyorlar ve bu zorlukları aşmak bakımından da ya da aşmak için de çeşitli modeller geliştiriyorlar. Bu modellerle ilgili ayrıntılı bilgi de vermeyeceğim; çünkü en az 8-10 grup ayırabiliriz ve çeşitli ülkeleri aralarındaki farklılıklara fazla aldırmadan, yani küçük farklılıkları adlandırmadan, belli gruplar altında toplayabiliriz. Ama en çok rastlanan

modelin, bir dili veya çoğunluk dili dışında kalan dilleri unutturma, yani asimilasyon politikası olduğunu da biliyoruz. Bunun belli bir zamana kadar tuttuğunu, belli devletlerde işlediğini, ama daha sonra sorunların yeniden büyüerek bu sorunu çözmeye çalıştıklarını iddia edenlerin kucağına bir ateş topu olarak oturduğunu görüyoruz. 1989 sonrası süreç bunu açıkça gösteriyor.

Bugün dünyada 6 bin kadar dil konuşulduğu biliniyor, en az 6 bin dil var. Bunlardan sadece yüzde 2'si bir devlet dili ya da ulusal dil olarak tanınmıştır. Çeşitli dillerin konuşulduğu, birden fazla dilin konuşulduğu devletlerin bu dillerle ilgili düzenlemeleri yaparken ne gibi zorluklarla karşılaştıklarını tasavvur edebilirsiniz.

Dil hakkı demek bana çok saçma geliyor; çünkü dil hak olamaz, insanın onun üzerinde hakkı olamaz. İnsanın bacağı üzerinde hakkı olmaz; çünkü onun parçasıdır. Yani siz kol hakkı diye bir şey diyebiliyorsanız, dil üzerinde de hakkın olduğunu söyleyebilirsiniz. Dolayısıyla dil hakkı kavramı, kavramlaştırması, işin doğasına uygun değil, ama dil özgürlüğü olabilir. O nedenle başlık seçilirken buna dikkat edildiğini sanıyorum. Benim konuşmamın başlığı, "Dil Özgürlüğü ve Kültürel Kimlik Hakkı." Eğer dil hakkı olsaydı, öncelikle bu terimi ciddi olarak sorgulamak gerekirdi. Hiç kimse doğal olarak, yani kendi doğup büyüdüğü ortamda kendisinin dışındaki nedenlerle edindiği bir şey üzerinde özel olarak hak sahibi kılınmaz. Dil hakkı, o nedenle doğal bir şeyi tanıma anlamında, insanın nefes alma hakkı gibi bir hak sayılabilirse, yani böyle bir hakkın varlığı kabul edilirse, dil üzerinde de hak kabul edilebilir.

Farklı diller sorunu, devletleri 18. yüzyıldan itibaren uğraştırıyor, 19. yüzyıl bu anlamda ciddi sorunların yaşandığı bir yüzyıl. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra da zaten uluslararası ilişkilerde "azınlık hakları" ya da "kimlik hakları" diyebileceğimiz konular yer bulmaya başlıyor. Uluslararası hukuka baktığımızda, öncelikle iki aşamayı birbirinden ayırmak gerekiyor: Birincisi, 1918'den 1945'e kadar olan dönem, diğeri de 1945'ten sonra, 1990'a kadar olan dönem, bu dönemin yeni bir aşaması olarak bir uzantısı 1990'dan sonraki dönemdir.

1918'den sonraki dönem, Milletler Cemiyeti dönemi, azınlık haklarının geçerli olduğu, daha doğrusu azınlıklarla ilgili sorunların belli esaslara bağlanmaya başladığı dönemdir.

Bu arada bir parantez açayım: Azınlık hakları, kimlik hakkı gibi terimlerin çeşitli tanımları var, bunlar üzerinde bir uzlaşma olduğunu söylemek de mümkün değil. Onun için ben bunları birbirinin yerine kullanabilirim, biraz sonraya kadar; yani azınlık hakları dediğim zaman, bunun içine kültürel hakları da katabilirsiniz. Ama biraz sonra kimlik hakkından, kültürel kimlik hakkından nelerin anlaşılması gerektiğine ilişkin bir öneriler listesi var, onu sıralayacağım, o zaman biraz daha netleşir.

1918'den 1945'e kadar olan dönem, azınlık hakları kavramının geçerli olduğu dönemdir. Ancak burada azınlık hakları, evrensel nitelikli belgelerle ve kurullarla düzenlenmiyor. Önemli azınlık sorunları var, biliyoruz, Milletler Cemiyeti bunlarla yoğun bir şekilde uğraşiyor; öyle ki, bu örgütün insan haklarıyla ilgili tek faaliyet alanı olarak bile niteleyebiliriz bunu. Milletler Cemiyeti, bunun dışında insan haklarıyla doğrudan bağlantısı kurulabilecek başka bir konuda faaliyet göstermemiştir, bu konuda yetki ve yükümlülük almamıştır ya da kendisine böyle bir yetki veya yükümlülük verilmemiştir.

Biraz önce de söylediğim gibi, Milletler Cemiyeti döneminde yapılanları şimdiki Birleşmiş Milletler belgeleri gibi evrensel ve bütün ülkelere hitap eden belgeler olarak anlamamak gerekiyor; orada mağlup devletlere, Birinci Dünya Savaşı'nı yitiren devletlere ve yeni kurulan devletlere, azınlıkların haklarını korumak üzere yükümlülükler getiriliyor. Böyle anlaşmalar var; ikili, çok taraflı anlaşmalar. Türkiye'nin kuruluş anlaşmalarından olan Lozan Anlaşması da bu sürece dahil olan, bu süreçte ortaya çıkmış bir metindir. Burada doğrudan doğruya azınlıklara mensup kişilerin hak öznesi kabul edilmesi de söz konusu değil, yani henüz kişilere doğrudan doğruya hak tanıyan bir hukuksal bakış açısı yok. Yükümlülük kısmı vurgulanıyor, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme işi de Milletler Cemiyetine veriliyor. 1918-45 arası döneme kadar olan kısım, sorunların

çözülemediği bir dönem olarak da kaydedilebilir, hatta daha sonrasına önemli açmazları miras bırakan bir dönem olarak da nitelenebilir.

1945'ten sonra insan haklarının evrenselleştiğini, daha doğrusu uluslararasılaştığını biliyoruz. Bu dönem, gerçek anlamda herkesi, her insanı hak öznesi olarak kabul eden, hakları bir liste halinde sıralayan metinlerin ortaya çıkmaya başladığı dönemdir. Hatta 1945'in kendisi, yani Birleşmiş Milletler'i kuran anlaşma, aynı zamanda Birleşmiş Milletler'in varlık nedenini dünya barışını insan haklarına saygı temelinde kurmak olarak ilan ediyor. Buna göre Birleşmiş Milletler'in varlık nedeni dünya barışını korumak, varlık nedenini gerçekleştirmek için dayanması gereken ölçüt insan haklarına saygı. Dolayısıyla uluslararası topluluğun temel değeri olarak insan hakları bu anlaşmayla kabul edilmiş ve ilan edilmiş oluyor.

Birleşmiş Milletler kurulduktan sonra, azınlık hakları da elbette insan hakları komisyonlarının ve kurullarının çalışma alanına giriyor; Birleşmiş Milletler'in insan haklarıyla ilgili pek çok kurulu, pek çok birimi, doğrudan veya dolaylı. Bunların bir kısmı doğrudan kültürel haklarla ilgili, bir kısmı doğrudan azınlık haklarıyla ilgili. Yine bir terim kargaşasını önlemek için ayırım yapmak gerekiyor: "Kültürel haklar" kavramı ayrı bir şey, "kültürel kimlik hakları" kavramı ayrı bir şey. Bu iki kavramın birbiriyle ilişkisi sıkı olmasına rağmen, ikisini aynı anlamda kullanmak karışıklığa yol açabilir. O nedenle mesela Birleşmiş Milletler'in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966), doğrudan doğruya herkese yönelik "kültürel haklar"ın düzenlendiği bir sözleşme olup, belli bir kimlik esas alınarak hakların tanımlandığı bir sözleşme değildir.

Buna karşılık Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (1966), "kültürel kimlik hakları"na yer verir; hatta kültürel kimlik haklarının uluslararası hukuktaki doğum belgesi olarak da kabul edilir bu sözleşme. Dolayısıyla kültürel haklar dediğimiz zaman, herkesin toplumun kültürel hayatına katılma hakkı, herkesin eğitim görme hakkı gibi sayılabilecek çeşitli hakları ifade ediyoruz. Mesela ilköğretimin parasız olması, kültürel hakkın sağlanması için getirilmiş bir hükümdür, ama buradaki hüküm

herkese ve genel olarak eğitim hakkı tanımaya ilişkin bir hükümdür. Bundan farklı dil, farklı din veya farklı bir özelliği dolayısıyla başka bir gruba, çoğunluktan farklı bir gruba mensup olan kişiler de aynı şekilde yararlanır. Kısacası bunlar üst haklardır, kültür hayatı için üst haklar. Kültürel kimlik hakları kavramı, bunlardan başka, ama bunları ilga etmeyecek veya dışlamayacak şekilde tanınan hakları ifade eder. Bunların ne olduğunu biraz sonra açıklayacağım.

Şimdi kültürel kimlik ve/veya azınlık haklarının uluslararası hukuktaki durumunu kısaca anlatmaya çalışacağım: Birleşmiş Milletler'in 1948'de yayınlandığı Evrensel Bildirge'de doğrudan bir hüküm yok, ama genel kültürel haklarla ilgili önemli, güzel hükümleri var. Daha sonra iki önemli belge var tabii, biraz önce adlarını söyledim, Evrensel Bildirge'yi açımlayan iki önemli belge; Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi. Bu sözleşmeler 1966 tarihinde kabul ediliyor, 76'da yürürlüğe giriyor.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, dediğim gibi kültürel kimlik haklarıyla ilgili hüküm içermiyor; genel olarak kültür hayatıyla ilgili hakların ve özgürlüklerin düzenlendiği bir sözleşmedir. Asıl Birleşmiş Milletler düzeninden sonra, Birleşmiş Milletler düzeni içinde azınlık haklarıyla ilgili, bu global düzeni ilgilendiren temel düzenleme, 1966 tarihinde kabul edilen diğer belge, yani Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve bunun da 27. maddesidir. 27. madde, doğrudan doğruya kültürel kimlik haklarını, daha doğrusu adını azınlık hakları olarak koyduğu hakları düzenliyor. Bu maddeyle ilk defa global insan hakları sistemi içine doğrudan doğruya kapsamlı bir kültürel kimlik hakkı normu konulmuş oluyor. Bundan sonraki kültürel haklarla ilgili pek çok çalışma bu norma dayandırılmış, bu norm esas alınarak çalışmalar yapılmıştır.

Bu normu, yani 27. maddeyi okumakta fayda var galiba: "*Etnik, dinsel ya da dinsel azınlıkların bulunduğu ülkelerde, bu azınlıklara mensup kişilerin kendi gruplarına mensup şahıslarla birlikte kendi kültürlerini yaşamak, kendi dinlerinin gereğini uygulamak ve kendi dillerini kullanmak hakları inkâr edilemez.*"

Ancak Birleşmiş Milletler sistemi içinde kültürel kimlik haklarını bir liste halinde içerecek bir belge oluşturmak bugüne kadar mümkün olmadı. Bu konuda çeşitli çalışmalar yapıldı, istekler oldu, çok çeşitli girişimler yapıldı, ama mesela bir Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi gibi Kültürel Kimlik Hakları Sözleşmesi çıkarılamadı. Eğer devletlerin çoğunu bağlayıcı nitelikte bir belge etrafında birleştirmek mümkün görünmüyorsa, teknokratların ve sivil toplum örgütü temsilcilerinin bir başka taktiği vardır: Bağlayıcı nitelikte olmayacak bir metin oluşturmak, bunun da temel biçimi bildirgedir. Nitekim böyle bir bildirge de hazırlandı ve 1992'de Birleşmiş Milletler tarafından kabul edildi. Onun da adı Ulusal ya da Etnik, Dinsel ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirge, bunun da ayrıntılarını geçiyorum. Birleşmiş Milletler içinde hem genel kültürel haklarla ilgili, hem de kültürel kimlik haklarıyla ilgili çalışmalar yapan bir kuruluş daha var, o da UNESCO'dur. Onun da bu konularla ilgili çok sayıda metni var, onları da geçiyorum.

Bunun dışında insan haklarıyla ilgili asıl önemli çalışmaların bölgesel rejimlerde yapıldığını görüyoruz ve bu rejimlerin başında da Avrupa rejimi geliyor. Başka bir deyişle Avrupa Kıtası, kültürel kimlik hakları ve azınlık haklarıyla ilgili asıl çalışmaların insan hakları kapsamında yapıldığı bölgesel rejimi oluşturuyor. Orada da iki düzlemi birbirinden ayırmak gerekiyor: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı/Teşkilatı ve Avrupa Konseyi.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, özellikle 1989'dan sonra kültürel kimlik hakları ve azınlık haklarıyla ilgili önemli çalışmalar yapıyor; çünkü Doğu Bloku çözüldükten sonra, sınır uyumsuzluklarından öte, daha çok her bir ülkede çok sayıda azınlığın kaldığı görülüyor ve azınlıklarla ilgili sorunun yeniden canlandığı, 19. yüzyılın sonlarıyla 20. Yüzyılın başları arasındaki döneme benzer bir havanın yaşandığı görülüyor. Yugoslavya, Balkanlarda yaşananlar, Çekoslovakya'nın bölünmesi vs... Bütün bunlar, yine kültürel kimlik hakları ve azınlık sorununun canlandığını gösteriyor. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Avrupa'da güvenliği ve işbirliğini demokrasi ve insan hakları

temelinde oluşturmayı hedeflediğini kendi statüsünde belirten bir kuruluş. O nedenle asıl barışı ve güvenliği tehdit ettiği düşünülen alan, azınlık hakları alanı, özel olarak ilgi konusu oluyor ve ilk belgesi AGİT sürecinin, 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi'nde de bu konuya ilişkin hükümler var. Ama asıl ayrıntılı düzenlemeler 89 sonrası yapılıyor. Bu düzenlemelerin yer aldığı temel metin de 1990'da kabul edilen Kopenhag Belgesidir. AGİT süreci içinde azınlık hakları ya da kültürel kimlik haklarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bu belgede yer alıyor.

Önemli bir düzlem daha var Avrupa rejiminde, bu da Avrupa Konseyi'dir. Avrupa Konseyi'nde bu çalışmalar çok boyutlu yürütülüyor. İki tane temel sözleşme çıktı. Bunlardan bir tanesi, Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme, 1998'de yürürlüğe girdi, diğeri Avrupa Bölgesel ya da Azınlık Dilleri Şartı. Bu ikisine de Avrupa Birliği, kendi mevzuatını yorumlar ve değerlendirirken ya da ölçütlerini uygularken gönderme yapıyor. Dolayısıyla kendi referansları arasında yer alıyor.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, doğrudan doğruya kültürel kimlikle ilgili haklar içermiyor. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bu konuda bir protokol eklenmesi çalışmaları vardı, önemli bir çalışmaydı, başarıya ulaşamadı. Daha doğrusu bir ek protokol çıkarılmadı, ama ek protokol çıkarılmamasına rağmen, bu çalışmaları yürüten geçici komite, bir öneriler listesi hazırladı. Bu liste, kültürel kimlik hakkıyla ilgili çeşitli maddeleri sıralıyor, bunları okuyacağım şimdi ve kültürel kimlik hakkının hangi hususları içerdiğini biraz daha açmış olacağız.

Kültürel kimliği seçme hakkı; buna saygı duyulması, medya ve eğitim alanında kültürel kimliğe saygı duyulması, kültürel faaliyet hakkı, bir kültürel topluluğun üyesi olarak tanınma hakkı, bir kültürel topluluğa aidiyeti belirtme hakkı, isim hakkı, tercih ettiği dili kullanma hakkı, kamu makamlarıyla ilişkilerinde dilini kullanma hakkı, kamu işaretlerinin köy, kent ismi ya da diğerlerinin aynı zamanda azınlığın diliyle yazılması hakkı, istediği dili öğrenme hakkı, kendi dilinde eğitim görme hakkı, nitelikli bir eğitim görme hakkı, hoşgörüyeye dayanan bir

eğitim görme hakkı, sürekli eğitim görme hakkı. Liste böyle devam ediyor. Bunlar, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği çerçevesinde kültürel haklarla ilgili yürütölen çalışmalarda çok ciddiye alınan, esas alınan öneriler.

Türkiye'de uyum yasalarıyla nelerin geldiği ya da Türkiye'de sorunun ne olduğu konusuna geliyorum: Türkiye'de -bunları da nasıl özetleyebileceğimi bilmiyorum, ama elimden geldiğince kısa geçeceğim- son süreci belirleyen 3 tane temel belge var: Biri Kopenhag Kriterleri, -uyum sürecini konuştuğumuz için- biri Katılım Ortaklığı Belgesi, biri Ulusal Program. Onları şimdi bir kenara bırakıyorum. Onun dışında Türkiye'de iç hukukta dil özgürlüğü ve kültürel kimlikle ilgili doğrudan hüküm içeren çok çeşitli düzenlemeler var, bunların başında da Lozan Anlaşması geliyor. Lozan Anlaşması'nın azınlık haklarını gayrimüslimlerle sınırlı tuttuğunu biliyoruz. Ancak Lozan Anlaşması, sadece gayrimüslimlere dil özgürlüğü tanıyan bir anlaşma değil. Lozan Anlaşmasınının 39. maddesi, dil özgürlüğünü Türkiye'de yaşayan bütün herkese tanıyor, bütün vatandaşlara tanıyor. Yani şu 4771 sayılı Yasa'dan önceki aşamada, ondan çok daha geniş özgürlük içeren bir düzenleme var Lozan Anlaşması'nda.

Lozan Anlaşması'nın 39. maddesi, müslöman olmayan azınlıklara mensup Türk uyrukluların müslömanların yararlandıkları aynı medeni ve siyasal haklardan yararlanacaklarını belirtiyor, sonra Türkiye'de oturan herkesin yasa önünde eşit olacağını belirtiyor. En önemlisi, *"Herhangi bir Türk uyruğunun gerek özel, gerek ticaret ilişkilerinde dini, basın ya da her çeşit yayın konularıyla açık toplantılarda dileği bir dili kullanmasına karşı hiçbir kısıtlama konulamaz"* diyor, Lozan Anlaşması'nın 39. maddesininin 4. fıkrası bu. Devam ediyor, *"Devletin resmi dili bulunmasına rağmen, Türkçe'den başka bir dil konuşan Türk uyruklarına mahkemelerde kendi dillerini sözlü olarak kullanmaları bakımından uygun düşen kolaylıklar sağlanacaktır."* Lozan Anlaşması'nın hükümleri bunlar.

Zaman darlığından 61 Anayasası dönemini geçiyorum 82 Anayasası dönemine geliyorum. 82 Anayasası'nın bu konuda alabildiğine yasakçı ve

baskıcı bir sistem benimsediği meçhulümüz değil, biliniyor. Dil özgürlüğü bakımından temel düzenlemenin de ne olduğunu biliyoruz, bu da 26. madde. 26. madde, kanunla yasaklanan herhangi bir dille düşüncelerin açıklanamayacağını belirtiyor, yani kanunla yasak koyma izni veriyor açıkça.

Diğer ayrıntılara geçmeden önce şunu söyleyeyim: Türkiye'de 82 Anayasası ve onunla kurulan hukuksal sistem, anayasal sistem, Siyasi Partiler Yasası, Dernekler Yasası, buna benzer hükümler içeren bütün yasalar, dil özgürlüğü ve kültürel kimlik hakları konusunda alabildiğine kapalı, yasağcı, baskıcı bir yaklaşımı yansıtıyor. Fakat ilginç bir şey, alabildiğine samimi bir dil de var; Türkiye'de farklı dillerin varlığını, farklı anadillerin varlığını yasaklama yoluyla tanıyan bir yaklaşım var. Yani "farklı anadiller vardır, onu tanıyorum, ama yasaklıyorum" demiştir. Dolayısıyla daha sonraki dönemlerde "Türkiye'de başka anadiller yoktur" tartışması, Anayasa karşısında da zaten pek anlamlı değil. Çünkü Anayasa koyucu bu dilleri tanıyor, ama yasaklıyor. Mesela 42. maddeyi açıp okursanız, ilginç bir düzenleme, "Türkiye'de Türkçe'den başka hiçbir dil eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarının anadilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez" diyor.

Buna benzer düzenlemeler şu değiştirilen 3984 sayılı Yasa'da da var. İlginç, orada da, -Yabancı Dil Eğitimi Öğretimi Kanunu, bu da dil yasağı içeren bir kanun- "Türk vatandaşlarına anadilleri Türkçe'den başka bir dille okutulamaz ve öğretilemez" diyor. Burada da bir tanıma var, yani "Türk vatandaşlarının anadilleri Türkçe'den başka hiçbir dille okutulamaz ve öğretilemez." Bundan başka tabii 12 Eylül'den sonra dil yasağı içeren yasalar da konuldu, yani dili günlük hayatta kullanmayı yasaklamaya varan yasalar da çıkarıldı, 91'de bunlar kaldırıldı. Ama Türkiye'de hukuk düzeninde bu konuda ciddi bir yarılma olduğunu görmek gerekiyor. Biri yandan farklı dillerin varlığını dolaylı bir şekilde veya yasaklayarak tanıyan Anayasa ve yasa hükümleri var, öte yandan mensubu olunan uluslararası toplulukların tanıdığı ve bunların çok ötesine geçen haklar, ilkeler var. Bu konudaki yarılma, pek çok sorunu beraberinde getirdiği gibi, günlük hayatta çoğu zaman trajikomik diyebileceğimiz uygulamalarla karşılaşılıyor.

Uyum yasalarında da bu zihniyet terk edilmiş değil, yani bu konuda samimi bir irade görmek mümkün değil. Mesela farklı dil ve lehçelerde kurs açılmasına imkân veren düzenleme, biraz önce söylediğim yasaya eklendi. Ama bu yasadaki biraz önce söylediğim hüküm korundu. Yani mesela farklı dil ve lehçeleri öğretmek üzere kurs açtığınızda, o dilleri ve lehçeleri Türkçe öğreteceksiniz, başka bir dille öğretemezsiniz. Başkanın uyarıları sıklaştı, sürem doldu, hatta aştım galiba. Konuyu bitiremedim, ama konuşmamı burada bitirmem gerekiyor.

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA

OTURUM BAŞKANI- Sayın Sancar'a anlayışından dolayı çok teşekkür ediyorum. Gerçekten çok keyifle dinliyorduk, ama maalesef zaman darlığı nedeniyle -bugün Sayın Danıştay Başkanı, değerli ağabeyimiz Nuri Alan da aynı şeyi söyledi- bu kadar güzel giden bir oturumda ister istemez müdahale etmek durumunda kaldım, benden sonra oturum yönetilecek ve devam edecek diye.

Aslında bu ve benzeri panellerde gerçekten öğleden önce iki, öğleden sonra iki, ama doyasıya tartışılabilen bir zaman dilimi içerisinde tartışmakta yarar var. Tabii değerli konuklar, saygıdeğer başkanlarım; burada bir anlamda biraz rahatlıyoruz, o da şunun için: Bu iki gün süren panel kayda alınıyor ve çözüldükten sonra kitap haline getirilip ilgililerin bilgisine sunuluyor. O nedenle böyle bir rahatlığımız var. Ama tabii konuşmacılar ve özellikle salondan katılmak isteyen tartışmacılar yeterli vakit bulamıyorlar, onun için çok özür dileriz.

Her iki değerli konuşmacının anlatımlarıyla ilgili, iki gündür yaşadığımız korsan tebliğ olmamak koşuluyla doğrudan soruya yönelik bir müdahaleyle ya da anlatımla sizlere söz vermek istiyorum.

Buyurun Sayın Başkan.

NURİ ALAN (Danıştay Başkanı)- Efendim, ben Sayın Fikret İlkiz'in yapmış olduğu konuşmayla ilgili küçük bir açıklama yapmak istiyorum; bu bir tebliğ asla değil, bir açıklama: Söz konusu içtihadı birleştirme kurulu kararının verildiği tarihten itibaren aşağı yukarı altı aylık bir süre sonunda yayınlandı, doğrudur. Ancak araya adli tatil girdi, artı gerekçede karara katılan arkadaşların anlamadığı noktalar oldu, bu nedenle gecikti. Fakat bu, çıkarılacak olan yasayı asla etkilemedi; çünkü idare başından beri olayı takip ediyordu, eğer biz bunu

zamanında yayınlamış olabilseydik dahi bu yasa çıkacaktı. Cumhurbaşkanlığının veto gerekçesiyle Danıştayın kararındaki gerekçeler aşağı yukarı benzerdir.

“Çıkacaktı” diyorum, bunun bir örneğini geçmiş senelerde yaşadık. Anayasa Mahkemesi, Adalet Bakanlığı yöneticilerinin atanmasıyla ilgili yasaı bir başvuru üzerine iptal etti. Ancak o da gecikti, o karar iki sene sonra yayınlanabildi. Bu arada bize bir dava açıldı. Biz de Anayasa Mahkemesi'nin kararı geriye yürümemesine karşın, açılan bir dava zımında Anayasa Mahkemesi'nin kararını uyguladık ve iptal kararı verdik. Uzun süreler oldu, sonunda yönetim, Anayasa Mahkemesi'nin bahsettiğim kararını uygulamak için bir yasa çıkardı, fakat bir geçici madde ekledi. Dedi ki, “İptal edilen yasaya göre daha önce yapılmış olan atamalar geçerlidir.” Burada hem yasaların genellik ilkesi, hem de Anayasanın 138. maddesi ihlal edilmiş oldu. Sonuçta varmak istediğim nokta şu: Biz bunu zamanında yayınlamış olsak dahi, bu yasa içtihadı birleştirme kurulu kararının aksine gerçekleşecekti.

Bir de Fikret İlkiz'e bununla ilgili bir sorum var: Basın özgürlüğünün kötüye kullanımına karşı bireylerin yeterince korunduğunu söyleyebilir misiniz? Size bunu özellikle soruyorum, kurum olarak bundan çok zarar görüyoruz, uğraşyoruz, ayrıntı vermeyeceğim.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Başkan; katınıza ve yanıtınıza teşekkür ederiz.

Buyurun Sayın İlkiz.

Av. FİKRET İLKİZ- Tabii açıklamanıza çok teşekkür ediyorum. Bir defa gerçekten sizin Danıştay içtihadı birleştirme kararına yönelik olmak üzere söylüyorum; 18 Kasım 2001 günü Resmi Gazete'de yayımlanan içtihadı birleştirme kararı, bana göre en iyi kararlardan, en güzel kararlardan bir tanesidir. Hakikaten bu tutanaklara baktığım zaman,

bundan sürekli söz edilmiş olmasına rağmen, hiçbir etkisi olmayacaktı ve buna rağmen geçireceklerdi; çünkü 22 Mayıs 2001 ile 7 Haziran 2001 tarihleri arasında yapılan bu tartışmada “kabul edenler-etmeyenler, kabul edilmiştir” diye geçti. Değişiklik önergesi verildi, Hükümet ve Komisyon “katılıyorum” dedi, oylama yapıldı, “reddedildi” denildi ve reddedilerek bu şekilde yaptılar. Yoksa Anayasa'nın 133. maddesinden başlayarak iyi ki arkadaşlarınız arasında tartışma çıkmış; çünkü çok güzel bir karar çıkmış. Bu kararın sadece bu yasayla ilgili olmak üzere değil, tekelleşme anlamında da diğer olaylarla bağlantılı olmak üzere gerçekten uygulanması gerekiyor. Ama ne yazık ki sizin altını çizerek Danıştay içtihadı birleştirme kararında söylediğiniz, “Radyo ve televizyon kuruluşlarında yüzde 10'dan fazla hissesi olanların taahhüt işi almak yoluyla kamu kesimiyle çıkar ilişkisi kurmaları, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasına yol açabilecektir” bu kararda çok iyi anlatılmaktadır.

Türkiye, geç kararlarla yaşadığı geç olaylarda hep sorunlarla karşı karşıya kaldı. Anayasa Mahkemesi Önceki Başkanımız Yalçın Bey de buradalar. Anımsarsanız, yine Basın Yasası'na getirilen ek 7 ile ek 8. madde vardır, yürürlüğü durdurma kararı verilmiştir. Bakın, ek 7 ile ek 8, Basın Yasası'nda işi olmayan maddelerdir; çünkü bu süreli ya da süresiz yayınların satışa arz edildikleri yerlere ulaştırılmasına rağmen, bu yayınları satışa sunmaktan kaçınan işyerlerine üç ay süreyle kapatma getiriyor. Bu, benim basın hak ve özgürlüğüm, benim ifade özgürlüğümle doğrudan doğruyla bağlantılı olan bir olaydır. Anayasa Mahkemesi, 1996/70, 1997/6 yürürlüğü durdurma kararı 5.6.1997, henüz gerekçeli karar çıkmadı, ama bunun yürürlüğünü durdurdu.

Dolayısıyla siyasal iktidar veya yasa yapıcılar asla yargıçları dinlemezler, asla dinlemiyorlar, böyle bir alışkanlıkları var. Ama şimdi bu alışkanlıkları çerçevesinde ne yapayım; 18. Hukuk Dairesinden Sayın Yargıç Ali Eğin, bir kitap yazmış, “Kanun Nasıl Yapılır?” diye. Ne yapayım, Meclise götürüp bunu anlatayım, bunu okutayım mı? Yoksa sizin kararınızı eleştirmek anlamında demiyorum.

Geliyorum asıl sorduğunuz soruya: Gerçekten çok da haklısınız. Bakın cevap ve düzeltmeye getirilen bu anlamdaki yasaklar, artı bu

anlamdaki ağır para cezaları, doğrudan doğruya kişilik haklarının ihlaliyle olduğu için, bu anlamda biraz da “biz de bunları getirelim” mantığıyla gelenlerdir. Ama buradaki temel mesele şu: Herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır, bu benim hakkımdır, ben habere, bilgiye ulaşma hakkına sahibim; uluslararası sınırlara bakılmaksızın bunun gerçekleşmesi gerekir, dolayısıyla kamu makamlarının da karışmaması gerekir. Bütün bunları yapabilmek için demokratik toplumda gerekli olan bir düzenin ödev ve sorumluluk bilinciyle gerçekleşmesi gerekir.

Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlandırma, kişilerin şöhretleriyle, onların kişilik haklarıyla ilgili olan sınırlandırmadır. Türkiye’de bu hakka riayet edilmemektedir. Bu aykırılığı gazetelerdeki, radyo ve televizyon istasyonlarındaki gazeteciler bunu gerçekleştirmektedir. Oysa basın özgürlüğü ayrıcalık değildir, tam aksine ağır bir görevdir, ağır bir yükümlülüktür. Dolayısıyla bu yükümlülüğü yerine getirirken, onun basın hak ve özgürlüğü değil, onun imtiyazı değil, benim ifade özgürlüğü hakkımın korunması için gelmesi gerekli olan bir olaydır. Ama bu, Türkiye hiçbir şekilde, “siz böyle yapıyorsunuz, biz de böyle yasa getiriyoruz” gibi bir yasayla karşı karşıya bırakılmamalıdır. 4 Kasım 1996 tarihindeki Susurluk kazasından hemen sonra, 26 Kasım 1996 tarihinde eğer gerçekleştirebilmiş olsalardı, o zaman herhangi bir şekilde Susurluk kazasından bahsetmek, “ekonomi kötüye gidiyor” demek çok zor olacaktı...

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyrun.

Prof. Dr. ERDENER YURTCAN- İzninizle çok kısa teknik bir konuya değineceğim ve bir öneride bulunacağım: Konu, para cezaları. Türkiye, bir noktadan bir noktaya geldi, getiren kavram enflasyondur. Yasalarda komik duruma düşmüş para cezaları, bugün kişilerin ve kuruluşların belkemiğinden su alacak hale gelmiştir. Cumhurbaşkanı'nın açmış olduğu davanın da temel noktalarından birisidir. Durum böyle olunca, ceza yargılamasının bir kavramı gündeme geliyor: Ön ödeme.

“Efendim uyuşmazlıkları azaltalım, ekonomi” vs... Oraya bir hüküm yerleştiriliyor, yıllardır bununla boğuşuyorum, bir türlü başaramıyorum.

İnsanlar, suçsuz olduğuna inanır ve o para cezasını ön ödeme emrine rağmen ödemez, artı ödeyemez. “Yargılanıp mahkûm olduğu zaman yarı oranında arttırılır” diyor. Bu hak arama özgürlüğüne aykırı, Anayasa 36’ya aykırı, artı Ekim 2001 değişikliğiyle Anayasa 38’e yerleştirdiğimiz adil yargılanma hakkına aykırı.

Yargıtaycıları karşımda buldum, onun için söz aldım. Sizlerden bir istirhamım var: Ön ödeme mekanizması uygulanmadığı için yargılamaya konu olan, yarı oranında arttırılan hükümler size temyiz incelemesi için geliyor mutlaka. Lütfen Anayasa 36, 38 aykırılığını dikkate alın ve şu olayı Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşıyın. Anayasa Mahkemesi, yürekten inanıyorum, Cumhurbaşkanı’nın açtığı davayla o tür bir davayı birleştirecektir, Türkiye’nin bu kamburunu ortadan kaldıracaktır.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Hocam, çok teşekkür ederiz.

Efendim, bu arada Ankara Barosu eski avukatlarından, şimdi TBMM Başkanvekili olan Sayın İsmail Alptekin arkadaşımız salona teşrif ettiler. Teşekkür ederiz, sağ olun İsmail bey.

Efendim, sözü Bilal Kartal beye veriyoruz.

Buyrun.

BİLAL KARTAL (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Başkan, teşekkür ederim.

Katıldığım bu tür oturumlarda genellikle zaman çok kısıtlı bulunmaktadır. Fakat ben bütün bunları dinlediğim zaman, -ki bugün bu katıldığım ikinci paneldir- sanki yeni bir sistem oluşturuyoruz, yeni bir hukuk sistemi, yeni bir Anayasa oluşturuyoruz ve kendimi söylenen sözler karşısında bazen bu ortamda bir çiçekler bahçesinde görüyorum, ama sokağa çıktığım zaman hep çamurla karşılaşıyorum. Şunu söylemek istiyorum: Yasalarda yapılan düzenlemeler de yeterli değil, kâfi gelmiyor.

Zaten bizim bugün çelişkimiz de bu oluyor, bu da açıkça bize iletiliyor ve biz bu yasaları düzeltmekle sanki kendi kafamızı ve uygulamayı da düzelterekmişiz gibi hem kendimizi, hem başkalarını bir yerde kandırmaya çalışıyoruz, bu bir gerçek artık.

Ben bunları söyledikten sonra, Basın Yasasıyla ilgili düşüncelerimi iletmek istiyorum: Türkiye, büyük bir enflasyon içerisinde, yasa enflasyonu da var. Eğer yasalarla düzelseydi, zaten bu ülkenin çoktan düzelmesi lazımdı. Zannediyorum Türkiye, dünyanın en çok yasası olan ülkelerinden bir tanesidir. Zaten yasa eğer çok artıyorsa, fazlalaşıyorsa, orada bir bozulma başladığının bir işaretidir bu ve bunun çok net görülmesi lazım.

Basın Yasası, RTÜK Yasası, -ki RTÜK Yasası yoktu, özel radyo ve televizyonlar çıktıktan sonra Türk hukuk sistemine girmiştir- TRT Yasası, Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'ndaki birtakım maddeler, Ceza Kanunu'nda -basın yoluyla işlenen suçlar- ve birçok özel yasalarda bunlar var. Acaba Türkiye Cumhuriyeti, bunları bir temel yasada toplayamaz mı? Örneğin bir resmi kurum, TRT tarafından yapılan yayınları veyahut da özel televizyonlar ve radyolarda yapılan yayınları ve bir de Basın Yasasıyla ilgili düzenleme yapabilir.

Bunun bir sakıncasının olduğunu zannetmiyorum, şöyle zannetmiyorum: Kişilik değerlerine saldırıda saldırı kime yöneltilecektir? Eğer bu Basın Yasası olmasaydı, işte “yayınlananın sahibi, yazı işleri müdürü” gibi bir düzenleme yapılmasaydı, yine bana göre genel bir nitelik taşıyan Borçlar Kanunu hükümlerine göre bu haksız eyleme katılanı yine bu düzenleme getirecekti, yani sorumlu belirlenecekti. Manevi tazminat konusunda, tazminatın miktarı konusunda düzenleme yoktu; elimizde bir 49. madde vardı, bu da olacaktı. Ama biz ne yaptık; oturduk, sayfalarca kanun maddeleri yazdık ve bunları “bu böyle olacaktır” diye düzenledik. Bu kurumda çalışan bir kişi olarak, Basın Yasası düzenlediği zaman hiç kimse bizden bir şey sormadı, “siz ne yapıyorsunuz orada, nasıl bir düzenleme getiriyorsunuz?” diye hiç kimse sormadı.

Basın Yasası'nı -ki Sayın İlkez bunu belirttiler- alelacele öğrenince, tasarıyı getirttim ve oturdum, bir yazı yazdım ve bu yazı Mecliste konuşuldu, ama hiç dinlenilmedi ve o yasada örneğin RTÜK'teki üye sayısının değişikliği, daha kötüye götürülmüştür. Örneğin bana göre dünyanın hiçbir yerinde yapılmayacak bir şey; manevi tazminatın miktarını kanunla belirlemek gibi bir düzenleme yapıldı. Hatta ve hatta daha kötüsü, ki hiçbir yerde kabul edilmeyecek bir şey vardı: "Bu miktarın her yıl Maliye Bakanlığı'nın yeniden yapacağı değerlendirmeye..." Maliye Bakanlığı'nın kararıyla bir hâkim, bir Yargıtay karar verme zorunda bırakılıyordu ve bunlar hiçbir basında yer almadı.

Bütün bunları göz önünde tuttuğumuz zaman, orada bu ülkenin ne durumda olduğunu, nereye gittiğini, nasıl bir yere gitmek istediğini görmek isteriz. Ama bu yasa; hukuk kurallarına, evrensel kurallara, her şeye aykırı olan bu yasa önümüze gelseydi ve bugün bu madde durdurulmamış olsaydı, uygulamak zorunda kalacaktık. Neden; doğru olduğu için değil, bir yasa maddesi olduğu için. Ama Sayın Cumhurbaşkanı yürütmeyi durdurma istedi ve bunu yürüttüler.

Ben sadece şunu söylemek istiyorum: Bugün bütün bu yasalar boşlukta. Bütün bu yasaları toplayıp, -TRT Yasası, Basın Yasası, Fikir ve Sanat Eserleri Yasası, RTÜK Yasası- tek yasa olarak bütün bunlarda bir düzenleme yapabilir miyiz? Örneğin RTÜK Yasasının "yayın ilkeleri" diye bir maddesi var, 4. madde, bütün harfleri bitirmiş. O kadar soyut kavramlar ki, o kadar tekrarlar var ki orada, yani bilemiyorum bunu nasıl uyguluyorlar, RTÜK bunu nasıl uyguluyor, nasıl belirliyor? RTÜK'ün Sayın önceki Başkanı dedi ki, "Biz subjektif kararlar veriyoruz" ve gerçekten de doğrudu bu, bir tespiti, bir itiraftı ve bunu da söylediler.

Teşekkür ederim, saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Bilal Kartal'a, gerçekten bu coşkulu katkılarından dolayı çok teşekkür ediyoruz. Tabii yaşadığı birebir dosyalardaki sıkıntılarını

toplucu dile getirdi, katkılarınız için çok teşekkür ediyorum Sayın Başkanım.

Buyurun.

Av. ZEKİ EKMEK (TBB Başkan Yardımcısı) - Sorum Sayın Sancar'a: Anayasa'nın 26. maddesinde yapılan değişiklikler sonucunda çıkarılan uyum yasalarında dil özgürlüğünü sağlama açısından yapılan düzenlemelerin ulusalüstü hukuk belgelerinde yer alan haklara uygun olarak dil özgürlüğünün kullanılmasını sağlayabilmesi mümkün müdür, değil midir?

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. MİTHAT SANCAR- Ben Zeki Bey'e teşekkür ediyorum; galiba süreyi çok fazla kullandım, onun için sonlarını aktaramadım. Böyle bir soru geldi, vesile oldu, teşekkür ederim. Ben de toparlayayım, kaldığım yerden devam ediyorum.

Bakın, dil yasağı içeren hükümler sadece Anayasa'da yoktu tabii, Anayasa'da olanı da dil yasağı getirme yetkisi veren bir hükümdü. Bunun dışında Siyasi Partiler Yasası'nda, Dernekler Kanunu'nda, Seçim Kanunu'nda, bütün bunlarda çeşitli düzeylerde dil yasağı içeren hükümler vardı. Nitekim şimdi "dil özgürlüğü tanındı" ya da "kültürel haklar içinde dil özgürlüğü tanınacak" denilen bir dönemde, Avrupa Birliği'ne bu tür mesajların verildiği bir dönemde, seçim çalışmalarında Türkçe'den başka bir dil (Kürtçe) kullanan adaylar hakkında dava açıldı biliyorsunuz. Yani şu anda seçim yasaklarına aykırı davranış dolayısıyla davalar açıldı.

Tanınan özgürlük, sadece dilini özel kurslarda anadili olarak değil, farklı bir dil ve lehçe olarak Türkçe öğrenme hakkıdır, tanınan tek hak budur şu anda. Yani özel bir kursta, yönetmeliği de çeşitli kısıtlamalar içerecek şekilde, Türkçe'den başka Türk vatandaşlarının kullandığı farklı dil ve lehçeleri öğrenmesine yönelik kurs açılması imkânı. Bu son derece yetersiz. Mesela demin saydım, Türkiye'nin taraf olmadığı; Kişisel

ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne imza konuldu, onaylanmadı henüz. Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı'na ne imza konuldu, ne onaylandı. Yine ulusal azınlıklara ilişkin çerçeve anlaşmaya imza konulmadı. Ama bütün bunlar, dikkat edin, şu anda Avrupa Birliği organlarının kültürel hakları tanımlarken gönderme yaptığı belgelerdir. Dolayısıyla Katılım Ortaklığı Belgesi, "Kültürel hakların Türk vatandaşlarına, Türkiye'de yaşayan vatandaşlarına tanınması gerekir" ifadesi, yarın öbür gün müzakereler başladığında bu sözleşmelere atıfla değerlendirilecek. Yani tam üyelik müzakereleri için tarih istendiğinde, müzakerelere bunların hepsi gelecek ve şu anda yapılan, bu sözleşmelerde en asgari düzeyde varolan bir hakkın, hak demenin bile zor olduğu bir imkânın açılmış olmasıdır.

Onun dışında kültürel kimlik haklarıyla ilgili doğrudan değil, dolaylı düzenlemeler var. Mesela "Türkçe'den başka kültürlerin varlığını iddia edemezler" hükmünü Dernekler Kanunu'ndan çıkardılar, ama oraya başka bir ceza hükmü eklediler. Nitekim alevi dernekleri için dava bu nedenle açıldı. Yani bu konuda samimi bir irade yoksa, hukuk yoluyla tanıma özgürlük getirmeyebilir, tam tersi bir sonuç doğurabilir. Hukuk yoluyla ya bir hukuk düzeninde şizofrenik yarılma yaratırsınız, uygulayıcıları da zor durumda bırakırsınız, dolayısıyla hakkın ve yasağın nerede olduğunu kestiremezsiniz, uygulamada iyi niyetli veya başka türlü saiklerle bütün bu değiştirilen hükümlerin de etkisi kısa sürede sıfırlanabilir veya uluslararası taahhütler önümüze geldiğinde, bütün bunlara açık bir cevap veremezsiniz.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyoruz Sayın Sancar.

Türkiye Barolar Birliği önceki dönem başkan yardımcılarından Sayın Burhan Karaçelik; buyrun.

Av. BURHAN KARAÇELİK (TTB Önceki Dönem Başkan Yardımcısı)- Sayın Başkan, ben sual de sormayacağım, görüş de bildirmeyeceğim. Yalnız Sayın Bilal Kartal'ın konuşmasından ilham alarak -ki aynı sorundan dün de konuşmacılar yer yer bahsettiler- kanun

yapma tekniğinden bahsetmek istiyorum. Yani yasalar yapılmadan önce veya yapıldığı sırada uzman kişilerden ve kuruluşlardan görüş alınmadığından şikâyet edildi ve bir ölçüde de yasaların bu yönde yanlış, hatalı çıktığı veya noksan çıktığı belirtilmek istendi. Ben Sayın Meclis Başkan Yardımcısı'nın burada bulunmasını vesile kabul ederek bundan böyle kanun yapma tekniğine ısrarla riayet edilmesi gerekeceğini bir mesaj olarak iletmek istedim.

Saygılarımla.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederiz.

Tabii aslında İsmail Bey, bizim aramızdan çıkan ve oraya giden bir arkadaşımız. İnşallah daha önceki gidenler gibi aramızdayken bu dertlere çok sahip olup, çok söyleyip, oraya gidince unutanlardan olmaz. Ama inanıyorum, gereğini yapacaktır.

Teşekkür ediyorum.

Son sözü Sayın İlkiz'e veriyorum. Sayın İlkiz gerçekten o kadar konusunun hâkimi ve dolu ki, konuşuyor konuşuyor, hiçbir şey konuşmadığını ya da hiçbir şey söylemediğini sanıyorsunuz; çünkü o kadar çok biliyor ki konusunu, her arada "bir kelime" diyor, ama o kelimeyi görüyorsunuz. Ben hakikaten keyifle dinliyorum, zevkle dinliyorum, böyle bir oturumu yönettiğim için de çok mutluyum, ama bir baskı altındayım.

Buyurun Sayın ilkiz.

Av. FİKRET İLKİZ- Sayın Bilal Kartal'ın görüşlerine katılıyorum; iletişimle ilgili olan konu bakımından tek bir yasa, o yasanın şemsiyesi altında bir toparlanma gerçekleşirse büyük bir adım atılmış olur. Avrupa Birliği'nden hoşlanmıyorsunuz, Konsey'den hoşlanmıyorsunuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni sevmiyorsunuz, kabul, bütün bunların hepsini de kabul ediyorum. Peki ne istiyorsunuz? Bakın, söylediğiniz noktadan hareketle söylüyorum: Brezilya 1988'de, Kolombiya 1991'de, Paraguay 1992'de, Arjantin 1994'te Anayasaları'na hüküm koydular.

Bakın o hüküm, -biraz önce Sayın Başkan'ın sorduğu soruyla bağlantılı olmak üzere söylüyorum- "Ulusun bütün sakinleri yasalara uygun olarak düşüncelerini basın yoluyla önceden sansür edilmeksizin yayınlama hakkına sahiptir." Demek ki bunun bir ifade özgürlüğü hakkı ve herkesin hakkı olduğunu Anayasa'da tek bir madde olarak yaparsak, beraberinde radyo yayını, televizyon yayını, basın, diğer, hangi tür kitle iletişim araçlarıyla eğer bir görüş açıklama olanağı sağlanıyorsa, aynı yasa çatısı altında toplanabilir.

Tabii Sayın Önceki Başkan Yardımcısı Meclis'e bir gönderme yapıyor. Meclis'e yapılan gönderme bakımından 4. Hukuk Dairesi'nin de bana göre fevkalade bir kararı var. Ek madde 9: "İnternet yayınları bundan böyle Basın Yasası hükümlerine göre uygulanacak." İnternet yayınlarını Basın Yasası'yla birlikte değerlendirip uygulanması mümkün değil. Ek Madde 9 olarak Basın Yasası'na getirdiler, eklediler. "Hakarete benzeyen fiiller dolayısıyla" falan diyorlar, uygulanması mümkün değil, böyle ek Madde 9 olmaz. Meclis dinler mi? 22 Mayıs 2001 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi bunu görüşmeye başladığı gün, İzmir Barosu, internet hukukuyla ilgili olmak üzere uluslararası bir toplantı düzenledi. Orada sonuç bildirgesi, Meclisin bu yasa üzerinde çalışmaya başladığı gün açıklandı. Sulhi Dönmezer kaleme aldı, "İnternet yayınlarıyla ilgili olmak üzere ayrı bir düzenleme yapılması gerekir. Suçun niteliği, faili, özelliği, teknik özellikleri nedeniyle de Türkiye'de bu konuda yasal boşluk vardır, düzenlenmesi gerekir" dedi. Meclis dinlemedi. 2002'de görüşmeye başlandı, Bilişim Kongresi toplandı; Bilişim Kongresi'ne sunulan taslak rapor 596 sayfadır. O arada yine ek 9 kabul edildi ve geçti gitti.

Peki biz ne yapıyoruz; o da önemli. İnsanlardan bir tanesi bir dilekçe veriyor, diyor ki, "Basın Yasası'nın 30. maddesine göre televizyon kanalında hakkımda yapılacak olan yayının durdurulmasını istiyorum, Basın Kanunu 30'a göre durdurma istiyorum" 3984'le ilgili talepte bulunuyor. Birisi şu an milletvekili. Eyüp 2. Sulh Ceza Mahkemesi, "Bu çok doğrudur, ama ben böyle bir karar veremem, ancak o program yapımcısının uyarılmasına karar veririm" diyor. Buna itiraz ediyor adam, diyor ki "Tedbir kararı istiyorum, Basın Kanunu 30'a göre radyo ve

televizyon istasyonunu durdurmak istiyorum.” Eyüp 2. Ağır Ceza Mahkemesi “Çok haklısın, birinci konunun yerine getirilmesine gerek yoktur, ama Basın Kanunu 30’a göre bir radyo ve televizyon istasyonu için ihtiyati tedbir kararı veriyorum” diyor. İtiraz ediyorlar, Ağır Ceza Mahkemesi, “Birinci kararın uygulanma kabiliyeti yoktur, ama tedbir istemi çok doğrudur. Basın Kanunu 30. maddeye göre radyo ve televizyon istasyonunda yapılacak olan yayının durdurulmasına karar veriyorum” diyor. Bu, İstanbul’un göbeğindeki bir mahkeme tarafından verilmiş olan karar.

Bu panel, aşağı yukarı benim çok sevgili Hocamın vefatından sonra benim katıldığım ilk panel ve izniniz olursa, Sayın Hocam Bülent Tanör’ün anısını saygıyla ve sizlerle birlikte gülümseyerek paylaşıyorum.

Hepinize saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Gerçekten çok teşekkür ederiz.

Yalnız Fikret İlkiz bu kadar güzel anlatırken, Mithat Sancar “Gerçekten bir meslek şovenizmi yapıyorsunuz, yani lütfen adil olun. Avukatsınız; tarafsızlıktan, eşitsizlikten, hukuktan bahsediyorsunuz, ama ne olur son sözü bana verin, yani Başkan konuşmak istiyorum” dedi.

Son söz Sayın Mithat Sancar’ın.

Buyurun.

Doç. Dr. MİTHAT SANCAR- Efendim, Başkana, bunu belki şimdi kendisi böyle söylemeseydi, başka türlü söyleyecektim. Gerçekten bir parça, meslek şovenizmi demeyeceğim, kendisi bunu başka türlü söylüyor; ama galiba salonu sıkılmaktan çok, Başkan’a ilişkin bir sıkıntı olduğu hissi oldu bende. Umarım sizi sıkmayacağım, izin verirseniz, yani salonu sıkıp sıkmayacağımı bilmiyorum. Sadece başta gönderme yaptığım bir meseleyi paylaşmak istiyorum, yani akademik herhangi bir şey değil bu.

Başta Babil örneğini vermiştik. Dillerle ilgili iki temel model olduğunu söyleyebilirsiniz, yani farklı dillerin bir arada yaşaması

projelerini iki ayrı modelde toplayabilirsiniz. Yüzlerce model anılabilir, biri kadim Babil Kulesi modelidir. Onun kutsal kitaplarda çeşitli hikayeleri vardır, sonra devam eden efsaneler vardır, dillerin doğuş efsanesi olarak da bilinir. Ben bildiğim birkaçından sevdiğim hikayeyi tercih edeyim: Babil'de bir imparator, tanrılara kızıyor ve gökyüzüne çıkıp bunların haddini bildirmek istiyor. Onun için bir kule inşa ettirecek, bildiğimiz Babil kulesi; pek çok ünlü ressamın çeşitli şekillerde tasvir ettiği, çizdiği bir kule. Kulede yüzlerce, binlerce, onbinlerce insan çalıştırılıyor, gökyüzüne çıkacak kıvrıla kıvrıla, imparator da ya da kral da oraya çıkacak, tanrılar öldürecek. Tanrılar da o zaman çok gaddar değiller. "Ne yapalım, ne edelim, yani bunu nasıl engelleyelim?" kendi aralarında tartışıyorlar. Tanrıların ellerinde o kadar imkân yok henüz, yani "hemen yok edelim" demiyorlar. Tartışıyorlar, bir çözüm öneriliyor ve kabul ediliyor. Deniliyor ki, "Orada çalışan herkese ayrı bir dil verelim. Herkesin ayrı bir dili olursa, bunlar kule değil, iskambilden ev yapamazlar, farklı diller konuşanlar birbirleriyle anlaşamazlar, varolamazlar." Derken hikayenin sonu, bu kule farklı dillerden dolayı tamamlanmıyor.

Bir diğer küçük misal: Jorge Luis Borges var, dünya çapında büyük bir edebiyatçı, her şeyi yazmış, çizmiş bir insan. Arjantinli, Arjantin'de doğuyor, babası Arjantinli, baba dili İspanyolca; annesi İngiliz, anadili İngilizce. 4 yaşında bir görev için Cenevre'ye gidiyorlar. Mürebbiye tutuyorlar, mürebbiyenin dili Cenevre'nin resmi dili Fransızca. Latince öğretimi de var o dönemlerde tabii, bir de Latince öğretmek istiyorlar ve el bebek gül bebek büyüyen bir çocuk; dışarıya da çıkarılmayan, insan tanımayan biri. Tanıdığı dört insan var, her biri ayrı dil konuşuyorlar. Borges, bunu anılarında anlatıyor. 5 ya da 6 yaşındayken 4 dil öğrenmiş zaten, yani İspanyolca, İngilizce, Fransızca, Latince.

Borges, çevresine bakıyor ve şöyle diyor: "Bir gün dehşete kapıldım. Acaba dil dediğimiz şey, herkese tek tek mi verilmiştir, yani herkesin bir dili mi vardır? Dışarı çıktığımda herkes ayrı bir dil mi kullanacaktır." Ona sorarsanız, herkesin ayrı bir dili vardır, bu anadili dışında kendi iç dilidir. Dil özgürlüğü hepsini birden içerir, ama kilit olanı, kendi benliğini oluşturan, asıl dilde kendi iç dilini oluşturma imkânıdır, dil

özgürlüğü budur. Borges, bunu alıyor ve dünyanın en çok sevilen, en kozmopolit, yani çok çeşitli dilleri bilen, çok çeşitli dillerde yazan ve bu çoğulluğu kendi bünyesinde barış içinde taşıyabilen ve bütün dünyanın da taşıyabileceğine inanarak yazan, çizen bir düşünür. Dolayısıyla istersiniz Borges modeli, isterseniz Babil kulesi modeli; nereden bakarsanız, ona göre bir yol göreceksiniz.

Çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, biz barış modelini seçiyoruz, bizim dinlediğiniz için teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

YEDİNCİ OTURUM

**PARLAMENTER REJİMDE
BAŞBAKANIN STATÜSÜ
VE
BAKANLARIN SORUMLULUĞU**

OTURUM BAŞKANI:

Yekta Güngör ÖZDEN

Anayasa Mahkemesi Onursal Başkanı

KONUŞMACILAR:

Prof. Dr. Süheyl BATUM

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

OTURUM BAŞKANI

Yekta Güngör ÖZDEN

Sayın katılımcılar ve değerli izleyenler; Yargıtayımız'la Türkiye Barolar Birliği'nin birbirlerini destekleyerek hepimize sundukları, hepimizin yararlandığı bu panel için başta sayın başkanlara ve onların değerli çalışma arkadaşlarına bir hukukçu yurttaş olarak iten teşekkür ediyorum.

Aslında Türkiye'de hukuk bağlamında, özellikle Anayasa ve yasalar konusunda söylenecek çok söz var, buna zaman yetmiyor. Bu panelin düzenlenmesinde gösterilen titizliğe karşın, hepiniz içtenlikle izlediniz, gördünüz ki konuları tanınan yirmişer dakikalık süre içinde tartışmak da çok g. Bu nedenle sanıyorum bundan sonraki etkinliklerde değerli yöneticiler, zamanları daha iyi ayarlayarak, konuları hiç değilse günlere bölerek ya da konuları azaltarak, saatleri çoğaltarak daha doyurucu sonuçlar almamıza katkıda bulunabilirler. Ama bu çalışmaların en iyi yönü, bu konuşmaların yapıtlar biçiminde ilgililerin yararlanmasına sunulmasıdır. Barolar Birliği bunu bugüne kadar çok iyi biçimde yerine getirdi. Tabii Yargıtayın rnek desteği de bu çalışmaya biraz daha g katacaktır; hem daha hızlı sunulacaktır, hem daha kapsamlı olacaktır.

Ben tebliğde bulunmadan, -söylenecek çok söz var ama- sadece Şunu söylemek istiyorum: Meslek yaŐamımda 45 yılı tamamlayarak sizlerden fiilen ayrıldım, ama bütün çalıŐmalarımda benden daha değerli olan arkadaşlarım bilirler ki hukukun siyasallaŐması yerine, siyasetin hukuksallaŐmasını gündeme getirdim. Ama Türkiye'de bazı işler ters gidiyor; örneğin dünyanın başka demokratik ülkelerinde yasalar Anayasa'ya göre yapılırken, Türkiye'de Anayasa yasalara göre yapılıyor.

Hiç unutmuyorum, 1985'li yıllarda rahmetli Lütfü Duran'la katıldığım, Bursa Barosu'nun düzenlediği bir etkinlikte bir soruya yanıtımız şu olmuştu: Bize dediler ki, "Siz niye bu Anayasa'ya aykırı olan yasayı Anayasa'ya uygundur diyorsunuz?" Benim cevabım şuydu: "Bu Anayasa hukuka aykırıdır, hukuka aykırı olan yasa da Anayasa'ya uygundur diyoruz" dedim. O bakımdan derdimiz çok, ama içtenlikle bir araya gelerek, dayanışma içinde, birbirimizi terbiyeli bir biçimde dinleyerek, -bana göre terbiyenin en büyük göstergesi odur, yine bana göre hoşgörü en iyi dindir- birbirimizin sözlerini kesmeden, söyleyeceklerini özgürce söylemesine olanak tanıyarak çalışmalarımızı yürütürsek, sanıyorum siyasal yaşamda da, ekonomik yaşamda da, hukuksal ve toplumsal sorunların çözümünde de çok iyi sonuçlar alırız.

Ben şimdi sizlerin olurunuzu alarak, değerli arkadaşlarıma yirmişer dakikalık konuşma süresi tanyorum. Ama hoşgörünün en iyi din olduğunu söyleyen bir insan olmama karşın, bir saniye bile zaman geçirtmem. İkincisi, konuşmalar tamamlandıktan sonra da değerli izleyenlerin soru ve yanıt süreci içinde bir yirmi dakika, böylelikle bir saatlik bir zamanımız var, yani en geç 18.00'da bu salonu değerli sahiplerine geri vereceğiz.

İlk konuşma Sayın Prof. Dr. Mehmet Turhan'ın. Mehmet Turhan, şu sırada Başkent Üniversitesinde öğretim üyeliği görevini yerine getirmektedir. Daha önceki yıllarda, sanıyorum ilk tanıdığım yıl 1988'di, Diyarbakır Hukuk Fakültesi Dekan Vekiliydiniz o zaman, öyle anımsıyorum. Daha sonra kendisini takdirle izlemem sonucu, Başkanlığım döneminde Anayasa Mahkemesi raportörlüğünü rica ettim ve kabul buyurdu, geldi çalıştı, değişik üniversitelerde dersler verdi. Şimdiki görevini de başarıyla sürdürmesini dileyerek konuşmasını rica ediyorum.

Buyrun efendim.

Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Her şeyden önce Oturum Başkanı'na bu iyi dileklerinden ötürü teşekkür ederim. Sayın Yekta Güngör Özden başkanlığımla daha önce de yapmıştı; 1975 yılında ben Baro'da staj yaparken sayın Başkanım o zaman Ankara Barosu Başkanı'ydı. Sonra Anayasa Mahkemesi'nde de 7 yıl başkanlığımla yaptım, toplam herhalde bir 8-9 yıl Anayasa Mahkemesi'nde beraber çalıştık, güzel anılarla. Benim için son derece önemli günlerdi, raportör olarak çalıştım. Yekta Güngör Özden hayatımda gördüğüm en iyi konuşan insanlardandır, bu nedenle yanında konuşmak bana zor geliyor. Spontane, simültane konuşacak, üstüne konuşabilecek hiç kimse yoktur herhalde. Yekta Güngör Özden'i anlatmak 20 dakikaya sığmaz.

Nedense parti kapatma davalarında sayın Başkanım'la aynı görüşü paylaşamadık hiç.

OTURUM BAŞKANI- Partisine göre...

Prof. Dr. MEHMET TURHAN- Parti kapatma davalarını geçiyorum. Bu konuda bir şey daha söylemek istiyorum: "Anayasa ve Uyum Yasaları" konulu panele bu son oturumun başlığı uymamış. Yani bu hükümet sistemleri konusunun uyum yasalarıyla falan ilgisi yok. Biz ister parlamenter sistem olalım, başkanlık sistemi olalım, ister yarı başkanlık sistemi olalım, ne olursak olalım, bu Avrupa Birliği'ni veya Avrupa Konseyi'ni ilgilendirmiyor, yani bu işin özgürlüklerle ilgili bir yanı yok. Tabii "önemsiz" demiyorum, ama bu konunun bu panelde incelenen diğer konularla bir uyumsuzluğu var. Bana bu konuyu İbrahim Kaboğlu arkadaşım teklif etti, ben de kabul ettim.

“Başbakanın Statüsü ve Bakanların Sorumluluğu” konusu, parlamenter sistemle ilgili. Ben bu konuyla çok uğraştım ve şimdi düşünüyorum, gereksiz yere uğraşmışım, çok fazla anlamlı da değilmiş. Alexander Pope’un bir lafı var, diyor ki, “Hükümet sistemleriyle bırakın aptallar uğraşsın. Ülke hangi sistemle iyi yönetiliyorsa, o iyidir.” Herhalde biraz aptallığımdan olacak, bu konularla çok ilgilendim.

Başbakan dediğimiz kişi parlamenter sistemde var, o halde parlamenter sistemle başlayıp konumu kısa bir şekilde anlatmak istiyorum: Parlamenter sistem, kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri içinde yer alıyor. Anayasa hukuku kitaplarında kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri genellikle üçe ayrılır: Parlamenter sistem, başkanlık sistemi, -bir de yarı başkanlık var şimdi-meclis hükümeti sistemi.

Parlamenter sistemde, yasama ve yürütmenin karşılıklı bağımlılığına dayandığı söylenir. Bu sistemin temel üç özelliği var. Bu üç özelliği söylemek durumundayım; çünkü başbakanın durumu da buna bağlı olarak ortaya çıkacak: Her şeyden önce en temel özelliği; hükümet, yasama organındaki çoğunluğun güvenine sahip olması gerekir, yani meclisteki çoğunluğun güvenine sahip olacak. İkinci özelliği; hükümet, yasama organının, yani meclisin güvenini yitirirse ya istifa edecek ya da yasama organını -eğer elinde öyle bir yetkisi varsa- feshedecek, yani halkın hakemliğine başvuracak. Yapılan seçimler sonunda hükümet, parlamentodaki çoğunluğunu yitirirse, görevden ayrılmak zorundadır, “ayrılmam” diyemez; böyle bir durumda yeni hükümetin kurulmasına izin vermesi gerekir.

Bu konuda yine yaptığım çalışmaların sonucunda vardığım önemli bir nokta var: Gerek parlamenter sistemin, gerek başkanlık sisteminin çok temel bazı nitelikleri var, her sistemin kendine özgü bir mantığı var. O nedenle hangi sistem olursa olsun, hangi sistem kabul edilirse edilsin, değişiklik önerileri yapılırken, o sistemin mantığıyla çelişen öneriler yapmamak gerekir. Aksi takdirde karmaşık bir sistem yaratılır ve sistemin işlemesi güçleştirilir, yani o sistemi zorlamamak gerekir. Şundan da kaçınmak istiyorum: Ben bir sisteme değilim, yani insanların sistemi yönettiğini farkındayım, ama sistemlerin özelliklerine de dikkat etmek gerekir.

Parlamenter sistem, dünyadaki bütün diğer ülkelere İngiltere'den geçmiş. Tabii bu arada parlamenter sistemin başkanlık sisteminden farklı olarak bir temel özelliği de var: Başkanlık sistemi anayasada yazılmış; yani insanlar tarafından düşünülerek bulunmuş bir sistemdir. Parlamenter sistem öyle değil, İngiltere'de kendiliğinden ve tarihi gelişim içinde, uygulamalar sonucunda ortaya çıkmış. Bu nedenle parlamenter sistemin durumu biraz farklı, parlamenter sistem daha sonra Kıta Avrupası'ndaki yazılı anayasalarda hükümlere bağlanmış. O halde İngiltere'den biraz bahsetmek gerekir. İngiltere'de kral-kraliçe, yani taç, yetkilerini bakanların ve özellikle başbakanın tavsiyesiyle kullanır. Temel kural budur. Yani açıkça söylemek gerekirse, başbakan ne derse onu yapar, başka hiçbir şey yapamaz.

Baktığınızda, "İngiltere'de başbakanın seçimi konusunda kraliçenin birtakım yetkileri var" denilir. Ama normal koşullarda, sistem normal işlediğinde, İngiltere'de kraliçe, halkın doğrudan seçtiği meclis olan Avam Kamarası'nda çoğunluk partisinin önde gelen kişisini başbakan olarak seçmek durumundadır, onun dışında başka bir şey yapamayacaktır. Yine İngiltere'deki parlamenter sistem teamül kurallarına göre işlediğinden, teamül olarak kral veya kraliçe, görevdeki başbakanın istifasından sonra, çoğunluk partisinin lideri kimse, lideri hükümeti kurmakla görevlendirir. Yani kural şu: Avam Kamarasında sandalyelerin çoğunluğuna sahip olan partinin liderinin hükümeti kurmakla görevlendirilmesidir.

Avam Kamarası'nda çoğunluğa sahip partinin liderini kraliçe başbakan olarak atamak durumundadır; ama bazı durumlar var ki, bu durumlar tartışmaya açıktır: 1. Genel seçimlerde hiçbir parti çoğunluk sağlayamamışsa; ki diğer ülkelerde, Kıta Avrupası ülkelerinde ve ülkemizde sık sık rastlanıyor. 2. Başbakan istifa eder veya görevdeyken ölürse ve çoğunluk partisi de kendisine bir lider seçmemişse. 3. Mecliste bir parti çoğunlukta, -şu an bizim ülkemizde de rastlandı- Yani Avam Kamarası'nda bir parti çoğunlukta, hatta büyük bir çoğunlukta, ama lideri milletvekili olarak seçilemediyse veya bizdeki gibi seçilemiyorsa. "Seçilemiyor" diyoruz, ama seçilmeyebilir de. Yani parti çok güçlü olabilir, ama o partinin lideri herhangi bir nedenle milletvekili olarak seçilemeyebilir. Bu durumda İngiltere'de de olsun, bizim ülkemizde

olsun, devletin başındaki kişinin -ister monark olsun, ister Cumhurbaşkanı olsun- birtakım yetkilere sahip olduğu söylenir, ama burada da tamamen serbest bir takdir yetkisine sahip değildir; çünkü devletin başındaki kişi, mecliste çoğunluğu sağlayabileceğini düşündüğü kişiyi görevlendirmek durumundadır. Onun için devletin başındaki kişinin siyasal liderlerle konuşmalar yapmak zorundadır.

Bu duruma baktığımızda, ülkemizde Anayasamızın 109. maddesinin 2. fıkrasında, “Başbakan, Cumhurbaşkanı'nca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden atanır. Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Başbakan'ca seçilirler ve Cumhurbaşkanı'nca atanır” hükmü yer almaktadır. Bunlar yapıldığı anda, hükümet kurulmuş oluyor; yani hükümetin kurulması güvenoyu alıp almamasına bağlı değil. Güvenoyu almazsa tabii ki görev yapamayacak; ama hükümetin kurulmuş olması için güvenoyu alması şartı yok. Fakat her şey bizim Anayasamız'da da düzenlenmemiş, belki de düzenlenmemesinde -benim saptadığım şeylerden birisi de bu- yarar var. Mesela güvenoyu almamış hükümete, istifa etmiş hükümete işgüder hükümet diyoruz. Bu hükümetin başına Cumhurbaşkanı, “Yenisi kuruluna kadar lütfen görevde kalınız” diyor, o da “peki” diyor.

Peki işgüder hükümet, yani istifa etmiş olan hükümetin başbakanı, bizde olduğu gibi seçilemezse ne olacak? Sayın Bülent Ecevit bu duruma düştü, milletvekili seçilemedi, ama gazeteler nedense bu konunun üzerinde fazla durmadılar. Hatta hükümetin hiçbir bakanı milletvekili seçilemedi, ama bu hükümet işgüder hükümet olarak görevde kaldı. Yani hükümet düşmedi; çünkü zaten istifa etmişti, bir teamül kuralı olarak devam etti; daha doğrusu bir zorunluluk olarak devam etmiş oldu. Bu konu dikkatimi çekti, bunun üzerinde daha fazla tartışma yapılabilir.

Bir de benim saptadığım, kendi çalışmalarım'da vardığım sonuç şu: 109. maddenin 2. fıkrası diyor ki, “Başbakan, Cumhurbaşkanı'nca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır.” Düşünün, Bülent Ecevit Hükümeti istifa etti, “Ben seçimi kaybettim, istifa ediyorum” dedi. Cumhurbaşkanı “Yenisi kuruluna kadar görevde kalın” dedi, “O “da “peki” dedi. Ondan sonraki atadığı kişi, işin aslında hükümeti kurmakla görevlendiriliyor, anladığım kadarıyla başbakan yok.

Hatta Taha Akyol bir televizyon programında, şimdiki Başbakanla konuşurken, -o zaman hükümeti kurmakla görevlendirilmişti- Abdullah Gül'e nasıl hitap edeceğini bilemedi. "Başbakan" diyecek, ama Ecevit o dakika Başbakan, ne diyeceğini şaşırtdı.

O halde -bu konuyu da tartışmak için söylüyorum- bana kalırsa Cumhurbaşkanı, herhangi bir kişiyi hükümeti kurmakla görevlendirebilir. O kişi listeyi getirir, listeyi sunar, Cumhurbaşkanı atar. Yani şunu söylemek istiyorum: Başbakan ne zaman atanıyor? Başbakan, bakanlarıyla birlikte Cumhurbaşkanı tarafından atanıyor. Yani başbakan, bakanlarla birlikte varolabiliyor, tek başına varolamıyor, işin niteliği böyle. Bu doğru da galiba çünkü başbakan işin aslında bir "prime minister", yani o da bir bakan, bakanlar olmadan Başbakan olunamıyor; ikisi birlikte varolabiliyor.

Ben bununla ilgili bir makale yazmıştım, bana göre orijinal bir makaleydi, fakat nedense ne lehte, ne aleyhte hiçbir tepki gelmedi. Hiç olmazsa bu konu burada tartışılırsa doğru mu yoksa yanlış mı düşündüğümü test etmiş olacağım. Kanımca bu konu tartışılmaya değer; çünkü hükümeti kurmakla görevli milletvekili başbakan olsa, o zaman iki tane başbakan var olabilecek demektir. Oysa, aynı anda iki tane Başbakan olamaz. O halde Anayasa'nın 109. maddesinin ikinci fıkrasına göre Cumhurbaşkanı önce hükümeti kurmak üzere bir milletvekilini görevlendiriyor sonucuna varmak gerekir.

Başbakanla birlikte Bakanlar Kurulu'na geçmek istiyorum, yani başbakan ve kabinesi: Yine İngiltere'yi ele alalım: İngiltere'ye bakıldığında, hukuk açısından başbakanı düzenleyen bir tane kural yok; bir tek maaşıyla ilgili bazı yasalar var, onun dışında hukuk başbakanı tanımıyor, İngiliz hukukunda böyle bir kavram yok. Kabiniyle ilgili, Bakanlar Kurulu'yla ilgili de hiçbir kural yok. Tüm bunlar teamüllerle işliyor. Ama tabii İngiltere'de de Başbakan ve Kabinesi yürütme organının başında yer alıyor, yani uygulanacak hükümetin genel siyasetini saptıyor ve siyasal açıdan İngiliz siyasal sisteminin temelini oluşturuyor.

Demek ki İngiltere'de Başbakan ve bakanlar kabinesiyle ilişkileri düzenleyen hukuksal düzenleme yok, bu hususlar teamüllerle düzenleniyor. İşte bu teamül kuralları, Kıta Avrupası'nda yazılı kurallar

haline dönüşmüş. Alman Anayasası'nın 65. maddesi var. Bu 65. madde, bizim 112. maddenin kaynağı, biz de onu oradan almışız, yani "Başbakan, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden ve bakanlar arasındaki işbirliğini sağlamaktan sorumludur" gibi. Yine 1958 tarihli Fransız Anayasasının 21. maddesi de Başbakanın görevini söylemiş, "Başbakan hükümet faaliyetlerini yönetir ve milli savunmadan sorumludur" diyor. Tabii Fransa'da durum biraz değişik, Başbakanla Cumhurbaşkanı arasında sorunlar var, yarı başkanlık sistemi olduğu için. O konulara girmiyorum; çünkü konuyla doğrudan bir ilişkisi yok.

Burada vardığım sonuç şu: Başbakan'ın görev ve yetkilerini ayrıntılı bir biçimde anayasada göstermemek gerekir, bu konu teamüllerle düzenlenmelidir. Yani Başbakan, Cumhurbaşkanı ve bakanlar, bunlar arasındaki ilişkiler kanımca Anayasa'da çok ayrıntılı kurallarla saptanmamalı. Bu konuların çözümünü siyasete bırakmak gerekir; çünkü bunlar siyasi konular ve siyasetçiler bunu çözmek zorunda. Hatta anayasa yargısının da rolü bu konuda çok fazla olmamalı, anayasa yargısı da bu konuya mümkün olduğu kadar girmemeli, ama ister istemez zaman zaman giriyor. Bu karşı imza konusunda zorunlu olarak giriliyor, ama mümkün olduğu kadar girmemek gerekir diye düşünüyorum. Bu konuda da sorular olursa, yine bunu yanıtlamak isterim.

İstemeyerek giriyor, doğru. Hemen şunu söylemek gerekir: Çözülemeyen bir sorun olduğunda siyasilerimiz bu sorunun çözümünü Anayasa Mahkemesi'nin sırtına yükleme eğilimindedir. Sanki Anayasa Mahkemesi'nin elinde mucize bir değnek var, dokununca çözülecek. Öyle bir şey de olmayınca, bu sefer Anayasa Mahkemesi'ne kızıyorlar.

Sonuç olarak, başbakanın durumu, hükümetin konumu ve Cumhurbaşkanıyla ilişkiler Anayasa'da ayrıntılı bir biçimde düzenlenmemeli. "Acaba Başbakan mı, Bakanlar Kurulu mu, kabine mi sisteme hâkimdir, hâkim olacaktır?" konusu, yine siyasal faktörlerce belirleniyor, kişilik özellikleri önemli. Mesela Thatcher gibi güçlü kişiliği olan bir Başbakan, kesin kabinenin önünde yer almıştır.. Yani Thatcher'i Amerika'daki başkanlarla karşılaştırmak gerekir. Koalisyon hükümetleri olursa, başbakanın rolü azalıyor tabii. Tek parti hükümeti olursa, başbakan daha güçlü ve önemli oluyor.

“Türkiye’de Anayasa hukuku alanında teamüller çok fazla yok” denir. Bu özünde doğrudur. Ancak bu hükümetin kurulması konusunda bizde de birtakım teamüller var. Bunlardan bazılarını size anlattım. Anayasamız, Başbakan’ı güçlendiren birtakım hükümler getirmiş ve bu hükümler yerinde hükümlerdir. Başbakan gerektiğinde Cumhurbaşkanı’ndan bakanların görevlerine son vermesini isteyebiliyor, her bakanla ilgili düzeltici önlemlerde bulunabiliyor. Her bakan, Başbakan’a karşı sorumlu. Başbakan gerekli görürse, Bakanlar Kurulu’nda görüştüktan sonra güvenoyuna başvurabiliyor. Demek ki artık Başbakan, eşitler arasında birinci değil, tam anlamıyla gerçek bir lider.

Sürem azaldığı için Bakanlar Kurulu’nun sorumluluğuna geçmek istiyorum, bu konuda da bazı düşüncelerim var, bunlar da tartışmaya açıktır: Bakanlar Kurulu’nun siyasal sorumluluğu, parlamenter rejimin en temel unsurudur; çünkü başkanlık sisteminin aksine, hükümeti yasama belirler. Yani hükümet, mecliste çoğunluğa sahip olan parti veya koalisyon halindeki partilerce belirlenir, yani ortaya çıkar. O halde, parlamenter rejimde temel kural, Başbakan ve bakanların yasama organı üyesi olmasıdır. Hiç kuşkusuz Başbakan mutlaka milletvekili olmalıdır. Bu nedenle de 109. maddede bu açıdan bir değişikliğe gidilmemiş olmasını çok büyük bir sevinçle karşılıyorum. Gerçi sonradan Tayyip Erdoğan’ın söylediği teklif zararsız gibi geliyorsa da -çünkü “seçimde en çok oyu almış olan partinin” falan diyor- hiç akla hayale gelmedik bir sorun ortaya çıkabilir. O yüzden bu 109. maddeye hiç dokunmamak gerekirdi ve dokunulmuyor, başka bir tür çözüm bulunmasında yarar vardı. O çözüm de Yüksek Seçim Kurulu tarafından çok güzel bir şekilde bulunmuş gibi gözüküyor.

Demek ki kural olarak Başbakan ve bakanların yasama organı üyesi olması gerekiyor. Bence bakanlar da işin aşlında yasama organının üyesi, meclisin üyesi olması gerekir, ama yineliyorum Başbakanın kesinlikle olması gerekir. Yine eğer iki meclis varsa, halk tarafından doğrudan seçilen meclisin üyeleri olması gerekir. Yani İngiltere’de olduğu gibi bir Avam Kamarası, bir Lordlar Kamarası varsa, Avam Kamarası üyesi olması gerekir, İngiltere’de böyledir.

Eğer hükümet, yasama organının güvenini yitirirse, istifa etmek zorundadır. Hükümeti istifaya zorlayabilecek hükümler var. Anayasamız'a göre gensoru, göreve başlarken veya görev sırasında güvenoyu yoluyla hükümet düşebilir. Bu yollarla bu hükümetler istifaya zorlanabilir. Yalnız 1982 Anayasası bu konularda olumlu hareket etmiş, hükümetin kuruluşu kolaylaştırılmış, düşürülüşünü ise güçleştirilmiştir.

Anayasa hukukunda siyasi sorumluluk olarak iki tür sorumluluk vardır: Kollektif sorumluluk ve bireysel sorumluluk. Anayasamız'ın 112. maddesine göre, hükümet, genel siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur, buna "Kollektif sorumluluk" deniliyor. Yine 112. maddeye göre, her bakan kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur. Buna da "bireysel sorumluluk" deniliyor. Bir bakanın meclise karşı bireysel sorumluluğunun doğabilmesi için, bakanlığını ilgilendiren bir konunun olması gerekir. Bireysel sorumluluk yoluyla Meclis bakandan hesap sormuş olur. Eğer devlet içinde bu bağımsız idari otoriteler çoğalır, örneğin hükümete bağlı olmayan YÖK gibi kuruluşların sayısı artarsa bireysel sorumluluk yoluna gidilemeyecektir. Bu tür bakanlığa bağlı olmayan kuruluşların çoğalması bireysel sorumluluğu zedelemektedir.

Acaba kollektif sorumluluk, koalisyon hükümetlerinde ne derece uygulanabiliyor? Bu da tartışmaya açık konulardan biri. Mesela kollektif sorumluluk gereği, kabine içinde, kabine oybirliğiyle karar vermek zorunda. Yani hiçbiri muhalif olmayacak, muhalif olacaksa bakanlıktan ayrılacak. Acaba ne derece bu söylenenler koalisyon hükümetlerinde gerçekleşiyor? Yine gensoru ve güvensizlik oylaması sonucu hükümetin düşmesi dışında, kollektif sorumluluğun ne derece işlediği de tartışılır. Yine bireysel sorumluluğun ne olduğu, ne kadar geniş olduğu tamamen yani sınırları belirsizdir.

Sorumluluk yanında, çok kullanılan bir kavram daha var: Hesap verme kavramı var. Yani bakanlar, aynı zamanda Meclis'te hesap vermek durumunda. Bakan kişisel olarak hatalı olduğunda veya bakanlığını kötü yönettiğinde istifa etmesi gerekmektedir. Bu ne derece işliyor? "Neden bunu söylediniz?" dersiniz: Parlamenter sistemde partiler disiplinli olmak zorunda. Çoğunlukla şimdiki gibi çok büyük bir çoğunlukla bir parti iktidara gelmiyor. Eğer bir parti Meclis'teki kendi grubuna hâkim

olamazsa, kendi grubunda disiplin sağlayamazsa düşer; çünkü görevde kalıp kalmaması Meclis'teki çoğunluğun güvenine bağlı. Başbakan, eğer bir bakanı gözden çıkarmıyorsa, bireysel sorumluluk da hiçbir zaman Meclis'te işlemez. Yani kolektif sorumluluk, bireysel sorumluluğu anayasa hukuku kitaplarında yazıldığı gibi değildir. Kolektif ve bireysel sorumluluğun örneklerine de çok fazla rastlanmaz. Yani parti disiplini, aslında bütün dünyada ve Türkiye'de bunları işlemez duruma getirmiştir. İngiltere'de de durum böyledir. Yani günümüzde Başbakan'ın güvenini yitiren bakanın görevine son veriliyor. Yani bakanlar ister istemez esasta Başbakan'a karşı sorumludurlar.

Son olarak şunu söylemek istiyorum: Demokrasi, egemenliğin ulusa ait olması demektir. O halde "Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilsin ve bu kişiye önemli yetkiler de verilsin, ama tarafsız olsun, güçsüz olsun" denemez. Olmaz bu, yani eğer o kişi halk tarafından seçiliyorsa, o makamı güçsüz hale getiremezsiniz. Yetkiler yoksa, o yetkiler yaratılır gereğinde anayasa değiştirir. Demek ki, hem yarı başkanlık sistemini isteyip hem de cumhurbaşkanının yansızlığını istemek bir çelişkidir.

Yine bir ülkenin parlamenter, başkanlık veya meclis hükümetine sahip olması, bize o ülkenin anayasal kuralları hakkında ancak bazı ipuçları verebilir. Bu tür bilgiler önemli olmakla birlikte, başka çok önemli hususları bilmemizi sağlamaz. Örneğin, o ülkenin yargı organı nasıl işlemektedir, sivil-asker ilişkilerinin durumu nedir, seçim sistemi, siyasal kültür ve buna benzer konular hakkında hiçbir şey öğrenemeyiz. Bu nedenle marksist terminolojiden aktararak -bu da benim bulduğum bir şey- diyorum ki, hükümet sistemleri konusunun görece bir önemsizliği var, hükümet sistemleri konusu anayasa hukukunda görece olarak önemsiz bir konudur. Anayasa hukukunda kanımca daha yaşamsal ve önemli olan, bireyin devlet karşısında bir başka deyişle kişinin devlet karşısında sahip olduğu hak ve özgürlüklerdir.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Efendim Sayın Mehmet Turhan'a çok teşekkür ediyorum. Sayın Turhan, ayrıntılı sayılacak biçimde özellikle ülkemizin güncel koşullarını ve gereksinimlerini de karşılayacak biçimde bir anlatımda bulundu ve bir güzel yöntem de izledi, kendisine sorulması yararlı olan soruları da bize verdi, "buyurun, bunları sorun, yanıtlayayım" dedi. Onları da inşallah sizler soracaksınız.

Tabii hak ve özgürlüklerin bireysel bağlamda güvenceye bağlanması, anayasanın temel işlevleridir; benim tanımım, bir ulusal yaşam andı olan anayasaların, bunların da kendi geçerliliğinin, onursal varlığının kaynağıdır. Ancak hükümet sistemlerini de, devletin yönetim biçimlerini göz ardı etme olanağı pek yok. İşte bunlar tartışılarak ortaya çıkar. Zaten Mehmet Bey'in anlattığı konuların içinde olumlu-olumsuz yanlarıyla ele alınacak çok sorun var. İşte yine zaman yetersizliği ortaya çıkıyor. Hatta zaman kalırsa, önceki oturumda konuşuldu, Anayasa Mahkemesi kararlarından yürürlüğü durdurma verildi, verilmedi, geç yayınlandı, nasıl oldu, ona ilişkin bazı sakıncalı olmayan açıklamalarda bulunmak istiyordum. Zaman bulursam yaparım, olmazsa onu da sonra bir günde tartışırız.

İkinci konuşmacımız Sayın Süheyl Batum. Değerli arkadaşımız Bahçeşehir Üniversitesi'nde öğretim üyesi, ama yıllardır yüksek yargı organlarının, baroların etkinliklerinde görev alıp katkıda bulunmayı kendisi için önemli bir görev saymış, hiçbirini geri çevirmemiştir. Hem Yargıtay hem de Barolar Birliği adına, eski bir ilgilileri, dostları olarak ona bir daha teşekkür ediyorum.

Buyurun efendim.

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Efendim ben de hem Türkiye Barolar Birliği'ne, hem de Yargıtay'a, bu fırsatı verdikleri için, iki gündür anayasa hukukunu veya güncel önemli konularını tartıştığı için teşekkür ediyorum.

Ben de düşündüm tabii, dedim ki bunun uyum yasalarıyla pek alakası yok. Ama şunu söyleyeyim: Tabii ki ortaya çıkan çok güncel bir sorundan kaynaklandığını düşündüm sonra da. Malum, Recep Tayyip Erdoğan milletvekili olamayınca bir sorun çıktı ortaya. "Acaba Meclis dışından Başbakanı atayabilir miyiz?" sorun böyle çıktı ortaya ve o sırada birtakım formüller getirildi. Ben gerçi o formüllerin yanlış olduğu kanaatindeydim, yani 109. madde için getirilen formülün de yanlış olduğu kanaatindeydim, Sayın Turhan da belirtti.

Parlamentar rejimde -birazdan söyleyeceğim ama- Cumhurbaşkanı'nın tabii ki Meclis'te çok bariz bir çoğunlukla karşı karşıya kaldığı zaman, yetkisi sınırlıdır, onun liderini atar. Ama oldu ki 5 parti 102, 101, 100, 90, 80 milletvekiliyle karşısına geldi ve eğer siz onu "En çok oyu alan partinin liderini Başbakan atar" deseniz, böyle bir durumda geri kalan 3 parti de -altta olan- anlaşta, dediler ki "Biz Ahmet'i gösterdik, üçüncü partinin liderini biz gösteriyoruz ve çoğunluğu sağladık, öbürüne de kesinlikle vermeyeceğiz" dedi. Cumhurbaşkanı'na o zaman böyle bir durumu zorunlu olarak "Kusura bakmayın, elim bağlı, ilk önce bir birinciyi deneyelim, sonra yine bağlı ikinciyi deneyelim, sonra bağlı yine üçüncüyü deneyelim. Dördüncüye sıra düştü, şimdi artık sen götür" demek gibi bir zorunluluk getirecekti. Bence 109'u öyle aşmak da çok

zordur, ama Yüksek Seçim Kurulu sonunda bir çözüm buldu. Yüksek Seçim Kurulu'nun bulduğu çözümü ben anlamadım, çok hoşuma gitmedi, ama belki “Türkiye'nin koşulları bunu gerektiriyor” dedi, verdi.

Ancak şunu söyleyeyim: Hâlâ bir korku var ki -bana göre de olabilir diye düşünüyorum- o yüzden 78. madde de değişti; hani “Bir yerin bütün milletvekilleri değişirse, ara seçime gidilir” diye, o da değişti zannediyorum, sırf buna bir çözüm için, “Yüksek Seçim Kurulu'nun kararı da umduğumuz gibi çıkmazsa sonra” diye ona getirildi diye düşünüyorum.

Efendim, şunu söyleyeyim: 109. maddenin bu bağlamda parlamenter rejimde Başbakanlık müessesesini tartışacağız. Neden böyle bir şey geldi ve biz neden 109'a karşı çıktık? Yani şahsen ben de birçok anayasacı gibi “olmaz bu değişiklik, yani dışarıdan Başbakan olmasın” dedim. Neden, yani Sadece Recep Tayyip Erdoğan olmasın diye mi; hayır. Zaten Sayın Turhan da bir bölümünü söyledi, ben de aynı kanaatteyim, şöyle: Bizim Anayasamız'ın 109. maddesi, Cumhurbaşkanı'nın Başbakanı Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atayacağını söylüyor. Onun içerisinde kimi ataması gerektiğini Sayın Turhan söyledi. Benim üstünde durmak istediğim şey şuydu: Bu zorunlu mu, başka birini atayamaz mı, Meclis dışından birini atayamaz mı? Neden böyle bir düzenlemeye biz karşı çıktık, olmaz dedik?

Sayın Turhan'ın söylediği gibi, bunun için şuradan başlamak lazım: Belki biraz böyle tarih, anayasa tarihi gibi olacak ama, zorunlu diye düşünüyorum. Parlamenter rejim, gerçekten de diğer rejimlerden farklı olarak, akıl yoluyla bulunmuş kuralların yazıldığı bir anayasa neticesinde ortaya çıkmış bir rejim değil. Yani “hadi bakalım, ne yapalım; başkanlık rejimi gibi, başkanı koyalım, karşısına da parlamentoya koyalım, hadi bunları, birbirlerini dengeleyecek araçlar koyalım, hadi oldu sana başkanlık rejimi veyahut da yarı başkanlık rejimi” gibi bulunmuş bir şey değil, uygulamalarla ve İngiltere'den çıkmış. İngiltere'de nasıl çıkmış ortaya? Evet, parlamenter rejim dediğimiz şey bu, o İngiltere'de kendi uygulaması içerisinde gerçekten belki mükemmel bir işleyişine ulaşmış. Hatta başka bazı ülkelerde aynı şeyi bulmamasının nedeni, siyasi parti

yapısının, toplumsal yapının, hukuk anlayışının İngiltere ile aynı olmamasından kaynaklanıyor. Ama bu demek değil ki parlamenter rejimin özünde birtakım değişiklikler yapıp parlamenter rejimi yine koruyabilirsiniz.

Demek ki parlamenter rejimin özünde değişiklik yaparsanız, parlamenter rejim de ortadan kalkar, birazdan onun örneğini söyleyeceğim. O halde nedir bu öz, İngiltere’de yerleşmiş ve mutlaka uymamız gereken öz nedir? İngiltere’de hakikaten parlamento dediğimiz olgu, çok eskiden, feodalite döneminden gelen, “Curia Regis” dedikleri bir kurumdan kaynaklanıyor, tam bir feodal yapı. İngiltere’ye zaten feodalite Norman istilasıyla gelmiş, bir feodal yapı kurulmuş. Bu feodal yapı, o sisteme göre de kendini uyarlıyor, hiyerarşik bir yapı içerisinde kral, vasallarıyla beraber oturuyor, onlara danışıyor, soruyor ve böyle bir hiyerarşik yapıdaki Curia Regis yavaş yavaş içine başka başka adamların katılmasıyla, kent temsilcilerinin katılmasıyla, burjuvazi temsilcilerinin katılmasıyla, kontlukların temsilcilerinin katılmasıyla 1295 yılında bildiğimiz model parlamento şekline bürünüyor.

Bu parlamento bir taraftan oluşurken, yavaş yavaş oluşurken, Fransızlar’dan bir farkı var tabii ki, onu da söylemek lazım. O yüzden zaten İngiltere’de parlamenter rejim kurulabiliyor. Yani yavaş yavaş krala karşı diğer bütün feodal unsurlar, diğer sınıfların temsilcileri, diğer grupların temsilcileri, hepsi kraldan yetki koparmak isterken, yavaş yavaş kralın yetkilerini ortadan kaldırmaya başlıyorlar. O yüzden Montesquieu gidip İngiltere’ye baktığında, “Kuvvet, kuvveti durduruyor hepsi birbirini durduruyor, iki meclis de birbirini durduruyor” diyebiliyor. Ama Fransa’da mesela bu olmayınca, 1789’da küt diye bir ayrımla bir anda ortadan kalkmak zorunda kalıyor. Bu oluşum. İngiltere’de parlamento varken, bunun karşısında kralın da çok yakın adamlarıyla kendi oluşturduğu, o Curia Regis’in içinden ayrılan bir “Private Council” dediği bir özel divanı var. Bu divan, danıştığı, fikir aldığı bir oluşum. Bu yavaş yavaş içine belli adamlar, parlamento içinden de belli kişilerin girmesiyle bu küçük gruba değişik adlar da veriliyor, ama kabine adı veriliyor, işte Bakanlar Kurulu’nun temeli.

Bu çok enteresan bir şey; Bakanlar Kurulu kuruluyor da neden Başbakan filan gibi bir adam çıkıyor? Bu tamamıyla İngiltere'deki uygulamadan kaynaklanan bir şey. 1688'de İngilizler, Kral II. Jack'a "Hayır, sen olmayacaksın, sen git" diyorlar. II. Jack de daha önce Charles'ın başına gelenlerden korkuyor, "Parlamento kafamı keser" deyip, "Tamam gidiyorum" diyor. Gidince, Hollanda'daki Giyom Doranj'i çağırıyorlar, "Sen gel buraya" diyorlar. Giyom Doranj geliyor, 1689 Bilofrayts'ı imzalıyor. Ondan sonra artık kralın yetkilerinin son derece sınırlandırıldığını kabul ediyor, "Ben sadece artık bu adamlarıyla yönetirim" yetkilerini sınırlıyor. Bundan sonrası tesadüf, Giyom ölüyor, yerine Kraliçe Anne geçiyor, Anne'in çocuğu yok, bir tane kardeşi var, kardeşi de Katolik. Oraya Katolik'i seçemedikleri için, "Act of Settlement" yasakladığı için, yeğenler geçiyor. Yeğenler de İngilizce bilmiyorlar, parlamenter rejim böyle oluşuyor ve diyorlar ki, "Kardeşim, bu kabinenin içinden bir tanesini bari alayım, bu gitsin parlamentoya, benim isteklerimi yansıtın; o getirsin bana, o götürsün. Ben zaten anlamıyorum İngilizce'yi de, sıkılıyorum da zaten, Hannover Düklüğü'nün işleriyle uğraşmak istiyorum." Parlamenter rejim içinde mutlaka kabinenin içinden olan bir adamın, mutlaka meclis içinden olan bir adamın o kralla ilişki kurması meselesi böyle başlıyor. Mutlaka meclisin içinden olacak ki, meclisin eğilimlerini, ne istediğini, ne yaptığını krala; kralın ne istediğini, ne yaptığını da meclise yansıtabilecek.

OTURUM BAŞKANI- Kilide göre anahtar.

Prof. Dr. SÜHEYL BATUM- Evet, kilide göre anahtar.

Parlamento'yla kabine arasında, kabine ile kral arasında irtibat kuran bu adam, bir tür Başbakan, 1721'de gerçek Başbakan şeklinde oluşuyor; parlamentonun bir adamı, Valpol dedikleri bir adam. Valpol, parlamentonun içinde son derece akıllı, becerili bir şekilde 21 sene ilişkiyi kuruyor. Fakat Valpol'ü artık sonunda bu victory'ler devirmeye karar veriyorlar, William Pit önderliğinde devirmeye karar veriyorlar.

Devirmek için 1376'dan beri kullanılan bir yöntemi izliyorlar. Orada, "Impeachment" dediğimiz cezai sorumluluk ilkesi var. Suçluyorlar, Lordlar Kamarası tarafından yargılıyorlar. "Bunu uygulayacağız" deyince, daha önce de 1640'da adamların kafasının kesildiğini biliyor bu işi yapan Valpol, "Aman ağabey, ben gidiyorum; kusura bakmayın, ben gideyim" diyor. İşte siyasal sorumluluk ilkesinin ortaya çıktığını böyle iddia ediyorlar.

Ancak sonuç itibariyle mutlaka parlamenter rejimde bu ilişkiyi sağlayan kişinin parlamento içinden olması zorunluluğu, İngiltere'deki bu uygulamayla ortaya çıkıyor; mutlaka parlamentonun içinden bir adam olacak, yetkisiz olan kralla bağlantıyı kuracak. Parlamenter rejimin esası bu Devlet başkanı vardır, devlet başkanı esas yetkili olmayan kişidir, ama devletin başıdır; ortak imza kuralıyla bakanlara, başbakana devretmiştir, Başbakan mutlaka Meclis'in içerisinden olur. Demin sayın Turhan söyledi, İngilizler buna esas itibariyle "iki dereceli seçim" diyorlar. Yani Başbakan, oraya geldi, ama iki dereceli seçimle geldi, yani parlamentonun içinde var bu adam ve bir daha en çok oyu aldığı için devlet başkanı veya kral tarafından başbakanlığa getiriliyor.

Dünyada hangi ülkeye bakarsanız bakın, parlamenter rejimi uygulasin ya da uygulamasın, başbakan veya esas yetkiyi kullanan kişi mutlaka Meclis'in içinden seçilir. Eğer bu başbakansa, İngiltere'de, Almanya'da, İsrail'de olduğu gibi, Meclis'ten gelir veya direkt halk tarafından seçilir. Hatta Fransa gibi bir yarı başkanlık sistemi ise, o zaman da esas yetkiyi kullanan cumhurbaşkanı, eğer parti lideriyse, o halk tarafından seçilir, 62 değişikliğiyle. Diğer ülkelerde de Sovyetler Birliği yıkıldıktan sonra birçok ülke anayasasını değiştirdi. Açın anayasalara bakın, çoğunluğunda eğer yarı başkanlık sisteminin yetkilerini cumhurbaşkanına tanıdıysa gerçek anlamda, cumhurbaşkanını genel oyla seçmiş, yoksa başbakanı parlamenter rejimin içerisinden, yani parlamentonun içinden getirmiş.

Son olarak iki şey var, onu söyleyeyim: Peki bunun başka türlü mü mümkün mü, yani başbakanı dışarıdan seçmek mümkün mü? Mümkün, ama o zaman bu rejimin parlamenter olabilmesi bana göre mümkün değil, rejim değişir; çünkü cumhurbaşkanının elinde çok ciddi bir yetki

belirir. Mesela Fransızlar bunu yaptılar, “yarı başkanlık” sistemi dedikleri sistem, 62’de cumhurbaşkanının doğrudan seçimiyle tam bir yarı başkanlık sistemi kazandı. Ama 58’de de dikkat ederseniz, cumhurbaşkanı birtakım yetkilere sahipti. Nedir bu yetkiler; başbakan olarak istediğini atayabilmek, Bakanlar Kurulu’na başkanlık etmek, istediği zaman referanduma gidebilmek, istediği zaman parlamentoyu feshedebilmek gibi yetkiler. Fransa’daki 16. maddeyi bunların içine dahil etmiyorum, diğer ülkeler için söylüyorum.

Demek ki başbakan, eğer yetkiyi kullanıyorsa, -ki bizim Anayasamız’da demin Sayın Turhan okudu, okumuyorum, 112. maddede Başbakan, Bakanlar Kurulu’nun başkanı, diğer bakanların üstünde, ortak sorumluluk ona bağlı ve her bakan Başbakan’a karşı sorumlu olduğu için, bütün ortak sorumluluğun tek ortaya koyucusu- mutlaka meclis tarafından seçilmesi lazım; o bağlantıyı kurup her yetkiyi kullanan kişinin seçilmesi için.

Son birşey söyleyeyim: Bunu değiştirdiğiniz zaman yarı başkanlık sistemi olur. Peki şimdiki durum nedir; yani Başbakan var, bir de Başbakan olmayan bir parti başkanı var, bu olabilir mi? Bu genelde parlamenter rejimlerde rastlanan bir olgu değil. İngiltere’de parti başkanı olur; Fransa’da parti başkanı cumhurbaşkanı olur, olmazsa başbakanı belirler. Hangisinin olduğuna göre de rejim ya parlamenter rejime kayar ya -kooptasyon denilir ona- yarı başkanlık sistemini zorlamaya başlar, o sınırlardan geçer. Bunun bir tek istisnası Almanya, Almanya’da böyle bir uygulama oldu. Ama şunu söyleyeyim: Bizde olmasının bana göre -yani kusura bakmasınlar ama- bir tek nedeni var; Anayasa Mahkemesi bana göre keşke böyle bir duruma sebebiyet vermeseydi. Anayasa Mahkemesi şöyle yapabilirdi: Böyle bir durum daha başta kendisine gittiği zaman, bunun gelebileceğini tahmin edip, -madem bir kişi genel başkan olma durumuna sahip değil, Anayasa Mahkemesi de “olmaz bundan, kurucu olmaz” diyor, kurucu olmayan adam da genel başkan olamaz diye düşünüyoruz- buna bir tedbir kararı verebilirdi, biz de buralara gelebilirdik. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi, kendi kararında “bırakın kurucu olmayı, hiç üye olamaz; çünkü çıkan

yasalar onu ilgilendirmiyor” dedi. O bakımdan şunu söyleyeyim: Böyle bir durum çıktı ortaya.

Bu durum Almanya’da var. Almanya’da çok mu başarılı; hayır. 1963’te bu çıktı, Adenauer, parti başkanlığında kaldı, başbakanlıktan ayrıldı, Hıristiyan Demokratlar’ın parti başkanı olarak kaldı. Ludwig Erhard başbakan oldu. Ne yaptı Adenauer, parti başkanı; Başbakan’ı mahvetti, altını oydu. Sonunda Başbakan’a “kâğıttan kaplan” artık Almanca’sı “gummi löve” mi ne dediler, adamın hiçbir yetkisi kalmadı, sonunda ayrıldı gitti. 1974’te Willy Brandt’la Helmuth Smith arasında oldu, Sosyal Demokratlarda Wily Brandt kendi isteğiyle ayrıldı, parti başkanı olarak kaldı, Helmuth Smith başbakan oldu. Bunda çok büyük bir sorun yaşanmadı. Ama 1999’daki krizi hatırlayın, Schöreder başbakan, Lafonten parti başkanı ve Schöreder’in parti başkanı olarak Lafonten’e kızıp, “Sen benden ayrı nasıl politika izliyorsun?” demesinden dolayı büyük bir kriz ve hatırlarsınız 1999 mayısında da büyük bir oy kaybına sebebiyet verdi. Yani biri başbakan, biri parti başkanı, zaten Almanya’da da Almanya gibi bir ülkede bile çok rahat işleyen bir olgu değil, bunun bizde de sorunlar yaratacağını düşünüyorum. Ama bu sorunların çözümü, bana göre Yüksek Seçim Kurulu’nun şimdiki kararı, “Hadi ne yapalım, idare edelim, gidelim” yani “siyasi sorunlara hukuksal gibi gözüken bir karar verelim” kararının da pek uygun olmadığı kanaatindeyim.

Hepinize, sabırla dinlediğiniz için saygılar sunarım, teşekkür ederim.

TARTIŞMA

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Sayın Batum'a da çok teşekkür ediyorum; güzel anlatımı, ülkemize uygun düzenlemeleri, önerileriyle hepimizi uyarmış oldu. Ama insan diliyor ki, Anayasa gibi bir önemli konudaki değişiklikler aylarca önce ilgililerin önerisiyle gündeme gelsin; başta yargı organları, hukuk kuruluşları, demokratik kitle örgütleri tartışsınlar, yazılsın, çizilsin, ondan sonra Meclis ele alsın. Bir günde, iki günde Anayasa değişikliği, yasa değişikliğiyle önemli sorunlara çözüm aramak gelecekte başka sorunlar yaratacaktır. İşte bu terbiyeyi edindiğiniz zaman, Türkiye demokrasisi kurtulur.

Değerli izleyenler, geriye yirmi dakikamız kaldı. Tabii bu zaman bize ayrılmış, görevli olarak biz size burada katkıda bulunmaya çalışıyoruz, sizleri başka zaman dinlemek mutluluğunu da Tanrı bizden inşallah esirgemez. Ancak siz yalnızca soru sorun, soru soran arkadaşımız tutanaklara geçsin, yapıt durumuna getirildiğinde soruyla yanıt daha iyi belli olsun diye lütfen adını, soyadını, bağlı olduğu bir yer varsa, onu da söylesin. Soruları alalım, kime sorduğunu, ne sorduğunu söylesin, sonra yürütelim.

Buyurun efendim.

Av. ŞAHİN MENGÜ (TBB Genel Sekreteri)- Sayın Mehmet Turhan'a soracağım: Başbakanın atandığı an, hangi andır; işgüder bakan görevdeyken, görevlendirildiği an mıdır, yoksa Bakanlar Kurulu listesinin onaylandığı an mıdır?

Prof. Dr. MEHMET TURHAN- Benim iddiam, benim söylediğim şu: Ben tesadüfen bunun farkına vardım. Hükümet istifa etti,

Cumhurbaşkanı dedi ki, "Yenisi kuruluna kadar göreve devam edin." "Peki" dedi. Ondan sonra Meclis'te çoğunluğa sahip olan partinin liderini normal olarak Cumhurbaşkanı, hükümeti kurmakla görevlendiriyor. "Başbakan" demiyor, "Seni hükümeti kurmakla görevlendirdim" diyor. Bana kalırsa, o kişi o an Başbakan değil. Ne zaman Başbakan? Başbakan o kişi bakanları da belirleyip Cumhurbaşkanı'na gidince ve Cumhurbaşkanı, Başbakan'ı ve diğerlerini birlikte atadığı an Başbakan oluyor, daha önce Başbakan değil. Aksi takdirde iki tane Başbakan ortaya çıkar. Bu da -bizde "teamül pek fazla yok" deniliyor, ama-anayasal bir teamül olarak bu şekliyle işliyor. O yüzden biraz abartarak söyledim, şu an olabilirdi belki.

Cumhurbaşkanı, bana kalırsa, mesela Tayyip Erdoğan'ı hükümeti kurmakla görevlendirebilirdi. Tayyip Erdoğan da listeyi yapardı, "Abdullah Gül Başbakan, şu bakan" Cumhurbaşkanı'na sunardı, Cumhurbaşkanı onu da atayabilirdi. Yani hükümeti kurduğu kişi ayrı da olabilir diye iddia ediyorum, ama bu konuda çok fazla şey söylemiyorum.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM- Cumhurbaşkanı, ancak Başbakan olabilecek kimseyi hükümeti kurmakla görevlendirebilir...

Prof. Dr. MEHMET TURHAN- Söylemek istediğimi tekrar söyleyeyim: Hükümet'i kurmakla ilgili bir kişiyi Cumhurbaşkanı görevlendiriyor, o kişiyi Başbakan olarak seçmiyor, seçilmiş bir kişi değil. Ne zaman Başbakan oluyor? Bakanlarını saptayıp, listeyi Cumhurbaşkanı'na sunduğunda, Cumhurbaşkanı onayladığı an Başbakan ve bakanlar ortaya çıkıyor. Bu nedenle de diyorum ki Başbakan, bakanlardan ayrı düşünülemez. Bu benim savım, iddiam.

OTURUM BAŞKANI- Arkadaşımızın dediğini dinlediniz, gayet açık. Karşı görüş diyor ki, "Cumhurbaşkanı, ancak Başbakan olabilecek kimseyi hükümeti kurmakla görevlendirebilir", Fazıl Bey'in burada seslendirmek istediği o.

Buyurun Sayın Yüzbaşıoğlu.

Prof. Dr. NECMİ YÜZBAŞIOĞLU- Öncelikle Başbakan'la ilgili fikrimi söyleyeceğim, arkasından da Meclis soruşturmasıyla ilgili Sayın Mehmet Turhan'a bir soru sormak istiyorum; çünkü bu konu dün tartışıldı, asıl yeri bugün, eksik kaldı.

Bizim Anayasa'daki hüküm, "Başbakan, Cumhurbaşkanı'nca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasında atanır" diyor ve buradan hareketle atandığı anda sanki hukuken Başbakan yetkilerine sahipmiş gibi görünüyor. Ama sistemi parlamenter sistemin bütünlüğü içerisinde düşünmek lazım. Parlamenter sistemde tek başına Başbakan olmaz; Bakanlar Kurulu vardır, Başbakan ancak Bakanlar Kurulu'nun oluşmasıyla birlikte Başbakan sıfatını kazanır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın görevlendirdiği kişi, hükümeti kurmakla görevlendirilmiş bir milletvekilidir, en fazla Başbakan adayıdır. Ne zaman Başbakan sıfatını kazanır hukuken; Bakanlar Kurulu listesini Cumhurbaşkanı'na sunar, Cumhurbaşkanı o listeyi imzaladığı anda hukuken o kimse Başbakan olur.

İkincisi, bakanların cezai sorumluluğu kısmına sanıyorum Sayın Mehmet Turhan'ın zamanı yetmedi. Bu, yolsuzluklar bakımından Türkiye için çok önemli. Dün de yasama dokunulmazlığıyla ilgili tartışmalarda bunun bir ayağının da Meclis soruşturması olduğunu söyledik ve bugüne kadar benim bildiğim kadarıyla Hilmi İlgüzar, Tuncay Mataracı, olağanüstü koşullarda, 12 Eylül koşullarında yargılandı. Bir İsmail Özdağlar var, hükümetin kendi bakanını Yüce Divana gönderdiği; onun dışında Sefa Giray, Cengiz Altinkaya muhalefetteyken gitti. Yani iktidardayken bir bakan hakkında benim hatırladığım bir İsmail Özdağlar var, bu sistem işlemiyor. Parlamenter sistem, bugün Avrupa'nın birçok ülkesinde uygulanıyor. Acaba bu ülkelerde bu sistemi işleten bir mekanizma var mı, onlarda nasıl işliyor, bakanları nasıl cezai sorumluluk altına sokabiliyorlar, bu konuda bize bilgi verirler mi?

Prof. Dr. MEHMET TURHAN- Bakanların cezai sorumluluğu, yani Meclis soruşturması konusunun, şu anki konuyla en ufak bir ilişkisi yok. Yani bizim ilgilendiğimiz konu, parlamenter rejimde siyasal sorumluluk konusudur. Hükümet'in Meclis'e karşı olan sorumluluğu, yani siyasi sorumluluk, bunun müeyyidesi de siyasidir. Bakan eğer güvensizlik oyu alırsa bakan düşer, hükümet güvensizlik oyu alırsa hükümet düşer. Meclis soruşturması, cezai bir olaydır. Bu konu çok önemli olabilir, o ayrı, ama benim şu anki konumla ilgili değil, onu söylemek istiyorum, bu beni pek ilgilendirmiyor. Bunun doğuşu, Süheyl Batum'un söylediği gibi impeachment'a dayanıyor olabilir; yani impeachment'tan korkuyorlar, "Ne yapayım; ben ceza yiyeceğime bari istifa edeyim" diyor, böylece siyasi sorumluluk ortaya çıkıyor.

Siyasi sorumluluk parlamenter sistemin özü, her şeyi. Meclis soruşturması öyle değil, Meclis soruşturmasını öyle düzenlerseniz, böyle düzenlersiniz, başka türlü düzenlersiniz, -bu çok önemli, o ayrı bir konular bir sisteme getirirsiniz, ama beni ilgilendiren bir yönü yok, parlamenter sistem açısından önemi yok. Bir tek önemi var: Başbakan eğer Yüce Divan'a sevk edilirse hükümet düşüyor, haklı olarak. Bakın, orada da benim söylediğim bir temel fikir ortaya çıkıyor: Başbakan olmadığı zaman Bakanlar Kurulu olmaz, bakanlar olmazsa da Başbakan olmaz. Bunların ikisi birlikte vardır, ikisi birlikte varolmak durumundadır. Yani hükümeti kurmakla görevlendirdi, Başbakan değil. Ne zaman olur; bakanlarla birlikte olduğunda olur, onu söylüyorum.

Bence yolsuzlukların önlenmesi konusunda Meclis soruşturmasından daha çok, yasama dokunulmazlığını sınırlandırmak lazım ki orada da çok önemli bir karışıklık yapıyor, "yasama sorumsuzluğu" demiyor. Bizim Anayasamız'da o beraber yazıldığı için, yasama sorumsuzluğuyla karıştırılıyor. Yasama dokunulmazlığını sınırlandırmak lazım, bana kalırsa bunun yolu bu, yani yapılabilecek şey bu. Cumhuriyet Halk Partisi'nin söyledikleri galiba doğru gibi geliyor, çok da iyi bildiğim bir konu değil.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. SÜHEYL BATUM- Doğru, bizimle alakası yok, ama bunun üstünde çok durulması lazım. Mesela bize benzer bir olay Fransa'da da oldu; AIDS'li kanın verilmesi olayı... Bizde de oldu ya, savcı Mavi Akım Projesi için hakkında soruşturma açtı, fakat herkes ayaklandı. Dediler ki "Nasıl yapıyorsun bunu?" diye. Arkasından da denildi ki, "Savcılık bakan hakkında hiçbir şey söylemedi; o kadar sözde ihbarlar aldılar, fakat hiçbir şey yapmadı" dediler. Zaten yapamazdı, zaten yapma yetkisi yok ki, sorun buradan kaynaklanıyor. Fransızlar, bu olayda çok şoke oldular, AIDS'li kanın dağıtılmasında bütün doktorlar yargılandı, mahkûm oldu, dağıtılmasına izin veren bakanlara hiçbir şey olmadı. Bunun üzerine 1993'te Anayasa'yı değiştirdiler. Onlarda daha önce 1963'te mahkeme bir karar vermişti, Yargıtay Ceza Genel Kurulu diyeyim; demişti ki, -çok açıklık olmamasına rağmen- "Bakanlar, Yüksek Adalet Divanı tarafından, yani Yüce Divan tarafından yargılanırlar." Ondan sonra bizdekine benzer bir prosedür vardı, 1993'te bunu değiştirdiler. Bir soruşturmaya gerek olup olmadığını 7 kişilik bir kurul karar veriyor. Arkasından o soruşturmayı Yargıtay'dan 3 kişilik bir kurul yapıyor. Ondan sonra da 3'ü yine Yargıtay'dan, -ki başkan Yargıtay Başkanı oluyor, savcı onun savcısı oluyor- ve 12 tane adam da 6-6 seçilmek üzere jüri oldukları bir Cumhuriyet Divanı tarafından yargılıyorlar. Sorun bitti gibi gözüküyor. Başka sorunlar var, ama yani bizdekinden çok daha iyi bir düzen, ben de aynı kanaatteyim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun.

NURİ ALAN - Ben 109. maddeyi anlatmaya çalışacağım, "yorumlayacağım" demiyorum; çünkü madde çok açık. Bakanlar Kurulu iki ayrı unsurdan oluyor; Başbakan ve bakanlar. Başbakan'ı katkısız bir

yetkiyle Cumhurbaşkanı atıyor ve Başbakan, Cumhurbaşkanı'nca atandığı zaman Başbakan sıfatını alıyor. Bunu 3. fıkra çok açık biçimde doğruluyor, bakınız ne diyor: "Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından başbakanca seçilir." Başbakanlık sıfatı belli olmadan kim atayacak? Eğer Sayın Mehmet Turhan'ın dediği gibi, Başbakan'ın Bakanlar Kurulunun onaylanmasıyla atandığını kabul edersek, o zaman Cumhurbaşkanı'nın yetkisi öneriye bağlı bir yetkiye çevrilir. Halbuki Anayasa'ya göre bu yetki katkısızdır, doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı'na verilmiştir.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM - Ben de aynı görüşteyim, bunu takviye etmek üzere iki örnek vermek istiyorum: Birincisi, diyelim ki Bakanlar Kurulu kuruldu ve tüm bakanlar istifa etti, geriye Başbakan kalıyor. Yani o, Başbakan'ın da düşmesi sonucunu doğurur mu; doğurmaması gerekir, doğurmaz.

İkinci örnek Almanya'dan: Almanya'da bir hükümeti devirebilmeniz için Başbakan seçmeniz gerekir, yani Meclis'in Başbakan'ı seçmesi gerekir. Meclis önce Başbakan'ı seçecek, ondan sonra hükümeti devirecek.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. MEHMET TURHAN- Bu konuda bir şey söylemek istiyorum: Öncelikle yanlış anlaşıldım kanısındayım. 109. maddeyi ben de okuyorum, okuma-yazmam var, anlıyorum, çok açık. 109. madde diyor ki, "Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan oluşur." Çok açık; Başbakan artı bakanlar eşittir Bakanlar Kurulu. "Başbakan, Cumhurbaşkanı'nca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden atanır, yani milletvekili olacak. Bakanlar da Türkiye Büyük Millet Meclisi

üyeleri içinden veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasında başbakanca seçilir ve cumhurbaşkanınca atanır.” Hükümet kuruldu. Bundan önceki bir aşama var; hükümet nasıl kurulacak, daha belli değil. Bir tane Başbakan var, yani işgüder hükümetin Başbakanı, güvenoyu almamış bir hükümetin veya görevden ayrılmış bir hükümetin Başbakanı, o görevde kalıyor. O sırada bir hükümet var, diyor ki Cumhurbaşkanı, “Artık bu Mecliste çoğunluğunu yitirdi veya herhangi bir nedenle bitti, yenisi kurulsun.” Bir kişiyi, genellikle Mecliste çoğunluğa sahip olan partinin veya koalisyon partilerinin liderini hükümeti kurmakla görevlendiriyor, Başbakan atamıyor. Ne zaman Başbakan atanıyor? Diğer bakanları seçip, Cumhurbaşkanı'na sunup, Cumhurbaşkanı onayladığında atanıyor diyorum. Bu da teamül kuralına göre böyle oluyor, ben bunu böyle saptadım.

Bir nokta daha var, bakın yine teamüllerin işlediği bir nokta: 1977 seçimi miydi, unuttum şimdi, Ecevit hükümetiydi. Ecevit istifa etti, uzun bir süre hükümet kurulamadı ve Ecevit dedi ki “Vallahi ben bunu bırakacağım, bu çok uzadı, ben niye devam edeyim?” Şimdiki anayasal sistemimizde bu olmayabilir; çünkü 116. madde var, 45 gün içinde seçimleri yenileme yoluna gidilir. Ama şimdi de “hiç durmuyorum” dese, “ayrılıyorum” dese ne olacak? Bakın bir soru daha, bir sorun daha ortaya çıkıyor; diyebilir mi? Demiyorlar, teamül gereği demiyorlar. Deseler ne olur, nereye başvurabilirsiniz, o da ayrı bir konu, ikinci bir soru olarak da bunu ortaya atmış oluyorum.

OTURUM BAŞKANI- Tabii ben Başkanlığım doğal gereği olan yansızlığımı koruduğum için görüş açıklamıyorum. Ben de Fazıl Bey gibi düşünüyorum, Mehmet Bey'e katılamıyorum. Zaman almak istemiyorum; çünkü soruların sahiplerine saygım daha büyük.

Buyrun.

Av. KÂZIM KOLCUOĞLU (İstanbul Barosu Başkanı)- Ben yaşadığım bir olayı sormak istiyorum, “açıklığa kavuşsun” diye; bir-iki anayasa profesörüne de bilgi edinmek amacıyla sordum, ama sonuç

alamadım. Seçimin yapıldığı gece CNN'de toplantı vardı, ben de o toplantıya davetliydim, gittim. Seçim sonuçları açıklandığı zaman, basından kendi kendimize konuşurken, Ecevit seçilemedi, bakanların hiçbiri seçilemedi, şu andaki parti çok fazla oy aldığı açıklandı. Açıklanınca kendi kendime dedim ki "Peki Ecevit şimdi ne yapacak, Başbakan nasıl devam edecek" deyince, basın sordu. "Vallahi ben de şimdi sonucuna varamadım, ama yarın size söyleyebilirim" dedim. O gece Antalya'da toplantı vardı, Sayın Barolar Birliği Başkanımız da Antalya'da toplantıdaydı, ona telefon açtım. Dedim ki "Basından böyle devamlı sorular gelmeye başladı, bu konuda benim düşüncem bu; ne diyorsunuz?" "Vallahi ben de düşünmedim" dedi.

Sonra kendi kendime düşündüm, orada tabii iki tane önemli konu var. Yani sonuç olarak ne olabilir diye soru sormak istiyorum. Birincisi, milletvekili sıfatını kaybeden Başbakan'a "göreve devam et" dediğiniz zaman, görevi sürdürdüğü süre içerisinde tasarruf yapma olanağı var, atama yapıyor, görevini yerine getiriyor. Nitekim göreve devam ettiği sırada çok sayıda atama yapıldığı iddiası da vardı, hatta "kötüye kullanıldı" diye. Bana göre, bu konuda yaptığı tasarruflar acaba dava konusu olup yokluk mertebesinde olabilir mi? Yani Cumhurbaşkanı'nın "göreve devam et" demesi, ona Başbakanlığın meşruiyetini kazandırabilir mi? Sonuç olarak eğer kazandıramıyorsa, o zaman yaptığı tasarrufların meşruiyetinin tartışılması gerekir. Bu konuda ne düşünüyorlar?

Prof. Dr. SÜHEYL BATUM- Efendim, eski Başbakan'la yeni Başbakan'ı birbirinden ayırmak lazım. Yani eski Başbakan, milletvekili olduğu için başbakanlık görevine atandı ve de o görevi sürdürdü. Eski Başbakan olarak, işgüder Başbakan olarak devam ediyor. Yeni Başbakan, Meclis üyesi olmayan biri atanamaz, ama eski Başbakan devam edebilir. Ama bu bir sorundur, doğrudur. İstifa etti, ama yapacak bir şey yok. Şu olur: Öldü o sırada, yerine birini vekaleten koyarsanız, o işgüder hükümet olarak devam eder. Fakat yeni Başbakan yine yürürlükteki anayasaya uygun olur. Tasarrufları yapar, ama şu var, her zaman tartışılan bir şey, onu söyleyeyim: Biz "işgüder" diyoruz, doğru,

ama ya hakikaten adam savaş açtıysa, ne olacak; “dur bir dakika, dön şimdi geri, tekrar atama yaptık” mı diyeceğiz? Tabii ki prensip olan, güncel işleri yapması, ama başka bir şey de mümkün değil, yenisi atanana kadar bu sürede eski Başbakan olduğu ve hukuken haklı sebeplere göre atandığı için.

Yalnız bir tek şey söyleyeyim: 104. maddeden dolayı Sevgili Mehmet Turhan’a pek katılmıyorum. Yani hukuksal sonuç doğurmayan bir şey yapar Cumhurbaşkanı; gider, “arkadaş, hadi sen de bana yardımcı ol, ne yapalım” der, ama böyle bir yetkisi olmadığı kanaatindeyim. Yani hukuksal sonuç doğuran işlemleri yazılmış oraya; Başbakanı atamak, bakanların atanmasına onay vermek, bunlar yazılmış. Çağırır Recep Tayyip Erdoğan’ı, “Arkadaşım ne diyorsun, kimi Başbakan atayayım?” falan diyebilir, evinde konuşur. Ama “Hükümeti seçecek kişiyi atıyorum veya görev veriyorum, Başbakan’ı belirleyecek kişiyi seçiyorum” gibi bir şey mümkün değil bana göre. Anayasal sistemi bozar. Bir de hukuksal değil, 104. maddeye de aykırı gibi. Kimse de Anayasa’dan almayan yetkiyi kullanamaz diye düşünüyorum.

Prof. Dr. MEHMET TURHAN- Şunu söylemek istiyorum: Ben bu konuşmamda çok dikkatli konuştum, her sözümü tarttım, düşündüm, konuştum, yani boşa söylemedim. Orada dedim ki, “bunları çok fazla kurallaştırmayalım, Anayasa kuralı haline getirmeyelim, hep başımıza sorun çıkar” diye. İngilizler o kadar garip bir millet ki, bizim “Başbakan, Cumhurbaşkanı tarafından Meclis üyeleri arasından seçilir” dediğimiz hükmü dahi çok garip karşılıyorlar, “bu yazılı, bu nasıl bir iş?” diyorlar. “Almanya bunu yazmış, böyle bir şey olur mu?” diyorlar, yani bu bile İngilizler’in terslerine geliyor. Parlamenter rejimin niteliği biraz böyle, yani teamüllerle gidecek. 104’ü okuduğunuzda “Başbakanı atamak” derken, orada aynı zamanda hükümeti kurmak anlamında da düşünülmesi gerekir diye düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun Sayın Surlu.

MEHMET HANDAN SURLU- Sayın Başkan, değerli katılımcılar; öncelikle ben bir uygulamacıyım. Şunu hep düşünmüşümdür: Öğreti sahibi kişiler, bir konu üzerinde fikir yürütürler veya yürütmezler, bu konuda kitaplarda bazı konulara yer verirler veya vermezler. Ama bir günlük hâkim, kürsüye çıktığı zaman, önüne öyle bir olay gelebilir ki, ne öğretide, ne içtihatlarda bir şey yoktur. Bu hâkim, “Öğretide söylenmedi, uygulamada örneğini bulamadım, ben bunu durduruyorum” diyemez, hâkim ihkaki haktan istinkaf edemez ve bunu sonuçlandırmak durumundadır.

Bu açıdan baktığımızda, sayın hocalarıma şöyle bir eleştiri getireceğim: Ben bir anayasacı değilim, anayasa hukukunu fakültede bıraktım. Ama ondan sonra bir hâkim olarak, bir uygulamacı olarak gerektiğinde buna eğilmek, bir de entelektüel olarak bu işle ilgilenen kişiyim. Özellikle 82 Anayasası'na en büyük eleştiri, “her şey teker teker kurala bağlandı” diye ve hukukta benim bildiğim, en çok eleştirilerden konulardan biri de kazüist metottur, değil mi? Şu soruları topladığınız zaman, başka bir gün yapılacak bir seçimde başka sorunlar çıkacaktır.

Burada hukukçu kimliğimin yanı sıra uygulamacı kimliğiyle şunu söylemek istiyorum: Bu sorunlar çıktığında, Sayın Turhan dedi, çıkan duruma göre teamüllerle bu işi çözeceksiniz. Bazı konular vardır ki, bunların müeyyidesi de konulmaz. Mesela Cumhurbaşkanlığı mesaisiyle ilgili bir kural var mı; yok. Çünkü zaten Cumhurbaşkanı'nın veya Başbakan'ın sıfatından dolayı bunun mesaisinin olmayacağı, buna her şekliyle uyacağı varsayılır, varsayıldığı için de bunun karşılığı konulmaz. Ama 657'de “Devlet memuru şuna uyar, buna uymaz” denilir.

Sayın Turhan çok seçerek konuştuğunu söyledi, kabul, ama karşı görüşlere de muhakkak saygıyla bakacağına inandığım için söylüyorum: Başkaları da söyledi, “siz bir Başbakan adayısınız...” Bu soru bana başka bir toplantıda soruldu, ben şunu dedim, -sayın hocalarım dayanaklarını söylediler- “Sizin rejiminizin adı parlamenter rejim ise Başbakan da parlamentodan olur.” Onun için bunları teamüllere bırakmak, çıkan sorunları o teamüller içerisinde çözmek gerekir. Kaldı ki bugün Türk Anayasası'nda da bazı konularda teamüller yerleşmiştir.

Teşekkür ederim, saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Değerli dinleyenler; her şeyin başı eğitim. Aslında yapacağımız şey, iyi hukukçu yetiştirmektir, yürekli hukukçu yetiştirmektir. Her sorunun çözümünü kuralda ararsanız, yeterli kural olmadığı zaman hukuk çaresiz kalır. Halbuki çarelerin en kötüsü çaresizliktir.

Buyurun efendim.

Av. ÖZDEMİR ÖZOK - Efendim, demin İstanbul Baromuz'un çok saygıdeğer Başkanı Kâzım Kolcuoğlu'nun ismimi anması üzerine söz almak istedim.

Gerçekten 3 Kasım 2002 seçimleri, ülkemizde birçok konunun gündeme gelmesine, tartışılmasına neden oldu. Onların deyimiyle bu tartışmalar hayırlara vesile olsun. Gerçekten Kâzım Kolcuoğlu arkadaşımız, "Bülent Ecevit Hükümeti istifa etti, yeni hükümet de kurulamadı. Yani Türkiye'nin siyasi hayatında böyle bir olay olmamış, hükümet temsilcilerinin hiçbirisi seçilememiş, dolayısıyla parlamentodaki yetkilerini kaybetmişler, ne olacak?" diye sorduğunda, doğrusu kendi hukuk birikimimle, yazılı metinlerde böyle bir düzenlemenin olmadığını, hatırlamadığımı, ama genel ilkeler içerisinde, idarede görevin devamlılığı anlamıyla yeni bir hükümet kuruluncaya kadar Sayın Başbakan Bülent Ecevit'in bu görevi sürdürebileceğini söyledim. Çünkü hukuk her zaman çözüm yaratmak durumunda ve bu çözümü yaratırken de hukuka uygun çözümler yaratmak durumundadır.

Ben, izninizle son mesajımı vereceğim: Sayın Yekta Güngör Özden Başkanımız ve değerli ağabeyimizin de söylediği gibi yasaları değiştirmek, yasaları sıkça değiştirmek hiçbir biçimde çözüm değil. Yasalardan önce kafaları değiştirmek lazım. Kafaları değiştirebilmek için de çağdaş, laik ve gerçekten bilimin, aklın ve mantığın önde olduğu, kişilikli, özgür insanlar yetiştirmemiz lazımdır. Eğer Türkiye'de bu insanların adedi artarsa, hiçbir sorunun kalacağına inanmıyorum.

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyrun.

Prof. Dr. MEHMET KOCAOĞLU- Kesin emrinizi bildiğim için Sayın Başkan, ben de soruyu soruyorum. Ben sorunun kendime göre bir cevabı var, ama Süheyl Hocamız'dan almak istiyorum: İşgüder hükümet, “iş gütmüyorum arkadaş” derse, yeni hükümet atanana kadar ülkeyi nasıl yöneteceğiz?

SALONDAN- Efendim, bir lider elbette ki parti içinde dengeyi sağlamak zorundadır. Yalnız bir lider, konuşan bedelini öder. Bu bedel nedir; bu bedel bir cezadır. Bir lider, milletvekili konuştu diye ceza verebilir mi?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun Sayın Batum.

Prof. Dr. SÜHEYL BATUM- Efendim, herhalde “iş gütmem” demeyecektir veya bırakmazlar herhalde, içinden bir tane vekil tayin ederler. Yani Başbakan oldu ki hakikaten bırakıp gitti veya hastalandı; nasıl mahkeme vekalet müessesesini kabul ettiyse, mutlaka o hükümetin içerisinde bir vekil tayin edilip, o yapılarına kadar, 45 günlük sürede hükümeti götürür diye düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Mehmet Bey, arkadaşımızın sorunuza yanıt verecek ve kapatacağım.

Prof. Dr. MEHMET TURHAN- Ben bu konuda şunu söyleyeyim: Milletvekillerinin mutlak anlamda kürsü sorumsuzluğu var, her istediğini her şekilde söyleyebilir. Hatta Yargıtayın içtihatlarına göre hakaret bile bizde giriyor, o ayrı. Ama parti lideriyle arasındaki ilişki,

yani partinin kurallarına aykırı hareket ettiyse, ona partinin uygulayacağı disiplin cezası ayrı bir konu, parti böyle bir cezayı elbette kendi bünyesinde uygulayabilir.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, hepinize tekrar izlediğiniz ve sorularınızla katkı verdiğiniz için teşekkür ediyorum. Bu toplantıyı düzenleyenlere de, böyle olanaktan yararlandıkları için tekrar teşekkür ediyorum.

Bilimsel tartışmaları sürdürmek, ama bu sorunları yaşamamak dileğiyle esenlik dileklerimi tekrarlıyorum. Sağ olun efendim.

