

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU**

**AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE
KARARLARI YARGI DENETİMİ DIŞINDA OLAN
ANAYASAL KURUMLAR**

MASTER TEZİ

**Hazırlayan
İnanç İŞTEN**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan TUNÇ**

Ankara – 2006

İÇİNDEKİLER

AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE KARARLARI YARGI DENETİMİ DIŞINDA OLAN ANAYASAL KURUMLAR

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM KARARLARI YARGI DENETİMİ DIŞINDA OLAN ANAYASAL KURUMLARIN YAPISI

I. GENEL OLARAK	3
II. CUMHURBAŞKANI	4
1. <i>Cumhurbaşkanının Nitelikleri ve Tarafsızlığı</i>	5
2. <i>Cumhurbaşkanının Seçimi</i>	9
3. <i>Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkileri</i>	11
4. <i>Cumhurbaşkanının Siyasal Sorumluluk ve Sorumsuzluk Hali</i>	14
5. <i>Cumhurbaşkanının Tek Başına Yapabileceği İşlemler</i>	16
III. HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU	18
1. <i>Hâkimlerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı</i>	18
2. <i>Hâkimlerin Atama ve Özlük İşlerinde Uygulanan Sistemler</i>	23
3. <i>Ülkemizde Uygulanan Sistem ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu</i>	25

A. 1924 Anayasası Dönemi	25
B. 1961 Anayasası Dönemi	26
C. 1982 Anayasası ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Dönemi	30
4. <i>Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Görevleri</i>	33
5. <i>Bazı Batı Ülkelerindeki Uygulamalar</i>	34
IV. YÜKSEK ASKERİ ŞURA	35
1. <i>Yüksek Askeri Şura'nın Yapısı</i>	36
2. <i>Yüksek Askeri Şura'nın Görevleri</i>	37
3. <i>Yüksek Askeri Şura'nın Çalışma ve Karar Alma Usulleri</i>	39
İKİNCİ BÖLÜM	
HUKUK DEVLETİ VE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ	
I. HUKUK DEVLETİ	40
1. <i>Genel Olarak Hukuk Devleti İlkesi</i>	40
2. <i>Anayasamızda Hukuk Devleti İlkesi</i>	43
II. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ	45
1. <i>İdarenin Yargısal Denetiminin Amacı ve Gerekliliği</i>	45
2. <i>İdarenin Yargısal Denetiminde Uygulanan Sistemler</i>	49
III. ÜLKEMİZDE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ	54
1. <i>Ülkemizde İdare Hukukunun ve Yargısının Tarihi Gelişimi</i>	54
A. Cumhuriyet Öncesi Dönem	55
B. 1924 Anayasası Dönemi	57

C. 1961 Anayasası Dönemi	59
D. 1982 Anayasası'nda Durum	61
2. Türk İdari Yargısının Özellikleri	63
3. Ülkemizde İdarenin Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Sınırları	66
4. Hükümet Tasarrufu ve Yasama Kısıntısı	71
A. Hükümet Tasarrufu (Yargı Kısıntısı)	71
B. Yasama Kısıntısı	74
a. 1924 Anayasası Dönemi	75
b. 1961 Anayasası Dönemi	76
c. Milli Güvenlik Konseyi Dönemi	78
d. 1982 Anayasası Dönemi	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARARLARI YARGI DENETİMİ DIŞINDA OLAN ANAYASAL KURUMLARIN İNCELENMESİ

I. CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPTIĞI İŞLEMLER	83
1. Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapabileceği İşlemler	83
2. Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi İle İlgili Yaklaşımlar	88
3. Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargı Denetimine Açılması Sorunu	95
II. HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU	98
1. Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği	98
2. Kurul Kararlarının Yargısal Denetimi İle İlgili Yaklaşımlar	101
3. Kurul Kararlarının Yargı Denetimine Açılması Sorunu	109

III. YÜKSEK ASKERİ ŞURA	110
1. <i>Yüksek Askeri Şura Kararlarının Hukuki Niteliği</i>	110
2. <i>Şura Kararlarının Yargısal Denetimi İle İlgili Yaklaşımlar</i>	112
3. <i>Şura Kararlarının Yargı Denetimine Açılması Sorunu</i>	122
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE MUHTEMEL GELİŞMELER	
I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ADİL YARGILANMA HAKKI	128
1. <i>Avrupa Konseyi</i>	128
2. <i>Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Önemi</i>	129
3. <i>Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı</i>	132
II. AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK YARGI SİSTEMİ	137
1. <i>Kopenhag Kriterleri</i>	137
2. <i>Türkiye'nin Yargı Düzenine Getirilen Eleştiriler</i>	140
3. <i>Avrupa Birliği Adalet Divanı</i>	148
4. <i>AB Anayasası</i>	150
III. TÜRKİYE AÇISINDAN OLASI GELİŞMELER	153
SONUÇ	158
KAYNAKÇA	161

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABGM	: Avrupa Birliği Genel M¼d¼rl¼đ¼
a.g.b.	: Adı Geçen Bildiri
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.ylt.	: Adı Geçen Y¼ksek Lisans Tezi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları S¼zleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AYİM	: Askeri Y¼ksek İdare Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Y¼ksek Kurulu
K.	: Karar
md.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBMM	: T¼rkiye B¼y¼k Millet Meclisi
TSK	: T¼rk Silahlı Kuvvetleri
vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Hukukun temel prensiplerinden birisi olan idarenin tüm işlemlerinin yargı denetimine açık olması ilkesi, Anayasa'nın 125 nci maddesinde; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü ile ifade edilmiş, ancak aynı maddenin 2 nci fıkrasında ve 159 ncu maddenin 4 ncü fıkrasında istisnalar düzenlenmiş bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğü kavramında meydana gelen gelişmeler, idare hukukunu da yakından etkilemekte, gittikçe idarenin hukuka uygun davranmasının kontrol mekanizmaları geliştirilmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde ülkemizde her geçen gün hukuk alanında da birçok gelişme yaşanmakta, Anayasa ve kanunlarda yeni değişiklikler gündeme gelmektedir. Bu kapsamda kararları yargı denetimi dışında olan kurumların mercek altına alınması, bu kurumlarla ilgili muhtemel gelişmeleri öngörmek açısından önem arz etmektedir.

Çalışma kapsamında; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları tüm yönleriyle incelenirken, bu kurumların kararlarına ışık tutulabilmesi bakımından hukuk devleti ilkesi ile idarenin yargısal denetimi konuları ele alınmıştır.

Bu üç kurum dışında Anayasa'nın 160 ncı maddesinde de Sayıştay'ın kararları dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamayacağı açık olarak belirtilmiştir. Gerek öğretide, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında Sayıştay yüksek yargı organları arasında kabul edilmemektedir. Başka bir deyişle Sayıştay yargı merci niteliğinde bir kuruluş değildir. Bu durum Sayıştay'ın idari nitelikli bir kurum olduğunu ve bunun sonucu olarak kararlarının yargı denetimine tabi olması gerektiğini akla getirmektedir. Bununla birlikte, Sayıştay'ın hesap mahkemesine benzer kimliği dikkate alındığında, görev alanı bakımından son karar mercii olması doğal karşılanabilmektedir. Diğer yandan görev alanındaki tüm kurumların bütün

gelir ve giderlerini denetlenme görevini Türkiye Büyük Millet Meclisi adına yerine getirmesi sebebiyle, Yasama Organına karşı sorumlu bir kurumdur. Bu bakımdan Sayıştay'ın kararlarının nitelikleri itibariyle idari yargıda denetlenmelerinin uygun olmaması ileri sürülebileceğinden, Sayıştay çalışmaya dâhil edilmemiştir.

Bu çalışma ile önümüzdeki dönemde Anayasa'da ve müteakiben ilgili kanunlarda yapılması beklenen değişiklik çalışmalarına katkıda bulunmak ve yapılacak eleştirilerle yeni çalışmaların yolunu açmak amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, Anayasa'da kararları yargı denetimi dışında bırakılan kurumlar; kuruluş, işleyiş ve kararları bakımından incelenerek, konuya değişik açılardan yaklaşılmaya çalışılacaktır. Bu inceleme yapılırken, öğretilerde ileri sürülen birbirinden farklı yöndeki düşünceler ile yüksek yargı organlarının konuyla ilgili kararları ele alınarak, konu tüm boyutları ile ortaya konacaktır. Son bölümde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konumuzla ilgili kararları ve Avrupa Birliği müktesebatında çalışmaya ışık tutabilecek yaklaşımlar değerlendirilecek, bu şekilde tam üyelik sürecinde gündeme gelmesi muhtemel gelişmelerle ilgili öngörülerde bulunulmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KARARLARI YARGI DENETİMİ DIŞINDA OLAN ANAYASAL KURUMLARIN YAPISI

I. GENEL OLARAK

Anayasa'nın 125 nci maddesinde yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." temel kuralının istisnasını teşkil eden hükümler, aynı maddenin 2 nci fıkrasında; "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır." düzenlemesi ve 159/4 ncü maddesinde "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz." düzenlemesi ile ifade edilmiş bulunmaktadır. Buna göre; Anayasa'da üç kurumun kararları yargı denetimi dışında tutulmuş bulunmaktadır. Bunlar; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askerî Şura kararları ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarıdır.

Bu bölümde; kararlarının niteliklerine geçmeden önce çalışma konusu üç kurumun kuruluşları, görevleri ve çalışma usulleri incelenmiştir. Bu şekilde bu kurumlar yakından tanıtılarak, sonraki bölümlerde ele alınacak konuların daha iyi anlaşılması amaçlanmaktadır.

Çalışma konusu kurumların özellikleri birbirinden oldukça farklı olduğundan, kurumsal yapı incelenirken her biri kendi içinde değerlendirilmiş, yapıları farklı başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıca kurumsal yapıların anlaşılması bakımından önemli görülen bağlantılı konular da ele alınmıştır. Örneğin; Cumhurbaşkanının seçilme usulüne göz atılıp, görevleri ve yetkileri ile tek başına yaptığı işlemler ele alınırken, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili bölümde Kurulun işlevinin anlaşılması bakımından yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı irdelenmiştir. Ayrıca Kurulun tarihsel gelişimi özetlenip bazı Batı ülkelerindeki benzerleriyle karşılaştırması

yapılmıştır. Bölüm, Yüksek Askeri Şura'nın kurumsal yapısı, görevleri ve işleyişi ile nihayete erdirilmiştir.

III. CUMHURBAŞKANI

Devlet başkanlığı kurumu devlet kadar eski bir kurumdur ve devletin en eski organıdır.¹ Tarih boyunca devletlerin en üst konumdaki yöneticileri olan devlet başkanları, devletlerin yönetim biçimlerine göre çeşitli isimlerle anılmışlar ve yine yönetim biçimine göre değişen yetkilerle otorite ve statüye sahip olmuşlardır. Monarşilerde kralın ağzından çıkan sözler kanun kabul edilirken, halkın iktidarı paylaşmaya başlaması ile meşrutiyetler ve kralın yetkilerini paylaşan parlamentolar ortaya çıkmıştır. Demokratik yönetim sistemlerinin gelişmesiyle de devlet başkanlarının yetkileri anayasa ve kanunlarla sınırlanmış, sistemin yapısına göre konumları belirlenmiştir.

Günümüzde demokratik hükümet sistemleri, yürütmenin yapısına göre monist ya da düalist yapıda olmak üzere iki şekilde yapılanmış durumdadır. Monist yapıda yürütme erki tek bir organ tarafından temsil edilmekte ve tüm yetkiler bu organ tarafından kullanılmaktadır. Bu organ, ABD'de uygulanan şekilde bir kişiden (Başkan) oluşabileceği gibi, İsviçre'de uygulanan haliyle bir meclisten (Federal Konsey) de oluşabilir.²

Düalist sistemde ise, yürütme erki iki ayrı organ tarafından temsil edilmekte ve yetkiler paylaşılmaktadır. Parlamenter rejimlerin tipik uygulama şekli olan bu sistemde, yürütme organının bir kanadında devlet başkanı, diğer kanadında ise bakanlar kurulu bulunmaktadır.³ Devlet başkanı siyasal bakımdan sorumsuz olup, bakanlar kurulu yasama organına karşı birlikte ve bireysel olarak sorumludur. Düalist yürütme sisteminin benimsendiği rejimler de kendi aralarında devlet başkanına üstünlük tanıyan sistemler (Beşinci

¹ GÖZLER Kemal, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa-2001, s.1.

² TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Beta Yayınevi, İstanbul-1998, s.397.

³ GÖZLER Kemal, a.g.e., s.1.

Fransız Cumhuriyeti gibi) ve bakanlar kuruluna üstünlük tanıyan sistemler (İngiltere, Almanya, İtalya gibi) olarak ikiye ayrılırlar.⁴ Cumhuriyet rejimiyle yönetilen devletlerde, devlet başkanlığı makamında “Cumhurbaşkanı” bulunmaktadır.

Parlamente sistemle yönetilen ülkemizde de düalist yürütme yapısı benimsenmiş olup, devletin şekli Anayasa’nın 1 nci maddesinde “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” hükmü ile belirlenmiştir. Düalist yapı ise, “Yürütme yetkisi ve görevi” başlıklı 8 nci maddede; “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” ifadesiyle hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Yürütmenin sorumsuz kanadını teşkil eden Cumhurbaşkanı ile ilgili düzenlemeler, Anayasa’nın üçüncü kısmının ikinci bölümünde 101 ila 108 nci maddelerde yer almaktadır. 104 ncü maddede açıkça belirtildiği üzere; Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir. Cumhurbaşkanı bir yandan yürütme organını temsil etmekte olup, diğer yandan da Devletin birliğinin ve ülke bütünlüğünün simgesidir.⁵

6. Cumhurbaşkanının Nitelikleri ve Tarafsızlığı

Cumhurbaşkanının nitelikleri Anayasa’nın 101 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış kendi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından yedi yıllık

⁴ GÖREN Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2.Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir-1999, s.227.

⁵ TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul-1986, s.417; GİRİTLİ İsmet, *İdare Hukuku*, Genelkurmay Başkanlığı Harp Akademileri Komutanlığı Basımevi, İstanbul-1985, s.114; Cumhurbaşkanlığı İnternet Sitesi, (<http://www.cankaya.gov.tr/>), 29.12.2005.

bir süre için seçilir. Ancak Cumhurbaşkanlığına TBMM üyeleri dışından aday gösterilebilmesi, Meclis üye tamsayısının en az beşte birinin yazılı önerisiyle mümkündür. Aynı maddede bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilmesi yasaklanmış bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve TBMM üyeliği sona erer.

Madde metninden de anlaşıldığı gibi, Anayasakoyucu Cumhurbaşkanı seçilebilmek için bazı temel şartlar öngörmüştür. Bu şartlar; Türk vatandaşı olmak, kırk yaşını doldurmuş olmak (Cumhurbaşkanının olgunluğunu sağlamaya yönelik bir şarttır.⁶), yüksek öğrenim sahibi olmak, milletvekili olmak ya da milletvekili seçilme yeterliğine sahip olmak ve daha önce Cumhurbaşkanlığı yapmamış olmaktır.⁷

Milletvekili seçilme yeterliği, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 10 ve 11 nci maddelerinde düzenlenmiştir. 10 ncu maddeye göre; otuz yaşını dolduran her Türk vatandaşı milletvekili seçilebilir. 11 nci maddede ise milletvekili seçilmeye engel haller düzenlenmiştir.

Milletvekilliğine ve dolayısıyla Cumhurbaşkanı seçilmeye engel durumlar şunlardır:

- İlkokul mezunu olmamak,
- Kısıtlı olmak,
- Yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olmak,
- Kamu hizmetinden yasaklı olmak,
- Taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olmak,
- Affa uğramış olsa bile;
 - Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve

⁶ GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa-2000, s.482.

⁷ GÖZLER Kemal, a.g.e., s.484.

alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olmak,

- Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olmak,

- Terör eylemlerinden mahkûm olmak,

- Türk Ceza Kanunu'nun 536 ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537 nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkûm olmak.

Maddede sayılan suçlar, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suçlar ve madde numaralarını göstermektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükten kalktığından, madde metninden bu suçların 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılıklarını anlamak ve göz önüne almak gerekir.

Cumhurbaşkanlığı için yüksek öğretim görmüş olma ve kırk yaşını doldurmuş olmak şartları Anayasa'da ayrıca düzenlenmiş olduğundan, bu hususlara ilişkin Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin Cumhurbaşkanı için uygulanmayacağı açıktır. Diğer şartların tamamı ise Anayasa'nın 101 nci maddesi gereğince Cumhurbaşkanlığı için aranacak gerekli niteliklerdir.

Anayasa'nın 101 nci maddesindeki düzenleme ile Cumhurbaşkanının tarafsız ve partiler-üstü niteliği sağlanmak istenmiştir.⁸ Zira parlamenter demokrasilerde parlamento ile hükümet arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için tarafsız bir hakeme ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu hakemliği en iyi şekilde gerçekleştirecek kimse, "Devletin başı" sıfatıyla

⁸ ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8.Baskı, Ankara-2004, s.307.

kendisine Anayasanın uygulanması ve Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme görevi verilmiş olan Cumhurbaşkanıdır.⁹

Bu amaçla Anayasa'da öncelikle Cumhurbaşkanlığı görev süresi yedi yıl olarak belirlenmiş ve TBMM'nin yedi yıllık yasama dönemi ile çakışmaması sağlanmıştır. Böylece Cumhurbaşkanının farklı siyasal çoğunluklarla çalışması imkânı getirilmiş, Cumhurbaşkanlığı makamı ile seçim faaliyetlerinin bağının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.¹⁰ Ayrıca bir kimsenin uzun süre Cumhurbaşkanlığı yapmasının sakıncaları dikkate alınmış ve şahsi yönetimini sürdürmek isteyebileceklere karşı görev süresi bu süre ile kısıtlanmıştır.¹¹ Bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilememesi de bunu sağlamaya yöneliktir.¹² 2000 yılında 9 ncu Cumhurbaşkanı Süleyman DEMİREL'in tekrar seçilebilmesini sağlamak amacıyla, 5+5 olarak ifade edilen, bir kişinin iki kez beşer yıllık süreler halinde Cumhurbaşkanlığı yapabilmesine imkân sağlayacak anayasa değişikliği teklifi gündeme gelmiş, ancak Meclis'te yeterli çoğunluk sağlanamadığından değişiklik gerçekleşmemiştir. Bu teklifin görüşülmesi sırasında, kamuoyunda değişikliğin Cumhurbaşkanlığı dönemi ile Meclis dönemini eşit hale getireceği, dolayısıyla Anayasa'daki Cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamaya yönelik iki güvenceyi ortadan kaldıracağı eleştirileri yapılmıştır.¹³

Diğer yandan Cumhurbaşkanının seçilmesinde nitelikli çoğunluk aranması da, çoğu durumda birden fazla siyasi partinin aynı kişi üzerinde uzlaşmasını gerektirecek, böylece Meclis'te bulunan birden fazla partinin onayladığı bir kişi Cumhurbaşkanlığı makamına seçilmiş olacaktır.¹⁴ Cumhurbaşkanı seçilen kişinin, eğer TBMM üyesi iken seçilmiş ise, varsa

⁹ YILDIRIM Turan, *Türkiye'nin İdari Teşkilatı*, Alkım Yayınevi, 3.Baskı, 2002, s.34.

¹⁰ YILDIRIM Turan, a.g.e., s.35.

¹¹ YILDIRIM Turan, a.g.e., s.34.

¹² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, 21.Baskı, Ankara–2004, s.68; YENİ R.Onur, **Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu**, Çağdaş Hukukçular Kulübü İnternet Sitesi, (<http://clubs.bilgi.edu.tr/herkesicin hukuk/makale.htm>), 01.12.2005.

¹³ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları–1447, 5.Baskı, İstanbul–2004, s.318.

¹⁴ GÖREN Zafer, a.g.e., s.229.

partisi ile ilişinin kesilmesi ve Meclis üyeliğinin sona ermesi de aynı amaçla Anayasa'ya konulmuş bir hükümdür.¹⁵

7. *Cumhurbaşkanının Seçimi*

Cumhurbaşkanının seçim şekli devletlerin tercihlerine göre değişmektedir. Kimi devletlerde devlet başkanı halk tarafından seçilmekte iken, kimi devletlerde ise ülkemizde de olduğu gibi bu seçim parlamento tarafından yapılmaktadır.

Ülkemizde Cumhurbaşkanının Meclis tarafından seçilmesi ilkesi, Cumhuriyetin ilanından bu yana¹⁶, üç Anayasa'da da korunmuştur.¹⁷ 1982 Anayasası ile tek meclis sistemine dönüldüğünden, Cumhurbaşkanının seçimi 1961 Anayasası'na göre kolaylaşmıştır.¹⁸ Ayrıca yine 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, Cumhurbaşkanının Meclis üyesi olması zorunluluğu da kaldırılarak, TBMM dışından da aday olma imkânı sağlanmıştır. 1982 Anayasası'nın hazırlanışı sırasında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönteminin benimsenmesi önerisi gündeme gelmiş, ancak bu öneri kabul görmemiştir.¹⁹ Cumhurbaşkanının TBMM yerine halk tarafından seçilmesinin, doğrudan parlamenter sistemin terk edilmesi sonucunu doğuracağı belirtilmiştir.²⁰

Cumhurbaşkanının seçim usulü Anayasa'nın 102 nci maddesinde gösterilmiş bulunmaktadır.²¹ Geçmişte Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde

¹⁵ GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 9.Baskı, Ankara-2004, s.364.

¹⁶ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.318.

¹⁷ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, Turhan Kitabevi Yayınları, 8.Baskı, Ankara-2004, s.101.

¹⁸ TUNÇ Hasan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara-1999, s.63.

¹⁹ GÖREN Zafer, a.g.e., s.228.; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.316.

²⁰ GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Türk Anayasa Hukuku*), s.485.

²¹ Maddedeki düzenleme şu şekildedir: "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır. Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde

yaşanan zorluklar ve seçim sürecinin çok uzaması nedeniyle, maddede seçim bir takvime bağlanmış ve bu süre zarfında seçim işleminin başarısız olması halinde TBMM seçimlerinin yenilenmesi öngörülmüştür. Bu şekilde Meclis'i seçimi öngörülen süreçte tamamlamaya zorlama ve kilitlenme halinde sorunun millete taşınması amaçlanmıştır.²²

102 nci maddede Cumhurbaşkanının TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçileceği belirtilmiştir. Burada üye tamsayısı tabiri ile kastedilen, 550 sayıdır.²³ Ölenler, istifa edenler, milletvekilliği düşenler bu sayıdan düşülmez. Buna göre üçte iki çoğunluk 366'dır.²⁴ Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.

Cumhurbaşkanı, görevine başlarken TBMM önünde and içer. Cumhurbaşkanlığı andı Anayasa'nın 103 ncü maddesinde gösterilmiş, and içme usulü ise TBMM İçtüzüğü'nün 122 nci maddesinde düzenlenmiştir. Yeni Cumhurbaşkanının and içme töreni eski Cumhurbaşkanının görev süresinin dolduğu gün yapılır. Cumhurbaşkanlığı başka bir sebeple boşalmışsa, and içme töreni seçimden hemen sonraki oturumda yapılır.²⁵ And metninde

sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir. En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir."

²² TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.318.

²³ Anayasa, madde 75.

²⁴ GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Türk Anayasa Hukuku*), s.485.

²⁵ Anayasa'nın 103 ncü maddesine göre and metni şu şekildedir: "Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılaplarına ve lâik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim."

Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Cumhurbaşkanının tarafsızlığı vurgulanmaktadır.²⁶

8. Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkileri

Parlamente rejiminde anayasalar, cumhurbaşkanlarına birçok görev vermekte ve yetkiler tanımaktadırlar.²⁷ Bizim Anayasamızda da Cumhurbaşkanına verilen görev ve yetkiler tek tek sayılmıştır. 1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanına verilen görev ve yetkiler, 1961 Anayasası'na göre oldukça artırılmış ve Cumhurbaşkanı daha güçlü bir duruma getirilmiştir.²⁸

1982 Anayasası'nın bu haliyle, Cumhurbaşkanına parlamente rejimle bağdaşmaz nitelikte geniş yetkiler tanıdığı ve ona yürütme organının öteki kanadı karşısında bağımsızca işlemler yapabilme imkânı sağladığı belirtilmiş, demokratik devlet düzeninde, ulusal iradeyi temsil eden parlamento dışında, sorumsuz bir Cumhurbaşkanının yönetimi paylaşması ve tek başına önemli yetkiler kullanması eleştirilmiştir.²⁹

Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, Anayasa'nın 104 ncü maddesinde sistematik bir şekilde ve ayrıntılı olarak sayılmıştır. Maddede görev ve yetkiler devletin işlevleri doğrultusunda, üç başlık altında; yasama,

²⁶ GÖREN Zafer, a.g.e., s.230.

²⁷ TANILLI Server, *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, Cem Yayınevi, 7.Baskı, 1993, s.330.

²⁸ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.45, 63; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, *Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Kolay Hukuk Serisi:1, Ankara-2005, s.15, 19; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, *Anayasa Hukuku Uygulamaları*, Nobel Yayın Dağıtım, 3.Baskı, Ankara-2005, s.15; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku-2004*), s.68.

²⁹ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.310; GÜNDAY Metin, a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.368; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.327; SEZER A.Necdet, Anayasa Mahkemesi'nin 38 nci Kuruluş Yıldönümü Konuşması-25.04.2000, Belgenet İnternet Sitesi, (<http://www.belgenet.com/>), 01.11.2005; TANÖR Bülent, **Türkiye'de Yeni Anayasal Düzen**, İktisat Dergisi, 1985, Sayı:242, s.19-23; ALAN Nuri, Danıştay'ın 135 nci Yıldönümü Konuşması, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 1, S.2, 2003; ALACAKAPTAN Uğur, **Cumhurbaşkanının Sorumluluğu**, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, Ankara-2001, s.503; YAVUZ K.Haluk, *Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara-2000, s.461, 469.

yürütme ve yargı ile ilgili görev ve yetkiler olarak düzenlenmiştir.³⁰ Bu düzenleme şekli, 1961 Anayasası'nda 97 nci maddede yer alan oldukça kısa düzenlemeden farklıdır.³¹

Madde metninde Cumhurbaşkanının Devletin başı olması sıfatıyla kendisine tanınan görev ve yetkilerin temel amacı; Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil etmek ve Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmek olarak belirtilmiştir.

³⁰ Cumhurbaşkanının Yasama ile ilgili Görev ve Yetkileri (Anayasa Md.104):

- Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü TBMM'de açılış konuşmasını yapmak,
- TBMM'yi gerektiğinde toplantıya çağırarak,
- Kanunları yayımlamak,
- Kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye geri göndermek (Anayasa'nın 89/2 nci maddesine göre bütçe kanunları bu hükme tabi değildir.),
- Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak,
- Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, TBMM İçtüzüğü'nün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasa'ya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmak,
- TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek.

Cumhurbaşkanının Yürütme Alanına İlişkin Görev ve Yetkileri:

- Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek,
- Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek,
- Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak,
- Yabancı devletlere Türk Devleti'nin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyeti'ne gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek,
- Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak,
- TBMM adına TSK'nın Başkomutanlığını temsil etmek,
- TSK'nın kullanılmasına karar vermek,
- Genelkurmay Başkanı'nı atamak,
- Millî Güvenlik Kurulu'nu toplantıya çağırarak,
- Millî Güvenlik Kurulu'na Başkanlık etmek,
- Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilân etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak,
- Kararnameleri imzalamak,
- Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak,

- Devlet Denetleme Kurulu'nun üyelerini ve Başkanını atamak,
- Devlet Denetleme Kurulu'na inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak,
- Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek,
- Üniversite rektörlerini seçmek.

Cumhurbaşkanının Yargı ile İlgili Görev ve Yetkileri:

- Anayasa Mahkemesi üyelerini,
- Danıştay üyelerinin dörtte birini,
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilini,
- Askerî Yargıtay üyelerini,
- Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini,
- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek.

³¹ YILDIRIM Turan, a.g.e., s.35.

Böylece Anayasa’da Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ve hakem sıfatı vurgulanmış, ayrıca kendisine Devletin çeşitli organları arasında koordinasyonu sağlama işlevi yüklenmiştir.³²

Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, Anayasa’nın 104 ncü maddesinde sayılanlardan ibaret değildir. Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasa’da ve kanunlarda kendisine verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır. Cumhurbaşkanına Anayasa’da verilen diğer görevlere örnek olarak, 115 nci maddede yer alan; “Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.” hükmü gösterilebilir.

Bunun dışında çeşitli kanunlarda da Cumhurbaşkanı’na tanınan görev ve yetkiler bulunmaktadır. Örneğin; 2876 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanunu’nda Cumhurbaşkanı’na tanınmış bazı görev ve yetkiler bulunmaktadır. Bunlardan bazıları; Yönetim Kurulu üyelerinden üçünün Cumhurbaşkanınca seçilmesi, Atatürk Uluslararası Barış Ödülü verilmek üzere tespit edilen adayın Cumhurbaşkanının onayı ile kesinleşmesi gibi.

Cumhurbaşkanına ayrıca 2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kanunu’nun 6 ncı maddesi ile Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu’na doğrudan doğruya üç üye, bazı kuruluşlarca gösterilecek adaylar arasından da beş üye seçme yetkisi verilmiş idi. Ancak Anayasa’nın 133 ncü maddesinde yapılan değişiklik üzerine çıkarılan 13.04.1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 36 ncı maddesi ile bu hüküm kaldırılmış, Anayasa’nın 133 ncü ve aynı Kanunun 5 nci maddesi ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur. Bu Kurulun üyeleri ise, Anayasa hükmü ve adı geçen Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca TBMM tarafından seçilmektedir.

³² YILDIRIM Turan, a.g.e., s.36.

Yine 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 53 nc  maddesi ile de Cumhurbaşkanına, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'na     ye seçme yetkisi verilmiş idi. Ancak 17.06.1987 tarih ve 3386 Sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile yapılan değişiklikle, Kurulun oluşumuna ilişkin düzenleme değiştirilmiş ve Cumhurbaşkanının Kurula  ye seçme yetkisi sona ermiştir.

9. Cumhurbaşkanının Siyasal Sorumluluk ve Sorumsuzluk Hali

Devlet başkanlarının siyasal sorumsuzluğu parlamenter sistemlerin temel ilkelerinden birisidir. Siyasal sorumsuzluk, devlet başkanının görevi sırasında, yetkilerini kullanmasından dolayı sorumlu tutulamaması ve parlamento veya başka bir organ tarafından bu görevinden d ş r lememesi anlamına gelir. Bu ilke, İngiltere'de parlamentonun monarktan yürütme yetkisini koparma mücadelesi sırasında ortaya çıkmış, kralın sorumsuzluğu yetkisizleştirilmesi sonucunu doğurmuş, kralın yetkileri sembolik hale gelirken, yürütme yetkisini parlamentoya karşı sorumlu olan bakanlar kurulu kullanır hale gelmiştir.³³

Diğer yandan kamu hukukunda yetki ve sorumluluğun birbirine paralel ve birlikte olması temel ilkelerdendir. Bu nedenle devlet başkanının sorumsuzluğu, aslında onun yetkisizliği anlamına gelir. Bu prensip parlamenter rejimlerde "karşı-imza" kuralı ile ifade edilmektedir. Bu kurala göre; devlet başkanının bütün işlemlerinin, parlamentoya karşı sorumlu olan başbakan ya da ilgili bakanca imzalanması gerekir. Zira yürütme yetkisi gerçekte Cumhurbaşkanında değil, yürütme organının sorumlu kanadı olan Bakanlar Kurulundadır. Siyasal sorumluluğu yüklenen Başbakan ve bakanlar, yürütme yetkisinin gerçek sahibi durumundadırlar.³⁴ Bunun sonucu olarak parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanları kural olarak tek başına işlem

³³ TANÖR Bülent-N.YüZBAşIOğLU, a.g.e., s.320.

³⁴ GÖREN Zafer, a.g.e., s.233; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.311; TANÖR Bülent-N.YüZBAşIOğLU, a.g.e., s.320; TEZİÇ Erdoğan, a.g.e., s.419.

yapamazlar.³⁵ Altında Cumhurbaşkanının imzası bulunan kararlar, aslında sorumluluk taşıyan Başbakan ve bakanların kararlarıdır.³⁶ Anayasa Mahkemesi de konuyla ilgili olarak; “Bugünün parlamenter sisteminde yürütme sorumluluğu hükümettedir. Bunun sonucu olarak da, günümüzde devlet başkanının bir kararının başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanmasından çok, aslında başbakan ve ilgili bakan tarafından alınan bir kararın devlet başkanınca imzalanarak biçimsel olarak tamamlanması söz konusudur.” yorumunu yapmıştır.³⁷

Parlamenter sistemlerde uygulanmakta olan bu temel kural, Anayasa’nın 105 nci maddesinde ifade edilmiştir.³⁸ Maddede, Cumhurbaşkanının Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği işlemlerin varlığından da bahsedilmiştir. Gerçekten de bazı devletlerde karşı-imza kuralı esas olmakla birlikte, Cumhurbaşkanına siyasi sorumluluk gerektirmeyen, tek başına kullanabileceği bazı istisnai yetkiler tanınmaktadır. Bu yetkiler, Cumhurbaşkanına devletin başı sıfatıyla ve tarafsızlığı nedeniyle tanınmış yetkilerdir. Ancak 105 nci maddenin açık hükmüne rağmen, Anayasa’da Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler sayılmamıştır. Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin belirlenmesi, bu işlemlerin tabi olacağı rejimi belirlemek açısından önemlidir. Zira Anayasa’nın 105/2 nci maddesinin açık ifadesi ile, “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz.”

³⁵ GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa–2003, s.205.

³⁶ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku–2004*), s.69.

³⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 27.04.1993 gün ve E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararı, AMKD, S.31/1, s.102.

³⁸ Madde metnindeki düzenlemeye göre; “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.”

10. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yapabileceği İşlemler

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri 104 ncü maddede düzenlendiği halde, tek başına yapacağı işlemler Anayasa'da açıkça belirtilmemiştir. Oysa Danışma Meclisi tarafından hazırlanan Anayasa tasarısında Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunu düzenleyen maddede tek tek sayılmıştır. Sonraki aşamada ise Milli Güvenlik Konseyi, "Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir." gerekçesi ile tasarıdaki iki maddeyi birleştirmiş ve Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere ilişkin düzenlemeyi metinden çıkarmıştır.³⁹

Anayasa'da Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin hayli çok sayıda olması ve bunların önemli konuları ilgilendirmesi söz konusudur. Bu işlemlerin bir kısmı, Fransız Anayasası'ndakilere paralel niteliktedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı makamının güçlendirilmesi konusunda Fransız modeli kadar ileri gidilmemiştir.⁴⁰

Anayasa'da Cumhurbaşkanının hangi yetkileri tek başına kullanabileceği konusunda bir açıklık bulunmadığına göre, bu durumda Cumhurbaşkanının kullandığı yetkinin mahiyetine bakılarak konunun çözüme kavuşturulması gerekecektir.⁴¹

Anayasa Cumhurbaşkanına bazı yetkileri, tarafsız devlet başkanı sıfatı nedeniyle tanımıştır. Bu yetkilerin siyasal bakımdan taraflı olan hükümetle paylaşılması, bu yetkilerin mahiyetine ve amaçlarına uygun düşmez.⁴² Bu nedenle Cumhurbaşkanının tarafsız devlet başkanı sıfatından kaynaklanan yetkilerini tek başına kullanabileceği kabul edilmektedir. 7 nci Cumhurbaşkanı

³⁹ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Türkiye'nin Yönetim Yapısı*), s.101; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.311; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.322; YILDIRIM Turan, a.g.e., s.46.

⁴⁰ TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.15.

⁴¹ TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.33.

⁴² ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.314.

Kenan EVREN de 1982 Anayasası'nı halka tanıtırken benzer düşünceleri dile getirmiş ve konuyla ilgili olarak; "Cumhurbaşkanı sadece yürütmenin başı değildir. Aynı zamanda Devletin de başıdır. Bu itibarla da, Anayasa'da mevcut olması gereken, fakat üç büyük organdan herhangi birine verilmesi uygun ve isabetli görülmeyen bazı yetkiler vardır ki, ancak Cumhurbaşkanına tevdi edilebilmektedir... Taraflı olan hükümete de bazı yetkiler verilmiştir. Ancak muhalefet-iktidar arası ciddi çekişmelere ve huzursuzluklara yol açabilecek olan yetkiler, Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Bunun dışında da muhakkak Cumhurbaşkanına verilmesi gereken yetkiler de vardır ki, esasen onları başka makama vermek doğru olmaz, mümkün de değildir." görüşlerini dile getirmiştir.⁴³

Başka hiçbir idari veya yargısal makam veya merciin katılımı olmadan, sadece kendi değerlendirmesi ve tercihi doğrultusunda yaptığı işlemler "Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴

Diğer yandan, Anayasa Cumhurbaşkanına devlet başkanı sıfatı dışında, yürütme alanına ilişkin olarak da icrai nitelik taşımayan, tamamen törensel veya temsili nitelikte bir takım yetkiler tanımıştır. Bu yetkilerin de Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılması, niteliklerine uygun düşmektedir. Ayrıca bu yetkilerin Başbakanla birlikte kullanılması da anlamsızdır.⁴⁵

Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceğinden, burada sadece Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin kapsamı hakkında genel bilgi verilmesi ile yetinilmiştir.

⁴³ GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Türk Anayasa Hukuku*), s.522.

⁴⁴ ALAN Nuri, a.g.b.; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul-2001, s.113.

⁴⁵ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.314; GÖREN Zafer, a.g.e., s.235.

IV. HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU

Hukuk devletinin temel gereklerinden birisi, tartışmasız olarak kabul edildiği gibi bağımsız bir yargı örgütünün bulunmasıdır. Bağımsız yargı örgütünün varlığı ise, bu örgütün temsilcileri olan hâkimlerin bağımsızlıkları ile hâkimlik teminatı denen mesleki statülerinin tam anlamıyla güvence altına alınmasına bağlıdır. Bunun için hâkimlerin bağımsızlıkları ile teminatlarını sağlayıcı bir sistem kurmak gerekir. Bugün demokratik rejimin işlediği ülkelerde, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak ve özlük haklarını güvence altına almak maksadıyla genellikle bu işlemleri yerine getirmekle görevli bağımsız kurulların oluşturulduğu görülmektedir. Ülkemizde de 1961 Anayasası ile bu sistem kabul edilerek ilk kez hâkimlerle ilgili işleri yerine getirecek bir kurul kurulmuştur. Bu bölümde öncelikle hâkim bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının anlamı ve işlevi kısaca incelenecek, sonrasında ise ülkemizde halen mevcut olan sistem tarihi gelişimi içinde diğer bazı demokratik ülkelerle karşılaştırmalı olarak analiz edilecektir.

6. Hâkimlerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı

Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir.⁴⁶ Bağımsızlık; yargının kendisine verilen görevleri yerine getirirken iktidar sahiplerinden gelecek müdahalelerden masun olunması, hukuk dışında hiçbir faktörden etkilenmeden tarafsızca karar verilmesi anlamına gelir. Yargı bağımsızlığının amacı, adaletin sağlanmasına hizmet etmektir. Yargının bağımsız olması özgürlüklerin en büyük güvencesidir.⁴⁷

Hukuk devletinin en önde gelen şartlarından birisi olan bağımsız yargının varlığı ise, kuşkusuz ki hâkimlerin bağımsızlığının sağlanmış olmasına bağlıdır. Hâkimlerin bağımsızlığı ile onların hiçbir baskı ve etki

⁴⁶ 2003/43 Sayılı BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

⁴⁷ YARALI Kamil Uğur, **Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, ABC Hukuk İnternet Sitesi, (<http://www.abchukuk.com/makale14.html>), 01.12.2005.

altında kalmadan, hukuka ve vicdanlarına göre karar vermeleri amaçlanır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin bu objektif bağımsızlık; hâkimler için öngörülmüş bir ayrıcalık değildir.⁴⁸ Bağımsızlık, hâkimleri her türlü yabancı etkiden koruyarak hukuka uygun ve adil karar verilmesini temin eder. Bu yönüyle bağımsızlık, adaletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağına ilişkin güven ve inancı yerleştirmeyi, hukuk devletinin gereklerinden olan kişi hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınmasını sağlamayı amaçlayan bir araçtır. Zira bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde hakkını aramak, bir insan hakkıdır ve insan haklarının tam olarak korunması, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin varlığı ile mümkündür.

Bu ilke; BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 günü kabul ve ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin⁴⁹ 10 ncu maddesinde; *“Herkes, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve kendisine herhangi bir suç isnadında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, âdil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir.”* ifadesiyle ilk kez bir uluslararası belgede ortaya konmuştur.

Daha sonra 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe giren ve Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954'de onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁵⁰ 6 ncı maddesinde “Adil Yargılanma Hakkı” olarak ifade edilmiştir. Maddeye göre; *“Herkes, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, âdil ve açık bir yargılamayla görülmesini isteme hakkına sahiptir.”*

Son olarak, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren ve

⁴⁸ ÜNAL Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Yayın No:65, Ankara-1994, s.6; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.448, 449.

⁴⁹ Türkiye, bir önsöz ve 30 maddeden ibaret olan Bildiri'yi 27 Mayıs 1949 tarihinde kabul etmiştir; TUNÇ Hasan, a.g.e., s.78; BM İnternet Sitesi, (http://www.un.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf), 28.02.2006.

⁵⁰ Yargıtay İnternet Sitesi, (<http://www.yargitay.gov.tr/aih/sozlesme.html>), 28.02.2006.

Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000'de imzalanan Siyasî ve Medenî Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin⁵¹ 14 ncü maddesinde vurgulanmıştır. Bu maddedeki düzenleme ise şu şekildedir: *“Herkes mahkemeler önünde eşit olduğuna ve hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından âdil ve alenî olarak, sebepsiz gecikme olmaksızın, yargılanma hakkına sahiptir.”*

Bir insan hakkı olarak uluslararası belgelerde bu şekilde yerini alan hak arama hürriyeti, 1982 Anayasası'nın da 36 ncı maddesinde yer alan düzenlemeyle güvence altına alınmıştır.⁵²

Mahkemelerin diğer devlet organlarından organik olarak ayrılması ve bağımsızlıklarının sağlanması, yargı görevinin her türlü etkiden arınmış bir şekilde yerine getirilebilmesinin temel şartlarından birisidir. Zira parlamenter demokratik rejimlerde mahkemelerin yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlıklarının korunması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal sonucu ve gereğidir. Mahkemelerin hiçbir yabancı müdahale olmaksızın hukuka bağlı bir şekilde karar verebilmeleri ise, yargı erkinin temsilcileri durumundaki hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlanmasına bağlıdır.⁵³

Hâkim için görevini yaptığı sırada her hangi bir makam ya da kişiden emir ve talimat almamak bir hak olduğu kadar, aynı zamanda bir yükümlülüktür.⁵⁴ Ancak hâkimin bağımsız olması onun keyfi olarak karar vereceği anlamına da gelmemektedir. Hâkim, kendi hukuk hissi ve anlayışına

⁵¹ Belgenet isimli İnternet Sitesi, (<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>), 28.02.2006.

⁵² Madde metni şu şekildedir: “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

⁵³ İBRAHİMHAKKIOĞLU Uğur, **Yargı Bağımsızlığı**, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı 9-13 Ocak 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, Ankara-2001, s.652; ÜNAL Şeref, a.g.e., s.7.

⁵⁴ YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 5.Bası, İstanbul-1994.

veya keyfine göre değil, kanuna bağlı olarak hüküm vermekle yükümlüdür. Yani hâkimin bağımsızlığının karşılığı, kanuna bağlılıktır.⁵⁵

Mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığının sağlanabilmesi, öncelikle hâkimlik teminatı olarak adlandırılan, hâkimlere bir takım güvenceler sağlanmasına bağlıdır. Bu güvenceler; hâkimlerin mesleki konumlarının ve özlük haklarının korunması suretiyle her türlü korku ve endişeden uzak bir şekilde, görevlerini gerektiği gibi yapmalarına hizmet eder. Zira hâkimlerin, vatandaşların hayatı, hürriyeti, hak ve görevleri ve malları hakkında nihaî karar verme görevi ile yükümlü oldukları düşünülüğünde⁵⁶, toplumsal yaşam ve devlet faaliyetlerinin her alanında son sözü söylemek yetkisiyle donatılmış kamu görevlileri olarak son derece ağır ve sorumlu bir görev üstlenmiş oldukları ortadadır. Bu ağır sorumluluk kendilerine özel bir statü sağlanmasını zorunlu kılmaktadır.⁵⁷ Hâkimlik teminatı denilen bu özel statü, hâkimlerin kişisel yararları için değil, kamunun yarar ve çıkarına hizmet etmek amacıyla öngörülmüş ve yüzyıllar süren tecrübelerin sonucunda ortaya çıkmıştır. Zira hâkimlere tanınan bu teminatla, serbestçe ve tarafsız olarak karar vermeleri sağlanarak, kişi hak ve hürriyetleri güvence altına alınacağı gibi, halka adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı konusunda da güven verilmiş olacaktır.⁵⁸ Bu anlamda hâkimlik teminatı, hâkimi değil, esas itibarıyla vatandaşın yargı güvenliğini sağlamayı hedefleyen bir ilkedir.⁵⁹ Hâkimlik teminatı tam olarak sağlanmadıkça, hâkimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığının sağlandığından bahsedilemez.

Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, hâkimlik teminatının hâkimlerin bağımsızlıklarını sağlayıcı işlevinin önemini vurgulamıştır.⁶⁰

⁵⁵ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.9.

⁵⁶ BM Genel Kurulu'nca Kasım 1985 tarihinde kabul edilen Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri, Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

⁵⁷ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.21.

⁵⁸ TANİLLİ Server, *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, Adam Yayınları, 3.Baskı, 2002, s.577.

⁵⁹ İBRAHİMHAKKIOĞLU Uğur, a.g.m., s.668.

⁶⁰ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.452.

Mahkeme konuyla ilgili bir kararında; “Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurumların en önemlisidir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin objektif bağımsızlığı olduğu halde, hâkimlik teminatı, hâkimlerin kişisel bağımsızlığıdır. Hâkimlik teminatı, hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada söz konusu olan, hâkimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararıdır. Hâkimlik teminatının amacı, hâkimlerin kişisel nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından çok, onların özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığına ilişkin güven vermektir.” değerlendirmesini yapmıştır.⁶¹

Anayasakoyucu, Anayasa’nın 9 ncu maddesinde; yargı yetkisinin kullanılmasının, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelere ait olduğunu vurguladıktan sonra, mahkemelerin bağımsızlığını 138 nci maddede, hâkimlik teminatını ise 139 ncu maddede düzenleyerek güvence altına almıştır.⁶²

Anayasa’daki düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, yargının ve hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlanması amacıyla Anayasa’da hâkimler ve savcılar, diğer kamu görevlilerinin sahip olmadıkları güvencelerle donatılmıştır. Ancak bu güvenceler önemli olmakla birlikte yeterli değildir.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi’nin 27.04.1993 gün ve E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararı, AMKD, S.31/1, s.100–101.

⁶² 138 nci maddede yer alan konuya ilişkin düzenleme şu şekildedir: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz...”

139 ncu maddedeki düzenleme ise şöyledir: “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.”

Eğer yürütme ya da yasama erki, hâkimlerin yükselmeleri, yer değiştirmeleri ve maaşları gibi çeşitli yollardan hâkimlerin mesleki hayatı ve özlük hakları üzerinde etkili olabiliyorsa, hâkimlik teminatı etkinliğini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir.⁶³ Bu nedenle hâkimlerin atama ve özlük işlerinin hangi organ ya da kurum tarafından yürütüleceği, bağımsızlık ve teminatın sağlanması bakımından büyük önem arz etmektedir.

7. Hâkimlerin Atama ve Özlük İşlerinde Uygulanan Sistemler

Bilindiği gibi ülkemizde hâkim ve savcıların tayin, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işleri, Anayasa'nın 159 ncu maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yürütülmektedir. Bu Kurul hakkındaki incelemeye geçmeden önce, diğer bazı ülkelerde uygulanmakta olan sistemlere değinmekte, karşılaştırma yapmak bakımından fayda olduğu kanaatindeyiz.

Hâkimlerin özlük işlerinin yürütülme şekli, rejimlerine ve tercihlerine göre devletten devlete farklılık göstermektedir. Parlamenter, başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinin kabul edildiği batı demokrasilerinde hâkimlerin mesleğe alınmalarında ve atanmalarında başlıca beş yöntem gözlenmektedir. Halk tarafından seçim, yasama organı tarafından seçim, bizzat hâkimler tarafından seçim, yürütme organı tarafından atama ve son olarak da özel ve bağımsız organlar tarafından atama.⁶⁴

ABD'de, 50 eyaletten 38'inde adli yargıda görevli hâkimler halk tarafından, diğer eyaletlerde ise vali ya da parlamento tarafından seçilmektedir. Federal Yüksek Mahkeme hâkimleri ile sayısı 225 olan bölge mahkemelerinin hâkimleri ise, Senato'nun onayı ile başkan tarafından atanmaktadır.

⁶³ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.451; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.359; SURLU Mehmet Handan, **Hukuk Devleti ve Yargı**, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi-4, TÜSİAD Yayınları, Aralık-1997.

⁶⁴ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.45; İBRAHİMHAKKIOĞLU Uğur, a.g.m., s.661.

İsviçre’de genel olarak sulh mahkemesi hâkimleriyle bidayet mahkemesi hâkimleri halk tarafından, Federal Mahkeme üyeleri ile kantonların çoğunda istinaf mahkemesi hâkimleri ise parlamento tarafından seçilmektedir.

Almanya’da federal hâkimlerin büyük kısmı ile yüksek mahkemelerin üyeleri parlamento tarafından seçilmekte, Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Dört eyalet dışındaki eyaletlerde hâkimleri atama yetkisi ise yürütme organına aittir. İngiltere, İsveç, Avusturya, Hollanda, İsrail, Lüksemburg, Finlandiya, Japonya ve Norveç’te hâkimlerin seçilmesi ve atanması yürütme organına aittir.⁶⁵

Hâkimlik teminatının amaçlarına uygun şekilde gerçekleştirilmesi açısından; hâkimlerin tayin, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin bağımsız bir kurul tarafından yerine getirilmesi, diğer demokratik devletlerde kabul görmüş bir sistemdir. Bu ülkeler arasında; Fransa, İtalya, İspanya ve Portekiz sayılabilir.

Fransa’da hâkimler, Başbakan ve Adalet Bakanının karşı-imzalarını taşıyan Cumhurbaşkanının bir kararnamesiyle atanırlar. 1958 Fransız Anayasası’nın 65 nci maddesi hâkimlerin atanması konusunda görüş bildirmekle görevli bir “Yüksek Hâkimler Kurulu” kurmuştur. 65 nci maddedeki 1993 tarihinde yapılan değişiklik sonrasındaki düzenlemeye göre; Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay üyeleri ile istinaf mahkemesi birinci başkanının göreve atanmaları konusunda önerilerde bulunur. Bunların dışında kalan hâkimlerin atanması konusunda ise Adalet Bakanı tarafından yapılan önerilere ilişkin görüşünü bildirir.⁶⁶

⁶⁵ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.45-67; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Türk Anayasa Hukuku*), s.831-854; a.g.e.(*Devlet Başkanları*), s.111-114.

⁶⁶ Fransız Anayasası, Çev.Ahmet Şükrü ÖZEREN, Danıştay Yayınları No:58, Ankara-1994; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Devlet Başkanları*), s.111; ÜNAL Şeref, a.g.e., s.63.

1948 İtalyan Anayasası'nın 105 nci maddesine göre; hâkimleri atama yetkisi Hâkimlik Yüksek Konseyi'ne aittir. 1978 İspanyol Anayasası hâkimleri atama yetkisini, Yargı Kuvveti Genel Konseyi'ne vermiştir. 1976 Portekiz Anayasası'na göre ise; hâkimlerin atanması konusunda yetkili organ, Hâkimlik Yüksek Konseyi'dir.⁶⁷

8. Ülkemizde Uygulanan Sistem ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

Ülkemizde hâkim ve savcılarının tayin, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin, halen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yürütülmekte olduğunu daha önce belirtmiştik. Ancak bugünkü sistemi daha iyi inceleyebilmek için, Cumhuriyetin ilanından bu yana ülkemizde hâkimlerin tabi oldukları rejimleri ele almak gerekmektedir.

A. 1924 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası kuvvetler birliği ilkesinden hareket etmekle birlikte, yargıya özel bir önem vermiştir. 54 ncü maddeye göre; "Hâkimler bilcümle davaların mahkemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahelattan azadedir." 55 ve 56 ncı maddelerde ise; hâkimlerin kanunda öngörülen haller dışında görevlerine son verilemeyeceği, nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, atama ve görevlerine son verme şartlarının özel bir kanunla düzenleneceği belirtilerek, hâkimlik teminatı hükme bağlanmıştır. Bu hükme uygun olarak 1926 yılında 766 Sayılı Kanunla hâkimlerin statüsü düzenlenmiş, 1934 yılında çıkarılan 2556 sayılı Hâkimler Kanunu ile daha ileri nitelikte düzenlemeye gidilmiştir. Bu Kanunla hâkim ve savcılarının terfi işleriyle görevli bir ayırma meclisi kurulmuştur. Ayırma meclisi, Yargıtay Başkanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı ve 4 Yargıtay üyesiyle, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk

⁶⁷ GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Devlet Başkanları*), s.111, 116; ÜNAL Şeref, a.g.e., s.65.

İşleri Genel Müdürü ve Özlük İşleri Genel Müdüründen oluşmuştur. Ayırma meclisi hâkimler ve savcılar ayrı olmak üzere, iki grup halinde görevini yerine getirmiş, hâkim ve savcıların atamaları ise Adalet Bakanlığı tarafından yapılmıştır. Yargıtay üyeleri, daire başkanları ve Cumhuriyet Başsavcısının seçimleri Adalet Bakanına, Yargıtay Başkanının seçimi ise Bakanlar Kuruluna aittir. Bu dönemde hâkimler devlet memuru durumunda olup, atama ve diğer özlük işlerinde yürütme organının ağırlığı mevcuttur. Özellikle diğer memurların tabi olduğu 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olmaları nedeniyle, hâkimlik teminatının önemli unsurlarından olan emekliye sevk yasağı işlememiş, hâkimleri emekliye sevk yetkisi bazı dönemlerde hükümet tarafından hâkimlere karşı etkin bir şekilde kullanılmıştır.⁶⁸

B. 1961 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası döneminde yaşanan olumsuzlukların da etkisiyle, 1961 Anayasası'nda hâkimlerin bağımsızlığı sağlamaya ve hâkimlik teminatını güvence altına almaya yönelik önemli düzenlemeler yapılmıştır. 1961 Anayasası'nın yargı bağımsızlığını bütün güvenceleri ile gerçekleştirdiği söylenebilir.⁶⁹

Öncelikle hâkimlerin bütün özlük işlerinde karar vermek üzere, Anayasa'nın 143 ncü maddesi ile Yüksek Hâkimler Kurulu kurulmuştur. 1961 Anayasası'nın ilk tasarısını hazırlayan Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun düzenleme ile ilgili gerekçesinde; "Kazai denetim yapacak organların bağımsızlığı bu denetimin ciddiyet ve müessiriyetinin şartıdır. Bu bakımdan, hâkimler ve mahkemeler üzerinde her çeşit tesirleri bertaraf edici hükümler tasarıya konulmuş, mahkemeler yasama ve yürütme organı karşısında tamamiyle bağımsız hale getirilmiş, hâkimlerin her türlü hakları

⁶⁸ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.68-72.

⁶⁹ TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.12.

teminat altına alınmış ve bu maksatla bir “Yüksek Hâkimler Şurası” kurulmuştur.” açıklaması yapılmıştır.⁷⁰

Kurula ilişkin düzenlemeler; Anayasa’nın 143 ncü maddesi ve bu hükme dayanılarak çıkarılan 22.04.1962 tarihli ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler ve Yüksek Savcılar Kurulu Kanunu ile yapılmıştır. Düzenlemelerin ilk halinde Kurul, 18 asil ve 5 yedek olmak üzere toplam 23 hâkimden oluşmaktadır. Üyelerin görev süresi 4 yıldır. Bu haliyle, hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlemlerinin yine hâkimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen “kooptasyon” sisteminin kabul edildiği söylenebilir.⁷¹

Anayasa’nın 143 ve 45 Sayılı Kanunun 5 nci maddesine göre; Kurulun üyelerinin 8’inin (6 asil, 2 yedek) Yargıtay, 7’sinin (6 asil, 1 yedek) birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce, 7’sinin ise (3’er asil ve 1 yedek) TBMM ve Cumhuriyet Senatosu tarafından seçilmesi öngörülmüştür.

Yüksek Hâkimler Kurulu’nun bağımsız olduğu, hiçbir makam ya da merciinin Kurula emir ve talimat veremeyeceği 45 Sayılı Kanunun 3 ncü maddesinde hükme bağlanmıştır. Kanunun 4 ncü maddesinde ise; Adalet Bakanının gerekli gördüğünde Kurulun toplantılarına katılabileceği, ancak oy verme hakkının bulunmadığı düzenlenmiştir. Hâkimler hakkında disiplin işlemi yapma yetkisi de Kurula aittir. Ayrıca Kurul üyelerinin görevleri süresince başka iş ve görev yapmaları yasaklanmıştır.

Diğer yandan Kurul sadece adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında yetkilidir. 1961 Anayasası, Danıştay hâkimlerinin özlük işleri hakkında karar verme yetkisini Yüksek Hâkimler Kurulu’na vermemiş, bu konuda özel bir sistem meydana getirmiştir.⁷²

⁷⁰ Temsilciler Meclisi Tut.Der., S.35, s.6, AKARSU Ayhan, “Türk İdari Yargısında Yasama Kısıntıları” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-1997, s.97.

⁷¹ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.360-361.

⁷² ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.362.

1961 Anayasası'nda savcılarla ilgili olarak bu nitelikte bir kurulun oluşturulması öngörülmemiş, sadece 137 nci maddede Başsavcıdan söz edilmiş ve bu kişinin yüksek mahkeme hâkimleri ile aynı hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir. Savcılarla ilgili işlemleri yerine getirmek üzere kurulan Yüksek Savcılar Kurulu'na ilişkin düzenlemeler ise 45 Sayılı Kanunla yapılmıştır.⁷³ Yüksek Savcılar Kurulu; Adalet Bakanı başkanlığında, Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunca seçilen üç asıl ve iki yedek üye ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdüründen oluşmaktadır.⁷⁴

Yüksek Hâkimler Kurulu'na yasama meclislerince üye seçilmesi uygulamasından beklenen faydanın sağlanamaması nedeniyle, 1971 yılında 1488 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Kurulun tüm üyelerinin Yargıtay tarafından seçilmesi sistemi getirilmiş, Kurulun üye sayısı 11 asıl ve 3 yedek üyeye indirilmiştir. Aynı değişiklikle Adalet Bakanının yetkileri kısmen artırılmış, Kurula başkanlık yapması imkânı getirilmiş, ayrıca oy verme hakkı da tanınmıştır.⁷⁵

Yine aynı Anayasa değişikliği sırasında, 144 ncü maddede yapılan değişiklikle Kurul kararlarına karşı yargı yolu kapatılmıştır.⁷⁶ Bu değişiklikle 144 ncü maddenin 1 nci fıkrası, "Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz." şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklik Anayasa Mahkemesi tarafından "Anayasaya aykırı Anayasa normu" niteliğinde görülerek iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında; "Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen dava konusu 'bu karar aleyhine başka mercilere başvurulamaz'

⁷³ AKARUSU Ayhan, a.g.ylt., s.98.

⁷⁴ GÜNDAY Metin, a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.47.

⁷⁵ TANİLLİ Server, *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, Cem Yayınevi, 7.Baskı, 1993, s.552; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.360; ÜNAL Şeref, a.g.e., s.73-82.

⁷⁶ Bu değişikliğe kadar Kurul kararları yargı denetimine açıktır ve açılan davalara Danıştay'da bakılmaktadır; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, *Yönetmelik Yargı*, S Yayınları, 6.Baskı, Ankara-1983, s.84.

tümcesi Türkiye Cumhuriyeti niteliklerinden olan İnsan Hakları ve Hukuk Devleti ilkelerini bozmakta olduğundan Anayasa'nın 9 ncu maddesindeki 'değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez' yasağının içine girer; bu nedenle Anayasa'ya aykırıdır." açıklamasını yapmıştır. Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi değişiklik hükmünü Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuş, ayrıca ilk kez bu kararında bir uluslararası normu, Türkiye'nin 6366 Sayılı Kanunla onayladığı "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi"nin 6 ncı maddesi hükmünü bir ölçü norm olarak kabul etmiştir.⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra Danıştay, Kurul'un kararlarına karşı açılan davalara, 1981 yılında 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu çıkarılana kadar bakmaya devam etmiştir.⁷⁸

Bu dönemde, saf kooptasyon sisteminin; kast zihniyetine sahip "yargı teknokrasisi" niteliğindeki imtiyazlı bir hâkimler sınıfı oluşumuna sebep olması, hâkim atamalarında sübjektif verilerin etkili olması, yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalması, böylesine önemli bir kuruluşun dolaylı ya da dolaysız olarak milli iradeye dayanmaması gibi⁷⁹ bazı sakıncaları görülmüştür. Bununla birlikte, özellikle yürütme organına karşı yargı ve hâkim bağımsızlığının büyük ölçüde sağlandığı, hâkimlik teminatının güvence altına alındığı söylenebilir.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 27.01.1977 gün ve E.1976/43, K.1977/4 sayılı kararı, AMKD, S.15, s.106–131; AZRAK Ülkü, **İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar**, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12 Ankara-2001, s.451; GÜNDAY Metin, **1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları**, 1 nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1–4 Mayıs 1990), Danıştay Yayınları No:53, Ankara–1991, s.141; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.455; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.363; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e. (*Yönetmelik Yargısı*), s.30.

⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e. (*Yönetmelik Yargısı*), s.84.

⁷⁹ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.80; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.361.

C. 1982 Anayasası ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Dönemi

13.05.1981 tarihinde kabul edilen ve 14.05.1981 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu’nun görevleri sona erdirilmiştir. Ayrıca iki kurul birleştirilerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kurulmuştur. Kanunun kabul tarihinden de anlaşılacağı gibi, Kanun, 1982 Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden önce kabul edilmiş olup, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili ilk düzenleme bu kanunla yapılmış, daha sonra kanundaki düzenlemeler Anayasa’ya ithal edilmiştir. Ancak Anayasa’da kanundan farklı olarak; Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürüne Kurulda yer verilmemiştir. Ayrıca Yargıtay ve Danıştay’dan ikişer asıl ve ikişer yedek şeklindeki Kuruldaki üye kontenjanı, Yargıtay’dan üç asıl ve üç yedek üye seçilecek şekilde değiştirilmiştir. Danıştay’ın kontenjanı ise aynen muhafaza edilmiştir.⁸⁰ Anayasa’nın yürürlüğe girmesinden sonra, 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nda yer alan farklı hükümler, 03.06.1983 tarihli 2835 Sayılı Kanunla değiştirilerek Anayasa ile uyumlu hale getirilmiştir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na ilişkin Anayasa’daki düzenlemeler, 159 ncu maddede yer almaktadır. Maddede Kurul’un oluşumu düzenlenmiş, görevleri sayma yoluyla belirtilmiştir.⁸¹

⁸⁰ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.102.

⁸¹ 159 ncu maddede Kurul’un oluşumu ve görevleri şu şekilde düzenlenmiştir: “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin

1961 ve 1982 sistemleri arasında birçok fark bulunmaktadır. En önemli fark Kurul üyelerinin seçim şekliyle ilgilidir. 1982 Anayasası ile, Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay'ın göstereceği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Ayrıca Adalet Bakanı ile müsteşarının Kurulun tabîi üyesi oldukları belirtilmiştir. Diğer bir fark ise, Kurulun görev alanına idari yargı hâkim ve savcılarının da dâhil edilmesidir. Buna paralel olarak Kurulun iki asil ve iki yedek üyesinin Danıştay tarafından gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilmesi öngörülmüştür. Başka bir fark da; 1961 Anayasası'na göre hâkimlerin denetimi ve haklarındaki soruşturma Kurula bağlı müfettişlerce yapılmakta iken, 1982 Anayasası'nda hâkim ve savcılarının denetimi ile gerektiğinde haklarındaki soruşturma ve incelemenin Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerce Adalet Bakanının izni ile yapılmasının öngörülmesidir. Ancak soruşturma sonucunda gerektiğinde ceza verme yetkisi Kurul'a aittir.⁸² Diğer bir fark, 1961 Anayasası'nda Kurul üyelerinin görevleri süresince başka iş ve görev yapmaları yasaklanmış iken, 1982 Anayasası ile getirilen sistemde böyle bir yasağın bulunmaması, Kurul üyeliğinin "ek görev" niteliğinde olmasıdır.⁸³ Son fark ise, Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamamasıdır. Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

Kurula ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler, 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunun 3 ncü maddesinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bağımsız olduğu belirtilmiş, 4 ncü maddede Kurul'un görevleri düzenlenmiştir. Kanunun 9 ncü maddesinde Kurul'u temsil ve Kurul adına beyanda bulunma yetkisinin Başkan'a ait olduğu, 16 ncı maddede ise Kurul'da yapılan işlemler ve bunlarla ilgili görüşmelerin gizli olduğu hükme bağlanmıştır.

değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir..."

⁸² ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.363; ÖZAY İl Han, *Yargısal Korunma*, Alfa Yayınları No:435, Dizi No:112, Kasım-2001, s.65.

⁸³ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.454.

Kanunun 10 ncu maddesine göre; Kurul kararlarını salt çoğunlukla alır. Üyeler kabul veya ret şeklinde oy kullanırlar. Çekimser oy ret sayılır. Aynı maddede ayrıca Kurul'un Adalet Bakanlığında toplanacağı ve Kurul'un işlerinin Adalet Bakanlığınca yürütüleceği düzenlenmiştir.

Kurul tarafından alınan kararlara karşı izlenebilecek yol, Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinde belirlenmiştir. Buna göre; Kurul kararının tebliğinden itibaren on gün içerisinde Adalet Bakanı veya ilgililer, kararın bir defa daha incelenmesini Kuruldan isteyebilir. Bu halde Kurul, gerekli incelemeyi yaparak kararını verir. Kurulca yeniden incelenerek verilen karara karşı ilgililer tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde itirazda bulunabilirler. İtiraz; Adalet Bakanının, onun yokluğunda Başkanvekilinin başkanlığında toplanan İtirazları İnceleme Kurulunca incelenerek sonuçlandırılır.⁸⁴ İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari ya da yargısal mercie başvurulamaz.

Kurulun kararlarını alırken takdir yetkisine sahip olduğu, ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olmayıp bazı kriterlere göre kullanılacağı Kanunun 13 ncü maddesinde hükme bağlanmıştır. Maddede; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile İtirazları İnceleme Kurulu'nun, disiplin cezalarının uygulanmasında ve itirazların incelenmesine ilişkin kararlarında, hâkimlik ve savcılığın şeref ve itibarını korumak ve kamu yararını her düşüncenin üstünde tutmak ilkelerini ve ilgili hâkim ve savcının leh ve aleyhindeki delillerin serbestçe takdirinden edinilen vicdani kanaatini esas alacağı belirtilmiştir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun çalışma usulleri, Kanunun 24 ncü maddesi gereğince hazırlanıp 14.07.1981 tarihinde Resmî Gazete'de

⁸⁴ İtirazları İnceleme Kurulu, 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 12 ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İç Yönetmeliği'nin 21 nci maddeleri gereğince; Adalet Bakanının, onun yokluğunda Başkan vekilinin Başkanlığında asıl ve yedek üyeler ile Adalet Bakanlığı Müsteşarından teşekkül eder. Bu Kurulun toplantılarına Başkan dışında en az sekiz üyenin katılması zorunludur.

yayımlanarak yürürlüğe giren “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İç Yönetmeliği” ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte Kurul’un çalışma şekline ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.⁸⁵

9. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Görevleri

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun görevlerinin, genel hatlarıyla Anayasa’nın 159 ncu maddesinde, ayrıntılı olarak 2461 Sayılı Kanunun 4 ncü maddesinde düzenlendiğini belirtmiştik. Bu düzenlemelere göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun görevleri şunlardır:

- Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin askeri yargı dışından gelen üyelerini seçmek.
- Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hakim veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlamak.
- Hâkim ve savcıların;
 - Mesleğe kabul etme,
 - Atama ve nakletme,
 - Geçici yetki verme,
 - Her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma,
 - Kadro dağıtma,
 - Meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme,
 - Disiplin cezası verme,
 - Görevden uzaklaştırma işlemleri yapmak.
- Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Kanun’da, hâkim ve savcıların yukarıda belirtilenler dışında kalan özlük işlerinin Adalet Bakanlığınca yerine getirileceği hükme bağlanmıştır.

⁸⁵ 14.07.1981 tarih ve 17400 sayılı R.G.

10. Bazı Batı Ülkelerindeki Uygulamalar

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, birçok Batı demokrasisinde, hâkimlerin özlük işlerinin benzer kurullar eliyle yürütüldüğü, bu kurulların çoğunda hâkim olmayan üyelerle yürütme organının temsilcilerinin de yer aldığı görülmektedir. Ülkemizdeki uygulamayı kıyaslamak bakımından bazı Batı ülkelerindeki durum kısaca göz atmak faydalı olacaktır.

1958 Fransız Anayasası'nın 65 nci maddesinde Yüksek Hâkimler Kurulu'na ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre; "Yüksek Hâkimler Kurulu'na Cumhurbaşkanı başkanlık eder. Adalet Bakanı hukuken başkanvekilidir. Cumhurbaşkanı'na vekâlet edebilir. Bundan başka, Yüksek Hâkimler Kurulu, Cumhurbaşkanı'nca yasada öngörülen koşullara uygun olarak belirlenen dokuz üyeden oluşur." Konuyla ilgili ayrıntılı düzenleme, bu madde gereğince çıkarılan 22 Aralık 1958 günlü ve 58-1271 sayılı kanunla yapılmıştır. Kanuna göre, Kurulun diğer dokuz üyesi Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Bunlardan yedisi hâkim kökenlidir. Üçü Yargıtay, biri Danıştay, diğer üçü ise adliye mahkemeleri hâkimleri arasından seçilir. Kurulun hâkim olmayan iki üyesi ise, Cumhurbaşkanı'nın tamamen kendi takdirine göre, yargı dışından mesleki yetenekleri nedeniyle (uygulamada genellikle mesleklerinde öne çıkmış hukuk profesörleri arasından) seçtiği üyelerdir. Kurul üyeleri 4 yıl için seçilmektedir ve yeniden seçilmeleri mümkündür. Kurulun başlıca görevleri hâkimlerin atanmasında görüş bildirmek ve haklarında gerektiğinde disiplin kurulu olarak karar vermektir. Kurul üyeleri, bağımsızlıklarının sağlanması bakımından görevlerinin devamı süresince terfi etmezler. Ayrıca meslek sırrı yükümlülüğü altında olup, Kurul işlemleri hakkında bilgi veremezler.⁸⁶

⁸⁶ Fransız Anayasası, Çev.Ahmet Şükrü ÖZEREN, Danıştay Yayınları No:58, Ankara-1994; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Devlet Başkanları*), s.115; ÜNAL Şeref, a.g.e., s.63, 88; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.362.

İtalya'da 1948 Anayasası'nın 104 ncü maddesi ile Hâkimlik Yüksek Konseyi kurulmuştur. Konseye ilişkin ayrıntılı düzenleme 24.03.1958 tarihli kanunla yapılmıştır. Hâkimlik Yüksek Konseyi'nin Başkanı Cumhurbaşkanı'dır. Konsey 23 üyeden oluşmaktadır. Bunlardan 14'ü çeşitli kategorilere mensup hâkimler arasından bütün hâkimler tarafından seçilir. 7'si parlamento tarafından hâkim olmayan hukukçular (hukuk fakültesi profesörleri ve 15 yıllık deneyime sahip avukatlar) arasından seçilir. Ayrıca Yargıtay Başkanı ile Başsavcı Konseyin tabi üyesidir. İtalya'da Konseyin çalışmalarının iyi sonuçlar verdiği ve kararlarıyla yargı bağımsızlığının gelişmesine önemli katkılarda bulunduğu ifade edilmektedir.⁸⁷

1976 Portekiz Anayasası'nın 219 ncu maddesi ile hâkimlerin özlük işlerini yerine getirmek üzere Hâkimlik Yüksek Konseyi kurulmuştur. Hâkimlik Yüksek Konseyinin başkanlığı, Yüksek Adalet Mahkemesi Başkanı tarafından yürütülür. Bu Konseyin iki üyesi Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Cumhurbaşkanı'nın bu atama yetkisi karşı-imza kuralına tâbi değildir. Yedi üyesi Cumhuriyet Meclisi tarafından seçilir. Yedi üyesi ise, hâkimler tarafından kendi aralarından seçilir.⁸⁸

1978 İspanyol Anayasası'nın 122 nci maddesi ile kurulan Yargı Kuvveti Genel Konseyi'ne üye atamak yetkisi Krala aittir. 20 üyeli Konseyin 12 üyesi hâkimler arasından, 4 üyesi Milletvekilleri Meclisinin önerisi üzerine, 4 üyesi Senatonun önerisi üzerine (avukatlar ve diğer hukukçular arasından) Kral tarafından atanır. Kralın bu atama işlemleri karşı-imza kuralına tâbidir.⁸⁹

V. YÜKSEK ASKERİ ŞURA

Anayasa'da kararları yargı denetimi dışında tutulan kurumlardan üçüncüsü, Yüksek Askeri Şura'dır. 125 nci maddenin 2 nci fıkrasında yer

⁸⁷ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.65, 88; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.362; GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Türk Anayasa Hukuku*), s.831-854.

⁸⁸ GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Devlet Başkanları*), s.115.

⁸⁹ GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Devlet Başkanları*), s.115; (*Türk Anayasa Hukuku*), s.831-854.

alan hüküm dışında, Anayasa’da Yüksek Askeri Şura ile ilgili her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Şura’ya ilişkin düzenleme 1972 tarihli 1612 sayılı Yüksek Askeri Şura’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile yapılmıştır. Bu bölümde Yüksek Askeri Şura’yı tanıtmak amacıyla; yapısı, görevleri, çalışma ve karar alma usulleri incelenecektir.

4. Yüksek Askeri Şura’nın Yapısı

Yüksek Askeri Şura, Cumhuriyet döneminde ilk olarak 22 Nisan 1341 (1925) tarihli ve 636 sayılı Şurayı Askerinin Teşkilat ve Vezaifi Hakkında Kanun⁹⁰ ile teşekkül ettirilmiştir. Daha sonra, bu Kanunu yürürlükten kaldıran 17 Temmuz 1972 tarihli ve 1612 sayılı Yüksek Askeri Şura’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun⁹¹ ile yeniden düzenlenerek bu günkü şeklini almıştır. Kanunun 9 ncu maddesinde; Yüksek Askeri Şura’nın yönetimi, çalışma usulleri, Genel Sekreterliğin her türlü iş ve işlemlerinin Yüksek Askeri Şuraca kabul edilecek bir İçtüzükle düzenleneceği belirtildiğinden, 10 Şubat 1975 tarihinde kabul edilen Yüksek Askeri Şura İçtüzüğü ile ayrıntılı düzenleme yapılmıştır.⁹²

Kanunun 1 nci maddesine göre Başkentte kurulan ve sadece barış zamanında görev yapması öngörülen Yüksek Askeri Şura’nın kuruluşu, 2 nci maddede düzenlenmiştir. Buna göre Şura; Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma Bakanı, Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı, Ordu Komutanları, Donanma Komutanı ile Silahlı Kuvvetler kadrolarında bulunan orgeneral ve oramirallerden oluşmaktadır.⁹³

⁹⁰ Bkz.29 Nisan 1925 tarih ve 98 sayılı R.G.

⁹¹ Bkz. 20 Temmuz 1972 tarih ve 14251 sayılı R.G.

⁹² *T.C.Anayasası ve Türk Silahlı Kuvvetleri İle İlgili İdari Kanunlar*, Milli Savunma Bakanlığı Yayınları, Harita Genel Müdürlüğü Basımevi, Ankara–1979, s.55.

⁹³ Silahlı Kuvvetlerde orgeneral ve oramiral kadrolarının değiştirilmesi durumunda, Şura’nın üye sayısı da buna bağlı olarak değişecektir. 636 Sayılı Kanun üye sayısını onbeş ile sınırlamaktaydı (md.3). Mevcut durumda ise, ikisi oramiral, onikisi ise orgeneral olmak üzere toplam ondört asker üye Şura’ya katılmaktadır. Bu sayıya Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanları dâhildir.

Yüksek Askeri Şura'nın Başkanı Başbakandır. Başbakan bulunmadığında Genelkurmay Başkanı Yüksek Askeri Şura'ya Başkanlık eder (md.2).⁹⁴ Yüksek Askeri Şura'nın genel sekreteri ise Genelkurmay İkinci Başkanıdır (md. 6).

5. Yüksek Askeri Şura'nın Görevleri

Yüksek Askeri Şura'nın görevleri Kanunun 3 ncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre Yüksek Askeri Şura'nın görevleri şunlardır:

- Genelkurmay Başkanlığınca hazırlanan askeri stratejik anafikrin (Konseptin) tespiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi hususlarında görüş bildirmek,
- Silahlı Kuvvetlerin anaprogram ve hedefleri ile ilgili konularda görüş bildirmek,
- Silahlı Kuvvetlerle ilgili olup önemli görülen kanun, tüzük ve yönetmelik taslaklarını inceleyip görüş bildirmek,
- Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya Milli Savunma Bakanının lüzum gördükleri hallerde Silahlı Kuvvetlerle ilgili diğer konular hakkında görüş bildirmek,
- Diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak.

Görüldüğü üzere; Yüksek Askeri Şura'ya kuruluş kanununda verilen görevler görüş bildirmekten ibaret olup, idari işlem niteliğinde olmayan, istişari nitelikli görevlerdir. 1612 Sayılı Kanun, Yüksek Askeri Şura'nın görevlerinin bir kısmını bu şekilde sayma yoluyla bizzat belirtmiş, ayrıca diğer kanunlarla da Askeri Şura'ya görev verilebilmesine imkân tanımıştır.⁹⁵

⁹⁴ Mülga 636 Sayılı Kanunun ilk halinde Şura'nın tabii başkanı Cumhurbaşkanı idi. 636 Sayılı Kanunda 30.05.1949 tarihinde yapılan değişiklikle (Bkz. 03.06.1949 tarih ve 7223 sayılı R.G.), Şura'nın tabii başkanı Başbakan olarak değiştirildi. Ayrıca aynı değişiklikle Başbakan tarafından davet edilen bakanların da Şura toplantılarında bulunacakları düzenlendi (md. 2).

⁹⁵ Mülga 636 Sayılı Kanun, Askeri Şura'nın tüm görevlerini sayma yoluyla bizzat belirlemekteydi.

Yüksek Askeri Şura'ya diğer kanunlarla verilen görevler esas olarak 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda⁹⁶ yer almaktadır. 926 sayılı TSK Personel Kanunu ile Yüksek Askeri Şura'ya verilen görevler şunlardır:

- Her yıl albay kadro miktarını belirlemek (md.41/b),
- Albaylardan o yıl için hizmet kadrosu fazlası olduğu tespit edilenleri kadrosuzluktan emekliye sevk etmek (md.41/c, 50),
- Gerektiğinde Genelkurmay Başkanının teklifi ile Tuğgeneral - Tuğamiral, Tümgeneral - Tümamiral rütbelerinin kontenjan miktarlarında değişiklik yapmak (md.49/c),
- Her terfi yılı için yıllık kontenjan verilmesi mümkün olmayan Orgeneral - Oramirallerin yıllık kontenjanlarının, kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak hangi yıllarda kullanılacağı saptamak (md. 49/c),
- Düzenlenen bu miktarlara göre terfi sırasına giren albaylardan tuğgeneral - tuğamiral olacakların yıl kontenjanının kara, deniz ve hava kuvvetlerindeki sınıflara ve Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığındaki dağılımını, Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak tespit etmek (md. 49/c),
- Hizmet ve görev ihtiyacı sebebiyle bulundukları rütbede hizmete devam etmelerinde zaruret görülen general ve amirallerden her yıl en fazla 36 general ve amiralin (Zaruri hallerde hizmetin gereklerine göre Genelkurmay Başkanının teklifi ile bu miktar 47'ye kadar arttırılabilir.), Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine üçte iki çoğunlukla alınacak karar ile bir yıl daha aynı rütbede hizmete devam etmelerine karar vermek (md. 49/d),
- Haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmalarının uygun olmayacağına ilişkin sıralı sicil üstlerince işlem başlatılan subay ve astsubaylardan, durumlarının Yüksek Askeri Şura'da incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin, Silahlı Kuvvetlerde kalıp kalmayacaklarına karar vermek (md.50, 94),
- General ve Amiral terfilerini karara bağlamak (md.47, 54).

⁹⁶ Bkz. 10 Ağustos 1967 tarih ve 12670 sayılı R.G.

6. Yüksek Askeri Şura'nın Çalışma ve Karar Alma Usulleri

Yüksek Askeri Şura, normal olarak bütün üyelerinin katılımı ile toplanır. Toplantıya katılmaya engeli olanlar, katılamayacaklarını Şura Genel Sekreterine önceden bildirirler (md. 5/1). Olağan toplantılar biri Ağustos ayının ilk haftasında, diğeri Genelkurmay Başkanınca belirlenecek zamanda olmak üzere yılda iki kez yapılır. Ancak, Genelkurmay Başkanı'nın istemi üzerine de o yıl içerisinde ayrıca toplanılabilir (md. 4).

Yüksek Askeri Şura kararlarını toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile alır (md. 5/2). Ancak kuruluş yasasında toplantı yeter sayısı belirtilmemiştir.⁹⁷ Oylarda eşitlik halinde başkanın oyu çoğunluğu belirler ise de, üyelerin terfi işlemleri ile ilgili konulardaki oy hakkı ve değerlendirme notu eş değerdedir (md. 2/3). Oylama işlemi aksine bir karar alınmadıkça açık olarak yapılır. Toplantıya katılamayan üyeler, gündemdeki konular hakkında görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler (md. 5/3). Yüksek Askeri Şura üyeleri; kendileri, kendilerinden kıdemli veya eşiti olan general ve amirallerin yükselme veya emeklilikleri ile ilgili konularda toplantılara katılamazlar (md.7).

Yüksek Askeri Şura toplantıları gizli olarak yapılır. Görüşmelerin ve alınan kararların açıklanması veya yayımlanması yasaktır. Ancak açıklanmasına Yüksek Askeri Şura'nın kararıyla müsaade edilen konular Genel Sekreterlik aracılığı ile yayınlanır (md.8).

Yüksek Askeri Şura'nın terfi işlemleri ile ayırma işlemlerine ait çalışma usulleri ve kararlarını nasıl alacağı, TSK Personel Kanunu'nun 57 nci maddesi gereğince Subay Sicil Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

⁹⁷ Mülga 636 Sayılı Kanun ise, başkan dâhil beşten az üyenin katılım ve toplantısıyla müzakere yapılamayacağını öngörmekteydi.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ VE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

I. HUKUK DEVLETİ

3. Genel Olarak Hukuk Devleti İlkesi

Toplumsal örgütlenmenin yüzyıllar boyu “mülk” ve “polis devleti” gibi çeşitli aşamalardan geçtikten sonra ulaştığı çağdaş, en ileri düzey ve düzen, kuşkusuz çoğulcu ve demokratik hukuk devletidir.⁹⁸ Tarihsel gelişime bakıldığında, yönetenlerle yönetilenler arasında yüzyıllar boyu süren mücadeleler sonucunda zamanla iktidar sahiplerinin yetkilerini sınırlandırmaları ve kendi koydukları kurallara kendilerinin de uymayı kabul etmeleri ile hukuk devleti fikrinin temellerinin atıldığı görülmektedir. Günümüzde demokratik bir toplumda, yönetimin kendini hukuk kurallarına bağlı sayması, bu kuralların dışına çıktığında, kendini bir yaptırım karşısında bulması hukuk devleti anlayışının zorunlu bir ögesi ve aynı zamanda doğal bir sonucu halini almıştır.⁹⁹ Hukuk devleti, yönetimin tüm faaliyetlerinde hukuku temel olarak kabul etmesini zorunlu hale getirmiştir.¹⁰⁰ Zira hukuk devletinde, devlet yalnız hukuk kurallarını koyan bir varlık değil, koyduğu hukuk kurallarına uyan, onlarla kendini bağlı sayan bir varlıktır.¹⁰¹

Hukuk devleti ilkesi, bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden birisidir. Bu kavram en kısa tanımıyla, vatandaşların hukukî güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. Hukuk devletinin çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biri olduğunda şüphe yoktur. Gerçekten, vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini

⁹⁸ ÖZAY İl Han, *Günışığında Yönetim*, İstanbul–1996, s.9.

⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku–2004*), s.365.

¹⁰⁰ ÖZER Atilla, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara–2003, s.95.

¹⁰¹ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku*), s.1; TUNÇ Hasan, a.g.e., s.91.

korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür. Hukuk devleti, kısaca, inşa edilmiş hukuk kurallarına uygun hareket eden, keyfilik yapmayan hukuka bağlı iktidarlarca idare olunan, vatandaşlarına hukukî güvence sağlayan, insan haklarına saygılı devlet demektir.¹⁰²

Hukuk devletinin varlığı, bazı evrensel ilkelerin ya da unsurların sağlanmış olmasına bağlıdır. Öncelikle; temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması zorunludur. Zira hukuk devleti, yönetilenlere hukuksal güvenceler sağlayan, yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan devlet demektir.¹⁰³ Bu ilkenin varlığı; temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile korunması, bunlara getirilecek sınırlamaların ise ancak genel, soyut ve objektif kanunlarla, demokratik toplum düzenine uygun olarak ve özlere dokunulmaksızın yapılabilmesi ile sağlanabilir.

Hukuk devleti ilkesinin ikinci unsuru; idarenin her türlü faaliyetinin kanunlarla düzenlenmesi (kanuni idare ya da idarenin yasallığı olarak ifade edilen ilke), idarenin her işlem ve eyleminin yasal dayanağının bulunması, idarenin eylem ve işlemlerini yerine getirirken kanunlara uygun ve hukuka saygılı davranmasıdır.

Üçüncü olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesinin sağlanması ve bunun sonucu olarak, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı sağlanarak bunların güvence altına alınmış olması hukuk devletinin başta gelen gereklerindendir. Bu konu önceki bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

¹⁰² DÖNMEZER Sulhi, **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye'deki Durumu**, İnsan Hakları ve Yargı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca 14–15 Mayıs 1998 Tarihlerinde Antalya'da Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiriler, Ankara–1998, s.27; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.113; KUZU Burhan, **Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti**, (<http://64.233.179.104/search?q=cache:WidB9QRP9UUJ:www.academical.org/dergi/MAKALE/09.03.2006>), 09.03.2006.

¹⁰³ GÜNDAY Metin, **Hukuk Devleti ve Yargı**, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi–4, TÜSİAD Yayınları, Aralık–1997; KUTLU Mustafa, **Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı**, Adalet Bakanlığı İnternet Sitesi, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/1_sayi.htm), 05.01.2006.

Dördüncü olarak; idarenin her türlü faaliyeti yargı denetimine tabi olmalı, idari faaliyetler sonucunda kişilerin hakları zarara uğradığında devletin mali sorumluluğu kapsamında bu zararlar karşılanmalıdır. Zira güçlü idare karşısında güçsüz olan bireyin haklarının başka bir yolla etkin olarak korunması mümkün görülmemektedir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Son olarak, yasama organının işlemlerinin yargısal denetimini sağlayacak anayasa yargısının kurulmuş ve işliyor olması gereklidir. Anayasa yargısı artık hukuk devletinin evrensel bir ölçütü olmuştur.¹⁰⁴ Zira idarenin hukuka bağlılığı sağlanmış olsa bile, yasama organınca çıkarılan kanunların anayasaya aykırı olması ve bunun engellenememesi halinde, bu kanunlar uygulanacağından bireylerin haklarının çiğnenmesi önlenemez.¹⁰⁵ Anayasaya uygunluğu sağlamaya yönelik her türlü yargısal işlem anlamında anayasa yargısı, en etkin hukuki güvence olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶

Bu açıklamalar ışığında hukuk devletinin tanımı; “İnsan hak ve hürriyetlerine saygılı ve bunların kapsamını anayasasında belirleyerek koruma mekanizmalarını düzenleyen, tüm işlemlerinde hukuka bağlı olup keyfiliğe dayanan işlemleri bulunmayan, hem yasama ve hem de yürütme organlarından sadır olan tasarrufları, bağımsızlığını ve tarafsızlığını tam olarak sağladığı yargıya etkin bir şekilde denetleyen devlet” şeklinde yapılabilir.¹⁰⁷

¹⁰⁴ KABOĞLU İbrahim, **Anayasa Yargısı**, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi—4, TÜSİAD Yayınları, Aralık—1997.

¹⁰⁵ GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.50-53; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e. (*Yönetmelik Yargısı*), s.2; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.113-123; GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Türk Anayasa Hukuku*), s.169-178, (<http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm>), 09.03.2006; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.21-33; IŞIKAY Mahir, **Yürütmenin Durdurulması**, AYİM Dergisi, Genelkurmay Basımevi, Ankara-2001, S.15, s.57.

¹⁰⁶ Anayasa yargısının temel amacı, tamamıyla anayasaya uygun işlemlerin oluşumunu sağlamak ve bu alandaki aykırılıkları gidermektir; TUNÇ Hasan, a.g.e., s.86, 87, 91.

¹⁰⁷ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.36.

4. Anayasamızda Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa'nın 2 nci maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" başlığı altında; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Ayrıca 5 nci maddede de, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan engelleri kaldırmak, Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.¹⁰⁸

Yine Anayasa'nın 8 nci maddesinde; yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiş, 123 ncü maddesinde de; "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilerek, bu iki madde ile idarenin yasallığı ilkesi vurgulanmıştır. Anayasa'nın 11 nci maddesinde de; Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Belirtilen maddeler dışında Anayasa'nın 68 nci maddesinde yer alan siyasi partilerle ilgili düzenlemede de; siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin, diğer bir takım ilkeler dışında hukuk devleti ilkesine de aykırı olamayacağı vurgulanmaktadır.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

5 nci madde metni ise şöyledir: "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

¹⁰⁹ 68 nci maddenin konuya ilişkin düzenlemeyi içeren dördüncü fıkrası hükmü şu şekildedir: "Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez."

Anayasa’da ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi, Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında da tanımlanmış ve kararlara dayanak teşkil eden, başta gelen ilkeler arasında yer almaktadır. Yüksek Mahkeme, kararlarında hukuk devletinin tanımını yaparak, hukuk devleti olabilmenin koşullarını ortaya koymaktadır. Bir kararında konuya ilişkin olarak; “Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde, kanunkoyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanunkoyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır.”¹¹⁰ açıklamasını yapmıştır. Diğer bir kararında; “Hukuk devleti, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.” şeklinde görüş bildirmiştir.¹¹¹ Başka bir kararda ise; “Anayasa’nın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylemleri ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren; insan haklarını koruyan, güçlendiren, geliştiren; Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan; hukuku tüm organlarına egemen kılan; yargı denetimine açık olan; temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın yasalara üstünlüğünü kabul eden devlettir.” demek suretiyle ayrıntılı bir hukuk devleti tanımlı yapmıştır.¹¹²

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 11.10.1963 gün ve E.1963/124, K.1963/243 sayılı kararı, AMKD, S.1, s.348; 25.05.1976 gün ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararı, AMKD, S.14, s.189; 21.09.1995 gün ve E.1995/27, K.1995/47 sayılı kararı, 10 Nisan 1996 tarih ve 22607 sayılı R.G.; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.1; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.113; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.35.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi’nin 27.03.1986 gün ve E.1985/31, K.1986/11 sayılı kararı, AMKD, S.22, s.115; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.36.

¹¹² Anayasa Mahkemesi’nin 26.03.1999 gün ve E.1999/14, K.1999/6 sayılı kararı; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.125.

Yüksek Mahkeme 12 Kasım 1991 tarih ve 1991/43 K. sayılı kararında da hukuk devleti ilkesini, “yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması” olarak tanımlamıştır.¹¹³

Görüldüğü üzere; Anayasa’da hukuk devletinin temel unsurları açık olarak düzenlenmiş, bu ilkenin hayata geçebilmesi amacıyla çeşitli güvence ve yaptırımlar bizzat Anayasa ile ifade edilmiştir. Ayrıca yargının zirvesinde konumlanmış olan Anayasa Mahkemesi de birçok kararında hukuk devleti ilkesine vurgu yaparak, bu ilkenin gerçek hayatta somutlaşmasını sağlamaya katkıda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme böylelikle, özellikle yasama organının işlemlerinin denetiminde bu ilkeyi belirleyici kriter olarak kullanagelmiş ve hayata geçirmiş bulunmaktadır. Ancak genel olarak kabul edildiği gibi, bu ilkelerin Anayasa’da düzenlenmesi ve güvence altına alınması zorunlu olmakla birlikte yeterli değildir. Hukuk devletinin mevcudiyeti, devletin tüm kurumlarıyla Anayasa’da ifade edilen bu temel ilkelere uyulmasına, bu ilkelerin hayata geçirilmesine bağlıdır. Hukuk devleti, tüm kurumların ve vatandaşların hukuku her şeyin üstünde tutmaları ve hukuku oluşturan kurallara içtenlikle uymaları ile vücut bulur. Bu, aynı zamanda toplumsal barışın egemen olmasını, insan haklarına saygının kurumsallaşmasını ve demokratik hukuk devletinin gerçekleşmesini sağlamanın yoludur.

II. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

1. *İdarenin Yargısal Denetiminin Amacı ve Gerekliliği*

Yürütmenin bütün işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olması, hukuk devletinin başlıca varlık şartlarından birini oluşturmaktadır. Hukuk kurallarına uymayı sağlayacak mekanizmada, öncelikle yürütmenin eylem ve işlemlerinin

¹¹³ GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Türk Anayasa Hukuku*), s.169–178, (<http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm>), 09.03.2006.

yargı denetimi altında bulunması akla gelmektedir. Zira yürütmenin başka yollarla da denetlenmesi mümkün ve uygulanmakta ise de,¹¹⁴ diğer denetim yolları her zaman etkili ve tarafsız olarak işletilememekte, bu yollarla güçlü yürütme karşısında kişilerin hakları yeterince korunamamaktadır.¹¹⁵ Bu nedenle idare edilenlerin yürütme erki ve idare ile olan anlaşmazlıklarını objektif bir biçimde inceleyip karara bağlayacak tarafsız bir mercie ihtiyaç vardır. Tarih boyunca edinilen tecrübeler bu sonucu ortaya koymuştur.¹¹⁶

Yürütme ve kişiler arasında çıkan anlaşmazlıkların giderilmesinde en etkili ve nesnel yol, yargı erkinin işe karışması ve yürütmenin eylem ve işlemlerini yargı denetimine tabi tutmasıdır.¹¹⁷ Yürütmenin yargısal denetimi, hukuk devleti düzeninde bireylere tanınmış bir hak olup, bütün demokratik ülkelerde yerleşmiş bir kuraldır.¹¹⁸ Yargı denetimi sayesinde yürütmenin hukuka bağlılığı etkili bir biçimde sağlanmış ve idare edilenler yürütmenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuş olur.¹¹⁹ İdare edilenlerin idare ile olan anlaşmazlıklarını tarafsız bir yargı kuruluşu önüne götürebilmeleri, onların idarenin eylem ve işlemleri karşısında huzur ve güven duygularını artırır ki, tek başına bu yarar bile yargı denetimini haklı gösterecek kuvvettedir.¹²⁰

Buna göre, hukuk devleti ilkesi ile yürütme organının temsilcisi olan idarenin yargısal denetimi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. İdarenin tüm

¹¹⁴ “İdarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak amacı ile uygulamada çeşitli denetim yollarına başvurulmaktadır. Bunlar; idari denetim, siyasi denetim, kamuoyu denetimi ve yargı denetimi olarak sıralanabilir.”, GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, *İdari Yargı*, TODAİE Yayınları, No:116, Sevinç Matbaası, 6.Baskı, Ankara–1970, s.1; GÜNDAY Metin, a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.45.

¹¹⁵ “Ancak yargı denetimi yanında yargı dışı denetime de ihtiyaç vardır. Zira, yargısal denetim sadece hukuka uygunluk denetimi yaparken, yargı dışı denetim ihtiyaca uygunluk konusunu da ele alır. Dolayısıyla her iki denetim biçimi birbirini tamamlar.”, BALTA Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE Yayınları, Sevinç Matbaası, No:117, Ankara–1970, s.222.

¹¹⁶ BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.221.

¹¹⁷ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku–2004*), s.365.

¹¹⁸ KUZU Burhan, a.g.m., 09.03.2006; ÜNLÜÇAY Mehmet, **İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü**, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin-yargisal-denetimi-ve-hukukun-ustunlugu.htm>), 10.03.2006.

¹¹⁹ GÜNDAY Metin, a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.45.

¹²⁰ BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.222.

eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması, hukuk devleti ilkesinin “olmazsa olmaz” ilkelerinden birisidir. Zira yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, hukuk devletine ulaşılması, yönetimin yetkilerinin sınırlandırılması, faaliyetlerinin hukukun çizdiği sınırların içine çekilmesi ve bireyin haklarının yönetim karşısında güvence altına alınması ile gerçekleşmiştir. Bu bakımdan bireyin ve haklarının yürütme organına karşı korunması büyük önem taşımaktadır. Yargı organı tarafından yapılan denetim, hukuk devletini inşa etmenin yollarından biri ve en üst kanun olarak anayasayı kabul etmenin zorunlu bir sonucudur.¹²¹

Bireyin ve haklarının korunması öncelikle, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da düzenlenmesi ve güvence altına alınması ile mümkündür. Daha sonra çeşitli mekanizmalar kurularak, idarenin eylem ve işlemlerini hukukun içinde ve yasalar çerçevesinde gerçekleştirmesi sağlanır. Ancak alınan bu önlemler, idarenin hukukun içinde işlemesinin sağlanmasında yeterli olmayabilir. Bu durumda yargının faaliyete geçerek hukuka aykırılığı ortadan kaldırması ve hukuka aykırı davranış nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini sağlaması gerekecektir.

Toplumda kişinin hak ve özgürlüklerinin yalnız kişiler arasında, birbirlerine karşı korunması yeterli değildir. Kişinin, yürütmenin hukuka aykırı davranışlarına karşı korunması da gereklidir.¹²² Zira yürütme organı, teknik bir takım işlemleri yerine getirirken, kendi sorumluluğunu ileri sürerek, halkın gerçek istemine aykırı işlemlerde bulunabilir.¹²³ İdarenin artan görev ve yetkilerini kötüye kullanmalarını, keyfiliğe kaçarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini zedelemelerini önlemek için bir takım yaptırımlara ihtiyaç duyulmuştur. Bundan dolayıdır ki; devletin hukuki tasarruflarını sınırlayacak üstün hukuk kurallarının varlığını kabul etmek gerektiği gibi, tasarrufların bu üstün kurallara aykırı olduğu zaman bu aykırılığın doğru olup olmadığını

¹²¹ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.112; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.48.

¹²² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.2.

¹²³ AKIN İlhan, *Kamu Hukuku*, 1987, s.419.

yargısal usullerle tespit edecek ve sonuçta hukuk kurallarına aykırı durumu ortadan kaldıracak bir yargı örgütüne ve yargısal denetime ihtiyaç vardır.¹²⁴ Bu nedenle, hukuk devletinde hukukun en büyük güvencesi, yargısal denetim yolu ile; yasama, yürütme etkinlikleri ve düzen içindeki tüm ilişkilerin hukuka uygunluğunu gerçekleştiren yargı örgütü ve onun başında bulunan yüksek mahkemeler olmaktadır. Yargısal denetim ile, yürütmenin tutum ve davranışlarından dolayı haksızlığa uğrayan kimse, yetkili yargı yerine başvurarak, idari işlemin iptalini, kendisine yapılan haksızlığın giderilmesini isteyebilir.¹²⁵ Görüldüğü gibi asıl amaç, yönetilenleri yürütme organının temsilcisi idareye karşı korumaktır.¹²⁶

Yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargı yoluyla denetlenmesinin, bu yolun yavaş işlemesi ve sonucun geç alınması, ayrıca bu denetimin yürütmenin işleri ile kamu hizmetlerinin yürütülmesini güçleştirmesi gibi bir takım sakıncaları da bulunmaktadır.¹²⁷ Yargısal denetimde aşırılığa kaçmak, idareyi hareketsizliğe, iş yapmamaya ve sonuçta kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilememesine yol açabilir.¹²⁸ Ancak, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, kişilerin ve haklarının, güçlü yürütme ile temsilcisi idare karşısında nesnel ve etkili olarak korunmalarını sağlayacak başkaca bir yol bulunmamaktadır. Bu nedenle demokratik hukuk devleti yapısında, yargı denetiminden vazgeçilmesi mümkün değildir. Bunun yerine; yargısal denetimin yürütmenin etkinliklerini felce uğratmamasına dikkat edilmesi, yargı denetiminin sakıncalarını en aza indirecek mekanizmalar geliştirilmesi, bu anlamda yargılama sürecinin hızlandırılması ve yargı denetimi sırasında kişisel yararlar kamu yararı arasında denge kurulması sağlanmalıdır.

¹²⁴ ÖZAY İl Han, a.g.e., s.10.

¹²⁵ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.2.

¹²⁶ IŞIKAY Mahir, a.g.m., s.60.

¹²⁷ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku-2004*), s.365; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.222.

¹²⁸ GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.51.

2. İdarenin Yargısal Denetiminde Uygulanan Sistemler

Yürütmenin eylem ve işlemlerinden menfaati ya da hakkı ihlal edilen kimsenin, yetkili yargı yerine başvurarak yönetsel işlemin iptalini veya karşılaştığı haksızlığın giderilmesini isteyebileceği birbirinden farklı sistemler mevcuttur. Bugün, demokratik ülkelerde idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda başlıca iki sistem uygulanmaktadır. Bunlardan birincisi, bu denetimi genel yargı organlarına bırakan ve özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan “adlî idare” ve “yargı birliği” sistemidir. Bu sistemde tek bir yargı organı vardır ve devletle fert arasındaki hukukî uyuşmazlıklar, tıpkı fertler arasındaki hukukî uyuşmazlıklar gibi bu yargı organlarınca, yani genel mahkemelerce çözülür. İkinci sistemde ise; yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukukî uyuşmazlıkların çözümünü, genel mahkemede değil, özel bir takım yargı kuruluşlarına, yani idare mahkemelerine bırakır. “İdarî yargı” adı verilen bu sistem, Fransa’da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupası ülkelerine yayılmıştır. Ülkemizde de yüzyılı aşkın bir süredir bu sistem uygulanmaktadır.¹²⁹

Yargı birliği sisteminin uygulandığı ülkelerde, yargı bir bütün olarak örgütlenmiştir. Tek bir düzen olarak örgütlenen yargı, hem bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklara, hem de bireylerle idare arasında çıkan uyuşmazlıklara bakarak bunları çözüme bağlar. Yargı birliği sistemi, idare ile bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklar için uzmanlık mahkemelerinin ya da yargı görevleri de olan idari kuruluşların bulunmasına engel değildir. Ancak, yargı düzeninin tepesinde tek bir yüksek mahkeme bulunması nedeniyle bu sistem yargı birliği rejimi olarak isimlendirilmektedir. Anglo-Sakson ülkelerinde (örneğin İngiltere’de¹³⁰) uygulanmakta olan bu sistemde, adalet mahkemeleri

¹²⁹ KUZU Burhan, a.g.m., 09.03.2006; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e. (Yönetim Hukuku-2004), s.366; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.223; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.114; ALPAR Erol, **Yönetim Hukuku ve Özellikleri**, AYİM Dergisi, Genelkurmay Basımevi, Ankara-2001, S.14.

¹³⁰ “Büyük Britanya’da kamu hukuku-özel hukuk ayrımının tartışmalı olmasının, idare hukuku kavramının Kara Avrupası anlamında kabul görmemesinin ve bu konulardaki gelişmelerin sistematik olmamasının en önemli nedenleri İngiltere’de ayrı bir Anayasa hukuku geleneğinin ve haklar teorisinin olmamasıdır. İdari yargı fikri de, anayasaya uygunluk denetimi fikri gibi,

tüm uyuşmazlıkları çözümlenmekte, idare ile birey mahkeme karşısında aynı düzeyde tutulmakta, bunlara aynı hukuk kuralları uygulanmaktadır. Ancak bu sistem, idarenin görevlerinde ortaya çıkan gelişme ve genişleme nedeniyle yetersiz kaldığı için yoğun eleştirilere uğramış, bunun sonucunda İngiltere’de bireylerle idare arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere yarı yargısal kuruluşlar kurulmuştur. ABD’de de benzer sistem yürürlüktedir. Burada da idari işlem ve eylemlere bakan mahkemelerle diğer cezai ve hukuki uyuşmazlılara bakan mahkemeler aynıdır ve tüm federal yargı mercilerinin üstünde tek bir Yüksek Mahkeme mevcuttur.¹³¹ Ayrıca devletin iktisadi ve toplumsal alana karışmasını düzenleyen bağımsız düzenleyici komisyonlara yargı yetkisi tanınmıştır. Ancak yargısal görevleri de olan bu bağımsız kuruluşları, adli yargının dışında tam bir idare mahkemesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Genel olarak bunların kararlarına karşı adliye mahkemelerine, bazı durumlarda da Yüksek Mahkemeye kadar itiraz etme imkânı mevcuttur. Bu nedenlerle bu kuruluşlar henüz adli yargının yanında ayrı bir idari yargı düzeni oluşturacak yapıda değildir.¹³²

Diğer sistem olan idari yargı sistemi ise, yukarıda belirttiğimiz gibi, Fransa’da ortaya çıkmış, Fransız Devrimi’nden sonra gelişmiş ve tüm Kara Avrupası üzerindeki ülkelere yayılmıştır. Bu sistem, Avrupa dışında ayrıca Mısır ve Lübnan gibi bazı Ortadoğu ülkelerinde de benimsenmiştir. Bu sistemde adli yargı dışında idari yargı yapısı mevcuttur. İdari yargı, idarenin idare hukukunca düzenlenen faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklara bakan, kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olan ayrı bir yargı düzenidir.¹³³

İngiliz hukukçuları için gereksiz bir fazlalık olarak görülmektedir.”, ÖRÜCÜ Esin, **Büyük Britanya’da İdarenin Yargısal Denetimi**, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10–14 Mayıs 1993) Bildiri Özetleri, Ankara, s.254–275.

¹³¹ STRAUSS Peter L., **Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü**, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993) Bildiri Özetleri, Ankara, s.84-101.

¹³² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.4; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.223.

¹³³ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.5; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.224.

İdari yargı sisteminin uygulaması ülkelere göre farklılık arz etmektedir. Bu nedenle uygulanan düzenlerin özelliklerine göre, idari yargı sistemi kendi içerisinde gruplara ayrılmaktadır. Kuruluş yönünden idari yargı yerleri, kimi ülkelerde Danıştay tipi denilen sistemde, kimi ülkelerde ise mahkeme biçiminde örgütlenmiştir. Danıştay tipi sistemde; Fransa'da ve ülkemizde olduğu gibi, idari yargı, idare ile bağları olan, yargısal görevleri yanında bir takım idari görevleri de olan, başında Danıştay olarak isimlendirilen bir kuruluşun yer aldığı idari yargı yerlerinden oluşur. Bu sistem en yaygın idari yargı sistemidir. Diğer düzende ise, idari yargı hizmeti yalnızca yargı görevi bulunan ve tam bir mahkeme niteliğine sahip kuruluşlarca yürütülmektedir. Almanya¹³⁴ ile bazı Orta Avrupa ülkelerinde uygulanan bu sistem, idari mahkemeler ile başlarında yer alan yüksek idare mahkemelerinden oluşmaktadır.¹³⁵

İdari yargı sisteminde ikinci ayırım görev yönünden yapılmaktadır. Bu ayırimda “geniş görevli” ve “dar görevli” olmak üzere iki tür yapılanma bulunmaktadır. Geniş görevli sistemde, Fransa ve Türkiye’de olduğu gibi, idari yargının görev alanı oldukça geniştir. İdare hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tümü idari yargıda çözümlenir. Dar görevli sistemde ise, sadece bir kısım idare hukuku konuları idari yargı yerinde çözümlenir. Çoğu kez, idari işlemin iptali için açılan davalar idari yargı yerlerinde, idarenin mali sorumluluğunu gerektiren davalar ise adalet mahkemelerinde karara bağlanır. Bu sistemin uygulandığı ülkelere İtalya ve Belçika örnek gösterilebilir.¹³⁶

Yargı birliği ya da idari yargı sistemlerinden hangisi tercih edilirse edilsin, günümüzde idarenin yargısal denetimi, bütün demokratik ülkelere yerleşmiş bir kural olarak uygulanmakta olup, hukuk devleti ilkesinin

¹³⁴ Almanya’da idari yargının gelişimi ve bugünkü durumu hakkında geniş bilgi için: PAULY Walter, **Birleşen Almanya’da İdari Yargının Yapısı ve Gelişimi**, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10–14 Mayıs 1993) Bildiri Özetleri, Ankara, s.60–67.

¹³⁵ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.9; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.224.

¹³⁶ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.10; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.225.

vazgeçilmez unsurlarından birisi olarak görülmektedir. İdarenin yargısal denetiminin hangi sistemde daha etkin yerine getirildiği konusunda yazarlar, tıpkı iki sistemden birisini tercih eden devletler gibi ikiye ayrılmışlardır.

Burhan KUZU ve Ergun ÖZBUDUN'a göre; hukuk devleti ilkesi, gerek adlî yargı, gerekse idarî yargı sistemleriyle bağdaşabilir. Hukuk devleti bakımından önemli olan nokta, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarında denetlenebilmesidir. Bu denetim sağlandıktan sonra, denetimi yapan mahkemenin genel mahkeme veya idare mahkemesi oluşu hukuk devleti ilkesi bakımından önem taşımaz. Bu yazarlar, hukuk devletinin, adli idareyi (yargı birliği sistemi) benimseyen Anglo-Sakson ülkelerinde olduğu kadar, idari yargıyı benimseyen Kara Avrupası ülkelerinde de mevcut olduğunu savunmaktadırlar.¹³⁷

Şeref GÖZÜBÜYÜK, Tahsin Bekir BALTA ve Metin GÜNDAY gibi bazı yazarlar ise, yürütmenin etkili denetiminin ancak idari yargı sistemi ile yapılabileceğini belirtmektedirler. GÖZÜBÜYÜK'e göre; "Günümüzde yönetsel yargının ulaştığı düzeyden sonra, yeniden yargı birliği sistemine gidilmesi, başka bir deyişle yönetsel uyuşmazlıklara adli yargıda bakılması, geriye bir dönüş olur." Yine yazara göre, yargı birliği sistemine gidilmesi çeşitli sakıncalar doğurur. Yönetsel uyuşmazlıkların adli yargı tarafından karara bağlanması, uzmanlaşmaya ters düşer. Adli yargıda görev yapan yargıçların yetişmeleri, yönetsel uyuşmazlıkları karara bağlamaya elverişli değildir. Özel hukukta taraflar arasında eşitlik olduğu halde, yönetim hukukunda, yönetim bireye göre üstün tutulmuştur. Bu nedenle yönetim hukuku özel hukuktan çok farklıdır. Ayrıca yönetim hukukunun kuralları, yönetsel yargı tarafından içtihatla geliştirilmiştir. Diğer yandan, yargı birliği sistemine gidilmesi, yönetim hukukunu özel hukuka yakınlaştırır. Bu uygulama, yönetim hukukunun gelişimini önler. Başka bir sakınca da, adli yargının yönetimin tek yanlı işlemlerini denetlemede yetersiz kalmasıdır. Bu

¹³⁷ KUZU Burhan, a.g.m., 09.03.2006; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.115.

boşluğu doldurmak için yargı birliği sistemi uygulanan ülkelerde yargısal görevleri olan yönetsel kuruluşlar oluşturulmuştur.¹³⁸

Kanaatimizce bu konuda ikinci düşünce tarzı daha isabetlidir. Zira günümüzde gelişen ve değişen ihtiyaçlar, başlıca görevi kamu hizmetlerini yürütmek olan idarenin fonksiyonlarının artmasına, buna bağlı olarak idari yapının büyümesine ve yapısının karmaşıklaşmasına yol açmıştır. Bu şekilde hayatın her alanında yapılan idare, bireye karşı daha da güçlenmiş, bireyle idare arasındaki uyuşmazlıklar hem artmış, hem de çeşitlenmiştir. Bu durum, bazen içinden çıkılmaz hale gelen uyuşmazlıkları çözmekte uzmanlaşmayı zorunlu kılmaktadır. Zira özel hukuk uyuşmazlıklarından farklı olarak, idare ile bireyler arasında yaşanan uyuşmazlıklarda birçok kez, kamu yararı ile bireyin menfaati çatışmaktadır. Böyle durumlarda bireyin menfaati ile kamu yararı arasında hassas dengeyi kurabilmek, bu alanda uzmanlaşmış yargı yerlerince yerine getirilebilir. Yüksek idari yargı yerinin de katılımıyla oluşan içtihatlar ile, idare ile bireyler arasında adil dengenin kurulması işlevi yanında, idareye sonraki benzer durumlarda sergilenecek davranış biçimini seçmesinde yol göstericilik işlevi de yerine getirilir. İdari yargının bu işlevi sayesinde, idare, sonradan yargıdan döneceğini tahmin ettiği işlemi yapmaktan çekinebilir. Bu, aynı zamanda idarenin yasalara uygun davranmasını sağlayarak, vatandaşların haklarının ihlal edilmesini de önleyecektir.

Diğer yandan günümüzde yaşanan gelişmeler ve teknoloji ile bilim alanındaki hızlı ilerleme, her alanda uzmanlaşmayı da zorunlu kılmakta ve beraberinde getirmektedir. Bu durum, hukuk alanına da yansımıştır. Adli mahkemelerdeki çeşitlenme bunun en büyük göstergesidir. Geçmişte hukuk ve ceza ayrımı ile işlevini yerine getiren adli yargı, sulh hukuk, sulh ceza, asliye hukuk, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ayrımlarından sonra, çocuk, aile, ticaret, tüketici mahkemeleri gibi birçok ayrıma gitme ihtiyacı

¹³⁸ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetsel Yargı*), s.8; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.228; GÜNDAY Metin, a.g.b.(*Hukuk Devleti ve Yargı*).

duymuştur. Toplumda yaşanan gelişmeler, yargı alanında da gelişme ve uzmanlaşmayı zorunlu kılmıştır. Zira “ihtisas mahkemeleri” olarak adlandırılan konusunda uzmanlaşmış bu yargı yerlerinin, kendi alanlarına giren uyuşmazlıkların çözümünde daha başarılı ve etkin oldukları kabul edilmektedir. Aynı ihtiyacın idari uyuşmazlıklar bakımından da mevcut olduğu açıktır. Bu nedenle idari yargı sisteminin uygulanmasının, idarenin etkin yargısal denetimi açısından gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

III. ÜLKEMİZDE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

Hukuk devletinin varlığı için, yürütmenin ve bireylerle temas halindeki temsilcisi olan idarenin hukuka bağlılığının sağlanması, bunun tam olarak gerçekleşmesi için de yargısal denetimin mevcudiyetinin zorunluluğu açık olup, tüm demokratik ülkelerde kabul edilmiş, ayrıca hayata geçirilmiştir. Bu konunun hayatiyetini yukarıda açıklamaya çalıştık. Bu başlık altında ise, öncelikle ülkemizde idare hukukunun ve yargısının gelişimine, hangi aşamalardan bugünkü düzeye ulaştığına kısaca deyinmeye çalışacağız. Sonrasında ise ülkemizde mevcut sistemde idarenin yargısal denetiminin sınırlarını belirleyerek, Anayasa ile kararları yargı denetimi dışında bırakılan kurumları incelemeye çalışacağız.

5. Ülkemizde İdare Hukukunun ve Yargısının Tarihi Gelişimi

İdare hukukunun oldukça genç hukuk dallarından olduğu, Fransa’da doğup geliştiği ve diğer ülkelere yayıldığı, her geçen gün gelişimini sürdürdüğü genel olarak kabul gören bir olgudur. Ülkemizde de geçmişi çok gerilere uzanmamaktadır. Ülkemizde yazılan ilk idare hukuku kitabı bugüne kadar saptanmış değildir. Genel kabule göre, ilk ders kitabı İbrahim Hakkı Paşa tarafından yazılmıştır. Birinci cildin ikinci baskısı 1896 tarihlidir.¹³⁹

¹³⁹ AKILLIOĞLU Tekin, **Yönetim Hukukumuz ve Geleceği**, (www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm), 23.11.2005.

A. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Ülkemizde idare hukuku ve yargısı, Osmanlı İmparatorluğu döneminde Fransız Devrimi'nden sonra Fransa'nın etkisiyle ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Tanzimat'tan önceki dönemde Osmanlı Devleti mutlak bir hükümdarlıkla idare edilmiştir. Bu dönemde idare edilenleri, idarenin haksızlıklarına karşı devrin anlayışı ölçüsünde koruyan bir takım idari ve yargısal denetim yolları mevcut olmakla birlikte, son derece yetersizdir.¹⁴⁰

Anayasal belgelerimizin ilki sayılan ve akdi bir belge niteliğinde olan Senedi İttifak ile ayan ve hanedanlar padişaha sadakat, padişah ise ayan ve hanedanlara teminat verme taahhüdünde bulunmuştur.¹⁴¹ Bu belge ile padişahın ve hükümetin iradesi üstünde bir hukuk kuralı yaratılmaya çalışılması, düşünce boyutunda olsa da mutlak otoritenin sınırlanabileceği gerçeğini gözler önüne sermiş olması, hukuk devletine doğru atılan bir adım olarak nitelendirilmiştir.¹⁴²

İkinci önemli belge olan Tanzimat Fermanı'nda temel düşünce, çağdaş anlamda “kanuni idare-yasal yönetim” kurulmasıdır. Bu belge ile başlatılan yeni dönemin temel amacı ise, yasal yönetim yanında, bütün Osmanlı uyruklarının can güvenliğini, kişi dokunulmazlığını, ırz, namus ve mal güvenliğini sağlamaktır.¹⁴³

Tanzimat Dönemi girişimlerinin asli gayesi, devlet ve idare mekanizmasını düzeltmek, keyfi ve şahsi idareye son vermek, yönetimi bir esasa bağlamaktır. Gülhane Hattı Hümayunu ile padişah, tek yanlı iradesi ile sınırsız hâkimiyetini sınırlandırmakta, bizzat kendisinin kanunlara uyacağını

¹⁴⁰ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, *Yönetim Hukuku*, S Yayınları, 3.Baskı, Ankara-1989, s.24.

¹⁴¹ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.12-13.

¹⁴² TUNÇ Hasan, a.g.e., s.14; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.3; ONAR Sıddık S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, İstanbul-1966, s.147; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku-1989*), s.24.

¹⁴³ AKILLIOĞLU Tekin, a.g.m., 23.11.2005.

vaad etmektedir.¹⁴⁴ Tanzimat dönemini başlatan Gülhane Hattı Hümayunu, Islahat Fermanı ve Fermanı Adalet, hukuk devletine giden yolda önemli belgelerdir.¹⁴⁵

İdari yargı alanındaki ilk girişim ise, 1868 yılında Fransa'daki örneğine göre kurulan "Şurayı Devlet" ile yapılmıştır. Şurayı Devletin kurulması, ülkemizde 19 ncu yüzyılın ilk yıllarında başlayan ıslahat ve yenileşme hareketlerinin en önemlilerinden biridir. Padişah Abdülaziz'in 10 Mayıs 1868 günlü nutkuyla fiilen çalışmaya başlayan Şurayı Devlet'in görevleri arasında, hükümet ile kişiler arasındaki davalara bakmak da vardır. Böylece Türkiye'de idari yargının temelleri atılmıştır.¹⁴⁶ Ancak Şurayı Devlet'in yargı görevi sınırlı tutulmuştur. Davaların Şura'ya, sadaret makamından havale olunması gerekiyor, yargısal kararlar sadrazamın onayı ve padişahın iradesi ile yürürlüğe giriyordu.¹⁴⁷

I nci ve II nci Meşrutiyet yönetimleri, idarenin işleyişindeki aksaklıkları gidermeyi amaçlayan bir takım tedbirler almaya çalıştılsa da, idarenin yargısal denetimi kurulamamıştır. Hatta tam tersine 1876 tarihli Kanunu Esasi ile (md.89), kişilerle hükümet arasındaki davalar dahi genel mahkemelerin yetki alanına sokulmuş ve idari yargı denemesine son verilmiştir. Bu dönemde Şurayı Devlet'in memurların muhakemesi ile uğraştığı söylenebilir. Genel mahkemelerin idari uyuşmazlıklara baktıkları ise söylenemez. Zaten mahkemelere ilişkin görev kuralları idari uyuşmazlıkları kapsar nitelikte de değildir. Bu dönemde, Fransız örneğine uygun olarak idari yargının tekrar kurulması amacıyla Danıştay Kanunu tasarısı hazırlanarak Meclise sunulduysa da, kanunlaşmamıştır.¹⁴⁸ İmparatorluk döneminde 54 yıl görev yapan Danıştay'ın faaliyeti, 4 Kasım 1922 tarihinde İstanbul'daki bütün

¹⁴⁴ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.16,18; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.3.

¹⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku-1989*), s.25.

¹⁴⁶ Danıştay İnternet Sitesi, <http://www.danistay.gov.tr/>, 14.03.2006.

¹⁴⁷ BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.226-227; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku-2004*), s.368.

¹⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku-2004*), s.368; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.227; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.38; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku*), s.16.

merkez kuruluşlarının TBMM Hükümetinin idaresine geçtiği sırada sona ermiştir.¹⁴⁹

Kanunu Esasi döneminde, Devletteki tüm yetkiler padişahta toplanmıştır. Vekiller Heyeti eliyle yürütme yetkisini kullanan padişah, bu heyetin göreve getirilmesinde ve görevden alınmasında tam yetkilidir. Yargı gücü ise, şer'îye ve nizamiye mahkemeleri ile bakanları yargılayan "Divanı Ali" adındaki yüksek mahkeme tarafından kullanılmaktadır. Bu özellikleriyle sistem, parlamento ile yumuşatılmış mutlak monarşi niteliğindedir.¹⁵⁰

Kanuni Esasi ile getirilen idare hukuku açısından önemli görülebilecek gelişme, sadece taşrada merkezi idarenin mutlak egemenliği yanında sınırlı bir yerel temsil ilkesi getirilmeye çalışılmasıdır. Yönetim, Tanzimat'la birlikte ilk kez bir hukuk sistemi haline gelmiştir.¹⁵¹ İdari yargı sisteminin ise tam olarak uygulandığı ve Şurayı Devlet'in gerçek anlamda idari yargı denetimi yaptığı söylenemez. Ülkemizde idari yargı sisteminin uygulanması ancak Cumhuriyet döneminde, Danıştay'ın kurulması ile olmuştur.¹⁵²

B. 1924 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası hazırlanırken, o zamanın cumhuri devletlerinin anayasaları arasından en önemlileri göz önünde bulundurulmuş, özellikle III ncü Fransız ve Polonya Anayasalarından etkilenilmiştir. Parlamenter sistemin etkisindeki Anayasa'da yürütme yetkisi kural olarak Meclis'e ait olmakla birlikte, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu eliyle kullanılmaktadır. Bu sisteme "kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı" sistemi adı verilmektedir.¹⁵³

¹⁴⁹ Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

¹⁵⁰ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.23, 24; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.4, 5.

¹⁵¹ BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.226; AKILLIOĞLU Tekin, a.g.m., 23.11.2005.

¹⁵² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.16.

¹⁵³ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.33, 34.

1924 Anayasası'nın 51 nci maddesi ile, idari davalara bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere Danıştay kurulmuştur. 23 Kasım 1925 tarihinde kabul edilen 669 sayılı Danıştay Kanunu, 7 Aralık 1925 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girdi. Danıştay, 6 Temmuz 1927 tarihinde göreve başladı. Bu şekilde idari yargı sistemi uygulamaya girmiştir. Daha sonraki yıllarda diğer idari yargı mahkemeleri kurularak bugünkü sistemin temel yapısı ortaya çıkarılmıştır.¹⁵⁴

669 sayılı Danıştay Kanunu ile, Danıştay içinde üç idari ve bir dava dairesine yer verilmiştir. 21 Temmuz 1931 gün ve 1859 Sayılı Kanun, dava dairesi sayısını ikiye çıkarmıştır. Bu Kanunlar yerlerini 30 Temmuz 1938 gün ve 3546 sayılı Danıştay Kanunu'na bırakmışlardır. Bu Kanunda üç idari, iki dava dairesi muhafaza edilmiştir. 1946 yılında 4904 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Danıştay'daki dava dairesi sayısı üçe çıkarılmıştır. 1959 yılında ise, 7354 Sayılı Kanunla Danıştay'daki dava dairesi sayısı beşe yükseltilmiştir.¹⁵⁵

1961 Anayasası dönemine kadar, Danıştay Kanununda çeşitli değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bu dönemde Danıştay'ın merkezi idarenin dışında bağımsız bir kuruluş olduğu, mensuplarının merkezi idare hiyerarşisine dâhil olmadığı, dava dairelerinin bağımsız mahkeme niteliğinde olduğu, yargılama usulü mevcut olmakla birlikte, usulle ilgili birçok işlemi HUMK'un genel hükümlerine göre yürüttüğü görülmektedir.¹⁵⁶

¹⁵⁴ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.17; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.228; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.39-41.

¹⁵⁵ ŞAŞTIM Figen, **İdari Yargılama Hukuku ve İdari Davalar Açısından Uygulama**, Hukukçular Deneği İnternet Sitesi, (<http://www.hukukculardere.org/makaleler/avfig1.htm>), 10.03.2006; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.17.

¹⁵⁶ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.40.

C. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası'nda hukuk devleti ilkesi temel ilkelerden birisi olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁷ Bunun sonucu olarak idari yargı alanında getirilen en önemli yenilik, 114 ncü maddedeki düzenlemedir. Bu madde ile; "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz." hükmü anayasal bir ilke olarak ilk kez vücut bulmuştur.

Yine 1961 Anayasası'nda, daha önce idareye ilişkin bölümde düzenlenmiş olan Danıştay, bu kez yüksek mahkemelere ayrılan bölümde düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nın 140 ncı maddesinde, Danıştay'ın idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlmek ile görevli bulunduğu, aynı zamanda kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Bundan başka; Danıştay'ın diğer görevleri, üyelerin nitelikleri ve seçimlerine ilişkin kurallar Anayasa'da hüküm altına alınmış, ayrıca Danıştay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının nitelikleri ile atanmaları, hakları ve yükümlülükleri gibi konuların da kanunla, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre düzenleneceği ilkesi benimsenmiştir.¹⁵⁸

Daha sonra 1961 Anayasası'nın getirdiği yeniliklerle yürürlükte olan 3546 sayılı Danıştay Kanunu hükümleri uyuşmadığından, Anayasa'daki hükümlerle paralel düzenlemeler içeren 521 sayılı Danıştay Kanunu çıkarılarak diğer kanun ilga edilmiştir.

1971 yılında 1488 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Anayasa'nın 35 maddesi değiştirilmiş, 9 geçici madde eklenmiştir.¹⁵⁹ Bu değişiklikle 114 ncü maddenin ilk fıkrası "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." şeklini almış, ayrıca maddeye; "Yargı yetkisi, yürütme görevinin

¹⁵⁷ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.57.

¹⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.17; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.42.

¹⁵⁹ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.38; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.11.

kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlandıracak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.” fıkrası eklenmiştir.

Aynı Anayasa değişikliği sırasında Danıştay’ın düzenlendiği 140 ncı maddede de değişiklik yapılmış, maddeye eklenen bir fıkra ile; asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi yapmak üzere Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulmuştur.

Anayasa’nın 140 ncı maddesine ilişkin Anayasa değişikliği Resmi Gazete’de yayımlandıktan sonra, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun Tasarısı, Hükümetçe 24.02.1972 tarihinde hazırlanarak TBMM’ye sunulmuştur. Tasarının gerekçesinde, AYİM’in kuruluşunu gerektiren nedenler açıklanmakta, Mahkemenin Danıştay’a eşdeğer bir yüksek mahkeme olduğu belirtilmektedir. Gerekçede ayrıca başkan ve üyelerin atanmaları konusunda Anayasa’nın 140 ncı maddesinde bir hüküm bulunmaması nedeniyle, Askeri Yargıtay üyelerinin seçimine benzer bir sistem getirildiği ifade edilmektedir.¹⁶⁰

AYİM Kanun Tasarısı, TBMM tarafından 04.07.1972 tarihinde 1602 Sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 20.07.1972 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. AYİM, başkan ve üyelerinin atanmalarını

¹⁶⁰ Hazırlanmasındaki etken ve sebepleri göstermesi açısından, gerekçeden bazı alıntılar yapmak yerinde olacaktır: "...Silahlı Kuvvetlerin mülki idareden çok farklı özellikleri dikkate alınmadan genel idare içinde düşünülerek, yargısal denetiminin Danıştay’a bırakılmış olması umulan neticeyi vermemiştir... Uzun yılların tecrübesi ve elde edilen sonuca göre, Silahlı Kuvvetlerin özelliğine ve onun kendine özgü hassas birleşimine uygun bir yapıda, ayrı bir yargı organının meydana getirilmesine ihtiyaç duyulmuştur... Askerler, sivil idarenin ve hiyerarşinin dışında, bağımsız, üstün ve güçlü bir otoriteye tabidirler. Askerlerin mertebeler içindeki bağlantıları, hukuki durum ve yükümlülükleri, tabi oldukları sert müeyyideler içindeki hareket imkânları, bunların askeri bir açıdan değerlendirilmesini zorunlu kılan ayrı bir formasyonu gerektirir. Organik bakımdan mülki teşkilata dâhil olan Danıştay’ın, askerlerin özlük işlerini sivil idareye paralel bir biçimde ele alması, Silahlı Kuvvetlerin hizmet gereklerine ters düşmektedir... Bu nedenlerle, TSK’nın hizmetlerinden doğacak uyumsuzluk ve çekişmelerin en iyi şekilde ve yine askerler tarafından takdir edilip çözümlenebileceği ilkesi benimsenmiş ve dolayısıyla Anayasa’nın 140 ncı maddesine bu konu ile ilgili olarak bir fıkra eklenmesi zorunluluğu doğmuştur." Ayrıntılı bilgi için Bkz. AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/ayim_ana.asp?DILIDNO=1).

takiben Eylül 1972 tarihinde fiilen göreve başlamıştır.¹⁶¹ Görüldüğü gibi bu Anayasa değişikliği ile; genel idari yargının yanında yer alan, alt derece mahkemeleri bulunmayan, askeri idari yargı düzeni kurulmuş bulunmaktadır.

1961 Anayasası döneminde özellikle Fransa'daki Danıştay (Conseil D'Etat) uygulamasından etkilenebilmiştir. Ancak idari yargı sisteminin ileri düzeye ulaştığı söylenemez. Zira ilk derece idari yargı yerleri mahkeme niteliğine kavuşturulamamıştır.¹⁶²

D. 1982 Anayasası'nda Durum

Milli Güvenlik Konseyi döneminde idari yargı, 1982 yılı Ocak ayı başlarında çıkarılan üç kanun ile yeniden düzenlenmiştir. Bunlar; 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur.¹⁶³

12 Eylül 1980 tarihinden sonra, Hükümet tarafından AYİM'in kaldırılması amacıyla bir kanun tasarısı hazırlanarak Milli Güvenlik Konseyi'ne sunulmuştur. Tasarının gerekçesinde; bu yüksek mahkemenin kurulması ile idari yargıda bölünme olduğu, on yıla yakın bir süredir devam eden bu uygulamanın çeşitli sakıncalarının görüldüğü belirtilmiştir.¹⁶⁴ Tasarı ile ilk kez doktrinin dışında bir resmi makam tarafından, AYİM'in kuruluşu ile

¹⁶¹ AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/ayim_ana.asp?DILIDNO=1), 15.03.2006.

¹⁶² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.18.

¹⁶³ 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı R.G.

¹⁶⁴ Yine gerekçede, Silahlı Kuvvetlerin yönetimi ile ilgili olarak alınan çeşitli idari kararların ve uygulanan işlemlerin, Silahlı Kuvvetler camiası içinde hiyerarşi ve rütbe esası dışında bir denetim sistemine tabi tutulmasının, Silahlı Kuvvetler yapısına ve geleneksel hiyerarşi ve disiplin anlayışına ters düştüğü, bu sebeple Silahlı Kuvvetler personeli ile diğer asker kişilerin, kendilerini ilgilendiren işlem ve eylemler hakkında açacağı idari davaların, diğer idari davalar gibi idare mahkemeleri ve Danıştay'da görülmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca açıklanan bu sebeplerle AYİM'in kaldırılarak, uygulamada Silahlı Kuvvetlerin yönetimine hâkim olan hiyerarşi ve disiplin anlayışına ters düşen bir sistemin uygulamadan kaldırıldığı ve aynı zamanda bu yolla idari yargı reformu ile gerçekleştirilmesine çalışılan "İdari Yargının Bütünlüğü"nın de sağlanmış olacağı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/ayim_ana.asp?DILIDNO=1).

idari yargıda bir bölünme meydana geldiği ve bunun iyi sonuçlar vermediği dile getirilmiştir.

AYİM'in kaldırılması hakkındaki kanun tasarısı, Milli Savunma Komisyonu'nda kabul görmemiş,¹⁶⁵ bunun yerine AYİM Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin tasarı Konseyin onayına sunulmuştur. 25.12.1981 tarih ve 2568 Sayılı Kanun olarak kabul edilen tasarı ile, 1602 Sayılı Kanunun üçte birinden fazlası değiştirilmiştir.¹⁶⁶ Böylelikle idari yargıda mevcut olan ikili sistem devam etmiştir.

Daha sonra, 07.11.1982 tarihinde halk oylaması ile kabul edilen 1982 Anayasası'nda; 2575, 2576 ve 2577 Sayılı Kanunlarla getirilen sistem paralelinde düzenlemeler yapılmıştır. Danıştay'la ilgili düzenleme, Anayasa'nın 155 nci maddesinde yer almaktadır.¹⁶⁷ Bu düzenlemeye göre Danıştay; idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Danıştay'ın idari görevleri ile yargı görevi birbirlerinden kesin olarak ayrılmış, bu görevleri yürütecek daireler birbirlerinden ayrı olarak kurulmuşlardır. 2575 sayılı

¹⁶⁵ Komisyon raporunda; "...AYİM'in kaldırılmasına ilişkin Hükümet tasarısı komisyonumuzca benimsenmemiş, ancak dokuz yılı aşkın bir uygulamadan edinilen tecrübeye dayanılarak, mahkemenin kuruluş ve işleyişinde aksayan yönlerin düzeltilmesi, günün zorlayıcı şartları karşısında personel tasarrufuna gidilmesinin yerinde olacağı düşüncesi ile, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda bazı değişikliklerin yapılması ve mahkemenin göreve devamının yararlı olacağı ilkesi benimsenmiştir." şeklinde görüş bildirilmiştir.

¹⁶⁶ AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/ayim_ana.asp?DILIDNO=1), 15.03.2006.

¹⁶⁷ 155 nci madde metni şu şekildedir: "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar."

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir.

Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Danıştay'ın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idarî yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

Danıştay Kanunu ile örgütlenen Danıştay, onikisi dava, biri idari olmak üzere toplam onüç daireden oluşmaktadır.¹⁶⁸

1982 Anayasası'nın AYİM'i düzenleyen 157 nci maddesi ise; daha önce 25.12.1981 tarih ve 2568 Sayılı Kanunla değişen 1602 Sayılı Kanunun getirdiği esaslarla hemen hemen aynı hükümleri ihtiva etmektedir.¹⁶⁹ Madde hükmüne göre; AYİM, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Maddede ayrıca, Mahkeme üyelerinin seçilme usulü de düzenlenmiş bulunmaktadır.¹⁷⁰

6. Türk İdari Yargısının Özellikleri

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Türkiye'de mevcut olan idarenin yargısal denetim sistemi, Fransa'dan etkilenecek gelişen idari yargı sistemidir. Bu nedenle idarenin eylem ve işlemlerinin çok büyük bir bölümünün yargısal denetimi, idari yargı yerlerinde yapılır. Kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabidir.

Öncelikle idari yargı sistemimiz, Fransa'dan farklı olarak dayanağını Anayasa'dan almaktadır. Kuruluş yönünden idari yargı yerleri, Danıştay tipi sistemde örgütlenmiştir. Danıştay, idari yargı kararlarının en üst temyiz mercii olduğu gibi, idari görevleri de olan bir yüksek mahkemedir. Görev yönünden

¹⁶⁸ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 13 ncü maddesinde en son değişiklik 02.06.2004 tarih ve 5183 Sayılı Kanunun 1 nci maddesi ile yapılarak, toplam daire sayısı onüçe yükseltilmiştir.

¹⁶⁹ AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/ayim_ana.asp?DILIDNO=1), 15.03.2006.

¹⁷⁰ Konuya ilişkin düzenleme maddenin ikinci fıkrasında yer almakta olup, şu şekildedir: "Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hâkim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hâkim sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir."

yapılan ayırmda ise, ülkemizde uygulanan sistem, “geniş görevli” olarak yapılandırılmıştır. Başka bir deyişle, idari yargının görev alanı oldukça geniştir. İdare hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tümü idari yargıda çözümlenmektedir.

İdarenin yargısal denetimi, iptal ve tam yargı davaları yoluyla yapılmaktadır. İptal davaları, hukuka aykırı olan idari eylem ve işlemlerin ortadan kaldırılmasını, tam yargı davaları ise, idarenin hukuka aykırı eylem ya da işlemlerden doğan haksızlıkların giderilmesini amaçlayan dava türleridir.¹⁷¹

İdari yargı alanındaki ilk derece idari yargı yerleri, bağımsız mahkeme niteliğindeki kuruluşlardır. Bunlar, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi olarak örgütlenen genel görevli mahkemelerdir. Son olarak, idari yargıda iki yüksek mahkeme bulunmaktadır. Bunlardan AYİM özel görevli bir yüksek mahkemedir.¹⁷²

Anayasa Mahkemesi, bir kararında adli ve idari yargının görev ayrımı ile idari yargı sistemimize ilişkin olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayrımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayrıma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa’nın 125 nci maddesinin birinci fıkrasında, ‘idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.’; 140 ncı maddesinin birinci fıkrasında, ‘Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar.’; 142 nci maddesinde ‘Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.’; 155 nci maddesinin birinci fıkrasında da, ‘Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir.

¹⁷¹ Bu husus 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 2 nci maddesinde; “İdari dava türleri şunlardır: İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları...” şeklinde belirtilmiştir.

¹⁷² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.19; BALTA T.Bekir, a.g.e., s.228-230.

Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.’ biçimindeki düzenlemeler idari-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Belirtilen nedenlerle kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Anayasa’nın yürütme bölümünde yer alan 125 nci maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir. Anayasa’nın belirlenmiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa’nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125 nci maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.”¹⁷³

Anayasa Mahkemesi, oldukça yeni tarihli bir kararında da benzer yönde görüş bildirerek, idari yargı sistemimizin geniş görevli yapılanmış olduğunu vurgulamıştır. Bu kararında; “Anayasa’nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik bir hukuk devleti olduğu, 125 nci maddesinin birinci fıkrasında da idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık tutulduğu vurgulanırken, tüm yönetsel işlemlerin yargı denetimine tabi olması amaçlanmıştır. Öte yandan, Anayasa’nın 140 ncı maddesinin birinci fıkrasında, ‘Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar.’; 142 nci maddesinde ‘Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.’; 155 nci maddesinin birinci fıkrasında da, ‘Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi’nin 08.10.2002 gün ve E.2001/225, K.2002/88 sayılı kararı, 26 Şubat 2003 tarih ve 25032 sayılı R.G.

son derece mahkemesi olarak bakar.’ biçiminde yer alan kurallar adli ve idari yargı ayırımının Anayasa’da benimsendiğinin kanıtıdır. Anayasa’nın yukarıda belirtilen maddelerinde öngörülen düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve yasada belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili kılınması gerekir.” yönünde açıklamada bulunmuştur.¹⁷⁴

7. Ülkemizde İdarenin Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Sınırları

İdarenin yargısal denetiminin temel amacı, idarenin hukuka aykırı davranmasını engellemek, hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmak ve doğan haksızlıkları gidermektir. Bu bakımdan, bu denetimin yapılmasında temel kriter hukuka aykırılık olup, yargı yetkisi hukuka uygunluğun denetimi ile sınırlıdır.

Bu ilke, Anayasa’nın 125 nci maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça ifade edilmiştir.¹⁷⁵ Anayasa’daki hükme paralel düzenleme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 2 nci maddesinde yer almaktadır.¹⁷⁶ Ayrıca 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 21 nci maddesinin 2 nci

¹⁷⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 17.02.2004 gün ve E.2003/72, K.2004/24 sayılı kararı, 29 Temmuz 2004 tarih ve 25537 sayılı R.G.

¹⁷⁵ 125 nci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan hüküm şöyledir: “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”

¹⁷⁶ Maddenin ikinci fıkrasında; “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.” düzenlemesi yer almaktadır.

fıkrasında da benzer hüküm bulunmaktadır.¹⁷⁷ Anayasa ile getirilen ilke, kanunlarda da aynen tekrar edilmiş, farklı olarak idari mahkemelerin yerindelik denetimi¹⁷⁸ yapamayacağı belirtilmiştir.

Yargı organlarınca hukuka uygunluk denetimi yapılırken, yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal sınırlamalar dikkate alınmakta; her somut olayda bu hallerin gerçekleşip gerçekleşmediği, hangi durum ve koşullarda söz konusu sınırlayıcı nedenlerin gerçekleşmiş sayılacağı içtihatlarla belirlemektedir. Diğer bir deyişle, mevzuatta yer alan sınırlayıcı ve buyurucu hallerin neler olduğunun takdir ve tespiti de yine idari yargı organının inisiyatifine bırakılmış ve bir nev’i otokontrol mekanizması öngörülmüştür.¹⁷⁹

Anayasa ve kanunlarla getirilen sınırlamalardan öncelikle, idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sınırlama, yargı ile yürütme ve idarenin farklı devlet işlevleri olmalarının doğal sonucudur. Bu nedenle idari yargı mercii, ortada henüz idarece tesis edilmiş bir idari işlem yok iken, idareyi bir işlem yapmaya zorlayacak karar veremez.¹⁸⁰

İkinci olarak, idari yargı yetkisi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olup, idari yargı mercii, idareye tanınan takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar veremez. İdareye takdir yetkisi tanınmasının nedeni, kanunkoyucunun idari davranışı ve bu davranışın koşullarını önceden tüm ayrıntıları ile

¹⁷⁷ Maddede yer alan düzenleme; “İdari yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yerindelik denetimi yapılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak tarzda kullanılamaz ve idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” şeklindedir.

¹⁷⁸ “Yerindelik, bir idari işlem veya eylemin yapılmasında zaman, mekân, hal ve şartların icaplarına göre idari gerekler uyarınca davranmak olup, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmayan uç kısmında kalan bölümdür.”, AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.49.

¹⁷⁹ ÖZGÜLDÜR Serdar, **AYİM Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar**, AYİM Dergisi, S.19, AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=58), 30.03.2006.

¹⁸⁰ GÜNDAY Metin, a.g.b.(1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları), s.144.

düzenleme imkânına sahip olmamasıdır. Kanunkoyucu idari davranışı ve bu davranışın koşullarını önceden her yönü ve ayrıntısı ile düzenleyemediği içindir ki, somut olaylarda adil ve uygun bir çözüm bulunması amacıyla idareye takdir yetkisi verilmiştir. Doğal olarak hukuk devletinde idarenin takdir yetkisi sınırsız değildir. Zira hukuk devleti ilkesinin önemli bir gereği de, idari davranışların öngörülebilir olmasıdır. Bunun sonucu olarak, idare takdir yetkisine sahip olduğu hallerde de, tamamen serbest olmayıp kendisine takdir yetkisi veren kanunun objektif anlamı ve kanunkoyucunun amacı ile sınırlı bir serbestîye sahiptir. Bu bakımdan, idarenin takdir yetkisini kullandığı işlemlerin denetiminde, işlemin sebep unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimi mümkündür. Yargı mercii, idarenin işlemini dayandırdığı vakıaların gerçeğe uygun olup olmadığını denetler. Ancak idarenin işlemini dayandırdığı vakıaların gerçeğe uygun olduğu tespit edildikten sonra, idarenin takdir hakkına giren aşamadaki işlemin yerindeliği denetlenemez.¹⁸¹

Zira idari yargı merciinin yerindelik denetiminde bulunması; yargının idareye karışması, politikasını saptaması, yasama, yürütme ve kamuoyuna karşı sorumluluğu bulunmayan hâkimin, idarenin yerini alması demektir. Yargı merciinin idarenin yerine geçerek, iptal edilen kararın yerini almak üzere yeni bir karar alması, idari işlem ya da eylem niteliğinde karar vermesi, idarenin yerine takdir yetkisini kullanması, siyasal tercihte bulunması, yargı yetkinin dışında kalır. Mahkemenin görevi, hukuka aykırı işlemi iptal etmek ya da şartları mevcut ise idareyi tazminata mahkûm etmektir. Tersine bir uygulama, yargının idarenin yerini alması anlamına gelir ve hukuka uygun değildir.¹⁸²

Anayasa ve kanunlarda belirlenen bu sınırların, idari yargı denetiminin doğal sınırları olduğu, bu nedenle Anayasa'da sayılmasına gerek

¹⁸¹ GÜNDAY Metin, a.g.b.(1982 **Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları**), s.145–147; OYTAN Muammer, **Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması**, I nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1–4 Mayıs 1990), Danıştay Yayınları No:53, Ankara–1991, s.149.

¹⁸² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.20–21.

bulunmadığı, 1961 Anayasası'nın ilk halinde bu sınırlar düzenlenmemiş olmasına rağmen, gerek öğretide, gerekse yargı içtihatlarında idari yargı denetiminin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğunun kabul edildiği bazı yazarlar tarafından dile getirilmiş ve bu düzenlemeler eleştirilmiştir.¹⁸³ Kanaatimizce bu görüş yerinde olmakla birlikte, idari yargı denetiminin doğal sınırlarının Anayasa'da belirtilmiş olmasının her hangi bir sakıncası da bulunmamaktadır.

Danıştay birçok kararında idari yargı denetiminin sınırları açıkça vurgulanmaktadır. Danıştay, atama kararının iptali istemiyle açılan bir davada konuyla ilgili olarak; "İdarenin her iki öğretim görevlisinin durumunu değerlendirerek takdirini diğer kişi lehine kullandığı hususlarının anlaşıldığı, idari işlemlerin yargısal denetiminin hukuka uygunlukla sınırlı olmasının Anayasanın ve 2577 Sayılı Kanunun gereği olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı, bu nedenle 2 nci derece kadroya atanma isteminde bulunan ve gerek derece gerekse sicil yönünden eşit durumda olan iki kişiden idarenin takdirini diğer kişi lehine kullanmasında ve davacıyı atamamasında hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği gerekçesiyle dava reddedilmiştir." açıklamasını yapmıştır.¹⁸⁴

Danıştay başka bir kararında da; "2577 Sayılı Kanunun 2 nci maddesi idari işlemler üzerindeki yargısal denetimin bu işlemlerin 'yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden' hukuka uygunluklarının incelenmesiyle sınırlı olduğuna işaret etmekte; idari yargı mercilerinin yargısal denetim yaparken idarenin yerine geçecek biçimde, diğer bir ifadeyle idari işlem niteliğinde, yargısal karar veremeyecekleri ve yerindelik denetimi yapamayacakları aynı maddenin 2 nci bendi ile Anayasa'nın 125 nci maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça vurgulanmış bulunmaktadır. Bu nedenle davacının, dava konusu tüzük tasarısındaki Anayasa ve ilgili yasalara aykırı hükümleri

¹⁸³ GÜNDAY Metin, a.g.b.(1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları), s.144; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.117; ÜNLÜÇAY Mehmet, a.g.m., 10.03.2006.

¹⁸⁴ Danıştay Beşinci Dairesinin 13.10.1992 gün ve E.1989/1847, K.1992/2607 sayılı kararı, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

çıkarılarak yerine yeni hükümler konulması yolundaki talebinin de incelenmesine hukuki olanak bulunmamaktadır.” şeklinde aynı yönde değerlendirme yapmıştır.¹⁸⁵

Diğer bir kararda ise; “Anayasa ve yasa kurallarına göre, idari yargı yerlerinin, idari işlemler üzerindeki yargısal denetimi, bu işlemlerin hukuka uygunluklarının saptanmasından ibarettir. Bu denetim, idarelere yapacakları eylem ve işlemler bakımından takdir yetkisi tanınan kimi durumlarda, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının, nesnel davranılıp davranılmadığının belirlenmesi ile sınırlı olmaktadır. Olayda, açık bulunan yardımcı doçentlik kadrosuna davacı ile birlikte bir başka kişinin daha başvurduğu, Yasanın öngördüğü biçimde oluşturulan jürinin görüşü esas alınarak, idarece takdir yetkisinin bu kadroya her ikisinin de atanmaması yolunda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Burada, davalı idare takdir yetkisini mutlak ve sınırsız kullandığından, oluşturulan işlemlerin kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Belirtilen nedenlerle, davacının yardımcı doçentlik kadrosuna atanmamasında hukuka aykırı bir durum bulunmadığından...” saptaması yapılmıştır.¹⁸⁶

İdarenin işlemlerinin yerindelik denetimi, yargı dışı yollarla yapılır. Kamuoyu denetimi ile idari ve siyasi denetim, idarenin eylem ve işlemlerinin yerindelik denetiminin yollarıdır. Yine yürütme erkinin yasama organı tarafından çeşitli yollarla yapılan denetimi, yerindelik denetimini de içerir. Demokratik hukuk devletinde, yargı dışı yollarla yapılan bu yerindelik denetimi, oldukça sağlıklı ve etkin işler. Yürütme erkinin siyasi tercihlerindeki isabetlilik, halkın yerindelik denetiminden hak ettiği tepkiyi alır. Bunun sonucunda haklı bulunmayan yürütme erki, yaptırım olarak seçimlerde halkın iradesine boyun eğmek zorunda kalır. Bu nedenle, demokratik bir rejimde

¹⁸⁵ Danıştay Beşinci Dairesinin 12.10.1999 gün ve E.1999/4356, K.1999/2905 sayılı kararı, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

¹⁸⁶ Danıştay Sekizinci Dairesinin 23.01.1997 gün ve E.1995/131, K.1997/206 sayılı kararı, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

yargı erki, idarenin ve bağılı olduğu yürütme erkinin eylem ve işlemlerinin denetiminde hukuka aykırılık denetiminin dışına çıkmamalı, idarenin takdir yetkisine müdahale etmemeli, siyasi nitelikli kararlara imza atmamalıdır. Aksi durumda yargı erkinin haklılığı tartışma konusu olur ve saygınlığı zedelenir. Bu ise, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan, son derece sakıncalı sonuçlara yol açabilecek, erkler arası çatışmaya yol açar. Ayrıca erkelerin çatışması ve birbirlerinin görev alanlarına müdahale etmeleri ile, toplumsal barış yara alır ve kamu hizmetleri aksayarak, asıl hedef olan halkın mutluluğu ve refahı tehlikeye düşer. Bu nedenle, demokratik hukuk devletinde erkler birbirlerinin görev alanlarına müdahale etmemeli, “erkeler ayrılığı” ilkesi zedelenmemeli, bu ilke erkelerin dayanışma içinde kendi görevlerini layıkıyla yapmaları şeklinde uygulanmalıdır.

8. Hükümet Tasarrufu ve Yasama Kısıntısı

Yukarıda Anayasa ve kanunlarda idarenin yargısal denetiminin fonksiyonel sınırlarının nasıl belirlenmiş olduğunu anlatmaya çalıştık. Bu düzenlemeler, idari yargının genel sınırları olup, demokratik hukuk devletlerinde benzer şekilde uygulanmakta olan sınırlamalardır. Bunlar dışında pek çok devlette olduğu gibi, ülkemizde de idarenin yargısal denetime getirilen özel sınırlamalar mevcuttur.

Bu sınırlar, kaynaklandığı organa göre isimlendirilmiştir. Yasama organınca yapılan yasal düzenlemelerle getirilen kısıtlamalar yasama kısıntısı olarak, yargı organının açılan davalarda çeşitli gerekçelerle bazı idari tasarrufları yargı yetkisi dışında görmesiyle meydana gelen kısıtlamalar ise yargı kısıntısı ya da hükümet tasarrufu olarak adlandırılmıştır.

A. Hükümet Tasarrufu (Yargı Kısıntısı)

İdarenin yargısal denetiminde, yargı organının kendi takdiri ile bazı idari işlem ya da eylemleri yargı denetimi dışında görmesi, Kıta Avrupası

lkelerinde hükümet tasarrufu olarak, Anglo-Amerikan sistemlerde ise devlet tasarrufu ya da siyasi meseleler olarak anılmaktadır.¹⁸⁷

Hükümet tasarrufu dendiği zaman, hükümetin ya da idari bir kuruluşun aldığı ve yargı denetimi dışında kalan kimi üst siyasi önlemler akla gelir. Hükümet tasarrufu, siyasi yüksek idare faaliyetlerinin yargısal bir denetime elverişli olmadıkları anlayışına dayanır. Bir işlemin hükümet tasarrufu olarak kabul edilebilmesi için, yargı merciinde davanın siyasi sebep ve düşünce veya işlemin mahiyeti icabı, yani hukuk dışı bir nedenle n şartlar bakımından reddedilmesi gerekir.¹⁸⁸

Yürütme ve idarenin bazı alanlardaki işlemleri; siyasi nitelikleri ağır basan, büyük ulusal çıkarları, ulusal yararları ilgilendiren, ülkenin savunmasına, ulusal güvenliğine, devletin dış politikasına ilişkin kararları içerir. Bu tür işlemlerin yargısal denetimden geçirilmesi, idari yargı yerlerince uygun görülmemiş, bunun sonucunda da hükümet tasarrufu kabul edilen işlemlere karşı açılan davaların yargı merciince incelenmeksizin n şartlar bakımından reddedilmesi ile bu deyim ortaya çıkmıştır.

Hükümet tasarrufu, ilk olarak Fransa'da Danıştay içtihatları ile ortaya çıkmıştır. Fransız Danıştay'ı kuruluşundan sonraki ilk yıllarda, yargı denetimine alışık olmayan güçlü hkmetlerle çatışmaya girmemek amacıyla, hükümetin ülkenin yüksek yönetimi ile ilgili ya da siyasi nitelikli kararlarına karşı açılan davalara bakmamıştır. 1822 yılında verdiği "Laffitte" kararı ile, hükümetin kimi tasarruflarına karşı açılan davaları kabul etmeyeceğini açıklayarak, kendi yargısal denetim alanını kısıtlamıştır. Önceleri hükümet tasarrufu alanı oldukça geniş tutulmuş ve siyasi maksatla yapılan işlemlerin tümü hükümet tasarrufu sayılarak yargı denetimi dışında tutulmuştur. Bu durum özellikle doktrinde yoğun olarak eleştirilmiş, bunun

¹⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK A.şeref, a.g.e.(*Yönetsel Yargı*), s.21; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.102.

¹⁸⁸ GÖZÜBÜYÜK A.şeref, a.g.e.(*İdari Yargı*), s.19; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.234; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.101.

sonucunda siyasi maksat ölçütünden vazgeçilerek, işin mahiyeti esas alınmak suretiyle işlemin siyasi nitelikte olup olmadığı araştırılmaya başlanmıştır. Bugün ise Fransız idari yargısında hükümet tasarrufunun kapsamı oldukça daraltılmıştır. Buna göre Fransa'da hükümet tasarrufları bugün iki konu ile ilgili işlemlere inhisar etmektedir: Hükümetin parlamento ile ilişkilerine yönelik işlemleri ve dış politika alanına giren bazı işlemler.¹⁸⁹

1961 Anayasası'ndan önceki dönemde Danıştay tarafından verilen bazı kararlar, bizde de hükümet tasarrufu görüşünün benimsendiğini göstermektedir. 1924 Anayasası'nda ve 1925 tarihli Danıştay Kanunu'nda bu konuda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle hükümet tasarrufu uygulaması, Danıştay kararları ile Türk hukukunda vücut bulmuştur. Bu kararlara göre; hükümetin mukabele bilmisil niteliğindeki kararları, Türk vatandaşlığına ilişkin bazı işlemler, güvenlik nedeniyle alınan bazı iskâna ilişkin kararlar ve yabancıların sınır dışı edilmeleri ile ilgili kararlar hükümet tasarrufu kabul edilerek yargı denetimi dışında tutulmuştur. Danıştay kararlarında, idarenin sayılan türdeki işlemlerini siyasi mahiyette görerek uyuşmazlıklara bakmayı reddetmiş, denetimin yerindelik denetimine dönüşmesi endişesiyle bu işlemleri yargı denetimi dışında bırakmıştır. Ancak zamanla mevzuatta ve içtihatlarda meydana gelen değişikliklerle bu işlemlerin tümü hükümet tasarrufu olmaktan çıkarılmıştır.¹⁹⁰

Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası'nın getirdiği kurallar karşısında hükümet tasarrufu yoluna gidilmesi imkânı kalmamıştır. Zira her iki Anayasa'da da idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu ifade edilmiş, bazı hükümet işlemlerinin mahiyetleri icabı yargı denetimi dışında olduğuna ilişkin her hangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1982 Anayasası'nda bunun yerine idari yargı denetiminin

¹⁸⁹ GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.103-104; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.234; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*İdari Yargı*), s.19; aynı yazar, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.22.

¹⁹⁰ GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.107; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.235; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.23-27; KUZU Burhan, a.g.m., 09.03.2006.

hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu ve idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle idari yargı yerlerinin yüksek politika alanına giren idari işlemlere karşı açılan davaları ön koşullar yönünden reddetmeyerek, davanın esasına girmesi gerekmektedir. Daha sonra işin esasını da idarenin sahip olduğu takdir yetkisi içinde görmesi, hem hukuk devleti anlayışına, hem de Anayasa'nın "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." kuralına uygun düşmektedir.¹⁹¹

B. Yasama Kısıntısı

Yasama kısıntısı, yasama organının kanunlarla idarenin yargısal denetimine getirdiği kısıtlamalardır. Yürütme organı ile idarenin bazı işlemleri, özellikleri nedeniyle yargı denetimi dışında bırakılmak istenmekte ve bunu sağlamak üzere kesin ve etkili çözüm olarak yasama kısıntısına başvurulmaktadır. Bu bakımdan, aslında bu işlemler tüm unsurları itibarıyla idari yargı denetimine konu edilebilecek nitelikte olmalarına rağmen, Anayasa ya da kanunlara konulan hükümlerle bu işlemler aleyhine yargı denetimine gidilmesi engellenmektedir.¹⁹²

1982 Anayasası'nda yer alan kararları yargı denetimi dışında olan kurumlar tezin konusunu teşkil ettiğinden, bu başlık altında yalnızca konunun tarihsel gelişimi incelenecektir.

¹⁹¹ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku-2004*), s.370; BALTA Tahsin Bekir, a.g.e., s.237; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.108; ALPAR Erol, **Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları**, Danıştay Yayınları No:52, Ankara-1990, s.116.

¹⁹² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetim Hukuku*), s.27; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.108; AKARSU Ayhan, a.g.yt., s.56; YILDIRIM Ramazan, **Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış**, AYİM Dergisi, S.14.

e. 1924 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası'nın 103 ncü maddesi ile; "Hiçbir kanun Teşkilatı Esasiye kanununa münafi (Anayasaya aykırı) olamaz." hükmü getirilmiş olmakla birlikte, bu kuralın müeyyidesi ve denetim mekanizması mevcut değildi. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi de mevcut olmadığından, çıkarılan kanunların Anayasa'ya aykırı olup olmadığı denetlenememiş¹⁹³, bu şekilde idarenin bazı eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu kapayan kanunlar çıkarılmıştır.

Türk hukukunda, bazı idari kararların "yasama kısıntısı" ile yargı denetimi dışında tutulması yeni değildir ve bu alanda ilk uygulama da TSK personelinin özlük işlerine yönelik idari kararlarla ilgili olup, ilk örneğe 21 Ocak 1924 tarihli ve 400 Sayılı Kanun'dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda rastlanmaktadır. Bu Kanun hükümlerine göre, İstiklal Madalyası verilebilmesi için kumandan ya da kurulların raporları gerekli idi. Bu konuda çıkan uyuşmazlıklar sırasında bazı kişiler Danıştay'a başvurmuşlardı. 1 Aralık 1928 tarihinde alınan TBMM'nin 457 sayılı kararı ile, bu raporların takdiri nitelikte olduğu gerekçesiyle, bu işlemlere karşı yargı yolu kapatıldı. Kararda; "...herhangi bir hey'et tarafından haklı veya haksız olduğunun nazari bir surette tetkik ve tayin edilmesi..." uygun bulunmamış, ve "Salahiyyet makamının kanunen haiz bulunduğu veya hususi meslek ve ihtisasın vücudunu istilzam eden hak takdirini idari muamelat ve mukarrerattan addetmek, taltif kanununun ruh ve müeddasına mutabık görülmemiştir." açıklaması yapılmıştır. Bu Yasama kararı, yargı yolunu kapayan kanunların Türkiye'deki ilk örneği olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁴

İkinci olarak; olumsuz sicil sebebiyle emekli edilen bazı subayların, askeri makamların bu işlemlerine karşı Danıştay'a başvurmaları üzerine Milli Savunma Vekâleti; bunların dava açmalarını ve sicillerinin başka makamlarca

¹⁹³ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.124; TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.53.

¹⁹⁴ ONAR Sıddık S., a.g.e., s.460; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.109.

incelenmesini askeri disiplinle bağdaşmaz gördüğünden, yukarıda anılan 457 sayılı kararın alınmasını TBMM'den istemiş, bunun üzerine 18 Haziran 1934 tarih ve 2515 sayılı Milli Müdafaa Vekâletinde Zatişlerinin Son Tetkik Mercii Encümeni Teşkilî Hakkında Kanun ile, asker kişilerden oluşan bir kurul oluşturulmuş ve ordu mensupları için yargısal denetim yerine idari bir denetim yolu konmuştur.¹⁹⁵

Diğer bir örnek ise; 442 sayılı Köy Kanunu'nun 16 ncı maddesi uyarınca, köy ihtiyar heyeti tarafından salınan salmaya karşı vali ya da kaymakama itiraz edilebiliyor, bunların kararlarına karşı hiçbir mercie müracaat edilemiyordu.¹⁹⁶

Son bir örnek de, 5 Temmuz 1954 tarihinde çıkarılan 6435 sayılı Bağlı Bulundukları Teşkilat Emrine Alınmak Suretiyle Vazifeden Uzaklaştırılacaklar Hakkında Kanun'dur. Bu Kanunun 3 ncü maddesiyle, Kanun uyarınca idare tarafından emekliye ayrılanların ya da görevden uzaklaştırılanların hiçbir adli ya da idari yargı merciine başvuramayacakları belirtilmiştir.¹⁹⁷

Bu dönemde yargı yolunu kapayan kanunlarla ilgili örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu tutum, yazarlarca eleştirildiği gibi, Danıştay da içtihatları ile bu kanunların uygulama alanını daraltmaya çalışmış, ancak kararları ile belli bir çizgi ortaya koyamamıştır.¹⁹⁸

f. 1961 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası döneminde yaşanan olumsuz uygulamalar, 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile ortadan kalkmıştır. Zira 1961

¹⁹⁵ ONAR Sıddık S., a.g.e., s.460-461; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.109.

¹⁹⁶ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.130.

¹⁹⁷ Bu hüküm 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra 14.11.1962 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.28; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.110; ALPAR Erol, a.g.m.

¹⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.28; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.110; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.132.

Anayasası'nın 114 ncü maddesi ile; "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz." hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme, yargı yolunu kapayan kanunların çıkarılmasını engellemiş, ayrıca yine bu Anayasa ile kurulan Anayasa Mahkemesi'nin yasama organınca çıkarılan kanunları denetlemeye başlaması, bu yönde kanun çıkarılmasının önüne geçmiştir. Ayrıca önceki Anayasa döneminden kalan yasama kısıntısı içeren kanunlar da Anayasa Mahkemesince iptal edilerek ya da yasama organınca değiştirilerek¹⁹⁹, yürürlükte bu yönde hüküm içeren kanun bırakılmamıştır.

1961 Anayasası'nda 20 Eylül 1971 tarihinde 1488 Sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklik sonrasına 114 ncü madde; "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." şeklini almış, ayrıca Yüksek Savcılar Kurulu'nu düzenleyen 137 nci maddeye; "Bu Kurulun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz." hükmü, Yüksek Hâkimler Kurulu'nu düzenleyen 144 ncü maddeye de; "Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz." hükmü eklenmiştir.

Ancak her iki kurulun kararlarına karşı yargı yolunu kapayan hükümler, açılan ayrı ayrı davalarda Anayasa Mahkemesi tarafından²⁰⁰ Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir.²⁰¹

¹⁹⁹ İl İdaresi Kanununun yargı yolunu kapayan 13 ncü maddesi 12.05.1964 tarih ve 469 Sayılı Kanun ile değiştirilmiştir; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.111; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.29; GÜNDAY Metin, a.g.b.(**1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları**), s.139.

²⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 27.01.1977 gün ve E.1976/43 K.1977/4 sayılı (21 Nisan 1977 tarih ve 15916 sayılı R.G.), 27.09.1977 gün ve E.1977/82 K.1977/117 sayılı (14 Ocak 1978 tarih ve 16169 sayılı R.G.) kararları; TBMM İnternet Sitesi, (<http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>), 15.03.2006.

²⁰¹ Bu kararla ilgili ayrıntılı açıklama yukarıda yapılmıştı (s.28–29). Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları, dolambaçlı yollardan, çok zayıf, doyurucu olmayan bir gerekçe ile sonuca varıldığı, Anayasa Mahkemesi'nin bu açıdan Anayasa'ya uygun hareket etmediği gerekçeleri ile eleştirilmiştir; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.29.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, Danıştay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu kararları aleyhine açılan davalara bakmaya başlamıştır. 1961 Anayasası'nın yürürlükte kaldığı bundan sonraki dönemde, başkaca yasama kısıntısı niteliği taşıyan yasama organı işlemine rastlanmamıştır.

g. Milli Güvenlik Konseyi Dönemi

12 Eylül 1980 askeri müdahalesi ile Silahlı Kuvvetlerin ülke yönetimine el koymasından sonra ülkemizde yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönemde Askeri İdare'nin yaptığı ilk düzenleme, 27.10.1980 gün ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'dur.²⁰²

Bu Kanunun 1 nci maddesinde; Kanunda getirilen istisnalar saklı kalmak koşuluyla yeni bir Anayasa kabul edilip yürürlüğe girene kadar 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu belirtilmiştir. 2 nci madde ile de; TBMM ile Cumhuriyet Senatosu'na ait görev ve yetkilerin geçici olarak Milli Güvenlik Konseyince, Cumhurbaşkanı'na ait görev ve yetkilerin ise Milli Güvenlik Konseyi ve Devlet Başkanı tarafından yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Kanundaki düzenlemeler, bu geçici dönemde Milli Güvenlik Konseyi'nin "Kurucu İktidar" yetkisine, yani Anayasayı değiştirme imkânına da sahip olduğunu açıkça göstermektedir.²⁰³

Kanunun 3 ncü maddesinde; Milli Güvenlik Konseyince kabul edilerek yayınlanan bildiri, karar ve kanunların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği, 4 ncü maddesinde de; Milli Güvenlik Konseyi'nin bildiri, karar ve kararnameleri aleyhine yürütmenin durdurulması ve iptal isteminde bulunulamayacağı düzenlenerek, bunlara karşı yargı yolu kapatılmıştır.²⁰⁴ Ayrıca Kanunun 5 nci maddesi ile; kamu personelinin atama ve disiplin

²⁰² 28.10.1980 tarih ve 17145 sayılı R.G.

²⁰³ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.41.

²⁰⁴ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.58.

cezası gibi özlük haklarını ilgilendiren işlemlere karşı iptal davası açabileceği, ancak bunlar hakkında yürütmeyi durdurma kararı isteminde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yargısal denetimi bu şekilde kısıtlayan 2324 Sayılı Kanun, 1982 Anayasası'nın Geçici 3 ncü maddesi gereğince, yeni Anayasaya göre yapılan ilk genel seçim sonrasında, TBMM'nin toplanarak Başkanlık Divanı oluşturması ile 24.11.1983 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Bu nedenle, idarenin yargısal denetimi konusunda getirilen yukarıdaki kısıtlamalar, bu olağanüstü dönemde geçici olarak ve belirli bir süre yürürlükte kalmıştır.²⁰⁵

18.10.1982 tarihli 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın Geçici 15 nci maddesinin son fıkrası ile; "Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez." hükmü getirilmiştir. Ancak Geçici Maddenin bu fıkrası, 03.10.2001 tarihli ve 4709 Sayılı Kanunun 34 ncü maddesi ile ilga edildiğinden, bu dönemde çıkarılan kanunlar ile alınan kararlar aleyhine yargı mercilerine başvurmanın önünde herhangi bir engel kalmamıştır.

h. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası'nın 125 nci maddesi ile; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü getirilmiş, ancak yargı denetimi dışında olan işlemler bizzat Anayasa'da gösterilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında olduğu belirtilmiştir. Ayrıca 159 ncu maddenin dördüncü fıkrasında da, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı düzenlenmiştir.

²⁰⁵ GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.113; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.138.

Anayasa'nın bu hükümleri, ilgili kanunlarda da paralel düzenlemeler yapılarak tekrarlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2 nci maddesinde, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemlerin idari yargı denetimi dışında olduğu belirtilmiştir. Yine 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 12 nci maddesine göre, Kurul'un kararlarına itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar hakkında başka bir idari ya da kazai mercie başvurulamaz.

Bunlar dışında; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21 nci maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm ile de, yargı denetimi dışında bırakılan işlemler düzenlenmiş bulunmaktadır.²⁰⁶

Diğer bir kısıtlayıcı hüküm ise, Anayasa'nın 160 ncı maddesinde yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre; Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltme isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz.

Anayasa'nın 129 ncu maddesinin üçüncü fıkrasında bulunan “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” düzenlemesi, uyarma ve kınama disiplin cezalarının kanunla yargı denetimi dışında bırakılmasına cevaz vermektedir. Buna dayanarak yapılan düzenleme ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135 ve 136 ncı maddelerinde yer almaktadır. 135 nci madde hükmüne göre; disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir. 136 ncı maddede ise; uyarma ve kınama cezalarına itiraz edilmemesi ya da itirazın

²⁰⁶ Maddede yer alan düzenleme; “Cumhurbaşkanının, Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.” şeklindedir.

reddedilmesi durumlarında verilen kararların kesin olduğu, bu kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı öngörülmektedir.²⁰⁷

Danıştay ise konuya ilişkin kararlarında farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Danıştay'ın özellikle son dönemdeki kararlarında, Anayasa'nın 129 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135 nci maddelerine göre, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu kabul edilmekle birlikte, usul ve zamanaşımı yönlerinden hukuka aykırılık halinde, tam anlamıyla oluşmuş bir disiplin cezası işleminden söz edilebilmesine hukuken imkân bulunmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle yerel yargı yerlerince davanın esasının bu yönüyle incelenmesi sonrasında karar verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.²⁰⁸

Yukarıda sayılan Anayasa ve kanun hükümleri dışında da yasama kısıntıları mevcuttur. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 111, 131 ve 132 nci maddelerine göre, Yüksek Seçim Kurulu'nun re'sen ya da itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir ve bu kararlara karşı hiçbir mercie veya kanun yoluna başvurulamaz. Yine 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 55 nci maddesinde, Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olduğu belirtilmiş, böylelikle Yüksek Hakem Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatılmıştır.²⁰⁹

²⁰⁷ GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.116; GÜNDAY Metin, a.g.b.(1982 **Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları**), s.142.

²⁰⁸ Danıştay Onikinci Dairesinin 04.02.2005 gün ve E.2004/3795, K.2005/200 sayılı kararı, Sekizinci Dairenin 21.10.1999 gün ve E.1998/1220, K.1999/5359 sayılı kararı, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 22.03.2006.

²⁰⁹ GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.117.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARARLARI YARGI DENETİMİ DIŞINDA OLAN ANAYASAL KURUMLARIN İNCELENMESİ

Anayasa'nın 125 nci maddesinde, yargısal denetimle ilgili temel kural; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü ile açıkça ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu temel Anayasal normu birçok iptal kararının gerekçesinde vurgulamış, bu kararlarından birisinde; "Anayasa'da Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa'nın 125 nci maddesinin birinci fıkrasındaki 'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.' kuralıyla amaçlanan etkili bir yargısal denetimdir. Bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır." açıklamasını yaparak, düzenlemenin içeriği ve kapsamı hususlarına ışık tutmuştur.²¹⁰

Bu temel kuralının istisnasını teşkil eden hükümler ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında; "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır." düzenlemesi, 105 nci maddenin ikinci fıkrasında yer alan; "Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz." hükmü ve 159 ncu maddenin dördüncü fıkrasındaki; "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz." düzenlemesi ile ifade edilmiş bulunmaktadır.

Bu düzenlemeler çerçevesinde; Anayasa'da tereddüde yer bırakmayacak şekilde üç kurumun kararları yargı denetimi dışında

²¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2002 gün ve E.2001/225, K.2002/88 sayılı kararı, 26 Şubat 2003 tarih ve 25032 sayılı R.G.

tutulmuştur. Bunlar; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ve Yüksek Askeri Şura kararları ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarıdır.

Bu bölümde; 1982 Anayasası'nda kararları yargı denetimi dışında bırakılan üç kurum detaylı olarak incelenmeye çalışılacaktır. Öncelikle bu düzenlemelerin gerekçeleri ile yapılma sebeplerinin incelenmesinde fayda bulunduğu kanaatindeyiz.

I. CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPTIĞI İŞLEMLER

4. *Cumhurbaşkanının Tek Başına Yapabileceği İşlemler*

Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler kapsamına hangi işlemlerin girdiğini belirlemek önemlidir. Zira bu işlemler yargı bağıışıklığına sahiptir ve bu işlemler aleyhine herhangi bir yargı organına başvurulamaz.

Anayasa'nın 105 nci maddesinden dayanağını alan Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler, daha önce de belirttiğimiz gibi Anayasa'da sayılmamış ve tanımlanmamıştır. Bu nedenle Cumhurbaşkanının hangi işlemlerinin tek başına yaptığı işlemler olduğunu belirleyebilmek için, Cumhurbaşkanının kullandığı yetkinin mahiyetine bakmak gerekmektedir.

Gerek doktrinde, gerekse yüksek mahkemelerin kararlarında; Cumhurbaşkanının tarafsız devlet başkanı sıfatından kaynaklanan, başka hiçbir organın katılımı olmadan, doğrudan doğruya, sadece kendi değerlendirmesi ve tercihi doğrultusunda yaptığı işlemler, tek başına yaptığı işlemler olarak tanımlanmaktadır. Buna göre; Cumhurbaşkanının Başbakanı ataması, Yüksek Yargı Organlarına ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na üye seçmesi, Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını ataması, Yükseköğretim Kurulu üyeliklerine doğrudan doğruya yaptığı atamalar, kanunları tekrar görüşölmek üzere Meclis'e iade etmesi, kanunların iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açması, TBMM'yi gerektiğinde

toplantıya çağırması, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğünde halkoyuna sunması, Devlet Denetleme Kurulu'na inceleme, araştırma ve denetleme yaptırması, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yaptığı işlemler, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler olarak kabul edilmektedir.²¹¹

Bu görüş çeşitli yargı kararlarıyla da desteklenmiştir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında; “Cumhurbaşkanına kimi Yüksek Mahkemeler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini atama yetkisi verilmesi yürütmenin başı sıfatıyla değil, Devletin başı olması dolayısıyla verilmiştir. Bunların, Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılabilecek yetkilerden olduğunda kuşku ve duraksamaya yer bulunmamaktadır.” değerlendirmesini yapmıştır.²¹²

Danıştay da rektör atamaları ile ilgili istikrar kazanmış kararlarında “Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu işlemleri” Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler arasında kabul etmemiş²¹³, Cumhurbaşkanının yargı bağımsızlığı sağlanan işlemlerinin “hiçbir organ veya kuruluşun katılımı olmaksızın” yaptığı işlemler olduğuna karar vermiştir.²¹⁴

Bu yetkilerin siyasal bakımdan taraflı olan hükümetle paylaşılması, bu yetkilerin mahiyetine uygun düşmez. Örneğin yüksek yargı organlarına üye

²¹¹ TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.33; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.324; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.314, 302; GÖREN Zafer, a.g.e., s.235; GÖZLER Kemal, **Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4, s.35–52, Anayasa Hukuku İnternet Sitesi, (www.anayasa.gen.tr/cbyetki.htm), 23.11.2005.

²¹² Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993 gün ve E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararı, AMKD, S.31/1, s.103.

²¹³ Danıştay Beşinci Dairesinin 16.05.1993 gün ve E.1992/4035, K.1993/3137 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.89, s.277; İdari Dava Dairelerinin 04.11.1994 gün ve E.1994/482, K.1994/619 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.90; Sekizinci Dairenin 31.05.1995 gün ve E.1994/5965, K.1995/1797 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.91; Beşinci Dairenin 24.04.1996 gün ve E.1995/4152, K.1996/1717 sayılı kararı, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 27.02.2006.

²¹⁴ Danıştay Beşinci Dairesinin 16.09.1993 gün ve E.1992/3747, K.1993/3178 sayılı kararı, GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.106.

seçme yetkisinin hükümetle birlikte kullanılması, her şeyden önce yargı bağımsızlığı ilkesiyle çelişir. Yine kanunların bir defa daha görüşülmek üzere Meclis'e geri gönderilmesi ya da kanunların iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava açılması yetkilerinin de, hükümetle birlikte kullanılması mantıklı değildir. Zira hükümetin arkasında Meclis çoğunluğunun desteği vardır ve kanunların hükümete rağmen çıkarılması neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle, hükümetin çıkmasına destek verdiği kanunun Meclis'te yeniden görüşülmesi veya iptali için dava açılması için yapılan işleme katılması anlamsız olur. Nihayet Cumhurbaşkanının Başbakanı atama yetkisinin de, eski Başbakanla birlikte kullanılması sakıncalı ve anlamsızdır. Bu yetkilerin mahiyetleri gereği Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılmaları gerekir.²¹⁵

Diğer yandan, Anayasa Cumhurbaşkanı devlet başkanı sıfatı dışında, yürütme alanına ilişkin olarak da icrai nitelik taşımayan, tamamen törensel veya temsili nitelikte bir takım yetkiler de tanımıştır. Bu yetkilerin de Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılması, niteliklerine uygun düşmektedir. Bunlar ise; gerekli gördüğünde yasama yılının ilk günü TBMM'de açılış konuşması yapması, gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırması, TBMM adına TSK'nin Başkomutanlığını temsil etmesi, Milli Güvenlik Kurulu'nu toplantıya çağırması ve bu Kurul'a başkanlık etmesi yetkileridir.²¹⁶

Bu görüşlerden hareketle hangi işlemlerin tek başına yapılacağı hususunu belirleyebilmek amacıyla bir kural geliştirmek gerekirse; Cumhurbaşkanının, yürütme alanına ilişkin yetkilerden siyasi sorumluluk gerektiren icrai nitelikteki yetkilerini karşı-imza ile kullanabileceği, yürütme alanına girmekle birlikte siyasi sorumluluk gerektirmeyen diğer yetkileri ile

²¹⁵ TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.33; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.324; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.314; GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Türk Anayasa Hukuku*), s.522.

²¹⁶ TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.33; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.314; GÖREN Zafer, a.g.e., s.235.

devletin başı sıfatıyla sahip olduğu yasama ve yargı ile ilgili yetkilerini ise, karşı-imza kuralı aranmadan tek başına kullanabileceği söylenebilir.²¹⁷

Cumhurbaşkanına bu yetkiler, Devletin başı olması ve tarafsız kişiliği nedeniyle tanınmıştır. Zira Anayasa Cumhurbaşkanını, partilerin mücadele konusu olan siyasi iktidarın dışında, tarafsız, objektif bir hakem olarak öngörmüş²¹⁸ ve bazı yetkilerin başka organlar tarafından kullanılması yerine, Cumhurbaşkanınca kullanılmasını daha uygun bulmuştur. Söz konusu yetkilerin niteliklerine bakıldığında; tamamen tarafsızlıkla yerine getirilmesi zorunlu olan işlemlerin yapılmasına ilişkin, siyasi yaklaşımla yapılmaları halinde mahsurlu sonuçlara yol açabilecek yetkiler oldukları dikkat çekmektedir. Anayasakoyucu bu hassasiyeti dikkate almış ve tamamen tarafsız olan, Devlet mekanizmasının en üst makamında yer alması nedeniyle devletin başı kabul edilen kişiye bu yetkileri vermeyi uygun bulmuştur. Zira Cumhurbaşkanı, Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eden, ülke bütünlüğünün simgesi olan, Anayasanın uygulanmasını, Devlet mekanizmasının kusursuz işlemlerini, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmekle görevli kişidir.

Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisinin, Devletin başı olması ve tarafsız kişiliği nedeniyle tanındığını ve karşı-imza kuralının istisnasını teşkil ettiğini yukarıda belirtmiştik. Bu tür işlemlere, aynı amacı güden parlamenter rejimle yönetilmekte olan birçok Batı ülkesinde de rastlanmaktadır. 1958 Fransız Anayasası'nın 19 ncu maddesinde; "Cumhurbaşkanının, 8 nci maddenin birinci fıkrası, 11, 12, 16, 18, 54, 56 ve 61 nci maddelerde öngörülenler dışındaki işlemleri Başbakan ve gerektiğinde sorumlu bakanlar tarafından imzalanır." hükmü yer almaktadır.²¹⁹ Madde numaraları verilen yetkiler, Fransız Cumhurbaşkanının tek başına kullanacağı yetkililerdir. Bunlar; Başbakanı tayin etmek ve hükümetin

²¹⁷ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.327.

²¹⁸ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.328.

²¹⁹ Fransız Anayasası, Çev.Ahmet Şükrü ÖZEREN, Danıştay Yayınları No:58, Ankara-1994.

istifasının sunulması üzerine görevine son vermek, yasa tasarılarını referanduma sunmak, Millet Meclisini feshetmek, ülke bütünlüğüne yönelik ciddi tehdit durumlarında gerekli önlemleri almak, Parlamentonun iki meclisine mesaj göndermek, Anayasa Konseyi'ne başvurmak, Anayasa Konseyi'nin üç üyesini ve başkanını atamak, yasaları Anayasa Konseyi'ne göndermek yetkileridir. Sayılan işlemlerin niteliklerine bakıldığında, Cumhurbaşkanının Devletin başı olmasından ve tarafsızlığı nedeniyle tanınmış yetkiler oldukları anlaşılmaktadır. Ancak bizim Anayasamızdan farklı olarak, Fransız Anayasası, hangi işlemlerin Cumhurbaşkanınca tek başına yapılacağını tek tek belirlemiş, karşı-imza kuralının ana ilke olduğunu vurgulamış ve bu nitelikte işlemleri az ve sınırlı sayıda düzenlemiştir.

Yine Alman, Yunanistan, İtalyan ve İspanyol Anayasalarında da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Bu anayasalarda da Fransız Anayasasında olduğu gibi, hangi işlemlerin Cumhurbaşkanınca tek başına yapılacağı tek tek belirtilmiş²²⁰ ve buna dair yetkiler sınırlı tutulmuştur.

Diğer Batı ülkelerinden farklı olarak, bizim Anayasamızda Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapacağı sayılmamış olduğundan, işlemin niteliğine göre durumun belirlenmesi gerekmektedir. Bunun ise uygulamada belirsizliğe yol açması her zaman mümkündür. Zira bu işlemler yargı denetimi dışında olduğundan, ancak Cumhurbaşkanının bir işlemi aleyhine yargı merciine başvurulduğunda, yargı merciinin yorumu ile o işlemin Cumhurbaşkanınca tek başına yapılabilecek işlemlerden olup olmadığı belirlenecektir. Yargı yerleri arasında farklı yorumlar nedeniyle farklı uygulamalar yapılması, ya da zamanla konuya yaklaşımlarda değişiklik meydana gelmesi mümkündür. Ülkemizde yüksek yargı mercileri arasında birçok konuda fikir ayrılığı yaşandığı bilinen bir durumdur. Bu nedenle,

²²⁰ GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Türk Anayasa Hukuku*), s.517; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.312; GÖREN Zafer, a.g.e., s.233; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.65; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.205.

Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin Anayasa’da düzenlenmesinde fayda bulunduğunu düşünmekteyiz.

5. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi İle İlgili Yaklaşımlar

Anayasa’nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrası ve 105 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeler ile Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakıldığını belirtmiştik. Gerçi 105 nci maddede Cumhurbaşkanının işlemleri aleyhine Anayasa Mahkemesine gidilemeyeceğine ilişkin hüküm fazladan yapılmış bir düzenlemedir. Zira bu hüküm mevcut olmasa dahi, yine de Cumhurbaşkanının işlemleri aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne gidilemez.²²¹ Çünkü Cumhurbaşkanının bu işlemleri Anayasa Mahkemesi’nin görev alanına girmemektedir ve Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkileri Anayasa’da tahdidi olarak sayılmıştır.²²²

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere yönelik Anayasa’da öngörülen yargı bağıışıklığı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2 nci maddesinde ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 21 nci maddesinde yer alan düzenlemelerle tekrarlanmıştır.²²³ 1602 Sayılı Kanundaki “Cumhurbaşkanının tasarrufları” deyimi ile, Cumhurbaşkanının

²²¹ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.315; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.109; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.63.

²²² Anayasa Mahkemesi’nin görevleri aslen Anayasa’nın 148 nci maddesinde ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş Kanununun 18 nci maddesinde sayılmış, maddenin son fıkrasında; Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getireceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne bu madde dışında, Anayasa’nın 69, 85, 148, 152 ve 158 nci maddelerinde düzenlenmiş görevleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin görevleri hakkında geniş bilgi için Bkz. TUNÇ Hasan-F.BİLİR, a.g.e., s.56-58.

²²³ Konuyla ilgili olarak, 2577 Sayılı Kanunun 2 nci maddesinde; “Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır.” hükmü, 1602 Sayılı Kanunun 21 nci maddesinde ise; “Cumhurbaşkanının, Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.” hükmü yer almaktadır.

tüm tasarrufları değil, Anayasa'daki düzenleme doğrultusunda Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kastedilmektedir.²²⁴

Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, Anayasa'da hangi işlemlerin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılacağı sayılmadığından, yargı denetimi dışında tutulan bu işlemlerin belirlenmesi önem arz etmektedir. 1982 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin kural değil istisna olduğu ve her istisnai hüküm gibi bunlarında genişletici değil daraltıcı biçimde yorumlanması gerektiğinde şüphe yoktur.²²⁵ Gerek doktrinde, gerekse yüksek yargı organlarının kararlarında bu işlemleri belirlemek açısından dar yorumlama eğilimi mevcuttur. Zira bu kapsama sokulan her işlem yargı denetimi dışına çıkmaktadır. Hukuk devletinde yargısal denetim esas olduğundan, yargı denetimine tabi işlem sayısı arttıkça hukuk devleti ilkesinden uzaklaşılacağı açıktır.

Anayasa'nın 105 nci maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden, kanunkoyucunun da Cumhurbaşkanıya tek başına işlem yapabilme yetkisi verebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kanunkoyucunun da Cumhurbaşkanıya bu tür işlemler yapabilme yetkisi vererek, bu şekilde bazı işlemleri yargı denetimi dışına çıkarması mümkündür.²²⁶ Anayasa'dan kaynaklanan bu yetkinin fazla kullanılmasının, gerek parlamenter rejim dinamiklerine, gerekse hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceği açıktır.

Parlamenter rejimlerde sorumlu makam hükümet olduğundan, icrai nitelikteki işlemlerin bu makam tarafından yapılması asıldır. Sorumsuz kanadı temsil eden Cumhurbaşkanının işlem yapması durumunda ise, sorumluluğun üstlenilmesi bakımından karşı-imza kuralı işletilir. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerde, karşı-imza bulunmadığından siyasi sorumluluk mevcut değildir. Bu işlemlerin yargısal denetiminin de yapılmadığı

²²⁴ AKARUSU Ayhan, a.g.ylt., s.63.

²²⁵ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.312.

²²⁶ GÜNDAY Metin, a.g.e. (*İdare Hukuku*), s.367.

düşünülürse, hiçbir denetimin yapılmadığı işlemler karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun parlamenter demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşması oldukça zordur. Bu nedenle Cumhurbaşkanınca tek başına yapılacak işlemlerin, parlamenter rejimle yönetilen demokratik Batı ülkelerinde olduğu gibi, hem az sayıda, hem de Anayasa'da belirlenmiş olarak ortaya konması gereklidir. Bizim Anayasamızda bu işlemler açıkça sayılmadığına göre, özellikle görevleri gereği konuyu belirleyici işlevi üstlenen yüksek yargı organlarının Anayasa'nın ilgili hükümlerini parlamenter demokrasinin esaslarını dikkate alarak yorumlamaları önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen konuya ilişkin davalarda dar yorumlama eğilimini Anayasal gerekçelerle ortaya koymaktadır. Nitekim konuya ilişkin olarak oldukça ayrıntılı gerekçeler içeren 1993/18 sayılı kararında²²⁷; "...Bugünün parlamenter sisteminde yürütme sorumluluğu hükümettedir. Bunun sonucu olarak da, günümüzde devlet başkanının bir kararının başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanmasından çok, aslında başbakan ve ilgili bakan tarafından alınan bir kararın devlet başkanınca imzalanarak biçimsel olarak tamamlanması söz konusudur... Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer yasalarla tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışında kalan yürütme kapsamındaki bütün kararlarının hukuksallık kazanabilmesi için, Başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanmaları; Başbakan ve tüm bakanların imzaladıkları Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile ilgili bakanın imzasını taşıyan müşterek kararnamenin de geçerlilik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması Anayasal bir zorunluluktur... Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olarak karşı-imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler, 104 ncü madde uyarınca, yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlı anlaşılmak gerekir. Anayasa'daki, Cumhurbaşkanının... bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır, kuralı ancak, yürütmeye ilişkin olan ve Bakanlar Kurulunun siyasal sorumluluğunu gerektirecek kararlar anlamında

²²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993 gün ve E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararı, AMKD, S.31/1, s.103, 12 Ekim 1995 tarih ve 22431 sayılı R.G.

yorumlanmalıdır. Tersî durumunda, yürütme alanında yer alan ve icrai yetkiler kullanan kişi ve kuruluşların eylem ve işlemlerinden siyasal yönden sorumlu tutulabilecek hiçbir makamın bulunmaması parlamenter sistemin mantığıyla bağdaşmaz. Bu nedenle karşı-imza kuralı yürütme alanındaki atamalarda geçerlidir. Oysa Anayasa'nın 104 ncü maddesinde Cumhurbaşkanına kimi Yüksek Mahkemeler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini atama yetkisi verilmesi yürütmenin başı sıfatıyla değil, Devletin başı olması dolayısıyla verilmiştir. Bunların, Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılabilecek yetkilerden olduğunda kuşku ve duraksamaya yer bulunmamaktadır" değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme bu içtihadıyla; Cumhurbaşkanının, yürütme alanına ilişkin yetkilerden siyasi sorumluluk gerektiren icrai nitelikteki yetkilerini karşı-imza ile kullanabileceğini, yürütme alanına giren ancak siyasi sorumluluk gerektirmeyen yetkileri ile devletin başı olması sıfatıyla kendisine tanınan yasama ve yargı ile ilgili yetkilerini, karşı-imza kuralı aranmadan tek başına kullanabileceğini belirtmiş bulunmaktadır.²²⁸

Danıştay ise konuyu farklı açıdan ele almakta, Cumhurbaşkanının başka organ veya kurumların katkısıyla oluşturduğu işlemlerin idari yargıda dava konusu edilmelerine Anayasal bir engel bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Nitekim Danıştay Beşinci Dairesince, üniversite rektörlerinin iki dönemden fazla bu göreve seçilip seçilmeyecekleri konusunda doğan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak verilen kararda, Anayasa'nın 105 ve 125 nci maddeleri ile 2577 Sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 3 ncü fıkrasında yer alan ve yukarıda sözü edilen hükümlerle ilgili olarak şu şekilde görüş açıklanmıştır: "...Hukukun üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaştırılması tartışmalı olan ve yargı yetkisine sınırlama getiren bu hükümlerle aynı zamanda sınırlamanın sınırı da gösterilmiş bulunmaktadır. Buna göre Cumhurbaşkanının bütün işlemleri değil yalnızca O'nun "tek başına" veya "re'sen" ya da "doğrudan doğruya" yaptığı işlemler yargı

²²⁸ TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.327.

denetimi dışında tutulmuş olup; Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu dolayısıyla yukarıdaki sözcüklerin ortak anlamlarıyla vurguladıkları niteliği taşımayan işlemlerin, en başta Hukuk Devleti İlkesinin doğal gereği olarak, dava yoluyla yargı denetimine tabi oldukları konusunda herhangi bir duraksamaya yer bulunmamaktadır... Cumhurbaşkanının kimi işlemlerinde doğrudan doğruya yapmış olduğu değerlendirme ve tercihin yargı denetimi dışında tutulması Anayasakoyucu tarafından genel kurala istisna olarak öngörüldüğüne göre, yargı yetkisine getirilen bu sınırlamanın yukarıda belirtilen sözcüklerle çizilen sınırının, Cumhurbaşkanınca sonuçlandırılan ancak aynı niteliği taşımayan işlemleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinin Anayasanın sözüne ve özüne olduğu kadar Anayasakoyucunun ereğine de aykırı düşeceğinde kuşkuya yer yoktur..."²²⁹

Danıştay aynı yöndeki başka bir kararında da; "...Anayasa'nın 105 nci maddesinde, Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer yasalarda, Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki tüm kararlarının, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı, bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakanın sorumlu olduğu, Cumhurbaşkanının doğrudan imzaladığı karar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı yerlerine başvurulamayacağı, 125 nci maddesinin ikinci fıkrasında da, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında olduğu kurallarına yer verilmiştir. 2577 sayılı Yasanın 2 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasında da aynı yönde bir kurala yer verilerek, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemlerin idari yargı denetimi dışında olduğu belirtilmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanının, tüm işlemleri değil, yalnızca tek başına (doğrudan doğruya) yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur. Cumhurbaşkanının, başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu, dolayısıyla yukarıda belirtilen nitelikleri taşımayan işlemleri yargı denetimine tabi olacağı açıktır. 2547 sayılı

²²⁹ Danıştay Beşinci Dairesinin 16.09.1993 gün ve E.1992/3747, K.1993/3178 sayılı kararı, GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Türkiye'nin Yönetim Yapısı*), s.106.

Yükseköğretim Yasası gereğince yeni kurulan Devlet Üniversiteleri Kurucu rektörlerinin atanması, Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanın önereceği 3 isim arasından Cumhurbaşkanınca yapılmakta, kurucu rektörler bu Yasada belirtilen süreler dolmadan tayinlerindeki usule uygun olarak Cumhurbaşkanınca görevden alınabilmektedirler. Bu işlemlerin, Cumhurbaşkanının tek başına veya doğrudan doğruya yaptığı işlemler olarak nitelendirilmelerine olanak bulunmadığından, dava konusu yapılabileceklerinin kabulü gerekmektedir.” açıklamasını yapmıştır.²³⁰ Başka bir kararında da; “...Cumhurbaşkanının bütün işlemleri değil, yalnızca "tek başına" (re'sen - doğrudan doğruya) yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuş olup; Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu, dolayısıyla yukarıda belirtilen nitelikleri taşımayan işlemlerin, dava yoluyla yargı denetimine tabi oldukları konusunda herhangi bir duraksamaya yer bulunmamaktadır...” şeklinde görüşünü tekrarlamıştır.²³¹

Özetlemeye çalıştığımız doktrindeki görüşler ve yüksek yargı organlarının kararları ışığında, hangi işlemlerin Cumhurbaşkanınca tek başına yerine getirildiği ve yargısal denetim dışında olduğunu belirlemek açısından şu sonuca varılabilir: Cumhurbaşkanına tarafsızlığı ve devletin başı sıfatıyla tanınmış olan yetkilere dayanarak tek başına yaptığı işlemler, yargı denetimi dışındadır. Cumhurbaşkanının yasama ve yargı alanlarına ilişkin işlemleri bu kapsamda olup, bu işlemlerin nitelikleri gereği idari işlem de sayılmaları mümkün olmadığından, idari yargı denetimi dışında tutulmaları doğaldır.²³² Bu yetkiler, Cumhurbaşkanına tarafsızlığı nedeniyle tanınmış olup, siyasi etki olmaksızın kullanılmasında fayda bulunduğu kabul edilen işlemlere ilişkin yetkililerdir. Yürütme alanına ilişkin işlemlerinde ise, bu işlemlere başka organların öneri ya da katılımı olup olmadığı önem arz etmektedir. Sadece Cumhurbaşkanının iradesi ile ortaya çıkan, baştan sona

²³⁰ Sekizinci Dairenin 31.05.1995 gün ve E.1994/5965, K.1995/1797 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.91, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 27.02.2006.

²³¹ İdari Dava Dairelerinin 04.11.1994 gün ve E.1994/482, K.1994/619 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.90, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 27.02.2006.

²³² ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.116, 315.

kendisi tarafından oluşturulan işlemlerin idari yargı denetimi dışında olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Başka organ ya da kurumların katkıları ile oluşan, zincir-işlem niteliğinde olup Cumhurbaşkanının iradesi ile sonlanan işlemler ise, Cumhurbaşkanınca tek başına yapılan işlemler kapsamında kabul edilmeyip, yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Zincir-işlem; idari karar alma sürecinde nihai ve kesin işlemin oluşturulması amacıyla yapılan ve birbirine hukuki bağ ile bağlanmış işlemler zincirine denmektedir. Bu zincirde yer alan halka işlemlerin her biri ayrıca tek yanlılık özelliğini haizdir ve hukuk düzenine katılmış işlemlerdir. Cumhurbaşkanının bu kapsama giren işlemlerinde, zincir-işlem halinde ortaya çıkan idari süreç, Cumhurbaşkanının tasarrufu ile neticelenmektedir. Başka bir anlatımla, çeşitli organların karar ve katkısıyla birbirinin peşi sıra dizilen ve her aşamada bir müstakillik ve bir kesinliği bulunan bu işlemler, Cumhurbaşkanınca yapılan bir işlemle son bulmakta ve hukuk âlemine katılmaktadır. Zincirin halkalarını oluşturan işlemler, idari bir davaya konu olabilecek nitelikte bulunduklarından, Cumhurbaşkanının iradesi ile sonlanmaları halinde dahi, önceki bölümleri yargısal denetime tabi olacak, eğer bir hukuka aykırılık var ise bu işlemler iptal edilebilecektir. Önceki işlemlerin iptal edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanınca tesis edilen işlem de dayanağını kaybedeceğinden, doğal olarak hükümsüz kalacaktır.²³³ Yukarıda örnek olarak sunduğumuz Danıştay kararlarında, rektör atama işleminin zincir-işlem teorisi ile ele alındığı ve yargı denetimi dışında tutulan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kapsamında kabul edilmediği görülmektedir.

²³³ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Türkiye'nin Yönetim Yapısı*), s.109; GÜNDAY Metin, a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.367; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.71.

6. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargı Denetimine Açılması Sorunu

Hukuk devletinde kural olarak, idarenin hiçbir işlemi yargı denetimi dışında bırakılamaz. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanının bazı işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmış olması, genel olarak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Ancak Cumhurbaşkanının kendisine devletin başı olması nedeniyle tanınmış olan özellikle yasama ve yargı alanına yönelik işlemleri, Cumhurbaşkanının takdir yetkisi alanına giren işlemlerdir. Bu işlemler mahiyetleri gereği, içerdikleri unsurlar, takdir ve tercihler dolayısıyla yargı denetimine uygun değildir. Bu işlemlere karşı yargı yolu açık olsa bile, Anayasa'nın 125 nci maddesinin dördüncü fıkrasında ifade edilmiş olan, "...takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez." hükmü gereğince, yargı mercilerince bu işlemlerin yargısal denetimini yapması, yargı yetkisi dışında kalmaktadır. Nitekim 1961 Anayasası'nın yürürlükte bulunduğu dönemde, Cumhurbaşkanının işlemlerinin yargısal denetimini kısıtlayan bir düzenleme mevcut olmadığı halde, Danıştay kararlarında, Cumhurbaşkanının takdir yetkisi alanına girmenin mümkün olmadığını vurgulamıştır.²³⁴ Kaldı ki 1961 Anayasası'na göre, Cumhurbaşkanının idari yetkilerinden hiçbirisini tek başına kullanması da mümkün değildi. Cumhurbaşkanı bu gibi yetkilerini ancak ilgili bakan ve Başbakanın katılımı

²³⁴ "Cumhuriyet Senatosunun oluşumunda Cumhurbaşkanına üye seçme yetkisi, Anayasa'nın 70 nci maddesi ile verilmiştir. Bu yetkinin kullanılmasındaki Cumhurbaşkanlığı işlemi, Anayasa'nın 114 ncü maddesinde 'İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.' hükmünde sözü edilen idari işlerden sayılmaz. Anayasa ile Cumhurbaşkanına verilen Cumhuriyet Senatosu üyesi seçme yetkisi, Yasama Meclisinden birinin oluşumuna katkıda bulunma yetkisidir. Seçimlerin genel yönetim ve denetiminin Yüksek Seçim Kuruluna ait olduğu Anayasa'nın 75 nci maddesinde öngörüldüğü halde Cumhurbaşkanınca yapılacak seçimin bu madde kapsamı dışında kaldığı görülmektedir. Anayasa'da bu yoldaki işlemi denetleyecek bir yargı yeri belirlenmediğine göre ve niteliği itibarıyla yargısal denetime tabi bir işlem olmadığından bu işleme karşı açılan davanın Danıştay'da görülmesine olanak yoktur.", Danıştay Onikinci Dairesinin 16.12.1979 gün ve E.1979/547, K.1979/575 sayılı kararı, İdari Yargı Dergisi, S.8, s.53; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.74.

ile kullanabiliyordu ve sorumluluk da ilgili bakan ile Başbakan'a ait oluyordu.²³⁵

1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin, Danıştay'ın tutumu doğrultusunda, Cumhurbaşkanının kullandığı takdir yetkisi bakımından yargı denetimi dışında bırakıldığı anlaşılmaktadır. Zira 125 nci maddenin gerekçesinde; "...Ancak, Cumhurbaşkanının Anayasaya göre tek başına yapabileceği işlemler konusunda, yargısal denetim açısından tereddütleri gidermek için, bu işlemlerin yargı denetimi dışında kaldığı açıkça ifade edilmektedir." açıklaması yapılmıştır.²³⁶ Açıklamada geçen "tereddüt" kelimesi ile, yargı organlarının konuya farklı yaklaşımları karşısında, Cumhurbaşkanının bu işlemlerde kullandığı takdir yetkisinin yargı denetimi dışında bırakıldığının kastedildiği anlaşılmaktadır.

Doktrinde de Cumhurbaşkanının yasama ve yargı alanına yönelik olarak tesis ettiği işlemlerin, yargı denetimi dışında tutulmasında bir mahsur bulunmadığı görüşü hâkimdir. Kabul gören bu görüşe göre; bu işlemler Cumhurbaşkanına devletin başı olması nedeniyle tanınmış olup, idari işlem niteliği bulunmayan, mahiyetleri gereği takdir ve tercihleri içeren ve yargı denetimine uygun olmayan işlemlerdir. Bunların yargı denetimi dışında bırakılmasında hukuk devleti ilkesiyle çelişir bir yön bulunmadığı ifade edilmektedir.²³⁷

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden icrai nitelikte olanların ise, yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Zira bu işlemler, Cumhurbaşkanının yürütmenin bir unsuru olarak yerine getirdiği işlemlerdir. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı idari işlemler hukuka aykırı ise, bunlara karşı dava açılarak iptalini

²³⁵ GÜNDAY Metin, a.g.e. (*İdare Hukuku*), s.366.

²³⁶ İZGİ Ömer-Z.GÖREN, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, TBMM Basımevi, Cilt II, Ankara-2002, s.1091.

²³⁷ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.315; KUZU Burhan, a.g.m., 09.03.2006; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.325; YILDIRIM Turan, a.g.e., s.47; GÖZLER Kemal, a.g.e. (*Türk Anayasa Hukuku*), s.169-178, (<http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm>), 09.03.2006.

sağlamak, hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucudur. Bu nedenle Anayasa’da bu mahsurlu durumu ortadan kaldıracak şekilde değişiklik yapılması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu yaklaşım, doktrinde de birçok yazar tarafından dile getirilmektedir.²³⁸

Bazı yazarlar tarafından ise sorunun çözümü bakımından farklı bir yol önerilmektedir. Doktrinde dile getirilen bu görüşe göre; Cumhurbaşkanının idari nitelik taşıyan işlemlerinin, mesela icrai karar yetkisi olan makamlara yaptığı atamaların, Başbakan ve ilgili bakanla birlikte yapılması gereken işlemler olduğu, bu yöntemin uygulamada benimsenmesi durumunda, bu tür işlemler hakkında idari yargı yolunun kendiliğinden açılacağı ifade edilmektedir. Böylece hem parlamenter sistemin mantığına uygun davranılmış, hem de hukuk devleti ilkesi korunmuş olacaktır.²³⁹

Sonuç olarak; doktrinde genel olarak kabul gören şekilde, Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla yasama ve yargı alanına ilişkin olarak tek başına yaptığı işlemlerin, yargısal denetime tabi olmamasının hukuk devleti ilkesine ters düşmediği kanaatindeyiz. Zira, bu işlemler içerikleri itibarıyla münhasıran takdir yetkisini yansıttıkları için, bu yönleriyle zaten Anayasa’nın 125 nci maddesi çerçevesinde yargı denetimi dışında kalmaktadırlar. Diğer yandan Cumhurbaşkanının yürütme erkinin kullanılmasına ilişkin idari nitelikteki işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasının zaruri olduğu, bu bakımdan mevcut durumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

²³⁸ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.315; SEZER A.Necdet, a.g.b.; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e. (*Türkiye’nin Yönetim Yapısı*), s.108; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.325; YAYLA Yıldızhan, **Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu**, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, Ankara–2001, s.493; KUZU Burhan, a.g.m., 09.03.2006; ALAN Nuri, a.g.b.; GÜNDAY Metin, a.g.b.(**1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları**), s.141; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Türk Anayasa Hukuku*), s.519; AYHAN Rıza, **Demokrasi, Hukuk Devleti ve Cumhurbaşkanlığı**, İdeal Hukuk İnternet Sitesi, (http://www.hasansen.av.tr/idealhukuk/makale_detay.asp?id=51), 09.03.2006; ÇETİNKAYA Ender, Danıştay’ın Kuruluşunun 137 nci Yıldönümü ve “Danıştay ve İdari Yargı Günü” Açış Konuşması (10 Mayıs 2005), Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 01.11.2005.

²³⁹ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.315; GÖREN Zafer, a.g.e., s.237; YILDIRIM Turan, a.g.e., s.47, 49; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.207.

II. HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU

4. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kurumsal yapısı ile bugünkü durumuna gelene kadar Türk hukukundaki tarihsel gelişimi, daha önce birinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.²⁴⁰ Kurulun kararları Anayasa ile yargı denetimi dışında bırakıldığından, öncelikle bu kararların hukuki niteliğini belirlemek gerekmektedir. Zira bu kararların niteliği, yargısal denetimlerinin yapılıp yapılamayacağını tartışabilmek bakımından önemlidir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesinin görev alanı Anayasa'da tahdidi olarak belirlenmiştir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararları, yasama işlemi niteliğinde olmadığından ve Anayasa Mahkemesi'nin diğer görevleri kapsamına da girmediğinden, bunların yargı denetiminin Anayasa yargısı alanına girmesi pek tabi olarak mümkün değildir.

Bu nedenle, Kurul'un kararlarının idari yargının görev alanına giren idari işlemler niteliğinde olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Bu sonuca varmak için ise, Kurul'un niteliği ele alınmak zorundadır. Eğer Kurul yargısal kimlik taşıyan bir kurum olarak kabul edilirse, kararlarının idari yargı denetimine tabi olamayacağı açıktır. Yok, eğer Kurul idari nitelikli bir organ olarak kabul edilirse, bunun doğal sonucu olarak kararlarının idari işlem niteliğinde kabul edilmesi ve bu kararların idari yargı denetimine tabi olması sorununun tartışılması gerekecektir.

Birinci bölümde ayrıntılı olarak anlattığımız üzere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; Adalet Bakanının başkanlığında, Yargıtay'dan üç

²⁴⁰ Bkz. s.18 vd.

asıl ve üç yedek, Danıştay'dan iki asıl ve iki yedek üye ile Adalet Bakanlığı Müsteşarından teşkil edilen, yedek üyeleri hariç toplam yedi üyeli bir kuruldur. Beş üye, yüksek yargı organlarının üyeleridir. Adalet Bakanı ve Müsteşarı, idarenin temsilcileri olmakla birlikte, Müsteşar da hâkimlik mesleği mensubudur. Bu bakımdan, Kurul'da meslekten hâkim olan üyeler, büyük çoğunluğu oluşturmaktadır.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, çoğunluğu hâkimlik mesleğinden olan üyelerden oluşmakta ise de, gördüğü fonksiyonun niteliği itibariyle, hâkim ve savcıların özlük hakları konusunda yetkili idari bir kuruluştur. Bu nedenle yaptığı işlemler de açıkça idari işlem niteliği taşımaktadır.²⁴¹

Kurul'un idari nitelikli bir kuruluş olduğundan hareketle, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde Kurul kararlarına karşı Danıştay'a başvurulabiliyordu. Aynı dönemde Anayasa Mahkemesi de, Kurul'un yapısında Adalet Bakanının başkan olarak bulunması nedeniyle, bir yürütme görevlisinin mahkemeye başkanlık etmesi düşünülemeyeceğinden, Kurul'un yargısal bir kuruluş, kararlarını da yargısal nitelikli karar olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekteydi.²⁴²

Ancak özellikle 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı değişmiştir. Yüksek Mahkeme bu yöndeki bir kararında; Anayasakoyucunun Kurul'u "yargının hükümeti", yani kendi içindeki "yürütme" olduğunu belirttiğini, bu nedenle de Kurul'un atama kararlarının genel yürütme işlemlerinden olmadığını, kaldı ki Anayasa kurallarına dayanılarak alınan bu kararların her hangi bir danışma ve önerme

²⁴¹ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.363; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargısı*), s.29; ÇETİNKAYA Ender, a.g.b.; ÖZOK Özdemir, 2002–2003 Yargı Yılı açılış Konuşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:15, S.2002/3, s.20; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Türk Anayasa Hukuku*), s.857; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.455; AZRAK Ülkü, a.g.m., s.461.

²⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 15.05.1963 gün ve E.1963/169, K.1963/113 ve 27.01.1977 gün ve E.1976/43, K.1977/4 sayılı kararları, AMKD, S.1 ve 15, s.285 ve 113; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.104.

niteliğindeki kararlar olmayıp, hiçbir makam ve merciinin onayına gerek olmaksızın hukuksal sonuç doğuran yürütülmesi zorunlu kararlar olduğunu belirtmiştir.²⁴³

Öğretide azınlıkta bulunmakla birlikte, Kurul'un tam olarak idari nitelikli bir kuruluş olmadığını, kararlarının da aynı şekilde idari kararlar sayılamayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşü savunan Yargıtay eski Genel Sekreteri Dr. Uğur İBRAHİMHAKKIOĞLU'na göre; Kurul'un işlevi ne tam idari, ne tam adli niteliktedir; sui generis, kendine özgü bir görevdir. Bu durum, Kurul'un meydana geliş şekli, üyelerinin nitelikleri ve karar alma sürecinin özelliklerinden kaynaklanmaktadır.²⁴⁴ AYİM de bir kararında; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kurulmasıyla yargının, yargıçlar tarafından idare edilmesi sisteminin benimsendiğini vurgulayarak, Kurul'un yapısı ve işleyişindeki özelliklere dikkat çekerek, faaliyetinin idari bir faaliyet olarak görülemeyeceği sonucuna varmaktadır. Özetlenen bu görüş ile karara aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında kanaatimizce, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun idari bir işlev yerine getiren özel nitelikli Anayasal bir kuruluş olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira her ne kadar yüksek yargı organlarının üyesi olan hâkimlerden teşekkül etmekte ise de, başkanı yürütmenin temsilcisi olan Adalet Bakanı'dır. Müsteşar da meslekten hâkim olmakla birlikte, idare içinde ve Adalet Bakanı'nın emrinde görev yapan bir bürokrattır. Öncelikle böyle bir kuruluşun yargı mercii olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer yandan Kurul'un işlevi açısından değerlendirilmesi sonucunda ise, hâkim ve savcılarının mesleğe kabul etme, atama, yükseltme, disiplin cezası verme gibi özlük işlerine yönelik kararlar verdiği görülmektedir. Bu işlemlerin idari nitelikli işlemler olduğu hususunda herhangi bir kuşku bulunmadığını düşünmekteyiz.

²⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993 gün ve E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararı, AMKD, S.31, C.1, s.102; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.105.

²⁴⁴ İBRAHİMHAKKIOĞLU Uğur, a.g.m., s.666.

Ancak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun sayılan görevleri dışında kalan, Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin askeri yargı dışından gelen üyelerini seçmek görevlerini ise farklı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekmektedir. Zira bu görevlerin idari işlem niteliklerinden ziyade tercih, takdir gibi özellikleri öne çıkmaktadır ve bunlar sonuçlarını yargısal alanda göstermektedir. Bu bakımdan Kurul'un yüksek yargı üyelerini seçme işlemlerinin, tam anlamıyla yargısal işlem olmamakla birlikte idari işlem niteliğinde de olmadığı kanaatindeyiz.

5. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi İle İlgili Yaklaşımlar

Bilindiği gibi, 1961 Anayasası döneminde idarenin tüm işlemlerine karşı yargı yolu açıktı. Bu kurala, Yüksek Hâkimler ve Yüksek Savcılar Kurullarının kararları da dâhildi. 1971 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile, Yüksek Hâkimler ve Yüksek Savcılar Kurulları kararlarının kesin olduğu, bu kararlar aleyhine başka bir mercie başvuru yapılamayacağı hükmünün getirildiğine daha önce değinmiştik. Değişiklik gerekçesinde, "Esasen çoğunluğu yüksek mahkeme üyelerinden oluşan bir kurulun kararlarına karşı başkaca teminat yolu düşünülmesine gerek görülmemiştir." açıklaması yapılmıştır.²⁴⁵ Ancak bu değişiklik, yukarıda belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.²⁴⁶

1982 Anayasası'nda, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin düzenleme 159 ncu maddede yapılmıştır. Bu maddenin dördüncü fıkrası ile, Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı hükmü getirilmiştir. Bu hükme paralel düzenleme, 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 12 nci maddesinde yer almaktadır.²⁴⁷ Aslında kanuni düzenleme Milli Güvenlik Konseyi döneminde 13.05.1981 tarihinde

²⁴⁵ ALPAR Erol, a.g.m., s.121.

²⁴⁶ Bkz. s.28.

²⁴⁷ Bu maddede yer alan hüküm; "İtiraz üzerine verilen karar kesindir. Bu karar hakkında başka bir idari ya da kazai mercie başvurulamaz." şeklindedir.

kabul edilmiş olup, bu düzenleme daha sonra hazırlanan 1982 Anayasası'na ithal edilmiştir.

Anayasa'nın 159 ncu maddesinin gerekçesinde; "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulmuş ve görevini bu esaslar dâhilinde yapmakla görevlendirilmiştir. Kurulun çoğunluğu hâkimlik teminatını haiz olanlardan meydana gelmektedir." açıklaması yer almaktadır.²⁴⁸ Görüldüğü üzere, gerekçede Kurul kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasının sebebine ilişkin her hangi bir açıklama yapılmamıştır. Sadece Kurulun, çoğunluğu hâkimlik teminatını haiz olanlardan meydana geldiği belirtilmekle yetinilmiştir. Bu bakımdan, madde gerekçesi konumuzla ilgili olarak aydınlatıcı olmadığı gibi, yeterince bilgi verdiği dahi söylenemez.

Öğretide, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun idari bir kuruluş olarak tesis ettiği mesleğe kabul etme, atama, yükseltme, disiplin cezası verme gibi özlük işlemlerin, diğer tüm idari işlemler gibi yargısal denetime tabi olmalarının gerektiği, mevcut durumun hâkim bağımsızlığını zedelediği gibi hâkim ve savcılar hukuki güvenceden yoksun bıraktığı, bu yargısal kısıtlamanın hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı birçok yazar tarafından kabul edilen baskın görüş niteliğindedir.²⁴⁹

²⁴⁸ İZGİ Ömer-Z.GÖREN, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, TBMM Basımevi, Cilt II, Ankara-2002, s.1394.

²⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.30; ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.363; ÇETİNKAYA Ender, a.g.b.; GÜNDAY Metin, a.g.b.(**1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları**), s.142; YILDIRIM Turan, a.g.e., s.48; ÖZGEN Eralp, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, Ankara-2001, s.685; ÖZOK Özdemir, 2002-2003 Yargı Yılı Açılış Konuşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:15, S.2002/3, s.20; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Türk Anayasa Hukuku*), s.857; AZRAK Ülkü, a.g.m., s.461; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, a.g.e., s.50; TANÖR Bülent-N.YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.455; SEZER A.Necdet, a.g.b.; ALAN Nuri, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, Ankara-2001, s.469; ARSLAN Zühtü, **Anayasa Değişikliği, Hemen Şimdi (2)-** (<http://www.zaman.com.tr/?bl=yorumlar&trh=20050929&hn=201771>), 10.11.2005.

2461 Sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile, Kurul kararlarına karşı sadece ilgilinin itiraz yoluyla Kurul'a başvurabilmesi kabul edilmiştir. Bazı yazarlar tarafından bu başvuru, eski dilde "yardım ve merhamet dileme" anlamına gelen ve hukuk dilinde adi dilek olarak isimlendirilen "isti'taf müracaatı" olarak vasıflandırılmaktadır. Aynı görüşe göre; bu tip başvuruların hukuki güvencesinin bulunmadığı ve genellikle hiçbir sonuç yaratmadığı bilinen bir husus olup, bu kadar önemli bir konuda yargı yolunun kapalı tutulmasının hâkim ve savcılar üzerinde ciddi bir baskı anlamını taşıdığı da açık bir gerçektir. Devamla, "Her ne kadar Kurul üyelerinin yüksek mahkeme hâkimleri olduğu ve onların verdikleri kararlara karşı yargı yoluna gitmenin uygun olmaması nedeniyle böyle bir çözüm öngörüldüğü ifade edilmekteyse de, bu görüş Kurul kararlarının yargısal değil, idari kararlar olduğu gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Kaldı ki Danıştay'da doğrudan dava açıldığı durumlarda dairelerin verdiği kararlara karşı, yine Danıştay üyelerinden oluşan Genel Kurul'a başvurulabilmektedir. Bu durumda aynı mantıkla Danıştay dairelerinin üyelerinin yüksek mahkeme hâkimi olmadığı mı iddia edilecektir? Yoksa yüksek mahkeme hâkimlerinin idari konularda verdikleri kararların yargıda tartışılmayacağı, ama bu kişilerin yargısal kararlarına karşı yargısal başvuru olan kanun yolu başvurusu yapılabileceği gibi hiçbir hukuk mantığına uymayan bir iddia mı ileri sürülecektir?" düşünceleri ileri sürülmektedir.²⁵⁰

Kurul kararlarına getirilen yargısal kısıtlama ile ilgili olarak; diğer kamu görevlilerinin özlük haklarında değişiklik meydana getiren idari işlemlere karşı yargıya başvurma haklarının bulunduğu kastedilerek, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde en sıradan, en basit bir kamu görevlisine tanınmış olan hukuksal güvencenin hâkim ve savcılardan esirgendiği, bu sebeple hâkim ve savcıların güvenceli ve görev yaptıkları mahkemelerin de bağımsız olduklarından söz edilemeyeceği eleştirileri yapılmıştır.²⁵¹ Bu şekilde hâkim ve savcılara hak

²⁵⁰ AZRAK Ülkü, a.g.m., s.461.

²⁵¹ GÜNDAY Metin, a.g.b.(**Hukuk Devleti ve Yargı**), s.25; a.g.e.(*İdare Hukuku*), s.49.

arama özgürlüğü tanınmadığı, hukuk devletiyle bağdaşmayan bu düzenlemelerin hukuk dünyasından çıkarılması gerektiği belirtilmiştir.²⁵²

Farklı görüş ise, Yargıtay eski Genel Sekreteri Dr. Uğur İBRAHİMHAKKIOĞLU tarafından dile getirilmiş, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı ayrıca yargı yolu olmayacağı savunulmuştur. Adı geçen yazar tarafından; “Kurul’da bir hâkim veya savcının en özel hayatı, gizli sırları, mesleki yeteneği gibi asla bir idari dava dosyasına yansiyip duruşma konusu yapılması mümkün olmayan sırlar görüşülmektedir. Bu sırlar, bu Kurul’da o hâkim veya savcının meslektaş, büyüğü, ağabeyi, ablası olan yüksek hâkimler tarafından görüşülmektedir. Bunların davaya yansması, yargıyı da, hâkimi de, çevresini de, hatta Kurul’u da yıpratmaktan başka hiçbir işe yaramaz. Çünkü yargı yolu, bir idari işlemin hukuka aykırılığı halinde ilgilinin mutazarrır olmaması için işin hâkim önüne götürülmesidir. Olay zaten yüksek hâkimler önünde değerlendirilmektedir. Kurul’un idari bir görev yaptığı iddiası doğru değildir. Kurul’un yaptığı iş belki normatif olarak idaridir, ama hakkında hüküm verdiği kişiler hâkim ve savcı, hüküm verenler yüksek mahkemelerin bu iş için seçilmiş yüksek hâkimleri, raportörleri hâkim, evraklar dava dosyası tarzında ve uygulanan usul de bir üst mahkeme müzakeresi şeklinde olduğuna göre iş, adeta adli bir veçhe kazanmaktadır. Doğrusu, Kurul’un işlevi ne tam idari, ne tam adli niteliktedir; sui generis, kendine özgü bir görevdir. Yargı yolunun da kendine özgü olması gerekir, bu da itirazdır.” görüşü savunulmaktadır.²⁵³

Şeref ÜNAL da aynı şekilde, 1982 Anayasası ile getirilen sistemde, Kurul kararlarına karşı Danıştay’a başvurma yolunun kapatılmasını, yapılan düzenlemenin mantıki bir sonucu olarak görmektedir. Yazara göre; bir kurulun kararlarını, üyelerini bizzat aynı kurulun seçtiği Danıştay’ın denetimine tabi tutmak, yargı sistemi içindeki hiyerarşi anlayışına ters

²⁵² YUTRCAN Erdener, **Hukuk Devleti ve Yargı**, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi-4, TÜSİAD Yayınları, Aralık-1997, s.33.

²⁵³ İBRAHİMHAKKIOĞLU Uğur, a.g.m., s.666.

düştüğü gibi, istenilen sonucun alınması da mümkün değildir. Çünkü bu takdirde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Danıştay üyelerini kendi düşünceleri doğrultusunda karar verecek kişiler arasından seçme eğiliminde olacaktır. Kaldı ki, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun tam olarak kapatıldığı da iddia edilemez. Zira Kurul kararlarına karşı, yüksek hâkimlerden oluşan ve bağımsız bir mahkeme gibi çalışan İtirazları İnceleme Kurulu'na başvurmak mümkündür. Bununla beraber, bir yasa değişikliği ile, Adalet Bakanı ve bakanlık müsteşarının İtirazları İnceleme Kurulu'na katılmamaları sağlandığı takdirde, Kurul salt hâkimlerden oluşan bir yüksek mahkeme niteliğine kavuşacağından, bu konudaki eleştirileri büyük ölçüde ortadan kaldırmak mümkün olabilir. Yazar, bu tür düzenlemeler yapılmadığı takdirde, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açılması gerektiğini belirtmektedir.²⁵⁴

Benzer bir yaklaşım da AYİM'in bir kararında yer almaktadır. Askeri Yargıtay üyeliğine seçim işleminin iptali talebi üzerine, bu seçim işleminin bir idari işlem olmaması nedeniyle denetim dışı olduğu gerekçesiyle verilen karara karşı, karar düzeltme yoluna gidilmiş ve bu talebi reddeden Daireler Kurulu, kararında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına atıfta bulunmaktadır. Kararda; "Anayasanın 159 ncu maddesiyle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına getirilen yargı bağımsızlığı, bu kurulun kurulmasıyla yargının, yargıçlar tarafından idare edilmesi isteminin benimsenmesindendir. Yargıyı, idare etmediğine göre, varoluş nedeni idarenin yargısal denetimini yapmak olan idari yargının, Başkanı durumundaki Adalet Bakanı hariç tümü yargıçlardan oluşan kurulun kararlarını denetlemesi açıklamasız kalacaktır. Eğer böyle bir denetim yapılacaksa, o zaman zaten Yüksek Kurulu oluşturmanın anlamı kalmayacaktır. Yargıyı, idarenin idare edeceği, hoşnut olmayanların da idari yargıya gideceği sistem benimsenirdi. Nitekim askeri yargıda yerel mahkeme hâkim ve savcılar ile yüksek mahkeme savcılarını atama, meslekten çıkarma gibi yetkiler idareye ait olduğundan, bu asker kişilere askeri idari yargı yolu

²⁵⁴ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.91, 133.

açıktır. Buna karşılık Askeri Yargıtay'a üye seçiminde, genel kurulun aday belirleme işleminde idarenin hiçbir katılımı bulunmamaktadır. Askeri yargıçlar, mensubu oldukları yüksek yargı organının yapısını oluşturmaktadır. Bu etkinlik ile Yüksek Kurul'un yargıyı idare etmesi eşdeğerde etkinliklerdir. Anayasa idari bir işlemin yargı denetimini yasaklamak için değil, yargıçların idaresindeki bir yargı sistemini benimsediği, böylece idareyi yargıya müdahale edemez hale getirdiği, buna karşın yargı denetimi yapılmasının bir anlamı olmayacağı için, idari yargı denetiminin yapılamayacağını belirtmiştir. Bu adeta Anayasakoyucunun kendi kuralına açıklık getirmesi, kuralın başka türlü yorumlanamayacağını belirtmesidir..." yorumunda bulunulmuştur.²⁵⁵

Danıştay ise, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra Kurul kararlarına karşı açılan davalarda, öncelikle dava konusu işlemin Kurul'un görev alanına girip girmediği hususunu incelemektedir. Konu Kurul'un görev alanına giren bir konu ise, Anayasa'nın 159 ve 2461 Sayılı Kanunun 12 nci maddesinde yer alan amir hükümler doğrultusunda karar vermektedir. Kurul, görev ve yetkisinde olmayan bir konuda karar almış ise, söz konusu davanın esasının idari yargıda incelenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu yaklaşımı oldukça yeni tarihli bir kararında şu şekilde açıklamaktadır: "Anayasanın 'Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu' başlıklı 159 ncu maddesinin 3 ncü fıkrasında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapacağı hükme bağlanmış, 4 ncü fıkrasında, Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı kuralına yer verilmiştir. Anayasa'nın yukarıda yer verilen 159 ncu maddesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarına karşı yargı yolu kapatılmış olup, kurulun kendi görev alanı içinde ve yasalarla verilmiş yetkisini kullanarak almış olduğu kararlara karşı açılan davaların yargı mercilerince

²⁵⁵ AYİM DrI.Krl.nun 30.06.1994 gün ve E.1994/38, K.1994/1 sayılı kararı, AYİM Dergisi No:9, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 03.03.2006.

incelenme kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu genel saptama karşısında davaya bakıldığında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca alınan ilke kararı dava konusu yapıldığından, öncelikle davaya konu olan ilke kararının Kurulun görev ve yetkisi dâhilinde alınıp alınmadığının tespiti gerekmektedir. Eğer Kurul görev ve yetkisinde olmayan bir konuda karar almış ise, ancak bu halde söz konusu davanın esasının idari yargıda incelenmesi mümkün bulunmakta, aksi halde yukarıda belirtildiği üzere Kurulun yetkili ve görevli olduğu konularda aldığı kararlara karşı Anayasa hükmü ile yargı yolu kapatılmış olduğundan, bu kararlara karşı açılan davalarda idari yargı yerince davanın esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır... Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, birinci sınıf hâkim olma da bir terfi ve yükselme işlemi olduğundan birinci sınıf olma için gerekli şartların bulunup bulunmadığının incelenip sonucuna göre birinci sınıf olma konusunda karar alınmasında, bu konuda karar verecek bir mercie ihtiyaç duyulacağı açıktır. Aksi halde kanunda öngörülen şartları taşıyan kişinin kendiliğinden birinci sınıf olması durumu ortaya çıkar ki bu sonuç, daha önceki yükselmelerde şartları inceleyen ve buna göre karar veren bir makam varken birinci sınıf olma için böyle bir makamın kabul edilmemesi halini doğuracağından, bunun Yasanın sistematiğine ve işin niteliğine ters düşeceği ortadadır. Bu nedenle, birinci sınıf olmanın bir yükselme çeşidi olduğu ve bu konuda değerlendirme ve karar alma görev ve yetkisinin Kurula ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Anayasa'nın 159/4 maddesi ile Kurulca alınan gerek düzenleyici nitelikte gerekse bireysel nitelikteki görevi dâhilindeki işlemlere karşı dava yolu kapatılmış bulunduğundan, anılan Yasa hükmü uyarınca Kurulca alınan ilke kararının iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenme imkânı bulunmamaktadır.”²⁵⁶

Aynı yaklaşımla incelenen bir davada da Danıştay Beşinci Dairesince, dava konusu işlemin Adalet Bakanlığı işlemi olduğu belirtilerek, davanın esastan incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu kararda; “2461 Sayılı

²⁵⁶ Danıştay Onbirinci Dairesinin 17.02.2004 gün ve E.2003/916, K.2004/728 sayılı kararı, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 28.03.2006.

Kanunun 4 ncü maddesinde Yüksek Kurulun görevleri tek tek sayılmış olup; bunlar arasında hâkim ve savcıların harcırahları ile ilgili olarak karar almak görevinin yer almadığı, harcırahla ilgili konuların maddenin son fıkrasında yer alan konular içinde bulunduğu ve bu husustaki yetkinin Adalet Bakanlığına ait bulunduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar davacı tarafından Yüksek Kurulun kararı ile buna dayalı Adalet Bakanlığı işleminin iptali isteğiyle dava açılmış ise de, sonuç olarak bu kabil konularda kesin işlem tesis etmeye Adalet Bakanlığı yetkili olduğundan ve bu işlemin idari yargı mercilerinde dava konusu edilmesi mümkün bir işlem niteliğinde olduğundan, davanın Adalet Bakanlığınca tesis edilen işlemin iptali talebine ilişkin olarak incelemeye alınarak işin esasının incelenmesi gerekirken, incelenmeksizin reddinde isabet görülmediğinden kararın bozulmasına...” şeklinde açıklama yapıldığı görülmektedir.²⁵⁷

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, idare hukukumuzun kaynağını teşkil eden Fransız idare hukukunda farklı bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Yüksek Hâkimler Kurulu, 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 65 nci maddesinde düzenlenmiş olup, kararlarının yargı denetimine kapalı olduğuna ilişkin Fransız Anayasası'nda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Nitekim Fransa'da, disiplin konusundaki kararları hariç olmak üzere, Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı, Fransız Danıştay'ına başvurulabilmektedir. Fransız yazarlar, bunun mümkün olmaması halinde, hâkimlik teminatının zayıflamış olacağını belirtmektedirler.²⁵⁸ Kurul'un, disiplin kurulu olarak verdiği kararlar ise kesin olup, bunlar hakkında başka hiçbir yargı organına başvurmak mümkün değildir. İtalya'daki sisteme göre ise, 1948 İtalyan Anayasası ile kurulmuş olan Hâkimlik Yüksek Konseyi'nin kararları kesin olup, aleyhinde başka her hangi bir yargı organına başvurmak mümkün değildir.²⁵⁹

²⁵⁷ Danıştay Beşinci Dairesinin 28.05.1986 gün ve E.1986/512, K.1986/757 sayılı kararı, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 28.03.2006.

²⁵⁸ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.363.

²⁵⁹ ÜNAL Şeref, a.g.e., s.34, 37.

6. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarının Yargı Denetimine Açılması Sorunu

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun idari bir kuruluş olarak yerine getirdiği idari işlemlerin yargısal denetime açılması gerektiği düşüncesi, öğretilerde genel olarak kabul edilmektedir. Kurul'un çoğunluğu yüksek mahkeme üyesi hâkimlerden oluşan özel nitelikli Anayasal bir kuruluş olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak sırf bu özelliğinden dolayı Yüksek Kurul kararlarının yargısal olarak denetlenemeyeceği düşüncesinin doğru olmadığı görüşündeyiz. Ayrıca diğer tüm kamu personeline tanınan bir hakkın, adalet dağıtmakla görevli hâkim ve savcılardan esirgenmiş olmasının yanlış olduğu eleştirilerini de haklı bulmaktayız. Hukuk devleti ilkesinin günümüzde ulaştığı noktada, tüm idari eylem ve işlemler gibi Kurul kararlarının da yargısal denetimine tabi olması, hak arama hürriyeti çerçevesinde varılması gereken zorunlu bir sonuçtur.

Ancak burada Kurul'un gerek Anayasa'da, gerekse 2461 Sayılı Kanunda sayılmış olan görevleri bakımından bir ayrıma gidilmesinde fayda bulunmaktadır. Kurul'un hâkim ve savcılarının özlük işlerine yönelik kararlarının yargısal denetime açılması gerektiği hususunda hiçbir duraksama bulunmamaktadır. Diğer yandan yüksek mahkeme üyelerinin seçilmesine ilişkin Kurul'a verilen görevin, diğer görevleri gibi idari işlem niteliğinde olmadığını açıklamaya çalışmıştık. Bu işlemler, yoğun olarak takdir yetkisi kullanılan tercih faaliyetleridir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, idarenin takdir yetkisi yargısal denetim dışındadır ve Anayasa'nın 125 nci maddenin amir hükmü gereğince, takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez. Bu bakımdan yüksek yargı üyelerini seçme işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulmasının, sonuçları bakımından bir mahsurunun bulunmadığı, ancak bu işlemlerin de takdir yetkisi dışında kalan yetki ve şekil unsurları yönünden yargısal denetime tabi tutulabileceği kanaatindeyiz.

Bu arada, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargısal denetimi ile ilgili yaklaşımları incelediğimiz bölümde, zincir-işlem teorisini ele almış ve bu doğrultuda bazı işlemlerin nasıl yargısal denetime tabi tutulduğunu örnekleri ile açıklamıştık. Aynı yaklaşımın Yüksek Kurul kararları bakımından uygulanamayacağı düşünülmektedir. Zira Kurul idari işlem niteliğindeki kararlarını başka bir organın katkısı olmadan almaktadır. Hâkim ve savcıların özlük işlerini ilgilendiren işlemler için, Kurul'un kararı öncesinde Adalet Bakanlığınca hazırlık işlemleri yapılmaktaysa da, bu işlemlerin tek başlarına yargı denetimine tabi tutulması, işlemlerin mahiyeti gereği mümkün bulunmamaktadır. Bu işlemler Kurul'un karar vermesi öncesinde O'na gerekli bilgileri vermeye matuf, hazırlık amacıyla yapılan ve tek başlarına sonuç doğurmayan planlama niteliğindeki işlemlerdir. Bu nedenle zincir-işlem teorisi ile önce bunların denetimi yoluyla Kurul'un işlemlerinin yargı denetiminden geçmesi imkân dâhilinde görülmemektedir.²⁶⁰

III. YÜKSEK ASKERİ ŞURA

4. *Yüksek Askeri Şura Kararlarının Hukuki Niteliği*

Yüksek Askeri Şura'nın kurumsal yapısı ile görevlerini daha önce ayrıntılı olarak anlatmıştık. Belirttiğimiz üzere, Şura'nın asli görevleri, 1612 sayılı Yüksek Askeri Şura'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Bunlar; TSK'nın ana program ve hedefleri ile ilgili konularda görüş bildirmek, askerî stratejik anafikrin tespiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi gibi yurt savunmasına yönelik çeşitli konularda görüş bildirmekten ibaret olan, istişari nitelikteki işlemlerdir. Bu işlemlerin icrai sonuçlar doğurmamaları nedeniyle idari işlem niteliğinde olmadıkları açıktır.

Yüksek Askeri Şura'nın icrai nitelikte olan görevleri, 926 sayılı TSK Personel Kanunu ile kendisine verilen görevlerdir. Bu görevler, yukarıda tek

²⁶⁰ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.110-111.

tek saydığımız gibi²⁶¹, TSK'ya mensup subay, astsubay ve generallerin terfi, emeklilik ve ayırma işlemlerine ilişkin görevlerdir. İcrai nitelikli bu görevler sonucunda yapılan işlemlerin idari işlem olduğu hususunda, herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

926 sayılı TSK Personel Kanunu ile Şura'ya verilen görevler nedeniyle alınan kararları da, bu kararların alınma şekline bakarak ikili bir ayrımla inceleyebiliriz. Birinci grupta, sadece Şura tasarrufu ile oluşan ve başka hiçbir organın katılımı ya da katkısı bulunmadan alınan kararlar yer almaktadır. Mesela, Genelkurmay Başkanı'nın teklifi ile Tuğgeneral – Tuğamiral ve Tümgeneral - Tümamiral rütbelerinin kontenjan miktarlarında değişiklik yapmak (926 Sayılı Kanun, md.49/c) bu neviden bir karar olup, doğrudan Şura'nın tasarrufu ile sonuçlanır ve başka bir organın katılımı ya da katkısına ihtiyaç bulunmamaktadır.²⁶² Her ne kadar bu kararın alınması öncesinde, gerekli verileri ortaya koyan karargâh çalışması yapılmakta ise de, bu çalışma münferit nitelikte bir işlem karakterine sahip değildir ve hazırlık çalışması niteliğindedir.

926 Sayılı Kanun gereğince Şura tarafından alınan kararların ikinci grubunda ise, zincir-işlem teorisi çerçevesinde gerçekleşen, ilk safhada Şura'nın kararına esas teşkil eden başka bir organca yapılan icrai nitelikli bir diğer işlem bulunmaktadır. Şura kararı, bu işleme dayanılarak oluşturulmakta ve sonuçlanmaktadır. Bu işlem çeşidine örnek olarak ayırma işlemi gösterilebilir. Bu işlemde; haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmasının uygun olmayacağına ilişkin sıralı sicil üstlerince işlem başlatılan subay ve astsubaylardan, durumlarının Yüksek Askeri Şura'da incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin, Silahlı Kuvvetlerde kalıp kalmayacaklarına Şura tarafından karar verilmektedir (926 Sayılı Kanun, md.50 ve 94). Buna göre, Şura tarafından bu karar alınmadan önce, ilgili Kuvvet Komutanlığınca "Silahlı Kuvvetlerde

²⁶¹ Bkz. s.38–39.

²⁶² AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.81.

kalması uygun değildir.” kararını içeren sicilin düzenlenmesi gerekmektedir. Şura kararı, bu işleme dayanılarak tesis edilmektedir. Burada birbirini takip eder şekilde yapılan işlemler, birbirinden bağımsız nitelikli münferit idari işlemlerdir.

5. Yüksek Askeri Şura Kararlarının Yargısal Denetimi İle İlgili Yaklaşımlar

1612 Sayılı Kanunda, Yüksek Askeri Şura’nın kararlarının yargı denetimi dışında olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kısıtlama, Anayasa’nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrası ile getirilmiş bulunmaktadır.

Yüksek Askeri Şura kararları, 1982 Anayasası dönemine kadar yargı denetimine tabi idi. Yargısal denetim, 1972 yılında AYİM kurulana kadar Danıştay’da yapılmıştır. Danıştay tarafından yapılan denetim, o zamanın idari yargıyı genişletme yönündeki hukuki anlayış nedeniyle, zaman zaman hukuka uygunluk denetimi sınırlarını aşıyor, özellikle Silahlı Kuvvetlerin en üst yönetim kadrosu olan general terfilerinde idarenin takdir hakkı sınırlarına giriyordu.²⁶³ Şura kararlarına karşı açılan davlara 1972 yılından itibaren ise, AYİM’de bakılmıştır.²⁶⁴

Yüksek Askeri Şura hakkındaki kısıtlama, Milli Güvenlik Konseyi döneminde, 1982 Anayasası yürürlüğe girmeden önce gerçekleştirilen yasama kısıntılarından birisi olarak ortaya çıkmıştır. 1602 sayılı AYİM

²⁶³ Konuyla ilgili olarak Altemur KILIÇ tarafından yazılan ve 30 Eylül 1996 tarihinde Yeni Yüzyıl Gazetesi’nde yayımlanan “Yüksek Askeri Şura Kararları Denetime Açılmamalı” başlıklı makalede; “Türkiye’nin yüksek çıkarları TSK’nin bugünkü statüsü ve kuralları ile Anayasa’nın ülke bütünlüğünün ‘hukuk devleti’nin sigortası olarak kalmasını gerektirir... Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetiminin dışında tutulması da, hukuk devleti olmanın gerekleri ile askeri hizmetin ve disiplinin gerekleri arasındaki hassas dengeden kaynaklanır... Daha somut olarak böyle bir denetim, komuta zincirindeki personelin seçilmesindeki nihai takdir yetkisini ordu dışındaki makamlara vermek veya onlarla paylaşmak demek olacaktır ki, kendisine özgü kuralları olması gereken askerlik mesleğinin ruh ve tabiatı ile bağdaşmaz. Geçmişte bazı kişilerin yargı kararları ile generalliğe terfi ettirilmeleri, TSK’da büyük rahatsızlık yaratmıştır.” şeklinde görüş belirtildiği görülmektedir; AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.95.

²⁶⁴ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.92.

Kanunu'nda değişiklik yapan 25 Aralık 1981 tarihli ve 2568 Sayılı Kanun ile Yüksek Askeri Şura Kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasası'na bu yasa hükmü ithal edilmiştir.

Anayasa'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisince kabul edilen metinde mevcut olmayan bu istisna, maddeye Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Konsey gerekçesinde; "Yüksek Askeri Şura'nın, TSK'da görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararlarının özellik ve önemi dikkate alınarak, bunların idari yargı denetimi dışında kalmasını sağlamak" amacından söz edilmektedir. Bu açıklamadan, Konseyce, TSK'da görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararların yargı organı önünde tartışma konusu yapılmasının istenmediği ve Silahlı Kuvvetlerin üst düzey kadrosunun seçimi ve oluşturulması faaliyetine, yargı dâhil herhangi bir organ tarafından yapılabilecek bir etkinin engellenmek istendiği, bu tip etkilerin askeri disiplini zayıflatıcı sonuçlara yol açabileceğinin değerlendirildiği anlaşılmaktadır.²⁶⁵

Öğretide yaygın olarak dile getirilen düşünceye göre; askeri disiplini bozucu sonuçlara yol açabileceği değerlendirilen ve bu nedenle yargı denetimi dışına çıkarılan Şura'nın TSK personeli hakkındaki kararlarının yargı denetimine açılmasında aslında her hangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zira yargı denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olup, idarenin yerindelik ve idarenin takdir hakkı konularını kapsamamaktadır. Hukuka aykırı bir idari işlemin ise yargı denetimi dışında bırakılması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Şura'nın icrai nitelikteki kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmış olması, birçok yazar tarafından eleştirilen bir konudur.²⁶⁶

²⁶⁵ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.116.

²⁶⁶ ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.116; GÜNDAY Metin, a.g.b.(1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları), s.141; SEZER A.Necdet, a.g.b.; ÇETİNKAYA Ender, a.g.b.; GÖZLER Kemal, a.g.e.(*Türk Anayasa Hukuku*), s.169-178, (<http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm>), 09.03.2006; GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.30; KOCABAY Hamit, "Hukuk Devleti İlkesi ve 1982 Anayasası Açısından Yüksek

Danıştay eski Başkanı Nuri ALAN, Danıştay'ın 135 nci yıldönümünde yaptığı konuşmasında Yüksek Askeri Şura kararlarının yargısal denetime tabi olmaması ile ilgili görüşlerini de açıklamış ve bu kısıtlamanın Şura'ya ve yargıya güvensizlikten kaynaklandığını ileri sürmüştür. ALAN konuşmasında; "Yüksek Askeri Şura'nın keyfi kararlar vermediğinden, kararlarının belli kural ve ilkelere uyularak ve kamu yararı ön planda tutularak alındığından kimsenin kuşkusu olmamalıdır. Bu kararlar yargı önüne geldiğinde de, görevli mahkemeler kararlarını kuşkusuz, hukuk ilkeleri içinde, Cumhuriyetin Anayasa'da belirtilen niteliklerini ve kamu yararını gözeterek vereceklerdir... Hukuk devletinde ayrıcalıklı merci ve makamlar yaratılmamalı, temelinde hukukun üstünlüğü kavramının yer aldığı çağdaş devlet düzeyine ulaşabilmek için, kamu gücü kullanılarak yapılan her türlü işleminin yargı denetimine bağlı olduğu kabul edilmelidir." yönündeki düşüncelerini açıklamıştır.²⁶⁷

AYİM'in konuya yaklaşımı, istikrarlı olarak yürürlükteki mevzuat doğrultusunda, Şura kararlarının yargısal denetiminin yapılamayacağı yönündedir. Yüksek Mahkeme 05.11.2002 tarihli bir kararında; "Mevcut Anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında davacı Subayın Yüksek Askeri Şura kararıyla ayırma işlemine tabi tutulması işleminin yargısal denetiminin yapılabilmesi mümkün değildir." şeklinde hüküm vermiştir. Aynı kararında zincir-işlem teorisi çerçevesinde davacı tarafından Şura kararının dayandığı işlemin iptali istemi hakkında ise şu yorumda bulunmuştur: "...Davacı vekili emekliye ayırma işlemine esas teşkil eden yetersiz sicil işleminin iptalini istemekle beraber, bu sicilin yargı denetimi dışındaki nihai ayırma işleminden ayrılarak yargı denetimine tabi tutulmasının, mevzuatın bu konudaki amir düzenlemesini etkisiz bırakacak hukuken hatalı bir yaklaşım teşkil etmesi ve bu niteliği itibariyle tek başına 'ayrılabilir işlem' kuramı uyarınca dava konusu

Askeri Şura Kararlarının Yargı Denetimi Dışında Tutulması" (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-1992, s.93.

²⁶⁷ ALAN Nuri, Danıştay'ın 135 nci Yıldönümü Konuşması, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 1, S.2, 2003.

yapılabilmesine hukuken imkân bulunmaması nedeniyle, söz konusu talebin de inceleme kabiliyetinin olamayacağı izahtan varestedir.”²⁶⁸

Yine başka bir kararında da; “...Yasa hükmü ile Genelkurmay Başkanlığı, haklarında Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi yapılacak subaylardan, durumları Yüksek Askeri Şura’da incelenecekleri belirleme yetkisi ile donatılmıştır. Elbette bu yetki bir takdir yetkisidir ve hukuka uygun olarak kullanılmalıdır. Davacının hakkındaki bilgi ve belgeler, başlatılan işlem ve izlenen yöntem bakımından, Subay Sicil Yönetmeliğinin 100 ncü maddesinde öngörülen usul ve esaslara uyulduğu, durumunun yetkili komisyonca değerlendirildiği saptanmış, Genelkurmay Başkanlığınca durumunun Yüksek Askeri Şura’da incelenmesi gerekli görülerek Şura’ya sevk edildiği gözlenmiştir. İşlem, sonraki evrede Anayasanın 125/2 nci maddesi gereğince idari yargı denetimine tabi bulunmayan Şura kararının bir öncesini, bir alt basamağını oluşturmuştur. Bir diğer ifade ile, işlem idari yargı denetiminden masun bulunan Şura kararıyla birleşmiş bulunmaktadır O nedenle ayrılabilir zincir işlem kuramından hareketle müstakilen idari yargı denetimine tabi olacağı söylenemez.” gerekçesiyle zincir-işlem teorisine ilişkin istemi yerinde bulmamış ve davanın reddine karar vermiştir.²⁶⁹

Başka bir kararında da, generalliğe terfi işlemi ile ilgili olarak açılan davada şu gerekçe ile davanın reddine karar vermiştir: “...İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması, bir Anayasa kuralı ise de; bu kuralın istisnası yine Anayasa’da belirtilmiş olup, buna göre ‘Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura’nın kararları yargı denetimi dışındadır.’ Paralel şekilde, 1602 sayılı AYİM Kanunu’nun ‘İdari davalar ve Yargı Yetkisinin Sınırı’ başlıklı 21 nci maddesinin 3 ncü fıkrası da ‘Devlet Başkanının, Yüksek Askeri Şura’nın tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen

²⁶⁸ AYİM 1 nci Dairesinin 05.11.2002 gün ve E.2002/1643, K.2002/1506 sayılı kararı, AYİM Dergisi No:18, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 21.11.2005.

²⁶⁹ AYİM Dr.l.Krl.nun 06.01.2000 gün ve E.1999/51, K. 2000/21 sayılı kararı, AYİM Dergi No:14, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 21.11.2005.

cezalar yargı denetimi dışındadır.’ hükmünü taşımaktadır. Davacı hakkındaki bir üst rütbe olan Tuğgenerallik rütbesine terfi ettirilmeme işlemi 926 Sayılı Kanun ile Subay/Astsubay Sicil Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine dayanılarak Şura’nın kararıyla sonuçlandırılan bir işlem olduğundan; bu işlem yukarıda belirtilen Anayasal ve Yasal amir hükümler karşısında yargı denetimi dışında olup; dava dilekçesinde belirtilen sübjektif değerlendirmeye dayalı olarak haksızlığa uğramış ve terfi ettirilmemiş olma ve buna dayalı olarak da kadrosuzluk nedeniyle emekli edilmiş olma iddiasının incelenebilmesine hukuken imkân bulunmamaktadır.”²⁷⁰

AYİM’in başka bir kararında ise, iptal davasının doğrudan Şura kararına yönelik olarak değil, bu karara dayanak teşkil eden idari işlem aleyhine açıldığı anlaşılmaktadır. Bu kararda AYİM; “...Davacının subay statüsündeyken Yüksek Askeri Şura kararıyla disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 125/2 ve 1602 Sayılı Kanunun 21/3 ncü maddelerinde Şura kararlarının yargı denetimi dışında olduğu hüküm altına alınmaktadır. 926 Sayılı Kanunun 50/c ve Subay Sicil Yönetmeliği’nin 91 ve 92 nci maddeleri uyarınca, sıralı sicil üstlerince ya da Kuvvet Personel Başkanlıklarınca doğrudan yapılacak değerlendirme sonucu düzenlenecek ayırma sicilleri üzerine Şuraca alınan kararlarla disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ayırma işleminin tesisinde; Şura kararı, işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Şura’ca alınan karar sonrasında, üçlü kararname ile statüden çıkarılma işleminde idarenin yetkisi, bağlı yetkidir. İdare, Şura kararı üzerine sicilen emeklilik işlemi tesis etmek zorundadır. Davacı, hakkındaki ayırma işleminin değil, bunun dayanağını teşkil eden ‘Silahlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir’ şeklindeki ayırma sicilinin iptalini istemekle beraber; bu sicilin yargı denetimi dışındaki nihai ayırma işleminden ayrılarak yargı denetimine tabi tutulmasının, mevzuatın bu konudaki amir düzenlemesini etkisiz bırakacak hukuken hatalı bir yaklaşım teşkil etmesi ve bu niteliği itibarıyla tek başına ‘ayrılabilir işlem’ kuramı uyarınca dava konusu

²⁷⁰ AYİM 1 nci Dairesinin 20.11.2001 gün ve E.2001/1291, K.2001/1265 sayılı kararı, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 21.11.2005.

yapılabilmesine hukuken imkân bulunmaması nedeniyle, söz konusu talebin inceleme kabiliyetinin olamayacağı izahtan varestedir.” gerekçesiyle davayı reddetmiştir.²⁷¹

AYİM Daireler Kurulu, 2000 yılında verdiği bir kararda, Yüksek Askeri Şura’nın gerek 1612 Sayılı Kanunda, gerekse 926 Sayılı Kanunda düzenlenmiş olan görevleri kapsamında yaptığı işlemleri, nitelikleri yönünden ayrıntılı olarak inceleyerek, bu işlemlerin yargısal denetimleri konusunda şu detaylı açıklamalarda bulunmuştur: “...1612 Sayılı Kanunun 3 ncü maddesinin Yüksek Askeri Şura’ya sınırları belirli olarak verdiği asli görevin, görüş bildirmek, danışma, istişare işlevi yapmak olduğu görülmektedir. İdare hukuku esaslarına göre ‘görüş bildirme’ yoluyla belirtilen irade açıklamaları, başlı başına ilgililerin fiili ve hukuki durumlarını etkilemeyen, bu nedenle idari yargı yerinde hukuka uygunluk denetimine tabi olmayan işlemlerdir. Hazırlık işlemi olarak adlandırılan ve kendiliğinden yürütülebilir nitelikte idari işlem tesisine yetkili olan makamlara teknik bilgi vermek, öneri getirmek faaliyeti olarak oluşan bu kararlar kendiliğinden yürütülebilir karakterde ve kişilerin fiili ve hukuki durumlarını etkileme yoluyla menfaatlerini ihlal etme durumunda işlemler olmadığından, idari yargı yerinde dava konusu yapılamazlar. Esasen, 1602 Sayılı Kanunun 21 nci maddesi birinci fıkrasına göre idari davalarda menfaat ihlali dava şartlarındandır. Bu nedenle Şura’nın görüş bildirme niteliğindeki kararları nesnel nitelikleri yanında idare hukuku ölçeğinde de yargı denetimi dışındadır. Ne var ki, 1612 Sayılı Kanunun 3 ncü maddesinin (e) bendi uyarınca, Şura’ya diğer kanunlarla verilen görevlerle ilgili kararların niteliği idare hukuku esaslarına göre idari işlem hüviyetinde ise idari yargı yerinde hukuka uygunluk denetimine tabi olmayacak mıdır hususu ayrıca değerlendirilmelidir. Şura’nın, Kuruluş Yasasında öngörülen ve istişari nitelikteki görevlerinden soyutlanamayacak yapıdaki diğer kanunlarda yer alan görevlerine ilişkin kimi kararları da doğası gereği ve kural olarak yargı yerinde denetime elverişli değildir. Yurt savunması bağlamında TSK’nin

²⁷¹ AYİM 1 nci Dairesinin 20.03.2001 gün ve E.2001/343, K.2001/401 sayılı kararı, AYİM Dergisi No:16, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 21.11.2005.

kadro ve personel ihtiyacını belirleme konusunda özgün ve tartışılmaz üstün uzmanlık konumundaki Şura'nın, 926 Sayılı Kanunun 49, 50 ve 53 ncü maddelerinde belirtilen general-amiral miktarına, kadro ihtiyacına, kadro fazlasına ve belli rütbeler için kontenjan tespitine ilişkin yetkileri ve aldığı kararlar kişiler bazında olmayıp savunma konsepti kapsamında kural işlemler oluşturur ve yargısal denetimleri yerindelik ölçeğinde bir denetime dönüşür ki işin niteliği gereği böyle bir denetimin hukuka uygunluk sınırını aşacağı açıktır. Oysaki Anayasa'nın "Yargı Yolu" başlıklı 125 nci maddesinin 3 ncü fıkrası ve 1602 Sayılı Kanunun 2 nci fıkrası ile yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı tutulmuş ve bu yetkinin yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayan, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde kullanımını yasaklamıştır. Bir de Şura'nın birel işlem gibi sonuçları olan veya doğrudan birel işlem konumundaki ilgililerin doğrudan hukuken etkilendiği kararları söz konusudur. Davaya konu TSK.'nden ayırma işleminde olduğu gibi, bu tür kararların hukuki denetimi sorunu ve gereği farklılık göstermektedir. Şöyle ki; Anayasamızın, Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesi 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.' hükmünü taşımaktadır. Türkiye'nin de imzaladığı BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 'Herkesin Anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.' diyen 8 nci maddesi ile yine Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'nin 'Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir...' hükmünü içeren 6 ncı maddesinin birinci fıkrası mahkeme hakkını herkes için istisnasız geçerli 'insan hakları'ndan saymaktadır. Keza, Anayasamızın ikinci bölüm, 'Kişinin Hakları

ve Ödevleri' ana başlığı içinde yer alan 36 ncı maddesinin 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.' ifadesiyle hak arama hürriyetini insan hakları bağlamında kabul etmektedir. Öte yandan, Anayasamızın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin niteliklerinden olduğu kabul edilen Hukuk Devleti ilkesinin en başta gelen teminatının bağımsız yargı denetimi olduğu aşikârdır. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında, yargı güvencesinin Hukuk Devleti ilkesinin en önemli ögesi olduğu vurgulanmaktadır. Esasen, demokratik rejimi benimseyen hukuk devletinin, yargı güvencesini ihmal düşünülemez. Hukuk devleti ilkesi çağdaş evrensel bir değer olup çoğu uluslararası örgütlere entegre olabilmenin bir ölçüğü olarak değerlendirildiği de yadsınamaz bir gerçektir. Bütün bu hususların topluca değerlendirilmesi sonucu, insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olma iddia ve koşulunun, kişilerin hukuki ve fiili durumunu etkileyen idari işlem niteliğindeki tüm kamu tasarruflarının bağımsız yargı organının etkin denetimini eksiksiz gerçekleştiren bir hukuk düzenini toplum hayatında egemen kılmaktan geçtiği tartışmasız olarak ortaya çıkmaktadır. ...İnsanların tümüyle hatadan ve hata iddialarını karşılama ihtiyacından masun olmadıkları gerçeği karşısında, Şura kararlarının hukuka uygunluk yönünden denetimi fiili bir zorunluluktur. Zira kimi eksik değerlendirme ve bilgilendirmelerden kaynaklı olarak anılan yüksek kurul kararlarına da bazı hatalar yansıyabilir... Çağdaş evrensel hukuk normları ve Anayasa'nın öngördüğü insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkeleri gereği olarak Şura'nın TSK.'nden ayırma gibi ilgililerin fiili ve hukuki durumlarını etkileyen birel nitelikteki işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi kapsamında olmaması düşünülemez ise de, anılan işlemler pozitif hukuk kurallarıımız açısından denetlenmezlik konumundadır... Anayasa'nın 2 ve 36 ncı maddeleri ile 125 nci maddesi birinci fıkrasının anlamı ve insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti ilkesinin genel esprisi içinde hiçbir eylem ve işlemin yargı denetimi dışında tutulmasına yer olmadığına göre, Yüksek Askeri Şura kararlarının denetlenemezliği kuralını getiren bu fıkranın

Anayasa'nın anılan maddelerine ve genel karakterine aykırı düştüğü akla gelmez mi? Öncelikle belirtilmesi gereken husus şudur ki 125 nci maddenin birinci fıkrası tüm idari eylem ve işlemler için geçerli genel kuralı ifade etmektedir. Oysaki ikinci fıkra Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Şura kararlarıyla sınırlı ve ayrık bir hüküm getirmektedir. Bir konuyu hukuken düzenleyen hükümlerin, konunun geneline yönelik kurallarının yanında ayrık hallere ilişkin özel hükümleri de içeriyor olması halinde bu özel hükümlerin öncelikli olarak geçerli olduğu ve uygulanacağı, hukukun bilinen temel esaslarındandır. Bu itibarla Şura kararı söz konusu ise Anayasa'nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrasının ihmal edilmesi ve genel kural niteliğindeki birinci fıkrasına uygulama önceliği verilmesi düşünülemez... Anayasa'nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen denetim yasağının sınırı ve Şura kararlarından hangilerini kapsadığı sorununa gelince;... yargı yasağının istisnai nitelikte olanlar dışındaki icrai niteliği olan idari işlemler için getirilmiş olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. İdari işlem niteliğindeki Yüksek Askeri Şura kararlarının 'yok hükmünde' saymayı gerekli kılan bir sakatlığının olması halinde ise, bu işlemler süre kaydına bakılmaksızın idarece her zaman geri alınabilir, keza dava açma süresine bağlı olmaksızın dava konusu yapılabilir, yapıldığı tarihten itibaren uygulanmış bile olsa sonuçları hukuken geçersizdir... Hangi yönden hukuka aykırılığın ilgili işlemin iptaline yol açacağı 1602 Sayılı Yasada yetki, şekil, konu, sebep ve amaç olarak gösterilmiş olmakla birlikte, yok hükmünde sayılmanın nedenlerine ilişkin sakatlıklar, yalnızca doktrinin ve yargı kararlarının tespitlerinde görülebilmektedir. Klasik örneği de fonksiyon gaspı niteliğindeki sakatlıklardır. Ayrıca açık kanuna aykırılık, tam kanunsuzluk şeklindeki isimlendirmelerle yetki, sebep ve özellikle amaç öğelerinde var olan açık ve ağır sakatlıkların o işlemi yok hükmünde saymayı gerektirdiği kabul edilmektedir. Bir işlemin yok hükmünde olduğunun tespitine ilişkin yargı kararı, sonuçta 'işlemin iptaline' denmemiş olmakla hukuka uygunluk denetimi karakterinde olmaktan çıkmaz. Çünkü esasen iptal kararı dahi özünde bir tespittir. İlgili işlemin hukuka aykırı olduğunun yargı yerince belirtilmesidir. Bu itibarla, Anayasal kural gereği denetlenemez olan bir

işlemdeki sakatlığın, yasal tanımı bulunmayan ‘yokluk’ kuramı nedeniyle ve yalnızca bu açıdan denetlenmesi olanaklı hale gelmez. Böyle bir yaklaşım ve uygulama kaynağını Anayasa’dan almayan bir yargı yetkisinin kullanılması sonucunu doğurur. Oysaki Anayasamızın 6 ncı maddesi hükmüne göre hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Anayasanın 125 nci maddesinin 2 nci fıkrası işte bu yetkiyi yargı yerlerinden, Şura kararları için esirgeyip, yasaklamıştır... Her ne kadar davacı tarafından doğrudan doğruya Şura kararına dayalı olarak emeklilik işleminin iptali istenmemiş ise de, buna dayanılarak maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. Maddi ve manevi tazminata hükmedilebilmesi için işlemin dayanağını oluşturan Şura kararının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin zaruri olduğu, dolayısıyla işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasından sonra bu konuda hüküm verilmesinin gerekeceği dikkate alındığında davanın; doğrudan doğruya Şura kararının yargı denetimine tabi olup olmaması sorunu ile ilgili bulunduğu ve Şura kararlarına karşı yargı denetimi yapılamayacağından, davacının maddi ve manevi tazminat istemiyle açtığı davanın da, inceleme kabiliyeti bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır...”²⁷²

Karar metninden de anlaşıldığı üzere, AYİM, Yüksek Askeri Şura’nın kararlarının bir kısmının mahiyetleri gereği yargısal denetime zaten uygun olmadığını, bir kısmının ise idari işlem nitelikleri, birel ve icrai sonuçları yönünden yargısal denetime tabi olmasının hukuk devleti ilkesinin gereği olduğuna dikkat çekmekte, ancak pozitif hukuk kurallarının bu denetimi yasaklamış olması nedeniyle, Şura kararlarının tamamının yargı denetimi dışında olduğunu belirtmektedir.

Bilindiği gibi, Yüksek Askeri Şura’nın kamuoyunda en çok gündem oluşturan kararları, disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ayırma işlemleridir. Bu işlemlerin yargı denetimine tabi tutulamaması, birçok yazar

²⁷² AYİM DrI.Krl.nun 22.06.2000 gün ve E.1999/121, K.2000/56 sayılı kararı, AYİM Dergi No:15, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 21.11.2005.

tarafından eleştiri konusu yapılmaktadır. Bu işlemin muhatapları, öncelikle işleme karşı AYİM'de dava açmaktadırlar. Bugüne kadar, yukarıda özetleri sunulan kararlarda da görüldüğü gibi, gerek doğrudan ayırma işleminin iptali, gerek ayırma işleminin dayanağı olan sicil işleminin iptali amacıyla dava açılmış, bunlar dışında iptal istemi olmaksızın doğrudan maddi ve manevi tazminat talebi içeren tam yargı davası açılması da söz konusu olmuştur. AYİM, önüne gelen bu davaların tümünde istikrarlı olarak, Şura kararlarının Anayasa ve 1602 Sayılı Kanun ile yargı denetimi dışında tutulduğunu, bu nedenle Şura kararları hakkında yargısal bir denetim yapmanın mümkün olmadığını belirterek, davaların inceleme kabiliyeti bulunmadığından reddine karar vermektedir. Bunun sonucunda ilgililer genellikle iç hukuk yollarını tükettikleri savıyla AİHM'de Türkiye aleyhine dava açma yoluna başvurmaktadırlar. Ancak bugüne kadar adı geçen Mahkemede Şura kararları sebebiyle açılan 109 davadan 108'i reddedilmiş bulunmaktadır. Bir dava ise halen devam etmektedir. AİHM'nin konuya yaklaşımı, aşağıda son bölümde daha ayrıntılı incelenecektir.

6. Yüksek Askeri Şura Kararlarının Yargı Denetimine Açılması Sorunu

Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi, Yüksek Askeri Şura'nın idari bir kuruluş olarak yerine getirdiği icrai nitelikli idari işlemlerin yargısal denetime açılması gerektiği düşüncesi, öğretilerde baskın görüş niteliğindedir. Şura'nın aldığı kararların özellikli oldukları ve askeri disiplin ile hiyerarşik yapının sağlıklı işlemlerini sağlamak açısından önem arz ettikleri hususunda herhangi bir şüphe bulunmamakta ise de, sırf bu özelliğinden dolayı kararlarının yargısal olarak denetlenemeyeceği düşüncesinin doğru olmadığı tüm yazarlarca ifade edilmektedir. Hukuk devleti ilkesinin günümüzde ulaştığı noktada, tüm idari eylem ve işlemler gibi Şura kararlarının da yargısal denetime tabi olması, hak arama hürriyetinin bir gereği olarak görülmektedir.

Kanımızca Şura kararlarının yargısal denetimine açılması sorununu, alınan kararların nitelikleri bakımından iki grupta incelemek gerekmektedir. Birinci grupta, Şura'nın icrai nitelik taşımayan istişari nitelikli kararları, ikinci grupta ise icrai nitelikli olan ve idari işlemle sonuçlanan kararları yer almaktadır.

İlk gruba giren kararların niteliğini yukarıda belirtmiştik. Şura'nın doğrudan doğruya 1612 Sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan görevlerinden kaynaklanan bu kararlar, TSK'nın görev alanına yönelik, yurt savunması ile ilgili çeşitli konularda görüş bildirmekten ibaret olup, istişari nitelikli ve icrai sonuçlar doğurmayan kararlardır. Bu kararlar, bir idari işlemle sonuçlanmamaktadır. Bu kararlar mahiyetleri gereği yargı denetimine elverişli olmadıklarından, idari yargının görev alanına girmemektedirler. Bu bakımdan bu kararların yargı denetimine açılıp açılmamasının, sonuçları bakımından bir önemi bulunmadığı düşüncesindeyiz.

İkinci grupta yer alan işlemler ise, 926 Sayılı Kanunla Yüksek Askeri Şura'ya verilen görevler kapsamında alınan kararlardır. Bu kararlar sonucu oluşan işlemler, icrai nitelikli işlemler olup, bunların idari işlem oldukları konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bu bakımdan teknik olarak idari yargının denetim altına giren bu işlemler, Anayasa'da ve 1612 Sayılı Kanun'da yer alan kısıtlamalar nedeniyle yargı denetimi dışında bulunmaktadır. Öğretide yargı denetimine açılmasının gerekliliği üzerinde durulan işlemler, asıl bu işlemlerdir.

926 Sayılı Kanunla verilen görevler kapsamında alınan kararları da, kanımızca iki grupta ele almak gerekmektedir. İlk olarak; Yüksek Askeri Şura'nın terfilerle ilgili kararlarında olduğu gibi, yoğun takdir yetkisinin kullanıldığı kararları, taşıdıkları özellik bakımından önem arz etmektedir. Bu kararlardan generalliğe terfi işlemlerinin, sıradan terfi işlemleri ile aynı kapsamda ele alınmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu kararlar ile TSK'nın komuta kademesi belirlenmektedir. Bu kararların alınması

aşamasında, adayların tüm özellikleri birlikte ele alınmakta, birbiriyle çok yakın başarılı geçmişe sahip adaylar arasından seçim yapılırken, tamamen Şura üyelerinin takdir ve tercihleri doğrultusunda sonuca ulaşılmaktadır. Bu değerlendirmenin içine psikolojik ve soyut bir takım düşünceler de girmektedir.²⁷³

Yine 926 Sayılı Kanun gereğince alınan; her yıl albay kadro miktarını belirlemek, tuğgeneral ve tümgeneral rütbelerinin kontenjan miktarlarında değişiklik yapmak, orgenerallerin yıllık kontenjanlarının hangi yıllarda kullanılacağı saptamak, terfi sırasına giren albaylardan tuğgeneral olacakların kontenjanının kuvvetlerdeki sınıflara dağılımını tespit etmek görevleri de tamamen hizmet gerekleri doğrultusunda takdire dayalı, TSK'nin, genel yönetim anlayışını aksettiren kararlardır. Yüksek Askeri Şura'nın kararlarını alırken yapısında Başbakan ve Milli Savunma Bakanı'nın da bulunduğu dikkate alındığında, bu kararların Devlet mekanizmasındaki en üst sivil ve asker yöneticiler tarafından, tamamen takdir ve tercihler doğrultusunda alındığı, karar alma sürecine seçimle gelen Hükümetin en üst düzeyde katılması nedeniyle, yapılan tercihlere doğrudan olmasa bile dolaylı olarak halk iradesinin de katıldığı söylenebilir.

Bilindiği ve daha önce ayrıntılı olarak incelendiği üzere, Anayasa'nın 125 nci maddesi gereğince; idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez. Bu bakımdan, aynen Cumhurbaşkanının yüksek yargı organlarının üyelerini seçerken tercihleri ve takdir yetkisi doğrultusunda hareket ettiği ve bu tercihler yargı denetimi dışında tutulduğu gibi, Yüksek Askeri Şura'nın yoğun takdir yetkisi içeren bu kararlarının da yargı denetimi

²⁷³ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.94.

dışında bulunmasında ciddi bir sakınca bulunmadığı, bu durumun hukuk devleti ilkesi bakımından tolere edilebilir nitelikte²⁷⁴ olduğu kanaatindeyiz.

İkinci olarak; Yüksek Askeri Şura'nın yine 926 Sayılı Kanunda düzenlenmiş olan görevlerinden, sonuçları itibariyle personelin mesleki hayatını yakından etkileyen disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ayırma işlemleri yer almaktadır. Bu işlemler, personelin mesleki statüsünü sona erdirmesi bakımından, sonuçları oldukça ağır olan işlem türüdür ve yargı denetimine tabi olmaması nedeniyle karara muhatap olanların işlem aleyhine başvurabilecekleri herhangi bir itiraz mercii bulunmamaktadır. Kamuoyunda yoğun olarak eleştiri konusu yapılan bu işlemler, teknik açıdan tam anlamıyla idari işlem niteliği taşımaktadırlar.

Yürürlükte olan mevzuata göre; disiplin amirlerinin gerekli sicilen ayırma işlemlerini yapmaları sonucunda, Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun görülmeyen disiplinsiz personelin, Yüksek Askeri Şura kararı olmaksızın Kuvvet Komutanlıklarının onayı ile Silahlı Kuvvetlerden ayırma işleminin yapılması hukuken mümkündür. Ancak bu işlemler yargı denetimine açık işlemler olup, hukuka uygun tesis edilmemeleri halinde AYİM tarafından iptal edilmeleri mümkündür. Bu nedenle, uygulamada yargısal denetim dışında kalması amacıyla bazı personel ayırma işlemlerinin Şura kararı ile yapılmasının tercih edildiği ifade edilmektedir. Bu durumun ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Bu bakımdan, bu işlem grubunun yargısal denetime açılmasında fayda bulunduğu düşüncesindeyiz. Bu konu ile ilgili başka bir çözüm yolunun ise, Yüksek Askeri Şura kararlarının tamamının yargı denetimine açılmasının çeşitli mahsurlu sonuçlara yol açabileceği dikkate alınarak, 926 sayılı TSK Personel Kanununda değişiklik yapılması suretiyle, ayırma işlemlerinin Yüksek Askeri Şura'nın görev alanından çıkarılması olacağını değerlendirmekteyiz.

²⁷⁴ AKARSU Ayhan, a.g.ylt., s.95.

Bu bölümde son olarak, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının yargısal denetimi konularında ele alınan, zincir-işlem teorisinin Yüksek Askeri Şura kararları bakımından da değerlendirilmesi yapılacaktır. Bu yaklaşım özellikle ayırma işlemleri bakımından önem arz etmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu işlemlerde, haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmasının uygun olmayacağına ilişkin sıralı sicil üstlerince işlem başlatılan subay ve astsubaylardan, gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerde kalıp kalmayacaklarına Şura tarafından karar verilmektedir. Buna göre, Şura tarafından bu karar alınmadan önce, ilgili Kuvvet Komutanlığınca “Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir.” kararını içeren sicilin düzenlenmesi gerekmektedir. Şura kararı, bu işleme dayanılarak tesis edilmektedir. Burada birbirini takip eder şekilde yapılan işlemlerin, birbirinden bağımsız nitelikli münferit idari işlemler olduğunu açıklamıştık. Kanımızca burada da, aynen Cumhurbaşkanınca rektör atamalarında olduğu gibi, yargı denetimi dışında tutulmuş olan nihai işlem öncesindeki idari işlemin tek başına yargı denetiminden geçirilebilmesinin mümkün olması gerekir. Zira bu işlem icrai nitelikli bir idari işlem olup, Şura kararından bağımsızdır. Bu işlemin hukuka aykırı olarak tesis edilmesi her zaman mümkündür. Bu nedenle, bu işlemin hukuka uygunluk denetiminin yargı organınca yapılabilmesi hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Ancak uygulamada AYİM, konuya ilişkin olarak önüne gelen davalarda zincir-işlem teorisini genellikle²⁷⁵ kabul etmemektedir.

²⁷⁵ AYİM’in az sayıda olmakla birlikte, bazı kararlarında Şura kararlarına dayanak teşkil eden ön veya ara işlemleri yok hükmünde sayarak iptal etmiştir. Bu kararlarından birisinde; “...İdare hukukunda ‘halka işlem’, ‘zincir işlem’, ‘ilgili işlem’, ‘sebeup ve sonuç işlem’ gibi kavramlarla tanımlanan ve son işlem öncesi, kamu adına belirli kademelerde irade beyanı yoluyla yetki kullanan makamların tesis ettiği ön veya ara işlemlerdeki hatanın (hukuki kuralların yorum ve uygulamasındaki veya maddi vakaların değerlendirilmesindeki sakatlığın) sonuç işleme de yansması olgusuna daha önce de rastlanmış ve mahkememiz kararına konu olmuştur... Yok hükmünde bir işlem ise süre kaydına bakılmaksızın idarece her zaman geri alınabilir, keza dava açma süresine bağlı olmaksızın dava konusu yapılabilir, yapıldığı tarihten itibaren uygulanmış bile olsa sonuçları hukuken geçersizdir... Ayrıca açık kanuna aykırılık, tam kanunsuzluk şeklindeki isimlendirmelerle yetki, sebep ve özellikle amaç öğelerinde var olan açık ve ağır sakatlıkların o işlemi yok hükmünde saymayı gerektirdiği kabul edilmektedir.” denilmektedir ve böylece zincir-işlem teorisi çerçevesinde, Şura kararlarına dayanak teşkil eden ön işlemlerin yok hükmünde olmaları durumunda süre aşımı olmaksızın yargı denetimine tabi oldukları vurgulanmaktadır. AYİM’in bu yöndeki kararlarında yapılan açıklamalardan, Şura kararlarının doğrudan yargı denetimine tabi

Bu yöndeki istemleri; “...İşlem, sonraki evrede Anayasanın 125/2 nci maddesi gereğince idari yargı denetimine tabi bulunmayan Yüksek Askeri Şura kararının bir öncesini, bir alt basamağını oluşturmuştur. Bir diğer ifade ile işlem idari yargı denetiminden masun bulunan Yüksek Askeri Şura kararıyla birleşmiş bulunmaktadır. O nedenle ayrılabilir zincir işlem kuramından hareketle müstakilen idari yargı denetimine tabi olacağı söylenemez.”²⁷⁶ gerekçesiyle reddetmektedir.

olmamakla birlikte, bu kararların sebep unsurunu oluşturan ön ya da ara işlemlerin “yokluk” haliyle sınırlı olarak denetime tabi tutulduğu sonucu çıkmaktadır; AYİM 1 nci Dairesinin 22.01.1998 gün ve E.1997/147, K.1998/200 sayılı kararı. Ayrıca aynı Dairenin 22.01.1998 gün ve E.1997/169, K.1998/436 sayılı, 24.02.1998 gün ve E.1997/630, K.1998/558 sayılı, 20.10.1998 gün ve E.1997/694, K.1998/856 sayılı kararları da aynı yöndedir. AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 21.11.2005.

²⁷⁶ AYİM DrI.Krl.nun 06.01.2000 gün ve E.1999/51, K.2000/21 sayılı kararı, AYİM Dergi No:14, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 21.11.2005.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE MUHTEMEL GELİŞMELER

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ADİL YARGILANMA HAKKI

4. Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi, on Batı Avrupa devleti tarafından, bir Avrupa işbirliği örgütü olarak, 5 Mayıs 1949'da kurulmuştur. Türkiye ise kısa bir süre sonra 8 Ağustos 1949'da, Avrupa Konseyi'nin kurucu antlaşması olan Statüyü imzalayarak Avrupa Konseyi'ne üye olmuştur. Günümüzde Avrupa Konseyi'ne 43 devlet üyedir. Avrupa Konseyi'nin amacı, üye devletlerin ortak mirasları olan ideal ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek için ekonomik, kültürel, toplumsal, bilimsel, hukuksal ve yönetsel alanlarda işbirliği yapmalarını sağlamaktır. Avrupa Konseyi, savunmayla ilgili konular dışında toplumların karşılaştığı tüm temel sorunlar ile ilgilenmektedir. İnsan hakları, hukuki işbirliği, medya, eğitim, kültür, spor, gençlik, sağlık, yerel yönetimler, bölgesel planlama, çevre, aile işleri ve sosyal güvenlikle ilgili sorunlar Avrupa Konseyi'nin ilgi alanındadır. Kuruluş Statüsünde ekonomik konularda da etkinlik gösterilmesi öngörülmekle birlikte, uygulamada bu alandaki çalışmalar sınırlı kalmaktadır.²⁷⁷

Konsey, üye devletlerin hukuklarını uyumlaştırma çalışmaları da yürütmektedir. Bu kapsamda çeşitli etkinlikler (alınan kararlar, tavsiye kararları ya da düzenlenen konferanslar, kolokyumlar vb.) ile, diğer alanlarda olduğu gibi üye devlet idare hukuklarını aynılaştıracak nitelikte genel kurallar koymak yerine, üye devletlerin idare hukuklarını uyumlaştırmayı amaçlamıştır. Bu çerçevede üye devletler olabildiğince serbest bırakılarak,

²⁷⁷ KARAHAÑOĞULLARI Özlem E., **Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku**, Danıştay internet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 10.03.2006.

hangi tip ulusal düzenlemeler ile var olan idare hukuku kurallarını Avrupa Konseyi'nin koyduğu genel kurallar çerçevesinde uyumlaştıracaklarını kendileri belirlemektedir. Örneğin, 7–8 Ekim 2002 tarihlerinde, idari işlemlerin yargısal ve yargı dışı (ombudsman gibi) denetimi, denetimin kapsamı, denetimin sınırları ile AİHM'nin idari yargı alanında geliştirdiği içtihadın değerlendirilmesi amacıyla, “İdari Kararların Yargısal Denetiminin Kapsam ve İmkânı Hakkında Birinci Avrupa Yüksek İdare Mahkemesi Başkanları Konferansı” yapılmıştır. Konferans sonunda, idari işlemlerin yargısal denetiminin, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hukuk düzenlerinin merkezinde yer alan hukukun üstünlüğü ve insan hakları kavramlarının temel unsuru olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, idari işlemlerin tamamının yargı denetimine tabi olması gerektiği, bu denetimin takdir yetkisinin kullanımına da uygulanması, idarenin susmasına ya da hareketsiz kalmasına istisna tanınamayacağı da ifade edilmiştir. Her tür idari yaptırımın da yargı denetimine tabi olmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ayrıca tarihi ve hukuki gelenekler nedeniyle yargısal denetim ile yargı dışı denetim üye devletlerde çok farklı biçimlerde örgütlenmiş olduğundan, idari işlemlerin denetimi konusunda üye devletlerin hukuk sistemlerinden ya da AİHS'den, özellikle 6 ve 13 ncü maddelerinden kaynaklanan ortak standartlara uymanın zorunlu olduğu da ifade edilmiştir.²⁷⁸

5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Önemi

Avrupa Konseyince hazırlanan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme, 20.03.1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 03.09.1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Sözleşmeyi onaylamasına dair 6366 Sayılı Kanun, 10.03.1954 tarihinde kabul edilmiş, 19.03.1954 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış, onay belgesinin Genel

²⁷⁸ KARAHANOGULLARI Özlem E., a.g.m.

Sekreterliğe sunulması suretiyle Sözleşme, Türkiye açısından yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir.²⁷⁹

AİHM'ye bireysel başvuru hakkının 28.01.1987 tarihinde tanınmasıyla ve zorunlu yargı yetkisinin 22.01.1990 tarihinde kabul edilmesiyle, Sözleşme ve AİHM, Türkiye açısından ulusal hukukun bir parçası haline gelmiş ve bütün yönleri ile hüküm doğurmaya başlamıştır.²⁸⁰ Türkiye böylece, Sözleşme'de yer alan tüm hak ve özgürlüklere bağlı kalacağını kabul etmiş, Sözleşme ile oluşturulan organların verecekleri kararlara uyma ve bunların iç hukukta hayata geçirilmesi konusunda ise gerekli tedbirleri alma mecburiyetine girmiştir. 22 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5170 Sayılı Kanun ile, Anayasa'nın milletlerarası antlaşmaları uygun bulma başlıklı 90 ncı maddesine eklenen, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı yolundaki kural ile kanunkoyucu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara yasalar önünde önem ve öncelik vermiştir.²⁸¹

Özellikle son yıllarda Türk vatandaşları tarafından AİHM'ye başvurularda önemli derecede artış olduğu gözlenmektedir. Bunda, ülkemizde yaşanan insan hakları ihlallerinin fazlalığı ile vatandaşlarımızın hak arama bilincindeki gelişmenin yanında, Mahkeme'nin Türkiye aleyhine verdiği kararların ulusal ve uluslararası kamuoylarında yankı uyandırmasının da etkili olduğu kanaatindeyiz. Mahkemenin Türkiye aleyhine karara bağladığı çok sayıda dava bulunmakla birlikte, bu bölümde konumuzla ilgili yaklaşımı ele alınmaya çalışılacaktır.

²⁷⁹ TUNÇ Hasan, a.g.e., s.80; Yargıtay İnternet Sitesi, (<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/>), 07.02.2006.

²⁸⁰ TEZCAN Durmuş, **Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İrdelenmesi**, İnsan Hakları ve Yargı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca 14–15 Mayıs 1998 Tarihlerinde Antalya'da Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiriler, Ankara–1998, s.54.

²⁸¹ ÇETİNKAYA Ender, a.g.b.

Gerek Avrupa Konseyi'nin, gerekse bünyesinde faaliyet gösteren AİHM'nin, Avrupa Birliği ile organik bir bağlantısı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM ile AB arasında sıkı bir etkileşim olduğu gözlenmektedir. Özellikle aşağıda incelenecek "Pellegrin" kararında olduğu gibi, AİHM bazı kararlarında AB'den derin bir şekilde etkilenmekte, AB Komisyonu ve AB Adalet Divanı'nın belirlediği kriterleri uygulamaktadır.²⁸² AB tarafından da Kopenhag Kriterleri ile aday ülkelere tam üyelik kistası olarak sunulan ve üyeliğe kabul edilmeleri için karşılamaları şart koşulan; demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan haklarına ve azınlık haklarına saygıyı teminat altına alan istikrarlı kurumların varlığı ölçütlerinin tanımlanmasında AİHM kararlarının önemli rol oynaması, ayrıca AİHM kararlarının dikkate alınarak takip edilmesi, Mahkeme'nin verdiği kararların önemini arttırmaktadır.

Aday ülke olarak müzakere sürecini yaşamakta olan Türkiye, aleyhine çıkan kararla insan hakları ihlalleri ile gündeme gelmekte, bu durum müzakerelerde sürekli olarak karşısına getirilmektedir. Bu nedenle, özellikle son dönemde Mahkeme'nin kararlarına verilen önemin arttığı, insan hakları ihlallerinin azaltılması amacıyla gerek mevzuatta, gerekse uygulamada çeşitli tedbirlerin alınması yoluna gidildiği gözlenmektedir. Dileğimiz, bu sürecin ülkemizde yaşanan insan hakları ihlallerinin azalmasına yol açması, olumlu yönde alınacak tedbirlerin Mahkeme'nin aleyhimize verdiği kararları azaltmak amacıyla veya Batı ya da AB'nin dayatması sonucu değil, insanımızın bunlara layık olması temeline dayandırılmasıdır.

AİHM kararlarında, Sözleşme ile koruma altına alınmış tüm haklar bakımından değerlendirmeler mevcut ise de, çalışma konumuz bakımından önem arz eden, Sözleşme'nin 6 ncı maddesi ile düzenlenmiş olan 'Adil Yargılanma Hakkı'dır.

²⁸² İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınları, İkinci Bası, İstanbul-2005, s.12.

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz parçalarından birisini oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan bireylerin temel haklarının korunması, diğer unsurları yanında adil yargılanma hakkının tanınmasını da zorunlu kılmaktadır. Türkiye de, 2001 yılında 4709 Sayılı Kanunla Anayasa’da yapılan değişiklikle, adil yargılanma hakkını Anayasa’nın bir parçası haline getirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6 ncı maddesinde Adil Yargılanma Hakkı şu şekilde tanımlanmıştır.²⁸³

“1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,

²⁸³ Yargıtay İnternet Sitesi, (<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/>), 07.02.2006.

b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak,

c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek,

d. İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e. Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı olduğu takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

Görüldüğü üzere, Sözleşmenin 6 ncı maddesinin kapsama alanı sınırsız değildir. Diğer bir anlatımla 6 ncı madde belli türde dava süreçlerinde “adil yargılanma” hakkını garanti altına almaktadır. Madde kapsamına giren uyuşmazlıklar, medeni hak ve yükümlülük ile ilgili olanlarla, bir suç isnadına ilişkin olanlardır. Bu sayılanlar dışındaki uyuşmazlıklara ilişkin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası, Mahkeme tarafından değerlendirmeye alınmamaktadır. Bu bakımdan, disiplin hukuku veya anayasaya aykırılık iddiaları kural olarak bu madde uygulamasının dışındadır.²⁸⁴

Diğer yönden 6 ncı maddede yapılan bu ayırmda idari uyuşmazlıklardan söz edilmediği de görülmektedir. Bu nedenle 6 ncı maddenin idari uyuşmazlıklara uygulanma güçlüklerinin çözümü, bir yandan medeni hak ve yükümlülüklere, diğer yandan da suç isnadı kavramına verilen anlamda yatmaktadır. Mahkeme 6 ncı maddenin koruma alanını belirleyen bu iki kavramı yorumlarken iç hukuktaki ayırma itibar etmemekte, bu kavramları

²⁸⁴ GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz-A.Ş.GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara–1998, s.238; BÖK Selçuk, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Koruma Altına Alınan Başlıca İnsan Hakları**, İnsan Hakları ve Yargı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca 14–15 Mayıs 1998 Tarihlerinde Antalya’da Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiriler, Ankara–1998, s.41.

özerk kavramlar olarak görerek yargılamaya konu olan hak ve iddianın konusuna bakmaktadır. Dolayısıyla bu iki kavramın kapsamı belirlenirken Mahkeme kararlarının dikkate alınması gerekmektedir.²⁸⁵ Ancak bu iki kavramın yorumlanması çalışma konumuz olmadığından, burada sadece bu yaklaşımın ifade edilmesi ile yetinilmiştir.

Konumuza dönmek gerekirse, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması, Sözleşme'nin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmesine neden olabilmektedir. Mahkeme konuyla ilgili kararlarında, idarenin bazı eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulmuş olmasını 6 ncı maddeye aykırı bulmuştur. Ancak çalışma konumuzu oluşturan Anayasa'nın 125 ve 159 ncu maddeleri ile yargı denetimine getirilen kısıtlamalar bakımından farklı bir yaklaşım söz konusudur. Mahkeme'nin "Pellegrin"²⁸⁶ kararında ortaya koyduğu kriterler gereği (Bu kriterler Mahkemenin önüne gelen Türkiye'ye karşı açılmış davalarda da uygulanmıştır.²⁸⁷), hâkim ve savcılar ile Silahlı Kuvvetler mensupları devletin egemen gücünün kullanılmasına doğrudan katıldıkları için, bunların; memurluğa kabul, kariyerleri, çalışma koşulları veya görevden alınmaları, emekliliğe sevkleri gibi konulardaki kararlar, 6 ncı maddenin koruması altında değildirler. Bu nedenle, gerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, gerekse Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, 6 ncı

²⁸⁵ İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.12.

²⁸⁶ AİHM'nin medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadı kavramlarını somut olayların özelliklerine göre 6 ncı maddenin koruma alanından yararlandırıp yararlandırmaması, çeşitli alanlarda karmaşık ve kendi içinde çelişkili içtihat birikimine yol açmıştır. Bu alanlardan birisi de, kamu görevlileri ile devlet arasındaki hangi uyumsuzlukların medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili sayılacağına ilişkindir. Bu konudaki netlikten uzak içtihadı belirginleştirmek amacıyla AİHM, "Pellegrin" kararıyla (Pellegrin-Fransa, 28541/95, 08.12.1999 tarihli karar) bu tür uyumsuzlıklardan hangilerinin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olduğuna dair bir işlevsel kriter belirlemiştir. Bu çerçevede AİHM, 6 ncı maddenin 1 nci fıkrasının alanı dışında kalan tek uyumsuzluk türünü; "*devletin ya da diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülen uyumsuzluklar*" olarak belirlemiştir. Bu etkinliklerin açık bir örneği olarak da silahlı kuvvetler ve polis tarafından yürütülen etkinlikleri dile getirmiştir; ÖZDEK Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayın No:20, Ankara-2004, s.202; İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.45-52.

²⁸⁷ İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.49.

maddedeki mahkemeye başvurma hakkını ihlal etmemektedir. Nitekim bugüne kadar Yüksek Askeri Şura kararı ile TSK'dan ilişkili kesilenlerce bu maddeye dayanılarak açılan tüm davalarda, Mahkeme Sözleşme'nin 6/1 nci maddesinin Şura kararı ile ihraç edilen personele uygulanamayacağına karar vermiştir.²⁸⁸

²⁸⁸ AIHM yargısına konu olmuş Şura kararları, subay ve astsubayların disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle TSK'dan zorunlu olarak emekli edilmelerine ilişkin olanlardır. Askeri hâkim olan KALAÇ tarafından AIHS'nin 9 ncu maddesinin ihlal edildiği iddiası ile 13 Temmuz 1992'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna yapılan başvuru, bu konudaki ilk başvurudur. Komisyon, 27 Şubat 1996 tarihli raporunda, AIHS'nin 9 ncu maddesinin ihlal edildiği görüşünde olduğunu oybirliği ile ifade etmiş ise de; Mahkeme 9 ncu maddenin ihlal edilmediğine 1 Temmuz 1997'de karar vermiştir. KALAÇ, 6 ncı maddeye ilişkin şikâyetini Mahkeme'ye sonradan gönderdiği dilekçe ile yaptığından, yargılama, komisyonun kabul edilebilirlik kararıyla sınırlı tutularak bu yöndeki iddiası kapsam dışı tutulmuştur (KALAÇ-20704/92).

Bu güne kadar KALAÇ'ın başvurusunu birçok başvuru izlemiştir. Belirleyebildiğimiz kadarıyla başvuranların tamamı Sözleşme'nin 6 ve 9 ncu maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüşler, kimi başvuranlar bu iki maddeye ilave olarak 3,7,8,10,13 ve 14 ncü maddelerin ihlal edildiği iddiasına da yer vermişlerdir. Mahkeme'nin Sözleşmenin 6 ve 9 ncu maddelerine ilişkin Şura kararları yargısı istikrar kazandığından, müteakip başvuru sahiplerinin daha önceki başvurularda iddia konusu yapılmamış Sözleşme maddelerine dayanmayı yeğledikleri gözlenmiştir.

Mahkeme bugüne kadar başvuruların tamamını kabul edilemez bulmuştur. Örneğin; 1 nci Daire, subay/astsubayların başvurusuna ilişkin 16 davada 4 Temmuz 2000 tarihinde kabul edilemezlik kararı vermiştir. Daha sonra, Yüksek Askeri Şura'nın 11 Aralık 1995 ve 1 Ağustos 1997 tarihleri arasında aldığı zorunlu olarak emekliye sevk kararı nedeniyle 41 subay ve astsubaya ilişkin (Tepeli ve diğerleri) 23 başvuruda da, başvuranlar erken emekliye sevk edilişlerinin dini inançlarına dayalı bir yaptırım olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, 1 Kasım 1998 tarihinde kendilerine intikal eden bu başvurular hakkında 12 Haziran 2001 tarihinde kabul edilebilirlik kararlarının veriliş verilmemesine ilişkin yapılan duruşmayı müteakip konuyu incelemiş, başvuranların öne sürdükleri tüm iddiaları 11 Eylül 2001 tarihli kararı ile (31876/96) kabul edilemez bulmuştur. Sonrasında Mahkeme yine, Şura'nın 26 Mayıs 1995 ile 4 Aralık 1998 tarihleri arasında çeşitli tarihlerde aldığı zorunlu olarak emekliye sevk kararları nedeniyle, 25 subay ve astsubaya ilişkin benzer iddialarla yapılan toplam 20 başvuruda da, 3 Ekim 2002, 6 Şubat 2003 ve 8 Temmuz 2004 tarihlerinde verdiği kararlarla başvuranların öne sürdükleri tüm iddiaları kabul edilemez bulmuştur. Bu davalar şunlardır: SERT (47491/99), ŞEN ve diğerleri 45824/99), AKBULUT (45624/99), BAŞPINAR (45631/99), ACARCA (45823/99), BALCI (48718/99), PEKTAŞ (39682/98), SOYSEVER (39826/98), O.Ö (42137/98), DUMAN (42788/98), ÖZCAN (44199/98), AKSOY (45376/99), DAL ve ÖZEN (45378/99), ÖZDAŞ (45555/99), ÖNCE (45627/99), KAYSERİ (46643/99), YÜĞRÜK (4750/99), GÜNDOĞDU (47503/99), DAĞLI (45373/99).

TEZCAN Durmuş - M.R. ERDEM - O.SANCAKTAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara-2004, s.331-332; ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.203; TEZCAN Durmuş, a.g.b., s.70.

Başvuru numaraları verilen bu kararların tamamı ve KALAÇ (20704/92) kararı AIHM'nin resmi İnternet Sitesinde (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>) İngilizce ve Fransızca olarak, ayrıca KALAÇ davası gibi bazıları da Türkçe olarak Yargıtay İnternet Sitesinde (<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyakalac.html>) yer almaktadır.

Şura kararlarına karşı yapılan başvuruları inceleyen AİHM, uyuşmazlıkların konusunu 6 ncı maddenin 1 nci fıkrası anlamında medeni hak ve yükümlülük kapsamında görmediği gibi, suç isnadı olarak da değerlendirmemiş ve sonuç olarak başvuruların 6 ncı maddeye aykırılık şikâyetini kabul edilemez bulmuştur. AİHM, dava konusu ordudan ayırma işlemlerinin 6 ncı maddenin 1 nci fıkrası anlamında bir suç isnadı için öngörülen cezai bir yaptırım olup olmadığını incelerken, başvuranların siviller için geçerli olmayan bazı hak ve özgürlük kısıtlamalarını içeren askeri disiplin sistemine kendi istekleri ile katıldıklarını, devletlerin orduları için belirli tipteki davranışları, özellikle de askeri hizmetin gereklerine uygun düşmeyen davranışları yasaklayan disiplin düzenlemelerini kabul edebileceklerini, ordudan ihraç yaptırımının niteliğinin disiplin yargılamaları alanında kaldığını ve bu yaptırımın yalnız belirli bir statüdeki gruba uygulanabileceğini belirtmiş ve ordudan çıkarılma kararlarının 6 ncı madde anlamında suç isnadı için öngörülen bir ceza olarak değerlendirilemeyeceği görüşüne varmıştır.²⁸⁹

Aynı şekilde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun uyguladığı bir disiplin yaptırımı sonucu görevinden alınan bir savcının başvurusu da, AİHM tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Başvuran, siyasi görüşlerini açıklaması nedeniyle iki kez disiplin yaptırımına uğramış ve 2802 Sayılı Kanuna (madde 69) dayanılarak Kurul kararıyla meslekten çıkarılmıştır. Başvuran, adil bir yargılanma olmaksızın meslekten çıkarılmasının 6 ncı maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM, başvurana uygulanan yaptırımın, yargı mensuplarının haklarını, ödevlerini ve sorumluluklarını düzenleyen kurallar çerçevesinde disiplin önlemleri niteliğinde olduğunu belirterek, bu önlemlerin 6 ncı maddenin uygulama alanında olmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.²⁹⁰

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler açısından ise, bu işlemlerin “Pellegrin” kriterlerine uygun olarak kişinin medeni hak ve

²⁸⁹ ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.201.

²⁹⁰ ALTIN-39822/98; ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.200.

yükümlülüğünü düzenleyip düzenlemediği önem kazanmaktadır. Bu tür bir düzenleme sonucu herhangi bir yargı yolu mümkün olmaksızın, yürütme, medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlığı karara bağlayan son karar mercii haline gelmiş ise, ancak o zaman 6 ncı madde açısından ihlal ortaya çıkabilir.²⁹¹ Örneğin, Cumhurbaşkanının devlet başkanı sıfatından kaynaklanan yasama ve yargı ile ilgili yetkilerinin yargı denetimine tabi olmamasından dolayı, 6 ncı maddenin ihlalinden söz edilmesi muhtemel görülmemektedir. Ancak Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin yetkilerinden bazılarının karşı-imza kuralına uyulmaksızın kullanılmasının, yargı denetimi olmaması nedeniyle, yukarıdaki açıklamalar kapsamında Sözleşme'nin 6 ncı maddesi açısından sakıncalar yaratabileceği belirtilmiştir.²⁹² Ancak bu konu bugüne kadar, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bir uyuşmazlık olarak Mahkeme önüne götürülmediğinden, Mahkeme'nin Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin olarak tek başına yaptığı işlemler konusunda nasıl bir yaklaşımda bulunacağı merak konusudur.

II. AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK YARGI SİSTEMİ

5. *Kopenhag Kriterleri*

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte yüzünü batıya çeviren Türkiye, devlet yönetiminden ekonomiye, hukuktan sosyal hayata ilişkin pek çok yenilik gerçekleştirmiştir. Batılılaşma ve muasır medeniyet seviyesine ulaşma ülküsünün önemli adımlarından birini ise, 1963 yılında imzalanan Ortaklık Antlaşması ile Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna katılımını öngören sürecin başlatılması oluşturmuştur. Avrupa Topluluğu ile ilişkilerimizde geçen 43 yıllık süreç içerisinde inişli çıkışlı dönemler yaşanmış olmasına rağmen, 16/17 Aralık 2004 tarihinde Brüksel'de yapılan zirvede, Türkiye ile tam üyelik müzakerelerinin başlatılması yolunda karar alınması ile en önemli döneme

²⁹¹ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, a.g.e.(*Yönetmelik Yargı*), s.30.

²⁹² İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.142–144.

girilmiş bulunmaktadır.²⁹³ Yaşanan süreçte, tam üyeliğe kabul edilme bakımından, diğer aday ülkeler için olduğu gibi, Türkiye açısından da “Kopenhag Kriterleri” olarak adlandırılan bazı yükümlülüklerin sağlanmasının gerekliliği sürekli olarak ifade edilmektedir.

22 Haziran 1993 tarihinde yapılan Kopenhag Zirvesi’nde, Avrupa Konseyi, AB’nin genişlemesinin Merkezi Doğu Avrupa ülkelerini kapsayacağını kabul etmiş ve aynı zamanda adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılamaları gereken kriterleri de belirleyerek açıklamıştır. “Kopenhag Kriterleri” ismi altında formüle edilen bu koşullar, siyasi ve ekonomik kriterler ile topluluk mevzuatının benimsenmesi olmak üzere üç grupta toplanmıştır.²⁹⁴ Siyasal içeriği olan Kopenhag Kriterleri, daha sonra AB Anayasası’nın 2 ve 3 ncü maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenerek normatif bir kimlik kazanmıştır.²⁹⁵

Siyasi kriteri; demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarına ve azınlık haklarına saygıyı teminat altına alan istikrarlı kurumların varlığı oluşturmaktadır. Üyelik, aday ülkenin siyasal, ekonomik ve parasal birliğin hedeflerine katılma da dâhil olmak üzere üyelik yükümlülüğünü üstlenme yeteneğine sahip olmasını öngörmektedir. Bu bakımdan Türkiye de, diğer aday ülkeler gibi, siyasi kriterin varlığı çerçevesinde incelenmiş, ülkemizin ekonomik ve birlik mevzuatına uyum koşullarını olduğu gibi, siyasi kriteri de müzakerelerin başlatılmasını sağlayacak ölçüde karşıladığı 16–17 Aralık AB Sonuç Bildirgesinde ifade edilmiştir.

²⁹³ ÇETİNKAYA Ender, a.g.b.

²⁹⁴ TBMM İnternet Sitesi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, No:438, (<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/437-438.pdf>), 10.03.2006; Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği İnternet Sitesi, (<http://www.euturkey.org.tr/abportal/content.asp?CID=2800&VisitID={EDC6B533-68A2-4D67-BDE1-6482A3914A70}&Time=4948>), 17.04.2006.

²⁹⁵ BAŞLAR Kemal, **Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu**, Journal of Turkish Weekly İnternet Sitesi, (<http://www.turkishweekly.net/turkce/makale.php?id=51>), 28.01.2006. AB Anayasası’nın 2 nci maddesinde; “Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukuk devleti ve insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulmuştur. Bu değerler, çoğulcu, hoşgörülü, adil, dayanışmacı ve ayırım gözetmeyen bir toplumda, Üye Devletlerin hepsi için ortaktır.” hükmü yer almaktadır.

Ancak, siyasi kriterin sadece müzakerelerin başlatılmasını sağlayacak ölçüde karşıladığı unutulmamalı, özgürlük, demokrasi, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü ilkelerine büyük önem atfeden AB'ye giriş sürecinin en önemli ve zorlu aşaması olan müzakere sürecinde, özellikle hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı kriterlerinin sürekli gündeme getirileceği dikkatten kaçırılmamalıdır. AB üyeliği için siyasi kriter olarak Türkiye, demokrasiyi, hukuk devletini, insan haklarını, azınlıklara saygıyı ve onların korunmasını sağlayan kurumların istikrarını temin etmek durumundadır.²⁹⁶ Nitekim ülkemiz ile katılım müzakerelerini başlatan Hükümetlerarası Konferansta açıklanan ve müzakere prosedürünü bildiren 09.11.2005 tarihli 'Türkiye İçin Katılım Müzakereleri Çerçeve Belgesi'nde, müzakerelerin esası olarak; "Müktesebatın bütün alanlarında, Türkiye, müktesebatı etkili bir şekilde uygulamak veya katılımdan önce etkili bir şekilde uygulayacak duruma gelmek için, kurumlarını, yönetim ve idari kapasitesini ve adli sistemini, gerek ulusal gerek bölgesel düzeyde, Birliğin standartlarına uygun hale getirmelidir. Genel olarak bu durum, etkin ve tarafsız kamu hizmeti üzerine kurulu, işleyen ve istikrarlı bir kamu yönetiminin yanı sıra bağımsız ve etkin bir adli sistem gerektirmektedir." açıklaması yapılmıştır. Görüldüğü üzere bağımsız ve etkin bir yargı sisteminin gerekliliğine önemle vurgu yapılmaktadır.

Bu durumun konumuzla bağlantılı olan yanı ise, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı kriterlerinin incelenmesi sırasında, bağımsız ve etkin bir yargı sisteminin varlığı üzerinde önemle durulacağı, bu çerçevede hukuk devletinin gereklerinden olan idarenin yargısal denetimine ülkemizde getirilmiş olan kısıtlamaların tartışma konusu olacağı yönündeki öngörümüzdür. Özellikle topluluk mevzuatının benimsenmesi bakımından, mevcut yargı kısıtlamalarının kaldırılması talep edilebilecek, bu ise Anayasa ve kanunlarda değişiklik yapılmasını gündeme getirecektir. Olması muhtemel

²⁹⁶ BJORNBERG Kjell-P. RICHMOND, "Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi", İstisari Ziyaret Raporu, s.6, 28 Eylül-10 Ekim 2003, AB Komisyonu-Brüksel, Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

bu gelişmeleri öngörmek bakımından, bu bölümde AB'ye giriş sürecinin çalışma konumuz olan kurumlarla ilgili olası etkilerine ışık tutmaya çalışacağız.

6. Türkiye'nin Yargı Düzenine Getirilen Eleştiriler

AB müzakere sürecinde, Avrupa Komisyonu Adalet ve İçişleri Genel Müdürlüğü ve Genişleme Genel Müdürlüğü tarafından, yargı sisteminin işleyişinin incelenmesi maksadıyla, 2003 yılından itibaren Türkiye'ye heyet gönderilmektedir. Bu heyet, yargı sistemimizle ilgili incelemelerde bulunmakta, çeşitli mesleklere mensup hukukçularla görüşmekte ve yargı sistemimize ilişkin tespitleri ile eleştirilerini içeren bir rapor hazırlayarak Komisyon'a sunmaktadır.

Heyet, ilk ziyaretini 28 Eylül–10 Ekim 2003 tarihleri arasında, ikinci ziyaretini 11–19 Temmuz 2004 tarihleri arasında ve son ziyaretini ise 13 Haziran–22 Haziran 2005 tarihleri arasında gerçekleştirmiştir.

Heyet görevini, ilk raporunda; “Bu heyetin görevi, Katılım Ortaklığı Belgesinde yer alan şu önceliğin yerine getirilmesinde Türkiye'nin kaydettiği ilerlemeleri değerlendirmektir: ‘Yargının bağımsızlığının ve etkinliğinin güçlendirilmesi ve AİHS doğrultusunda insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin hükümlerin tutarlı bir biçimde yorumlanmasının sağlanması. AİHM içtihatlarının tüm adli makamlarca dikkate alınması yükümlülüğüne yönelik tedbirlerin alınması. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin işleyişinin Avrupa standartları ile uyumlu hale getirilmesi. İstinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin hazırlıkların yapılması.’” olarak tanımlamıştır.²⁹⁷

²⁹⁷ BJORNBERG Kjell-P. RICHMOND, “Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi”, İstisari Ziyaret Raporu, s.5, 28 Eylül–10 Ekim 2003, AB Komisyonu-Brüksel, Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

Heyet ziyaret amacını ise; “İnsan haklarına tam saygı gösterilen bir kültür çerçevesinde yargının bağımsızlığını güçlendirme ve ilerletmeyi de kapsayacak şekilde katılım ortaklığı önceliklerinin yerine getirilmesi hususunu değerlendirmektedir.” şeklinde açıklamıştır.²⁹⁸

Heyetin üç ziyareti sonrasında da hazırladığı raporlarda; Türk yargı sisteminin tüm yönleriyle incelendiği, aksaklıkların açık bir dille ve samimiyetle ifade edildiği, AB’ye uyum sürecinde yapılması gerekli görülen değişikliklerle düzeltilmesi gerektiği düşünülen aksaklıkların, çözüm önerileri ile birlikte tek tek belirtildiği görülmüştür. Raporlarda yer alan hususların, öğretilerde birçok yazar tarafından, yüksek yargı organlarınca kararlarında ve çeşitli vesilelerle verilen demeçlerde sıklıkla ifade edilen eleştiri ve düşüncelerle büyük ölçüde örtüştüğü gözlenmiştir. Özellikle yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı kavramları kapsamında kabul edilebilecek yaklaşımlardaki benzerlik, dikkat çekicidir. Bu bakımdan, ülkemizde de sürekli üzerinde durulmakla birlikte gerekli icraatlara yol açmayı başaramayan bu genel kabul görmüş evrensel ilkelerin, AB’nin yürütme organı kimliğindeki Komisyon’un temsilcileri tarafından üç yıl arka arkaya raporlarında dile getirilmiş olması, belki bu yolla bazı değişikliklerin yapılmasına katkı sağlayabileceği yönünden önemli görülmektedir. Raporlarda birçok konuya ilişkin önemli tespitler ve tavsiyeler bulunmakla birlikte, burada yalnızca çalışma konusuyla ilgili tespit ve tavsiyeler üzerinde durulacaktır.

Çalışma konumuzu teşkil eden Anayasa ile getirilen yargı kısıtlamalarına ilişkin ilk değerlendirme, 2003 tarihli birinci raporda yer almıştır. Bu değerlendirme şu şekildedir: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 125 nci maddesi, idare mahkemelerinin, idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini yapmaya yetkili olduğunu bildirmektedir. Bununla birlikte, Anayasa’da dört durumda idari eylem ve kararların yargısal

²⁹⁸ 13 Haziran–22 Haziran 2005 tarihleri arasındaki İstisari Ziyarete İlişkin Rapor, s.1, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 24.02.2006.

denetime tabi olmadığı belirtilmekte, dolayısıyla bu durumlarda yukarıdaki temel kurala istisna getirilmektedir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 105/2 nci maddesinde Cumhurbaşkanının sorumluluğu ile ilgili olarak; *'Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil yargı mercilerine başvurulamaz.'* hükmü bulunmaktadır. Anayasa'nın yargısal denetime başvuru ile ilgili 125/2 nci maddesi şöyledir: *'Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.'* Kamu görevlilerinin disiplin kovuşturmalarıyla ilgili Anayasa'nın 129/3 ncü maddesi *'Uyarma ve kınama cezaları istisna olmak üzere disiplin kararlarının yargı denetimine tâbi olacağını'* öngörmektedir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili Anayasa'nın 159/4 ncü maddesi *'Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağını'* ifade etmektedir. Hukuk devleti olma vasfını taşıma koşullarından birinin tüm idari eylem ve kararların yargısal denetime tabi olma ilkesi olduğunu düşünmekteyiz. Belirli idari eylem ve kararların yargısal denetim dışında bırakılması, hukuk devleti prensibine uygun bulunmamaktadır.”

Raporda bu değerlendirme sonrasında heyetin tavsiyesi ise şu ifadelerle yer almıştır: “Anayasa'nın 105/2, 125/2, 129/3 ve 159/4 maddelerinin; ceza hukuku anlamında bir isnat veya medeni hak ya da yükümlülüklerin saptanması ile ilgili olduğu durumlarda, bu maddelerde zikredilen kararların hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla yargı denetimine açılmasını temin etmek için değiştirilmesini tavsiye etmekteyiz.”²⁹⁹

Raporda, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı ve işleyişi üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş, Kurul'un kararlarına karşı yargı yolunun mevcut olmayışı özel bir başlık altında değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme bölümünde şu açıklama yapılmıştır: “Türk Anayasasına göre, Yüksek Kurulun kararlarına karşı müracaat edilebilecek herhangi bir üst yargı mercii yoktur.

²⁹⁹ 28 Eylül–10 Ekim 2003 tarihleri arasındaki İstisari Ziyarete İlişkin Rapor, s.23.

Türk Anayasasının 159 ncu maddesinin 4 ncü fıkrasındaki açık ifadeye göre: ‘Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz’. Ancak bunun yerine Kurul kararlarına karşı 7 asıl 4 yedek üye olmak üzere toplam 11 kişiden oluşan Kurula itiraz edilebilir. İtirazları İnceleme Kurulunun yapısına bakıldığında, Yüksek Kurulun kararının yeniden incelenmesi birçok anlamda olumlu sonuç vermeyecektir. BM Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki BM Temel Prensiplerinin 20 nci Prensibine göre: ‘*Disiplin, geçici el çekiştirme veya ihraç kararları bağımsız olarak gözden geçirilebilmelidir*’. Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye Kararının 6 (3) prensibi de benzer şekilde disiplin müeyyidelerini ve tedbirlerini uygulamakla görevli organın daha üst bir yargısal organ tarafından denetlenmesini öngörmektedir. Bizim görüşümüze göre; Türkiye’de hâkimlerin Yüksek Kurul kararları aleyhine bir ilk derece adli mahkemesine başvuramaması, adli bağımsızlık konusundaki temel prensiplerle bağdaşmamaktadır. Bu şekilde, bağımsız bir adli kontrol mekanizmasının yokluğu, hâkimlerin karar verirken kendi bağımsız kararlarından ziyade resmi görüşü takip etme eğilimine başvurma olasılığını yaratmaktadır. Yüksek Kurulda, 9 ila 11 hâkimin görev yapması ve Danıştay’da ise sadece 5 hâkimden oluşan Kurulun temyiz davalarına bakması gerçeği karşısında, Danıştay’a yapılacak bir temyiz başvurusunun etkili olamayacağını düşünüyoruz. Bu nedenle, mevcut Yüksek Kurulu oluşturan hâkim sayısından daha fazla hâkimi içerecek şekilde ve tamamen yeni bir temyiz merciinin kurulması gerektiğini düşünüyoruz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 159 ncu maddesinin, bir hâkimin aleyhine verilen Yüksek Kurul kararlarının orijinal kararı almakla sorumlu olanların dışındaki adli kişilerden oluşan bağımsız bir adli organ tarafından temyiz incelemesine tabi tutulmasına cevaz verecek şekilde değiştirilmesini öneriyoruz.”³⁰⁰

Ayrıca aynı raporun “Sonuçların ve Tavsiyelerin Özetleri” başlıklı son bölümünde, Anayasa ile ilgili olarak;

³⁰⁰ 28 Eylül–10 Ekim 2003 tarihleri arasındaki İstisari Ziyarete İlişkin Rapor, s.53–54.

○ Cezai bir müeyyide veya medeni hak ve yükümlülük ile ilgili olduğu oranda, 105/2, 125/2, 129/3 ve 159/4 üncü maddeleri kapsamında alınan kararların hukuka uygunluğunun sağlanması yönünde bunlara karşı yargı yoluna başvurma imkânının tanınması,

○ Yargı bağımsızlığı hakkında BM Temel Prensiplerinin 20 nci prensibi³⁰¹ ve hâkimlerin bağımsızlığı hakkında Avrupa Konseyi Tavsiyesi'nin 6(3) nolu prensibine³⁰² göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 159 ncu maddesinin, bir hâkime Hâkim ve Savcılar Kurulu'nun kararlarına karşı bunlar dışında yargı mensuplarından oluşan ve yeni bir karar alma sorumluluğunda olan bağımsız bir yargı kurumuna itiraz etmeye izin verecek şekilde yeniden düzenlenmesi, tavsiye edilmiştir.³⁰³

11–19 Temmuz 2004 tarihleri arasında yapılan ikinci ziyaret sonucunda hazırlanan raporda, öncelikle Türkiye'de yargının bağımsızlığı

³⁰¹ BM 7 nci Suç Sorunları Kongresi, 28 Ağustos–6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yaptığı toplantıda, "Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri" başlığı altında bir kurallar dizisi kabul etmiştir. Söz konusu kurallar, BM Genel Kurulu'nun 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararıyla onaylanmış ve Genel Kurul, üye devletleri milli mevzuatları ve uygulamalarında bu kurallara uymaya ve Genel Sekreteri 5 yılda bir uygulama sonuçları hakkında rapor vermeye davet etmiştir. Temel ilkeler, devletin yargı bağımsızlığını sağlamasını ve bunun için, öngörülen ilkelere anayasalarda veya kanunlarda yer verilmesini öngörmektedir. Raporda atıf yapılan temel ilke; "Hâkimler hakkındaki disiplin işlemleri veya geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin kararlar hakkında, bağımsız yargı organlarında kanun yoluna başvurulabilir. Bu ilke, yüksek mahkemelerin kararları, yasama organının yüce divana sevk ve benzeri kararları hakkında uygulanmaz." prensibini ifade etmektedir; Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

³⁰² "Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı (R(94)12 Sayılı)", Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13 Ekim 1994 tarihli ve 518 nci toplantısında kabul edilmiştir. Tüm hâkimleri kapsadığı belirtilen tavsiye kararının 6 ncı maddesinde, "Görevlerin Yerine Getirilmesi ve Disiplin Cezasını Gerektiren Suçlar" başlığı altında, "Hâkimlerin görevlerini etkin ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmemesi veya disiplin cezasını gerektiren bir suçun varlığı halinde, adlî bağımsızlığı zedelemeyecek şekilde tüm gerekli önlemler alınmalıdır." tavsiyesi yapılmıştır. Aynı maddenin Raporda atıf yapılan (3) nolu bendinde ise; "Bu maddenin 1 ve 2 nci paragraflarında belirtilen önlemlerin alınması gerektiğinde, devletler, bir kanun hükmü ile; kendisi üst derecede adlî bir organ olan veya kararları üst dereceli adlî organ tarafından kontrol edilen ve mahkemelerin görevine girmedikleri sürece, herhangi bir disiplin cezası ve önlemleri alma yetkisini haiz özel bir merci kurulması gereğini göz önüne almalıdır. İlgili kanun; hakkında şüphe bulunan hâkime, davanın uygun bir sürede sonuçlandırılması ve tüm iddialara cevap verme hakkının bulunması hususu gibi Sözleşmenin gerektirdiği tüm hususları kapsamalıdır." açıklaması bulunmaktadır; Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

³⁰³ 28 Eylül–10 Ekim 2003 tarihleri arasındaki İstisari Ziyarete İlişkin Rapor, s.150–151.

hususunda önemli bir değişiklik olmadığı, yargı sisteminin işleyişinin mükemmelden uzak kalmaya devam ettiği belirtilmiştir. Raporda bunun yanında; “Türkiye’nin AB üyeliğine başvurusuna devam etmesine imkân vermek, Türkiye’deki adli sistemin reform sürecinin daha ileri gitmesi için gerekli motivasyonu büyük olasılıkla sağlayacaktır. Tam tersi, Türkiye’yi reddetmek şimdiye kadar yapılmış olan ilerlemeyi büyük oranda yavaşlatacaktır.” değerlendirmesi de yapılmıştır.³⁰⁴

Raporda, yargının bağımsızlığının incelendiği bölümde; “Türk Anayasası’nın 159 ncu maddesinin 4 üncü paragrafına göre, Yüksek Kurul kararları aleyhine yargı yolu yoktur.” tespiti tekrarlanmış³⁰⁵, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun bağımsızlığına ilişkin endişelerin dile getirildiği bölümde konuyla ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunulmuştur. Raporun bu bölümünde; Adalet Bakanlığı’nın resmen, Yüksek Kurul kararlarına karşı bağımsız bir adli mercie itiraz edilebilmesi teklifini reddettiği nakledilmiştir. Adalet Bakanlığı’nın ret gerekçesi olarak ise; “Sistem, esas olarak yüksek mahkeme yargıçlarından müteşekkil Kurul kararlarına karşı yeniden inceleme ve sonraki aşamadaki itiraz haklarından yararlanmaya imkân tanımaktadır. İtiraz durumunda, Yüksek Kurul, itirazı, itiraza konu karara katılmamış bulunan beş yeni üyenin katılımıyla görüşür. Buna göre, Yüksek Kurulun kararlarının Yargıtay ve Danıştay üyelerinin katılımıyla alındığı, bu üyelerin bağımsızlık ve özlük güvenliği ilkelerine uygun olarak görevlerinden ayrıldıkları ve itiraz aşamasında Kurul’a beş yeni üyenin daha katıldığı göz önüne alındığında, Yüksek Kurul kararlarına karşı başka bir makam önünde itirazın mümkün kılınmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.” açıklamasını yaptığı belirtilmiştir. Daha sonra Heyet, Adalet Bakanlığı’nın bu açıklaması ile ilgili olarak; “Yüksek Kurulun bir kararına karşı yapılan itirazın, önceki karara katılan yedi üyeye ilaveten beş yeni üyeden oluşan oniki kişilik Kurul tarafından inceleneceği düşünülse dahi, itiraza konu kararı veren Kurulun bu

³⁰⁴ BJORNBERG Kjell-P. RICHMOND, “Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi”, İkinci İstişari Ziyaret Raporu, s.2-3, 11–19 Temmuz 2004, AB Komisyonu-Brüksel, Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 14.01.2006.

³⁰⁵ İkinci İstişari Ziyaret Raporu, s.11.

kararı oybirliği ile vermiş olması durumunda, söz konusu kararın Kurul tarafından yeniden gözden geçirilmesini isteme, boşuna yapılmış bir talep olacaktır. Avrupa Konseyi'nin Yargıçların Bağımsızlığına İlişkin Tavsiyesi'nin 6(3) Prensibi, disiplin yaptırımları öngörmeye yetkili organın, daha üst bir yargı organı tarafından kontrol edilmesi gereğini düzenler. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinin 20 numaralı prensibi '*Disiplin, uzaklaştırma ya da meslekten ihraç kararları bağımsız bir organ tarafından yeniden incelemeye tâbi tutulmalıdır.*' ifadesini içermektedir. Halihazırda, Yüksek Kurulun kararlarına üst bir yargı organı tarafından yeniden incelenmesi durumu mevcut olmadığı gibi, itiraza konu kararın Kurul üyeleri tarafından oybirliği ile alınmış olması durumunda, yeniden Kurula başvurma halinde, uygulamada, etkili bir yeniden inceleme yolunun söz konusu olmadığı açıktır. Adalet Bakanlığı'nın tutumunun, Yüksek Kurulun tutumundan oldukça farklı olduğunu not ettik. Yüksek Kurul ile olan resmî toplantımız sürecince, Yüksek Kurul resmen yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi için Türk Anayasası'nın 159 ncu maddesinin, Yüksek Kurulun bir hâkim hakkında verdiği karara karşı Danıştay nezdinde itirazda bulunabilmeyi sağlayacak şekilde değiştirilmesi yönünde teklifte bulundu. Yüksek Kurulun bu önerisini, Türkiye'de yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi yolunda önemli bir adım olarak görüyoruz. Bu yüzden Adalet Bakanlığı tarafından, Yüksek Kurulun da görüşü alındıktan sonra hazırlanan raporun, Yüksek Kurul tarafından delegasyona açıklanan düşünceleri yansıtmamasını talihsizlik olarak değerlendiriyoruz." eleştirisini yapmıştır.

Heyet ikinci raporunda konuyla ilgili son olarak; "Adalet Bakanlığının, Yüksek Kurulun özlük haklarına ilişkin olarak verdiği kararlara karşı, bu karara katılan Yüksek Kurul üyelerinden farklı üyelerden müteşekkil bağımsız bir yargı organına temyize gidilebilmesi gereğini öngören tavsiyeyi resmen reddetmesi karşısında, Türk Anayasası'nın 159 ncu maddesinin, bir hâkimin hakkında verilmiş Yüksek Kurul kararına karşı, ilk karardan sorumlu olanlar dışındaki, üyelerden oluşan bağımsız bir yargı organına itiraz edebilmesine

izin verecek şekilde değiştirilmesi tavsiyesi muhafaza edilmekte ve tekrarlanmaktadır.” değerlendirmesinde bulunmuştur.³⁰⁶

Heyet, ülkemize yaptığı üçüncü ve son ziyaretini 13 Haziran–22 Haziran 2005 tarihleri arasında gerçekleştirmiştir. Bu ziyaret sonrasında da Heyet tarafından hazırlanan bir rapor ile, Türk yargı sisteminin işleyişine ilişkin tespit ve görüşler dile getirilmiş, tavsiyelerde bulunulmuştur. Bu son raporda yer alan görüş ve öneriler esasen ilk iki raporda zikredilenlerle paralellik arz etmektedir.

Raporun giriş bölümünde ilginç bir açıklamaya yer verildiği görülmüştür. Bu açıklamadan, Adalet Bakanlığınca önceki raporlarda yer alan tavsiyelerle ilgili değerlendirme yapılırken, bazı AB üyesi ülkelerin sistemlerine atıf yapılarak Heyet’e cevap verildiği anlaşılmaktadır. Heyet’in Adalet Bakanlığı’nın değerlendirmelerine getirdiği bu ilginç yorumda; “...Adalet Bakanlığı’nın bu tavsiyelere karşı verdiği cevaplardan kaynaklanan bir hususa değinmek istiyorum. Cevapların birçoğunda diğer Avrupa ülkelerindeki durum tavsiyelerimizi reddetmek için kullanılmıştır. Bu tavsiyelerin temelini yanlış anlaşılmasından kaynaklanmıştır... Adalet Bakanlığının cevaplarının bazılarında başka ülkelerdeki kurumların gerçek işleyişinin özünün kavranılmadığı duygusuna kapıldık... Belki de daha önemli olarak istişari rapordaki tavsiyeler en iyi Avrupa uygulamasına dayanmaktadır. Kendi vatandaşlığını taşıdığımız ülkeler de dâhil olmak üzere muhakkak hiçbir ülke bu standartları tam olarak karşılayamamaktadır. Bununla birlikte bunlar hepimizin uymak zorunda olduğu standartlardır. Eğer diğer Avrupa ülkeleri bu standartların gerisinde bulunuyorsa, tıpkı Türkiye gibi bu standartları gerçekleştirme yönünde çaba göstermek zorundadırlar.” denilmektedir.³⁰⁷

³⁰⁶ İkinci İstişari Ziyaret Raporu, s.23–25.

³⁰⁷ BJORNBERG Kjell - R. CRANSTON, “Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi”, Üçüncü İstişari Ziyaret Raporu, s.1–2, 13 Haziran–22 Haziran 2005, AB Komisyonu–Brüksel, Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 24.02.2006.

Raporda, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarına karşı yargı yolunun açık olmaması konusuyla ilgili olarak, ilk iki raporda izlenen tutumun kısmen değiştirildiği, Adalet Bakanlığı'nın bu konudaki ısrarlı karşı çıkışının Heyet'in görüşlerinde bir miktar da olsa farklılaşmaya yol açtığı gözlenmektedir. Heyet, bu raporunda konuyla ilgili olarak; "...Önceki raporlar Yüksek Kurulun bir hâkim hakkında verdiği olumsuz kararların Danıştay nezdinde itiraza konu olmasını tavsiye etmişlerdi. Bununla birlikte, Adalet Bakanlığı tarafından ileri sürülen, Yüksek Kurulun komitelere ayrılması ve bir komitenin olumsuz kararlarına karşı, asıl kararı alanların dışındaki üyelerden oluşan bir diğer komiteye itiraz edilebilmesi çözümünü, Yüksek Kurul ile bu konu tartışılarak, kabul edilebilir bulmaktayız. Toplamda bir azınlık olan yeni üyelerle oluşan asıl komiteye basit bir ilaveyle ilgili bazı tartışmaların olduğunu anladığımızdan, bizim tek sorunumuz, itiraz komitesini yeni üyelerin çoğunluğunun oluşturmasıdır. Bu, meselenin yeni bir bakış açısı ile ele alınmasının teminatı olmayacaktır." açıklamasını yaptıktan sonra, "HSYK'nın medeni haklarla ilgili olarak aleyhe verdiği kararların bağımsız bir yargısal organ tarafından incelenmek üzere temyize tabi olmasını veya HSYK dairelere ayrılmış ise ilk kararı alan asıl üyelerden değil de yeni üyelerin çoğunluğu oluşturduğu diğer bir daireye itirazın mümkün olmasını öneriyoruz." tavsiyesinde bulunmuştur.³⁰⁸

7. Avrupa Birliği Adalet Divanı

Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmalarda belirlenen hedeflere ulaşılması için öngörülen politikalara, hem topluluk hem de AB'yi oluşturan üye devletler harfiyen uymak zorundadırlar. Bu uygulamanın etkinliğini sağlamanın yolu olarak yasal denetimin gerekli olduğu düşüncesinden hareketle, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (AT-A) 220 nci maddesi ile, bu Antlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamak görevi Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na verilmiştir. Divan,

³⁰⁸ Üçüncü İstişari Ziyaret Raporu, s.11, 78.

kuruluşundan itibaren bu görevini kararlılıkla sürdürmüş olup, gerek Topluluk mevzuatının, gerekse hukukun genel ilkelerine getirdiği yorumlar ile, yeni bir hukuk sistemini temel alması fikrinin uygulamada hızla gelişmesini sağlamış, AB bütünleşme sürecinde çok önemli katkılarda bulunmuştur.³⁰⁹

Divan'ın, kuruluşundan bu yana ortaya çıkararak Topluluk kurumlarının saygı göstermesini sağladığı ilkelerin başında, savunma haklarına saygı ilkesi gelmektedir. Divan kararlarında, temel hakları Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak tanımlamış, adil yargılanma hakkına, dolayısıyla savunma hakları gibi yargılama hukuku genel ilkelerine geniş yer vermiştir. Kişilerin kendilerini ilgilendiren idari işlemin üretilmesi süreci içerisinde, yetkili idare makamları önünde savunma hakkı söz konusu olup, Divan'a göre, Topluluk Hukukunun temel bir ilkesini oluşturan savunma hakları, genel ilkeler arasında yer alır ve bu niteliği ile kişinin haklarını içine alır. İstikrar kazanan içtihatlarında, demokrasinin uygulandığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin tanındığı üye devletlerin ortak anayasal geleneklerine ve bu devletlerin taraf olduğu insan haklarının korunması ile ilgili uluslararası sözleşmelere ve özellikle de AİHS'ye dayanan Divan, bu devletlerin anayasalarınca tanınan ve güvence altına alınan temel haklarla bağdaşmayan önlemleri kabul etmeyeceğini ortaya koymuştur.³¹⁰ Yine savunma hakları kapsamında, etkin yargı yoluna başvurma hakkının korunması doğrultusunda, Adalet Divanı, topluluk hukukunun üstünlüğü ve doğrudan uygulanmasının güvencesi olarak ulusal yargı organları ile işbirliği öngörmüştür. Divan, kararları ile bu durumu hüküm altına alarak ulusal mahkemelere yükümlülük getirmiştir. Buna göre, üye devletlerin mahkemeleri kanunlar karşısında bireysel hakları her durumda korumak zorundadır.³¹¹

³⁰⁹ BARAN Fikret, **Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Yapısı ve İşleyişi**, AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=64), 30.03.2006.

³¹⁰ KABOĞLU İbrahim, **Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı**, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları No:53, Ankara-1991, s.303-323; İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.1.

³¹¹ TÜRKYILMAZ Murat, **Hukuk Devleti İlkesi ve Güçler Ayrılığı Anayasal Demokrasinin Temel Güvencesini Oluşturur: Ab Açısından Değerlendirme**, Türk Hukuk Sitesi (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_144.htm), 09.03.2006.

Adalet Divanı, halen üye ülkelerce onaylanma süreci devam eden AB Anayasası'nın Birinci Bölümünde 28 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Adalet Divanı;

- Komisyon, Üye Devletlerden biri, bir Kurum veya gerçek ya da tüzel bir kişi tarafından açılan davalar hakkında III ncü Bölümün hükümlerine uygun olarak karar verir;
- Üye Devletlerin mahkemelerinin talebi üzerine, Birlik hukukunun yorumlanması veya Kurumlar tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği hakkında ön karar verir;
- Anayasa'da öngörülen diğer durumlar hakkında karar verir.³¹²

Bu düzenlemede yer alanlardan konumuz açısından önem arz eden görev, Divan'ın; Birlik hukukunun yorumlanmasına ilişkin olandır. Zira, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, AB Anayasası'nın II nci Bölümde "Birliğin Temel Haklar Antlaşması" yer almakta olup, bu bölümdeki 47 nci maddede, "adil yargılanma hakkı" düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre Divan, önüne gelen davalarda, uyuşmazlık hakkında karar verirken AB Anayasası'nın II nci bölümünde düzenlenen temel hakları gözetecek, bu kapsamda adil yargılanma hakkı da dikkate alınacaktır. Türkiye'nin tam üyeliğe kabulü sonrasında, çalışma konumuz olan yargısal kısıtlamaların devam ediyor olması ve bunların uyuşmazlık konusu olarak Divan önüne gitmesi durumunda, kısıtlamaların Divan tarafından değerlendirilmesi gündeme gelebilecektir.

8. AB Anayasası

Yarım asırlık tarihi ile ekonomik bütünleşmeye büyük ölçüde ulaşan, 21 nci yüzyılın başında genişleme sürecini büyük ölçüde başarıyla tamamlayan ve siyasi bütünleşme yolunda önemli adımlar atan bir AB için, anayasa deyim yerindeyse elzem hale gelmiştir. Bundan hareketle, Birlik'in

³¹² Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 15.02.2006.

önemli bir dönüm noktasından geçmekte olduğunu göz önünde bulunduran Avrupa Konseyi'nin girişimi ile, 14 – 15 Aralık 2001 tarihlerinde Belçika'nın Laeken şehrinde düzenlen toplantıda, Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından AB'nin geleceğine ilişkin Deklarasyon kabul edilmiştir. Bu deklarasyonla Birliğin daha demokratik, saydam ve etkin olması ve Avrupa yurttaşları için bir Anayasa hazırlanması yönünde karar alınmıştır. Anayasanın hazırlanması için de bir Kurultay toplanması kararlaştırılmıştır.

28 Şubat 2002'de toplanan Kurultay, 15 aylık bir çalışmanın ardından 13 Haziran 2003'te çalışmalarını tamamlamıştır. Taslağın, Birliğin tanımının, ilkelerinin, kurumlarına ilişkin hükümlerin yer aldığı I nci Bölümüyle, Temel Haklar Antlaşması'nın yer aldığı II nci Bölüm, Kurultay Başkanı Valery Giscard D'Estaing tarafından 20 Haziran 2003'te Selanik Zirvesinde Devlet ve Hükümet Başkanlarına sunulmuştur. Taslağın III ve IV ncü Bölümlerinin de 27 Haziran 2003 itibariyle yazımı tamamlanmıştır. Ancak Selanik Zirvesinde ve 12–13 Aralık 2003 tarihlerindeki Brüksel Zirvesinde Taslak üzerinde uzlaşma sağlanamamış, 17–18 Haziran 2004 tarihlerinde yine Brüksel'de yapılan Hükümetlerarası Konferans'ta uzlaşma sağlanarak Taslak imzaya hazır hale gelmiştir. 29 Ekim 2004 tarihinde üye devletlerin hükümet ve devlet başkanları tarafından Roma'da “Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Anlaşma” imzalanmıştır. Avrupa Anayasası, üye devletler tarafından iç hukuklarına göre onaylandıktan sonra yürürlüğe girecektir.³¹³

Birlik hukukunun üstünlüğü, önce Adalet Divanı'nın içtihatları ile ortaya çıkmış, AB Anayasası'nın maddelerine işlenerek normatif bir nitelik kazanmıştır.³¹⁴ Bu durum 10 ncu maddede yer alan; “Kendilerine verilen yetkilerin uygulanması sırasında Anayasa ve Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuk, Üye Devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahiptir. Üye

³¹³ TEZCAN Ercüment, **Avrupa Birliği Anayasa Taslağı ve Öngördüğü Yenilikler**, ABC Hukuk İnternet Sitesi, (<http://www.abchukuk.com/makale14.html>), 01.12.2005; BOZKURT Enver-M.ÖZCAN-A.KÖKTAŞ, *Avrupa Birliği Temel Mevzuatı*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara–2005, s.4.

³¹⁴ BAŞLAR Kemal, a.g.m.

Devletler, Anayasa'dan doğan veya Birlik kurumlarının işlemlerinden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, genel ya da özel, tüm uygun önlemleri alırlar.” hükmü ile açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince, herhangi bir AB normu, ondan daha yeni olsa bile, herhangi bir ulusal normdan değer olarak üstündür. Söz konusu ulusal mevzuatın (anayasa, kanun, vb.) ve AB mevzuatının (antlaşma, tüzük, direktif, vb.) niteliği veya statüsü ne olursa olsun, bu üstünlük geçerlidir.³¹⁵

AB Anayasası'nın II nci Bölümde yer alan “Birliğin Temel Haklar Antlaşması” giriş bölümünde; “Bu Antlaşma; Birlik'in yetkileriyle görevlerine ve ikincillik ilkesine, özellikle Üye Devletlerde ortak olan anayasal geleneklerden ve uluslararası yükümlülüklerden doğan haklara gereğince saygı göstererek, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması hakkındaki Avrupa Konvansiyonu'nu, Birlik ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Sosyal Anlaşmaları ve AB Adalet Divanı ile AİHM'nin içtihat hukuklarını teyid eder. Bu haklardan yararlanmak, diğer kişilere, insanlığa ve gelecek nesillere ilişkin sorumlulukları ve ödevleri beraberinde getirir. Dolayısıyla Birlik, aşağıda belirtilen hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır.” vurgulaması yapılmıştır.

Bireylerin etkin bir yargısal korumaya kavuşturulması konusuyla ilgili hükümler 6 ncı Bölümde “Adalet” başlığı altında ele alınmıştır. Toplam 4 maddeden oluşan bu bölümde sırasıyla etkin yargısal başvuru ve adil yargılanma hakkı, masuniyet karinesi ve savunma hakkı, cezayı gerektiren suçların ve cezaların orantılı olması ve yasada tanımlanması, cezayı gerektiren aynı suçtan iki kere yargılanmama veya cezalandırılmama gibi konular yer almaktadır. 47 nci maddede, “*İhlalin etkin bir şekilde giderilmesini talep etme ve adil yargılanma hakkı*” başlığı altında; “Birlik yasalarının garanti altına alınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herhangi bir kişi, bu

³¹⁵ Avrupa Topluluğu Hukuku Alanında Yargıçların Eğitilmesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara-2002, s.21-22; BOZKURT Enver-M.ÖZCAN-A.KÖKTAŞ, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara-2004, s.167-170.

Maddede belirtilen koşullara uygun olarak, bir mahkeme önünde etkin bir şekilde giderilmesini talep etme hakkına sahiptir. Herkes, daha önce yasalarca oluşturulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul bir süre içinde, adil ve açık bir duruşma yapılması hakkına sahiptir. Herkes, tavsiye alma, savunulma ve temsil edilme olanağına sahip olacaktır.” düzenlemesi yapılmıştır.³¹⁶

Görüldüğü gibi, adil yargılanma hakkı da diğer temel hak ve özgürlükler gibi, AB Anayasası ile güvence altına alınmış, tüm üye ülkelerin bu hak ve özgürlüklere saygı göstermesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Burada diğer dikkat çekici husus, gerek Adalet Divanı’nın gerekse AİHM’nin içtihat hukukunun belirtilmiş olmasıdır. Bundan, AB’nin, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve uygulanmasının belirlenmesinde iki Mahkemenin içtihat hukuklarına başvuracağı sonucuna varılmaktadır. Özellikle bu hakların sınırlandırılması ve kısıtlanmasındaki ölçütler bakımından, iki Mahkemenin kararlarının belirleyici olacağı düşünülmektedir. Bu çerçevede, adil yargılanma hakkı kapsamında gündeme gelen yargı kısıtlamaları bakımından bu alanda kararları bulunan AİHM’nin rol oynayacağı açıktır.

IV. TÜRKİYE AÇISINDAN OLASI GELİŞMELER

AB üyesi batılı ülkelerin anayasalarında ya da diğer mevzuatlarında, yargısal denetime kısıtlama getiren hükümlere çok az olarak rastlanır. Bu gibi durumlarda da idari yargı organları bu engelleri çoğunlukla içtihatlarıyla aşmaktadır. Örneğin Fransız Anayasa Konseyi ve Fransız Danıştay, yargıya başvurma hakkının Fransız Anayasası’nın başlangıç hükümleri ve hukukun üstün ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi ve savunma hakkının gereği olduğu yolunda kararlar vermiştir.³¹⁷ Bazı hukuk sistemlerinde ise yargısal denetime

³¹⁶ Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 15.02.2006.

³¹⁷ 1958 Tarihli Fransız Anayasası’nın Başlangıç Bölümünde şu ifadeler yer almaktadır: “Fransız halkı, 1789 Beyannamesinde tanımlanan, 1946 Anayasasının Başlangıç kısmında teyit edilip tamamlanan İnsan Haklarına ve millî egemenlik ilkelerine bağlılığını ihtişamlı ilan eder. Cumhuriyet, bu ilkeler ve halkların kendi kaderlerini serbestçe belirlemeleri esası

kısıtlama getirilmesini engelleyen anayasal hükümler mevcuttur. Örneğin, Alman Anayasası'nın 19 ncü maddesi ile İtalyan Anayasası'nın 113 ncü maddesi, idari işlem ve eylemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkını güvence altına almıştır.³¹⁸

Esasen bir devletin AB'ye üye olması halinde, bu devletin milli yargı organlarının görev alanında bir daralma meydana gelmesi söz konusu olmayacaktır. Gerçekten de tam üyeliğin gerçekleşmesi halinde, milli idari mercilerin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi yine milli yargı yerlerince yerine getirilecektir. Hatta bu bakımdan milli idari yargının görev alanının genişlemesi ihtimali dahi mevcuttur. Zira milli idare mahkemeleri, tam üyelikten sonra milli idari mercilerin eylem ve işlemlerin yargısal denetimini yalnızca milli hukuk bakımından değil, aynı zamanda AB hukuku bakımından da yapmak durumunda olacaklardır. AB'nin yargısal denetim organı olan Adalet Divanı'na tanınmış olan Birlik Hukukunu yorumlamak ve Birlik Kurumlarının tasarruflarının geçerliliğini veya anlamını tespit etmek yetkisi, milli yargı organlarının geleneksel görev alanının dışında kalmaktadır. Bu nedenle bu konularla ilgili bir sorunla karşılaşıldığında, milli yargı yerlerinin ön karar yönteminden yararlanarak bu sorunu Adalet Divanı'na götürmeleri ve verilecek kararı dikkate alarak önlerindeki uyuşmazlığı çözüme bağlamaları gerekebilecektir.³¹⁹

Ancak Türkiye, 29 Ekim 2004 tarihinde imzalanan AB Anayasası gereğince, AB hukukunun üstünlüğünü üye olduğu takdirde tanımak durumundadır. Bu yükümlülük nedeniyle bir aday ülke olarak Türkiye'nin başta Anayasası olmak üzere tüm hukuk sistemini AB hukukuna uygun hale getirmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, 1993 Haziranında şekillenen

gereğince, kendisine katılma iradesini beyan eden denizaşırı ülkelere özgürlük, eşitlik ve kardeşlik ortak idealine dayanan ve bu ülkelerin demokratik gelişmelerini sağlayacak yeni kurumlar sunar.”; Fransız Anayasası, Çev.Ahmet Şükrü ÖZEREN, Danıştay Yayınları No:58, Ankara–1994.

³¹⁸ AZRAK Ülkü, a.g.m., s.449.

³¹⁹ CANKOREL Bilge, **AET ve İdari Yargı**, I ncı Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1–4 Mayıs 1990), Danıştay Yayınları No:53, Ankara–1991, s.297.

Kopenhag Kriterleri'nin ardından AB'ne aday olan ülkeler, siyasal ve ekonomik kriterlere ilave olarak AB müktesebatını da kabul etme yükümlülüğü altına girmişlerdir. Bu süreçte, milli mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemelerin, AB müktesebatı ile uyumsuz oldukları gerekçesiyle değiştirilmesi gündeme gelecektir. Esasen bu durum son yıllarda sürekli gündemde olan bir konudur ve bu nedenle uyum yasaları adı altında birçok mevzuat değişikliği yapılmıştır.

AB hukukunun üstünlüğü gereği, gerektiğinde Birlik müktesebatı ile çatışan ulusal anayasalar uygulanmamaktadır.³²⁰ Bu bakımdan, Anayasamızda da bazı hükümlerin gözden geçirilmesi ve uyum kapsamında değiştirilmesi, önümüzdeki dönemde sıkça dile getirilecek bir konudur. Burada bizim için önemli olan, çalışma konusu kurumlarla ilgili muhtemel değişikliklerdir.

Yukarıda ayrıntılı olarak anlatmaya çalıştığımız üzere, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilke, gerek AİHM, gerekse Adalet Divanı tarafından içtihatlarla ortaya konmuş, AB üyesi ülkelere de hayata geçirilmiştir. Anayasamızda yer alan yargı kısıtlamalarının değiştirilmesi, tam üyelik sürecinde mutlaka gündeme gelecek bir konu olarak görülmektedir. AB Anayasası ile normatif niteliğe büründüğünü belirttiğimiz Kopenhag siyasi kriterlerinde ifade edilen; demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarına ve azınlık haklarına saygıyı teminat altına alan istikrarlı kurumların varlığını oluşturmak Türkiye'nin gerçekleştirmesi zorunlu olan ev ödevlerindendir. Gerek hukukun üstünlüğü, gerekse insan haklarının teminat altına alınması, idarenin kanuniliği ve eylem ve işlemlerin tamamının yargısal denetime tabi olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, Anayasa'da yer alan buna ilişkin kısıtlamaların kaldırılması gerekecektir.

³²⁰ BAŞLAR Kemal, a.g.m.

Aslında bu çerçevede en önemli Anayasa değişikliği 2004 yılı içinde yapılmış bulunmaktadır. Anayasa'nın 90 ncı maddesinin son fıkrasına, 07.05.2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanunun 7 nci maddesi ile, AB uyum sürecinde eklenen; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." cümlesi, henüz yargı mercilerince uygulama konusu yapılmamış olsa da, önümüzdeki dönemde gündemde önemli tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Zira düzenleme konusu andlaşmalarla ilgili hiçbir kısıtlama getirilmediğinden, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin tüm uluslararası andlaşmalar iç hukuktan üstün hale gelmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda, AİHS'de düzenlenmiş olanlar ile, üye olmamız halinde AB Anayasası'nın "Birliğin Temel Haklar Antlaşması" başlıklı II nci Bölümünde yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin iç hukukta doğrudan uygulanması mümkündür. Bir mahkeme, önüne gelen bir uyuşmazlıkta AİHS'ye dayanarak karar verebilecek, bunu yaparken milli mevzuatın ilgili düzenlemesini uygulamaktan imtina edebilecektir. Özellikle adil yargılanma hakkı açısından, AİHS'ye dayanılarak milli kanunlarda yer alan yargı kısıtlamalarının uygulanmaması hukuken imkân dâhilindedir.³²¹

Ancak Anayasa'daki kısıtlamalar bakımından kanımızca, çalışma konumuz olan kurumların kararları ile ilgili yargısal kısıtlamalara AB'nin yaklaşımı da, AİHM kararları bölümünde açıklamaya çalıştığımız doğrultuda olacaktır. Gerek Yüksek Askeri Şura, gerekse Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının yargı denetimi dışında olması, AİHM tarafından hukuk devleti ilkesine aykırı görülmemektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız gibi, Mahkeme bu yaklaşımını dayandırdığı Pellegrin kriterlerini oluştururken AB kurumlarının uygulamaları ile Adalet Divanı içtihatlarından

³²¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. KABOĞLU İbrahim, **Türkiye'nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi**, Avrupa Birliği'ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi Semineri, Adalet Bakanlığı ABGM, 2-3 Temmuz 2004, İstanbul.

etkilenmiştir. Bu bakımdan, AB'nin konuya yaklaşımının da AİHM ile paralel olabileceğini düşünmekteyiz.

Bu arada, yukarıda ayrıntılarını verdiğimiz AB Komisyonu görevlilerince hazırlanan raporlarda yer alan tavsiyeleri de göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu tavsiyeler önümüzdeki dönemde de gündeme gelebilecektir. Özellikle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının, kararı veren Kurul'da bulunmayan kişilerden oluşan bağımsız bir organca denetlenebilmesine ilişkin tavsiye, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı bakımından dikkate alınması gereken bir çözüm önerisidir. AB üyelik sürecinde bu tavsiye doğrultusunda mevzuat değişikliğine gidilebileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen Anayasa'nın 2 nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti; toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir. Temel hak ve özgürlüklerden hak arama hürriyetinin güvence altına alındığı 36 ncı maddede ise; herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükmüne bağlanmış bulunmaktadır.

Hak arama hürriyetinin güvence altına alınması ve gerçek hayatta gerçekleştirilmesi, hukuk devletinin temel gereklerinden belki de en önemlisidir. Bu sağlanmadığı sürece, gerçek anlamda hukuk devletinin varlığından bahsedilemeyeceği gibi, toplumsal barış da sağlanamaz. Hakları ihlal edildiği halde meşru yollardan hakkını arayamayanların adalete olan inançları sarsılır ve devletlerine bağlılıkları zayıflar. Ayrıca hukuk dışı yollardan hakkını arama ihtiyacı doğar ve toplumda devlet dışı gayri meşru güç odakları ortaya çıkar. Bunun ise toplumları kavgaya ve anarşiye sürüklemesi kaçınılmazdır. Adil devlet, vatandaşlarını tüm haksızlıklara karşı, gerektiğinde kendi gücüne ve organlarına karşı korur.

Kamu yararının izleyicisi olması gereken idareyi bir ölçüde haklı görülebilecek nedenlerle koruma kaygısından kaynaklansa da, idari yargı yolunun hukuki korunmaya muhtaç toplum bireyleri için bazı konularda kapatılmasının, hak arama özgürlüğünü o konularda kaldırması nedeniyle, gerek bu özgürlüğü güvence altına alan Anayasa'nın 36 ncı madde hükmünü, gerek hukuk devleti ilkesini temel anayasal ilke olarak düzenleyen 2 nci madde hükmünü açık bir biçimde zedelediğinde kuşku yoktur.³²²

³²² AZRAK Ülkü, a.g.m., s.449.

Ülkemizin ne yazık ki son yıllarda AİHS'nin ihlali ve hakkında yapılan şikâyet başvuruları açısından Avrupa ülkeleri arasında sürekli ilk beşe girmekte olması üzüntü vericidir. AİHS, demokratik bir rejimin temeli olarak kabul edilmektedir. Taraf devletler AİHS'deki hak ve özgürlükleri egemenlikleri altındaki kişilere tanımayı kabul ettiklerinden, iç hukuk düzenlerinde Sözleşmeye aykırı hukuk kuralları koymama ve varolan hukuk kurallarını da Sözleşme'ye uygun hale getirme yükümlülüğü altındadırlar. Sözleşmenin kilit maddesi olan ve hukuk devletinin gerçekleşmesi için temel noktalardan biri olarak kabul edilen 6 ncı maddedeki adil yargılanma hakkının, Sözleşme'ye taraf olan Türkiye için de önemi büyüktür. Bu nedenle, Anayasal bir hak haline gelen adil yargılanma hakkının, yasakoyucu kadar, yasa uygulayıcıları ve özellikle hâkimler tarafından, AİHM'nin içtihatları ile belirlenen kapsama uygun bir biçimde yorumlanması gerekmektedir.³²³

Avrupa Komisyonu Adalet ve İçişleri Genel Müdürlüğü ve Genişleme Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen heyetin 2003 tarihli raporunda, yargı sistemimizle ilgili olarak; “Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki BM Temel Prensipleri ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararındaki temel standartlar ölçü olarak alındığında, işlevsel ve kurumsal yargı bağımsızlığının henüz Türk yargı sisteminin bir özelliği olmadığı hususunda uzmanlar görüş birliği içerisindeyler. Rapordaki saptamalar doğrultusunda; Türk adli sisteminin gerçek bir yapısal ve fonksiyonel bağımsızlık özelliğinden yoksun olduğunu düşünüyoruz.”³²⁴ değerlendirmesinin yapılmış olması üzüntü verici olduğu kadar, dikkat çekici niteliğe de sahiptir.

Devletimizin demokratik hukuk devleti özelliğini taşıyan Batı devletleri ile aynı seviyeye ulaşması, en büyük isteğimizdir. Bu, Devletin görevi olduğu kadar Türk vatandaşlarının da hakkıdır. Hakları hak etme bakımından bizim toplumumuzun batı toplumlarından her hangi bir eksikliği bulunmamaktadır.

³²³ İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.397-398.

³²⁴ 28 Eylül–10 Ekim 2003 tarihleri arasındaki İstisari Ziyarete İlişkin Rapor, s.40, 56.

Hukuk devletinin tüm kurumlarıyla varolması, AB'nin şartı olmaktan çok Türk vatandaşını hak ettiği seviyeye ulaştırmanın gereğidir. Bu nedenle, hukuk sistemimizde mevcut olan eksikliklerin, Batı demokrasilerinde yerleşmiş olan standartlar doğrultusunda giderilmesi gerekmektedir. Bunu AB istemeden önce kendimiz için istememiz ve gerçekleştirmemiz, aynı zamanda tarihimizin bize yüklediği bir görev niteliğindedir.

Tüm bu nedenlerle, başta insanımız için hukuk devletinin tüm gereklerinin hayata geçirilmesi, idarenin kanuniliğinin ve tüm kararlarının yargısal denetiminin sağlanması, bu arada denetimi yapacak yargı organlarının adaletine de güvenilmesi tüm yönetenler için bir görevdir. Bunlar sağlandıktan sonra, demokratik hukuk devleti niteliğini kazanmış olacak gelişmiş bir Türkiye'nin, AB'ye tam üyeliği sadece bir sonuç olmaktan öteye gitmeyecektir.

K A Y N A K Ç A

Adalet Bakanlığı İnternet Sitesi

(<http://www.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü İnternet Sitesi

(<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>), 04.01.2006.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnternet Sitesi

(<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>).

AKARSU, Ayhan

1997, Türk İdari Yargısında Yasama Kısıntıları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

AKILLIOĞLU, Tekin

23.11.2005, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, İdare Hukuku İnternet Sitesi, (www.idare.gen.tr/akillioğlu-yonetim.htm).

AKIN, İlhan

1987, *Kamu Hukuku*.

ALACAKAPTAN, Uğur

2001, “Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, s.503.

ALAN, Nuri

2003, Danıştay’ın 135 nci Yıldönümü Konuşması, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 1, S.2.

ALAN, Nuri

2001, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, s.469.

ALPAR, Erol

1990, *Yönetimin Hareket Serbestîsi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*, Ankara, Danıştay Yayınları No:52, s.116.

ALPAR, Erol

2001, “Yönetim Hukuku ve Özellikleri”, AYİM Dergisi, Genelkurmay Basımevi, Ankara, S.14.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

1, 14, 15, 22 ve 31 nci Sayılar.

ARSLAN, Zühtü

01.11.2005, "Anayasa Değişikliği, Hemen Şimdi", Liberal-org İnternet Sitesi, (<http://www.liberal-dt.org.tr/index.php?lang=tr&message=article&art=494>).

ARSLAN, Zühtü

10.11.2005, "Anayasa Değişikliği, Hemen Şimdi", Zaman Gazetesi İnternet Sitesi, (<http://www.zaman.com.tr/?bl=yorumlar&trh=20050929&hn=201771>), 29.09.2005.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergileri

Genelkurmay Basımevi, 14, 15, 16, 18 nci Sayılar.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İnternet Sitesi

(http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/ayim_ana.asp?DILIDNO=1), 15.03.2006.

Avrupa Topluluğu Hukuku Alanında Yargıçların Eğitilmesi

2002, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara.

Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma

2004, Ankara Barosu Yayınları.

AYHAN, Rıza

09.03.2006, "Demokrasi, Hukuk Devleti ve Cumhurbaşkanı", İdeal Hukuk İnternet Sitesi, (http://www.hasansen.av.tr/idealhukuk/makale_detay.asp?id=51).

AZRAK, Ülkü

2001, "İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, s.451.

BALTA, Tahsin Bekir

1970, *İdare Hukukuna Giriş*, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No:117, Ankara, Sevinç Matbaası.

BARAN, Fikret

30.03.2006, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Yapısı ve İşleyişi", AYİM İnternet Sitesi, (http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=64).

Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği İnternet Sitesi

(<http://www.euturkey.org.tr/abportal/content.asp?CID=2800&VisitID={EDC6B533-68A2-4D67-BDE1-6482A3914A70}&Time=4948>), 17.04.2006.

BAŞLAR, Kemal

28.01.2006, "Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası'nın Uyumlaştırılması Sorunu", Journal of Turkish Weekly İnternet Sitesi, (<http://www.turkishweekly.net/turkce/makale.php?id=51>).

Belgenet İnternet Sitesi

(<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>), 28.02.2006.

İ nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi

01–04 Mayıs 1990, *İdari Yargı*, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, Birinci Kitap, Ankara–1991, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları No:53.

BJORNBERG, Kjell, P. RICHMOND

04.01.2006, “Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi”, Birinci İstişari Ziyaret Raporu, 28 Eylül–10 Ekim 2003, Avrupa Birliği Komisyonu - Brüksel, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>).

BJORNBERG, Kjell, P. RICHMOND

05.02.2005, “Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi”, İkinci İstişari Ziyaret Raporu, 11–19 Temmuz 2004, Avrupa Birliği Komisyonu - Brüksel, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>).

BJORNBERG, Kjell, R. CRANSTON

24.02.2006, “Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi”, Üçüncü İstişari Ziyaret Raporu, 13–22 Haziran 2005, AB Komisyonu - Brüksel, Adalet Bakanlığı ABGM İnternet Sitesi, (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>).

Birleşmiş Milletler İnternet Sitesi

(http://www.un.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf), 28.02.2006.

BOZKURT, Enver, M.ÖZCAN, A.KÖKTAŞ

2005, *Avrupa Birliği Temel Mevzuatı*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara.

BOZKURT, Enver, M.ÖZCAN, A.KÖKTAŞ

2004, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara.

BÖK, Selçuk

1998, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Koruma Altına Alınan Başlıca İnsan Hakları”, İnsan Hakları ve Yargı, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca 14–15 Mayıs 1998 Tarihlerinde Antalya’da Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiriler, s.31.

CANKOREL, Bilge

1991, “AET ve İdari Yargı”, İ nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1–4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları, No:53, s.297.

Cumhurbaşkanlığı İnternet Sitesi

(<http://www.cankaya.gov.tr/>), 29.12.2005.

ÇETİNKAYA, Ender

01.11.2005, Danıştay'ın Kuruluşunun 137 nci Yıldönümü ve "Danıştay ve İdari Yargı Günü" Açış Konuşması, Danıştay İnternet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 10 Mayıs 2005.

Danıştay İnternet Sitesi

(<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

DÖNMEZER, Sulhi

1998, "İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye'deki Durumu", İnsan Hakları ve Yargı, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca 14–15 Mayıs 1998 Tarihlerinde Antalya'da Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiriler, s.21.

Fransız Anayasası

1994, Çev. Ahmet Şükrü ÖZEREN, Ankara, Danıştay Yayınları No:58.

GİRİTLİ, İsmet

1985, *İdare Hukuku*, İstanbul, Genelkurmay Başkanlığı Harp Akademileri Komutanlığı Basımevi.

GİRİTLİ, İsmet, P.BİLGİN, T.AKGÜNER

2001, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınevi.

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz, A.Ş.GÖZÜBÜYÜK

1998, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÖREN, Zafer

1999, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2.Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

GÖZLER, Kemal

2000, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, (Türk Anayasa Hukuku).

GÖZLER, Kemal

2000, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, s.169–178, (<http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm>), 09.03.2006, (Türk Anayasa Hukuku).

GÖZLER, Kemal

2001, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, (Devlet Başkanları).

GÖZLER, Kemal

2003, *İdare Hukuku*, Cilt I, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, (İdare Hukuku).

GÖZLER, Kemal

23.11.2005, “Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4, s.35–52, Anayasa Hukuku İnternet Sitesi, (www.anayasa.gen.tr/cbyetki.htm).

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref

1970, *İdari Yargı*, 6.Baskı, Ankara, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No:116, Sevinç Matbaası, (İdari Yargı).

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref

1983, *Yönetmelik Yargı*, 6.Baskı, Ankara, S Yayınları, (Yönetmelik Yargı).

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref

1989, *Yönetim Hukuku*, 3.Baskı, Ankara, S Yayınları, (Yönetim Hukuku–1989).

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref

2004, *Yönetim Hukuku*, 21.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, (Yönetim Hukuku–2004).

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref

2004, *Türkiye’nin Yönetim Yapısı*, 8.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, (Türkiye’nin Yönetim Yapısı).

GÜNDAY, Metin

2004, *İdare Hukuku*, 9.Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, (İdare Hukuku).

GÜNDAY, Metin

1991, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1–4 Mayıs 1990), Ankara, Danıştay Yayınları No:53, s.141.

GÜNDAY, Metin

1997, “Hukuk Devleti ve Yargı”, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi–4, TÜSİAD Yayınları, s.22.

İŞİKAY, Mahir

2001, “Yürütmenin Durdurulması”, AYİM Dergisi, Genelkurmay Basımevi, Ankara, S.15, s.57.

İBRAHİMHAKKIOĞLU, Uğur

2001, “Yargı Bağımsızlığı”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, s.652.

II nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi

10–14 Mayıs 1993, *İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, Ankara, II nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, Ofset Repromat.

İNCEOĞLU, Sibel

2005, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, Beta Yayınları, İkinci Bası.

İZGİ, Ömer, Z.GÖREN

2002, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Cilt II, Ankara, TBMM Basımevi.

KABOĞLU, İbrahim

1997, “Anayasa Yargısı”, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi–4, TÜSİAD Yayınları, s.26.

KABOĞLU, İbrahim

1991, “Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı”, I nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1–4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları, No:53, s.303.

KABOĞLU, İbrahim

2–3 Temmuz 2004, “Türkiye’nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi”, Avrupa Birliği’ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi Semineri, İstanbul, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü.

KARAHANOGULLARI, Özlem E.

10.03.2006, “Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku”, Danıştay internet Sitesi, (<http://www.danistay.gov.tr/>).

KARLUK, S. Rıdvan

1998, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, İstanbul, Beta Yayınları.

KARLUK, S. Rıdvan

2003, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, 7.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

KOCABAY, Hamit

1992, Hukuk Devleti İlkesi ve 1982 Anayasası Açısından Yüksek Askeri Şura Kararlarının Yargı Denetimi Dışında Tutulması, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

KUTLU, Mustafa

05.01.2006, “Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı”, Adalet Bakanlığı İnternet Sitesi, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/1_sayi.htm).

KUZU, Burhan

09.03.2006, "Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti",
<http://64.233.179.104/search?q=cache:WidB9QRP9UUJ:www.academic.al.org/dergi/ MAKALE>).

ONAR, Sıddık S.

1966, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, C.1.

OYTAN, Muammer

1991, "Yargılamanın, Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması", I nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1–4 Mayıs 1990), Ankara, Danıştay Yayınları, No:53, s.149.

ÖRÜCÜ, Esin

"Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi", II nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10–14 Mayıs 1993) Bildiri Özetleri, Ankara, s.254–275.

ÖZAY, İl Han

2001, *Yargısal Korunma*, Alfa Yayınları No:435, Dizi No:112.

ÖZAY, İl Han

1996, *Günlük Yönetim*, İstanbul.

ÖZBUDUN, Ergun

2004, *Türk Anayasa Hukuku*, 8.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

ÖZDEK, Yasemin

2004, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Ankara, TODAİ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayın No:20.

ÖZER, Attila

2003, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi.

ÖZGEN, Eralp

2001, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, s.685.

ÖZGÜLDÜR, Serdar

30.03.2006, "AYİM Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar", AYİM Dergisi, S.19, AYİM İnternet Sitesi,
http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=58).

ÖZOK, Özdemir

2002–2003 Yargı Yılı açılış Konuşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:15, S.2002/3, s.20.

PAULY, Walter

“Birleşen Almanya’da İdari Yargının Yapısı ve Gelişimi”, II nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10–14 Mayıs 1993) Bildiri Özetleri, Ankara, s.60–67.

SEZER, A.Sezer

01.11.2005, Anayasa Mahkemesi’nin 38 nci Kuruluş Yıldönümü Konuşması, Belgenet İnternet Sitesi, (<http://www.belgenet.com/>), 25 Nisan 2000.

STRAUSS, Peter L.

“Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü”, II nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10–14 Mayıs 1993) Bildiri Özetleri, Ankara, s.84–101.

SURLU, Mehmet Handan

1997, “Hukuk Devleti ve Yargı”, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi–4, TÜSİAD Yayınları.

ŞAŞTIM, Figen

10.03.2006, “İdari Yargılama Hukuku ve İdari Davalar Açısından Uygulama”, Hukukçular Deneği İnternet Sitesi, (<http://www.hukukcularder.org/makaleler/avfig1.htm>).

TANİLLİ, Server

1993, *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, 7.Baskı, Cem Yayınevi.

TANİLLİ, Server

2002, *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, 3.Baskı, Adam Yayınları.

TANÖR, Bülent

1985, “Türkiye’de Yeni Anayasal Düzen”, İktisat Dergisi, Sayı 242, S.19–23.

TANÖR, Bülent, N.YÜZBAŞIOĞLU

2004, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 5.Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları–1447.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnternet Sitesi

(<http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>), 15.03.2006.

T.C.Anayasası ve Türk Silahlı Kuvvetleri İle İlgili İdari Kanunlar

1979, Milli Savunma Bakanlığı Yayınları, Harita Genel Müdürlüğü Basımevi, Ankara.

TEZCAN, Durmuş

1998, "Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İrdelenmesi", İnsan Hakları ve Yargı, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca 14–15 Mayıs 1998 Tarihlerinde Antalya'da Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiriler, s.54.

TEZCAN, Durmuş, M.R. ERDEM, O.SANCAKTAR

2004, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara.

TEZCAN, Ercüment

01.12.2005, "Avrupa Birliği Anayasa Taslağı ve Öngördüğü Yenilikler (1)", ABC Hukuk İnternet Sitesi, (<http://www.abchukuk.com/makale14.html>).

TEZİÇ, Erdoğan

1998, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, İstanbul, Beta Yayınevi.

TEZİÇ, Erdoğan

1986, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

TUNÇ, Hasan

1999, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım.

TUNÇ, Hasan, F.BİLİR

2005, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, Kolay Hukuk Serisi:1.

TUNÇ, Hasan, F.BİLİR

2005, *Anayasa Hukuku Uygulamaları*, 3.Baskı, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım.

Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı

9–13 Ocak 2001, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12.

TÜRKYILMAZ, Murat

09.03.2006, "Hukuk Devleti İlkesi ve Güçler Ayrılığı Anayasal Demokrasinin Temel Güvencesini Oluşturur: AB Açısından Değerlendirme", Türk Hukuk Sitesi, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_144.htm).

TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi

Aralık–1997, *Hukuk Devleti ve Yargı*, Tartışma Toplantıları Dizisi–4, TÜSİAD Yayınları.

ÜNAL, Şeref

1994, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, Ankara, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Yayın No:65.

ÜNLÜÇAY, Mehmet

10.03.2006, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, Danıştay İnternet Sitesi, (http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin_yargisal-denetimi_ve_hukukun_ustunlugu.htm).

YARALI, Kamil Uğur

01.12.2005, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, ABC Hukuk İnternet Sitesi, (<http://www.abchukuk.com/makale14.html>).

Yargıtay İnternet Sitesi

(<http://www.yargitay.gov.tr/>), 28.02.2006.

YAVUZ, K.Haluk

2000, *Türkiye’de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Ankara, Seçkin Yayınları.

YAYLA, Yıldızhan

2001, “Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, s.493.

YENİ, R.Onur

01.12.2005, “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, Çağdaş Hukukçular Kulübü İnternet Sitesi, (<http://clubs.bilgi.edu.tr/herkesicinhukuk/makale.htm>).

YILDIRIM, Ramazan

“Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, AYİM Dergisi, S.14.

YILDIRIM, Turan

2002, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, 3.Baskı, Alkım Yayınevi.

YURTCAN, Erdener

1994, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 5.Bası.

YURTCAN, Erdener

1997, “Hukuk Devleti ve Yargı”, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi–4, TÜSİAD Yayınları, s.33.