

# YARGI VE “DEMOKRATİK MEŞRUIYET”

Fahri Mutlu TOSUN\*

*“Demokrasi” ve “Demokratik Devlet” kavramlarının kullanımı konusunda büyük bir eksiklik vardır. Bu kelimeler açıkça tanımlanmadıkça ve anlamları üzerinde uzlaşmadıkça, insanlar bu anlam kargaşası üzerinde yaşamaya devam edeceklerdir ve bu tartışmalar, demagoji yapanların ve despotların işine yarayacaktır.*

Alexis de Tocqueville

## GİRİŞ

*“Demokratik meşruiyet”* yargıda nasıl olmalıdır? Yargının ve yargıcın demokrasideki rolü nedir ve meşruiyetini nereden alır? Yargının fonksiyonu ve yargı bağımsızlığı, tarafsızlığı nedir? Yargı, yargıya bırakılmalı mıdır yoksa diğer erklerin denetimi altında olmalı mıdır? Yargıçların atanması yargı tarafından mı yapılmalı ya da *“Demokratik meşruiyeti”* sağlamak için yargıçlar yasama veya yürütme tarafından mı atanmalıdır? Yargıçların doğrudan halk tarafından seçilmesi *“Demokratik Meşruiyeti”* sağlamak için uygun mudur? Yasama ve yürütmenin hataları yargı denetimi ile giderilebilir, fakat yargı hata yaparsa bu nasıl düzeltilecektir? Yargı bağımsızlığı, yargıçlar iktidarına (*juris-tokrasi*) yol açar mı? Jüri sisteminin olmaması halkın yargı yetkisinin kullanımına katılmaması anlamına mı gelir? sorularının yanıtlanması ülkemizde yargı ile ilgili yapılan tartışmalar için önemlidir.

---

\* Cumhuriyet Savcısı.

## Demokrasi ve “Demokratik Meşruiyet” Kavramı

En temel ifade ile “demokrasi”; ulus egemenliğine dayalı yönetimde, halkın iradesini, düzenli aralıklarla yapılan özgür ve adil seçimler ile yansıtarak, temsilcilerini seçmesi ve bu temsilcilerinde halkın iradesine uygun hareket etmesi; halkın siyasi ve medeni hayata aktif katılımı; insan haklarının herkes için sağlanması ile hukukun üstünlüğünün gözetilmesidir. Ancak çoğunluğun yönetimi değil çoğulculuktur, yönetim çoğunlukça belirlenmesine rağmen, bu yönetim azınlığın hakları ile sınırlıdır ve Gandhi'nin dediği gibi; “*En güçsüzlerin en güçlülerle eşit haklara sahip olduğu sistemdir.*” Demokrasi ve hukuk devleti genellikle bir arada kullanılsa da birbirinden farklıdır. Demokrasi- de, devlet iktidarının kaynağı halktır ve hukuk devleti iktidarın kaynağından bağımsız olarak çoğunluğun iradesi ve tercihlerini peşinen kısıtlar.<sup>1</sup> Hukuk devletinde kişiler değil; hukuk, devletin nasıl yönetileceğini gösterir.

Bu çerçevede, halkın çoğunluğunun iradesi ile yönetime gelen iktidarlar, kendisini destekleyenlerin kabullenmesi ve yönetilenlerden iktidarı desteklemeyenlerin başka seçimlerde yönetimi kazanacakları ve her zaman demokrasi içinde azınlığın haklarının korunacağı düşüncesiyle iktidarı kabullenmeleri yönetimin meşruiyetini sağlar.

Meşru olan nedir sorusuna verilecek cevap kısaca; “*hukukun*”, “*ahlâkın*” ve “*geçerliliği olan bir değer*” üzerine kurulmuş olan kurum veya kural meşrudur<sup>2</sup> olacaktır.

<sup>1</sup> Çoban, Ali Rıza / Canatan Bilal / Küçük Adnan (Editörler), *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres yayınları, 2008, s. 360.

<sup>2</sup> Atay, E. Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHF Dergisi*, Cilt 1 Sayı 2 s. 121 Aralık 1997.

[Türk Dil Kurumu'nun hazırlamış olduğu *Türkçe Sözlük*'te “meşru, -u” (meşru:) ar. meşru: «yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu» şeklinde tanımlanmıştır (c. 2, yeni baskı, Türk dil kurumu yayını, s. 1014). Türk hukuk lügatî'nin bu konuya ilişkin tanımları aşağıdaki gibidir: «meşru (yasalı) (alm. gesetslich, rechtmässig, erlaubt, zulässig. -fr. légitime, licite. -ing. lawful. legitimate, licit, legal. -lât. iustus, legitimus) hukuk nizamına uygun olan bir durumu veya bir hareketi anlatan tâbirdir: meşru çocuk, meşru müdafaa gibi. Kavramın menşei arapçadır. “şera'a” fiil kökü olarak «çıkarmak, vazet-mek, koymak, plân yapmak, tasarlamak»dır. meşru'a kavramı fiil kökünden türetilen nesne kalıbıdır ve «kanunî, resmî, meşru, hukukî, izinli, ruhsatlı» anlamına gelmektedir. “meşruiyet” ise «meşru olma, meşruluk, kanunî»lik demektir (hans wehr: a dictionary of modern written arabic, ed. j. milton cowam, newyork, 1976, s. 476). meşruiyet kavramının batı dillerindeki kaynağı latince'deki «legitimus», «de lex» ve «legis

Demokratik Meşruiyet ise yönetenlerin seçimler aracılığıyla iş başına gelmesi, yönetenlerin eylem ve işlemlerini demokratik ilkelere uygun ve halkın rızasına göre yerine getirmeleri olarak tanımlanabilir.

Siyasal iktidarın meşruluğu ile kanuniliği birbirinden farklıdır. Kanuni bir iktidar dendiğinde, mevcut anayasa kurallarına bağlı olarak oluşan, ortaya çıkan bir iktidar söz konusudur. Buna rağmen başlangıçta meşru olan bir iktidar daha sonradan meşruiyetini kaybedebilir. Dolayısıyla meşruiyet sorunu iktidarın kaynağıyla olduğu kadar, iktidarın kullanılışı ile de ilgilidir.<sup>3</sup> Bütün ülkelerde devlet kurumları meşruluğunu ülkenin kuruluş ilkelerinden alırlar, Türkiye Cumhuriyeti; Atatürk İlke ve İnkılapları bağlı, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olduğundan devletimizin kurumlarının meşruiyeti açısından bu ilkelere uygunluk olmazsa olmaz şarttır.

Bir devlette kuruluş ilkelerine karşı geliniyorsa artık durum meşruiyet sorunundan ziyade rejim sorununa dönüşür.

---

“loi” (kanun)» kelimesi olup; ingilizce karşılığı «legitimacy»dir ve webster’s ninth new collegiate dictionary’a göre: “tanınan ilkelere ya da kabul edilmiş kural ve standartlara uygun olma”yı ifade eder (meriam-webster inc., publishers springfield, massachusetts, u.s.a., 1990, s. 683). Kavramın fransızca karşılığı isim olarak «légitimité»dir ve “meşru olan veya mevcut haliyle meşru olarak nitelendirilen bir durum ve nitelik”tir. bir diğer anlamı ise “doğruluğa, adâlete ve mantığa uygun olmayı ifade eden bir niteliktir”. sıfat olarak «légitime» “meşru” kelimesinin anlamı ise: «1. hukukun veya adâletin üzerine kurulmuş olma; a) hukuken kurulmuş olma, kanun tarafından kabul edilmiş olma veya hukuka uygun olarak tanınmış olma, b) adâlete, hakkaniyete ve doğal hukuka uygun olma ve c) doğrulanmış olma»dır (le nouveau petit robert, texte rémanié et amplifié sous la direction de jossette rey-debove et alain rey, paris, 1993, s. 1269). anayasa hukukunda kullanılan meşruiyet (légitimité) yönetilenlerin emellerine uygun olan bir siyasal iktidarın niteliğini (özellikle kaynağı ve şekli) açıklamaktadır. bu durum da kendiliğinden itaat ve genel kabullenme değerini ifade eder. demokratik meşruiyet: yönetenlerin seçimler aracılığıyla tevcih edilmiş olan meşruiyete dayanmaları anlamına gelir. monarşik veya ilahî meşruiyet: kralın doğrudan doğruya veya vahiy aracılığıyla tevcih edilmiş olan meşruiyete dayanmasını ifade eder (lexique: droit constitutionnel, fascicule i, théorie générale aktaran droit constitutionnel, deug 1ère année, di-vision a, cours de m. le doyen louis fa-voreu, documents à l’usage des travaux dirigés, annéeuniversitaire, 1990-1991, s. 42).] (Atay, E. Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHF Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, s. 121 Aralık 1997).

<sup>3</sup> Atay, E. Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHF Dergisi*, Cilt 1 Sayı 2 s.121 Aralık 1997.

## Yargıç ve Yargı Fonksiyonunun Özelliği, Yasama ve Yürütme Erki ile İlişkiler

Demokratik yollardan seçilmiş hükümetlerle, seçimden sonra demokrasinin gereklerine uyan ve hukuk devleti ilkesini gözeten hükümetler birbirinden çok farklıdır. Demokratik devletlerde, yürütme ve yasama gücünün hukuk devleti ilkesine ve demokratik toplum gereklerine uygun hareket edip etmediği nihai olarak yargıçlar tarafından denetlenir. Bu denetimi yapan bağımsız yargı, gerçekten yasama organının yerine geçerek yasa yapmamakta ama ortaya özgürlük ve demokrasinin güvencesi için hukuk koymaktadır.<sup>4</sup> Adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Yargıçın rolü; kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesi olmak, halka yol gösterici öğretmen olmak ve bir rolü de anayasayı ve demokrasiyi korumaktır.<sup>5</sup> Bu bağlamda, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra Hitler benzeri yönetimlerin engellenmesi için, yasama faaliyetlerinin yargısal denetiminin artırılması, demokrasi ve insan haklarının korunması amacına hizmet etmektedir.

Yargının bağımsız olması görevini gereği gibi yapabilmesi için zorunludur ve bu durum yasama ve yürütme erkinden üstün olduğu anlamına gelmemektedir. Bir başka ifade ile yargı, yasama ve yürütme erkinin amiri olmadığı gibi emri altında bir memuru da değildir.

Kanunları yapan yasama organı ile kanunları uygulayan makamların farklı olması hukuk devletinin gereğidir. Aksi takdirde, kanunların genel olması ilkesi bir yana bırakılarak, kişiye özel uygulamalarla sık sık karşılaşılır. Yasa koyucunun faaliyetlerini kontrol edecek bir güç olmazsa, kişiler özel insanlar için çıkarılmış kanunlar ve bu kanunların çıkarılmasına neden olan çıkar çatışmaları ve haksızlıklara taraf olarak yaşayacaklardır.<sup>6</sup>

Bütün uygar ve demokratik ülkelerde yargı organının, siyasal organlar olarak nitelendireceğimiz yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir. Gene bu ilkeyi gerçekleştirecek bir araç olarak, yargı fonksiyonunu ifa eden yargıçların, diğer kamu görevlilerinden daha teminatlı bir yapıya kavuşturulması

<sup>4</sup> Demirkol Ferman, Bağımsız Yargının Fonksiyonları, Kazancı 1992, İstanbul s. 65.

<sup>5</sup> Barak Aharon, Judge in democracy, princeton university press 2006, s. 20-24.

<sup>6</sup> Çoban, Ali Rıza / Canatan Bilal / Küçük, Adnan, Editörler, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres yayınları, 2008, s. 57.

benimsenmiştir.<sup>7</sup> Bununla birlikte, Anayasa ile özel güvence altına alınan yargıç ve savcılar, yine Anayasa'nın ve evrensel hukukun güvencesi altında olan ve tüm insanlara uygulanan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaları en doğal haklarıdır.<sup>8</sup>

Yargı erkinin özellikle yasama ve yürütmeye karşı mutlak bağımsızlığı, Anayasa'nın "*mahkemelerin bağımsızlığı*" başlıklı 138. maddesi ile "*hakimlik ve savcılık teminatı*" başlıklı 139. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 140. maddesi yargıçlık mesleği açısından düzenleme getirmektedir. Söz konusu madde de yargıçların ve savcılarının özlük işleri hakkında yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bunlara aykırı kanuni düzenlemeler yapması önlenmiştir.

Yargı bağımsızlığı düzenleyen Anayasa'nın 138/1. maddesi şöyledir: "*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*". Özellikle ceza hukuku bakımından çok önemli olan bu kuralla, vicdani kanaat hakimnin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak kullanılabilmesi bağımlı bir ögedir. Buna göre, yargıç kendi anlayışı veya keyfine göre değil, hukuka göre hüküm verecektir. Yargıcın bağımsızlığının karşılığı, hukuka bağımlılıktır. Yargıçlar Anayasa, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler gibi her türlü yazılı pozitif hukuk kurallarıyla bağlı olduğu gibi yazılı olmayan teamül hukuk kurallarıyla da bağlıdır.<sup>9</sup> Kanunları uygulamakla her somut olaya ilişkin özellikleri dikkate alarak uygulama yaparlar, yargıçlar makine değildir.

Yargıçların bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar, yapılabilmesi ihtimali de yargıçların bağımsızlığını zedeler.

Bir yargıcın kararını verirken hür olabilmesi için sadece yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olması yetmez, aynı zamanda bir birey olarak içinde yaşadığı ortama karşı da bağımsız olması gerekir.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1986 s. 332.

<sup>8</sup> Ali Rıza Aydın, *Anayasa Mahkemesi Raportörü Yargıçlar ve Savcılar Birliği Üzerine Bir Değerlendirme* [http://www.yarsav.org.tr/yazar.php?id=67#\(01.07.2008\)](http://www.yarsav.org.tr/yazar.php?id=67#(01.07.2008)).

<sup>9</sup> Ünal, Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, Ankara 1994, TBMM Yayını s. 6.

<sup>10</sup> Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa 2000, s. 438-440.

Yargıç güvencesi, yargıcın iç dünyasını mümkün olduğu kadar dış etkenlerden korumayı da gerektirmektedir. Yargıç bağımsızlığı, aynı zamanda yargının yönetimi ve diğer yargıçlara karşıda bağımsızlığı içerir. Yargıcın, Anayasaya, Yasaya, hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vermesi, bu dokunulmazlığı gerçekleştirmekle olanaklıdır.

Hakim ve savcıların yürütme organının etkisinde kalmaması için, 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 yapmak üzere Anayasa'nın 159. maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bulunmaktadır.

### Yargısal Meşruiyet

*Yargı bağımsızlığı talebinin yükseldiği ilk dönemlerde, adil yargıcın devlet menfaatleri ile adaletin gereklerini birbirine karıştırmayan yargıç olduğu söylenirdi. Adalet, yargıcın hükümdarın suratına haykırması gereken hakikat olarak değerlendiriliyordu. Buna göre yargıç, meşruluğunu, iktidara "devlet aklına" biat etmekten değil adaleti gözetmekten alırdı. Yargıcı devlet memuru statüsüne sokan her türlü düzenleme bu nedenle yargıcın meşruiyetini daha baştan şüpheli hale getirir. Aynı şekilde devletin hizmetkârı zihniyetiyle hareket eden yargıçta kendi meşruiyetini peşinen tartışmalı kılar.<sup>11</sup>*

Demokratik sistemlerde yargı, nihai olarak meşruiyetini tarafsız ve bağımsız olmasından alır ve bu şekildeki bir yargı hukuk devleti çerçevesinde meşru olabilir. Burada önemli olan yargı üyelerinin görevlerini yerine getirirken, adaleti sağlayabilmek için şart olan bağımsız ve tarafsız olabilecek güvencelere sahip olup olmadıklarıdır.

Herkesin bildiği üzere yargıç için adil olmak tek başına yeterli değil aynı zamanda adil görünmesi de zorunludur. Ülkemizde meclis tarafından yüksek mahkemelere ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yargıç atanması "Demokratik meşruiyeti" sağlayacaktır, halkın iradesi yargıda da yer alacaktır şeklinde iddialar vardır. Bu mantığa daha uygun gelen çözüm şu şekilde olabilir. Halkın seçtiği tem-

<sup>11</sup> Sancar, Mithat, *Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim 2000, İstanbul s. 187-188.

silciler tarafından yargıç seçiminin yapılması meşruiyeti sağlayacaksa, milletvekilleri tarafından değil Amerika'da bazı eyaletlerde olduğu gibi ülkemizde de yargıçların doğrudan halk tarafından 4 yıl görev süreli seçilmesi, daha çok "demokratik meşruiyeti" sağlayacaktır denilebilir. Ancak, belediye başkanı gibi seçim kampanyaları düzenleyip, örtülü olarak siyasi partilerce desteklenebilecek, seçim kampanyasında mali olarak yardım yapacaklara ihtiyaç duyacak olan yargıçların seçimi kazandıktan sonra görev yapacakları il ve ilçelerde, ülkemizin yapısı da dikkate alındığında ne kadar kendilerine oy verenlerden bağımsız ve tarafsız olacağı sorusu kaçınılmaz olarak sorulacaktır. Bu durum, kendisini destekleyen ve çoğunluğun istediği şekilde karar verme eğilimine sahip popülist yaklaşımlar içinde olan yargıçlar oluşturacaktır. Gerçekten adil olsalar bile toplumun gözünde adil görünmeyeceklerdir. Bu durum milletvekilleri tarafında yapılan seçimde de geçerli olacak ve Ülkemizde Meclis tarafından yargıç atanmalarında da benzer kaygılar söz konusu olacaktır. Bazı ülkelerde Meclis tarafından veya halk tarafından yargıç seçiminin yapılması ülkenin demokrasi kültürü ve geleneğiyle alakalıdır. Ülkemizde herkes kendi il, ilçe veya köyünde kendi yargıcını seçecek şeklinde bir düzenleme yapılması, görünüşte demokratik meşruiyete uygun olsa da, mevcut sosyo-kültürel yapıda halkımız tarafından da kabul görmeyeceğini tahmin etmek zor değildir. Seçim yönteminin benimsenmesi halinde adalete güven sarsılacak ve sistemin meşruluğu ciddi biçimde tartışmalı hale gelecektir.

Yargıçlar, çoğunluğun iradesine göre hareket etme düşüncesinde olamazlar, bu nedenle verdikleri kararlar bazen çoğunluk tarafından karar tarihinde kabul görmeyebilir. Bu durum yargının meşruluğuna zarar vermeyeceği gibi bilakis hukukun içinde kalarak verilen kararlar sistemin meşruluğunu daha da artıracaktır. Amerika Birleşik Devletleri'nde ırk ayrıcılığının olduğu. tarihlerde verilen meşhur Brown v. Board of education 347 U.S. 483 sayılı 1954 tarihli kararda; siyah öğrencilerin beyazlarla eşit şartlarda eğitim görmesi ve ayrımcılığın kaldırılmasına hükmedilmiş ve bugün "siyah" Amerikalıların bir çok hakkı kullanması ve başarılı olmalarının yolunu açmıştır. Eğer o dönemde çoğunluğun görüşü dikkate alınsaydı özgürlükleri vermek için daha geç kalınmış olacaktı.

Halkın yargılama faaliyetine bazı ülkelerde olduğu gibi jüri olarak katılması da demokratik meşruiyet ve mahkemelerin de millet adına



karar vermeleri için zorunlu unsur değildir. Bu tercih, her ülkenin kendi koşullarına göre değişiklik göstermektedir. Örneğin İngiltere’de jüri sistemi varken, İngiltere’ye bağlı Kuzey İrlanda’da mezhep çatışmaları nedeniyle jüri sistemi kabul edilmemiştir. Halkın doğrudan yargısal faaliyete katıldığı jüri sisteminin ülkemizde hiç tartışılmamasının sebebi, ülkemizdeki demokratik kültür, gelenekler ve toplumun sosyo-kültürel yapısıdır. Kanaatimce ülkemiz için jüri sisteminin gerekli olmadığını düşünmekteyim. Hukuk devleti ilkesine uygun görevini yapan bağımsız ve tarafsız yargıç, ülkede ulus tarafından kabul görmüş hukuku uygulayarak zaten ulus adına karar vermektedir. Bu durum her zaman halkın çoğunluğunun isteğine göre karar vermek değildir. Yargıçlar topluma hukuk arasında köprü ilişkisi kurarlar, hesap verebilirlikleri kamuoyu görüşü veya siyasilere beklentileri değil, demokrasinin evrensel ilkeleridir.

Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemenin üyelerinin atanma biçimi, görev süreleri, dışarıdan baskılara karşı garantilerin varlığı ve kurumun bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı meselesini göz önünde bulundurmaktadır.<sup>12</sup>

Tarafsızlık hususunda, AİHM Piersak Belçika’ya karşı davasında şöyle demiştir:

*“Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmak anlamına gelse de, bunun Sözleşmenin 6.Madde (1) kapsamında varlığı ya da yokluğu, çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirlemek üzere nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir.”*

Öznel tarafsızlığa karar vermek için AİHM fiili peşin hüküm kanıtı arar. Aksine ilişkin kanıt bulunana dek, usulünce atanmış bir yargıç kişisel olarak tarafsız kabul edilir.

Nesnellik sınamasına gelince, AİHM, Fey Avusturya’ya karşı davasında şunları belirtmiştir: *“Nesnellik sınamasında, yargıcın kişisel tutumundan ayrı olarak, tarafsızlığına ilişkin şüphe doğurabilecek soruşturula-*

<sup>12</sup> Mole, Nuala, Harby Catharina, *Adil Yargılanma Hakkı*, Council of Europe 2001, Strasbourg s. 27.



*bilir gerçekler olup olmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda görünüm bile belli bir önem taşıyabilir. Burada yitirilebilecek olan, demokratik bir toplumda ve her şeyden öte, ceza davalarında, sanıkta mahkemelerin yaratması gereken güvenilirlik hissidir. Bu da belirli bir davada belirli bir yargıcın tarafsız olmayacağından korkmak için meşru bir neden varsa, bu sanık bakımından önemli olsa da belirleyici değildir. Belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının saptanıp saptanamayacağıdır.”<sup>13</sup>*

Yargının, yargıya bırakılmayacağını belirtenler, halk oyuyla seçilen yasama organının işlemleri ve yürütme işlemlerinin denetime tabi olduğunu ve hata yaptıkları iddiası halinde yargı tarafından denetlendiğini, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince her erkin eşit olduğunu, yargısında denetlenmesi gerektiğini aksi halde bu durumun yargıçlar iktidarına (*juristokrasi*) yol açabileceğini ileri sürmektedirler. Yasama ve Yürütme organının işlemlerine karşı yargı tarafından hukuk çerçevesinde karar verilmesi gayet doğaldır. Eğer mahkemelerce verilen her karar yürütme organınca alkışlanıyorsa, asıl burada yargıçlar görevlerini hukuka göre değil de, siyasi iradeye göre yapıyorlar diye kuşku oluşabilir. Siyasi iktidar tarafından yargının yürütme aleyhine karar verdiği durumlarda, seçimle iktidara gelen otoritenin faaliyetlerinin yargı kanalıyla engellendiği iddiasıyla, yargının denetiminde söz sahibi olma istekleri söz konusu olabilmektedir.

Yargının denetimini kim yapacaktır. Mahkemelerce kural olarak açık yapılan duruşmalarda verilen kararlar taraflarca değerlendirilerek, gerektiğinde itiraz ve temyiz yoluyla diğer veya üst mahkemeye gönderilmekte, bu şekilde farklı mahkemelerce kararın incelenmesi sağlanmaktadır. Savcılar, avukatlar ve taraflar bu yola her zaman başvurabilmekte ve devlet siteminde en çok şeffaflık ve denetim yargıda olmaktadır. Ancak bu durum bağımsız ve tarafsız karar vermek için yeterli değildir, yargının yapılanmasının buna uygun olması gerekmektedir. Yargıyı denetleyen müfettişlerin siyasi otoriteye bağlı olması eleştirilmektedir. Yargı; sınırsız yetki kullanmaması ve çoğulculuğun, hukukun üstünlüğünün gerçekleşmesi için denetimini yaptığı yasama ve yürütmece denetlenir ise denetleyen makam yargı görevini gasp etmiş olur. Eğer yargıyı denetlemek için 4. kuvvet oluşturulacak ise buda yine yargı gibi çalışmalı, bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Bu halde aynı özelliğe sahip iki farklı kuvvet olacaksa aslında bu yine

<sup>13</sup> A. g. e., s. 28-29.

yargı adı altında tek bir erk anlamına gelmektedir. Onun içindir ki, yargı kendi yönetimini ve denetimini kendisi yapmalıdır. Yargı kendi içinde de karar verirken bağımsızdır ve bunu sağlayacak güvenceler olmalıdır. Mahkemeler, üst mahkemelerin itiraz ve temyiz merci sıfatıyla verdiği kararlar dışında, kendileri dışındaki mahkemelerin kararlarıyla kural olarak bağlı değildir. Bu nedenle üst mahkemelerin alt mahkemelere davaların görülmesiyle ilgili olarak genel nitelikte emir ve talimat vermeleri mümkün değildir.<sup>14</sup> Evrensel düzenlemelerde bu yöndedir. Uluslararası metinlerde belirtildiği gibi yasama ve yürütme organı hâkimlerin bağımsızlığını sağlamalı ve hâkimlerin bağımsızlığını tehlikeye sokan hiçbir adım atılmamalıdır. Demokratik ülkelerde, hukuk devleti ilkesini güçlü kılmak amacıyla hâkimlerin bağımsızlığı, konumu ve yetkileri güçlü kılınmalıdır. Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren organın hükümet ve idareden bağımsız olması öngörülmüş, maddi ve sosyal güvenceleri ile özlük haklarının, yürütme organının inisiyatifine bırakılamayacağı düzenlenmiştir.

Uluslararası metinlerde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi yargı kurumlarının *önemli bir oranda üye çoğunluğunun yargıçlardan oluşması, ancak uzun bir tarihi demokratik geleneği ve kültürü olan ülkelerde Meclisin bu kurumlara çok sıkı şartlar altında üye atayabileceği* benimsenmiştir. Bu husus ülkemizde yapılan tartışmalarda göz ardı edilmiş ve gerek ülkemizdeki demokratik kültür gerekse toplumun algılayışı dikkate alındığında, siyasi organlarca yapılacak atamalar yargının tarafsızlık ve bağımsızlığını zedeleyecek ve toplumsal meşruluğunu zayıflatacaktır. Her ülkenin demokrasi seviyesi ve anlayışı diğerlerinden farklıdır, örneği Almanya’da demokratik katılım için yargıçların siyasi partilere üye olması<sup>15</sup> ve bu durumun görevlerini yapmalarına engel teşkil etmemesine rağmen, ülkemizde 2005 yılında yapılan değişiklikle yargıçların milletvekili seçimi için aday olmaları halinde bile mesleğe geri dönüşlerinin tarafsızlıklarından şüpheye düşüleceği düşüncesiyle yasaklanması bu duruma verilecek bir örnektir. Söz konusu Kanunun gerekçesi “*Hâkimlerin yaptıkları görev dikkate alındığında, bunların tarafsız olması mutlak bir zorunluluktur. Seçimlere katılmak kişinin siyasî tercihini ortaya koymasını gerektirir. Seçimlere katılmış yüksek mahkeme üyesi, hâkim, savcı veya bu meslekten sayılanların, daha*

<sup>14</sup> Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza, Konya s. 305.

<sup>15</sup> The German Judiciary Act 39. Madde.

sonra söz konusu görevlere geri dönmeleri durumunda, tarafsızlıkları konusunda ciddî şüpheler ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, maddeyle, yüksek mahkeme üyesi, hâkim, savcı veya bu meslekten sayılanların, seçime katılmaları durumunda, artık eski görevlerine geri dönmeleri amacıyla 298 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesindeki ibare değiştirilmiştir.”<sup>16</sup> şeklindedir. Milletvekili adayı olduğunda mesleğe dönemeyecek yargıçların, bizzat milletvekilleri tarafından yüksek mahkemelere veya HSYK’ya atanması 2005 yılı gibi yakın bir zamanda kabul edilmiş kanunla düşünce açısından tezat oluşturmaktadır.

HSYK’ya, Meclis tarafından üye seçilmesinin demokratik meşruiyeti sağlayacağına dayanak olarak Venedik Komisyonu’nun 2007 tarihli raporu gösterilmektedir. Bilindiği üzere Venedik Komisyonu 1990 yıllarda Doğu Blokundan ayrılan ülkelere anayasa hazırlamak için Avrupa Konseyi’ne danışma kurumu olarak kurulmuş bir örgüttür. Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu tarafından, 2000 yılında Avrupa Konseyi’ne üye devletlerde yargıyı güçlendirmek için Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi Kurulmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu, Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nden yargı kurullarının nasıl olması gerektiği yönünde bir görüş hazırlamasını ve Venedik Komisyonu’yla istişare etmesini istemiştir. Söz konusu Konseyce hazırlanan HSYK benzeri yargı kurullarının nasıl olması gerektiği yönündeki görüşe ilişkin taslak, katkı vermesi için Venedik Komisyonu’na danışılmış, 19-20 Ekim 2007 tarihinde Venedik Komisyonu’nda rapor kabul edilmiştir.<sup>17</sup> Bu raporun 10. maddesinde Yargı Kurullarına üye seçimine parlamentonun katılımının demokratik meşruiyeti sağlayacağı belirtilmiştir. Ancak aynı raporun 19. maddesinde Yargı Kurullarının oluşumu konusunda Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi ile Venedik Komisyonu arasında uzlaşma olmadığı belirtilmektedir. Anlaşma olmayan hususlar; Yargı kurullarının yargıç ve yargıç olmayanlardan oluşan karma yapıda olması karşısında sadece yargıçlardan oluşan bir yapıda olması, yargı kurulu üyelerinin atanma şekli, başkanın yargıdan veya yargı dışından olması, disiplin cezalarına temyiz yolu olmasına karşılık sadece itiraz yolunun öngörülmesi olarak belirtilmiştir. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi Venedik Komisyonu’nun görüşünü aldıktan yaklaşık bir ay sonra 21-23 Kasım 2007 tarihlerin-

<sup>16</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss951m.htm> (30.08.2009).

<sup>17</sup> [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-PV\(2007\)003-bil.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-PV(2007)003-bil.asp) (30.08.2009).

de yapılan 8. oturumda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne, yargı kurullarının nasıl olması gerektiğine ilişkin görüşünü iletmiştir. Buna göre, 16. paragrafta Yargı kurullarının yalnızca yargıçlardan veya yargıç kökenli olmayanlarında katılımıyla oluşabileceği belirtilmiş, ancak bu durum zorunluluk olarak görülmemiştir; 17. maddede, Kurul sadece yargıçlardan oluşuyor ise kurul üye seçiminin yargıçlarca yapılması gerektiği ifade edilmiş; 18. maddede, kurul yargıç ve yargıç olmayanlardan oluşuyor ise önemli bir oranının yargıç olması gerektiği belirtilmiş;<sup>18</sup> 19. maddede, parlamento çoğunluğu ve yürütme baskısına karşı güvence olması beyan edilmiş; 20. maddede, kurulda yargıç dışı üye varsa bazı kararların sadece yargıçlardan oluşan kurulca alınması istenilmiştir. 32. maddede, eğer bir ülkede yargıç olmayan üye parlamento tarafından atanıyor ise meclis dışından bir üyenin, muhalefetten önemli oranda destek gerektirecek nitelikli çoğunlukla seçilmesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>19</sup> Görüldüğü üzere Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunduğu görüş Venedik Komisyonu'ndan farklıdır. Bu nedenle Venedik Komisyonu'nun kendisine istişare için sunulan görüşe ilişkin aldığı kararların yargı kurullarına ilişkin kısmı önemli ölçüde kabul edilmiştir. Zaten Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu görüşlere ilişkin bir Tavsiye Kararı'da almamıştır.

## SONUÇ

Devlete olan güvenin temel kaynağını yargı oluşturur. Yargıya karşı güvensizlik duyulması, aynı zamanda devlete olan güven duygusunu da zayıflatacaktır. Demokratik hukuk devletinin gerektirdiği yargı sisteminin oluşturulması, hızlı ve etkili bir adalet işleyişinin gerçekleştirilmesi, devlet ve toplum arasındaki bağları da güçlendirecektir.

Adaletin gerçekleşmesi ereğinde tarafsız karar süreci için asıl olan, yargı mensuplarının çok güçlü hukuki formasyon almış olmaları, yani iyi yetiştirilmelidir.<sup>20</sup>

Ülkemizde bağımsız yargı ve hukuk devletinin istenilen seviye-

<sup>18</sup> Görüşmelerde %75 oranında yargıç üye olması istenilmiştir.

<sup>19</sup> [www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (30.08.2009).

<sup>20</sup> Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal 2005 İstanbul s. 118.

ye ulaşamamasının sebebi, Cumhuriyet öncesi devlet geleneğinde esas olan iktidarın tekliği. Tanrıdan gelen, ortak kabul etmez bir iktidarı simgelemektedir. Siyasi iktidarı sınırlama geleneği yeterince gelişmediği için, bu görüşlerin halen savunulması nedeniyle, ülkemizde hukuk devleti ve bağımsız yargı gereği gibi kök salamıyor, bireysel özgürlükler yeterince savunulamıyor yada verilenler bir süre sonra geri alınıyor.<sup>21</sup> Ülkemizde yargı kararını eleştirenler, “Egemenlik Kayıtsız Şartsız Milletindir” özdeyişini belirterek, verilen kararların millet iradesi ile seçilen Meclis’in iradesini geçersiz kıldığı belirtilmektedir. Oysaki Millet adına karar veren bağımsız yargının görevi çoğunluğun istediğini yapar mantığının tarafı olamayacağı gibi çoğulculuğu esas alarak hukuk devleti sınırları içinde görevini yerine getirmektedir. Bu gerçekliğin anlaşılması halinde millete ait olan egemenliğin kuvvetler ayrılığı gereği yasama, yürütme ve yargı tarafından kullanıldığı bilinciyle yargıya yönelik eleştiriler bırakılacaktır. Bütün mahkemelerimizde bulunan “Adalet Devletin Temelidir.” özdeyişi, adaletin ve bunu sağlayan yargının önemini anlatmaktadır.

Yargının işleyişinde sıkıntı varsa, tek yol daha fazla bağımsızlık ve daha fazla tarafsızlığı sağlayacak düzenlemelerin yapılmasıdır.

---

<sup>21</sup> Aliefendioğlu Yılmaz, TC Anayasalarında Devlet Anlayışı, *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE yayınları, C. 2, S. 2, Haziran 1993, s. 16.