

PAPER DETAILS

TITLE: NEOLIBERAL POLİTİKALAR VE TÜRK YARGISINDA DÖNÜSÜM

AUTHORS: Halil GÜNAR

PAGES: 104-136

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2965170>

NEOLİBERAL POLİTİKALAR VE TÜRK YARGISINDA DÖNÜŞÜM

Halil GÜNER*

1980 sonrasında Dünya’da refah devleti politikalarına son verilmiş, neoliberal ekonomi politikaları benimsenmiştir. Türkiye’de de yaşanan bu dönüşüm ekonomi politikalarıyla sınırlı kalmamış, toplumsal ve ekonomik tüm alanlara olduğu gibi yargıya da yansımıştır. Küreselleşme kampanyası çerçevesinde özelleştirme ve devletin küçültülmesi talepleri, “ayak bağı” olduğu düşüncesiyle yargının görev alanlarının ve denetim yetkisinin daraltılmasına yönelik düzenlemeleri gündeme getirmiş ve yargı sisteminin piyasalaşmasıyla sonuçlanmıştır. Türk yargı sistemi, bu doğrultuda kurumsal, işlevsel ve nihayetinde niteliksel bir dönüşüm süreci içerisinde. Bu yazıda yargıdaki söz konusu dönüşüm süreci ve nedenleri ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Küreselleşme, neoliberalizm, yargı, adalet.

GİRİŞ

Devletin dönüşümünü üç dönemde değerlendirebiliriz. Meta-sermayenin uluslararasılaştığı, sömürge devletlerine kredi verilerek para-sermayenin uluslararasılaştığı ilk dönemden sonra 20. Yüzyıl-da ulusötesi şirketlerin üretimlerinin bir bölümünü geç kapitalistleşen ülkelere kaydırmasıyla yerli ticari sermayenin üretken sermayeye dönüştüğü, ithal ikameci sanayileşmenin olduğu ikinci dönem ve uluslararası sermayenin yer arayışlarıyla yerel sermayenin döviz sermaye arayışlarının çakışmasıyla geç kapitalistleşen yerel sermayenin uluslararası sermayeye eklemlendiği dönemdir. Üçüncü dönemin asıl görünümü ve etkisi 1980 sonrasında gerçekleşmiştir. 1980 sonrasında, ulus devletler belirledikleri parasal ölçüye göre üretim ve ticaret yapısını uluslararası istek ve çerçeveye dönüştürmesi gerekmiş; Batı’nın küreselleşme kampanyasıyla neoliberal politikaların yayılması sürecinde ulus devletler üzerinde baskı uygulayarak yönetim sistemlerini yeniden düzenlemeye koyan uluslararası sermaye ve kuruluşlar, bu düzenlemeye engel olan veya olması düşünülen yargının da dönüştürülmesini istemişlerdir.

1980 sonrasında Dünya’da refah devleti politikalarına son verilip neoliberal iktisat politikaları benimsenmiştir. Söz konusu dönüşüm süreci, Türkiye’ye gerek Avrupa Birliği (AB) gerekse Dünya Bankası (DB) ve Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi uluslararası

* Dr. Yargıç

kuruluşlar tarafından getirilmiştir. Türkiye’den yapılması istenen ekonomik düzenlemeler yanında yargıda da reform önerilerinde bulunulmuştur.

Reform önerileri, Türkiye içinden de ulusal sivil toplum kuruluşlarından ve en büyük sermaye kuruluşlarından olan TÜSİAD’ın öncülüğünde, 1990’lardan itibaren çeşitli raporlarla¹ ortaya konulmuştur. Bunun yanında gerek Anadolu’daki sermaye çevreleri gerekse liberal entelektüel çevre tarafından da 1980 sonrasında yaşanan ekonomik dönüşümün yargıya da yansıtılması gerektiği belirtilmiştir. Bu istekler hükümetlerin de talebiyle birleştiği için yargıya yönelik çalışmalar ekonomik kriz dönemleri de fırsat bilinerek adım adım gerçekleşmiş, küreselleşmenin dışında kalmama iddiasıyla hayata geçirilmiştir.

Genel ekonomik dönüşüm gereği özelleştirme ve devletin küçültülmesi talepleri, “ayak bağı” olduğu savlanan yargının *kurumsal, işlevsel ve niteliksel* dönüşümünü işaret etmiştir. Öncelikle, kurumsal olarak tahkim yöntemi, arabuluculuk, uzlaşma ve bağımsız kuruluşlar gibi araçların benimsenmesiyle yargının görev alanı daraltılmış, idare ya da piyasa yargı organının yerine yargısal karar verici konuma gelmiştir. Öte yandan, adalette reform kapsamında, Anayasa başta olmak üzere yargıyla ilgili yasalarda yapılan önemli değişikliklerle adli yargıda olduğu gibi idari yargı ve anayasa yargısında önemli değişim ve dönüşümler yaşanmıştır. Temel yasalardaki dönüşüm, piyasa önceliğinde *işlevsel* bir dönüşüme yol açmıştır. Bu doğrultuda ekonomik kararlardan zarar görecektir toplumsal muhalefet suç kapsamına alınmış; sosyal devlet ve kamu yararı ilkeleri ortadan kaldırılarak yargı eliyle şirket egemenliği çağı² başlamıştır. Suç tanımları değişmiş, suçu önleme anlayışı egemen kılınarak sermaye aleyhine davranış ve eylemler suç olarak tanımlanmıştır. Hatta bu suçlar terör kapsamına alınıp nitelikli ve özel yargılama gerektirir

¹ Yargı ile ilgili olanlar *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, 1997;2.c 1999; 3.c. 2001; 4.c. 2002; *Yargılama Düzeninde Kalite*, 1998; *AIHS ve Adil Yargılama İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, 2003; TÜSİAD 1996-2003 arasında yargı, yönetim, demokratikleşme, seçim sistemi gibi konularda 22 rapor yayımlamıştır. www.tusiad.org/bilgi-merkezi/raporlar/ adresinde pdf biçimleri okunabilir.

² Özdek, eserinde ekonomik dönüşümün ceza politikalarındaki yansımaları örneklerle işlemiştir. Yasemin Özdek, “Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarında Dönüşümler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2000, C.33, S.4, s. 21-48.

suç haline sokulmuş; bu eylemler hakkında da yargılama yapmak üzere özel mahkemeler kurulmuştur. Tüm dönüşümlerin sonucu ise yargının *niteliksel dönüşümü* olmuştur. Bilişim sistemi olan Ulusal Yargı Ağı Projesi, bir kısım hizmetlerin şirketlere devri ve cezaevlerindeki iş yurtlarının oluşturulmasıyla yargı *piyasalaşmıştır*. Piyasa o kadar önemli hale gelmiştir ki, özelleştirme politikalarına zarar vereceği düşünülen özelleştirme uygulamaları aleyhindeki yargı kararlarına uymama konusunda, hükümete yetki verilmiştir.

Yasal değişiklikler çeşitli propaganda araçlarıyla sorunsuzca hayata geçirilmiştir: Yargı ekonomik krizlerin nedenidir, yasal değişiklikler AB adaylığı için zorunludur ve Türkiye küresel dünyanın dışında kalmamalıdır. Yapılan değişikliklerle yürütmenin karar alması önündeki yargı engeli azaltılmış, hükümetler ve sermaye sorunsuzca piyasa sistemini yaşamın her alanına yaymışlardır. Artık yargı, yürütmeye sorun oluşturan değil, piyasayı koruyan ve piyasanın sınırlanmasını önleyici bir işlev kazanmıştır. Ne var ki, iddia edildiği gibi yargıda dönüşüm özgürlükleri genişletmemiş, aksine suç ve cezaların yanında cezaevlerinin hem sayısında (2007 – 2012 arasında 42142 kişi kapasiteli 53 cezaevi yapılmıştır) hem de burada tutulan kişi sayısında artış (121804 tutuklu ve hükümlü bulunmaktadır³) olmuştur.

Bu yazıda ekonomideki dönüşümün Türkiye’de yargı sistemine nasıl yansdığı araştırılmaktadır. Başlangıçta ekonomideki dönüşüm özetlenecek, ardından adalet reformu süreci takip edilecektir.

EKONOMİDE DÖNÜŞÜM

1929 Büyük Bunalımdan sonra Keynes’in ortaya koyduğu çözümlerle başlayıp İkinci Dünya Savaşı sonrasında uygulamaya giren Refah Devleti anlayışı öncelikle savaş sonrasındaki tahribata karşı olan tepkileri azaltmanın ve sonrasında 1960’larda başlayan sosyalist uyanışı bastırmak için ürettiği geçici çözümler, ile kapitalist mevzileri güçlendirmenin aracı oldu. Yine bu dönemde sosyalist sol ideoloji, sınıfsal ve emeğe dayalı kökeninden koparak liberalizme ve piyasaya yaklaşım sosyal demokrasi düşüncesini yükseltmiştir. 1970’lerin sonlarındaki petrol krizini de fırsat bilen kapitalizm, 1980’lerde⁴ neoliberal ekonomi ve siyaset teorisiyle, sosyal demok-

³ Adalet Bakanlığı 2012 sonu verileri (www.cte.adalet.gov.tr, erişim: 05.01.2013).

⁴ Şebnem Oğuz’un kapitalizmin 1980 öncesinin 1980 sonrasıyla kesinti oluşturmadığı, devletin dönüşümünün 2. Dünya Savaşı sonrasında başladığını, 1980 sonrasında tek farkının piyasa merkezli olmasından kaynaklandığı anlamlı bir tespittir.

rasi düşüncesini de tasfiyeye girişmiştir. Küreselleşme, liberalizasyon, piyasalara özgürlük, demokratikleşme, uluslararası piyasaya eklenme kampanyalarıyla kapitalist üretim ilişkileri hızla yayılmaya başlamıştır. Bu dönemde, ideolojik temsilcisi yeni sağ iktidarlara gücünü artırmış olan kapitalizmin söylemleri karşısında ulusal ekonomiler zayıf kalmıştır. Özellikle Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Sovyetler Birliği'nin dağılması üzerine zafer ilan eden kapitalizm, DB, IMF, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), AB gibi uluslararası örgütler aracılığıyla, borçlandırma yöntemleriyle ulus devletleri biçimlendirmeye, pazarlarını ve üretim olanaklarını ele geçirmeye başlamıştır. Tasfiyecilik yerini *yeniden inşaya*, dışlayıcı saldırganlık yerini *içerici düzenlemelere* bırakmıştır.⁵ Biçimlendirmede ana araçlar, serbest piyasa, özelleştirme ve devletin küçültülmesidir. Ulus devletleri zayıflatmanın aracı olarak, kamu tesis ve kaynaklarının uluslararası piyasa aktörlerince denetimini sağlayacak özelleştirme, “demokrasinin gereği ve nihai tek çözüm olduğu” inancı ile benimsenmiştir.

Oysa özelleştirme, Üşür'ün ifade ettiği gibi: “1- Sadece ulusal değil, iç sosyolojik ve iktisadi güçler temelinde uluslararası bir sorundur, 2- Yalnızca kendi içinde ve kendi için bir sorun değil, kapitalist küreselleşme yani emperyalizm sorununun bir ögesidir, 3- Basitçe bir teknik sorun değil, ideolojik sorundur, 4- Basit bir ekonomik seçim değil, esas olarak toplumsal bir seçimdir”⁶ ve bu nedenlerle de özelleştirme, *toplumun yeniden kurulmasıdır*.

Bu dönemin yönetim biçimi olarak da *yönetişim (governance)* kavramında anlamını bulan sistem gündeme sokulmuştur. Yönetişim kavramı, DB tarafından ilk defa 1989 yılında kullanılmıştır. Kavramın yaygınlaşmasında, 1990'lar boyunca, DB, IMF Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) gibi uluslararası kuruluşların etkisi büyük olmuştur.

Siyasal iktidar sorununu siyasal egemenliğin ulus-devlet ölçeğinden bağımsızlaştırmak gibi bir üstünlüğe sahip olan ve anlamlarından biri *hükümet olmadan yönetme* olan yönetim, örgütler, ku-

Şebnem Oğuz, “Türkiye’de Otoriter Devletçiliğin Gelişimi” *Tarih, Sınıflar ve Kent*, B. Şen & A. Ekber Doğan (ed.), Dipnot, Ankara, 2010

⁵ Sonay Bayramoğlu, Yönetişim ve Demokrasi İlişkisinde Siyasal İktidar Sorunu, *AÜ Sosyal Bilimler Ens. Doktora tezi*, Ankara, 2004, s. 6.

⁶ İşaya Üşür, “Kapitalizmin Evrimi ve Özelleştirme”, *20. Yılında Özelleştirme Gerçeği Sempozyumu*, 26-27 Mayıs, Ankara, 2005.

rumlar ya da aktörler arasında karşılıklı bağımlılık esasına dayanan bir eşgüdümleme biçimi olarak karşımıza çıkar. İlişki ağı (*network*) biçimindeki eşgüdüm, yönetişimin içerdiği bir başka anlamla ilişkilidir: eşitlerarasılık. Yönetişim, devlet ve toplum arasındaki ilişkiyi eşitlerarası ve karşılıklı bağımlı bir ilişki olarak görmektedir. Yaklaşımında “devlet” negatif bir anlama sahip değildir. Yönetişim modeli, yöneten ve yönetilen karşıtlığı biçimindeki bir devlet-toplum karşıtlığını reddeder. Bunun yerine, eşit statüde, karşılıklı bağımlılık içeren bir “birlikte yönetim”den söz eder. Devlet aygıtının yönetilmesi, sadece hükümetle sınırlı bir konu olarak görülmez; yönetişim yaklaşımı, hükümetin yanı sıra hükümet dışı aktörlerin de eşit statüde katılımına imkan vermektedir. “Devlet kürek çekmez dümen tutar”⁷ özdeyişiyle öneriler sunan anlayış, siyaset (*politics*) ile siyaset (*policy*) çok kesin bir biçimde birbirinden kopardığı için; devlet aygıtının işleyiş biçimi, karar alma mekanizmaları, kamu politikasıyla ilgili her şey, bir tür mühendislik işi olarak gösterilmektedir.⁸

Ulus devlet, yerini *yönetişimci, çok aktörlü, ağısı⁹ örgütlenmelerle bırakmakta*, ulusal piyasalar küresel düzeyde bütünleşirken, sermayeye ayak bağı olan ulus devletinin adli tekeli de çözülerek piyasa uygun hale getirilmektedir. İstenen reformlarda, adaletin temelinde bulunan bağımsızlık, tarafsızlık, şeffaflık, katılım, etkililik kavramları piyasa odaklı yeni bir içerikle sunulmaktadır. Ukrayna’dan Bolivya ya da Çin’e dünyanın çok farklı coğrafyalarında ve çok farklı kültürlerle aynı yönetişimci reçete yazılmaktadır.¹⁰ Bu sistemin gereği olarak adalet örgütü de teknik bir iş olarak tanımlanmaya başlanmış, buna göre düzenlemeler ve reformlar talep edilmiştir.

Yerel sermaye örgütleri, uluslararası sermayeyle işbirliği içinde devlet aygıtını yeniden düzenleme projelerine katılmışlar, bu kapsamda yargı ve adliye örgütü hakkında raporlar hazırlatmışlar; isteklerini ve yapılması gerekenleri çağın gereği ve sorunun tek çözümü gibi göstererek gerçekleşmesi için uğraşmışlardır. TÜSİAD, MÜSİAD, TOBB¹¹ gibi örgütler bu kapsamda yayımlar yapmış, çeşitli

⁷ Bayramoğlu, age, s. 9.

⁸ Bayramoğlu, age, s.10.

⁹ Yılmaz Üstüner, “Siyasa Oluşturma Sürecinde Ağ Yönetişimi Kuramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2003, C.36, S.3, s. 50.

¹⁰ Esra Ergüzeloglu Kilim, Türkiye’de Adalet Yönetimi, *AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora tezi*, Ankara, 2009, s.24.

¹¹ TOBB anayasa platformu oluşturmuş, www.tobb.org.tr adresinde anayasa öneri-

etkinlikler düzenlemişlerdir. TÜSİAD 1995 yılından itibaren siyasal sistem ve yargı örgütü üzerine raporlar, yayımlar hazırlamıştır. MÜSİAD ve TOBB da daha sonra yargı sistemi hakkında çalışmalar ve genel siyasal sistem hakkında Anayasa taslakları hazırlamış ve toplantılar yapmışlardır. Bu örgütlerin dile getirdikleri çözüm önerileri piyasa odaklı olmuştur. Öte yandan devletin yeniden düzenlenmesinde yurttaş karşı kullanılan bir araç da AB üyeliği idealidir. Birçok çalışma ve düzenleme AB için zorunlu fıkriyle gerçekleştirilmiştir. Böylece adalette reform çalışmaları başlamıştır.

ADALETTE REFORM ÖNERİLERİ

1980 sonrasında adalet örgütü için dile getirilen “hantal, yavaş işliyor, çağa ayak uyduramıyor, eski kafalı, ulusalcı” gibi eleştirilere, yargının yasama ve yürütmeyi engelleyen başlı başına bir iktidar haline geldiği ve “yargıçlar devleti” (*juristokrasi*)¹² olduğu iddiaları da eklenmiştir. Aslında bu iddialar Türkiye’nin “büyük dönüşüm” olarak iddia edilen ekonomik dönüşüm yaşadığı Özal döneminde ifade edilmeye başlanmış, 2007 sonrasında gündemin temel maddelerinden biri olmuştur. Özellikle idari yargının özelleştirme ile ilgili iptal kararları verdiği veya Anayasa Mahkemesinin ekonomik politikalar gereği piyasayı öne çıkaran ve kamu kaynaklarını piyasalaştıran yasaları iptal ettiği zamanlarda eleştiri yargıya hakaret ve saldırı niteliğine varmıştır. Yargının ekonomik düzenleme hakkındaki kararları hedef alınırken yapılan eleştiriler, insan haklarına aykırı kararlar ve uygulamalarda, gerek sermaye sahiplerinden gerekse de idare organı yöneticilerinden aynı derecede dile getirilmemişlerdir. Bu, *ekonomi - yargı* ilişkisinin *insan - yargı* ilişkisinden önemli olduğunu göstermektedir.

Yargı örgütünün yıllardır çözülmemesi nedeniyle karmaşıklaşan sorunlarına, piyasa savunucularının eleştirileri de eklenince neoliberal reçeteler tartışılmaksızın benimsenmiştir. Bu kapsamda uluslararası örgütlerin yargı reformu program ve direktifleri de öne çıkmıştır.

Ekonomik dönüşüm programı önericilerinden olan OECD’nin raporunda, yapılması gerekenler konusunda tavsiyeler dikkat çekicidir. Şöyle ki:

lerini ve bu kapsamda da yargı ile ilgili önerilerini; MÜSİAD ise yine 2000 yılında *Anayasa Reformu ve Yönetimin Demokratikleşmesi* adlı raporu yayımlamıştır. www.musiad.org.tr/containimages/arastirmalariyayin/pdf

¹² Taha Akyol, “Oligarşik Yargı Sistemi”, *Milliyet*, 17.07.2009.

“Türkiye, durağan devletçi ve kurallara bağlı ekonomi geleneğinden, piyasa ve sivil toplum tarafından yönetilen, yenilikçi ve müteşebbis ekonomiye geçiş sürecini tamamlamalıdır. Yetkililerin bir kısmı henüz piyasa mekanizmalarının avantajlarını anlamış değildir... Türkiye’de yargının icrası, OECD ülkelerinin çoğunda olduğu gibi yavaştır... Devletin ekonomiye müdahalesi azaldıkça, oyunun kuralları için hakem rolünün genişlemesi gerekecektir... yargı sisteminin noksanları, yatırımcıların haklarını almada ciddi güçlüklerle karşılaştıkları anlamına gelmektedir... Uluslararası tahkimin kabul edilmesi ile ... yabancı yatırıma yönelik önemli bir caydırıcı unsur ortadan kaldırmıştır... meselelerin teknik nitelikte olması ve askıdaki konuların çabuk karara bağlanması ihtiyacından dolayı, mahkemeler ... düzenleme yapma veya düzenleme ihtilaflarını çözme açısından ideal müesseseler değildir... Danıştay’a biçilen başvuru makamı rolü pek uygun değildir. İtiraz makamı, uygun derecede uzman bir temyiz organı kurulması yoluyla geliştirilmelidir.”¹³

OECD, *yabancı yatırımcıların ciddi güçlüklerle karşılaşmaları için bu meseleler teknik nitelikte olduğundan Danıştay ve mahkemeler yerine uzmanlık sahibi kimselerden kurulmuş özel kuruluşlar kurulmasını istemiştir.*

DB, 1989 yılında yönetim kavramını gündeme getirdiğinde, yargı bağımsızlığı ve modern hukuk düzenini de yönetişimin unsurları arasında göstermiştir. Neoliberal politikalarla kamuda gerçekleştirilen dönüşümden edinilen deneyimler, adalet yönetimine de taşınmaktadır. DB de birçok ülkede istediği ve örnek programla çerçevesini belirlediği şekilde Türkiye’de de yargı reformu istemiştir. Uganda’da ya da Tanzanya’da yargıda saydamlığı (*transparency*), adalete erişimi, hesap verilebilirliği (*accountability*) ve yozlaşmayı (*corruption*) önlemek amacıyla içeriği belirlenmiş program, Türkiye’de uygulanandan çok farklı değildir.¹⁴ DB’nin Türkiye’ye önerdiği yönetişimci adli reform altı modüldür.

Modül 1: İş yükü yönetimi ve personel politikaları ile mahkeme yönetimi sistemine odaklanmaktadır.

Modül 2: Hesap verilebilirlik için etik standartlardan söz eder.

¹³ OECD, *Düzenleyici Reformlar*, TÜSİAD yayını, 2003.

¹⁴ Roberto Danino, *The World Bank Legal Vice Presidency*, Q:\RDZ SPEECHES\World Bank Legal VPU (for AFLA - June 9 2004).doc, 2004; Victoria Harris, *Consolidating ideology in law?: Legal and judicial reform programmes at the World Bank*, <http://www.brettonwoodsproject.org/legalreformatissue> (erişim: 03.08.2012).

Modül 3: Yargıçların atama, yükselme, disiplin, azledilme gibi yargı bağımsızlığı ve hesap verilebilirlik sorununa ayrılmıştır.

Modül 4: Avrupa Birliği'ne giriş konusunu da göz önünde tutan bir yaklaşımla ele alınan adalete erişim ve hukuk eğitimi sorunlarıyla ilgilidir.

Modül 5: Adalet dağıtımında alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerine vurgu yapar.

Modül 6: Adli reformla ekonomik ve toplumsal kalkınma arasında bağ kurarak yargı bağımsızlığının önemine değinir.¹⁵

Yargıya verilen iktidar, OECD raporunda da belirtildiği gibi teknik iş olarak görülüp uzmanlık alanının teknikleştirilmiş boyutlarına hapsedilmekte ve yargıçlar teknisyenlere dönüştürülmek istenmektedir. Yargıçların toplumsal sorunlara karşı düşünce açıklaması, tavır göstermesi, uygulama geliştirmesi yasaklanmaktadır. Herkesçe bilinen *yargıçlar kararlarıyla konuşur* sözü bu dönüşümde kolay bir araç niteliğindedir. Ayrıca bağımsızlık olgusu, teknik işlere karışma ile tanımlanarak daraltılmış, tarafsızlık anlamına indirgenmiştir. Böylece yargının idareden ayrı bir güç olarak örgütlenmesinden duyulan rahatsızlık açığa vurularak, idarenin yargıyı etkileyebilmesinin yolu açılmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık arasındaki farkların silinmesi, bağımsızlığın gerektirdiği iktidarın kaybolmasıdır. Oysa yargının tarafsızlığı, *toplumsal güç odakları karşısında gücünü ama aynı zamanda yan tutmayan duruşunu* anlatır. Tarafsızlığa vurgunun artması, sınıfsal çelişkiler ve var olan ilişkilere müdahale etmeyen “nötr” devlet kavrayışı ile ilgili görünmektedir.¹⁶ Çünkü, bürokratik aygıt, küresel sermayenin önünden çekilmektedir. Bununla da amaç, yargının zayıfı koruma benzeri işlevinden vazgeçmesinin sağlanmasıdır.

Diğer taraftan AB üyeliği hedefiyle de adalet yönetiminde değişimler gündeme gelmekte, Avrupa Konseyi'nde 1989'dan bu yana, hukuki işbirliği programları yürütülmektedir. *Demosthenes Programı* ve 1993 yılında onun yasal parçası olan *Demo-Droit-Themis Programı* 1998 yılında bütün üye ülkelere ve aday ülkelere açılmış ve 1999 yılında “demokratik istikrarın geliştirilmesi ve güçlendiril-

¹⁵ Roberto Danino, *Judicial Reform for Improving Governance in Turkey*, December 10, 2004-2, www.woldbank.org (erişim: 03.08.2012) aktaran Kilim, age, s.206.

¹⁶ Kilim, age, s.245.

mesi için faaliyetler (ADACS)” kapsamında, “tek bir yasal işbirliği programı” altında yeniden yapılandırılmıştır. İşbirliği programları, bu programlardan yararlanan ülkelerin kurumsal, yasal ve idari reformlarının sürdürülmesine yardımcı olmayı amaçlamaktadır.¹⁷

AB’den norm transferi AB müktesebatına uyum çalışmaları ile gerçekleşmektedir. AB hukukunun özü, üye ülkelerdeki iç pazarın serbest piyasa ilkelerine göre düzenlenmesi, pazar kurallarının etkin işlemesi oluşturmaktadır. AB’de demokrasi anlayışı ticari temeller üzerine kurulduğu için AB hukuku her şeyden önce bir ticaret hukukudur.

Adalet yönetimi, önerilen ve yerine getirilen düzenlemelerle yönetişimci biçime dönüştürülmektedir. Katılım, şeffaflık, erişilirlik, verimlilik, açıklık, hesap verebilirlik gibi cezbedici kavramlarla gelen reformlar adaleti piyasa odaklı olarak yeniden yapılandırmasında araç olmaktadır. Uyuşmazlıkları yargı dışına çıkarmak ve adalet dağıtımını piyasaya bırakmak için alternatif uyuşmazlık çözme mekanizmaları (*ADR-Alternative Dispute Resolution*), en iyi adalet yönetimi modeli olarak pazarlanmakta; yargısal sürece piyasa ve sivil toplum aktörlerinin katılımını gerektiren bu modellerle kararlara devlet dışı unsurlar, özel sektör ve sivil toplum kuruluşları eklenmektedir. Katılımcılık küresel, ulusal, yerel ölçeklerdeki kamu kurumları, şirketler, sivil toplum kuruluşlarının süreçte bulunmaları ve uygulamaların bu kurumlarca denetlenmeleri olarak açıklanırken, yeni yapılarda küresel örgütlere ya da ekonomik gücü elinde bulunduranlara tanınan sınırları belirsiz gücü dengeleyecek araçların oluşturulmaması nedeniyle, sonuçta, katılımcıların dayatmalarına boyun eğilir hale gelmiştir. Bir yandan katılım, şeffaflık, erişilebilirlik gibi kavramlarla reform çağrısı yapılırken, adli süreci özelleştiren, piyasa ilkelerine tabi tutan alternatif uyuşmazlık çözüm araçlarından tahkim ve arabuluculuk mekanizmalarının aleniyeti ihlal eden, gizlilik ve ticari sırrı korumanın temel olduğu, topluma kapalı; gereksiz, kamuoyu baskısından uzak yöntemleri, şeffaflık, erişilebilirlik ve aleniyeti ortadan kaldırmasına rağmen eleştiri konusu yapılmamaktadır, çünkü oralarda hukukun genel ilkeleri yerine piyasanın ilkeleri yürürlüktedir. Bürokratik adalet yönetimi için şeffaflık aranırken, yönetişimci adalet mekanizması kendi içine kapanmaktadır.

¹⁷ Kilim, age, s.230.

Önerilen reformlar, Montesquieu'nun *Kanunların Ruhu*'nda Osmanlı yargısı hakkında yaptığı değerlendirmedeki "kişinin servetine, canına ve onuruna pek az önem verilen Türkiye'de, bütün davaları şu ya da bu biçimde çabucak sonuçlandırır. Sonuçlandırma tarzının hiçbir önemi yoktur, yeter ki dava sonuçlansın" değerlendirmesini akla getirmektedir. Buna karşılık Montesquieu, adalet uğruna zahmete ve masraflara katlanılmasını, uzun zaman beklenmesini, yaşanan zorlukları, basit, hızlı, masrafsız yargılamayı ve sadeleşmiş yasaları despotik yönetimin göstergesi sayarak "formaliteler, vatandaşların onuruna, servetine, canına ve hürriyetine verilen değer ölçüsünde artar" düşüncesiyle olağan ve gerekli saymıştır.¹⁸

O zamanlar erdem olarak kabul edilen formaliteler, şimdilerde despotik yönetimin göstergesi olmuş; basit, hızlı, masrafsız yargılama ise Batı'nın yükselen değeri, Doğu'da hiçbir zaman ulaşılamayan erdeme dönüşmüştür. Son zamanlarda hıza odaklı bakış açısı adalet ölçüsünün önüne geçmekte, yargıçların da performans göstergeleriyle yani karar verdikleri dosya sayısı ile değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁹ Bu öneriler ışığında Türkiye'deki adalette reform çalışmalarına bakılmalıdır.

ANAYASADA GERÇEKLEŞTİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Yargının dönüştürülmesi amacıyla 1980'lerde hazırlıklar başlamıştır. Hukukun üstünlüğü gereği yargının niteliği ve görev kapsamı Anayasa'da düzenlendiği için yönetimlerin değişim ve dönüşüm amaçlarının gerçekleşmesi Anayasa engeline takılmaktaydı. Yürütme organları yargının korumasında piyasacı düzeni sağlayabilmeleri ve piyasanın önünün açılması için öncelikle Anayasada değişiklik yapılması gerekmektedir.

Bu amaçla, 1982 Anayasasında çeşitli değişiklikler yapılmıştır. En kapsamlı düzenlemelerden ilki Türkiye'nin 1999 yılı Aralık ayındaki AB Zirvesinde aday ülke olarak ilân edilmesinden sonra, ikincisi ise -sonraki başlıklarda açıklanacağı üzere- 2010 yılında yapılmıştır. 14 Ağustos 1999 günü yürürlüğe giren 4446 sayılı yasa ile gerçekleşen değişiklikte Anayasanın 47. maddesine ekleme yapılarak Anayasa Mahkemesinin özelleştirmeyi sağlayan yasa değişikliklerini iptal etmesini engellemek amacıyla, özelleştirme yetki ve

¹⁸ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, cilt 1, çev. Fehmi Baldaş, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998, s.137'den aktaran Kilim, a.g.e., s. 254.

¹⁹ Kilim, age, s.254.

görev olarak Anayasaya girmiştir. 125. maddedeki değişiklik ile de uyuşmazlıkların bir kısmı tahkim kapsamına alınıp uluslararası tahkim sistemi benimsenmiştir. 155 maddesindeki düzenlemeyle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri nitelemesi düzenlenmiş, Danıştay'ın onay görevi değiştirilerek görüş bildirmekle sınırlanmıştır.

27.12.2002 gün 4777 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 90. maddeye uluslararası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin farklı hükümler içermesi halinde ve ortaya bir uyuşmazlık çıktığında çözüm için uluslararası antlaşmalara öncelik tanınacağına yönelik hüküm eklenmiştir. Uluslararası hukuk, ulusal yargı organlarınca, ulusal normların bütünlüğüne aykırı olmasına bakılmadan öncelikle uygulanacaktır ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacaktır. Ulusal yasaların bağlı olduğu denetim mekanizmasından bağımsız olma ve Anayasadan da üstün olma, ulusal yasaların üstünde yer alma, yeni bir kural kademesini oluşturmuştur. Bu düzenlemeyle yurttışa yönelik hukuktan şirketleri koruyan, şirketler üzerine kurgulanan küresel hukuka / norm sistemine geçilmiştir. TBMM'nin iradesi de gözardı edilmiştir.

ADALETTE REFORM ÇALIŞMALARI

AB üyeliğine adaylık kapsamında, yargı erkindeki dönüşümün sağlanabilmesi için, adalet yönetiminde reform çalışmaları başlatılmıştır. Adalet yönetiminde reform zorunluluğu iddiasıyla, Türkiye'de AB Uyum Paketleri adı ile her alanda yasal düzenlemeler yapılmıştır. 2004 yılında Devlet Güvenlik Mahkemeleri (DGM) kaldırılmış, İstinaf mahkemeleri kurulmuş, Türk Ceza Yasası, Ceza Muhakemesi Yasası, İnfaz Yasası gibi yasalar değiştirilmiş; Anayasanın 90. maddesindeki değişiklik ile uluslararası sözleşmeler anayasa üstü konuma getirilmiştir. Bu arada Adalet Bakanlığı müsteşarlığı, 31 Aralık 2005 öncesinde yayınlanan dört binden fazla genelgeyi yürürlükten kaldırmış; yeni 1 nolu Genelge ile üyelik yolunda engel olabileceğini düşündükleri geleneksel uygulamaları sona erdirmiştir.

Bu süreçte en temel değişim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda (HSYK) olmuştur. Türkiye'de mahkemelerin kurulması, kaldırılması, görev kapsamı, bakacağı davaların niteliği ve sayısı, hakim ve savcılarının atanması, görev alanlarının ve çalışacakları mahkemelerin belirlenmesi, hakimlerin ve savcılarının disiplin işlemleri HSYK'nın görevleri içindedir, sayılan alanlarda tek karar mer-

ci HSYK'dır. Bu önemli ve belirleyici görevler nedeniyle öncelikle HSYK'da değişiklik istenmiştir.

2010 yılındaki Anayasa değişikliğiyle yapılan Yargı Reformu 2008 yılında Yargı Reformu Strateji Belgesine dayalı olarak gerçekleşmişti. Yargı Reformu Strateji Belgesi'nin Birleşmiş Milletler Kalkınma Teşkilatı (UNDP) tarafından, UNDP'nin görevlendirdiği Larry Taman ve Mithat Sancar ile yargıda görev almayan kişilerden oluşan komisyonca hazırlandığı görülmüştür.²⁰ *Kurumsal Yönetim Perspektifinde Yargı Reformunun Desteklenmesi Projesi* adlı 112.000 Amerikan Doları bütçeli ve Ocak-Ağustos 2008 döneminde hazırlanmış projede "Yargıda reform Türkiye'nin öncelikli konularından birisi" olduğu belirtilerek "...yargı reformu demokratikleşme sürecinin temelini oluşturuyor. ... AB üyesi ülkelerde gerçekleştirilen reformlar analiz edilerek Türk yargı sisteminin kurumsal yönetiminde etkinliği bulunan kurumların, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleri ışığında kurumsal yönetim kapasitesinin geliştirilmesi" ifadeleri ile çabalarının desteklenmesi için UNDP'nin güvenilir ortak olarak, "adaletle artan erişimle yargıda iyi yönetişimi sağlamada" yardımcı olacağı açıklanmış, *herkesin adalet erişimini demokratik yönetim* altındaki hizmet alanlarından birisi ve *demokratik yönetim* kapsamında adaletle erişimi hizmet alanı olarak gören, *bireylere adalet sistemi yoluyla adil çözümler sağlayan süreçlerle* ilgilenen UNDP'nin adaletle erişim stratejisinin ana ilkelerinin *hizmet sunanların hesap verebilirliği ve hak sahiplerinin güçlendirilmesi, katılımcılık* olduğu belirtilmiştir. UNDP'nin özgün katkısının *global deneyimi ve kapasitesi ile teknik destek sağlamak* olduğu, yargı sistemi ile çalışarak AB üyelik sürecinde *güncellenen önceliklerin* yerine getirilmesini mümkün kılacak kapasite gelişimi ve *adaletteki reformun mükellef bir şekilde gerçekleştirilmesi için yol haritasını sağlama* amaçlandığı anlatılmıştır. Böylece projedeki amacın, Türkiye'de, yargının önce, Türkiye'nin *AB üyelik sürecinde güncellenen öncelikleri yerine getirmesini mümkün kılacak kapasite gelişimi sağlamaktır*.²¹

UNDP'nin yardımıyla hazırlanan 2008 tarihli YRSB'de "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) objektiflik,

²⁰ UNDP, 2008.

²¹ Halil Güner, AB ve Hukuksal Dönüşüm, *KAYFOR VII Sempozyumu*, Kahramanmaraş, 2009.

tarafsızlık, şeffaflık ve hesap verilebilirlik temelinde geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden yapılandırılması ve kararlarına karşı etkili bir itiraz sisteminin getirilmesi” amaçlandığı belirtilmiş, nedenleri de; “Kurul’un yargının tümünü temsil edecek şekilde oluşturulmaması, Kurulun oluşumunda demokratik meşruiyet ilkesine yeterince riayet edilmemesi, Kurul kararlarına karşı etkili bir itiraz sisteminin bulunmaması, Kurul’un çalışma yöntem ve kararlarının şeffaflık ilkesine uygun olmaması” şeklinde sıralanmış, mevcut haliyle Kurul’un yapısının hâkim ve savcılar üzerinde *yüksek mahkemelerin vesayetinin olduğu* izlenimini oluşturduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenlerle yargı için çok önemli işlevi olan Kurul’un yapısının *yargının tümünü temsil edecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir* denmiştir. Demokratik meşruiyet ise,²² “yargı yetkisinin kendisine meşruiyet kazandırabilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak milli iradede kaynaklanması gerekir” biçiminde tanımlanmış, meşruiyet kavramının sadece TBMM’nin üye atayabilmesine indirgenip, egemenliğin kullanılma aracının sadece TBMM ve çoğunluk partisi olarak değerlendirilmesi, Anayasanın 9. Maddesi ile ortaya konan egemenlik ve kullanma biçimi, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin anlamına aykırılık oluşturmaya rağmen reformun nedenlerinden biri olarak gösterilmiştir.²³ Ayrıca ilk kez yargı organında çok önemli işlevi olan HSYK’nin *sorumluluğu*, dolayısıyla Yargının Yasama ve Yürütmeye hesap vermesi düşüncesi dile getirilmiştir “... Mevcut düzenlemeye göre gerek Kurul üyelerinin, gerekse bir bütün olarak Kurulun yasama organına karşı herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir” devamla “yapılacak çalışmada Yasama ve Yürütme organı (Cumhurbaşkanı) tarafından Kurula hâkim ve savcılar arasından üye seçimi konusunda görev ve yetki verilmesi plânlanmaktadır.”²⁴ denerek tek parti çoğunluğuna dayalı hükümetlerin yargıyı etkileyebilmesi, yönlendirebilmesi amaçlanmıştır.

²² Yargıda demokratik meşruiyet konusunda ayrıntılı değerlendirme: Halil Güner, Meşruiyet ve Yargı, *Prof. Dr. Bilsay Kuruç’a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Ankara, 2011 yazıda yapılmıştır.

²³ *Meşruiyet, hükümetin niteliğini değil, hükümet etme yetkisinin kaynağını ortaya koyar.* İktidarla devlet aynı görülerek farklı meşruiyet tanımı doğru değildir (Güner, age).

²⁴ Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Strateji Belgesi, 2008 Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi Belgesi, 2008, www.adalet.gov.tr

Tarafsızlık kavramı ise, proje taslakta yönetim kavramı içinde değerlendirilip bağımsızlıkla bir görülürken, o dönemde yapılan tartışmalarda, tarafsızlık, devletçi olmama, ulusalcı olmama, devletin kurucu ideoloji ve değerlerine uzak olma, küresel ve neoliberalizme yakın olma olarak değerlendirilmiştir.

AB heyetlerinin mevzuat uyumu nedeniyle yaptıkları inceleme sonucu hazırladıkları raporlarda çelişkili davrandığı, Türkiye'deki yargının durumu hakkındaki değerlendirmeleri ile önerilerinde tutarlılık olmadığı da görülmektedir. I. İstisarı Ziyaret Raporunda²⁵ HSYK üyelerinin sadece hakimler ve savcılar tarafından seçimle oluşturulması, Adalet Bakanının olmaması tavsiye edilirken III. İstisarı Ziyaret Raporunda ise öncekine uymayan ve Adalet Bakanının kurulda kalabileceği, hakim ve savcılar dışında parlamento-nun da seçim yapabileceği gibi aksi bir tavsiyede bulunmuşlardır.²⁶ Türk Yargısında nasıl bir reform olması gerektiği -eleştiri konusu olabilecek yönleri olsa da- Devlet Planlama Teşkilatının 9uncu Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Raporunda "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu yeniden yapılandırma programı çerçevesinde, Adalet Bakanı ile Bakanlık Müsteşarının kurulda yer almamasına ve hâkim-savcı atamalarının siyasî etkiden arındırılması konusunda ek hukuksal düzenlemelere gidilerek; Yüksek Kurul'un daha geniş

²⁵ "...Hâkimlerin atama-nakilleri hususunda Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarının sahip oldukları yetkilerin kaldırılmasını tavsiye ediyoruz. Bu konuda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yetkili olmalıdır, ... Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye Kararının 1 (2) (c) prensibi hâkimlerin seçimi ve kariyerleriyle ilgili kararların alınmasında yetkili olacak makamın idare-den ve hükümetten bağımsız olması gerektiğini öngörmektedir. Sonuç olarak bu makam, bağımsızlığını örneğin kendi üyelerini yargıdan seçmek suretiyle teminat altına almalıdır. ... Bize göre Yüksek Kurul üyelerini atama yetkisinin Cumhurbaşkanı'na verilmesi tümüyle Yüksek Kurulun bağımsızlığına önemli derecede hâlel getirmektedir. ... Hâkimlerin Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Kararının 1 (2) (c) prensibiyle uyum ... açısından; Cumhurbaşkanı'nın Yüksek Kurula üye atama yetkisinin kaldırılmasını ve hâkim ve savcıların Yüksek Kuruldaki temsilcilerini kendilerinin seçmeleri hususunda yetkilendirilmelerini tavsiye ediyoruz..." *İSTİŞARİ ZİYARET RAPOR-1*, 2003, (erişim 01.09.2009) www.abgm.adalet.gov.tr.

²⁶ "Yargının bağımsızlığına dair diğer reformların uygulanma durumuna bağlı olarak, Adalet Bakanının, Kurulda oy hakkı olmayacak şekilde kalması durumu saklı tutulabilir... Cumhurbaşkanı'nın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na üye atama rolünün tamamen biçimsel ve en iyi uygulamalara göre olduğu hususunda ikna olmadığımız için, bu süreçte Cumhurbaşkanı'nın yer almaması yönündeki tavsiyeyi muhafaza etmekteyiz. *İSTİŞARİ ZİYARET RAPOR-3*, 2005, (erişim: 01.09.2009), www.abgm.adalet.gov.tr.

tabanlı bir temsil esasından hareketle, özgün örgütlenebilmesine yönelik gerekli anayasal ve yasal değişiklikler gerçekleştirilecektir.”²⁷ diyerek yol gösterilmişti.

Ancak planlamaya son verilip DPT kaldırıldığı için bu plan uygulanmamıştır. Yargı Reformu Strateji Belgesinde reformun nasıl yapılacağı düzenlenmediği için 2009 yılında Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı hazırlanmış, planda²⁸ reformun hangi sürede yapılacağı belirtilmiştir. Süreç, kısa (0-2 yıl), orta (2-4 yıl), uzun (4 ve üzeri) olmak üzere üç dönemde planlanmış, HSYK oluşumunun *kısa* dönemde gerçekleştirileceği belirtilmiştir. 2010 yılındaki Anayasa değişikliği ile HSYK’nin yeni yapısı oluşturulmuştur. Hazırlanan strateji doğrultusunda Anayasanın 159. maddesi yeniden düzenlenmiş, HSYK’nin yapısı ve görev süresi değiştirilmiş, üye sayısı 22 asıl 12 yedek üye olarak belirlenmiş, üç daire olarak çalışacak kurulda Adalet Bakanının başkanlığı ve müsteşarın üyeliği devam etmiş, 7 asıl 4 yedek üyenin adli yargı hakimleri ve savcıları, 3 asıl 2 yedek üyenin idari yargı hakim ve savcıları, 4 asıl üyenin Cumhurbaşkanı, 3 asıl 3 yedek üyenin Yargıtay, 2 asıl 2 yedek üyenin Danıştay, 1 asıl 1 yedek üyenin Adalet Akademisi tarafından 4 yıllığına seçilmesi benimsenmiştir.

AB için piyasa odaklı yargının gerçekleşmesinin diğer sorunlardan önemli olduğu, dönüşümün gerçekleşmesi sonrasında, HSYK’nin meslekten çıkarma dışındaki kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, seçim sisteminin hukuka uygun olmaması gibi eksiklikler eleştirilmeden değişime onay verilmesiyle anlaşılmıştır. Öte yandan Dünya Bankasının önerdiği 6 modüllü reformla da uyumlu olan çalışmalarla, istenen 6 değişiklikten 4. dışındakilerle ilgili çalışmalar sonuçlandırılmış; HSYK dışında, başta Anayasa olmak üzere mevzuatta yasal değişiklikler yoluyla sistemde dönüşüm devam edilmiştir.

2010 yılı değişiklikleriyle Anayasa Mahkemesinin yapısı değiştirilmiş, yürütmenin ve yasamanın bu kurumların oluşumundaki etkileri artırılmıştır.

²⁷ DPT, (2007) 9. *Beş Yıllık Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, 2007

²⁸ YRST Eylem Planı, (erişim: 20.09.2009), www.sgb.adaletgov.tr/yrs

ANAYASA MAHKEMESİNDE VE YARGILAMA YÖNTEMİNDE DEĞİŞİM

Anayasa Mahkemesinin bazı kamu işletmelerinin özelleştirilmesine ilişkin çıkarılan yasaları, yabancılara toprak satışına ilişkin yasaları ve ombudsmanlık yasasını iptal etmesi üzerine, Anayasada değişiklik yapılarak özelleştirme kural olarak düzenlenmiş, ombudsmanlık ise kamu denetçiliği kurumu olarak tesis edilmiştir. Anayasaya konan hükümler nedeniyle kamu yararına aykırı özelleştirmelerle ilgili yasaların iptali engellenmiştir.

2010 yılında Anayasanın 146 ve devamı maddelerde yapılan kapsamlı değişikliklerle Anayasa Mahkemesinin üye sayısı 17 olmuş, TBMM'nin 3 üyeyi, Cumhurbaşkanının 14 üyeyi maddede gösterilen kurumlardan gösterilen usulde seçmesi sistemi benimsenmiş, 6216 sayılı yasanın 3. ve 36. maddeleriyle görevleri yeniden tanımlanmıştır. Anayasa ve Anayasa Mahkemesinin görevini düzenleyen yasaya göre, Anayasa değişikliklerinin sadece şekil yönünden incelenebileceği kuralı getirilmiştir. Yasalar hem esas hem de şekil yönünden denetlenebilirken yasanın üstünde olan Anayasa değişikliğinin sadece şekil denetimi ile sınırlanması hukukun üstünlüğü ilkesine aykırıdır. Bu güçlü tek parti hükümetlerinin olduğu *hükümet meclisi sisteminde*, işlevsizleşmiş parlamento çoğunluğunun sınırlanmaması sonucunu doğuracak bir düzenlemedir. Ayrıca Anayasanın 153 maddesindeki “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” kuralı yargı yetkisinin farklı bir sınırlanmasını içermektedir ki burada amaçlanan mahkemenin yasalar ile hükümet kararlarının kamu yararı, genel çıkar gibi ilkelerle iptalini önlemektir. Hukuki olmayan bu hükme rağmen Anayasa Mahkemesi hukukun evrensel ilkelerini dikkate alarak vereceği kararla bu yasağı aşan bir yol açabilir, çünkü doğal bir sonuç olarak içerik ve yolu mahkeme belirler, hukukun genel ilkelerine göre bir kuralın etkilediği diğer kuralın da incelenmesi gerekir ve bu, görevin kamusal niteliği ve yetkinin ulus adına kullanılmasının sonucudur.

Anayasa Mahkemesi yargılamasında önemli başka bir değişiklik ise, Bireysel Başvuru Hakkının tanınarak, bireysel başvuru dava yolunun açılmasıdır. Gerçek amaç, uluslararası sözleşmelerin

önceliğinin Anayasa Mahkemesince de denetlenmesini sağlamak, AİHM'e gidişi engellemektir. Ayrıca bireysel başvurunun sadece Avrupa İnsan Hakları sözleşmesindeki temel haklarla sınırlandırılması, ekonomik hak ve sosyal haklarla ilgili diğer uluslararası sözleşmelerin konu edinmemesi, piyasanın etkisini göstermektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi (AYM) gerek kadro ve teknik durum gerekse de yaklaşım itibarıyla bireysel başvuru yükünün altından kalkamayacağı gibi uluslararası hukuk gereği AİHM yolu da kapanamayacaktır.²⁹ Ek olarak 6216 sayılı yasa nedeniyle, adli ve idari yargı organlarının üzerinde olağanüstü temyiz organı olarak hem AYM hem de AİHM olacaktır.

ADLİ YARGI SİSTEMİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Yargı erkinin toplumsal etkileri bakımından mahkeme örgütlerinden en önemli ikisi adli yargı ve idari yargıdır. Adli yargı, insanların devlet ya da idarenin müdahil olmadığı ilişkilerini düzenler. Bu alanda ceza mahkemeleri temel işlev olarak suç, suçluluk ve muhalefet düzenini belirleyerek ekonomik ve sosyal yaşamın kurulmasına yardımcı olur, onun meşruiyetini de sağlar. Hukuk mahkemeleri ise, bireysel ilişkilerde güç dengesine yönelik kararlar verir. Bu nedenle temel yasa olarak adlandırılan Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ile Ceza Kanunu ve Usul kanunlarıdır. Piyasa ilkelerinin egemen olması için hukuk yargılamasındaki bireysel ilişkilerdeki güç dengesinin zayıfı-hakkı koruma yönünde olmasını engelleyici, ceza yargılamasında piyasaya muhalefeti önleyici düzenlemeler gerekmektedir.

Bu nedenle, 1926 tarihli Medeni Kanun yerine 2002 yılında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmiş, kamu mülkiyeti ve vakıflar konusunda hükümler yanında ayrıca 5737 sayılı Vakıflar Yasası ile yabancılara vakıf kurabilme, vakıflara şirket vb kurabilme imkanı sağlanarak AB mevzuatına uyum sağlanmıştır. Kamu mülkiyeti daraltılırken uluslararası şirketlere vakıf kurarak toplumsal yaşamı etkileme, düzenleme ve yönlendirme; yine bu vakıf sistemi aracılığıyla eğitim kurumları kurup geleceği etkileme olanağı sağlamıştır.

²⁹ Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru hakkında bir değerlendirme; Halil Güner, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Ve Kapsamı, Amacı, *XII. Sosyal Bilimler Kongresi*, 2011, Ankara.

2001 yılında Milletlerarası Tahkim yasası yürürlüğe girmiş, Türk yargısının imtiyaz sözleşmeleri gibi uluslararası piyasa aktörlerinin davalarına bakmaları engellenmiştir. 2002 yılında ise 4748 sayılı kanunla Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında yasada değişiklik yapılmış, mahkeme heyetindeki asker üye çıkarılmıştır. Asker üyenin çıkarılmasındaki amaçlardan biri tabii hakim ilkesine aykırılık olsa da diğeri asker üyelerin piyasaya aykırı davranabilecekleri korkularıdır. 2004 yılında ise DGM tamamen kaldırılmış, yerlerine yeni suç tanımlarıyla kapsamı genişletilmiş terör suçlarına bakmak üzere Özel Yetkili Mahkemeler kurulmuştur.

2003 yılında, Türkiye’de yargıçların uluslararası gelişme ve sözleşmeleri dikkate almadıkları, kamu ve genel çıkarı daha çok göz önünde tuttıkları, küresel oluşuma uyamadıkları eleştirileri nedeniyle, hem AB mevzuatı hem genel ekonomi kuralları kapsamında çıkarılan kuralları öğrenmeleri ve uyum sağlamalarını kolaylaştırma eğitimleri için ve yargının etkinliğini sağlama iddiası ile Adalet Akademisi kurulmuştur. Öncelikli amacı uluslararası sermayenin önünü görebilmesi ve piyasa alanları ile işlemleri hakkında bilgi sahibi olabilmelerini sağlamak için yine 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kanun, bilgiye erişim hakkının usul ve esasları düzenlemiş, bu hak bazı yabancı gerçek ve tüzel kişilere de tanınmıştır.

2003 yılındaki bir diğer reform; Hukuk Usulü Muhakemeleri yasası (HUMK) ve Ceza Muhakemeleri Usulü yasasında (CMUK) değişiklik yapılarak yargılamanın iadesi nedenlerinden biri olarak HUMK’nin 445/11 maddesinde kesinleşmiş “Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin (AİHS) veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması” CMUK 327/6 maddesine göre de “Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması” hallerinin belirtilmesidir. Bu hükümlere göre, AİHM üst temyiz makamı haline getirilmiştir. AİHM’nin görev alanı AİHS ve eki protokollerle sınırlıdır. Ekonomik ve sosyal haklar yargılama kapsamı dışındadır. Bununla bir anlamda sermayenin önünü görebilmesi, temelde ekonomik bir

örgütlenme olan AB ilkelerinin her yerde egemen olması ve ulusal yargı organlarında beklenmeyen sonuçları önlemek amaçlanmaktadır. Tabii ki, sermayenin girdiği ülkenin de belirli standartlara sahip olması amaçlanmaktadır. Benzer düzenlemeler 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi yasasında (madde 311/1-f ve 311/2) (CMK) ve 2012 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri yasasında (madde 375/1-i) (HMK) tekrar edilmiş, AİHM üst temyiz makamı niteliğini korumuştur. Ulusal yargı organlarının kararları, uluslararası yargı organlarının denetimine bağlanmıştır. Böylece *küresel örgütlerin kendi yargılama mekanizmaları, küresel örgütlere bağlanan özneleri kapsamına almıştır*.

Elektronik İmza Kanunu 2004 yılında yürürlüğe girmiş, bu reform için AB'nin elektronik imza ile ilgili direktifi esas alınmış, elektronik ticaretin ana unsuru olan elektronik imzanın hukukî ve teknik alt yapısını oluşturarak devletin tüm iş ve işlemleri elektronik ortama aktarılacak suretiyle devlet bilişim teknolojisi açısından iyi bir tüketici ve yazılım-güvenlik bağımlısı haline getirilmiştir. Bunun bir uzantısı olarak yargıda Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) uygulanmaya başlanmıştır. UYAP, ağ teknolojisini kullanarak yargı sürecini değiştirip dönüştürmüş bir otomasyon projesidir. UYAP'ın getirdiği kolaylıklar, kuşkuyla önleyememiştir. Teknolojinin Adalet Bakanlığı kontrolünde olması nedeniyle tüm bilgilerin merkezde toplandığı, Bakanlığın davanın her aşamasına müdahale olanağı bulduğu kuşkusuyargı sürecinin bağımsızlığına gölge düşürmektedir. UYAP, programın izin verdiği şekil ve formüllerin uygulanması nedeniyle yargıçların takdir hakkını kısıtlayıcı özellikler barındırmaktadır. Kişi güvenliğini ve özel hayata ilişkin kimi alanlarda gizliliği ihlal eden sistem, 2009 yılından itibaren Anayasa ve yasalara aykırı olarak, sadece Bakanlık Müsteşarı talimatıyla tüm mahkemelerde uygulanması mecburi hale getirilmiştir. Yasal düzenleme ise ancak 2012 yılında CMK ve HMK'ye eklenen maddelerle kısmen yapılabilmektedir. Adliyelere internetten başvuru, cep telefonu ve kısa mesaj yoluyla dava takip etme, dosyanın ağdan izlenebilmesi, davası olanlar ve avukatlar açısından kolaylıklar getirici niteliktedir. Ancak örneğin kısa mesaj hizmetlerinden yararlanmanın ücrete tabi oluşu, özel sektöre yeni bir kâr alanı ortaya çıkarmıştır.

Yine 2004 yılında Bölge Adliye Mahkemeleri kurularak istinaf sistemi benimsenmiş ancak mahkemeler henüz faaliyete geçme-

miştir. Bölge Adliye mahkemelerinin kurulmasında amaç, davaların çabuk sonuçlanmasını sağlamak olarak belirtilse de asıl amaç, Yargıtay'ı aşmak, onu devre dışı bırakmaktır.³⁰ Zira istinaf sistemiyle sadece hukuki inceleme değil maddi inceleme de yapılmaktadır ki bunun anlamı yeniden tam yargılama yapılması nedeniyle dava süresinin yarı yarıya uzamasıdır. Aslında HSYK değişikliğinden sonra, yargının işlevi ve toplumdaki yeri değiştirildiği için istinafa gerek duyulmuyor gibi görünmektedir.

2004 yılında hazırlanıp TBMM'den geçirilmiş, uygulaması 01.06.2005 tarihinde başlayan 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK, gerek yürürlüğe girmeden gerekse yürürlüğünden sonraki kısa sürede fazlaca değişikliğe uğramıştır. Ceza hukukundaki değişimler ile suç tanımlarının kapsamı değiştirilerek direnme hakkının ortadan kaldırılmıştır. Bu düzenleme muhalefetin susturulması amacıyla yönelik olmuş; farklı seslerin yargılamasının yeni bir yöntemle yapılması amaçlanmıştır.

2005 yılında çıkarılan Kabahatler yasası 765 sayılı TCK'nin içinde düzenlenmiş olan ve kabahat niteliğindeki eylemlere adli yargı organlarınca ceza verilmesine ilişkin sistemi kaldırmıştır. Ayrı bir yasa olarak düzenlenen bu yasa kapsamındaki eylemlere yürütme organlarınca ceza verilmesi yetkisi düzenlenerek güçler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturulmuştur. Burada maddi ölçüt yerine çağın gereği olarak organik-şekli ölçüt uygulanmıştır. İdareye verilen bu yetkinin kötüye kullanılması kolaydır, insanın günlük yaşamını doğrudan ve çabuk etkilediği için kişi güvenliğini tehlikeye sokabilecek niteliktedir.³¹

CMK 250. maddesine görevli Özel Yetkili mahkemeler 2012 yılında kaldırılmış yerine kuruluşu ve işleyişi Terörle Mücadele Kanununda (TMK) düzenlenmiş, Terörle Mücadele mahkemeleri kurulmuştur. Özel Yetkili mahkemelerde, yargılamalara yansıyan uygulamalarda her türlü gösterinin ayırım yapmaksızın Terörle Mücadele Yasasının 1. maddesinde düzenlenen kamu düzenini bozma ve hükümeti yıkmaya kalkışma kapsamında değerlendirildiği ve

³⁰ İstinaf Mahkemeleriyle ilgili olarak, Halil Güner, Yargıda Yeniden Yapılanma- Bölge Adliye Mahkemeleri Örneği; *Kamu Yönetimi Forumu*, IV, Muğla Belediyesi yay., Muğla, 2006.

³¹ Ali Ulusoy, Erklar Ayrılığı Ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, *İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara, 2010.

buna göre soruşturma-kovuşturma yapıldığı görülmektedir. Ceza politikalarında demokratikleşme iddiasıyla başlayan değişikliklerin³² daha otoriter bir yargı ve idare organı oluşturduğu, güvenlik kaygısıyla Anayasadaki ve uluslararası insan hakları metinlerdeki kuralların dikkate alınmadığı, Anayasa hükümlerinin ikincil duruma düşürüldüğü görülmektedir. Ceza hukukunun ikili işlevi vardır: Ceza hukuku oluşan değişimleri resmileştirir ve meşrulaştırırken bir yandan da bu değişimin ayrıcalıklı aracıdır.³³ Terörle mücadele iddiasının da birleştiği durumlarda uygulanan olağanüstü usul, Anayasanın ve yasanın üstüne çıkmaktadır. “Terörle savaş aynı zamanda bir polis operasyonu, toplumun güç ile yönetilmesi ve savaş sebebi- dir... Her toplumsal hareket terörle mücadele adına suçlu sayılabilir. Yeni yasalar, amacı hükümetin politikalarını etkilemek ya da uluslar arası bir örgüte baskı yapmak olan bir hareketin herhangi bir radikal etkinliğinin adli takibatına imkan tanır.”³⁴

TAHKİM VE ARABULUCULUK

Yargının dönüşmesinde önemli bir adım da tahkim ve arabuluculuk sistemlerinin benimsenmesidir. Bu sistemlerle bazı piyasa işlemleri ulusal mahkemelerin görev ve yetkisinden çıkarılmaktadır.

Tahkim, taraflar arasında doğmuş ya da ileride doğabilecek belli bazı uyuşmazlıkların, tarafların uyuştuğu devletin izin vermesi ve yetkisini tanıması sonucu; devlet yargısı dışında, taraflarca belirlenen ve adına hakem denilen, başvuru alanında uzman olduğu düşünülen tarafsız ve özel kişiler eliyle çözülmesidir. Ulus devletlerde uygulanan yerel hukuki süreç ve yargılama yöntemlerini hızlı ve yeterli görmeyen çok uluslu şirketler, gelişmekte olan ülkelere girme ve yatırım yapmalarının koşulu olarak ulusal yöntemlerden ve hukuktan vazgeçilip ve tüm uyuşmazlıkların uluslararası tahkim ile çözümlenmesini istemektedir. Uluslararası sermayenin gereksinimleri çerçevesinde oluşturulmuş bir uyuşmazlık çözme biçimi olarak küresel standartları dikkate alan, onlara göre karar veren kurum olan tahkim, istisnai bir uyuşmazlık çözme biçimidir. Tahkim sistemi, hakemlerin uzmanlaşması, sektörde geçerli olan örf, adet ve teamülleri göz önünde tutarak hızlı, basit ve ucuz yargılama yapmaları; yargı-

³² Özdek, age, s.22.

³³ Paye, *Hukuk Devletin Sonu*, çev. Demet Lüküslü, İmge Kitabevi, Ankara, 2009 s. 11.

³⁴ Paye, age., s. 15.

lamanın gizliliği ile ticari sırların korunacağı, uzlaştırıcılığı ile taraflar arasındaki ilişkileri yumuşatacağı iddialarıyla benimsetilmek istenmektedir. Ancak tahkimde asıl amaç, küresel ticaretin önündeki engelleri kaldırmaktır.

1980'lerden önce Türkiye'de tahkim kurumu vardı, HUMK'nin 516-536 maddeleri arasında düzenlenmişti. Çok yaygın olarak başvurulmayan hukuk mahkemeleriyle bağlantılı bir süreçti. 2012 yılında yürürlüğe giren HMK'de 407-444 maddeleri arasında düzenlenen tahkim, HUMK benzeri gibi görünse de HMK m. 407'de açıkça 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Yasasının uygulanmadığı alanlarda geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu yönüyle 2000'lerde ortaya atılan tahkim HUMK'de düzenlenenden farklı içerik ve özelliklere sahiptir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Yasasıyla düzenlenen tahkim sistemi, uluslararası sermayenin isteği doğrultusunda uygulamaya konmuştur. Bu yasanın çıkması nedeniyle, OECD raporunda açıkça övgüde bulunulmuş, yasanın getirdikleri gösterilmiştir: "... Türk Hükümeti ile özel işletmeler arasındaki imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkimin kabul edilmesi ile bir düzelme ortaya çıkmış ve bu da bazı alanlarda yabancı yatırıma yönelik önemli bir caydırıcı unsur ortadan kaldırmıştır..."³⁵ Kanunun, yabancılık unsuru taşıyan, tahkim yerinin Türkiye'de veya Türkiye dışında belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında ve 4501 sayılı kanun uyarınca yabancılık unsuru bulunan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime götürülmesi halinde uygulanacağı belirtilmiştir.

Bir başka yargı dışı yöntem de arabuluculuk yöntemidir. TCK'de uzlaşma kavramıyla, özel hukuk alanında ise arabuluculuk olarak düzenlenmiştir. TCK'de uzlaşma basit olarak nitelenebilecek suçlar için soruşturma aşamasında uygulanan yöntemde uzlaştırıcı genellikle avukat olmaktadır. Uzlaşma gerçekleştiğinde sorun mahkeme önüne çıkmadan parasal ilişki çerçevesinde çözümlenmektedir.

Özel hukuk alanında arabuluculuk ise, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasası ile uygulamaya girmiştir. Yasanın amacı, *yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya*

³⁵ OECD, age.

işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesidir. Tek istisna, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarda uygulanmayacağıdır. Bu yasayla, piyasa aktörleri, bireysel ilişkilerde hukuk yargısının konusu olan hak ve zarar dengesini zayıfı gözeterek sağlama işlevine müdahale edecek, Adam Smith'in *görünmez elini* mahkemeden alarak arabulucuya bırakacaktır. Bu nedenledir ki, 18. maddeye göre arabuluculuk sonucunda düzenlenen uzlaştırma belgesi mahkeme kararı gücünü kazanacaktır.

İDARİ YARGIDA DEĞİŞİM VE DÖNÜŞÜM

Türkiye'de hükümetlerin en çok yakındığı ve hedef olarak gördükleri, görevi gereği idarenin iş ve işlemlerini denetleyen idari yargı organlarıdır. İdari yargıya yönelik olarak çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Sürekli dava ehliyeti, dava kapsamı, başvuru biçimi ve görev kapsamıyla oynanmıştır.

12 Eylül sonrasında hükümetin ilk çalışmalarından biri Danıştay'da düzenleme yapmak olmuştur. Danıştay'ı by-pass etmek için, önce yargılama konusu iş ve işlemlerin teknik nitelikte olduğu, her birinin ayrı uzmanlık gerektirdiği, hukuk fakültesi mezunlarından oluşan yargıçlarca bu davaların çözülemeyeceği iddiasıyla, sosyal bilimler alanında dört yıllık fakülte eğitimi almış, değişik meslek alanlarından gelen kişilerin atanması, idari yargıda yargıcılık yapabilmeleri olanağı sağlanmış; ara mahkeme olarak idare ve bölge idare mahkemeleri ile vergi mahkemeleri kurulmuştur. Dava açabilme yetkisi ve karar verebilme sınırı daraltılmış; dava açabilme yetkisi sadece doğrudan etkilenen ilgili kişiyle sınırlı ve karar verebilme sınırı da, idarenin yerine geçmeyecek şekilde yerindelik incelemesi yapılmaksızın sadece hukukilik incelemesi yapabilme olarak belirlenmiştir. Ayrıca birçok idari sözleşme ve idari işlem özel hukuk kapsamında düzenlenerek adli yargının görev alanına alınmıştır.

1924 Anayasası 51 inci maddesinde Şurayı Devlet'in (Danıştay) görevleri arasında Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri üzerine *mütalaada* bulunma düzenlenmişti. 1961 Anayasasının 140'ncı maddesi ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin "*incelenmesi*" görevini Danıştay'a vermiş, 1982 Anayasasının 155 inci maddesinin kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiş ilk halinde de 1961'e benzer şekilde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin *incelenmesi* yetkisi Danıştay'a verilmiştir.

Bu konuda bir örnek verilirse; Elektrik özelleştirilmesiyle ilgili 1992 yılında yapılan bir işlem üzerine açılan ve Danıştay 10. Dairesinde görülen iptal davasında Türkiye Elektrik Kurumu ile bir şirket arasında kanun hükmü uyarınca yapılan “İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi”nin imtiyaz sözleşmesi devir niteliği taşıdığına ve Danıştay incelemesinden geçirilmediği gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.³⁶

Danıştay idari ve dava dairelerinin böyle kararları üzerine 22.02.1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun ile 3291 sayılı Kanuna eklenen Ek 5 inci maddede, 3096 sayılı Kanuna göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu ve imtiyaz oluşturmayacağı belirtilmiş, böylece bu sözleşmeler idari yargı denetimi ve Danıştay’ın incelemesi dışına çıkarılmıştır. Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.³⁷ Anayasa Mahkemesi gerekçesinde “bir hizmetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de imtiyaz sözleşmesi olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir” düşüncesiyle elektrik, üretimi, iletimi ve dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, idari sözleşmeler için *idari rejimin anayasallığına*³⁸ karar vermiş; “kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idari yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Yasama organı anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir eylem veya işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir” diyerek sözleşmelere özel hukuk hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hükmü iptal etmiştir.

Daha sonra 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında” yasa kabul edilmiş, bu kanun ile köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında sermaye şirketleri ve yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar getirilmiştir. Ayrıca elektrik üretim, iletim, dağıtım konuları da kapsama alınmış, “belirli yatırım ve hizmetlerle ilgili olarak idare ile özel hukuk kişileri arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte sözleşme yapılacağı ve bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı” hükme bağlanmıştır.

³⁶ Danıştay 10. D. 29.04.1993 gün E. 1991/1 – K. 1993/1752.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 gün E. 1994/43 – K. 1994/2-2, RG. 24.01.1995.

³⁸ Naciye Berrak Anter, TC Anayasalarında İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı, *Ankara Ü. Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2006, s.115.

Sözleşmeleri bir kez daha Danıştay'ın inceleme ve yargısal denetimi dışında bırakan yasa Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle iptal edilmiştir.³⁹

Küresel sermayenin rahat girebilmesi ve piyasanın koruyucusu olan AB direktiflerine uyum amacıyla, 1999 yılında 4446 sayılı yasa ile Anayasanın 155. maddesi değiştirilerek Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşme tasarılarını inceleme yetkisi, *görüş bildirme* yetkisine çevrilmiş ve görüş verme süresi *iki ay* ile sınırlanmıştır.

4493 sayılı yasanın 5. ve 4502 sayılı yasanın 7. maddesiyle 3996 sayılı yasada değişiklikler yapıp, *yap-islet devret sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri haline getirilmiş*, 4501 sayılı yasayla da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan *uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine* ilişkin esaslar belirlenmiştir. Buna göre de 2575 ile 2577 sayılı yasalarda düzenlemeler yapılmıştır.

Bu şekilde yasa koyucu, aslında içeriğine göre idari sözleşme niteliği taşımasına rağmen özel hukuk sözleşmesi haline getirilmesi yolunu açmakla istediği tür ilişkiyi özel hukuk sözleşmesi olarak belirlemek suretiyle idare hukukunun genel ilkelerine aykırı olarak sözleşmenin hem hukuki niteliğine hem de tabi olduğu yargı düzenine de müdahale etmiştir. “Sorun artık ... kanun koyucunun idare hukuku müesseselerini başkalaştırma, farklı niteleme hakkı olup olmadığının dönmeğidir. Düzenlemeler sonrası idare, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin sağladığı tek taraflı değişiklik yapabilme, tek taraflı fesihte bulunabilme gibi önemli kamusal yetki ve ayrıcalıklarını kaybetmiş(tir)... Bir başka sorun Danıştay içtihatlarında gelişen idari sözleşmeyi ... iptal davasına konu etmek, Anayasanın 47nci maddesi son fıkra hükmünce akdedilmiş özel hukuk sözleşmeleri için mümkün olmayacaktır”.⁴⁰

Tüm bunlardan önemlisi, piyasa aktörlerinin etkisinin yargı kararlarına uymamaya kadar ulaşmasını sağlayan düzenleme yapılmış; 6300 sayılı yasayla 4046 sayılı yasada değişiklik yapılarak hükümete özelleştirmelerde özelleştirme aleyhine verilmiş kararlara uymama yetkisi verilmiştir.⁴¹ Yargısal denetimin anlamı, denetim

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 gün E. 1994/71 – K. 1995/23, RG. 20.03.1996.

⁴⁰ Anter, age, s.118.

⁴¹ 4046 sayılı yasanın 6300 sayılı yasayla değişik maddesi:
MADDE 10 – 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

sonucunda verilecek kararın, tarafların iradesine karşın uygulanabilmesidir. “Hüküm” bu anlama gelir. Ancak hukuk devletine aykırı olarak, bu değişikliğe dayanarak Danıştay tarafından iptaline karar verilen beş özelleştirmede Bakanlar Kurulu Danıştay’ın kararının uygulanmamasına karar vermiştir.

KAMU DENETÇİLİĞİ

Yargı organlarının işlevlerinin azaltılması çalışmalarından biri de ombudsman ya da kamu denetçiliği kurumunun benimsenmesidir.

İlk olarak idari yargı sistemi olmayan Anglo-Sakson ülkelerde kurulan, sonra diğer ülkelere de benimsenmiş ve idari yargı dışı uyuşmazlık çözme biçimi olan ombudsmanlık Bangladeş, Filipinler, Guyana, Hindistan, Papua Yeni Gine, Sri Lanka gibi doğu ülkelerinde ve İsrail gibi orta-doğu ülkesinde, İsveç (en eskisi) olmak üzere, Almanya, Avusturya, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İspanya, İsviçre, İtalya, ABD, Kanada, Norveç, Finlandiya, Portekiz, Rusya Federasyonu, Slovenya, Slovakya gibi ülkelerin hukuk sistemlerinde değişik isimler altında ve farklı düzenlemelerle yer almaktadır.⁴²

AB adaylığı sürecinde gündeme gelmiş olan kamu denetçiliği (ombudsman) hakkında ilk yasa olan 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Anayasal temeli olmadığı için Anayasa Mahkemesi’nin 25.12.2008 gün ve 2006/140 E, 2008/185 K sayılı kararı ile tümünün Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. 2010 yılında Anayasanın 74 maddesinin değiştirilmesiyle Kamu Denetçiliği Kurumu hukuki temele kavuşmuş; 14.06.2012 tarihinde 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Yasası benimsenmiştir. Yasanın 1. maddesinde amaç, “kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; in-

“EK MADDE 5 – ... Özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir.”

⁴² Ülkü Azrak, İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri, *İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara, 2009.

san haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak olarak; maddede kastedilen idareyi ise, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, mahallî idarelerin bağlı idarelerini, mahallî idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri” oluşturduğu belirtilmiştir.

İskandinav ülkeleri ya da Anglo-Sakson ülkelerde idari yargı olmadığı için ombudsman, idareyi denetleyen işlevsel bir araç iken Türkiye ve Fransa gibi idari yargısı olan ülkelerde idari yargıya gitmeyi engelleyici ya da geciktirici bir araç niteliğine dönüşebilme potansiyeli taşımaktadır.

Kamu denetçisinin Türkiye gibi ülkelerde siyasi iktidarlar tarafından seçilmesi nedeniyle yargı organı gibi değerlendirilmesine, hükümetlerin ya da idari organların aksaklıklarının ortaya konup düzeltilmesi yerine örneğin iktidar partisinden olmayan yerel yönetimler, meslek kuruluşları üzerinde baskı kurulmasına araç olabilecek; yargı dışı çözüm iddiasıyla bu kurumların kararları etkilenebilecektir.

BAĞIMSIZ KURULUŞLAR

Uluslararası örgütler ve şirketler, yargı organlarının dönüştürülmesi yanında hükümetlerin de kendi direktiflerinden çıkabilme ihtimallerini değerlendirerek rant ve piyasa değeri yüksek alanları hem yargı organlarının hem de hükümetlerin müdahale edemeyeceği alanlar olarak belirlemiş; bu alanlarda özel yapılanmalar istemiştir. Bunlar bağımsız kuruluşlar ve bölge kalkınma ajanslarıdır. Konumuzla doğrudan ilgisi olmaması nedeniyle kalkınma ajanslarına değinilmeyecek, bağımsız kuruluşlar yargısal faaliyet anlamında değerlendirilecektir.

Bağımsız kuruluşlar, kuruluş, çalışma, görev, karar ve değerlendirme yetkileri merkezi hükümetten kaynaklanmayan, özel yasalarla kurulup özel usullerle çalışan hükümetlerin müdahale edemediği kuruluşlardır.

Ulus devletlere ekonomik alanlarda piyasanın düzeni için idari yapıların çözülerek merkezi yönetimin yetkilerinin bağımsız ku-

ruluşlara aktarılmasını yatırım ve yardım koşulu yapmaktadırlar. Türkiye’de de bağımsız kuruluşlar oluşturulmuştur. Bunlardan bazıları, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Türk Patent Enstitüsü, Rekabet Kurumu (RK), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Muhasebe Standartları Kurulu, Telekomünikasyon Kurumu (TK), Şeker Kurumu (ŞK), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu (TAPDK) ve Kamu İhale Kurumudur (KİK).

Bağımsız idari kuruluşların önemi, yaptırım yetkisine sahip olmalarıdır. Bu kurumlar, yaptırım şekli, para cezası şeklinde olsa da bir yargısal faaliyette bulunduklarından ulusal yargı organlarının yetkisinin daraltılmasına neden olmaktadır. Piyasa koşullarını uygulayıp denetleyen bağımsız kuruluşlar, yönetimden bağımsız görünseler de Türkiye’de üyelerinin seçim sistemi ve üye yapıları dikkate alındığında idareden veya yasama organından bağımsızlıklarının ilkesel nitelikte olmadığı görülebilmektedir. Bağımsız otoritelerin öncelikli amacının yürütme ve yasamadan bağımsız olmaları ise de bunun tam gerçekleşmemesi nedeniyle yargısal yaptırıma karar verme ve uygulama işlemleri sorunlu ve etkiye açık hale gelmektedir. İşlemleri aleyhine yargı yoluna gidilebilecek olan bu kurumların devlet organları içinde yerleri tartışmalı olsa da “idare” içerisinde yer aldığından, bazılarının (örneğin Rekabet Kurumu) yargısal benzeri usuller izlediği, kararlarının da yargı organı gibi yazıldığı, kendilerini yargı organı yerine koydukları⁴³ eleştirisi yapılmaktadır.

SONUÇ

1980 sonrasında, ulus devletlerin üretim ve ticaret yapısını, uluslararası kuruluşların istekleri çerçevesinde dönüştürmesi beklenmiştir. Batı’nın küreselleşmeye katılma kampanyasıyla neoliberal politikaların yayılması sürecinde, ulus devletler üzerine baskı uygulayarak yönetim sistemlerini yeniden düzenlemeye koyulan uluslararası sermaye ve kuruluşlar, bu düzenlemeye engel olan veya olması düşünülen yargının da dönüştürülmesini istemişlerdir. Bu amaçla da yargının işlevinin teknik bir faaliyet olarak tanımlanması

⁴³ Mehmet Altundış, Bağımsız İdari Otoritelerin Türk Hukuku’nda Ortaya Çıkarıldıkları Sorunlar, www.danistay.gov.tr/makale_mehmet_altundis113.htm, 2010 (erişim: 09.08.2012) ; Mehmet Uysal, Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Kamu Yönetimine Etkileri, Süleyman Demirel Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, *Yüksek Lisans tezi*, Isparta, 2007, s.135.

ve görev alanının yeniden düzenlenmesi, itidarının sınırlandırılması, uyumsuzlukların yargı organı dışında, uzman ve özel kurumlarca çözülmesi düşüncesi ileri sürülmüştür. Bu çerçevede IMF, DB, OECD ve AB eliyle Türkiye'nin de yönetim yapısında değişim yapılmış; yargıda da dönüşüm yaşanmıştır.

Yargı reform paketleriyle görev ve görevlilerin asıl belirleyicisi HSYK değiştirilmiş, piyasayla uyumlu karar vericilerin belirlenmesi ile piyasanın önündeki engeller azaltılmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesinin görev kapsamı ile üye sayısı yeniden belirlenmiş; daraltılan denetim yetkisinde genel çıkar ve kamu yararını temel alması engellenmiştir.

İdari yargı ve adli yargı örgütleri yeni bir yapı ile piyasaya uygun hale getirilmiştir. Bu dönüşümün yargının yetkilerinin ve bağımsızlığının azalmasına, sermayenin özel çıkarlarının kamu yararının önüne geçmesine, ulusal değerlerinin piyasaya ölçsüz ve yağmacı şekilde açılmasına neden olduğu görülmüştür. Buna ek olarak yargı organı olmayan kurumlara yargılama yetkisi verilmiş, bu kapsamda hakem heyetleri, bağımsız kuruluşlar, ombudsman kurumu, özel arabuluculuk birimleri kurulmuştur. Ayrıca, uluslararası sermaye örgütlerinin tüm alanlarda çalışmaları, belirleyici olmaları ve piyasa olgusunun alternatifsizliğinin belletilmesinde etkin rol oynamaları sağlanmıştır.

Özellikle, 2000'lerle birlikte ülkemizde de etkisi görülen ceza sisteminin anayasadan üstün hale getirilmesi, ceza hukukunun evrensel ilkelerinden geri dönüşlerin olması düşündürücüdür. Her türlü itiraz veya karşı koyuşun terör suçu kapsamında değerlendirilmesi, uzun tutukluluk ve ağırlaştırılmış cezaların talebi ve buna uygun kararların verilebilmesi, yargının nitelik ve konumunun değişiminin yönünü ortaya koymaktadır. Cezaevlerinin ve cezaevlerinde tutulan kişilerin sayısının artması reformun sonuçlarındandır. Demokrasi, şeffaflık, hızlı işleyen adalet gibi iddialarla başlatılan yargı reformlarında ileri sürülen sonuçların yerine piyasa beklentilerinin önemli hale geldiği, piyasanın belirleyici hale gelmesiyle ulusal devletlerin işlev ve yetkilerinin azaldığı, yargısal faaliyetlerin devlet dışı organlara kayarak kamu yararı yerine özel çıkarların korunduğu, sonuçlarının demokrasi, şeffaflık gibi beklentilere uymadığı görülmektedir.

Artık hükümetler herhangi bir engele takılmaksızın ülkenin tüm kaynaklarını piyasaya açabilmektedir. Yanlışığı veya yerinde-

liği tartışılamadığı gibi hukuka uygun olup olmadığı da yargı tarafından denetlenememektedir. Kamu yararı, genel çıkar, zayıfın korunması gibi ilkeler yargı tarafından göz önünde tutulamadığı için, hukuka aykırı olarak değerlendirilebilen özelleştirme ya da imtiyaz işlemleri hakkındaki yasalar yürürlük kazanmakta, yargısal denetim yapılamamaktadır. Kamuya ait kaynaklar, sular, gıdalar, ormanlar, madenler, yaşam alanları özensiz ve plansız bir şekilde piyasalaştırılmaktadır. Yargı organları ise bunlara engel olmak yerine genel ahlak, suç işleme olasılığı gibi belirsiz kavramlarla bu uygulamalara karşı çıkanları sorumlu tutmaktadır. Piyasanın koruyucusu haline gelen yargı, UYAP kapsamında GSM şirketlerinin kısa mesaj servislerini (yasal tebligat gibi geçerli olmasının sağlanması nedeniyle) kullandırmanın yollarını oluşturması ve tüm giderler yurttaş tarafından ödenmesine rağmen bunun hem yurttaşa söylenmeden abone yaptırılması hem de personelin buna teşvik edilmesi, kendisinin de piyasalaştığı, akçeli hale geldiğini göstermektedir. Her ne kadar cezaevleri yargı içerisinde sayılmasa da, cezaevleri, piyasa düzenine göre oluşturulmuş ceza yargılama hukuku sonucunda gündeme gelen ceza infaz sisteminin yargı organları aracılığıyla uygulanması, yeni bir piyasalaşma alanı oluşturmuştur. Bu alanın kullanımı da piyasa aktörlerine açılmaya başlanmıştır.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, *Yargı Reformu Strateji Belgesi*, (erişim: 01.05.2008) www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html
- Akyol, Taha, “Oligarşik Yargı Sistemi”, *Milliyet*, 17.07.2009.
- Altınbaş, Ömer F. AB Uyum Yasalarının İç Hukuka Etki ve Katkısı, Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü yay. 26.12.2008, www.abgm.adalet.gov.tr.
- Altundış, Mehmet, *Bağımsız İdari Otoritelerin Türk Hukuku'nda Ortaya ıkardıkları Sorunlar*, 2010, www.danistay.gov.tr/makale_mehmet_altundis113.htm, (erişim, 09.08.2012).
- Anter, Naciye Berrak, TC Anayasalarında İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı, *Ankara Ü. Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2006.
- Azrak Ülkü, “İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık özme Usulleri”, *İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara, 2009.
- Bayramoğlu, Sonay, Yönetişim ve Demokrasi İlişkisinde Siyasal İktidar Sorunu, *AÜ Sosyal Bilimler Ens. Doktora tezi*, Ankara, 2004.

- Çal, Sedat, “Tahkimin 10 Yılı”, *Dünya Gazetesi*, 15.08.2009.
- Danino, Roberto, *The World Bank Legal Vice Presidency Q:\RDZ SPEECHES\World Bank Legal VPU (for AFLA - June 9 2004)*.
- Danino, Roberto, *Judicial Reform for Improving Governance in Turkey*, December 10, 2004-2, www.worldbank.org (erişim: 03.08.2012).
- DPT, 9. Beş Yıllık Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2007.
- Foucault, Michel, *Büyük Kapatılma*, çev. Işık Ergüden-Ferda Keskin, Ayrıntı yay, İstanbul, 2005.
- Güner, Halil, “AB ve Hukuksal Dönüşüm”, *KAYFOR VII Sempozyumu*, Kahramanmaraş, 2009.
- Güner, Halil, Meşruyet ve Yargı, *Prof. Dr. Bilsay Kuruç’a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği, Ankara, 2011.
- Harris, Victoria, *Consolidating ideology in law?: Legal and judicial reform programmes at the World Bank*, 2007, <http://www.brettonwoodsproject.org/legalreformatissue> (erişim: 03.08.2012).
- Kilim Esra Ergüzeloglu, Türkiye’de Adalet Yönetimi, *AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora tezi*, Ankara, 2009.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, cilt 1, çev. Fehmi Baldaş, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998.
- OECD, *Düzenleyici Reformlar*, TÜSİAD, 2003.
- Oğuz, Şebnem, “Türkiye’de Otoriter Devletçiliğin Gelişimi”, *Tarih, Sınıflar ve Kent*, B. Şen & A. Ekber Doğan (ed.), Dipnot yay., Ankara, 2010.
- Özdek, Yasemin, “Küreselleşme Sürecinde CEZA POLİTİKALARINDA Dönüşümler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2000, C.33, S.4 s.21-48.
- Özdek, Yasemin, *Şirket Egemenliği Çağı*, Nota Bene Yayınları, Ankara, 2011.
- Paye, Jean-Claude, *Hukuk Devletin Sonu*, çev. Demet Lüküslü, İmge kitabevi, Ankara, 2009.
- Sayın, Fatih, “Kurumsal Yönetim Perspektifinde Yargı Reformunun Desteklenmesi Projesi” Kapsamında Yargı Teşkilatında Yürütülen Anket Çalışmasının Sonuçlarının Açıklanması ve Değerlendirilmesine İlişkin Toplantı İzlenimleri, (erişim: 01.07.2009) www.yarsav.org.tr.

- Ulusoy, Ali, “Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi”, *İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara, 2010.
- UNDP, *Kurumsal Yönetim Perspektifinde Yargı Reformunun Desteklenmesi Projesi*, 2008 (erişim, 01.09.2009), www.undp.org.tr/gozlem3.aspx?websayfaNo=1319
- Uysal Mehmet, Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Kamu Yönetimine Etkileri, *Süleyman Demirel Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans tezi*, Isparta, 2007.
- Üstüner, Yılmaz, “Siyasa Oluşturma Sürecinde Ağ Yönetişimi Kuramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2003, C.36, S.3, s 49-65.
- Üşür, İşaya, “Kapitalizmin Evrimi ve Özelleştirme”, *20. Yılında Özelleştirme Gerçeği Sempozyumu*, Ankara, 26-27 Mayıs 2005.